

الشكايات السياحية «دراسة قانونية فقهية»

الأستاذ الدكتور / صالح العلي
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
جامعة الكويت
الدكتور / عبدالرزاق أحمد الشيبان
كلية الحقوق - جامعة جيهان - العراق

ملخص:

تقدم المصارف والمؤسسات المالية خدمات مصرفية متنوعة، وهذه الخدمات في تطور مستمر وملحوظ، حيث إن بعضها لا يوجد فيها قوانين تنظمها؛ لأن عملية إصدار القوانين تكون بطيئة، ومن جملة هذه الخدمات الجديدة الشكايات السياحية، التي بدأت تصدرها كثير من المؤسسات المالية، وتستخدم بشكل خاص من قبل المسافرين الذين يتنقلون من دولة إلى أخرى، تجنباً لحمل أموالهم، وحفاظاً عليها من الضياع أو السرقة، وهذه الشكايات تتضمن أمراً بدفع مبلغ من المال للمستفيد، موقعة من قبل الجهة المصدرة، وتحمل توقيع المستفيد؛ لأنها تصدر باسمه، ولا تقبل التظهير، فلا تصرف إلا لمن ورد اسمه بها، وقد أعطاهما كثير من فقهاء القانون حكم الشكايات المصرفية الأخرى مع وجود بعض الفوارق نظراً لطبيعتها الخاصة، وباعتبار أن هناك شريحة من المستفيدين من هذه الشكايات يهمها مدى مشروعيتها، كما أن المصارف الإسلامية تقدم خدمات مصرفية لزبائنها ومن جملة هذه الخدمات إصدار الشكايات السياحية وصرفها، لذا فقد تعرضت الهيئات الشرعية فيها إلى مدى مشروعية الشكايات السياحية، وضوابطها الشرعية، فهذا البحث يسلط الضوء على الشكايات السياحية وأحكامها ومدى مشروعيتها القانونية والشرعية.

مقدمة

تقوم المصارف بتقديم عدد من الخدمات المصرفية من أهمها إصدار الشكايات وصرفها بكل أنواعها ومنها الشيك السياحي، وتقدم هذه الخدمة لعملائها سواء شراء الشكايات السياحية الخاصة بهم أو بيع الشكايات السياحية الخاصة بالمصارف أو المؤسسات المالية الدولية مقابل عمولة متعارف عليها. وتقدم المصارف والشركات هذه الخدمات المصرفية لمن يرغب من عملائها في السفر دون حمل نقود عادية يمكن أن تتعرض للسرقة والضياع، ولا يرغبون في زيارة المصارف لانتظار الحوالات التي ترد من حساباتهم الجارية في بلدانهم، وسميت هذه الشكايات بالشكايات السياحية على الرغم من أنه يمكن أن يستخدمها غير السائحين؛ لأن الغالب في استخدامها يكون من قبل المسافرين.

لقد حمى المقنن الشيك كورقة تجارية، وذلك لأهميته في الحياة الاقتصادية عامة والتجارية خاصة، وحرص على اعتباره أداة وفاء تجري مجرى النقود في التعامل، ووضع نصوصاً قانونية تنظمه، فحدد البيانات التي يجب أن يتضمنها، ووضع أحكاماً جزائية للمعاقبة على كل إساءة لهذه الورقة التجارية، كالتزوير وإصدار شيك بدون رصيد. وهذه الشيكات تصدر بأنواع متعددة ومن جملتها الشيكات السياحية التي تعد أداة دفع مالية عالمية القبول، تصدر عن مؤسسات مالية بفئات متفاوتة، ويلتزم المسحوب عليه بالوفاء بقيمته بعد مطابقة توقيع حامله لتوقيعه المدون على الشيك.

أولاً: أهمية البحث

نظراً لأهمية العمل المصرفي في الحياة العصرية بشكل عام، وفي المجال التجاري بشكل خاص، فقد اتجه معظم الباحثين الاقتصاديين إلى دراسة الأعمال المصرفية، ومن جملة هذه الأعمال الشيكات السياحية التي تم تداولها بشكل واسع في معظم الدول في فترة زمنية معينة، لذا فدراسة أحكام الشيكات السياحية من الناحية الفقهية والقانونية كان أمراً لا بد منه، وذلك لاهتمام شريحة كبيرة من المتعاملين بهذه الشيكات بحكمها من الناحية الشرعية، وأيضاً دراستها من الناحية القانونية كفيل بحمايتها من وسائل الغش والاحتيال التي بدأت تظهر بظهور هذه الشيكات، فوجود قانون ينظم ويحمي هذه الشيكات يساهم في دعمها وحمايتها.

ثانياً: مشكلة البحث

تتبلور مشكلة البحث حول ماهية الشيك السياحي وعلاقته بالشيك المصرفي، ومدى مشروعية استخدامه في المصارف الإسلامية. ويمكن صياغة هذه المشكلة عبر الأسئلة الآتية:

- ١ - هل يأخذ الشيك السياحي حكم الشيك المصرفي كلياً أو جزئياً؟
- ٢ - ما مدى جواز استخدام الشيك السياحي في المصارف الإسلامية؟
- ٣ - ما الضوابط القانونية والشرعية لإصدار الشيكات السياحية وصرفها؟

ثالثاً: نطاق البحث

نظراً لقلة التشريعات المنظمة للشيكات السياحية فإن الباحثين سيتطرقان لكل تشريع أو رأي فقهي أو قانوني تعرض لمسألة الشيكات السياحية، مع الاعتماد بشكل أساسي على التشريعات في دولة الكويت؛ لأنها من أكثر التشريعات التي نظمت مسألة الشيك بشكل عام. بالإضافة إلى الفتاوى الفقهية الشرعية الصادرة في مسألة الشيكات السياحية في بعض المؤسسات المالية الإسلامية.

رابعاً: منهجية البحث

استُخدم في هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي المقارن، حيث استقرى الباحثان آراء فقهاء القانون والشرعية في الشيكات السياحية، وتحليل هذه الآراء ومناقشتها، والتعرض أيضاً للمسائل القانونية في الشيك السياحي.

خامساً: خطة البحث

يتكون البحث من مقدمة ومبحثين وخاتمة.

المبحث الأول: تعريف الشيك السياحي وماهيته

المطلب الأول: تعريف الشيك السياحي

المطلب الثاني: ماهية الشيك السياحي

المبحث الثاني: أحكام الشيك السياحي

المطلب الأول: الشروط القانونية للشيك السياحي

المطلب الثاني: استيفاء قيمة الشيكات السياحية وضمائنها

الخاتمة

المبحث الأول

تعريف الشيك السياحي وماهيته

في هذا المبحث سيتم التطرق لتعريف الشيك بشكل عام والشيك السياحي بشكل خاص، والتطور التاريخي للشيك، والتكييف القانوني والفقهني للشيك السياحي عبر المطالب الآتية.

المطلب الأول

تعريف الشيك السياحي

أولاً: تعريف الشيك بشكل عام

اختصر بعض الباحثين تعريف الشيك بأنه: محرر يقوم مقام النقود^(١). وهناك من توسع في تعريفه فقال: "محرر مكتوب مستكمل للشروط القانونية، ويتضمن أمراً صادراً من الساحب إلى المصرف، بأن يدفع لشخص ثالث أو لأمره أو لحامل الشيك مبلغاً معيناً بمجرد الاطلاع"^(٢).

كما عرفته بعض التشريعات منها قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦م في المادة (١٢٣) الفقرة (ج) بأنه: "محرر مكتوب وفق شرائط مذكورة في القانون، ويتضمن أمراً صادراً من شخص هو الساحب، إلى شخص آخر يكون مصرفاً، وهو المسحوب عليه، بأن يدفع لشخص ثالث، أو لأمره أو لحامل الشيك وهو المستفيد، مبلغاً معيناً بمجرد الاطلاع على الشيك"^(٣).

وعرفه بعض فقهاء الشريعة بأنه: "محرر مكتوب وفق قيود شكلية محددة قانوناً، بحيث يتضمن أمراً من محرره الساحب، أو المحيل إلى المسحوب عليه، وهو المصرف، بدفع مقدار معين من النقود إلى المستفيد"^(٤).

(١) أحمد أبو الروس، أحكام الكمبيالة والشيك، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٢م، ص ٩١.

(٢) زهير عباس كريم، النظام القانوني للشيك، الطبعة الأولى، مكتبة التربية، بيروت، ١٩٩٧م، ص ١٦.

(٣) زرار محمود مرادخان، جريمة إعطاء صك بدون رصيد وصورها، مطبعة منارة، العراق، ٢٠١١م، ص ٢١.

(٤) محمد أحمد سراج، الأوراق التجارية في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة، القاهرة، ١٩٨٨م، ص ٧٠.

ويلاحظ أنه ليس ثمة اختلاف بين التعريف القانوني والفقهاء الإسلامي للشيك، من حيث أركان الشيك، ووظيفته، لكن فقهاء الشريعة بينوا الأساس الفقهي للشيك وهو الحوالة.

ثانياً: تعريف الشيكات السياحية

تعد الشيكات السياحية مقبولة للصرف لدى كافة المصارف والمؤسسات التجارية في معظم دول العالم، ويتم إصدارها بفئات محددة وبالعملات الرئيسية. وتتضمن تعهداً من المصرف المصدر بدفع قيمة الشيكات عند تقديمها له موقعة حسب شروط إصدارها المبلغة إلى جميع المصارف المراسلة، التي تتولى بيع تلك الشيكات لحساب المصدر مقابل عمولة محددة^(٥).

وعلى ضوء ذلك فقد عرف بعض الباحثين الشيكات السياحية بأنها: أوامر تسحبها مؤسسة على فروعها في جهات مختلفة في العالم، قصد تمكين السواح من الحصول على النقود اللازمة لهم في الأماكن التي يزورونها، دون أن يضطروا إلى حمل نقودهم مما يجنبهم خطر ضياعها^(٦).

وعرفت أيضاً بأنها أدوات تسوية مدفوعات مقبولة قبولاً شبه عام، وذلك لكونها صادرة عن مصارف وشركات السياحة العالمية الكبرى^(٧).

(٥) منشور على الموقع الإلكتروني:

<https://www.google.iq/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiGuMSj99XPAhXJQpoKHR4LCu4QFggg-MAA&url=http%3A%2F%2Fwww.kantakji.com%2Fmedia%2F4378%2F%25D8%25A7%25D9%2584%25D9%2581%25D8%25B5%25D9%2584-%25D8%25A7%25D9%2584%25D8%25AA%25D8%25A7%25D8%25B3%25D8%25B9.doc&usg=AFQjCNHpTHoXQPKl8-bUTf-u405-HmdEXjQ>

تاريخ الإفادة ١٠/١٠/٢٠١٦م.

(٦) مصطفى كمال طه ومراد منير فهم، الأوراق التجارية والإفلاس، الدار الجامعية، لبنان، بدون تاريخ طبع، ص ٢٧١.

(٧) منشور على الموقع الإلكتروني:

<https://www.google.iq/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiGuMSj99XPAhXJQpoKHR4LCu4QFggg-MAA&url=http%3A%2F%2Fwww.kantakji.com%2Fmedia%2F4378%2F%25D8%25A7%25D9%2584%25D9%2581%25D8%25B5%25D9%2584-%25D8%25A7%25D9%2584%25D8%25AA%25D8%25A7%25D8%25B3%25D8%25B9.doc&usg=AFQjCNHpTHoXQPKl8-bUTf-u405-HmdEXjQ>

تاريخ الإفادة ١٠/١٠/٢٠١٦م.

من خلال التعريفين السابقين يتبين لنا بأن الشيك السياحي هو شيك معد لاستخدام المسافرين، يحرر بقيمة محددة، وباسم المستفيد، وهو مسحوب على فروع البنك المسحوب عليه في خارج بلاد الساحب، أو على مراسليه، بهدف الاستفادة منه أثناء السفر، وعدم التعرض لمخاطر حمل النقود، والسفر بها، وصورته أن يودع المسافر في بنك معين في بلده مبلغاً من النقود للحصول عليها في البلاد المسافر إليها، ويسحب بقيمة نقوده ما يساويها من الشيكات، ويوقع عليها الساحب أمام موظف البنك عند الإيداع، وأمام موظف فرع البنك، أو البنك المراسل عند السحب^(٨).

ثالثاً: النشأة التاريخية للشيك

ظهر الشيك في التعامل بظهور المصارف والبنوك، لأن طبيعة التعامل المصرفي يستلزم إصدار أمرٍ بالدفع، أو السحب أو الحوالة، ويعد القانون الهولندي هو أول قانون أشار إلى الشيك ونظمه بقواعد قانونية سنة ١٨٣٨م.، وبعدها بدأت معظم الدول التي فتح بها بنوك تنظم الشيك من الناحية القانونية، ونظراً لامتداد التعامل بالشيك في معظم دول العالم، فقد انعقد مؤتمر في جنيف سنة ١٩٣١م. لتوحيد قوانين التعامل بالشيك، وأصبح ما تم إقراره في هذا المؤتمر مرجعاً لأحكام الشيك في معظم الدول^(٩).

ومع ذلك فإن التعامل بالأوراق التجارية ظهر أيضاً عند العرب والمسلمين، فقد جاء في صحيح مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال لمروان: أحلت بيع الربا، فقال مروان: ما فعلت، فقال أبو هريرة: أحلت بيع الصكاك، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يستوفى، قال فخطب مروان الناس، فنهى عن بيعها^(١٠).

وقد أصدر هذه الصكوك مروان بن الحكم والي المدينة من جهة معاوية بن أبي سفيان، كتب فيها أرزاقاً من الطعام للجنود والعمال، مقابل مستحقاتهم، ورواتبهم، فباعها الناس قبل أن يستوفوا ما فيها، وهو الذي أنكره أبو هريرة، وزيد بن ثابت،

(٨) أكرم ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٩م، ص ٢٦٨.

(٩) سعد تركي الختلان، أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، السعودية، ١٤٢٧هـ، ص ٢٢.

(١٠) مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب حكم بيع المصراة، دار ابن الهيثم، القاهرة، ١٤٢٢هـ، ص ٣٨٨، رقم الحديث: ١٥٢٨.

وغيرهم من الصحابة رضي الله عنهم، إنما بيعها من مشتريها، لا عن بيعها ممن كتبت له لأنها استحقاق، أخذه من غير شراء، فلا يدخل بيعه لها في نهى النبي صلى الله عليه وسلم، عن بيع الطعام قبل استيفائه^(١١). وتطور العمل بالصكوك، وظهر لها أنواع عدة أهمها: صكوك الدين، صكوك الأرزاق، صكوك أوامر الدفع^(١٢).

أما الشيك السياحي فقد ظهر عام ١٨٩١م. عن طريق شركة (أمريكان إكسبريس) وشركة (توماس كوك)^(١٣).

ومؤسس هذا النظام هو مارسيلوس ف. بيرى الوكيل العام لشركة أميركان إكسبريس^(١٤).

المطلب الثاني

ماهية الشيك السياحي

الشيك السياحي نوع من الشيكات يمكن استخدامه باعتباره نقوداً أو خطاب اعتماد. وتُصدر المصارف ووكالات السفر شيكات سياحية من أجل حماية النقود التي يحملها المسافرون، ويوقع حاملها عليها عندما يشتريها، أو عندما يصرفها. فسيتم في هذا المطلب بيان التكيف الفقهي والقانوني للشيك السياحي، والتطرق لآراء فقهاء الشريعة والقانون في الشيكات السياحية، وهل تعد شيكات مستوفية شروط الشيك، وهل من الجائز التعامل بها شرعاً؟.

أولاً: التكيف القانوني للشيكات السياحية

يعد إصدار الشيك والتعامل به عملاً تجارياً أياً كان صفة ذوي الشأن فيه، أو طبيعة الأعمال التي أنشئ من أجلها.

والشيكات السياحية تتضمن أمراً بالدفع يصدر من الساحب إلى نفسه، كونها تصدر من مؤسسة على فروعها، وتطور بها الأمر أن تعاقدت بعض المؤسسات المالية على صرف الشيكات السياحية التي تصدر من المؤسسات المتعاقدة.

(١١) عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، تحقيق: حبيب عبد الرحمن الأعظمي، الطبعة الأولى، منشورات المجلس العلمي، المكتب الإسلامي، لبنان، ١٩٧٢م، ج ٨، ص ٢٨.

(١٢) محمد بن بلعيد أمنو البوطيبي، الأوراق التجارية المعاصرة، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٦م، ص ٣٦.

(١٣) منشور على الموقع الإلكتروني: <http://islamselect.net/mat/38260> تاريخ الإفادة ٢٠١٦/١٠/١٦م.

(١٤) منشور على الموقع الإلكتروني: <http://ency.kacemb.com> تاريخ الإفادة ٢٠١٦/١٠/١٦م.

ويرى بعض الفقه أنه لا يمكن أن نعهدها من ضمن الشيكات ولا تأخذ أحكام الشيك القانونية، وذلك لاختلاف طبيعتها كونه لا يجوز صرفها إلا لحاملها الموقع عليها^(١٥).

والراجح لدى الفقهاء أن الشيكات السياحية تأخذ حكم الشيك، ويستندون في ذلك بأنه ليس مسوغاً اعتبارها غير شيك؛ لكون الشيك يصدر من الساحب إلى غيره؛ لأنه من الواجب الاعتراف للمؤسسات المملوكة للشخص الواحد بنوع من الاستقلال والذاتية، وعليه إذا سحبت إحداها شيكات على الأخرى، وجب اعتبار الشيك كما لو كان مسحوباً على شخصين منفصلين.

كما أن القابلية للشيك ليست من مستلزماته، فضلاً عن أن النصوص القانونية المنظمة للشيك لم تفرق بين أنواع الشيكات بل جاءت نصوص عامة^(١٦). وقد أجازت معظم التشريعات التي نظمت الشيك إصدار الأمر من الساحب على نفسه. منها ما ورد في قانون التجارة الكويتي رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠م. في المادة (٥١٧): ((-يجوز سحب الشيك لأمر صاحبه نفسه.

- ويجوز سحبه لحساب شخص آخر.

- ولا يجوز سحبه على صاحبه نفسه أو في حال سحبه من منشأة على منشأة أخرى كالتأهما للساحب نفسه، بشرط ألا يكون مستحق الوفاء لحامله.))، وورد مثل مضمون هذه المادة في القانون الجزائري، وقانون التجارة السوري، وقانون التجارة اللبناني، ونظام الأوراق التجارية السعودي، وغيرها من القوانين.

وهذا ما ذهب إليه محكمة النقض المدنية في مصر حيث قضت بأنه: ((المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الشيك السياحي هو نوع من الشيكات تسحبها البنوك على فروع لها أو بنوك أخرى بالخارج، بهدف الحصول على قيمتها من البنك المسحوب عليه، دون أن يضطر العميل إلى حمل النقود معه أثناء سفره، ويوقع العميل على الشيك عند سحبه كما يوقع مرة أخرى عليه عند صرف قيمته، بهدف إجراء مضاهاة بين التوقيعين قبل الصرف اتقاء لمخاطر الضياع أو السرقة، والشيك السياحي على هذا النحو وسواء حمل توقيعين للعميل أم كان خلواً من التوقعات، لا يوجد ثمة فارق بينه وبين الشيك العادي، ولذا فإنه إذا ما استوفى شرائطه القانونية يعتبر أداة دفع

(١٥) محسن شفيق، القانون التجاري المصري (الأوراق التجارية)، مصر، ١٩٥٤م، ص ٥٤٠.

(١٦) علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، مصر، ١٩٩٣م، ص ٩٢٧ وما بعدها.

ووفاء، ويستحق الأداء لدى الاطلاع دائماً، ويغني عن استعمال النقود في المعاملات، ويجري مجراها، ويمكن لصاحبه التعامل به في كافة الأوجه كالنقود سواء بسواء^(١٧).

لذا فالراجح هو أن الشيك السياحي يأخذ حكم الشيك المصرفي في القانون، ويأخذ أحكامه المنظمة للشيك في القانون التجاري، إلا ما اختلف منها نظراً لطبيعته الخاصة، التي تميزه عن غيره من أنواع الشيكات، كما أنه أي تزوير أو جريمة تقع على الشيك السياحي تعاقب كما لو وقعت على الشيك المصرفي.

ثانياً: التكييف الفقهي للشيك السياحي

تعد وسيلة إصدار الشيك السياحي عملية تحويل مصرفي خارجي، فالعميل يريد تحويل مبلغ معين من عملة بلاده على أن يتسلمه خارج بلاده بعملة البلد الذي يرغب بالسفر إليها، فالعملية تنطوي على عقدي الوكالة والصرف.

أما الوكالة فالمصرف يوكل المصرف المراسل أو الجهة التي يعينها؛ كالمحلات التجارية والشركات السياحية وغيرها بأن يدفعوا لحامل الشيك السياحي - أي المستفيد منه - المبلغ المحدد. والوكالة من العقود الجائزة، ويجوز أخذ الأجر عليها.

ويدخل الصرف أيضاً في عملية الشيك السياحي، فالعميل يشتري من المصرف المبلغ الذي يحتاجه خارج بلاده، أي يشتري نقداً أجنبياً. وإذا كان من شروط الصرف التقابض في مجلس العقد، فيمكن تصور حدوث التقابض بأن العميل - طالب النقد الأجنبي - يدفع للمصرف قيمة النقد الأجنبي الذي يريد شراءه، فيقوم المصرف في مجلس العقد بتحرير الشيك وتسليمه للعميل بعد أن يتسلم منه القيمة المعادلة للنقد الأجنبي المطلوب. وبقبض العميل للشيك السياحي من المصرف يكون التقابض قد تم في مجلس العقد، فالعميل قبض بدل الصرف في المجلس، إذ إن الشيك السياحي يقبل في كثير من الأحيان بدلاً عن النقود^(١٨).

لذا فيمثل الشيك محوراً في معاملة ثنائية بين طرفين مركزيين، فهي من طرف معاملة بين الساحب وبين المستفيد، يكون فيها الساحب مديناً للمستفيد، ومن طرف آخر معاملة بين الساحب وبين البنك يكون فيها البنك مديناً للساحب، وعندما يحرر

(١٧) مجلة قضايا الدولة، العدد الثالث، السنة الأربعون، سبتمبر، ١٩٩٦م، العدد ١٥٩، طعن ٢٩٥٣ لسنة ٥٩ ق، جلسة ١٩٩٥/١٢/٣م.

(١٨) منشور على الموقع الإلكتروني: <http://islamselectvt.net/mat/38260> تاريخ الإفادة ٢٠١٦/١٠/١٦م.

الساحب شيئاً للمستفيد يكون بذلك قد حول المستفيد إلى البنك المدين له بالدين الذي عليه على سبيل عقد الحوالة، أي نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى^(١٩).

والحوالة مشروعة بقول النبي عليه الصلاة والسلام: ((مَطل الغنيّ ظلم، فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع))^(٢٠).

ولا يتعارض الشيك مع الحوالة إلا في مسألة واحدة، وهي أن الحوالة متى صحت، فقد فرغت ذمة المحيل مما كان عليه لدائنه الذي قبلها، وبالتالي لا يكون لهذا الدائن حق المطالبة^(٢١). أما في الشيك بشكل عام والشيك السياحي بشكل خاص يمكن الرجوع إلى مصدر الشيك إذا رفض البنك أداء المبلغ المدون فيه لأي سبب من الأسباب؛ لأن المصرف المصدر يعد ضامناً لقيمة الشيك حتى سدادته^(٢٢).

والأصل عند الفقهاء^(٢٣) براءة ذمة المحيل من دين المحتال، وانتقال الحق من ذمته إلى ذمة المحال عليه، إذا كانت الحوالة على مليء، لكن ذهب بعض فقهاء الحنفية - محمد بن الحسن الشيباني - إلى عدم براءة ذمة المحيل في الحوالة إلا من المطالبة، وبقائها مشغولة بالدين، وذهب بعضهم - زفر بن الهذيل - إلى بقاءها مشغولة بالمطالبة والدين^(٢٤).

لكن المعتمد عند الحنفية أنه تبرأ ذمة المحيل من الدين والمطالبة بالقبول، ولا يرجع المحال على المحيل إلا أن يجحد المحال عليه الحوالة، أو يموت، أو يفلس^(٢٥). وهذا أيضاً رأي الشافعية مع إسقاط حق المحال في الرجوع إلى المحيل من غير

(١٩) محمد بن علي بن محمد الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، الطبعة الأولى، لبنان، ٢٠٠٢م، ص ٣٧١.

(٢٠) محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الحوالة، باب في الحوالة وهل يرجع في الحوالة، تحقيق: صدقي جميل العطار، الطبعة الأولى، دار الفكر، ٢٠٠٣م، ج ٢، ص ٥٩.

(٢١) وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، الطبعة الأولى، دار الصفوة، مصر، ١٩٩٠، ج ١٨، ص ٢٢٠.

(٢٢) سعد تركي الختلان، أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٣٥.

(٢٣) محمد بن أحمد بن رشد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠م، ج ٢، ص ٤٨٨.

(٢٤) محمد أمين بن عابدين، رد المحتار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وعلي أحمد معوض، الطبعة الأولى، لبنان، ١٩٩٤م، ج ٨، ص ٣.

(٢٥) حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٧-١٨، حسام الدين علي بن مكي الرازي، خلاصة الدلائل في تنقيح المسائل، تحقيق: أحمد بن علي، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، ٢٠٠٧م، ج ١، ص ٥١٤.

بيئة، إن كان المحال عليه مفلساً أو جحد الحق، أو مات^(٢٦). وكذلك المالكية يرون أنه لا رجوع للمحال إلى المحيل إلا إذا غرر به فأحاله على مفلس وهو يعلم، أو أفلس المحال عليه، أو مات^(٢٧).

أما الحنابلة فقد ذهبوا إلى أن المحيل يبرأ بمجرد إتمام الحوالة، ولو أفلس المحال عليه، أو مات، ولا رجوع على المحيل لأن الحق انتقل من ذمته وبرئ منه براءة تامة^(٢٨)، وفي رواية لهم أنه لا يبرأ المحيل من الدين إلا برضا المحال، ولكن يبرأ من المطالبة بمجرد الحوالة^(٢٩).

والراجح أن الشيك السياحي يتضمن عقدي حوالة ووكالة، والحوالة مشروطة بعودة المحال للمحيل إن لم يستوف المبلغ المدون في الشيك.

ثالثاً: التكييف الفقهي لعمل البنوك التي تبيع الشيكات السياحية

إذا كان البنك وكياً عن الشركة المصدرة للشيكات السياحية في بيعها على العملاء فيجوز له أن يأخذ أجراً على هذه الوكالة، سواء أكان الأجر مبلغاً مقطوعاً أم نسبة عن كل شيك، وفي هذه الحال يجوز للبنك أن يأخذ من الشركة المصدرة للشيكات السياحية حوافز مقابل التوسط بينها وبين العميل، كما يجوز للبنك أن يربح من عملية المصارفة إذا اشتراها العميل بعملة غير عملة الشيك السياحي^(٣٠).

(٢٦) محمد بن محمد الغزالي، الوجيز في فقه مذهب الشافعي، تحقيق: أحمد فريد المزيدي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، ٢٠٠٤م، ص ١٧٦، مغني المحتاج ج ٢، ص ١٩٣.

(٢٧) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، ١٩٩٤م، ج ٤، ص ١٢٦.

(٢٨) علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: محمد حسن محمد، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، ١٩٩٧م، ج ٥، ص ٢٠٤.

(٢٩) موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة، العمدة في الفقه، تحقيق: طارق بن سعيد بن سالم آل عبد الحميد، الطبعة الأولى، إدارة الثقافة الإسلامية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ١٤٣٣هـ/ ٢٠١٢م، ص ١٦٦.

(٣٠) قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد رقم (٢٩) تاريخ ٢٩/٨/٢٠٠٥م. في الجلسة الثالثة والعشرين بعد المئة، الرياض، السعودية، منشور على الموقع الإلكتروني:

https://www.google.iq/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewi74smnw9PPAhXpFJoKHafaDBsQFggj-MAA&url=http%3A%2F%2Fwww.riyadhalelm.com%2Fresearch-es%2F8%2F64_zwabt_shikat.doc&usg=AFQjCNH1ORsVJ8YMWd1Yb-NubJG1UEpqXnw

تاريخ الإفادة ١/١٠/٢٠١٦م.

رابعاً: الضوابط الفقهية التي يجب على البنك مراعاتها عند بيع وشراء الشيكاك السياحية

إذا كان البنك يشتري الشيكاك السياحية من الشركة المصدرة ويبيعها على العملاء فيجب مراعاة شروط الصرف - المعروفة في الفقه - عند شرائه من الشركة المصدرة وبيعه على العملاء وإعادة شرائه منهم، وهي:

- إذا كانت المبادلة بنقد من جنس العملة التي أصدر بها الشيك فيجب حينئذ التقابض في المجلس والتماثل في العملة؛ لاتحاد الجنس.
- أما إذا اختلف الجنس بحيث تكون المبادلة بنقد من غير جنس العملة التي أصدر بها الشيك فيشترط حينئذ التقابض في المجلس فقط، ويكون سعر الصرف حسب ما يتفق عليه الطرفان.

خامساً: الفرق بين الشيك السياحي والشيك المصرفي

على الرغم من أن الشيك السياحي يأخذ حكم الشيك المصرفي في القانون التجاري، وكل من الشيك المصرفي والشيك السياحي يقوم مقام النقود، وموضوعهما دائماً مبلغ من النقود^(٣١). ألا أن ذلك لا يمنع من وجود بعض الفروقات بين الشيكين، وأهم هذه الفروقات هي:

- ١ - الشيك السياحي غير قابل للتحويل إلى شخص آخر، بينما الشيك المصرفي قابل للانتقال أو التحويل من شخص إلى آخر، من غير إجراءات معقدة، بل يكفي في ذلك تسليمه للغير بالتظهير، والتظهير هو نقل الحق الثابت به إلى حامله بالكتابة على ظهره بما يفيد الموافقة على ذلك، والتنازل عنه لصالح الحامل، وتتميز طريقة نقل الحق الثابت بالشيك عن طريق التظهير بالبساطة والسرعة، وعدم التكلفة في الإجراءات^(٣٢).
- ٢ - الشيك السياحي يكون مطبوعاً مسبقاً، بينما الشيك المصرفي يطبع حسب طلب العميل.
- ٣ - الشيك السياحي يكون فيه المبلغ من إحدى الفئات المحددة من قبل المصرف، أما المبلغ في الشيك المصرفي يحدد حسب طلب العميل.

(٣١) سعد تركي الخثالان، أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٦٤.

(٣٢) ناهد فتحي الحموري، الأوراق التجارية الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٩م، ص ٤٨.

- ٤ - يكون الشيك السياحي موقعاً مسبقاً من المصرف المصدر، أما الشيك المصرفي فيوقع من المسؤولين في المصرف عند إصداره.
- ٥ - لا يسري التقادم على الشيكات السياحية؛ لأنه ليس لها تاريخ إصدار، لكن التقادم يسري على الشيكات المصرفية.
- ٦ - تدفع قيمة الشيكات السياحية للحامل بعد مضاهاة توقيعه الثاني مع التوقيع الأول بعد التأكد من شخصيته، أما الشيكات المصرفية تدفع قيمتها للمستفيد بعد التأكد من شخصيته، دون مقارنة بأي توقيع ثاني^(٣٣).
- ٧ - يعد الشيك المصرفي أداة لوفاء الحقوق، لأنه واجب الدفع بمجرد الاطلاع، فإذا قام شخص مدين بتحرير شيك إلى شخص آخر دائن فإن ذلك يعد وفاء، وإنهاء للحق الذي عليه، وهكذا يقوم الشيك بوفاء الحقوق والالتزامات بين الناس كلما انتقل من شخص إلى آخر^(٣٤). أما الشيك السياحي فلا يمكن أن يكون وسيلة للوفاء، لأنه لا يدفع إلا لمن وقع عليه، وبعد التأكد من التوقيع، ولا يمكن تظهيره إلى شخص آخر.

سادساً: ميزات الشيك السياحي

بعد بيان أهم الفروقات بين الشيك السياحي والشيك المصرفي، يتبين أن للشيك السياحي ميزات عدة تميزه عن غيره من أنواع الشيكات والأوراق التجارية الأخرى، وأهم هذه الميزات:

- ١ - تطبع الشيكات السياحية على أوراق شبيهة بأوراق النقد، من حيث النوع والجودة بحيث يصعب تزويرها، لأن بعض المزورين بدأوا يحترفون في تزوير الشيكات السياحية، لذلك فإن الجهات التي تصدر هذا النوع من الشيكات واجهت هذا الاحتيال والتزوير من خلال الاهتمام بنوعية وجودة الأوراق التي تطبع بها الشيكات السياحية.

(٣٣) منشور على الموقع الإلكتروني:

<https://www.google.iq/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewiGuMSj99XPahXJQpoKHR4LCu4QFggn-MAA&url=http%3A%2F%2Fwww.kantakji.com%2Fmedia%2F4378%2F%25D8%25A7%25D9%2584%25D9%2581%25D8%25B5%25D9%2584-%25D8%25A7%25D9%2584%25D8%25A7%25D8%25B3%25D8%25B9.doc&usg=AFQjCNHpTHoXQPKl8-bUTf-u405-HmdEXjQ>

تاريخ الإفادة ١٠/١٠/٢٠١٦م.

(٣٤) سعيد أحمد شعلة، قضاء النقد في الأوراق التجارية، منشأة المعارف، مصر، ١٩٩٩م، ص ٦٤.

- ٢ - تصدر الشبكات السياحية عن مصارف كبيرة، والتي تتمتع بمركز مالي قوي وسمعة جيدة. مثلاً يقوم مصرف QNB العالمي بإصدار شبكات سياحية تحمل اسم (أميركان اكسبرس، وتوماس كوك)، وتطبعها بكافة العملات الرئيسية عند الطلب في كافة الفروع^(٣٥).
- ٣ - الشبكات السياحية غير خاضعة لإيقاف صرفها لدى المصرف الذي أصدرها، إلا في حالة طلب خطي من مشتري الشبكات يفيد ضياعها أو سرقتها.
- ٤ - الشبكات السياحية قابلة للاستبدال والتعويض من قبل مصدرها إن سرقت^(٣٦). حيث إن الشيك السياحي يعد كالشيك المصرفي من حيث إنه يمثل مبلغاً من النقود، وهو بذلك يحقق وظيفة مهمة، من حيث إنه يقوم مقام النقود، ويغني عن حملها، فلم يعد المسافر بحاجة إلى حمل النقود، وجعلها بذلك عرضة للسرقة، أو الضياع، وفي حال ضياعها أو تلفها أو سرقتها على المستفيد من هذا الشيك إعلام الجهة المصدرة لها خلال مدة تعينها هذه الجهات، وله بعدها أن يستبدلها بأخرى، أو تتولى الجهة المصدرة لها تعويضه عنها^(٣٧).

(٣٥) منشور على الموقع الإلكتروني:

http://www.qnb.com/cs/ContentServer/QNBQatar/ar_QA/arTravellersCheques

تاريخ الإفادة ١٠/١٦/٢٠١٦م.

(٣٦) منشور على الموقع الإلكتروني:

<https://www.google.iq/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiGuMSj99XPahXJQpoKHR4LCu4QFggg-MAA&url=http%3A%2F%2Fwww.kantakji.com%2Fmedia%2F4378%2F%25-D8%25A7%25D9%2584%25D9%2581%25D8%25B5%25D9%2584-%25D8%25A7%25D9%2584%25D8%25AA%25-D8%25A7%25D8%25B3%25D8%25B9.doc&usg=AFQjCNHPTHoXQPKI8-bUTf-u405-HmdEXjQ, 0ùîÜò úÄéüüè 10/10/2016>

تاريخ الإفادة ١٠/١٦/٢٠١٦م.

(٣٧) حامد الشريف، شيك الضمان والوديعة والائتمان بين النظرية والتطبيق، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٩٧م، ص ٩.

المبحث الثاني أحكام الشيك السياحي

لا يختلف الشيك السياحي عن الشيك المصرفي بشكل عام من حيث الشروط الشكلية والموضوعية، لذلك سنتناول هذه الشروط دون التوسع بها، وفي حال وجود خصوصية للشيك السياحي سيتم ذكرها في محله.

ويتضمن هذا المبحث مطلبين: في المطلب الأول سيتم التطرق للشروط القانونية للشيك السياحي، وفي المطلب الثاني كيفية استيفاء المبلغ المدون في الشيك السياحي.

المطلب الأول الشروط القانونية للشيك السياحي

أولاً: أطراف الشيك السياحي

قد يكون الأطراف في الشيك السياحي اثنين هما: الجهة المصدرة للشيك السياحي (الساحب)، والمستفيد، عندما يتولى صرف الشيك السياحي من قبل فرع من فروع المؤسسة المصدرة للشيك السياحي، وقد يكون فيه ثلاثة أطراف، هم الساحب والمسحوب عليه والمستفيد، عندما يتولى صرف الشيك السياحي مؤسسة مستقلة عن الجهة المصدرة للشيك السياحي، لكن يربطها بها اتفاقيات تنظم صرف الشيكات السياحية.

أ - الساحب

هو الشخص - الطبيعي أو المعنوي - الذي يصدر الشيك إلى المسحوب عليه ليقوم بدفع المبلغ المدون فيه للمستفيد، والساحب في هذه الحالة ضامن لقيمة الشيك، لأنه صدره برضاه، ويرجع عليه في حال عدم الوفاء به^(٣٨).

ب - المسحوب عليه

هو البنك الذي يصدر إليه أمر الساحب، بدفع مبلغ من النقود بناء على العلاقة السابقة بينهما، التي يكون فيها المسحوب عليه مديناً للساحب، والشيكات المصرفية لا يمكن أن يكون المسحوب عليه إلا بنكاً، وإلا فقد الشيك صفته القانونية، وهذا ما نص عليه المقنن الكويتي في قانون التجارة الكويتي رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠م. في المادة

(٣٨) سعد تركي الخثلان، أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٨٥.

(٥١٣) منه ما يلي: ((١ - الشيكات الصادرة في الكويت والمستحقة الوفاء فيها لا يجوز سحبها إلا على بنك، والصكوك المسحوبة في صورة شيكات على غير بنك لا تعتبر شيكات صحيحة))، أما في الشيكات السياحية فمن الممكن أن يكون المسحوب عليه مكاتب الحوالات باعتبارها ممثلاً للساحب في الشيكات السياحية.

وحصر المشرع سحب الشيكات على البنوك ضماناً أكبر للمستفيد، مما لو كانت الشيكات مسحوبة على الأشخاص، مما يجعل التعامل بالشيك عرضة لعدم الالتزام والمماطلة^(٣٩).

ج - المستفيد

هو الشخص الذي حرر الشيك من أجله، وهو صاحب الحق الذي كتب الشيك للوفاء بحقه، وفي الشيكات المصرفية لا يوجد إلزام في كتابة اسم المستفيد، ومن ثمَّ يجوز كتابة اسمه على الشيك، كما يجوز ترك مكان كتابة الاسم فارغاً، لأن الشيك المصرفي يمكن الحصول على قيمته النقدية من حامله، وقد يكون حامله هو الساحب نفسه، وفق ما نص عليه المقنن الكويتي في المادة (٥١٦) من قانون التجارة رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠م.

أما الشيك السياحي يجب أن يذكر فيه اسم المستفيد، لأن الشيك السياحي لا يصرف إلا لمن دون الشيك باسمه، وهو غير قابل للتظهير، ولا يجوز ترك مكان كتابة اسم المستفيد فارغاً، لأن الشيك السياحي يحرق لمصلحة شخص معين.

ثانياً: الشروط الموضوعية للشيك السياحي

أ - أهلية الالتزام بالشيك

يشترط في الساحب أن يكون أهلاً للالتزام بما أنشأه من حق بموجب إصداره للشيك، وتخضع أهلية الشخص لقانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، ووفقاً لأحكام الأهلية المحددة في القانون المدني^(٤٠)، فقد حددها المقنن الكويتي في المادة (٤١٠) من قانون التجارة رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠م. ب ٢١ سنة وهي سن إتمام الرشد وكمال الأهلية، ما لم يوجد عارض من عوارض الأهلية أو موانعها.

والأهلية لدى فقهاء الشريعة الإسلامية هي: صلاحية الإنسان لتلقي وفهم

(٣٩) سعد تركي الخثلان، أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٧٨.

(٤٠) زرار محمود مرادخان، جريمة إعطاء صك بدون رصيد وصورها، مرجع سابق، ص ٢٥.

الخطاب التشريعي، وتطبيقه، حتى تجب له وعليه الحقوق المشروعة، وصلاحيته لصدور الأفعال عنه على وجه معتبر شرعاً^(٤١).

وقد تقرر عند فقهاء الشريعة الإسلامية أن شرط المكلف أن يكون بالغاً عاقلاً، مع خلوه من عوارض الأهلية السماوية، كالجنون والعتة والنسيان والنوم، وكذلك خلوه من العوارض المكتسبة، كالخطأ والجهل، والسكر، والإكراه^(٤٢).

ب - الرضا

يجب أن يكون إصدار الشيك وتسليمه إلى المستفيد معبراً عن إرادة حقيقية للساحب خالية من العيوب، فإذا وقع الساحب بغلط أو إكراه أو تدليس فإنه يجوز له أن يدفع ببطلان التزامه في علاقته بدائنه المباشر، وبالمستفيد إذا كان سيئ النية، قاصداً الإضرار بالساحب، أما إذا كان المستفيد حسن النية لم يقصد هذا الإضرار فإنه لا يجوز للساحب الدفع بالبطلان^(٤٣).

ج - سبب الالتزام بالشيك

يقصد بسبب الالتزام العلاقة التي أدت إلى إنشاء الشيك بين الساحب والمستفيد، وهو ما يعبر عنه بوصول القيمة، سواء أكانت العلاقة تجارية بعوض، أم على سبيل التبرع، ولم يشترط القانون ذكر سبب الالتزام بين المتعاقدين، لكنه اشترط أن يكون السبب مشروعاً وموجوداً وإلا كان الالتزام باطلاً، وغير مخالف للآداب العامة والنظام العام، ويفترض القانون أن توقيع الساحب على الشيك قرينة على وجود السبب ومشروعيته، وأن تحريره تم وفاء لدين مستحق في ذمة الساحب^(٤٤).

وكذلك الحال في الفقه الإسلامي حيث يجب أن تكون المعاملة التي أدت إلى إنشاء الشيك شرعية مباحة، والأصل في المعاملات الإباحة، ما لم يرد دليل بخلاف ذلك، أو تتضمن المعاملة رباً، أو معنى محرماً شرعاً^(٤٥).

(٤١) بدران أبو العنين بدران، أصول الفقه الإسلامي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٨٤م، ص ٣١٧.

(٤٢) علاء الدين عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، ١٩٩٢م، ج ٣، ص ٣٥١.

(٤٣) عبد الحميد الشواربي، الجرائم المالية والتجارية، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، مصر، ١٩٩٦م، ص ٧٨٥.

(٤٤) زهير عباس كريم، النظام القانوني للشيك، مرجع سابق، ص ٤٥-٤٦.

(٤٥) محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، الطبعة الأولى، دار الوفاء، مصر، ٢٠٠١م، ج ٤، ص ٥.

لكن بطلان الشيك لوجود سبب غير مشروع ينحصر في العلاقة بين المحرر والمستفيد، أي أنه إذا طالب المستفيد المحرر بالوفاء استطاع هذا الأخير أن يتمسك في مواجهته بالبطلان، أما إذا كان هناك دعوى جنائية فإن المسؤولية الجنائية لا تتأثر بالسبب أو الباعث الذي أعطى من أجله الشيك، لأن القانون يحمي الشيك باعتباره أداة وفاء كالنقود^(٤٦).

د - محل الالتزام في الشيك

محل الالتزام في الشيك هو المبلغ المحرر في الشيك والواجب الأداء، ولا يمكن أن يكون محل الشيك بضاعة، أو منقول أو عقار، لأن طبيعة الشيك لا تتناسب مع ذلك، والنقود محل مشروع وجائز شرعاً وقانوناً، إلا إذا كان مخالفاً لأحكام قانونية خاصة، كمنع القانون التعامل في عملة معينة، ففي هذه الحالة لا يجوز تحرير الشيك بهذه العملة لمخالفة ذلك أحكام القانون^(٤٧).

وهذه إحدى خصائص الأوراق التجارية بشكل عام، حيث يجب أن يشتمل الشيك على أمر غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود، فإذا ورد الشيك على شيء آخر غير النقود، فإنه يخرج من عداد الأوراق التجارية^(٤٨).

ثالثاً: الشروط الشكلية للشيك السياحي

يخضع الشيك السياحي كغيره من أنواع الشيكات لعدد من الشروط الشكلية، والمتمثلة بالبيانات التي يجب ذكرها في الشيك. هي البيانات التي يجب أن يتضمنها الشيك. وأبرز هذه البيانات ذكرتها المادة (٥١١) من قانون التجارة الكويتي حيث جاء فيها:

((يشتمل الشيك على البيانات الآتية:

- لفظ " شيك " مكتوباً في متن الصك وباللغة التي كتب بها.

(٤٦) جاء في قرار لمحكمة النقض المدنية في مصر: ((الشيك وإن اعتبر في الأصل أداة وفاء، إلا أن مجرد سحب الشيك لا يعتبر وفاء مبرئاً لذمة صاحبه ولا ينقضي التزامه إلا بقيام المسحوب عليه بصرف قيمة الشيك للمستفيد)). الطعن رقم ٤٩٧ لسنة ٥٥ ق. جلسة ١٠/١٢/١٩٧٩م. محمد محمود المصري، في أحكام الشيك من الناحيتين المدنية والجنائية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ١٩٨٣م، ص ١٩٥.

(٤٧) محمد بن إدريس الشافعي، الأم، مرجع سابق، ص ٥.

(٤٨) محمد عطية راغب، جريمة إصدار الشيك بدون رصيد في التشريع المصري، مكتبة النهضة المصرية، مصر، ١٩٥٦م، ص ٨٥.

- تاريخ إنشاء الشيك ومكان إنشائه.
 - اسم من يلزمه الوفاء المسحوب عليه.
 - اسم من يجب الوفاء له أو لأمره وفقاً لما سيجيء في المادتين ٥١٦ و ٥١٧.
 - أمر غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود.
 - مكان الوفاء.
 - توقيع من أنشأ الشيك)).
- وتلتها المادة (٥١٢) حيث جاء فيها:
- ((الصك الخالي من أحد البيانات المذكورة في المادة السابقة لا يعتبر شيكاً، إلا في الحالتين الآتيتين: أ - إذا خلا الشيك من بيان مكان الإنشاء اعتبر منشأً في المكان المبين بجانب اسم الساحب. ب - وإذا خلا من بيان مكان وفائه، فالمكان المعين بجانب اسم المسحوب عليه يعتبر مكان وفائه، فإن ذكرت عدة أمكنة بجانب اسم المسحوب عليه اعتبر الشيك مستحق الوفاء في أول مكان مبين فيه. وإذا خلا الشيك من هذه البيانات أو من أي بيان آخر اعتبر مستحق الوفاء في المكان الذي يقع فيه المحل الرئيسي للمسحوب عليه)).

١ - الكتابة

يجب أن يكون الشيك مكتوباً، ولا عبارة بالتلفظ ببيانات الشيك، ولا ينبغي عليها أي التزام، والكتابة لا تحقق وجود الشيك فحسب، بل هي وسيلة لإثبات البيانات الأخرى التي طلب القانون توفرها فيه، فالكتابة ركن أساسي لوجود الشيك، وقد تكون الكتابة بخط اليد وقد تكون طباعة، بشرط أن تكون كافية للاعتماد عليها في تنفيذ أمر الدفع، كما اشترط القانون ذكر كلمة شيك في صدر الورقة المطبوع عليها، وغالبية البنوك تقوم بإصدار دفاتر شيكات لزيائنها مستوفية لجميع البيانات المطلوبة قانوناً^(٤٩).

٢ - كلمة شيك

الصك الخالي من عبارة شيك مكتوبة في متن الصك لا يعتبر شيكاً، ولا يخضع لأحكام قانون التجارة، وإنما يخضع للقواعد العامة، حيث يمكن اعتباره إقراراً بالدين^(٥٠).

(٤٩) مصطفى كمال طه، وائل أنور بندي، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧م، ص ٢٤٥-٢٤٦.

(٥٠) عبد العزيز سليم، الشرح التفصيلي للشيك، حقوق الطبع محفوظة للمؤلف، ٢٠٠٣م، ص ١٧.

٣ - أمر غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود

يجب أن لا يكون هذا الأمر معلقاً على شرط، سواء أكان شرطاً فاسخاً أو واقفاً، فلا يجب تحديده على أوراق خارجية أو وقائع خارجية، وهذا الأمر يجب أن يكون بدفع مبلغ من النقود، فلا يجوز أن يكون موضوعه تسلم شيء أو بضاعة، أو الالتزام بأداء عمل، وإذا اشتمل الشيك على ذلك فإنه يخرج من عداد الأوراق التجارية^(٥١).

ويجب أن يكون مبلغ الشيك محدداً بطريقة واضحة ودقيقة، لا لبس فيها حيث لا يدع مجالاً للشك حول تحديده أو مقداره، ويجب أن يكون المبلغ مكتوباً بالأحرف والأرقام، وإذا اختلف مبلغ الشيك المكتوب بالحروف والأرقام معاً فالعبرة عند الاختلاف تكون بالمبلغ المكتوب بالحروف^(٥٢).

أما الشيك السياحي فهو صحيح غير معلق على شرط، لكن لا يتم صرفه إلا بعد المضاهاة بين توقيع المستفيد عند تسليم الشيك له، وتوقيعه عند طلب صرفه، فهذا ليس بشرط معلق، لكنه لزيادة الضمانات في حصول المستفيد نفسه على مبلغ الشيك، ومنعاً للاحتيال والتزوير.

٤ - اسم المسحوب عليه ومكان الوفاء به

فقد اشترط القانون أن يذكر في الشيك اسم من يلزمه الأداء، وهو المسحوب عليه، وإذا خلا الشيك من اسم المسحوب عليه، فإنه يفقد صفته القانونية، ولا يجوز من حيث المبدأ سحب الشيك على الساحب نفسه، ويستثنى من ذلك أن يصدر البنك شيكاً على أحد فروع، وأن لا يكون الشيك محرراً لحامله، بل يجب أن يتضمن اسم المستفيد^(٥٣). وهذا الاستثناء يدخل في نطاقه الشبكات السياحية التي يتم صرفها من أحد فروع الجهة المصدرة لها، والشبكات السياحية بكل الأحوال لا تصدر لحاملها، وإنما يدون فيها دائماً اسم المستفيد.

كما يجب أن يذكر في الشيك المكان الذي يوجد فيه البنك أو المكان الذي يوجد فيه أحد فروع، وإذا لم يكتب مكان الوفاء اعتبر الشيك مستحقاً في المكان الذي يوجد

(٥١) عبد الحميد الشواربي، الجرائم المالية والتجارية، مرجع سابق، ص ٧٨٥.

(٥٢) محمد عطية راغب، جريمة إصدار الشيك بدون رصيد في التشريع المصري، مرجع سابق، ص ٧٩.

(٥٣) مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة، مرجع سابق، ص ٢٤٩. عمر سالم، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأموال، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٧م، ص ٢١٧.

فيه المركز الرئيسي للبنك المسحوب عليه. وهذا ما نص عليه المقنن الكويتي في المادة (٥١٢) من قانون التجارة رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠م.

٥ - اسم المستفيد

لا يعد اسم المستفيد من البيانات الإلزامية للشيك المصرفي وفقاً لأحكام قانون التجارة، لذلك يعد الشيك صحيحاً ولو صدر بدون اسم المستفيد، وذلك على خلاف الحال بالنسبة للكمبيالة والسند لأمر؛ حيث يعد اسم المستفيد من البيانات الإلزامية فيهما^(٥٤). أما في الشيك السياحي فيجب أن يذكر اسم المستفيد في الشيك، لأن الشيك السياحي لا يصدر إلا لشخص معين، ولا يجوز إصداره لحامله.

٦ - اسم الساحب

يجب أن يتضمن الشيك اسم الساحب وتوقيعه، ويعد توقيع الساحب بمثابة رضائه بالالتزام بالشيك، فهذا التوقيع هو الذي يفيد عنصر المديونية، وبدونه يفقد الشيك قيمته القانونية، والأصل أن يدون التوقيع باللغة التي حرر بها الشيك^(٥٥).

وإذا صدر الشيك بدون توقيع الساحب فلا يعد التزاماً في مواجهته، ويلحق بعدم التوقيع إصدار شيك بتوقيع مزور، إذا يعد الشيك في هذه الحالة باطلاً لأنه لا يحمل أمراً بالدفع من صاحبه الذي زور توقيعه، وفي هذه الحالة تقع تبعة الوفاء بالشيك الذي يحمل توقيعاً مزوراً على الساحب، إذ على البنك واجب التحري والفحص الدقيق لإمضاء المحرر، بل إن عليه تبعة هذا الوفاء ولو كان التزوير متقناً، ويصعب اكتشافه، وذلك على أساس مخاطر المهنة طالما لم يصدر خطأ من الساحب في هذا الشأن^(٥٦).

٧ - تاريخ إنشاء الشيك ومكان إنشائه

يجب أن يتضمن الشيك تاريخاً لإنشائه، وذكر هذا المكان وفق أحكام المادة (٥١١) من قانون التجارة الكويتي، حيث يعد الشيك الفاقد لتاريخ إنشائه، فاقداً لصفته القانونية، ومن الفوائد التي تترتب على ذكر تاريخ الإنشاء معرفة أهلية الساحب عند إنشاء الشيك، والتحقق من وجود الرصيد في وقت إنشائه، لأنه واجب الدفع لدى

(٥٤) محمد عطية راغب، جريمة إصدار الشيك بدون رصيد في التشريع المصري، مرجع سابق، ص ٧٥-٧٦.

(٥٥) عبد العزيز سليم، الشرح التفصيلي للشيك، مرجع سابق، ص ٣٧.

(٥٦) سميحة القليوبي، الأوراق التجارية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٩م، ص ٣٠٩.

الاطلاع وفق المادة (٥١٢) من قانون التجارة رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠م. ويجوز ترك هذا البيان على بياض، مفوضاً المستفيد في تحريره، وقت ما يشاء، وفي هذه الحالة يجب على المستفيد كتابة تاريخ الإصدار قبل التقدم للبنك للوفاء بقيمته^(٥٧). وإذا كان الشيك مؤخر التاريخ، أي يحمل تاريخاً لاحقاً على تاريخ تحريره، فإن هذا الشيك لا يعد باطلاً، وإنما يستحق الوفاء به فور تقديمه للبنك المسحوب عليه^(٥٨).

٨ - مكان الوفاء

يجب أن يذكر في الشيك مكان الوفاء به، حتى يتسنى لحامله تحصيل حقه منه، وإذا لم يذكر في الشيك مكان الوفاء، فالمكان المعين بجانب اسم المسحوب عليه يعتبر مكان وفائه، فإن ذكرت عدة أمكنة بجانب اسم المسحوب عليه اعتبر الشيك مستحق الوفاء في أول مكان مبين فيه. وإذا خلا الشيك من هذه البيانات أو من أي بيان آخر اعتبر مستحق الوفاء في المكان الذي يقع فيه المحل الرئيسي للمسحوب عليه. وهذا ما ذكرته المادة (٥١٢) من قانون التجارة الكويتي.

المطلب الثاني

استيفاء قيمة الشيكات السياحية و ضماناتها

عندما يطلب المستفيد من البنك شيكاً سياحياً، أو يشتريه من إحدى المؤسسات المالية التي تتولى بيع مثل هذه الشيكات، فهو يريد أن يستغني عن حمل النقود، لغرض السفر أو غيره، وعندما يريد صرف هذا الشيك يتوجه إلى البنك أو المؤسسة المالية المتخصصة بصرف الشيكات، ويوقع عند الموظف المختص لمضاهاة توقيعه الأخير بتوقيعه الأول عند استلام الشيك، وبعدها يتسلم المبلغ المدون في الشيك مخصوماً منه رسوم الصرف التي تفرضها المؤسسات المالية على كل من المستفيد من الشيك، ومصدر الشيك. وكل هذه المسائل سيتم مناقشتها من خلال ما يلي:

أولاً: قبض الشيك

يعد تسلم الشيك الحال الدفع قبضاً لمحتواه إذا كان شيكاً سياحياً أو مصرفياً أو مصدقاً أو في حكم المصدق، وذلك بأن تسحب الشيكات بين المصارف أو بينها

(٥٧) زرار محمود مرادخان، جريمة إعطاء صك بدون رصيد وصورها، مرجع سابق، ص٤٧.

(٥٨) عمر سالم، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأموال، مرجع سابق، ص٢١٩.

وبين فروعها، أو مراسليها. وبناءً على ذلك يجوز التعامل بال شيك فيما يشترط فيه القبض كصرف العملات، وشراء الذهب أو الفضة به، وجعل الشيك رأس مال للسلم.

الأصل أن تسلم الشيك الشخصي الحال الدفع يعد قبضاً لمحتواه ما لم يدل العرف على خلاف ذلك. والتظهير بجميع أنواعه إذا حصل مستوفياً للشروط والبيانات المقررة نظاماً يعتبر ملزماً لما يترتب عليه من آثار^(٥٩). إلا في الشيكات السياحية فهي لا تقبل التظهير.

وذهبت بعض الهيئات الشرعية إلى أنه يجوز إصدار وبيع الشيكات الحالة - غير المؤجلة - وشراؤها بأي نوع آخر من أنواع النقود الحالة (نقود ورقية أو شيكات سياحية أو شيكات مصدقة أو شيكات مصرفية أو بطاقات ائتمانية) على أن تُطبق عليها قواعد الصرف وهي كالآتي:

- إذا كانت المبادلة بنقد من جنس العملة التي أصدر بها الشيك فيجب حينئذ التقابض والتماثل.

- إذا كانت المبادلة بنقد من غير جنس العملة التي أصدر بها الشيك فيجب حينئذ التقابض فقط، ويكون سعر الصرف حسب ما يتفقان عليه.

ويتحقق التقابض في بيع الشيكات وشراؤها بأن يتسلم البنك العملة، أو تخصم من حساب العميل، ويتسلم العميل الشيك في الوقت نفسه، على أن يكون الشيك مستحق الدفع فوراً عند تقديمه للمسحوب عليه. ويجوز التعامل بشيكات التحويلات المصرفية إذا كان المبلغ المراد تحويله من جنس النقد المدفوع، أما إذا كان من غير جنس النقد المدفوع فلا بد من إجراء عملية الصرف بين العملتين أولاً مع الاكتفاء بالقبض الحكمي ثم تحويله بعد ذلك. وسعر الصرف في شراء الشيكات الأجنبية هو السعر الذي يتفق عليه البنك والعميل.

ولا يحق للبنك في حال شرائه للشيك أن يرجع على العميل إلا في العيوب التي كانت في الشيك قبل شرائه - مثل التزوير، وعدم المطابقة في التوقيع -، وأما ما يطرأ من العيوب بعد الشراء فيكون من ضمان البنك ولا يحق له الرجوع على العميل، كما لو أفلس البنك المسحوب عليه بعد شراء الشيك^(٦٠).

(٥٩) قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد رقم (٢٩) تاريخ ٢٩/٨/٢٠٠٥م.

(٦٠) قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد رقم (٢٩) تاريخ ٢٩/٨/٢٠٠٥م. وينظر: المعايير الشرعية، معيار رقم (١) المتاجرة في العملات، ص ٥.

ثانياً: الجهة التي تباع الشيكات السياحية

ليس من الضروري أن يكون المصرف البائع هو المصرف المصدر، بل ممكن أن يكون مصرفاً آخر أو شركات خاصة بالصرافة، بينها وبين الجهة المصدرة اتفاقات مصرفية، يتم الاتفاق بموجبها ببيع الشيكات السياحية، وعند بيع شيكات سياحية للعملاء، يتبع المصرف البائع ما يلي:

- ١ - يملأ العميل طلب شراء شيكات سياحية مبنياً قيمتها ونوع العملة التي يرغب الحصول عليها.
- ٢ - تحدد القيمة المعادلة بالعملة المحلية، ويطلب منه دفعها نقداً أو تقيد على حسابه.
- ٣ - تستخرج الشيكات من مكان حفظها، ويطلب من العميل التوقيع عليها وعلى اتفاقية الشراء.
- ٤ - يسلم العميل النسخة الثانية من اتفاقية الشيكات مع الشيكات بعد توقيعها من قبل العميل المشتري.
- ٥ - يتم تسجيل الشيكات السياحية المباعة، وعددها وفئاتها في سجل شيكات المسافرين (السياحية)^(٦١).

ثالثاً: إجراء صرف الشيكات السياحية

يمكن للمصرف صرف الشيكات السياحية بعد تدقيقها والتأكد من صحتها، وقيام العميل بالتوقيع الثاني أمام موظف الحوالات في المصرف، ومطابقته مع التوقيع الأول الموجود على نفس الشيك، وتسطر هذه الشيكات بختم تسطير المصرف، وترسل إلى المصرف المسحوب عليه ليتم قيدها لحساب المصرف المرسل، وفي حال شك المصرف في الشيك تؤخذ الشيكات برسم التحصيل وتدفع للعميل بعد التأكد من قيمتها. ويمكن تحديد الإجراءات المتبعة عند صرف الشيكات السياحية واختصارها بما يلي:

(٦١) منشور على الموقع الإلكتروني:

<https://www.google.iq/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEWiGuMSj99XPAhXJQpoKHR4LCu4QFggn-MAA&url=http%3A%2F%2Fwww.kantakji.com%2Fmedia%2F4378%2F%25D8%25A7%25D9%2584%25D9%2581%25D8%25B5%25D9%2584-%25D8%25A7%25D9%2584%25D8%25AA%25D8%25A7%25D8%25B3%25D8%25B9.doc&usg=AFQjCNHpTHoXQPKI8-bUTf-u405-HmdEXjQ>

تاريخ الإفادة ١٠/١٠/٢٠١٦م.

- ١ - التأكد من هوية العميل والحصول على صورة عنها.
- ٢ - يُطلب من العميل أن يوقع توقيعاً ثانياً على الشيكات وتتم مطابقته للتوقيع الأول.
- ٣ - حساب القيمة المعادلة للشيكات السياحية، وتسجيل المبلغ بحساب العميل بعد اقتطاع العمولة أو صرفها نقداً^(٦٢).

رابعاً: الفوائد التي تحصل عليها الجهات التي تصدر وتصرف الشيكات السياحية

يتقاضى أصحاب الشيكات السياحية أرباحهم، لأنهم يتسلمون النقود عن الشيكات قبل أن تُصرف الشيكات بمدة طويلة. ويستطيع الناس أن يستردوا شيكاتهم بالعملة الأجنبية في الخارج وبسعر الصرف. وتُقبل الشيكات السياحية في كل بقاع العالم، في الفنادق والمطاعم، والبقالات، أو في كل مكاتب تحويل العملة^(٦٣).

كما تتقاضى الجهة التي تقوم بصرف الشيكات السياحية عمولة مزدوجة، من البنك المصدر لهذه الشيكات من جهة، ومن العميل الذي يصرف الشيك من جهة ثانية، وتختلف هذه العمولة حسب الجهة التي تصدر الشيكات السياحية، وكذلك الجهة التي تقوم بصرفها. فعلى سبيل المثال بيت التمويل الكويتي إذا قام بصرف العملة واستبدالها بشيكات سياحية، يأخذ نسبة مئوية ١٪ من قيمة الشيك السياحي. وقد صدرت فتوى لبيت التمويل الكويتي أنه يجوز لبيت التمويل الكويتي بأن يأخذ مبلغاً محدداً، أو نسبة معينة من العميل الذي صرف العملة أو استبدل بها الشيكات السياحية، وله أن يأخذ من البنك المصدر للشيكات، وهذا الوضع لا مانع شرعاً منه، على أن ما يصيب بيت التمويل من أرباح، فإن كانت هذه الأرباح قد تحققت بطريقة يغلب على الظن مشروعيتها فله أن يملكها، أما إذا غلب على الظن أن هذه الأرباح تحققت من معاملات محرمة، فيجب أخذها من البنك المتعامل وصرفها في المصالح العامة للمسلمين عدا المساجد والمصاحف^(٦٤).

(٦٢) المرجع السابق.

(٦٣) منشور على الموقع الإلكتروني: <http://ency.kacemb.com> تاريخ الإفادة ١٦/١٠/٢٠١٦م.

(٦٤) فتوى بيت التمويل الكويتي، رقم ١٨٦، أخذ العمولة على إصدار الشيكات السياحية، من البنك

المصدر ومن البنك العميل المستفيد. منشور على الموقع الإلكتروني:

<https://www.google.com.sa/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewi5-b3U3d7-PAhXJ7BQKHZ6MCWlQFggnMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.imtithal.com%2Fuploaded%2Fmedia%2Ffatawa%2F20131129093139432204216.pdf&usq=AFQjCNE0x60HUb3LXCX3TSZgBHJtWDUcA>

تاريخ الإفادة ٢٠/٩/٢٠١٦م.

الخاتمة

وفي ختام هذا البحث تبين أن الشيك السياحي هو أحد أنواع الشيكات التي يمكن استخدامها، خاصة من قبل المسافرين الذين يتنقلون من دولة إلى أخرى، تجنباً لحمل أموالهم، وحفاظاً عليها من الضياع أو السرقة، وهو يتضمن أمراً بدفع مبلغ من المال للمستفيد، وقد أجاز الفقه الإسلامي إصدار وبيع الشيكات السياحية، وصرفها، واعتبره عقد حوالة دين في الذمة بين مصدر الشيك والمستفيد، وللشيك السياحي أحكام خاصة تختلف عن أحكام الشيك المصرفي.

فهذا الشيك يدون لمصلحة شخص معين، ولا يجوز تظهيره، ولا يسقط الحق في الشيك بالتقادم، نظراً لأنه غير مدون فيه تاريخ إصداره، ويحتاج هذا الشيك ليكون مستوفياً الشروط وتوقيع المستفيد عليه عند تسطيره، ولا يتم صرفه إلا بعد مقارنة التوقيع على الشيك المسطر، بتوقيع طالب الصرف (المستفيد).

النتائج التي تم الوصول إليها:

توصلنا من خلال البحث إلى عدد من النتائج أهمها:

- ١ - يخضع الشيك السياحي إلى أحكام الشيك المصرفي المشار إليها في قوانين التجارة، مع وجود بعض الأحكام الخاصة بالشيك السياحي والتي تميزه عن الشيك المصرفي.
- ٢ - التعامل بالشيك السياحي جائز شرعاً وقانوناً وفقاً للضوابط الشرعية والقانونية.
- ٣ - التكيف الفقهي الشرعي للشيك السياحي، بأن فيه عقدي حوالة ووكالة.
- ٤ - عقد الحوالة في الشيك السياحي وفقاً لما ذهب إليه الفقه الإسلامي هو عقد مشروط بعودة المحال للمحيل إن لم يستوف المبلغ المدون في الشيك.
- ٥ - تهتم الجهات المصدرة للشيك السياحي بنوعية وجودة الأوراق التي يطبع عليها منعاً للاحتيال والتزوير.
- ٦ - في الشيك السياحي عدد من الضمانات التي تكفل للمستفيد صرف المبلغ المدون فيه.
- ٧ - الشيك السياحي يجب أن يذكر فيه اسم المستفيد في الشيك، لأن الشيك السياحي لا يصدر إلا لشخص معين، ولا يجوز إصداره لحامله.
- ٨ - التعامل بالشيك السياحي فيه فوائد متعددة لكل الأطراف، المصدر، والمستفيد، والجهة التي تصرفه، وللاقتصاد الوطني للبلد ككل.

كما توصلنا من خلال البحث إلى عدد من التوصيات، أهمها:

- ١ - هناك ندرة في القوانين التي أشارت إلى الشيك السياحي وأحكامه، لذا نوصي المقنن بتعديل القانون التجاري، والإشارة بشكل صريح إلى خضوع أحكام الشيك السياحي إلى الأحكام العامة للشيك، مع مراعاة الطبيعة الخاصة للشيك السياحي، والإشارة إلى أحكامه الخاصة.
- ٢ - نشر الثقافة والتوعية بين موظفي البنوك وعملائهم من خلال دورات تدريبية، تواكب التطورات التي تحدث في المجال المصرفي من الناحية القانونية والشرعية والاقتصادية.
- ٣ - إجراء بحوث معمقة من قبل الهيئات الشرعية في البنوك، والأقسام القانونية فيها، وإصدار ضوابط شرعية وقانونية للشيكات السياحية.

فهرس المراجع والمصادر

أولاً - الكتب:

- أحمد أبو الروس، أحكام الكمبيالة والشيك، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٢م.
- أكرم ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٩م.
- بدران أبو العنين بدران، أصول الفقه الإسلامي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية ١٩٨٤م.
- حامد الشريف، شيك الضمان والوديعة والائتمان بين النظرية والتطبيق، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٩٧م.
- حسام الدين علي بن مكي الرازي، خلاصة الدلائل في تنقيح المسائل، تحقيق: أحمد بن علي، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، ٢٠٠٧م، ج ١.
- زرار محمود مرادخان، جريمة إعطاء صك بدون رصيد وصورها، مطبعة منارة، العراق، ٢٠١١م.
- زهير عباس كريم، النظام القانوني للشيك، الطبعة الأولى، مكتبة التربية، بيروت، ١٩٩٧م.
- سعد تركي الخثلان، أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، السعودية، ١٤٢٧هـ.
- سعيد أحمد شعله، قضاء النقد في الأوراق التجارية، منشأة المعارف، مصر، ١٩٩٩م.
- سميحة القليوبي، الأوراق التجارية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٩م.
- عبد الحميد الشوارربي، الجرائم المالية والتجارية، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، مصر، ١٩٩٦م.
- عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، تحقيق: حبيب عبد الرحمن الأعظمي، الطبعة الأولى، منشورات المجلس العلمي، المكتب الإسلامي، لبنان، ١٩٧٢م، ج ٨.

- عبد العزيز سليم، الشرح التفصيلي للشيك، حقوق الطبع محفوظة للمؤلف، ٢٠٠٣م.
- علاء الدين عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، ١٩٩٢م، ج ٣.
- علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: محمد حسن محمد، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، ١٩٩٧م، ج ٥.
- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، مصر، ١٩٩٣م.
- عمر سالم، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأموال، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٧م.
- مالك بن أنس، المدونة الكبرى، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، ١٩٩٤م، ج ٤.
- محسن شفيق، القانون التجاري المصري (الأوراق التجارية)، مصر، ١٩٥٤م.
- محمد أحمد سراج، الأوراق التجارية في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة، القاهرة، ١٩٨٨م.
- محمد أمين بن عابدين، رد المحتار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وعلي أحمد معوض، الطبعة الأولى، لبنان، ١٩٩٤، ج ٨.
- محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠م.
- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، الطبعة الأولى، دار الوفاء، مصر، ٢٠٠١م، ج ٤.
- محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، تحقيق: صدقي جميل العطار، الطبعة الأولى، دار الفكر، ٢٠٠٣م، ج ٢.
- محمد بن بلعيد أمنو البوطيبي، الأوراق التجارية المعاصرة، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٦م.
- محمد بن علي بن محمد الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، الطبعة الأولى، لبنان، ٢٠٠٢م.

- محمد بن محمد الغزالي، الوجيز في فقه مذهب الشافعي، تحقيق: أحمد فريد المزيدي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، ٢٠٠٤م.
- محمد عطية راغب، جريمة إصدار الشيك بدون رصيد في التشريع المصري، مكتبة النهضة المصرية، مصر، ١٩٥٦م.
- محمد محمود المصري، في أحكام الشيك من الناحيتين المدنية والجنائية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ١٩٨٣م.
- مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب حكم بيع المصراة، دار ابن الهيثم، القاهرة، ١٤٢٢هـ.
- مصطفى كمال طه ومراد منير فهيم، الأوراق التجارية والإفلاس، الدار الجامعية، لبنان، بدون تاريخ طبع.
- مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.
- موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة، العمدة في الفقه، تحقيق: طارق بن سعيد بن سالم آل عبد الحميد، الطبعة الأولى، إدارة الثقافة الإسلامية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م.
- ناهد فتحي الحموري، الأوراق التجارية الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٩م.
- وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، الطبعة الأولى، دار الصفوة، مصر، ١٩٩٠م، ج ١٨.

ثانياً - المجلات والدوريات

- مجلة قضايا الدولة، العدد الثالث، السنة الأربعون، سبتمبر، ١٩٩٦م، العدد ١٥٩.

ثالثاً - عناوين المواقع الإلكترونية:

- <http://ency.kacemb.com> / الشيك - السياحي / قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد رقم (٢٩) تاريخ ٢٩/٨/٢٠٠٥م. في الجلسة الثالثة والعشرين بعد المئة، الرياض، السعودية. تاريخ الإفادة ١٦/١٠/٢٠١٦م.
- <http://islamselect.net/mat/38260> تاريخ الإفادة ١٦/١٠/٢٠١٦م.
- http://www.qnb.com/cs/ContentServer/QNBQatar/ar_QA/arTravellers Cheques تاريخ الإفادة ١٦/١٠/٢٠١٦م.

- https://www.google.iq/url?sa=t&l=&esrc=s&source-web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi5-b3U3d7PAhXJ7BOKHZ6MCWlQFggnMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.intithal.com%2Fuploaded%2Ffatawa%2F201311290931942204216.pdf&usg=AFQJ CNE0x60HUbu3LXCX3TSZgBHjtWdUcA فتوى بيت التمويل الكويتي، رقم ١٨٦، أخذ العمولة على إصدار الشيكات السياحية، من البنك المصدر ومن البنك العميل المستفيد. تاريخ الإفادة ٢٠١٦/٩/٢٠ م.
- https://www.goolge.iq/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&surce=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiGuMSj99XPAhXJQpoKHR4LCu4QFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.kantakji.com%2Fmedia%2F4378%25D8%25A7%25D9%2584%2581%25D8%25D9%2584-%25D8%25A7%25D9%2584%25D8%25AA%25D8%25A7%25D8%25B3%25D8%25B9.doc&usg=AFQjCNGpTHoXQPKl8 bUTF-u405-HmdEXjQ تاريخ الإفادة ٢٠١٦/١٠/١٠ م.
- https://www.google.iq/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi74smnw9PPAhXpFJoKHa faDbsQFggiMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.riyadhalelm.com%2Fresearches%2F64_zwabtshikat.doc&usg=AFQjCNG1ORsVJ8YMw DIYbNUbJG1UEpqXnw تاريخ الإفادة ٢٠١٦/١٠/١ م.

مبدأ عدم جواز محاكمة المتهم عن نفس الفعل مرتين "الخطر المزدوج" - دراسة مقارنة بين القانون الجنائي الأمريكي وقانون الجزاء الكويتي

الدكتور/ يوسف حجي المطيري

أستاذ قانون الجزاء - كلية الدراسات التجارية

الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب

دولة الكويت

ملخص:

تهدف العدالة الجزائية إلى حماية المتهم من خلال حصوله على محاكمة عادلة تتوفر له فيها جميع الضمانات القانونية التي تكفل له الحق في الدفاع عن نفسه ضد اتهام السلطات له بارتكابه للجريمة ولا شك أن ومن أهم هذه الضمانات عدم محاكمة المتهم عن نفس الجريمة مرتين؛ حيث إن العدالة الجزائية تقتضي عدم جواز تكرار محاكمة الشخص عن نفس الجريمة أكثر من مرة؛ إذ يجب أن تتساوى فرصة الجهة المختصة بتوجيه الاتهام مع فرصة المحامي الذي يتولى مهمة الدفاع عن المتهم، بحيث لا تحصل جهة الاتهام على أكثر من فرصة واحدة أي محاكمة واحدة لإدانة المتهم، أما إذا سُمح لسلطات الاتهام بتكرار محاكمة الشخص مرة تلو الأخرى حتى تتمكن من الحصول على حكم بالإدانة فإن هذا الأمر سوف يؤدي إلى إعطاء سلطة الاتهام أفضلية على محامي المتهم مما سوف يؤدي إلى اختلال ميزان العدالة الجزائية؛ لذلك وجد مبدأ عدم جواز محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين ليحقق العدالة الجزائية بين سلطة الاتهام من جهة ومحامي المتهم من جهة أخرى.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، وأفضل الصلاة وأتم التسليم، على سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

تهدف العدالة الجزائية إلى حماية المتهم من خلال حصوله على محاكمة عادلة تتوفر له فيها جميع الضمانات القانونية التي تكفل له الحق في الدفاع عن نفسه ضد اتهام السلطات له بارتكابه للجريمة، ولا شك أن ومن أهم هذه الضمانات عدم محاكمة المتهم عن نفس الجريمة مرتين حيث إن العدالة الجزائية تقتضي عدم جواز تكرار محاكمة الشخص عن نفس الجريمة أكثر من مرة، إذ يجب أن تتساوى فرصة الجهة المختصة بتوجيه الاتهام مع فرصة المحامي الذي يتولى مهمة الدفاع عن المتهم، بحيث لا تحصل جهة الاتهام على أكثر من فرصة واحدة أي محاكمة واحدة لإدانة

المتهم، أما إذا سُمح لسلطات الاتهام بتكرار محاكمة الشخص مرة تلوى الأخرى حتى تتمكن من الحصول على حكم بالإدانة، فإن هذا الأمر سوف يؤدي إلى إعطاء سلطة الاتهام أفضلية على محامي المتهم، مما سوف يؤدي إلى اختلال ميزان العدالة الجزائية؛ لذلك وجد مبدأ عدم جواز محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين ليحقق العدالة الجزائية بين سلطة الاتهام من جهة ومحامي المتهم من جهة أخرى.

هذا ولا يوجد مبدأ قانوني ينافس مبدأ عدم جواز محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين من حيث بعده التاريخي؛ إذ يعود المبدأ بجنوره التاريخية إلى شريعة هامورابي عام ١٧٩٠ قبل الميلاد حيث ينص القانون الخامس من مدونة هامورابي على ضرورة أن يدفع القاضي اثني عشر ضعف المال المقرر في المطالبة القضائية إذا ثبت أن القاضي قد حكم في قضية واحدة حكمين مختلفين، وأن يبعد عن عمله كقاض بصفة مؤقتة، هذا النص وإن بدا واضحاً بأنه يعاقب القاضي الذي يحكم في قضية حكمين إلا أنه يهدف في النهاية إلى عدم محاكمة المدعى عليه مرتين عن نفس المطالبة القضائية من نفس القاضي، ثم انتقل المبدأ إلى القانون اليوناني عام ٣٥٥ قبل الميلاد بصيغة أكثر وضوحاً من مدونة هامورابي، حيث ينص القانون على أن "القوانين تمنع أن يحاكم الرجل مرتين على ذات المسألة" ويرى الفقهاء أن المقصود بذات المسألة هو "نفس الجريمة أو الفعل" وانتقل المبدأ بعد ذلك إلى قانون الجمهورية الرومانية بنفس الصيغة الواردة في القانون اليوناني، مع إعطاء من تتم محاكمته مرتين حق الطعن على المحاكمة الثانية، وبعد ذلك انتقل المبدأ إلى عهد الملك هنري الثاني عام ١١٧٠ مع استثناء رجال الكنيسة من تطبيق المبدأ، وبعد القرن الرابع عشر أعيدت صياغة المبدأ بشكل قانوني ليتلاءم مع النظام القانوني الإنجليزي والذي بدأ يتبلور في ذلك الوقت، حيث نص القانون على "ضرورة تطبيق قانون واحد على جريمة واحدة وعقوبة واحدة" وفي القرن الثامن عشر صاغ السير ويليام بلاكستون القانون الإنجليزي وطور المبدأ ليكون أكثر وضوحاً وشمولية، ليكون النص كالتالي "لا يجوز لأي شخص أن يخضع إلى أكثر من محاكمة وعقوبة واحدة لذات الفعل" وبسبب الاستعمار الإنجليزي لبعض الولايات الأمريكية انتقل المبدأ إلى الدستور الأمريكي، حيث ينص التعديل الخامس من الدستور الأمريكي على أنه: "لا يجوز محاكمة أو معاقبة الشخص على نفس الفعل مرتين".

أما في القانون الكويتي فعلى الرغم من أهمية مبدأ عدم جواز محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين إلا أن المشرع لم ينص على المبدأ في الدستور الكويتي، حيث قصر النص على المبدأ في قانون الإجراءات الجزائية من خلال نص في المادة

(١٨٤) حيث تنص المادة على أنه: "متى صدر حكم في موضوع الدعوى الجزائية بالبراءة أو بالإدانة بالنسبة إلى متهم معين، فإنه لا يجوز بعد ذلك أن ترفع دعوى جزائية أخرى ضد هذا المتهم عن نفس الأفعال أو الوقائع التي صدر بشأنها الحكم، ولو أعطى لها وصف آخر، وذلك مع مراعاة الأحكام الواردة في المادتين التاليتين. إذا رفعت دعوى جزائية أخرى، جاز التمسك بالحكم السابق في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو أمام محكمة الاستئناف، ويجب على المحكمة أن تراعي ذلك ولو لم يتمسك به الخصوم، ويثبت الحكم السابق بتقديم صورة رسمية منه أو شهادة من المحكمة بصدوره" إلا أن ما يشفع للمشرع النص على المبدأ في قانون الإجراءات الجزائية وليس الدستور أنه نص على المبدأ في القانون بتفصيل أكثر شمولية وأفضل بكثير من التفصيل الوارد في الدستور الأمريكي.

هذا ويعتبر مبدأ عدم جواز محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين من أهم المبادئ التي تقوم عليها العدالة الجزائية؛ حيث إن مقتضيات العدالة الجزائية تحتم على سلطة الاتهام تقديم من تعتقد بأنه هو من ارتكب الجريمة مرة واحدة فقط للمحاكمة عن هذه الجريمة والقبول بالحكم المترتب على المحاكمة سواء أكانت نتيجة هذا الحكم براءة المتهم أم حصوله على عقوبة أقل من تلك العقوبة التي تتوقعها سلطة الاتهام، وألا يقوم بتقديمه للمحاكمة مرة أخرى عن نفس الجريمة إذا حصلت على نتيجة لا ترضيها.

كما ويوفر مبدأ عدم جواز محاكمته عن نفس الجريمة مرتين ضماناً مهمة للمتهم ضد تعسف السلطة من خلال إصرارها على تكرار محاكمة المتهم عن نفس الجريمة مرة تلو الأخرى حتى تحصل على حكم بإدانته، فلا تتساوى فرص الإدانة مع فرص البراءة حيث ترتفع نسبة إدانة المتهم كلما زاد عدد محاكماته عن نفس الجريمة، والقاعدة العامة في القانون أن تعطى السلطة فرصة واحدة فقط لمحاكمة المتهم لتتم بعد ذلك إما تبرئته أو إدانته، وبذلك تتساوى فرص المتهم أمام القانون لذلك يسمي الفقه الأمريكي هذه المسألة " الإدانة عن طريق الفرصة الواحدة".

بالإضافة إلى أن تكرار محاكمة المتهم عن نفس الجريمة سوف يرهق المحكمة بإعادة محاكمات سبق الفصل فيها وحازت أحكامها على حجية الأمر المقضي فيه هذا من جهة، ومن جهة أخرى سوف يؤدي هذا الأمر إلى تعارض الأحكام الصادرة من المحاكم عن نفس الدعوى ونفس الوقائع، الأمر الذي يستحيل معه تنفيذ هذه الأحكام بسبب تعارضها.

هدف موضوع البحث:

يهدف البحث إلى تسليط الضوء على مسألة مهمة من مسائل العدالة الجزائية

وهي عدم جواز محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين من خلال بحث وتحليل الشروط الواجب توافرها لمنع سلطة الاتهام من تقديم المتهم للمحاكمة عن نفس الجريمة أكثر من مرة في كل من القانون الجنائي الأمريكي وقانون الإجراءات الجزائية الكويتي، بالإضافة إلى دراسة ومقارنة أحكام وقرارات المحكمة الأمريكية الفدرالية العليا ومحكمة التمييز الكويتية بخصوص مبدأ عدم جواز محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين.

منهجية البحث:

يتناول هذا البحث مبدأ عدم جواز تعدد محاكمة الشخص عن نفس الجريمة عن طريق التحليل المقارن بين قانون الولايات المتحدة الأمريكية وقانون الإجراءات الجزائية الكويتي، وبيان أوجه الاختلاف والتشابه بين الأنظمة القانونية المعمول بها في كل من الكويت والولايات المتحدة، كما سوف تركز دراسة المبدأ على تحليل ومناقشة ومقارنة الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الأمريكية الفدرالية العليا على مدار قرن من الزمان مع الأحكام الصادرة من محكمة التمييز الكويتية.

خطة البحث:

وضعت المحكمة الفدرالية العليا خلال قرن من مراجعتها وتحليلها لمبدأ عدم جواز محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين ثلاثة شروط رئيسية لضمان عدم قيام أو قدرة سلطة الاتهام من محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين، حيث تشترط أولاً: أن يكون الحكم الصادر في المحاكمة الأولى حكماً فاصلاً في الموضوع، ومن ثم تشترط أن تكون سلطة الاتهام في المحاكمتين واحدة، وفي النهاية تشترط أن تكون الجريمة في المحاكمة الأولى والمحاكمة الثانية واحدة.

الأمر الذي يقتضي تقسيم البحث إلى أربعة مباحث وذلك على النحو التالي:

- المبحث الأول: ماهية المبدأ ونطاقه وأهميته
- المبحث الثاني: وحدة سلطة الاتهام في المحاكمة الأولى والمحاكمة الثانية
- المبحث الثالث: شروط الحكم القضائي في الدعوى الأولى
- المبحث الرابع: وحدة الجريمة

المبحث الأول ماهية المبدأ ونطاقه وأهميته

على الرغم من قدم مبدأ عدم جواز محاكمة المتهم عن نفس الجريمة مرتين حيث ناقشت المحكمة الفدرالية العليا مدى دستوريته أول مرة في عام ١٩٣٢ من خلال مراجعتها لقضية Blockburger v. United States^(١) إلا أنها لم تقم بوضع تعريف للمبدأ؛ والسبب في هذا الأمر يعود لكون المحكمة الفدرالية العليا محكمة تختص ببحث دستورية ومشروعية المسألة المعروضة عليها وتفسير تعديلات الدستور الأمريكي للرد على الدفوع المقدمة من أطراف الدعوى؛ لذلك تعتبر أحكامها قانوناً أعلى من قوانين الولايات وملزماً لجميع محاكم الولايات والمحاكم الفدرالية، وهذا الأمر يجعلها لا تميل إلى تعريف المبادئ القانونية التي تناولتها تعديلات الدستور الأمريكي والتي من ضمنها مبدأ عدم جواز محاكمة المتهم عن نفس الجريمة مرتين؛ لأنها إن فعلت ذلك قيدت المبدأ وبذلك لا يصبح مبدأ مرناً صالحاً للتطبيق في كل زمان ومكان^(٢).

إلا أن هذا الأمر لم يثن الفقه في القانون الأمريكي عن وضع تعريف لتوضيح مبدأ عدم جواز محاكمة المتهم عن نفس الفعل مرتين، حيث عرفه البعض بأنه "محاكمة المتهم مرة ثانية عن نفس الجريمة التي تمت إدانته أو تبرئته منها في المحاكمة الأولى" كما عرفه البعض بأنه "محاكمة أو معاقبة المتهم ثانيةً عن نفس الفعل المرتكب"^(٣).

وقد نص الدستور الأمريكي على مبدأ عدم جواز محاكمة المتهم عن نفس الجريمة مرتين في التعديل الخامس والذي ينص على أنه: "لا يجوز محاكمة أو معاقبة الشخص على نفس الفعل مرتين" وقد انتقل هذا المبدأ إلى القانون الأمريكي عن طريق القانون الإنجليزي بسبب استعمار إنجلترا للعديد من الولايات الأمريكية، حيث تم تبني العديد من المبادئ القانونية الموجودة في القانون الإنجليزي لتكون جزءاً من الدستور وقانون الجزاء الأمريكي، ومن ضمن هذه المبادئ مبدأ عدم جواز محاكمة المتهم عن نفس الفعل مرتين والذي نص عليه الدستور الأمريكي في التعديل الخامس^(٤).

(١) Blockburger v. United States, 284 U.S. 299 (1932).

(٢) Garlicki Lech, Constitutional Courts versus Supreme Courts, International Journal of Constitutional Law, Vol. 5, Issue 1, P. 44, (2007)

(٣) John Tyson C. III, Double Jeopardy and Collateral Estoppel, Alabama Lawyer, Vol. 37, Issue 2 (April 1976), P. 208-220.

(٤) التعديل الخامس من الدستور الأمريكي.

كما ويسمى مبدأ عدم جواز محاكمة المتهم عن نفس الفعل مرتين "الخطر المزدوج" في النظام الأنجلوسكسوني، والسبب في هذه التسمية يكمن في أن المتهم إذا تمت محاكمته مرتين عن الجريمة المتهم بارتكابها فسوف ينتج عن هذا الإجراء إمكانية إدانته مرتين، أي إمكانية وقوعه تحت خطر الإدانة في المحاكمة الأولى وفي المحاكمة الثانية، فتزيد فرص إدانة هذا المتهم عن المتهم الذي يحاكم مرة واحدة عن الجريمة التي تم اتهامه بارتكابها؛ لذلك سمي هذا المبدأ بالخطر المزدوج^(٥).

أما من حيث النطاق فإن مبدأ عدم جواز محاكمة المتهم عن نفس الفعل مرتين ينطبق على جميع أنواع الجرائم سواء أكانت جنائيات أم جنحاً، كما وينطبق المبدأ على جميع أنواع العقوبات سواء أكانت العقوبات بدنية كالإعدام أم عقوبات سالبة للحرية كالحبس وحتى الغرامات، كما ينطبق على جميع المتهمين سواء أكانوا أحياناً أم بالغين بالإضافة إلى انطباق المبدأ على الإجراءات الاحترازية التي يتخذها القاضي للحد من خطورة المتهم^(٦).

ومن ناحية أخرى يسري هذا المبدأ على جميع الولايات والمحاكم الأمريكية والمحاكم الفدرالية؛ لذلك لا يجوز لأية ولاية أن توجه اتهاماً لأي شخص سبق وحوكم عنه، كما لا يجوز لأية محكمة من محاكم الولاية أو المحاكم الفدرالية أن تبدأ بإجراءات المحاكمة لشخص عن جريمة سبق للمحكمة محاكمته عنها، كما لا يجوز لأي ولاية إصدار قانون يجيز لمحاكمها محاكمة المتهم عن نفس الفعل مرتين^(٧).

ومتى تمت محاكمة الشخص عن الجريمة التي اتهم بارتكابها وحاز على حكم بالبراءة فلا يجوز إعادة محاكمته عن نفس الجريمة مرة أخرى حتى وإن حصلت سلطة الاتهام على أدلة جديدة تدين المتهم مثل اعتراف مسجل من قبل المتهم بارتكابه الجريمة وهو يسرد تفاصيل ارتكابها طالما تمت محاكمة المتهم عن نفس الجريمة وحصل على حكم سواء بالبراءة أو بالإدانة^(٨).

وبسبب تعلق هذا المبدأ بإجراءات المحاكمة لذلك لا يستطيع المتهم التمسك بعدم جواز محاكمته عن نفس الجريمة مرتين إلا مع البداية الفعلية لجلسات المحاكمة

(٥) المرجع السابق صفحة ١٤

(٦) Ann. Rev., Double Jeopardy, Annual Review of Criminal Procedure, Vol. 7, P. 453-468, (1977), <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/double+jeopardy>

(٧) <https://www.wklaw.com/double-jeopardy-apply-criminal-case/>

(٨) Joshua Dressler, Alan C. Michaels, Understanding Criminal Procedure Volume Two, Adjudication Fourth Edition, P.302 (2014).

الثانية وليس قبل ذلك، وعليه لا يجوز للمتهم التمسك بالمبدأ في مرحلة التحقيق الابتدائي وما يترتب عليها من إجراءات مثل سماع ومواجهة الشهود أو حبس المتهم احتياطياً، كما لا يجوز للمتهم التمسك بالمبدأ خلال جلسة الاستماع وهي الجلسة التي يتم من خلالها سماع دفوع النيابة العامة بخصوص لائحة الاتهام لكي تقرر هيئة المحلفين الكبرى هل الأدلة المتعلقة بلائحة الاتهام المقدمة من قبل سلطة الاتهام ضد المتهم كافية لقيام الدعوى الجزائية وبالتالي المضي في إجراءات الدعوى، أو أن تقرر إلغاء لائحة الاتهام وإسقاط التهم^(٩).

بالإضافة إلى أن المتهم لا يستطيع التمسك بالمبدأ عند البدء بإجراءات ومفاوضات الاعتراف بالذنب بين جهة الادعاء ومحامي المتهم والتي تبدأ بعد حكم هيئة المحلفين الكبرى بأن أدلة الاتهام جدية وكافية لقيام الدعوى الجزائية، وتهدف مفاوضات الاعتراف بالذنب إلى إعطاء المتهم عقوبة أقل من الحد الأدنى المنصوص عليه في القانون في مقابل اعترافه بارتكابه الجريمة المتهم بارتكابها، وعدم المضي في إجراءات الدعوى وإرهاق المحكمة بدعوى محسومة النتيجة بإدانة المتهم^(١٠).

وعليه يقوم حق المتهم الدستوري بالتمسك بعدم جواز محاكمته عن نفس الجريمة مرتين بعد قراءة قرار الاتهام من قبل القاضي مع بداية الجلسة الأولى لمحاكمة المتهم في محاكم البالغين والأحداث، أما بالنسبة لإجراءات ومفاوضات الاعتراف بالذنب فإن حق المتهم بالتمسك بالمبدأ يبدأ بمجرد قبول القاضي للاتفاق المبرم بين جهة الادعاء العام ومحامي المتهم^(١١).

كما ويمثل مبدأ عدم جواز محاكمته عن نفس الجريمة مرتين ضماناً دستورية حقيقية للمتهمين ضد تكرار محاكمتهم عن نفس الجريمة مرة أخرى ويشمل المبدأ ثلاث حالات هي:

- ١ - عدم جواز محاكمة المتهم عن نفس الجريمة بعد حصوله على حكم بالبراءة عن المحاكمة الأولى، وفي هذه الحالة يتهم شخص بارتكاب جريمة ما وتتم محاكمته عن هذه جريمة وبعد الانتهاء من إجراءات المحكمة ويحصل على حكم بالبراءة

(٩) Serfass v. United States, 420 U.S. 377, 388 (1975); United States v. Lasater, 535 F.2d 1041, 1047 (8th Cir. 1976).

(١٠) Serfass v. United States, 420 U.S. 377, 388 (1975), Fifth Amendment-Double Jeopardy, Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 68, Issue 4, P. 555. (1977).

(١١) Crist v. Bretz, 437 U.S. 28 (1978), <https://www.oyez.org/cases/1977/76-1200>. (١١)

ويتحصن الحكم، ومن ثم تقوم سلطة الاتهام في وقت لاحق مرة أخرى بمحاكمته عن نفس الجريمة التي سبق وبُريء من ارتكابها، ففي هذه الحالة تمت محاكمة الشخص عن نفس الجريمة التي سبق وحصل على حكم بالبراءة عنها^(١٢).

٢ - عدم جواز محاكمة المتهم عن نفس الجريمة بعد حصوله على حكم بالإدانة عن المحاكمة الأولى، وهذه الحالة تتشابه مع الحالة السابقة إلا أن الفرق في هذه الحالة هو حصول الشخص على حكم بالإدانة بدلاً من البراءة، ومن ثم تقوم سلطة الاتهام بمحاكمته عن الجريمة مرة أخرى بهدف معاقبته بعقوبة أخرى إضافية أو عقوبة أكثر شدة من تلك التي حصل عليها بالمحاكمة الأولى^(١٣).

٣ - عدم جواز معاقبة المتهم بأكثر من عقوبة عن نفس الجريمة، وهذه الحالة لا تتم محاكمة الشخص عن نفس الفعل مرتين وإنما يحاكم مرة واحدة عن جريمة ما، ولكن يقوم القاضي بالحكم بعقوبتين منفصلتين على المتهم لكل مدة معينة من الحبس عن نفس الجريمة^(١٤).

وتبدو أهمية مبدأ عدم جواز محاكمته عن نفس الجريمة مرتين في توفير ضمانات مهمة للمتهم ضد تعسف السلطة والمتمثل في إصرارها على إدانته عن طريق تكرار محاكمة المتهم عن نفس الجريمة أكثر من مرة، فلا تتساوى فرص الإدانة مع فرص البراءة حيث تزيد فرص إدانة المتهم كلما زادت محاكمته عن نفس الجريمة، والقاعدة العامة في القانون أن تعطى السلطة فرصة واحدة فقط لمحاكمة المتهم لتتم تبرئته أو إدانته، وبذلك تتساوى فرص المتهم أمام القانون لذلك يسمى الفقه الأمريكي هذه المسألة "الإدانة عن طريق الفرصة الواحدة"^(١٥).

ومن ناحية أخرى فإن تطبيق مبدأ عدم جواز محاكمته عن نفس الجريمة مرتين في القانون الأمريكي - بشكل خاص - يوفر مبالغ مالية طائلة يمكن الاستفادة منها في تحسين مرافق الولاية مما يعود بالنفع على المواطنين، كما يوفر الكثير من الوقت المهدر حيث إن المحاكمات الجنائية كأصل عام تتكون من هيئة محلفين لا يتجاوز عددهم عشرين مواطناً أمريكياً يتم اختيارهم بشكل عشوائي عن طريق الكمبيوتر، وفي المقابل لا يملكون رفض الاشتراك في هيئة المحلفين إلا لسبب قهري، والسبب

(١٢) William Burnham, Introduction to the Law and Legal System of the United States, P. 308, (1995).

(١٣) George C. Thomas III, Double Jeopardy The History, The Law, P. 7 (1998).

(١٤) المرجع السابق صفحة ١٤.

(١٥) Joshua Dressler, Alan C. Michaels, Understanding Criminal Procedure, P.308.

في هذه الإلزامية في الاشتراك في هيئات المحلفين يكمن في أنها أحد الالتزامات المقررة لاستحقاق الجنسية الأمريكية، وتكون مهمة أعضاء هيئة المحلفين الاستماع إلى جميع المرافعات والدفع المقدمة من قبل النيابة العامة ومحامي المتهم والشهود وآراء الخبراء بهدف إصدار الحكم بإدانة المتهم أو براءته، ولكي تتمكن هيئة المحلفين من القيام بعملها الذي قد يستمر شهوراً بحسب المدة والإجراءات التي تتطلبها كل قضية يمنح أعضاء هيئة المحلفين إجازات رسمية براتب طول فترة المحاكمة كما وتلتزم الولاية بإسكانهم في مكان قريب من مكان انعقاد جلسات المحاكمة، وإطعامهم حتى إصدارهم للحكم، ولاشك بأن هذا الأمر يكلف الولاية الكثير من المال والوقت، فإذا سمح للولاية بمحاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين فإن هذا المال والوقت والجهد سوف يتضاعف مما يرهق ميزانية الولاية^(١٦).

بالإضافة إلى أن شرعية العقوبات تتطلب عدم محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين حيث إن المشرع عندما يضع العقوبة التي تقابل السلوك الذي يقوم بتجريمه يقوم بعملية موازنة بين الضرر الذي يمكن أن يلحقه هذا السلوك في المجتمع والجزاء المناسب الذي يحقق فكرة الردع، كما يضع حداً أعلى للعقوبة لضمان عدم التعسف مع المتهم والحكم عليه بأكبر من الحد الأعلى للعقوبة المقرر في القانون؛ لذلك فإن السماح بمحاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين سوف يؤدي إلى تطبيق عقوبات تتجاوز بمجموعها الحد الأعلى للعقوبة المقررة في القانون، مما يؤدي هذا الأمر إلى التحايل على شرعية العقوبات التي يقرها قانون الجزاء^(١٧).

كما أن محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين سوف يخل بمبدأ العدالة وتكافؤ الفرص بين سلطة الاتهام ومحامي المتهم، حيث إن محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين سوف يعطي الأفضلية لسلطة الاتهام من خلال منحها فرصة أخرى لمحاكمة المتهم وتدارك الأخطاء التي قد تكون وقعت فيها خلال المحاكمة الأولى وزيادة فرص إدانة المتهم عن نفس الجريمة التي سبق وبُري من ارتكابها أو حصل على عقوبة مخففة لا ترقى إلى فداحة الضرر الذي ألحقه المتهم بالمجتمع^(١٨).

كما أن مقتضيات العدالة الجزائية تستوجب استقرار الأحكام في القضايا

(١٦) المرجع السابق صفحة ٣١٠.

(١٧) Jordan M. Barry, Prosecuting the Exonerated: Actual Innocence and the Double Jeopardy Clause Stanford Law Review, Vol. 64, Issue 3, P. 535 (2012).

(١٨) المرجع السابق.

الجنائية بحيث يحاكم ويعاقب المتهم عن الجريمة التي اتهم بارتكابها مرة واحدة لكي تتمكن السلطات بعد ذلك من تنفيذ العقوبة على المتهم بسهولة ويسر، أما إذا سُمح لسلطة الاتهام بمحاكمته أكثر من مرة وبالتالي حصوله على أكثر من عقوبة عن نفس الجريمة سوف يؤدي هذا الأمر - بلا شك - إلى تعارض الأحكام القضائية الصادرة عن نفس الجريمة، الأمر الذي سيؤدي في المقابل إلى استحالة تطبيقها خصوصاً إذا كانت صادرة من محكمة واحدة وخلال فترة زمنية واحدة^(١٩).

أما في القانون الكويتي فلم ينص المشرع الكويتي على مبدأ عدم جواز محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين في الدستور الكويتي، وإنما نص عليه قانون الإجراءات الجزائية في المادة (١٨٤) والتي تنص على أنه: "متى صدر حكم في موضوع الدعوى الجزائية بالبراءة أو بالإدانة بالنسبة إلى متهم معين، فإنه لا يجوز بعد ذلك أن ترفع دعوى جزائية أخرى ضد هذا المتهم عن نفس الأفعال أو الوقائع التي صدر بشأنها الحكم، ولو أعطي لها وصف آخر، وذلك مع مراعاة الأحكام الواردة في المادتين التاليتين. إذا رفعت دعوى جزائية أخرى، جاز التمسك بالحكم السابق في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو أمام المحكمة الاستئنافية، ويجب على المحكمة أن تراعي ذلك ولو لم يتمسك به الخصوم، ويثبت الحكم السابق بتقديم صورة رسمية منه أو شهادة من المحكمة بصدوره"^(٢٠) كما وتنص المادة (١٨٥) على أنه: "إذا صدر حكم بشأن جريمة معينة، ثم تبين أن الأفعال المكونة لهذه الجريمة تكون جريمة أخرى بسبب ما ترتب عليها من نتائج جديدة، جاز رفع الدعوى عن الجريمة الجديدة إذا كانت هذه النتائج قد حدثت بعد صدور الحكم الأول، أو وقعت قبل صدوره ولكن المحكمة لم تعلم بها"^(٢١).

إلا أنه من خلال مراجعة المادة (١٨٤) والمادة (١٨٥) يتبين لنا أنه بالرغم من عدم النص على المبدأ في الدستور الكويتي إلا أن النصوص السابقة الواردة في قانون الإجراءات الكويتي جاءت مفصلة بشكل أكبر من النص على المبدأ في التعديل الخامس من الدستور الأمريكي^(٢٢).

(١٩) Carissa Byrne Hessick and F. Andrew Hessick, Double Jeopardy as a Limit on Punishment, 97 Cornell L. Rev. P. 45 (2012).

(٢٠) المادة (١٨٤) من قانون الإجراءات الجزائية الكويتي (١٨٤) (١٨٥).

(٢١) المادة (١٨٥) من قانون الإجراءات الجزائية الكويتي.

(٢٢) المرجع السابق.

المبحث الثاني

وحدة سلطة الاتهام في المحاكمة الأولى والمحاكمة الثانية

مبدأ عدم جواز محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين يعني عدم قانونية قيام سلطة الاتهام بمباشرة الإجراءات الجزائية ضد المتهم عن نفس الجريمة التي سبق وحوكم عنها وحصل على حكم سواء أكان هذا الحكم حكماً بالبراءة أم بالإدانة، وبناء على هذا المعنى فإذا ما تم توجيه الاتهام إلى شخص عن جريمة سبق وأن حوكم بسبب ارتكابها وحصل على حكم عنها فإن هذا الشخص يستطيع بعد قراءة لائحة الاتهام من قبل القاضي أن يدفع بأن هذه الجريمة والتي هو بصدد المحاكمة عن ارتكابها قد تمت محاكمته عنها، وبالتالي يتمسك بالحق الدستوري المقرر له في التعديل الخامس من الدستور الأمريكي والذي ينص على عدم جواز محاكمته عن نفس الجريمة مرتين^(٢٣) ومن ثم يتعين على القاضي دراسة دفعه والتأكد من جديته وبالتالي إصدار قراره بقبول الدفع وإخلاء سبيل المتهم أو عدم قبول الدفع والمضي في إجراءات المحاكمة^(٢٤).

إلا أن قيام مبدأ عدم جواز محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين في القانون الأمريكي يتطلب أن تكون الجهة التي وجهت الاتهام واحدة^(٢٥) مثال أن توجه سلطة الاتهام في ولاية نيويورك الاتهام ضد شخص معين بارتكابه جريمة سرقة ومن ثم يحاكم هذا الشخص من قبل إحدى المحاكم الجزائية لولاية نيويورك ويحصل على حكم معين سواء أكان حكماً بالبراءة أو بالإدانة، وفي وقت لاحق توجه سلطة الاتهام في ولاية نيويورك الاتهام مرة أخرى ضد نفس المتهم عن نفس الجريمة لكي تتم محاكمته بارتكابه نفس الجريمة التي سبق وحوكم بارتكابها، ففي هذه الحالة أصبحت الجهة التي وجهت الاتهام إلى المتهم واحدة وهي سلطة الاتهام في ولاية نيويورك^(٢٦) وتسمى هذه الحالة "السيادة المزدوجة"^(٢٧).

أما إذا اختلفت جهة الاتهام فلا مجال لقيام المبدأ مثل أن توجه ولاية نيويورك

(٢٣) التعديل الخامس من الدستور الأمريكي.

(٢٤) George C. Thomas III, Supra note 13, P. 39 (1998).

(٢٥) على خلاف القانون الكويتي الذي لا يتطلب أن تكون سلطة الاتهام واحدة.

(٢٦) Clifton Walker Homesley, The Dual Sovereignty Doctrine Extended to Successive State Prosecutions - Heath v. Alabama, Campbell Law Review, Vol. 8, Issue 2, P. 361 (1986).

(٢٧) <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/D/DualSovereigntyDoctrine.aspx>.

الاتهام إلى شخص عن جريمة معينة في المحاكمة الأولى وفي وقت لاحق توجه الحكومة الفدرالية الاتهام إلى نفس المتهم عن نفس الجريمة، ففي هذه الحالة لا يستطيع المتهم أن يتمسك بمبدأ عدم جواز محاكمته عن نفس الجريمة مرتين وذلك لاختلاف الجهة التي وجهت الاتهام^(٢٨).

كما أن اشتراط وحدة جهة الاتهام لتمسك المتهم بعدم جواز محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين ليست مقررة على مستوى الولاية فقط حيث يمكن للمتهم التمسك بهذا الحق في حالة محاكمته من قبل المحاكم الفدرالية عن جريمة واحدة مرتين وذلك لتحقيق وحدة جهة الاتهام وهي الحكومة الفدرالية في هذه الحالة^(٢٩).

ولكن لفهم مسألة وحدة سلطة الاتهام "السيادة المزدوجة" بشكل أدق يجب علينا أولاً أن نبين كيفية عمل النظام القانوني والقضائي الأمريكي على مستوى الحكومة الفدرالية وعلى مستوى الولاية، ومن ثم نبين طريقة عمل المبدأ من حيث وحدة جهة الاتهام وذلك على النحو التالي:

أولاً: النظام القانوني والقضائي في الولايات المتحدة الأمريكية

ينقسم النظام القانوني والقضائي في الولايات المتحدة الأمريكية إلى نظامين: نظام اتحادي (فيدرالي) ونظام محلي (على مستوى الولاية) والسبب في هذا التقسيم يعود إلى بداية نشأة الاتحاد بين الولايات الثلاثة عشرة التي كانت تحت الاستعمار البريطاني والتي استقلت عام ١٧٧٦ وأنشأت بعد ذلك النواة لما سوف يعرف لاحقاً بالولايات المتحدة الأمريكية^(٣٠) ومن ثم أنشأت هذه الولايات الدستور الأمريكي عام ١٧٨٧ وتم التصديق عليه في العام التالي، وبسبب معاناة هذه الولايات من الاستعمار البريطاني لم ترغب في قيام نظام ملكي وحكومة مركزية كما هو الحال في بريطانيا؛ لذلك أنشئ الاتحاد بين الولايات تحت سلطة اتحادية (فدرالية) مع إعطاء كل ولاية الحرية في إدارة شؤونها بالطريقة التي تتناسب مع طبيعتها^(٣١).

وقد قسم الدستور الأمريكي السلطات الفدرالية إلى سلطة تشريعية وسلطة تنفيذية وسلطة قضائية، كما حدد كيفية عمل هذه السلطات والعلاقة القانونية القائمة

United States v. Lanza, 260 U.S. 377 (1922). (٢٨)

David Bryan Owsley, Accepting the Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy: A Hard Case Study, Washington University Law Review volume 81 issue 3 (2003). (٢٩)

http://faculty.washington.edu/qtaylor/a_us_history/am_rev_timeline.htm. (٣٠)

<http://www.history.com/topics/constitution>. (٣١)

بينها من جهة والعلاقة القانونية القائمة بين هذه السلطات الاتحادية (الفدرالية) والسلطات المحلية (الولايات) واختصاصات كل سلطة^(٣٢).

ولفهم هذه العلاقات التي رسمها الدستور الأمريكي يجب علينا الوقوف على بيان اختصاص كل سلطة من السلطات الاتحادية (الفدرالية) وعلاقتها بباقي السلطات وذلك على النحو التالي:

١- السلطة التشريعية

تتألف السلطة التشريعية الاتحادية (الفدرالية) من جهتين هما مجلس النواب ومجلس الشيوخ في مبنى واحد يسمى الكونجرس الأمريكي والذي يقع في العاصمة الأمريكية (مقاطعة كولومبيا) ويتألف الكونجرس من ٥٣٥ عضواً مقسمة بواقع ١٠٠ عضو لمجلس الشيوخ و٤٣٥ لمجلس النواب^(٣٣) يتم اختيارهم عن طريق الانتخاب المباشر بواقع عضوين عن كل ولاية بالنسبة لمجلس الشيوخ وعدد معين عن كل ولاية بحسب تعدادها من السكان بالنسبة لمجلس النواب، وبسبب أهمية هذه السلطة نصت المادة الأولى فقرة ٨ على اختصاصاتها حيث تنص على أنه: "على السلطة التشريعية الفدرالية إصدار القوانين وتحديد الدين العام وتنظيم المسائل المتعلقة بجمع الضرائب وإقرارها والرخاء العام واعتماد الميزانية العامة للولايات الأمريكية"^(٣٤).

٢- السلطة التنفيذية

تنص المادة الثانية من الدستور الأمريكي على أن السلطة التنفيذية الاتحادية (الفدرالية) تتألف من رئيس الولايات المتحدة ونائبه فقط، كما تنص على اختصاصات الرئيس الأمريكي بالتصديق على القوانين التي يصدرها الكونجرس إلى جانب تنفيذها، وإعلان حالة الحرب بعد موافقة الكونجرس، والتصديق على المعاهدات وإدارة الحكومة الفدرالية^(٣٥).

٣- السلطة القضائية

تنص المادة الثالثة من الدستور الأمريكي على أن السلطة القضائية الاتحادية (الفدرالية) تتألف من ثلاث محاكم هي المحكمة الفدرالية العليا والتي تتألف من تسعة

(٣٢) Arthur T. von Mehren and Peter L. Murray, Law in the United States, P. 103, (٢٠٠٧).

(٣٣) الدكتور غازي العنزي، الرقابة البرلمانية في دساتير دول مجلس التعاون الخليجي، رسالة دكتوراة، صفحة ٧٨ - ٨٠، (٢٠١٢).

(٣٤) الفقرة (٨) من المادة الأولى من الدستور الأمريكي.

(٣٥) المادة الثانية من الدستور الأمريكي.

قضاة، وتنحصر مهمتها فقط في نظر ومراجعة القضايا التي تحتوي على دفعات دستورية محولة إليها من محاكم الولايات للتأكد من توافقها مع المبادئ التي تنص عليها مواد الدستور^(٣٦)، وتعد المحكمة الفدرالية العليا أعلى محكمة في الولايات المتحدة؛ لذلك تعتبر أحكامها ملزمة لجميع المحاكم سواء المحاكم الفدرالية أو محاكم الولايات، كما تعتبر قابلة للتطبيق في جميع الولايات وتحتل أحكامها مرتبة أعلى من القوانين الفدرالية وقوانين الولايات، ومن ناحية أخرى تتألف السلطة القضائية الاتحادية إلى جانب المحكمة الفدرالية العليا من محكمة أول درجة ومحكمة استئناف تكون مهمتها نظر ومراجعة جميع القضايا الفدرالية وإصدار أحكام فيها^(٣٧).

ثانياً: العلاقة بين السلطات الفدرالية والسلطات المحلية (الولاية)

قسم الدستور الأمريكي العلاقة بين السلطات الفدرالية بشكل متساوٍ بحيث لا تطفئ أي منها على السلطات الأخرى حيث منح السلطة التشريعية سلطة إصدار القوانين الفدرالية، كما أعطى الحق للرئيس الأمريكي بنقض أي قانون يصدر من الكونجرس يرى أنه لا يتوافق مع الدستور أو المصلحة العامة للولايات المتحدة، وفي المقابل منح الكونجرس آلية للالتفاف على اعتراض الرئيس عن طريق أغلبية ثلثي الأعضاء الذين يتألف منهم مجلس النواب ومجلس الشيوخ أي أكثر من ٣٥٦، وهو أمر شبه مستحيل خصوصاً مع تركيبة الكونجرس والتي يتقاسمها حزبان فقط هما الحزب الديمقراطي والحزب الجمهوري والذان يعد أحدهما حزب الرئيس الأمريكي؛ لذلك يستحيل تحقيق هذا العدد إلا إن كانت المسألة تتعلق بالأمن القومي أو المصلحة العليا الأمريكية^(٣٨) ومن ناحية أخرى أعطى الدستور المحكمة الفدرالية العليا حق إلغاء أي قانون حتى وإن حاز على هذا الرقم إذا كان لا يتوافق مع المبادئ التي نص عليها الدستور الأمريكي دون معقب على أحكامها بهدف خلق عملية توازن بين السلطات الفدرالية الثلاثة، بحث لا تكون لأي سلطة قوة أو سلطة تفوق السلطات الأخرى^(٣٩).

(٣٦) المادة الثالثة من الدستور الأمريكي.

(٣٧) https://www.supremecourt.gov/about/about_us.aspx.

(٣٨) والجدير بالذكر بأن خلال فترة حكم الرئيس الأمريكي براك أوباما والتي استمرت ثمان سنوات لم يتجاوز الكونجرس حق نقض الرئيس إلا في مناسبة واحدة في تاريخ ٢٨/٩/٢٠١٦ من خلال قانون "العدالة ضد رعاية الإرهاب" والذي يتيح لأسر ضحايا اعتداء ٩/١١/٢٠٠١ رفع دعوى على أي حكومة أجنبية إذا كانوا يعتقدون بأنها ساعدت أو مولت أو دعمت أيّاً من الإرهابيين الذين قاموا بالاعتداء. <http://alqabas.com/267999/>

(٣٩) الدكتور غازي العنزي، المرجع السابق، صفحة ٦٩ وما بعدها.

أما بالنسبة للعلاقة بين السلطة الاتحادية والسلطة المحلية فقد نظمها الدستور الأمريكي على نحو يمنع أي تصادم بينهما حيث أعطى الحق للحكومة الولاية في إدارة الولاية، ووضع وتطبيق القوانين والمحافظة على النظام العام لتحقيق مصلحة مواطني الولاية وفي المقابل أعطى الحق للحكومة الاتحادية في إدارة ورسم السياسة العامة لجميع الولايات لتحقيق الصالح العام إلى جانب التزامها بالمحافظة والدفاع عن كيان جميع الولايات المتحدة، لذلك فإن الالتزامات التي تقع على عاتق الحكومة الاتحادية أكبر^(٤٠) وفي حالة تعارض المصالح بين حكومة الولاية والحكومة الاتحادية فإن مصلحة الأخيرة هي التي تفضل دائماً، أما بالنسبة لمسألة نفاذ القوانين فإن القوانين الاتحادية في المسائل المتعلقة بالمصلحة العليا للولايات المتحدة مثل التعليم والصحة والضرائب تكون بمرتبة أقوى من قوانين الولاية؛ لذلك تكون قابلة للتنفيذ داخل حدود الولاية على عكس القوانين الخاصة بالولاية التي لا يمكن تنفيذها على الحكومة الاتحادية أو حتى باقي الولايات^(٤١).

ومن خلال ما سبق يتبين أن تطبيق مبدأ عدم جواز معاقبة الشخص عن نفس الجريمة مرتين فإن الدستور الأمريكي في التعديل الخامس يجيز للمتهم الذي يتم محاكمته عن جريمة سبق وحوكم عنها أن يتمسك بعدم جواز محاكمته في المحاكمة الثانية لأنه سبق وحوكم عن نفس الجريمة^(٤٢) بشرط أن تكون جهة الاتهام واحدة، أما إذا اختلفت جهة الاتهام فلا يقوم المبدأ، مثل أن يحاكم متهم وتتم إدانته عن نفس الجريمة من قبل محكمة الولاية، ومن ثم يحاكم وتتم إدانته مرة أخرى من قبل المحكمة الفدرالية عن نفس الجريمة التي سبق وحوكم عنها من قبل محكمة الولاية^(٤٣).

هذا ويرى البعض بأن السبب في إقرار مبدأ "السيادة المزدوجة"^(٤٤) والذي

(٤٠) <https://www.nga.org/cms/home/federal-relations/nga-policy-positions/page-ec-policies/col2-content/main-content-list/principles-for-state-federal-rel.html>.

(٤١) Arthur T. von Mehren and Peter L. Murray, Id, P. 116.

(٤٢) <http://hrlibrary.umn.edu/arab/us-con.html>.

(٤٣) <http://www.icje.org/articles/DoubleJeopardy.pdf>, <http://openjurist.org/329/f2d/422/united-states-v-lanza>.

(٤٤) يعتبر مبدأ "السيادة المزدوجة" استثناء على مبدأ عدم جواز محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين، حيث يقضي المبدأ بأن الحكومة الفدرالية وحكومة الولاية لهما الاختصاص القضائي في محاكمة الشخص عن نفس الجريمة.

<http://www.duhaime.org/LegalDictionary/D/DualSovereigntyDoctrine.aspx>.

يعد استثناء من قاعدة عدم جواز معاقبة الشخص عن نفس الجريمة مرتين هو اختلاف المصلحة التي يحميها القانون، حيث إن القانون في الولاية يهدف إلى حماية مصلحة خاصة بالولاية والتي تختلف عن تلك المصلحة التي يحميها القانون الفدرالي، كما يرى البعض بأن اختلاف العبارات الواردة في قانون الولاية عن القانون الفدرالي واللذين ينظمان نفس الجريمة يعد مبرراً لمحاكمة ومعاقبة الشخص مرتين حيث إنه من الممكن أن يحاكم ويعاقب شخص إذا خالف قانون الولاية وذلك عند ارتكابه سلوكاً يجرمه قانون هذه الولاية، وفي المقابل يمكن أن يحاكم ويعاقب هذا الشخص مرة أخرى إذا ارتكب نفس السلوك إذا كان القانون الفدرالي يجرمه، وهذا ما أكدته المحكمة الفدرالية العليا أول مرة في عام ١٩٢٢ من خلال مراجعة قضية *United States v. Lanza*^(٤٥) والتي اتهم فيها شخص يدعى فيتو لانزا من قبل ولاية واشنطن باستيراد وتخزين كمية كبيرة من المشروبات الروحية والتي كان محظوراً استيرادها في ذلك الوقت، وأدين لانزا وحكم عليه بدفع غرامة سبعمائة وخمسين دولاراً، ومن ثم قامت المحكمة الفدرالية بمحاكمة لانزا مرة أخرى عن نفس الجريمة إلا أنه دفع بأن التعديل الخامس من الدستور الأمريكي يحظر محاكمة الشخص عن الجريمة مرتين حيث إنه سبق وحوكم وأدين عن جريمة استيراد وتخزين المشروبات الروحية وأحيلت القضية إلى المحكمة الفدرالية العليا بسبب احتوائها على دفع دستوري، وحكمت المحكمة العليا بأنه حتى وإن كانت الجريمة التي ارتكبها لانزا واحدة في المحاكمتين إلا أن السلطة التي وجهت الاتهام في المحاكمتين مختلفة، حيث إن الدعوى الأولى كانت من قبل السلطة في ولاية واشنطن بينما الدعوى الثانية كانت من قبل الحكومة الفدرالية، وهاتان السلطانان مستقلتان عن بعضهما البعض ولا تتبع أي سلطة منهما الأخرى، كما أن المحاكمة الأولى تمت بسبب انتهاك لانزا لقانون ولاية واشنطن بينما المحاكمة الثانية تمت بسبب انتهاكه للقانون الفدرالي؛ لذلك فإن لكل سلطة سيادة وسلطة في تطبيق نظامها القانوني للمحافظة على أمنها^(٤٦).

وفي عام ١٩٥٩ راجعت المحكمة الفدرالية المبدأ مرة أخرى بالنسبة لمسألة اختلاف سلطة الاتهام من خلال نظرها لقضية *Bartkus v. Illinois*^(٤٧) والتي اتهم فيها شخص يدعى ألفونس باركتس بالسطو على بنك اتحادي يقع في ولاية إلينوي

United States v. Lanza, 260 U.S. 377 (1922). (٤٥)

J. A. C. GRANT, *The Lanza Rule of Successive Prosecutions*, Columbia Law Review, Vol. 32, Issue 8, P. 1309 (1932). (٤٦)

Bartkus v. Illinois, 355 U.S. 281 (1958). (٤٧)

وتمت محاكمته من قبل المحكمة الفدرالية وحصل على حكم بالبراءة لعدم كفاية الأدلة، ومن ثم استطاع مكتب التحقيقات الفدرالية والذي يعرف بالآف بي آي (FBI)^(٤٨) أن يتحصل على أدلة جديدة لم تكن موجودة أثناء المحاكمة الأولى من قبل المحكمة الفدرالية ويرسلها إلى شرطة ولاية إلينوي، حيث حوكم للمرة الثانية ولكن هذه المرة من قبل محكمة ولاية إلينوي عن نفس جريمة السطو وتمت إدانته في هذه المرة بفضل الأدلة التي قدمتها المباحث الفدرالية إلى شرطة الولاية، ولكن باركتس طعن على قرار الإدانة الصادر من ولاية إلينوي أمام المحكمة الفدرالية العليا التي حكمت بأن مبدأ "السيادة المزدوجة" والذي يعد استثناء من مبدأ عدم جواز محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين أصبح مبدأ راسخاً في القواعد القانونية للقانون الجنائي الأمريكي لدى السلطات الفدرالية وسلطات الولاية، كما أكدت المحكمة بأن محاكمة باركتس الثانية لم تنتهك التعديل الخامس للدستور الأمريكي حتى وإن كانت عن نفس الجريمة؛ لأن سلطة الولاية التي وجهت الاتهام وحاکمت المتهم في المحاكمة الثانية تختلف عن السلطة الفدرالية التي وجهت الاتهام وحاکمت المتهم في المحاكمة الأولى^(٤٩).

ولعل أشهر مثال على مبدأ السيادة المزدوجة قضية رودني كنج^(٥٠) سائق سيارة الأجرة التي قامت شرطة مدينة لوس أنجلوس بولاية كاليفورنيا بعد منتصف ليل يوم ٣/٣/١٩٩١ باستيقافه بسبب السرعة الزائدة وبعد مطاردة قصيرة توفيق ومن ثم قام أربعة من الشرطة البيض - على الرغم من استسلامه لهم - بضربه ضرباً مبرحاً ألحق به إصابات بالغة أدخل على إثرها لغرفة العناية المركزة^(٥١).

هذا ولم يكن أحد يعلم عن الاعتداء الذي لحق رودني لولا قيام أحد المارة بتصوير عملية الاعتداء كاملة بدون علم رجال الشرطة، وقدم الشريط إلى وسائل الإعلام مما أثار استياء من قبل الشارع الأمريكي، ولم تجد الشرطة طريقة بامتصاص حالة الاحتقان في المدينة إلا من خلال تقديم أفراد الشرطة الأربعة إلى المحاكمة بهيئة محلفين يتكون جميع أعضائها من المواطنين البيض، ولكن كانت المفاجأة بحصول جميع رجال الشرطة الأربعة على البراءة؛ مما أدى إلى موجة من العنف

<https://www.fbi.gov/about>. (٤٨)

<http://www.lawschoolcasebriefs.net/2013/11/bartkus-v-illinois-case-brief.html>. (٤٩)

<https://www.youtube.com/watch?v=tWhYmb1sANM>. (٥٠)

<http://www.nydailynews.com/news/national/jurors-rodney-king-tape-article-1.2201822>. (٥١)

اجتاحت مدينة لوس أنجلوس أدت إلى حرق ونهب للممتلكات، خلفت اثني عشر قتيلًا، تدخلت على إثرها الحكومة الاتحادية ونشرت قوات الحرس الوطني في شوارع المدينة لاستعادة الأمن، كما لم تجد الحكومة الاتحادية طريقة لامتناع حالة الغضب إلا بتقديم رجال الشرطة الأربعة إلى المحاكمة على مستوى الحكومة الاتحادية بسبب انتهاك حقوق رودني المدنية، وتمت محاكمة رجال الشرطة الأربعة بمحاكمة فدرالية وهيئة محلفين مختلطة من المواطنين السود والبيض، وقد أدانت المحكمة اثنين من رجال الشرطة الأربعة وحكم عليهم بالحبس لمدة سنتين ونصف في سجن فدرالي، وتم تعويض رودني بمبلغ ثلاثة ملايين دولار ونصف المليون بسبب الإصابات التي لحقت به جراء اعتداء رجال الشرطة عليه^(٥٢).

إلا أننا نرى بأن مبدأ "السيادة المزدوجة" والذي يجيز محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين في حالة اختلاف سلطة الاتهام يفرغ المبدأ الدستوري القاضي بعدم جواز محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين من محتواه، والسبب في هذا الأمر يعود لكون القانون الفدرالي الأمريكي قانوناً واسعاً ومتشعاً وأي سلوك يرتكبه الشخص مخالفاً لقانون الولاية يمكن بسهولة تكييفه بأنه مخالف للقانون الفدرالي، كما أن اختلاف المصلحة التي يقررها كل من قانون الولاية والقانون الفدرالي لا يبرر محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين؛ لأن كلا القانونين يهدفان في النهاية إلى تحقيق مصلحة واحدة وهي حماية الولايات المتحدة من الجرائم أياً كان نوعها ومكان ارتكابها، بالإضافة إلى أن عملية تعاون شرطة الولاية مع الشرطة الفدرالية لمحاكمة الشخص مرة بعد مرة عن نفس الجريمة يعتبر انتهاكاً لمبدأ سيادة الحكومة الفدرالية وسيادة الولاية، ولعل هذه الانتقادات ساهمت بوضع ضوابط على مبدأ السيادة المزدوجة، حيث أصدر المدعي العام للحكومة الفدرالية ويليام روجرز^(٥٣) عام ١٩٥٥ قراراً بعد أسابيع فقط من قضية باركتس يمنع أي تعاون بين الشرطة الفدرالية وشرطة الولاية لمحاكمة أي شخص عن نفس الجريمة مرتين إلا بقرار موقع منه^(٥٤).

أما بالنسبة للنظام القانوني في الكويت فقد نظم الدستور وقانون الإجراءات

(٥٢) Akhil Reed Amar and Jonathan L. Marcus, Double Jeopardy Law after Rodney King, Columbia Law Review, Vol. 95, Issue, P. 10 (1995).

(٥٣) <https://history.state.gov/departmenthistory/people/rogers-william-pierce>.

(٥٤) 9-2.031, Attorney General William Rogers' memorandum is reprinted in N.Y. Times, Apr. 6, 1959, at 19, col. 2., United States v. Mechanic, 454 F.2d 849, 856 n.5 (8th Cir. 1971) (reprinted in full).

والمحاكمات سلطات الاتهام والتي تختص بالتحقيق والتصرف وتحريك الدعوى الجزائية في حالة مخالفة نصوص قانون الجزاء، حيث تنص المادة (١٦٧) من الدستور الكويتي على أن: "تتولى النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع، وتشرف على شئون الضبط القضائي، وتسهر على تطبيق القوانين الجزائية وملاحقة المدانين وتنفيذ الأحكام، ويرتب القانون هذه الهيئة وينظم اختصاصاتها ويعين الشروط والضمانات الخاصة بمن يولون وظائفها. ويجوز أن يعهد بقانون لجهات الأمن العام بتولي الدعوى العمومية في الجнг على سبيل الاستثناء، ووفقاً للأوضاع التي يبينها القانون" (٥٥).

كما نصت المادة (٩) من قانون الإجراءات والمحاكمات الكويتي على أن: "تتولى النيابة العامة سلطة التحقيق والتصرف والادعاء في الجنايات، وتتولى سلطة التحقيق والتصرف والادعاء في الجнг محققون يعينون لهذا الغرض في دائرة الشرطة والأمن العام..." (٥٦).

وبناء على نص المادة (١٦٧) من الدستور ونص المادة (٩) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية فإن النيابة العامة هي سلطة الاتهام التي تملك الاختصاص بالتحقيق والتصرف وتحريك الدعوى الجزائية في جرائم الجنايات (٥٧) بينما يتولى الادعاء العام سلطة التحقيق والتصرف وتحريك الدعوى الجزائية في الجرائم (٥٨).

أما بالنسبة لمسألة وحدة سلطة الاتهام كاستثناء على مبدأ عدم جواز معاقبة الشخص عن نفس الجريمة مرتين في القانون الكويتي فقد نصت عليها المادة (١٨٤) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية على أنه: "متى صدر حكم في موضوع الدعوى الجزائية بالبراءة أو بالإدانة بالنسبة إلى متهم معين، فإنه لا يجوز بعد ذلك أن ترفع دعوى جزائية أخرى ضد هذا المتهم عن نفس الأفعال أو الوقائع التي صدر بشأنها الحكم، ولو أعطى لها وصف آخر..."

(٥٥) المادة (١٦٧) من الدستور الكويتي.

(٥٦) المادة (٩) من قانون الإجراءات والمحاكمات الكويتي.

(٥٧) تنص المادة (٣) من قانون الجزاء الكويتي على أن "الجنايات هي الجرائم المعاقب عليها بالإعدام أو بالحبس المؤبد أو بالحبس المؤقت مدة تزيد على ثلاث سنوات".

(٥٨) تنص المادة (٥) من قانون الجزاء على أن "الجنگ هي الجرائم التي يعاقب عليها بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين".

ومعنى هذا النص أن قانون الإجراءات الكويتي لا يشترط وحدة سلطة الاتهام لتطبيق مبدأ عدم جواز محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين وإن كانت محكمة التمييز في أحد أحكامها تشترط اتحاد الخصوم في الدعوى الأولى والدعوى الثانية لإمكانية التمسك بصحة الدفع بقوة الشيء المحكوم فيه^(٥٩).

المبحث الثالث

شروط الحكم القضائي في الدعوى الأولى

يهدف مبدأ عدم جواز محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين إلى ضمان عدم تعسف سلطات الاتهام مع المتهم من خلال محاكمته مرة تلو الأخرى إلى حين الوصول إلى حكم بإدانته مما سوف يؤدي إلى إرهاق المحاكم بالعديد من المحاكمات التي تم الفصل فيها وحازت أحكامها على قوة الأمر المقضي^(٦٠) بعد أن أعطى كل من سلطة الاتهام ومهامي المتهم الفرصة لتقديم دفوعه التي تؤيد وجهة نظره.

إلا أنه يشترط لتمسك المتهم بمبدأ عدم جواز محاكمته عن نفس الجريمة مرتين في المحاكمة الثانية أن يكون قد صدر عليه حكم في المحاكمة الأولى، ولا يهم أن يكون هذا الحكم حكماً بالبراءة أو الإدانة طالما كان هذا الحكم صحيحاً وفاصلاً في موضوع الدعوى^(٦١).

ويترتب على هذا الأمر أن المتهم لا يستطيع أن يتمسك بمبدأ عدم جواز محاكمته عن نفس الجريمة مرتين في المحاكمة الثانية إذا لم تصدر المحكمة في المحاكمة الأولى حكماً فاصلاً في الموضوع، كأن يكون قراراً إدارياً يصدر كأثر لقرار الإدانة، أو حكماً بالتعويض لجبر الضرر الذي خلفه ارتكاب المتهم للجريمة، أو أن تلغى المحاكمة الأولى لأي سبب من الأسباب وذلك على النحو التالي:

أولاً: القرارات الإدارية كأثر على حكم إدانة المتهم

تنقسم بعض الملاحظات الجنائية كالمخالفات المرورية ومخالفة أصول المهن كالأطباء والمحامين والمهندسين إلى شقين، شق جزائي يتعلق بالجريمة التي يرتكبها سائق السيارة أو صاحب المهنة، وشق إداري يتعلق بإجراء تتخذه الجهة الإدارية التي أصدرت الترخيص الذي بموجبه ارتكب صاحب الترخيص مخالفته مثل حرمان صاحب الترخيص من ترخيصه مؤقتاً أو بشكل دائم، وفي المقابل لا يحق لصاحب الترخيص

(٦٠) يقصد بقوة الأمر المقضي للحكم أن "الدعوى الجنائية تنقضي به ولا يجوز إعادة رفعها أو النظر فيها من جديد حتى ولو ظهرت أدلة جديدة، وهذا ما يسمى بقوة الأمر المقضي، أي أن الحكم البات أصبح حجة على الكافة بالنسبة للمتهم وبالنسبة للواقعة التي صدر فيها فأصبح عنواناً للحقيقة". أما حجية الأحكام فيقصد بها "عدم جواز إعادة النظر في موضوعه إلا بطريق الطعن الذي حدده القانون، فالحجية يكتسبها الحكم بمجرد صدوره وهي تعني امتناع نظر ذات الدعوى التي فصل فيها الحكم أمام ذات المحكمة". انظر: د/ عبد الرؤوف مهدي - شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية - الطبعة ٢٠٠٣ - طبعة نادي القضاة - ص ٨٧٣.

Arizona v. Washington, 434 U.S. 497 (1978).

(٦١)

أن يتمسك بحقه في عدم جواز معاقبته عن نفس الجريمة مرتين بسبب سحب ترخيصه، وهذا النظام معمول به في الغالبية العظمى من دول العالم وكذلك الأمر في الولايات المتحدة الأمريكية وفي الكويت^(٦٢).

ففي الولايات المتحدة الأمريكية يحق لأية جهة إدارية أصدرت ترخيصاً معيناً أن تقوم بسحب هذا الترخيص نهائياً أو مؤقتاً إذا ارتكب صاحب الترخيص مخالفة أثناء ممارسته لهذا الترخيص، كما يمكن لهذه الجهة أيضاً سحب الترخيص دون الحاجة لصدور حكم بإدانته، وهذا ما أكدته المحكمة في قضية *Ellis v. Pierce*^(٦٣) والتي تدور وقائعها حول إلقاء السلطات في ولاية كاليفورنيا القبض على شخص يدعى جون ألس بتاريخ ١٩٩٠/١/٢٨ أثناء قيادته لسيارته وهو بحالة سكر، وبعد ثلاثة أيام وجهت إلى ألس تهمتان، الأولى قيادة مركبة بحالة سكر، والثانية تعريض مرتادي الطريق للخطر وحكم عليه بعد قبوله لاتفاق بالاعتراف بالذنب مقابل الحبس لمدة يومين في السجن وفي تاريخ ١٩٩٠/٢/٨ أصدرت إدارة المرور التي أصدرت رخصة القيادة الخاصة بألس أصدرت قراراً بسحب رخصة القيادة الخاصة به لمدة ستة أشهر كإجراء إداري بسبب ارتكابه لمخالفة قانون المرور^(٦٤).

إلا أن ألس لم يقبل هذا الإجراء الإداري من قبل إدارة المرور وطعن فيه أمام محكمة الاستئناف على اعتبار أن التعديل الخامس يمنع معاقبة الشخص عن نفس الجريمة مرتين، والقرار الإداري الذي صدر من إدارة المرور يعتبر عقوبة أخرى تضاف إلى عقوبة الحبس التي أصدرتها المحكمة، إلا أن المحكمة رفضت طعن ألس مبررة رفضها بأن التعديل الخامس من الدستور الأمريكي يمنع محاكمة الشخص عن نفس الجريمة وهذه الضمانة الدستورية تشمل ثلاث حالات:

١ - عدم جواز محاكمة الشخص مرة ثانية عن نفس الجريمة إذا تمت تبرئته عن الجريمة الأولى.

(٦٢) نص المرسوم الخاص بمزاولة مهنة الطب في المادة رقم ٣٩ على أنه "مع عدم الإخلال بالمسؤولية الجزائية أو المدنية، تختص لجنة التراخيص الطبية بالمحاكمة التأديبية للمرخص لهم في ممارسة إحدى المهن المنصوص عليها في هذا القانون و المرخص لهم في فتح عيادة أو محل لممارستها وذلك فيما يرتكبونه من مخالفات لأحكام هذا القانون أو لأصول ومقتضيات وأداب المهنة" أما المادة رقم ٤١ من نفس المرسوم فتتص على العقوبات التأديبية الجائز توقيعها على صاحب الترخيص والتي من ضمنها إلغاء الترخيص بمزاولة المهنة والتي يترتب عليها غلق العيادة أو المحل المرخص للمخالف في فتحه إن وجد.

(٦٣) *Ellis v. Pierce*, 230 Cal. App. 3d 1557 (Cal. Ct. App. 1991).

(٦٤) <https://www.courtlistener.com/opinion/2114911/ellis-v-pierce/>.

٢ - عدم جواز محاكمة الشخص مرة ثانية عن نفس الجريمة إذا تمت إدانته عن الجريمة الأولى.

٣ - عدم جواز تطبيق عقوبتين على الشخص عن نفس الجريمة^(٦٥).
وهذه الضمانة إنما تتوفر في حالة الأحكام القضائية ولا تشمل القرارات الإدارية التي تصدرها الجهات الإدارية كسحب التراخيص وإلغائها، وفي حالة ألس لا يمكنه التمسك بالتعديل الخامس وبعدم جواز معاقبته عن نفس الجريمة مرتين لسببين هما:
السبب الأول: يشترط لتطبيق مبدأ عدم جواز معاقبة الشخص عن نفس الجريمة مرتين أن تكون هناك محاكمة ثانية للشخص نفسه عن نفس الجريمة التي تمت محاكمته عنها في المرة الأولى، وفي قضية ألس لم تكن هناك محاكمة ثانية لكي يقوم في المقابل حقه بالتمسك بعد جواز معاقبة الشخص عن نفس الجريمة مرتين^(٦٦).

السبب الثاني: إن قيام حق المتهم في الطلب بعدم جواز معاقبته عن نفس الجريمة مرتين يتطلب أن تكون العقوبة الثانية قد صدرت بحكم قضائي بعد محاكمة، وفي قضية ألس فإن عقوبة سحب رخصة القيادة قد صدرت بقرار إداري من إدارة المرور وليس المحكمة؛ لذلك ليس له حق في التمسك بالمبدأ^(٦٧).

أما في القانون الكويتي فمن خلال مراجعة نص المادة (١٨٤) من قانون الإجراءات والتي تنص على أنه: "متى صدر حكم في موضوع الدعوى الجزائية بالبراءة أو بالإدانة بالنسبة إلى متهم معين..." يتبين لنا أن الفقرة الأولى من المادة تشترط صدور حكم في موضوع الدعوى لكي يكون مانعاً من محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرة أخرى، وعليه لا يشمل هذا الشرط القرارات الإدارية بشأن المخالفات التأديبية^(٦٨) في حالة ارتكاب الموظف مخالفة إدارية تستوجب محاكمته

(٦٥) <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/4th/50/1202.html>

(٦٦)

(٦٧) Baldwin v. Department of Motor Vehicles (1995) 35 Cal. App. 4th 1630 [42 Cal. Rptr. 2d 422].

(٦٨) وتذهب محكمة التمييز الكويتية في بيانها للمقصود بالمخالفة التأديبية إلى أنها تتمثل في "إخلال الموظف بواجبات وظيفته إيجاباً أو سلباً أو إتيانه عملاً من الأعمال المحرمة عليه، فكل موظف يخالف الواجبات المنصوص عليها قانوناً أو يسلك سلوكاً معيناً ينطوي على الخروج على مقتضيات الوظيفة أو الإخلال بكرامتها أو لا يستقيم مع ما تفرضه عليه الوظيفة من استقامة وبعد عن مواطن الريب إنما يرتكب ذنباً إدارياً يستوجب تأديبه جزاء" حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٩٨٦/٧٦ - تجاري جلسة ١٣ / ١٢ / ١٩٨٦ (حكم غير منشور).

جزائياً^(٦٩) حيث ينص قانون الخدمة المدنية في المادة ٢٧ على أن: "كل موظف يخل بالواجبات أو يخالف المحظورات المنصوص عليها في القوانين واللوائح يعاقب تأديبياً مع عدم الإخلال بالمسؤولية الجزائية أو المدنية عند الاقتضاء"^(٧٠) وعليه فإن القرار التأديبي ليس له أي أثر على المحاكمة الجزائية، أي أن توقيع أي جزاء تأديبي على الموظف بسبب ارتكابه لمخالفة إدارية لا يمنع من تحريك الدعوى الجزائية في مواجهة هذا الموظف إذا كانت المخالفة التي ارتكبها تدخل ضمن دائرة التجريم وفقاً لقانون الجزاء، وفي المقابل لا يستطيع هذا الموظف التمسك بالقرار الصادر بتوقيع عقوبة تأديبية عليه لمنع محاكمته جزائياً.

أما بالنسبة للقرارات الإدارية التي تصدر بسحب الترخيص وتأثيره على محاكمة صاحب الترخيص إذا ارتكب جريمة أثناء ممارسته لترخيصه فقد نص المرسوم الخاص بمزاولة مهنة الطب في المادة رقم (٣٩) على أنه: "مع عدم الإخلال بالمسؤولية الجزائية أو المدنية، تختص لجنة التراخيص الطبية بالمحاكمة التأديبية للمرخص لهم في ممارسة إحدى المهن المنصوص عليها في هذا القانون و المرخص لهم في فتح عيادة أو محل لممارستها وذلك فيما يرتكبونه من مخالفات لأحكام هذا القانون أو لأصول ومقتضيات وآداب المهنة"^(٧١).

أما المادة رقم (٤١) من نفس المرسوم فتتص على العقوبات التأديبية الجائز توقيعها على صاحب الترخيص والتي من ضمنها إلغاء الترخيص بمزاولة المهنة والتي

(٦٩) وقد نصت المادة (٥٩) من النظام على أنه: "إذا بدت للمحقق أثناء التحقيق شبهة جريمة من جرائم القانون العام وجب عليه عرض الأمر على وكيل الوزارة ليتولى عرضه على الوزير للنظر في إبلاغ السلطات القضائية وفي استمرار التحقيق أو وقفه". وللمزيد من تفاصيل الجريمة الجزائية والجريمة التأديبية انظر: الفتوى رقم ٢٠٠١/٧١/٢ - ٢٠٠١ - ١٠٧٩ في ٤ أبريل ٢٠٠١ - وهو رأي صادر من إدارة الفتوى والتشريع، وتقرر هذه الفتوى أن "الأصل هو استقلال المسؤولية الجزائية عن التأديبية، فقد ترى الإدارة توقيع الجزاء التأديبي على الموظف أو لا مادام لديها المبرر واقتنعت بالدليل على حجيته - وكما يجوز للإدارة انتظار الفصل في التحقيق الجزائي قبل توقيع الجزاء الإداري".

(٧٠) وحماية للموظف الذي يلتزم بواجب طاعة رؤسائه وفي ذات الوقت يراعي في أعماله مبدأ المشروعية وتوفيقاً بين هذين الالتزامين في حالة ارتكابه مخالفة تنفيذاً لأمر رئيسه فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٢٧) آتفة الذكر على أنه: "ويعفى الموظف من العقوبة التأديبية إذا ثبت أن ارتكابه المخالفة كان تنفيذاً لأمر كتابي صدر إليه من رئيسه بالرغم من تنبيهه إلى المخالفة، وفي هذه الحالة تكون المسؤولية على مصدر الأمر".

(٧١) المادة رقم (٣٩) من المرسوم الخاص بمزاولة مهنة الطب في الكويت.

يترتب عليها غلق العيادة أو المحل المرخص للمخالف في فتحه إن وجد^(٧٢). لذلك لا يستطيع صاحب الترخيص - الذي يرتكب جريمة و يصدر قرار بإلغاء ترخيصه - أن يتمسك أمام المحكمة الجزائية بعدم جواز محاكمته عن نفس الجريمة مرتين.

ثانياً: الحكم بالتعويض المدني

نظم واضعو الحقوق والحريات الجديرة بالحماية في وثيقة الحريات التي تنص عليها التعديلات العشرة الأولى من الدستور^(٧٣) وبسبب ارتباط التعديل الخامس بالقانون الجنائي وقانون الإجراءات الجزائية بسبب احتوائه على ضمانات دستورية مهمة للمتهم والتي من ضمنها مبدأ عدم جواز محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين، حيث قدر المشرع الأمريكي حصر التمسك به في حالة المحاكمات الجزائية المتعاقبة على نفس السلوك والتي يرتكبها نفس الشخص ويجرمه قانون الجزاء؛ لذلك لا يستطيع أي شخص أن يتمسك بمبدأ عدم جواز محاكمته عن نفس الجريمة مرتين إذا كانت المحاكمة الثانية مدنية تتعلق بدعوى للحصول على تعويض بسبب ارتكاب شخص لجريمة يعاقب عليها القانون، والسبب في هذا الأمر يعود إلى ألفاظ المبدأ والتي تنحصر في عدم جواز محاكمة الشخص عن "نفس الجريمة مرتين"، ودعوى المطالبة بالتعويض ليست دعوى جزائية تهدف إلى معاقبة المتهم وإنما هي دعوى مدنية تهدف إلى الحصول على تعويض مناسب لجبر الضرر الذي قد ينتج عن ارتكاب المتهم في الدعوى الجزائية للجريمة التي حوكم عنها^(٧٤).

(٧٢) المادة رقم ٤١ المرسوم الخاص بمزاولة مهنة الطب تنص على أن: "العقوبات التأديبية الجائز توقيعها على المخالف هي: أولاً - بالنسبة للمرخص له في مزاولة المهنة: أ - الإنذار ويجوز توقيع هذه العقوبة دون حاجة إلى استدعاء المخالف أمام اللجنة. ب- الوقف عن العمل لمدة لا تجاوز سنة واحدة. إلغاء الترخيص بمزاولة المهنة. ويترتب على توقيع إحدى العقوبتين الأخيرتين غلق العيادة أو المحل المرخص للمخالف في فتحه إن وجد. ثانياً - بالنسبة لأصحاب المحلات غير المرخص لهم في مزاولة المهنة: أ- الإنذار ويجوز توقيع هذه العقوبة دون حاجة إلى استدعاء المخالف أمام اللجنة. ب- غلق المحل لمدة لا تجاوز سنة واحدة. غلق المحل نهائياً وإلغاء ترخيصه".

(٧٣) هذا وتسمى التعديلات العشرة الأولى من الدستور الأمريكي بوثيقة الحقوق والحريات؛ لأنها تتعلق بحقوق الأفراد القانونية

<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Bill+of+Rights>

<http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=65775>, <http://hrlibrary.umn.edu/arab/us-con.html>

(٧٤) Saba Khan, A Defendant's Fifth Amendment Right and Double Jeopardy in Contempt Cases, Touro Law Review, Vol. 32, Issue 4, P. 833 (2016).

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قضية *United States v. Halper*^(٧٥) والتي تتلخص وقائعها في قيام شخص يدعى إروين هالبر - كان يعمل مديراً لشركة متخصصة في توفير الرعاية الطبية والصحية للمواطنين- خلال عام ١٩٨٥ بارتكابه لجريمة تزوير^(٧٦) حيث كان من ضمن الخدمات التي توفرها شركة هالبر توفير الرعاية الطبية والصحية للمواطنين المستحقين للإعانة الفدرالية، إلا أنه قدم للحكومة الفدرالية عدد خمس وستين فاتورة مزورة بهدف الحصول على مبالغ مالية من قبل الحكومة الفدرالية في مقابل توفيره للرعاية الطبية والصحية الزائفة التي ادعى أنه قدمها لمحتاجي المساعدات الفدرالية، ومن ثم حوكم هالبر وأدين بارتكابه لجريمة تزوير الفواتير وذلك بإضافة خمسة عشر دولاراً على كل فاتورة، وحكم عليه بالحبس سنتين ودفع المبلغ المختلس إلى جانب غرامة خمسة آلاف دولار، وبعد ذلك رفعت ولاية نيويورك التي تقع الشركة ضمن حدودها دعوى أخرى تتعلق بالمطالبة في التعويض المدني بسبب ارتكاب الشركة لجريمة التزوير بحسب قانون الولاية^(٧٧) وحكمت محكمة الولاية على هالبر بدفع تعويض يقدر بمائة وثلاثين ألف دولار على الرغم من أن المبلغ الذي تحصل عليه هالبر من جريمة التزوير لا يتعدى الألف دولار، وقد طعن هالبر على حكم محكمة ولاية نيويورك على اعتبار أن الحكم يخالف التعديل الخامس من الدستور الأمريكي والذي ينص على عدم جواز محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين، حيث إنه حوكم عن ارتكابه لجريمة تزوير الفواتير الطبية وحكم عليه بالحبس لمدة سنتين إلى جانب غرامة قدرتها المحكمة بألفي دولار ورد المبلغ المختلس، لذلك فإن محاكمة محكمة ولاية نيويورك له في المرة الثانية تعتبر انتهاكاً لحقوقه الدستورية والتي تنص على عدم جواز محاكمته عن نفس الجريمة مرتين، كما أنه طعن بأن مبلغ التعويض الذي حكمت به محكمة نيويورك أكبر بكثير ولا يتناسب مع المبلغ المتحصل من جريمة تزوير الفواتير^(٧٨).

وقد ردت المحكمة الفدرالية العليا على طعن هالبر بأن ضمانات التعديل الخامس والتي من ضمنها (الخطر المزدوج) إنما قُدرت لحماية المتهمين في القضايا الجنائية من تعسف السلطات وذلك لمنع محاكمتهم مرة تلو الأخرى إلى أن تتم إدانتهم، لذلك

^(٧٥) United States v. Halper, 490 U.S. 435 (1989).

^(٧٦) 18 U.S.C. 287.

^(٧٧) 31 S.C. 3729-3731, 31 U.S.C. 3729 (1982 ed., Supp. II).

^(٧٨) Jahncke, Elizabeth S. "United States v. Halper, Punitive Civil Fines, and the Double Jeopardy and Excessive Fines Clauses." NYUL Rev. 66, P.112, (1991).

لا تشمل هذه الضمانة القضايا المدنية للمطالبة بالتعويض المدني عن محاكمة أو إدانة جزائية سابقة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن مبلغ التعويض يحدد بحسب الضرر الذي تحقق على المجني عليه، وولاية نيويورك التي وقعت جريمة التزوير داخل حدودها قدرت التعويض المناسب للضرر الذي لحق بها على أساس ألفي دولار عن كل فاتورة زائفة قدمها هالبر عندما كان مديراً للشركة، لذلك بلغ مبلغ التعويض عن مجموع الخمس والستين فاتورة مائة وثلاثين ألف دولار، وقد رأت محكمة الولاية بأن هذا المبلغ مناسب لجبر الضرر الذي لحق بولاية نيويورك^(٧٩) كما أضافت المحكمة الفدرالية العليا أن الهدف من التعويض هو جبر الضرر وليس معاقبة المدعى عليه حتى وإن وجد النص الخاص الذي يجيز للمجني عليه المطالبة بالتعويض عن المحاكمات الجنائية في قانون الجزاء وليس القانون المدني^(٨٠).

كما أن حالة عدم جواز تمسك الشخص بعدم محاكمته مرتين إذا كانت المحاكمة الثانية تتعلق بتعويض مدني بسبب محاكمة جنائية تنطبق حتى وإن حصل المتهم في المحاكمة الجنائية على البراءة، وهذا ما حدث مع ما تسمى بمحاكمة القرن^(٨١) في الولايات المتحدة الأمريكية حيث اتهم لاعب كرة القدم الأمريكية المشهور أوجي سمبسون في تاريخ ١٢/٦/١٩٩٤ بارتكابه لجريمة قتل طليقته وصديقها في مدينة برنت وود بولاية لوس أنجلوس، حيث وجد المجني عليهما مقتولين عن طريق الطعن بأكثر من عشرين طعنة لكل منهما عند مدخل منزل طليقة أوجي سمبسون، وقد قدم سمبسون إلى المحاكمة وعلى الرغم من كثرة أدلة الإثبات التي قدمتها النيابة العامة مثل سفره المفاجئ بعد حدوث الجريمة بساعات، ووجود بقع دم للضحيتين داخل سيارة المتهم وعلى زوج من الجوارب وجد داخل غرفة نوم المتهم، ووجود أدم القفازات التي استخدمها القاتل أثناء عملية القتل عند مدخل بيت المتهم ملطخاً بدم الضحيتين، ووجود بقعة من دم المتهم على الباب الخارجي لمنزل المجني عليها، وفي النهاية وجود جرح في أصبع سمبسون الوسطى، إلا أن سمبسون حصل على حكم

Halper, 490 U.S. at 444-45.

(٧٩)

وقد استندت المحكمة الفدرالية العليا على قضية Marcus v. Hess والتي حكم فيها على مقالين مدانين بالاحتياط على الحكومة الفدرالية بدفع تعويض قدر بمائة وخمسين ألف دولار على الرغم من أن قيمة الضرر قدر بمائة ألف دولار.

Halper, 490 U.S. at 446., Rex Trailer Co. v. United States, 350 U.S. 148 (1956). (٨٠)

<http://www.cbc.ca/passionateeye/episodes/oj-trial-of-the-century>, Wayne J. Pitts, (٨١)
David Giacompassi, K. B. Turner, The Legacy of the O.J. Simpson Trial, Loyola Journal of Public Interest Law, Vol. 10, Issue 2, P. 199 (2009).

بالبراءة بسبب براءة محامي المتهم في تنفيذ الأدلة المقدمة ضد سمبسون، وإقناع المحكمة أن جميع الأدلة وضعت من قبل الشرطة^(٨٢) حيث استطاع أن يثبت أن بقع دم الضحيتين اللتين عثر عليهما داخل سيارة المتهم يستحيل أن تصلا إلى المكان اللتين وجدا فيه إلا عن طريق فك أحد مقاعد السيارة، أما القفاز فكان مقاسه صغيراً جداً بحث لا يتناسب مع يدي المتهم الكبيرتين، أما بالنسبة لبقع دم الضحيتين على جوارب المتهم وبقعة دم المتهم على الباب الخارجي لمنزل المجني عليها فقد أكد مختبر المعمل الجنائي بأن طريقة وجودهما يثير الشك بأنه تم وضعهما بفعل فاعل وليس بسبب ارتكاب الجريمة، كما أثبت محامي أوجي بأن المجني عليه صديق طليقة المتهم كان يمارس رياضة الكاراتيه؛ لذلك يستحيل أن يقوم المتهم بقتل امرأة وفي نفس الوقت يقتل شخصاً يمارس رياضة الكاراتيه عن طريق استخدامه للسكين دون أن يصاب بجروح وكدمات بجسمه، وقد تبين للشرطة أثناء إلقاء القبض عليه خلو جسمه من أي جروح أو كدمات بخلاف الجرح في أصبع^(٨٣) ولكن البعض يرى بأن الفضل في حصول سمبسون على البراءة ليس براءة محاميه بل بسبب شهرته وحب الناس له ووجود هيئة محلفين أغلب أعضائها من الأمريكيين من أصل أفريقي^(٨٤).

وفي يناير عام ١٩٩٧ قام أقرباء كل من طليقة أوجي وصديقها برفع دعوى مدنية ضد سمبسون للمطالبة بالتعويض عن اتهامه بجريمة القتل، حيث يتيح القانون الأمريكي لأقرباء المجني عليه أن يرفعوا دعوى للمطالبة بالتعويض عن قتل قريبهم حتى وإن حصل المتهم على البراءة، وقد تم تقديم أدلة جديدة لم تكن موجودة أثناء المحاكمة الأولى عبارة عن طبعة واضحة لحذاء مميز جداً لم تنتبه سلطة الاتهام له أثناء المحاكمة الأولى، وهذا الحذاء لم يصنع منه إلا ثلاثمائة زوج أحدهما يمتلكه سمبسون، وقد أثبت أحد الصحفيين بأنه صور سمبسون وهو يرتدي نفس الحذاء

(٨٢) Michael Chesterman, OJ and the Dingo: How Media Publicity Relating to Criminal Cases Tried by Jury Is Dealt with in Australia and America, American Journal of Comparative Law, Vol. 45, Issue 1, P. 109 (1997).

(٨٣) Gerald F. Uelman, Jury-Bashing and the O.J. Simpson Verdict, Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 20, Issue 2, P. 475 (1997).

(٨٤) هذا وقد استمرت محاكمة أوجي سمبسون إلى ١٣٤ يوماً بقي خلالها أعضاء هيئة المحلفين كل تلك المدة معزولين عن عامة الناس وعن وسائل الإعلام في أحد فنادق لوس أنجلوس.

<http://www.thewrap.com/the-people-v-oj-simpson-12-facts-about-the-jury/>, Gerald F. Uelman, Ethics, Media, and the O.J. Trial, International Society of Barristers Quarterly, Vol. 30, Issue 4, P. 395 (1995).

أثناء افتتاح إحدى مباريات كرة القدم صباح يوم الجريمة، وقد قدم الصور للمحكمة وحكمت المحكمة على سمبسون بأن يدفع غرامة تقدر بثلاثة وثلاثين مليون دولار لأسرتي طليقته وصديقها^(٨٥) وقد طعن محامي سمبسون بأنه سبق وحوكم عن جريمة القتل وحصل على البراءة لذلك فإن موكله وقد حوكم عن نفس الجريمة مرتين وهذا يخالف التعديل الخامس من الدستور الأمريكي، إلا أن المحكمة ردت بأن التمسك بالتعديل الخامس والذي يقرر عدم جواز محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين لا ينطبق في حالة كانت المحاكمة الثانية خاصة بالمطالبة بالتعويض عن ارتكاب جريمة حتى وإن حصل المتهم على البراءة^(٨٦).

ثالثاً: الأحكام غير الفاصلة في موضوع الدعوى

تنقسم الأحكام الجزائية من حيث إنهاؤها للخصومة في القانون الكويتي إلى نوعين من الأحكام: النوع الأول أحكام فاصلة بموضوع الدعوى ويقصد بها الأحكام التي تنهي موضوع الدعوى الجزائية المطروحة أمام المحكمة، أي أن تصدر المحكمة حكمها سواء بإدانة المتهم أو ببراءته. والنوع الثاني أحكام غير فاصلة في موضوع الدعوى ويقصد بها الأحكام التحضيرية أو الأحكام التمهيدية أو الأحكام الوقتية التي تصدر ولا تحتوي على أحكام بإدانة المتهم أو براءته وتصدر قبل الفصل في موضوع الدعوى^(٨٧).

أما في القانون الأمريكي فإن الأحكام غير الفاصلة في الموضوع هي تلك الأحكام التي لا يترتب على صدورها إدانة المتهم أو براءته، مثل الحكم بعدم وصول هيئة المحلفين إلى حكم أو الحكم بعدم الاستمرار في إجراءات المحاكمة أو الحكم بإسقاط لائحة الاتهام^(٨٨).

(٨٥) <http://www.usatoday.com/story/news/nation/2016/03/04/what-happened-to-oj-simpson/81325546/>.

(٨٦) Schmolck, Heike, E. A. Buffalo, and Larry R. Squire, "Memory distortions develop over time: Recollections of the OJ Simpson trial verdict after 15 and 32 months.", P. 39 (2000).

<https://www.bustle.com/articles/152048-what-does-oj-simpsons-civil-trial-verdict-mean-liable-does-not-mean-guilty>.

(٨٧) الدكتور عبدالوهاب حومد، الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتي، الطبعة الخامسة، (١٩٩٥)، صفحة ٣٠١. الدكتور فاضل نصرالله والدكتور أحمد السماك، شرح قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، الطبعة الأولى، (٢٠٠٧)، صفحة ٤٧٩.

<http://hrlibrary.umn.edu/arab/us-con.html>.

(٨٨)

وفي نظام القانون الأمريكي لا يستطيع المتهم في قضية أن يتمسك بمبدأ عدم جواز محاكمته عن نفس الجريمة مرتين إذا لم يكن الحكم في المحاكمة الأولى حكماً فاصلاً في الموضوع وذلك على النحو التالي:

١- الحكم بعدم وصول هيئة المحلفين إلى حكم في المحاكمة الأولى

ينص التعديل السادس من الدستور الأمريكي على حق المتهم في أن يحاكم من قبل هيئة محلفين؛ لذلك يحرص جميع المتهمين في القضايا الجنائية في الولايات المتحدة الأمريكية أن تتم محاكمتهم من قبل هيئة محلفين؛ لأن أعضاء هيئة المحلفين تتكون من مواطنين أمريكيين من مختلف شرائح المجتمع يمكن بسهولة كسب تعاطفهم مع المتهم^(٨٩).

وتتشكل هيئات المحلفين في الولايات المتحدة غالباً من اثني عشر مواطناً يتم اختيارهم بطريقة عشوائية عن طريق الكمبيوتر كأحد الالتزامات التي يجب على المواطنين أن يؤديها في مقابل الحصول على الجنسية الأمريكية، وتكون مهمتهم حضور جميع جلسات المحاكمة وسماع جميع الدفوع التي تقدمها سلطة الاتهام ومحامي المتهم، وفي النهاية إصدار حكم على المتهم إما بالإدانة أو بالبراءة^(٩٠).

ولإصدار الحكم على المتهم من قبل هيئة المحلفين يجب أن يحضر كل أعضاء هيئة المحلفين كل جلسات المحاكمة، ومن ثم يتم عزل هيئة المحلفين عن عامة الناس حتى انتهاء جلسات المحاكمة للتمكن من إصدار حكم على المتهم سواء بالإدانة أو بالبراءة، ويجب أن يصدر قرار هيئة المحلفين بالإجماع وليس بالأغلبية أي يجب أن يصوت جميع أعضاء هيئة المحلفين على قرار الإدانة أو قرار البراءة لكي يكون الحكم فاصلاً في موضوع الدعوى وقابلاً للتنفيذ، أما إذا لم يتحقق إجماع هيئة المحلفين على قرار سواء بالإدانة أو بالبراءة فإننا نكون أمام ما يسمى (Hung Jury)^(٩١) أي عدم وصول هيئة المحلفين لقرار بالإجماع سواء بإدانة المتهم أو ببراءته، وفي هذه

(٨٩) J. P. Nunnelley, When a Trial by Jury, Alabama Lawyer, Vol. 22, Issue 2, P. 180 (1961), Fergal F. Davis, Trial by Jury, Alternative Law Journal, Vol. 32, Issue 2, P. 86 (2007).

<http://www.sydneycriminallawyers.com.au/blog/what-are-the-advantages-and-disadvantages-of-a-jury-trial/>

(٩٠) Gerard R. Stowers, Jury Selection, West Virginia Lawyer, Vol. 1, Issue 2, P. 6, (1988).

(٩١) <http://study.com/academy/lesson/hung-jury-definition-lesson.html>.

الحالة يجب على القاضي أن يحكم بعدم وصول هيئة المحلفين لقرار، وبالتالي تعاد محاكمة المتهم بأعضاء هيئة محلفين جديدة وقاض جديد^(٩٢).

هذا ويعتبر عدم جواز تمسك المتهم بعدم جواز محاكمته عن نفس الجريمة مرتين إذا لم تتوصل هيئة المحلفين لقرار في المحاكمة الأولى من أقدم المبادئ التي قررتها المحكمة الفدرالية العليا، حيث أكدت في عام ١٩٠٩ على أن عدم وصول هيئة المحلفين إلى قرار بشأن القضية لا يعد حكماً بالإدانة أو بالبراءة ولا يجب أن يستفيد منه المتهم للتمسك بالضمانات التي تمنحها التعديلات الدستورية، وقد توصلت المحكمة الفدرالية العليا لهذه النتيجة من خلال مراجعتها لقضية Keerl v. Montana^(٩٣) والتي اتُّهم فيها شخص يدعى جيمس كيرل في تاريخ ١٩٠٢/٤/٢٤ بارتكابه لجريمة قتل من الدرجة الثانية وحوكم من قبل محكمة ولاية مونتانا وأدين وحُكمت عليه المحكمة بالحبس المؤبد، وقام كيرل باستئناف الحكم أمام المحكمة العليا لولاية مونتانا إلا أن هيئة لمحلفين التي حددتها المحكمة العليا لم تصل إلى قرار بخصوص كيرل على الرغم من إعطائهم أكثر من فرصة، ومن ثم حكمت المحكمة العليا لولاية مونتانا في تاريخ ١٩٠٤/٧/١٤ بإعادة محاكمة كيرل وبالفعل تشكلت محكمة أخرى بقاض جديد وهيئة محلفين جديدة وحُكمت على كيرل بالحبس عشر سنوات بدلاً من الحبس المؤبد، وقد طعن كيرل على قرار المحكمة بأنه يتمسك بمبدأ عدم جواز محاكمته عن نفس الفعل مرتين حيث إنه تمت محاكمته عن نفس الجريمة مرتين وهو لا يفترض به أن يتحمل تبعات عدم وصول هيئة المحلفين في المحاكمة الثانية إلى قرار^(٩٤).

ويترتب على هذه النتيجة عدم جواز تمسك المتهم في المحاكمة الثانية بعدم جواز محاكمته عن نفس الجريمة مرتين؛ لأن المحاكمة الأولى لم ينتج عنها حكم سواء بإدانة المتهم أو ببراءته على الرغم من محاكمة المتهم وسماع شهود الإثبات والنفي وبحث ومراجعة كل الدفوع المقدمة من كل من سلطة الاتهام ومحامي المتهم.

٢- الحكم بعدم الاستمرار في إجراءات المحاكمة الأولى

في القانون الأمريكي عدم الاستمرار في إجراءات الدعوى يعني قيام القاضي بإنهاء محاكمة المتهم قبل أن تتوصل هيئة المحلفين إلى الحكم بإدانة المتهم أو

Judith Dancoff, Jury Molders, Los Angeles Lawyer, Vol. 4, Issue 7, P. 18, (٩٢) (1981).

Keerl v. Montana, 213 U.S. 135 (1909). (٩٣)

Janet E. Findlater, Retrial After a Hung Jury: The Double Jeopardy Problem, 129 U. Pa. L. Rev. 701 (1980). (٩٤)

ببرائته وبالتالي إنهاء الخصومة الجنائية^(٩٥). ولعدم الاستمرار في إجراءات المحاكمة أسباب كثيرة تتعلق أغلبها بأعضاء هيئة المحلفين، فإذا توفي أحد أعضاء هيئة المحلفين بعد البدء بإجراءات المحاكمة أو أصيب بمرض يمنعه من حضور جلسات المحاكمة، أو إذا تحدث أي من أعضاء هيئة المحلفين مع أي طرف من أطراف الخصومة أو مع وسائل الإعلام، أو إذا تبين للمحكمة بعد البدء في إجراءات المحاكمة بأن أحد أعضاء هيئة المحلفين تربطه علاقة صداقة مع المتهم أو وكيل النيابة أو المجني عليه، أو إذا تم كشف اسم أحد أعضاء هيئة المحلفين إلى وسائل الإعلام، كما يمكن للقاضي الحكم بعدم الاستمرار في إجراءات المحاكمة إذا تبين للمحكمة بعد البدء بإجراءات المحاكمة بأن الشاهد الوحيد في القضية شاهد زور أو ليس لديه أية معلومات عن القضية، أو إذا أدلى الشاهد بمعلومات عن المتهم أو القضية قد تؤثر على قرار هيئة المحلفين دون أن يسأله أحد^(٩٦).

كما يمكن لوكيل النيابة أن يطلب من القاضي عدم الاستمرار في إجراءات المحاكمة إذا تبين له بعد بدء المحاكمة بأن الأدلة التي قدمتها سلطة الاتهام ضد المتهم ضعيفة ومتناقضة ولا يمكن أن تؤدي إلى إدانته وأن المتهم حتما سوف يحصل على البراءة، ففي هذه الحالة سوف يترتب على المضي في إجراءات المحاكمة على الرغم من ضعف وتناقض أدلة الاتهام إمكانية حصول المتهم على حكم بالبراءة وبالتالي عدم قدرة سلطة الاتهام على محاكمته مرة أخرى إذا تحصلت على أدلة جديد من شأنها إدانته؛ لأن المتهم في المحاكمة الثانية يمكنه التمسك بمبدأ عدم جواز محاكمته عن نفس الجريمة مرتين، إلا أن طلب النيابة بعدم الاستمرار في إجراءات المحاكمة قيده المشرع بموافقة المتهم فلا يستطيع القاضي في هذه الحالة الحكم بعدم الاستمرار في إجراءات المحاكمة إذا لم يوافق المتهم على طلب النيابة وأصر على المضي في المحاكمة والحصول على حكم حتى لا تتمكن سلطة الاتهام من محاكمته مرة أخرى عن نفس الجريمة^(٩٧).

وعند تحقق أي سبب من الأسباب السابقة لعدم الاستمرار في إجراءات المحاكمة فإن على القاضي الذي يتولى إدارة جلسات المحاكمة أن يحكم فوراً بعدم الاستمرار في إجراءات المحاكمة، حيث لا يملك أي سلطة تقديرية في مسألة الحكم بعدم

Joshua Dressler, Alan C. Michaels, Id, P.309.

(٩٥)

George C. Thomas III, Id, P. 237.

(٩٦)

United States v. Jorn, 400 U.S. 470, 91 S. Ct. 547, 27 L. Ed. 2d 543, 71-1 U.S. Tax Cas. (CCH) P 9172, 27 A.F.T.R.2d 71-552 (1971).

(٩٧)

الاستمرار في إجراءات المحاكمة إذا تحقق أي سبب من الأسباب الموجبة لعدم الاستمرار في إجراءات المحاكمة، كما يمكن لكل من النيابة العامة ومحامي المتهم أن يتمسكا بعدم الاستمرار في إجراءات المحاكمة في حالة تحقق أي سبب من أسباب عدم الاستمرار في إجراءات المحاكمة^(٩٨).

هذا ولا يعتبر حكم القاضي بعدم الاستمرار في إجراءات المحاكمة حكماً بإدانة المتهم أو براءته يترتب عليه تمسك المتهم بمبدأ عدم جواز محاكمته عن نفس الجريمة مرتين إذا ما تمت محاكمته لاحقاً عن نفس الجريمة التي سبق وأصدر القاضي حكماً بعدم الاستمرار في إجراءاتها، وهذا ما أكدته المحكمة الفدرالية العليا في قضية *Gori v. United States*^(٩٩) والتي حوكم فيها شخص يدعى دانت قوري في تاريخ ١٩٥٩/٢/٤ لارتكابه جريمة حيازة وتلقي بضائع مسروقة^(١٠٠) وبمجرد أن بدأت المحاكمة وشرع الشهود بالإدلاء بشهادتهم انسحب أحد أعضاء هيئة المحلفين وترك المحكمة دون أي أسباب واضحة؛ مما اضطر القاضي إلى الحكم بعدم الاستمرار في إجراءات المحاكمة، وفي تاريخ ١٩٥٩/٥/٩ شُكلت هيئة محلفين جديدة وقاض جديد وحوكم قوري مرة أخرى عن نفس الجريمة وأدين بارتكابه للجريمة إلا أنه طعن على الحكم بأنه سبق وحوكم عن نفس الجريمة لذلك لا يجوز محاكمته عن نفس الجريمة مرتين كما ينص التعديل الخامس من الدستور الأمريكي، وقد حكمت المحكمة الفدرالية العليا بأن محاكمة قوري الأولى لم ينتج عنها حكم بإدانته أو ببراءته، وكل ما في الأمر أن القاضي رأى أن من مصلحة العدالة أن يحكم بعدم الاستمرار في إجراءات المحاكمة، لذلك لا يمكن القول بأن قوري قد تمت محاكمته عن نفس الجريمة مرتين؛ لأن الحكم بعدم الاستمرار في إجراءات المحاكمة ليس حكماً بالإدانة أو حكماً بالبراءة^(١٠١).

أما بالنسبة للقانون الكويتي فإن قانون الإجراءات الجزائية وقانون الجزاء لا يعترف بوجود الحكم التي تصدره المحكمة بعدم الاستمرار في إجراءات المحاكمة، حيث إن الأحكام غير الفاصلة في الموضوع في قانون الجزاء الكويتي مقسمة إلى أربعة أنواع، النوع الأول: الأحكام التحضيرية والتي لا تفصل في الموضوع وإنما تهدف إلى استجلاء حقيقة معينة مثل ندب خبير. النوع الثاني: الأحكام التمهيدية مثل

United States v. Dinitz, 424 U.S. 600, 96 S. Ct. 1075, 47 L. Ed. 2d 267 (1976). (٩٨)

Gori v. United States, 367 U.S. 364 (1961) <https://www.oyez.org/cases/1960/486>. (٩٩)

18 U.S.C. s 659, 18 U.S.C.A. s 659. (١٠٠)

<https://www.oyez.org/cases/1960/486>. (١٠١)

الأحكام بقبول دفع المتهم ببطلان الاعتراف الناتج عن إكراه أو ببطلان إجراءات التفتيش، بينما النوع الثالث: فهو الأحكام الوقتية مثل الحكم بالإفراج عن المتهم، أما النوع الرابع فهو الأحكام القطعية غير الفاصلة في الموضوع مثل الحكم في عدم الاختصاص أو عدم القبول^(١٠٢).

٣- الحكم بإسقاط لائحة الاتهام

في القانون الأمريكي يمكن أن يتم إسقاط لائحة الاتهام من قبل هيئة المحلفين الكبرى أو من قبل القاضي أثناء المحاكمة وذلك على النحو التالي:

أولاً: الحكم بإسقاط لائحة الاتهام من قبل هيئة المحلفين الكبرى

هيئة المحلفين الكبرى هي مجموعة من المواطنين يتم اختيارهم بطريقة عشوائية عن طريق الكمبيوتر وتكون مهمتهم سماع دفوع النيابة العامة ومراجعة لائحة الاتهام المقدمة ضد المتهم من قبل سلطة الاتهام والتأكد من جديتها ودلالاتها على أن المتهم هو من ارتكب الجريمة ومن ثم إصدار قرارها إما بالمضي بإجراءات محاكمة المتهم أو بإسقاط لائحة التهم الموجهة إلى المتهم^(١٠٣).

وقد نص التعديل الخامس من الدستور الأمريكي على حق المتهم في أن يواجه له اتهام من قبل هيئة محلفين كبرى في الجنايات^(١٠٤) وهيئة المحلفين الكبرى تختلف عن هيئة محلفين محاكمة المتهم من حيث عدد الأعضاء ومهمتها، حيث تتكون هيئة المحلفين الكبرى من ستة عشر عضواً إلى ثلاثة وعشرين عضواً وذلك بحسب قانون الولاية، بينما تتكون هيئة محلفين محاكمة المتهم من اثني عشر عضواً، وتكون مهمة هيئة المحلفين الكبرى فقط سماع دفوع النيابة العامة ومراجعة لائحة الاتهام المقدمة ضد المتهم من قبل سلطة الاتهام والتأكد من جديتها ودلالاتها على أن المتهم هو من ارتكب الجريمة ومن ثم إصدار قرارها إما بالمضي بإجراءات محاكمة المتهم أو بإسقاط لائحة التهم الموجهة إلى المتهم، بينما تكون مهمة هيئة محلفين محاكمة

(١٠٢) الدكتور عبد الوهاب حومد، الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتي، صفحة ٣٠١، الطبعة الخامسة (١٩٩٥).

(١٠٣) <http://criminal.findlaw.com/criminal-procedure/how-does-a-grand-jury-work.html>.

(١٠٤) في النظام القانوني الأمريكي الجنايات هي الجرائم التي يعاقب عليها القانون بالحبس لمدة سنة فاكتر 21 U.S.C. 802(44).

<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/felony>.

المتهم حضور جميع جلسات المحاكمة وسماع جميع الدفوع التي يقدمها طرفا الخصومة الجزائية وذلك لإصدار حكم على المتهم سواء بالإدانة أو بالبراءة^(١٠٥).

إلا أن قرار هيئة المحلفين الكبرى بإسقاط لائحة التهم عن المتهم في المرة الأولى لا يعني عدم إمكانية توجيه لائحة اتهام أخرى عن نفس الجريمة في وقت لاحق في حالة عثور سلطة الاتهام على أدلة جديدة لم تكن موجودة سابقاً؛ لذلك لا يجوز للمتهم التمسك بإسقاط التهم عنه إذا تمت محاكمته في وقت لاحق عن نفس الجريمة بأنه سبق وحوكم عن نفس الجريمة؛ لأن قرار هيئة المحلفين الكبرى لا يعتبر حكماً فاصلاً في الموضوع ومنهياً للخصومة الجزائية، وهذا ما أخذت به المحكمة الفدرالية العليا^(١٠٦).

ثانياً: الحكم بإسقاط لائحة الاتهام من قبل القاضي

كما يمكن للقاضي أن يحكم بإسقاط لائحة الاتهام من تلقاء نفسه إذا تبين له بعد البدء في إجراءات المحاكمة بأن لائحة الاتهام غير حقيقية ولا تؤكد بشكل حاسم ارتكاب المتهم للجريمة التي هو بصدد المحاكمة بارتكابها، كأن يكون لدى المتهم عذر غياب حاسم وموثق وقت ارتكاب الجريمة، أو أن تكون إفادة الشهود متناقضة مع الواقع مثل أن يكون الثابت في الأوراق بأن من ارتكب الجريمة رجل أبيض بينما المتهم رجل من أصل أفريقي أو العكس^(١٠٧).

أما بالنسبة لقانون الجزاء الكويتي فإنه لا يعرف نظام إسقاط لائحة الاتهام كتلك المعمول بها في النظام الأنجلوسكسوني، وكذلك الأمر في جميع القوانين الجزائية في الوطن العربي.

Paul James, Grand Jury System, Journal of the State Bar of California, Vol. (١٠٥) 39, Issue 2, P. 255 (1964).

United States v. Scott 437 U.S. 82 (1978). (١٠٦)

United States v. Jenkins 420 U.S. 358 (1975). (١٠٧)

المبحث الرابع وحدة الجريمة

هذا ويستمد مبدأ الخطر المزدوج - والذي يمنع سلطة الاتهام من تكرار محاكمة المتهم عن نفس الجريمة - شرعيته من التعديل الخامس من الدستور الأمريكي والذي ينص على "عدم جواز محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين"^(١٠٨) كما أن هذا المبدأ مقرر في جميع القوانين الجنائية للولايات الأمريكية^(١٠٩).

إلا أن مسألة تحديد مفهوم نفس الجريمة ليس بالأمر الهين، لذلك أثارت هذه المسألة الكثير من الجدل القانوني والقضائي الذي استمر منذ القرن الماضي وحتى وقتنا الحالي، فعلى سبيل المثال لو قام شخص بالدخول إلى مسكن يسكنه خمسة أشخاص من عائلة واحدة وسرق مقتنيات كل منهم فهل يعد هذا السلوك جريمة واحدة أو عدة جرائم؟ أي هل تستطيع سلطة الاتهام مقاضاة هذا الشخص عن جريمة واحدة أم خمس جرائم؟ وهل يختلف الأمر إذا لم يكن المجني عليهم من عائلة واحدة؟ أو هل يختلف الأمر إذا دخل المسكن وسرق كل يوم شيئاً؟ أو إذا سرق شخص سيارة وقادها بسرعة جنونية في الطريق المخصص للمشاة وهو في حالة سكر ودهس أحد المارة وقتله فكم جريمة ارتكب من خلال هذا السلوك؟

حاول القضاء وضع مفهوم واضح يمكن من خلاله معرفة متى تعد الأفعال من نفس الجريمة لكي يحاكم مرتكبها مرة واحدة، ومتى يكون هناك أكثر من سلوك وعليه يحاكم الشخص أكثر من مرة.

إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن النظام القانوني الجنائي الأمريكي يختلف عن قانون الجزاء الكويتي بخصوص مسألة تعدد الجرائم، حيث إن القانون الجنائي الأمريكي لا يعترف بتطبيق العقوبة الأشد في حالة تعدد الجرائم إذ يقرر مبدأ تعدد العقوبات إذا تعددت الجرائم التي يرتكبها الشخص خلال السلوك الواحد^(١١٠).

ومن خلال هذا المبحث سوف نبين متى تكون الأفعال من نفس الجريمة وفقاً لمفهوم كل من المحكمة الفدرالية العليا الأمريكية وقانون الجزاء الكويتي وذلك على النحو التالي:

(١٠٨) التعديل الخامس من الدستور الأمريكي.

(١٠٩) N. Y. PENAL LAW 1938, <http://www.shouselaw.com/double-jeopardy.html>.

(١١٠) George C. Thomas, A Unified Theory of Multiple Punishment, University of Pittsburgh Law Review, Vol. 47, Issue 1, P. 3, (1985).

أولاً: توجه المحكمة الفدرالية العليا في تحديد مفهوم نفس الجريمة

يعتبر مبدأ عدم جواز محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين من أقدم المبادئ الدستورية التي تناولتها المحكمة الفدرالية العليا في أحكامها، حيث راجعت المحكمة الفدرالية الأمريكية العليا المبدأ أول مرة في عام ١٩٣٢ من خلال نظرها لقضية Blockburger v. United States^(١١١) حيث اتهم بلاك بورغر بمخالفته خمس مواد قانونية جزائية تتعلق بسلوك واحد يتمثل في حيازته وبيعه لمادة المورفين المخدرة لمشتري واحد، وحكمت عليه محكمة ولاية تكساس بالحبس خمس سنوات، وقد أكدت المحكمة الفدرالية العليا بأن الجرائم التي يرتكبها الشخص خلال فترة زمنية واحدة إنما تتعدد باختلاف الشروط التي تتطلبها كل جريمة، فإذا نصت مادة من القانون على وجوب توافر ثلاثة شروط في الجريمة الأولى ونصت مادة أخرى على ضرورة توافر شرطين فقط من الشروط التي تتطلبها نص القانون في الجريمة الأولى فإننا نكون أمام أكثر من جريمة وليس جريمة واحدة؛ لذلك حكمت المحكمة الفدرالية العليا بأنه إذا اختلفت الشروط المطلوب توافرها في كل نص قانوني فإننا لسنا أمام جريمة واحدة حتى وإن كان السلوك المرتكب واحداً وخلال فترة زمنية واحدة، وبالتالي إذا تمت محاكمة المتهم عن الجريمة الأولى فإن هذا الأمر لا يحول دون محاكمته عن الجريمة الثانية، وفي المقابل لا يستطيع المتهم التمسك بمبدأ عدم جواز محاكمته عن نفس الجريمة مرتين. أما إذا تماثلت الشروط في الجريمتين فإنه في هذه الحالة لا يجوز محاكمة المتهم عن نفس الجريمة مرتين^(١١٢).

وبذلك يتبين لنا من خلال قضية Blockburger بأن المحكمة الفدرالية العليا قد تبنت المعيار القانوني لتحديد متى تعتبر الأفعال من نفس الجريمة والذي يقوم على مقارنة العناصر التي يتطلبها القانون لقيام الجريمة، فإذا تماثلت العناصر في الجريمتين فلا يجوز محاكمة الشخص مرتين والعكس صحيح^(١١٣).

وفي عام ١٩٧٠ راجعت المحكمة الفدرالية العليا المبدأ مرة أخرى من خلال نظرها للطعن المقدم في قضية Ashe v. Swenson^(١١٤) حيث اتهم بوبي فريد آشي مع ثلاثة

Blockburger v. United States, 284 U.S. 299 (1932). (١١١)

George C. Thomas III, A Blameworthy Act Approach to the Double Jeopardy Same Offense Problem, 83 Cal. L. Rev. 1027(1995). (١١٢)

Kirstin Pace, Fifth Amendment -The Adoption of the Same Elements Test: The Supreme Court's Failure to Adequately Protect Defendants from Double Jeopardy, Volume 84 Issue 4, P. 769, (1994). (١١٣)

Ashe v. Swenson, 397 U.S. 436 (1970). (١١٤)

من شركائه بالسطو المسلح على مرآب منزل المجني عليه وخمسة من أصدقائه حيث كانوا يلعبون القمار ومن ثم قاموا بسرقة نقودهم وممتلكاتهم الشخصية، كما قاموا بسرقة سيارة أحد المجني عليهم، وقد قبض على شركاء آشي الثلاثة في اليوم التالي لارتكاب الجريمة في مكان قريب جداً من مكان العثور على السيارة المسروقة وأثناء تفتيشهم عثرت الشرطة على بعض المسروقات معهم، أما آشي فقد قبض عليه وهو يسير مرتبكاً بسرعة في مكان ليس ببعيد عن المكان الذي عثرت فيه الشرطة على السيارة وأثناء تفتيشه عثرت الشرطة على باقي المسروقات معه^(١١٥).

هذا وقد قدمت سلطة الاتهام آشي للمحاكمة أولاً منفصلاً عن باقي الجناة متهماً إياه بسرقة المجني عليه الأول، وأثناء محاكمة آشي الأولى قدمت سلطة الاتهام باقي المجني عليهم الخمسة كشهود ضد آشي إلا أن أياً من الشهود لم يتمكن من التعرف عليه، ومن ثم قررت هيئة المحلفين براءته لعدم كفاية الأدلة عن ارتكاب جريمة السطو على المجني عليه الأول، ومن ثم قامت سلطة الاتهام بتقديم آشي للمحاكمة للمرة الثانية ولكن هذه المرة بسبب سرقة المجني عليه الثاني، كما قدمت باقي المجني عليهم والذين سبق ولم يتعرفوا على آشي كشهود ولكن في المحاكمة الثانية تعرف الشهود على آشي، وعلى الرغم من وحدة الجريمة في القضية الأولى والثانية إلا أنه أدين من قبل هيئة المحلفين في المحاكمة الثانية وحكم عليه بالسجن خمسة وثلاثين عاماً، وقد طعن آشي على حكمه وذلك لمخالفة التعديل الخامس حيث تمت محاكمته عن جريمة السرقة مرتين، حيث إن سلطة الاتهام قدمت نفس الشهود في المحاكمة الأولى والثانية أي أنها لم تقدم أية أدلة جديدة في المحاكمة الثانية، وردت جهة الاتهام بأن كل جريمة تختلف عن الجريمة الأخرى من حيث العناصر وصفة المجني عليه، إلا أن المحكمة الفدرالية العليا قررت بأن محاكمة آشي الثانية قد انتهكت حقه الدستوري المقرر في التعديل الخامس والذي يقرر عدم جواز محاكمته عن نفس الجريمة مرتين، حيث قررت المحكمة بأن محاكمة آشي الأولى حسمت مسألة وجوده في مكان الجريمة وقت ارتكاب الجريمة والذي أكدت عدم وجوده في مكان الجريمة وقت ارتكاب الجريمة مما دفع هيئة المحلفين بتبرئته من ارتكاب جريمة السطو، لذلك فإن أي محاكمة لاحقة تتعلق بوجوده في مكان الجريمة أثناء ارتكاب الجريمة تعتبر محاكمة عن جريمة ثانية سبق الحكم فيها حتى وإن اختلفت صفة المجني عليه^(١١٦).

<https://www.oyez.org/cases/1969/57>.

(١١٥)

Robert Ruyle Edmiston, Ashe v. Swenson: A New Look at Double Jeopardy, (١١٦) Tulsa Law Journal, Vol. 7, Issue 1, P. 68 (1971).

من خلال مراجعة قضية Ashe يتبين لنا بأن المحكمة الفدرالية العليا قد أضافت شرطاً آخر إلى جانب تماثل العناصر القانونية في الجريمتين لتحديد متى تعتبر الأفعال من نفس الجريمة يتمثل في اختلاف صفة المجني عليه في الجريمتين، بحيث إذا كان المجني عليه هو ذات الشخص في القضية الأولى والقضية الثانية وكانت كلتا الجريمتين متماثلتين من حيث العناصر القانونية فإنه لا يجوز محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين، وبذلك تكون المحكمة العليا قد قامت بتضييق نطاق معيارها التي سبق وتبنته في قضية Blockburger بإضافة شرط وحدة المجني عليه في الجريمتين.

كما راجعت المحكمة الفدرالية العليا المبدأ مرة أخرى عام ١٩٧٧ خلال نظرها لقضية Brown v. Ohio^(١١٧) والتي اتهم فيها ناثيال براون بارتكابه لجريمة سرقة سيارة، وعلى الرغم من ارتكابه لجريمة واحدة وهي سرقة سيارة إلا أنه تمت محاكمته وإدانته مرتين في المرة الأولى عن جريمة قيادة سيارة بدون إذن صاحبها وفي الثانية عن جريمة سرقة سيارة، وذلك حسب قوانين ولاية أوهايو والتي تنص على شروط مختلفة عن كل جريمة، ولكن المحكمة الفدرالية العليا نقضت حكم محكمة استئناف أوهايو؛ لأن براون تمت محاكمته مرتين عن جريمة واحدة حيث قررت المحكمة الفدرالية العليا بأن محاكمة براون الثانية خالفت التعديل الخامس من الدستور الأمريكي والذي ينص على عدم جواز محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين على الرغم من اختلاف الشروط التي يتطلبها القانون لقيام الجريمتين^(١١٨)، لأن المحكمة ترى بأنه متى ما كان هناك تماثل في الشروط المطلوبة لقيام الجريمتين وكانت الجريمة الثانية تتطلب البت في بعض الوقائع التي تم البت فيها في المحاكمة الأولى وذلك في حالة دخول إحداها ضمن نطاق الجريمة الأخرى باعتبارها الجريمة الأخف من حيث العقوبة فإنه في هذه الحالة لا يجوز إعادة محاكمة المتهم عن إحداها متى ما حوكم عن الجريمة الأخرى^(١١٩).

وفي عام ١٩٧٧ وسعت المحكمة الفدرالية العليا من تفسير مفهوم "نفس الجريمة" من خلال مراجعتها لقضية Harris v. State^(١٢٠) حيث اتهم تومسون

Brown v. Ohio, 432 U.S. 161, 166 (1977).

(١١٧)

<http://www.lawschoolcasebriefs.net/2013/11/brown-v-ohio-case-brief.html>.

(١١٨)

<https://www.oyez.org/cases/1976/75-6933>.

(١١٩)

Harris v. State, 555 P.2d 76, 80-81 (Okla. Crim. App. 1976).

(١٢٠)

هاريس وحوكم بارتكابه جريمتين، الأولى قتل أثناء ارتكابه لجريمة سطو، والثانية جريمة سطو مسلح، وعلى الرغم من أن هاتين التهمتين كانتا ناتجتين عن جريمة واحدة إلا أن العناصر المطلوبة لقيام كل جريمة تختلف عن الجريمة الأخرى، حيث إن ارتكاب جريمة السطو لا يتطلب إزهاق الروح وارتكاب جريمة القتل لا يشترط توافر سلاح، لذلك تمت محاكمة هاريس مرتين وفقاً لمعيار قضية Blockburger، ولكن المحكمة الفدرالية العليا أضافت بأنه يتطلب على سلطة الاتهام لكي تمنع تمسك المتهم بمبدأ عدم جواز محاكمته مرتين أن تثبت بأن عملية السطو قد تمت بواسطة سلاح أثناء محاكمة المتهم عن جريمة القتل، وذلك لإثبات نية القتل أثناء عملية السطو، وأن سلطة الاتهام يجب عليها أن تقدم المتهم للمحاكمة عن الجريمة الأشد أولاً ومن ثم تقدمه للمحاكمة عن الجريمة الأقل شدة إذا اختلفت العناصر في الجريمتين وهو الأمر الذي حدث في هذه القضية^(١٢١).

وبعد ثلاث سنوات من قضية هاريس أي في عام ١٩٨٠ عادت المحكمة الفدرالية العليا لمعيار قضية Blockburger من خلال مراجعتها لقضية Illinois v. Vitale^(١٢٢) والتي اتهم فيها جون فيتال بقيادة سيارته بسرعة جنونية وقتله لطفلين، ومن ثم حوكم فيتال مرتين الأولى عن جريمة القتل الخطأ للطفلين، ومن ثم حوكم مرة أخرى لاحقاً بسبب قيادة سيارته بسرعة كبيرة، وقد تمت إدانته عن الجريمتين من قبل محكمة الولاية، وطعن فيتال على المحاكمتين أمام المحكمة العليا لولاية إلينوي والتي حكمت بأن فيتال قد تم انتهاك حقوقه الدستورية حيث تمت محاكمته عن نفس الجريمة مرتين؛ لأن المتهم قد ارتكب الجريمتين من خلال سلوك واحد حيث لا يمكن فصل الجريمة الأولى والمتمثلة في قيادة فيتال لمركبته بسرعة عن الجريمة الثانية والمتمثلة في القتل الخطأ بسبب السرعة الزائدة عن المعدل المسموح، إلا أن المحكمة الفدرالية العليا نقضت حكم المحكمة العليا لولاية إلينوي حيث حكمت بأن العناصر المطلوبة لقيام الجريمتين مختلفة حيث يتطلب قيام الجريمة الأولى تحقق إزهاق روح المجني عليه بينما يتطلب قيام الجريمة الثانية فشل الجاني في تقليل سرعة مركبته؛ لذلك لم تخطئ محكمة الولاية عندما حاكمت فيتال مرتين عن نفس الجريمة؛ حيث إن كل جريمة تتطلب شروطاً مختلفة، كما أضافت المحكمة الفدرالية العليا شرطاً جديداً لم يكن موجوداً من قبل وهو أن تثبت سلطة الاتهام بأن الجريمة

<http://caselaw.findlaw.com/md-court-of-appeals/1348964.html>.

(١٢١)

Illinois v. Vitale, 447 U.S. 410 (1980).

(١٢٢)

الأولى كانت سبباً لقيام الجريمة الثانية، أي أن تثبت بأن القتل الخطأ كان نتيجة قيادة فيتال لسيارته بسرعة فوق المعدل المسموح بها^(١٢٣).

وأخيراً في عام ١٩٩٠ راجعت المحكمة الفدرالية العليا المبدأ مرة أخرى في قضية Grady v. Corbin^(١٢٤) والتي تتشابه تفاصيلها مع قضية فيتال حيث اتُّهم توماس كوربن بارتكاب جريمتين، الجريمة الأولى قيادة سيارته بسرعة كبيرة في الطريق المعاكس وهو في حالة سكر، والجريمة الثانية دهس وقتل اثنين من المشاة عن طريق الخطأ، وقد تمت محاكمة كوربن مرتين في المحاكمة الأولى تمت محاكمته فوراً بعد الحادث عن جريمة قيادته لمركبته عكس الطريق وهو في حالة سكر وحكم عليه بعد تسوية مع سلطة الاتهام بدفع غرامة، إلا أن سلطة الاتهام لم تخبر القاضي في المحاكمة الأولى بحالة الوفاة وحالة الإصابة التي نتجت عن الحادث، وبعد عدة أيام حوكم فيتال عن جريمة القتل الخطأ وتمت إدانته أيضاً عنها بسبب قدرة سلطة الاتهام على إثبات رجونة فيتال حيث كان يقود مركبته عكس الطريق بسرعة ٥٠ ميل على الرغم من هطول الأمطار بغزارة واستحالة الرؤيا مما أدى إلى اصطدام مركبته بمركبة أخرى فنتج عن الحادث إصابة المجني عليهما بإصابة بالغة حيث فارقا الحياة بوقت لاحق في المستشفى، وحكم عليه بالحبس وسحب ترخيص القيادة لمدة ستة أشهر، وقد طعن كوربن على الحكم على اعتبار أن ما قام به من أفعال إنما هي في الأصل جريمة واحدة لذلك لا يجوز محاكمته عن نفس الجريمة مرتين، إلا أن المحكمة الفدرالية العليا حكمت بأن محاكمة كوربن الثانية لم تنتهك حقوقه الدستورية المقررة في التعديل الخامس الذي يقرر عدم جواز محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين، لأن العناصر المطلوبة في جريمة قيادة مركبة في حالة سكر تختلف بشكل كبير عن العناصر المطلوبة في جريمة القتل الخطأ، حيث إن الأخيرة تتطلب تحقق إزهاق روح المجني عليه، بينما تتطلب جريمة قيادة مركبة في حالة سكر أن لا يعي قائد المركبة طبيعة تصرفاته بسبب حالة السكر الذي يعانيتها، كما أضافت يجب على سلطة الاتهام أن تثبت بأن هناك وقائع جوهرية لم تكن موجودة أثناء حدوث المحاكمة الأولى مثل الوقائع التي تحدثت بعد إجراءات المحاكمة الأولى مثل ما حدث مع كوربن حيث توفى

David G. Harlow, The Impact of Expanded Rules for Determining What (١٢٣) Constitutes the Same Offense for Double Jeopardy Purposes: Illinois v. Vitale, Brigham Young University Law Review, Vol. 1980, Issue 4, P. 948 (1980), <https://www.oyez.org/cases/1979/78-1845>.

Grady v. Corbin, 495 U.S. 508, 530 (1990).

(١٢٤)

المجني عليهما بعد المحاكمة الأولى، مما يترتب على هذا الأمر حدوث وقائع جديدة لم تكن موجودة وبالتالي محاكمة المتهم مرة أخرى عن هذه الوقائع الجديدة^(١٢٥).

ثانياً: توجه قانون الجزاء الكويتي في تحديد مفهوم نفس الجريمة

نصت المادة (١٨٤) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: "متى صدر حكم في موضوع الدعوى الجزائية بالبراءة أو بالإدانة بالنسبة إلى متهم معين، فإنه لا يجوز بعد ذلك أن ترفع دعوى جزائية أخرى ضد هذا المتهم عن نفس الأفعال أو الوقائع التي صدر بشأنها الحكم، ولو أعطى لها وصف آخر..." ويبدو جلياً من خلال ألفاظ هذا النص أن قانون الجزاء الكويتي أخذ بوقائع الجريمة بصرف النظر عن تعدد الأوصاف القانونية التي يمكن لسلطة الاتهام إسنادها إلى وقائع الجريمة^(١٢٦).

لذلك يمكن القول بأن المشرع الكويتي كان يهدف من خلال جملة "نفس الأفعال أو الوقائع التي صدر بشأنها الحكم" الواردة في المادة (١٨٤) شمول النص القانوني لجميع الأفعال المتشابهة التي يمكن أن تدخل في مضمون النص، بصرف النظر عن التكييف الذي سوف تلحقه سلطة الاتهام بالواقعة، وبالتالي إقرار قاعدة عدم جواز محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين.

كما أن جملة "نفس الأفعال أو الوقائع التي صدر بشأنها الحكم" الواردة في المادة (١٨٤) يقصد بها المشرع الحالات التي قد تتعدد فيها الجرائم في مقابل تطبيق عقوبة واحدة والتي تشمل:

الحالة الأولى: حالة التعدد المادي ذي الارتباط الذي لا يقبل التجزئة

في هذه الحالة من حالات التعدد تكون كل جريمة مستقلة في شروطها ومكوناتها القانونية عن الجرائم الأخرى، وعلى الرغم من أن الجرائم المرتكبة والواردة في هذا النوع من حالات التعدد تستحق عقوبة منفصلة بحسب تعددها^(١٢٧) إلا أن المشرع اعتمد تطبيق عقوبة الجريمة الأشد وذلك بسبب ارتباطها الشديد الذي لا يقبل

Scott J. Sheldon, Same Offense or Same Conduct: Double Jeopardy's New Course in Grady v. Corbin, Seton Hall Constitutional Law Journal, Vol. 1, Issue 1, P. 7 (1990).

(١٢٦) طعن رقم (٥٠٦ / ٢٠٠٤) (جزائي) ٢٠٠٥/٦/١٤.

(١٢٧) الدكتور مشاري العيفان، تعدد الجرائم وفقاً للمنظور القانوني والقضائي والفقهية، الطبعة الأولى، ٢٠١٦، لا يوجد دار نشر، صفحة ٨٠.

التجزئة^(١٢٨) وبسبب دخولها في نطاق المشروع الإجرامي الواحد بسبب وحدة هدفها^(١٢٩).

الحالة الثانية: حالة التعدد المعنوي للجرائم

تحقق هذه الحالة من حالات التعدد عندما يتم اتهام شخص بارتكابه أكثر من جريمة على الرغم من أنه لم يرتكب إلا فعلاً واحداً^(١٣٠) مثل إذا قام رجل بهتك عرض امرأة في الطريق العام فهذا السلوك يدخل ضمن جريمة هتك العرض المنصوص عليها في المادة (١٩١) من قانون الجزاء، وكذلك جريمة الفعل الفاضح العلني والمنصوص عليها في المادة (١٩٨) من قانون الجزاء.

وفي هذه الحالة من حالات التعدد تطبق على المتهم عقوبة الجريمة الأشد كما هو الحال في حالة التعدد المادي ذي الارتباط الذي لا يقبل التجزئة^(١٣١) حيث تنص الفقرة الأولى من المادة (٨٤) من قانون الجزاء على أنه: "إذا ارتكب شخص جملة جرائم لغرض واحد بحيث ارتبطت بعضها ببعض ارتباطاً لا يقبل التجزئة، وجب ألا يحكم بغير العقوبة المقررة لأشدها. وإذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة، وجب اعتبار الجريمة التي عقوبتها أشد والحكم بهذه العقوبة دون غيرها..."^(١٣٢).

الحالة الثالثة: تعدد الجرائم المفروض وحدة عقوبتها بنص صريح

يقصد بحالة تعدد الجرائم المفروض وحدة عقوبتها بنص صريح تلك الحالة من

(١٢٨) يقصد بالارتباط الذي لا يقبل التجزئة وجود رابطة وثيقة بين هذه الجرائم بحيث يجعلها بمنزلة جريمة واحدة، وهذه العلاقة لها مظاهر قد تتمثل في وحدة مكان أو زمان الجريمة أو وحدة المجني عليه. الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة السادسة، ١٩٨٩، دار النهضة العربية، صفحة ٨٩٢.

(١٢٩) طعن رقم (١٩٩٥/٣٦) (جزائي) جلسة ١٩٩٥/٦/٢٦. (١٣٠) الدكتور رمسيس بنهام، النظرية العامة للقانون الجنائي، الطبعة الثالثة، ١٩٩٧، منشأة المعارف، صفحة ١١٦٧.

(١٣١) الدكتور مشاري العيفان، المرجع السابق، صفحة ١١٧. (١٣٢) إلا أن نص المادة (٨٤) من قانون الجزاء الكويتي يفرض التزاماً إجرائياً على سلطة الاتهام بأن يقوموا بفحص ومراجعة جميع الأفعال التي أتاها مرتكب الجريمة وإحالة جميع الأفعال التي تشكل جريمة والتي تدخل في مفهوم هذا النص سواء كانت هذه الأفعال تدخل ضمن مفهوم التعدد معنوياً أو مفهوم التعدد مادياً ذي الارتباط الذي لا يقبل التجزئة، وفي المقابل يجوز للمحكمة أن تقوم بتصحيح الوصف القانوني للواقعة المعروضة أمامها سواء أكان هذا التصحيح بإضافة وصف أشد أم أخف، كما يمكنها أن تقوم بضم جميع الدعاوى المرفوعة على المتهم حتى وإن كانت أمام أخرى.

الجرائم المتعددة التي قام المشرع بدمجها بنص قانوني واحد وفرض عليها مسمى واحداً وعقوبة واحدة^(١٣٣) مثل جرائم السرقة عن طريق الكسر أو عن طريق استعمال العنف، حيث إنه متى ما أُحيلت على سبيل المثال جريمة سرقة عن طريق استعمال العنف إلى المحكمة وحصل المتهم بارتكابها على حكم سواء بالإدانة أو بالبراءة فلا يجوز رفع دعوى جزائية أخرى عن فعل التعدي البدني الذي حدث أثناء السرقة على المتهم^(١٣٤).

الخاتمة والتوصيات:

تناولنا من خلال هذا البحث مبدأ عدم جواز محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين (الخطر المزدوج) والذي يوفر للمتهم ضماناً حقيقية ضد تعسف سلطة الاتهام عن طريق تكرار محاكمة المتهم مرة تلو الأخرى حتى تحصل على حكم بإدانته أو أن تحصل على أكثر من عقوبة عن نفس الفعل.

وعلى الرغم من قدم المبدأ حيث راجعته المحكمة الأمريكية الفدرالية العليا أول مرة عام ١٩٣٢ من خلال مراجعتها لقضية Blockburger v. United States إلا أنها لم تستقر على معيار واضح لتحديد مسألة متى تعتبر الأفعال التي يرتكبها المتهم في الجريمة الثانية من نفس الأفعال التي ارتكبها في الجريمة الأولى، حيث وضعت أولاً معيار تماثل الشروط التي يتطلبها القانون في كل من الجريمة الأولى والثانية لمنع سلطة الاتهام من محاكمة المتهم عن نفس الجريمة مرتين، ومن ثم توسعت في المعيار في قضية Ashe v. Swenson^(١٣٥) لتقرر بأنه حتى مع تماثل الشروط التي يتطلبها القانون في كل من الجريمة الأولى والثانية لا يجوز لسلطة الاتهام تكرار محاكمة المتهم إذا اختلفت صفة المجني عليه في المحاكمتين، وفي قضية Brown v. Ohio^(١٣٦) أضافت المحكمة العليا استثناء على معيارها في قضية Blockburger حيث قررت بأنه حتى إذا اختلفت شروط الجريمة الأولى عن الجريمة الثانية فإنه لا يجوز محاكمة المتهم عن نفس الجريمة إذا كانت المحاكمة الثانية تتطلب مناقشة وقائع جوهرية تمت مناقشتها والبت فيها في المحاكمة الأولى وذلك في الحالات التي تدخل فيها الجريمة الأولى ضمن النطاق القانوني للجريمة الثانية باعتبارها الجريمة الأخف

(١٣٣) الدكتور مشاري العيفان، المرجع السابق، صفحة ١٨٣.

(١٣٤) الدكتور فيصل عبدالله الكندري والدكتور غنام محمد غنام، شرح قانون الجزاء الكويتي، القسم الخاص، الطبعة الأولى (٢٠٠٦)، صفحة ٢٠٠.

(١٣٥) Ashe v. Swenson, 397 U.S. 436 (1970).

(١٣٦) Brown v. Ohio, 432 U.S. 161, 166 (1977).

من حيث العقوبة وفي قضية Harris v. State^(١٣٧) خرجت عن معيارها في قضية Blockburger لتقرر بأنه يتطلب على سلطة الاتهام لكي تمنع تمسك المتهم بمبدأ عدم جواز محاكمته مرتين أن تثبت بأن عملية السطو قد تمت بواسطة سلاح أثناء محاكمة المتهم عن جريمة القتل وذلك لإثبات نية القتل أثناء عملية السطو، وأن سلطة الاتهام يجب عليها أن تقدم المتهم للمحاكمة عن الجريمة الأشد أولاً ومن ثم تقدمتها للمحاكمة عن الجريمة الأقل شدة إذا اختلفت العناصر في الجريمتين وهو ما حدث في هذه القضية، ومن ثم عادت المحكمة العليا لمعيارها في قضية Blockburger مرة أخرى من خلال مراجعتها لقضية Illinois v. Vitale^(١٣٨) حيث حكمت بأن العناصر المطلوبة لقيام الجريمتين مختلفة حيث يتطلب قيام الجريمة الأولى تحقق إزهاق روح المجني عليه بينما يتطلب قيام الجريمة الثانية فشل الجاني في تقليل سرعة مركبته؛ لذلك لم تخطئ محكمة الولاية عندما حاكمت فيتال مرتين عن نفس الجريمة حيث إن كل جريمة تتطلب شروطاً مختلفة، كما أضافت المحكمة الفدرالية العليا شرطاً جديداً لم يكن موجوداً من قبل وهو أن تثبت سلطة الاتهام أن الجريمة الأولى كانت سبباً لقيام الجريمة الثانية أي أن تثبت بأن القتل الخطأ كان نتيجة قيادة فيتال لسيارته بسرعة فوق المعدل المسموح به.

حيث كان يجب على المحكمة العليا أن تضع معياراً واضحاً وثابتاً لتحديد مسألة متى تعتبر الأفعال التي يرتكبها المتهم في الجريمة الثانية من نفس الأفعال التي ارتكبها في الجريمة الأولى خصوصاً وأنها كانت حريصة على هذا الأمر في مبادئ دستورية يعتبرها البعض أقل أهمية وأكثر حداثة من مبدأ عدم جواز محاكمة الشخص عن نفس الجريمة مرتين.

إلا أنه على الرغم من عدم وجود معيار واضح لتحديد مسألة متى تعتبر الأفعال التي يرتكبها المتهم في الجريمة الثانية من نفس الأفعال التي ارتكبها في الجريمة الأولى إلا أن المحكمة الفدرالية العليا وضعت شروطاً مهمة يمكن من خلال تطبيقها ضمان عدم ازدواجية محاكمة المتهم عن نفس الجريمة، حيث اشترطت وحدة سلطة الاتهام في المحاكمة الأولى والثانية لإمكانية تمسك المتهم بعدم جواز محاكمته عن نفس الجريمة مرتين، كما اشترطت بأن يكون الحكم فاصلاً في موضوع الدعوى سواء بالإدانة أو بالبراءة.

Harris v. State, 555 P.2d 76, 80-81 (Okla. Crim. App. 1976).

(١٣٧)

Illinois v. Vitale, 447 U.S. 410 (1980).

(١٣٨)

أما بخصوص مبدأ الحصانة المزدوجة والتي تعتبر استثناء على المبدأ حيث تجيز للولاية محاكمة المتهم مرة أخرى عن نفس الجريمة بعد محاكمة الحكومة الفدرالية للمتهم، كما تجيز للحكومة الفدرالية محاكمة المتهم مرة أخرى عن نفس الجريمة بعد محاكمة الولاية فإنه يفرغ المبدأ من محتواه، حيث إن الواقع في الولايات المتحدة الأمريكية فيه تداخل إذ تتشابه المصالح بين كل من الولاية والحكومة الفدرالية فلا يوجد ما يبرر تطبيق مبدأ الحصانة المزدوجة لحماية مصلحة الحكومة الفدرالية وحكومة الولاية؛ لذلك يجب على المحكمة الفدرالية العليا إلغاء مبدأ الحصانة المزدوجة.

أما بالنسبة للمشرع الكويتي فقد نص على مبدأ عدم جواز محاكمة الشخص عن نفس الفعل مرتين في قانون الإجراءات الجزائية وليس الدستور الكويتي على خلاف غالبية دول العالم بسبب أهمية المبدأ لتحقيق العدالة الجزائية حيث يمكن بسهولة تغيير القانون في الكويت على خلاف الدستور؛ لذلك كان يفترض بالمشرع الكويتي أن يفعل كما فعل المشرع في الولايات المتحدة بالنص على المبدأ في الدستور الأمريكي.

أما فيما يتعلق بتعدد الأوصاف القانونية وتعدد المحاكمات الجنائية فقد أخذت محكمة التمييز الكويتية بالمعيار القانوني للفرقة بين الأفعال التي يرتكبها الجاني وهل تعتبر جريمة واحدة حتى وإن تعددت الأفعال والأوصاف القانونية أم تعتبر أكثر من جريمة ومن ثم يمكن محاكمة الجاني أكثر من مرة عن هذه الأفعال، حيث تتولى المحكمة دراسة النصوص القانونية وما تحتويها من عناصر وشروط بكل جريمة على حدة، إذ يعد السلوك الذي يأتيه الجاني جريمة واحدة حتى وإن تعددت أفعاله وفقاً لهذا المعيار إذا تطابقت أو تماثلت الشروط التي يتطلبها القانون لقيام كل جريمة.

ومن ناحية أخرى فإن هناك غموضاً واضحاً في المعنى المراد من عبارة "نفس الأفعال والوقائع" الواردة في الفقرة الثانية من المادة (١٨٤) والتي تنص على أنه "... فإنه لا يجوز بعد ذلك أن ترفع دعوى جزائية أخرى ضد هذا المتهم عن نفس الأفعال أو الوقائع التي صدر بشأنها الحكم..." حيث يجب على المشرع الكويتي أن يفسر المعنى المراد بعبارة "نفس الأفعال والوقائع" الواردة في نص المادة (١٨٤) من قانون الإجراءات الجزائية.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية:

- ١ - الدكتور رمسيس بنهام، النظرية العامة للقانون الجنائي، الطبعة الثالثة، ١٩٩٧، منشأة المعارف.
- ٢ - عبدالوهاب حومد، الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتي، الطبعة الخامسة، (١٩٩٥).
- ٣ - الدكتور غازي العنزي، الرقابة البرلمانية في دساتير دول مجلس التعاون الخليجي، رسالة كتوراة، (٢٠١٢).
- ٤ - الدكتور فاضل نصرالله والدكتور أحمد السماك، شرح قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، الطبعة الأولى، (٢٠٠٧).
- ٥ - الدكتور فيصل عبدالله الكندري والدكتور غنام محمد غنام، شرح قانون الجزاء الكويتي، القسم الخاص، الطبعة الأولى (٢٠٠٦).
- ٦ - الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة السادسة، ١٩٨٩، دار النهضة العربية.
- ٧ - الدكتور مشاري العيفان، تعدد الجرائم وفقاً للمنظور القانوني والقضائي والفقهي، الطبعة الأولى، (٢٠١٦)، لا يوجد دار نشر.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

١- قضايا المحكمة الفدرالية العليا

- 1 - Blockburger v. United States, 284 U.S. 299 (1932).
- 2 - Gori v. United States, 367 U.S. 364 (1961).
- 3 - United States v. Dinitz, 424 U.S. 600, 96 S. Ct. 1075, 47 L. Ed. 2d 267 (1976).
- 4 - United States v. Halper, 490 U.S. 435 (1989).
- 5 - United States v. Jenkins 420 U.S. 358 (1975).
- 6 - United States v. Jorn, 400 U.S. 470, 91 S. Ct. 547, 27 L. Ed. 2d 543, 71-1 U.S. Tax Cas. (CCH) P 9172, 27 A.F.T.R.2d 71-552 (1971).
- 7 - United States v. Lasater, F.2d 1041, 1047, (8th Cir. 1976).
- 8 - United States v. Lanza, 260 U.S. 377 (1922).

- 9 - United States v. Mechanic, 454 F.2d 849, 856 n.5 (8th Cir. 1971)
- 10 - United States v. Scott 437 U.S. 82 (1978).
- 11 - Rex Trailer Co. v. United States, 350 U.S. 148 (1956).
- 12 - Serfass v. United States, 420 U.S. 377, 388 (1975)

٢ - الأبحاث والكتب الأجنبية

- 1 - Akhil Reed Amar and Jonathan L. Marcus, Double Jeopardy Law after Rodney King, Columbia Law Review, Vol. 95, Issue, P. 10 (1995).
- 2 - Ann. Rev., Double Jeopardy, Annual Review of Criminal Procedure, Vol. 7, P. 453-468, (1977).
- 3 - Arthur T. von Mehren and Peter L. Murray, Law in the United States, P. 103, (2007).
- 4 - Carissa Byrne Hessick and F. Andrew Hessick, Double Jeopardy as a Limit on Punishment, 97 Cornell L. Rev. P. 45 (2012).
- 5 - Clifton Walker Homesley, The Dual Sovereignty Doctrine Extended to Successive State Prosecutions - Heath v. Alabama, Campbell Law Review, Vol. 8, Issue 2, P. 361 (1986).
- 6 - David Bryan Owsley, Accepting the Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy: A Hard Case Study, Washington University Law Review volume 81 issue 3 (2003).
- 7 - David G. Harlow, The Impact of Expanded Rules for Determining What Constitutes the Same Offense for Double Jeopardy Purposes: Illinois v. Vitale, Brigham Young University Law Review, Vol. 1980, Issue 4, P. 948 (1980).
- 8 - Garlicki Lech, Constitutional Courts versus Supreme Courts, International Journal of Constitutional Law, Vol. 5, Issue 1 (January 2007), P. 44.
- 9 - George C. Thomas III, A Blameworthy Act Approach to the

- Double Jeopardy Same Offense Problem, 83 Cal. L. Rev. 1027(1995).
- 10 - George C. Thomas III, A Unified Theory of Multiple Punishment, University of Pittsburgh Law Review, Vol. 47, Issue 1, P. 3, (1985).
 - 11 - George C. Thomas III, Double Jeopardy The History, The Law, P. 7 (1998).
 - 12 - Gerald F. Uelman, Ethics, Media, and the O.J. Trial, International Society of Barristers Quarterly, Vol. 30, Issue 4, P. 395 (1995).
 - 13 - Gerald F. Uelmen, Jury-Bashing and the O.J. Simpson Verdict, Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 20, Issue 2, P. 475 (1997).
 - 14 - Gerard R. Stowers, Jury Selection, West Virginia Lawyer, Vol. 1, Issue 2, P. 6, (1988)
 - 15 - J. A. C. GRANT, The Lanza Rule of Successive Prosecutions, Columbia Law Review, Vol. 32, Issue 8, P. 1309 (1932).
 - 16 - J. P. Nunnelley, When a Trial by Jury, Alabama Lawyer, Vol. 22, Issue 2, P. 180 (1961),
 - 17 - Jahncke, Elizabeth S. "United States v. Halper, Punitive Civil Fines, and the Double Jeopardy and Excessive Fines Clauses." NYUL Rev. 66, P.112, (1991).
 - 18 - Janet E. Findlater, Retrial After a Hung Jury: The Double Jeopardy Problem,129 U. Pa. L. Rev. 701 (1980).
 - 19 - John Hildy, Fifth Amendment-Double Jeopardy, Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 68, Issue 4, P. 555 (1977).
 - 20 - John Tyson C. III, Double Jeopardy and Collateral Estoppel, Alabama Lawyer, Vol. 37, Issue 2 (April 1976), P. 208-220.
 - 21 - Jordan M. Barry, Prosecuting the Exonerated: Actual Innocence and the Double Jeopardy Clause Stanford Law Review, Vol. 64, Issue 3, P. 535 (2012).

- 22 - Joshua Dressler, Alan C. Michaels, Understanding Criminal Procedure Volume Two, Adjudication Fourth Edition, P.302 (2014).
- 23 - Judith Dancoff, Jury Molders, Los Angeles Lawyer, Vol. 4, Issue 7, P. 18, (1981).
- 24 - Kirstin Pace, Fifth Amendment -The Adoption of the Same Elements Test: The Supreme Court's Failure to Adequately Protect Defendants from Double Jeopardy, Volume 84 Issue 4, P. 769, (1994).
- 25 - Michael Chesterman, OJ and the Dingo: How Media Publicity Relating to Criminal Cases Tried by Jury Is Dealt with in Australia and America, American Journal of Comparative Law, Vol. 45, Issue 1, P. 109 (1997).
- 26 - Paul James, Grand Jury System, Journal of the State Bar of California, Vol. 39, Issue 2, P. 255 (1964).
- 27 - Robert Ruyle Edmiston, Ashe v. Swenson: A New Look at Double Jeopardy, Tulsa Law Journal, Vol. 7, Issue 1, P. 68 (1971).
- 28 - Schmolck, Heike, E. A. Buffalo, and Larry R. Squire, "Memory distortions develop over time: Recollections of the OJ Simpson trial verdict after 15 and 32 months.", P. 39 (2000).
- 29 - Scott J. Sheldon, Same Offense or Same Conduct: Double Jeopardy's New Course in Grady v. Corbin, Seton Hall Constitutional Law Journal, Vol. 1, Issue 1, P. 7 (1990).
- 30 - Wayne J. Pitts, David Giacomassi, K. B. Turner, The Legacy of the O.J. Simpson Trial, Loyola Journal of Public Interest Law, Vol. 10, Issue 2, P. 199 (2009).
- 31 - William Burnham, Introduction to the Law and Legal System of the United States, P. 308, (1995).
- 32 - Saba Khan, A Defendant's Fifth Amendment Right and Double Jeopardy in Contempt Cases, Touro Law Review, Vol. 32, Issue 4, P. 833 (2016).

الالتزام التفاوض بحسن نية في ضوء تعديلات القانون الفرنسي أكتوبر ٢٠١٦م بالمقارنة بالقانون الكويتي

الدكتور/ ظفر محمد الهاجري

أستاذ مساعد

أكاديمية سعد العبدالله للعلوم الأمنية

ملخص:

الالتزام بحسن النية هو مبدأ أخلاقي رفيع، وهو يعني الاستقامة والنزاهة والتعامل بشرف. في مجال العقود ينبغي أن يلتزم الأطراف المتفاوضة بحسن النية، ولا يعتمد أحدهما تضليل الآخر أو إخفاء أي معلومة ما دامت جوهرية ومهمة للعقد محل التفاوض. لذلك فإن البحث سوف يبحث مدى كفاية القواعد القانونية الوطنية في حماية المتفاوض بحسن نية، وهل يلزم تدخل تشريعي لتنظيم هذا الالتزام بقواعد قانونية أمره على غرار التشريع الفرنسي، أم أنه يكفي ما ورد في القانون المدني الكويتي. هذا يستلزم تحليل ودراسة الالتزام بحسن النية في التفاوض في كل من التشريع الكويتي، ونظيره الفرنسي وبعض التشريعات المقارنة، للوقوف على موقف المشرع الكويتي وتقييمه في ظل هذه التعديلات. هذا البحث سوف يتناول طبيعة التزام التفاوض العقدي بحسن نية في القانون المقارن. ثم يفحص مدى الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض العقدي. أخيراً سوف نناقش الآثار المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية في التفاوض.

مقدمة :

الحمد لله رب العالمين وصلاةً وسلاماً على سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين، ورحمة الله للعالمين، وعلى آل بيته الطيبين الطاهرين أما بعد:

الالتزام بحسن النية يعني عموماً الاستقامة والنزاهة والتعامل بشرف^(١)، وهو مبدأ أخلاقي رفيع، وفي مجال العقود هو كل فعل أو امتناع عن فعل من شأنه أن يؤدي إلى عدم تكوين العقد أو تنفيذه، وفي مرحلة المفاوضات العقدية يقصد منه الابتعاد عن كافة ما من شأنه تعطيل المفاوضات، أو التأثير في نزاهتها، ولم يتعرض

(١) في ذات المعنى انظر: د. عبد المنعم موسى إبراهيم - حسن النية في العقود - بدون دار نشر - ٢٠٠٦ - ص ٣ وما بعدها.

المشرع، سواء الكويتي أو الفرنسي أو الإنجليزي^(٢) لتعريف المقصود بحسن النية، بينما يعرفه جانب من الفقه بأنه التعامل بصدق واستقامة بصورة تبقي الحق ضمن الغرض من التفاوض بدون الإضرار بالطرف الآخر^(٣).

فكون الطرفين المتفاوضين يلتزمان بحسن النية يعني أن كليهما سيلتزم بما ينبثق عن حسن النية من التزامات، ولا يعتمد أحدهما تضليل الآخر، أو إخفاء أي معلومة أو بيانات ما دامت جوهرية ومهمة للعقد محل التفاوض، كما يقتضي حسن النية الحفاظ على سرية المعلومات التي يكشف عنها أثناء مرحلة التفاوض، فالمفاوضات تعتبر ساحة للتعامل بأمانة وثقة، وليس للتعامل بالكذب والخداع والتضليل، من هنا يمكن القول أن الالتزام بحسن النية في مرحلة التفاوض العقدي يصنع نوعاً من التوازن بين طرفي العقد من خلال تمكين الأطراف من الوقوف على المعلومات المطلوبة والالتزام بالحفاظ عليها، وكذلك ضمان الشفافية في إطار التفاوض، ونشوء المسؤولية في حالة الإخلال بما يقتضيه حسن النية^(٤).

والمفاوضات تتمثل فيما يعرضه الطرفان من وجهات النظر حول ماینویان التعاقد عليه فلا يصل الإيجاب والقبول فيها إلى المرحلة النهائية الباتة إلا بعد أخذ ورد بين الطرفين^(٥). فلا يعتبر عقداً، و ما يتم فيها لا يكفي لإبرام العقد، وهذا ما يميزها عن العقد الابتدائي الذي يعتبر عقداً تاماً يحتوي على بنود تعتبر جزءاً من العقد

(٢) Laurent Vandomme, "Negotiating international contracts", (2003), International Business Law Journal, 489; LA BONNE FOI: NOTION PROTÉIFORME - par Brigitte LEFEBVRE- La bonne foi: notion protéiforme (1996) 26 R.D.U.S. - p. 323.

(٣) د عبد الحليم عبد اللطيف - مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات القانونية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - ١٩٩٧م - ص ١٨٧.

M.G. Bridge, 'Does Anglo-Canadian Law Need a Doctrine of Good Faith?' (1984) 9 Canadian Journal of Business Law 385, 412-413; R. Brownswood, 'Good Faith in Contracts Revisited' [1997] CLP 111; Pedro Barasnevičius Quagliato, "The duty to negotiate in good faith", (2008), International Journal of Law & Management, 214.

(٤) د. وائل حمدي أحمد - حسن النية في البيوع الدولية - دراسة تحليلية مقارنة في الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة - دار النهضة العربية - ٢٠١٠م - ص ٣٦٦.

(٥) د. عبد الرزاق السنهوري- شرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزامات - نظرية العقد- الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة - منشورات الحلبي الحقوقية، - بيروت، لبنان- ١٩٩٨ - ص ٢٨٣.

النهائي^(٦). فالعقد يتكون بمجرد توافر أركانه والتي من بينها القصد المشترك للمتعاقد والذي يتكون من إيجاب يصادفه قبولاً.

كما توضح المفاوضات التزامات كل طرف، وتزيل الغموض المحتمل، إلى جانب أنها تسمح بالاطلاع، وتتيح الاستعانة بأصحاب الخبرة، أو حتى التجربة، وهو ما لن يكون إلا في مرحلة المفاوضات^(٧).

وهنا تكمن أهميتها الكبيرة بمساهمتها في معرفة حقيقة الوضع، ومدى استعداد كل طرف لإبرام العقد، حيث تقوم بدور وقائي يتمثل في عدم إبرام عقد ينشأ عنه نزاعات مستقبلية^(٨).

ولما كان التفاوض بحسن نية التزاماً على عاتق طرفي التفاوض، بذلك يكون له دائر ومدين ومصدر هو إرادة المتعاقدين، إلا أن هذه الإرادة لا تفرض على الطرفين التفاوض بحسن نية طبقاً للتشريع الكويتي، وأغلب التشريعات المقارنة كالمصري أو الإنجليزي^(٩).

أما القانون الفرنسي، فقد فطن إلى أهمية هذا الالتزام، وتناول تنظيمه بقواعد أمرة في تعديلات أكتوبر ٢٠١٦م، من خلال المادة (١١٠٤) مدني فرنسي، فأصبح التزاماً على عاتق طرفي التفاوض من بداية المفاوضات وحتى تنفيذ كافة مراحل العقد، ثم نظمت المادة (١١١٢) المفاوضات العقدية، والمسؤولية الناشئة عنها، والالتزام بالإعلام وحدوده وعبء إثبات القيام به، وجزاء الإخلال به.

والواقع أن الالتزام بحسن النية لا يرتبط بنجاح أو فشل المفاوضات والعدول عن التعاقد، ففي كل الأحوال سواء انتهت المفاوضات بالنجاح أو الفشل، ونحن نرى بالتسوية بين الحالتين في تقرير المسؤولية عن التفاوض بحسن نية، وهو ما تبناه المشرع الفرنسي صراحة بتقرير المسؤولية عن إفشاء الأسرار التي تم الاطلاع عليها بناء على الالتزام بالإعلام.

(٦) د. برهام محمد عطا الله - أساسيات نظرية الالتزام في القانونين المصري واللبناني - الدار الجامعية - بيروت - ١٩٩٢ م - ص ٨.

(٧) د. محمد حسين منصور- النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام- الدار الجامعية الجديدة للنشر، بيروت، ٢٠٠٠، ص ٥٣.

(٨) انظر: د. جابر عبد الهادي سالم، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية - ٢٠٠١ م - ص ٣.

(٩) جدير بالذكر أن الالتزام بحسن النية ليس فقط على النطاق الوطني بل نجد بعض الاتفاقيات الدولية تشير إلى ضرورة الالتزام بحسن النية في مرحلة التفاوض العقدي، مثال ذلك نص المادة (١٠٢/٧) من اتفاقية فينا للبيع الدولي لسنة ١٩٨٠م.

وعلى العموم فإن مبدأ حسن النية يمثل حلقة يمتزج فيها الالتزام القانوني بالأخلاق والشرف في التعامل، ولا يخفى أن فكرة الأخلاق مرنة تختلف باختلاف المكان والزمان، وطبيعة العقد وموضوعه، وتتأثر بشكل كبير بالثقافة المجتمعية المحيطة، وما إلى ذلك من ظروف لا نهائية يلزم معها وضع قاعدة عامة تقضي بالالتزام بحسن نية في كافة مراحل التعاقد سواء في مرحلة التنفيذ أو مرحلة المفاوضات ما قبل العقد.

مشكلة البحث :

تثور مشكلة البحث حول تحديد مدى كفاية القواعد القانونية الوطنية في حماية المتفاوض حسن النية، وهل يلزم تدخل تشريعي لتنظيم هذا الالتزام بقواعد قانونية أمرة على غرار التشريع الفرنسي، أم أنه يكفي ما ورد في القانون المدني الكويتي؟. وهو الأمر الذي دفعنا إلى تحليل ودراسة الالتزام بحسن النية في التفاوض في كل من التشريع الكويتي، ونظيره الفرنسي وبعض التشريعات المقارنة، للوقوف على موقف المشرع الكويتي وتقييمه في ظل هذه التعديلات.

خطة البحث :

ينقسم البحث إلى مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة تشمل على أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول : طبيعة التزام التفاوض العقدي بحسن نية في القانون المقارن.

المبحث الثاني : الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض العقدي

المبحث الثالث : الآثار المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية في التفاوض

المبحث الأول

طبيعة التزام التفاوض العقدي بحسن نية في القانون المقارن

عرض وتقسيم:

الالتزام بحسن النية مبدأ أخلاقي في الأساس، ووسيلة لاحترام تطبيق القواعد القانونية^(١٠)، ويشمل جميع العقود في مرحلة التفاوض، ولا يقتصر على أنواع محددة منها، فطالما هناك مفاوضات يفترض التزم الأطراف بمبادئ حسن النية في هذه المرحلة.

ولا تتخذ التشريعات المقارنة موقفاً موحداً تجاه طبيعة الالتزام بالتفاوض العقدي بحسن نية، وهو الأمر الذي أدى إلى اختلاف الطبيعة القانونية لهذا الالتزام، فهناك تشريعات لا تعتبر الالتزام بحسن النية في مرحلة المفاوضات التزاماً قانونياً، ومنها التشريع الكويتي والألماني والإنجليزي، ولعل القانون الإنجليزي كان أكثر القوانين المناهضة لاعتبار حسن النية التزاماً قانونياً عموماً، وبشكل خاص في مرحلة التفاوض، كما تعتبره بعض التشريعات الأخرى التزاماً قانونياً، كما هو الشأن في التشريع الفرنسي بعد تعديلات أكتوبر ٢٠١٦م، ويمكن سبب ذلك في اختلاف الأيديولوجية والثقافة القانونية لكل مجتمع مخاطب بالقواعد القانونية التي يصدرها المشرع.

جدير بالذكر أنه على الرغم من ذلك فإن التزام حسن النية يعتبر التزاماً قانونياً في مرحلة تنفيذ العقد، وهو ما تتبناه أغلب التشريعات على غرار المادة (١٩٧) من القانون المدني الكويتي^(١١)، إلا أن الأمر يختلف في المرحلة السابقة للتعاقد " مرحلة التفاوض " وهذا ما نتناوله من خلال عرض مواقف بعض التشريعات المقارنة في تعاطيها لهذا الالتزام، وعلى ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

(١٠) في ذات المعنى انظر: د. حسام الدين كامل الأهواني - المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - جامعة القاهرة - العدد الثاني - السنة ٣٨ - ص ١٢.

(١١) يقابلها المادة (١٢٩) من التقنين المدني البحريني، والمادة (٢٢١) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والمادة (٢٤٣) من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، والفقرة الأولى من المادة (١٤٨) من القانون المدني المصري، والفقرة الأولى من المادة (١٤٩) من القانون المدني السوري.

المطلب الأول التفاوض العقدي بحسن نية ليس التزاماً قانونياً. وفي المطلب الثاني سوف نتناول التفاوض بحسن نية التزام قانوني.

المطلب الأول

التفاوض العقدي بحسن نية ليس التزاماً قانونياً

التشريع الإنجليزي كمثال يأتي على رأس التشريعات التي لا تعتبر الالتزام بالتفاوض العقدي بحسن نية التزاماً قانونياً^(١٢)، حيث لا يأخذ مبدأ حسن النية في هذه المرحلة مكاناً هاماً باعتباره أمراً يتعلق بالنوايا ويخرج عن نطاق التصرفات، فالأصل العام هو حرية الأطراف في الدخول للمفاوضات بهدف إبرام العقد^(١٣)، فلا تترتب في ذمة الأطراف أية مسؤولية بسبب قطع المفاوضات أو عدم متابعتها إلى غاية الوصول إلى اتفاق^(١٤).

وتتخذ المحاكم^(١٥) الإنجليزية في سبيل تفسير العقود التفسير الحرفي بدون الرجوع إلى نية المتعاقدين المشتركة، بافتراض أن المتعاقدين لديهم الدراية الكاملة بالمخاطر التي قد تنجم عن المفاوضات العقدية، فكل طرف عليه حماية مصالحه، وكذلك الانسحاب أثناء المفاوضات دون مسؤولية عليه^(١٦).

فالمبدأ العام في القانون الإنجليزي هو عدم التقيد بحسن النية^(١٧) في

(١٢) Guy Robin, "The principle of good faith in international contracts", (2005) International Business Law Journal, I.B.L.J. 700.

(١٣) Reshma Korde, "Good faith and freedom of contract", (2000) UCL Jurisprudence Review, 143; Jean pierre Scarano, dictionnaire de droit des obligations, 2 e" édition, ellipses, France, 1999, P1 11.

(١٤) Christian Atias, contrats et conventions (tome 8), dalloz, Pris, 1998, P18. Lauren Vandomme, "Negotiating international contracts", (2003) International Business Law Journal, 497, 498.

(١٥) Pedro Barasnevicus Quagliato, "The duty to negotiate in good faith", (2008) International Journal of Law & Management, 217.

تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن محكمة النقض المصرية قضت في حكم لها ١٩٦٧م بأن المفاوضات ليست إلا أعمالاً مادية لا تنشأ عنها المسؤولية مالم تقترن بخطأ تقصيري. أشار لهذا الحكم د، عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ص ١٧٢.

(١٦) Stapleton j. Good Faith in Private Law, 1999 p 26. Pedro Barasnevicus Quagliato, "The duty to negotiate in good faith", (2008) International Journal of Law & Management, 217.

(١٧) Walford V. Miles - IE. G.L.R. - 1990 - P.212. Lauren Vandomme, "Negotiating international contracts", (2003) International Business Law Journal 489.

المفاوضات باعتبارها فكرة غامضة تسمح بتبعات غير مقبولة، ومع ذلك يجب الالتزام بهذا المبدأ في بعض العقود، والتي تفرض بطبيعتها اتباع حسن النية كعقود الوكالة وعقود التأمين، وهو ما أقرته بعض المحاكم الإنجليزية بالاستدلال عليه بالنسبة لبعض العقود^(١٨)، ولا يعترف القانون الإنجليزي بواجب حسن النية الضمني في العقود، فليس هناك ما يدعو إلى إدخال واجب ضمني عام بحسن النية في العقود في القانون الإنجليزي تأسيساً على أن القضاء الإنجليزي يحترم التوقعات المعقولة لأطراف العقد، وهو ما يتماشى تماماً مع مبادئ القانون الإنجليزي^(١٩).

جدير بالذكر أن الموقف التشريعي الإنجليزي تجاه مبدأ حسن النية في العقود ليس صلباً لدرجة عدم إقراره نهائياً، فالمجموعة الاقتصادية الأوروبية أصدرت في توجيهها بالتنسيق بين قوانين الدول الأعضاء في سنة ١٩٨٦ م توجيهاً بالاعتداد بحسن النية في الأداء فيما يخص عمل الوكلاء التجاريين، وهو ما تم اعتماده في إنجلترا في سنة ١٩٩٣ م، وهذا القول يوضح عدم تجمد الموقف التشريعي الإنجليزي من التزام حسن النية.

أما التشريع الألماني^(٢٠) فإن أساس مبدأ حسن النية في العقود أشير إليه في القانون المدني بخصوص مرحلة التنفيذ فقط، وذلك في المادة (٢٤٢)، والتي نصت على أن يقع على المدين واجب تنفيذ العقد بحسن نية، إلا أن السوابق القضائية تؤيد اتجاه التوسعة في تطبيق حسن النية في العقود، وعدم الاقتصار على التفسير الحرفي للعقود، من ذلك موقف محكمة الاستئناف الألمانية في ٢٢ أكتوبر ١٩٩٥ م، كذلك أيضاً يتبنى القانون المدني السويسري^(٢١) مبدأ مماثل لنظيره الألماني في القانون المدني الصادر في ١٩٠٧ م. هذه التوسعة في تحديد نطاق تطبيق حسن النية يدعمها

(١٨) Bentsen v Taylor, Sons and Co (1893) 2 QB 274 at 281; Reshma Korde, "Good faith and freedom of contract", (2000) UCL Jurisprudence Review 152.

(١٩) Hadley Design Association v. Lord Mayo and Citizens of the City of Westminster (2003) EWHC 1817 (tcc). Steyn L.J., Contract Law, Fulfilling the Reasonable Expectation of Honest Men (1997) 113 LQRAT.

(٢٠) Kelda Groves, "The doctrine of good faith in four legal systems", (1999) Construction Law Journal, 286.

(٢١) Guy Robin, "The principle of good faith in international contracts", (2005) International Business Law Journal, 699.

جانب كبير من الفقه^(٢٢)، مما يجعل التزام حسن النية يمتد ليشمل مراحل المفاوضات.

أما التشريع الكويتي، فقد تناول التزام حسن النية بشكل صريح في عدة مواضع متفرقة من أهمها المادة (١٩٧)، والتي نصت على أن "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما يتضمنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل".

يتضح من ذلك أن القانون المدني الكويتي^(٢٣) لم يشر إلى التزام حسن النية في مرحلة المفاوضات، وهو الأمر الذي يثير التساؤل حول طبيعة الالتزام بحسن النية في هذه المرحلة، هل هو التزام بتحقيق غاية أم أنه التزام ببذل عناية؟ إلا أن الثابت أن مبدأ حرية التعاقد المنبثق من مبدأ سلطان الإرادة يتيح للشخص حرية قبول أو رفض التعاقد إلا أن الخروج عن مسلك الرجل العادي في مرحلة التفاوض أو قطعها دون إبداء سبب مشروع يعتبر خطأً تقصيرياً.

تبع هذا المسلك عدد لا بأس به من التشريعات المقارنة كالتشريع المصري، والبحريني والإماراتي وغيرها، وكذلك التشريع الفرنسي قبل التعديلات الأخيرة، وأمام هذا الموقف يرى جانب من الفقه أنه من الصعب إثقال عاتق الأطراف المتفاوضة بالتزامات أثناء مرحلة التفاوض، ومن هذه الالتزامات حسن النية، كما أن الالتزام بهذا المبدأ ما هو إلا التزام ببذل عناية^(٢٤)، وأغلب وجهات النظر التي تقرر التزام حسن النية في مرحلة ما قبل التعاقد تجعله على أساس تقصيري بعدم الإضرار بالغير لعدم وجود عقد. بينما يرى جانب من الفقه أنه التزام بتحقيق غاية يلتزم فيه الطرفان باتباع السلوك المألوف، وما جرى عليه العمل في التفاوض^(٢٥)، ونحن من جانبنا نرى بأن مدى الالتزام سواء أكان التزاماً بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية يتوقف على طريقة تناول المشرع للقواعد القانونية المنظمة لهذا الالتزام، إضافة إلى إرادة المتعاقدين في تحديد

(٢٢) د. وائل حمدي أحمد - حسن النية في البيوع الدولية - دار النهضة العربية - ٢٠١٠م - ص - ٢٥٣. أيضاً في ذات المعنى انظر: د. أحمد السعيد الزقرد - أصول قانون التجارة الدولية - مكتب العصرية للنشر والتوزيع - مصر - ٢٠٠٧م - ص ١١٧.

(٢٣) يرتب القانون المصري في هذا الصدد عدداً من الآثار بناء على سوء نية أو حسن نية المتعاقد كالقيود التي تحد من رجوع المشتري بضمان العيوب الخفية مع البائع حسن النية، ورفع هذه القيود في حالة سوء نيته. انظر في هذا الصدد: د. مصطفى عبد الحميد عدوي - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - ١٩٩٢م - ص ٣٤٢، وما بعدها.

(٢٤) انظر في ذلك: د. عبد العزيز المرسي - الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذي الطابع العقدي - دار النهضة العربية - مصر - ٢٠٠٥م - ص ٧٦.

(٢٥) انظر: د. عبد الحليم عبد اللطيف - مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية - دار النهضة العربية - ص ٢٢٠.

مداه، سواء أكان مرده لعقد سابق يتضمن الاتفاق على المفاوضات ليكون التزاماً عقدياً، أو الالتزام العام بعدم الإضرار بالغير على أساس تقصيري.

فلا يمكن في حالة خلو التشريع من نصوص أمرة تقضي بضرورة اتباع حسن النية في مرحلة المفاوضات أو عدم اتباعها القول أن التزام المتفاوض بحسن النية في مرحلة المفاوضات هو التزام بتحقيق غاية أو التزام ببذل عناية.

جدير بالذكر أن المادة (١٩٥) من القانون المدني الكويتي نصت على أن: "لا يقصر العقد على ما يرد فيه من شروط أو يسري عليه من أحكام القانون، وإنما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته، وفقاً لما تجري عليه العادة وما تمليه العدالة، ومع مراعاة طبيعة التعامل، وما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل"، ويعتبر من مستلزمات العقد مرحلة المفاوضات، والتي يلزم لنجاحها اتباع مبادئ حسن النية، وذلك طبقاً لما تمليه قواعد العدالة، وما يقتضيه شرف التعامل، فهل يكفي هذا النص لإسباغ صفة الإلزام على مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات؟

نعتقد أنه لا يمكن القول بذلك أو القول بأن المدين ملتزم بتحقيق غاية، وإنما ينبغي على المشرع الكويتي أن يتناول التزام المتفاوض بحسن النية في مرحلة المفاوضات بصورة صريحة في صلب التشريع على غرار نظيره الفرنسي، وإن كنا نرى ضرورة اعتبار هذا الالتزام التزاماً بتحقيق نتيجة، على أن يحاط بالحماية القانونية اللازمة، ويصاغ في صورة قواعد أمرة، بما يعزز الثقة في المفاوضات وفي جديتها، وحماية كلا طرفيه الدائن والمدين بما يكفل تحقيق التوازن العقدي، فهو التزام ضروري لتسهيل التفاوض وعدم التخوف من التحايل وسوء نية المتعاقد الآخر، سواء فشلت المفاوضات أم نجحت وتم إبرام العقد، إضافة إلى احترام الجانب المعنوي من التزام حسن النية واتباع الأساليب العادلة والشريفة في هذه المرحلة.

المطلب الثاني

التفاوض بحسن نية التزام قانوني (التشريع الفرنسي كمثال)

حسن نية^(٢٦) وهو التزام قانوني حقيقي له طرفان دائن ومدين، وله عناصر

(٢٦) يعرف جانب من الفقه الفرنسي سوء النية بأنه سلوك غير صحيح يتفاوت في درجات عدم

الصدق إلى الخيانة وحتى عدم الاستقامة ويؤدي إلى فقدان ربح أو انتقاص حق:

Raymond Guillien - Jean Vincent, sous la direction de Serge Guinchard; Gabriel Montagnier, Lexique des termes juridiques -15e édition, Dalloz- Paris- 2005., p. 400.

محددة تتمثل في العنصر المادي، وهو مراعاة مقتضيات حسن النية المتمثلة في المصالح المشروعة للطرف الآخر، وعنصر نفسي يتعلق بتوجيه الإرادة إلى مراعاة مصالح الطرف الآخر المشروعة، ونعتقد أن التعديل الذي جاء به المشرع الفرنسي بمقتضى مرسوم ١٠ أكتوبر ٢٠١٦م، هو ترجمة لتغلغل الالتزامات الأخلاقية متمثلة في حسن النية في الالتزامات القانونية واعتبارهما وجهين لعملة واحدة، فلا تثور أي مشكلة بعد ذلك حول مدى اعتبار مبدأ التزام حسن النية التزاماً قانونياً في المراحل السابقة للتعاقد من عدمه من خلال تقرير إلزامية هذا المبدأ ليرقى به إلى جانب القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب باعتبارها مقيدة للحرية في مجال العقود^(٢٧).

فبهذه التعديلات أضحي التزام حسن النية متعلقاً بالنظام العام، لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه أو تحديده بما يخالف القانون، ويلتقي مبدأ حسن النية مع فكرة النظام العام في أن كليهما يقتضي مراعاة جوانب أخلاقية لا يجوز انتهاكها، إلا أن الجزاء يختلف بينهما في أن مخالفة النظام العام يكون جزاؤها البطلان، أما مخالفة حسن النية يكون غالباً التعويض - وليس التنفيذ العيني - كما سنرى لاحقاً، وعلى الرغم من وجهات النظر التي نادت باعتبار التزام حسن النية التزاماً قانونياً في كافة مراحل العقد، وكذلك ما ذهب إليه أحكام القضاء، كان جانب من الفقه ينازع في مدى احتواء فكرة النظام العام لحسن النية كمبدأ قانوني على أساس ما يكتنف كلتا الفكرتين من غموض، والتردد في جعل جزاء مخالفة النظام العام في خدمة مفهوم حسن النية^(٢٨).

وقد واجه مبدأ حسن النية عموماً معارضة من جانب من الفقه على أساس أنه التزام أخلاقي والنصوص القانونية يجب أن تشمل على التزامات قانونية، كما أن هذا المبدأ له آثار سلبية على النشاط الاقتصادي بدون جدوى، إلى جانب توسعته لدور القضاء ليتدخل في أمور تعتبر شأناً خاصاً بالطرفين، إضافة إلى كونه التزاماً مرهقاً يفرض على أحد الأطراف التصرف بما فيه مصلحة الطرف الآخر على حساب مصلحته.

(٢٧) Gilles Pillet, "The Reform of French Contract Law and of the General Rules on Obligations: the Civil Code faces the challenges of the market", (2016) International Business Law Journal 235 238; Peter Rosher, "New developments in the impending reform of French contract law" (2015) International Business Law Journal 481, 482, 483.

(٢٨) د. عبد المنعم موسى إبراهيم - حسن النية في العقود - دراسة مقارنة - منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٦، ص ٩٠.

وفى العموم كانت كافة الانتقادات تتوجه نحو عدم الاعتداد بهذا الالتزام للأسباب التي قد تهدر قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وتمنح القاضي سلطة خطيرة ليزيد في التزامات المتعاقدين، إلى جانب غموض الفكرة وتعلقها بالنوايا والبواطن، بما يمنح سلطة للقاضي ليتدخل في أمور تعتبر شأنها نفسياً خاصاً، ونحن من جانبنا نرى أن حسن النية في الوقت الحاضر والذي أضحت فيه المفاوضات تحتل حيزاً هاماً جداً في مجال العقود، والتي لا يتم الكثير منها بالشكل البسيط أي إيجاب وقبول، بل أصبح الأمر يأخذ وقتاً من المناورة والدراسة، وقد يصل إلى التجربة لمعرفة حقيقة الوضع وما سيؤول إليه الأمر بعد التعاقد النهائي، فأصبح حسن النية واجباً يرقى إلى درجة الالتزام القانوني ليتماشى مع طبيعة المعاملات الراهنة وما يكتنفها من تعقيد.

وبالرجوع إلى موقف الفقه^(٢٩) والقضاء الفرنسيين قبل تعديلات أكتوبر ٢٠١٦م، نلاحظ استقرارهما^(٣٠) على إلزامية مبدأ حسن النية في مراحل المفاوضات والتنفيذ على حد سواء على الرغم من عدم وجود نص صريح على ذلك، وهو ما لقي تأييداً من جانب كبير من الفقه العربي^(٣١)، وعلى الرغم من ذلك لم يكن هناك سبب موحد وعام متفق عليه يبنى عليه التزام المتفاوض بحسن النية في هذه المرحلة، كانت المعارضة على مبدأ حرية المفاوضات هدفها توفير أكبر قدر من الأمن والضمان في مرحلة المفاوضات^(٣٢).

فبينما اعتبر البعض أن السكوت عمداً عن واقعة يعتبر تدليساً، وأن المتفاوض الذي يعتمد كتمان المعلومات سيء النية ومدلس بهذا الكتمان، اعتبر البعض أن ما ورد في أغلب التشريعات من ضرورة مراعاة مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد يتطلب

(٢٩) Schmidt - negociation et conclusion de contyacts - dalloz - paris - 1982-p11.

(٣٠) تجدر الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي قبل استقراره على هذا المبدأ كان ينكر كل قيمة قانونية للمفاوضات السابقة على التعاقد، انظر: حفيظة السيد الحداد - العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - منشورات الحلبي الحقوقية - لبنان - ٢٠٠٣م - ص ١٩٨.

(٣١) انظر: د. وليد صلاح مرسي رمضان - القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية - ص ٢٥٠، د. عبد الحكم فودة - تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن - منشأة المعارف الإسكندرية - ٢٠٠٢م - ص ١٥٦، د. أمين دواس - المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، جامعة الشارقة - المجلد الخامس - العدد الأول - صفر ١٤٢٩ هـ - فبراير ٢٠٠٨ - ص ١٨٨.

(٣٢) Cabinets Fontaneau, les formations des contrats internationaux
<http://www.fontaneau.comlcf739.htm>.

بالضرورة توافر حسن نية في بدايته، أي مرحلة المفاوضات، وغير ذلك من أسباب وتفسيرات ترد إلى وجهات نظر مختلفة، نظراً لخلو التشريعات من نصوص صريحة تقضي بالتزام حسن النية في مرحلة التفاوض.

أما التشريع الفرنسي في المادة ١١٣٤ مدني، والتي تم تعديلها بمقتضى من المرسوم ١٠ فبراير ٢٠١٦م، وإن كان يعطي الأطراف الحرية في التفاوض، وأن الالتزام بحسن النية فقط يكون في مرحلة تنفيذ العقد، على غرار التشريع الكويتي، وغيره من التشريعات التي اتخذت نفس المسلك، قد جعل التزام حسن النية في مرحلة المفاوضات التزاماً قانونياً بنص صريح أمر بمقتضى هذا التعديل^(٣٣).

والواقع أن القضاء كان له دور بالغ الأهمية متمثلاً في موقف محكمة النقض الفرنسية التي أقرت التزام حسن النية كالتزام قانوني في مرحلة المفاوضات، فعلى الرغم من مبدأ الحرية التعاقدية إلا أن هذه الحرية قد تستغل للأضرار بالطرف الآخر حسن النية، وذلك طبقاً لما أقرته الغرفة التجارية لمحكمة النقض في ٢٦ تشرين ٢٠٠٣م^(٣٤)، باعتبار أن حسن النية التزام قانوني.

ومن ثم تم تعديل طبيعة الالتزام القانوني بالتفاوض بحسن النية في المادة ١١٠٤، من مرسوم ١٠ أكتوبر ٢٠١٦م^(٣٥)، والتي نصت على وجوب كون التفاوض على العقد وتنفيذه بحسن نية، وهو ما يوضح أن الالتزام بحسن النية في المفاوضات أصبح واجباً قانونياً بعد هذا التعديل بناء على نصوص صريحة أمرة، وجعله أيضاً مسألة من مسائل النظام العام، لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وهو ما من شأنه تعزيز الأمن القانوني، وضمان استقرار المعاملات خاصة مع ما يكتنف هذه المرحلة من حساسية.

فالمادة (١١٠٤) من القانون الفرنسي المعدلة بموجب مرسوم ١٠ أكتوبر ٢٠١٦م، تلزم المتفاوضين بحسن النية في هذه المرحلة، والتي تبدأ منذ الدعوة إليها وتظل كذلك مادامت لم تنته بفشل أو لم يصدر إيجاب من قبل الطرف الآخر، حيث

(٣٣) Catherine Pédamon, "Freedom of Contract and Contractual Justice: the Foundations of the French Reform of Contract Law", (2016), Company Lawyer 53.

(٣٤) Cour de cassation chambre commerciale Audience publique du 26 novembre 2003 N° de pourvoi: 00-10243 00-10949 Publié au bulletin.

(٣٥) Art. 1104 - Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. «Cette disposition est d'ordre public.

تنتهي بصدوره، ومن ثم الدخول في مرحلة أخرى وهى إبرام العقد^(٣٦)، وحسن النية في هذه المرحلة وغيرها من مراحل العقد له مفهوم متغير حسب كل حالة على حدة، فتختلف مقتضياته في مرحلة التنفيذ عن مرحلة المفاوضات، خاصة إذا كان حسن النية وسوئها يرتبط بالعوامل النفسية للأطراف^(٣٧).

ويترتب على كون التفاوض يتم بحسن نية التزام قانوني نتيجة هامة هي خلق نوع من التوازن بين ما تقتضيه حرية التعاقد في مراحل المفاوضات والتي لا يلتزم الطرفان فيها بالوصول إلى صيغة تعاقد نهائي، وبين دواعي الثقة والاستقرار والجدية المفترضة في عملية التفاوض، فامتداد الالتزام بحسن النية إلى مرحلة المفاوضات إلى جانب مرحلة التنفيذ يكسو المفاوضات بطابع الثقة والجدية، وينأى عن التفاوض المغرض بسوء نية.

ونحن من جانبنا نرى أن المشرع الفرنسي قد أحسن صنعا بالنص على اعتبار الالتزام بالتفاوض بحسن نية التزاماً قانونياً، وهو ما يتماشى مع الواقع المحيط والحركة اللامتناهية للعقود على المستوى الوطني والدولي، وما يحيط بها من ملاسبات وانتشار واسع للمفاوضات في أغلب العقود، والتي قد تشوبها في كثير من الأحيان سوء نية، أو قطع للمفاوضات بدون مبرر، أو حتى البدء فيها بغرض التطفل فقط وليس التعاقد، وهو ما يوجب حماية الطرف حسن النية في هذه المرحلة. وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد واجه مسألة تآكل قواعد الأخلاق التي كانت تغطي منطقة معينة، فمن المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن الروابط القانونية بين الأفراد لا تخضع فقط لقواعد القانون، بل أيضاً يوجد مجال لقواعد الأخلاق. وحيثما تتآكل هذه الأخيرة، فيجب على المشرع التدخل ووضع غطاء تشريعي.

جدير بالذكر أن ما نصت عليه المادة (١١٠٤) من المرسوم الجديد^(٣٨) بضرورة توافر حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد إلى حين تنفيذه^(٣٩)، قد

(٣٦) د. عبد العزيز المرسي حمود - الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض - ص ٩ وما بعدها.

(٣٧) La Bonne foi: notion proteiforme - par Brigitte LEFEBVRE - La bonne foi: notion protéiforme (1996) 26 R.D.U.S. p. 328:350.

(٣٨) JORF n°0035 du 11 février 2016 - Texte n°25 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations NOR: JUSC1522466P.

(٣٩) Art 1104 " Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. "Cette disposition est d'ordre public.

جعلت النطاق الزماني لالتزام حسن النية يبدأ من مرحلة المفاوضات، وحتى تنفيذ العقد، كما يمتد طبقاً لنص المادة لمرحلة ما بعد فشل المفاوضات بإلزام كل طرف بعدم الإفصاح عما وقف عليه من معلومات، كما أن هذا الالتزام يقضي باتباع كل سلوك حسن ينم عن رغبة في التعاقد وعدم التحايل بتقديم عروض زائفة أو اشتراطات صعبة التحقيق بغرض إفشال المفاوضات، وبجعل التزام حسن النية التزاماً قانونياً بتحقيق نتيجة لا يقدح في رفع المسؤولية عنه الدفع ببذل العناية العادية لتجنب وقوع الضرر، فإذا كان الأمر كذلك وجب على كل طرف أن يقدم كافة المعلومات الصحيحة، والتي تمكن كل طرف من تحديد حقيقة موقفه من التعاقد، بحيث إذا لم يتم التعاقد يكون لديه المبرر الكافي وليس مجرد الدخول في مفاوضات بسوء نية والخروج منها بدون مسؤولية.

والخلاصة أن جعل التزام حسن النية التزاماً قانونياً يخدم صحة التراضي في العقد المزمع إبرامه، ويلزم كل طرف بالوضوح في إرادته، فلا يتمكن من سحب الإيجاب أو رفض القبول دون وجه حق أو مبرر مشروع، وإن كان هذا المبدأ هو حرية التعاقد فلا يجوز ذلك بسوء نية، وإلزام الأطراف بالتفاوض بحسن نية ينبثق منه عدد من الالتزامات الأخرى المهمة منها الجدية في التفاوض، والالتزام بالتعاون، والالتزام بعدم قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع، والالتزام بالسرية، وكل هذه الالتزامات متفرعة عن الالتزام الرئيسي وهو التفاوض بحسن نية.

وإثبات حسن النية يكون على الطرف المتضرر، فالأصل في الإنسان حسن النية، ولا يكلف أحد بإثبات الأصل، فحسن النية مفترض، ولمن يدعي بغير ذلك إثبات ما يدعيه بكافة طرق الإثبات.

ولعل أهم التزام يلقي على عاتق الأطراف المتفاوضة هو الالتزام بالإعلام، والذي تناولته المادة (١١٢) من القانون الفرنسي بعد التعديل، وهو ما نتناوله من خلال المبحث التالي :

المبحث الثاني

الالتزام بالإعلام فى مرحلة التفاوض العقدي

الالتزام بالإعلام قبل التعاقدى، ينبثق عن التزام حسن النية فى هذه المرحلة، سواء أكان حسن النية التزاماً قانونياً أم أخلاقياً، فحسن النية يقتضى تقديم المعلومات الصحيحة واللازمة لإبرام العقد، وهذا الالتزام له أكثر من مصطلح قانوني كالالتزام بالتبصير أو الالتزام بالإفشاء أو الإخبار، وكلها ذات معنى واحد، ومقتضى هذا الالتزام أن يقوم الطرف المتفاوض بإعلام الطرف الآخر بواقعة يعلم أنها ذات أهمية بالنسبة لهذا الطرف، ويخلق نوعاً من التوازن بين الأطراف محل التفاوض، ولا يقتصر الالتزام بالإعلام على عاتق أحد الطرفين بل على كليهما، ويعرفه جانب من الفقه بأنه الالتزام الذي بواسطته ينبه أحد طرفي العقد الطرف الآخر على مخاطر التعاقد ومنافعه، فيجعله على بينة من ظروف التعاقد ليكون خياره بالتعاقد قائماً على معرفة تامة^(٤٠).

وهنا يمكن القول بأن كون التزام حسن النية التزاماً قانونياً من عدمه فى مرحلة المفاوضات يؤثر بشكل مباشر على التزام الأطراف بالإعلام، فلو كان الالتزام بحسن النية فى مرحلة التفاوض التزاماً قانونياً يكون الإعلام فى هذه المرحلة التزاماً منبثقاً عن التزام حسن النية القانوني، ومن ثم يكتسي بنفس طبيعته، وعلى العكس لو اعتبرنا أن التزام حسن النية ليس التزاماً قانونياً.

ولا يقتصر الالتزام بالإعلام على تقديم المعلومات فقط بل يمتد إلى التزام التحذير من مخاطر الشيء، فهذا الأخير ليس التزاماً مستقلاً وإنما هو التزام يتبع التزام الإعلام، كل ما فى الأمر أنه يعتبر التزاماً مشدداً بالإعلام.

وتناولت تعديلات القانون الفرنسي أكتوبر ٢٠١٦م فى المادة (١١١٢/١)، حدود وعبء إثبات الالتزام بالإعلام، وجزاء الإخلال به، حيث نصت المادة على أنه لا يجوز للأطراف وضع حدود لهذا الالتزام أو تقييده، كما لا يجوز استبعاده من نطاق التزامات التفاوض بحسن نية "les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir"

(٤٠) انظر فى ذات المعنى: د. حمدي محمود بارود - دراسة حول المبادئ التي تحكم المفاوضات فى عقود نقل التكنولوجيا - مجلة القانون والاقتصاد - العدد الرابع والسبعون - جامعة القاهرة - ٢٠٠٤ - ص ١٤٠.

وهنا يظهر جلياً ربط المشرع الفرنسي الالتزام بالإعلام قبل التعاقد بحسن النية كالالتزام قانوني نص عليه المشرع ونظمه بنصوص آمرة لا يجوز مخالفتها، فعدم تمكين المتفاوضين من استبعاده أو وضع حدود له يتماشى تماماً مع مقتضيات حسن النية في مرحلة التفاوض، وأن على كل طرف أن يبدي كامل ما لديه من معلومات تؤثر في موقف الطرف الآخر تجاه التعاقد.

وقد أثير خلاف فقهي حول الأساس القانوني للالتزام بالإعلام، فبينما يؤكد البعض على أهميته واستقلالته في سبيل منح القاضي سلطة تحقيق التوازن العقدي^(٤١)، وفي هذا الشأن ربط جانب من الفقه - نؤيده - بين الالتزام بالإعلام والتزام حسن النية باعتبار أنه التزام بالإعلام ينبثق عن حسن النية^(٤٢) وهذا القول يتماشى مع الواقع، فالالتزام العام بالإعلام يجد مجاله الخصب في مرحلة المفاوضات، ويعتبر من مقتضيات حسن النية في هذه المرحلة.

فإذا أخل أحد طرفي التفاوض بهذا الالتزام، جاز للطرف الآخر طلب إبطال العقد، على أساس أن الإخلال بهذا الالتزام يعيب الرضا، وهنا يتضح جلياً ربط المشرع الفرنسي اعتبار حسن النية التزاماً قانونياً بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد، وإجازة إبطال العقد بناء على الإخلال بالالتزام حسن النية في الإعلام، فإجازة طلب إبطال العقد بناء على الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد باعتباره إخلالاً بحسن النية ما هو إلا تطبيق لفرض التزام حسن النية من بداية المفاوضات وحتى التنفيذ، ولا يقدر في ذلك القول أن عملية المفاوضات ليست ضمن التعاقد، فكما قلنا سابقاً أن مرحلة المفاوضات وإبرام العقد يفصل بينهما صدور الإيجاب، إلا أن اعتبار التزام حسن النية التزاماً قانونياً يغطي جميع مراحل العقد، ولا يربط بينهما فهو التزام مستقل، وإجازة

(٤١) أثار الالتزام بالإعلام خلافاً فقهيّاً حول أساسه القانوني، فيرى البعض أنه التزام مستقل بذاته لا يرتبط بالعقد، وهو وسيلة قانونية تدعم الثقة المشروعة في الروابط العقدية، فاستقلال هذا الالتزام عن العقد هو أمر ضروري لمنح القاضي سلطة لتحقيق التوازن بين الأطراف، ولذلك يرى البعض من الفقه أن الالتزام ما قبل التعاقد - بالادلة بالبيانات المتعلقة بالعقد هو أقوى وسيلة يمكن أن تمنح للمتعاقد الضعيف لتحقيق التوازن العقدي لحظة إبرام العقد. انظر: د. نزيه محمد صادق المهدي - الالتزام قبل التعاقد بالادلة بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود - دار النهضة العربية - ١٩٨٢ - ص ٧٠.

(٤٢) أشار إلى هذا الاتجاه، د. رجب كريم عبد اللاه - التفاوض على العقد - مرجع سابق - ص ٤٢٥.

د. أبو العلا علي النمر - مفاوضات عقود التجارة الدولية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٢ - ص ١٤٧.

الإبطال هو الجزاء المقرر لمخالفته، أما التعويض فيكون بمثابة جزاء تكميلي إلى جانب الإبطال طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية، وهو ما تبنته محكمة النقض الفرنسية سابقاً في بعض أحكامها^(٤٣).

أيضاً تناولت ذات المادة من مرسوم أكتوبر ٢٠١٦م، مسألة عبء إثبات القيام بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد، وذلك بتقرير عبء إثبات هذا الالتزام على عاتق الطرف المتضرر، وفي المقابل للطرف الآخر إثبات أنه قام به، وكما أشرنا سابقاً أن للقضاء دوراً مهماً في تعديل النصوص القانونية بما يتماشى مع الاتجاه الذي يسلكه في الواقع حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية، قراراً يفهم منه أن الملتزم بالإعلام عليه أن يثبت أنه نفذ هذا الالتزام^(٤٤)، وقد أضحت الالتزام بالإعلام بهذه التعديلات التزاماً عاماً مرتبطاً بحسن النية،

جدير بالذكر أن المشرع الفرنسي قد جعل الالتزام بالإعلام التزاماً قانونياً في بعض الحالات قبل تقريره كالتزام قانوني عام في تعديلات أكتوبر ٢٠١٦م، فلم يكن قبل هذه التعديلات يعالج الالتزام بالإعلام بصورة عامة وصريحة إلا في بعض الحالات كإعلام المستهلك الإلكتروني في المادة الثانية من القانون المعروف بقانون توبون الصادر في ٨/٤/١٩٩٤م، وهذا ما أكدته المرسوم الفرنسي رقم ٧٤١ لسنة ٢٠٠١م^(٤٥)، والذي يلزم بإعلام المستهلك في وقت مناسب (والوقت المناسب هنا يكون قبل التعاقد)، وعلى نفس الشاكلة التشريع المصري في قانون التجارة الجديد في المادة (٧٣) فيما يخص عقود نقل التكنولوجيا والمادة (٦) من قانون حماية المستهلك رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦م، إلا أن المشرع المصري يقر هذا المبدأ في القانون المدني ولو بشكل غير صريح، حيث اعتبر كتمان واقعة مؤثرة في التعاقد تدليساً في المادة (٢/١٢٥)، والتي نصت على أن يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليجرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة.

(٤٣) انظر: د. سعيد سعد عبد السلام - الالتزام بالإفصاح بالعقود- دار النهضة العربية - ٢٠٠٠ ص ١٠.

(٤٤) Brigitte Hess-Fallon; Anne-Marie Simon, Droit civil, 5e édition, Collection Aide - émoire- Dalloz; Sirey, Paris, 1999 p. 172.

(٤٥) Ordonnance no 2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation.

أما القانون الإنجليزي فلا يفرض التزاماً عاماً بالإفشاء قبل التعاقد، إلا أن القضاء الإنجليزي عالج هذه المسألة من خلال استحداث عدد من الآليات القانونية بهدف جبر الضرر الناجم عن التصرف على نحو يخالف مقتضيات العدالة بناء على قواعد المسؤولية التقصيرية^(٤٦).

وقد ثار الخلاف حول طبيعة المسؤولية التي يربتها الإخلال بالتزام الإعلام، وذلك على أثر خلو التشريعات المقارنة من نص يربط المسؤولية صراحة على هذا الإخلال، ولعل أهم ما قيل في هذا الصدد هو أن التزام الإعلام تتحدد طبيعته بحسب الالتزام الذي تم خرقه والوقت الذي حدث فيه، فالأمر يختلف إذا كان الإخلال بواجب عام (تقصيري)، أو بالتزام عقدي^(٤٧).

ففي الحالة الأولى تكون المسؤولية على أساس الخطأ التقصيري، وفي الثانية تكون المسؤولية على أساس قواعد المسؤولية العقدية، وقد يربط الإخلال بالتزام الإعلام جزاء الإبطال، والمسؤولية نتيجة للغلط أو التدليس، فإن لم يزود المتفاوض الراغب في التعاقد بالمعلومات اللازمة يكون قد ارتكب مناورات تدليسية في حالة امتناعه عن ذلك^(٤٨)، وقد يكون على أساس ضمان عدم التعرض أو الاستحقاق، والتعويض في هذه الحالة يكون طبقاً لما تقتضي به القواعد العامة، وذلك خلاف إنما يثور في ظل فراغ تشريعي ينظم هذا الالتزام، بينما لا يكون الأمر كذلك إذا تم تنظيمه بقواعد قانونية صريحة كما هو في المادة (١١١٢) من القانون المدني الفرنسي المعدل، وقد جعل المشرع الفرنسي في هذه المادة جزاء الإخلال بالتزام الإعلام الإبطال وفقاً لعيوب الرضا، ولم يشير إلى التعويض أو التنفيذ العيني وترك الأمر للقواعد العامة في المسؤولية.

Art 1112-1 ”.... Le manquement à ce devoir d’information peut entraîner l’annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants.”

وقد حمى المشرع الفرنسي الطرف الذي يدلي بالمعلومات بناء على التزامه القانوني بالإعلام ليصنع توازناً بين كلا الطرفين بتقرير المسؤولية في حالة الإفشاء

(٤٦) Atirah - anIntroduction to the law of contract - London - 1995.P24.

(٤٧) د. عبد المنعم موسى إبراهيم - مرجع سابق - ص ٢٨.

(٤٨) انظر: د. محمود جمال الدين زكي - الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري - ٣ - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٨ - ص ١٤٣، د. محمد محمد أبو زيد - المفاوضات في الإطار التعاقدية - دار النهضة العربية - القاهرة - ص ١٦٠.

بالمعلومات التي يتم الإفصاح عنها بناء على هذا الالتزام حيث صاغ المشرع الفرنسي هذا الالتزام في المادة (١١١٢/٢)، عن المسؤولية الناشئة عن إفشاء الأسرار والمعلومات التي تم الوقوف عليها من خلال المفاوضات، وذلك بناء على القواعد العامة في المسؤولية المدنية^(٤٩).

Art. 1112-2. - Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun -

المبحث الثالث

الآثار المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية في التفاوض

عرض وتقسيم:

في هذا الصدد يرى جانب من الفقه أن الالتزام بحسن النية في مرحلة التفاوض، ما هو إلا التزام ببذل عناية، ومن الصعب وضع أي التزام على عاتق الأطراف المتفاوضة أو نسبة خطأ لأي منهما في هذه المرحلة^(٥٠).

بينما يرى جانب آخر من الفقه^(٥١) أن الالتزام بالتفاوض بحسن نية يعتبر التزاماً بتحقيق نتيجة، وفي وجهة النظر هذه يكون هناك مدين ودائن يلتزم كل منهما بحسن النية في التفاوض، وعدم تعطيل المفاوضات أو استغلال ما اطلع عليه من معلومات بطريقة غير مشروعة، كما يلتزم بسلوك المتعاقد حسن النية بطريقة لا تضر بالمتعاقد الآخر، ونحن من جانبنا نؤيد ما يذهب إليه هذا الاتجاه وهو اعتبار الالتزام بالتفاوض بحسن نية التزاماً بتحقيق نتيجة، فتعزيز طبيعة هذا الالتزام تدفع إلى تحري حسن النية وبث مزيد من الثقة والاستقرار في عمليات التفاوض، والبعد بها عن التعامل بسوء نية، وهو ما قد تبناه المشرع الفرنسي وتناوله في تعديلات ١٠ أكتوبر ٢٠١٦م، والتي نأمل باتباع خطواته في التشريع الكويتي، وجعل الالتزام بالتفاوض بحسن نية التزاماً قانونياً يبدأ من مرحلة التفاوض مروراً بمرحلة الإبرام، وكذلك أثناء التنفيذ، وبعد انتهاء العقد.

والأصل أن الطرفين لهم حرية الإرادة في الدخول في علاقة تعاقدية، أو العدول عنها بالإرادة المنفردة الحرة، فلكل طرف الرضا تبعاً لمصلحته وله حرية اختيار الطرف الآخر وكذلك الاستمرار في العلاقة أو التخلي عنها^(٥٢).

فيرى جانب من الفقه أن الشخص حر في التفاوض، وهو أيضاً حر في عدم التفاوض، فكل متفاوض حر أن ينسحب من المفاوضات في أي وقت، أو يقطعها ما لم

(٥٠) د. عبد العزيز المرسى - الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذي الطابع التعاقدى - دار النهضة العربية - ٢٠٠٥م - ص ٧٦.

(٥١) د. عبد الحليم عبد اللطيف - مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات القانونية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - ٢٠٠٧م - ص ١٨٧.

(٥٢) François Terré, Philippe Simles, Yres Lequette, Droit civil, les obligation, 7ème édition, Dalloz, 1999, P29.

يتجاوز هذه المرحلة^(٥٣)، ونحن نعتقد أن هذه الحرية يجب أن تكون في إطار حسن النية، ويترتب على الإخلال بذلك في مرحلة التفاوض قيام مسؤولية الطرف الذي أخل بما عليه من التزام، فالقانون لا يرتب على قطع المفاوضات في حد ذاته أي أثر ما لم يقترب بخطأ ارتكب في هذه المرحلة^(٥٤)، يتمثل أصلاً في الخروج عن المألوف في التعامل، والإخلال بحسن النية يعتبر خروجاً عن هذا الأصل وانحرافاً عن السلوك المعتاد خاصة بغرض الإضرار بالغير.

وطبقاً للقواعد العامة يختلف جزاء المسؤولية المدنية بين التنفيذ العيني، أو التعويض أو التنفيذ بمقابل، وذلك في ضوء أحكام التشريع الكويتي وتعديلات القانون الفرنسي أكتوبر ٢٠١٦م، فهل يتماشى نظام التنفيذ العيني والتعويض بمقابل مع الإخلال بالتزام حسن النية في المفاوضات.

ولتوضيح ذلك سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين. المطلب الأول التنفيذ العيني. المطلب الثاني التعويض كجزاء عن الإخلال بحسن النية في مرحلة التفاوض.

المطلب الأول

التنفيذ العيني

يكون التنفيذ العيني دوماً في حالة عدم وفاء المدين بما عليه من التزام عن طريق التنفيذ الجبري^(٥٥)، وعن طريق التنفيذ العيني يتم إجبار المدين على إصلاح الضرر الذي ارتكبه كاملاً وإعادته إلى الحالة التي كان عليها^(٥٦)، والأصل في الالتزام أن تنفيذه يكون عينياً، وفي حالة المفاوضات يكون الضرر المترتب هو قطع المفاوضات، كما أن الدائن لا يمكن له المطالبة بالتعويض إذا كان التنفيذ العيني ممكناً طبقاً للمادة (١١٤٤) مدني فرنسي، وبالنظر إلى التفاوض العقدي باعتباره مرحلة سابقة على إبرام العقد النهائي يتضح أن التنفيذ العيني يكون بإجبار المتعاقدين الآخر على الدخول في المفاوضات أو الاستمرار فيها في حالة قطعها بدون مبرر مشروع

(٥٣) د. عبد الرزاق السنهوري - شرح القانون المدني، نظرية العقد - مرجع سابق - ص ٢٣٨.

(٥٤) د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - النظرية العامة للالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - الجزء الأول - بدون طبعة - دار النهضة العربية - ص ٢٠٦.

(٥٥) د. محمد حسام محمود لطفى - المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض - دراسة في القانونين المصري والفرنسي - النسر الذهبي للطباعة - ١٩٩٥ - ص ٨٣.

(٥٦) (Ph) Le Tourneau, La rupture des négociations, RTD.civ, 1998, p. 488.

وإحاقه ضرراً بالمتفاوض الآخر. ونعتقد مع الاتجاه الغالب من الفقه^(٥٧) أن التنفيذ العيني لا يمكن إعماله في مجال المفاوضات العقدية ولو كان المتفاوض سيء النية، وكان التنفيذ ليس مرهقاً للمدين به، فالتفاوض بطبيعته يقوم على التعاون المشترك بين الأطراف المتفاوضة، والقول بإجبار أحدهم على الدخول في المفاوضات والاستمرار فيها يتنافى تمام مع مبدأ حرية التعاقد، ولا يؤثر في احترام هذه الحرية ما قد تكون عليه طبيعة الالتزام بحسن النية في مرحلة التفاوض سواء أكانت التزاماً قانونياً أم مجرد التزام أخلاقي ببذل عناية، خاصة إذا كان حسن النية أساسه النوايا الداخلية، ونعتقد أن التنفيذ العيني لا يمكن إعماله في مجال المفاوضات السابقة للتعاقد، فليس هناك ثمة عقد تم إبرامه، والفرصة الضائعة على الطرف المتفاوض يقابلها مبدأ الحرية في التعاقد، فإن جاز التعويض عن الضرر فلا يجوز - من وجهة نظرنا - التنفيذ العيني^(٥٨)، مهما كانت طبيعة الالتزام بحسن النية في مرحلة المفاوضات.

فإذا كان الإخلال بحسن النية يقوم في الأساس على النوايا والتي لا يمكن إصلاحها عن طريق التنفيذ العيني، كما أن الخطأ الذي يرتكبه المتفاوض سيء النية يتمثل في عدم بدء المفاوضات بدون مبرر مشروع، وهذا الخطأ يكون التنفيذ العيني فيه هو إلزام المتعاقد بالتفاوض وإبرام العقد، ويحصل بذلك الطرف الآخر على أكثر مما طلب وهو إبرام العقد، وليس البدء في التفاوض^(٥٩)، وإن كنا نرى أن الإجبار على التفاوض ليس بالضرورة أن ينتهي إلى عقد نهائي ليعطي المضرور أكثر مما طلب، بل يكون السبب في عدم قابلية التنفيذ العيني هو منافاته للاتجاه السليم بإدخال طرف في التفاوض على غير رغبته، وهو ما سيثير الشك حول كافة ما يتطلبه أثناء التفاوض، ولو كانت اشتراطات ومصالح مشروعة لمجرد تعارضها مع وجهة نظر الطرف الآخر.

(Ph)Le Tourneau,op.cit.,p. 489.

(٥٧)

(P) Jourdain, La bonne foi, Rapport Français,(journée louisianaises),Travaux de l'Association Henri Capitant,TXLIII,Litec,1992,p.131.

(٥٨) جدير بالذكر أن موقف محكمة بروكسل الذي أجبرت فيه المتفاوضين على التنفيذ العيني والدخول في المفاوضات لم يكن إلا محاولة لفض النزاع، وأن التدخل القضائي والتنفيذ العيني ينافي المنطق الصحيح في نطاق المفاوضات العقدية، حول هذا الحكم انظر:

C.A Paris,28 sept.1976, cité par (J)Schmidt-Szalewski,op.cit.,p32.

(٥٩) د. رجب كريم عبد اللاه - مرجع سابق - ص ٦٢٠.

كما أن الدعوة إلى التفاوض لا تشكل وعداً ملزماً، والضرر الذي ينجم عن الإخلال به هو إضاعة فرصة التعاقد وليس العقد نفسه الذي لم تتحدد معالمه بعد ولا عناصره الجوهرية، مما سبق نخلص إلى عدم منطقية التنفيذ العيني كجزاء للإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات السابقة للتعاقد في ظل أحكام التشريع الكويتي والفرنسي على حد سواء، وسواء أكان التزام حسن النية التزاماً قانونياً بتحقيق نتيجة، أم مجرد لازمة من لوازم العقد والتزام ببذل عناية.

المطلب الثاني

التعويض كجزاء عن الإخلال بحسن النية في مرحلة التفاوض

التعويض هو ما يتم به جبر الضرر، ولكن لا يمكن محوه، ويكون التعويض بإلزام المتسبب في الضرر (المدين) بدفع المقابل للمضرور بالقدر الذي تحدده المحكمة، وغالباً ما يكون متناسباً مع ما لحق المضرور من ضرر مادي ومعنوي على حد سواء.

والإخلال بحسن النية في مرحلة التفاوض - كما قلنا - يتخذ عدة صور، فقد يكون بالإحجام عن بدء المفاوضات أو قطعها أو تقديم بيانات غير صحيحة تؤدي إلى إحجام الطرف الآخر عن التفاوض، أو تكون من قبل الطرف الذي يدخل في المفاوضات بدون جدية بأي غرض آخر غير الرغبة في التعاقد وبنية عدم إبرام العقد منذ البداية.

والتعويض يتناسب مع طبيعة الضرر في هذه المرحلة، إلا أن إقرار التعويض على الطرف الذي أخل بالتزام حسن النية يختلف باختلاف التكييف القانوني لطبيعة الالتزام بحسن النية، فلو لم يكن هذا الالتزام التزاماً قانونياً بتحقيق نتيجة، وهي اتباع ما يقتضيه حسن النية في التفاوض وما يترتب عليه من التزامات لا يمكن معه القول بإلزام المنسحب من المفاوضات أو الطرف الذي رفض الدخول فيها بالتعويض، فلا التزام قانوني عليه ما لم يكن سبباً في ضرر مباشر ومحقق لحق بالطرف الآخر يمكن مساءلته عنه بناء على قواعد المسؤولية التقصيرية، والقانون المدني الكويتي في المادة (١٩٥) نص على أن: "لا يقصر العقد على ما يرد فيه من شروط أو يسري عليه من أحكام القانون، وإنما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته، وفقاً لما تجري عليه العادة وما تمليه العدالة، ومع مراعاة طبيعة التعامل وما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل"، ونص في المادة (١٩٧) على أن: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما يتضمنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل" نلاحظ

من خلال مطالعة هذين النصين أن المشرع الكويتي يقصر التزام حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد، بينما لا يقصر العقد على ما ورد فيه من أحكام وشروط، وإنما يتضمن ذلك مستلزماته والتي يجب أن تتم وفق ما تقتضيه العدالة وحسن النية، وشرف التعامل، فهل يعتبر المشرع الكويتي مبدأ حسن النية ملزماً يجب التعويض بمجرد الإخلال به؟.

إن الأحكام التي وردت في هذين النصين يقتصر تطبيقها فقط في حالة وجود عقد تم تكوينه ودخل حيز التنفيذ. ونعتقد في هذه الحالة أن التزام حسن النية في مرحلة المفاوضات لا يعتبر التزاماً قانونياً في التشريع الكويتي، فلو أن المشرع يعتبره كذلك لكان نص على ذلك صراحة، وأن مجرد الالتزام بحسن النية في المفاوضات ما هو إلا التزام ببذل عناية عادية، لا يمكن المساءلة عن الإخلال به إلا في حالة تحقق ضرر وثبوت الخطأ وعلاقة السببية بينهما، وذلك على العكس من المشرع الفرنسي الذي فرض التزام حسن النية من بداية مرحلة المفاوضات ومروراً بمرحلة إبرام العقد وتنفيذه وكان صريحاً في ذلك؛ مما يجعل القول بأن مصدر التعويض عن الإخلال بحسن النية في هذه المرحلة هو القانون نفسه.

والتعويض في هذا الفرض يكون تقديره من قبل القاضي، فلا اتفاق على قدر تعويض سبق تحديده يمكن الرجوع إليه، أما إذا كان هناك اتفاق قبل الدخول في التفاوض يحدد التعويض، فيتم الرجوع إليه، وقد يتفق الطرفان على قدر التعويض بعد وقوع الضرر أو الإخلال بحسن النية في التفاوض، وتقدر المحكمة التعويض في حالة عدم وجود اتفاق على قدره ويكون بقدر ما لحق من ضرر وما فات من كسب، كما يجب أن يكون التعويض عن ضرر تتوافر فيه شروط الضرر القابل للتعويض.

وهنا يثور التساؤل حول طبيعة الأضرار التي يجب التعويض عنها، كجزاء لإخلال أحد الأطراف بالالتزام بحسن النية؟.

يترتب على سوء نية المتفاوض الذي رفض بدء المفاوضات أو قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع مما ترتب عليه تفويت فرصة التعاقد على الطرف الآخر، حيث يقوم المتفاوض بحسن النية بعمل الدراسات الفنية والاستعانة بالخبراء والانتقال، وغير ذلك، وإنفاق ما يلزم من أجل الإعداد للتفاوض وهذه النفقات التي تتم بمناسبة التفاوض يخسرها نتيجة لعدول المتفاوض الآخر، وهذه الخسائر يجب أن يتحملها الطرف الذي أخل بالتزام التفاوض^(٦٠).

Cass.com, 20Mars 1972, JCP, 1973, II, 17543, note, (J)Schmidt.

(٦٠)

وهنا يلزم ألا يكون المتفاوض الذي يدعى بالضرر قد أحدث الضرر بخطئه نتيجة لإهماله أو تقصيره مما دفع الطرف الآخر لقطع المفاوضات، كذلك ما يترتب على قطع المفاوضات من إضاعة وقت المتفاوض حسن النية.

إلا أن الأمر يصبح أكثر تعقيداً في حالة الادعاء بالتعويض عن تفويت الفرصة بقطع المفاوضات، وذلك باعتبار أن الضرر في هذه الحالة ضرر احتمالي وليس محققاً؟.

على الرغم من أن التعويض لا يكون إلا عن الضرر المحقق، إلا أننا نذهب مع محكمة النقض المصرية والتي أقرت التعويض عن الضرر المترتب على تفويت الفرصة، طالما أن المضرور كان يأمل الحصول على هذا الكسب بناء على أسباب معقولة^(٦١).

فالحقيقة أن الضرر متوقع في حالة قطع المفاوضات وعدم الدخول فيها، شريطة ألا يكون هذا التعويض بالمخالفة لمبدأ حرية الإرادة في التعاقد، فمن وجهة نظرنا لا يمكن التعويض عن الفرصة الفائتة ما لم يكن هناك خروج عن مسلك الرجل العادي سواء أكان هذا الخروج عن عمد أم إهمال، فليس هناك ثمة عقد تم إبرامه يمكن الرجوع إليه، والقول بالتعويض بمجرد وقف أو عدم الدخول في المفاوضات ينافي المنطق ويعطي الطرف المتضرر فوق حقه ويضر بالطرف الآخر ويتعدى على حريته، وذلك على الرغم من إقرار محكمة النقض الفرنسية التعويض شريطة أن تكون الفرصة حقيقية وجادة^(٦٢)، وهنا نعتقد بضرورة إيقان المتفاوض حسن النية بقرب التعاقد النهائي على الرغم من سوء نية الطرف الآخر، أو أن التفاوض في هذا الاتجاه فوت عليه فرصة عقد آخر كان سيبرمه لولا دخوله في التفاوض مع هذا الطرف، أو أن العدول لم يكن له مبرر مشروع لإمكان القول بأن الفرصة التي فاتته حقيقة وجادة.

وعلى العموم يجب أن يكون التعويض جابراً للضرر الذي لحق بالمضرور، -المادى والمعنوى^(٦٣)- ويجبر فوات الفرصة فقط ولا يتعدى ذلك إلى تقدير تعويض

(٦١) هذا المبدأ مستقر عليه في قضاء محكمة النقض المصرية انظر: الطعن رقم ٤٧٩٧ لسنة ٦٤ قضائية - جلسة ١٥ يناير ٢٠٠٧م - مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية أيضاً، حكم محكمة النقض المصرية - ١٣ نوفمبر ١٩٨٥م، أشار إلى هذه الأحكام، د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مجلة الحقوق الكويتية - السنة العاشرة - العدد الثالث - سبتمبر - ١٩٨٦ - ص ١٥٢.

(٦٢) CA.RIOM, 10 Juin 1992, RTD.civ. 1993, p343, obs (J)Mestre.

(٦٣) Pour des illustrations, V., par ex., CA Versailles, 1er avr. 1999, RJDA 1999, n° 1285; CA Paris, 17 janv. 2003, cité par O. Deshayes, art. préc., spéc. n° 3.

يتناسب والمنفعة التي كانت ستعود إليه من إبرام العقد، فالضرر يتمثل في الفرصة الفائتة وليس في ما لحق به نتيجة عدم إبرام العقد، وهذا القول يتماشى مع ما نصت عليه المادة (١١١٢) من القانون الفرنسي والتي أجازت التعويض عن الضرر الذي يلحق بالتفاوض نتيجة سلوك المتفاوض الآخر وليس التطرق إلى التعويض عن ما فاتته من فرصة بقدر المنفعة التي كانت ستعود عليه من إبرام العقد^(٦٤). إن حكم هذا النص لا يعتبر من قبيل الأحكام الموضوعية، ولكن يتضمن حكماً يتعلق بالإثبات حيث رأى المشرع الفرنسي أن مسألة إثبات انحراف المتفاوض عن مسلك الرجل العادي يصعب من الناحية العملية إثباتها، فضلاً عن تضارب الأحكام بشأنها، من هنا تدخل المشرع ووضع حكم هذا النص، حيث يكفي إثبات قطع المفاوضات حيث يفترض هنا خروجاً عن مسلك الرجل العادي.

ومن خلال ما سبق يتضح لنا أن ما ورد في القانون المدني الكويتي بخصوص التزام التفاوض بحسن نية، وما ينبثق عنه من التزامات إلى جانب المسؤولية المترتبة على الإخلال به لم يأخذ حيزاً تشريعياً واضحاً يمكن الرجوع إليه في تكييف المسؤولية عن هذه المرحلة، من هنا ندعو المشرع الكويتي إلى إعادة النظر في هذه المسألة، والنص على التزام حسن النية في مرحلة المفاوضات باعتبار أنه التزام قانوني، وعدم قصره على مرحلة التنفيذ فقط، وذلك استجابة لدواعي العصر والتقدم الاقتصادي الهائل والمعقد الذي يكتنف كثيراً من العقود بما لا يسمح بانعقادها بالشكل المبسط لانعقاد العقد.

أما عن تعديلات القانون الفرنسي التي جاء بها مرسوم ١٠ أكتوبر ٢٠١٦م، تعتبر وبحق استجابة لما دعا إليه الفقه والقضاء من أجل اعتبار حسن النية التزاماً قانونياً في مرحلة التفاوض، وكذلك ما ينبثق عنه من التزام بالإعلام فحسن ما جاء به ونأمل أن تحذو تشريعاتنا العربية وعلى رأسها التشريع الكويتي حذو المشرع الفرنسي، وإقرار التزام حسن النية باعتباره التزاماً قانونياً في مرحلة المفاوضات السابقة للتعاقد.

(٦٤) Art. 1112.-L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.

En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu.

خاتمة :

تناولنا من خلال الدراسة التزام حسن النية في مرحلة المفاوضات، وذلك بالتعرض لدراسة طبيعته في التشريعات المقارنة، والتي تتخذ مواقف مختلفة حول تكييفه القانوني وذلك في المبحث الأول، ثم تناولنا في المبحث الثاني الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض باعتباره التزاماً ينبثق عن التزام حسن النية في مرحلة التفاوض، وكذلك جزاء الإخلال بالتزام حسن النية في هذه المرحلة، وذلك في المبحث الثالث، وكانت الدراسة في ضوء تعديلات القانون المدني الفرنسي أكتوبر ٢٠١٦م، والتي أرست عدداً من القواعد الهامة، حيث جعلت التزام حسن النية التزاماً قانونياً بنصوص صريحة آمرة، ومن خلال البحث توصلنا إلى عدد من التوصيات التي نقترحها، ولعل أهمها ما يلي :

- ١ - على المشرع الكويتي أن يتناول بالتنظيم التزام حسن النية في مرحلة المفاوضات باعتباره مبدأً لازماً لمواكبة التطور وما أصبحت عليه عمليات التفاوض العقدية في الوقت الراهن، فتقرير المسؤولية عن التفاوض بحسن نية يقضي على خلاف حول أساس وطبيعة المسؤولية عن الإخلال بحسن النية في مرحلة التفاوض، ويحقق أكبر قدر من الأمن القانوني واستقرار المعاملات.
- ٢ - القانون المدني لم يشر إلى التزام المتفاوض بحسن النية، وإنما أشار إلى التزام حسن النية في مراحل التنفيذ أو فيما يعتبر من مستلزمات العقد، وكان من الأحرى أن ينص على التزام حسن النية في مرحلة التفاوض صراحة حتى لا ينازع أحد في مدى التزامه بهذا المبدأ.
- ٣ - يجب أن يتم التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها وتفسيرها، وأن يلتزم أطرافها بعد انتهائها بحسن النية، لما يحققه هذا الالتزام من ثقة واستقرار في المعاملات.
- ٤ - مصطلح حسن النية واسع بما يكفي ليضم التزامات النصح والنزاهة والإعلام، والتحذير، وكافة ما من شأنه مراعاة الثقة المتبادلة، فالنص عليه كمبدأ عام في جميع مراحل العقد يقدم فائدة كبرى في مجال العقود.
- ٥ - ينبغي على المشرع الكويتي أن يقرر جزاء البطلان والتعويض عن الإخلال بالتزام الإعلام العام قبل التعاقدي ولا يقصره على أنواع معينة من العقود.
- ٦ - ينبغي على المشرع الكويتي في حالة تقرير التزام حسن النية في مرحلة المفاوضات أن يحيط الطرف الملتزم بحسن النية، وما ينبثق عنه من التزامات أخرى بحماية قانونية كافية حتى لا يستغل هذا الالتزام للإضرار به كإفشاء الأسرار التي يتم الوقوف عليها في مرحلة المفاوضات.

وفى النهاية لا يسعني إلا أن أقول: إن نشدان الكمال جزء من طبيعة الإنسان، وأن الكمال لله وحده، فأنا كان حسناً فمن الله، وإن كانت الأخرى فمني ومن الشيطان، والشكر لله عليه توكلت وإليه أنيب.

قائمة المراجع

باللغة العربية :

- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مجلة الحقوق الكويتية- السنة العاشرة - العدد الثالث - سبتمبر- ١٩٨٦م.
- د أبو العلا علي النمر - مفاوضات عقود التجارة الدولية - ط - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٢م.
- د. أمين دواس- المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي "، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، جامعة الشارقة - المجلد الخامس- - العدد الأول - صفر ١٤٢٩هـ - فبراير ٢٠٠٨م.
- د. أحمد السعيد الزقرد - أصول قانون التجارة الدولية - المكتب العصرية للنشر والتوزيع - مصر- ٢٠٠٧م.
- د. برهام محمد عطا الله - أساسيات نظرية الالتزام في القانونين المصري واللبناني - الدار الجامعية، بيروت، - ١٩٩٢م.
- د. جابر عبد الهادي سالم- مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية - ٢٠٠١م.
- د. حسام الدين كامل الأهواني - المفاوضات فى الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - كلية الحقوق - جامعة القاهرة.
- د. حمدي محمود بارود - دراسة حول المبادئ التي تحكم المفاوضات في عقود نقل التكنولوجيا - مجلة القانون والاقتصاد - العدد الرابع والسبعون - جامعة القاهرة - ٢٠٠٤م.
- د سعيد سعد عبد السلام - الالتزام بالإفصاح بالعقود- دار النهضة العربية - القاهرة - ؟؟؟م.
- د. عبد المنعم موسى إبراهيم - حسن النية في العقود - بدون دار نشر - ٢٠٠٦م.
- د. عبد الحليم عبد اللطيف - مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات القانونية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - ١٩٩٧م.
- د. عبد الرزاق السنهوري- شرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزامات -

- نظرية العقد- الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة - منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان- ١٩٩٨ م.
- د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - الجزء الأول - بدون سنة نشر - دار النهضة العربية.
- د. عبد العزيز المرسي - الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذي الطابع العقدي - دار النهضة العربية - مصر - ٢٠٠٥م.
- د. عبد الحكم فودة - تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن- منشأة المعارف الإسكندرية - ٢٠٠٢م.
- د. عبد الحليم عبد اللطيف - مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات القانونية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - ٢٠٠٧م.
- د. عبد المنعم موسى إبراهيم - حسن النية في العقود - دراسة مقارنة- منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٦م.
- د. محمد حسام محمود لطفي - المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض- دراسة في القانونين المصري والفرنسي - النسر الذهبي للطباعة - ١٩٩٥م.
- د. محمد حسين منصور- النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام- الدار الجامعية الجديدة للنشر، بيروت، ٢٠٠٠ م.
- د. محمود جمال الدين زكي - الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٨م.
- د. مصطفى عبد الحميد عدوى - النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام- ١٩٩٢م.
- د. وائل حمدي أحمد - حسن النية في البيوع الدولية - دراسة تحليلية مقارنة في الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة - دار النهضة العربية - ٢٠١٠م.
- د. وليد صلاح مرسي رمضان - القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني- دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة للنشر - بدون سنة نشر.
- د نزيه محمد صادق المهدي - الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود - دار النهضة العربية - ١٩٨٢م.

باللغة الأجنبية :

- Atirah, An Introduction to the Law of Contract, London, 1995.
- Bentsen v Taylor Sons and Co (1893).
- Brigitte Hess-Fallon ; Anne-Marie Simon, Droit civil, 5e édition, Collection Aide - émoire- Dalloz ; Sirey, Paris, 1999.
- Cabinets Fontaneau, les formations des contrats internationaux; <http://www.fontaneau.com/lcf739.htm>.
- Catherine Pédamon, “Freedom of Contract and Contractual Justice: the Foundations of the French Reform of Contract Law”, (2016), Company Lawyer 53.
- Christian Atias, contrats et conventions (tome 8), dalloz, Pris, 1998.
- François Terré, Philippe Simles, Yves Lequette, Droit civil, les obligation, 7ème édition, Dalloz, 1999.
- Gilles Pillet, “The Refom of French Contract Law and of the General Rules on Obligations: the Civil Code faces the challenges of the market”, (2016) International Business Law Journal 235 238.
- Guy Robin, “The principle of good faith in international contracts”, (2005) International Business Law Journal, I.B.L.J. 700.
- Hadley design association v Lord Mayo and citizens of the city of Westminster (2003) EWHC 1817 (tcc) - steyn L.j,contact law,fulfilling the reasonable expectation of honest men (1997) 113 LQRAT.
- Jean Pierre Scarano, dictionnaire de droit des obligations, 2 e" édition, ellipses, France, 1999.
- Kelda Groves, “The doctrine of good faith in four legal systems”, (1999) Construction Law Journal, 286.
- La Bonne foi: notion proteiforme - par Brigitte LEFEBVRE La bonne foi: notion protéiforme (1996) 26 R.D.U.S.

- LA BONNE FOI: NOTION PROTÉIFORME - par Brigitte LEFEBVRE- La bonne foi: notion protéiforme (1996) 26 R.D.U.S.
- Lauren Vandomme, "Negotiating international contracts", (2003) International Business Law Journal, 497, 498.
- Pedro Barasnevicus Quagliato, "The duty to negotiate in good faith", (2008) International Journal of Law & Management, 217.
- Peter Rosher, "New developments in the impending reform of French contract law" (2015) International Business Law Journal 481, 482, 483.
- Raymond Guillien - Jean Vincent, sous la direction de Serge Guinchard; Gabriel Montagnier, Lexique des termes juridiques -15e édition, Dalloz- Paris- 2005.
- M.G. Bridge, 'Does Anglo-Canadian Law Need a Doctrine of Good Faith?' (1984) 9 Canadian Journal of Business Law 385, 412-413.
- R. Brownswood, 'Good Faith in Contracts Revisited' [1997] CLP 111.
- Reshma Korde, "Good faith and freedom of contract", (2000) UCL Jurisprudence Review, 143.
- Schmidt - negociation et conclusion de contyacts - dalloz - paris - 1982.
- Stapleton j. good faith in private law, 1999.
- (Ph) Jourdain, La bonne foi, Rapport Français,(journée louisianaises),Travaux de l'Association Henri Capitant,TXLIII,- Litec,1992.
- (Ph) Le Tourneau, La rupture des négociations,RTD.- civ,1998.
- Walford V. Miles - IE. G.L.R. - 1990.

الحماية الدولية من الإشعاع النووي

الدكتور/ أكرم مصطفى السيد أحمد الزغبى

مدرس القانون الدولي العام - كلية الحقوق

جامعة الزقازيق - جمهورية مصر العربية

ملخص:

أعرض في هذا البحث الحماية النووية بشقيها الوقائي والعلاجي، أما الجزء الوقائي فتمثل في تحقيق معايير الأمان النووي ومتطلباته، والاعتماد على التبليغ المبكر وتقديم المساعدة كأحد سبل الحماية الوقائية من آثار الإشعاع والحيلولة دون تفاقم الآثار الإشعاعية، والوصول لأدنى حدود التعرض للإشعاع، وأما الجزء العلاجي فهو تبرير الممارسات والتدخلات، وتطبيق الحدود القصوى للتعرض للجرعات، ونمذجة الأنشطة النووية بحيث ينبغي على الدول والمنظمات المعنية بالنشاط النووي وكافة المسؤوليات المتعلقة به أن تجعل الالتزام بتحقيق الحماية من التعرض للإشعاع النووي التزاماً بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية، وأن يصبح واضحاً في صياغة الاتفاقيات الدولية النووية؛ لأن مخالفة الالتزام ببذل عناية لا ترتب نفس المسؤولية التي تنشأ عن مخالفة الالتزام بتحقيق نتيجة. ويعد الالتزام بمنع وقوع الحوادث النووية أو الطوارئ الإشعاعية وتخفيف حدتها في حالة وقوعها التزاماً جوهرياً؛ ينبغي على جميع دول العالم والمنظمات الدولية المعنية بالنشاط الذري مراعاته عند استخدام الطاقة الذرية. وتعد مسؤولية الدولة عن الحماية الوقائية والعلاجية مسؤولية مطلقة، ولا يجوز للدولة التنصل منها حتى ولو كانت قد رخصت للغير ممارسة النشاط الذري؛ إذ إن مسؤوليتها تشمل أيضاً الرقابة على استيفاء المرخص له بالنشاط لكافة الالتزامات المطلوبة منه؛ فمسؤولية المرخص له جزء من مسؤوليات الدولة. ويعد الالتزام بالتبليغ المبكر والالتزام بتقديم المساعدة وجهين لعملة واحدة لا ينفك أحدهما عن الآخر؛ حيث يقع الأول على الدولة التي تتعرض للحدث النووي أو الطارئ الإشعاعي، ويقع الثاني على الدولة التي يمكنها أن تقدم المساعدة. ويجب تحديث المعلومات الواردة عن الحادث النووي الذي اتخذ بصدده إجراء التبليغ المبكر على فترات ملائمة بمزيد من المعلومات الخاصة بتطور حالة الطوارئ ونهايتها المتوقعة أو الفعلية. والتدريبات العملية على التآهب لحالات الطوارئ تمثل إحدى القواعد القانونية الدولية لرفع مستوى أمان المنشأة النووية، وأبرز مراحل الحماية من التعرض للإشعاع النووي. ومدى توافر الحماية من التعرض للإشعاع النووي في دولة ما يقاس بمدى ثقافة الأمان النووي لدى الجمهور العام والعاملين المهنيين في التعامل مع المواد النووية، والاستعداد لحالات الطوارئ، ولا يجوز التصريح بأية ممارسة للقيام بنشاط نووي أو تدخل لتخفيض التعرض للإشعاع النووي؛ ما لم يكن لذلك التصريح ما يبرره، وفقد التبرر أن يغلب نفع العمل على الضرر. والدول والمنظمات الدولية المعنية بالنشاط الذري تلزم بتطبيق الحدود القصوى للجرعات، والتآهب لحالات الطوارئ التي تتجاوز فيها أحوال التعرض للإشعاع النووي الحدود القصوى للجرعات

الإشعاعية المسموح التعرض لها. ويجب أن يتم تنفيذ إجراءات الحماية العلاجية من الإشعاع النووي وفقاً لمبادئ التنبيه والالتزام بالحدود القصوى للجرعات، وأمثلة الوقاية والأمان، بحيث يضمن من يتعرض للإشعاع أن احتمال وحجم التعرض سيكون منخفضاً إلى الحد الممكن الذي يمكن تحقيقه.

مقدمة:

١ - موضوع البحث

تهتم الحماية الدولية من الإشعاع النووي بالإجراءات والتدابير المتخذة لمنع الحوادث النووية والإشعاعية والحد من آثارها الضارة على الصعيدين الإنساني والبيئي إلى أدنى حد، وتنبسط هذه الحماية على كيفية عمل وتشغيل محطات الطاقة النووية وجميع المنشآت النووية الأخرى وفقاً لمعايير السلامة والأمن النووي، ونقل واستخدام وتخزين المواد النووية لأسباب طبية أو لتوليد الطاقة أو للاستخدامات الصناعية أو للاستخدامات العسكرية وفقاً لمعايير السلامة والأمن النووي؛ حيث إن صناعة الطاقة النووية قد حسنت أمان وأداء المفاعلات النووية من جراء الحوادث التي واجهتها الطاقة النووية ومفاعلاتها؛ فعلى سبيل المثال نجد مصممي المفاعلات في فوكوشيما باليابان لم يتوقعوا أن تسونامي الناتجة عن الزلزال ستعطل أنظمة النسخ الاحتياطي والتي من دورها أن تعمل على استقرار المفاعل بعد الزلزال؛ حيث دفعهم ذلك إلى تفادي هذا الخطأ في تصاميم المفاعلات الجديدة^(١). ففي كتابه "حوادث عادية" يقول "تشارلز بيرو": إن هناك إخفاقات كثيرة وغير متوقعة في كل مفاعل نووي يتم بناؤه؛ وأن مثل هذه الإخفاقات لا يمكن تجنبها أو تفاديها في تصميم المفاعلات النووية^(٢). وحتى الآن هناك خمس حوادث خطيرة أحدثت ضرراً للعالم أجمع، أحدهم في "ثريمايلايلاند" أو جزيرة الثلاثة أميال عام ١٩٧٩، وآخر في تشيرنوبيل عام ١٩٨٦^(٣)، وثلاثة في فوكوشيما دايتشي عام ٢٠١١^(٤). وبالنظر لتلك

(١) Jim Green B.Med.Sci - Japan's nuclear scandals and the fukushima disaster - 2012 - friends of the earth organization - Australia - p 8.

(٢) charlesperrow - normal accidents - living with High-risk technologies - 1999 - p32

(٣) انظر تفاصيل أكثر عن حادثة تشيرنوبيل ١٩٨٦ الرابط رقم ١ بقائمة المراجع - المواقع الإلكترونية.

(٤) M.P. Ram Mohan - Nuclear Energy and Liability in South Asia -Institutions, Legal Frameworks and Risk Assessment within SAARC - Springer India 2015 " Fukushima Nuclear Disaster " - p 44

انظر تفاصيل أكثر عن حوادث فوكوشيما دايتشي ٢٠١١ الرابط رقم ٢ بقائمة المراجع - المواقع الإلكترونية.

الحوادث ومقارنتها ببداية تشغيل مفاعلات الجيل الثاني يقع حادث خطير بالمتوسط كل ثمان سنوات في جميع أنحاء العالم.

ويأتي موضوع الحماية الدولية من الإشعاع النووي في صدارة الموضوعات التي تشغل اهتمامات أشخاص المجتمع الدولي؛ سواء أكانت الدول أم المنظمات الدولية المعنية أم الأفراد العاديين بوصفهم مكونين للأسرة العالمية، وهم المقصودون بالحماية في نهاية المطاف. لذا انصب تفكيري في كتابة هذا البحث على كيفية إجماع أشخاص القانون الدولي العام على قواعد توفر الحماية من الإشعاع النووي، وما مدى كفاية تلك القواعد لتحقيق الحماية المرجوة؟، وجاء على إثر ذلك عرضنا لأهمية البحث.

٢ - أهمية البحث

يحتل موضوع الحماية الدولية من الإشعاع النووي درجة من الأهمية بمكان جعلت دول العالم تسعى إليه حتى ولو لم يكن لها نشاط نووي؛ نظراً للطبيعة الخاصة للإشعاع النووي؛ إذ إنه ينتقل عبر الجو ولمسافات بعيدة؛ فجد كثير من دول العالم التي تمارس أنشطة نووية سلمية أو غير سلمية تلتزم بعدة معايير دولية لحماية الدول المجاورة لها من الإشعاع النووي أو التي يحتمل أن يقترب منها آثار الإشعاع النووي^(٥). وهذه المعايير الدولية هي الحد الأدنى من الحماية التي يجب مراعاتها عند استخدام الأنشطة النووية وفق اتفاقات دولية عقدت تحت رعاية الوكالة الدولية للطاقة الذرية أو اتفاقات إقليمية أو ثنائية، وهنا تنقسم الحماية الدولية من الإشعاع النووي إلى حماية وقائية (قبل التعرض)، وحماية علاجية (بعد التعرض) للإشعاع النووي^(٦).

(٥) انظر: د/ محمود ماهر محمد ماهر - نظام الضمانات الدولية للاستخدامات السلمية للطاقة النووية - رسالة دكتوراة - ١٩٨٠ - ص ٥٨ "الطاقة الذرية لها استخدامان؛ استخدام سلمي، واستخدام غير سلمي، ونظراً لهذه الطبيعة المزدوجة للطاقة الذرية كانت وظائف الوكالة الدولية للطاقة الذرية مزدوجة أيضاً، إحداها فنية تهدف إلى الإسهام في نشر الاستخدامات السلمية للطاقة النووية والأخرى رقابية تهدف إلى منع استخدام الطاقة النووية في الأغراض العسكرية وتهدف إلى توقي أخطارها على الصحة والممتلكات عند استخدامها في السلم.

(٦) "القواعد القانونية التي يتم صياغتها لتنظيم الاستخدام الآمن للإشعاع متنوعة، ومنها ما يقوم بدور وقائي، ومنها ما يقوم بدور علاجي؛ فالقواعد التي تقوم بدور وقائي تتمثل في تلك القواعد المنظمة للممارسات التي تتضمن تعرضاً للإشعاع، بحيث تحدد شروط الممارسة وضوابطها والوسائل الكفيلة بمنع تعرض العاملين والجمهور والبيئة لأي خطر غير مرغوب فيه. أما الدور العلاجي فهو المتمثل في تلك القواعد التي تتحرك بهدف علاج أو إزالة أي مخالفة لقواعد استخدام الطاقة الذرية، وتتعدد الوسائل القانونية الوقائية، وأبرز هذه الوسائل في مجال النشاط النووي هو الترخيص النووي والإشعاعي". انظر: د/ أيمن محمد سليمان مرعي - النظام القانوني للتراخيص النووية والإشعاعية - دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراة - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ٢٠٠٣ - ص ١٦ - ١٧.

٣ - إشكاليات البحث

يثير البحث عدة إشكاليات وتساؤلات حول المقصود بالإشعاع النووي؟ والمقصود بالحماية الدولية من الإشعاع النووي؟ وما هي ملامح الحماية الدولية من الإشعاع النووي في كل من مراحل تحقيق الأمان النووي، والتبليغ المبكر وتقديم المساعدة بشأن حادث نووي أو طارئ إشعاعي، وهل تكفي الحماية المادية للمواد النووية حالياً للوقاية من الإشعاع النووي؟ وكيف يمكن تبرير الممارسات التي تحوي في طياتها أنشطة نووية؟ وهل من الممكن تطبيق الأمثلة والحدود القصوى للجرعات كوقاية علاجية للإشعاع النووي؟ هذه التساؤلات يثيرها البحث مع تهافت الدول وسعيها نحو استخدام الأنشطة النووية السلمية.

٤ - منهج البحث

اتبعت في دراسة هذا الموضوع منهجاً تأصيلياً، وتحليلياً، ووصفياً؛ إذ إن المنهج التأصيلي يرجع الأحكام التفصيلية إلى أصولها النظرية، فعندما نعالج الحماية الدولية من الإشعاع النووي نردها إلى قاعدة قانونية دولية مفادها نص قانوني وارد في اتفاقية دولية صادرة عن الوكالة الدولية للطاقة الذرية. أما المنهج التحليلي الذي اتبعناه فهو يتمثل في شرح نصوص الاتفاقيات الدولية العالمية والإقليمية والثنائية المعنية بالطاقة الذرية؛ فضلاً عن مناقشة الحوادث النووية المختلفة التي مرت بها دول العالم، وكيف تم وضع قواعد للحماية من الإشعاع إثر وقوع هذه الحوادث. ومعتمداً على المنهج الوصفي في معرفة عمل الوكالة الدولية للطاقة الذرية وما شابهها من منظمات دولية تعمل على صياغة إطار واضح للحماية من الإشعاعات النووية.

٥ - تقسيم خطة البحث

ندرس في هذا البحث

الفصل الأول: الحماية الوقائية الدولية من التعرض للإشعاع النووي.

المبحث الأول: تحقيق الأمان النووي.

المبحث الثاني: التبليغ المبكر وتقديم المساعدة.

المبحث الثالث: الحماية المادية للمواد النووية.

الفصل الثاني: الحماية العلاجية الدولية لمن تعرض للإشعاع النووي.

المبحث الأول: تبرير الممارسات.

المبحث الثاني: تطبيق الحدود القصوى للجرعات.

المبحث الثالث: أمثلة الوقاية والأمان.

خاتمة البحث والنتائج والتوصيات

الفصل الأول

الحماية الوقائية الدولية من التعرض للإشعاع النووي

تمهيد وتقسيم

يقصد بالحماية الوقائية الدولية من التعرض للإشعاع النووي وضع واتخاذ كافة الاحتياطات والإجراءات والتدابير اللازمة لبسط الأمان النووي والحماية من الإشعاع النووي، والحيلولة دون وقوع أي حادث نووي أو طارئ إشعاعي، والتقليل من آثاره إلى أدنى حد في حالة وقوعه. فكيف أدرك المجتمع الدولي أهمية الحماية من التعرض للإشعاع النووي، وما هي ملامح تلك الحماية في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالوقاية من الإشعاع النووي، هذا ما يجيب عنه الفصل الأول في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تحقيق الأمان النووي.

المبحث الثاني: التبليغ المبكر وتقديم المساعدة.

المبحث الثالث: الحماية المادية للمواد النووية.

المبحث الأول

تحقيق الأمان النووي

أولاً: إدراك المجتمع الدولي أهمية الحماية من التعرض للإشعاع النووي

أدرك المجتمع الدولي أهمية الحماية من التعرض للإشعاع النووي^(٧)، فجاءت ديباجة اتفاقية الأمان النووي ١٧ يونيو ١٩٩٤ معلنةً هذا الإدراك بضمان استخدام الطاقة النووية على نحو مأمون وجيد التنظيم وسليم بيئياً^(٨)، وأن الأطراف المتعاقدة

(٧) "يمكن تلخيص المخاطر المحتملة لاستخدام الطاقة الذرية في الأغراض السلمية في التعرض للإشعاعات الذرية، وخطورة التلوث بالإشعاعات، والمخاطر الناشئة عن سلسلة الانشطار النووي" انظر: د/ سمير محمد فاضل - المسؤولية الدولية عن الأضرار الناتجة عن استخدام الطاقة النووية وقت السلم - عالم الكتب - ١٩٧٦ - ص ٢٠-٢١

(٨) "أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في جلستها العامة رقم ٢١١٢ في ١٥ ديسمبر ١٩٧٢ عدة قرارات مترتبة على مؤتمر البيئة منها القرار رقم ٢٩٩٤ XXVII بإعلان يوم ٥ يونيو من كل عام يوماً عالمياً للبيئة، وفي قرارها ٢٩٩٦ XXVII أكدت قواعد المسؤولية الدولية فيما يتعلق بمسائل البيئة والواردة في المبدئين ٢١ - ٢٢ من إعلان المؤتمر، وإقراراً لما توضح بالقرار الصادر من مؤتمر استكهولم بشجب تجارب الأسلحة الذرية أصدرت الجمعية العامة قرارها رقم ٢٩٣٤ A.B.C XXVII في ٢٩ نوفمبر ١٩٧٢ بإدانة الأسلحة الذرية وطالبت الدول بالكف عن الاستمرار فيها" انظر: د/ سمير محمد فاضل - مرجع سابق - ص ٢٣٠-٢٣١

في هذه الاتفاقية تؤكد على الالتزام باستمرارية العمل على رفع مستوى الأمان النووي على نطاق العالم؛ فضلاً عن ذلك أكد الأطراف في اتفاقية الأمان النووي^(٩) أنه تقع على عاتق الدولة التي تخضع لولايتها منشأة نووية مسؤولية الأمان النووي أو بمعنى آخر الحماية من التعرض للإشعاع النووي^(١٠).

فيعد مبدأ إشراف الدولة ورقابتها على النشاطات الذرية مبدأً متعارفاً عليه دولياً؛ نظراً لما لهذه النشاطات من وضع متميز عن باقي النشاطات الصناعية الأخرى لشدة خطورتها، وغالباً ما تتجاوز أضرارها الجسيمة حدود الدولة وترتفع قيمة التعويضات عن أضرارها، لذا فالدولة التي تمنح الترخيص بالنشاط الذري تعد مسؤولة عن مطابقة حامل الرخصة للمعايير التي تفرضها الدولة والمتفق عليها دولياً، ومن ثم إذا اضطلعت الدولة بنفسها بتنفيذ النشاط الذري أو القطاع الخاص التي رخصت له بذلك؛ فإن الدولة مسؤولة في جميع الحالات عن مستوى الأمان والحماية من الإشعاع النووي^(١١).

وجاءت اتفاقية الأمان النووي بأهداف واضحة تؤكد على يقين المجتمع الدولي بأن "أي صك دولي يعنى باستخدام الطاقة النووية لابد أن يبلغ مستوى عال من الأمان النووي على نطاق العالم، والحفاظ على ذلك المستوى من خلال تعزيز التدابير الوطنية والتعاون الدولي على نحو يشمل عند الاقتضاء التعاون التقني فيما يتعلق بالأمان"^(١٢). وإذا نظرنا إلى هذا النص السابق في اتفاقية الأمان النووي نلاحظ الضعف البالغ في الصياغة نظراً لأن الصياغة اشتملت عند تطلب التعاون التقني في مسألة الأمان أن يكون ذلك إذا اقتضى الأمر، ولكني أرى هنا ضرورة وجود التزام

(٩) الأمان النووي هو كافة الإجراءات والاحتياطات اللازمة لسلامة وأمان تشغيل الأجهزة والمعدات والمنشآت النووية من أي تعرض إشعاعي غير مقنن ينتج من الأنشطة التي ينظمها القانون، فالأمان النووي بمعنى آخر هو تحقيق أفضل ظروف تشغيل ممكنة لمنع الحوادث أو التخفيف من نتائجها حال وقوعها حماية للعاملين والجمهور والبيئة من أي خطر إشعاعي. انظر: د/ أيمن محمد سليمان مرعي - المرجع السابق - ص ٢١.

(١٠) اعتمدت اتفاقية الأمان النووي في ١٧ يونيو ١٩٩٤ من قبل مؤتمر دبلوماسي عقدته الوكالة الدولية للطاقة الذرية في الفترة من ١٤ - ١٧ - يونيو ١٩٩٤ وفتح باب التوقيع على الاتفاقية في ٢ سبتمبر ١٩٩٤ خلال الدورة العادية ٣٨ للمؤتمر العام للوكالة، وبدأ نفاذ تلك الاتفاقية في اليوم التسعين من تاريخ إيداع الوثيقة رقم ٢٢ من وثائق التصديق أو القبول أو الموافقة لدى مدير عام الوكالة. وكان من ضمن تلك الوثائق وثنائ ١٧ دولة لدى كل منها منشأة نووية واحدة على الأقل دخل قلب أحد مفاعلاتها إلى مرحلة حرجة". انظر: ديباجة اتفاقية الأمان النووي ص ١.

(١١) انظر: د/ سمير محمد فاضل - مرجع سابق - ص ٢٣٠-٢٣١.

(١٢) انظر: اتفاقية الأمان النووي - مرجع سابق - المادة ١ / ١ - ص ٢.

واضح بالتعاون التقني فيما يتعلق بالأمان تأسيساً على كونه التزاماً واجباً وليس أمراً اختيارياً خاصة للدول التي تملك التكنولوجيات والتقنيات الخاصة بالأمان النووي التي قد تكفل حل المشكلة التي تمر بها دولة عضو في الاتفاقية. فلا بد أن تعاد صياغة الهدف السابق ليكون على النحو التالي "والتعاون الدولي الذي يشمل بشكل أساسي التعاون التقني فيما يتعلق بالأمان النووي"، وبذلك يكون الالتزام بالأمان والتعاون الدولي فعالاً بصورة أكثر ديناميكية من فعاليته عند الاقتضاء^(١٣). حيث يرى البعض أن المعاهدات التي تعقد بشأن استخدام الطاقة النووية تهدف في المقام الأول إلى التعاون الدولي في حالة حدوث حوادث نووية^(١٤).

ثانياً: الالتزام بإنشاء دفاعات ضد الخطر الإشعاعي المحتمل والحفاظ عليها

قد أوردت اتفاقية الأمان النووي التزاماً جوهرياً على الدول العاملة في المجال النووي؛ مفاده إنشاء دفاعات ضد الأخطار الإشعاعية المحتملة، وضرورة الحفاظ على تلك الدفاعات لحماية الأفراد والمجتمع والبيئة من الآثار الضارة للإشعاعات المؤينة الناتجة عن مثل هذه المنشآت^(١٥). ويتزامن مع هذا الالتزام ما أشارت إليه لجنة القانون الدولي من التزام في المادة ١٤ من مشروعها بشأن المسؤولية الدولية عن النتائج الضارة الناجمة عن أفعال لا يحظرها القانون الدولي من أنه "يجب على الدول أن تتخذ جميع التدابير المناسبة للوقاية من مخاطر ضرر جسيم عابر للحدود أو للتقليل منها إلى أدنى حد في حالة وقوعها^(١٦)(١٧)". وهذا الالتزام تتحمله الدولة التي تضطلع بالنشاط النووي بنفسها أو من خلال القطاع الخاص المرخص له بذلك؛ على عكس

(١٣) "واجب التعاون في حالة وقوع أضرار نووية " انظر د/ نجوى رياض إسماعيل - المسؤولية الدولية عن أضرار تشغيل السفن النووية في وقت السلم - ٢٠٠٠ - ص ٥٢٠ - ٥٢٤.

(١٤) انظر: د/ محمد مصطفى يونس - استخدام الطاقة النووية في القانون الدولي العام - ١٩٩٦ - دار النهضة العربية - ص ١٨.

(١٥) نصت المادة ١ / ٢ "إنشاء دفاعات فعالة في المنشآت النووية ضد الأخطار الإشعاعية المحتملة، والحفاظ على تلك الدفاعات لحماية الأفراد والمجتمع والبيئة من الآثار الضارة للإشعاعات المؤينة الناتجة عن مثل هذه المنشآت " انظر: اتفاقية الأمان النووي- مرجع سابق - ص ٢.

(١٦) انظر: د/ نجوى رياض إسماعيل - مرجع سابق - ص ٥١٢.

(١٧) (N.E.S. - " Les obligations internationales des Etats européens en matière de protection sanitaire contre les radiations nucléaires " - Annuaire français de droit international - volume 5 - 1959 - p 704.

الالتزام بالمظلة الذرية الذي تمنحه الدول الذرية للدول غير الذرية مقابل عدم الحصول على السلاح الذري^(١٨).

ثالثاً: منع وقوع أي حادث إشعاعي نووي والالتزام بتخفيف حدته في حالة وقوعه

شملت الحماية الدولية الوقائية من الإشعاع النووي التزاماً بالحيلولة دون وقوع حوادث ذات عواقب إشعاعية، بل وتخفيف حدة هذه العواقب في حالة وقوعها^(١٩). ويعد ذلك من قبيل الالتزام بتقليل الضرر في الاتفاقيات الدولية، والذي مفاده أن الدولة التي تتحمل مسؤولية النشاط النووي أو التي رخصت به لأي من المرخص لهم يقع عليها التزام بتقليل الضرر إلى حده الأدنى وفق سلسلة من الإجراءات والتدابير التي تتخذها الدولة تهدف لعدم وقوع الحادث النووي والالتزام بتخفيف حدته في حالة وقوعه.

وهذا الالتزام بتقليل الأضرار نجده في كثير من الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢ حيث نصت المادة ١٩٩ "..... تتعاون الدول الواقعة في المنطقة المتأثرة وفقاً لإمكانياتها والمنظمات الدولية المختصة بقدر المستطاع في القضاء على آثار التلوث، وكذلك في منع الضرر أو خفضه إلى الحد الأدنى..."^(٢٠). ومن ثم فالالتزام بتقليل الأضرار هو التزام عام في القانون الدولي العام بشتى فروع، وفي القانون الدولي النووي له معنى خاص فحواء الالتزام بعدم التسبب في وقوع حادث نووي إشعاعي، والالتزام بتخفيف حدته في حالة وقوعه.

رابعاً: الالتزام برفع مستوى الأمان للمنشأة النووية أو الإغلاق

ألزمت اتفاقية الأمان النووي الدول المتعاقدة باتخاذ الخطوات المناسبة التي تكفل الإسراع باستعراض مستوى الأمان في المنشأة النووية الخاضعة لولايتها، ويقع على

(١٨) "استهدفت الدول الذرية طمأنة الدول غير الذرية إذا ما وقعت الأخيرة على معاهدة منع انتشار الأسلحة النووية بأن التزام الدول الذرية تجاه الدول غير الذرية هو الحماية ضد الاعتداء الذري بشرط التزام الدول غير الذرية الموقعة على المعاهدة بعدم الحصول بطريقة ما على السلاح الذري". انظر: د/ حسين خلاف (رئيس وفد مصر إلى مؤتمر نزع السلاح) - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد ٣٠ - ١٩٧٤ "ضمانة الدول الذرية للدول غير المسلحة ذرياً ضد الاعتداء الذري" - ص ١١.

(١٩) انظر: اتفاقية الأمان النووي المادة ١ / ٣ - مرجع سابق - ص ٢.

(٢٠) انظر: اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢ - المادة ١٩٩ - خطط الطوارئ ضد التلوث - ص ١١٨.

عاتق الدولة التي تستعرض الأمان النووي للمنشأة النووية التزام مفاده التعجيل بإجراء جميع التحسينات المعقولة لرفع مستوى أمان المنشأة النووية^(٢١). فإذا تعذر رفع مستوى الأمان نشأ التزام آخر مضمونه تنفيذ الخطط الموضوعة لإغلاق المنشأة النووية في أقرب وقت ممكن عملياً^(٢٢). ومن ثم نستنتج هنا التزاماً آخر يسبق الالتزامات السابقة؛ ألا وهو وضع خطة إغلاق المنشأة النووية في حال تعذر رفع مستوى الأمان النووي بالتناسب مع القواعد الدولية المنظمة لعملها^(٢٣).

خامساً: التزام الدولة صاحبة المنشأة النووية بالشفافية

ودليل الشفافية هو أن تلتزم الدولة صاحبة الولاية على المنشأة النووية بوضع إطار تشريعي ورقابي يعلن ينظم الأمان النووي، على أن يشمل ذلك الإطار وضع متطلبات ولوائح وطنية للأمان، ووضع نظام ترخيص المنشآت النووية، وحظر تشغيل أي منشأة نووية بدون رخصة، ووضع نظام تفتيش رقابي وتقييمي للمنشآت النووية للتأكد من الامتثال للوائح السارية وشروط الترخيص^(٢٤). وهنا تضطلع الوكالة الدولية للطاقة الذرية بوظيفة رقابية تتفرع إلى قسمين رئيسيين:

- ١ - رقابة الصحة والسلامة والحماية من الإشعاع النووي.
- ٢ - رقابة الضمانات (عدم تحويل استخدام الطاقة الذرية للأغراض العسكرية) وهي نوعان رقابة داخلية ورقابة خارجية^(٢٥). وتساعد محكمة العدل الدولية في هذه الرقابة المجتمع الدولي من خلال تحديد مدى جدية وخطورة ووجود النزاع من عدمه، وهذا ماحدث بالفعل في قضية التجارب النووية بين فرنسا وأستراليا^(٢٦).

(٢١) انظر: د/ نجوى رياض إسماعيل - مرجع سابق - تعدد مستويات الأمان الفنية، ومستويات الأمان التنظيمية - ص ١٠٧.

(٢٢) Safety Assessment for the Decommissioning of Facilities Using Radioactive Material - IAEA Safety Standards for protecting people and the environment - Safety Guide No.WS-G-5.2-2008- p 9

(٢٣) انظر: اتفاقية الأمان النووي - مرجع سابق - المادة ٦ - ص ٣.

(٢٤) انظر: اتفاقية الأمان النووي - مرجع سابق - المادة ٧ - ص ٣.

(٢٥) "أما الرقابة الداخلية فهي تشمل الرقابة الداخلية على المواد النووية التي تحوزها الوكالة نفسها لمنع تحويلها للأغراض العسكرية؛ وأما الرقابة الخارجية فهي تشمل ضمان عدم تحويل الطاقة الذرية المستخدمة في دولة ما أو المستخدمة بواسطتها للأغراض العسكرية" انظر: د/ محمود ماهر محمد ماهر - مرجع سابق - ص ٦٤-٦٥.

(٢٦) "مهمة محكمة العدل الدولية من الوجهة القانونية هي فض المنازعات القائمة بين الدول، لذا فالشرط الأساسي لكي تمارس المحكمة اختصاصاتها القضائية هو وجود نزاع، ولا يكفي أن يدعي أحد الأطراف بوجود نزاع، فقد جاء في الرأي الاستشاري للمحكمة في قضية تفسير =

سادساً: مسؤولية حامل الرخصة النووية

حسناً فعل أعضاء المجتمع الدولي إذ أوكلوا مهمة الأمان النووي إلى حامل الرخصة أثناء ممارسته للنشاط النووي، ومن ثم نجد أن المسؤولية الدولية عن الأضرار التي تسببها المنشأة النووية هي مسؤولية مزدوجة ذات شقين:

١- الشق الأول: مسؤولية الدولة التي تخضع لولايتها المنشأة النووية عند منح الترخيص، وأثناء تشغيل المنشأة بالرقابة على إجراءات الأمان النووي ومدى استيفائها؛ ففي الاتفاقية الدولية للمسؤولية المدنية عن الأضرار النووية (فيينا ٢١/٥/١٩٦٣) تنص المادة (١/٥) من الاتفاقية والذي يقر "المسؤولية المطلقة للمنشآت النووية عن الأضرار النووية الناتجة عن تشغيل تلك المنشآت" وتقدر المسؤولية المدنية للدولة التي يعمل بها المشروع بما لا يقل عن ٥ مليون دولار عن أي حادث نووي، وتنص الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٤ على أنه "يجوز إعفاء المنشآت النووية من التعويض إذا كان الخطأ بفعل الطرف المجني عليه، أو إذا كان نتيجة نزاع مسلح، أو بسبب كوارث طبيعية جسيمة" (٢٧).

٢- الشق الثاني: مسؤولية حامل الرخصة عن استيفاء متطلبات الأمان النووي والالزام توافرها لتشغيل المنشأة النووية (٢٨).

= معاهدات الصلح مع بلغاريا وهنغاريا ورومانيا. "أن على المحكمة أن تقرر ما إذا كان هناك نزاع قائم أم لا؛ ومعنى هذا أن النزاع لابد أن يظل قائماً إلى وقت النطق بالحكم، كما يجب أن يؤخذ في الاعتبار احتمال انتهاء النزاع بسبب تحقيق ما يطلبه المدعي عن طريق آخر غير المحكمة، وتقصد المحكمة، بذلك التصريحات التي أدلت بها فرنسا والخاصة بانتهاء التجارب النووية". والمحكمة ترى بعد أن تبين لها أن فرنسا قد التزمت بإنهاء التجارب النووية وحققت بذلك ما كانت تسعى إليه أستراليا، أن النزاع أصبح غير قائم وأن ادعاء أستراليا أصبح غير ذي موضوع". د/ عزيزة مراد فهمي - تعليقاً على حكم محكمة العدل الدولية في قضية التجارب النووية بين فرنسا وأستراليا أمام محكمة العدل الدولية - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد الحادي والثلاثون - ١٩٧٥ - ص ٣٧٧.

(٢٧) انظر: د/ محمد مصطفى يونس - مرجع سابق - ص ٦٧.

(٢٨) Environmental and Source Monitoring for Purposes of Radiation Protection - IAEA Safety Standards - Environmental and Source Monitoring for Purposes of Radiation Protection for protecting people and the environment - Safety Guide - 2005 - p 14, see also New evidence on the presumption against preemption: an empirical study of congressional responses to supreme court preemption decisions - Harvard law review - 2007- Vol. 120:1604 p 1616 " The Supreme Court held that the Atomic Energy Act of 1954 did not preempt a state court's award of punitive damages against Kerr-McGee, a nuclear facility operator, for failing to protect its employees from radioactive material."

والملاحظ هنا أن مسؤولية الدولة تبدأ قبل بدء تشغيل المنشأة النووية وأثناء التشغيل وعند الإغلاق، وبعد الإغلاق، ومن ثم فهي مسؤولية ممتدة، ويستتبعها مسؤولية حامل الرخصة الواردة على سبيل التخصيص، وهي التي أسندتها إليها الدولة صاحبة الحق في منح الترخيص حيث نصت المادة ٩ من اتفاقية الأمان النووي على " يكفل كل طرف متعاقد إسناد المسؤولية الأساسية عن أمان المنشأة النووية إلى حامل الرخصة ذات الصلة، ويتخذ الخطوات المناسبة التي تكفل اضطلاع كل من يحمل مثل هذه الرخصة بمسؤولياته^(٢٩)."

سابعاً: تقييم الأمان النووي والتحقق منه

يقع على عاتق الدولة التي تخضع المنشأة النووية لولايتها الالتزام بتقييم الأمان والتحقق منه، وذلك باتخاذ الخطوات المناسبة التي تكفل:

١- إجراء تقييم شامل للأمان قبل تشييد المنشأة النووية^(٣٠)، وطوال عمر تشغيلها، بشرط أن تكون مدعومة بالوثائق، واستعراضها بموجب السلطة المخولة للهيئة الرقابية.

٢- إجراء تحقيق عن طريق التحليل والمراقبة والاختبار والتفتيش، يكفل استمرار التطابق بين الحالة المادية للمنشأة النووية وتشغيل هذه المنشأة، وبين تصميمها ومتطلبات الأمان الوطنية السارية والحدود والشروط التشغيلية^{(٣١)(٣٢)}.

ثامناً: الالتزام بحصر التعرض في حده الأدنى وعدم تجاوز حدود الجرعات

يشمل هذا الالتزام كافة الالتزامات المتعلقة بالسلامة النووية والأمان النووي؛

(٢٩) انظر: اتفاقية الأمان النووي - مرجع سابق - المادة ٩ ص ٤، وانظر أيضاً: د/ سمير محمد فاضل - مرجع سابق - إسناد النشاطات الذرية للدولة - ص ١٧٤.

(٣٠) انظر: مدونة قواعد السلوك بشأن أمان مفاعلات البحوث - سلسلة معايير الأمان الصادرة عن الوكالة الدولية للطاقة الذرية - ٢٠٠٦ - ص ١٢.

(٣١) انظر: اتفاقية الأمان النووي - مرجع سابق - المادة ١٤ - ص ٥.

(٣٢) "وقد وضعت الوكالة أربعة أسس للأمان النووي يتلخص مضمونها فيما يلي: ١- وضع القواعد التشريعية لإنشاء جهاز مسؤول عن التفتيش والرقابة الحكومية بشأن الأمان النووي وحماية البيئة. ٢- وضع الأسس القانونية التي تضمن إنشاء وتشغيل المنشآت النووية للدول الأعضاء مع مراعاة عدم تعرض العاملين فيها أو أفراد الشعب لأية أخطار إشعاعية، ووضع الأسس القانونية لحماية البيئة من التعرض الإشعاعي. ٣- وضع نظام قانوني لمتطلبات تراخيص المنشآت النووية التي تقدم للجهاز المسؤول عن التفتيش". انظر: د/ نجوى رياض إسماعيل - مرجع سابق - ص ١٠٣.

لأن مفاد الاتفاقات النووية كلها حماية الفرد البشري من التعرض للإشعاع؛^(٣٣) وهذه الحماية هنا في هذا الالتزام غير كافية؛ فنجد الاتفاقية الدولية قد استعملت مصطلحات مطاطة في توفير الحماية المطلوبة ومثالها "حصر التعرض للإشعاع في أقل مستوى يمكن بلوغه بصورة معقولة، وأيضاً عدم تعرض أي فرد لجرعات إشعاعية تتجاوز حدود الجرعات الوطنية المقررة"، ومن ثم أقرت دول العالم المستخدمة للطاقة النووية بأنه لا مفر من التعرض للإشعاع النووي، ولكن هناك حداً مسموحاً به من الإشعاع وهو المقصود بالنص "في أقل مستوى يمكن بلوغه بصورة معقولة"، "وعدم تعرض أي فرد لجرعات إشعاعية تتجاوز حدود الجرعات الوطنية المقررة".

تاسعاً: الالتزام بالتأهب للطوارئ

يلتزم كل طرف متعاقد باتخاذ الخطوات المناسبة التي تكفل تزويد سكانه والسلطات المختصة في الدول الواقعة في مناطق مجاورة للمنشأة النووية بمعلومات مناسبة عن التخطيط والتصدي لحالات الطوارئ في حالة تعرضهم وتأثرهم بأي طارئ إشعاعي. وهذه الخطة تكون داخل موقع المنشأة وخارجه، ومحل اختبار دوري قبل أن يتجاوز تشغيلها مستوى معين للقدرة على الإشعاع تحدده الجهة المراقبة للإشعاع النووي^(٣٤). وتلتزم الدول بوضع خطط للطوارئ لمواجهة أي طارئ إشعاعي من المنشأة النووية، وهو التزام احترازي وقائي يقع على عاتق الدولة التي تمنح الرخصة والتي تخضع لولايتها المنشأة النووية؛ وذات الالتزام يقع على عاتق الدول المجاورة للمنشأة النووية بضرورة تزويدها بالمعلومات التي تكفل التخطيط والتصدي لأي تأثير بأي طارئ إشعاعي^(٣٥). وأيضاً تضع خططاً للطوارئ تخصها في حالة وقوع مثل هذا الطارئ في منشأة نووية مجاورة^(٣٦).

(٣٣) "يتخذ كل طرف متعاقد الخطوات المناسبة التي تكفل في جميع الحالات التشغيلية حصر تعرض العاملين والجمهور للإشعاعات الناجمة عن المنشأة النووية في أقل مستوى يمكن بلوغه بصورة معقولة؛ فضلاً عن اتخاذ كل طرف متعاقد الخطوات المناسبة التي تكفل عدم تعرض أي فرد لجرعات إشعاعية تتجاوز حدود الجرعات الوطنية المقررة." انظر: اتفاقية الأمان النووي - مرجع سابق - المادة ١٥ - ص ٥.

(٣٤) انظر: اتفاقية الأمان النووي - مرجع سابق - المادة ١٦ / ١ - ص ٦.

(٣٥) انظر: اتفاقية الأمان النووي - مرجع سابق - المادة ١٦ / ٢ - ٣ - ص ٦.

(٣٦) "تبرز أهمية وجود خطة للطوارئ لمجابهة أية أعطال أو حوادث قد تنتج من المفاعل النووي مع مراعاة إجراء تجارب أو تدريبات دورية لاختبار المقدرة على تنفيذها وصلاحياتها في مواجهة الأعطال والحوادث النووية والإشعاعية أو التقليل من تأثيرها الضار إلى أدنى حد، والخبرة العالمية في إعداد خطط الطوارئ النووية والإشعاعية تشير إلى أن إعداد هذه الخطط =

عاشراً: الالتزام باختيار المواقع وتصميم وتشبيد المنشأة

الالتزام باختيار المواقع هو التزام مبدئي قبل تشغيل المنشأة النووية ويهدف إلى تقييم العوامل ذات الصلة بالموقع، والتي تؤثر على أمان المنشأة النووية خلال تشغيلها، وتقييم ما يرجح أن يترتب على المنشأة النووية المقترحة من أثر على أمان الأفراد والمجتمع والبيئة. وإعادة تقييم كل ما سبق عند الضرورة ضماناً لاستمرار صلاحية موقع المنشأة النووية من حيث الأمان. والتشاور مع الأطراف المتعاقدة الواقعة في مناطق مجاورة للمنشأة النووية المقترحة، بقدر ترجيح احتمال تأثر هذه الأطراف بتلك المنشأة، وتزويدها بالمعلومات اللازمة بناء على طلبها لتمكينها من تقييم أثر المنشأة النووية من حيث الأمان في أراضيها وتكوين رأيها الخاص عنه^(٣٧).

ويلاحظ هنا أن الالتزام باختيار الموقع الخاص بالمنشأة يحوي في طياته الحماية من التعرض للإشعاع النووي أو احتمالية التعرض لمثل هذا الإشعاع^(٣٨). ولا بد أن يوفر تصميم وتشبيد المنشأة النووية الحماية من انطلاق مواد مشعة بغية الحيلولة دون وقوع الحوادث، والتخفيف من عواقبها الإشعاعية في حالة وقوعها^(٣٩). وأن تكون التكنولوجيات المستخدمة في ذلك قد ثبتت صلاحيتها عن طريق التجربة أو

= يكون شديد الصعوبة إذا لم يتوافر التعاون والتنسيق بين الأجهزة المعنية في الدولة والتي يقع عليها الدور الهام في مواجهة هذه الحوادث. انظر: د/ نجوى رياض إسماعيل - مرجع سابق - ص ٦١٠ - ٦١١.

(٣٧) انظر: اتفاقية الأمان النووي - مرجع سابق - المادة ١٧ - ص ٦.

(٣٨) "المحاولة لتقليل التبليغ المحتملة من الحادثة الناتجة عن مفاعل نووي تقوم الضمانة الثانية للأمان النووي والمتعلقة بمعايير أخرى لاختيار الموقع، أي موقع إنشاء وتشغيل المفاعل. فيجب أن يكون بصفة عامة بعيداً عن المناطق المأهولة بالسكان، بالإضافة إلى وجوب تخصيص منطقة خاصة حول المفاعل يصل نصف قطرها إلى بضعة كيلومترات يحظر فيها تواجد أية أنشطة إلا بإذن خاص، بالإضافة إلى دراسة الموقع المزمع إنشاء المفاعل النووي فيه من النواحي الآتية: ١- استبعاد احتمالات تعرض هذا الموقع لحادث يرجع إلى أسباب خارجية مثل سقوط طائرات أو حدوث انفجارات مجاورة له أو وجود حركة مرور شديدة يمكن أن ينتج عنها انطلاق غازات أو أبخرة كيميائية. ٢- دراسة الموقع من الناحية الأيكولوجية ويقصد بها دراسة العوامل الجغرافية والهيدروغرافية والهيدروولوجية والمناخية والعوامل الطبيعية الأخرى للمنطقة التي سيقام أو يشغل فيها المفاعل النووي. وتهدف هذه الدراسات إلى معرفة تأثير الحادثة النووية على المنطقة التي سيقام بها المفاعل من ناحية احتمالية حدوث ثلوث إشعاعي وحجم الضرر الذي يمكن أن يلحق بالمواطنين في هذه المنطقة وعلى البيئة المحيطة، وقد تؤدي هذه الدراسات إلى عدم التصريح بإقامة المفاعل في هذه المنطقة" انظر: د/ نجوى رياض إسماعيل - مرجع سابق - ص ٦٠٧ - ٦٠٩.

(٣٩) انظر: د/ نجوى رياض إسماعيل - مرجع سابق - ص ٦٠٧.

الاختبار أو التحليل. ويشترط أيضاً أن يحقق تصميم المنشآت النووية التشغيل المعول عليه^(٤٠). ولكن كيف يكون تشغيل المنشأة النووية متوافقاً مع متطلبات الحماية من الإشعاع النووي؟ أجابت عن هذا التساؤل المادة ١٩ من اتفاقية الأمان النووي والتي افترضت وجود عدة متطلبات عند تشغيل المنشأة النووية:

- ١ - أن يستند الإنذن المبدئي بتشغيل المنشأة النووية إلى تحليل ملائم للأمان وإلى برنامج لبدء التشغيل يبرهن على أن المنشأة على النحو الذي شيدت به مطابقة لمتطلبات التصميم والأمان ولا بد من معرفة الحدود والشروط التشغيلية، وتنقح هذه الحدود والشروط حسب الاقتضاء لتعيين حدود التشغيل المأمونة، وأن يتم تشغيل المنشأة النووية وصيانتها وتفتيشها واختبارها وفقاً للإجراءات المعتمدة.
- ٢ - أن تتخذ إجراءات تكفل التصدي لمصادفات التشغيل المتوقعة وللحوادث، وأن يتوفر الدعم الهندسي والتقني الضروري في جميع المجالات المتصلة بالأمان طوال عمر تشغيل المنشأة النووية. وعلى حامل الرخصة تبليغ الهيئة الرقابية على وجه السرعة بالحوادث المؤثرة من حيث الأمان.
- ٣ - أن توضع برامج لتجميع الخبرة التشغيلية وتحليلها، وأن يتم العمل وفق النتائج المحرزة والاستنتاجات المستخلصة، وأن تستخدم الآليات القائمة لتقاسم الخبرات الهامة مع الهيئات الدولية مع المؤسسات المشغلة والهيئات الرقابية الأخرى.
- ٤ - أن يتم حصر توليد النفايات المشعة الناجمة عن تشغيل المنشأة النووية ضمن أدنى حد يمكن تحقيقه عملياً، وأن تراعى مقتضيات التكيف والتخلص من الوقود المستهلك والنفايات الناتجة عن أي عملية معالجة أو تخزين^(٤١) تقتضي الضرورة إجراءها، وترتبط ارتباطاً مباشراً بالتشغيل، وتتم في موقع المنشأة النووية^(٤٢).

(٤٠) انظر: اتفاقية الأمان النووي - مرجع سابق - المادة ١٨ - ص ٧.

(٤١) ((Storage of radioactive waste - IAEA standards for protecting people and the environment - safety guide No. WS-G-6.1-2006- p4 "The storage of radioactive waste must ensure that both human health and the environment will be protected, both now and in the future, without imposing undue burdens on future generations." see also The Management System for the Processing, Handling and Storage of Radioactive Waste - IAEA standards for protecting people and the environment - safety guide No. GS-G-3.3 - p 7.

(٤٢) انظر: اتفاقية الأمان النووي - مرجع سابق - المادة ١٩ - ص ٧-٨، وانظر أيضاً: عن معالجة النفايات المشعة - وثيقة التصرف في النفايات المشعة تمهيداً للتخلص منها - معايير الأمان الخاصة بالوكالة الدولية للطاقة الذرية من أجل حماية الناس والبيئة - الجزء الخامس من متطلبات الأمان العامة - العدد رقم - 2009 - GSR part 5 ص ١٦.

وهنا أضحت تحدد قواعد القانون الدولي بوضوح واجبات الدول والتزاماتها في موضوع إفراغ المخلفات الضارة؛ خاصة الفضلات ذات النشاط الإشعاعي من المشروعات الذرية في البحار^(٤٣).

خلاصة المبحث

أدرك المجتمع الدولي أن تحقيق الأمان النووي قبل وأثناء وبعد استخدام المواد النووية - بأية صورة كانت - يعد أهم سبل الحماية من الإشعاع النووي والوقاية من التعرض لآثار ذلك الإشعاع؛ والالتزام بالتدابير والإجراءات المعنية بالأمان النووي يعني الالتزام بالحد الأدنى من معايير السلامة النووية، وأن أية حوادث تقع لابد من الالتزام فيها بقواعد التبليغ المبكر والعمل على تنفيذ تدابير المساعدة والإسراع في طلبها ممن يملكها وهذا ما نعرض له في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

التبليغ المبكر وتقديم المساعدة

نادت الدول الموقعة على اتفاقية التبليغ المبكر عن وقوع حادث نووي^(٤٤) ١٩٨٦ بضرورة توفير معلومات ملائمة عن الحوادث النووية في أبكر وقت ممكن للتقليل إلى أدنى حد من العواقب الإشعاعية^(٤٥). وينطبق إجراء التبليغ المبكر على أي

(٤٣) "ومن ذلك الالتزام باتخاذ الحيلة اللازمة في عملية إغراق هذه المخلفات، وذلك بوضع القواعد واتخاذ الإجراءات اللازمة على المستوى الوطني والتي تكفل منع التلوث الضار بالبيئة البحرية، وقواعد تتضمن تحديد الجهة الوطنية التي تمنح الترخيص اللازم إذا كانت المخلفات من المسموح بإغراقها، والالتزام آخر يقع على كل دولة بالتعاون والتشاور مع الدول الأخرى والمنظمات الدولية المتخصصة عند وضعها للقواعد الخاصة بها لتكون هذه القواعد والإجراءات متماشية وغير متعارضة مع القواعد المعمول بها دولياً، والمتفق عليها بمعرفة الجهات الدولية المختصة، وهذه الالتزامات أضحت من قبيل القواعد العرفية الدولية وعلى ذلك فإن مخالفة أحد هذه الالتزامات العرفية يترتب المسؤولية الدولية". انظر: د/ سمير فاضل - التخلص من الفضلات الذرية - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد الثاني والثلاثون - ١٩٧٦ - ص ١٩٣ - ١٩٤.

(٤٤) اعتمد المؤتمر العام في دورته الاستثنائية التي انعقدت من ٢٤ - ٢٦ سبتمبر ١٩٨٦ اتفاقية التبليغ المبكر عن وقوع حادث نووي، وفتح باب التوقيع عليها في ٢٦ سبتمبر ١٩٨٦ في فيينا ويوم ٦ أكتوبر ١٩٨٦ في نيويورك، وقد بدأ نفاذها يوم ٢٧ أكتوبر ١٩٨٦. انظر: اتفاقية التبليغ المبكر عن وقوع حادث نووي ص ١.

(٤٥) أدركت الدول الأطراف أن هناك أنشطة نووية يجري تنفيذها في عدد من الدول، وتلاحظ الدول اتخاذ التدابير كغفلة مستوى عال من الأمان في الأنشطة النووية، بهدف منع وقوع =

حادث يشمل مرافق أو أنشطة^(٤٦) لدولة طرف أو لأشخاص أو لكيانات قانونية خاضعة لولايتها أو لسيطرتها، ويحدث منه، أو يحتمل أن يحدث من انطلاق مواد مشعة عبر الحدود الدولية^(٤٧). وفي عام ٢٠٠٥ أنشأت الوكالة الدولية للطاقة الذرية المركز المتكامل للحوادث والطوارئ IEC للتأهب والإبلاغ عن الحوادث والاستجابة لها وللطوارئ الإشعاعية والنووية بغض النظر عن سببها،^(٤٨) وأنشأت الوكالة شبكة

= حوادث نووية، والتقليل إلى أدنى حد من عواقب مثل هذه الحوادث في حالة وقوعها. وسعيًا إلى تحقيق مزيد من توطيد التعاون الدولي على التطوير والاستخدام الآمن للطاقة النووية. انظر: ديباجة اتفاقية التبليغ المبكر عن وقوع حادث نووي ص ٢.

(٤٦) المرافق والأنشطة هي أ) أي مفاعل نووي أينما كان موقعه، ب) أي مرفق لدورة الوقود النووي، ج) أي مرفق لتصريف النفايات المشعة، د) نقل وتخزين أي وقود نووي أو نفايات مشعة، هـ) صنع واستعمال وتخزين وتصريف ونقل نظائر مشعة لأغراض زراعية وصناعية وطبية وما يتصل بها من أغراض علمية وبحثية، و) استعمال نظائر مشعة لتوليد القوى في النظم الفضائية. انظر: اتفاقية التبليغ المبكر بحدوث حادث نووي المادة ١ ص ٣.

(٤٧) انظر: اتفاقية التبليغ المبكر بحدوث حادث نووي المادة ١ ص ٣.

(٤٨) " قدرات التأهب لحالات الطوارئ والاستجابة كانت موجودة داخل الوكالة منذ عام ١٩٥٩، وبعد فترة وجيزة تم إنشاء الوكالة، وتم تعزيز هذه القدرات بعد الحادث الذي وقع في محطة تشيرنوبيل للطاقة النووية عام ١٩٨٦، والحادث الذي وقع في محطة فوكوشيما داييتشي للطاقة النووية في عام ٢٠١١. وفي عام ٢٠٠٥ أعلنت الوكالة الدولية للطاقة الذرية إنشاءها للمركز المتكامل للحوادث والطوارئ IEC، وأضحى قرار إنشاء ذلك المركز أكثر إلحاحاً مع الزيادة المتوقعة في استخدام التطبيقات النووية، وكذلك مع القلق المتزايد حول الاستخدام الضار للمواد النووية أو المشعة"، وتضطلع الوكالة الدولية للطاقة الذرية بدور مهم في مجال التأهب والاستجابة للطوارئ وفقاً لاتفاقية التبليغ المبكر عن وقوع حادث نووي، واتفاقية تقديم المساعدة في حالة وقوع حادث نووي أو طارئ إشعاعي". ومهام المركز المتكامل للحوادث والطوارئ IEC هي: ١- تطوير معايير الأمان المتعلقة بالاستعداد والاستجابة للطوارئ، والأدلة والأدوات لدعم الدول الأعضاء والمنظمات الدولية، وتطوير المنهجيات لإدارة العواقب والأزمات. ٢- بناء على الطلب يقوم المركز بتوفير خدمات التقييم، والمساعدة للدول الأعضاء لتعزيز القدرات والترتيبات الخاصة بالاستعداد والاستجابة للطوارئ. ٣- وضع وتنفيذ ودعم برنامج شامل لبناء فعالية وقدرات الاستعداد والاستجابة للطوارئ، وتقديم المساعدة للدول الأعضاء في جهودهم الرامية لبناء القدرات، ولضمان أن أعضاء موظفي الأمانة العامة قادرون على الاستجابة بفعالية للحوادث والطوارئ الإشعاعية. ٤- تطوير وصيانة إطار الاستعداد والاستجابة للطوارئ المشتركة بين الوكالات. ٥- توفير نقطة اتصال للاستجابة لحالات الطوارئ بما في ذلك تقديم المساعدة في حالات الطوارئ بناء على الطلب. انظر في ذلك: موقع الوكالة الدولية للطاقة الذرية - مركز الحوادث والطوارئ - الرابط رقم ٣ بقائمة المراجع - المواقع الإلكترونية.

عالمية للمساعدة في الاستجابة العالمية RANET للمؤهلين على الاستجابة السريعة للحوادث النووية أو حالات الطوارئ الإشعاعية^(٤٩).

أولاً: التبليغ المبكر للحماية من الإشعاع النووي

(١) مضمون الالتزام بالتبليغ المبكر

تلتزم الدولة بالتبليغ والإعلام عن الحادث النووي بشكل مبكر وعليها لتحقيق ذلك:

١ - أن تبادر الدولة مباشرة أو عن طريق الوكالة الدولية للطاقة الذرية بتبليغ الدول التي أضررت أو يحتمل أن تضار مادياً بالحادث النووي، وطبيعته، ووقت حدوثه، وموقعه بالتحديد كلما كان ذلك ملائماً.

٢ - أن تسرع بتزويد الدول مباشرة أو عن طريق الوكالة بما يلزم من معلومات متاحة للتقليل إلى أدنى حد من الآثار الإشعاعية^(٥٠).

ولشمولية الإبلاغ ولعدم جواز خروج أي حادث نووي عن قواعد الإبلاغ به، قررت اتفاقية الإبلاغ والإخطار المبكر بحدوث حادث نووي "أنه يجوز للدول الأطراف أن تقوم بالتبليغ عن وقوع حوادث نووية أخرى غير التي نص عليها في الاتفاقية"^(٥١). والملاحظ هنا أن المشرع الدولي اعتمد مبدأ جوازية الإخطار، ويتضح ذلك من استخدام عبارات مثل "أن تبادر - وكلما كان ذلك ملائماً - أن تسرع" وكلها عبارات مطاطة لاتحمل معنى الالتزام السريع الذي يواكب الخطر النووي المنشود تجنبه، وهنا أرى ضرورة اعتماد إجبارية الإخطار المبكر بوقوع حادث نووي وليس

(٤٩) انظر في ذلك: وكالة الأمان النووي والحماية من الإشعاع الاسترالية - الرابط رقم ٤ بقائمة المراجع - المواقع الإلكترونية.

(٥٠) انظر: الخبير كارلتون ستوبير - جامعة مونتبلر - فرنسا - مقالة بعنوان الإطار القانوني للأمن النووي - كتاب الأمن النووي - جامعة نابف العربية للعلوم الأمنية - مركز الدراسات والبحوث - ٢٠٠٧ - ص ٣٣، وانظر أيضاً: اتفاقية التبليغ المبكر بحدوث حادث نووي - مرجع سابق - المادة ٢ ص ٤.

(٥١) تأكيداً لهذا الالتزام فقد أجازت المادة الثالثة الإبلاغ عن وقوع حوادث نووية أخرى خلافاً لتلك المنصوص عليها، وذلك من أجل التقليل إلى أدنى حد من الأضرار النووية. حيث نصت على أنه "من أجل التقليل إلى أدنى حد من العواقب الإشعاعية، يجوز للدول الأطراف أن تقوم بالتبليغ عن وقوع حوادث نووية أخرى خلافاً لتلك المنصوص عليها في المادة ١" انظر: اتفاقية التبليغ المبكر عن وقوع حادث نووي - المادة ٣ "الحوادث النووية الأخرى" - مرجع سابق - ص ٣.

الجوازية؛ لأن ذلك يتفق وهدف الاتفاقية الذي يسعى إلى التقليل إلى أدنى حد من العواقب الإشعاعية^(٥٢).

٢) فحوى المعلومات الواجب توفيرها

تتضمن المعلومات الواجب توفيرها البيانات التالية متى كانت متاحة لدى الدولة الطرف القائمة بالتبليغ:

أ - ١ - توقيت الحادث النووي، وموقعه بالتحديد كلما كان ذلك ملائماً، وطبيعته.
٢ - المرفق أو النشاط المعني بالنشاط الإشعاعي. ٣ - السبب المفترض أو المثبت للحادث النووي وتطوراته المتوقعة فيما يخص انطلاق المواد المشعة عبر الحدود.
٤ - الخصائص العامة للمواد المشعة المنطلقة. ٥ - معلومات عن الأحوال الجوية والهيدرولوجية السائدة والمتوقعة اللازمة للتنبؤ بانطلاق المواد المشعة عبر الحدود^(٥٣). ٦ - نتائج الرصد البيئي ذات الصلة بانطلاق المواد المشعة عبر الحدود. ٧ - التدابير الوقائية المتخذة أو المخططة خارج الموقع، وطبيعة الانتشار المتوقع خلال الفترة اللاحقة، وإجراءات الحماية الإشعاعية التي اتخذت والمخطط اتخاذها^(٥٤).

ب - يجب تعزيز هذه المعلومات على فترات ملائمة بمزيد من المعلومات الخاصة بتطور حالة الطوارئ وعن نهايتها المتوقعة أو الفعلية.

ج - يجوز استخدام تلك المعلومات دون قيود، ما لم تكن الدولة القائمة بالتبليغ قد قدمتها بصورة سرية^(٥٥).

وقد وقعت اليابان على تلك المعاهدة، ولم تجرِ كل الإجراءات المتوقعة الملزمة

(٥٢) انظر: اتفاقية التبليغ المبكر بحادث نووي - مرجع سابق - المادة ٣ ص ٤.

(٥٣) "من المعلوم على وجه اليقين أن المفاعل الذري لا يمكن أن يحدث الخسائر نفسها التي تحدثها الأسلحة النووية، وقد أكد الخبراء أنه لا يمكن استبعاد وقوع حادث نووي يكون له نتائج خطيرة رغم الاحتياطات الصارمة المتبعة في المنشآت الذرية، ومثال ذلك ما وقع من خلل بالمفاعل النووي بولاية بنسلفانيا بالولايات المتحدة في مارس ١٩٧٩ مما أدى لتسرب كمية من الإشعاعات الضارة من هذا المفاعل فأعلنت حالة الطوارئ وتم إخلاء المنطقة من سكانها حتى لا يتعرضوا للإشعاعات المتسربة ومخاطرها". انظر: د/ سمير محمد فاضل - تطوير قواعد المسؤولية الدولية لتتلاءم مع الطبيعة الخاصة للضرر النووي - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد السادس والثلاثون - ١٩٨٠ - ص ١٦٥.

(٥٤) انظر: د/ نجوى رياض إسماعيل - مرجع سابق - ص ٥٠٦ - ٥٠٧.

(٥٥) انظر: اتفاقية التبليغ المبكر بحادث نووي - مرجع سابق - المادة ٥ - ص ٥.

لها في المعاهدة عقب كارثة فوكوشيما، وفي ١٦ مارس ٢٠١١ اشتكى المدير العام للوكالة الدولية للطاقة الذرية "يوكيا أمانو" أن مسؤولي دولة اليابان لم يقدموا معلومات كافية حول الحادث، وهنا ردد المدير التنفيذي لمركز المعلومات والتدريب وأبحاث التحقق "أندريه بيرسبو" (وهي مجموعة لا تهدف للربح قد قدمت مشورتها للوكالة الدولية للطاقة الذرية) قوله: "إن موظفي اليابان أنفسهم لم يكن لديهم معلومات كافية للوفاء بالتزاماتهم"؛ ولذلك قامت الحكومة اليابانية بالتوجه نحو دول شرق آسيا لتتعلم من بروتوكولات الإخطار المبكر الموجودة لديهم والتي تواكب الحوادث النووية. وهنا قام رئيس الوزراء الياباني "كين" مع الوزير الصيني "وين جيا باو" والرئيس الكوري الجنوبي "لي ماينج باك" بالتواصل عن قرب لتشكيل إطار عام حول الإخطار التحذيري المبكر للحوادث، وتوصلت الدول الثلاث اليابان والصين وكوريا في النهاية للتوقيع على مبادرة الأمان النووي، وبيان نوايا يهدف إلى صياغة بروتوكولات تتضمن التبادل السريع للمعلومات في حالة حدوث الحادث النووي. وقطعت الدول الثلاث وعداً بتطوير منهج مشترك وتنظيم كاف للأمان النووي قائم على معايير الأمان النووي للوكالة الدولية للطاقة الذرية ومشاركة الخبرات وأفضل الممارسات، والحفاظ على القدرة والكفاءة لمنع الكوارث والاستجابة للطوارئ، ولوضع إطار تنظيمي للشفافية لكونها ذات أهمية حاسمة^(٥٦).

٣) الالتزام بالتشاور وصولاً للحد الأدنى من العواقب الإشعاعية

على الدولة التي تقوم بتوفير المعلومات أن تستجيب بسرعة - كلما كان ذلك ممكناً - وبشكل معقول لأي طلب تقدمه إحدى الدول الأطراف المتضررة للحصول على مزيد من المعلومات أو لإجراء مزيد من المشاورات حول تدنية العواقب الإشعاعية في هذه الدولة^(٥٧). والملاحظ هنا أن الالتزام بالإسراع في توفير المعلومات أو في إجراء المزيد من المشاورات هو التزام ببذل عناية؛ لأن النص قد ورد به عبارة "كلما كان ذلك ممكناً"، وعبارة "وبشكل معقول" مما يدل على أن الالتزام معيب بمرونة تجعل التقليل من العواقب الإشعاعية أمراً نسبياً يخضع لتقدير كل دولة طرف وعلى حسب ما توفره الدولة الطرف من معلومات.

(٥٦) The fukushimadaichi nuclear power station disaster - investigating the myth and reality - the independent investigation commission on the fukushima nuclear accident - published by routledge - 2014 - the early notification convention - p 92 - 94.

(٥٧) انظر: اتفاقية التبليغ المبكر بحدوث حادث نووي - مرجع سابق - المادة ٦ ص ٦.

ثانياً: تقديم المساعدة في حالة وقوع حادث نووي أو طارئ إشعاعي

تقديم المساعدة في حالة وقوع حادث نووي أو طارئ إشعاعي هو أمر محكوم بإطار دولي يهدف إلى سرعة تقديم تلك المساعدة، والتخفيف من العواقب الإشعاعية الناتجة عن الحادث^(٥٨). والهدف من ذلك هو تخفيف حدة آثار العواقب الإشعاعية^(٥٩).

١) الالتزام بتقديم المساعدة.

يعد الالتزام بتقديم المساعدة من الأمور الجوازية إذا احتاجت دولة طرف إلى مساعدة في حالة وقوع حادث نووي أو طارئ إشعاعي، سواء نشأ أو لم ينشأ هذا الحادث أو الطارئ داخل أراضيها أو في أراضي تخضع لولايتها أو لسيطرتها. جاز لها أن تطلب هذه المساعدة مباشرة أو عن طريق الوكالة من أية دولة طرف أخرى، ومن الوكالة، أو حسب ما يقتضيه الأمر من غيرها من المنظمات الدولية الحكومية^(٦٠). وإذا نظرنا إلى الالتزام بتقديم المساعدة الوارد بالاتفاقية نجده يهدف إلى تقليل العواقب الإشعاعية والحماية الوقائية من الإشعاع النووي الناتج عن الحادث النووي أو الطارئ الإشعاعي. ولكن المرونة التي يتمتع بها النص تعني جوازية طلب المساعدة، في حين أن النص على إلزامية طلب المساعدة سيؤدي حتماً وبنتيجة أسرع إلى تقليل العواقب الإشعاعية. لذا أرى ضرورة حذف بعض العبارات مثل "إذا احتاجت" واستبدالها بكلمة "على الدولة أن تطلب" وحذف عبارة "جاز لها أن تطلب" لأن ذلك يهدف وبحق إلى تحقيق نتيجة مفادها التقليل من العواقب الإشعاعية المحتملة وليس بذل عناية فقط بجوازية طلب المساعدة.

أما عن مضمون طلب المساعدة فعلى الدولة التي تطلب المساعدة أن تحدد نطاق المساعدة المطلوبة، ونوعها، وأن تزود الطرف الذي يقدم المساعدة، إذا تيسر لها ذلك

(٥٨) انظر: ديباجة اتفاقية تقديم المساعدة في حالة وقوع حادث نووي أو طارئ إشعاعي والتي تم اعتمادها من المؤتمر العام في دورته الاستثنائية المنعقدة في ٢٤ - ٢٦ سبتمبر ١٩٨٦، وفتح باب التوقيع عليها في ٢٦ سبتمبر ١٩٨٦ في فيينا، ويوم ٦ أكتوبر ١٩٨٦ في نيويورك " - مرجع سابق - ص ٢.

(٥٩) انظر: اتفاقية تقديم المساعدة في حالة وقوع حادث نووي أو طارئ إشعاعي - مرجع سابق - المادة ١ - أحكام عامة - ص ٣.

(٦٠) انظر: اتفاقية تقديم المساعدة في حالة وقوع حادث نووي أو طارئ إشعاعي - مرجع سابق - المادة ١/٢ - تقديم المساعدة - ص ٣.

بما قد يلزمه من معلومات لكي يقرر مدى قدرته على تلبية الطلب. وفي حالة ما إذا تعذر على الدولة الطرف الطالبة تحديد نطاق المساعدة المطلوبة ونوعها، تقرر الدولة الطرف الطالبة والطرف الذي يقدم المساعدة بالتشاور معاً نطاق المساعدة المطلوبة ونوعها^(٦١).

ويتسم الالتزام بالتشاور بالسرعة التي توفر حداً أدنى من العواقب الإشعاعية، والدولة التي يرجى طلب المساعدة منها يقع عليها التزام ضمني مفاده سرعة تقدير وتقييم ما إذا كان نطاق المساعدة المطلوب منها كافياً لتقليل العواقب الإشعاعية إلى حدها الأدنى، أم ينبغي عليها توسعة هذا النطاق بشكل أكبر حتى تصل المساعدة إلى هدفها المطلوب.

٢) التزام الوكالة الدولية للطاقة الذرية بتقديم المساعدة

تلتزم الوكالة الدولية للطاقة الذرية بالاستجابة لأي طلب للمساعدة مقدم من أية دولة طرف أو دولة عضو في حالة وقوع حادث نووي أو طارئ إشعاعي؛ وذلك من خلال إتاحة الموارد الملائمة المخصصة لهذا الغرض، وإحالة الطلب فوراً إلى الدول الأخرى والمنظمات الدولية التي قد تملك حسب علم الوكالة الموارد اللازمة، وتنسيق المساعدة على المستوى الدولي إذا طلبت ذلك الدولة الطالبة^(٦٢).

وكجزء من إستراتيجية الوكالة الدولية للطاقة الذرية لدعم التنفيذ العملي لاتفاقية المساعدة؛ فإن المركز المتكامل للحوادث والطوارئ IEC يدير شبكة الاستجابة والمساعدة^(٦٣) وهذه الأخيرة هي عبارة عن شبكة لتقديم المساعدة الدولية بناء على طلب من أي دولة في أعقاب حادث نووي أو إشعاعي أو في حالات الطوارئ، ومن المتوقع أن الدول الأطراف في اتفاقية المساعدة، وفي حدود قدراتهم ومواردهم يحددون

(٦١) انظر: اتفاقية تقديم المساعدة في حالة وقوع حادث نووي أو طارئ إشعاعي - المادة ٢ / ٢ - تقديم المساعدة - ص ٤-٣.

(٦٢) انظر: اتفاقية تقديم المساعدة في حالة وقوع حادث نووي أو طارئ إشعاعي - المادة ٢ / ٦ - تقديم المساعدة - ص ٤.

(٦٣) " The aim of RANET is to facilitate: The provision of requested international assistance; The harmonization of emergency assistance capabilities; and The exchange of relevant information and feedback of experience related to the provision of international assistance. In addition, RANET complements other IAEA initiatives to promote emergency preparedness and response among its Member States." See EPR-RANET - 2013 - IAEA response and assistance network - Emergency preparedness and response - IEC-IAEA " objectives of RANET - p 7.

قدرات المساعدة الوطنية^(٦٤) والتي تتألف من الخبراء المؤهلين، والمعدات، والمواد التي يمكن أن تتاح لمساعدة دولة أخرى، ويتم الوفاء بالالتزام بالمساعدة من خلال التسجيل في شبكة الاستجابة والمساعدة RANET. وعلى المركز المتكامل للحوادث والطوارئ تسهيل المساعدة المطلوبة من خلال الاستفادة من قدرات المساعدة الوطنية. وهناك عدة أنواع للمساعدة تقدمها شبكة الاستجابة والمساعدة RANET:

(أ) إزالة التلوث وتقدير الجرعات

التشاور بشأن إزالة التلوث من المناطق والأراضي الحضرية والريفية والمباني والمعدات والأشياء والأشخاص، وتقدير التعرض للإشعاع داخلياً وخارجياً من خلال استخدام مختلف أنواع التحاليل وحسابات التعرض الداخلية والخارجية، والعمل على أخذ عينات من الأوساط البيئية مثل الهواء والتربة والماء والرواسب والمنتجات الغذائية، وغيرها من المواد الغذائية البشرية والمراعي لتحليلها في المختبرات الثابتة أو المتنقلة، وتحديد وتقدير كمية النويدات المشعة المعينة في البيئة.

(ب) الدعم الطبي وتقييم المنشأة النووية

المشورة بشأن الإدارة الطبية المثلى للضحايا، وتقديم التوصيات بشأن العلاج اللازم، وتقييم طبيعة الحدث، وحالة المفاعل، والتطور المحتمل للحدث، وتقديم المشورة بشأن المساعدة في تخفيف الآثار الإشعاعية في الموقع، واستخدام المعدات المتخصصة والتكنولوجيا مثل الروبوتات والطائرات بدون طيار؛ فقد تكون هناك حاجة لتنفيذ بعض المهام المتعلقة بتخفيف الآثار الإشعاعية في الموقع في المناطق التي قد تكون غير صالحة للسكن من قبل الأدميين، والتي يكون فيها على سبيل المثال (معدلات جرعة عالية ودرجات حرارة مرتفعة وبيئة غير مستقرة).

" To ensure effective assistance, whether by advice, external based support, (٦٤) and/or deployed assets, NAC may be called upon to: Assess, advise on and assist in the on-site response activities to mitigate impact of emergencies at nuclear facilities; Detect, locate, identify and characterize radioactive material and contamination; Assess and evaluate radiological consequences of an incident or emergency; Provide modelling and prognosis capability; Provide technical advice and recommendations; Initiate stabilization activities, including, where appropriate, decontamination; Provide medical advice and/or consultation, medical assistance as necessary and advice on public health; and Provide sampling, measurements and analysis; " See EPR-RANET - 2013 - IAEA response and assistance network - Emergency preparedness and response - IEC-IAEA " objectives of RANET - p 23 - 24.

ج) المسح والتقييم الإشعاعي واستعادة المصادر المشعة^(٦٥)

القيام بقياس معدلات الجرعة، والفحص الإشعاعي، وقياس مستويات التلوث، وتقدير تركيزات النشاط الإشعاعي وتقدير وتقييم الآثار الإشعاعية من التهديدات المتصورة أو الفعلية للحادث أو الطارئ الإشعاعي، والتطور المحتمل والمشورة بشأن الإجراءات الوقائية، وإجراءات الاستجابة الأخرى اللازمة للحد من العواقب والعودة للحياة الطبيعية؛ ففي اليابان هناك ما عرف بالأسطورة اليابانية للسلامة المطلقة؛ حيث عززت العديد من الوكالات الحكومية والشركات النووية خرافة الأسطورة اليابانية العامة للسلامة المطلقة تأسيساً على خبرة اليابان الناتجة عن عقود طويلة من استخدام الطاقة النووية، فكارثة تسونامي التي بدأت كان من الممكن أن تحدث كارثة فوكوشيما النووية، وفي مارس ٢٠١٢ اعترف رئيس الوزراء (يوشيهيكو فودا) أن الحكومة اليابانية مشتركة في تحمل اللوم عن كارثة فوكوشيما؛ قائلاً إن المسؤولين قد أعموا البلاد بعصمة التكنولوجيا النووية من الأخطاء، وغرق الكل في أسطورة الأمان الدائم، ونتج عن ذلك كله أنه قد تم الانتهاء في اليابان من برنامج وطني لتطوير الروبوتات لاستخدامها في حالات الطوارئ النووية في أقرب وقت ستكون محلاً للاستخدام، وذلك لكون اليابان وهي القوة العظمى في مجال الروبوتات لم تجد شيئاً لترسله لفوكوشيما خلال الكارثة^(٦٦). والقيام بتقديم المشورة والمساعدة في استعادة المصادر والنقل والتخزين الآمن والسليم للمصدر^(٦٧).

(٦٥) انظر: قائمة بتقسيم المصادر المشعة - مدونة قواعد السلوك بشأن أمان المصادر المشعة وأمنها - سلسلة معايير الأمان الصادرة عن الوكالة الدولية للطاقة الذرية - ٢٠٠٤ - ص ١٨، وانظر أيضاً: وثيقة تصنيف المصادر المشعة - سلسلة معايير الأمان الصادرة عن الوكالة الدولية للطاقة الذرية من أجل حماية الناس والبيئة - دليل الأمان رقم - 2009 - RS-G-1.9 ص ٦.

(٦٦) Richard G. Little - Managing the Risk of Aging Infrastructure - IRGC - Public Sector Governance of Emerging Risks - Infrastructure Case - November 2012 - paper was prepared for the International Risk Governance Council (IRGC), as part of project work on Public Sector Governance of Emerging Risks, and revised following the IRGC workshop held in September 2012 - p 22 - 23,...see also the fukushimadaichi nuclear power station disaster - investigating the myth and reality - the independent investigation commission on the fukushima nuclear accident - published by routledge - 2014 - the safety myth - p 50.

(٦٧) انظر في ذلك: موقع الوكالة الدولية للطاقة الذرية - شبكة الاستجابة والمساعدة - الرابط رقم ٥ بقائمة المراجع - المواقع الإلكترونية.

٣) كيفية تقديم المساعدة والإشراف عليها

قررت اتفاقية تقديم المساعدة في حالة وقوع حادث نووي أو طارئ إشعاعي أنه ما لم يتم الاتفاق على ما يخالف ذلك يكون تقديم المساعدة والإشراف عليها وفقاً للخطوات التالية:

- تتولى الدولة الطالبة التي تحتاج للمساعدة مراقبتها وتنسيقها والإشراف عليها داخل أراضيها، وإذا كانت المساعدة تشمل أفراداً، ينبغي للطرف الذي يقدم المساعدة أن يسمي ويحدد بالتشاور مع الدولة الطالبة الشخص المشرف، وما يوفره من أفراد ومعدات، والذي يمارس هذا الإشراف بالتعاون مع سلطات الدولة الطالبة.
- تقدم الدولة الطالبة التسهيلات والخدمات المحلية في حدود قدراتها بما يكفل الإدارة السليمة والفعالة للمساعدة، وتضمن حماية الأفراد والمعدات والمواد التي أرسلت داخل أراضيها لهذا الغرض من قبل الطرف الذي يقدم المساعدة أو نيابة عنه، ولا يكون هناك مساس بملكية المعدات والمواد التي يقدمها أي من الأطراف أثناء فترة المساعدة، وتؤمن عملية إعادتها.
- الدولة التي تقدم المساعدة تتولى تنسيقها داخل أراضيها متى تعلقت بتقديم العلاج الطبي أو بنقل السكان المتضررين إليها من الدولة التي تطلب المساعدة^(٦٨).

٤) خدمة مراجعة التأهب للطوارئ EPREV

وهي الخدمة التي يقدمها المركز المشترك للحوادث والطوارئ IEC لتقييم مستوى التأهب لحالات الطوارئ النووية أو الإشعاعية، ويجري التقييم من قبل فريق يتكون من أمانة الوكالة الدولية للطاقة الذرية والخبراء الدوليين، ويمكن لأي دولة عضو طلب الخدمة، ويتم تحديد نطاق وعمق الخدمة أثناء المناقشات بين الدول الأعضاء الطالبة وبين الوكالة الدولية للطاقة الذرية^(٦٩) وتتكون خدمة مراجعة التأهب للطوارئ

(٦٨) انظر: اتفاقية تقديم المساعدة في حالة وقوع حادث نووي أو طارئ إشعاعي - المادة ٣ - توجيه المساعدة والإشراف عليها - مرجع سابق - ص ٤ - ٥.

(٦٩) ((In 2012 the IAEA Secretariat established the Emergency Preparedness and Response Expert Group (EPREG) as a standing body of senior experts with high professional competence and demonstrated leadership in the field of preparedness for and response to nuclear and radiological emergencies. This was done in order to facilitate the provision of advice to the IAEA Secretariat on actions needed for the coordinated and continuous enhancement of the international EPR framework. The EPREG consists of 16 experts in EPR from all geographic regions. See link no. 6.

من ثلاث مراحل رئيسية بما في ذلك جميع الإجراءات المختلفة: ١- المرحلة التحضيرية ومرحلة ما قبل الخدمة، ٢- تسيير بعثة الخدمة الرئيسية، ٣- بعثة المتابعة، ويتم طلب بعثة خدمة مراجعة التأهب للطوارئ من الوكالة الدولية للطاقة الذرية من خلال القنوات الرسمية في الدولة الطالبة، وعند استلام الطلب رسمياً من الوكالة تبدأ جولة المناقشات والحوار مع الدولة صاحبة الطلب من خلال المركز المتكامل للحوادث والطوارئ معربة عن عزمها استضافة بعثة الخدمة، وفي هذه المرحلة يتم تقديم معلومات محددة ومتكاملة حول المهمة^(٧٠). وقد وضعت الوكالة الدولية للطاقة الذرية نظاماً للإجراءات الوقائية وإجراءات التصدي الأخرى في حالات الطوارئ، وتشكل الاعتبارات التالية أساس هذا النظام:

- ١ - ينبغي النظر في النتائج المحتملة أثناء تخطيط وتنفيذ الإجراءات الوقائية وإجراءات التصدي الأخرى في حالات الطوارئ.
- ٢ - ينبغي أن توضع الأنواع التالية من التعرض في الاعتبار لدى تخطيط وتنفيذ الإجراءات الوقائية وإجراءات التصدي الأخرى في حالات الطوارئ (الجرعة المتوقعة التي تتسنى الوقاية منها أو تقليلها من خلال اتخاذ إجراءات وقائية عاجلة احترازية، والجرعة التي تم تلقيها ويمكن تقليل الضرر الناجم عنها إلى الحد الأدنى بوسائل مثل (اتخاذ الإجراءات الطبية حسب الاقتضاء، ويمكن التصدي لها عن طريق طمأنة الجمهور أو تقديم المشورة له).
- ٣ - ينبغي تنفيذ إجراءات وقائية عاجلة احترازية قبل وقوع الحدث^(٧١). وتهدف عملية التصدي لطارئ نووي أو إشعاعي إلى استعادة السيطرة على الموقف، ومنع أية عواقب ميدانية أو التخفيف من حدتها إن حدثت، ومنع تكرار تعرض العاملين والجمهور لآثار صحية حتمية، وتقديم إسعافات أولية وإدارة علاج الإصابات الإشعاعية، والحيلولة قدر الإمكان عملياً من ظهور الآثار الإشعاعية في المجموعة

(٧٠) "تتلخص أهداف مهمة خدمة مراجعة التأهب للطوارئ EPREV في تقديم تقييم لقدرة الدولة على الاستجابة للحوادث والطوارئ النووية والإشعاعية بما في ذلك تلك التي تنطوي على أفعال ضارة غير مصرح بها أو غيرها، ومساعدة الدولة في وضع ترتيبات مؤقتة للاستجابة الفورية لحالات الطوارئ النووية أو الإشعاعية، ومساعدة الدولة في توفير الأساس الذي تقوم عليه الدولة والذي يمكن أن يطور برنامجاً طويلاً لتعزيز القدرة على الاستجابة." انظر: موقع الوكالة الدولية للطاقة الذرية - الرابط رقم ٧ بقائمة المراجع - المواقع الإلكترونية.

(٧١) انظر: المعايير المتوحي استخدامها في التأهب للطوارئ النووية أو الإشعاعية والتصدي لها. دليل أمان عام - العدد - GSG-2 معايير الأمان الخاصة بالوكالة الدولية للطاقة الذرية من أجل حماية الناس والبيئة - ٢٠١٢ - ص ٥ - ٦.

السكانية وعلى الأفراد، ووقاية البيئة والممتلكات، واستئناف الأنشطة الاجتماعية والاقتصادية الاعتيادية. ولتحقيق تلك الغايات والأهداف العملية تخضع إجراءات التأهب للطوارئ إلى مبدئين رئيسيين في أساسيات الأمان بشأن الوقاية من الإشعاعات وأمان المصادر الإشعاعية، وهما مسوغات التدخل حيث يتعين أن يكون نفع أي تدخل مقترح أكبر من ضرره، وأمثلة التدخل حيث يتعين النهوض بشكل التدخل ومداه ومدته إلى المستوى الأمثل بما يكفل تحقيق أقصى الفوائد بدون أضرار. وقد أوضحت الوكالة الدولية للطاقة الذرية أن هدف الوقاية هو منع تكرار تعرض الأفراد لآثار حتمية عن طريق الإبقاء على الجرعات دون حددها الأقصى، والتأكد من أن جميع الخطوات المعقولة قد اتخذت من أجل تقليص معدل تكرار الآثار العشوائية التي يتعرض لها السكان وقت حدوث الطارئ النووي أو الإشعاعي وفي المستقبل^(٧٢).

وقد وضعت الوكالة الدولية للطاقة الذرية عدة تجارب وتدريبات وتمارين افتراضية للطوارئ يتم إجراؤها وتقييمها لاختبار أهداف التصدي الرئيسية في نظام الطوارئ، وتتاح الجداول الزمنية للتمارين السنوية المتعلقة بالسنة التالية في نهاية كل سنة على الموقع الشبكي للنظام الموحد لتبادل المعلومات في حالات الحوادث والطوارئ، وتتاح عقب كل تمرين النتائج والتقييمات المناسبة في النظام الموحد لتبادل المعلومات. ويمكن إجراء تجارب أخرى خارج هذا النظام الموحد لتبادل المعلومات لفحص الترتيبات الجديدة الممكنة، وترسل الدعوات للمشاركة الطوعية من خلال قنوات الاتصال الروتينية قبل عدة أسابيع من إجراء التجارب، وأوجبت الوكالة الدولية للطاقة الذرية تمييز كل رسائل التجارب والتدريبات والتمارين في هذا الإطار بعلامة واضحة تحمل كلمة EXERCISE، ونورد هنا على سبيل المثال أحد التمارين الواردة بدليل عمليات الاتصال في الحوادث والطوارئ؛ التمرين convex-2c وعنوانه "اختبار

(٧٢) هدف الأمان هو وقاية الأفراد والمجتمع والبيئة من الأذى عن طريق إرساء وتعهد دفاعات فعالة ضد المخاطر الإشعاعية المترتبة على المصادر، ويهدف الأمان التقني إلى اتخاذ جميع التدابير العملية المعقولة التي تكفل منع وقوع حوادث في المنشآت النووية والتخفيف من عواقبها إذا وقعت، والتأكد بقدر كبير من الثقة من أن أي عواقب إشعاعية تترتب على أي حوادث ممكنة تم مراعاتها في تصميم المنشأة بما فيها الحوادث ذات احتمالات الوقوع المنخفضة جداً ستكون طفيفة ودون الحدود المقررة. انظر: الوكالة الدولية للطاقة الذرية - سلسلة معايير الأمان - التأهب للطوارئ النووية أو الإشعاعية والتصدي لها - المتطلبات رقم IAEA - GS-R-2 فيينا ٢٠٠٢ - ص ٤.

الترتيبات المتخذة في حالات الطوارئ الإشعاعية المتخفية للحدود القومية " حيث يتم إجراء هذا التمرين مرة واحدة كل سنتين في تاريخ محدد يتم الإعلان عنه ولا تزيد مدة إجرائه على ٨ ساعات، ويقوم مكتب الحوادث والطوارئ قبل إجراء التمرين بدعوة كل نقاط الاتصال إلى المشاركة في التمرين الذي لا يجري في نفس السنة التي يجري فيها التمرين convex-3 وعنوانه "اختبار التشغيل الكامل لآليات تبادل المعلومات وطلب المساعدة وتقديمها"، ويدعو مركز الحوادث والطوارئ الهيئات الوطنية المختصة التابعة للدولة العضو في الوكالة "دولة الحادث" إلى توجيه رسائل تتعلق بطارئ إشعاعي افتراضي في الدولة^(٧٣).

خلاصة المبحث

تهدف إجراءات التبليغ المبكر عن الحوادث النووية أو الطوارئ الإشعاعية، وإجراءات تقديم المساعدة إلى التقليل من الآثار الإشعاعية الناتجة عنها وحصرها في أضيق نطاق، ويدعم شمولية الإبلاغ وعدم جواز خروج أي حادث نووي عن قواعد الإبلاغ به إمكانية الإبلاغ بأي حادث نووي حتى ولو لم ينص عليه في الاتفاقية، ويحد من تحقيق هذه النتيجة استعمال بعض العبارات المرنة في هذه الإجراءات مما يوحي بمرونة لا تتلاءم وطبيعة الخطر الإشعاعي والنووي، ويعد الالتزام بالتبليغ والالتزام بتقديم المساعدة وجهين لعملة واحدة، ولابد من مراعاة مبدئين رئيسيين في أساسيات الأمان بشأن الوقاية من الإشعاعات وأمان المصادر الإشعاعية، وهما مسوغات التدخل حيث يتعين أن يكون نفع أي تدخل مقترح أكبر من ضرره، وأمثلة التدخل حيث يتعين النهوض بشكل التدخل ومداه ومدته إلى المستوى الأمثل بما يكفل تحقيق أقصى الفوائد بدون أضرار، ويعد من قبيل الأمثلة الالتزام بإجراء التدريبات والتمارين التي تكفل اختبار منظومة الوقاية والتي اعتمدتها الوكالة الدولية للطاقة الذرية، وهذا الأمر يقودنا إلى النظر عن قرب لمدى حماية المواد النووية كأحد سبل الوقاية من التعرض للإشعاع النووي.

(٧٣) " يشمل نطاق التمرين اختبار الترتيبات الثنائية أو الترتيبات المتعددة الأطراف الأخرى من خلال استخدام موقع التمارين في النظام الموحد. ويحيل مركز الحوادث والطوارئ الرسائل الواردة من دولة الحادث إلى نقاط الاتصال المشاركة، وينشر المعلومات المقدمة في موقع عمليات النظام الموحد، ويتوقع أن تقوم الهيئات الوطنية المختصة المشاركة الأخرى بالوصول إلى المعلومات على الموقع الشبكي للتمارين في النظام الموحد، وتأكيد قراءة وفهم الرسالة وإرسال الرد المناسب على أي طلبات تتعلق بالحصول على مشورة أو معلومات " انظر: دليل عمليات الاتصال في الحوادث والطوارئ - معايير الأمان الصادرة عن الوكالة الدولية للطاقة الذرية - ٢٠١٢ - ص ٢٤ - ٢٨.

المبحث الثالث

الحماية المادية للمواد النووية

ألزمت اتفاقية الحماية المادية للمواد النووية الدول الأطراف فيها بتوفير برنامج للحماية المادية للمواد النووية؛ فنصت (المادة ٢ فقرة أ) على الآتي "على كل دولة طرف أن تنشئ وتنفذ وتتعهد نظام حماية مادية ملائماً ينطبق على المواد النووية الخاضعة لولايتها، من أجل ما يلي: د) وتخفيف العواقب الإشعاعية للتخريب وتدنيته"^(٧٤). حيث يقصد بالأمن النووي "منع وكشف السرقة والتخريب غير المصرح به والنقل غير القانوني أو الأفعال الضارة الأخرى التي تمس المواد النووية والمواد المشعة الأخرى أو المرافق المرتبطة بها"^(٧٥)، وحيث إن هناك إطاراً للأمن النووي الدولي قائماً على الالتزامات الواردة في اتفاقية الحماية المادية للمواد النووية وتعديلاتها، والاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي وقرارات مجلس الأمن ذات الصلة، ومدونة قواعد السلوك غير الملزمة لسلامة وأمن المصادر والدليل التكميلي لها^(٧٦). فعلى الدولة التي تسعى إلى تطبيق نظام الحماية المادية للمواد النووية أن تطبق المبادئ الأساسية الخاصة بالحماية المادية النووية والمرافق النووية:

(٧٤) هناك ثلاثة أنواع من المخاطر تؤخذ في الاعتبار للحماية المادية للمواد والمنشآت النووية: خطر الإزالة غير المصرح بها بقصد بناء جهاز تفجير نووي؛ وخطر الإزالة غير المصرح بها والتي يمكن أن تؤدي إلى تشتت إشعاعي لاحق؛ وخطر التخريب. انظر: اتفاقية الحماية المادية للمواد النووية والموقعة في ٢٦ أكتوبر ١٩٧٩ - المادة ٢ / أ - ص ٤.

(٧٥) The IAEA Nuclear Security Series - International Atomic Energy Agency - Vienna, 2011 Nuclear Security Recommendations on Physical Protection of Nuclear Material and Nuclear Facilities (INFCIRC/225/Revision 5) - 1.13. - p 3, see also The incentive gap: reassessing U.S. policies to secure nuclear arsenals worldwide - Harvard law review - Vol. 121:1864 - 2008 - p 1869 "The United States now provides financial assistance for a wide range of activities, including the following: 1) measures to prevent unauthorized access to nuclear facilities, including the installation of "hardened doors and windows, locks and keys to control access, perimeter fences"; 2) efforts to stop insider theft, including the deployment of "monitoring and detection systems," central alarms, electronic access controls and other measures; 3) provision of employment opportunities, research grants, and other funding to former Soviet nuclear scientists; and 4) border security measures that enhance states' abilities to interdict nuclear smuggling."

(٧٦) Adel.m.ali - Legal Elements For Nuclear Security: Egyptian Nuclear Law As A Case Study - XI Radiation Physics & Protection Conference, 25-28 November 2012, Egypt - p 323.

أولاً: مسؤولية الدولة

تقع مسؤولية إنشاء وتنفيذ وتعهد نظام للحماية المادية داخل دولة ما على تلك الدولة، فلتلتزم الدولة التي تقوم بأي نشاط ذري وقت السلم بتعويض الأضرار الناتجة عن هذا النشاط على أساس المسؤولية المطلقة المتجردة عن نسبة أي خطأ لهذه الدولة، إذا ما تبين أنها قد قامت باتخاذ كافة الاحتياطات الكفيلة بمنع الضرر الناتج عن هذا النشاط من أن يصيب غيرها من الدول، ولم تخالف في ممارستها لهذا النشاط أي قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفية والاتفاقية. أما إذا ثبت أن الضرر وقع نتيجة عدم اتخاذها الحيطة اللازمة أو مخالفتها لإحدى قواعد القانون الدولي فتتحمل المسؤولية الدولية وفقاً للقواعد التقليدية^(٧٧). وتنسحب مسؤولية الدولة عن ضمان الحماية الكافية للمواد النووية على عمليات النقل الدولي لتلك المواد إلى حين انتقال هذه المسؤولية على النحو السليم إلى دولة أخرى حسب الاقتضاء.

ثانياً: الإطار التشريعي والرقابي

الدولة مسؤولة عن إنشاء وتعهد إطار تشريعي ورقابي يحكم الحماية المادية، وينبغي أن يتيح هذا الإطار وضع متطلبات الحماية المادية المنطبقة، وأن يتضمن نظاماً للتقييم ومنح التراخيص أو غير ذلك من إجراءات التحويل. وأن يتضمن نظاماً للتفتيش على المرافق النووية وعلى نقل المواد النووية للتأكد من الامتثال للمتطلبات والشروط المنطبقة بالنسبة للرخصة أو أي وثيقة تحويلية أخرى، ولتحديد وسائل إنفاذ المتطلبات والشروط المنطبقة بما في ذلك فرض عقوبات فعالة^(٧٨). إذ يعد ذلك

(٧٧) انظر: د / سمير محمد فاضل - مرجع سابق - ص ٣٤٣، وانظر: اتفاقية الحماية المادية للمواد النووية - مرجع سابق - المادة ٣ - ص ٦ "يقع على عاتق كل دولة طرف في اتفاقية الحماية المادية للمواد النووية أن تتخذ في إطار قانونها الوطني وبما يتسق مع القانون الدولي لكي تكفل وبالقدر الممكن عملياً أثناء النقل النووي الدولي توفير الحماية المادية للمواد النووية الموجودة داخل إقليمها، أو على متن سفينة أو طائرة خاضعة لولايتها ما دامت تلك السفينة أو الطائرة تضطلع بعملية النقل من تلك الدولة أو إليها".

(٧٨) ((Maria de lourdesvescarmona - the international regime on the physical protection of nuclear material and the amendment to the convention on the physical protection of nuclear material - Nuclear law bulletin - No 14 - Volume 2005 - Issue 2 - p31 " the effectiveness of physical protection measures in one states also depends on the taking by other states of adequate measures to deter or defeat hostile actions against nuclear facilities and nuclear material. International cooperation in this field has therefore become more and more = relevant. In simple terms, " physicalprotection " of nuclear material can be

الإطار التشريعي والرقابي أحد أهم سبل الحماية الوقائية من التعرض للإشعاع النووي. وينبغي للدولة أن تنشئ أو تعين سلطة مختصة تكون مسؤولة عن تنفيذ الإطار التشريعي والرقابي، وتتمتع بالسلطة والكفاءة والموارد المالية والبشرية الكافية للوفاء بالمسؤوليات المسندة إليها^(٧٩).

ثالثاً: مسؤولية حائزي التراخيص

يضطلع حائز الرخصة بتنفيذ مختلف عناصر الحماية المادية في الدولة التي منحتة الترخيص. ويجد نظام الترخيص تبريره في طبيعته الوقائية التي تتعلق بسلامة الدولة وأمن الأفراد والمجتمع والبيئة؛ حيث تتمكن جهة الإدارة من التدخل مقدماً في تحديد كيفية القيام بالنشاط النووي وفرض ما تراه لازماً من الاحتياطات الوقائية في كل حالة على حدة تبعاً لظروفها، ومراقبة سير النشاط النووي ووسائل الحماية المادية للمواد النووية، وفرض اشتراطات جديدة على استغلاله إذا استدعى الأمر ذلك^(٨٠). وبالتالي إذا استوفى طالب الترخيص بالنشاط النووي رخصته دل ذلك على أنه استوفى متطلبات الأمان النووي اللازمة لممارسة النشاط، وهنا تنتقل المسؤولية إليه في كافة ما تحمله الرخصة من اشتراطات عليه أن يلتزم بها أثناء ممارسة النشاط النووي، وتبقى مسؤولية الدولة محصورة في مراقبة تنفيذ حامل الرخصة لالتزاماته الموجودة بالترخيص، ومسؤوليتها عن أي حادث طارئ قد يحدث، وتنحسر ولايتها عن القيام بالنشاط وما يتفرع عنه من مسؤوليات.

described as a set of legal, administrative and technical measures, including = physical barriers, to " physically protect " such material."

(٧٩) Preparatory Committee for the 2015 Review - Conference of the Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons - 21 April 2014 - / CONF.2015/PC.III/WP.26 - Working paper submitted by the members of the Non-Proliferation and Disarmament Initiative (Australia, Canada, Chile, Germany, Japan, Mexico, Nigeria, Netherlands, Philippines, Poland, Turkey and United Arab Emirates) - p 1 " The actual application of nuclear security and physical protection measures remains a fundamental responsibility of States, as has been established, inter alia, in the 2005 amendment to the Convention on the Physical Protection of Nuclear Material and referred to in Nuclear Security Fundamentals: Objective and Essential Elements of a State's Nuclear Security Regime (IAEA Nuclear Security Series document No. 20). This includes taking appropriate measures for preventing non-State actors from obtaining nuclear materials that can be used in nuclear weapons. It is incumbent upon each State to establish the appropriate legal framework, a robust governance structure and other measures it sees fit to advance nuclear security."

(٨٠) د/ أيمن محمد سليمان مرعي - مرجع سابق - ص ٤٠.

رابعاً: ثقافة الأمان

على كل من يقوم بتنفيذ الحماية المادية أن يعطي الأولوية الواجبة لثقافة الأمان وتطويرها وصيانتها بما يكفل تنفيذها بفعالية؛ فنظام الحماية المادية للمواد النووية يشمل في طياته تثقيف الجمهور بثقافة الأمن النووي، ومواكبة التقنيات الحديثة لدى دول العالم في إعادة تدوير النفايات النووية^(٨١). ويدعم ذلك أيضاً حادث ميت حلفا بمصر ٢٠٠٠، حيث تكمن تفاصيل هذا الحادث في استخدام مصدر مشع محكم الإغلاق (ايريديوم ١٩٢-٨٧ كيوري) في اختبار لحامات مواسير الغاز الطبيعى بمنطقة ميت حلفا، وبعد الانتهاء من عمليات التصوير الإشعاعي، تم اكتشاف فقد المصدر الإشعاعي، وتقاعس المسؤولون عن عمليات اللحام عن إخطار المكتب التنفيذي لشؤون الوقاية من أخطار الإشعاعات المؤينة طبقاً لنصوص القانون بفقد المصدر المشع، مما ترتب عليه عثور أحد المواطنين بقرية ميت حلفا على المصدر المشع، ولأنه لا يعرف طبيعته فقد احتفظ هذا المواطن بالمصدر في منزله لفترة شهر، وفي ٦/٥/٢٠٠٠ بدأت أعراض المرض تظهر على الابن الأصغر، وبعد عدة أيام ظهرت الأعراض على باقي أفراد العائلة، و تم اتخاذ الإجراءات الطبية، وفي ٥/٦/٢٠٠٠ توفي الابن الأصغر، وتلا ذلك وفاة الوالد في ١٦/٦/٢٠٠٠، وكذلك فقد تم عمل مسح إشعاعي حول مكان المصدر المشع، وتم نقل المصدر إلى مقبرة النفايات المشعة بهيئة الطاقة الذرية في ٢٧/٦/٢٠٠٠ وقد كشف هذا الحادث عن ضعف الرقابة التنظيمية فيما يتعلق بالمصادر المختومة، وخاصة فيما يتعلق بالتفتيش

(٨١) "على سبيل المثال السيناتور ENSIGN عن ولاية نيفادا أثناء جلسة الاستماع بالكونجرس الأمريكي الخاصة بنقل المواد النووية (الجلسة رقم ١٢٢٢-١١٠) بمجلس الشيوخ الأمريكي وعنوانها "الأمن والأمان في نقل الوقود النووي المستهلك" في ٢٤/٩/٢٠٠٨ يذكر الآتي نصه "إن معظم مواطني ولاية نيفادا معارضون لمشروع جبل يوكا، وما ذلك المشروع إلا فكرة مكتملة لنقل النفايات النووية، وهذا هو ما ناقشه في جلسة الاستماع اليوم بالمجلس، ولكننا نحتاج أيضاً إلى تثقيف الأمريكيين؛ مما يعني أن هناك استراتيجية في نقل النفايات النووية، وهنا لابد أن نتناول ماهي المعايير محل الدراسة حول مدى سلامة هذه النفايات النووية لأن تكون محلاً للنقل، فكثير من الناس لا يدركون خاصة أولئك الذين يرغبون في نقل نفاياتهم النووية خارج حدود ولايتهم؛ الأمر الذي يقودنا إلى عملية نقل المواد النووية إلى جبل يوكا.....، وهنا نحن بحاجة إلى أن ننظر إلى غيرها من التكنولوجيات التي تقوم بها بلدان أخرى مثل فرنسا، وكمية وكيفية نقل نفاياتها، ولكن أيضاً ما يفعلونه في هذه النفايات وهو إعادة تدوير تلك النفايات لتكون أصغر حجماً".

Safety and security of spent nuclear fuel transportation - S. HRG. 110 - 1222. - 24/9/2008 - p 3.

الدوري عليها وعملية الترخيص بها، وضعف إمكانيات التعامل معها في حالات الحوادث، كما كشف هذا الحادث من جديد خطورة المصادر المغلقة، وضرورة توافر الإمكانيات الفنية العالية للرقابة عليها، وقد ترتب على هذا الحادث العديد من الإجراءات وأهمها صدور قرار وزير الصحة والسكان رقم ٢٠٤ لسنة ٢٠٠٠ ببعض الأحكام الخاصة بالمصادر المغلقة التي تراقبها وزارة الصحة^(٨٢). ومما سبق نلاحظ أن ثقافة الأمن النووي والنشاط النووي الذي تمارسه الدولة أو من رخص له بممارسة ذلك النشاط أحد أهم جوانب الحماية المادية للمواد النووية.

خامساً: التهديد

تقوم الحماية المادية في الدولة على أساس تقييمها الحالي للتهديد. وهنا أوضحت المادة الخامسة من اتفاقية الحماية المادية للمواد النووية أنه في حالة وقوع سرقة أو سلب أو أي شكل آخر من أشكال الاستيلاء غير المشروع على مواد نووية أو وجود تهديد معقول بحدوث ذلك، تقوم الدول الأطراف وفقاً لقوانينها الوطنية، وبأقصى قدر ممكن عملياً، بتقديم التعاون والمساعدة في استعادة وحماية تلك المواد إلى أية دولة تطلب ذلك وعلى وجه الخصوص:

أ - تتخذ الدولة الطرف الخطوات الملائمة للمبادرة في أي وقت ممكن إلى إبلاغ الدول الأخرى التي يبدو لها أن الأمر يعنيها بوقوع حالة سرقة أو سلب أو أي شكل آخر من أشكال الاستيلاء غير المشروع على مواد نووية أو وجود تهديد معقول بحدوث ذلك، وكذلك عند الاقتضاء إبلاغ الوكالة الدولية للطاقة الذرية والمنظمات الدولية الأخرى ذات الصلة.

ب - تقوم الدول الأطراف المعنية حسب الاقتضاء بتبادل المعلومات فيما بينها ومع الوكالة الدولية للطاقة الذرية ومع المنظمات الدولية الأخرى ذات الصلة بغية حماية المواد النووية المهددة، أو التحقق من سلامة حاوية الشحن، أو استعادة المواد النووية المستولى عليها على نحو غير مشروع، كما تقوم بما يلي: ١ - تنسيق جهودها عبر القنوات الدبلوماسية وغيرها من القنوات المتفق عليها. ٢ - تقديم المساعدة إذا طلب منها ذلك. ٣ - ضمان إعادة المواد النووية المسروقة أو المفقودة نتيجة الأحداث المذكورة أعلاه، وتقرر الدول الأطراف المعنية وسيلة تنفيذ هذا التعاون^(٨٣).

(٨٢) د/ أيمن محمد سليمان مرعي - مرجع سابق - ص ١١.

(٨٣) انظر: اتفاقية الحماية المادية للمواد النووية - المادة ٥ - مرجع سابق - ص ٧.

وفي حالة وجود تهديد معقول بحدوث تخريب لمواد نووية أو مرفق نووي، أو في حالة حدوث مثل هذا التخريب تقوم الدول الأطراف، بأقصى قدر ممكن عملياً، ووفقاً لقوانينها الوطنية، وبما يتفق مع التزاماتها ذات الصلة بموجب القانون الدولي، بتوفير التعاون على النحو التالي:

أ - إذا كان لدى دولة طرف علم بوجود تهديد معقول بحدوث تخريب لمواد نووية أو مرفق نووي في دولة أخرى، كان على تلك الدولة الطرف أن تقرر ما يلزم اتخاذه من خطوات ملائمة من أجل إبلاغ هذه الدولة في أسرع وقت ممكن، وكذلك عند الاقتضاء، إبلاغ الوكالة الدولية للطاقة الذرية والمنظمات الدولية الأخرى ذات الصلة بغية منع هذا التخريب.

ب - في حالة حدوث تخريب لمواد أو مرفق نووي في دولة طرف، وإذا رأت تلك الدولة الطرف أن من المحتمل أن تضار دول أخرى إشعاعياً من جراء ذلك؛ كان على تلك الدولة أن تتخذ دون المساس بالتزاماتها بموجب القانون الدولي خطوات ملائمة من أجل القيام في أسرع وقت ممكن بإبلاغ الدولة أو الدول التي يحتمل أن تضار إشعاعياً، ومن أجل القيام عند الاقتضاء بإبلاغ الوكالة الدولية للطاقة الذرية والمنظمات الدولية الأخرى ذات الصلة بغية تدنية العواقب الإشعاعية المترتبة على ذلك أو تخفيفها.

ج - إذا طلبت دولة طرف مساعدة في سياق الفقرتين أ، ب كان على كل دولة طرف وجه إليها طلب المساعدة أن تتخذ دون إبطاء قرارها بشأن ما إذا كانت في وضع يسمح لها بتقديم المساعدة المطلوبة، وبشأن نطاق وشروط المساعدة التي قد تقدمها، وأن تخطر الدولة الطرف الطالبة مباشرة أو من خلال الوكالة الدولية للطاقة الذرية بقرارها هذا.

د - يتم تنسيق التعاون بشأن ما جاء في الفقرات الفرعية (أ إلى ج) عبر القنوات الدبلوماسية وعبر قنوات أخرى متفق عليها، وتقرر الدول الأطراف المعنية على نحو ثنائي أو متعدد الأطراف وسيلة تنفيذ هذا القانون^(٨٤).

سادساً: خطط الطوارئ والسرية

ينبغي إعداد خطط الطوارئ من أجل التصدي لسحب المواد النووية دون إذن، أو تخريب المرافق النووية أو المواد النووية، أو محاولة القيام بذلك، كما ينبغي تطبيق

(٨٤) انظر: اتفاقية الحماية المادية للمواد النووية - المادة ٥ - مرجع سابق - ص ٨.

هذه الخطط على نحو ملائم من جانب جميع حائزي التراخيص والسلطات المعنية. ولعل حادثة "ثري مايلاند" أو جزيرة الثلاثة أميال عام ١٩٧٩ كان لها أثر كبير في الاهتمام بخطط الطوارئ^(٨٥). وينبغي للدولة أن تضع متطلبات لحماية سرية

(٨٥) "في جزيرة الثلاثة أميال كان مفاعل (TMI-2) بالقرب من وسط المدينة - بنسلفانيا تم انصهار جزء منه تقريباً في ٢٨ مارس ١٩٧٩، وهو الحادث الأكثر خطورة في تاريخ تشغيل المفاعلات النووية التجارية للطاقة، وعلى الرغم من أن الأشعة النووية التي انتشرت ليس لها آثار صحية على عمال المفاعل أو الجمهور؛ إلا أن تداعياتها قد جلبت تغييرات جذرية تشمل تخطيط حالات الطوارئ، وتدريب مشغلي المفاعل، وعوامل الهندسة البشرية، والحماية من الإشعاع، والعديد من المجالات الأخرى لعمليات محطات الطاقة النووية. كما تسبب ذلك في دفع اللجنة التنظيمية النووية بالولايات المتحدة الأمريكية إلى تشديد وزيادة الرقابة التنظيمية، كل هذه التغييرات عززت إلى حد كبير سلامة المفاعلات النووية في الولايات المتحدة الأمريكية، وقد بدأ الحادث حوالي الساعة الرابعة صباحاً في يوم الأربعاء ٢٨ مارس ١٩٧٩ عندما شهدت المحطة فشلاً ذريعاً في القسم غير النووي الثانوي للمفاعل، وهو أحد المفاعلين في الموقع. إما عطل ميكانيكي أو كهربائي هو الذي منع مضخات الماء المغذية الرئيسية من إرسال الماء إلى مولدات البخار والتي تعمل على إزالة الحرارة من قلب المفاعل. وقد تسبب هذا العطل في إغلاق توربينات المحطة، وبعد ذلك أغلق المفاعل نفسه تلقائياً، وعلى الفور بدأ الضغط على النظام الأساسي (الجزء النووي بالمحطة) في تزايد مستمر؛ ومن أجل السيطرة على هذا الضغط تم فتح صمام الإغاثة الواقع في الجزء العلوي من الضاغط. وقد أغلق الصمام عندما انخفض الضغط على مستويات مناسبة، ولكن أضحى عالقاً ومفتوحاً، وقد أشارت الصكوك في غرفة التحكم إلى أن موظفي المفاعل أقروا بأن الصمام قد تم إغلاقه، ونتيجة لذلك لم يكن موظفو المفاعل على علم بأن مياه التبريد تتدفق من الصمام العالق والمفتوح. وكتدفق للمبرد من النظام الأساسي من خلال الصمام؛ فقد قدمت الأنابيب الأخرى المتاحة لمشغلي المفاعل معلومات غير كافية، ولم تكن هناك أداة تظهر كمية المياه التي غطت قلب المفاعل. ونتيجة لذلك افترض موظفو المفاعل أنه طالما كان مستوى الماء الضاغط عالياً، وأن قلب المفاعل قد تم تغطيته بالماء بشكل صحيح، وكما دقت أجهزة الإنذار وأومضت أضواء التحذير؛ وهنا لم يدرك المشغلون أن المصنع كان يعاني حادث خسارة في وسائل التبريد. وتم اتخاذ سلسلة من الإجراءات جعلت الأوضاع أكثر سوءاً حيث تسرب الماء من خلال الصمام العالق والمفتوح؛ مما أدى إلى انخفاض الضغط في النظام الأساسي بشكل كبير، ومما أدى إلى إيقاف مضخات تبريد المفاعل لمنع الاهتزازات الخطيرة، ومنع الضاغط من الملء تماماً. وهنا موظفو المفاعل خفضوا كم الماء البارد للطوارئ، والذي جرى ضخه في النظام الأساسي للمفاعل، وهذه الإجراءات أفقرت المفاعل قلبه المبرد؛ مما أدى إلى ارتفاع درجة الحرارة فيه، وبتدني تدفق المياه اللازمة لتبريد المفاعل ارتفعت درجة حرارة الوقود النووي إلى المستوى الذي جعل أنابيب الزركونيوم المعدنية الطويلة تتمزق وهي التي تحمل حبيبات الوقود النووي، وبدأت حبيبات الوقود في الذوبان. وتم استئجار الطائرات الهليكوبتر من قبل مالك المفاعل، وتم أخذ عينات من النشاط الإشعاعي في الغلاف الجوي فوق المفاعل بحلول منتصف النهار من قبل جمعية المرافق النووية ووزارة الطاقة. وأرسل فريق إلى مختبر =

المعلومات التي قد يؤدي كشف النقاب عنها دون تصريح إلى تهديد الحماية المادية للمواد النووية والمرافق النووية^(٨٦). وهنا لابد أن تتخذ الدول الأطراف تدابير ملائمة تتسق مع قوانينها الوطنية من أجل حماية سرية أية معلومات تتلقاها مؤتمنة عليها بموجب اتفاقية الحماية المادية للمواد النووية من دولة طرف أخرى أو من خلال اشتراكها في أي نشاط مضطلع به تنفيذاً لهذه الاتفاقية، وإذا قدمت دول أطراف إلى منظمات دولية أو إلى دول ليست أطرافاً في هذه الاتفاقية معلومات مؤتمنة عليها لزم اتخاذ خطوات لضمان حماية سرية تلك المعلومات، ولايجوز لأية دولة طرف تلقت طي الكتمان معلومات من دولة أخرى أن تقدم هذه المعلومات إلى أطراف ثالثة إلا بموافقة تلك الدولة الطرف الأخرى، ولا تلتزم الدول الأطراف في الاتفاقية بتوفير أية معلومات لا تسمح لها قوانينها الوطنية بالإفصاح عنها، أو أية معلومات من شأنها أن تعرض للخطر أمن الدولة المعنية أو الحماية المادية للمواد والمرافق النووية^(٨٧).

= بروكهافن الوطني للمساعدة في مراقبة الإشعاع في الساعة ١٥:٩ صباحاً، وتم إخطار البيت الأبيض الساعة ١١ صباحاً، وجميع الأفراد غير الأساسيين قد صدر لهم أمر بالخروج خارج مقر المفاعل. وبحلول مساء ٢٨ مارس بدا للجميع أنه قد تم تبريد قلب المفاعل، وأن المفاعل قد استقر تماماً، ولكن نشأت مخاوف جديدة صباح يوم الجمعة ٣٠ مارس عندما كان هناك انتشار ملحوظ للإشعاع من المبنى التابع للمفاعل. ولإجراء تخفيف للضغط على النظام الأساسي، وتجنب تقليص التدفق المبرد حتى نخاع المفاعل، فقد تسبب الأمر في قدر كبير من الارتباك والذعر، وفي جو من تزايد الشكوك حول حالة المفاعل قام حاكم ولاية بنسلفانيا "ريتشارد السرونبرج" مع اللجنة التنظيمية النووية الأمريكية حول إخلاء السكان القريبين من المفاعل. وفي نهاية المطاف قال ريتشارد، والرئيس التنفيذي للجنة التنظيمية النووية الأمريكية أنه سيكون من الحكمة بالنسبة لأفراد المجتمع الأكثر ضعفاً أن يخلوا المنطقة لكي لا يتعرضوا للإشعاع، وأعلن أنه قدم المشورة إلى النساء الحوامل والأطفال في سن المدرسة مسبقاً داخل دائرة نصف قدرها ٥ أميال من المفاعل لمغادرة المنطقة. وفي غضون فترة زمنية قصيرة أذابت التفاعلات الكيميائية الوقود وأحدثت فقاعة هيدروجين كبيرة في قبة أوعية الضغط والحماية التي تحمل قلب المفاعل، وهنا شعر مسؤولو اللجنة التنظيمية النووية بالقلق حول قدرة فقاعة الهيدروجين على حرق أو حتى تفجير وتمزيق وعاء الضغط، وفي هذه الحالة قلب المفاعل قد يقع في مبنى الاحتواء، وربما قد يسبب خرقاً لمبنى الاحتواء. وفي يوم السبت قد زال هذا القلق في ٣١ مارس وانتهت الأزمة عندما حدد الخبراء في الأول من أبريل أن الفقاعة لا يمكن أن تحرق أو تفجر وعاء الضغط بسبب غياب الأكسجين فيه". انظر عن حادثة جزيرة الثلاثة أميال - موقع اللجنة التنظيمية النووية للولايات المتحدة الأمريكية - الرابط رقم ٨ بقائمة المراجع - المواقع الإلكترونية.

(٨٦) انظر: اتفاقية الحماية المادية للمواد النووية - المادة ٢ - مرجع سابق - ص ٤ - ٦.

(٨٧) انظر: اتفاقية الحماية المادية للمواد النووية - المادة ٦ - مرجع سابق - ص ٨ - ٩.

خلاصة الفصل الأول

تناولت فيما سبق الحماية الوقائية من الإشعاع النووي من خلال استيفاء متطلبات الأمان النووي قبل وأثناء وبعد تشغيل المرفق النووي أو استعمال المواد النووية، واتباع إجراءات التبليغ المبكر، والالتزام بتقديم المساعدة في حالة حدوث حادث نووي أو طارئ إشعاعي بغية التقليل من الآثار الإشعاعية، ونرى في نهاية الفصل الأول أنه لتعظيم الحماية الوقائية من الإشعاع النووي لابد من إعادة النظر في العبارات المرنة التي لا تحمل معنى الالتزام بتحقيق نتيجة، وإنما تقتضي فقط بذل العناية؛ فضلاً عن ضرورة التزام كافة الدول التي تمارس الأنشطة النووية على أراضيها أو ترخص لأحد للقيام بها بكافة معايير السلامة النووية والأمان النووي التي وضعتها الوكالة الدولية للطاقة الذرية للتحقيق الفعلي للحماية الوقائية من الإشعاع النووي. وختاماً لا زال المجتمع الدولي يفتقر إلى الأمثلة المطلوبة لمواجهة أي خطر نووي ينجم عن عدم مراعاة معايير السلامة النووية، واستيفاء متطلبات الأمان النووي، وهذا ما يدعونا للحديث عن كيفية تبرير الممارسات والتدخلات التي تعنى بالأنشطة النووية، وأثر الالتزام بتطبيق الحدود القصوى للجرعات على تحقيق الوقاية العلاجية من الإشعاع النووي، وأمثلة كل ذلك وفقاً للصورة المثلى التي ينبغي أن تتم عليها الإجراءات والتدابير الخاصة بالسلامة النووية. ذلك كله ما يعالجه الفصل الثاني بعنوان الحماية العلاجية من الإشعاع النووي.

الفصل الثاني

الحماية العلاجية الدولية من الإشعاع النووي

تمهيد وتقسيم

يحدث التعرض المهني للإشعاعات المؤينة في عدة صناعات، وفي المنشآت الطبية والمؤسسات البحثية وفي مرافق دورة الوقود النووي؛ لذا في عام ١٩٩٦ نشرت الوكالة الدولية للطاقة الذرية أسس الأمان حول الوقاية الإشعاعية وأمان مصادر الإشعاع (سلسلة الأمان رقم ١٢٠)، ومعايير الأمان الأساسية الدولية للوقاية ضد الإشعاعات المؤينة وأمان مصادر الإشعاع (سلسلة الأمان رقم ١١٥)^(٨٨). وتستعرض هذه النشرات أهداف ومبادئ الأمان الإشعاعي، والمتطلبات التي يجب استيفاؤها لتطبيقها^(٨٩). والهدف من تلك الوقاية المهنية إيجاد تقارب دولي نموذجي لأمثلة الوقاية الإشعاعية المهنية؛ وتطبيق تقنيات حديثة للوقاية الإشعاعية في أماكن العمل. وهناك ثلاثة أدلة مرتبطة بالأمان: أحدها: يعطي الإرشادات العامة حول تطوير برامج الوقاية الإشعاعية المهنية، والآخران يعطيان إرشادات أكثر تفصيلاً، حول رصد وتقييم تعرض العاملين من المصادر الخارجية للإشعاع^(٩٠).

وبناء على ما جاء في المادة الثالثة من النظام الأساسي والتي تفوض الوكالة الدولية للطاقة الذرية في أن تضع معايير الأمان للوقاية من الإشعاع المؤين، وأن

(٨٨) "أسس الأمان: الوقاية الإشعاعية وأمان مصادر الإشعاع (سلسلة الأمان رقم ١٢٠)، متطلبات الأمان: معايير الأمان الأساسية الدولية للوقاية ضد الإشعاعات المؤينة وأمان المصدر الإشعاعية (سلسلة الأمان رقم ١١٥)، أدلة الأمان: ١) تقييم التعرض المهني بسبب المصادر الخارجية للإشعاع، ٢) التعرض الإشعاعي المهني، ٣) تقييم التعرض المهني بسبب اندخال النويدات النووية. وكانت كلتا النشترتين تحت رعاية منظمة الأغذية والزراعة التابعة للأمم المتحدة، والوكالة الدولية للطاقة الذرية، ومنظمة العمل الدولية، ووكالة الطاقة النووية التابعة لمنظمة التعاون الأوروبي، ومنظمة الصحة عبر الأمريكتين، ومنظمة الصحة العالمية." انظر: شكل ١ معايير الأمان للوقاية الإشعاعية المهنية الصادرة عن الوكالة الدولية للطاقة الذرية - وثيقة الوقاية الإشعاعية المهنية، ص ٢.

(٨٩) انظر: تقييم التعرض المهني الناجم عن المصادر الخارجية للإشعاع - سلسلة معايير الأمان الصادرة عن الوكالة الدولية للطاقة الذرية - ص ٩.

(٩٠) "قامت هذه الأدلة لتشكيل المبادئ الحالية المقبولة دولياً والممارسات الموصى بها في الوقاية الإشعاعية المهنية. وتم رعاية هذه الأدلة الثلاثة حول الوقاية الإشعاعية المهنية من خلال الوكالة الدولية للطاقة الذرية ومكتب العمل الدولي" انظر: تقييم التعرض المهني الناجم عن المصادر الخارجية للإشعاع - مرجع سابق - ص ٩.

تنهض بأعباء تطبيق هذه المعايير في الأنشطة النووية السلمية؛ فقد وضعت الوكالة الدولية للطاقة الذرية معايير الأمان والمقاييس في سلسلة معايير الأمان للوكالة الدولية للطاقة الذرية. وهذه السلسلة تغطي الأمان النووي، والأمان الإشعاعي، وأمان النقل، وأمان النفايات، والأمان العام^(٩١).

وهناك ثلاثة مبادئ أساسية للحماية من الإشعاع النووي تمثل متطلبات الوقاية من الإشعاع وهي (التبرير، وتطبيق حدود الجرعات، والمستوى الأمثل للحماية)، وتم التعبير عنها في مبادئ الأمان والسلامة رقم ٤، ٥، ٦، ١٠؛ حيث ينص المبدأ الرابع وعنوانه تبرير المرافق والأنشطة على "المرافق والأنشطة التي تؤدي إلى مخاطر الإشعاع يجب أن تؤدي إلى فائدة شاملة". وينص المبدأ الخامس وعنوانه أمثلة الحماية (تحسين فعالية الحماية) على "يجب أن تمثل الحماية وتكون أمثلتها وتحسينها لتوفير أعلى مستوى من السلامة التي يمكن معقولاً أن تتحقق. وينص المبدأ السادس وعنوانه الحد من المخاطر التي يتعرض لها الأفراد على "التدابير للسيطرة على المخاطر الإشعاعية؛ فيجب التأكد من أن أي شخص يتحمل مخاطر غير مقبولة من الضرر". وينص المبدأ العاشر وعنوانه إجراءات وقائية للحد من مخاطر الإشعاع الموجودة أو غير المنظمة على "إجراءات وقائية للحد من حالات التعرض القائمة، أو يجب أن تكون مخاطر الإشعاع غير المنظمة خاضعة للتبرير والأمثلة"^{(٩٢)(٩٣)}.

(٩١) "هذه السلسلة وثيقة الصلة باثنين أو أكثر من هذه المجالات الأربعة)، وتصدر في مجموعات تتناول (أساسيات الأمان - متطلبات الأمان - أدلة الأمان). أما أساسيات الأمان فهي "ذات أغلفة زرقاء" وهي تعرض الأهداف والمفاهيم (أفكار عامة) والمبادئ الأساسية للأمان والرقابة في تطوير وتطبيق الطاقة النووية في الأغراض السلمية. وأما متطلبات الأمان فهي "ذات أغلفة حمراء" وهي تعرض المتطلبات التي يجب أن تستوفي تأكيد الأمان، وهذه المتطلبات تكون مصاغة بتعبيرات "يلزم shall" وتكون محكمة بالأهداف والمبادئ المعروضة في أساسيات الأمان. وأما أدلة الأمان فهي "ذات أغلفة خضراء" وهي توصي بالإجراءات والشروط أو الطرق الواجبة لاستيفاء متطلبات الأمان؛ والتوصيات في أدلة الأمان هي عبارة عن نصائح بتعبيرات "يجب should" متضمنة ضرورة أخذ المقاييس الموصي بها أو بدائل مكافئة لهذه المقاييس، لتتوافق مع المتطلبات (متطلبات الأمان)". انظر: تقويم التعرض المهني الناجم عن المصادر الخارجية للإشعاع - مرجع سابق - ص ٢.

(٩٢) انظر: وثيقة الحماية من الإشعاع وأمان المصادر المشعة - معايير السلامة الأساسية الصادرة عن الوكالة الدولية للطاقة الذرية - متطلبات الأمان العامة - الجزء الثالث - ص ٣-٤.

(٩٣) Stephen Tromans - Nuclear Law - The Law Applying to Nuclear Installations and Radioactive Substances in its Historic Context- Oxford Hart Publishing Ltd - 2010 - chapter 7 - Radiological Protection - p 233 "There are three key components of radiological protection: 1. the justification of a practice, as

ومن ثم فإن مبادئ الوقاية الإشعاعية والأمان بالنسبة للممارسات الواردة في معايير الأمان الأساسية هي كالآتي: أ) تبرير الممارسات ب) تحديد الجرعات ج) أمثلة الوقاية والأمان، وندناول كل منهم على التفصيل الآتي:

المبحث الأول: تبرير الممارسات

المبحث الثاني: تطبيق الحدود القصوى للجرعات

المبحث الثالث: أمثلة الوقاية والأمان

المبحث الأول تبرير الممارسات

أولاً: مفهوم التبرير

يقصد به عدم جواز التصريح بممارسة أو بمصدر ضمن ممارسة^(٩٤) ما لم تنتج هذه الممارسة فائدة كافية للأشخاص المتعرضين أو للمجتمع توازن الضرر الإشعاعي الذي قد تسببه، أي ما لم تكن الممارسة مبررة مع أخذ العوامل الاجتماعية والاقتصادية

doing more good than harm; 2. the optimization of protection, by maximizing the margin of good over harm; and 3. the use of dose limits, to provide an acceptable standard of protection even for the most highly exposed individuals as, effectively, a long-stop."

(٩٤) " تتضمن الممارسات التي يجب أن تطبق عليها المعايير: أ) إنتاج المصادر واستخدام المواد المشعة لأغراض طبية أو صناعية أو بيطرية أو زراعية أو للتعليم أو التدريب أو البحوث، بما فيها أي أنشطة مرتبطة بذلك الاستخدام، والتي تتضمن أو يمكن أن تتضمن تعرضاً للإشعاع ولل مواد المشعة. ب) ممارسات تتضمن تعرضاً لمصادر طبيعية حددتها السلطة التنظيمية كممارسات تتطلب مراقبة. وتتضمن المصادر ضمن أية ممارسة يجب أن يطبق عليها المتطلبات المقررة بالنسبة لممارسات المعايير كما يلي: أ) مواد مشعة وأجهزة تحتوي على مواد مشعة أو تنتج إشعاعات بما فيها المنتجات الاستهلاكية والمصادر محكمة الإغلاق وغير محكمة الإغلاق، ومولدات الإشعاع بما فيها معدات التصوير الإشعاعي المتحركة. ب) منشآت ومرافق تحتوي على مواد مشعة أو أجهزة تنتج إشعاعات، بما فيها منشآت التشعيع والمناجم والمطاحن التي تعالج الخامات المشعة، والمنشآت القائمة بمعالجة المواد المشعة والمنشآت النووية ومرافق إدارة النفايات المشعة. ج) أي مصادر أخرى تحددها السلطة الرقابية. " انظر: وثيقة الوقاية الإشعاعية المهنية - ص ٦، وانظر أيضاً: مبادئ الأمان النووية - سلسلة معايير أمان الوكالة لحماية الناس والبيئة - أساسيات الأمان رقم - SF-1 المبدأ الرابع: تبرير المرافق والأنشطة (المرافق والأنشطة المسببة لمخاطر إشعاعية يجب أن تعود بنفع عام) - ٢٠٠٧ - ص ٩.

وغيرها في الحسابان" (٩٥)، وهنا عملية تحديد ما إذا كانت الممارسة مبررة أم لا تأخذ في حساباتها جميع الجرعات التي يتلقاها العاملون وأفراد الجمهور (٩٦). وعند تأسيس مبادئ الوقاية لابد من معرفة الفارق بين الممارسات وبين التدخلات؛ أما الممارسات فهي تلك الأنشطة البشرية التي تضيف تعرضاً إشعاعياً لتلك التعرضات التي يتلقاها البشر عادة من مصادر الإشعاع الموجودة أو التي تزيد من احتمال التعرض الذي يتكبدونه، وأما التدخلات فهي الأنشطة البشرية التي تسعى لتخفيض التعرض الإشعاعي الموجود أو تقليل احتمال التعرض الذي يتكبدونه والذي لا يعد جزءاً من ممارسة خاضعة للمراقبة (٩٧). وبالنسبة للممارسة يمكن اتخاذ تدابير الوقاية الإشعاعية والأمان قبل بدئها ويمكن تقييد التعرضات الإشعاعية المرافقة لها واحتمالاتها منذ البداية. أما في حالة التدخل فإن الظروف المؤدية إلى التعرض أو إلى احتمال حدوثه موجودة مسبقاً، ولا يمكن خفضها، إلا بواسطة إجراءات وقائية أو علاجية (٩٨). وقد حددت معايير الأمان الأساسية هوية نوعين من أوضاع التعرض والتدخل هما:

(٩٥) مبدأ التبرير مفاده عدم الموافقة على الترخيص بأي ممارسة أو نشاط يسبب أو يمكن أن يسبب تعرضاً للإشعاع إلا إذا كان النفع المتحقق منه للأفراد المعرضين للإشعاع أو المجتمع المعرض للإشعاع يفوق الضرر الإشعاعي الذي تسببه أو يمكن أن تسببه؛ فمزاولة أي نشاط يتضمن التعرض لأخطار الإشعاعات المؤينة يجب أن يخضع لاعتبارات المميزات والعيوب أو الفوائد والأضرار للتأكد من أن المميزات أو الفوائد الناتجة تفوق العيوب أو الأضرار الناجمة.

د/ أيمن محمد سليمان مرعي - مرجع سابق - ص ٢٢٣

(٩٦) (Agustin Alonso - Infrastructure and Methodologies for the justification of nuclear power programmers - woodhead publishing Limited - UK - 2012 - p 225 " The ethics of the justification principle - Justification of nuclear energy development, leads easily to the conclusion that such an application is based on ancient so-called teleological ethics which can be expressed in the sentence (the ends justify the means). The application of this ethical principle was the basis of the utilitarian ethics developed by the British philosopher Jeremy Bentham (1748 - 1832), which considered things moral and therefore acceptable if they achieved ' the greatest good for the greatest number of people '."

(٩٧) انظر: وثيقة الوقاية الإشعاعية المهنية - ص ٣.

(٩٨) "التعرضات الإشعاعية الناتجة عن إجراء الممارسات هي تعرضات متوقعة الحدوث، وتخضع مقاديرها للتنبؤ، ولو بشيء من عدم اليقين، ومثل هذا النوع من التعرضات في معايير الأمان الأساسية يعرف "بالتعرضات العادية"، ويمكن تصور سيناريوهات يحتمل فيها وقوع تعرض للإشعاع، ولا يوجد يقين بوقوعه، وتعرف هذه التعرضات "بالتعرضات غير المرغوبة" ولكنها محتملة الوقوع وهي المعروفة اختصاراً "بالتعرضات الكامنة أو المحتملة"، ويشمل مجال معايير الأمان الأساسية كلاً من النوعين "التعرضات العادية والمحملة". انظر: وثيقة الوقاية الإشعاعية المهنية - ص ٣.

أ - أوضاع التعرض الطارئ التي تتطلب إجراء وقائياً لخفض أو تجنب التعرضات المؤقتة ويتضمن:

- ١ - حوادث وحالات طوارئ نشطت فيها خطة طوارئ أو نهج طوارئ.
- ٢ - أي وضع تعرض مؤقت آخر، تحدد السلطة الرقابية أو منظم التدخل هويته كوضع يستلزم تدخلاً.

ب - أوضاع التعرض المزمّن^(٩٩) التي تتطلب إجراء علاجياً لخفض أو تجنب التعرض المزمّن وتتضمن:

- ١ - التعرض الطبيعي كالتعرض للرادون في المباني وأماكن العمل.
- ٢ - التعرض لمخلفات مشعة من أحداث سابقة مثل التلوث الإشعاعي الذي سببته الحوادث بعد إنهاء الوضع الذي تطلب إجراء وقائياً، وكذلك من إجراء الممارسات واستخدام المصادر غير الخاضعة للتبليغ والتصريح.
- ٣ - أي وضع تعرض مزمّن آخر، تحدد السلطة الرقابية أو منظم التدخل هويته كوضع يستلزم تدخلاً^(١٠٠). وللتبرير مستويات؛ فالتبرير الشامل للتعرضات الطبية هو أن استخدام الإشعاع في الطب يقدم نفعاً أكثر من الضرر، وهناك تبرير عام تقوم به هيئة الصحة بالتعاون مع الهيئات المهنية المناسبة حول إجراء إشعاعي معين^(١٠١). وهذا الأمر ينطبق على تبرير

(٩٩) "التعرض للمصادر الطبيعية للإشعاع هو وضع تعرض مزمّن، ويجب عند الضرورة أن يخضع لمتطلبات التدخل؛ باستثناء تعرض العاملين المهني للمصادر الطبيعية، والتي يجب أن تخضع لمتطلبات الممارسة الواردة بالمعايير الأساسية للأمان عند التعرض من المصادر الطبيعية للإشعاع إذا كانت هذه المصادر تؤدي إلى: ١- تعرض للرادون يتطلبه عملهم أو يرتبط ارتباطاً مباشراً به دون النظر إلى ما إذا كان التعرض أعلى أو أقل من مستوى الأجراء، بالنسبة للإجراء العلاجي المرتبط بأوضاع تعرض مزمّن، بما في ذلك الرادون في أماكن العمل ما لم يكن التعرض مستثنى أو ما لم تخضع الممارسة أو المصدر للإعفاء. ٢- التعرض للرادون حدث عرضي بالنسبة لعملهم؛ إلا أن التعرض أعلى من مستوى الأجراء بالنسبة للإجراء العلاجي المرتبط بأوضاع تعرض مزمّن. بما في ذلك الرادون في أماكن العمل، ما لم يكن التعرض مستثنى أو المصدر معفي. ٣- تعرض حددته السلطة الرقابية على أنه يجب أن يخضع لمثل هذه المتطلبات." انظر: وثيقة الوقاية الإشعاعية المهنية - ص ٦.

(١٠٠) انظر: وثيقة الوقاية الإشعاعية المهنية - ص ٣.

(١٠١) Justification of Practices, Including Non-Medical Human Imaging- IAEA (١٠١)
Safety Standards for protecting people and the environment - General Safety
Guide -No. GSG-5 - P 8" Justification is the process of deciding whether there
= is a net benefit from a practice, but demonstration of net benefit is not a

التكنولوجيات والتقنيات الجديدة المتطورة، وهناك تبرير خاص وذلك أعلى مستويات التبرير؛ حيث إن تطبيق الإجراء الإشعاعي على شخص معين يجب أن يكون محل اعتبار، فالأهداف المحددة من التعرض والظروف الطبية السريرية، وخصائص الشخص المعني يجب أن تؤخذ في الاعتبار عند تبرير الممارسة أو التدخل من خلال المبادئ التوجيهية التي وضعتها الهيئات المهنية وهيئة الصحة، ويعد التبرير للتعرض المهني من التبريرات العامة. فما هو التعرض المهني للإشعاع^(١٠٢)؟

قد استخدم مصطلح "التعرض المهني" بواسطة مكتب العمل الدولي ليشير إلى التعرض الذي يتكبده العامل أو يلازمه خلال فترة العمل^(١٠٣). وأوردت معايير الأمان

sufficient precondition that would permit the practice to be authorized or = exempted from the requirements for authorization. All the requirements for radiation protection have to be considered by the regulatory body in the process of determining whether to grant an authorization or an exemption for a proposed practice."

(١٠٢) انظر: وثيقة الحماية من الإشعاع وأمان المصادر المشعة - مرجع سابق - ص ٦.
(١٠٣) يمكن التعرض للإشعاع النووي من حيث الأصل نتيجة للتعامل البشري مع المواد النووية، ولأجل التحكم في هذا التعرض فمن الضروري أن نكون قادرين على تقييم مقدار الجرعات التي نتعرض لها. وهنا تعرض نشرة أسس الأمان الصادرة عن الوكالة الدولية للطاقة الذرية حول الوقاية الإشعاعية وأمان مصادر الإشعاع أهداف ومفاهيم ومبادئ الوقاية والأمان الإشعاعي؛ وقد صممت متطلبات الأمان والوقاية من الإشعاع لتتفق مع الأهداف والمبادئ المحددة في أسس الأمان، وبما في ذلك متطلبات وقاية العاملين المعرضين لمصادر الإشعاع فيما يعرف بمعايير الأمان الأساسية Basic Safety Standards وهنا توفر أدلة الأمان إرشادات حول استيفاء متطلبات معايير الأمان الأساسية بالنسبة للتعرض المهني، ويعطي دليل الأمان نصائح عامة عن ظروف التعرض التي تتطلب وضع برامج رصد لتقييم الجرعات الإشعاعية الناتجة عن الإشعاع الخارجي وتأثير العاملين بالإشعاع. انظر: تقويم التعرض المهني الناجم عن المصادر الخارجية للإشعاع - مرجع سابق - ص ١٣، ولقد ساعد في تطوير دليل الأمان النووي للوقاية من الإشعاع اللجنة الدولية للوقاية الإشعاعية ICRP وذلك من خلال تطويرها لتوصيات متعلقة بالوقاية الإشعاعية المهنية. وساعدها في ذلك ما فعلته اللجنة الدولية لوحدات الإشعاع والقياسات ICRU. فعلى أي دولة تسعى للتعامل مع المواد النووية المشعة أن تتبنى معايير للأمان النووي والوقاية من الإشعاع، والتي في مستهلها تحمي المهنيين المتعاملين مع المواد النووية، أو من هم أقرب إليها في التعرض للإشعاع؛ حيث تهدف معايير الأمان تلك أو ما يعرف بدليل الأمان للوقاية من الإشعاع النووي إلى توفير إرشادات شاملة للسلطات التنظيمية لتلبية المتطلبات اللازمة لإجراء تقييم فعال للتعرض المهني من المصادر الخارجية للإشعاعات المؤينة". انظر: اتفاقية تقديم المساعدة في حالة وقوع حادث نووي أو طارئ إشعاعي - المادة ٥/٢ تقديم المساعدة - ص ٤.

الأساسية تعريفاً أكثر تحديداً للتعرض المهني على أنه "جميع تعرضات العاملين التي يتكبدونها في سياق عملهم، باستثناء التعرضات المستثناة من المعايير^(١٠٤)، والتعرضات من ممارسات أو مصادر تعفيها المعايير". وهذه التعرضات المهنية التي ينبغي أن تقع مسؤوليتها على إدارة التشغيل، وتنص معايير الأمان الأساسية على أن "أي تعرض لا يستدعي مقداره أو احتمال حدوثه إخضاعه بصورة أساسية للمراقبة من خلال متطلبات المعايير فإنه يعتبر مستثنى من المعايير"^(١٠٥). ومثال التعرضات المستثناة من المعايير وتلك الواردة في معايير الأمان الأساسية تلك الناتجة عن البوتاسيوم ٤٠ في الجسم البشري، والتعرض للأشعة الكونية عن سطح الأرض، والتعرضات الناتجة عن تركيزات غير معدلة لنويدات مشعة في معظم المواد الخام^(١٠٦). وهنا كيف تقدر تلك الجرعات أو التعرضات من خلال الممارسة أو التدخل؛ هذا ما تشير إليه المستويات المرجعية!

ثانياً: المستويات المرجعية

يعرف "المستوى المرجعي" في معايير الأمان الأساسية بأنه مصطلح عام يمكن أن يشير إلى مستوى إجراء، أو مستوى تدخل أو مستوى استقصاء أو مستوى تسجيل.

أما مستوى الإجراء فهو "مستوى معدل الجرعة أو تركيز النشاط الإشعاعي الذي ينبغي عند تجاوزه اتخاذ إجراء علاجي أو إجراء وقائي في التعرض المزمّن أو في أوضاع التعرض الطارئ". وغالباً ما تستخدم مستويات الإجراء لوقاية أعضاء الجمهور، إلا أن لها استخداماتها الملائمة في التعرض المهني في أوضاع التعرض المزمّن خاصة تلك التي تتضمن تعرضاً للرادون في أماكن العمل.

وأما مستوى التدخل فهو "مستوى الجرعة المتفاداة التي عندها يتخذ إجراء وقائي معين أو إجراء علاجي معين، في وضع تعرض طارئ أو تعرض مزمّن". ويقتصر استخدام هذا المصطلح على التدخل المتعلق بوقاية أعضاء عامة الجمهور.

(١٠٤) انظر: وثيقة الرقابة التنظيمية للتصريفات الإشعاعية في البيئة - سلسلة معايير الأمان الصادرة عن الوكالة الدولية للطاقة الذرية - دليل الأمان رقم 2000 - WS-G-2.3.

(١٠٥) M. Francis Wolf - La protection internationale des travailleurs contre les radiations ionisantes - Annuaire français de droit international, volume 6, 1960. p 664.

(١٠٦) انظر: وثيقة الوقاية الإشعاعية المهنية - ص ٤.

وأما مستوى الاستقصاء فهو قيمة كمية ما، كالجرعة الفعالة، أو الاندخال^(١٠٧) أو التلوث لوحدة المساحة أو الحجم التي ينبغي عندها أو فوقها إجراء الاستقصاء". ومن ثم إذا تم تجاوز مستويات الاستقصاء فإنه ينبغي البدء في مراجعة ترتيبات الوقاية لمواجهة السبب.

وأما مستوى التسجيل فهو "مستوى جرعة أو تعرض أو اندخال حددته السلطة الرقابية يجب عنده أو فوقه إدخال قيم الجرعة أو التعرض أو الاندخال الذي حصل عليه العاملون في سجلات تعرضاتهم الشخصية"^(١٠٨). وهنا هل تحمل هذه القواعد والمبادئ معنى الإلزام أم لا؟ هذا ما تناقشه الطبيعة القانونية لمعايير الأمان!

ثالثاً: الطبيعة القانونية لمعايير الأمان الصادرة عن الوكالة الدولية للطاقة الذرية

معايير الأمان للوكالة الدولية للطاقة الذرية غير ملزمة قانونياً للدول الأعضاء^(١٠٩)، ولكن يمكن لهم تبنيها، وبحرية كاملة لتستخدم في المنظمات الرقابية الوطنية بالنسبة لنشاطهم الخاص، أو بالنسبة للعمليات التي تساعدهم بها الوكالة الدولية للطاقة الذرية^(١١٠). والمعايير ملزمة للوكالة في جميع عملياتها وملزمة كذلك للدول الأعضاء في العمليات التي تدعمها الوكالة، وأية دولة ترغب في إبرام اتفاقية مع الوكالة لمعاونتها في أمر يتعلق باختيار موقع، أو تصميم أو إنشاء أو بدء تشغيل، أو تشغيل، أو إنهاء تشغيل أي مرفق نووي أو أية أنشطة أخرى، يجب عليها الالتزام بمعايير الأمان. وهنا نشير إلى أن القرارات النهائية والمسؤوليات القانونية في طريقة الترخيص تقع على عاتق الدول الأعضاء. فمعايير الأمان تؤسس القواعد الجوهرية

(١٠٧) "يعرف الاندخال في معايير الأمان الأساسية على أنه "عملية دخول النويدات المشعة إلى الجسم بواسطة الاستنشاق أو الابتلاع أو عن طريق الجلد" انظر: تقويم التعرض المهني الناجم عن اندخالات النويدات المشعة - سلسلة معايير الأمان الصادرة عن الوكالة الدولية للطاقة الذرية - ٢٠٠١ - ص ٣.

(١٠٨) انظر: وثيقة الوقاية الإشعاعية المهنية - ص ٥.

(١٠٩) Pierre Strohl - La Convention de A.I.E.A. sur la sûreté nucléaire - "a) Les réticences à une formalisation internationale de la sûreté nucléaire" - Annuaire français de droit international, volume 40, 1994 - p 806.

(١١٠) "يشرف على تطوير معايير الأمان ACSS الكيانات الاستشارية التالية: ١- اللجنة الاستشارية لمعايير الأمان النووي NUSSAC 2- اللجنة الاستشارية لمعايير الأمان الإشعاعي RASSAC 3- اللجنة الاستشارية لمعايير أمان النقل 4- TRANSAC اللجنة الاستشارية لمعايير أمان النفايات WASSAC." انظر: تقويم التعرض المهني الناجم عن المصادر الخارجية للإشعاع - مرجع سابق - ص ٧.

بالنسبة للأمان، ولكن من الضروري وجود تفاصيل أكثر وفقاً للممارسات الوطنية، ومن ثم سيكون هناك جوانب خاصة يلزم تقويمها بواسطة الخبراء على أساس دراسة كل حالة على حدة^(١١١).

خلاصة المبحث

أيقن المجتمع الدولي بفرضية التعرض للإشعاع النووي، وأنه لا مفر من التعرض للإشعاع أثناء ممارسة النشاط النووي، ولكن هذه الممارسة لابد أن تنتج نفعاً أكثر من الضرر المترتب عليها؛ فإذا ما غلب الضرر على النفع كان لابد من إجراء التدخل، وكل منهم له مقياس يقاس به، ولا بد في كلتا الحالتين سواء الممارسة أو التدخل - الالتزام بمعايير الأمان الصادرة عن الوكالة الدولية للطاقة الذرية، والعمل على تندية الآثار الإشعاعية إلى أدنى حد، والالتزام بالتبرير في كل ممارسة أو تدخل، ووضعها في الصورة المثلى التي ينبغي أن تكون عليها، وهذا ما يعرف بأمانة الوقاية والأمان وهو ما نتعرض إليه في المبحث الثالث من هذا الفصل.

المبحث الثاني

تطبيق الحدود القصوى للجرعات

يجب أن يقيد التعرض العادي للأشخاص بحيث لا تتجاوز الجرعة الفعالة الكلية أو الجرعة المكافئة الكلية للأعضاء أو الأنسجة المعنية (الناتجة عن التجمع المحتمل من تعرضات من ممارسات مصرح بها) حد الجرعة المعنية بدليل تقويم التعرض المهني^(١١٢).

(١١١) "رغم أن معايير الأمان الصادرة عن الوكالة غير ملزمة قانونياً للدول الأعضاء إلا أنه قد تم تطويرها بغرض ضمان أن الاستخدامات السلمية للطاقة النووية وللمواد المشعة تتم بطريقة تمكن الدول من الوفاء بالتزاماتها. وذلك وفق مبادئ قانونية مقبولة دولياً كتلك المبادئ المرتبطة بحماية البيئة؛ ووفقاً لهذا المبدأ العام يجب ألا تستخدم أرض دولة بطريقة تسبب الضرر في دولة أخرى ومن ثم يقع على الدول التزام بالنسبة لمعايير الرعاية، وتخضع الأنشطة النووية المدنية الواقعة ضمن سيادة الدولة شأنها شأن الأنشطة الأخرى للالتزامات التي قد تلزم بها الدولة ضمن اتفاقيات دولية؛ فضلاً عن المبادئ المقبولة للقانون الدولي على وجه العموم. وعلى الدول أن تقر ضمن نظمها القانونية الوطنية مثل هذه التشريعات والمعايير والإجراءات الأخرى للوفاء بجميع التزاماتها الدولية بفعالية." انظر: تقويم التعرض المهني الناجم عن المصادر الخارجية للإشعاع - مرجع سابق - ص ٧.

(١١٢) انظر: مخطط قرارات التعرض المهني الذي يبين الاختبارات التي قد تطبق لكل مركبة مثل (الرايون، والتعرض الخارجي، وإدخال النويدات المشعة) - وثيقة الوقاية الإشعاعية المهنية مرجع سابق - ص ٩.

وهنا تميز معايير السلامة الأساسية بين ثلاثة أنواع من التعرض الذي ينطبق عليه المعايير:

أ) حالات التعرض المخطط لها

وهي حالات التعرض التي تنشأ عن عملية مخطط لها من مصدر أو من نشاط مخطط له ينتج تعرضاً بسبب مصدره؛ فيمكن توفير الحماية والسلامة قبل الشروع في النشاط المعني^(١١٣).

ب) حالات التعرض الطارئة

هي حالات التعرض التي تنشأ نتيجة وقوع حادث، أو عمل خبيث أو أي حدث آخر غير متوقع، ويتطلب إجراءات فورية من أجل تجنب الحادث أو للحد من آثاره السلبية^(١١٤).

ج) حالات التعرض القائمة

حالة التعرض الموجودة بالفعل هي التي تتوافر عندما يتطلب الأمر قراراً بشأن ضرورة وجود رقابة واجب اتخاذها، وتشمل حالات التعرض الموجودة حالات التعرض للإشعاع الطبيعي، وحالات التعرض بسبب المواد المشعة المتبقية المشتقة من الممارسات السابقة التي لم تكن تخضع لرقابة تنظيمية أو ما يتبقى بعد حالة التعرض الطارئة.

أولاً: حدود الجرعات

يعرف حد الجرعة^(١١٥) في معايير الأمان الأساسية بأنه " قيمة الجرعة الفعالة أو الجرعة المكافئة للأفراد من ممارسات مراقبة لا يجب تجاوزها، وبالنسبة للتعرض

(١١٣) " التعرض المرتبط بهذا النشاط، واحتمالية حدوثه يمكن تعقيدها منذ البداية. وتعد الوسيلة الأساسية للتحكم في التعرض في حالات التعرض المخطط له هي التصميم الجيد للمرافق والمعدات وإجراءات التشغيل والتدريب؛ ففي حالات التعرض المخطط لها نجد التعرض في مستوى ما يمكن توقع حدوثه. وإذا لم يكن وقوع التعرض من المتوقع حدوثه، ولكن يمكن أن ينجم عن حادث أو سلسلة حوادث قد تحدث فيشار إليه بـ " التعرض المحتمل ". انظر: وثيقة الحماية من الإشعاع وأمان المصادر المشعة - مرجع سابق - ص ٧.

(١١٤) " التدابير الوقائية والإجراءات التخفيفية يتعين النظر إليها قبل حدوث حالة التعرض الطارئة، وعندما تنشأ حالة من حالات التعرض الطارئة. " انظر: وثيقة الحماية من الإشعاع وأمان المصادر المشعة - المرجع السابق - ص ٨.

(١١٥) " مبدأ حدود الجرعة مفاده أنه يجب الالتزام بحدود الجرعة الصادرة من السلطة المختصة وذلك بعد استيفاء مبدئي التبرير والأمثلة، وفي حالة تجاوز أو احتمال تجاوز هذه الحدود يجب عدم التصريح بمزاولة النشاط ". د/ أيمن محمد سليمان مرعي - مرجع سابق - ص ٢٢٧.

المعني تطبيق الحدود على الجرعة الفعالة على مجموع الجرعات الفعالة من المصادر الخارجية وعلى الجرعات الفعالة الملزمة من اندخالات في نفس الفترة. لذا فالتعرض المهني لأي عامل يجب أن يراقب؛ بحيث لا يتجاوز الحدود التالية:

(أ) جرعة فعالة تبلغ ٢٠ مللي سيفرت^(١١٦) في السنة كقيمة متوسطة، على مدى خمس سنوات متعاقبة، (ب) جرعة فعالة تبلغ ٥ مللي سيفرت في أي سنة منفردة؛ (ج) جرعة مكافئة لعدسة العين تبلغ ١٥٠ مللي سيفرت في السنة؛ (د) جرعة مكافئة للأطراف (الأيدي والأرجل) أو الجلد تبلغ ٥٠٠ مللي سيفرت في السنة. وبداية فترة أخذ المتوسط يجب أن تتطابق مع اليوم الأول للفترة السنوية المعنية بعد تاريخ سريان مفعول المعايير دون أخذ المتوسط بمفعول رجعي^(١١٧).

ثانياً: قيود الجرعات والمستويات المرجعية

تستخدم قيود الجرعات والمستويات المرجعية لتعظيم الاستفادة من أمثلة الحماية والسلامة، والنتيجة المرجوة منها هي التحكم في جميع التعرضات إلى مستويات منخفضة قابلة للتحقيق اقتصادياً واجتماعياً وبيئياً؛ حيث يتم أخذها بعين الاعتبار، ويتم تطبيق قيود الجرعات على حالات التعرض المهني، وتعرض الجمهور في حالات التعرض المخطط لها. ويتم تعيين قيود الجرعة بشكل منفصل لكل مصدر مشع تحت السيطرة؛ فيتم تشغيله وفق شروط محددة؛ ولا تعد قيود الجرعة حدوداً للجرعة؛ فتجاوز قيود الجرعة لا يمثل عدم امتثال للمتطلبات التنظيمية وإنما يؤدي إلى إجراءات تالية للتعرض^(١١٨). في حين أن أهداف استخدام قيود الجرعة للتحكم في التعرض المهني وتعرض الجمهور متشابهة؛ حيث يتم تطبيق قيود الجرعة بطرق

(١١٦) سيفرت Sievert ورمزها (Sv) هي وحدة لقياس جرعة الإشعاع المكافئة. وهي تختلف عن "الجري" في كون "الجري" يعطي كمية الإشعاع الممتصة في جسم ما قد يكون مادة حية أو جماداً، أما السيفرت فهو يعطي تأثير الأشعة على المادة الحية، وهذه التأثيرات على حيوية الجسم لا تعتمد فقط على مقدار الإشعاعات الممتصة في الجسم بل تعتمد أيضاً على نوعية الإشعاع. ووحدة السيفرت مسماة على اسم العالم السويدي "رولف سيفرت" الذي كان عالماً في الفيزياء وطبيعياً في نفس الوقت. ولد "سيفرت" عام ١٨٩٦ وتوفي عام ١٩٦٦. وحتى عام ١٩٨٥ كانت تستخدم وحدة (ريم) R?ntgen equivalent man; Rem لقياس الجرعة المكافئة للإنسان، واستبدلت وحدة الريم بوحدة السيفرت الأكبر منها بمقدار ١٠٠ مرة على المستوى العالمي منذ ٣١ ديسمبر ١٩٨٥.

(١١٧) انظر: وثيقة الوقاية الإشعاعية المهنية - ص ١٥ - ١٦.

(١١٨) انظر: وثيقة الحماية من الإشعاع وأمان المصادر المشعة - مرجع سابق - ص ٩.

مختلفة، ويتم اختيار قيمة قيد الجرعة أو المستوى المرجعي بناء على خصائص حالة التعرض كطبيعة التعرض وعملية الحد من أو منع التعرض، والفوائد المتوقعة من التعرض للأفراد والمجتمع أو الفوائد التي تجنب اتخاذ تدابير وقائية أو الإجراءات الوقائية التي من شأنها أن تكون ضارة بظروف المعيشة وغيرها من المعايير المتعلقة بإدارة وضع التعرض، والعوامل الوطنية والإقليمية مع النظر في التوجيهات الدولية والممارسات الجيدة في أماكن أخرى^(١١٩).

ثالثاً: برامج الرصد

تهدف برامج الرصد إلى تقييم ظروف أماكن العمل وتعرضات الأفراد، ويعد تقييم الجرعات للعاملين الذين يتعرضون للمصادر الخارجية بشكل روتيني أو احتمالي جزءاً متكاملاً لأي برنامج للوقاية الإشعاعية، ويساعد ذلك في تأكيد مستوى الأمان المقبول والظروف الإشعاعية المرضية في مكان العمل؛ فقد يساهم التلوث الإشعاعي لأسطح مكان العمل في التعرض الخارجي للعاملين؛ لذا وفي حالات كثيرة من حالات التلوث خاصة إذا كانت من نوع جسيمات (ألفا - جاما)^(١٢٠) تكون مسارات التعرض

(١١٩) انظر: وثيقة الحماية من الإشعاع وأمان المصادر المشعة - مرجع سابق - ص ١٠ - ١١.
(١٢٠) "الأشعة النووية ثلاثة أنواع: أشعة ألفا وليس لها قدرة على اختراق جسم الإنسان إلا عن طريق فتحات الجسم فتحدث به إصابات بسيطة، وأشعة بيتا ولها قدرة اختراق محدودة إذا دخلت الجسم عن طريق الفتحات تسبب إصابات قاتلة، وتوفر الملابس والأقنعة وقاية كاملة منها. وأشعة جاما ولها قدرة اختراق كبيرة فهي تخترق جسم الإنسان وتتلصص الأنسجة الحية وتسبب نشاطاً إشعاعياً للمواد التي تقابلها، وتسبب هذه الغثيان والقى وارتفاع درجة الحرارة، ويتلو ذلك حدوث نزيف في الأسابيع التالية للتعرض، وتقل الشهية ويظهر الضعف العام ويسقط الشعر، كما تظهر أعراض فساد الدم ونقص كرات الدم الحمراء وزيادة كرات الدم البيضاء مما يسبب الإنيميا وسرطان الدم، كما تسبب أشعة جاما تدمير نخاع الشوكي وإجهاض الحوامل وولادة أطفال مشوهة، كما تفقد الذكور قدرتهم على التناسل والنيوترونات لها قوة نفاذ كبيرة جداً فهي تستطيع النفاذ في الحواجز السميكة وتصيب من يحتمي خلفها وتسبب الموت على الفور. وهناك أيضاً إشعاع خفي يسمى "الغبار الذري" والذي يتكون من المواد المشعة التي تنطلق من القنبلة عند التفجير، يرتفع في الفضاء ويسبح في كل اتجاه ويمض بطيئاً متهملاً ثم يتساقط بطيئاً متناثلاً كذلك على سطح الأرض وفوق الماء وعلى الزرع وعلى الإنسان والحيوان وكل شيء يشرب أو يؤكل يتساقط عليه الغبار الذري، يصبح مصدراً للخطر على صحة الإنسان. ولما كان المخزون من الفحم والبتروك سينفذ في بضعة قرون وربما خلال مدة لا تتجاوز مائة سنة هنا تتجلى أهمية استخدام الطاقة النووية كطاقة إضافية للبتروك والفحم أو كطاقة بديلة لها فيما بعد الوقود النووي تعادل ما ينتج من احتراق ٢٠ مليون طن من الفحم الحجري". انظر: د/ محمود ماهر محمد ماهر - مرجع سابق - ص ١٧ - ١٨.

الداخلي هي المتحكممة، وقد يؤدي تلوث الجلد إلى تعرض خارجي وأحياناً إلى تعرض داخلي حسب نوع النويدات أو النويدات المشعة، والأشكال الكيميائية، ومستوى النشاط. وهنا يوفر التذليل الملحق بدليل الأمان من الإشعاع للمهنيين تقييم الجرعات الناتجة عن تلوث الجلد^(١٢١). وإذا تم وضع برنامج للرصد؛ فكيف يتم تقدير جرعة الأفراد المتعاملين مع النشاط النووي؟

رابعاً: تقدير جرعة الأفراد

يمكن تقدير الجرعات من الإشعاع الخارجي بسهولة بواسطة الرصد الشخصي المنتظم للعاملين، وفي حالة عدم القدرة على رصد الأفراد أو على توفير مؤشرات كافية لجرعات العاملين، يمكن استخدام نتائج رصد مكان العمل لتقدير الجرعة الشخصية، وقد يكون من الملائم اشتقاق تقدير للتعرض من نتائج رصد مكان العمل في الحالات الآتية:

- أ - عند عدم توفر طريقة فعالة لرصد الأفراد، وعندما يتبين أن الطريقة المبنية على رصد مكان العمل مقبولة.
- ب - عندما تكون الجرعات ثابتة نسبياً، ويمكن تقييمها بشكل موثوق به بواسطة وسائل أخرى كمعامل البحوث.
- ج - عندما يكون العاملون المعينون موظفين بشكل منتظم في منطقة خاضعة للإشراف أو يدخلون المناطق المحكومة مصادقة^(١٢٢).

خامساً: القواعد المنظمة للرصد

- ١ - يجب تزويد كل شخص بمقياس جرعة متكامل عندما يكون الرصد الفردي

(١٢١) انظر: تقويم التعرض المهني الناجم عن المصادر الخارجية للإشعاع - مرجع سابق - ص ١٩.

(١٢٢) "عادة ما يكون رصد الأفراد مطلوباً بالنسبة للأشخاص الذين يعملون بشكل منتظم في المناطق المصنفة كمناطق محكومة بسبب مخاطر التعرض الخارجي، والمقصود من برنامج رصد الأفراد الخارجي للإشعاع هو توفير معلومات لأغراض التوصيل إلى أعلى مستوى من الوقاية، وللبرهنة على أن تعرض العامل لم يتجاوز أي حد للجرعة أو المستويات السابق وضعها للأنشطة المعنية، وللتحقق من كفاية رصد مكان العمل. وبالنسبة للمناطق الخاضعة للإشراف التي يكون فيها الرصد الفردي غير مطلوب، فإنه من الأبسط استخدام عدد محدود من مقاييس الجرعة الفردية أكثر من الاعتماد على برنامج شامل لرصد مكان العمل، وبصفة عامة فإن رصد الأفراد لأغراض تسجيل الجرعة يمكن اعتباره ممارسة جيدة لكل العاملين في المناطق الخاضعة للإشراف". انظر: تقويم التعرض المهني الناجم عن المصادر الخارجية للإشعاع - مرجع سابق - ص ١٩ - ٢٠.

- للعاملين مستخدماً، وعندما تتغير معدلات مكافئ الجرعة في مكان العمل بأكثر من عشرة أضعاف، فيجب استخدام مقياس جرعة إضافي ذي قراءة أو جهاز إنذار وذلك لأغراض التحكم في الجرعة.
- ٢ - يجب استخدام خدمة الرصد الفردي المعتمدة من السلطة التنظيمية بشرط أن توفر هذه الخدمة مقاييس جرعة قادرة على القياس بدقة كافية لكل أنواع الإشعاعات.
- ٣ - يجب على جهة التنظيم أن تشترط توافر الكوادر ذات المؤهلات الكافية والأفراد المدربين في المصلحة.
- ٤ - أن تكون لدى جهة التنظيم تجهيزات مناسبة للعمليات وللتسهيلات الأخرى المرتبطة بالنشاط.
- ٥ - يجب على السلطة التنظيمية القيام بالتفتيش في المصلحة، وأن تشترط تنفيذ العمليات وكتابة تقارير الجرعات طبقاً لجدول زمني موضوع مسبقاً، وأن يكون النظام كافياً لتوكيد الجودة في حالة التشغيل. وفي أغلب الحالات يكفي استخدام مقياس واحد للجرعة المعلق على البدن، وفي حالة الإشعاع شديد الاختراق يجب وضع مقياس الجرعة في الوضع الذي يتوقع عنده أعلى تعرض على سطح البدن، وعندما تسقط الأشعة بشكل أساسي من الأمام أو عندما يتوقع سقوط الأشعة بشكل دائري متماثل، فيجب وضع مقياس الجرعة على واجهة الجسم بين الكتفين والخصر. وفي حالة جرعات عدسة العين يجب وضع مقياس الجرعة بالقرب من العينين. (على الجبهة أو غطاء الرأس)^(١٢٣) وبصفة عامة يجب أن يزود كل عامل قيد الرصد باثنين من مقاييس الجرعة بحيث يرتدي العامل أحدهما؛ بينما الآخر

(١٢٣) "وللحصول على تقدير أفضل للجرعة الفعالة المأخوذة في مجال إشعاعي غير متجانس، فمن المفيد للعاملين ارتداء مقاييس إضافية للجرعة على الأجزاء الأخرى من الجسم، وفي بعض الحالات الخاصة مثل التطبيقات الطبية للإشعاع حيث تستخدم ملابس واقية مثل الوزرة الرصاصية، فيوصي باستخدام مقياس واحد للجرعة تحت الوزرة الواقية، ومقياس آخر على جزء غير مدرع من الجسم. والغرض من المقياسين هو تعيين الجرعة الفعالة المأخوذة بواسطة الأجزاء المدرعة وغير المدرعة من الجسم، ويمكن استخدام القراءتين لتعيين الجرعة الفعالة الكلية بواسطة طرق حسابية مناسبة، وفي الحالات التي يتوقع فيها أن يكون الحد الأقصى للجرعة على الأطراف قد يزيد عن الجرعة على سطح الجسم الكامل بعشرة أضعاف، يجب ارتداء مقياس أو اثنين على الأطراف لقياس الجرعة في المواضع المتوقع فيها أعلى جرعة". انظر: تقويم التعرض المهني الناجم عن المصادر الخارجية للإشعاع - مرجع سابق - ص ٢١.

الذي سبق ارتدأؤه يتم إعداده وتقديره، ويجب تحديد معدل تغيير مقاييس الجرعة بواسطة مصلحة قياس الجرعة اعتماداً على طبيعة العمل المؤدى، والتعرض المتوقع المرتبط بهذا العمل وخواص المقاييس، والحد الكلي للكشف في نظام قياس الجرعة^(١٢٤).

ويجب ارتداء مقاييس إضافية تمكن من إعطاء معلومات مبكرة عند حدوث تغيرات سريعة للمجال الإشعاعي في محيط العمل متى ارتبط الرصد بعمل شاق يزداد فيه المجال الإشعاعي، ومن هذا النوع مقياس القلم ذي القراءة المباشرة والذي يمكن قراءته أثناء التشغيل وبعد يوم العمل، والمقاييس الإلكترونية ذات الإنذار النشط والتي تطلق إشارات إنذارات سمعية أو مرئية إذا تجاوزت الجرعة أو معدل الجرعة مستوى معين، وعند تقدير الجرعات على أساس نتائج الرصد الروتيني لمكان العمل، يجب أن يكون هذا الرصد مستمراً، وممثلاً لكل مناطق العمل بالمكان، ويجب أن يكون الأساس لبرنامج الرصد الروتيني للإشعاعات الخارجية في أماكن العمل هو المسح الشامل، والذي يجب إجراؤه عند تشغيل أي منشأة جديدة، أو عند إجراء تغييرات جذرية في الإنشاءات القائمة، وتعتمد تكرارية الرصد الروتيني لمكان العمل على التغيرات المتوقعة في البيئة الإشعاعية:

أ - عندما لا يتوقع حدوث تبديل جوهري للدروع الواقية أو للعمليات الجارية في مكان العمل؛ فيجب تطبيق رصد روتيني بين الحين والآخر لأغراض التحقق.

(١٢٤) "على سبيل المثال؛ فإن خاصية الاضمحلال (البهتان) في أفلام التصوير تتطلب عادة فترات أقصر لتغيير مقياس الأفلام عنه في حالة مقياس الوميض الحراري. وقد تتراوح تكرارية التغيير بين يوم في عمليات خاصة إلى كل ٦ شهور إذا كان التعرض المتوقع منخفضاً جداً، ولكن فترات التغيير الشائعة هي بين شهر وثلاثة أشهر. وفي حالة التشغيل الروتيني باستخدام المقاييس ذات القراءة المباشرة يتم تطبيق أنظمة أخرى؛ فمن الممكن تخصيص مقياس لكل فرد على أساس يومي، أو تخصيص مقياس لفرد ما لمدة قد تصل إلى سنة، مع أخذ القراءات بشكل دوري، وهنا يجب توفير أجهزة احتياطية بالطبع لتغطية أي تلف في المقاييس أو لإجراء الصيانة. وللتحكم في تعرض الأفراد يومياً قد يكون من الضروري استخدام مقاييس إضافية من الطراز ذي القراءة المباشرة (الإلكتروني)، والذي يمكن أن يوفر تقديرات لجرعات الأفراد بتكرارية أكثر من المقاييس النمطية الروتينية، ويجب استخدام هذه المقاييس لأغراض الرقابة، وليس كبدايل للمقياس المعتمد من السلطة التنظيمية لأغراض حفظ السجلات (فيما يعرف بمقياس التسجيل)، ومع ذلك إذا أمكن اعتماد مقياس إلكتروني بواسطة السلطة التنظيمية بتصميم مناسب لكي يستخدم كمقياس التسجيل" أي يتميز بمدى كاف للطاقة والحساسية والاستجابة الخطية والدقة "فقد يخدم بشكل فعال كلا الغرضين". انظر: تقويم التعرض المهني الناجم عن المصادر الخارجية للإشعاع - مرجع سابق - ص ٢٣.

- ب - عند توقع تغيير في المجال الإشعاعي في مكان العمل بحيث لا يكون التغيير سريعاً أو حاداً؛ فإن الرصد الدوري أو العارض لأغراض التحقق، وبالأخص عند النقاط السابق إنشاؤها، سوف يعطي عادة إنذاراً كافياً، وفي الوقت المناسب عند حدوث أي تدهور في الظروف، وكبديل لذلك يمكن استخدام نتائج الرصد الفردي.
- ج - عند توقع زيادة المجالات الإشعاعية بشكل سريع وغير متوقع بحيث يبلغ مستويات خطيرة، يجب استخدام نظام من أجهزة الإنذار توضع إما في مكان العمل و/أو ترتدى بواسطة الأفراد، بالإضافة إلى المقاييس الشخصية. وفي هذه الأحوال يمكن فقط بواسطة أجهزة الإنذار تجنب تراكم مكافآت جرعة كبيرة في دورة عمل قصيرة بشكل موثوق به^(١٢٥).

سادساً: المقياس الدولي للأحداث والوقائع النووية

قد أنشأت الوكالة الدولية للطاقة الذرية نظاماً لتسجيل الأحداث والوقائع النووية هو المقياس الدولي للأحداث والوقائع النووية International Nuclear Event Scale (INES) ويعتبر هذا المقياس وسيلة للاتصال بالجمهور؛ حيث يساهم في تحقيق توافق عام بين الجماعة النووية والإعلام والجمهور، فيما يتعلق بتصنيف الحوادث النووية، لذا تبذل جهود كبيرة لتحديث هذا النظام ومده لتسجيل الوقائع في الاستخدامات الطبية؛ كما أن بعض الدول ألزمت المرخص لهم بالعمل بهذا المقياس عن طريق نصوص قانونية مثل اليابان وكوريا وفنلندا، ويتكون هذا المقياس من سبعة مستويات؛ المستويات السفلى للمقياس من ١-٣ تعرف بالأحداث، والمستويات العليا للمقياس من ٤-٧ تعرف بالحوادث؛ وهناك وقائع ليست لها دلالات أمان؛ فتصنف تحت مستوى صفر، وتعرف بالانحرافات أو الحوادث. وفي حالة الوقائع التي ليست مرتبطة بالأمان يطلق عليها خارج المقياس، ويستخدم المقياس لتصنيف وقائع المنشآت النووية الخاصة بالاستخدامات السلمية للطاقة الذرية، وكذلك أي واقعة قد تنشأ عند نقل المواد المشعة من أو إلى هذه المرافق، ويعتمد هذا المقياس على تأثير الحادث، وقد تم تصنيف حادث ميت حلفا بمصر ضمن المستوى الرابع^(١٢٦).

خلاصة المبحث

تبرز الحماية العلاجية من الإشعاع النووي إذا تجاوزت جرعات التعرض للإشعاع النووي الحدود المسموحة بها والمحددة سلفاً في معايير الأمان، وهنا يتم

(١٢٥) انظر: تقويم التعرض المهني الناجم عن المصادر الخارجية للإشعاع - مرجع سابق - ص ٢٥.

(١٢٦) د/ أيمن محمد سليمان مرعي - مرجع سابق - ص ١٥.

الإسراع في إجراء التدخل من أجل تخفيض وتدننية الآثار الإشعاعية الناتجة عن الممارسة التي زاد التعرض فيها للإشعاع عن الحدود المسموح بها، ولا يتم استخدام حدود الجرعة وقياساتها إلا إذا كان هناك برنامج رصد دقيق للأفراد ولمكان العمل الذي يمارس فيه النشاط النووي. ويجب أن يخضع تطبيق الحدود القصوى للجرعات إلى الأمثلة والنموذجية التي تتطلبها الوقاية العلاجية من الإشعاع النووي، وهذا ما نتناوله في المبحث الثالث بعنوان أمثلة الوقاية والأمان؛ أي الصورة المثلى والنموذجية التي ينبغي أن تكون عليها إجراءات الوقاية من الإشعاع النووي.

المبحث الثالث أمثلة الوقاية والأمان

بالنسبة للتعرضات من أي مصدر خاص ضمن ممارسة ما؛ باستثناء التعرضات الطبية العلاجية يجب أن تكون محلاً للأمثلة وذلك لتحقيق الوقاية والأمان، ولكي تبقى قيم الجرعات الفردية وعدد المتعرضين واحتمال التعرضات جميعها عند أقل ما يعقل إنجازه، مع أخذ العوامل الاقتصادية والاجتماعية في الحسبان، بحيث تكون الجرعات التي يتعرض لها الأفراد خاضعة لقيود الجرعة^(١٢٧). فالالتزام الأساسي بالنسبة للتدخل هو:

- أ - التخفيض أو تجنب التعرضات في أوضاع التدخل، حيث يجب أن تتخذ الإجراءات الوقائية أو العلاجية وحيثما تكون مبررة.
- ب - إن شكل وحجم أي إجراء وقائي أو علاجي، والامتداد الزمني له يجب أن يخضع للأمثلة بحيث يؤدي إلى الفائدة الصافية القصوى، أخذاً في الاعتبار الظروف الاجتماعية والاقتصادية السائدة.

أولاً: مفهوم الأمثلة

يقصد بأمثلة الحماية والأمان عند تطبيقها على تعرض العمال وأفراد العامة من الجمهور للإشعاع ومقدمي الرعاية وغيرهم ممن يخضعون لإجراءات إشعاعية هي عملية لضمان أن احتمال وحجم التعرض وعدد الأشخاص الذين سيتعرضون سيكون

(١٢٧) انظر: وثيقة الوقاية الإشعاعية المهنية - ص ١١، وانظر: أيضاً مبادئ الأمان النووية - مرجع سابق - المبدأ الخامس: التحسين الأمثل للوقاية (يجب تحسين الوقاية بالشكل الأمثل لتوفير أعلى مستوى من الأمان يمكن تحقيقه بدرجة معقولة - ٢٠٠٧ - ص ٩).

منخفضاً إلى الحد المعقول الذي يمكن تحقيقه^(١٢٨)، فما الأمثلة أو التحسين إلا عملية مستقبلية ومتكررة تتطلب مراعاة الأحكام النوعية والكمية في هذا الشأن، وكما هو الحال في التبرير؛ فإن تطبيق مبدأ الأمثلة أو التحسين على التعرض الطبي للمرضى، وعلى المتطوعين في برنامج البحوث الطبية يتطلب نهجاً خاصاً، وهنا نجد أن التعرض لجرعة منخفضة للغاية من الإشعاع قد تكون سيئة مثل التعرض لجرعة عالية من الإشعاع، فمن الأهمية بمكان أن يؤدي التعرض الطبي للنتائج المطلوبة^(١٢٩).

ثانياً: أمثلة الوقاية الإشعاعية للممارسات

يجب أن تؤخذ أمثلة الوقاية في الحسبان في جميع مراحل عمر المعدات والمنشآت بالنسبة لكل من التعرضات العادية والكامنة، ويقتضي مبدأ الأمثلة أن يؤخذ في الحسبان جميع الإجراءات الممكنة التي تتضمن المصدر أو المصادر والأسلوب الذي يشغل به العاملون المصدر أو المصادر أو يعملون بالقرب منه، وأن تشمل عملية الإدارة على وضع الأهداف، وقياس وتحليل الأداء لتحديد الإجراءات التصحيحية ووضع أهداف جديدة يمكن تعديلها وتكييفها لتأخذ في الحسبان أي تغيير هام في حالة التقنيات أو موارد الوقاية المتاحة أو المحيط الاجتماعي السائد، وتشجيع المحاسبة والمساءلة للحد من التعرضات غير الضرورية؛ ولا بد من النظر إلى الموارد المتاحة للوقاية وتوزيع الأفراد والتعرض الجماعي بين مجموعات مختلفة من العاملين وبين العاملين وأعضاء عامة الجمهور، واحتمال وقوع تعرض كامن ومقداره عند تطبيق الأمثلة، ومراعاة التأثير الكامن لإجراءات الوقاية على مستوى المخاطر الأخرى

(١٢٨) "مبدأ الأمثلة مفاده أنه يجب ألا تتجاوز الجرعات الفردية الناجمة عن الجمع بين جميع الممارسات ذات الصلة حدود جرعة معينة، وينبغي أن تكون جميع المصادر والمنشآت الإشعاعية مزودة بأفضل ما يمكن من تدابير الوقاية والأمان في الظروف السائدة؛ بحيث يكون حجم واحتمال التعرض وعدد الأشخاص الذين يتعرضون للإشعاعات عند أدنى حد معقول؛ مع مراعاة العوامل الاقتصادية والاجتماعية، كما يجب الحد من الجرعات الصادرة عنها، والمخاطر التي ينطوي عليها، وبمعنى أفضل ينبغي أمثلة الوقاية والأمان. وقد وجد هذا المبدأ تطبيقاً له في التشريع المصري في القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٦٠ بشأن تنظيم العمل بالإشعاعات المؤينة، والوقاية من أخطارها؛ حيث تنص اللائحة التنفيذية لهذا القانون في المادة ٣٠ على أنه يجب أن تبذل كل محاولة لإنقاص الجرعات التي يتعرض لها العاملون بالإشعاعات المؤينة إلى أقل ما يمكن، ويجب أن يمنع أي شخص من التعرض للإشعاعات المؤينة أياً كانت دون مبرر يوجب ذلك". د/ أيمن محمد سليمان مرعي - مرجع سابق - ص ٢٢٤-٢٢٧

(١٢٩) انظر: وثيقة الحماية من الإشعاع وأمان المصادر المشعة - مرجع سابق - ص ٧.

غير الإشعاعية للعاملين أو لأعضاء عامة الجمهور^(١٣٠). ويجب أن يتحمل المسجلون والمرخصون والمستخدمون العاملون الذين يمارسون أنشطة تعرضات عادية أو كامنة (محتملة) المسؤولية عن وقاية العاملين من التعرض المهني، والامتثال لأي متطلبات أخرى تتعلق بالمعايير^(١٣١). وعلى العاملين أن يساهموا بأدائهم في وقاية وأمان أنفسهم والآخرين الموجودين معهم في العمل، وتبين المعايير الأساسية للأمان أنه يجب على العاملين:

(١٣٠) "ينبغي على الإدارة أن تسجل كافة معلومات الطريقة التي تنفذ بها أمثلة الوقاية الإشعاعية والتي تتضمن عرض أسس التشغيل المقترح، ونهج الصيانة والإجراءات الإدارية إضافة إلى الخيارات المأخوذة في الاعتبار والسبب الداعي لرفضها، ومراجعة دورية، وتحليل موجه بالنسبة للجرعات المهنية لمجموعات العمل المختلفة ومؤشرات الأداء الأخرى، وفحوص داخلية ومراجعات ماثلة، والإجراءات التصحيحية الناتجة وتقارير الحوادث والدروس المستفادة. وتقع المسؤولية الرئيسية للأمثلة على الإدارة، وينبغي أن يتجلى التزام الإدارة ببيانات سياسية مكتوبة تجعل معايير الوقاية الإشعاعية جزءاً مكملاً لعملية اتخاذ القرار، وبدعم واضح وصريح لأولئك الأشخاص الذين يتحملون مسؤولية مباشرة عن الوقاية الإشعاعية في أماكن العمل والبيئة. وينبغي أن تترجم الإدارة العليا التزامها تجاه أمثلة الوقاية الإشعاعية إلى جزء فعال بتأسيس برامج ملائمة للوقاية الإشعاعية تتناسب مع مستوى وطبيعة الأخطار الإشعاعية التي تمثلها الممارسة". انظر: وثيقة الوقاية الإشعاعية المهنية - مرجع سابق - ص ١٩-٢٠.

(١٣١) "ولإنجاز هذه المسؤوليات يجب أن يضمن المستخدمون والمسجلون والمرخصون بالنسبة لجميع العاملين المشتغلين في أنشطة تتضمن أو يمكن أن تتضمن تعرضاً مهنيًا (أ) التعرضات المهنية محددة وفقاً للمواصفات الواردة بمعايير الأمان الأساسية. (ب) الوقاية المهنية والأمان قد خضعا للأمثلة طبقاً للمتطلبات الأساسية للمعايير. (ج) القرارات المتعلقة بمعايير الوقاية المهنية والأمان مسجلة ومتاحة للأطراف المعنية من خلال ممثليهم حيثما يكون ذلك ملائماً وفقاً لما حددته السلطة التنظيمية. (د) تأسيس السياسات والنهج والترتيبات للوقاية والأمان لتنفيذ المتطلبات المعنية للمعايير مع إعطاء الأسبقية للتصميم والمعايير التقنية لمراقبة التعرضات المهنية. (هـ) توفير المرافق الملائمة والكافية والمعدات والخدمات للوقاية والأمان بحيث تكون طبيعتها وكمياتها متناسبتين مع مقدار واحتمال التعرض المهني. (و) توفير المراقبة الصحية والخدمات الصحية والخدمات الصحية الكافية. (ز) توفير المعدات الواقية الملائمة ومعدات الرصد وعمل الترتيبات اللازمة لاستخدامها الصحيح. (ح) توفير القوى البشرية الكافية والملائمة وتدريبها التدريب الملائم في الوقاية والأمان مع إعادة التدريب دورياً وتحديثه عند اللزوم لضمان المستوى اللازم من الخبرة. (ط) فتح وحفظ السجلات الكافية وفقاً لمتطلبات المعايير. (ي) عمل الترتيبات لتسهيل الاستشارة والتعاون مع العاملين فيما يتعلق بالوقاية والأمان من خلال ممثليهم حينما يتلاءم، وحول جميع المعايير الضرورية لإنجاز التنفيذ الفعال للمعايير. (ك) توفير الظروف الضرورية لتعزيز ثقافة الأمان". انظر: وثيقة الوقاية الإشعاعية المهنية - مرجع سابق - ص ١١.

- أ - اتباع أي نهج وقواعد قابلة للتطبيق بالنسبة للوقاية والأمان يحددها المستخدم أو المسجل أو المرخص.
- ب - استخدام أجهزة الرصد والمعدات والملابس الوقائية المقدمة استخداماً صحيحاً.
- ج - التعاون مع المستخدم أو المسجل أو المرخص في كل ما يتعلق بالوقاية والأمان، وفي تشغيل برامج المراقبة الصحية الإشعاعية وتقويم الجرعات.
- د - تزويد المستخدم أو المستخدم أو المسجل أو المرخص بالمعلومات حول عمله الماضي والحاضر وفق ما يتلاءم لضمان الوقاية والأمان لأنفسهم وللآخرين.
- هـ - الامتناع عن أي إجراء قد يضعهم أو يضع الآخرين في أوضاع تخل بمتطلبات المعايير.
- و - تقبل تلك المعلومات كالتعليمات، والتدريب المتعلق بالوقاية والأمان كمعلومات تمكّنهم من تأدية أعمالهم وفقاً لمتطلبات المعايير^(١٣٢).

خلاصة الفصل الثاني

يعد التبرير لأي نشاط نووي في ممارسة أو تدخل شرطاً ضرورياً للترخيص بالنشاط؛ ويراعى في ذلك الالتزام بالحدود القصوى للجرعات، وأن يكون كل من التبرير والحدود القصوى للجرعات خاضعين للأمثلة أي النموجية في العمل والأداء؛ تحقيقاً لمتطلبات الوقاية والأمان الصادرة عن الوكالة الدولية للطاقة الذرية؛ ولكن

(١٣٢) "العاملون مسؤولون عن توفير تغذية خلفية راجعة للإدارة خاصة عندما تنشأ ظروف مخالفة لبرنامج الوقاية الإشعاعية، وتوصي معايير الأمان الأساسية بأنه: "إذا كان العامل قادراً لأي سبب من الأسباب على تحديد الظروف التي يمكن أن تؤثر سلباً على الامتثال للمعايير فإنه يجب عليه أن يقدم تقريراً عن مثل هذه الظروف إلى المستخدم أو المسجل أو المرخص طالما يكون ذلك ممكناً". وفي هذه الحالة فإن معايير الأمان الأساسية تنص على أن الإدارة يجب أن تسجل أي تقرير يرد إليها من أي عامل يحدد ظروفها يمكن أن تؤثر على الامتثال للمعايير، كما يجب عليها أن تتخذ الإجراء الملائم. ولما كانت الإدارة تتحمل المسؤولية الرئيسية عن وقاية العاملين؛ فإنها يجب أن تيسر امتثال العاملين لمتطلبات المعايير، وتقع على كل من العاملات الإناث والمستخدمين مسؤوليات بالنسبة لوقاية المضغة أو الجنين؛ فالعاملة ذاتها ينبغي عليها أن تبلغ المستخدم بمجرد علمها أنها حامل؛ كي تعدل ظروف عملها إذا تطلب الأمر ذلك، وعندما يصبح الحمل معلناً فلا يجب أن يعتبر ذلك سبباً لاستبعاد عاملة أنثى من العمل؛ بل إنها مسؤولية المستخدم أن يكيف ظروف العمل الخاصة بالتعرض المهني كي يضمن أن المضغة أو الجنين يحظيان بنفس مستوى الوقاية من التعرض وفق المطلوب لأعضاء عامة الجمهور". انظر: وثيقة الوقاية الإشعاعية المهنية - مرجع سابق - ص ١٢ - ١٣.

الالتزام بالتبرير وتطبيق الحدود القصوى للجرعات والأمثلة لا يعفي من المسؤولية؛ لأن أعضاء المجتمع الدولي جميعهم قد أقروا بحقيقة مفادها أن التعرض للإشعاع النووي أمر لا مفر منه، ولا سبيل للبحث عن خطأ في مسلك الدولة لإقرار مسؤوليتها؛ فيكفي أنها أقرت بالترخيص بالنشاط النووي لكي تتحمل مسؤولية الأضرار الناتجة عنه حتى ولو اتبعت السبل الثلاث للحماية من الإشعاع النووي.

خاتمة البحث والنتائج والتوصيات

بعد عرضنا للحماية النووية بشقيها الوقائي والعلاجي؛ علمنا أن الشق الوقائي تمثل في تحقيق معايير الأمان النووي ومتطلباته، والاعتماد على التبليغ المبكر وتقديم المساعدة كأحد سبل الحماية الوقائية من آثار الإشعاع، والحيلولة دون تفاقم الآثار الإشعاعية، والوصول لأدنى حدود التعرض للإشعاع، وأما الشق العلاجي فهو تبرير الممارسات والتدخلات، وتطبيق الحدود القصوى للتعرض للجرعات، وأمثلة كل ما يتعلق بالأنشطة النووية، وقد توصلنا في الدراسة إلى النتائج والتوصيات الآتية:

- ١ - ينبغي على الدول والمنظمات الدولية المعنية بالنشاط النووي وكافة المسؤوليات المتعلقة به أن تجعل الالتزام بتحقيق الحماية من التعرض للإشعاع النووي التزاماً بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية، وأن يتضح ذلك في صياغة الاتفاقيات الدولية النووية؛ لأن مخالفة الالتزام ببذل عناية لا ترتب ذات المسؤولية التي تنشأ عن مخالفة الالتزام بتحقيق نتيجة.
- ٢ - يعد الالتزام بمنع وقوع الحوادث النووية أو الطوارئ الإشعاعية وتخفيف حدتها في حالة وقوعها التزاماً جوهرياً؛ ينبغي على جميع دول العالم والمنظمات الدولية المعنية بالنشاط الذري مراعاته عند استخدام الطاقة الذرية.
- ٣ - تعد مسؤولية الدولة عن الحماية الوقائية والعلاجية مسؤولية مطلقة لا يجوز للدولة التنصل منها حتى ولو كانت قد رخصت للغير بممارسة النشاط الذري؛ إذ إن مسؤوليتها تشمل أيضاً الرقابة على استيفاء المرخص له بالنشاط لكافة الالتزامات المطلوبة منه؛ فمسؤولية المرخص له جزء من مسؤوليات الدولة.
- ٤ - يعد الالتزام بالتبليغ المبكر والالتزام بتقديم المساعدة وجهين لعملة واحدة لا ينفك أحدهما عن الآخر، حيث يقع الأول على الدولة التي تتعرض للحدث النووي أو الطارئ الإشعاعي، ويقع الثاني على الدولة التي يمكنها أن تقدم المساعدة.
- ٥ - يجب تحديث المعلومات الواردة عن الحادث النووي الذي اتخذ بصده إجراء

- التبليغ المبكر على فترات ملائمة بمزيد من المعلومات الخاصة بتطور حالة الطوارئ ونهايتها المتوقعة أو الفعلية.
- ٦ - تمثل التدريبات العملية على التأهب لحالات الطوارئ إحدى القواعد القانونية الدولية لرفع مستوى أمان المنشأة النووية، وأبرز مراحل الحماية من التعرض للإشعاع النووي.
- ٧ - يقاس مدى توافر الحماية من التعرض للإشعاع النووي في دولة ما بمدى ثقافة الأمان النووي لدى الجمهور العام والعاملين المهنيين في التعامل مع المواد النووية، والاستعداد لحالات الطوارئ.
- ٨ - لا يجوز التصريح بأية ممارسة للقيام بنشاط نووي أو تدخل لتخفيض التعرض للإشعاع النووي؛ ما لم يكن لذلك التصريح ما يبرره، ومفاد التبرر أن يغلب نفع العمل على الضرر.
- ٩ - تلتزم الدول والمنظمات الدولية المعنية بالنشاط الذري بتطبيق الحدود القصوى للجرعات، والتأهب لحالات الطوارئ التي تتجاوز فيها أحوال التعرض للإشعاع النووي الحدود القصوى للجرعات الإشعاعية المسموح التعرض بها.
- ١٠ - يجب أن يتم تنفيذ إجراءات الحماية العلاجية من الإشعاع النووي وفقاً لمبادئ التبرير والالتزام بالحدود القصوى للجرعات، وأمثلة الوقاية والأمان بحيث يضمن من يتعرض للإشعاع أن احتمال وحجم التعرض سيكون منخفضاً إلى الحد الممكن الذي يمكن تحقيقه.

المراجع

١ - المؤلفات العربية

- د/ أيمن محمد سليمان مرعي - النظام القانوني للتراخيص النووية والإشعاعية - دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراة - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ٢٠٠٣.
- د/ سمير محمد فاضل - المسؤولية الدولية عن الأضرار الناتجة عن استخدام الطاقة النووية وقت السلم - عالم الكتب - ١٩٧٦.
- د/ كارلتون ستوبير - جامعة مونتبلر - فرنسا - مقالة بعنوان الإطار القانوني للأمن النووي - كتاب الأمن النووي - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - مركز الدراسات والبحوث - ٢٠٠٧.
- د/ محمد مصطفى يونس - استخدام الطاقة النووية في القانون الدولي العام - دار النهضة العربية - ١٩٩٦.
- د / محمود ماهر محمد ماهر - نظام الضمانات الدولية للاستخدامات السلمية للطاقة النووية - رسالة دكتوراة - ١٩٨٠.
- د/ نجوى رياض إسماعيل - المسؤولية الدولية عن أضرار تشغيل السفن النووية في وقت السلم - رسالة دكتوراة - ٢٠٠٠.

٢ - المؤلفات الأجنبية

- Agustin Alonso - Infrastructure and Methodologies for the justification of nuclear power programmes - woodhead publishing Limited - UK - 2012.
- charlesperrow - normal accidents - living with High-risk technologies - publish by princeton university press - 1999.
- Jim Green B.Med.Sci - japan's nuclear scandals and the Fukushima disaster - 2012 - friends of the earth organization - australia.
- M.P. Ram Mohan - Nuclear Energy and Liability in South Asia -Institutions, Legal Frameworks and Risk Assessment within SAARC - Springer India 2015.
- Stephen Tromans - Nuclear Law - The Law Applying to

Nuclear Installations and Radioactive Substances in its Historic Context- Oxford Hart Publishing Ltd - 2010.

- The fukushimadaichi nuclear power station disaster - investigating the myth and reality - the independent investigation commission on the fukushima nuclear accident - published by routledge - 2014.

٣ - المقالات العربية

- د/ حسين خلاف (رئيس وفد مصر إلى مؤتمر نزع السلاح) - " ضمانة الدول الذرية للدول غير المسلحة ذريا ضد الاعتداء الذري " - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد ٣٠ - ١٩٧٤.
- د/ سمير فاضل:
- التخلص من الفضلات الذرية - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد الثاني والثلاثون - ١٩٧٦.
- تطوير قواعد المسؤولية الدولية لتتلاءم مع الطبيعة الخاصة للضرر النووي - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد السادس والثلاثون - ١٩٨٠.
- د/ عزيزة مراد فهمي - تعليقا على حكم محكمة العدل الدولية في قضية التجارب النووية بين فرنسا وأستراليا أمام محكمة العدل الدولية - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد الحادي والثلاثون - ١٩٧٥.

٤ - المقالات الإنجليزية

- Adel.m.ali - Legal Elements For Nuclear Security: Egyptian Nuclear Law As A Case Study - XI Radiation Physics & Protection Conference, 25-28 November 2012, Egypt.
- New evidence on the presumption against preemption: an empirical study of congressional responses to supreme court preemption decisions - Harvard law review - 2007- Vol. 120:1604.
- Richard G. Little - Managing the Risk of Aging Infrastructure - IRGC - Public Sector Governance of Emerging Risks - Infrastructure Case - November 2012 - paper was prepared for the International Risk Governance Council (IRGC), as part of project work on Public Sector Governance of Emer-

- ging Risks, and revised following the IRGC workshop held in September 2012.
- The incentive gap: reassessing U.S. policies to secure nuclear arsenals worldwide - Harvard law review - Vol. 121:1864 - 2008 .
 - Maria de lourdesvescarmona - the international regime on the physical protection of nuclear material and the amendment to the convention on the physical protection of nuclear material - Nuclear law bulletin - No 14 - Volume 2005 - Issue 2.
 - Preparatory Committee for the 2015 Review - Conference of the Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons - 21 April 2014 - /CONF.2015/PC.III/WP.26 - Working paper submitted by the members of the Non-Proliferation and Disarmament Initiative .
 - Safety and security of spent nuclear fuel transportation - S. HRG. 110 - 1222. - 24/9/2008.

٥ - المقالات الفرنسية

- M. Francis Wolf - La protection internationale des travailleurs contre les radiations ionisantes - Annuaire français de droit international, volume 6, 1960.
- N.E.S.-"Les obligations internationales des Etats européens en matière de protection sanitaire contre les radiations nucléaires"-Annuaire français de droit international - volume 5 - 1959.
- Pierre Strohl- La Convention de A.I.E.A. sur la sûreté nucléaire - "a) Les réticences à une formalisation internationale de la sûreté nucléaire" - Annuaire français de droit international, volume 40, 1994.

٦ - الاتفاقيات والوثائق الدولية

- اتفاقية الحماية المادية للمواد النووية والموقعة في ٢٦ أكتوبر ١٩٧٩.

- اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢.
- اتفاقية التبليغ المبكر عن وقوع حادث نووي ١٩٨٦.
- اتفاقية تقديم المساعدة في حالة وقوع حادث نووي أو طارئ إشعاعي ١٩٨٦.
- اتفاقية الأمان النووي ١٩٩٤.
- سلسلة معايير الأمان الصادرة عن الوكالة الدولية للطاقة الذرية من أجل حماية الناس والبيئة.
- الحماية من الإشعاع وأمان المصادر المشعة - الجزء الثالث من متطلبات الأمان العامة - ٢٠١٤.
- الرقابة التنظيمية للتصريفات الإشعاعية في البيئة - دليل الأمان رقم WS-G-2.3 - ٢٠٠٠.
- التأهب للطوارئ النووية أو الإشعاعية والتصدي لها - المتطلبات رقم GS-R-2 - IAEA - فيينا ٢٠٠٢.
- التصرف في النفايات المشعة تمهيداً للتخلص منها - الجزء الخامس من متطلبات الأمان العامة - ٢٠٠٩.
- المعايير المتوخى استخدامها في التأهب للطوارئ النووية أو الإشعاعية والتصدي لها. GSG-2 - ٢٠١٢.
- الوقاية الإشعاعية المهنية - دليل أمان رقم RS-G-1.1 - ١٩٩٩.
- تصنيف المصادر المشعة - دليل الأمان رقم RS-G-1.9 - ٢٠٠٩.
- تقييم التعرض المهني الناجم عن المصادر الخارجية للإشعاع - دليل الأمان رقم RS-G-1.3 - ١٩٩٩.
- تقييم التعرض المهني الناجم عن اندخالات النويدات المشعة - دليل الأمان رقم RS-G-1.2 - ٢٠٠١.
- دليل عمليات الاتصال في الحوادث والطوارئ - ٢٠١٣.
- مبادئ الأمان النووية - أساسيات الأمان رقم SF-1 - ٢٠٠٧.
- مدونة قواعد السلوك بشأن أمان المصادر المشعة وأمنها - IAEA/CODEOC/2004.
- مدونة قواعد السلوك بشأن أمان مفاعلات البحوث - IAEA/CODEOC/2006.
- Environmental and Source Monitoring for Purposes of Ra-

- diation Protection for protecting people and the environment - IAEA Safety Standards - Safety Guide - 2005.
- EPR-RANET - 2013 - IAEA response and assistance network - Emergency preparedness and response - IEC-IAEA.
- Justification of Practices, Including Non-Medical Human Imaging- IAEA Safety Standards for protecting people and the environment - General Safety Guide -No. GSG-5.
- Safety Assessment for the Decommissioning of Facilities Using Radioactive Material - IAEA Safety Standards for protecting people and the environment -Safety Guide No.WS-G-5.2-2008.
- Storage of radioactive waste - IAEA standards for protecting people and the environment - safety guide No. WS-G-6.1-2006.
- The IAEA Nuclear Security Series - International Atomic Energy Agency - Vienna, 2011 Nuclear Security Recommendations on Physical Protection of Nuclear Material and Nuclear Facilities (INFCIRC/225/Revision 5) - 1.13.
- The Management System for the Processing, Handling and Storage of Radioactive Waste - IAEA standards for protecting people and the environment - safety guide No.GS-G-3.3.

٧ - المواقع الإلكترونية

- الموقع الإلكتروني الخاص بالجمعية العالمية النووية - حادثة تشيرنوبل ١٩٨٦
> <http://www.world-nuclear.org/info/Safety-and-Security/Safety-of-Plants/Chernobyl-Accident/> <
- الموقع الإلكتروني الخاص بالجمعية العالمية النووية - حوادث فوكوشيما دايتشي ٢٠١١.
- موقع الوكالة الدولية للطاقة الذرية - مركز الحوادث والطوارئ.
- وكالة الأمان النووي والحماية من الإشعاع الأسترالية.
- موقع الوكالة الدولية للطاقة الذرية - شبكة الاستجابة والمساعدة.

- موقع الوكالة الدولية للطاقة الذرية - نظام الاستجابة الدولي.
- موقع الوكالة الدولية للطاقة الذرية - خدمة مراجعة التأهب للطوارئ.
- حادثة جزيرة الثلاثة أميال - موقع اللجنة التنظيمية النووية للولايات المتحدة الأمريكية <http://www.nrc.gov/reading-rm/doc-collections/fact-sheets/3mile-isle.html#top>

الضمانات التشريعية للاستثمار الأجنبي المباشر ضد المخاطر غير التجارية في الوطن العربي

الدكتور/ حازم صلاح الدين عبدالله حسن
أخصائي بحوث قانونية وإدارية بهيئة قناة السويس
جمهورية مصر العربية

ملخص:

تعتبر الحماية التشريعية من أقوى صور الحماية التي تتعهد بها الدول للمستثمرين من أجل تشجيعهم على توظيف رؤوس أموالهم، وتعد أحد أبرز الأسباب التي تحوّل المستثمرين إلى أن يقرروا أين ستكون وجهتهم في العالم بالتحديد، وهذه الفكرة تتمثل بمنح المستثمر ضمانات ضد أي مخاطر يتعرض لها في مشروعه الاستثماري في البلد المضيف، ضمانات يحقق منها معنى الضمان والحماية من أي خطر غير تجاري؛ كالتأميم أو المصادرة أو نزع ملكية المشروع، فهذه المخاطر لا تتعلق بالتعامل التجاري ولا تدخل في توقعات الأفراد، وتحققها يعني الإضرار بالمصالح، فضمان هذه المخاطر يجعل المستثمر بمنأى عنها، وتحقق له الأمان في حالة تحققها، ويجعل المشروع الاستثماري دوماً على شاطئ الأمان.

مقدمة

يُعد الاستثمار الأجنبي أحد أهم أدوات التنمية الاقتصادية، حيث يلعب دوراً بارزاً في تنمية وتطوير المجتمعات، فهو وسيلة مهمة من وسائل تدفق رؤوس الأموال لتمويل المشاريع التنموية المختلفة، إذ يُمكن بواسطته أو بمشاركته لرؤوس الأموال الوطنية زيادة الإنتاج، وهو أداة فاعلة في نقل الخبرات البشرية والفنية ونقل التكنولوجيا وتوطينها.

ويحتل موضوع الاستثمار الأجنبي مركزاً محورياً واهتماماً بالغاً لدى غالبية بلدان العالم، كونه محركاً من محركات التنمية، لهذا أصبحت مسألة اجتذاب الاستثمارات الأجنبية من أهم المسائل التي تهتم بها الدول المتقدمة والنامية في عصرنا الحاضر على حد سواء؛ فالدول المتقدمة تسعى إلى إيجاد سوق ملائم وآمن تستثمر فيه أموالها وأموال مواطنيها، وتحقق أقصى عائد ربحي ممكن؛ أما الدول النامية فتسعى إلى الحصول على رؤوس الأموال والتكنولوجيا المتقدمة للمساهمة في دفع عجلة التنمية الاقتصادية والاجتماعية بها، ورفع كفاءة الأيدي العاملة الوطنية واستغلال مصادرها الطبيعية.

إلا أن قيام مستثمر بنشاط استثماري في بلد أجنبي ينطوي على مجموعة من المخاطر تهدد أمواله بالفناء، وهذه المخاطر قد تكون تجارية وقد تكون غير تجارية. والمخاطر التجارية هي مخاطر تقتضيها طبيعة العمل التجاري؛ كالأضرار المالية التي تصيب المشروع الاستثماري الأجنبي نتيجة أعمال المنافسة وتغير قوى العرض والطلب، أما المخاطر غير التجارية فهي الإجراءات التي تتخذها السلطات العامة في البلد المضيف بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، والتي من شأنها حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره، وأهم وأشهر الأمثلة على هذه الإجراءات المصادرة والتأميم ونزع الملكية للمنفعة العامة.

وتثير المخاطر غير التجارية مخاوف المستثمرين خشية تعرض استثماراتهم للمصادرة أو التأميم أو نزع الملكية، فتلك المخاطر لا يتوقعها المستثمرون، وتلحق بمشروعاتهم أضراراً بالغة، الأمر الذي يدفع بالدولة المضيفة للاستثمار إلى النص في تشريعاتها على نصوص صريحة تؤكد على حماية تلك الاستثمارات وعدم المساس بها إلا وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، وبالوسائل التي تتفق مع نصوص القانون والاتفاقيات الدولية ذات الصلة. فكل دولة تسعى من خلال سياستها التشريعية إلى منح العديد من الضمانات القانونية للاستثمارات الأجنبية، بهدف جذب تلك الاستثمارات وطمأنة المستثمرين على أموالهم، فلم يعد بالإمكان اليوم لأي دولة تحاول الارتقاء بمسيرة التنمية عن طريق الاستثمارات أن تتصور نفسها دون إطار قانوني معين لحماية تلك الاستثمارات وبخاصة في ظل التطورات الاقتصادية والتكنولوجية التي تجتاح العالم. وبهذا أضى وجود أنظمة قانونية لحماية الاستثمارات أمراً ضرورياً، إذ في حال انتفائها ستكون الدولة أقل جاذبية للاستثمار^(١).

فاجتذاب رؤوس الأموال الأجنبية ليست مسألة سهلة، لأن أصحاب رؤوس الأموال والشركات المتعددة الجنسيات ليسوا مستعدين للمجازفة برؤوس أموالهم في بيئة غير صالحة للاستثمار، بل إنهم يبحثون عن بيئة استثمارية آمنة تتوفر فيها الضمانات اللازمة والضرورية لتوظيف رؤوس أموالهم واستثمارها، وتحقيق المزيد من

(١) انظر: د. حمدي محمد مصطفى، تعويض المشروع الاستثماري الأجنبي المتضرر كأحد الضمانات القانونية في قوانين الاستثمار العربية واتفاقيات الاستثمار بدولة الإمارات العربية المتحدة، اتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية لسنة ١٩٨١، مؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، من الفترة ٢٥ - ٢٧ إبريل ٢٠١١، ص ٨٠٣.

الأرباح. وتُشير التجارب في مختلف دول العالم إلى أنه يلزم توفير مناخ ملائم لاجتذاب رؤوس الأموال الأجنبية للمساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية؛ بحيث يتوافر فيه حد أدنى من الطمأنينة والحماية يُشجع المستثمر الأجنبي على المساهمة برأس ماله في مشروعات التنمية بالدولة؛ ومن ثم فإنه يترتب على عدم توافر المناخ الملائم لاجتذاب الاستثمارات الأجنبية بما يتضمنه من ضمانات وحوافز أن يُحجم المستثمر الأجنبي عن استثمار أمواله في دولة ما، ذلك أن المستثمر الأجنبي يخشى من ضياع رأس ماله، وعدم اطمئنانه إلى إمكان قيامه بمشروع ناجح يدر عائداً يوازي ما قام به من مجهود^(٢).

ومن هذه النقطة انطلقت الدول المختلفة وخاصة النامية إلى إصدار تشريعات متطورة تتضمن حزمة من الضمانات والحوافز التي من شأنها توفير البيئة المناسبة والملائمة لاستثمار رؤوس أموالهم دون قلق أو خوف عليها. ولهذا تبذل مختلف الدول النامية التي تسعى إلى اجتذاب الاستثمارات الأجنبية جهودها لإزالة مخاوف المستثمرين الأجانب وطمأنتهم على الاستثمار بها، فتصدر قوانين تُنظم الاستثمار الأجنبي تتضمن تقرير العديد من الضمانات والحوافز.

فتوفير الحماية التشريعية تعتبر من أهم صور الحماية التي تتعهد بها الدول للمستثمرين من أجل تشجيعهم على توظيف رؤوس أموالهم، فالحماية التشريعية الضمان الذي يُعد أحد أبرز الأسباب التي تحوّل المستثمرين إلى أن يقرروا أين ستكون وجهتهم في العالم بالتحديد، وهذه الفكرة تتمثل في منح المستثمر ضمانات ضد أي مخاطر يتعرض لها المستثمر في مشروعه الاستثماري في البلد المضيف، ضمانات يحقق منها معنى الضمان والحماية من أي خطر غير تجاري؛ كالتأميم أو المصادرة أو نزع ملكية المشروع، فهذه المخاطر لا تتعلق بالتعامل التجاري ولا تدخل في توقعات الأفراد. وتحققها يعني الإضرار بمصالح المستثمر، فضمان هذه المخاطر يجعل المستثمر بمنأى عنها، وتحقق له الأمان في حالة تحققها، ويجعل المشروع الاستثماري دوماً على شاطئ الأمان.

وتجدر الإشارة إلى أن النظام القانوني المشجع للاستثمار الأجنبي لا يتمثل في مجرد زيادة المزايا والحقوق التي يمنحها للمستثمرين الأجانب، إنما يضاف إلى ذلك التقليل من احتمالات المخاطر، وتوفير الأمان والثقة بالعلاقات الاستثمارية، فإذا كان

(٢) انظر: د. فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في الجنسية ومركز الأجانب، دار النهضة العربية ١٩٨٨، ص ٣٩٦ وما بعدها.

رأس المال الخاص يستهدف بطبيعته تحقيق الربح، فإنه يعمل على تحقيقها في بيئة يسودها الأمان والضمان، لأنه مهما أغدقت الدولة المضيفة على الاستثمار الأجنبي من إعفاءات ومزايا، فإن ذلك يعد عديم الفائدة مادام لا يوجد ضمان حقيقي ضد الإجراءات الحكومية التي تجرد المستثمر الأجنبي من ملكيته أو من المزايا والإعفاءات التي منحت له، لذلك تضمنت قوانين الاستثمار العديد من الضمانات التي تتعلق بعضها بالمحافظة على الحقوق والمزايا الممنوحة للمستثمر الأجنبي وعدم المساس بها، ويتعلق البعض الآخر منها بتأمين المستثمر الأجنبي من المخاطر غير التجارية التي تعد أكبر خطر يواجهه المستثمر الأجنبي^(٢)، لذلك كفلت تشريعات الاستثمار مجموعة من الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية، بهدف توفير مناخ استثماري ملائم كفيل بجذب رؤوس الأموال الأجنبية.

وقد أدرك المشرعون في الدول العربية الدور المتعاظم الذي يلعبه الاستثمار الأجنبي المباشر كمصدر من مصادر تمويل المشروعات ونقل التكنولوجيا وتوطينها لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، فأصدروا التشريعات الخاصة بذلك ونصوا فيها على ضمانات لجذب وحماية رؤوس الأموال الأجنبية.

أهمية الدراسة:

يعتبر المناخ الاستثماري في أي مجتمع الدعامة الرئيسة لتشجيع وجذب رؤوس الأموال، وهذا المناخ لا يكون صالحاً بدون ضمانات وحوافز تحميه ويتحقق منها معنى الضمان والحماية من أي خطر غير تجاري؛ كالتأميم أو المصادرة أو نزع ملكية المشروع، فهذه المخاطر لا تتعلق بالتعامل التجاري ولا تدخل في توقعات الأفراد، وتحققها يعني الأضرار بمصالح المستثمر، فضمان هذه المخاطر يجعل المستثمر بمنأى عنها، وتحقق له الأمان في حالة تحققها، ويجعل المشروع الاستثماري دوماً على شاطئ الأمان.

أهداف الدراسة:

التعرف على الضمانات التشريعية للاستثمار الأجنبي المباشر في قوانين بعض الدول العربية، ومدى ملاءمتها لجذب الاستثمارات الأجنبية، والوقوف على الضمانات

(٢) انظر: د. طارق كاظم عجيل، القيمة القانونية للضمانات التشريعية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، مؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون- جامعة الإمارات العربية المتحدة، من الفترة ٢٥-٢٧ إبريل ٢٠١١، ص ٧٠٤.

التي تنقص تشريعات الاستثمار في الوطن العربي، والتي يُمكن أن يستعين بها أصحاب القرار في الوطن العربي لتفادي أوجه القصور في بعض تشريعات الاستثمار، وتعديلها بما ينعكس إيجاباً على عملية اجتذاب رؤوس الأموال الأجنبية للمساهمة في التنمية.

نطاق الدراسة:

نطاق دراستنا سيكون بين تشريعات الاستثمار في دولة الكويت والسعودية وقطر والعراق وسوريا والأردن والسودان واليمن ومصر للتعرف على الضمانات التي تُقرها التشريعات العربية للاستثمارات الأجنبية للوصول إلى أفضل الضمانات التشريعية للاستثمار الأجنبي المباشر.

خطة الدراسة:

للقوف على الضمانات التشريعية للاستثمار الأجنبي المباشر ضد المخاطر غير التجارية في الوطن العربي، سنتناول موضوع الدراسة من خلال ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: ماهية الاستثمار الأجنبي المباشر.

المبحث الثاني: الضمانات التشريعية لحماية ملكية المشروع الاستثماري.

المبحث الثالث: الضمانات التشريعية لحماية نشاط المشروع الاستثماري.

المبحث الأول

ماهية الاستثمار الأجنبي المباشر

الاستثمار لغة: الاستثمار في اللغة مشتق من الثمر، أي حمل الشجر، وأثمر الشجر ظهر ثمره، وثمر الشيء أتى بنتيجته. ويقال: أثمر ماله: كثر ماله، واستثمر المال: نماء^(٤)، وهذا المعنى يستفاد من قوله تعالى: ﴿وَكَانَ لَمْ يَكُنْ ثَمَرٌ فَقَالَ لِصَاحِبِهِ وَهُوَ يُحَاوِرُهُ أَنَا أَكْثَرُ مِنْكَ مَالًا وَأَعَزُّ نَفَرًا﴾^(٥).

وقد عرف مجمع اللغة العربية الاستثمار بأنه: استخدام الأموال في الإنتاج، إما مباشرة بشراء الآلات والمواد الأولية، وإما بطريق غير مباشر ك شراء الأسهم والسندات^(٦).

وعرفه بعض الفقهاء بأنه "أي زيادة، أو إضافة جديدة في ثروة المجتمع، مثل إقامة المصانع، والمباني وغيرها من المشروعات التي تُعد تكتيراً للرصيد الاقتصادي للمجتمع"^(٧)، وعرفه البعض الآخر بأنه "الأموال المملوكة لأشخاص طبيعيين أو اعتباريين يتمتعون بجنسية دولة أخرى غير تلك التي يستثمرون بها هذه الأموال. وهي قد تكون أموالاً سائلة (في صورة نقد أجنبي حر)، أو عينية (في صورة آلات ومعدات ومُستلزمات سلعية ووسائل نقل ومواد أولية)، أو معنوية (مثل براءات الاختراع والعلامات التجارية)"^(٨).

وأهم التقسيمات الخاصة بالاستثمارات الأجنبية التي استقر عليها الاقتصاديون والقانونيون على الأقل في العقود الأخيرة من القرن المنصرم هو تقسيمها إلى استثمارات مباشرة وأخرى غير مباشرة^(٩) إذ يمثل هذا التقسيم محوراً لاهتمام الكثير من رجال الأعمال والحكومات في الدول النامية والمتقدمة معاً، وذلك منذ بداية النصف

(٤) انظر: المعجم الوجيز، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم المصرية، سنة ١٩٩٤، ص ٨٧.

(٥) سورة الكهف، الآية ٣٤.

(٦) انظر: المعجم الوجيز، مرجع سابق، ص ٨٧.

(٧) انظر: د. خليل حسن خليل، دور رؤوس الأموال الأجنبية في تنمية الاقتصاديات المختلفة مع دراسة خاصة بإقليم مصر، رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة ١٩٦٠، ص ٨٠.

(٨) انظر: د. محمد السيد عرفة، ضمانات الاستثمار الأجنبي وحوافزه في القانون المصري، مؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، من الفترة ٢٥ - ٢٧ إبريل ٢٠١١، ص ٥٥٣.

(٩) انظر: د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ٢٠٠٥، ص ٣٢.

الثاني من هذا القرن سواء من حيث جدوى هذه الاستثمارات في الدول النامية، أو أساليب تنفيذها ودوافع الشركات المتعددة الجنسية من ورائها.

فالاستثمار الأجنبي إما أن يكون استثماراً مباشراً أو استثماراً غير مباشر^(١٠):

١ - **الاستثمار الأجنبي المباشر:** وفيه يقوم المستثمر بنفسه، وبأمواله الخاصة بإنشاء مشروع جديد، أو توسعة مشروع قائم، ففي هذا النوع من الاستثمار يُقدم للدولة المضيفة المساهمة المالية والفنية والتكنولوجية.

٢ - **الاستثمار الأجنبي غير المباشر:** وفيه يقتصر دور المستثمر على مجرد تقديم رأس المال إلى جهة معينة لتقوم بهذا الاستثمار، وتتمثل صور هذا النوع من الاستثمار في شراء السندات، وشهادات الإيداع، وشراء سندات الدين العام، وشراء القيم المنقولة، والإيداع في البنوك المحلية.

وعليه فإن التفرقة بين الاستثمار الأجنبي المباشر والاستثمار الأجنبي غير المباشر تقوم على أساس أن الأول (الاستثمار الأجنبي المباشر) منتج بطبيعته، ويضمن الاستخدام الأمثل للموارد، حيث لا يُقدم المستثمر الأجنبي على استثمار أمواله وخبرته في الدول النامية إلا بناء على دراسات متعمقة عن الجدوى الاقتصادية للمشروع، وكافة بدائله الفنية المتاحة، كما أن هذا الاستثمار هو في حقيقته آلات ومعدات على أرقى الأساليب الفنية وأحدث التطورات التكنولوجية، وخبرات تنظيمية ومالية وفنية وإدارية وتسويقية، والتي تحتاج إليها الدول النامية أشد الحاجة من أجل التنمية.

وقد تنامي الاهتمام في السنوات الأخيرة بالاستثمارات الأجنبية المباشرة، حيث أصبحت كل الدول دون تمييز تنتظر إلى الاستثمار على أنه ضرورة حتمية وأداة فعالة للنهوض بالاقتصاد، بما يحققه من زيادة في الطاقة الإنتاجية واستغلال للموارد البشرية، وقد أثبتت العديد من تجارب الدول النامية أن الاستثمار الأجنبي المباشر هو وسيلة ملائمة للحصول على رؤوس الأموال والتكنولوجيا وزيادة القدرة التنافسية، ومن ثم زيادة قدرة منتجات هذه الدول على الولوج إلى الأسواق العالمية، إلا أن إدارة وتوجيه الاستثمارات الوجهة الضرورية لخدمة التنمية الاقتصادية تعد الأهم؛ حتى لا يتم الاستثمار في أنشطة ومجالات لم تحقق مفعولها^(١١).

(١٠) انظر: د. محمد السيد عرفة، مرجع سابق، ص ٥٥٦.

(١١) انظر: د. ماجدة شلبي، الاستثمار الأجنبي المباشر وأثره على النمو الاقتصادي دراسة تطبيقية على الاقتصاد المصري، مؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، من الفترة ٢٥-٢٧ إبريل ٢٠١١، ص ٢٣.

ونقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الاستثمار الأجنبي المباشر.

المطلب الثاني: أهمية الاستثمار الأجنبي المباشر.

المطلب الثالث: مناخ الاستثمار الأجنبي المباشر.

المطلب الأول

تعريف الاستثمار الأجنبي المباشر

تعددت تعريفات الاستثمار الأجنبي المباشر، كما اختلف الفقه حول وضع تعريف له:

ففي الكويت: عرفت المادة الأولى من القانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ بشأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي؛ الاستثمار الأجنبي بأنه: "توظيف رأس المال الأجنبي في نشاط مرخص فيه طبقاً لأحكام هذا القانون"^(١٢).

وقد صدر حديثاً القانون رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت^(١٣)، وعرفت المادة الأولى منه الاستثمار الأجنبي المباشر بأنه: "الاستثمار الذي يتم من خلال توظيف المستثمر، بمفرده أو بمشاركة مستثمر آخر، لرأس ماله بشكل مباشر في كيان استثماري داخل دولة الكويت ويرخص فيه طبقاً لأحكام هذا القانون"^(١٤).

(١٢) عرفت المادة الأولى - من هذا القانون - المستثمر الأجنبي بأنه: "الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يحمل جنسية غير كويتية".

(١٣) نشر القانون رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٣ في الجريدة الرسمية (الكويت اليوم)، بالعدد رقم (١١٣٦) بتاريخ ١٦ يونيو ٢٠١٣، وبموجبه تم إلغاء القانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ بشأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في الكويت طبقاً للمادة (٣٧) منه والتي نصت على أنه: "يلغي القانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠١م المشار إليه وكل نص يخالف أحكام هذا القانون"، وسيتم العمل بأحكام هذا القانون - قانون ١١٦ لسنة ٢٠١٣ - بعد ستة أشهر من تاريخ صدوره، طبقاً للمادة (٣٨) منه والتي نصت على أنه: "على رئيس مجلس الوزراء والوزراء كل فيما يخصه، تنفيذ هذا القانون ويعمل به بعد ستة أشهر من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية"،

ملحوظة: سوف نتناول عرض القانونين حيث إن القانون ٨ لسنة ٢٠٠١ مازال سارياً أثناء كتابة هذا البحث.

(١٤) عرفت المادة الأولى - من هذا القانون - المستثمر بأنه: "الشخص الطبيعي أو الاعتباري أيّاً كانت جنسيته".

وفي السعودية: صدر نظام الاستثمار الأجنبي بموجب المرسوم الملكي رقم م/١ في ١٤٢١/١/٥ هجراً، وعرفت المادة (١/و) منه الاستثمار الأجنبي بأنه: "توظيف رأس المال الأجنبي في نشاط مرخص له بموجب هذا النظام" (١٥)(١٦).

وفي قطر: صدر القانون ١٣ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بتنظيم استثمار رأس المال الأجنبي في النشاط الاقتصادي، وعرفت المادة الأولى منه الاستثمار الأجنبي بأنه: "رأس المال الأجنبي المستثمر في أحد الأنشطة المسموح بها وفقاً لأحكام هذا القانون" (١٧)(١٨).

وفي العراق: صدر قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦، وعرفت المادة (١/ن) الاستثمار بأنه: "توظيف المال في أي نشاط أو مشروع اقتصادي يعود بالمنفعة المشروعة على البلد" (١٩)(٢٠).

وفي سوريا: صدر المرسوم رقم ٨ لعام ٢٠٠٧، وعرفت المادة (١/د) الاستثمار بأنه: "إقامة المشاريع أو توسيعها أو تطويرها أو تحديثها" (٢١)(٢٢).

وفي الأردن: صدر قانون الاستثمار المؤقت رقم ٦٨ لسنة ٢٠٠٣ مطلقاً تسمية المشروع على الاستثمار الأجنبي في المادة الثانية منه، حيث عرفته بأنه: "أي نشاط اقتصادي صناعي أو زراعي أو خدمي تنطبق عليه أحكام هذا القانون والأنظمة والتعليمات الصادرة بمقتضاه" (٢٣)(٢٤).

(١٥) عرفت المادة (١/هـ) المستثمر الأجنبي بأنه: "الشخص الطبيعي الذي لا يتمتع بالجنسية العربية السعودية أو الشخص الاعتباري الذي لا يتمتع جميع الشركاء فيه بالجنسية العربية السعودية".

(١٦) سنشير له فيما بعد بالقانون السعودي.

(١٧) عرفت المادة الأولى المستثمرين الأجانب بأنهم: "الأشخاص غير القطريين، الطبيعيين منهم أو المعنويين الذين يقومون باستثمار أموالهم في أحد المشروعات المصرح بالاستثمار المباشر فيها من قبل الدولة وفقاً لأحكام هذا القانون".

(١٨) سنشير له فيما بعد بالقانون القطري.

(١٩) عرفت المادة (١/ط) المستثمر الأجنبي بأنه: "هو الذي لا يحمل الجنسية العراقية في حالة الشخص الحقيقي ومسجل في بلد أجنبي إذا كان شخصاً معنوياً أو حقوقياً".

(٢٠) سنشير له فيما بعد بالقانون العراقي.

(٢١) وعرفت المادة (١/هـ) المستثمر بأنه: "الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يستثمر في سورية وفقاً لأحكام هذا المرسوم التشريعي".

(٢٢) سنشير له فيما بعد بالقانون السوري.

(٢٣) عرفت المادة الثانية المستثمر بأنه: "الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يستثمر في المملكة وفق أحكام هذا القانون".

(٢٤) سنشير له فيما بعد بالقانون الأردني.

وفي السودان: صدر قانون تشجيع الاستثمار لسنة ١٩٩٩ والمعدل لسنة ٢٠٠٧، مطلقاً تسمية المشروع على الاستثمار الأجنبي في المادة (٥) منه، حيث عرفته بأنه: "أي نشاط اقتصادي أيّاً كان شكله القانوني يدخل في أي من مجالات الاستثمار الواردة في هذا القانون، وتلك التي يقرها مجلس الوزراء وفقاً لأهداف تشجيع الاستثمار المنصوص عليها في المادة ٦، وتتم الموافقة على المشروع وفقاً لأحكام هذا القانون" (٢٥)(٢٦).

وفي اليمن: صدر القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن الاستثمار، وعرفت المادة (١١/٣) الاستثمار بأنه: "توظيف رأس المال في المشروع من قبل المستثمر للحصول على فائدة أو حقوق ملكية فكرية أو فوائد مادية أو غير مادية، بما في ذلك نفقات التأسيس أو الحفاظ على المشروع أو صيانته" (٢٧)(٢٨).

وفي مصر: صدر قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ (٢٩)(٣٠)، ولم يتضمن بين نصوصه تعريفاً للاستثمار؛ حيث اكتفت مادته الأولى بالنص على أنه: "تسري أحكام هذا القانون على جميع الشركات والمنشآت - أيّاً كان النظام القانوني الخاضعة له - التي تنشأ بعد تاريخ العمل به لمزاولة نشاطها في أي من المجالات الآتية:

- استصلاح واستزراع الأراضي البور والصحراوية أو أحدهما.
- الإنتاج الحيواني والداجي والسمكي.
- الصناعة والتعدين.
- الفنادق والموتيلات والشقق الفندقية والقرى السياحية والنقل السياحي.
- النقل المبرد للبضائع والثلاجات الخاصة بحفظ الحاصلات الزراعية والمنتجات الصناعية والمواد الغذائية ومحطات الحاويات وصوامع الغلال.
- النقل الجوي والخدمات المرتبطة به بطريق مباشر.

(٢٥) عرفت المادة (٥) المستثمر بأنه: "الشخص الذي يستثمر أمواله وفقاً لأحكام هذا القانون في أي مشروع، سواء أكان سودانياً أم غير سوداني".

(٢٦) سنشير له فيما بعد بالقانون السوداني.

(٢٧) عرفت المادة (١٠/٣) المستثمر بأنه: "أي شخص طبيعي أو اعتباري بغض النظر عن مكان إقامته أو جنسيته يمتلك مشروع استثماري في الجمهورية وفقاً للقوانين النافذة".

(٢٨) سنشير له فيما بعد بالقانون اليمني.

(٢٩) سنشير له فيما بعد بالقانون المصري.

(٣٠) لم يتضمن القانون المصري تعريفاً للمستثمر.

- النقل البحري لأعالي البحار.
 - الخدمات البترولية المساندة لعمليات الحفر والاستكشاف ونقل وتوصيل الغاز.
 - الإسكان الذي تؤجر وحداته بالكامل خالية لأغراض السكن غير الإداري.
 - البنية الأساسية من مياه شرب وصرف وكهرباء وطرق واتصالات.
 - المستشفيات والمراكز الطبية والعلاجية التي تقدم ١٠٪ من طاقتها بالمجان.
 - التأجير التمويلي.
 - ضمان الاكتتاب في الأوراق المالية.
 - رأس المال المخاطر.
 - إنتاج برامج وأنظمة الحاسبات الآلية.
 - المشروعات الممولة من الصندوق الاجتماعي للتنمية.
- ويجوز لمجلس الوزراء إضافة مجالات أخرى تتطلبها حاجة البلاد...".
- وعرف صندوق النقد الدولي الاستثمار الأجنبي المباشر بأنه: "حصول كيان قائم في اقتصاد ما على حصة ثابتة في شركة موجودة في اقتصاد آخر، تتضمن الحصة الثابتة وجود علاقة طويلة الأجل بين المستثمر الأجنبي والشركة، ويتحكم المستثمر الأجنبي في إدارة الشركة" ^(٣١)، وعرفه مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (الأونكتاد) بأنه: "الاستثمار الذي يتضمن علاقة طويلة الأجل بين المستثمر الأجنبي والشركة في الدولة المضيفة، ويحصل المستثمر الأجنبي أو الشركة الأم على حصة ثابتة في شركة قائمة في اقتصاد آخر" ^(٣٢).
- وعرفه بعض الفقهاء بأنه: "إقامة مشروعات مملوكة ملكية كاملة لمستثمرين أجانب أو ملكية حصص تمكنهم من السيطرة على إدارة هذه المشروعات أو تعطيهم حق المشاركة في هذه الإدارة" ^(٣٣)، وعرفه البعض بأنه: "قيام شخص طبيعي أو معنوي في بلد غير بلده باستخدام جهوده وأمواله في إنشاء مشروع اقتصادي بمفرده

(٣١) World Developing Indicators, The World Bank, 2009, p.331. Available at: http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/3817166U1228751170965/WDI_2009_fullEnglish.pdf

The UNCTAD Handbook of Statistics. 2008, p.339.

(٣٢) Available at: http://unctad.org/en/Docs/tdstat33_en.pdf

(٣٣) انظر: د. عصام الدين نسيم، النظام القانوني للاستثمارات الخاصة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية - ١٩٧٢، ص ٦.

أو بالاشتراك في مشروع محلي أو أجنبي قائم فعلاً، أو في صورة الاشتراك مع الدولة أو مواطنيها في إنشاء مشروع مشترك، والشخص المعنوي عادة ما يكون في شكل شركة وليدة أو تابعة لشخص أجنبي^(٣٤)، وعرفه البعض الآخر بأنه: "انتقال رؤوس الأموال والخبرات الفنية والإدارية عبر الحدود من أجل تحقيق مصلحة المستثمر التي تتمثل في تحقيق أكبر ربح ممكن، وتتمثل في إحداث إضافة اقتصادية تضاف للثروة القومية لهذا القطر"^(٣٥)، وعرفه البعض بأنه: "قيام مشروع أجنبي بممارسة نشاط اقتصادي على إقليم دولة ما"^(٣٦)، وعرفه البعض بأنه: "تلك الاستثمارات التي يمتلكها الأجانب ويديرونها سواءً أكانت الملكية كاملة أم كانت بنصيب يكفل السيطرة على إدارة المشروع"^(٣٧)، ويرى البعض أن الاستثمار المباشر يتجسد في إنشاء مشروع أو توسيعه أو الاشتراك في إدارته بأية وسيلة بهدف إنشاء علاقات اقتصادية أو استثمارها بين صاحب المال والمشروع في أحد مجالات التنمية^(٣٨).

ومن خلال هذا العرض يتضح لنا عدم وجود تعريف جامع مانع للاستثمار الأجنبي؛ إذ إن تشريعات الاستثمار كما بينا قد تباينت في وضع نص خاص بتعريف الاستثمار الأجنبي، ويتأتى هذا من أن الاستثمار يمثل مفهوماً متغيراً ومتطوراً يتغير ويتطور بتطور الظروف والأوضاع الاقتصادية على المستوى الدولي، فهو مفهوم قد يضيق وقد يتسع حسب ظروف الدولة السياسية والاقتصادية إزاء هذه التطورات. يتضح أن الدول قد انقسمت على ثلاث مجموعات بصدد الاستثمارات الأجنبية فمنها جاذبة وأخرى مانعة وثالثة مراقبة^(٣٩).

ويرى بعض الفقه^(٤٠) أن أي تعريف للاستثمار الأجنبي يستلزم بالضرورة أن يستجمع العناصر المكونة لهذا الاستثمار والتي تتجسد فيما يلي:

- (٣٤) انظر: د. يحيى عبد الرحمن رضا، الجوانب القانونية لمجموعة الشركات عبر الوطنية، دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٤، ص ٧١٨.
- (٣٥) انظر: د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص ١٥.
- (٣٦) انظر: د. إبراهيم شحاته، معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر، دار النهضة العربية - القاهرة، ١٩٧٢، ص ١٩٤.
- (٣٧) انظر: د. خليل حسن خليل، مرجع سابق، ص ٨٢.
- (٣٨) انظر: د. أحمد شرف الدين، استثمار المال العربي (تأثير الفكرة الاقتصادية في قواعده القانونية)، مجلة غرفة الإسكندرية التجارية، العدد (٤٣٦)، الإسكندرية، ١٩٨٥، ص ٣٣٤.
- (٣٩) انظر: د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص ٢٧٣.
- (٤٠) انظر: د. أحمد شرف الدين، المرشد إلى إعداد تشريع الاستثمار، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار - الكويت، ١٩٨١، ص ٣٠.

- ١ - مصدر رأس المال، ويراد به أن يكون رأس المال النقدي أو العيني ذا أصل غير وطني، وأن يكون وارداً بالطرق المعتمدة قانوناً، وبشرط أن يؤدي إلى زيادة الطاقة الإنتاجية للدولة المضيفة للاستثمار.
 - ٢ - أن يكون رأس المال المستثمر مملوكاً لشخص لا يحمل جنسية الدولة المضيفة للاستثمار، أو لشخص اعتباري أغلبية رأس ماله لأشخاص لا يتمتعون بجنسية الدولة المضيفة.
 - ٣ - أن يثبت الحق للمستثمر الأجنبي في إعادة تصدير رأس ماله المستثمر وعوائده عند تصفية الاستثمار أو التصرف فيه.
- وبذلك ينطوي الاستثمار الأجنبي المباشر على تملك المستثمر الأجنبي لجزء أو لكل الاستثمارات في المشروع المعني. هذا بالإضافة إلى قيامه بالشراكة في إدارة المشروع مع المستثمر الوطني في حالة الاستثمار المشترك أو سيطرته الكاملة على الإدارة في حالة ملكيته المطلقة للمشروع. ويتميز بطابع مزدوج: الأول وجود نشاط اقتصادي يزاوله المستثمر الأجنبي في البلد المضيف، والثاني ملكيته الكلية أو الجزئية للمشروع أي الاستغلال المباشر للمشروع، بل إنه يتضمن درجة مهمة من التأثير على إدارة المشروع الاستثماري^(٤١).
- ويعد الاستثمار الأجنبي المباشر الشكل المفضل لدى المستثمرين الأجانب، حيث يكون لهم حق اختيار نوع المشروعات والسيطرة عليها بصورة مباشرة، أو وجود نفوذ كبير لهم فيه. ويترتب عليه حقهم في الرقابة والإشراف على توظيف أموالهم، وكذلك حقهم في تحويل الأرباح والفوائد ورأس المال للخارج، مما يولد لديهم شعوراً بالاطمئنان. وعلى الجانب الآخر فإن الاستثمار الأجنبي المباشر يرافقه المعدات الحديثة والخبرات الفنية والتكنولوجية، التي تحتاج إليها الدولة المضيفة للاستثمار خاصة الدول النامية^(٤٢).

المطلب الثاني

أهمية الاستثمار الأجنبي المباشر

تعتبر الاستثمارات الأجنبية المباشرة من أهم الأدوات الرئيسية لتحقيق أهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية، كما أنها تعتبر أحد العوامل المحددة لمسار النمو في

The UNCTAD Handbook: op.cit., p.339.

(٤١)

(٤٢) انظر: د. إبراهيم شحاته، مرجع سابق، ص ٩.

الدول النامية وبصفة خاصة الدول العربية، وللاستثمار الأجنبي المباشر أهمية بالنسبة للمستثمر والدولة المضيفة:

بالنسبة للمستثمر: يفضل المستثمر الأجنبي هذا النوع من الاستثمار؛ لأنه يخوله ممارسة حقه في إدارة المشروع الاستثماري ورقابته وتوجيهه بما يكفل تحقيق مصلحته، فضلاً عن أنه هو الذي يختار المشروع الذي يستثمر فيه أمواله من بين المجالات التي تعرضها الدولة.

كما أن للمستثمر الأجنبي فرصة في اختيار شريكه في المشروع واستبعاد شركاء محتملين، وأن الفرصة الاستثمارية المتاحة للمستثمر الأجنبي تكون أكبر في الاستثمار المباشر الذي يتجه عادة إلى القطاعات الإنتاجية^(٤٣).

وهذا يعني أن إمكانية الربح في القطاعات الإنتاجية كبيرة على المدى الطويل، ولا يتأثر بطريق مباشر بالتضخم النقدي بل إنه سلاح أكثر فاعلية في محاربة التضخم من الاستثمار غير المباشر، ولعل من أهم مزايا هذا النوع من الاستثمار - الاستثمار المباشر - هي الأولوية في الضمان ضد المخاطر غير التجارية والتي تشكل العامل الأول الجاذب للاستثمار الأجنبي.

أما بالنسبة للدولة المضيفة: فهي غالباً ما تكون دولة تسعى لتحقيق تنمية اقتصادية، فهي بهذا الحال تفضل الاستثمار الأجنبي المباشر؛ لأنه يتضمن استيراد المال بالإضافة إلى استيراد الخبرة الفنية والإدارية من الخارج، واستخدام الخبرة والوسائل الإنتاجية الحديثة من شأنه أن يؤدي إلى تطوير الاقتصاد الوطني ويخلق فرص عمل جديدة، فضلاً عن عدم تحمل الدولة أعباء المديونية في هذا الاستثمار بخلاف القروض التي يجب سدادها مع فوائدها.

فهذه الاستثمارات تأتي مصحوبة بالتكنولوجيا والخبرات الإدارية وتنمية الموارد المحلية وتشغيل الأيدي العاملة الوطنية، وبالتالي تسهم في نقل التكنولوجيا الحديثة والمتطورة إلى الدولة المضيفة، بالإضافة إلى أنها تسهم في رفع كفاءة رأس المال البشري، مما يعني المساهمة بصورة مباشرة في دفع عجلة التنمية بالدولة المضيفة.

وعلى الرغم مما يثار حول الاستثمارات الأجنبية من جدل؛ كالاحتكار والسيطرة على أصول الثروة القومية، فإن آثارها الإيجابية تغلب على سلبياتها، وقد أدركت الدول النامية تزايد منافع الاستثمار الأجنبي المباشر ليس فقط كمصدر للتمويل، وإنما كوسيلة

(٤٣) انظر: د. أحمد شرف الدين، استثمار المال العربي...، مرجع سابق، ص ٢٧.

فعالة لإحداث التنمية مقارنة بمصادر التمويل الأخرى، فبدأت بتطبيق برامج الإصلاح والتحرر الاقتصادي عن طريق تحرير التجارة والاستثمارات وتقليل الاعتماد على القطاع العام وتوسيع دور القطاع الخاص بما فيه القطاع الخاص الأجنبي، وتوفير الضمانات بهدف استقطاب الاستثمار الأجنبي وتشجيعه على مزاولة النشاط^(٤٤).

خلاصة القول: إن أهمية الاستثمار الأجنبي المباشر بالنسبة للدول المضيفة تتمثل في أنه يُحقق لها استيراد المال، والخبرات الفنية والإدارية من الخارج، والوسائل الإنتاجية الحديثة، الأمر الذي يؤدي إلى تطوير اقتصادها الوطني، وخلق فرص عمل جديدة، وعدم تحملها أعباء مديونية في هذا الاستثمار بخلاف القروض التي يجب سدادها مع فوائدها^(٤٥).

المطلب الثالث مناخ الاستثمار الأجنبي المباشر

ذكرنا سلفاً أن موضوع الاستثمار الأجنبي المباشر يحتل مركزاً محورياً واهتماماً بالغاً لدى غالبية بلدان العالم، ولم تكن دول الوطن العربي بعيدة عن تلك الرؤية؛ فقد أدركت الأهمية الكبيرة للاستثمارات الأجنبية المباشرة كمصدر من مصادر تمويل مشروعاتها التنموية ونقل التكنولوجيا وتوطيئها لتحقيق التقدم الاقتصادي والاجتماعي.

وعلى هذا الأساس سعت دول الوطن العربي إلى تحسين مناخها الاستثماري بصورة مستمرة ليوافق التطورات العالمية، وليكون جاذباً للاستثمارات الأجنبية المباشرة، وذلك ضمن إطار سياساتها الاقتصادية الأخذ بالعمل على تنوع مصادر الدخل، ولتحقيق ذلك عملت دول الوطن العربي على تشجيع القطاع الخاص وزيادة دوره في عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية، كما عملت على منح المزيد من الضمانات والحوافز الاستثمارية لجذب رؤوس الأموال الأجنبية وتوجيهها للاستثمار في مختلف القطاعات الاقتصادية في صورة مشروعات مشتركة مع رأس المال

(٤٤) انظر: د. أماني أحمد عبد الله موسى، حوافز وضمانات الاستثمار في السودان وفقاً لقانون تشجيع الاستثمار لسنة ١٩٩٩ والتعديلات اللاحقة له، مؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، من الفترة ٢٥-٢٧ إبريل ٢٠١١، ص ٦٣٤ وما بعدها.

(٤٥) انظر: د. محمد السيد عرفة، مرجع سابق، ص ٥٥٥.

المحلي العام والخاص من أجل تعظيم مكاسب الاقتصاد الوطني. وقد عملت على إصدار التشريعات المحفزة للاستثمار المحلي والجاذبة للاستثمار الأجنبي، وتعمل على رسم إستراتيجية موحدة لهذه الاستثمارات وفقاً للإمكانيات المتوفرة لها.

أولاً: مفهوم مناخ الاستثمار الأجنبي المباشر:

يُعرف مناخ الاستثمار بأنه: "مجل الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والقانونية والإدارية المكونة للمحيط الذي تتم فيه العملية الاستثمارية" ^(٤٦).

كما يقصد بمناخ الاستثمار: "مجموعة من العوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية والمالية التي تؤثر بطريقة مباشرة وغير مباشرة على المستثمر الأجنبي فتدفعه إلى اتخاذ قراره بالاستثمار في دولة ما أو الإحجام عن الاستثمار فيها، والبحث عن بدائل أخرى توفر له الميزات التي تدفعه إلى الاستثمار، وتوفر له سبل الحماية القانونية الفعالة للمحافظة على أمواله وأرباحه" ^(٤٧).

ويقصد به أيضاً: "مجل الأوضاع والظروف المؤثرة في اتجاهات تدفق رأس المال وتوظيفه"، فالوضع السياسي للدول ومدى ما يتسم به من استقرار، بتنظيماتها الإدارية، وما تتميز به من فاعلية وكفاءة، ونظامها القانوني ومدى وضوحه وثباته وتوازن ما ينطوي عليه من حقوق وأعباء، وسياسات الدول الاقتصادية وإجراءاتها، وطبيعة السوق وآلياته وإمكانياته من بنى تحتية وعناصر الإنتاج، وما تتميز به الدول من خصائص جغرافية ^(٤٨).

ويمكن تعريفه كما جاء في تقرير البنك الدولي عن التنمية في العالم، بأنه: "مجموعة العوامل الخاصة التي تحدد شكل الفرص والحوافز التي تتاح للمؤسسات الاستثمارية بطريقة منتجة، وإيجاد فرص عمل، وخفض تكاليف مزاوله الأعمال" ^(٤٩).

(٤٦) انظر: د. علي عبد القادر علي، محددات الاستثمار الأجنبي المباشر، سلسلة جسر التنمية، العدد الواحد والثلاثون - يوليو ٢٠٠٤ - السنة الثالثة، يصدرها المعهد العربي للتخطيط - الكويت، ص ٥، منشور على رابط: http://www.arabUapi.org/images/publication/pdfs/83/83_develop_bridge34.pdf

(٤٧) انظر: د. محمد السيد عرفة، مرجع سابق، ص ٥٥٧.

(٤٨) انظر: د. حربي محمد موسى عريقات، مناخ الاستثمار في الوطن العربي (الواقع والعقبات والآفاق المستقبلية)، المؤتمر العلمي الخامس لكلية العلوم الإدارية والمالية - جامعة فيلادلفيا، عنوان المؤتمر "نحو مناخ استثماري وأعمال مصرفية إلكترونية"، الفترة من ٤-٥/٧/٢٠٠٧، عمان - الأردن، ص ٨.

(٤٩) انظر: د. ماجدة شلبي، مرجع سابق، ص ٤٣.

ويلاحظ من خلال هذه التعريفات، أن مناخ الاستثمار يعبر عن مفهوم شامل للأوضاع والظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأمنية والقانونية والتنظيمات الإدارية التي يجب أن تكون ملائمة ومناسبة لجذب وتشجيع الاستثمارات المحلية والأجنبية، حيث إن رأس المال عادة ما يتحرك من الأوضاع السيئة تجاه الأوضاع الأحسن حالاً.

ثانياً: سياسات تحسين المناخ الاستثماري:

اتجهت العديد من الدول المهمة بجذب الاستثمار الأجنبي المباشر إلى اتباع عدد من السياسات لتحسين مناخ الاستثمار وتقديم ضمانات وحوافز لجذب المستثمرين لتحقيق المكاسب لاقتصادياتها، ومن أهم هذه السياسات:^(٥٠)

١ - سياسة الترويج للاستثمار:

يقوم الترويج للاستثمار على استخدام المواد الترويجية لجذب الاستثمارات الأجنبية، وتقع مسؤولية تسويق الإقليم الاقتصادي للدولة على عاتق هيئات تشجيع الاستثمار، وإن كانت تمتد لتشمل كافة الأطراف الأخرى المعنية بعملية تشجيع وجذب الاستثمارات الأجنبية، وتضطلع هيئة تشجيع الاستثمار بمسؤولية رسم وتحسين ملامح صورة متكاملة لاقتصاد البلد، بحيث تغطي الجوانب السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

وتمر عملية الترويج للاستثمار بأربع مراحل كما يلي:

- المرحلة الأولى: رصد آراء المستثمرين الأجانب سواء أكانت إيجابية أم سلبية.
- المرحلة الثانية: بناء الانطباع العام عن البلد وتسويقه كموقع مضيف للاستثمار.
- المرحلة الثالثة: استهداف المستثمر المحتمل والحالي وتوليد الاستثمار الذي يكون مرهوناً بمدى ملائمة مناخ الاستثمار.

(٥٠) انظر: السياسات المقترحة لجذب الاستثمار الأجنبي المباشر إلى مصر، مجلس الوزراء - مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار، ص ٢٤ وما بعدها، منشور على رابط:

<http://www.idsc.gov.eg/Upload/Documents/84/FDI.pdf>.

وانظر: تطور الآليات والتقنيات الحديثة للترويج للاستثمار، نشرة ضمان الاستثمار، تصدرها المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات - دولة الكويت، العدد الفصلي الثاني، أبريل - يونيو ٢٠٠٩، ص ٦ وما بعدها، منشور على رابط:

http://www.iaigc.net/UserFiles/file/ar/archives/monthly_bulletins/Dhaman_News_Q2.pdf.

المرحلة الرابعة: خدمة المستثمر، بتطوير العلاقة على أساس "شخص لشخص" بين هيئة تشجيع الاستثمار والمستثمر الأجنبي.

وتستعمل هيئات الترويج للاستثمار مجموعة من الأدوات للتعريف بمناخها الاستثماري والحوافز الممنوحة للمستثمرين تتمثل في:

- الأدوات المعلوماتية، كشبكة الإنترنت وأشرطة الفيديو، والنشرات والمكتبات الصوتية.
- الحملات الإعلانية على مستوى وسائل الإعلان المختلفة.
- العلاقات العامة المحلية والدولية، عن طريق البيانات الصحفية وتوفير المعلومات الضرورية للمستثمرين.
- تنظيم الندوات والمؤتمرات للتعريف بمناخ الاستثمار والحوافز الممنوحة.

٢ - السياسات المتعلقة بالحوافز الضريبية والمالية:

أشارت تجارب الدول إلى أهمية تطوير النظام الضريبي وترشيد استخدام الإعفاءات والحوافز الضريبية وربطها بالأولويات الاقتصادية في خطط التنمية الاقتصادية للدول، وكذلك ضرورة ربط الحوافز المالية بقضايا التشغيل والتحديث وتنمية الكوادر البشرية وتنمية الصادرات.

٣ - السياسات المتعلقة بالاقتصاد الخارجي:

تتمثل تلك السياسات في الانفتاح على الاقتصاد العالمي واتباع نظم الحرية الاقتصادية في تنشيط تدفقات رؤوس الأموال والسلع إلى الداخل والخارج، وهو ما يعزز ثقة المستثمرين في الاقتصاد وزيادة معدلات الاستفادة من انتقال رؤوس الأموال والسلع ونقل التكنولوجيا الحديثة بين الدول، ومن بين السياسات الخارجية المتبعة لتحسين مناخ الاستثمار ما يلي:

- تبني سياسات التوجه بالتصدير، مما يساهم في خلق أسواق جديدة للاستثمارات الناشئة وخلق فرص تسويقية للاستثمارات حتى يمكنها تصريف منتجاتها، وبالتالي ارتفاع معدلات الربحية.
- عقد اتفاقيات لضمان الاستثمار من الدول ذات الفوائض الرأسمالية (الدول المتقدمة) وهو ما يعمل على انخفاض مخاطر الاستثمار وخلق بيئة استثمارية ملائمة.
- عقد اتفاقيات لمنع الازدواج الضريبي بين الدول المستهدف تدفق الاستثمارات منها.

- الانضمام إلى التكتلات الاقتصادية التي تشترك فيها الدول المتقدمة وتوقيع اتفاقيات ثنائية تكفل حرية تدفق الاستثمارات الإقليمية، مما يزيد من أهمية تحرير التجارة العالمية وعولمة الإنتاج والأسواق وحركة رؤوس الأموال العالمية.
- تنظيم زيارات متبادلة للمستثمرين الأجانب وتعريفهم بالتسهيلات والحوافز التي تقدمها الدولة للمستثمرين ومزايا الاستثمار في الاقتصاد القومي.
- التعاون مع المؤسسات الدولية التي لها دور في عمليات ترويج الاستثمار وتقديم الخدمات الاستثمارية.

٤ - تطوير الإطار المؤسسي:

تعرف المؤسسات بأنها الأطر التنظيمية أو التنظيمات التي تحكم سير العمل في أسواق العمل والإنتاج والأسواق المالية، كما تشمل نوعية الحاكمة مثل الحقوق السياسية وكفاءة القطاع العام ودرجة الفساد وحماية حقوق الملكية وفرض سيادة القانون، حيث ثمة شواهد على أن المؤسسات الجيدة تسهل فاعلية السياسات، وعليه ينبغي النظر إلى الإصلاح المؤسسي على أنه عنصر جوهري لجذب مزيد من أنشطة الشركات متعددة الجنسيات، ولذا يتوجب العمل على تطوير قاعدة بيانات خاصة بتوزيع الاستثمار الأجنبي بين القطاعات الاقتصادية.

وفي هذا الصدد قامت دول منطقة التعاون الاقتصادي والتنمية OECD بإعداد قائمة استرشادية عند صياغة السياسات الناجحة لجذب الاستثمار الأجنبي المباشر تقوم على العناصر الآتية:

- أ - وضع حدود ومعايير للإنفاق على الأجهزة التنفيذية (الهيئة العامة للاستثمار)، بما يكفل التخطيط الأمثل للموارد وتحقيق كفاءة الإنفاق وذلك من خلال:
- وضع سقف لمستوى الإنفاق الكلي لكل دولار من الاستثمارات المباشرة، وذلك لكل مشروع سنوياً بهدف تقدير تكاليف برنامج تشجيع الاستثمار المباشر عن طريق الإعفاءات الضريبية المباشرة وغير المباشرة المتوقعة.
- الاعتماد على أدوات التقييم الأخرى مثل تحليل التكلفة / المنفعة.
- تقييم المنافع المترتبة على إقامة المشروعات مثل: الروابط مع المشروعات المحلية، الأثر على خلق سلاسل للقيمة، والأثر على خلق مهارات لعنصر العمل.

- ب - تحديد المتطلبات الإدارية والمهارات الفنية المطلوبة عند وضع وتنفيذ برنامج

الحوافز. وكذلك القدرات التفاوضية العالية والتي تتطلب الاستعانة بكوادر متخصصة في تطبيق التعليمات، وتتمتع بنطاق واسع من الصلاحيات اللامركزية.

٥ - تطوير الإطار التشريعي:

يمثل الإطار التشريعي الكيان الحاكم لكافة أوجه النشاط الاقتصادي، حيث تلتزم كافة الأنشطة بالعمل في ظل قوانين حاكمة ومنظمة لسير هذه الأنشطة، بما يعظم المنفعة ويضمن الحقوق المتبادلة لأفراد النشاط الاقتصادي، وتشمل سياسة تحسين وتعزيز كفاءة الأطر التشريعية:

- وضع قوانين حماية الاستثمار وتقديم الضمانات والحوافز للمستثمرين.
- إلغاء تعدد القوانين المنظمة للاستثمار من خلال توحيد هذه القوانين بهدف وضوح الإطار التشريعي أمام المستثمرين، الأمر الذي يؤدي إلى تيسير الإجراءات القانونية المتعلقة بالاستثمار.

وبالتالي فوجود قانون موحد للاستثمار واضح وغير متضارب مع باقي التشريعات الأخرى ذات العلاقة، وكلما تضمن الضمانات الكافية من عدم التأميم والمصادرة ونزع الملكية، وكفل حرية تحويل الأرباح للخارج وحرية خروج ودخول رأس المال والحفاظ على سرية المعلومات الخاصة بالمستثمر، أدى كل ذلك إلى جذب الاستثمار الأجنبي المباشر.

ومن ثم فإن التشريعات تلعب دوراً كبيراً في قرارات المستثمرين نحو الاستثمار من عدمه، حيث إن التشريعات تساهم في تعريف المستثمر الأجنبي بالمناخ الاستثماري السائد وتحديد الالتزامات وتوضيح الضمانات والمزايا وفرص ومجالات الاستثمار، ومدى الكفاءة والمرونة التي تتمتع بها هذه التشريعات.

المبحث الثاني

الضمانات التشريعية لحماية ملكية المشروع الاستثماري

الأضرار التي تصيب المشروع الاستثماري قد تكون ناجمة عن مخاطر غير تجارية تؤدي إلى انتقال ملكية المشروع إلى الدولة؛ كتأميم المشروع الاستثماري أو صدور حكم قضائي بمصادرته أو نزع ملكيته للمنفعة العامة.

فبعض المخاطر غير التجارية قد يترتب عليها فقد ملكية المشروع، لذا نصت بعض تشريعات الاستثمار على ضمانات لحماية ملكية المشروع الاستثماري ضد تلك المخاطر. وسوف نتناول في هذا المبحث الضمانات التشريعية لحماية ملكية المشروع الاستثماري.

ونقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: عدم جواز تأميم المشروع الاستثماري.

المطلب الثاني: عدم جواز مصادرة المشروع الاستثماري.

المطلب الثالث: عدم جواز نزع ملكية المشروع الاستثماري.

المطلب الأول

عدم جواز تأميم المشروع الاستثماري

التأميم ليس إلا انتقال أدوات الإنتاج الرئيسية من مجال الملكية الخاصة إلى مجال الملكية العامة للشعب، وليس في هذا ضرب وإنهاء للملكية الفردية - كما قد يتصور البعض - بل هو توسيع لإطار المنفعة العامة، وضمان لها في الحالات التي تقتضيها المصلحة العامة. وقد طُبّق التأميم على نطاق واسع منذ مطلع القرن العشرين في المكسيك وأغلب دول أوروبا الشرقية، وعلى رأسها الاتحاد السوفيتي التي ظهر فيها التأميم غداة ثورة ١٩١٧، وانتقل التأميم بعد ذلك إلى أرجاء المعمورة، وظهرت له تطبيقات في الدول الرأسمالية والدول النامية^(٥١).

وتعددت تعريفات الفقهاء للتأميم، حيث عرفه رأي بأنه إجراء يقصد به نقل ملكية أحد المشروعات الخاصة سواء أكانت مملوكة لأحد الأفراد أم لإحدى شركات القانون الخاص إلى الدولة، وذلك بقصد تحقيق المنفعة العامة وصالح الجماعة، على أن يكون

(٥١) انظر: د. أنس جعفر، النشاط الإداري، دار النهضة العربية ٢٠٠٢، ص ٣٥٩.

ذلك مقابل تعويض عادل^(٥٢)، وعرفه رأي ثان بأنه: "إجراء لنقل ملكية المشروعات الخاصة من الأشخاص الطبيعيين كانوا أو المعنويين إلى الشعب ممثلاً في الدولة مقابل تعويض عادل"^(٥٣)، وعرفه رأي ثالث بأنه: "نقل ملكية الأفراد الخاصة إلى الدولة"^(٥٤)، وعرفه رأي رابع بأنه: "عمل ينقل للدولة الممتلكات الخاصة في نشاط معين بمقتضى قانون ولل مصلحة العامة بغرض استغلالها والسيطرة عليها لتوجيهها نحو هدف معين"^(٥٥)

ومن هذه التعريفات نستطيع أن نخرج بعناصر التأمين وهي:^(٥٦)

- انتقال ملكية المشروع أو المشروعات للدولة.
- التأمين يرد على مشروع أو مجموعة مشروعات.
- التأمين يكون لتحقيق النفع العام وصالح المجتمع.
- التأمين يكون مقابل تعويض عادل.

ولا جدال في أن من الأمور التي ترعب المستثمر هو التخوف من تأمين شركته أو منشأته^(٥٧)، وتُعتبر ضمانة عدم جواز تأمين المشروع الاستثماري إحدى أهم الضمانات المقررة للمستثمر الأجنبي؛ إذ إنها تُعد ضمانة هامة لا يتصور بدونها إقدام المستثمر الأجنبي على استثمار رأس ماله بالدول النامية؛ فهي تؤمنه ضد تأمين الدولة المضيفة لأمواله، أو على الأقل ضد أي تأمين لماله دون تعويض عادل وقابل للتحويل

(٥٢) انظر: د. عزيزة الشريف، التأمين وتجربته في مصر، رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة ١٩٧٥، ص ٣٥٩.

(٥٣) انظر: د. محمد عمر مولود، الضمانات الدستورية والتشريعية للاستثمار في العراق، مؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، من الفترة ٢٥-٢٧ إبريل ٢٠١١، ص ٦٨٠.

(٥٤) انظر: د. فتحي عبد الصبور، الآثار القانونية للتأمين والحراسة الإدارية على الأموال، عالم الكتب - القاهرة ١٩٦٧، ص ٢٢.

(٥٥) انظر: د. هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار والقانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي تنشأ بشأنه، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية ٢٠٠٠، ص ١٦٦.

(٥٦) انظر: د. أس جعفر، مرجع سابق، ص ٣٦٠.

(٥٧) انظر: د. عبد المنعم عبد الغني نعيم، بعض الضمانات القانونية للاستثمار - تطبيق على الحالة المصرية، مؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، من الفترة ٢٥-٢٧ إبريل ٢٠١١، ص ٦١٣.

إلى الخارج. فإذا كانت قواعد القانون الدولي العام تعترف لكل دولة ذات سيادة بالحق في تنظيم تملك الأجانب للأموال، كما تعترف لها بالحق في الاستيلاء على أموالهم بتأميمها، إلا أن ذلك مُقيد بضرورة احترام الحقوق المكتسبة^(٥٨).

لذا تحرص تشريعات الدول التي تريد جذب رؤوس الأموال للاستثمار على أرضيها، للنهوض بالتنمية في شتى المجالات، على بث الطمأنينة في نفوس المستثمرين على رؤوس أموالهم، بالنص على عدم جواز التأميم.

وإذا كان حظر التأميم يعد في الواقع حافزاً مهماً لتشجيع تدفق رأس المال الأجنبي، فإن ذلك لا يعنى تنازل الدولة عن حقها في تأميم المشروعات الأجنبية، فالحق في التأميم قد استقر في القانون الدولي المعاصر كمظهر من مظاهر سيادة الدولة، ووسيلة من وسائل عملها لتحقيق الصالح العام، وهو حق يسلم به الجميع مادام يقتزن بتعويض المتضررين عند تطبيقه وتقريره^(٥٩)، وهذا ما أكد عليه قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٨٠٣ الصادر في ١٤/١٠/١٩٦٢ الذي يقر حق كل دولة في تأميم الممتلكات الأجنبية في إقليمها مقابل تعويض عادل، إلا أن ذلك مُقيد بالمصلحة العامة، وألا يتم اتخاذه بطريقة تمييزية بين المستثمرين، وألا تُخالف الدولة المضيفة التزاماً تعاقدياً سابقاً، وأن تلتزم تلك الدولة بأن تدفع للمستثمر تعويضاً عادلاً وقابلاً للتحويل إلى الخارج^(٦٠).

وقد نصت بعض التشريعات العربية على هذه الضمانة، وذلك لطمأنة المستثمرين الأجانب في مواجهة المخاطر غير التجارية كالتأميم.

حيث نص القانون الكويتي رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ في المادة (٨) على أنه: "لا تجوز مصادرة أو تأميم أي مشروع أجنبي مرخص فيه طبقاً لأحكام هذا القانون..."، بينما لم ينص القانون الكويتي الجديد رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٣ على ضمانة عدم جواز تأميم المشروع الاستثماري.

ونصت المادة (١٢) من القانون العراقي على أن: "يضمن هذا القانون للمستثمر ما يأتي:

أولاً:.....

(٥٨) انظر: د. محمد السيد عرفة، مرجع سابق، ص ٥٦٢.

(٥٩) انظر: د. طارق كاظم عجيل، مرجع سابق، ص ٧١١.

(٦٠) انظر: أ. عمر هاشم صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر

العربي - الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٣٩ وما بعدها.

ثالثاً: عدم المصادرة أو تأمين المشروع الاستثماري المشمول بأحكام هذا القانون كلاً أو جزءاً باستثناء ما يصدر بحقه حكم قضائي بات".

ونص القانون السوداني في المادة (١٧/١) على أن: "يتمتع المستثمر بالضمانات الآتية:

أ - عدم تأمين أو مصادرة مشروعه أو نزع ملكية عقارات مشروعه كلها أو بعضها أو استثماراته للمنفعة العامة إلا بقانون ومقابل تعويض عادل".

ونص القانون اليمني في المادة (٨/أ) على أنه: "مع عدم الإخلال بما هو منصوص عليه في الفقرات الأخرى من هذه المادة لا يجوز للحكومة مصادرة أو تأمين أي مشروع أو أي من أصوله".

ونص القانون المصري في المادة (٨) على أنه: "لا يجوز تأمين الشركات والمنشآت، أو مصادرتها".

وجدير بالذكر أن سبب حرص المشرع المصري على إيراد النص المانع للتأمين؛ هو انكماش تدفق رؤوس الأموال الأجنبية وعزوف المستثمرين عن استثمار أموالهم في مصر عقب مرحلة التأمينات التي شهدتها ستينيات القرن العشرين^(٦١).

بينما لم ينص القانون السعودي والقطري والسوري والأردني على ضمانات عدم تأمين المشروع الاستثماري.

ونلاحظ أن تشريعات الاستثمار انقسمت بشأن ضمانات عدم جواز تأمين المشروع الاستثماري، فبعض التشريعات حظرت التأمين ولم تورد استثناءات بجواز تطبيقه، مثال ذلك القانون اليمني والقانون الكويتي رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ والمصري، وبعض التشريعات وضعت استثناءات مثل القانون العراقي الذي حظر التأمين كأصل عام وأجازته كاستثناء في حالة صدور حكم قضائي بات.

وقد يرى البعض أن التأمين كان مرتبطاً بمرحلة التحرر من الاستعمار ولم يعد هناك استعمار الآن فلا حاجة للنص على حظر التأمين لأنه أصبح غير موجود، حيث اختفى باختفاء الاستعمار، إلا أننا نرى أن النص على عدم جواز تأمين المشروع الاستثماري يطمئن المستثمر ولا يجوز اللجوء له إلا استثناءً لاعتبارات الصالح العام وبقانون ومقابل تعويض يعادل القيمة الاقتصادية الحقيقية للمشروع الاستثماري وقت تأمينه، ويدفع التعويض المستحق دون تأخير، وقد شاهدنا مؤخراً ما تم في عهد الرئيس الفنزويلي هوجو تشافيز من عمليات تأمين.

(٦١) انظر: د. عبد المنعم عبد الغني نعيم، مرجع سابق، ص ٦١٥.

المطلب الثاني

عدم جواز مصادرة المشروع الاستثماري

المصادرة هي إجراء عقابي تتخذه السلطة العامة في الدولة، ويتم بموجبه نزع ملكية كل أو بعض أموال الأشخاص الطبيعيين والمعنويين جزاءً على مخالفتهم لأحكام القانون ودون أن يدفع لهم أي مقابل أو تعويض، وتعتبر المصادرة عقوبة جزائية تكميلية تضمنتها بعض القوانين كقانون العقوبات المصري^(٦٢).

والمصادرة نوعان:

- ١ - مصادرة عامة: وهي نزع ملكية أموال المحكوم عليه جملة ونقلها إلى ملكية الدولة.
- ٢ - مصادرة خاصة: وهي ملكية شيء بعينه يكون جسم الجريمة أو يكون قد استعمل فيها أو تحصل منها.

والأشياء التي تجوز مصادرتها هي: الأشياء التي حصل عليها الجاني بواسطة الجريمة؛ ومثالها الفائدة التي حصل عليها الموظف المرتشي، والأشياء التي استعملت في ارتكاب جريمة؛ ومثالها الآلة التي استخدمت في تقليد العملات^(٦٣).

وتتميز المصادرة بأنها ذات طابع عقابي، كما أنها تفرض دون مقابل أو تعويض، وبذلك فهي تختلف عن التأميم؛ حيث يكون التأميم مقابل تعويض عادل.

وقد نصت بعض التشريعات العربية على هذه الضمانة، وذلك لطمأنة المستثمرين الأجانب في مواجهة المخاطر غير التجارية كالمصادرة.

حيث نص القانون الكويتي رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ في المادة (٨) على أنه: "لاتجوز مصادرة أو تأميم أي مشروع أجنبي مرخص فيه طبقاً لأحكام هذا القانون..."، ونص أيضاً القانون الكويتي الجديد رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٣ على هذه الضمانة في المادة (١٩)، فنصت على أنه: "لا يجوز مصادرة أي كيان استثماري مرخص فيه طبقاً لأحكام هذا القانون...".

ونص القانون السعودي في المادة (١١) على أنه: "لا تجوز مصادرة الاستثمارات التابعة للمستثمر الأجنبي كلاً أو جزءاً إلا بحكم قضائي، كما لا يجوز نزع ملكيتها كلاً أو جزءاً إلا للمصلحة العامة مقابل تعويض عادل وفقاً للأنظمة".

(٦٢) انظر: د. حسن ربيع، شرح قانون العقوبات المصري - القسم العام، دار النهضة العربية ٢٠٠٣، ص ٥٩٩.

(٦٣) انظر: د. حسن ربيع، المرجع السابق، ص ٦٠٠.

ونص القانون العراقي في المادة (١٢) على أنه: "يضمن هذا القانون للمستثمر ما يأتي:

أولاً:.....

ثالثاً: عدم المصادرة أو تأميم المشروع الاستثماري المشمول بأحكام هذا القانون كلاً أو جزءاً باستثناء ما يصدر بحقه حكم قضائي بات".

وفي القانون السوري نصت المادة (٣) على أنه: "تتمتع المشاريع والاستثمارات المرخصة وفق أحكام هذا المرسوم التشريعي بعدم المصادرة أو نزع الملكية أو الحد من التصرف في ملكية الاستثمارات وعائداتها إلا إذا كان لغرض النفع العام ومقابل دفع تعويض فوري وعادل للمستثمر يساوي القيمة الرائجة للمشروع قبل تاريخ نزع الملكية مباشرة بعملة قابلة للتحويل بالنسبة للمال الخارجي، ومع الاحتفاظ بأحكام قانون جباية الأموال العامة رقم ٣٤١ لعام ١٩٥٦ لا يجوز الحجز على المشروع إلا بحكم قضائي".

وفي القانون السوداني نصت المادة (١/١٧) على أنه: "يتمتع المستثمر بالضمانات الآتية:

أ - عدم تأميم أو مصادرة مشروعه أو نزع ملكية عقارات مشروعه كلها أو بعضها أو استثماراته للمنفعة العامة إلا بقانون ومقابل تعويض عادل".

ونص القانون اليمني في المادة (٨/أ) على أنه: "مع عدم الإخلال بما هو منصوص عليه في الفقرات الأخرى من هذه المادة لا يجوز للحكومة مصادرة أو تأميم أي مشروع أو أي من أصوله".

ونص القانون المصري في المادة (٨) على أنه: "لا يجوز تأميم الشركات والمنشآت، أو مصادرتها".

بينما لم ينص القانون القطري والأردني على ضمانات عدم مصادرة المشروع الاستثماري.

ومما لا شك فيه أن المصادرة تعتبر عقوبة تقوم بها الدولة في مواجهة المشروع الاستثماري الأجنبي بسبب مخالفته القانون، ولا تكون المصادرة إلا بحكم قضائي وفي الأحوال التي حددها القانون^(٦٤). وتعتبر ضمانات عدم جواز مصادرة

(٦٤) انظر: د. محمد عبد اللطيف، نزع الملكية للمنفعة العامة، دار النهضة العربية ١٩٨٨، ص ٨.

المشروع الاستثماري إحدى الضمانات الدستورية المقررة للمستثمر الأجنبي؛ فهي تؤمنه ضد مصادرة الدولة المضيفة لأمواله، ولا يجوز تطبيقها إلا بحكم قضائي.

ونلاحظ أن تشريعات الاستثمار اختلفت بشأن ضمانات عدم جواز مصادرة المشروع الاستثماري، فبعض التشريعات حظرت المصادرة ولم تورد عليه استثناءات كالقانون السوداني واليمني والكويتي والمصري، وبعض التشريعات أجازته في حالة صدور حكم قضائي بالمصادرة كالقانون السعودي والعراقي، بينما أجاز القانون السوري المصادرة كاستثناء إذا كان لغرض النفع العام ومقابل دفع تعويض.

ونري أن موقف المشرع السعودي والعراقي أدق، حيث إن المصادرة كما أشرنا سلفاً هي إجراء عقابي تتخذه السلطة العامة في الدولة ويتم بموجبه نزع ملكية كل أو بعض أموال الأشخاص الطبيعية والمعنوية جزاءً على مخالفتهم لأحكام القانون ودون أن يدفع لهم أي مقابل أو تعويض، فمصادرة المشروع الاستثماري أو جزء منه تكون جزاء مخالفة المستثمر للقانون، وهي لا تطبق إلا بحكم قضائي.

المطلب الثالث

عدم جواز نزع ملكية المشروع الاستثماري

حق الملكية هو حق على شيء يخول مالكة الاستثمار باستعمال الشيء واستثماره والتصرف فيه في نطاق القانون، فالملكية حق جامع مانع دائم، فهي مصونة، ولذلك لا يجوز التعرض لها حتى من قبل الدولة إلا لأغراض النفع العام^(٦٥).

ونزع الملكية للمنفعة العامة ليس إلا إجراءً من شأنه حرمان مالك عقار معين من ملكه جبراً لتخصيصه للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل. وقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه حرمان مالك العقار من ملكه جبراً عنه للمنفعة العامة مقابل تعويضه عما ناله من الضرر بسبب هذا الحرمان، أو حرمان مالك العقار من ملكه جبراً عنه للمنفعة العامة مقابل ثمنه الذي يشمل أحياناً شيئاً آخر زيادة على قيمة العقار^(٦٦)، وعرفه بعض الفقهاء بأنها عملية يتم بمقتضاها نقل ملكية عقار مملوك لأحد الأفراد إلى شخص عام بقصد المنفعة العامة ونظير تعويض عادل^(٦٧).

(٦٥) انظر: د. أحمد محمود سعد، النظرية العامة في الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية ٢٠٠٥، ص ٧٧ وما بعدها.

(٦٦) نقض مدني، الطعن رقم ٣٨ لسنة ٣ بتاريخ ٢٣/١١/١٩٣٣.

(٦٧) انظر: د. محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٨٠٩.

ومن هذا التعريف يتضح أن نزع الملكية للمنفعة العامة ينطوي على مساس بحق الملكية الخاصة، ولكن هذا الإجراء يبرره أنه لا يتم إلا لتحقيق المنفعة العامة لجموع المواطنين. ومن جهة أخرى، فإن الملكية لم تعد حقاً مطلقاً، بل أن التكييف الحديث لها أنها تقوم بوظيفة اجتماعية، ومن ثم فإنه حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة عامة فإنه يجب إثثار الأخيرة^(٦٨).

كما أن نزع الملكية للمنفعة العامة لا يرد - بحسب الأصل - إلا على العقارات، لكن ليس هناك ما يمنع من وروده على العقارات بالتخصيص المملوكة للمشروع والتي ترتبط بمصير العقارات بالطبيعة وتعتبر جزءاً منها^(٦٩).

وقد نصت بعض التشريعات العربية على هذه الضمانة، وذلك لطمأنة المستثمرين الأجانب في مواجهة المخاطر غير التجارية كنزع الملكية للمنفعة العامة.

حيث نص القانون الكويتي رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ في المادة (٨) على أنه: "لا تجوز مصادرة أو تأميم أي مشروع أجنبي مرخص فيه طبقاً لأحكام هذا القانون، ولا يجوز نزع ملكيته إلا للمنفعة العامة طبقاً للقوانين المعمول بها، ومقابل تعويض يعادل القيمة الاقتصادية الحقيقية للمشروع المنزوع ملكيته وقت نزع الملكية، ويُقدر وفقاً للوضع الاقتصادي السابق على أي تهديد بنزع الملكية، ويدفع التعويض للمستحق دون تأخير"، ونص القانون الكويتي الجديد رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٣ على هذه الضمانة في المادة (١٩)، حيث نصت على أنه: "لا يجوز مصادرة أي كيان استثماري مرخص فيه طبقاً لأحكام هذا القانون، أو نزع ملكيته إلا للمنفعة العامة طبقاً للقوانين المعمول بها ومقابل يعادل القيمة الاقتصادية الحقيقية للمشروع المنزوعة ملكيته وقت نزع الملكية، وتقدر وفقاً للوضع الاقتصادي السابق على أي تهديد بنزع الملكية، ويدفع التعويض المستحق فور اتخاذ القرار المشار إليه".

ونص القانون السعودي في المادة (١١) على أنه: "لا تجوز مصادرة الاستثمارات التابعة للمستثمر الأجنبي كلاً أو جزءاً إلا بحكم قضائي، كما لا يجوز نزع ملكيتها كلاً أو جزءاً إلا للمصلحة العامة مقابل تعويض عادل وفقاً للأنظمة".

ونص القانون القطري في المادة (٨) على أنه "١- لا تخضع الاستثمارات الأجنبية، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، لنزع الملكية أو لأي إجراء ذي أثر

(٦٨) انظر: د. أنس جعفر، مرجع سابق، ص ٣٧٠.

(٦٩) انظر: حكم محكمة القضاء الإداري جلسة ١٣/١٢/١٩٥٤، مجموعة المجلس السنة التاسعة،

ص ١٢٧.

مماثل، ما لم يكن ذلك للمنفعة العامة، وبطريقة غير تمييزية، ولقاء تعويض سريع ومناسب وفقاً للإجراءات القانونية والمبادئ العامة المنصوص عليها في البند (٢) من هذه المادة.

٢ - يكون التعويض معادلاً للقيمة الاقتصادية الحقيقية للاستثمار المنزوع ملكيته وقت نزع الملكية أو الإعلان عنه، ويقدر وفقاً لوضع اقتصادي عادي وسابق على أي تهديد بنزع الملكية، ويدفع التعويض المستحق دون تأخير، ويكون متمتعاً بحرية التحويل. وينتج عن هذا التعويض حتى تاريخ السداد فوائد تحسب تبعاً لسعر الفائدة السائد في الدولة.

وفي القانون السوري نصت المادة (٣) على أنه: "تتمتع المشاريع والاستثمارات المرخصة وفق أحكام هذا المرسوم التشريعي بعدم المصادرة أو نزع الملكية أو الحد من التصرف في ملكية الاستثمارات وعائداتها إلا إذا كان لغرض النفع العام ومقابل دفع تعويض فوري وعادل للمستثمر يساوي القيمة الرائجة للمشروع قبل تاريخ نزع الملكية مباشرة بعملة قابلة للتحويل بالنسبة للمال الخارجي، ومع الاحتفاظ بأحكام قانون جباية الأموال العامة رقم ٣٤١ لعام ١٩٥٦ لا يجوز الحجز على المشروع إلا بحكم قضائي".

ونصت المادة (١٣) من القانون الأردني على أنه: "لا يجوز نزع ملكية أي مشروع أو إخضاعه لأي إجراءات تؤدي إلى ذلك إلا إذا تم استملاكه لمقتضيات المصلحة العامة شريطة دفع التعويض العادل للمستثمر بعملة قابلة للتحويل".

وفي القانون السوداني نصت المادة (١٧/١) على أنه: "يتمتع المستثمر بالضمانات الآتية:

أ - عدم تأميم أو مصادرة مشروعه أو نزع ملكية عقارات مشروعه كلها أو بعضها أو استثماراته للمنفعة العامة إلا بقانون ومقابل تعويض عادل".

ونص القانون اليمني في المادة (٨/ب) على أنه: "لا يجوز نزع ملكية المشروعات الاستثمارية من قبل الحكومة إلا لأغراض المنفعة العامة، وأن يكون ذلك مبنياً على أسس غير تمييزية وفقاً لأحكام الدستور والقوانين ذات العلاقة".

ونصت الفقرة (ج) من نفس المادة على أن: "يتبع بشأن التعويضات عن المشاريع المنزوعة ملكيتها الأحكام المحددة فيما يلي بغض النظر عن أي نص يقضي بغير ذلك في أي قانون آخر:

- ١ - يتم تحديد قيمة التعويض المستحق للمستثمر وفقاً لأحكام هذه المادة وبالاتفاق بين الحكومة والمستثمر أو عن طريق المحكمة التجارية المختصة.
- ٢ - يجب أن تكون قيمة التعويض المستحق للمستثمر مساوية للقيمة السوقية للمشروع وأصوله في اليوم الذي يسبق إعلان نزع الملكية.
- ٣ - أن يتم دفع قيمة التعويض خلال (١٨٠) يوماً من تاريخ إعلان نزع الملكية، ويكون للمستثمر في حال فوات هذا الميعاد الحق في اللجوء إلى المحكمة التجارية المختصة للمطالبة بإعادة النظر في قيمة التعويض السابق تقديره.
- ٤ - يحق للمستثمر اللجوء إلى المحكمة التجارية المختصة في حال عدم موافقته على القيمة المقدرة للتعويض عن المشروع والأصول التي تم نزع ملكيتها.
- ٥ - يتم سداد قيمة التعويض المستحق وفقاً لأحكام هذه المادة في مواعيد استحقاقها وبدون تأخير. وإذا كان المستثمر أجنبياً فيصرح له بتحويل مبلغ التعويض إلى الخارج بحرية تامة وبعملة قابلة للتحويل".
- ولم ينص القانون العراقي والمصري على هذه الضمانة.
- ويهدف النص على حظر نزع ملكية المشروع الاستثماري، إلى طمأنة المستثمر الأجنبي وتشجيعه على مزاولة النشاط التجاري، بيد أن هذا الحظر مشروط بشروط معينة، فإذا كان للدولة الحق في نزع ملكية الأجانب الموجودة على إقليمها إعمالاً لسيادتها الإقليمية، فإن ممارسة هذا الحق تتطلب توافر شروط ثلاثة وهي^(٧٠):
- **شرط المصلحة العامة:** فلكي يكون الإجراء الذي تتخذه الدولة لنزع الملكية للمنفعة العامة مشروعاً يجب أن يكون الباعث على اتخاذه تحقيق مصلحة عامة.
- **شرط المساواة وعدم التمييز:** فلا يجوز أن ينطوي الإجراء على تمييز مجحف بين الأجانب والوطنيين.
- **شرط التعويض:** يتعين على كل دولة حماية الحقوق المكتسبة للأجنبي المقيم على إقليمها وحماية أمواله وممتلكاته، فإذا قامت الدولة بنزع ملكية المشروع الاستثماري فإنها تكون أخلت بذلك الالتزام الدولي فتكون ملزمة بتعويض الأجنبي، وهذا التعويض يجب أن يكون عادلاً بمعنى شموله لكل الخسائر التي تلحق بالشخص المنزوع ملكيته، وكل المكاسب التي تفوته نتيجة نزع الملكية.
- ويلاحظ أن تشريعات الاستثمار اتفقت بشأن عدم جواز نزع ملكية المشروع

(٧٠) انظر: د. فؤاد عبد المنعم رياض، مرجع سابق، ص ٣٧٥.

الاستثماري، إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل، فنزع الملكية للمنفعة العامة إجراء استثنائي لا يجوز الالتجاء إليه إلا في حالة المنفعة العامة، وبعد اتباع الإجراءات القانونية ومقابل تعويض عادل. ويستلزم ذلك عدم التوسع في تفسير نصوص نزع الملكية، تطبيقاً للقاعدة الأصولية أن الاستثناء لا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه.

المبحث الثالث

الضمانات التشريعية لحماية نشاط المشروع الاستثماري

تناولنا في المبحث الثاني المخاطر غير التجارية التي يترتب عليها فقد ملكية المشروع الاستثماري؛ كتأميم أو صدور حكم قضائي بمصادرتها أو نزع ملكيته للمنفعة العامة، وفي هذا المبحث سنتناول المخاطر غير التجارية التي تؤثر على نشاط المشروع الاستثماري؛ كعدم المساواة بين المستثمر الأجنبي والوطني وإفشاء أسرار المشروع الاستثماري وصعوبة التصرف بالمال المستثمر وعدم الثبات التشريعي ووقف أو إلغاء تراخيص المشروع الاستثماري، هذه المخاطر غير التجارية تؤثر على قيام المشروع بنشاطه الاستثماري، لذا نصت بعض تشريعات الاستثمار على ضمانات لحماية نشاط المشروع الاستثماري ضد تلك المخاطر. وسوف نتناول في هذا المبحث الضمانات التشريعية لحماية نشاط المشروع الاستثماري.

المطلب الأول: المساواة بين المستثمر الأجنبي والوطني.

المطلب الثاني: عدم جواز إفشاء أسرار المشروع الاستثماري.

المطلب الثالث: التصرف بالمال المستثمر والمشروع الاستثماري.

المطلب الرابع: ضمانات الثبات التشريعي.

المطلب الخامس: عدم جواز إيقاف أو إلغاء تراخيص المشروع الاستثماري.

المطلب الأول

المساواة بين المستثمر الأجنبي والوطني

الامتناع عن التمييز في المعاملة بين المستثمر الأجنبي والوطني يُعد أحد الضمانات الهامة للاستثمار الأجنبي، فمن خلال تلك الضمانة يعامل المستثمر الأجنبي سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً بمثل ما يعامل به المستثمر الوطني سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً في الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمار.

وتعتبر المساواة في التعامل بين المستثمر الأجنبي ونظيره الوطني من أهم الضمانات التي يمكن أن تؤدي إلى تشجيع المستثمرين الأجانب على جلب رؤوس أموالهم واستثمارها في أي بلد من البلدان.

وقد نصت بعض تشريعات الاستثمار العربية على ضمانات المساواة في التعامل بين المستثمر الأجنبي والوطني، نذكر منها:

ما نصت عليه المادة (١٧) من القانون الكويتي رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ على أن:

"يتمتع المستثمر الأجنبي بمقتضى هذا القانون بمبادئ المساواة وسرية المعلومات الفنية والاقتصادية والمالية الخاصة بالمشروع وحفظ المبادرات الاستثمارية، وذلك طبقاً لأحكام القوانين واللوائح المعمول بها في البلاد...".

وما نص عليه القانون السعودي في المادة (٦) على أن: "يتمتع المشروع المرخص له بموجب هذا النظام بجميع المزايا والحوافز والضمانات التي يتمتع بها المشروع الوطني حسب الأنظمة والتعليمات".

وما نص عليه القانون العراقي في المادة (١٠) على أن: "يتمتع المستثمر بغض النظر عن جنسيته بجميع المزايا والتسهيلات والضمانات ويخضع للالتزامات الواردة في هذا القانون...".

وفي القانون الأردني، نصت المادة (١٢/أ) على أنه: "مع مراعاة أحكام أي تشريع آخر:

١ - يحق لأي شخص غير أردني أن يستثمر في المملكة بالتملك أو بالمشاركة أو بالمساهمة وفقاً لأسس وشروط تحدّد مقتضى نظام يصدر لهذه الغاية، على أن تحدّد بموجبه قطاعات الاستثمار أو فروعها والنسبة التي يحق للمستثمر غير الأردني المشاركة أو المساهمة في حدودها، وكذلك الحد الأدنى من رأس المال الأجنبي الذي يتوجب عليه توظيفه لهذه الغاية.

٢ - في غير الحالات التي يشملها النظام المشار إليه في البند (١) من هذه الفقرة، يعامل المستثمر غير الأردني معاملة المستثمر الأردني".

وفي القانون السوداني، نصت المادة (٨) على أن: "١- لأغراض هذا القانون، لا يجوز التمييز بين المال المستثمر بسبب كونه محلياً أو عربياً أو أجنبياً، أو بسبب كونه قطاعاً عاماً أو خاصاً أو قطاعاً تعاونياً أو مختلطاً.

٢ - لا يجوز التمييز بين المشاريع المتماثلة التي تحددها اللوائح فيما يتعلق بمنح الميزات أو الضمانات".

وفي القانون اليمني نصت المادة (٥) على أن: "تضمن الدولة للمستثمرين الأجانب المعاملة المتساوية دون تمييز مع المستثمرين المحليين في كافة الحقوق والالتزامات وحرية الاستثمار في أي من القطاعات الاقتصادية، بما في ذلك الانفراد أو المشاركة في تملك المشروع الاستثماري وفقاً لأحكام هذا القانون".

ولم ينص القانون الكويتي الجديد رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٣ والقطري والسوري والمصري على ضمانات المساواة بين المستثمر الأجنبي والوطني.

المطلب الثاني

عدم جواز إفشاء أسرار المشروع الاستثماري

تسعى المشروعات والشركات إلى الحفاظ على سرية معلوماتها باتخاذ كل ما يلزم من تدابير، ولما كانت تلك المشروعات تقدم بيانات ومعلومات للدولة المضيفة، كما أن تلك المشروعات تخضع لرقابة وإشراف بعض الهيئات في الدولة المضيفة للاستثمار فإن هذه الهيئات بحكم عملها قد تطلع على بعض أسرار المشروع الاستثماري، وهو ما قد يعرضها لإفشاء أسرارها والمعلومات الخاصة بها، لذا نصت بعض تشريعات الاستثمار على الحفاظ على الأسرار والمعلومات الخاصة بالمستثمر والمشروع الاستثماري كضمانة هامة للمستثمر، مما يحملها بواجب الحفاظ على أسرارها وعدم إفشائها منعاً لتضرر المشروع^(٧١).

وقد نصت بعض تشريعات الاستثمار العربية على عدم إفشاء معلومات وأسرار المشروع الاستثماري كضمانة هامة للمستثمر، ومن هذه التشريعات؛ نذكر:

القانون الكويتي رقم ٨ لسنة ٢٠٠١، حيث نص في المادة (١٧) على أنه: "يتمتع المستثمر الأجنبي بمقتضى هذا القانون بمبادئ المساواة وسرية المعلومات الفنية والاقتصادية والمالية الخاصة بالمشروع وحفظ المبادرات الاستثمارية، وذلك طبقاً لأحكام القوانين واللوائح المعمول بها في البلاد. ومع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من أفشى أي معلومات تكون قد وصلت إلى علمه بسبب أعمال وظيفته وتعلق بالمبادرة الاستثمارية أو بالجوانب الفنية أو الاقتصادية أو المالية لاستثمار أجنبي تم طبقاً لأحكام هذا القانون، وذلك فيما عدا الأحوال التي يصرح فيها القانون بذلك".

بينما نص القانون الكويتي الجديد رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٣ في المادة (٢٣) على أنه: "يتمتع المستثمر بمقتضى أحكام هذا القانون بمبادئ سرية المعلومات الفنية والاقتصادية والمالية الخاصة باستثماره وحفظ المبادرات وذلك طبقاً لأحكام القوانين واللوائح المعمول بها في البلاد.

ومع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل عن ألف دينار ولا تزيد على عشرة آلاف دينار أو

(٧١) انظر: د. حمدي محمد مصطفى، مرجع سابق، ص ٨١٧ وما بعدها.

بإحدى هاتين العقوبتين، كل من أفشى أو استفاد من أي معلومات تكون قد وصلت إلى علمه بسبب أعمال وظيفته أو بسبب مشاركته بأي عمل من أعمال الهيئة أو أي من أجهزتها، وتتعلق بالمبادرات الاستثمارية أو بالجوانب الفنية أو الاقتصادية أو المالية لاستثمار يخضع لأحكام هذا القانون، وذلك فيما عدا الأحوال التي يصرح فيها القانون بذلك، أو تنفيذاً لحكم أو أمر من جهة قضائية"

كما أن المادة (٣٣) من القانون الكويتي الجديد رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٣، نصت على أنه: "يكون للموظفين المختصين الذين يحددهم الوزير، بقرار يصدره صفة الضبطية القضائية لمراقبة هذا القانون واللوائح والقرارات المنفذة له، ويتعين على هؤلاء الموظفين أداء أعمالهم بأمانة ونزاهة وحياد. والالتزام بعدم إفشاء أسرار البيانات الاستثمارية التي يطلعون عليها بحكم عملهم، ويؤدي كل منهم أمام الوزير القسم التالي:

(أقسم بالله العظيم أن أؤدي عملي بالأمانة والحيدة والنزاهة والصدق، وأن أحافظ على سرية المعلومات التي أطلع عليها بحكم عملي حتى بعد انتهاء خدمتي)..."

اللائحة التنفيذية لنظام الاستثمار الأجنبي السعودي، حيث نصت في المادة (٢٠) على أن: "لموظفي الهيئة المكلفين بتعميد خطي من المحافظ أو من ينيبه حق متابعة تنفيذ أحكام النظام ولوائحه التنفيذية، ولهم في سبيل ذلك الاطلاع على الدفاتر والمستندات وجميع الأوراق المتعلقة بنشاطها، وضبط المخالفات وإعداد المحاضر وتقديم التقارير اللازمة عنها إلى المحافظ أو من ينيبه. ويجب على موظفي الهيئة المكلفين بهذه المهام الحفاظ على سرية المعلومات والمستندات التي يطلعون عليها".

ونص القانون السوري في المادة (١٥) على أن: "تفاصيل البيانات والمعلومات الخاصة التي يقدمها المستثمرون بشأن مشاريعهم غير قابلة للنشر أو التداول".

ونص القانون اليمني في المادة (١٠) على أن: "حماية حقوق الملكية الفكرية الخاصة بالمستثمرين والمشاريع الاستثمارية مكفولة بموجب هذا القانون والقوانين النافذة الأخرى، بما في ذلك حقهم في اعتماد العلامات التجارية وبراءات الاختراع والحقوق المحفوظة، وأي حق من حقوق الملكية الفكرية وفقاً للمعاهدات الدولية ذات الصلة والتي تكون الجمهورية طرفاً فيها".

بينما لم ينص القانون القطري والعراقي والأردني والسوداني والمصري على ضمانات عدم جواز إفشاء أسرار المشروع الاستثماري.

المطلب الثالث

التصرف بالمال المستثمر وأرباح المشروع الاستثماري

يهدف المستثمر من وراء استثمار رأس ماله إلى تحقيق الأرباح، وهذا يتطلب حرية التصرف في أمواله بالصورة التي تساعد في تحقيق الأرباح، كما أنه في حالة بيع المشروع أو حصته من المشروع الاستثماري يرغب في تحويل أمواله للخارج. فما الفائدة التي يجنيها المستثمر إذا كان محروماً من تحويل المبالغ المالية التي يستثمرها في الدولة المضيفة؟

لذلك نجد أن التشريعات المتعلقة بالاستثمار في الدول المختلفة تحرص على ضمان ذلك للمستثمر، إدراكاً منها أن توفير تلك الضمانة تلعب دوراً فعالاً في جذب رؤوس الأموال الأجنبية، وترفع الثقة لديهم بخصوص مستقبل أموالهم في الدولة التي استثمروا فيها.

وقد نصت غالبية التشريعات العربية على ضمانات التصرف بالمال المستثمر وأرباح المشروع الاستثماري، نذكر منها:

القانون الكويتي رقم ٨ لسنة ٢٠٠١، حيث نص في المادة (١١/١) على أنه: "للمستثمر الأجنبي حق تحويل استثماره، كلياً أو جزئياً، إلى مستثمر أجنبي آخر أو إلى مستثمر وطني أو التخلي عنه لشريكه الوطني في حالة المشاركة، وذلك وفقاً للقانون ولاشتراطات الترخيص".

ونص القانون الكويتي رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٣ في المادة (٢٢) على أنه: "للمستثمر أن يحول إلى الخارج أرباحه أو رأسماله أو حصيلة تصرفه في حصته أو نصيبه في الكيان الاستثماري أو التعويض المنصوص عليه في هذا القانون...".

والقانون السعودي، حيث نصت المادة (٧) منه على أنه: "يحق للمستثمر الأجنبي إعادة تحويل نصيبه من بيع حصته أو من فائض التصفية أو من الأرباح التي حققها المنشأة للخارج أو التصرف فيها بأية وسيلة مشروعة أخرى، كما يحق له تحويل المبالغ الضرورية للوفاء بأي التزامات تعاقدية خاصة بالمشروع"، ونصت المادة (٥/٥) من اللائحة التنفيذية للقانون السعودي على أن: "تتمتع منشآت الاستثمار الأجنبي بالمزايا والحوافز والضمانات التي تتمتع بها المنشآت الوطنية ومنها على سبيل المثال:

١ -

٥ - إعادة تحويل نصيب المستثمر الأجنبي من بيع حصته أو من فائض

التصفية أو الأرباح التي حققتها المنشأة للخارج والتصرفات فيها بأية التزامات مشروعة أخرى، كما يحق له تحويل المبالغ الضرورية للوفاء بأي التزامات تعاقدية خاصة بالمشروع".

ونص القانون القطري في المادة (٩) على أن: "١- للمستثمرين الأجانب حرية القيام بجميع التحويلات الخاصة باستثماراتهم من وإلى الخارج دون تأخير، وتشمل هذه التحويلات:

أ - عائدات الاستثمار.

ب - حصيلة بيع أو تصفية كل أو بعض الاستثمار.

ج - حصيلة المبالغ الناتجة عن تسوية منازعات الاستثمار.

د - التعويض المنصوص عليه في المادة (٨) من هذا القانون^(٧٢).

٢ - تتم التحويلات بأي عملة قابلة للتحويل، بسعر الصرف الساري في تاريخ التحويل". ونص القانون العراقي في المادة (١١) على أن: "يتمتع المستثمر بالمزايا الآتية: أولاً: إخراج رأس المال الذي أدخله إلى العراق وعوائده وفق أحكام هذا القانون وتعليمات البنك المركزي العراقي وبعملة قابلة للتحويل بعد تسديد التزاماته وديونه كافة للحكومة العراقية وسائر الجهات الأخرى".

ونص القانون السوري في المادة (٥) الفقرة أ، ب على أن: "أ- يحق للمستثمر إعادة تحويل حصيلة التصرف بحصته من المشروع وبعملة قابلة للتحويل إلى الخارج بعد تسديد المستثمر للضرائب المترتبة على عملية التصرف.

ب - يحق للمستثمر سنوياً تحويل الأرباح والفوائد التي يحققها المال الخارجي المستثمر وفقاً لأحكام هذا المرسوم التشريعي إلى الخارج وبعملة قابلة للتحويل بعد تسديد الضرائب المترتبة على هذه الأرباح والفوائد".

ونص القانون الأردني في المادة (١٨) على أنه: "أ - يحق للمستثمر غير الأردني ما يلي:

١ - إخراج رأس ماله الذي أدخله إلى المملكة للاستثمار فيها وفق أحكام هذا القانون أو تشريعات تشجيع الاستثمار وتعديلاتها التي كانت نافذة قبل سريان أحكام هذا القانون.

(٧٢) التعويض المنصوص عليه بالمادة (٨) هو التعويض نتيجة نزع الملكية للمنفعة العامة.

- ٢ - تحويل ما تأتى له من استثماره من عوائد وأرباح إلى خارج المملكة.
- ٣ - تصفية استثماره أو بيع مشروعه أو حصته أو أسهمه دون تأخير، شريطة أن يكون قد أوفى بما ترتب للغير من التزامات على المشروع أو أي التزامات ترتبت عليه بمقتضى التشريعات النافذة المفعول.
- ب - للمستثمر غير الأردني إخراج المبالغ المبينة في الفقرة (أ) من هذه المادة بعملة قابلة للتحويل".

ونص القانون السوداني في المادة (١٧) على: " ١- يتمتع المستثمر بالضمانات الآتية:

أ -

ج - إعادة تحويل المال المستثمر في حالة عدم تنفيذ المشروع أصلاً أو تصفيته أو التصرف فيه بأي من أوجه التصرف كلياً أو جزئياً، وذلك بالعملة التي استورد بها، شريطة الوفاء بجميع الالتزامات المستحقة عليها قانوناً، ويجوز في حالة عدم تنفيذ المشروع أصلاً إعادة تصدير الآلات والمعدات والأجهزة ووسائل النقل والمستلزمات الأخرى التي استوردت على ذمة المشروع متى تم الوفاء بجميع الالتزامات المذكورة في هذه الفقرة.

د - تحويل الأرباح وتكلفة التمويل عن رأس المال الأجنبي أو القروض بالعملة التي استورد بها رأس المال أو القرض في تاريخ الاستحقاق وذلك بعد سداد الالتزامات المستحقة قانوناً على المشروع.

٢ - لأغراض الفقرة (ج) من البند (١) يحدد رأس المال المستثمر بالنقد الأجنبي وتقييم عناصر رأس المال العيني بواسطة سلطات الجمارك بشهادة القيمة الجمركية (C C V) أو استمارة الاستيراد (I M) ".

ونص القانون اليمني في المادة (٧/أ) على أنه: "يحق للمستثمر سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً بعد أداء الواجبات الضريبية أن يحول إلى خارج الجمهورية بأي عملة قابلة للتحويل أي مبالغ لغرض دفع فوائد الأسهم أو فوائد أرباح رأس المال أو رسوم الامتياز أو أتعاب الإدارة أو رسوم الترخيص وتسديد مستحقات الموردين وأي تكاليف أخرى عبر البنوك المصرح لها بذلك".

بينما لم ينص القانون المصري على ضمانات التصرف بالمال المستثمر وأرباح المشروع الاستثماري.

المطلب الرابع الثبات التشريعي

على الرغم من الضمانات والمزايا والإعفاءات التي تقرها قوانين الاستثمار لاستقطاب رؤوس الأموال، إلا أن هذه الضمانات والمزايا والإعفاءات لا توفر الحماية القانونية الكافية للاستثمار الأجنبي خاصة أن العلاقة التعاقدية بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر تستغرق سنوات طويلة، فقد تلجأ الدولة إلى تعديل قانون الاستثمار مما قد يؤدي إلى تقليص الضمانات والمزايا الواردة فيه أو إضافة أعباء جديدة تلقى على عاتق المستثمر الأجنبي. فالدولة تملك حقاً مطلقاً في تعديل تشريعاتها الداخلية ومنها قانون الاستثمار، وتستمد تلك السلطة من حقها في السيادة الإقليمية على الأشخاص والأموال الموجودة في إقليمها، بالإضافة إلى حقها في اختيار نظامها الاقتصادي والاجتماعي.

لذلك تحرص بعض الدول - في تشريعاتها الاستثمارية - على طمأنة المستثمر بتعهدا بتثبيت نظامها القانوني، بحيث لا يسري على المشروع الاستثماري إلا القانون الذي كان مطبقاً، مع استبعاد التعديلات اللاحقة التي تطرأ عليه في المستقبل وتؤدي إلى الانتقاص من الضمانات والمزايا والإعفاءات الممنوحة للمستثمر الأجنبي وقت إبرام عقد الاستثمار أو منح إجازة الاستثمار^(٧٣)، مما تتيح للمستثمر العمل وفق أرضية قانونية معروفة مسبقاً، لأن التغييرات الفجائية في التشريع الخاص بالاستثمار قد تضيق على المستثمر فرص تحقيق الربح.

ويعرف الفقه شرط الثبات التشريعي بأنه تلك النصوص التشريعية الواردة في صلب قانون الدولة التي ستدخل طرفاً في عقد أو اتفاق دولي مع شخص أجنبي، بمقتضاها تتعهد الدولة في مواجهة هذا الأخير بألا تعدل أو تلغي قانونها واجب التطبيق على العقد^(٧٤)، كما يعرف أيضاً بأنه أداة قانونية يتم من خلالها حماية المستثمر من مخاطر التشريع متى حاولت الدولة تعديل العقد بسن تشريع جديد،

(٧٣) انظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي - تصدرها الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد الثالث والأربعون، ١٩٨٧، ص ٦٦.

(٧٤) انظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٧٠، د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، دار الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠٠٣، ص ١٠٦.

حيث تتم الحماية من خلال تجميد دور الدولة في التشريع في نطاق علاقتها بهذا المستثمر^(٧٥).

وشرط الثبات التشريعي قد يرد من خلال نص صريح في القانون، وقد يرد ضمن شروط العقد الذي ينظم العلاقة بين المستثمر والدولة، وقد يرد خلال اتفاقيات دولية أو إقليمية^(٧٦).

وقد نص القانون الكويتي رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ والقانون العراقي على ضمانات الثبات التشريعي:

فالقانون الكويتي رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ نص في المادة (١٠) على أنه: "لا يسري في حق المستثمر الأجنبي المرخص له طبقاً لأحكام هذا القانون أي تعديل في هذه الأحكام يمس مصالحه. وتستثنى من ذلك أي توسعات في استثمار قائم تتم بعد سريان التعديل"، بينما جاء القانون الكويتي الجديد رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٣ خالياً من ضمانات الثبات التشريعي.

ونص القانون العراقي، في المادة (١٣) على أنه: "أي تعديل لهذا القانون لا يترتب عليه أي أثر رجعي يمس الضمانات والإعفاءات والحقوق المقررة بموجبه".

ولم ينص القانون السعودي والقطري والسوري والأردني والسوداني واليمن والمصري والقانون الكويتي الجديد رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٣ على ضمانات الثبات التشريعي.

المطلب الخامس

عدم جواز إيقاف أو إلغاء تراخيص المشروع الاستثماري

من الأمور المهمة بالنسبة للمستثمر سهولة الإجراءات الإدارية اللازمة للحصول على الترخيص اللازم لممارسة النشاط واستمرار هذا الترخيص ما بقيت المنشأة أو المشروع، لأنه إذا كان عنصر الوقت مهماً بالنسبة للشخص العادي، فإنه بالنسبة للمستثمر أكثر أهمية^(٧٧).

(٧٥) انظر: د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٣٣٢.

(٧٦) Marida Rosado: Sovereignty Over Natural Resources Investment Law and Expropriation: The Case of Bolivia and Brazil, The Journal of World Energy Law & Business, 2009, Vol.2, No. 2, p. 129.

(٧٧) انظر: د. عبد المنعم عبد الغني نعيم، مرجع سابق، ص ٦١٨.

وقد حظرت بعض التشريعات إيقاف أو إلغاء تراخيص المشروع الاستثماري إلا في حالة مخالفة القانون أو مخالفة شروط الترخيص، لذلك تبنت نصوصاً صريحة تطمئن المستثمرين، ومن هذه التشريعات نذكر:

القانون الكويتي رقم ٨ لسنة ٢٠٠١، حيث نص في المادة (١٥) على أن: "في حالة مخالفة المستثمر الأجنبي لأحكام هذا القانون أو لاشتراطات الترخيص أو القوانين واللوائح المعمول بها في البلاد، يجوز للجنة الاستثمار أن توقع عليه أحد الجزاءات التالية:

- ١ - التنبيه.
 - ٢ - الإنذار.
 - ٣ - الحرمان من الامتيازات الممنوحة له جزئياً أو كلياً، ويجوز له إذا عدل عن المخالفة طلب إعادة النظر في قرار الحرمان.
 - ٤ - الوقف الإداري للمشروع لمدة معينة.
- كما يجوز للمحكمة بناءً على طلب لجنة الاستثمار، أن تحكم بإلغاء الترخيص وتصفية الاستثمار.

ودون الإخلال بحق المستثمر الأجنبي في اللجوء إلى القضاء، يجوز له التظلم لدى مجلس الوزراء من الجزاءات المنصوص عليها في البندين ٣، ٤ وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغه بقرار الجزاء، وفي حالة رفض التظلم يجب أن يكون القرار مكتوباً ومسبباً.

ويعتبر فوات مدة ستين يوماً من تاريخ استلام التظلم رسمياً دون الرد عليه بمثابة رفضه.

ولا يخل توقيع الجزاء بالمسؤولية المدنية والمسؤولية الجزائية عند الاقتضاء".
ونص القانون الكويتي الجديد رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٣ في المادة (٣٢) على أنه: "في حالة مخالفة المستثمر لأحكام هذا القانون أو لاشتراطات الترخيص، يجوز للمجلس أن يوقع عليه أحد الجزاءات التالية:

- ١ - الإنذار الكتابي، ويتم توقيع جزاء أشد في حالة صدور ثلاثة إنذارات لنفس المستثمر أو لذات الكيان الاستثماري خلال السنة الواحدة من تاريخ أول إنذار.
- ٢ - الحرمان الجزئي أو الكلي من المزايا والإعفاءات الممنوحة له، ويجوز إعادة النظر في قرار الحرمان إذا تم تصحيح المخالفة.
- ٣ - التوقيف الإداري المؤقت.

ويعتبر الترخيص لاغياً بقوة القانون في حال توقف الكيان الاستثماري عن نشاطه وممارسة أعماله لمدة تزيد على سنة دون عذر مقبول، أو في حالة التأخير لمدة تزيد على سنة اعتباراً من تاريخ بدء التشغيل الفعلي في البرنامج الزمني المقدم من قبل المستثمر إلى الهيئة عند طلب الترخيص، وذلك دون عذر مقبول، وتضع اللائحة التنفيذية الأسس والقواعد اللازمة في هذا الشأن، وفي غير ذلك من الحالات لا يجوز إلغاء الترخيص أو تصفية الاستثمار إلا بموجب أمر يصدر من رئيس المحكمة الكلية بناء على عريضة تقدم إليه من الهيئة توضح فيها مبررات طلبها.

ويجوز للمستثمر التظلم من الجزاءات المنصوص عليها في البندين (٢، ٣) من هذه المادة وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغه بقرار الجزاء. ويبت في التظلم خلال ثلاثين يوماً وفي حال رفض التظلم يجب أن يكون القرار مكتوباً ومسبباً.

وتسجل الجزاءات التي توقع وفق هذه المادة وتاريخ إبلاغها للمستثمر في السجل الاستثماري المنصوص عليه في هذا القانون، في القسم الخاص بالكيان الاستثماري المرتبطة به. ولا يخل توقيع هذه الجزاءات بالمسؤولية المدنية والجزائية.

وفي القانون السعودي نصت المادة (١٢) على أنه:

١ - تبلغ الهيئة المستثمر الأجنبي كتابياً عند مخالفة أحكام هذا النظام ولائحته لإزالة المخالفة خلال مدة زمنية تحددها الهيئة لإزالة المخالفة.

٢ - مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد يعاقب المستثمر الأجنبي عند بقاء المخالفة بأي من العقوبات التالية:

أ - حجب كل أو بعض الحوافز والمزايا المقررة للمستثمر الأجنبي.

ب - فرض غرامة مالية لا تتجاوز ٥٠٠ ألف ريال سعودي.

ج - إلغاء ترخيص الاستثمار الأجنبي.

٣ - تطبق العقوبات المشار إليها في الفقرة ٢ بقرار من مجلس الإدارة.

٤ - يجوز التظلم من القرار الصادر بالعقوبة إلى ديوان المظالم وفقاً لنظامه.

وفي القانون العراقي، نصت المادة (٢٨) على أنه: "في حالة مخالفة المستثمر لأي من الأحكام الواردة في هذا القانون فللهيئة تنبيه المستثمر كتابة لإزالة المخالفة خلال مدة محددة، وفي حالة عدم قيام المستثمر بإزالة المخالفة خلال المدة المحددة تقوم الهيئة بدعوة المستثمر أو من يمثله لبيان موقفه وإعطائه مهلة أخرى لتسوية الموضوع وعند تكرار المخالفة أو عدم إزالتها، فللهيئة سحب إجازة المستثمر التي أصدرتها وإيقاف العمل في المشروع مع احتفاظ الدولة بحقوقها في حرمان المستثمر

من الإعفاءات والامتيازات التي منحت له من تاريخ تحقق المخالفة، مع احتفاظ الغير بحقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر من جراء هذه المخالفة ودون الإخلال بأي عقوبات أو تعويضات أخرى تنص عليها القوانين النافذة".

وفي القانون السوداني، نصت المادة (٢٦) على أن:

"١ - يعتبر المستثمر مرتكباً مخالفة لأحكام القانون إذا:

أ - أخل بأحكام المواد ١٩ و ٢٤ و ٢٥.

ب - أدلى بمعلومات كاذبة، أو مضللة، أو استخدم أساليب غير مشروعة يترتب عليها الحصول على أي منفعة وفقاً لأحكام هذا القانون، له هو أو لأي شخص آخر.

ج - أوقف المشروع دون سبب معقول.

د - خالف قوانين البلاد بما يهدد أمنها وسلامتها.

هـ - خالف شروط الترخيص.

٢ - مع عدم الإخلال بأية عقوبة يكون منصوصاً عليها في أي قانون آخر، يجوز للوزير أو الوزير الولائي، بحسب الحال في حالة ارتكاب المستثمر لأي من المخالفات المنصوص عليها في البند (١) أن يوقع أيّاً من الجزاءات الآتية، وفقاً لحجم المخالفة وظروف ارتكابها، ومدى الأضرار التي تصيب الاقتصاد القومي:

أ -

هـ - إلغاء الترخيص ويترتب على ذلك نزع الأرض الممنوحة له بموجب أحكام هذا القانون.

وقد نصت الفقرة (٣) من نفس المادة على أنه: "يجوز للمستثمر الذي صدر قرار بشأنه بموجب أحكام البند (٢) أن يتظلم لمجلس الوزراء الاتحادي أو الولائي حسبما يكون الحال خلال شهر من تاريخ إخطاره بالقرار، ويكون القرار في هذا الشأن نهائياً، على ألا يمنع هذا الحكم المستثمر من اللجوء للقضاء".

وفي القانون المصري، نصت المادة (١١) على أنه: "لا يجوز لأية جهة إدارية إلغاء أو إيقاف الترخيص بالانتفاع بالعقارات التي رخص بالانتفاع بها للشركة أو المنشأة، كلها أو بعضها، إلا في حالة مخالفة شروط الترخيص.

ويصدر قرار الإلغاء أو الإيقاف من رئيس مجلس الوزراء بناء على عرض الجهة الإدارية المختصة، ولصاحب الشأن الطعن في هذا القرار أمام محكمة القضاء الإداري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه أو العلم به".

ومن ثم فإنه لا يجوز إيقاف أو إلغاء تراخيص المشروع الاستثماري إلا في حالة مخالفة القانون أو مخالفة شروط الترخيص، وهذه ضمانات تطمئن المستثمر وتحميه من التعسف في إيقاف أو إلغاء ترخيص المشروع الاستثماري، وللمستثمر التظلم واللجوء للقضاء.

بينما لم ينص القانون القطري والسوري والأردني واليميني على ضمانات عدم جواز إيقاف أو إلغاء تراخيص المشروع الاستثماري.

الخاتمة

في نهاية بحثنا لموضوع (الضمانات التشريعية للاستثمار الأجنبي المباشر ضد المخاطر غير التجارية في الوطن العربي) يمكننا القول أن عرض الضمانات التشريعية للاستثمار هي ضرورة عملية لتبديد مخاوف المستثمرين على أموالهم، كما أن تلك الضمانات تؤدي دوراً كبيراً في توفير المناخ الملائم للاستثمار.

وإذا كانت الحماية التشريعية مهمة للمستثمر في المحافظة على ملكيته وأمواله من التأميم والمصادرة ونزع ملكية المشروع للمنفعة العامة...الخ، فإنها مهمة أيضاً وبنفس القدر للدولة المضيفة؛ حيث تعول على مساهمة الاستثمارات الأجنبية في بناء أو إصلاح هيكلها الاقتصادي بما تقدمه من خبرات فنية وإدارية وتكنولوجية حديثة، ورؤوس أموال تحتاج إليها أغلب الدول النامية لدفع عجلة التنمية بها.

فالدولة المضيفة للاستثمار تسعى لتحقيق تنمية اقتصادية، فهي بهذا الحال تفضل الاستثمار الأجنبي المباشر؛ لأنه يتضمن استيراد المال بالإضافة إلى استيراد الخبرة الفنية والإدارية من الخارج، واستخدام الخبرة والوسائل الإنتاجية الحديثة من شأنه أن يؤدي إلى تطوير الاقتصاد الوطني ويخلق فرص عمل جديدة، فضلاً عن عدم تحميل الدولة بأعباء المديونية في هذا الاستثمار، بخلاف القروض التي يجب سدادها مع فوائدها.

فأهمية الاستثمار الأجنبي المباشر بالنسبة للدول المضيفة تتمثل في أنه يُحقق لها استيراد المال، والخبرات الفنية والإدارية من الخارج، والوسائل الإنتاجية الحديثة، الأمر الذي يؤدي إلى تطوير اقتصادها الوطني.

على أن تقرير الحماية المتمثلة في كفالة بعض الضمانات التشريعية بقصد جذب رؤوس الأموال، تقتضي الموازنة بين مصالح المستثمر وبين مصالح الدولة التي تضخ فيها رؤوس الأموال، فما الفائدة من فتح الدولة زراعيها للاستثمار، وهذا الاستثمار لا يعود بفائدة عليها؟! فلا حاجة لاستثمارات لا تحقق للدولة فائدة، ونقصد بالموازنة بين

مصالح المستثمر وبين مصالح الدولة؛ قيام الاستثمار على مبدأ المنفعة المتبادلة بين الدولة والمستثمر. بمعنى عدم الإفراط في تقديم ضمانات وحوافز وتسهيلات على حساب مصلحة الدولة ولا يتحقق من ورائه مصلحة لها أو تعود بفائدة، أو لأن يقال الدولة كذا تشجع على الاستثمار، كما أنه لا يجب أن يكون هناك حساسية تجاه الاستثمار الأجنبي بذريعة الخشية من سيطرة الشركات الأجنبية على الاقتصاد، الأمر الذي ينعكس سلباً على مناخ الاستثمار في الدولة المضيفة، وبالتالي ضياع الفرصة في الاستفادة من رؤوس الأموال الأجنبية في تحقيق التنمية داخل الدولة.

وفي نهاية البحث نوصي بالآتي:

- ١ - نوصي المشرع السعودي والقطري والسوري والأردني بإدراج نص بعدم جواز تأميم المشروع الاستثماري إلا لاعتبارات الصالح العام، وبقانون، ومقابل تعويض يعادل القيمة الاقتصادية الحقيقية للمشروع الاستثماري وقت تأميمه، ودفع التعويض المستحق دون تأخير.
- ٢ - نوصي المشرع القطري والأردني بإدراج نص بعدم جواز مصادرة المشروع الاستثماري إلا بحكم قضائي بات.
- ٣ - نوصي المشرع العراقي والمصري بإدراج نص بعدم جواز نزع ملكية المشروع الاستثماري إلا للمنفعة العامة، وأن يكون ذلك مبنياً على أسس غير تمييزية، ومقابل تعويض يعادل القيمة الاقتصادية الحقيقية للمشروع الاستثماري المنزوع ملكيته وقت نزع الملكية، ودفع التعويض المستحق دون تأخير.
- ٤ - نوصي المشرع الكويتي بشأن قانون تشجيع الاستثمار المباشر رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٣ والمشرع القطري والسوري والمصري بإدراج نص يكفل المساواة بين المستثمر الأجنبي والمستثمر الوطني في كافة الحقوق والالتزامات.
- ٥ - نوصي المشرع القطري والسوري والأردني واليمني بإدراج نص بعدم جواز إيقاف أو إلغاء تراخيص المشروع الاستثماري إلا في حالة مخالفة قانون الاستثمار أو شروط الترخيص، دون الإخلال بحق المستثمر في اللجوء للقضاء.
- ٦ - نوصي المشرع القطري والعراقي والأردني والسوداني والمصري بإدراج نص يكفل للمستثمر سرية المعلومات الفنية والاقتصادية والمالية الخاصة بالمشروع الاستثماري، وحظر إفشاء تفاصيل البيانات والمعلومات الخاصة التي يقدمها المستثمرون بشأن مشاريعهم، أو التي يطلع عليها موظفو الدولة المضيفة للاستثمار.

- ٧ - نوصي المشرع المصري بإدراج نص يكفل للمستثمر حرية تحويل نصيبه من بيع حصته أو الأرباح التي حققها المشروع الاستثماري للخارج بالعملة التي يختارها، بعد تسديد التزاماته وديونه كافة.
- ٨ - نوصي المشرع الكويتي بشأن قانون تشجيع الاستثمار المباشر رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٣ والمشرع السعودي والقطري والسوري والأردني والسوداني واليمني والمصري بإدراج نص يكفل للمستثمر استبعاد التعديلات اللاحقة التي تؤدي إلى الانتقاص من الضمانات والحوافز والإعفاءات الممنوحة له، وألا يسري على المشروع الاستثماري إلا القانون الذي كان مطبقاً وقت إبرام عقد الاستثمار.
- وفي الختام؛ أرجو أن يكون هذا البحث جهداً متواضعاً للمساهمة في مجال الاستثمار، وأحب أن أختتم بمقولة القاضي عبد الرحيم البيساني إلى العماد الأصفهاني " إني رأيت أنه لا يكتب أحد كتاباً في يومه إلا قال في غده: لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يُستحسن، ولو قُدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر".

المراجع

- د. إبراهيم شحاتة: معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر، دار النهضة العربية - القاهرة، ١٩٧٢.
- د. أحمد شرف الدين: المرشد إلى إعداد تشريع الاستثمار، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار - الكويت، ١٩٨١.
- د. أحمد شرف الدين: استثمار المال العربي (تأثير الفكرة الاقتصادية في قواعده القانونية)، مجلة غرفة الإسكندرية التجارية، العدد (٤٣٦)، الإسكندرية، ١٩٨٥.
- د. أحمد محمود سعد: النظرية العامة في الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية ٢٠٠٥.
- د. أحمد عبد الكريم سلامة: شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي - تصدرها الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد الثالث والأربعون، ١٩٨٧.
- د. أماني أحمد عبد الله موسي: حوافز وضمانات الاستثمار في السودان وفقاً لقانون تشجيع الاستثمار لسنة ١٩٩٩ والتعديلات اللاحقة له، مؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة من ٢٥-٢٧ إبريل ٢٠١١.
- د. أنس جعفر: النشاط الإداري، دار النهضة العربية ٢٠٠٢.
- د. حربي محمد موسى عريقات: مناخ الاستثمار في الوطن العربي (الواقع والعقبات والآفاق المستقبلية)، المؤتمر العلمي الخامس لكلية العلوم الإدارية والمالية - جامعة فيلادلفيا، عنوان المؤتمر "نحو مناخ استثماري وأعمال مصرفية إلكترونية"، الفترة من ٤-٥/٧/٢٠٠٧، عمان - الأردن.
- د. حسن ربيع: شرح قانون العقوبات المصري - القسم العام، دار النهضة العربية ٢٠٠٣.
- د. حفيظة الحداد: العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
- د. حمدي محمد مصطفى: تعويض المشروع الاستثماري الأجنبي المتضرر كأحد الضمانات القانونية في قوانين الاستثمار العربية واتفاقيات الاستثمار بدولة

- الإمارات العربية المتحدة واتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية لسنة ١٩٨١، مؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون- جامعة الإمارات العربية المتحدة، من الفترة ٢٥- ٢٧ إبريل ٢٠١١.
- د. خليل حسن خليل: دور رؤوس الأموال الأجنبية في تنمية الاقتصاديات المختلفة مع دراسة خاصة بإقليم مصر، رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة ١٩٦٠.
- د. صفوت أحمد عبد الحفيظ: دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ٢٠٠٥.
- د. طارق كاظم عجيل: القيمة القانونية للضمانات التشريعية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، مؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، من الفترة ٢٥- ٢٧ إبريل ٢٠١١.
- د. عصام الدين نسيم: النظام القانوني للاستثمارات الخاصة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية - ١٩٧٢.
- د. عزيزة الشريف: التأمين وتجربته في مصر، رسالة دكتوراه- كلية الحقوق- جامعة القاهرة ١٩٧٥.
- د. عبد المنعم عبد الغني نعيم: بعض الضمانات القانونية للاستثمار- تطبيق على الحالة المصرية، مؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، من الفترة ٢٥- ٢٧ إبريل ٢٠١١.
- أ. عمر هاشم صدقة: ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر العربي- الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- د. علي عبد القادر علي: محددات الاستثمار الأجنبي المباشر، سلسلة جسر التنمية، العدد الواحد والثلاثون- يوليو ٢٠٠٤- السنة الثالثة، يصدرها المعهد العربي للتخطيط- الكويت، ص ٥، منشور على رابط: http://www.arab-api.org/images/publication/pdfs/83/83_develop_bridge34.pdf.
- د. فتحي عبد الصبور: الآثار القانونية للتأمين والحراسة الإدارية على الأموال، عالم الكتب - القاهرة ١٩٦٧.

- د. ماجدة شلبي: الاستثمار الأجنبي المباشر وأثره على النمو الاقتصادي دراسة تطبيقية على الاقتصاد المصري، مؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، من الفترة ٢٥ - ٢٧ إبريل ٢٠١١.
- د. محمد عبد اللطيف: نزع الملكية للمنفعة العامة، دار النهضة العربية ١٩٨٨.
- د. محمد عبد المجيد إسماعيل: عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، دار الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠٠٣.
- د. محمد عمر مولود: الضمانات الدستورية والتشريعية للاستثمار في العراق، مؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، من الفترة ٢٥ - ٢٧ إبريل ٢٠١١.
- د. محمد السيد عرفة: ضمانات الاستثمار الأجنبي وحوافزه في القانون المصري، مؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، من الفترة ٢٥ - ٢٧ إبريل ٢٠١١.
- د. فؤاد عبد المنعم رياض: الوسيط في الجنسية ومركز الأجانب، دار النهضة العربية ١٩٨٨.
- د. هشام خالد: عقد ضمان الاستثمار والقانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي تثور بشأنه، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية ٢٠٠٠.
- د. يحيى عبد الرحمن رضا: الجوانب القانونية لمجموعة الشركات عبر الوطنية، دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٤.
- **Marida Rosado: Sovereignty Over Natural Resources Investment Law and Expropriation: The Case of Bolivia and Brazil**, The Journal of World Energy Law & Business, 2009, Vol.2, No. 2, p. 129.
- **World Developing Indicators**, The World Bank, 2009, p.331. Available at: http://siteresources.worldbank.org/BRAZILIN-POREXTN/Resources/3817166-1228751170965/WDI_2009_-fullEnglish.pdf.
- The UNCTAD Handbook of Statistics. 2008, p.339. Available at : http://unctad.org/en/Docs/tdstat33_en.pdf.

دور محكمة التنازع الفرنسية في حل إشكاليات الاختصاص القضائي

أ. فهيمه مرزوقي

أستاذ مساعد في الحقوق

جامعة محمد الشريف مساعدي - سوق أهراس

الجمهورية الجزائرية

ملخص:

واجهت الازدواجية القضائية عند بداية تطبيقها في فرنسا صعوبات كثيرة خاصة فيما يتعلق بتوزيع الاختصاص القضائي بين القضاء العادي والقضاء الإداري، وقد اعتبر هذا الإشكال حينها تهديداً حقيقياً على استمرارية هذا النظام وعائقاً أمام تحقيق أهدافه، الأمر الذي دفع بالمشروع الفرنسي للتدخل بإنشاء جهة قضائية مستقلة للفصل في النزاعات التي قد تنشأ بين القضاء العادي والقضاء الإداري حول الاختصاص، إضافة إلى النزاعات المتعلقة بتناقض الأحكام القضائية، وقد أطلق على هذه الهيئة اسم محكمة التنازع التي ساهمت على مدار أكثر من قرن ونصف في إرساء قواعد الاختصاص القضائي في فرنسا من خلال القرارات التي كانت تصدرها في النزاعات المعروضة عليها، وهو ما سنحاول توضيحه في بحثنا هذا.

خطة البحث:

المبحث الأول: نشأة وتكوين محكمة التنازع الفرنسية

المطلب الأول: تعريف محكمة التنازع الفرنسية والعوامل التي أدت إلى إنشائها

الفرع الأول: تعريف محكمة التنازع الفرنسية

الفرع الثاني: العوامل التي أدت إلى إنشاء محكمة التنازع الفرنسية

أولاً: فصل القضاء الإداري عن القضاء العادي

ثانياً: إشكالات توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري

المطلب الثاني: تشكيلة محكمة التنازع

الفرع الأول: أعضاء هيئة الحكم على مستوى محكمة التنازع

أولاً: رئيس محكمة التنازع

ثانياً: قضاة محكمة التنازع

الفرع الثاني: النيابة العامة لمحكمة التنازع

المبحث الثاني: اختصاصات محكمة التنازع الفرنسية
المطلب الأول: اختصاص محكمة التنازع بالفصل في إشكالات تنازع الاختصاص

الفرع الأول: تنازع الاختصاص الإيجابي
أولاً: تعريف التنازع الإيجابي
ثانياً: تحريك دعوى تنازع الاختصاص الإيجابي أمام محكمة التنازع
ثالثاً: فصل محكمة التنازع في دعوى تنازع الاختصاص الإيجابي
الفرع الثاني: تنازع الاختصاص السلبي
أولاً: تعريف التنازع السلبي
ثانياً: شروط تحريك دعوى تنازع الاختصاص السلبي أمام محكمة التنازع
ثالثاً: فصل محكمة التنازع في دعوى تنازع الاختصاص السلبي
المطلب الثاني: اختصاص محكمة التنازع بالفصل في دعاوى التناقض بين حكمين نهائيين

الفرع الأول: مفهوم التناقض بين حكمين نهائيين
الفرع الثاني: قضية روزاي وصدور قانون ٢٠ إبريل ١٩٣٢
الفرع الثالث: شروط تحريك دعوى تناقض الأحكام أمام محكمة التنازع
الفرع الرابع: فصل محكمة التنازع في دعوى التناقض بين حكمين نهائيين

المقدمة:

عرفت فترة الحكم الملكي في فرنسا إشكالات سياسية وقانونية كثيرة تسببت فيها بشكل أساسي العلاقات المتوترة بين السلطتين التنفيذية والقضائية، على خلفية رفض الإدارة السماح للقضاء بالفصل في منازعاتها وتوجيه الأوامر إلى موظفيها لما في ذلك من مساس بمبدأ الفصل بين السلطات، واستمر هذا الوضع إلى ما بعد قيام الثورة الفرنسية لكن بدرجة أقل نتيجة لقيام قضاء إداري مستقل عن القضاء العادي للفصل في المنازعات الإدارية بعد أن أصبح لمجلس الدولة الفرنسي بداية من سنة ١٨٧٢ وظيفة قضائية إلى جانب وظيفته الاستشارية.

وبتبني فرنسا للازدواجية في نظامها القضائي أخذ الصراع بين السلطتين التنفيذية والقضائية شكلاً جديداً ليصبح هذه المرة قانونياً بعد أن كان سياسياً، نتيجة للصعوبات التي واجهها المشرع الفرنسي في تحديد مجال اختصاص كل من القضاء

العادي والقضاء الإداري وفشله في وضع حد للنزاعات التي كانت تثور بين الجهات القضائية التابعة للنظامين أثناء فصلها في الدعاوى المعروضة أمامها، والمتعلقة بشكل خاص بموضوع الاختصاص وبدرجة أقل بتناقض الأحكام، فلجأ في محاولة منه لحل هذه الإشكالات إلى إنشاء محكمة التنازع كهيئة قضائية مستقلة عن جهتي القضاء العادي والإداري.

وعهدت إلى هذه المحكمة مهمة الفصل في منازعات الاختصاص التي قد تحدث بين الجهات القضائية التابعة للنظامين ومنع تعدي أي جهة منهما على اختصاصات الجهة المقابلة، وقد عملت محكمة التنازع التي تعتبر أعلى هيئة قضائية في فرنسا منذ تأسيسها على التأكيد على حياديتها وموضوعيتها وعدم تحيزها لأي نظام قضائي على حساب الآخر، وسعت جاهدة لكسب ثقة نظامي القضاء من خلال تكريس حياديتها فيما تصدره من قرارات، رغم الصعوبات التي واجهتها في البداية سواء بالنسبة لتكوينها أو لعملها، فإلى أي مدى نجحت محكمة التنازع في تحقيق هذه الحيادية؟ وما هي الضمانات القانونية التي وضعها المشرع الفرنسي لضمان تحقيق هذه المحكمة لأهدافها؟

وسنحاول الإجابة عن ذلك من خلال تسليط الضوء على هذه الهيئة القضائية التي قلما تناولتها أقالام الباحثين في القانون رغم أهميتها، خاصة بالنسبة للدول التي تتبنى الأزواجية في نظامها القضائي، بعد أن أصبحت تمثل في وقتنا الحاضر إحدى أهم مظاهر وضمانات استقلالية القضاء الإداري عن القضاء العادي، وعليه سنقوم بتقسيم دراستنا إلى مبحثين:

سنتناول في المبحث الأول نشأة وتكوين محكمة التنازع الفرنسية وقد قسمناه إلى مطلبين، سنخصص المطلب الأول منه لتعريف محكمة التنازع الفرنسية والعوامل التي أدت إلى إنشائها في حين سنستعرض في المطلب الثاني تشكيلة محكمة التنازع الفرنسية.

أما المبحث الثاني فسنستعرض فيه لاختصاصات محكمة التنازع التي سنتناولها في مطلبين، حيث سنخصص المطلب الأول لاختصاص محكمة التنازع بالفصل في إشكالات تنازع الاختصاص بنوعيه الإيجابي والسلبي، في حين سنبين في المطلب الثاني الاختصاص الثاني لمحكمة التنازع وهو الفصل في دعاوى التناقض بين حكمين نهائيين.

المبحث الأول نشأة وتكوين محكمة التنازع الفرنسية

على خلفية الصراع الذي كان دائراً بين السلطتين التنفيذية والقضائية حول فصل هذه الأخيرة في المنازعات الخاصة بالإدارة، انتهى الأمر بالمشروع الفرنسي بعد إقراره لجملة من الإصلاحات على مدار قرن من الزمن إلى فصل القضاء الإداري عن القضاء العادي، في إطار ما أصبح يعرف بنظام الازدواجية القضائية، حيث منع قانون ١٦-٢٤ الصادر في أغسطس ١٧٩٠ ومرسوم ١٦ فريكتور frictidor للسنة الثالثة القضاء العادي صراحة من التدخل في أعمال السلطة التنفيذية، لكن رغم ذلك لم تنتهي الإشكالات التي كانت تطرحها المنازعة الإدارية، حيث أصبح الإشكال يتمحور في كيفية تحديد مجال اختصاص كل جهة من جهتي القضاء العادي والإداري، بحيث يضمن عدم تعدي أي منهما على اختصاصات الأخرى، ومن ثمة تحقيق الحماية الكاملة للاختصاص النوعي الذي يعتبر من النظام العام.

وفي هذا الإطار ظهرت عدة محاولات لتوزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري، إلا أنها عجزت كلها في وضع معيار كفيل بتحديد مجال اختصاص كل جهة بشكل دقيق، ولتجاوز هذا الإشكال قام المشروع الفرنسي بإنشاء محكمة التنازع كهيئة قضائية تحكيمية محايدة تأتي في قمة الهرم القضائي في فرنسا، وتتكون من قضاة يمثلون جهتي القضاء بشكل متساوٍ، وعليه سنقسم مبحثنا هذا إلى مطلبين: نتناول في المطلب الأول تعريف محكمة التنازع الفرنسية والعوامل التي أدت إلى إنشائها، في حين سنتناول في المطلب الثاني تشكيلة هذه المحكمة.

المطلب الأول تعريف محكمة التنازع الفرنسية والعوامل التي أدت إلى إنشائها

سنعرض في هذا المطلب لتعريف محكمة التنازع الفرنسية، ولأهم العوامل التي ساهمت في تأسيسها، والمتمثلة أساساً في فصل القضاء الإداري عن القضاء العادي، وما ترتب عنه من إشكالات خاصة في مجال توزيع الاختصاص القضائي، رغم الجهود التي بذلها كل من الفقه والقضاء لوضع معيار كفيل بتحديد مجال اختصاص كل جهة منهما بشكل دقيق.

الفرع الأول تعريف محكمة التنازع الفرنسية

عهدت مهمة حل إشكالات الاختصاص القضائي في فرنسا لعدة جهات^(١) قبل النص على إنشاء محكمة التنازع كأعلى هيئة قضائية في المادة ٨٩ من دستور ٠٤ نوفمبر ١٨٤٨، للفصل في دعاوى تنازع الاختصاص وتناقض الأحكام القضائية بين النظامين القضائيين العادي والإداري، بينما صدر قانون إنشائها في ٠٤ فبراير ١٨٥٠، وقد تم إلغاؤها في ظل الجمهورية الثانية في ٢٥ سبتمبر ١٨٥٢؛ لأنها لم تحقق أهدافها^(٢) قبل أن تبعث من جديد خلال مرحلة القضاء المفوض لمجلس الدولة الفرنسي بموجب المادة ٠٩ من قانون ٢٤ مايو ١٨٧٢ التي منعت القضاء العادي من النظر في نزاعات الإدارة، وجعلت من مجلس الدولة جهة قضائية فعلية، وبذلك فرض تبني الازدواجية القضائية في فرنسا ضرورة وجود جهة قضائية قادرة على الفصل بين جهتي القضاء في حالة وقوع تنازع في الاختصاص^(٣).

وبالتالي فمحكمة التنازع تعد هيئة قضائية تحكيمية محايدة ومستقلة عن جهتي القضاء العادي والقضاء الإداري، عمد المشرع الفرنسي إلى إنشائها للفصل في الإشكالات التي نتجت عن تبني الازدواجية القضائية وفصل القضاء الإداري عن القضاء العادي^(٤)، وذلك كضمانة لاحترام هذا الفصل من خلال تنظيم الاختصاص، بوضع قواعد تضمن للجهتين قضاء مستقلاً ومحياداً، وهو ما جاء في قرار محكمة

(١) للتفصيل حول ذلك انظر،

Raymond Odent, contentieux administratif, tome 1, Dalloz 2007, p544, 545.

(٢) انظر في ذلك، Le tribunal des conflits، عبر الموقع الإلكتروني: www.justice.gouv.fr

(٣) Martine Lombard et Gilles Dumont, Droit administratif, 5^e édition, Dalloz, 2003, p124.

Marie-Christine Rouault, droit administratif, mémentos LMD, gualino éditeur, 4e édition, sans date, p210. Loi du 4 février 1850 portant sur l'organisation du tribunal des conflits.

(قانون ٤ فبراير ١٨٥٠ المتضمن تنظيم محكمة التنازع الفرنسية)

وانظر أيضاً، tribunal des conflits eL، عبر الموقع الإلكتروني: www.fallaitpasfairedudroit.fr

(٤) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٩٦، ص٧٧ وما بعدها.

د. مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء ٠١، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ٢٠٠٥، ص٦٧.

Marie-Christine Rouault, Op. cit, p 210.

التنازع رقم ٠٣١٩٣ الصادر بتاريخ ١٧ إبريل ٢٠٠٠^(٥) وفي سبيل تحقيق ذلك قام بتعديل قانونها عدة مرات منذ إنشائها، ومن أهم هذه التعديلات تعديله بموجب قانون ٠٤ فبراير ١٩٥٠، ومرسوم ٠٥ ديسمبر ١٩٥٢ وكذا مرسوم ٢٥ يوليو ١٩٦٠^(٦).

وتعقد محكمة التنازع جلساتها في القصر الملكي، وهو نفس مقر مجلس الدولة الفرنسي وبالتحديد في غرفة الطعام القديمة "لدوقة أورليانز" la duchesse d'orléans^(٧)، وكان معدل جلساتها منذ سنة ١٩٤٥ يتراوح ما بين جلستين إلى ٣ جلسات سنوياً قبل أن يصبح ٤ جلسات بداية من السنة القضائية ١٩٦٤/١٩٦٥^(٨)، ويصل إلى ١٠ جلسات سنوياً في السنوات الأخيرة.

وتعد قراراتها نهائية ولا تقبل أي طريق من طرق الطعن، ولها حجية الشيء المقضي فيه حتى في حالة تصحيح أخطاء مادية^(٩) وهو ما جاء في قرارها الصادر في ٢٨ فبراير ١٩٥٢^(١٠) ويقوم وزير العدل شخصياً بمهمة تبليغ نسخ قرارات محكمة التنازع إذا كان تنفيذها يدخل ضمن اختصاصات الوزراء لضمان النشر والتنفيذ^(١١)، وتشير آخر الإحصائيات أن معدل فصلها في الدعاوى المعروضة عليها خلال العشر سنوات الأخيرة تراوح بين ٥٠ إلى ٦٠ قضية في السنة ومعظمها متعلقة بالتنازع السلبي^(١٢).

الفرع الثاني

العوامل التي أدت إلى إنشاء محكمة التنازع الفرنسية

أولاً: فصل القضاء الإداري عن القضاء العادي

مر فصل القضاء الإداري عن القضاء العادي في فرنسا بمرحلتين أساسيتين،

(٥) انظر في ذلك، Le tribunal des conflits، عبر الموقع الإلكتروني: www.tribad.gymnopedie-juridique-info/conflit.aspx

(٦) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص ٣٩٤.

(٧) Raymond Odent, Op. cit, p 548

(٨) Raymond Odent, Ibid, p 556

(٩) Serge Petit, Le tribunal des conflits, Imprimerie des presses, universitaires de France, 1994 p 64.

(١٠) انظر حول هذا القرار،

- Raymond Odent, Op. cit, p 574

(١١) Raymond Odent, Ibid, p 575

(١٢) انظر في ذلك، Le tribunal des conflits، عبر الموقع الإلكتروني: www.justice.gouv.fr

حيث نميز بين مرحلة ما قبل الثورة الفرنسية، وفي هذه الفترة لا يمكننا الحديث عن وجود قضاء إداري، أما المرحلة الثانية فهي فترة ما بعد الثورة الفرنسية، التي بدأت تظهر فيها بالتدريج معالم قضاء إداري مستقل عن القضاء العادي^(١٣)، وهو ما سنوجزه فيما يلي:

١ - مرحلة ما قبل الثورة الفرنسية:

كان ملك فرنسا قبل سنة ١٧٨٩ يستأثر بكل السلطات في الدولة بما في ذلك السلطة القضائية ولم يكن يخضع في ذلك لأي رقابة مهما كان نوعها^(١٤)، وكان يتولى القضاء في هذه الفترة "البرلمانات القضائية" Les parlements، إضافة لبعض المحاكم التي تفصل في المنازعات الإدارية وتعمل تحت رئاسة مجلس الملك، وقد كانت هذه المحاكم محل خلاف بين الملك والبرلمانات القضائية، لأن هذه الأخيرة كانت ترى فيها تهديداً لوجودها كونها تشاركها اختصاصاتها وتتقاسم معها مداخلها، لأن أجور القضاة في فرنسا كانت تتحدد وفقاً لعدد القضايا التي يفصلون فيها، وكان رد البرلمانات القضائية على قيام الملك لويس الخامس عشر بإنشاء هذه المحاكم هو رفض تسجيل القوانين والمراسيم الصادرة عنه لتعطيل تنفيذها، وكان ذلك بداية للتناحر الذي أصبح يميز علاقة القضاء العادي ممثلاً في البرلمانات القضائية بالإدارة^(١٥).

٢ - مرحلة ما بعد الثورة الفرنسية:

بعد قيام الثورة قامت فرنسا بتبني وتطبيق مبدأ الفصل بين السلطات في صورته الجامدة التي لا يترك فيها المجال لأي تعاون أو رقابة بين السلطات في الدولة^(١٦)،

(١٣) للتفصيل أكثر حول المراحل التي مر بها القضاء الإداري في فرنسا وتنظيمه، راجع خاصة:

- François Terré, Introduction générale du droit, 6^e édition, Dalloz, 2003, p 116 et s.

- Serge Velley, Droit administratif, 2^e édition, Dyna' sud, Vuibert, France, 1999, p 21. - Martine Lombard et Gille Dumont, Op. cit, p 4 et s.

(١٤) حول طرق الرقابة على أعمال الإدارة، راجع خاصة:

- د. محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم، الجزائر ٢٠٠٢، ص ٢٢ وما بعدها.

- د. سامي جمال الدين، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٣، ص ٢٧٠ وما بعدها.

(١٥) د. عبد الغني بسيوني، المرجع السابق، ص ٧٢، ٧٣.

(١٦) د. سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر الإسلامي، (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، مصر ١٩٩٦، ص ٤٥١ وما بعدها.

عكس الفصل المرن الذي نادى به وقصده مونتيسكيو^(١٧)، وترتب عن ذلك استبعاد البرلمانات القضائية من الفصل في المنازعات الإدارية ومنح اختصاص الفصل فيها للسلطة الإدارية ذاتها، وهو ما تضمنه قانون ١٦-٢٤ أغسطس ١٧٩٠^(١٨)، بحيث يتولى رئيس الدولة الفصل في المنازعات الإدارية التي تكون الإدارة المركزية طرفاً فيها، بينما يعهد لحكام الأقاليم الاختصاص بالفصل في منازعات الإدارة المحلية^(١٩).

وفي السنة الثالثة لإعلان الجمهورية صدر قانون ١٦ فريكتور frictidor الذي منح للإدارة سلطة رقابة موظفيها ومحاكمتهم بعيداً عن القضاء العادي، فجعل منها خصماً وحكماً في نفس الوقت، أو كما يطلق عليها إدارة قاضية "Administration-juge"، الأمر الذي يصعب معه تحقيق الحياد المطلوب في المحاكمة العادلة، وهو ما دفع بالمشرع الفرنسي للعودة مجدداً إلى إخضاع أعمال الإدارة إلى الرقابة القضائية^(٢٠)، حيث نصت المادة ٥٢ من دستور السنة الثامنة للثورة على إنشاء مجلس الدولة الفرنسي إلى جانب مجالس الأقاليم، في محاولة لفصل الإدارة العاملة عن الإدارة القاضية وبالتالي فصل الوظيفة القضائية عن الإدارية^(٢١).

وقد انحصر دور مجلس الدولة الفرنسي عند إنشائه في كونه هيئة استشارية للملك في الأمور القانونية والإدارية، وجهة استئناف للقرارات الصادرة عن مجالس الأقاليم أو المحافظات، كما كان تنفيذ القرارات الصادرة عنه متوقفاً على مصادقة رئيس الدولة^(٢٢)، لذلك أطلق على هذه المرحلة من القضاء الفرنسي بمرحلة القضاء

(١٧) حول الفصل بين السلطات عند مونتيسكيو انظر خاصة،

- د. سعيد بو شعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء ٠٢، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة ٠٤، الجزائر ١٩٩٨، ص ١٦٣ وما بعدها.

(١٨) André De Laubadère, Traité élémentaire de droit administratif, Tome 1^{ère}, 5^e édition, L G D J, Paris 1970, p 345, 346.

- Voir, l'article 13 de la loi des 16-24 Août 1790 sur l'organisation judiciaire.

(المادة ١٣ من قانون ١٦-٢٤ أوت ١٧٩٠ المتعلق بالسلطة القضائية).

(١٩) د. عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار ربحانة، الجزائر، ١٩٩٩، ص ٢٤.

(٢٠) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤.

- د. عمار بوضياف، المرجع السابق، ص ٢٤.

(٢١) Charles Debbasch, Contentieux administratif, Dalloz, Paris, 1975, p 167 et s. - André De Laubadère, Op. cit, p 346.

(٢٢) د. أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٢، ص ٢٠.

- د. عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج ١، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ٢٠٠٣، ص ٥٦.

المقيد أو المحجوز "Justice retenue" لكن بالمقابل اكتسب مجلس الدولة الفرنسي خلال هذه المرحلة خبرات واسعة في العمل الإداري والقضائي، مكنته من التوفيق بين حماية مصالح الإدارة وحماية مصالح الأفراد في الكثير من القرارات والآراء التي كان يصدرها^(٢٣).

وقد توج هذا التطور في عمل المجلس بصدور قانون ٢٤ مايو ١٨٧٢ الذي فصل الإدارة العاملة عن القضاء الإداري بصورة نهائية، وبذلك دخل مجلس الدولة الفرنسي مرحلة القضاء المفوض "Délégué Justice"، حيث أصبحت القرارات القضائية الصادرة عنه ملزمة للإدارة دون حاجة للمصادقة عليها من جانب رئيس الدولة^(٢٤)، وأصبحت لاحقا محاكم الأقاليم هي صاحبة الولاية العامة في المنازعات الإدارية، وتم تغيير تسميتها إلى المحاكم الإدارية^(٢٥) كما أنشأت المحاكم الإدارية الاستئنافية سنة ١٩٨٧، وتم إقرار مبدأ استقلال القضاء الإداري دستوريا، بقرار للمجلس الدستوري الفرنسي في ٢٢ يوليو ١٩٨٠^(٢٦).

ثانياً: إشكالات توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري

بعد فصل القضاء الإداري عن القضاء العادي في فرنسا ومنع المحاكم العادية من النظر في المنازعات الإدارية، وقع إشكال قانوني كبير بشأن تحديد القضايا ذات الطابع الإداري التي يمنع على جهات القضاء العادي الفصل فيها، وفي هذا الإطار ظهرت عدة محاولات من الفقه والقضاء لتحديد ما يدخل ضمن اختصاص القضاء الإداري وما يعد من اختصاصات القضاء العادي، بهدف احترام وحماية قواعد الاختصاص القضائي التي تعد من النظام العام^(٢٧)، واعتمد في هذا التوزيع على معيارين أساسيين أحدهما عضوي والآخر مادي:

١ - المعيار العضوي (الشكلي):

وفقاً لهذا المعيار تكون المنازعة إدارية، كلما كان أحد أطرافها شخصاً من

(٢٣) د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٤، ص ٤٧.

(٢٤) Charles Debbasch, Op. cit, p 167 et s.

(٢٥) Voir, décret n°53-934 du 30 septembre 1953 portant réforme du contentieux administratif en France.

(المرسوم رقم ٥٣-٩٣٤ المؤرخ في ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣ المتعلق بإصلاح القضاء الإداري في فرنسا).

(٢٦) Serge Velley, Op. cit, p 21.

(٢٧) André De Laubadère, Op. cit, p 376.

أشخاص القانون العام بغض النظر عن طبيعة النشاط الذي يأتية هذا الشخص، وبالتالي يمنع على القضاء العادي الفصل فيها إلا بنص القانون^(٢٨).

- وقد تعرض هذا المعيار لعدة انتقادات أهمها أنه غير دقيق، حيث لا يكفي أن يكون أحد أطراف النزاع شخصاً معنوياً عاماً حتى نجزم بأن القضاء الإداري هو صاحب الاختصاص بالفصل في هذا النزاع، لأن الشخص المعنوي قد يتخلى أحياناً عن سلطاته وينزل منزلة الأفراد فيخضع بذلك لقواعد القانون الخاص بدلاً من قواعد القانون العام^(٢٩)، ومن ثمة يكون القضاء العادي هو صاحب الاختصاص بالفصل في نزاعاته.

٢ - المعيار المادي (الموضوعي):^(٣٠)

على خلفية النقد الذي وجه للمعيار العضوي، اعتمد أصحاب المعيار المادي في توزيعهم للاختصاص القضائي بين القضاء العادي والقضاء الإداري على طبيعة النشاط الذي تآتيه الإدارة، والوسائل التي تستعملها في هذا النشاط، بحيث يكون النزاع إدارياً كلما استعملت الإدارة في تصرفاتها الامتيازات الممنوحة لها من منطلق كونها صاحبة سيادة وحامية للصالح العام، لكنهم اختلفوا حول الأساس الذي يقوم عليه هذا التوزيع أو التقسيم، وفي هذا الإطار ظهر اتجاهان، حيث ذهب الأول إلى اعتماد السلطة العامة كأساس لهذا التوزيع، في حين اختار الثاني المرفق العام واعتبره المعيار الأساسي لتمييز المنازعة الإدارية عن الخصومة العادية، ومن ثم هو الوسيلة الوحيدة لرسم مجال اختصاص كل من القضاء العادي والقضاء الإداري، وسنحاول توضيح كلا الرأيين فيما يلي:

(٢٨) د. عمار عوابدي، المرجع السابق، ص ٩٨.
- voir, l'article 13 de la loi des 16-24 Août 1790 sur l'organisation judiciaire.

(٢٩) Charles Debbasch, Op. cit, p 35.

(٣٠) لتفصيل أكثر حول المعيار المادي وأسس، راجع خاصة:
- Martine Lombard et Gilles Dumont, Op. cit, p 253 et s.
- Serge Valley, Op. cit p 14.

- د. عمار عوابدي، المرجع السابق، ص ١١٢ وما بعدها.
- د. محمد رفعت عبد الوهاب والدكتور حسين عثمان محمد عثمان، مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠٢، ص ٨٥ وما بعدها.
- د. عمار بوضياف، المرجع السابق، ص ٤٦.
- فهدية مرزوقي، النظام القانوني لمحكمة التنازع في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير في القانون العام، المركز الجامعي سوق أهراس، الجزائر ٢٠٠٦، ص ٢٦ وما بعدها.

أ - السلطة العامة كأساس لتوزيع الاختصاص القضائي بين القضاء العادي والقضاء الإداري في فرنسا:

ميز أنصار هذا الاتجاه ومن أهمهم الفقيهان الفرنسيان "موريس هوريو" و"هنري برتلمي" بين الأعمال التي تمارسها الإدارة باعتبارها سلطة عامة "Acte de puissance"، مستعملة إمتيازات وسلطات لا تمنح للأفراد عادة كالشروط الاستثنائية التي تتضمنها العقود الإدارية وبين الأنشطة اليومية أو العادية "Acte de gestion" التي تتطلب منها القيام ببعض التصرفات المدنية، والتي يخضعها القانون لقواعد القانون الخاص ولا يفرق بينها وبين تصرفات الأفراد، ووفقا لهذا التمييز ينحصر اختصاص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات المتعلقة بأعمال السلطة العامة دون الأعمال المتعلقة بأنشطة الإدارة اليومية^(٣١).

- وقد انتقد هذا المعيار لعدة أسباب لعل أهمها، اتساع نشاط الدولة مع نهاية الحرب العالمية الأولى، حيث لم تعد تكتفي بدورها التقليدي كدولة حارسة وإنما اتجهت إلى إنجاز المشاريع الاقتصادية الكبرى كمد خطوط السكك الحديدية، وبالتالي أصبح من الصعب التفريق بين أعمالها السيادية التي تظهر فيها كصاحبة سلطة عامة وبين أعمالها المتعلقة بتسيير ممتلكاتها^(٣٢).

ب - المرفق العام كأساس لتوزيع الاختصاص القضائي بين القضاء العادي والقضاء الإداري في فرنسا:

يعود الفضل في ظهور هذا المعيار للقضاء الفرنسي، ومن أهم رواده الفقهاء "ليون دوغي" و"روجي بونار" و"غاستون جيز"، ويرى أصحاب هذا الاتجاه أنه كلما كان أحد أطراف النزاع مرفقاً عاماً تكون المنازعة إدارية، لأن القانون الإداري هو قانون المرافق العامة بالنظر لطبيعة نشاط هذه الأخيرة وصفة العاملين بها والقانون الذي تخضع له^(٣٣)، وقد كان هذا المعيار أساساً للكثير من الاجتهادات القضائية المتعلقة بتحديد اختصاصات القضاء الإداري.

(٣١) د. عمار بوضياف، المرجع السابق، ص ٤٥.

- د. مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص ١١٩.

(٣٢) د. محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، التنظيم الإداري، دار العلوم، الجزائر ٢٠٠٢، ص ٢٠.

(٣٣) د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، مكتبة جامعة عين شمس، القاهرة ١٩٨٦، ص ٣١٦.

- د. محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٢١.

لكن مع تزايد نشاطات الإدارة واتساعها لتشمل المجال الصناعي والتجاري بظهور المرافق العامة الاقتصادية، أصبح من الصعب في الكثير من الأحيان تحديد مجال اختصاص القضاء الإداري، ولتجاوز ذلك أضاف أنصار معيار المرفق العام عنصر جديد لنظريتهم وهو طبيعة المصلحة التي يهدف المرفق إلى تحقيقها، بحيث يكون القضاء الإداري مختصاً بمنازعات المرافق العامة كلما كانت هذه الأخيرة تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة بغض النظر عن طبيعة المرفق^(٣٤)، وقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي هذا المعيار في عدة قرارات من بينها قرار "بروس Brousse" الصادر في ١٠ يونيو ١٩٢١^(٣٥).

لكن مع صعوبة التفريق بين مشاريع المرفق العام، التي تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة وبين تلك التي تهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة، إضافة إلى عدم ثبات مفهوم المصلحة العامة، عجز معيار المصلحة العامة بدوره عن تحديد مجال اختصاص القضاء الإداري بصورة نهائية وقاطعة، ومع عجز الفقه والقضاء وحتى المشرع عن وضع معيار قادر على تحديد مجال اختصاص كل من القضاء العادي والقضاء الإداري بصورة دقيقة، كان لإنشاء محكمة التنازع أهمية كبيرة للفصل فيما قد يحدث من نزاعات بين جهتي القضاء حول موضوع الاختصاص.

المطلب الثاني

تشكيلة محكمة التنازع

حاول المشرع الفرنسي عند اختياره لتشكيلة محكمة التنازع تكريس حيادية هذه المحكمة، فحرص على أن يمثل أعضاؤها نظامي القضاء العادي والقضاء الإداري، بشكل يحفظ ويحقق المساواة والتوازن بينهما ويضمن عدم التحيز لأي منهما على

(٣٤) د. عمار بوضياف، المرجع السابق، ص ٤٧، ٤٨.

(٣٥) وتتعلق القضية بالدعوى التي رفعها والد قاصر يدعى "بروس Brousse" أمام مجلس الدولة ضد بلدية "منسجور Monségur"، للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بابنه نتيجة تسلفه لعمود كهربائي موجود داخل إحدى الكنائس التابعة لها، فأقر مجلس الدولة بمسؤولية البلدية بما أن الكنيسة تابعة لها، وأنه لا يمكن التحجج بقانون ٠٩ ديسمبر ١٨٠٥، الذي فصل الكنيسة عن الدولة واعتبرها مرفقاً ذا طابع ثقافي، لأن البلدية تظل مسئولة عن صيانة الكنيسة وترميمها، على اعتبار أن الهدف من إنشائها هو تحقيق مصلحة عامة، انظر في ذلك: - Marceau Long, Prosper Weil, Cuy Braibant, Pierre Delvolve, Bruno Crenévois, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 14^e édition, Dalloz, Paris, 2003, p 239 et s.

حساب الآخر، وبالنسبة لنظام سيرها وتسيير جلساتها يمكننا القول بأنه يشبه كثيراً نظام سير مجلس الدولة الفرنسي إن لم نقل يطابقه، وعموماً تتكون محكمة التنازع الفرنسية من هيئة حكم ونيابة عامة.

الفرع الأول

أعضاء هيئة الحكم على مستوى محكمة التنازع

وهم رئيس محكمة التنازع وقضاة الحكم، ومهمتهم الفصل في النزاعات المعروضة على المحكمة.

أولاً: رئيس محكمة التنازع

عكس معظم الدول التي تبنت الازدواجية القضائية في نظامها القضائي، لم يشترط المشرع الفرنسي أن يكون رئيس محكمة التنازع قاضياً، حيث منح الرئاسة لوزير العدل حافظ الأختام الذي يتم تعيينه من قبل رئيس الجمهورية^(٣٦).

وقد لقي هذا التوجه معارضة لدى البعض، لأنهم يرون في اختيار عضو من الحكومة أو السلطة التنفيذية كرئيس لهيئة قضائية محكمة بين القضاء العادي والقضاء الإداري تحيزاً لهذا الأخير وخروجاً عن مبدأ المساواة الذي من المفروض احترامه في تشكيلة محكمة التنازع ومساساً باستقلاليتها، وعودة لمرحلة الإدارة القاضية عندما كانت الإدارة تمثل الخصم والحكم في ذات الوقت وفق ما يعرف بنظرية الوزير القاضي^(٣٧)، وبعيدا عن الجانب التاريخي، يطرح اختيار شخص إداري لرئاسة جهة قضائية عدة إشكالات بالنسبة للدول التي تأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات كما هو الحال في فرنسا، سواء من الناحية القانونية أو الدستورية أو حتى من الناحية العملية، بالنظر لكثرة مهامه باعتباره عضواً في الحكومة إلى جانب جهله لطبيعة العمل القضائي^(٣٨).

غير أن الواقع العملي يؤكد عدم صحة هذه الانتقادات لأن معظم الأشخاص الذين تم اختيارهم لمنصب وزير العدل وحافظ الأختام في الحكومات الفرنسية المتعاقبة منذ تبني الازدواجية في القضاء الفرنسي كانوا من رجال القانون، فهم إما

- Serge petit, Op. cit, p 61.

(٣٦)

- وانظر أيضاً، Le tribunal des conflits، عبر الموقع الإلكتروني: www.justice.gouv.fr

Martine Lombard et Gilles Dumont, Op. cit, p 327.

(٣٧)

د. عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص ٣٩٣.

(٣٨)

قضاة بمحكمة النقض ومجلس الدولة أو محامين^(٣٩)، كما لا يشكل اختيار وزير العدل لرئاسة محكمة التنازع أي مساس بحيادية المحكمة واستقلاليتها؛ لأن رئاسته لها شكلية، فرغم أنه رئيسها قانونياً إلا أنه من النادر جداً أن يترأس جلساتها فعلياً، لأن من يتولى تسييرها في الواقع هو نائبه الذي يتم انتخابه من طرف بقية أعضاء المحكمة، حيث يختار أعضاء محكمة التنازع من بينهم أحد المستشارين أو القضاة ليكون نائباً لرئيس المحكمة عن طريق الاقتراع السري لمدة ثلاث (٣) سنوات قابلة للتجديد بشرط أن يتم اختياره بالتناوب من بين القضاة الممثلين للقضاء العادي والقضاة الممثلين للقضاء الإداري؛ وذلك تكريساً لمبدأ المساواة بين النظامين^(٤٠)، في حين لا يتدخل وزير العدل إلا في حالة تعادل الأصوات، وذلك لم يحدث إلا ١٤ مرة خلال الفترة الممتدة من ١٨٧٢ إلى ١٩٩٧^(٤١)، وكانت المرة الأولى عند إصدار أول قرار لمحكمة التنازع ويتعلق الأمر بقضية "بلانكو" الشهيرة في ٠٨ فبراير ١٨٧٣^(٤٢).

ثانياً: قضاة محكمة التنازع

عكس الأسلوب الذي انتهجه في اختيار رئيس محكمة التنازع والممثل في التعيين، اتبع المشرع الفرنسي طريقة الانتخاب في اختيار بقية أعضاء محكمة التنازع، وتشمل تشكيلة المحكمة إضافة إلى الرئيس ثمانية (٨) أعضاء، ستة (٦) منهم أصليون واثنان (٢) احتياطيان، ومدة ولايتهم هي ٠٣ سنوات قابلة للتجديد، وهناك تقاليد متبعة في عملية اختيار المستشارين الذين يمثلون كل جهة من جهتي القضاء، فبالنسبة لجهة القضاء الإداري كان يتم اختيار اثنين من المستشارين الأربعة الذين يمثلونها من بين النواب الثلاثة لرئيس قسم التقاضي على مستوى مجلس الدولة، أما الاثنان الآخران فهما رؤساء القسم الفرعي للتحقيق التابع لقسم التقاضي. بالمقابل كان يراعى في اختيار مستشاري محكمة النقض الأربعة الممثلين لجهة

(٣٩) انظر في ذلك، Anciens gardes des sceaux عبر الموقع الإلكتروني: fr.gouv.justice.www

Serge Petit, Op. cit, p 60 61.

- Raymond Odent, Op. cit, p 547.

- Jean Claude Ricci, Droit administratif, Hachette 1 ivre, Edition 1996, p 124. (٤١)

د. أحمد محيو، المرجع السابق، ص ١٢٨. (٤٢)

- Raymond Odent, Op. cit, p 549.

- وحول قضية بلانكو، انظر:

- Marceau Long et autres, Op. cit, p 02 et 05.

القضاء العادي أن ينتموا إلى أربع غرف مختلفة من بين الغرف التابعة لمحكمة النقض، لكن هذه التقاليد لم تعد تؤخذ بعين الاعتبار عند اختيار الأعضاء المكونين لمحكمة التنازع، وهو ما سنلاحظه لاحقاً^(٤٣) وعموماً لا يمكن لمحكمة التنازع أن تعقد جلساتها إلا بحضور خمسة (٥) من أعضائها على الأقل^(٤٤).

١ - **الأعضاء الأصليون:** يبلغ عدد أعضاء محكمة التنازع الأصليين ستة (٦) قضاة يمثلون جهتي القضاء العادي والقضاء الإداري بالتساوي، ثلاثة (٣) منهم يختارهم مستشارو محكمة النقض بالانتخاب فيما بينهم، بينما الأعضاء الثلاثة الآخرين هم مستشارو دولة في مهمة عادية يتم انتخابهم من طرف مستشاري مجلس الدولة الفرنسي^(٤٥).

وبلجائه لطريقة الانتخاب بدل التعيين في اختيار قضاة محكمة التنازع يكون المشرع الفرنسي قد تفادى الانتقادات التي وجهت له سابقاً بخصوص اختيار رئيس المحكمة، وكرس في نفس الوقت مبدأ التوازن والمساواة ولو من الناحية الشكلية بين جهتي القضاء، سواء من حيث طريقة الاختيار وعدد القضاة الذين يمثلون كل جهة أو حتى من حيث جهة الاختيار ذاتها، والتي تتمثل في الهيئة العليا لكلا النظامين، أي محكمة النقض بالنسبة للقضاء العادي ومجلس الدولة بالنسبة للقضاء الإداري.

٢ - **الأعضاء الاحتياطيون:** يقوم أعضاء محكمة التنازع الستة الممثلون لجهتي القضاء العادي والإداري إضافة إلى الرئيس وبأغلبية الأصوات بانتخاب عضوين احتياطيين، أحدهما من بين مستشاري مجلس الدولة والآخر من بين مستشاري

(٤٣) - انظر في ذلك،

- Raymond Odent, Op. cit, p 547.

(٤٤) د. حسين عثمان محمد عثمان، قانون القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٣، ص ٢٦١.

- Raymond Odent, Op. cit, p 548.

(٤٥) Marie-Christine Rouault, Vanessa Barbé, Guillaume Canel, droit administratif, Anna droit LMD, annales corrigées, 2008, p 210.

- Serge Petit, Op. cit, p 60, 61.

- وانظر، tribunal des conflits eL، عبر الموقع الإلكتروني: www.fallaitpasfairedudroit.fr

- وأيضاً، Le tribunal des conflits، عبر الموقع الإلكتروني: www.tribad.gymnopédie-juridique-info/conflict.aspx

محكمة النقض^(٤٦) وذلك لتعويض أعضاء المحكمة في حالة الشغور أو وجود مانع لأحدهم.

٣ - **مقررو الجلسات:** يتم اختيار المقرر من بين أعضاء محكمة التنازع، حيث تعهد مهمة التحقيق في العرائض المقدمة لكتابة ضبط المحكمة، إما لمستشار في مجلس الدولة أو لأحد قضاة محكمة النقض، على أن تجرى المداولات في جلسات مغلقة^(٤٧)، مع العلم أن تقاريرهم غير ملزمة لهيئة المحكمة^(٤٨)، وقصد تحقيق التوازن بين القضاء العادي والقضاء الإداري انتهج المشرع الفرنسي طريقة مبتكرة في اختيار مقرري الجلسات، حيث يعين مقرر من بين مستشاري محكمة النقض على مستوى محكمة التنازع في القضايا التي يتم تسجيلها تحت رقم زوجي، بينما يعين مقرر من بين مستشاري المحكمة الممثلين لمجلس الدولة للقضايا التي تحمل رقم فردي^(٤٩).

الفرع الثاني

النيابة العامة لمحكمة التنازع

تتكون النيابة العامة على مستوى محكمة التنازع الفرنسية من محافظي دولة (مفوضي حكومة) "commissaires du gouvernement"، مع مساعدين لهما لتعويضهما في حالة وقوع مانع لأحدهما، يتم اختيارهم بموجب مرسوم رئاسي من طرف رئيس الجمهورية لمدة سنة مع بداية كل سنة قضائية، ويشترط في أعضاء النيابة العامة تمثيل جهتي القضاء العادي والقضاء الإداري بالتساوي، بحيث يختار محافظ الدولة ومساعد الممثلين لجهة القضاء العادي من بين المحامين العامين بمحكمة النقض، بينما يتم اختيار محافظ الدولة ومساعد الممثلين لجهة القضاء

(٤٦) Voir, l'article 25 de la loi du 24 Mai 1872 portant réorganisation du conseil d'état.

(قانون ٢٤ ماي ١٨٧٢ المتعلق بإعادة تنظيم مجلس الدولة الفرنسي) وأيضاً:

- Raymond Odent, Op. cit, p 547, 548.

- وانظر أيضاً، Le tribunal des conflits، عبر الموقع الإلكتروني: www.justice.gouv.fr

(٤٧) انظر في ذلك، Le tribunal des conflits، عبر الموقع الإلكتروني: www.lagazette.fr

- Serge Petit, Op. cit, p 62. (٤٨)

- Serge Petit, Ibid, p 63. (٤٩)

الإداري من بين قضاة العرائض بمجلس الدولة^(٥٠)، مع العلم أن المشرع الفرنسي يشترط عدم انتماء محافظ الدولة والمقرر إلى نفس الجهة القضائية، فعندما يكون المقرر من بين مستشاري مجلس الدولة، يجب أن يكون محافظ الدولة من مستشاري محكمة النقض والعكس صحيح^(٥١).

ويتمثل دور محافظي الدولة أو مفوضي الحكومة في تقديم الاستنتاجات التي توصلوا إليها مع إبداء ملاحظاتهم بخصوص القضايا المعروضة على المحكمة لمقرري الجلسات حتى تضمها تقاريرهم، ويشترط في هذه الاستنتاجات والملاحظات أن تكون شفوية، كما أنها غير ملزمة للقضاة عند إصدار حكمهم^(٥٢).

- Raymond Odent, Op. cit, p 547.

(٥٠)

- Serge Petit, Op. cit, p 61.

- Jean Claude Ricci, Op. cit, p 125.

- Marie-Christine Rouault, Op. cit, p 210.

(٥١) د. عمار عوابدي، المرجع السابق، ص ١٤٠.

- وانظر في ذلك، Le tribunal des conflits، عبر الموقع الإلكتروني: www.fallaitpasfairedudroit.fr

وأيضا، Le tribunal des conflits، عبر الموقع الإلكتروني: www.justice.gouv.fr

Serge Petit, Op. cit, p 61.

(٥٢)

- Raymond Odent, Op. cit, p 549.

المبحث الثاني اختصاصات محكمة التنازع الفرنسية

جاء إنشاء محكمة التنازع الفرنسية كما سبق وذكرنا كوسيلة لحل الإشكالات التي قد تقع بين نظامي القضاء العادي والقضاء الإداري سواء تعلق الأمر بالتنازع حول الاختصاص القضائي أو حول تناقض الأحكام بين الجهات القضائية التابعة لكل نظام^(٥٣)، وهو ما سنتطرق له في هذا المبحث حيث سنخصص المطلب الأول منه لاختصاص محكمة التنازع بالفصل في دعاوى تنازع الاختصاص، في حين سنفرد المطلب الثاني للحديث عن اختصاص المحكمة بالفصل في دعاوى تناقض الأحكام القضائية بين القضاء العادي والقضاء الإداري.

المطلب الأول اختصاص محكمة التنازع بالفصل في إشكالات تنازع الاختصاص

يأخذ تنازع الاختصاص القضائي بين القضاء العادي والقضاء الإداري في فرنسا صورتين، تتمثل الأولى في التنازع الإيجابي، عندما تدفع كل جهة من جهتي القضاء المرفوع أمامها النزاع باختصاصها بالفصل فيه، كما قد يكون في شكل تنازع سلبي بأن تدفع كل جهة من جهتي القضاء العادي والإداري المرفوع أمامها النزاع بعدم اختصاصها بالفصل فيه.

وسنتعرض لهاتين الحالتين بالتفصيل فيما يلي:

الفرع الأول تنازع الاختصاص الإيجابي Le conflit positif

أولاً: تعريف التنازع الإيجابي

يقصد بالتنازع الإيجابي في الدول التي تأخذ بنظام الازدواجية القضائية، أن يتم رفع نفس النزاع أمام جهتين تابعتين لكل من القضاء العادي والقضاء الإداري، وأن تعتبر كل جهة منهما نفسها مختصة بالفصل فيه^(٥٤)، بينما يحمل التنازع الإيجابي

(٥٣) ٥٣- وقد نص على هذه الاختصاصات قانون الإجراءات المدنية الفرنسي،
- Voir, l'article 209 du code de procédure civile français.

وانظر في ذلك أيضاً:
- Juris Classeur, compétence administratif et judiciaire, procédure civil, 2009, p 18.

(٥٤) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص ٤٠٠.

في فرنسا مهد الازدواجية القضائية معنى خاصاً يختلف عن غيرها من الدول لأسباب تاريخية، تعود بالأساس إلى الصراع الذي كان دائراً بين البرلمانات القضائية والإدارة قبل قيام الثورة الفرنسية، لذلك روعي في وضع إجراءاته حماية اختصاصات الإدارة ومصالحتها.

حيث يقوم التنازع الإيجابي للاختصاص في فرنسا عندما يعرض نزاع على القضاء العادي ترى الإدارة أنه لا يدخل كلياً أو جزئياً ضمن اختصاصاته، فتتقدم ممثلة في المحافظ "Le préfet" باعتراض أمام الجهة القضائية المعروض أمامها النزاع لمطالبتها بوقف الفصل فيه، إما لأنه يدخل ضمن اختصاصات القضاء الإداري^(٥٥) أو لأنه لا يدخل ضمن اختصاصات أي من جهتي القضاء، كتعلقه بعمل إداري لا يمكن رقابته قضائياً مثل أعمال السيادة^(٥٦).

والمحافظ المختص بتقديم طلب وقف النزاع، هو المحافظ الذي تدخل محكمة الدرجة الأولى التي تنظر النزاع في حدود محافظته، حتى وإن كان سيقدم اعتراضه بعدم الاختصاص أمام محكمة الاستئناف التي تدخل ضمن حدود محافظة أخرى، وهو ما تبنته محكمة التنازع في العديد من قراراتها كقرارها الصادر في ٦ ديسمبر

(٥٥) - André De Laubadère, Op. cit, p 380.

- Marie-Christine Rouault, Op. cit, p 211.

- Juris Classeur, Op. cit, p18.

- Voir, l'article 06 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 relative aux conflits d'attribution entre les tribunaux et l'autorité administrative.

(الأمر المؤرخ في ٠١ جوان ١٨٢٨ المتعلق بتنازع الاختصاص بين المحاكم والسلطة الإدارية)

(٥٦) انظر في ذلك، Le tribunal des conflits، عبر الموقع الإلكتروني: www.lagazette.fr وأيضاً،

- Martine Lombard et Gilles Dumont, Op. cit, p 228.

وللتفصيل أكثر حول المقصود بأعمال السيادة راجع خاصة:

- د. خالد عبد الحميد، أعمال السيادة والقضاء الإداري، مجلة معهد القضاء الصادرة عن معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، السنة التاسعة، عدد ١٨ ديسمبر ٢٠٠٩، ص ٨٠ وما بعدها.

- حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الرياض ٢٠٠٣، ص ٤٤ وما بعدها.

- محند أمقران بوبشير، النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ٢٠٠٣، ص ٢٦٩ وما بعدها.

١٩٣٧^(٥٧) والقرار الصادر في ٢٧ نوفمبر ١٩٥٢^(٥٨)، وفي حالة تغيب المحافظ أو وجود مانع لديه يمكنه تفويض إمضائه للأمين العام للمحافظة للإمضاء على طلب توقيف النزاع مكانه^(٥٩)، ومنح حق الاعتراض ووقف النزاع للمحافظ لا يعني حرمان أطراف النزاع من أعمال حقهم في الدفع بعدم اختصاص القضاء العادي بالفصل في نزاعهم، فالطلبان مستقلان ولا يمكن لأي منهما أن يحجب الآخر^(٦٠).

وقد دفع المفهوم الخاص للتنازع الإيجابي الذي تبناه المشرع الفرنسي البعض إلى القول بأنه تنازع بين سلطة إدارية ومحكمة عادية، وليس تنازعا بين جهة قضائية إدارية وجهة قضائية عادية، لأن الجهة التي تبشر إجراءاتها هي الإدارة وليس المحكمة الإدارية، الأمر الذي يجعل من التنازع الإيجابي في فرنسا آلية وقائية لحماية الإدارة من تعدي السلطة القضائية على اختصاصاتها والتدخل في أنشطتها^(٦١)، في حين لا يملك القضاء العادي صلاحية الاعتراض في حالة قيام جهة من جهات القضاء الإداري بالنظر في نزاع يرى أن الاختصاص بالفصل فيه يعود إليه^(٦٢).

ثانياً: تحريك دعوى تنازع الاختصاص الإيجابي أمام محكمة التنازع

١- إجراءات تحريك دعوى تنازع الاختصاص الإيجابي:

نظم الأمر الصادر بتاريخ ١ يونيو ١٨٢٨ إجراءات تحريك دعوى التنازع الإيجابي على الشكل التالي:

المرحلة الأولى: تقديم طلب وقف نظر النزاع لجهة القضاء العادي:

أ - شروط تقديم الاعتراض أمام جهة القضاء العادي:

بناء على نص المادتين ٠٦ و ٠٨ من الأمر الصادر في ٠١ يونيو ١٨٢٨، يقوم

(٥٧) Raymond Odent, Op. cit, p 557.

(٥٨) - Marceau Long et autres, Op. cit, p 56 et s.

(٥٩) وهو ما جاء في قرار محكمة التنازع الصادر في ٢٧ نوفمبر ١٩٥٢، انظر في ذلك،

- Raymond Odent, Op. cit, p 557.

(٦٠) د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، دار الفكر العربي القاهرة ١٩٩٦، ص ٥٩ وما بعدها.

(٦١) - Raymond Odent, Op. cit, p 551.

- Juris Classeur, Op. cit, p18.

- وانظر أيضاً، Le tribunal des conflits، عبر الموقع الإلكتروني: www.fallaitpasfairedudroit.fr

(٦٢) فهيمة مرزوقي، الرسالة السابقة، ص ٩٣.

المحافظ بإرسال مذكرة اعتراض على الاختصاص لجهة قضائية تابعة لنظام القضاء العادي عن طريق النيابة العامة لهذه الأخيرة، يطالبها فيها بالتوقف عن نظر نزاع يرى أنه لا يدخل ضمن اختصاصاتها، لكونه نزاع إداري وبالتالي يعود الاختصاص بالفصل فيه للقضاء الإداري^(٦٣).

ويشترط في هذا الاعتراض أو الطلب عدة شروط تتمثل فيما يلي:

- يجب أن يتم تحريك إجراءات توقيف النزاع أمام قاضي الموضوع أو الوقائع دون قاضي القانون أي أمام محكمة قضائية تنتظر في الموضوع، وهو ما يعني عدم إمكانية تحريكه أمام محكمة النقض^(٦٤)، لكن بالمقابل يمكن رفع الاعتراض أمام المحكمة التي حوت إليها الدعوى إذا ما تم نقض الحكم الصادر في شأنها من طرف محكمة النقض^(٦٥).

- يجب أن يتم تقديم الاعتراض أمام محكمة قضائية يوجد بها نيابة عامة، حيث كان يمنع على المحافظ قبل سنة ١٩٧٠ تقديم طلب توقيف النزاع أمام محكمة لا يوجد بها نيابة عامة كالمحكمة التجارية، لأن طلب توقيف النزاع يجب أن يتم عن طريق النائب العام، رغم أن المحافظ كان يتجاوز هذا العائق بأن يقدم اعتراضه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف^(٦٦)، وذلك قبل صدور قانون ١٠ يوليو ١٩٧٠ الذي قضى على هذا الإشكال بصورة نهائية، حيث سمح في المادة الثالثة (٣) منه بأن تكون هناك نيابة عامة على مستوى جميع محاكم الدرجة الأولى التي تدخل ضمن نطاق ولاية محكمة النقض^(٦٧)، وبذلك أصبح يمكن تقديم الاعتراض أمام كل المحاكم القضائية.

- يجب على المحافظ أن يقدم اعتراضه بمذكرة تتضمن النصوص القانونية التي يستند عليها لمنح الاختصاص بالفصل في النزاع للقضاء الإداري، أو بما يدل على أن النزاع متعلق بعمل من أعمال السيادة التي لا يمكن رقابتها قضائياً، وكفي في الحالة الأولى ذكر قانون ١٦-٢٤ أغسطس ١٧٩٠ ومرسوم ١٦ فريكتور frictidor للسنة

(٦٣) Serge Petit, Le contentieux judiciaire de l'administration, Berger-Levraults, coll. Administration nouvelle, Nancy, 1993, p36.

(٦٤) Serge Petit el, tribunal des conflit, s op. cit, p 78 et s.

- Marie-Christine Rouault, op. cit. p 211.

(٦٥) Raymond Odent, Op. cit, p 561.

(٦٦) د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، هامش ص ٦١.

(٦٧) Raymond Odent, Op. cit, p 557, 558.

الثالثة، فبعد تعديل المادة ٩ من أمر ١ يونيو ١٨٢٨ بموجب مرسوم ٢٥ يوليو ١٩٦٠ أصبح المشرع الفرنسي يشترط ضرورة أن يكون طلب توقيف النزاع الذي يقدمه المحافظ مسبباً^(٦٨)، بمعنى أن تذكر فيه كافة الأسباب التي تبرر اعتراض المحافظ على قيام القضاء العادي بالفصل في النزاع، لأنه من خلال فحص محكمة التنازع لمختلف هذه الدوافع يمكنها تأييد موقف المحافظ أو رفضه.

وعدم احترام هذا الشرط يجعل إجراءات تقديم الاعتراض غير قانونية أو باطلة، وباستثناء ذلك لا يشترط في هذه المذكرة أي شكل آخر حيث يمكن أن تكون في شكل رسالة بسيطة يكتبها المحافظ ويرسلها إلى النائب العام، وهو ما تضمنه قرار محكمة التنازع الصادر في ٣٠ أكتوبر ١٩٤٧^(٦٩).

- يتوجب على المحافظ تقديم اعتراضه قبل صدور حكم أو قرار نهائي في الاختصاص من جهة القضاء العادي التي تنظر في النزاع، حتى وإن لم تقم بإصدار حكم أو قرار نهائي في موضوعه^(٧٠)، وبالتالي لا يوجد آجال قانونية تقيد المحافظ، فطالما الدعوى قيد النظر يمكنه تقديم اعتراضه^(٧١).

ب - فصل جهة القضاء العادي في الاعتراض المقدم من طرف المحافظ:

عادة لا يخرج رد الجهة القضائية التي رفع أمامها الطلب أو الاعتراض عن الاحتمالات الثلاثة التالية:

* رفض جهة القضاء العادي طلب المحافظ من حيث الشكل: وذلك في حالة عدم احترام المحافظ للإجراءات التي قررها القانون عند تقديمه للاعتراض (بطلان الإجراءات)، كعدم تقديمه عن طريق النيابة العامة للجهة التي تنظر في النزاع، أو عدم إرفاقه بالسند القانوني الذي يثبت اختصاص القضاء الإداري بالفصل في هذا النوع من النزاعات^(٧٢)، حيث قامت محكمة التنازع بإلغاء طلبات توقيف النزاع التي لم يقدم الاعتراض بشأنها بشكل صحيح، واعتبرت في قرارها الصادر في ٣٠ يونيو ١٩٤٩ أن الطلبات أو الاعتراضات التي لا يحترم في تقديمها أو رفعها الإجراءات القانونية

(٦٨) Marie-Christine Rouault, Vanessa Barbé, Op. cit, p 211.

(٦٩) Raymond Odent, Op. cit, p 558, 560.

(٧٠) Raymond Odent, Ibid, p 560, 561.

(٧١) انظر في ذلك، Le tribunal des conflits، عبر الموقع الإلكتروني: www.lagazette.fr

(٧٢) د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٦١.

المطلوبة تكون غير مشروعة^(٧٣)، كما اعتبرت نفسها الجهة الوحيدة المؤهلة بالحكم على شرعية إجراءات طلب التوقيف، والوحيدة التي لها سلطة إلغائه بحسب ما ورد في قرارها الصادر في ٢٢ ديسمبر ١٨٨٠^(٧٤).

* قبول جهة القضاء العادي للدفع الذي تقدم به المحافظ: وهو ما يعني إقرارها بعدم اختصاصها، إما لأن الفصل في النزاع من اختصاص القضاء الإداري، أو لأنه لا يدخل ضمن اختصاصات أي من النظامين لا العادي ولا الإداري، كأن يكون من أعمال السيادة، وفي هذه الحالة تتوقف جهة القضاء العادي عن نظر النزاع، ويكون أطرافه مخيرين بين إعادة رفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية المختصة أو الطعن في قرار عدم الاختصاص الذي أصدرته المحكمة بطرق الطعن العادية^(٧٥)، وذلك حسب طبيعة المصلحة التي يريد كل طرف تحقيقها.

* رفض جهة القضاء العادي للدفع الذي تقدم به المحافظ: وذلك بتمسكها باختصاصها بالفصل في النزاع، وفي هذه الحالة يتوجب عليها تبليغ المحافظ المعني بقرارها في غضون خمسة (٥) أيام من تاريخ صدور الحكم^(٧٦) عن طريق النائب العام برسالة موصى عليها مرفقة بنسخة من الحكم ومن طلباته التي قدمها سابقاً، ويمكن للمحافظ في هذه الحالة تقديم اعتراض جديد، لكن هذه المرة أمام جهة الاستئناف^(٧٧).

ج - تبليغ المحافظ بقرار جهة القضاء العادي:

يتم تبليغ المحافظ بقرار الجهة القضائية العادية عن طريق رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام، يتم إرسالها عن طريق النائب العام، مرفقة بنسخة من الطلبات

Raymond Odent, Op. cit, p 560.

(٧٣)

(٧٤) انظر حول هذا القرار،

- Raymond Odent, Ibid, p 563.

(٧٥) د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٦١.

- وانظر أيضاً، Le tribunal des conflits، عبر الموقع الإلكتروني: www.fallaitpasfairedudroit.fr

(٧٦) انظر في ذلك، Le tribunal des conflits، عبر الموقع الإلكتروني: www.lagazette.fr

وأيضاً، د. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص ٦١.

(٧٧) Voir, l'article 8 du décret n°52-1306 du 5 décembre 1952 modifiant l'ordonnance royale du 1^{er} juin 1828 sur les conflits d'attribution.

(المرسوم رقم ٥٢-١٣٠٦ المؤرخ في ٥ ديسمبر ١٩٥٢ المتعلق بتعديل المواد، الأمر المؤرخ في ١ جوان ١٨٢٨ المتعلق بتنازع الاختصاص بين المحاكم والسلطة الإدارية)

- Raymond Odent, Op. cit, p 562.

التي قدمها المحافظ سابقاً، إضافة إلى الحكم الذي أصدرته الجهة القضائية، مع إلزامية تسجيل تواريخ الإرسال والاستلام في سجل خاص^(٧٨).

وفي هذه الحالة يكون المحافظ مخيراً بين القبول بقرار المحكمة الرافض للتخلي عن الفصل في النزاع لصالح القضاء الإداري، وبين رفض هذا القرار والمباشرة بإجراءات رفع الدعوى أمام محكمة التنازع، على أن يتم ذلك خلال ١٥ يوماً يبدأ حسابها من تاريخ استلامه لنسخة قرار رفض الاعتراض على الاختصاص^(٧٩)، وخلال هذه المدة ودون تجاهل لأحكام المادتين ٧ و ٨ من أمر ١ يونيو ١٨٢٨^(٨٠) تتوقف جهة القضاء العادي عن نظر موضوع الدعوى حتى تمنح للمحافظ الفرصة لرفع دعواه أمام محكمة التنازع، على أن يقوم بتوجيه رسالة إلى كتابة ضبط المحكمة المعنية قبل انتهاء هذه المدة، يخطر فيها بأنه قرر رفع النزاع أمام محكمة التنازع مطالباً إياها بالتوقف عن نظر النزاع، وهناك من يعتبر هذا التوقيف للنزاع عملاً إدارياً أكثر من كونه قضائياً^(٨١).

وبمجرد إعلام المحكمة بتوجه المحافظ لمحكمة التنازع يتوجب عليها بناء على المادة ١٢ من أمر ١ يونيو ١٨٢٨ تأجيل كل الإجراءات القانونية المتعلقة بالنزاع، مع إخطار أطرافه بذلك ومنحهم ١٥ يوماً لتقديم ملاحظاتهم حول الاختصاص، وأن يقوم النائب العام لاحقاً بتحويل كل الملفات المتعلقة بهذا النزاع إلى وزير العدل باعتباره يمثل الأمانة العامة لمحكمة التنازع^(٨٢).

المرحلة الثانية: رفع المحافظ لدعوى تنازع الاختصاص الإيجابي أمام محكمة التنازع:

إذا رفض المحافظ قرار جهة القضاء العادي القاضي باختصاصها بالفصل في النزاع يمكنه اللجوء إلى محكمة التنازع حتى تفصل في مسألة الاختصاص، وقد قام

(٧٨) Serge Petit, Op. cit, p85, 86.

(٧٩) Voir, décret n°52-1306 du 5 décembre 1952 modifiant l'ordonnance royale du 1^{er} juin 1828 sur les conflits d'attribution.

- Serge Velley, Op. cit, p 19.

- Marie-Christine Rouault, Op. cit, p 211.

- Marie-Christine Rouault, Vanessa Barbé, Op. cit, p 211.

(٨٠) Voir, les article 7 et 8 du décret n°52-1306 du 5 décembre 1952 modifiant l'ordonnance royale du 1^{er} juin 1828 sur les conflits d'attribution.

(٨١) Raymond Odent, Op. cit, p 562, 563.

(٨٢) Raymond Odent, Ibid, p 563.

الأمر الصادر في ١ يونيو ١٨٢٨ بتبيين شروط تحريك دعوى تنازع الاختصاص الإيجابي أمام محكمة التنازع وحددها فيما يلي^(٨٣):

- أن ترفض جهة من جهات القضاء العادي اعتراض المحافظ: المتعلق بتوقفها عن النظر في نزاع معين، إما لكونه يدخل ضمن اختصاصات القضاء الإداري أو لأنه لا يدخل ضمن اختصاصات أي من جهتي القضاء.

- أن لا يكون قد صدر حكم نهائي في الدعوى موضوع النزاع^(٨٤)؛ لأن بصور مثل هذا الحكم لن يكون للقرار الذي ستصدره محكمة التنازع أية قيمة، حتى وإن كان سيؤيد الدفع الذي قدمه المحافظ، بأن يقضي بعدم اختصاص القضاء العادي بالفصل في النزاع.

- يجب على المحافظ أن يرفق دعواه بالحكم الذي أصدرته جهة القضاء العادي، والقاضي باختصاصها بالفصل في النزاع إضافة إلى السند القانوني الذي يبين عدم صحة هذا الحكم ويؤكد عدم اختصاص القضاء العادي^(٨٥).

- يجب أن يكون هناك وحدة في موضوع النزاع^(٨٦)، وهذا بديهي بما أن الجهة الوحيدة المخولة بتحريك دعوى التنازع الإيجابي أمام محكمة التنازع تنحصر في شخص المحافظ، وبالتالي لا داعي لاشتراط الوحدة في الأطراف.

- على المحافظ رفع دعوى تنازع الاختصاص الإيجابي أمام محكمة التنازع خلال ١٥ يوماً، يبدأ حساب هذه المدة من تاريخ تبليغه بقرار جهة القضاء العادي،

(٨٣) Voir, L'ordonnance du 1^{er} juin 1828 relative aux conflits d'attribution entre les tribunaux et l'autorité administrative.

- Martine Lombard et Gilles Dumont, Op cit, p 328.

- Jean Claude Ricci, Op. cit, p 125.

- Serge Petit, Op. cit, p 77 et s.

وأيضاً:

- د. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص ٦٠.

- د. حسين عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص ٢٦٣.

- د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، فرنسا، مصر، لبنان، الدار الجامعية، بيروت ١٩٨٨، ص ١٧٢.

(٨٤) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص ٣٩٩.

- Martine Lombard et Gilles Dumont, Op. cit, p 328.

- Raymond Odent, Op. cit, p ٥٦٠.

(٨٦) د. إبراهيم عبد العزيز شيجا، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٢٦٤.

وخلال هذه المدة تتوقف جهة القضاء العادي وجوباً عن الفصل في موضوع النزاع^(٨٧).

٢ - قيود تحريك دعوى تنازع الاختصاص الإيجابي أمام محكمة التنازع:

فرض المشرع الفرنسي عدة قيود على الإدارة عند مباشرة المحافظ لإجراءات رفع دعوى تنازع الاختصاص الإيجابي أمام محكمة التنازع، حيث منعه من تحريك مثل هذه الدعوى في بعض الحالات التي يمكن إجمالها فيما يلي:

٢-١- نص الأمر الصادر في ٠١ يونيو ١٨٢٨ في مادته الأولى على حرمان الإدارة من مباشرة إجراءات تحريك دعوى تنازع الاختصاص الإيجابي إذا تعلق النزاع بمسألة جنائية^(٨٨) ما عدا في حالة الدعوى المدنية المرتبطة بدعوى عمومية، حيث يمكن للمحافظ تحريك دعوى تنازع الاختصاص الإيجابي في الشق المدني للدعوى^(٨٩)، لكن حتى في هذه الحالة لا يمكنه طلب وقف النظر في النزاع إلا أمام قاضي التحقيق^(٩٠)، وإضافة إلى هذا الاستثناء نصت المادة ٢ من أمر ٠١ يونيو ١٨٢٨ على إمكانية تحريك دعوى التنازع الإيجابي إذا ما تعلق الأمر بدعوى عمومية في مواد الجنب والمخالفات، في حالتين تم ذكرهما على سبيل الحصر وهما^(٩١):

أ - إذا ما تعلق النزاع بجريمة منح القانون للسلطة الإدارية الاختصاص بالمعاقبة عليها، لأنها تدخل أصلاً ضمن اختصاصات القضاء الإداري، كأن تكون إجراءات المحاكمة مقررة قانوناً أمام القاضي الإداري، كما هو الحال بالنسبة لمخالفات الطرق والأشغال الكبرى^(٩٢)

(٨٧) - Martine Lombard et Gilles Dumont, Op. cit, p 328.

- Marie-Christine Rouault, Vanessa Barbé, Op. cit, p 211.

- Raymond Odent, Op. cit, p 562.

Martine Lombard et Gilles Dumont, Op. cit, p 319 et s. (٨٨)

- Marie-Christine Rouault, Vanessa Barbé, Op. cit, p 211.

- وانظر في ذلك أيضاً، Le tribunal des conflits، عبر الموقع الإلكتروني: www.lagazette.fr

- Jean Claude Ricci, Op. cit, p 126. (٨٩)

Juris classeur, Op. cit, p 18. (٩٠)

- Marie-Christine Rouault, Op. cit, p 211.

Raymond Odent, Op. cit, p 558, 559. (٩١)

Marie-Christine Rouault, Op. cit, p 211. (٩٢)

- Raymond Odent, Op. cit, p 559.

ب - إذا ما كان الفصل في الدعوى العمومية يعتمد على مسألة أولية، معرفتها مقررة قانوناً للسلطة الإدارية، بشرط أن لا تحرك إجراءات التنازع الإيجابي إلا بخصوص هذه المسألة.

ويجدر الذكر أنه في حالة ما إذا كان المتهم بارتكاب الجريمة موظفاً، فإن مسألة تحديد طبيعة الخطأ الذي ارتكبه هذا الأخير، أي إذا ما كان مرفقياً (وظيفياً) أو شخصياً، لا يعد مسألة أولية لكون القضاء الإداري هو وحده المختص بتحديد مدى المسؤولية التي يتحملها الموظف العمومي عند ارتكابه خطأ أثناء تأدية وظيفته، لذلك لا يمكن للمحافظ تحريك إجراءات التنازع الإيجابي أمام قاضي التحقيق في هذه الحالة، لأن قاضي التحقيق غير مختص قانوناً بالفصل في موضوع التعويض عن الأضرار الناتجة عن هذا النوع من الخطأ^(٩٣).

٢-٢ نصت المادة ١٣٦ من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي على حظر تحريك دعوى التنازع الإيجابي أمام محكمة التنازع، في الدعاوى المتعلقة بجنح المساس بالحريات الفردية وهدك حرمة السكن سواء في شقها الجنائي أو المدني، حيث يمنع رفع دعاوى ضد أشخاص القانون العام أو التابعين لهم نتيجة للأضرار التي ألحقوها بالحرية الفردية^(٩٤)، لأن الفصل في هذا النوع من الدعاوى يعود أصلاً للمحاكم القضائية بغض النظر عن الجهة المرفوع ضدها الدعوى سواء أكانت سلطة عامة أم أحد موظفيها، وهو ما جاء في قرار محكمة التنازع الصادر في ١٢ مايو ١٩٩٧^(٩٥).

لكن رغم اختصاص المحاكم القضائية بالفصل في هذا النوع من الدعاوى، إلا أنه لا يمكنها بمناسبة الفصل فيها الحكم على مشروعية الأعمال الإدارية أو تفسير

(٩٣) Jean Claude Ricci, Op. cit, p 126.

- Martine Lombard et Gilles Dumont, Op. cit, p 323.

- Marie-Christine Rouault, manuel de droit administratif, gualino éditeur, EJA, Paris, 2005, p 429.

- Raymond Odent, Op. cit, p 559.

- Serge Petit, Op. cit, p 80.

Voir, l'article 136 du code de procédure pénale français. (٩٤)

(قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي)

وانظر أيضاً،

- Marie-Christine Rouault, droit administratif, Op. cit, p 211.

(٩٥) انظر في ذلك، Le tribunal des conflits، عبر الموقع الإلكتروني: www.lagazette.fr

القرارات الفردية، وإنما عليها الرجوع في مثل هذه المسائل للمحكمة الإدارية أو لجهة القضاء الإداري^(٩٦).

٢-٣- يمنع على المحافظ اللجوء إلى محكمة التنازع لأكثر من مرة حول نفس النزاع، وذلك تماشياً مع مبدأ حجية الشيء المقضي فيه، واحتراماً للأحكام التي تصدرها محكمة التنازع، لكن مع ذلك يمكن للمحافظ اللجوء من جديد لمحكمة التنازع إذا كانت هذه الأخيرة قد رفضت دعواه الأولى من حيث الشكل، وذلك بعد أن يستوفي الإجراءات المطلوبة^(٩٧).

٢-٤- تنص المادة ٤ من أمر ١ يونيو ١٨٢٨ على عدم إمكانية رفع النزاع أمام محكمة التنازع إذا ما صدر حكم نهائي في موضوع الدعوى محل النزاع، وبالتالي لا يمكن للمحافظ تحريك إجراءات التنازع الإيجابي أمام محكمة النقض ومحاكم الاستئناف^(٩٨).

ثالثاً: فصل محكمة التنازع في دعوى تنازع الاختصاص الإيجابي

منذ صدور أمر ١٢ مارس ١٨٣١ منح لأطراف النزاع الذين يعرضون نزاعهم على القضاء العادي الحق في تقديم ملاحظاتهم أمام محكمة التنازع بواسطة محام معتمد أمام مجلس الدولة ومحكمة النقض، لأن في دعاوى التنازع الإيجابي لا يوجد أطراف أمام محكمة التنازع، ويكون على المحكمة الفصل في دعوى تنازع الاختصاص الإيجابي المرفوعة أمامها من طرف المحافظ في مدة لا تتجاوز ٠٣ أشهر، يبدأ حسابها من تاريخ تسلم وزارة العدل لملف الدعوى، وهو ما نص عليه مرسوم ١٥ نوفمبر ١٩٢٥^(٩٩).

وبمرور هذه المدة دون أن تفصل محكمة التنازع في الدعوى، يرفع الحظر الذي كان مفروضاً على المحكمة العادية والقاضي بتوقفها عن الفصل في النزاع، حيث يمكنها مباشرة إجراءات الفصل في النزاع من جديد بعد شهر من انتهاء مدة الثلاثة (٣) أشهر، وبإصدارها لحكم نهائي في موضوع النزاع يكون قد تخلف شرط من

(٩٦) Raymond Odent, Op. cit, p 559.

(٩٧) د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٥٩، ٦٠.

(٩٨) Marie-Christine Rouault, Vanessa Barbé, Op. cit, p 211.

- وانظر في ذلك أيضاً، Le tribunal des conflits، عبر الموقع الإلكتروني: www.lagazette.fr

(٩٩) Raymond Odent, Op. cit, p 564.

شروط رفع دعوى تنازع الاختصاص الإيجابي أمام محكمة التنازع، وبالتالي تتوقف هذه الأخيرة عن نظر الدعوى بصورة نهائية؛ لأن القرار الذي ستصدره لن يكون له أي أثر^(١٠٠).

وعلى الرغم من أن هذه المدة قد وضعت كضمانة لعدم تعطيل عمل القضاء العادي إلا أن الهدف منها لم يتحقق، حيث لم تقم محكمة التنازع - في الكثير من الأحيان - باحترام هذه المدد القانونية، ففي فترة الخمسينيات مثلاً كانت مدة الفصل في القضايا تصل حتى ١٨ شهراً، وكانت المحاكم القضائية غالباً ما تتعامل بصبر مع هذا التأخير، حيث تنتظر صدور قرار محكمة التنازع ولا تقوم بإعمال حقها القانوني في الفصل في النزاع بمرور ٤ أشهر^(١٠١).

وعموماً لا تخرج قرارات محكمة التنازع في دعاوى تنازع الاختصاص الإيجابي عن الاحتمالات الثلاثة التالية:

١ - رفض الدعوى شكلاً: وذلك في حالة عدم استيفائها للإجراءات التي قررها القانون بوجود عيب جوهري في إجراءات رفع الدعوى، كتجاوز مدة ١٥ يوماً المقررة لرفع دعوى تنازع الاختصاص الإيجابي أمام محكمة التنازع، أو لغياب حكم الاختصاص الذي أصدرته جهة القضاء العادي كرد على طلب المحافظ بوقف النظر في النزاع، وعموماً يمكن للمحافظ في هذه الحالات إعادة رفع طلبه من جديد أمام محكمة الاستئناف^(١٠٢)، فإذا ما أصرت هذه الأخيرة على اختصاص القضاء العادي بالفصل في النزاع، فيمكنه أن يحرك دعوى الاختصاص من جديد أمام محكمة التنازع، مع احترام الإجراءات التي قررها القانون وإرفاق دعواه بكل الوثائق المطلوبة، حيث لا يقف إلغاء محكمة التنازع لتوقيف النزاع عائقاً أو مانعاً أمام المحافظ لمباشرة إجراءات توقيف النزاع من جديد^(١٠٣).

٢ - رفض دعوى التنازع الإيجابي التي رفعها المحافظ من حيث الموضوع: وهو ما يعني تأييدها لاختصاص القضاء العادي بنظر الدعوى، وذلك إذا ما رأت محكمة التنازع أن النزاع كله أو في جزء منه من اختصاص القضاء العادي، ويترتب على

Serge Petit, Op. cit, p 89.

(١٠٠)

- وانظر أيضاً، Le tribunal des conflits، عبر الموقع الإلكتروني: www.justice.gouv.fr

Raymond Odent, Op. cit, p 564.

(١٠١)

Serge Petit, Op. cit, p 89.

(١٠٢)

Raymond Odent, Op. cit, p 566.

(١٠٣)

ذلك إلغاء وقف نظر المحكمة العادية للنزاع في الموضوع والسماح لها بمباشرة الفصل فيه من جديد، أو في حالة ما إذا قام المحافظ بتوقيف النزاع في قضية سبق وأن أقرت محكمة التنازع باختصاص أو ولاية القضاء العادي بالفصل في هذا النزاع، متجاهلاً بذلك قوة الشيء المقضي فيه لقرار صادر عن محكمة التنازع^(١٠٤).

٣ - تأكيد توقيف فصل المحكمة العادية في النزاع: وهو ما يعد تأييداً من محكمة التنازع للدفع الذي تقدم به المحافظ، من خلال منح الاختصاص بالفصل في النزاع للقضاء الإداري، وإقراراً من جانبها بأن النزاع لا يدخل ضمن اختصاصات القضاء العادي^(١٠٥)، وفي هذه الحالة يكون أصحاب الشأن ملزمين بالتوجه للقضاء الإداري للفصل في نزاعهم.

* وخلال الفترة الممتدة ما بين ١٩٨٣ و١٩٩٢، قامت محكمة التنازع الفرنسية بالفصل في ١٤١ دعوى للتنازع الإيجابي، أي بمعدل ٢٥ طلب إيقاف للنزاع كل سنة^(١٠٦)، وفي الفترة الممتدة من ٢٠٠٥ إلى ٢٠١٠ فصلت محكمة التنازع في ٧٣ حالة للتنازع الإيجابي^(١٠٧)، بينما بلغ عدد حالات التنازع الإيجابي التي فصلت فيها محكمة التنازع سنة ٢٠١١ بعد تحريك النزاع من طرف المحافظ ثمان (٨) حالات، منحت الاختصاص في خمس (٥) منها للقضاء الإداري^(١٠٨)، وفي سنة ٢٠١٢ بلغ عدد حالات التنازع الإيجابي التي فصلت فيها محكمة التنازع خمس (٥) حالات، منحت الاختصاص في أربع (٤) منها للقضاء الإداري^(١٠٩).

وكانت توكل لوزير العدل مهمة تبليغ نسخ القرارات إلى الوزراء المعنيين لتنفيذها إذا كان التنفيذ يدخل ضمن حدود اختصاصاتهم^(١١٠).

Raymond Odent, Op. cit, p 566. (١٠٤)

- وأيضاً، Le tribunal des conflits، عبر الموقع الإلكتروني: www.lagazette.fr
- Marie-Christine Rouault, Op. cit, p 211.

Raymond Odent, Op. cit, p 567. (١٠٥)

Serge Petit, Op. cit, p 77. (١٠٦)

Tribunal des conflits, rapports de 2005 à 2010. (١٠٧)

Rapport annuel d'activité du Tribunal des conflits pour l'année 2011, p 2 et 3. (١٠٨)

Rapport annuel d'activité du Tribunal des conflits pour l'année 2012, p 2 et 3. (١٠٩)

Serge Petit, Op. cit, p 64. (١١٠)

الفرع الثاني

Le conflit négatif الاختصاص السلبي

إلى جانب تنازع الاختصاص الإيجابي تختص محكمة التنازع الفرنسية بحل نوع آخر من التنازع، وهو تنازع الاختصاص السلبي الذي يعد بدوره من نتائج فصل القضاء الإداري عن القضاء العادي في فرنسا، وسنتناول في هذا الفرع مفهوم التنازع السلبي في فرنسا وشروطه.

أولاً: تعريف التنازع السلبي

يقصد بالتنازع السلبي في الاختصاص لدى الدول التي تتبنى الازدواجية في نظامها القضائي أن تدفع محكمتان تنتمي إحدهما لنظام القضاء الإداري والأخرى لنظام القضاء العادي بعدم اختصاصها بالفصل في النزاع نفسه، على أساس أنه يدخل ضمن اختصاصات النظام القضائي المقابل^(١١١)، وهو المفهوم الذي تبنته محكمة التنازع الفرنسية في العديد من قراراتها^(١١٢) وبرفض كل جهة من جهتي القضاء الفصل في الدعوى يكون المتقاضي قد تعرض لإنكار للعدالة نتيجة عدم تمكنه من إيجاد جهة قضائية تفصل في نزاعه، ولا يكون أمامه في هذه الحالة سوى طريق واحد لحل إشكاله، وهو اللجوء إلى محكمة التنازع التي ستتکفل بتحديد الجهة المختصة فعلاً بالفصل في هذا النزاع.

وعلى خلاف دعوى التنازع الإيجابي منح المشرع الفرنسي لكل من الإدارة والأفراد على حد سواء الحق في اللجوء إلى محكمة التنازع لرفع دعوى تنازع الاختصاص السلبي^(١١٣)، سعياً منه لتسهيل وتسريع حصول المتقاضين على حقوقهم، ولذات السبب ابتدع المشرع الفرنسي سنة ١٩٦٠ إجراء وقائياً لتفادي

Serge Petit, Op. cit, p 70, 71.

- Marie-Christine Rouault, Op. cit, p 212.

- Raymond Odent, Op. cit, P 568.

(١١١)

وانظر في ذلك أيضاً:

- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص ٤٠٢.

(١١٢) منها القرار الذي أصدرته بتاريخ ٢٣ فيفري ٢٠٠٤، انظر في ذلك، Le tribunal des conflits،

عبر الموقع الإلكتروني: www.tribad.gymnopédie-juridique-info/conflit.aspx

- وكذا قرارها الصادر بتاريخ ٣٠ جوان ٢٠٠٨، انظر، Le tribunal des conflits، عبر

الموقع الإلكتروني: www.fallaitpasfairedudroit.fr

(١١٣) د. مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص ١٤٨.

حدوث تنازع سلبي في الاختصاص، حيث ألزم بموجبه كل جهة قضائية سواء أكانت عادية أم إدارية ترى أنها غير مختصة بالفصل في نزاع معروض عليها سبق لجهة قضائية تنتمي للنظام القضائي المقابل أن دفعت بعدم اختصاصها بالفصل فيه، أن لا تعلن ذلك، بمعنى أن لا تصدر قراراً بذلك، وإنما عليها أن تحيل النزاع مباشرة إلى محكمة التنازع حتى تقوم هذه الأخيرة بتحديد الجهة المختصة قانونياً بالفصل فيه، ويطلق على هذا الإجراء مصطلح الإحالة الإجبارية^(١١٤).

وعلى الرغم من أنه لا يوجد اختلاف حول مفهوم التنازع السلبي بين الدول التي تبنت الازدواجية في نظامها القضائي على عكس التنازع الإيجابي، إلا أن شروط قيامه وتحريك الدعوى بشأنه أمام محكمة التنازع تختلف من دولة إلى أخرى.

ثانياً: شروط تحريك دعوى تنازع الاختصاص السلبي أمام محكمة التنازع

١ - تحريك دعوى تنازع الاختصاص السلبي أمام محكمة التنازع قبل ١٩٦٠:

يتم تحريك دعوى تنازع الاختصاص السلبي أمام محكمة التنازع بواسطة أحد أطراف النزاع بعريضة مقدمة من طرف محام معتمد أمام مجلس الدولة أو محكمة النقض، ولم يربط المشرع الفرنسي رفع هذه الدعوى بأية مواعيد^(١١٥)، لكنه بالمقابل وضع عدة شروط لتحريكها يمكن أن نجملها فيما يلي:

أ - يجب أن يكون هناك دعويا مرفوعتان حول النزاع نفسه أمام كل من القضاء العادي والقضاء الإداري، وأن يصدر كل منهما قراراً بعدم اختصاصه بالفصل فيها، الأمر الذي يضع المتقاضين أمام حالة من إنكار العدالة، وبهذا المعنى لا تكون محكمة التنازع الفرنسية مختصة إذا ما كان أحد قراري عدم الاختصاص صادراً عن محكمة إدارية والآخر عن قضاء استثنائي كالقضاء العسكري^(١١٦)، لأن لهذا الأخير طبيعة خاصة وتحكمه إجراءات مختلفة.

(١١٤) انظر في ذلك، Le tribunal des conflits، عبر الموقع الإلكتروني: www.justice.gouv.fr

(١١٥) - Voir, décret du 26 octobre 1849 réglant les formes de procéder du tribunal des conflits.

(مرسوم ٢٦ أكتوبر ١٨٤٩ المعدل المتعلق بتحديد أشكال الإجراءات المتبعة أمام محكمة التنازع)

- Juris Classeur, Op. cit, p 18.

- Raymond Odent, Op, cit, p 570.

Serge Petit, Op. cit, p 72.

(١١٦)

ب - يجب أن يكون قرار عدم الاختصاص الصادر عن كل جهة من جهتي القضاء العادي والقضاء الإداري مؤسساً على أن النزاع لا يدخل ضمن اختصاصات النظام القضائي الذي تنتمي إليه^(١١٧)، وإنما يعود الاختصاص بالفصل فيه للنظام المقابل، وبالتالي لا نكون أمام تنازع سلبي للاختصاص إذا ما كان رفض إحدى جهتي القضاء أو كليهما الفصل في النزاع سببه أن الفصل في النزاع من اختصاص جهة قضائية أخرى تابعة لنفس النظام^(١١٨).

ج - يجب أن يكون هناك وحدة في النزاع، أي أن يكون حكماً عدم الاختصاص متعلقين بالنزاع نفسه، بالمعنى الذي قصده المشرع في المادة ١٣٥١ من القانون المدني الفرنسي^(١١٩)، حيث يجب أن تشمل هذه الوحدة موضوع النزاع وأطرافه والتأسيس القانوني وحتى الطلبات^(١٢٠)، وبالنسبة لهذه الأخيرة يكفي لتحقيق الوحدة فيها أن تكون الطلبات في إحدى الدعويين جزءاً من الطلبات التي تضمها الدعوى الأخرى^(١٢١)، وبالتالي لا نكون أمام تنازع سلبي للاختصاص إذا كانت الأسباب التي رفع لأجلها طرفا النزاع دعواهم أمام جهتي القضاء ليست نفسها.

د - يجب أن تكون إحدى الجهتين اللتين دفعنا بعدم اختصاصها مخطئة في قرارها، بمعنى أن تكون إحداها مختصة قانوناً بالفصل في النزاع، لأنه لا مجال للحديث عن تنازع سلبي في الاختصاص إذا كان موضوع النزاع لا يدخل فعلاً ضمن اختصاصات أي من نظامي القضاء سواء العادي أو الإداري، كأن يكون المشرع قد

Raymond Odent, Op. cit, p 571.

(١١٧)

Serge Petit, Op. cit, p 71, 72.

(١١٨)

وأيضاً،

- د. حسين عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص ٢٧٤.

Raymond Odent, Op. cit, p 571.

(١١٩)

د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٦٣.

د. عبد الحميد الشواربي، قواعد الاختصاص القضائي في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٥، ص ٥٣.

- واشتراط وحدة النزاع في دعوى تنازع الاختصاص السلبي يختلف نطاقه من دولة إلى أخرى، حيث اكتفت بعض الدول باشتراط الوحدة في موضوع النزاع دون أطرافه، كما هو الحال في مصر، للتفصيل في ذلك انظر:

- د. إبراهيم عبد العزيز شبحا، المرجع السابق، ص ٢٦٥.

- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص ٤٠٣.

- د. حسين عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص ٢٧٤.

منح الاختصاص بالفصل فيه لجهة ثالثة كالقضاء العسكري أو المجلس الدستوري^(١٢٢) أو لأن القانون يمنع أصلاً إخضاعه للرقابة القضائية لتعلقه بأعمال السيادة كما سبق وذكرنا.

هـ - يمكن لصاحب الشأن أن يباشر إجراءات رفع دعوى التنازع السلبي أمام محكمة التنازع الفرنسية بمجرد حصوله على قرارين بعدم الاختصاص صادرين عن نظامين قضائيين مختلفين دون حاجة للطعن فيهما، لأن المشرع الفرنسي لا يشترط في رفع دعوى التنازع السلبي أن يكون قرارا عدم الاختصاص نهائيين، وذلك رغبة منه في توفير الجهد والوقت والمال على المتقاضين^(١٢٣)، لكن مع ذلك يمكن لأصحاب الشأن الطعن في قرار عدم الاختصاص بالاستئناف أو النقض، على أن توقف محكمة التنازع النظر في دعوى التنازع السلبي إذا ما صدر قرار عن أي من جهتي القضاء يقضي باختصاصها بالفصل في النزاع، لأن الدعوى المعروضة عليها ستكون حينها دون موضوع ولا طائل منها^(١٢٤).

٢ - إجراءات تحريك دعوى تنازع الاختصاص السلبي أمام محكمة التنازع بعد ١٩٦٠:

بهدف تسريع وتسهيل إجراءات رفع دعوى التنازع السلبي للاختصاص التي تتسم بالطول، قام المشرع الفرنسي بتعديل مرسوم ٢٦ أكتوبر ١٨٤٩ بموجب مرسوم ٢٥ يوليو ١٩٦٠، حيث غير بعض شروط وإجراءات تحريك هذه الدعوى أمام محكمة التنازع من خلال تبنيه لنظام الإحالة كإجراء وقائي يتجنب به وقوع تنازع

- Serge Petit, Op. cit, p 72.

(١٢٢)

- Serge Velley, Op. cit, p 19.

(١٢٣) د. حسين عثمان محمد عثمان، دروس في قانون القضاء الإداري في لبنان وفرنسا ومصر، الدار الجامعية، بيروت ١٩٩١، ص ٢٤٦.

- غير أن الواقع العملي يظهر العكس حيث لا يزال المتقاضون يعانون من بطء الفصل في دعاوى التنازع السلبي، ونذكر في هذا الإطار قضية نادي "باريس سان جرمان Paris saint germain" لكرة القدم مع "الرابطة الوطنية الفرنسية لكرة القدم" سنة ١٩٨٩، حيث تطلب تحديد الجهة المختصة بالفصل في النزاع ٨ سنوات كاملة، للتفصيل أكثر حول هذه القضية، انظر،

- Martine Lombard et Gilles Dumont, Op. cit, p 329.

Serge Petit, Op. cit, p 74, 76.

(١٢٤)

للاختصاص السلبي بين جهات القضاء العادي وجهات القضاء الإداري^(١٢٥)، والإحالة التي قررها المشرع الفرنسي نوعان: إحالة إجبارية وإحالة اختيارية، ورغم أن ما يهمنا في هذه الدراسة هو النوع الأول دون الثاني إلا أننا فضلنا ذكر الاثنين:

* الإحالة الإلزامية^(١٢٦): يلزم بموجبها المشرع الفرنسي الجهة القضائية التي تجد نفسها غير مختصة بالفصل في نزاع سبق لجهة قضائية أخرى تابعة للنظام القضائي المقابل أن أصدرت قراراً بعدم اختصاصها بالفصل فيه، بأن لا تعلن ذلك أي أن لا تصدر قراراً آخر بعدم الاختصاص، وإنما عليها إحالة النزاع مباشرة على محكمة التنازع لتحديد الجهة المختصة فعليا بالفصل فيه، لتجنب صدور حكمين بعدم الاختصاص حول النزاع نفسه، لكن بشرط أن يكون حكم عدم الاختصاص الصادر عن المحكمة الأولى نهائياً^(١٢٧)، كما يجب أن يكون قرار الإحالة الصادر عن المحكمة الثانية غير قابل للطعن أي أن يكون نهائياً أيضاً، وهو ما ذهبت إليه محكمة التنازع في قرارها الصادر في ١٨ إبريل ٢٠٠٥^(١٢٨).

Voir, Décret n°60-728 du 25 juillet 1960 Portant réforme de la procédure des (١٢٥) conflits d'attributions.

(المرسوم رقم ٦٠-٧٢٨ المؤرخ في ٢٥ جويلية ١٩٦٠ المتعلق بإصلاح إجراءات تنازع الاختصاص)

- وانظر في ذلك أيضاً، Le tribunal des conflits، عبر الموقع الإلكتروني: www.fallaitpasfairedudroit.fr وأيضاً،

- Jean Claude Ricci, Op. cit. p126.

- Serge Petit, Op. cit. p 65.

- Serge Velley, Op. cit. p 20.

(١٢٦) هناك من يرى أن الإحالة الإلزامية كإجراء وقائي لا تتعلق فقط بدعاوى تنازع الاختصاص السلبي وإنما يمكن إعمالها كذلك في دعاوى تنازع الاختصاص الإيجابي، حيث يسمح المشرع الفرنسي بموجبها حسب هذا الرأي لجهة أخرى غير المحافظ بتحريك دعوى تنازع الاختصاص الإيجابي أمام محكمة التنازع. انظر في ذلك، - د. أحمد محيو، المرجع السابق، ص ١٣١.

Jean Claude Ricci, Op. cit. p126.

(١٢٧)

- Serge Petit, Op. cit. p 65.

- Marie-Christine Rouault, Op cit, p 211, 212.

- Serge Velley, Op. cit. p 20.

(١٢٨) انظر في ذلك، Le tribunal des conflits، عبر الموقع الإلكتروني: www.tribad.gymnopedie-juridique-info/.conflict.aspx

وبعد أن تقوم محكمة التنازع بتحديد الجهة المختصة فعليا بنظر النزاع، يكون على هذه الأخيرة الفصل في الدعوى وجوباً، لأنه لا مجال للطعن في قرار محكمة التنازع، وقد تلقت محكمة التنازع الفرنسية ٢٤٧ إحالة في الفترة الممتدة بين ١٩٨٣ و ١٩٩٢^(١٢٩)، وخلال الفترة الممتدة بين ٢٠٠٥ و ٢٠١٠ تلقت المحكمة ٢٠٦ إحالة فصلت في ٢٠٠ منها^(١٣٠)، أما في سنة ٢٠١١ فقد بلغ عدد الإحالات التي فصلت فيها محكمة التنازع ٤١ إحالة، ٣٤ منها تمت من المحاكم التابعة للقضاء الإداري، وسبع (٧) من المحاكم التابعة للقضاء العادي، وقد منحت الاختصاص في ٣٢ إحالة للقاضي العادي^(١٣١)، وفي آخر إحصاء أصدرته محكمة التنازع سنة ٢٠١٢، فصلت هذه الأخيرة في ٣٣ إحالة إجبارية، ٢٧ منها تمت من جهات القضاء الإداري وست (٦) من جهات القضاء العادي، وقد منحت الاختصاص في أغلبية هذه الإحالات للقضاء العادي^(١٣٢).

* الإحالة الاختيارية: سمح مرسوم ٢٥ يوليو ١٩٦٠ للجهات القضائية العليا لكلا النظامين أي لكل من محكمة النقض ومجلس الدولة بالتوجه إلى محكمة التنازع مباشرة بقرار مسبب غير قابل للطعن^(١٣٣)، إذا ما رأت أن إحدى المحاكم التابعة لها بصدد الفصل في نزاع يطرح إشكالا حقيقيا أو صعوبات جدية حول مسألة الاختصاص، من شأن الفصل فيها أن يؤدي إلى الإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات وبالتحديد الفصل القائم بين السلطة الإدارية والسلطة القضائية^(١٣٤).

كما يمكن أن يتم إعمال هذا النوع من الإحالة بالنسبة للدعاوى التي يمكن أن

Serge petit, Op. cit, p 66, 67. (١٢٩)

Tribunal des conflits, rapports de 2005 à 2010. (١٣٠)

Rapport annuel d'activité du Tribunal des conflits pour l'année 2011, p 2. (١٣١)

Rapport annuel d'activité du Tribunal des conflits pour l'année 201٢, p 2 et 3. (١٣٢)

Jean Claude Ricci, Op. cit, p 126. (١٣٣)

- د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٦٤.

وللتفصيل أكثر حول هذا النوع من الإحالة انظر خاصة،

- Serge Velley, Op. cit, p 20.

- Serge petit, Op. cit, p 67, 68.

(١٣٤) د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص ١٧٤.

وانظر أيضاً:

- Marie-Christine Rouault, Op. cit, p 212.

- Juris Classeur, Op. cit, p 19.

تثير إشكالات في المستقبل^(١٣٥)، حيث يجب تدخل محكمة التنازع وتحديد لها للجهة المختصة بالفصل في النزاع وقوع النزاع أصلاً، وقد تلقت محكمة التنازع الفرنسية ٥٣ إحالة اختيارية خلال الفترة الممتدة من ١٩٨٣ إلى ١٩٩٢، من بينها ٤١ إحالة من مجلس الدولة و١٢ من محكمة النقض^(١٣٦)، كما سجلت الفترة ما بين ٢٠٠٥ و٢٠١٠ قيام مجلس الدولة الفرنسي بـ ٢٦ إحالة، بينما اكتفت محكمة النقض بـ ٧ إحالات فقط^(١٣٧).

وفي سنة ٢٠١١ فصلت محكمة التنازع في خمس (٥) إحالات اختيارية كلها تمت من مجلس الدولة^(١٣٨)، وارتفع العدد سنة ٢٠١٢ ليصل إلى ١٨ إحالة، ثماني (٨) منها تمت من مجلس الدولة وعشر (١٠) من محكمة النقض^(١٣٩)، وهو ما قد يوحي بوجود حرص أكبر من جانب مجلس الدولة على تكريس مبدأ الفصل بين السلطات، لأن من شأن ذلك دعم الفصل القائم بين القضاء الإداري والقضاء العادي.

* وإضافة إلى هذين النوعين هناك نوع ثالث من الإحالة يحركها وزير العدل أمام محكمة التنازع إذا ما رأى أن مجلس الدولة بصدد الفصل في دعوى لا تدخل ضمن اختصاصات القضاء الإداري، وذلك بعد أن يكون مجلس الدولة قد رفض طلب الوزير بالتخلي عن الفصل فيها، لكن يجدر الذكر أن القرارات التي صدرت عن المحكمة في هذا النوع من الإحالة لم تنفذ أبداً^(١٤٠).

ثالثاً: فصل محكمة التنازع في دعوى تنازع الاختصاص السلبي

بعد تحريك النزاع المتعلق بالتنازع السلبي للاختصاص أمام محكمة التنازع تتبع هذه الأخيرة بشأنه نفس إجراءات الفصل في دعاوى تنازع الاختصاص الإيجابي، مع إمكانية تدخل أطراف الدعوى أمام المحكمة بتقديم ملاحظاتهم واستنتاجاتهم^(١٤١)، على أن تقوم محكمة التنازع لاحقاً بتحديد الجهة المختصة فعليا

Marie-Christine Rouault, Vanessa Barbé, Op. cit, p 212. (١٣٥)

Serge Petit, Op. cit, p 68. (١٣٦)

Tribunal des conflits, rapports de 2005 à 2010. (١٣٧)

Rapport annuel d'activité du Tribunal des conflits pour l'année 2011, p 2. (١٣٨)

Rapport annuel d'activité du Tribunal des conflits pour l'année 2012, p 2. (١٣٩)

(١٤٠) انظر في ذلك، Le tribunal des conflits، عبر الموقع الإلكتروني:

www.fallaitpasfairedudroit.fr

Raymond Odent, Op. cit, p 571, 569. (١٤١)

بنظر النزاع من خلال إلغاء أحد قراري عدم الاختصاص، وإحالة أطراف النزاع على المحكمة التي ألغي قرار عدم اختصاصها^(١٤٢).

وبالتالي يكون على أصحاب الشأن إعادة رفع دعواهم أمام الجهة التي حددتها محكمة التنازع، مع العلم أن قرار الاختصاص الذي تصدره محكمة التنازع في الدعوى المعروضة عليها لا يلزم بقية الجهات القضائية في النزاعات المشابهة^(١٤٣)، وإذا كان تحريك دعوى تنازع الاختصاص السلبي أمام محكمة التنازع قد تم عن طريق الإحالة يكون على المحكمة في هذه الحالة أن تصدر قرارها في غضون ٣ أشهر، بحيث إذا لم تقم بعد شهر من نهاية هذه المدة بتبليغ القرار إلى المحكمة المعنية يمكن لهذه الأخيرة مباشرة الفصل في النزاع الذي أمامها^(١٤٤)، وقد فصلت محكمة التنازع الفرنسية في ١٤ دعوى متعلقة بالتنازع السلبي في الفترة الممتدة بين ١٩٨٣ و ١٩٩٢^(١٤٥)، وقد سجل نفس عدد الدعاوى في الفترة الممتدة ما بين ٢٠٠٥ و ٢٠١٠^(١٤٦)، أما في سنة ٢٠١١ فقد بلغ عدد دعاوى تنازع الاختصاص السلبي التي فصلت فيها محكمة التنازع ثلاث (٣) دعاوى^(١٤٧)، وتقلص العدد إلى دعوى واحدة فقط سنة ٢٠١٢^(١٤٨).

وفي الأخير يمكننا القول: إنه على الرغم من مساهمة نظام الإحالة، وبالتحديد الإحالة الإلزامية في تقليص عدد دعاوى تنازع الاختصاص السلبي المرفوعة أمام محكمة التنازع، إلا أنه لم ينجح في القضاء على هذا النوع من التنازع بصورة نهائية، وربما السبب في ذلك يعود برأيي إلى عدم احترام قضاة نظامي القضاء العادي والقضاء الإداري لأحكام مرسوم ٢٥ يوليو ١٩٦٠ وإغفالهم في الكثير من الأحيان إعمال الإحالة، خاصة وأنه لا يترتب عن عدم إعمالهم لها أي جزاءات.

Juris Classeur, Op. cit, p 18. (١٤٢)

- وأيضاً، Le tribunal des conflits، عبر الموقع الإلكتروني: www.fallaitpasfairedudroit.fr

د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ٥٦. (١٤٣)

انظر، Le tribunal des conflits، عبر الموقع الإلكتروني: www.justice.gouv.fr (١٤٤)

Serge Petit, op. cit, p 120. (١٤٥)

Tribunal des conflits, rapports de 2005 à 2010. (١٤٦)

Rapport annuel d'activité du Tribunal des conflits pour l'année 2011, p 2. (١٤٧)

Rapport annuel d'activité du Tribunal des conflits pour l'année 2012, p 2. (١٤٨)

المطلب الثاني

اختصاص محكمة التنازع بالفصل في دعاوى التناقض بين حكمين

Le conflit par Contrariété de jugements نهائيين

إلى جانب حل إشكالات تنازع الاختصاص منح المشرع الفرنسي بموجب قانون ٢٠ إبريل ١٩٣٢^(١٤٩) لمحكمة التنازع الاختصاص بالفصل في النزاعات المتعلقة بتناقض الأحكام القضائية الصادرة عن جهتين قضائيتين تنتميان لكل من القضاء العادي والقضاء الإداري.

الفرع الأول

مفهوم التناقض بين حكمين نهائيين

نقصد بالتناقض بين حكمين نهائيين قيام جهتين قضائيتين تنتميان إلى كل من القضاء العادي والقضاء الإداري بالتسبب في إنكار العدالة، نتيجة إصدارهما لحكمين متناقضين في الموضوع حول النزاع نفسه، بحيث يصعب التوفيق بينهما أو تنفيذهما معاً، بشرط أن يكون هذان الحكمان حائزين على قوة أو حجية الشيء المقضي به، أي أنه لا يمكن الطعن فيهما^(١٥٠).

وبالتالي نكون أمام تناقض في الأحكام وفقاً للمشرع الفرنسي، عندما يعلن كل من القاضي العادي والقاضي الإداري أنهما مختصان بالفصل في النزاع نفسه، ويصدران بشأنه حكمين نهائيين متناقضين في الموضوع، وهو ما ذهبت إليه محكمة التنازع في قرارها الصادر في ٥ مايو ٢٠٠٨^(١٥١)، وعادة ما يكون سبب إصدار هذين الحكمين هو عدم مباشرة المحافظ لإجراءات تحريك دعوى تنازع الاختصاص الإيجابي أمام محكمة التنازع.

Voir, la loi du 20 Avril 1932 ouvrant un recours devant le tribunal des conflits (١٤٩) contre les décisions définitives rendues par les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs lorsqu'elles présentent contrariété aboutissant à un déni de justice.

(قانون ٢٠ أبريل ١٩٣٢ المتعلق بالسماح برفع دعوى أمام محكمة التنازع ضد القرارات النهائية المتناقضة الصادرة عن كل من المحاكم القضائية والمحاكم الإدارية)

Jean Claude Ricci, Op. cit, p 126,127.

(١٥٠)

- Raymond Odent, Op. cit, p 572.

Juris Classeur, Op. cit, p 19.

(١٥١)

ونكون بصدد إنكار للعدالة بالمعنى الذي جاء به قانون ١٩٣٢، في الحالة التي يستحيل معها على المتقاضى الحصول على الرضا المقرر له قانوناً^(١٥٢)، سواء تعلق التناقض بين الحكمين بالوقائع أو بالمسائل القانونية، وهو ما ذهبت إليه محكمة التنازع الفرنسية في قرارها الصادر في ١٤ فبراير ٢٠٠٠^(١٥٣).

ومن هذه الناحية يتشابه تناقض الأحكام مع تنازع الاختصاص السلبي من حيث النتيجة التي يؤدي إليها كل منهما، ففي تناقض الأحكام يجد المتقاضى نفسه أمام حكمين متناقضين صادرين في الموضوع نفسه عن جهتين تنتميان لكل من القضاء العادي والقضاء الإداري، والشيء نفسه بالنسبة لتنازع الاختصاص السلبي، حيث يجد المتقاضى نفسه أمام حكمين صادرين في الشكل عن كل من القضاء العادي والقضاء الإداري يقضيان بعدم اختصاصهما بالفصل في نزاعه، وفي كلتا الحالتين يكون المتقاضى قد تعرض لإنكار العدالة، حيث يتعذر عليه في الحالة الأولى تنفيذ الحكم الصادر لصالحه لأنه يناقض حكماً آخر صادر عن جهة قضائية أخرى، بينما في الحالة الثانية يجد نفسه عاجزاً عن إيجاد قضاء يفصل في نزاعه^(١٥٤)، ونتيجة لهذا التشابه واجهت محكمة التنازع عدة صعوبات في التفريق بينهما عند فصلها في بعض القضايا المعروضة عليها كما حدث في قضية الزوجين كيفيليي Cuvillier^(١٥٥).

(١٥٢) Raymond Odent, Op. cit, p 574.

(١٥٣) Marie-Christine Rouault, Vanessa Barbé, Op. cit, p 212.

(١٥٤) فهيمه مرزوقي، الرسالة السابقة، ص ١٢١، ١٢٢.

(١٥٥) حيث تصادف مرور هذين الزوجين بأحد شوارع باريس في ٠٧ فيفري ١٩٣٤ مع اندلاع مظاهرات في هذا الشارع، فتعرضا للضرب على يد الشرطة، وعلى إثر ذلك قاما برفع دعوى تعويض أمام مجلس الدولة ضد بلدية باريس على أساس الخطأ الذي ارتكبهت شرطة الشغب في حقهما، فدفع مجلس الدولة بعدم اختصاصه بالفصل في الدعوى لأن الخطأ قد ارتكب في ظروف غير عادية والاختصاص في مثل هذه الحالة يعهد للمحاكم العادية، ولما توجه الزوجان إلى المحكمة العادية رفضت بدورها الفصل في الدعوى، لكون الأضرار محل النزاع لا علاقة لها بالمظاهرات لأنها حدثت بعيداً عن مكان أعمال الشغب وبعد مدة من انتهائها، وظل الزوجان لمدة ١١ سنة يبحثان عن جهة قضائية تفصل في دعواهما، قبل أن يقررا أخيراً اللجوء إلى محكمة التنازع على اعتبار أنهما يحوزان حكمين متناقضين، لكن محكمة التنازع بدورها رفضت الفصل في موضوع النزاع لأن الدعوى تتعلق بتنازع سلبي، وقررت أن المحكمة العادية هي صاحبة الاختصاص بالفصل فيه، انظر في ذلك:

- د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٦٥، ٦٦.

الفرع الثاني

قضية روزاي وصدر قانون ٢٠ إبريل ١٩٣٢

دفع تزايد عدد الدعاوى التي صدرت بشأنها أحكام متعارضة عن كل من القضاء العادي والقضاء الإداري كقضية السيدة بيتي^(١٥٦)، وقضية السيد لكانو^(١٥٧)، وقضية سفينة لوفيفارات Le fégarete^(١٥٨) إضافة إلى قضية السيد روزاي، إلى إصدار المشرع الفرنسي لقانون ٢٠ إبريل ١٩٣٢ الذي منح لمحكمة التنازع الاختصاص بالفصل في النزاعات المتعلقة بتناقض الأحكام القضائية الصادرة عن كل من القضاء العادي والقضاء الإداري، وتحديد الحكم الواجب التنفيذ من بين الحكمين المتناقضين، ومن ثم حماية مصالح المتقاضين وتجنب وقوعهم في حالة من إنكار العدالة، وهو ما ذهبت إليه محكمة التنازع في عدة قرارات منها قرارها الصادر في ١٧ ديسمبر ٢٠٠١ وقرارها الصادر في ٠٦ يوليو ٢٠٠٩^(١٥٩).

وتعد قضية السيد روزاي السبب الرئيسي في صدور قانون ٢٠ إبريل ١٩٣٠، حيث تعرض السيد روزاي لجروح إثر تصادم وقع بين السيارة الخاصة التي كانت

(١٥٦) ويتعلق الأمر بدعوى التعويض التي رفعتها السيدة "بيتتي" أمام مجلس الدولة ضد إدارة المدرسة التي يدرس فيها ابنها بعد الإصابة التي تعرض لها أثناء تواجد فيه، فدفع مجلس الدولة بعدم اختصاصه بالفصل في النزاع لعدم وجود خطأ مرفقي، على إثر ذلك توجهت السيدة بيتي إلى القضاء العادي وقامت برفع دعوى على المدرس أمام المحكمة الابتدائية، فرفضت بدورها الفصل في النزاع لأن المدرس لم يرتكب أي خطأ، انظر في ذلك: - د. حسين عثمان محمد عثمان، دروس في قانون القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٢٦٥، ٢٦٦.

(١٥٧) "لكانو" عامل تعرض لإصابة عمل فقام برفع دعوى تعويض أمام المحكمة المدنية ضد الشركة التي كان يعمل فيها مطالباً بتطبيق أحكام قانون طوارئ العمل الصادر في أبريل ١٨٩٨، فرفضت المحكمة دعواه لأنه بحار ومن ثم فهو يخضع لقانون البحارة الصادر في ٢٩ ديسمبر ١٩٠٥، وعند توجهه لمجلس الدولة رفض هذا الأخير الفصل في الدعوى لأن "لكانو" ليس بحاراً، للتفصيل حول هذه القضية، انظر خاصة: - د. حسين عثمان محمد عثمان، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(١٥٨) أثناء الحرب في فرنسا غرقت سفينة تدعى "Le fégarete"، فقام مالكها برفع دعوى تعويض أمام القضاء العادي، فرفض هذا الأخير الفصل فيها لأن سبب الغرق هو إندلاع الحرب، ولما توجه للقضاء الإداري رفض بدوره الفصل في الدعوى لأن سبب الغرق هو هبوب عاصفة بحرية، للتفصيل أكثر حول هذه القضية، انظر:

- Jean Claude Ricci, op. cit, p 127.

(١٥٩) انظر في ذلك، Le tribunal des conflits، عبر الموقع الإلكتروني:

www.tribad.gymnopedie-juridique-info/conflit.aspx

تقله وبين عربية عسكرية، فقام برفع دعوى تعويض ضد سائق السيارة الخاصة أمام المحكمة المدنية، فرفضت هذه الأخيرة الفصل في الدعوى، لأن سبب الحادث يعود للخطأ الذي ارتكبه سائق العربية العسكرية، فقام السيد روزاي برفع دعوى جديدة لكن هذه المرة أمام مجلس الدولة ضد سائق العربية العسكرية، فرفض مجلس الدولة بدوره الفصل فيها لأن السبب في وقوع الحادث هو الخطأ الذي ارتكبه صاحب السيارة الخاصة^(١٦٠).

وقد تسبب صدور هذين الحكمين المتعارضين في عدم تمكن السيد روزاي من الحصول على التعويض الذي طلبه، الأمر الذي دفع بمحاميه الذي كان في تلك الفترة نائباً في البرلمان الفرنسي إلى تقديم مقترح قانون حول كيفية حل الإشكاليات التي يطرحها صدور حكمين نهائيين متناقضين عن جهتين قضائيتين تابعتين لكل من القضاء العادي والقضاء الإداري، قصد حماية المتقاضين من إنكار العدالة، ونتج عن ذلك صدور قانون ٢٠ إبريل ١٩٣٢^(١٦١) الذي سمح للسيد روزاي بتقديم عريضة أمام محكمة التنازع لحل الإشكال الذي وقع فيه.

وقد قامت محكمة التنازع لاحقاً بالفصل في قضية السيد روزاي في ٠٨ مايو ١٩٣٣ بتقسيم المسؤولية بين الدولة وسائق السيارة الخاصة^(١٦٢)، وباتخاذها لهذا القرار تكون محكمة التنازع الفرنسية قد فصلت في الموضوع، وهو ما يعني أنه خلافاً لدعاوى تنازع الاختصاص سمح قانون ٢٠ إبريل ١٩٣٢ لمحكمة التنازع استثناء في دعاوى تناقض الأحكام القضائية أن تتجاوز الجانب الشكلي أو موضوع الاختصاص الذي يستلزم ترجيحها لأحد الحكمين محل النزاع على الآخر، بأن تقوم باستبعاد كلا الحكمين المتناقضين، وأن تتصدى بنفسها للفصل في موضوع النزاع^(١٦٣) بقرار نهائي غير قابل للطعن^(١٦٤).

(١٦٠) André De Laubadère, op. cit, p 386.

(١٦١) د. مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص ١٤٩.

(١٦٢) Martine Lombard et Gille Dumont, op. cit , p 330.

(١٦٣) د. أحمد محيو، المرجع السابق، ص ١٣٠.

(١٦٤) Serge Velley, Op. cit, p 20.

- ولتفصيل أكثر حول فصل محكمة التنازع في الموضوع في القضايا المتعلقة بتناقض الأحكام انظر خاصة:

- Raymond Odent, Op cit, p 552 s te.

الفرع الثالث

شروط تحريك دعوى تناقض الأحكام أمام محكمة التنازع

يمكن لأطراف النزاع تحريك الدعوى المتعلقة بتناقض الأحكام أمام محكمة التنازع متى توفرت الشروط التالية:

- يجب أن يتعلق الطلب المقدم لمحكمة التنازع بحكمين قضائيين نهائيين لا يقبلان أي طريق من طرق الطعن، أحدهما صادر عن محكمة عادية والآخر عن محكمة إدارية^(١٦٥)، لأن اللجوء لمحكمة التنازع لا يتم إلا بعد فشل المتقاضين في إيجاد حل لنزاعهم رغم استنفادهم لكل طرق الطعن التي قررها القانون أمام جهتي القضاء.

- يجب أن يكون الحكمان المتناقصان متعلقين بالموضوع وليس بالشكل أو الاختصاص^(١٦٦) وإلا أصبحنا أمام تنازع في الاختصاص السلبي، حيث ذهبت محكمة التنازع في قرارها الصادر في ٢٧ يونيو ١٩٥٥ إلى أنه بما أن المحكمة قد أعلنت عدم اختصاصها نكون بصدد تنازع سلبي ولا مجال لتطبيق أو أعمال قانون ٢٠ إبريل ١٩٣٢^(١٦٧)، كما لا يتحقق التناقض إذا كان أحد الحكمين مؤقتاً أو عاجلاً لأن هذا النوع من الأحكام لا يمس بأصل الحق^(١٦٨).

- يجب أن يكون التعارض بين الحكمين فعلياً أو مطلقاً، بحيث يمتد ليشمل مضمون الحكمين والآثار القانونية والقضائية المترتبة عنهما كالتكييف والتأسيس القانوني^(١٦٩) والقانون الواجب التطبيق^(١٧٠)، مع ضرورة توضيح وجه التناقض بين الحكمين من طرف أصحاب الشأن^(١٧١).

- يجب أن تكون هناك وحدة في موضوع الدعويين اللتين أدتا إلى صدور الحكمين المتناقضين، وبالتالي لا تكون محكمة التنازع مختصة وفقاً لقانون ٢٠ إبريل

Raymond Odent, Op. cit, p 572. (١٦٥)

Serge Petit, Op. cit, p 97. (١٦٦)

Raymond Odent, Op. cit, p 574. (١٦٧)

(١٦٨) د.عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص ٤٠٥.

(١٦٩) وكمثال على ذلك نذكر قضية السفينة "Le fêgarête"، حيث كان رفض القضاء العادي منح مالكةا التعويض مؤسساً على أن سبب غرقها هو اندلاع الحرب، فيما جاء رفض القضاء الإداري منحه التعويض مؤسساً على أن سبب الغرق هو هبوب عاصفة بحرية.

Jean Claude Ricci, Op. cit, p 127. (١٧٠)

- د. عمار عوابدي، المرجع السابق، ص ١٤٤.

(١٧١) د. حسين عثمان محمد عثمان، قانون القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٢٧٦.

١٩٣٢ بالفصل في نزاعات تناقض الأحكام الصادرة عن محكمتين لا تنتميان للنظام القضائي نفسه، إذا كان النزاع لا يتعلق بالموضوع نفسه، حتى وإن كانت التبريرات أو الحجج التي اعتمدت عليها لإصدار هذين الحكمين مختلفة أو متناقضة^(١٧٢)، لكن بالمقابل لم يشترط المشرع الفرنسي الوحدة في أطراف النزاع، لصعوبة تحقيق هذا الشرط في دعاوى تناقض الأحكام التي عادة ما يكون أطرافها متعددين^(١٧٣).

- يجب أن يؤدي التناقض بين الحكمين إلى إنكار العدالة، ونتيجة لغموض هذا المصطلح وصعوبة تحديد معناه ترك المشرع الفرنسي لمحكمة التنازع حرية كبيرة في تحديد المقصود بمصطلح إنكار العدالة الذي تضمنه قانون ٢٠ إبريل ١٩٣٢.

ويرى الفقه الفرنسي أن المتنازعي يقع ضحية لإنكار العدالة في حالتين، إما نتيجة لتقييم متناقض بشأن مسائل متعلقة بالواقع كما حدث في قضية السيد روزاي، أو في حالة وجود اجتهادات فقهية أو قضائية متناقضة لا يمكن التوفيق بينها صادرة عن محكمة النقض أو مجلس الدولة، لكن في بعض الحالات يمكن للحكمين القضائيين المتعاكسين أن لا يكونا متناقضين وبالتالي لا يطرح أي إشكال بالنسبة للتوفيق بينهما، ومن ثم لا يتسببان في إنكار العدالة، وهو ما ذهبت إليه محكمة التنازع في قرارها الصادر في ١٢ ديسمبر ١٩٤٢، الذي جاء فيه أنه يمكن لقرارين أن يستبعدا أي مسؤولية سواء إدارية أو مدنية، كما هو الحال في الحادث الذي تسبب فيه حسان تابع للجيش لمتفرج في مضمار سباق الخيول، لأن الحادثة قد تكون إما بفعل قوة قاهرة أو خطأ الضحية^(١٧٤).

- يجب أن يتم تحريك دعوى تناقض الأحكام أمام محكمة التنازع في غضون شهرين يبدأ حسابها من اليوم الذي يصبح فيه آخر حكم من الحكمين المتناقضين غير قابل للطعن أمام القضاء^(١٧٥)، وهو ما جاء في قرار محكمة التنازع الصادر بتاريخ ١٧ مايو ٢٠١٠^(١٧٦).

(١٧٢) - للتفصيل في ذلك انظر:

- Raymond Odent, Op. cit, p 573.

(١٧٣) - وهو ما سجلناه على قضايا تناقض الأحكام التي استعرضناها سابقا كقضية السيدة "بتي" وقضية السيد "روزاي".

Raymond Odent, Op. cit, p 573. (١٧٤)

Serge Velley, Op. Cit, p 20. (١٧٥)

(١٧٦) انظر في ذلك، Le tribunal des conflits، عبر الموقع الإلكتروني:

www.tribad.gymnopedie-juridique-info/conflit.aspx

- يجب أن يقدم الطلب أو العريضة من قبل محام معتمد لدى مجلس الدولة ومحكمة النقض، وهذا الشرط مطلوب في كل الدعاوى المرفوعة أمام محكمة التنازع سواء تعلق الأمر بتنازع الاختصاص أو تناقض الأحكام.

الفرع الرابع

فصل محكمة التنازع في دعاوى التناقض بين حكمين نهائيين

تتبع محكمة التنازع عند الفصل في دعاوى تناقض الأحكام الإجراءات نفسها التي تتبعها عادة عند فصلها في دعاوى تنازع الاختصاص سواء الإيجابي أو السلبي، كما يمكن لمحكمة التنازع قبل أن يترتب على الحكمين محل النزاع أي آثار مادية أو قانونية أن تأمر بوقف تنفيذ أحدهما أو كليهما مؤقتاً لحين فصلها في الدعوى إذا ما طلب منها أحد الخصوم ذلك^(١٧٧)، كما يمكنها قبل الفصل في النزاع أن تأمر بإجراء تحقيق^(١٧٨).

وعموماً تصدر محكمة التنازع في دعاوى التناقض بين حكمين نهائيين نوعين من الأحكام، فهي إما أن ترجح أحد الحكمين المتناقضين أو أن تستبعدهما معاً وتتصدى بنفسها بالفصل في موضوع النزاع بحكم نهائي غير قابل لأي طريق من طرق الطعن، كما حدث في قضية السيد روزاي الشهيرة.

وقد بلغ عدد دعاوى تناقض الأحكام التي فصلت فيها محكمة التنازع الفرنسية في الفترة الممتدة بين ١٩٨٣ و ١٩٩٢ ثلاث قضايا فقط^(١٧٩)، بينما فصلت في الفترة الممتدة من ٢٠٠٥ إلى ٢٠١٠ في ١٠ دعاوى^(١٨٠)، ومن خلال تقارير محكمة التنازع لهذه السنوات نلاحظ تزايداً في عدد القضايا المتعلقة بتناقض الأحكام التي فصلت فيها محكمة التنازع، لكن عدد الدعاوى انخفض من جديد سنة ٢٠١١ ليصل إلى

(١٧٧) - د. إبراهيم عبد العزيز شبيخا، المرجع السابق، ص ٢٧٤.

- د. عمار عوابدي، المرجع السابق، ص ١٤٤.

Juris Classeur, Op. Cit, p 19.

(١٧٨)

وانظر أيضاً:

- د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص ١٨٢.

- د. حسين عثمان محمد عثمان، دروس في القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٢٤٨.

Serge Petit, Op. cit, p 120.

(١٧٩)

Tribunal des conflits, rapports de 2005 à 2010.

(١٨٠)

دعوى واحدة^(١٨١)، بينما لم تفصل محكمة التنازع سنة ٢٠١٢ في أي دعوى متعلقة بتناقض الأحكام^(١٨٢).

الخاتمة:

حاولنا من خلال هذه الدراسة توضيح أهمية محكمة التنازع الفرنسية كهيئة قضائية تحكيمية تهتم بالفصل في النزاعات التي قد تنشأ بين الجهات القضائية التابعة لكل من القضاء العادي والقضاء الإداري، من خلال استعراضنا لأسباب نشأة هذه المحكمة والطريقة المتبعة في اختيار تشكيلتها، التي يفترض فيها تحقيق التوازن بين جهتي القضاء العادي والقضاء الإداري لضمان حيادية قراراتها، كما فصلنا في اختصاصاتها التي حددها المشرع الفرنسي في حل إشكالات الاختصاص بنوعيه الإيجابي والسلبي، والفصل في دعاوى تناقض الأحكام النهائية الصادرة عن جهتين قضائيتين تنتميان لكل من القضاء العادي والقضاء الإداري، وكنتيجة لذلك سجلنا عدة ملاحظات سنقدم بعض المقترحات بشأن البعض منها سواء فيما يتعلق بتشكيلة المحكمة أو اختصاصاتها:

* فبالنسبة لتشكيلة محكمة التنازع لاحظنا أن المشرع الفرنسي حاول قدر الإمكان تحقيق التوازن بين نظامي القضاء العادي والقضاء الإداري، وقد وفق إلى حد كبير في تحقيق حيادية هذه المحكمة بالنظر للطريقة التي اعتمد عليها في اختيار أعضائها، رغم الانتقادات التي وجهت له بسبب منح رئاستها لوزير العدل، والتي رأينا أنه لم يكن لها أي تأثير على عمل محكمة التنازع على اعتبار أن رئاسته لها قانونية فقط، في حين أن الرئاسة الفعلية كانت لנائب الرئيس الذي ينتخبه قضاة محكمة التنازع فيما بينهم.

* أما فيما يتعلق باختصاصات محكمة التنازع فقد سجلنا ما يلي:

- بالنسبة لاختصاص محكمة التنازع الفرنسية بالفصل في تنازع الاختصاص الإيجابي لاحظنا حصر المشرع الفرنسي حق اللجوء إلى محكمة التنازع في شخص المحافظ، الأمر الذي حرم الأفراد من رفع هذا النوع من الدعاوى أمام محكمة التنازع، كما حرم الإدارة نفسها في الكثير من الأحيان من المطالبة بحقوقها، لأن المحافظ كإداري قد يكون جاهلاً بقواعد الاختصاص القضائي مما قد يصعب عليه الحصول على دليل إثبات ليوافقه به القاضي العادي لمنعه من التدخل أو التعدي على اختصاصات القاضي الإداري.

(١٨١) Rapport annuel d'activité du Tribunal des conflits pour l'année 2011, p 2.

(١٨٢) Rapport annuel d'activité du Tribunal des conflits pour l'année 2012, p 3.

لذلك نقترح بهذا الشأن إعادة النظر في مسألة حصر حق تحريك إجراءات دعوى تنازع الاختصاص الإيجابي في شخص المحافظ، وذلك إما بفتح المجال أمام أشخاص آخرين وجهات إدارية أخرى لاستعمال هذا الحق، أو بالإبقاء على هذا الحق للمحافظ لكن مع السماح لجهات أخرى بإخطاره عن أي تجاوز في الاختصاص قد تقوم به جهات القضاء العادي لدفعه لتحريك إجراءات دعوى تنازع الاختصاص الإيجابي.

كما يتوجب على المشرع الفرنسي تدارك التمييز الواقع بين نظامي القضاء العادي والقضاء الإداري بالنسبة لحق تحريك دعوى تنازع الاختصاص الإيجابي، وذلك بتمكين نظام القضاء العادي بدوره من اللجوء لمحكمة التنازع، حتى لا يفسر حصره لحق تحريك دعوى تنازع الاختصاص الإيجابي في شخص المحافظ على أنه تحيز للقضاء الإداري على حساب القضاء العادي، وحماية لاختصاصات القضاء الإداري على حساب اختصاصات القضاء العادي.

ومن شأن أعمال نظام الإحالة في دعاوى تنازع الاختصاص الإيجابي أن يحل هذا الإشكال؛ لأنه سيمكن القضاء العادي من اللجوء إلى محكمة التنازع عندما يقوم المحافظ بتحريك إجراءات توقيف النزاع أمامه، فبدل أن يرفض طلبه يمكنه أن تحيل الدعوى مباشرة على محكمة التنازع للفصل في موضوع الاختصاص.

- أما بالنسبة لدعوى تنازع الاختصاص السلبي، فرغم تجاوز المشرع الفرنسي للانتقادات التي تحدثنا عنها في التنازع الإيجابي، حيث سمح لكل ذي مصلحة أن يرفع دعوى تنازع الاختصاص السلبي أمام محكمة التنازع دون أن يحصرها في شخص أو جهة معينة، كما هو الحال في دعوى تنازع الاختصاص الإيجابي، ورغم أنه لم يشترط مواعيد معينة لرفع دعوى تنازع الاختصاص السلبي أمام محكمة التنازع، كما لم يشترط ضرورة أن يكون حكماً عدم الاختصاص نهائياً، إلا أن المتقاضين لا يزالون يعانون من البطء الذي يميز إجراءات تحريك دعوى تنازع الاختصاص السلبي أمام محكمة التنازع.

وعلى الرغم من مساهمة نظام الإحالة الذي تبناه المشرع الفرنسي سنة ١٩٦١، وبالتحديد الإحالة الإجبارية في تقليص عدد دعاوى تنازع الاختصاص السلبي المرفوعة أمام محكمة التنازع، إلا أنه لم ينجح في القضاء على هذا النوع من التنازع بصورة نهائية، وربما السبب في ذلك يرجع إلى عدم احترام قضاة نظامي القضاء العادي والقضاء الإداري لأحكام مرسوم ٢٥ يوليو ١٩٦٠ وإغفالهم في الكثير من الأحيان أعمال الإحالة.

المراجع

أولاً: النصوص القانونية:

- Le code de procédure civile français. (قانون الإجراءات المدنية الفرنسي)
- Le code de procédure pénale français. (قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي).
- Loi des 16-24 Août 1790 sur l'organisation judiciaire. (قانون ١٦-٢٤ أغسطس ١٧٩٠ المتعلق بالتنظيم القضائي)
- L'ordonnance du 1er juin 1828 relative aux conflits d'attribution entre les tribunaux et l'autorité administrative. (الأمر المؤرخ في ٠١ جوان ١٨٢٨ المتعلق بتنازع الاختصاص بين المحاكم والسلطة الإدارية)
- Loi du 4 février 1850 portant sur l'organisation du tribunal des conflits. (قانون ٤ فبراير ١٨٥٠ المتضمن تنظيم محكمة التنازع الفرنسية)
- Loi du 24 Mai 1872 portant réorganisation du conseil d'état. (قانون ٢٤ مايو ١٨٧٢ المتعلق بإعادة تنظيم مجلس الدولة الفرنسي)
- Loi du 20 Avril 1932 ouvrant un recours devant le tribunal des conflits contre les décisions définitives rendues par les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs lorsqu'elles présentent contrariété aboutissant a un déni de justice. (قانون ٢٠ إبريل ١٩٣٢ المتعلق بالسماح برفع دعوى أمام محكمة التنازع ضد القرارات النهائية المتناقضة الصادرة عن كل من المحاكم القضائية والمحاكم الإدارية)
- Décret du 2 septembre 1795 du 16 fructidor an III qui défend aux tribunaux de connaître des actes d'administration et annule toutes procédures et jugements intervenus à cet égard. (مرسوم ١٦ فركتدور III المتعلق بمنع المحاكم القضائية من النظر في الأعمال الإدارية، وإلغاء كل الإجراءات والأحكام الصادرة في هذا الصدد).
- Décret du 26 octobre 1849 réglant les formes de procéder du tribunal des conflits. (مرسوم ٢٦ أكتوبر ١٨٤٩ المعدل المتعلق بتحديد أشكال الإجراءات المتبعة أمام محكمة التنازع)
- Décret n°52-1306 du 5 décembre 1952 modifiant l'ordonnance royale

- ١٣٠٦-٥٢ (المرسوم رقم ١٣٠٦-٥٢ du 1er juin 1828 sur les conflits d'attribution. المؤرخ في ٥ ديسمبر ١٩٥٢ المتعلق بتعديل الأمر المؤرخ في ١ جوان ١٨٢٨ المتعلق بتنازع الاختصاص بين المحاكم والسلطة الإدارية)
- Décret n°53-934 du 30 septembre 1953 portant réforme du contentieux administratif en France. (المرسوم رقم ٩٣٤-٥٣ المؤرخ في ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣ والمتعلق بإصلاح القضاء الإداري في فرنسا)
- Décret n°60-728 du 25 juillet 1960 Portant réforme de la procédure des conflits d'attributions. (المرسوم رقم ٧٢٨-٦٠ المؤرخ في ٢٥ جويلية ١٩٦٠ المتعلق بإصلاح إجراءات تنازع الاختصاص)

ثانياً - المؤلفات باللغة العربية:

- د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٣.
- د. أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق و بيوض خالد، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ١٩٩٢.
- د. حسين عثمان محمد عثمان، دروس في قانون القضاء الإداري في لبنان وفرنسا ومصر، الدار الجامعية، بيروت ١٩٩١.
- د. حسين عثمان محمد عثمان، قانون القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٣.
- حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية الطبعة الأولى، الرياض ٢٠٠٣.
- د. سامي جمال الدين، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٣.
- د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٤.
- د. سعيد بو شعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء ٠٢، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة ٠٤، ١٩٩٨.
- د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، مكتبة جامعة عين شمس القاهرة ١٩٨٦.

- د. سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، مصر ١٩٩٦.
- د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، دراسة مقارنة، الكتاب الأول دار الفكر العربي، مصر ١٩٩٦.
- د. عبد الحميد الشواربي، قواعد الاختصاص القضائي في ضوء القضاء والفقه منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٨٥.
- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٩٦.
- د. عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار ربحانة، الجزائر ١٩٩٩.
- د. عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج ١ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ٢٠٠٣.
- د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، فرنسا، مصر، لبنان، الدار الجامعية، بيروت ١٩٨٨.
- د. مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء ٠١، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ٢٠٠٥.
- د. محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، التنظيم الإداري، دار العلوم، الجزائر ٢٠٠٢.
- د. محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم، الجزائر ٢٠٠٢.
- د. محمد رفعت عبد الوهاب والدكتور حسين عثمان محمد عثمان، مبادئ القانون الإداري دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠٢.
- محند أمقران بوبشير، النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ٢٠٠٣.

ثالثاً - المؤلفات باللغة الفرنسية:

- André de Laubadère, Traité élémentaire de droit administratif, Tome 1^{ère}, 5^e édition, L G D J , Paris 1970.
- Charles Debbasch, Contentieux administratif, Dalloz, Paris, 1975.

- François Terré, Introduction générale du droit, 6^e édition, Dalloz 2003.
- Jean Claude Ricci, Droit administratif, Hachette livre, Edition 1996.
- Juris classeur, compétence administratif et judiciaire, procédure civile, 2009.
- Marceau Long, Prosper Weil, Cuy Braibant, Pierre Delvolve, Bruno Crenévois Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 14^e édition, Dalloz, Paris 2003.
- Marie-Christine Rouault, droit administratif, mémentos LMD, gualino éditeur 4^e Edition, sans date.
- Marie-Christine Rouault, manuel de droit administratif, gualino éditeur EJA, Paris, 2005.
- Marie-Christine Rouault, Vanessa Barbé, Guillaume Canel, droit administratif Anna droit LMD, annales corrigées 2008.
- Martine Lombard et Gilles Dumont, Droit administratif, 5^e édition, Dalloz 2003.
- Raymond Odent, contentieux administratif, tome 1, Dalloz 2007.
- Serge Petit, Le contentieux judiciaire de l'administration, Berger-Levrault coll. Administration nouvelle, Nancy, 1993.
- Serge Petit, Le tribunal des conflits, Imprimerie des presses universitaires de France 1994.
- Serge Velley, Droit administratif, 2^e édition, Dyna' sud, Vuibert, France 1999.

رابعاً – الرسائل الجامعية والمجلات القانونية:

- د. خالد عبد الحميد، أعمال السيادة والقضاء الإداري، مجلة معهد القضاء الصادرة عن معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، السنة التاسعة، عدد ١٨ ديسمبر ٢٠٠٩.
- فهدية مرزوقي، النظام القانوني لمحكمة التنازع في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير في القانون العام، المركز الجامعي سوق أهراس، الجزائر ٢٠٠٦.

خامساً – التقارير:

- Tribunal des conflits, rapports de 2005 à 2010.
- Rapport annuel d'activité du Tribunal des conflits pour l'année 2011.
- Rapport annuel d'activité du Tribunal des conflits pour l'année 2012.

سادساً – المواقع الإلكترونية:

- www.tribad.gymnopedie-juridique-info/conflit.aspx
- www.justice.gouv.fr
- www.fallaitpasfairedudroit.fr
- www.lagazette.fr

دور قضاء الاستعجال الإداري في حماية الحريات الأساسية (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والمصري والفرنسي)

الدكتور/ عدو عبد القادر
كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة أدرار
الجمهورية الجزائرية

ملخص:

في الدول التي تبنت نظام ازدواجية القضاء، كالجزائر، ومصر، وفرنسا، يحتل قاضي الاستعجال الإداري مكانة هامة في مجال حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية. فعن طريق تدابير مؤقتة، وفي أقرب الآجال، يمكن لقاضي الاستعجال أن يأمر بوقف تنفيذ القرار الإداري، ولو بالرفض، متى كان هذا القرار يشكل اعتداء على حرية أساسية. كما يمكنه، وهو ما يعدّ أبرز تجديد في القانون الفرنسي والجزائري على حد سواء، أن يأمر الإدارة، تحت طائلة غرامة تهديدية، باتخاذ التدابير الضرورية للمحافظة على الحرية التي اعتدت عليها.

وفي هذه الدراسة المخصصة لدور قاضي الاستعجال الإداري في حماية الحريات الأساسية، سنحاول البحث عن مفهوم مقبول للحريات الأساسية، رغم تنوع المصطلحات المستعملة في هذا المجال. كما سنحاول بيان الوسائل القانونية التي يملكها قاضي الاستعجال الإداري بقصد ضمان الحفاظ على الحريات الأساسية ضد تصرفات الإدارة، سواء في مجال الاعتداء المادي، أو في مجال الضبط الإداري.

مقدمة:

لا يكتمل الحديث عن الحريات الأساسية في أيّ نظام قانوني إلاّ بالحديث عن الضمانات المقررة بموجب نصوص الدستور والقانون لممارسة هذه الحقوق، أو هذه الحريات. ولأشكّ أن الضمانات المقررة في مواجهة السلطة العامة هي على درجة كبيرة من الأهمية؛ ومردّد ذلك أنّ السلطة العامة هي المختصة بتنفيذ القوانين، وتسيير المرافق العامة، وحفظ النظام العام، وهي في ممارستها لهذه الصلاحيات قد تمسّ عن قصد أو غير قصد بحقوق الأفراد وحرياتهم، خاصّة خلال فترة الاضطرابات والأزمات.

ولا يختلف اثنان أنّ رقابة القضاء تعدّ أهمّ الضمانات الدستورية لحقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية؛ غير أنّ بطء إجراءات التقاضي في غالبية الدول يجعل في الكثير من الأحيان هذه الرقابة عديمة الجدوى من الناحية العملية، ولهذا تظهر رقابة قضاء الاستعجال الإداري، ولو بتدابير مؤقتة، رقابة فاعلة، وسريعة، وقليلة التكلفة.

ولأهمية هذا الجانب فقد آثرنا أن يكون موضوع هذه الدراسة: دور قضاء الاستعجال الإداري في حماية الحريات الأساسية. ولقد حصرنا هذه الدراسة في ثلاثة قوانين وضعية: القانون الجزائري، والقانون الفرنسي بحكم تجربته الكبيرة في مجال حماية الحريات الأساسية، والقانون المصري بحكم عراقته، وبحكم تماثل العديد من مبادئه مع مبادئ القضاء الإداري الفرنسي.

ويثير موضوع الدراسة ثلاث مسائل محورية: تتعلق الأولى بماهية الحريات الأساسية محل الحماية القضائية المستعجلة، وتتعلق الثانية بالمجال الذي يمكن أن تثار فيه الحريات الأساسية أمام قاضي الاستعجال الإداري؛ أما المسألة الثالثة فتتعلق بوسائل الحماية القضائية المؤقتة للحريات الأساسية.

ولا يخفى على أحد ما لهذا الموضوع من أهمية عملية تبعاً لأهمية موضوع الحريات الأساسية في حد ذاته. وتزداد هذه الأهمية مع ما يشاهد من استغلال الكثير من المنظمات الحكومية وغير الحكومية لمسألة الحريات الأساسية بغرض التدخل في شؤون الدول، إما بذريعة حماية هذه الحريات، أو بذريعة ترقيتها.

المطلب الأول ماهية الحريات الأساسية

مصطلح "الحريات الأساسية" Libertés Fondamentales أو "الحقوق الأساسية" Droits Fondamentaux، كما في بعض الكتابات^(١)، ليس جديداً في الفكر والسياسة والقانون، واستعماله ليس محلّ توافق سواء بين شراح القانون الدستوري أو القانون الإداري (الفرع الأول). وعلى خلاف مصطلح "حقوق الإنسان" Droits de l'homme، فإنّه من الصعب الوصول إلى مفهوم مقبول لمصطلح "الحريات الأساسية"، ومن ثمّ تمييزها عن مصطلح "الحريات العامة" Libertés publiques (الفرع الثاني).

الفرع الأول استعمال مصطلح "الحريات الأساسية"

على المستوى الدولي، ورد مصطلح "الحريات الأساسية" أوّل مرّة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام ١٩٤٨؛ حيث تقرر في ديباجته: "ولمّا كانت الدول الأعضاء قد تعهدت بالتعاون مع الأمم المتحدة على ضمان اطراد مراعاة حقوق الإنسان والحريات الأساسية واحترامها"^(٢).

وعلى رغم من هذا النص فإنّ استخدام مصطلح "الحريات الأساسية" ليس رائجاً في قوانين الدول، على خلاف مصطلح "حقوق الإنسان"، ومصطلح "الحريات العامة".

أولاً: مصطلح "الحريات الأساسية" في القانون وأحكام القضاء

كما سبقت الإشارة إليه فإنّ مصطلح الحريات أو الحقوق الأساسية ليس جديداً في الفكر والسياسة والقانون، فقد ورد هذا المصطلح في القانون الأساسي الألماني لعام ١٩٤٩، وقد عرض المؤسس الدستوري في ذات القانون المبادئ التي تحكم هذه الحقوق وأهمّها: حظر المساس بجوهر الحقوق الأساسية بمقتضى التشريع، وحظر أيّ

(١) يجمع شراح القانون الإداري والدستوري على أنّه لا فرق في مجال حقوق الإنسان وحياته الأساسية بين الحق Droit، والحرية Liberté، فكلّ حرية هي حقّ. انظر على سبيل المثال: د. هاني سليمان الطعيمات، حقوق الإنسان وحياته الأساسية، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٣، ص ٣١-٣٢.

(٢) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على موقع الأمم المتحدة: www.un.org.

تعديل دستوري يطال الحقوق الأساسية. ومن أبرز الحقوق الأساسية التي عرضها القانون الأساسي الألماني: الحق في الكرامة الإنسانية، الحق في السلامة البدنية، حرية الرأي، حرية التعبير، الحق في سرية المراسلات وغيرها^(٣).

وفي الجزائر، وعلى غرار دستور عام ١٩٧٦، ورد مصطلح "الحريات الأساسية" في المادة ٨ من دستور عام ١٩٩٦. وقد أعاد المشرع الدستوري النص عليه تزامناً مع مصطلح "حقوق الإنسان" في المادة ٣٢ بقوله: "الحريات الأساسية وحقوق الإنسان مضمونة". وعلى خلاف الدستور الجزائري لم يتضمن الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ الإشارة إلى "الحريات الأساسية" إلا في موضع واحد هو نص المادة ٥٣-١، وهذا على خلاف مصطلح "الحريات العامة"، حيث ورد في كل من المواد ٣٤، ٧٣، ٧٤.

وعلى مستوى القضاء فقد ورد مصطلح "الحريات الأساسية" لأول مرة في قضاء محكمة التنازع الفرنسية بتاريخ ٨ أبريل ١٩٣٥ في القضية الشهيرة بجريدة "العمل الفرنسي" Action française. وكان الأمر يتعلق أساساً بحرية الصحافة؛ حيث تمّ حجز أعداد من الجريدة المذكورة بموجب قرار إداري، وهو ما شكّل اعتداء مادياً بسبب أنّ صلاحية الأمر بالحجز تعود إلى السلطة القضائية وليس إلى الإدارة^(٤).

أمّا عن القضاء الجزائري فقد درج منذ بواكير أحكامه على استعمال مصطلح "الحقوق الأساسية" بدل "الحريات الأساسية". ومن القرارات القضائية في هذا الشأن قرار المحكمة العليا بتاريخ ٣٠ يناير ١٩٨٨ في قضية اعتداء بلدية على ملكية خاصة؛ حيث أعلنت فيه: "أنّ الأفعال التي وقع المعنيون ضحيتها تشكّل تعدياً، أي تصرفاً مادياً للإدارة مشوباً بغيب جسيم وماسّ بأحد الحقوق الأساسية للفرد"^(٥).

ثانياً: مصطلح "الحريات الأساسية" في الفقه الدستوري والإداري

يعدّ موضوع الحريات الأساسية من المواضيع الأشدّ إثارة في القانون الدستوري والإداري على حدّ سواء. وعلى غرار الكتاب الفرنسيين، فقد تبنّى الكثير من الكتاب العرب مصطلح "الحريات الأساسية" وفق التفصيل الآتي:

(٣) Michel Levinet, Théorie générale des droits et libertés, Bruylant, Paris, 2006, p 54-56. Patrick Wachsmann, Libertés publiques, Dalloz, Paris, 2013, p 5-6.

(٤) TC, 8 avril 1935, Action Française, arrêt n° 48, M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvové, B. Genevois, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, Paris, 17 édition, 2009, p 292.

(٥) المحكمة العليا، ٣٠ يناير ١٩٨٨، ملف رقم ٥٦٤٠٧، المجلة القضائية، ١٩٩٢، عدد ٢، ص ١٤٠.

١ - مصطلح "الحريات الأساسية" في الفقه الفرنسي

بخصوص الفقه الفرنسي، من السهل ملاحظة أنَّ الدراسات القانونية في مجال الحقوق والحريات قبل عام ١٩٩٠، اتجهت إلى استعمال مصطلح "الحريات العامة" أكثر من مصطلح "الحريات الأساسية"، وبمفهوم واحد^(٦). وعلى الرغم من هذا التوجّه فقد بقي المصطلح غير متداول لدى بعض الكتّاب، ومن أبرزهم ODET، حيث لم يستعمل المصطلح في كتابه القيم "المنازعات الإدارية" حين تعرّضه بالدراسة إلى الحقوق الفردية والجماعية في القانون الإداري الفرنسي^(٧). وقد بدا واضحاً في أكثر من موضع الخلط بين المصطلحين، ومن ملامح هذا الخلط، كما لاحظته أحد الكتّاب في فرنسا، هو ما كشف عنه القرار الوزاري الصادر في ٣٠ أبريل ١٩٦٧ المتضمن إصلاح الإجازة في الحقوق؛ حيث تمّ بموجبه إنشاء مقرّر دراسي جديد بعنوان "الحريات الأساسية"، ولكن بمضمون شبيه بمقرّر "الحريات العامة"^(٨).

ولقد كان لقرار مجلس الدولة الفرنسي دور في ازدهار مصطلح "الحريات الأساسية"؛ حيث استخدم بتاريخ ٢٢ يناير ١٩٩٠ تعبير "الحريات الأساسية" كمترادف للحقوق والحريات المضمونة دستورياً. والذي زاد من استخدام هذا المصطلح استحداث المشرع الفرنسي بموجب المادة 2-521 من قانون القضاء الإداري لعام ٢٠٠٠ نظام الأوامر أو ما يعرف باستعجال المحافظة على الحريات الأساسية؛ حيث نصت هذه المادة على ما يلي: "عندما يخطر بطلب مبرّر بالاستعجال، يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر بكلّ التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية...".

٢ - مصطلح "الحريات الأساسية" في الفقه العربي

إنّ ما يلاحظ على الدراسات المقدّمة في النصف الثاني من القرن الماضي هو ندرة استعمال مصطلح "الحريات الأساسية"، فقد أثر البعض من الكتّاب العرب

(٦) من هؤلاء عميد القانون الإداري الفرنسي جورج فودل Georges Vedel، وبيير دلفوفية Pierre Delvolvé، حيث يستعملان مصطلح الحقوق الأساسية Droits fondamentaux والحريات العامة Libertés publiques بمفهوم واحد. انظر: جورج فودل وبيير دلفوفية، القانون الإداري، الجزء الأول، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١، ص ١١٣.

(٧) Voir: Raymand Odent, Contentieux administratif, Tome 2, Dalloz, 2004, p338 et suiv.

(٨) Jean Francois Lachaume, Droits fondamentaux et droit administratif, A.J.D.A (Actualité juridique - Droit administratif), 1998, p 92.

استعمال مصطلح "الحريات العامة" حتى في دارستهم لنظرية الاعتداء المادي، وهم بذلك يظهرون عدم تأثرهم بموقف محكمة التنازع الفرنسية وترديدها لمصطلح الحريات الأساسية في قضائها الخاص بنظرية الاعتداء المادي، ومن هؤلاء عميد القانون الإداري الدكتور سليمان الطماوي^(٩). في حين جمع البعض بين مصطلح "الحريات الأساسية" ومصطلح "الحريات العامة"، ومن هؤلاء الكتاب الدكتور مصطفى كيرة في أطروحته "نظرية الاعتداء المادي في القانون الإداري"^(١٠)، والدكتور محمد عبد الحميد مسعود في أطروحته "إشكاليات رقابة القضاء على مشروعية قرارات الضبط الإداري"^(١١). ومن المؤكد أنّ رواج مصطلح "الحريات الأساسية" في الدراسات القانونية الفرنسية قد فتح المجال للفقه العربي لاستعمال مصطلح "الحريات الأساسية"، ومن هؤلاء الدكتور هاني سليمان الطعيمات في مؤلفه "حقوق الإنسان وحرياته الأساسية"^(١٢).

الفرع الثاني

مفهوم الحريات الأساسية

حقوق الإنسان فكرة متميزة بشكل ظاهر عن فكرة الحريات الأساسية؛ ولهذا من السهل الوقوف على مفهومها. وفي المقابل فإنّ الخلط بين فكرة الحريات الأساسية وفكرة الحريات العامة، كما هو واضح في الكثير من الكتابات، يصعب أيّ محاولة لوضع مفهوم مقبول للحريات الأساسية.

أولاً: مفهوم حقوق الإنسان

لا يثير مصطلح "حقوق الإنسان" أية صعوبة في تحديد مفهومه؛ إذ يراد به كلّ الحقوق اللصيقة بالإنسان، وهي حقوق تتركز على فكرة الحرية في التصرف المعترف

(٩) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، مراجعة الدكتور محمود عاطف البناء، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٣٩٢.

(١٠) انظر: د. مصطفى كيرة، نظرية الاعتداء المادي في القانون الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٦٢، فعلى سبيل المثال ورد في الصفحة ٢٠٧ مصطلح "الحريات العامة"، وفي الصفحة ١٤٠ مصطلح "الحريات الأساسية" في ذات المعنى.

(١١) انظر: د. محمد عبد الحميد مسعود، إشكاليات رقابة القضاء على مشروعية قرارات الضبط الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٢٩٢ وما بعدها.

(١٢) د. هاني سليمان الطعيمات، المرجع السابق، ص ٢٩.

بها لكل فرد. وهذه الحرية سابقة على وجود المؤسسات العامة والخاصة^(١٣). ويجمع أغلب الشراح الفرنسيين على أنّ فكرة حقوق الإنسان هي فكرة فلسفية أكثر من كونها فكرة قانونية؛ ولهذا يروج استعمال هذا المصطلح لدى المنظمات الدولية في سعيها لتأكيد الحماية الدولية للحريات، أو لدى مؤسسات المجتمع المدني في سعيها لترقية الحقوق السياسية والاقتصادية والاجتماعية للفرد^(١٤).

أمّا فكرة الحريات الأساسية والحريات العامة فهما فكرتان قانونيتان؛ أي منظمتان بموجب قواعد القانون الداخلي بصرف النظر عن درجتها في السلم التشريعي.

ثانياً: في التمييز بين مفهوم الحريات الأساسية ومفهوم الحريات العامة

يتحدد مفهوم الحريات الأساسية عن طريق التمييز بين فكرة "الحريات الأساسية" وفكرة "الحريات العامة"، وثمة تباين في هذا الموضوع بين كلّ من الفقه الفرنسي والفقه العربي.

١ - رأي الفقه الفرنسي

يجمع شراح القانون الدستوري والإداري الفرنسي على أنّ الحريات العامة هي شكل من التكريس القانوني لحقوق الإنسان^(١٥). ويقصد بها مجموعة الحريات المحمية بمقتضى القانون في مواجهة السلطة العامة، وتفصيل ذلك أنّ لفظ "الحرية" Liberté يرد به القدرة على التصرف في محيط من الاستقلالية؛ أمّا لفظ "العامة" Publique فينصرف إلى السلطات العمومية في الدولة، وهذا يعني أنّ هذه الحريات مقررّة للفرد أساساً في مواجهة السلطة العامة، وعلى وجه الخصوص السلطة الإدارية^(١٦).

أمّا الحريات الأساسية فثمة اختلاف واضح بين الكتاب حول مفهومها، فالأستاذ Roland Vandermeeren يرى بأنّ الحريات الأساسية هي الحقوق المعترف بها والمحمية من طرف الدولة، وهي لا تضمّ فقط الحريات العامة Libertés publiques كحرية التنقل، وحرية الفكر، وحرية العقيدة، وحرية الصحافة، وحرية الاجتماع، وحرية

(١٣) Louis Favoreu, Patrick Gaia, Richard Ghevontian, Ferdinand Mélin-Soucranien, Annabelle Pena, Otto Pfersmann, Joseph Pini, André Roux Guy scoffoni, Jérôme Tremau, Droit des libertés fondamentales, Dalloz Paris, 6 édition, 2012, p3.

(١٤) Roseline Letteron, Libertés publiques, Dalloz, Paris, 6 édition, 2012, p 2.

(١٥) Louis Favoreu et autres, Droit des libertés fondamentales, op.cit, p 51.

(١٦) Idem.

الصناعة والتجارة، وغيرها؛ وإنما حريات أخرى ذات طابع أساسي تستفيد هي الأخرى أيضاً من ضمانات دستورية. ومن قبيل هذه الحريات: الحق في السلامة البدنية، الحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية، حق اللجوء السياسي، حرية الإعلام السمعي البصري^(١٧).

وعلى نحو مقارب يرى واضعو مصنف "القرارات الكبرى للاجتهاد الإداري" الأستاذ M. Long وآخرون، أنّ الحريات الأساسية هي الحريات التي تحظى باعتراف وحماية خاصة على المستوى الدستوري والدولي والتشريعي^(١٨). نفس المفهوم نجده تقريباً عند عميد القانون الدستوري الفرنسي الأستاذ Louis Favoreu وغيره؛ حيث يرى أنّ "الحريات الأساسية هي الحريات أو الحقوق المحمية بموجب قواعد دستورية، أو أوروبية، أو دولية، لا أكثر ولا أقل"^(١٩).

وعلى نقيض ما تقدم عرضه، يرى بعض الشراح أنّ كلّ حرية هي أساسية، ومن ثمّ لا مجال للتمييز بين ما يعدّ حرية أساسية وما لا يعدّ كذلك^(٢٠).

٢ - رأي الفقه العربي

ثمة تباين واضح بين الكتاب العرب في القانون الدستوري أو الإداري حول مفهوم الحريات الأساسية، رغم قلة الدراسات في هذا المجال.

ومن أوائل الكتاب العرب الذين تعرّضوا بإسهاب لهذا الموضوع الدكتور عبد الحكيم حسن العيلي. ورأيه أنّ الحريات الأساسية هي نوع من الحريات التقليدية، وهذه الأخيرة هي قسم من الحريات العامة، بمعنى أنّ الحريات الأساسية هي جزء من الحريات العامة. ومن قبيل الحريات الأساسية وفق رأيه: الحرية الشخصية، حرية أو حقّ التملك، حرمة المسكن، حرية العمل والصناعة والتجارة، حرية الرأي، حرية الاعتقاد، حرية التجمّع^(٢١). وتعني الحريات العامة من وجهة نظره، استناداً على

(١٧) Roland Vandermeeren, La réforme des procédures devant le juge administratif, AJDA, 2000, p713.

(١٨) M. Long et autres, op.cit, p 797.

(١٩) Louis Favoreu, Patrick Gaïa, Richard Ghevontian, Jean-Louis Mestre, Otto Pfersmann, André Roux Guy Scoffoni, Droit Constitutionnel, Dalloz, 2014, 16 édition, p 881.

(٢٠) Gustave Peiser, Contentieux administratif, Dalloz, Paris, 2009, p 170.

(٢١) عبد الحكيم حسن العيلي، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٨٧ وما بعدها.

المذهب الفردي، القيود التي يضعها الدستور أو القانون على سلطة الدولة لصالح الأفراد، بحيث تمنعها من التدخل في شؤونهم في بعض الأحوال، أو بتقييد تدخلها إزاءهم في أحوال أخرى.

وعلى نحو مغاير يرى الدكتور هاني سليمان الطعيمات "أنَّ الحقوق الأساسية التي يخولها دستور دولة لمواطنيها، ويصونها لهم ضدَّ التجاوزات التي قد يتعرضون لها، سواء من قبل الأفراد أو من قبل السلطة، هي الحقوق المعروفة باسم الحريات العامة".

وواضح أنَّ هذا المفهوم الأخير يقترب في شقٍّ منه من المفهوم المعتمد من طرف غالبية الفقه الفرنسي، وهو أنَّ الحقوق أو الحريات الأساسية ينصُّ عليها الدستور ويضمنها ضدَّ تدخل الدولة بالدرجة الأولى.

ويقترّب من هذا المفهوم أيضاً ما خلص إليه الدكتور محمد عطية محمد فودة؛ حيث رأيه أنَّ الحماية الدستورية للحقوق المستقاة من إعلانات حقوق الإنسان هي التي تكشف طابعها الأساسي. وتوضيح ذلك من وجهة نظره أنَّ "إضفاء الحماية الدستورية على الحقوق هو الوسيلة الوحيدة لإعطاء هذه الحقوق قيمة أعلى من القيمة التي يمنحها التشريع العادي، ورفعها إلى قمة النظام القانوني" (٢٢).

وما يستخلص من المفاهيم المتقدمة هو توجّه الكتاب العرب إلى استخدام مصطلح "الحريات الأساسية"، ولكن بمفهوم لا يتطابق كلياً مع المفهوم المتداول في الفقه الفرنسي بتأثير من القانون الألماني (٢٣)؛ حيث يبقى التركيز فقط على الدستور، دون الإشارة إلى المعاهدات الدولية رغم سموّها على التشريع.

٣ - المفهوم المقبول

دون الخوض طويلاً في الاختلاف بين كتاب القانون الدستوري والإداري على حدّ سواء، فإنَّ من الأمور الواضحة في الدراسات القانونية الحديثة هو توسّع الكتاب في استخدام مصطلح "الحريات الأساسية". ويعزى هذا الأمر إلى كون مصطلح "الحريات العامة"، وهو مصطلح تقليدي لم تعرف المؤلفات القديمة غيره (٢٤)، لم يعد يساير ما تشهده حقوق الإنسان من تطور أبرزه اتجاه الدول إلى النصّ عليها في

(٢٢) د. محمد عطية محمد فودة، الحماية الدستورية لحقوق الإنسان، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١، ص ١٤٨.

(٢٣) Michel Levinet, op.cit, p 54.

(٢٤) Roseline Letteron, op.cit, p 2.

صلب دساتيرها الوطنية^(٢٥). ونحن نميل إلى تأييد ما يذهب إليه البعض من أنّ الحريات الأساسية تشمل كلّ حرية مشمولة بحماية خاصة^(٢٦). وتتمثل هذه الحماية من جهة في سمو القاعدة القانونية التي تنصّ على هذه الحرية، ومن جهة في تدخّل القضاء بجميع أصنافه، بما فيه القضاء الدستوري، من أجل صيانة هذه الحرية ضدّ تدخل السلطة العمومية، وضدّ تدخّل الأفراد.

وترتيباً على ما تقدّم، ووفق ما يستخلص من الكتابات الدستورية والإدارية، فإنّ للحرية الأساسية جملة خصائص تستقل بها، وتميّزها بالتالي عن الحريات العامة:^(٢٧)

- ترتكز حماية الحريات الأساسية على القواعد الدستورية والدولية، على خلاف الحريات العامة؛ حيث ترتكز فقط على قواعد التشريع العادي.
- يختص القاضي الإداري أو العادي حسب الأحوال بضمان حماية الحريات العامة، بخلاف الحريات الأساسية؛ حيث تفترض أهلية القاضي الدستوري، فضلاً عن القاضي الإداري أو العادي، للتدخل قصد ضمان هذه الحماية.
- الحريات الأساسية معترف بها لكلّ الأشخاص القانونية بما فيهم الأشخاص المعنوية. على سبيل المثال تعدّ حرية الجماعة المحلية في تسييرها شؤونها المحلية حرية أساسية وفق قضاء مجلس الدولة الفرنسي^(٢٨)؛ وهذا بخلاف الحريات العامة، حيث تلتصق فقط بالأشخاص الطبيعية.

وعلى ضوء العناصر المتقدمة فإننا نرّجّح ما يذهب إليه البعض من أنّ الحريات الأساسية تشمل فضلاً عن الحريات العامة، أي الحريات المعترف بها للفرد في مواجهة السلطة العامة، كلّ الحقوق المشمولة المنصوص عليها في الدستور أو

Olivier Jouanjan, L'émergence des droit fondamentaux en France, AJDA, 1998, (٢٥) p 6.

Guillaume Glinard: Les critères d'identification d'une liberté fondamentale aus sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. AJDA 2003, p. 2011. Gilles Bachelier, Le référé liberté, RFDA (Revue française de droit administratif) 2002, p 264.

Louis Favoreu, Jérôme Tremeau, et autre, op.cit, p 52. Louis Favoreu, Patrick Gaïa, Richard Ghevontian, Jean-Louis Mestre, Otto Pfersmann. André Roux Guy Scoffoni, Droit Constitutionnel, Dalloz, 2014, 16 édition, p 881. Jean-Francois Lachaume, Droit fondamentaux et droit administratif, A.J.D.A., 1998, p 93.

CE, 18 janv., 2001, Commune De Venelle, arrêt n° 107, M. Long et autres, (٢٨) op.cit, p 787.

الاتفاقيات الدولية. ولا تقتصر هذه الحريات على تلك التي تفرض على الدولة التزاماً بعدم التعرّض إليها، وإنّما تشمل جميع الحقوق التي تتطلب من الدولة تدخلاً إيجابياً، أي التزاماً بعمل، كما هو الشأن بالنسبة للحقوق الدائنية، كالحقّ في العمل، والحقّ في البيّنة، وغير ذلك^(٢٩).

ولا شكّ أنّ الحريات الأساسية أو الحقوق الأساسية بهذا المفهوم موجودة في غالبية الدساتير العربية حتى ولو لم تتضمن هذه الدساتير مصطلح الحريات الأساسية كما هو حال الدستور الجزائري والفرنسي، ومن بين هذه الدساتير الدستور الكويتي والأردني والمغربي؛ إذ توسعت في النصّ على هذه الحريات في صلب دساتيرها الوطنية، وهذا ما رفع مستوى الضمانات المقررة لهذه الحريات من ضمانات عادية إلى ضمانات دستورية.

Louis Favoreau et autres, Droit Constitutionnel, op.cit., p 881.

(٢٩)

المطلب الثاني مجال تدخل قضاء الاستعجال الإداري

يثار موضوع الحريات الأساسية، من وجهة نظر القانون الإداري في مجالين اثنين^(٣٠): الأول هو الاعتداء المادي أو التعدي Voie de fait (الفرع الأول)، والثاني هو الضبط الإداري Police administrative (الفرع الثاني). وباعتبار أنَّ قضاء الاستعجال الإداري هو فرع من القضاء الإداري، فإنَّه مختصّ باتخاذ جميع التدابير الضرورية للحدّ من اعتداء الإدارة على الحريات الأساسية.

وإذا كان هذا هو المبدأ العام الذي استقر عليه القانون الجزائري والمصري والفرنسي، فإنَّ ثمة تبايناً واضحاً بين هذه القوانين في هذا المجال؛ إذ قد يزاحم القضاء العادي (أي العدلي) القضاء الإداري في صلاحيته كحارس للحريات الأساسية، كما هو الحال في القانون المصري حالياً، وكما كان عليه الحال في القانون الفرنسي إلى غاية جوان ٢٠١٣. وقد يكون للمتقاضين أكثر من إجراء من الممكن أن يستخدمه لحماية حريته الأساسية، كما هو حال القانون الفرنسي والجزائري؛ إذ يوجد إلى جانب استعجال وقف تنفيذ القرارات الإدارية بشروطه الخاصة، كلٌّ من استعجال التدابير الضرورية، واستعجال المحافظة على الحريات أو ما يعرف بنظام الأوامر، ولكلٍّ منهما شروطه الخاصة.

الفرع الأول الاعتداء المادي

يزخر القضاء في كلٍّ من الجزائر ومصر وفرنسا بالعديد من الأوامر والأحكام الخاصة بتعدي الإدارة على حق الملكية والحريات الأساسية.

ولا خلاف أنَّ نظرية الاعتداء المادي هي من ابتداء القضاء العادي الفرنسي حتّى يواجه بها كلَّ اعتداء جسيم من جانب السلطة الإدارية على حق الملكية والحريات الأساسية^(٣١). وينجم عن هذه النظرية نتائج استثنائية، سواء من حيث اختصاص القضاء، أو من حيث سلطاته.

Gilles Bachelier, op.cit, p 263.

(٣٠)

(٣١) د. مصطفى كيرة، المرجع السابق، ص ٦٦ وما بعدها.

أولاً: مفهوم الاعتداء المادي

أحدث قرار محكمة التنازع الفرنسية الصادر بتاريخ جوان ٢٠١٣ تغييراً جذرياً في نظرية الاعتداء المادي؛ حيث ظهر إلى الوجود مفهوم جديد للاعتداء المادي يختلف عن المفهوم التقليدي المتعارف عليه إلى حدّ الآن في كلّ من القضاء الجزائري والقضاء المصري.

١ - مفهوم الاعتداء المادي في القضاء الجزائري والمصري

لم يخرج القضاء الجزائري عن المفهوم الذي تواترت عليه قرارات محكمة التنازع منذ عام ١٩٣٣ وإلى غاية ٢٠١٣؛ حيث عرّفت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا (مجلس الدولة حالياً) الاعتداء المادي بأنه: "تصرّف مادي للإدارة مشوب بعيب جسيم وماسّ بأحد الحقوق الأساسية للفرد" (٣٢).

ويقترّب التعريف المتقدم من التعريف الذي استقر عليه القضاء المصري، ومن ذلك قضاء محكمة القاهرة الابتدائية، حيث عرّفت الاعتداء المادي بأنه: "ارتكاب جهة الإدارة لخطأ جسيم أثناء قيامها بعمل مادي يتضمن اعتداء على حرية فردية أو على مال مملوك لأحد الأفراد سواء كان عقاراً أو منقولاً" (٣٣).

ويتضح من التعريفين المتقدمين أنّ للاعتداء المادي ثلاثة عناصر:

- أن يقترن بتنفيذ مادي.
- أن يشمل التنفيذ على عيب جسيم.
- أن يصيب الملكية أو الحرية الأساسية.

٢ - المفهوم الجديد للاعتداء المادي في القضاء الفرنسي

بتاريخ ١٧ جوان ٢٠١٣ أرست محكمة التنازع الفرنسية مفهوماً جديداً للاعتداء المادي. وقد تمّ لها ذلك بعد إخطارها من محكمة النقض الفرنسية بخصوص نزاع نشأ بين شركة توزيع كهرباء فرنسا ومالك قطعة أرضية أقامت عليها الشركة المذكورة عموداً كهربائياً دون سند شرعي (٣٤).

(٣٢) المحكمة العليا، ٣٠ يناير ١٩٨٨، قرار رقم ٥٦٤٠٧، المجلة القضائية، ١٩٩٢، عدد ٢، ص ١٤٠.

(٣٣) محكمة القاهرة الابتدائية، ٩ نوفمبر ١٩٥٨، محاماة، السنة ٤٠، العدد السادس، فبراير سنة ١٩٦٠، ص ١١٢، أشار إليه الدكتور سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٤٠٣.

(٣٤) TC, 17 juin 2013, M. Bergoend c/Société ERDF, A.J.D.A., 2013, p 1245.

وقد اعتبرت المحكمة في هذا القرار الذي يشكل تحولاً في نظرية الاعتداء المادي: "أنه لا يوجد اعتداء مادي من جانب الإدارة، يبرّر اختصاص المحاكم العادية بصلاحيّة الأمر بوقف الاعتداء، أو التعويض عنه، إلا في حالة مبادرة الإدارة بالتنفيذ الجبري، ضمن شروط غير قانونية، لقرار إداري حتى ولو كان مشروعاً، يشكل اعتداء على حرية فردية، أو استئصالاً لحق الملكية؛ أو في حالة اتخاذ قرار له نفس آثار الاعتداء على الحرية الفردية أو استئصال حق الملكية، والذي لا يمكن ربطه بشكل ظاهر بأي سلطة تمتلكها الهيئة الإدارية".

ولقد جاء قرار محكمة التنازع الفرنسية بعد أشهر قليلة من صدور قرار عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٢٣ يناير ٢٠١٣؛ حيث اعترف فيه بصلاحيّة قاضي الاستعجال الإداري في وقف أي عمل يشكل اعتداء مادياً على حق الملكية^(٣٥). ولقد شكّل قرار مجلس الدولة الفرنسي على هذا النحو سابقة في القضاء الإداري الفرنسي؛ إذ لأول مرة يزاحم القاضي الإداري القاضي العادي في اختصاصه بوضع حدّ لحالة الاعتداء المادي على حق الملكية والحريات الأساسية.

وتظهر أهمية قرار محكمة التنازع من حيث كونه ضيق من نظرية الاعتداء المادي، وبالتالي من مجال تدخل القاضي العادي. ويظهر هذا التضيق من حيث اشتراط محكمة التنازع في الاعتداء المادي، وبالتالي اختصاص القضاء العادي ما يلي: (٣٦)

- أن يصيب الاعتداء حرية فردية *Liberté individuelle* وليس حرية أساسية كما كان عليه الوضع في السابق. والحريات الفردية هي جميع الحقوق المتصلة بالفرد، ومن ذلك: الحق في السلامة البدنية، حرية التنقل، حرية العمل والتجارة، حرية الرأي، حرية العقيدة^(٣٧).

- الثانية أن يكون الاعتداء على الملكية خطيراً أي ظاهر المخالفة للقانون؛ بحيث يترتب عنه، وفق تغبير محكمة التنازع، استئصال حق الملكية، ويحدث ذلك خاصة في حالات نزع الملكية بدون سند شرعي.

وكما يذهب إليه البعض فإنّ قرار حكمة التنازع الفرنسية صدر بغرض التوفيق

(٣٥) CE, 23 Janv. 2013, n° 365262, A.J.D.A, 2013, p 199.

(٣٦) Xavier Domino, La voie de fait mise au régime sec, A.J.D.A, 2013, p 1568.

(٣٧) انظر في موضوع الحريات الفردية: د. عبد الحكيم حسن العلي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٣، ص ٩٨ وما بعدها.

بين المبادئ الجديدة في قانون القضاء الإداري، ومن أهمها إسناد صلاحية الحفاظ على الحريات الأساسية للقاضي الإداري، وبين ما كان يجري به العمل من اختصاص القضاء العادي بحالات الاعتداء المادي باعتباره حارس الحريات وحق الملكية^(٣٨). والمؤكد أنّ قرار مجلس الدولة بقراره الصادر في يناير ٢٠١٣، شكّل الخطوة الأولى في عملية إرساء مفهوم جديد للاعتداء المادي.

ثانياً: نتائج وجود حالة الاعتداء المادي

يترتب على وجود حالة الاعتداء المادي أو التعدي مجموعة من النتائج القانونية المتعلقة بقاضي الاستعجال الإداري، سواء من حيث اختصاصه، أو من حيث سلطاته. وثمة تباين واضح بين كلّ من القانون الجزائري والفرنسي والمصري في هذا الشأن وفق التفصيل الآتي:

١ - في القانون الجزائري

أ - انعقاد الاختصاص بنظر منازعات الاعتداء المادي لقضاء الاستعجال الإداري: وهذا ما نصت عليه المادة ٩٢١ فقرة ٢ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري: "وفي حالة التعدي والاستيلاء أو الغلق الإداري، يمكن أيضاً لقاضي الاستعجال أن يأمر بوقف تنفيذ القرار الإداري". ولا يمنع اختصاص قاضي الاستعجال بنظر منازعات التعدي من أن يطرح المدعي النزاع أمام قاضي الموضوع^(٣٩). ويخضع النزاع في هذه الحالة للقواعد العامة المطبقة على دعاوى الموضوع، سواء من حيث الآجال، أو من حيث سير التحقيق.

ب - صلاحية قاضي الاستعجال الإداري في وقف تنفيذ القرارات الإدارية في غياب أي طعن موضوعي: المبدأ العام في القانون الإداري الجزائري والفرنسي والمصري على حدّ سواء، هو أنّه لا يجوز لقاضي الاستعجال الإداري أن يأمر بوقف تنفيذ قرار إداري ما لم يكن مقترناً بدعوى في الموضوع تستهدف إلغاء هذا القرار، وفي هذا نصت المادة ٨٤٣ فقرة ٢: "لا يقبل طلب وقف تنفيذ القرار الإداري ما لم يكن متزامناً مع دعوى مرفوعة في الموضوع...". واستثناء من هذه القاعدة فإنّ لقاضي الاستعجال الإداري في حالة التعدي أن يأمر بوقف تنفيذ القرار الإداري بموجب أمر على عريضة، ودون اشتراط وجود طعن في الموضوع. ولا مثيل لهذا

(٣٨) Pierre Delvové, Voie de fait, limitation et fondement, RFDA, 2013, p 1041.

(٣٩) د. مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٩، ص ١٥٧.

المبدأ في قانون القضاء الفرنسي؛ حيث إن كان قاضي الاستعجال يملك أيضاً صلاحية اتخاذ أي تدبير ضروري بموجب أمر على عريضة، فإنه لا يملك أن يصدر أمراً على عريضة بوقف تنفيذ أي قرار إداري، ولو كان الأمر يتعلق باعتداء على حرية أساسية^(٤٠).

٢ - في القانون الفرنسي والمصري

أ - اختصاص القضاء العادي: على خلاف القانون الجزائري فإن الاختصاص بنظر منازعات الاعتداء المادي ينعقد في القانون الفرنسي أو القانون المصري للقضاء العادي، مع ملاحظة اعتراف مجلس الدولة الفرنسي في يناير ٢٠١٣ بصلاحيته في وقف تعدي الإدارة على الحريات الأساسية، وتضييق محكمة التنازع الفرنسية من نطاق نظرية الاعتداء المادي في شهر جوان ٢٠١٣. وقد قيل في تقرير اختصاص القضاء العادي بأن حالة التعدي تجرد الإدارة من امتيازات السلطة العامة؛ ولكونها اختارت التصرف على نحو مخالف للقانون فإن هذا يستلزم أن تعامل معاملة الأفراد^(٤١). ويستتبع اختصاص القضاء العادي بمنازعات التعدي اختصاص قاضي الاستعجال التابع لهذا القضاء بإصدار أوامر إلى الإدارة في مهلة بضعة أيام، أو بضع ساعات^(٤٢).

ب - صلاحية القاضي العادي في توجيه أوامر إلى الإدارة: قبل صدور قانون ٨ فبراير ١٩٩٥، المتضمن تخويل جهات القضاء الإداري الفرنسي سلطة إصدار أوامر إلى جهة الإدارة، والحكم عليها بغرامة تهديدية؛ كان المبدأ السائد هو حظر توجيه أوامر إلى الإدارة تلزمها القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. والغريب أن العمل بهذا المبدأ كان مقصوراً على جهات القضاء الإداري؛ حيث اعترفت المحاكم العادية لنفسها بسلطة توجيه أوامر إلى الإدارة في حالة الاعتداء المادي لاعتبارين أساسيين: الأول هو اختصاصها بالفصل في حالات التعدي باعتبارها حارسة حق الملكية والحريات الأساسية، والثاني هو الاعتقاد بأن القضاء الإداري هو فقط من

(٤٠) تنص المادة 521-3 L من قانون القضاء الإداري الفرنسي: "في حالة الاستعجال القصوى، وبموجب عريضة تكون مقبولة ولو في غياب قرار إداري مسبق، يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر بكل التدابير الضرورية دون عرقلة تنفيذ أي قرار إداري."

(٤١) André de Laubadère, Jean-Claude Venozia, Yves Gaudmet, Traité de droit administratif, tome 1, L.G.D.J. Paris, 14 édition, 199, p 449.

(٤٢) جورج فوديل، بيير دلفوفية، المرجع السابق، ص ١١٤.

كان معنياً بمبدأ عدم صلاحية القضاء في توجيه أوامر إلى الإدارة بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

ولا يخرج القضاء المصري عن هذا الأصل، فقد اعترفت المحاكم العادية لنفسها، خروجاً على قواعد الاختصاص، بحق إثبات وجود الاعتداء المادي، وإصدار أوامر لوقف هذا الاعتداء أو منعه^(٤٣). وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية: "إذا افتقد القرار شرعيته لصدوره بالمخالفة للقانون مخالفة جسيمة تتحدر به إلى مرتبة الفعل المادي المعدوم الأثر قانوناً لما ينطوي عليه من اعتداء على الحرية الشخصية وحرمة الملك الخاص فيصبح متجرداً من صفته الإدارية، وتسقط عنه الحصانة المقررة للقرارات الإدارية، ومن ثم يختص القاضي العادي برفع ما ينتج عن هذا الاعتداء المادي من آثار ولا يدخل ذلك في اختصاص القضاء الإداري"^(٤٤).

الفرع الثاني تدابير الضبط الإداري

تذهب الجهود الفقهية في اتجاه واحد بخصوص تعريف الضبط الإداري؛ ومن هؤلاء عميد القانون الإداري الجزائري الأستاذ أحمد محيو؛ حيث عرّفه بأنه: "مجموعة التدخلات الإدارية، أي الموانع التي تهدف للحفاظ على النظام العام بوضعها حدوداً للحريات الفردية"^(٤٥).

وهذه التدابير تعدّ مجالاً ثانياً لتدخل قضاء الاستعجال في حال مساسها غير المشروع بحرية أساسية؛ غير أنّ تدخل قضاء الاستعجال ليس بنفس الكيفية في حالة الاعتداء المادي؛ حيث تلعب ثلاثة عوامل دوراً مهماً في تحديد نطاق هذا التدخل: العامل الأول هو ما تتمتع به الإدارة من سلطة تقديرية في مجال الضبط الإداري؛ والعامل الثاني هو اتساع فكرة النظام العام باعتباره غاية نشاط الضبط الإداري؛ أما العامل الثالث فيتمثل في اتساع سلطات الإدارة خلال فترة الأزمات، وهو ما يحدّ من تدخل قاضي الاستعجال الإداري.

(٤٣) د. محمد عبد الحميد مسعود، المرجع السابق، ص ٣١٦.

(٤٤) محكمة النقض (الدائرة المدنية) ١٦ فبراير ١٩٧٨، السنة ٢٩، ص ٥٠٢. أشار إليه الدكتور

محمد عبد الحميد مسعود، المرجع السابق، ٣١٧.

(٤٥) أحمد محيو: محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة د. محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة ٥، ٢٠٠٩، ص ٣٩٩.

أولاً: السلطة التقديرية للإدارة في مجال الضبط الإداري

في الكثير من الصلاحيات الضبطية، سواء في القانون الجزائري أو المصري أو الفرنسي، تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية؛ إذ لها أن تتصرف أو تمتنع عن التصرف، وفي حالة تعدد الخيارات فلها مطلق الحرية في تفضيل خيار على آخر. وتكشف النصوص القانونية المنظمة للعديد من نشاطات الضبط الإداري هذه الحقيقة، ومن ذلك النصوص المتعلقة بالمظاهرات، أو بحمل الأسلحة، أو بالمطبوعات الخارجية^(٤٦).

ومن منطلق أن "الحرية هي القاعدة والضبط هو الاستثناء"^(٤٧)، فإنه من الأمور العادية في القانون الفرنسي، وفق قضاء مجلس الدولة في قضية^(٤٨) أن يمارس القاضي رقابة واسعة على تدابير الضبط، فضلاً عن ركن الاختصاص والشكل والسبب، يتحقق القاضي الإداري، ليس فقط من وجود تهديد للنظام العام، وإنما أيضاً إذا كان مضمون التدبير متناسباً مع جسامة التهديد^(٤٩). وهذا النوع من الرقابة، إذا كان من حيث المبدأ معترفاً به من طرف القضاء الجزائري، إلا أن الواقع يفصح عن انعدام أية أحكام قضائية في هذا المجال باستثناء حالات نزع الملكية للمنفعة العمومية^(٥٠). أما القضاء المصري فإن له باعاً طويلاً في الرقابة على تدابير الضبط الإداري الماسة بالحريات الأساسية؛ فقد اعترف هذا القضاء لنفسه، فضلاً عن رقابة الوجود المادي للواقعة وتكييفها القانوني، بصلاحية الرقابة على مدى تناسب التدبير المتخذ مع جسامة التهديد للنظام العام.

والسؤال الذي يثار في هذا الصدد: هل لقاضي الاستعجال الإداري أن يلجأ إلى رقابة التناسب بذات الكيفية التي يستخدمها قاضي الموضوع؟

لا يقدم لنا القضاء المصري رغم عراقته في هذا المجال أية إجابة على هذا السؤال. وعلى العكس من ذلك، تكشف الممارسة القضائية في فرنسا، منذ صدور قانون القضاء الإداري الجديد عام ٢٠٠٠، أن عمل قاضي الاستعجال الإداري، في

(٤٦) من هذه النصوص المادة ١٧ من القانون ٩١-٩٩ المتعلق بالاجتماعات والمظاهرات العمومية، إذ لا يفرض على الوالي إلا أن يكون رده على طلبات عقد الاجتماعات والتظاهرات كتابياً، أما قبول الطلب أو رفضه فهو من المسائل التي تخضع لسلطته التقديرية.

(٤٧) أحمد محيو، المرجع السابق، ص ٤١٧.

(٤٨) CE, 19 mai 1933, Benjamain, Arrêt n° 46, M. Long et autres, op.cit, p 281.

(٤٩) Ibid, p 283.

(٥٠) فريدة أبركان، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، عدد ١، ٢٠٠٢، ص ٣٦.

تحقيقه لعنصر التناسب بين تدابير الضبط الماسة بالحريات الأساسية وبين جسامته التهديد للنظام العام، لم يعد يختلف عن عمل قاضي الموضوع، فمن جهة يستعمل قاضي الاستعجال ذات إجراءات التحقيق المعمول بها في قضاء الموضوع للتحقق من وجود خطر يتهدد النظام العام، ومن شأنه أن يبرر تدخل الإدارة لتقييد حرية أساسية^(٥١)، ومن جهة أخرى يقدر قاضي الاستعجال مشروعية التدبير بذات الكيفية التي يقدر بها قاضي الموضوع، على الرغم من أن المطلوب من قاضي الاستعجال عدم التعمق في دراسة ملف الدعوى باعتباره قاضي البداية، وباعتبار أن التدبير الذي يأمر به يستخلصه من الفصح الظاهري لأوراق ومستندات الدعوى^(٥٢). ويقدم لنا قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية حزب الجبهة الوطنية بتاريخ ١٩ أغسطس ٢٠٠٢ أوضح مثال في هذا الصدد^(٥٣)؛ حيث استخدم قاضي الاستعجال تقريباً ذات الكيفية التي اعتمدها مجلس الدولة الفرنسي كقاضي موضوع في قضية Benjamin بتاريخ ١٩ مايو ١٩٣٣. وكان الأمر يخص في قضية الجبهة الوطنية رفض بلدية تأجير الحزب المذكور مقرراً لعقد تجمعه الصيفي بذريعة أن من شأن هذا التجمع خلخلة النظام العام؛ أما في القضية الثانية فكان الأمر يتعلق بحرية التعبير؛ حيث رفض عمدة البلدية الترخيص بإلقاء محاضرة للسيد المذكور، ولدواعي النظام العام أيضاً^(٥٤).

(٥١) يقدم لنا حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Commune de Béziers بتاريخ ٩ ديسمبر ٢٠٠٤ مثلاً على هذا الوضع، وكان الأمر يتعلق بطعن في قرار صادر عن رئيس بلدية بحظر الإقامة في مبنى يتهدد الانهيار. وقد أسس صاحب البناية طعنه على أن قرار رئيس البلدية يمس بحرية أساسية هي حق الملكية. ولتقدير مشروعية القرار لم يعتمد قاضي الاستعجال الإداري على تقرير الخبرة المرفق بملف النزاع، وإنما اعتمد على وثيقة أخرى تضمنت تقريراً عن حالة الخطر التي تنهّد البنائيات الموجودة بمحاذاة البناية المعنية بسبب تسرب المياه. وهذا التقرير كان قد أعد قبل أشهر من نشوب النزاع. وقد خلص قاضي الاستعجال على مستوى مجلس الدولة أن قرار رئيس البلدية ليس ظاهرة المخالفة للقانون، ومن ثم يتوجب إلغاء حكم المحكمة الإدارية الذي قضى بوقف قرار رئيس البلدية. انظر هذا الحكم: على الموقع الرسمي لمجلس الدولة (www.conseil-etat.fr)، أو على الموقع الرسمي للخدمة العمومية لنشر القانون (www.legifrance.gouv.fr): -CE, 9 déc., 2004, n° 274852

(٥٢) Paul Cassia, L'examen de la légalité en référé- suspension et référé - liberté, RFDA 2007, p55.

(٥٣) CE, 19 août, 2002, n° 249666, AJDA, 2002, p. 1017.

(٥٤) أصدر مجلس الدولة في قضية الجبهة الوطنية أمراً استعجالياً بوقف قرار رفض الترخيص بعقد تجمع، وقد برّر قضاؤه بأن: "حيث إنه في غياب أي ظروف خاصة بمدينة Annecy، فإنه لا يستخلص من مستندات الملف المحال على قاضي الاستعجال، أو الملاحظات التي تمّ إبدائها خلال الجلسة بأن لعقد الجامعة الصيفية لحزب الجبهة الوطنية في مركز المؤتمرات للمدينة =

ثانياً: صعوبة وضع معالم لفكرة النظام العام

للنظام العام في الضبط الإداري طابع مادي بحت؛ إذ يتعلق بتجنّب القلائل والاضطرابات المرئية^(٥٥). وهو ذو طابع نسبي؛ حيث يتغير بتغير الظروف والأزمنة والمجتمعات. ومن المؤكد أنّ المشكلة في مصطلح "النظام العام" هي صعوبة تحديد نطاقه. ولا شك أنّ تدخّل الدولة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية لتجنّب ما يمكن أن يتعرض له اقتصادها ومجتمعها من أزمات قد زاد من حدّة المشكلة، فإلى جانب النظام العام بمفهومه الكلاسيكي (الأمن العام، الصحة العامة، السكينة العامة)، أصبح الحديث في الكثير من النظم القانونية عن النظام العام الاقتصادي والاجتماعي.

وإلى جانب كل هذه العناصر فإنّ فكرة النظام العام تتّسع لتشمل الآداب العامة. وفكرة الآداب العامة هي أيضاً ذات مفهوم نسبي متغيّر حسب الزمان والمكان والمناسبات^(٥٦)؛ ولهذا السبب تقرّر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٥٩، في قضية شركة Films Lutitia، أنّ من صلاحيات عمدة البلدية حظر عروض الأفلام متى قدّر أنّها منافية للأخلاق، ولا يشكّل هذا الحظر، متى بررته ظروف محلية، اعتداء على الحريات الأساسية. ولا يفتقر من هذه الصلاحية، وفق قضاء مجلس الدولة الفرنسي، حصول الفيلم الممنوع عرضه على ترخيص من وزير الثقافة باعتباره هيئة ضبط في هذا المجال^(٥٧).

ولا شك أنّ اتساع فكرة النظام العام هو حتماً في صالح الإدارة، خاصة أثناء فترة الأزمات السياسية، والاقتصادية، والاضطرابات؛ حيث تتحوّل مهمّة الضبط من وظيفة إدارية محايدة، وهي الأصل الذي يتفق مع الأمور، إلى وظيفة سياسة بالدرجة الأولى، وهو ما ينجم عنه ليس فقط تقييد الحريات، وإنّما التضحية بها أحياناً^(٥٨).

= يثير مخاطر على النظام العام، ليس بوسع هيئات الضبط مواجهتها بتدابير مناسبة...". وهذه الصيغة تشبه إلى حدّ بعيد صيغة حكم benjamin، حيث ألغى مجلس الدولة قراراً صادراً من عمدة بلدية تضمّن منع إلقاء محاضرة في المركز البلدي بقوله: "حيث يستفاد من التحقيق أنّ احتمال الاضطرابات الذي يدّعيه عمدة Névers لا يمثّل درجة من الجسامة، بحيث لم يكن بالإمكان، دون منع المحاضرة، المحافظة على النظام العام باتّخاذ إجراءات الضبط التي يملك اتخاذها...".

(٥٥) Jean waline, Droit administratif, Dalloz, Paris, 24 édition, 2012, p 353.

(٥٦) أحمد محيو، المرجع السابق، ص ٤٠٩.

(٥٧) CE, Sect, 18 déc., 1959, Société Les films Lutetia, Arrêt n° 77, M. Long et autres, op.cit, p 705.

(٥٨) انظر في موضوع الوظيفة السياسية للضبط الإداري: د. عصام الدبس، القضاء الإداري ورقابته على أعمال الإدارة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص ١٥٩-١٦٠.

ثالثاً: الظروف الاستثنائية

تفترض الظروف الاستثنائية وضعاً غير طبيعي وغير مألوف^(٥٩). ويستلزم مواجهة هذا الوضع تحرر الإدارة من بعض قواعد المشروعية حين يستحيل عليها التصرف طبقاً لهذه القواعد. ويظلّ عمل الإدارة رغم تعارضه مع قواعد المشروعية أمراً قانونياً. وكما عبّر عن ذلك الدكتور سامي جمال الدين فإنّ سلامة الشعب هي القانون الأعلى الذي يجب أن يسمو على القوانين الوضعية^(٦٠).

وتحوّل الظروف الاستثنائية للسلطة التنفيذية سلطة اتخاذ ما تراه مناسباً من تدابير للحفاظ على النظام العام. ويقدم لنا المرسوم المتعلق بفرض حالة الطوارئ في الجزائر عام ١٩٩٢، أمثلة عن هذه التدابير الماسة بحرية الأفراد، ومن ذلك: الاعتقال الإداري، تحديد الإقامة، حظر الإقامة، تفتيش المنازل ليلاً أو نهاراً، حظر الإضراب^(٦١).

واتساع سلطات الإدارة يقابله تقلص الرقابة القضائية على تدابير الضبط؛ بحيث تصبح الكثير من القرارات غير المشروعة في الحالات العادية مشروعة بسبب الظروف الاستثنائية؛ بل أنّ حالة الظروف الاستثنائية تخلع عن الكثير من التصرفات طابع الفعل المادي^(٦٢). ويقدم لنا قرار Heyries، الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي نموذجاً عن حدود رقابة القاضي الإداري، فقد أعلن مجلس الدولة في هذا القرار مشروعية مرسوم صادر عن الحكومة تضمن إلغاء ضمانات إجرائية ترتبط بحق الدفاع خلال المتابعات التأديبية للموظفين^(٦٣).

وهذا الحدّ من مجال الرقابة يلقي بظلاله على قضاء الاستعجال باعتباره فرعاً من قضاء الموضوع، فلا يمكن لقاضي الاستعجال أن يوقف قراراً إدارياً من المحتمل جداً أن يرفض قاضي الموضوع إلغائه. وتزداد محدودية تدخّل القاضي الإداري، ومن ثمّ قاضي الاستعجال حسب تدرّج الظرف الاستثنائي من حيث الحدة؛ فحالة الحصار، على سبيل المثال في القانون الجزائري، ذات مفاعيل قانونية أشدّ من حالة الطوارئ

(٥٩) جورج فودل، ببيير دلفوفية، المرجع السابق، ص ٤٢٠.

(٦٠) د. سامي جمال الدين، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، بدون تاريخ، ص ١١٥.

(٦١) المرسوم الرئاسي رقم ٢٩-٤٤ المؤرخ في ٩ فبراير ١٩٩٢ يتضمن إعلان حالة الطوارئ، جريدة رسمية، عدد ١٠، ١٩٩٢، ص ٢٨٥.

(٦٢) M. long et autres, op.cit, p 190.

(٦٣) CE, 28 Juin 1918, Heyries, Arrêt n° 31, M. Long et autres, op.cit, p 186.

على الحريات العامة، بسبب أنّ صلاحية الحفاظ على النظام العام تنتقل من السلطة المدنية إلى السلطة العسكرية^(٦٤).

(٦٤) أحمد محيو، المرجع السابق، ص ٤٢٠. جورج فودل وبيير دلفوفيه، المرجع السابق، ص ٤٢٣.

المطلب الثالث

التدابير المؤقتة لحماية الحريات الأساسية

من حيث المبدأ، يملك قاضي الاستعجال، بغرض حماية الحريات الأساسية، سلطة الأمر بوقف تنفيذ القرارات الإدارية (الفرع الأول)، وله في حالة الضرورة أن يأمر بوقف التنفيذ بموجب أمر على عريضة، حتى في حالة عدم وجود طعن في الموضوع يستهدف إلغاء القرار مصدر الاعتداء على الحريات الأساسية (الفرع الثاني).

وبغرض تعزيز الحماية القضائية للحريات الأساسية أنشأ المشرع الفرنسي عام ٢٠٠٠ نظام الأوامر، أو ما يعرف باستعجال المحافظة على الحريات أو استعجال الأوامر. ولقد سائر المشرع الجزائري نظيره الفرنسي في هذا الشأن حين وضعه قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد عام ٢٠٠٨ (الفرع الثالث).

الفرع الأول

وقف تنفيذ القرارات الإدارية

يعدّ وقف التنفيذ أهمّ الوسائل القانونية في مواجهة القرارات الإدارية الماسّة بحقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية؛ إذ يمنح للمتقاضين ضحايا اعتداء الإدارة فرصة وقف هذه الاعتداءات عن طريق تدابير مؤقتة وفي أقرب الآجال. ولقد زاد من أهمية هذه الوسيلة عاملان اثنان: الأول هو استقرار قضاء الاستعجال الإداري على توافر حالة الاستعجال كلّما كان القرار الإداري المطعون فيه يمسّ حرية أساسية؛ والثاني هو صلاحية قاضي الاستعجال الإداري في وقف تنفيذ قرارات الرفض.

أولاً: قرينة توافر شرط الاستعجال كلّما تعلّق الأمر بحرية أساسية

المبدأ في سائر التشريعات الوضعية أنّ من شروط وقف تنفيذ القرارات الإدارية هو شرط الاستعجال. وإذا كان يقصد بهذا الشرط في قانون مجلس الدولة المصري بأن يترتب على تنفيذ القرار الإداري نتائج يتعدّر تداركها؛ فإنّ الأمر على خلاف ذلك في القانون الفرنسي؛ حيث أعلن مجلس الدولة بتاريخ ١٩ يناير ٢٠٠١ في قضية الفيدرالية الفرنسية للإذاعات الحرّة Conf. Nationale des radios libres^(٦٥) بأنّ

(٦٥) CE, 19 janv., 2001, Confédération nationale des radios libres, n° 228815, AJDA, 2001, p 152.

حالة الاستعجال تتوافر كلما كان القرار يضرّ بشكل خطير وحال بمصلحة عامة أو بوضعية المدعي أو بالمصالح المؤهل للدفاع عنها، حتى ولو كان موضوع القرار أو آثاره مالية محضة، وأنه بالإمكان في حالة إلغاء القرار إزالة هذه الآثار عن طريق تعويض مالي. وهذا معناه أنه لم يعد لازماً لقبول طلب وقف التنفيذ أن يكون الضرر غير قابل للإصلاح، أو من الصعب تداركه^(٦٦).

ورغم اختلاف مضمون شرط الاستعجال في القانون المصري عن كل من القانونين الجزائري والفرنسي، فإن نقطة الالتقاء بين هذه القوانين هي أن شرط الاستعجال يتوافر كلما كان القرار الإداري ينتهك حقاً دستورياً، وهذا معناه أن كلاً من القانون الجزائري^(٦٧) والمصري^(٦٨) والفرنسي^(٦٩) يقيم قرينة قانونية مؤداها أنه كلما أضرّ قرار إداري بحق منصوص عليه دستورياً كلما كان ذلك قرينة على توافر حالة استعجال، وفي هذا قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر صراحة بقولها: "إن ركن الاستعجال يظهر دائماً مفترضاً في كل ما يتضمن مساساً بحق من الحقوق الدستورية العامة"^(٧٠). وقضت محكمة القضاء الإداري بمصر بأن: "تقييد الحرية الشخصية هو بطبيعته من أبرز صور الاستعجال لما يترتب على هذا التنفيذ من نتائج يتعدّ تداركها"^(٧١).

(٦٦) René Chapus, Contentieux administratif, Montchrestien, Paris, 10 édition, 2002, p 1271.

(٦٧) مجلس الدولة الجزائري، قرار رقم ١٠٣٤٩، ٣٠ أبريل ٢٠٠٢، مجلة مجلس الدولة، ٢٠٠٢، عدد ٢، ص ٢٢٦. وكان الأمر يتعلق في قضية الحال بانتهاك حقوق الدفاع المنصوص عليها في الدستور خلال متابعة تأديبية ضدّ موثق، بتهمة الإخلال بالتزامات المهنة.

(٦٨) انظر في هذا الشأن: د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، قضاء الأمور الإدارية المستعجلة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٩٨. د. محمد باهي أبو يونس: الحماية القضائية المستعجلة للحريات الأساسية (دراسة لدور قاضي الأمور المستعجلة الإدارية في حماية الحرية الأساسية وفقاً لقانون المرافعات الإدارية الفرنسي الجديد)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ١٥-١٦.

(٦٩) Benoit Caviglioli, Le recours au bilan dans l'appréciation de l'urgence, AJDA.2003, p 645.

(٧٠) المحكمة الإدارية العليا، ٢٤ فبراير ٢٠٠١، الطعن رقم ٤٩٦٧، السنة ٤٤ قضائية، أشار إليه د. محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص ١٥.

(٧١) محكمة القضاء الإداري، ٣٠ جوان ١٩٥١، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري، السنة السادسة، ص ١٣٦٠، أشار إليه د. محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٢٩١.

ثانياً: وقف تنفيذ قرارات الرفض

أسوة بقانون القضاء الإداري الفرنسي خوّلت المادة ٩١٩ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقاضي الإداري صلاحية وقف تنفيذ قرارات الرفض أو ما يعبر عنها بالقرارات السلبية. ويشكل الاعتراف لقاضي الاستعجال الإداري بصلاحية وقف تنفيذ قرارات الرفض تحولاً مهماً في القانون الجزائري، فقد رفض القاضي الإداري الجزائري لمدة طويلة وقف تنفيذ قرارات الرفض، وقد استند في هذا إلى أنّ وقف تنفيذ مثل هذه القرارات تشكل أوامر إلى الإدارة، وهو ما لا يملكه القاضي الإداري.

ولا غرو أنّ هذا الموقف مستمدّ من موقف مجلس الدولة الفرنسي؛ حيث أعلن هذا الأخير في قضية Amoros بتاريخ ٢٣ يناير ١٩٧٠ عدم صلاحية قاضي الاستعجال الإداري في وقف قرارات الرفض، باعتبار وقف التنفيذ في مثل هذه الحالات يشكل أمراً إلى الإدارة^(٧٢). وقد تراجع مجلس الدولة عن موقفه هذا بموجب حكمه في قضية Ouatah بتاريخ ٢٠ ديسمبر ٢٠٠٠^(٧٣)، أي قبل سريان قانون القضاء الإداري الجديد بأيام معدودة؛ حيث قبل وقف تنفيذ قرارات الرفض لاعتبارين اثنين هما:

- أنّ لقرارات الرفض، شأنها شأن القرارات الإيجابية، آثاراً على المخاطبين بها.
 - ما عرفته سلطة الأمر في التشريع الفرنسي من تطوّر حاسم؛ حيث خول قانون ٨ فبراير ١٩٩٥ المتعلق بتنظيم المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية للقاضي الإداري أن يأمر الإدارة باتخاذ التدابير التي يتطلبها تنفيذ الحكم.
- وهذا التغيير الجذري في القانون الفرنسي لا يمكن أن يحجب حقيقة أنّ القضاء المصري كان سباقاً إلى الاعتراف بسلطته في وقف تنفيذ قرارات الرفض. وقد استند القضاء في موقفه هذا على المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري؛ حيث نصّت على أنّه: "يعتبر في حكم القرارات الإدارية رفض الإدارة وامتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقاً للقوانين واللوائح"^(٧٤).
- وعلى الرغم من أنّ هذا النصّ يحصر القرار السلبي فقط في القرار الذي تكون

(٧٢) CE, 23 jan., 1970, Ministre d'état chargé des affaires sociales c/ Amoros et autres, cité par M. Long et autres, op. cit, p 791.

(٧٣) CE, 20 déc., 2000, Ouatah, n° 206745, AJDA 2001, p.141.

(٧٤) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، قضاء الأمور الإدارية المستعجلة، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٥٦.

الإدارة ملزمة بموجب القوانين واللوائح بإصداره، إلا أنّ السائد فقهاً وقضاءً هو أنّه سواء كانت الإدارة ملزمة بإصدار القرار، أو كانت تتمتع بسلطة تقديرية في ذلك، فإنّ رفضها القيام بذلك يشكل قراراً سلبياً يصلح لأن يكون محلاً لطلب وقف تنفيذ طالما كان من المقبول أن يكون محلاً لدعوى إلغاء^(٧٥).

والحقيقة أنّ تحويل القاضي الإداري صلاحية الأمر بوقف قرارات الرفض يعزّز لا محالة الحماية القانونية للحريات الأساسية؛ ومرد ذلك أنّ الإدارة كثيراً ما تستترّ وراء سلطتها التقديرية لرفض طلبات الأفراد، وأنّ عرض النزاع على قاضي الموضوع لإلغاء قرار الرفض قد يكون في الكثير من الأحيان عديم الجدوى. ومن الأمثلة على ذلك رفض طلب الترخيص بعقد تجمع حزبي؛ إذ قد يفصل بين قرار الرفض وحكم القاضي المتضمن إلغاء قرار الرفض أشهر عدّة. وهذا يجعل الحكم الصادر في موضوع النزاع عديم الجدوى من الناحية العملية.

الفرع الثاني الأمر على العرائض

خوّل كلّ من قانون القضاء الإداري الفرنسي وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لقاضي الاستعجال، في حالة العجلة القصوى، صلاحية الأمر بأيّ تدبير ضروري بموجب أمر على عريضة، وفي هذا نصت المادة ٩٢١ فقرة ١ - وتقابلها المادة 3-521 من قانون القضاء الإداري الفرنسي - على ما يلي: "في حالة الاستعجال القصوى، يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر بكلّ التدابير الضرورية الأخرى دون عرقلة تنفيذ أيّ قرار إداري بموجب أمر على عريضة، ولو في غياب القرار الإداري المسبق".

وعلى خلاف ما هو مقرّر في القانون الفرنسي والمصري على حدّ سواء؛ حيث يختصّ القاضي العادي بصلاحية وقف تعدي الإدارة على حقّ الملكية والحريات

(٧٥) د. محمد فؤاد عبد الباسط، وقف تنفيذ القرار الإداري، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ١٢٥. حسن عبد السلام جابر، الطلبات المستعجلة في قضاء مجلس الدولة، بدون دار النشر، ١٩٨٩، ص ١٣٠-١٣١. ومن هؤلاء الكتاب مصطفى أبو زيد فهمي، إذ قال: "وهذه الفكرة على خلاف ما يبدو من ظاهرها لا تعني قصر فكرة القرار السلبي على مجال السلطة المقيدة، وإنما عني المشرع أمراً آخر تماماً هو أنّ القرار الإداري يمكن أن يكون صريحاً ويمكن أن يكون سلبياً". انظر: مصطفى أبو زيد فهمي، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٤٩٩.

الأساسية، فقد خولت الفقرة الثانية من المادة ٩٢١ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري قاضي الاستعجال الإداري صلاحية الأمر بوقف تنفيذ القرار الإدارية التي تشكل تعدياً من جانب الإدارة على حق الملكية والحريات الأساسية.

وتظهر فعالية الأوامر على العرائض في النقاط التالية:

- من الممكن أن تصدر هذه الأوامر في غيبة المدعي عليه، طالما كان شرط العجلة القصوى متوافراً.
- إمكانية وقف تنفيذ القرارات الإدارية إذا شكلت تعدياً. وتكمن أهمية هذه النقطة في أن طلب وقف تنفيذ القرارات الإدارية غير مقبول إلا إذا اقترن بدعوى في الموضوع ترمي إلى إلغاء القرار الإداري؛ غير أن هذا الشرط مستبعد في حالة التعدي، والسبب في ذلك هو ما تتضمنه حالة التعدي من لامشروعية ظاهرة، ومساس خطير بالحريات الأساسية.
- عدم جواز الطعن في التدابير المأمور بها، ومن ذلك الطعن في الأمر القاضي بوقف تنفيذ القرار إذا ما شكّل اعتداء مادياً.

الفرع الثالث

نظام الأوامر

أحدث قانون ٣٠ يونيو ٢٠٠٠ المتضمن قانون القضاء الإداري الفرنسي تغييراً جذرياً في المنظومة القضائية الإدارية؛ حيث خول لقاضي الاستعجال سلطة إصدار أوامر إلى الإدارة بهدف المحافظة على الحريات الأساسية. ويعرف هذا الاستعجال باستعجال الحريات بالنظر إلى أن غايته هو الحفاظ على الحريات الأساسية، كما يعرف باستعجال الأوامر، أو بنظام الأوامر، بالنظر إلى أن مضمونه هو إصدار أوامر إلى الإدارة خارج حالات الاعتداء المادي، ودون اشتراط تقديم طعن في الموضوع.

أولاً: أساس نظام الأوامر

أجاز المشرع الفرنسي لقاضي الاستعجال أن يصدر أوامر إلى الإدارة غايتها المحافظة على الحريات الأساسية، وفي هذا نصّت المادة 2-L521 من قانون القضاء الإداري الفرنسي على ما يلي: "لقاضي الاستعجال، بناء على طلب يقدم إليه ويسوّغه الاستعجال، أن يأمر باتخاذ جميع التدابير الضرورية لحماية إحدى الحريات الأساسية، والتي تعرّضت للاعتداء عليها من جانب شخص معنوي من أشخاص القانون العام أو أحد أشخاص القانون الخاص مكلف بإدارة مرفق عام، أثناء ممارسته إحدى سلطاته،

إذا كان هذا الاعتداء جسيماً وظاهر عدم المشروعية. يفصل قاضي الاستعجال في الطلب في مدة ثمان وأربعين (٤٨) ساعة".

وأسوة بالمشروع الفرنسي، وبصيغة مماثلة، نصّ المشروع الجزائري في المادة ٩٢٠ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "يمكن لقاضي الاستعجال، عندما يفصل في الطلب المشار إليه في المادة ٩١٩ أعلاه^(٧٦)، إذا كانت ظروف الاستعجال قائمة أن يأمر بكل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة من الأشخاص المعنوية العامة أو الهيئات التي تخضع في مقاضاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية أثناء ممارسة سلطاتها، متى كانت هذه الانتهاكات تشكل مساساً خطيراً وغير مشروع بتلك الحريات".

ويتضح من النصين السابقين أنّ لنظام الأوامر، أو استعجال الأوامر، أو استعجال المحافظة على الحريات جملة خصائص تميزه عن غيره من أنظمة الاستعجال الأخرى، ومن أهم هذه الخصائص:

١ - أنّه يستهدف المحافظة على الحريات الأساسية؛ ولكن ليست كلّ حرية أساسية مقررة بموجب الدستور من الممكن أن تكون محلّ حماية بمقتضى نظام الأوامر؛ حيث استبعد مجلس الدولة الفرنسي بعض الحريات من مجال الحماية المقررة بمقتضى المادة 2-521 L من قانون القضاء الإداري، ومن ذلك:

أ - الحق في منصب شغل: حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٢٨ فبراير ٢٠٠١ في قضية Casanova الشهيرة، أنّ الحقّ في شغل منصب عمل لا يعدّ حرية أساسية. وكان الأمر يتعلّق بتسريح عون بعد رفض تنصيبه. غير أنّ مجلس الدولة لم يغلق الباب أمام اعتبار الحقّ في المنصب حرية أساسية؛ حيث أكدّ في قراره أنّ تقدير وجود اعتداء على حرية أساسية يُجرى ليس فقط على أساس موضوع التدبير، وإنّما أسبابه أيضاً. ولهذا لو كان تسريح العون لسبب مرتبط بأرائه السياسية لكان الأمر مختلفاً تماماً؛ إذ يعدّ تسريح العامل في مثل هذه الفرضية اعتداء على حرية أساسية^(٧٧).

(٧٦) الطلب المشار إليه في المادة ٩١٩ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري هو طلب إلغاء القرار الإداري، وهذا معناه أنّ المشروع الجزائري يوجب ضرورة اقتران طلب إصدار أوامر للمحافظة على الحريات بطلب في الموضوع يستهدف إلغاء القرار الإداري مصدر الاعتداء على الحريات الأساسية.

(٧٧) CE, 28 févr., 2001, Casanova, n° 229163, RFDA, 2001, p. 399, Concl. Pascal Fabeur.

ب - الحق في الصحة: حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٢٤ أغسطس ٢٠٠٥ أنه إذا كان الحفاظ على الصحة العمومية يشكل مبدأ ذا قيمة دستورية، فإنَّ الحقَّ في الصِّحَّة ليس من ضمن الحريات الأساسية التي تستدعي إقحام استعجال الحريات. وتتلخَّص وقائع القضية في أنَّ سجيناً طلب من قاضي الاستعجال بالمحكمة الإدارية Nante، بسبب معاناته من مرض القلب، أن يأمر إدارة السجن بنقله إلى زنزانة مخصصة لغير المدَّخَّنين. وقد أسَّس طلبه على أنَّ الحقَّ في الصحة يعدُّ حرية أساسية. وقد استجاب القاضي لطلبه؛ غير أنَّ مجلس الدولة، حال انعكاده كجهة استئناف، ألغى الأمر مستبعداً بذلك الحقَّ في الصحة من قائمة الحريات الأساسية^(٧٨).

٢ - مضمون الأوامر الصادرة عن قاضي الاستعجال هو إمَّا القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، ومن قبيل ذلك: منح جواز سفر، أو تسليم الترخيص المطلوب لمزاولة مهنة، أو عقد تجمع، أو أمر الإدارة بالامتناع عن ملاحقة الموظف تأديبياً بسبب آرائه السياسية. ومن المتصوَّر أن يتمثَّل التدبير في وقف تنفيذ القرار الإداري مصدر الاعتداء على الحرية الأساسية.

٣ - إنَّ قاضي الاستعجال الإداري مطالب بالفصل في الطلب المقدم إليه، وبالتالي الأمر بالتدابير الضرورية للحفاظ على الحريات الأساسية خلال ثمان وأربعين (٤٨) ساعة من تقديم الطلب.

٤ - إنَّ طلب اتخاذ التدابير الضرورية للمحافظة على الحرية غير مشروط في القانون الفرنسي بتقديم دعوى في الموضوع ترمي إلى إلغاء القرار مصدر الاعتداء على الحرية الأساسية، بخلاف القانون الجزائري؛ حيث يعدُّ نظام الأوامر شقاً من قضاء الإلغاء؛ وعليه لا يقبل الطلب إلَّا إذا اقترن بدعوى في الموضوع ترمي إلى إلغاء القرار كلياً أو جزئياً.

ثانياً: مبرر نظام الأوامر

من المعروف في نظم ازدواجية القضاء أنَّ القاضي الإداري هو قاضي الإدارة؛ غير أنَّ هذا المبدأ لم يكن قابلاً للتطبيق في حالة تعدي الإدارة على حق الملكية والحريات الأساسية؛ فقد اعترف القضاء العادي لنفسه بصلاحيته النظر في مثل هذه الحالات

(٧٨) CE, 8 sept., 2005, Garde des seaux c/M.X, n°284803, AJDA 2005, p 1653. Voir aussi: Marie Laudijoie, Le droit à la santé n'est pas une liberté fondamentale, AJDA 2006, p 376.

وفقاً لنظرية التعدي أو الاعتداء المادي Voie de fait؛ بل لقد اعترف لنفسه، فوق ذلك، بصلاحيته توجيه أوامر إلى الإدارة لوضع حدّ لتصرفاتها المادية، مع إمكانية اقترانها بغرامة تهديدية. وهذا الاعتراف من طرف القاضي العادي قبله اعتراف من طرف القاضي الإداري بعدم صلاحيته في توجيه أوامر إلى الإدارة في حالة تعديها على الحريات الأساسية.

وقد نجم عن هذه الوضعية اتجاه المتقاضين ضحايا الأعمال المادية للإدارة، وبشكل مفرط، إلى المحاكم العادية دون المحاكم الإدارية^(٧٩). وقد كان المتقاضي يثير فكرة الاعتداء المادي للحصول من القاضي العادي على مبتغاه، وهو توجيه أوامر إلى الإدارة لوضع حدّ لاعتدائها على حق الملكية، أو على حرية أساسية^(٨٠).

ولهذا السبب أحدث المشرع الفرنسي عام ٢٠٠٠ نظام الأوامر أو ما يعرف باستعجال الحريات؛ موزعاً صلاحية الحفاظ على الحريات بين كلّ من القضاء العادي والقضاء الإداري؛ إذ يختص هذا الأخير بالحالات التي يكون فيها الاعتداء واقعاً أثناء ممارسة الإدارة لسلطاتها، في حين يختص القضاء العادي بالحالات التي يكون فيها الاعتداء غير مرتبط بأي صلاحية للإدارة.

وترتيباً على ما تقدّم فإنّ نظام الأوامر أملت بالدرجة الأولى رغبة المشرع الفرنسي في وضع حدّ لإفراط المتقاضين في اللجوء إلى المحاكم العادية بذريعة الاعتداء المادي. ولهذا يبدو غريباً مجازاة المشرع الجزائري نظيره الفرنسي في هذا المجال، وبنفس الصيغة القانونية المستعملة؛ ذلك أنّ القضاء الإداري في الجزائر هو وحده المختص بالفصل في القضايا التي تشكّل اعتداءً مادياً من جانب الإدارة على حق الملكية أو على حرية أساسية. وقد اعترف القضاء الإداري الجزائري لنفسه منذ نشأته بصلاحيته توجيه أوامر إلى الإدارة بغرض وضع حدّ لاعتدائها المادي على حق الملكية أو الحريات الأساسية^(٨١).

Gilles Bachelier, op.cit, p 261.

(٧٩)

Roland Vandermeeren, op.cit, p 712.

(٨٠)

(٨١) انظر في هذا الشأن: أحد تطبيقات سلطة الأمر في حالة الاعتداء المادي: مجلس الدولة: ٢٨ مارس ١٩٩٩، قضية وزير الدولة المكلف بإدارة شؤون ولاية الجزائر ضدّ شركة مصر للطيران، حيث أصدر قاضي الاستعجال الإداري أمراً إلى الوزير بإرجاع مفاتيح الشقة المستأجرة من طرف شركة مصر للطيران، بالنظر إلى أنّ تغيير أفعال الشقة المذكورة يشكل اعتداءً مادياً. لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، قرار رقم ٥، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٢، ص ٥٣.

ونخلص ممّا تقدم أنّه كان على المشرع الجزائري الاكتفاء بنظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية، كما هو الحال عليه في القانون المصري. وفي الحالات التي يشكل فيها اعتداء الإدارة على الحريات الأساسية عملاً مادياً؛ أي غير مرتبط بأيّ صلاحية إدارية، فإنّ في نظام الأوامر على العرائض ما يغني عن أيّ نظام آخر.

ثالثاً: التدابير الضرورية للحفاظ على الحريات الأساسية

لم يحدّد المشرع الفرنسي أو الجزائري نوعية التدابير التي يمكن لقاضي الاستعجال أن يأمر بها للمحافظة على الحريات الأساسية في إطار نظام الأوامر. وترتيباً على ذلك للقاضي سلطة تقديرية واسعة في الأمر بأيّ تدبير ضروري في هذا الشأن. وتتخذ هذه التدابير صورة الأمر بعمل، أو الامتناع عن عمل.

ومن الممكن أن يتمثّل التدبير في الأمر بوقف تنفيذ القرار الإداري مصدر الاعتداء على حرية أساسية. وإذا كان وقف التنفيذ يحلّ في محصلته الأخيرة بأنّه أمر موجّه إلى الإدارة إمّا بالامتناع عن عمل في حالة القرارات الإيجابية، وإمّا بإعادة فحص طلب المعني وإصدار قرار جديد في حالة قرارات الرفض^(٨٢)، فإنّ الملفت للانتباه أنّ وقف التنفيذ قد يصدر من قاضي الاستعجال حتى بدون طلب من المدّعي، طالما كان إجراءً ضرورياً يسبق التدبير المأمور به^(٨٣). ويقدم لنا القضاء الإداري الفرنسي عدّة تطبيقات على هذا النوع من التدابير، ومن ذلك قرار مجلس الدولة بتاريخ ٢٥ أغسطس ٢٠٠٥؛ حيث أمر قاضي الاستعجال بوقف تنفيذ قرار العمدة المتضمن الترخيص بعقد تظاهرة عمومية في مكان للعبادة، باعتبار أنّ ذلك من شأنه المساس بحرية ممارسة الشعائر الدينية^(٨٤). ومن ذلك أيضاً قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٠٩ جويلية ٢٠٠٧؛ حيث قضى بتأييد حكم المحكمة الإدارية بوقف قرار رفض بلدية تخصيص مقرّ للنقابة المستقلة للوظيفة العمومية، مع توجيه أمر بتخصيص مقرّ لهذه النقابة خلال مهلة شهر تبدأ من تبليغ الأمر الاستعجالي^(٨٥).

وكما هو الحال بالنسبة لجميع الأوامر الصادرة عن القضاء الإداري، يجوز

René chapus, op.cit, p 886.

(٨٢)

Gérerd Conchez, Xavier Lagarde, Procès Administratif, 16 éditions, Dalloz, Paris, 2013, p 771.

(٨٣)

CE, 25 aout, 2005, commune de Massat, n°284307, AJDA 2006, p 91.

(٨٤)

CE, 9 juil., 2007, Commune du port a la réunion, n° 307046, AJDA, 2007, p 1950.

(٨٥)

لقاضي الاستعجال في القانون الفرنسي والجزائري أن يقرن الأوامر بغرامة تنفيذية قصد ضمان التزام الإدارة بمضمون الأمر.

وعلى الرغم من أهمية الغرامة التهديدية، فإنَّ المتتبع لأحكام القضاء الإداري الفرنسي يقف على حقيقة قلّة استخدامها لضمان تنفيذ الأحكام القضائية بما فيها الأوامر الاستعجالية. وكما كان الشأن قبل صدور قانون القضاء الإداري، فإنَّ القاضي الإداري لا يلجأ إلى هذه الوسيلة غالباً إلا إذا أظهرت الإدارة صراحة عدم رغبتها في تنفيذ الأمر.

خاتمة

لقد اتضح لنا بعد هذا العرض لدور قاضي الاستعجال الإداري في حماية الحريات الأساسية جملة حقائق نجملها في الآتي:

- رغم تزايد الكتابات العربية في موضوع حقوق الإنسان وحرياته، إلا أنَّ استعمال مصطلح الحريات أو الحقوق الأساسية مازال محدوداً.
- يعكس التوسّع في انتشار مصطلح الحريات الأساسية تحوّل نظام حماية الحقوق والحريات من القانونية العادية إلى القانونية الدستورية؛ وتفسير ذلك أنَّ التشريع لم يعد هو الضامن الأساسي لهذه الحقوق أو الحريات، وإنّما الدستور، فضلاً عن الاتفاقيات الدولية.
- إنّ دور قضاء الاستعجال يكتسي أهمية بالغة تفوق بكثير أهمية قضاء الموضوع ذاته في حماية الحريات الأساسية؛ ومردّد ذلك، من جهة، أنَّ انتظار حكم قطعي في موضوع النزاع قد يكون عديم الجدوى من الناحية العملية بسبب بطء القضاء؛ ولهذا يظهر قضاء الاستعجال كملطف لمساوئ أيّ عدالة بطيئة؛ ومن جهة أخرى، فإنَّ التدبير الذي يأمر به قاضي الاستعجال قد يكون له مفعول نهائي يغني المتقاضين في حالات كثيرة عن الرجوع إلى قاضي الموضوع.
- تضيق محكمة التنازع الفرنسية من مجال نظرية الاعتداء المادي، ومن ثمّ تقليص مجال تدخل القضاء العادي بشقّيه الموضوعي والاستعجالي في مجال حماية الحريات الأساسية. وقضاء محكمة التنازع يغيّر ما استقر عليه القضاء المصري والجزائري في هذا المجال، وهو الأمر الذي يؤدي، بلا ريب، إلى اتساع الهوة بين القانون المصري والجزائري من جهة، وبين القانون الفرنسي من جهة أخرى بخصوص نظرية الاعتداء المادي.

- رغم تعدّد وسائل الحماية القضائية للحريات الأساسية، يبقى وقف القرارات الإدارية أهمّ هذه الوسائل. وتزداد أهمية هذه الوسيلة مع اتجاه مجلس الدولة إلى استبعاد طائفة من الحريات الأساسية من مجال الحماية المقررة بمقتضى نظام الأوامر.
- استخدام قاضي الاستعجال الإداري الفرنسي ذات الكيفية المستعملة من طرف قاضي الموضوع في مجال الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة، وهو الأمر الذي يحقق أكبر حماية قضائية مستعجلة للحقوق أو الحريات الأساسية.
- رغم التأثير العميق للقانون الفرنسي على القانون الجزائري، فإنّ ما يلاحظ هو أنّ المشرّع الجزائري أفرغ نظام الأوامر من قيمته الحقيقية حين جعله شقاً من قضاء الإلغاء، على خلاف ما هو مقرر في القانون الفرنسي.
- وفي الأخير لا بدّ من التنويه أنّ فعالية الحماية القضائية المستعجلة للحريات الأساسية، شأنها شأن الحماية الموضوعية، تتوقّف على مدى الضمانات التي يوفّرها الدستور للقضاء. ولا شك أنّ استقلالية القضاء في مواجهة السلطة التنفيذية هو أول هذه الضمانات، وأهمّها على الإطلاق.

حق المتهم في الحصول على صورة من أوراق التحقيق الابتدائي دراسة في بعض التشريعات الجزائية

الدكتور/ محمد نواف الفواعره

أستاذ قانون الجزاء المساعد - كلية القانون
جامعة آل البيت - الأردن

ملخص:

إن حق المتهم في الدفاع عن نفسه في مواجهة التهمة المنسوبة إليه، يقتضي بالضرورة أن يُمكن من ذلك بشكل عملي وواقعي، وهذا يتطلب أن يُوفّر للمتهم كافة المعلومات اللازمة، من حيث إطلاعه على التهمة المنسوبة إليه والأدلة المؤيدة لذلك، والحصول على صورة من أوراق التحقيق، وذلك نجد أنه كلما توسع المشرع في حق المتهم في الدفاع عن نفسه فإن ذلك يكون على حساب سرية التحقيق، حيث إن المبدأ الأخير يتراجع ليفسح المجال لسلطات التحقيق من أجل تزويد المتهم أو محاميه بالمعلومات اللازمة التي تضمن الفعالية الحقيقية لحق الدفاع.

إن جدلية العلاقة ما بين حقوق الدفاع من جهة وفعالية التحقيق بهدف الوصول إلى الحقيقة من جهة أخرى أدت إلى تباين في موقف التشريعات الجزائية من حقوق المتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي وتحديد حقّه في الحصول على صورة من أوراق التحقيق الذي يشكل محور هذه الدراسة.

جاءت هذه الدراسة لبيان موقف التشريعات الجزائية من حق المتهم في الحصول على صورة من أوراق التحقيق الابتدائي، وذلك من خلال الوقوف على الحلول التي قدمتها هذه الدول في أنظمتها الإجرائية، وكيفية توفيقها ما بين حقوق الدفاع وضمان سرية التحقيق وفعاليته بغية الوصول إلى كشف الحقيقة. من خلال استعراض الحقوق الممهدة لحق المتهم في الحصول على صورة من أوراق التحقيق، ثم بيان الواقع القانوني لهذا الحق في التشريعات المقارنة، وخلصت الدراسة في النهاية إلى مجموعة من النتائج والتوصيات.

مقدمة:

تسعى التشريعات الجزائية إلى توفير العديد من الضمانات القانونية التي تهدف إلى تحقيق معرفة حقيقية للمتهم عما يسند إليه من اتهام، وذلك من خلال تمكينه من الاطلاع على التهمة وملف التحقيق، وتمكينه كذلك من الحصول على صورة من أوراقه، وذلك بقصد بناء معرفي متكامل للمتهم، يسهل مهمته في ممارسة حقه في الدفاع استناداً إلى مبدأ "لا دفاع من غير علم".

فالضمانات القانونية آنفة الذكر لم تعملها التشريعات الجزائية المقارنة بشكل مطلق في مرحلة التحقيق الابتدائي، لما تتسم به هذه المرحلة من ميزات خاصة

وتحديداً في الدول التي تتبنى النظام التنقيبي في مرحلة التحقيق الابتدائي من سرية التحقيق ودور المحقق في البحث عن الأدلة، والدور السلبي للخصوم في عملية البحث عن الأدلة وكشف الحقيقة.

في الواقع إن مبدأ سرية التحقيق المعمول به في التشريعات الجزائية محل الدراسة، وضرورة الكشف عن الحقيقة، وضمان فعالية التحقيق يقف عائقاً أمام المتهم في الحصول على بعض الضمانات القانونية، وتحديد الحصول على صورة من أوراق التحقيق الابتدائي، ومبرراً للسلطة المخولة بالتحقيق في منع اتصال المتهم بملف القضية وحصوله على صور لما يتضمنه من وثائق أو أوراق تحقيقية، بعكس ما هو معمول به في فترة المحاكمة ذات الطابع العلني، التي تسمح للخصوم بالاطلاع على ملف القضية والحصول على صورته من أوراق التحقيق.

إن حق المتهم في الدفاع عن نفسه في مواجهة التهمة المنسوبة إليه، يقتضي بالضرورة أن يمكن من ذلك بشكل عملي وواقعي، وهذا يتطلب أن يوفر للمتهم كافة المعلومات اللازمة، من حيث إطلاعه على التهمة المنسوبة إليه والأدلة المؤيدة لذلك، ولذلك نجد أنه كلما توسع المشرع في حق المتهم في الدفاع عن نفسه فإن ذلك يكون على حساب سرية التحقيق، حيث إن المبدأ الأخير يتراجع ليفسح المجال لسلطات التحقيق من أجل تزويد المتهم أو محاميه بالمعلومات اللازمة التي تضمن الفعالية الحقيقية لحق الدفاع.

إن جدلية العلاقة ما بين حقوق الدفاع من جهة وفعالية التحقيق بهدف الوصول إلى الحقيقة من جهة أخرى أدت إلى تباين في موقف التشريعات الجزائية من حقوق المتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي، وتحديد حقه في الحصول على صورة من أوراق التحقيق الذي يشكل محور هذه الدراسة.

إن إشكالية الدراسة يمكن إجمالها في الإجابة عن التساؤلات الآتية: هل يحق للمتهم الحصول على صورة من أوراق التحقيق في مرحلة التحقيق الابتدائي؟ وهل يحق له الحصول عليها بشكل مباشر أم من خلال محاميه؟ هل حق الاطلاع على التهمة وحضور إجراءات التحقيق يستدعي بدهاء الحصول على صورة من إجراءات التحقيق؟ هل يمكن القول بأن منع المتهم من الحصول على صورة من أوراق التحقيق يشكل خروجاً على حقوق الدفاع؟

بناء على ما تقدم نستطيع القول أن أهمية الدراسة تنحصر في تقديم الإجابة عن التساؤلات السابقة من خلال استعراض الحلول التشريعية في الدول محل الدراسة،

والوقوف على الحلول التي قدمتها هذه الدول في أنظمتها الإجرائية، وكيفية توفيقها ما بين حقوق الدفاع وضمان سرية التحقيق وفعاليته بغية الوصول إلى كشف الحقيقة.

تأسيساً على ما تقدم فإن منهجية الدراسة تستدعي اللجوء إلى المنهج الوصفي التحليلي المقارن، وذلك من خلال عرض النصوص القانونية النازمة لحقوق المتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي في مختلف التشريعات الجزائية المقارنة، وتحليل هذه النصوص لمعرفة النهج أو الآلية المتبعة في هذه الدول لاحترام حقوق الدفاع دون الإخلال بفاعلية التحقيق. أما فيما يتعلق بالدول محل الدراسة فإن الدراسة تأتي للتعرف على موقف التشريعات العربية من التساؤلات سالفه الذكر وتحديداً دول الشرق الأوسط ومقارنتها بالتشريع الفرنسي. وسبب اقتصار الدراسة على موقف المشرع العربي في دول الشرق الأوسط هو صعوبة الإلمام بدراسة كافة التشريعات الجزائية العربية في بحث علمي مقيد بعدد معين من الصفحات، أما سبب اختيار المشرع الفرنسي وذلك على اعتبار أن الأخير يشكل القانون الأكثر تأثيراً في التشريعات العربية، بالإضافة إلى أن القانون الفرنسي يشكل نموذجاً في هذه الدراسة عن التشريع الجزائي الأوروبي المحكوم بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والمراقب من قبل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، خصوصاً إذا ما علمنا أن حقوق الدفاع تشكل أحد المبادئ الأساسية في الاتفاقية سالفه الذكر.

إيفاء للغرض المقصود من هذه الدراسة فقد قمنا بتقسيم هذه الدراسة إلى مطلبين:

المطلب الأول: الحقوق الممهدة لحق المتهم في الحصول على صورة من أوراق التحقيق الابتدائي.

الفرع الأول: حق المتهم في الاطلاع على التهمة المنسوبة إليه.

الفرع الثاني: حق المتهم في الاطلاع على أوراق التحقيق أو ملف القضية.

المطلب الثاني: الواقع القانوني لحق المتهم في الحصول على صورة من أوراق التحقيق الابتدائي.

الفرع الأول: حق المتهم في الحصول المباشر على صورة من أوراق التحقيق.

الفرع الثاني: حق المتهم في الحصول غير المباشر على صورة من أوراق التحقيق (من خلال المحامي).

المطلب الأول

الحقوق الممهدة لحق المتهم في الحصول على صورة من أوراق التحقيق الابتدائي

نصت التشريعات الجزائية محل الدراسة في قوانينها الإجرائية على بعض الضمانات أو الحقوق التي تمهد للمتهم حصوله على صورة من أوراق التحقيق، وهذه الحقوق هي حقه في الاطلاع على التهمة والاطلاع على أوراق التحقيق أو ملف القضية، فالحقوق سألها الذكر تمكن المتهم من معرفة التهمة المنسوبة إليه والأدلة التي بحوزة سلطة التحقيق ضده. مما يقودنا إلى التساؤل الآتي: هل الحصول على صورة من أوراق التحقيق هو جزء مكمل لحقه في الاطلاع على التهمة وأوراق التحقيق؟ بحيث يحصل عليه المتهم دون الحاجة إلى نص صريح؟ أم أنه حق مستقل عن حق الاطلاع على التهمة وملف القضية وينبغي النص عليه صراحة من أجل تمكين المتهم منه؟

إن الإجابة عن التساؤل السابق يستدعي بالضرورة دراسة حق المتهم في الاطلاع على التهمة وملف القضية في التشريعات الجزائية المقارنة، وذلك بغرض الوقوف على مضمون هذا الحق وكيفية تنظيمه في التشريعات المقارنة.

الفرع الأول

حق المتهم في الاطلاع على التهمة المنسوبة إليه

حق الاطلاع على التهمة يعد من أهم المبادئ القانونية المستقرة في التشريعات الجزائية المقارنة، حيث يعتبر هذا الحق أحد الحقوق الهامة للمتهم أو المشتكى عليه في الاتفاقيات الدولية النازمة لحقوق الإنسان، وفي ذلك السياق نصت المادة ١٤/٣/أ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على "إعلام المتهم سريعاً وبالتفصيل وفي لغة يفهمها، بطبيعة التهمة الموجهة إليه وأسبابها". كما أن هذا الحق يعتبر من الحقوق الأساسية التي نصت عليه بعض التشريعات في دساتيرها^(١).

(١) نصت المادة (٧١) من دستور جمهورية مصر العربية السابق والمادة ٢٣ من الإعلان الدستوري لجمهورية مصر المؤقت لسنة ٢٠١١ على أن: "يبلغ كل من يقبض عليه أو يعتقل بأسباب القبض أو اعتقاله فوراً... ويجب إعلانه على وجه السرعة بالتهم الموجهة إليه". وجاءت المادة ٢٤ من النظام الأساسي لسلطنة عمان لسنة ١٩٩٦ لتؤكد وبنفس الصياغة الواردة في النص السابق على حق المتهم في الاطلاع على التهمة، كما نصت المادة ١٢ من =

بالإضافة إلى ما سبق يجد المبدأ السابق أهميته عند الحديث عن حقوق الدفاع، فالمتهم لا يمكنه تحضير دفاعه في مواجهة التهمة المنسوبة إليه إلا إذا علم بالتهمة المنسوبة إليه، فالاطلاع على التهمة يشكل أحد الضمانات الواجب توافرها لتمكين المتهم من الدفاع عن نفسه، ويُعد هذا تكريساً لمبدأ "لا دفاع من غير علم". هذا بالإضافة إلى أن حق الدفاع من الحقوق الأساسية التي نصت عليها الدول في دساتيرها بشكل صريح^(٢).

وتأسيساً على ما تقدم أُلزمت التشريعات الجزائية في قوانينها الإجرائية السلطة المخولة بالتحقيق إطلاع المتهم على التهمة المنسوبة إليه^(٣)، ومن ذلك قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني الذي نص في المادة (٦٣) على أنه: "عندما يمثل المشتكى عليه أمام المدعي العام يتثبت من هويته ويتلو عليه التهمة المنسوبة إليه..." وكذلك نص المشرع الفرنسي على هذا الحق في المادة الابتدائية أو المادة رقم "صفر" من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي^(٤) حيث نصت المادة سالفة الذكر

= النظام الأساسي لدولة فلسطين على أن: "يبلغ من يقبض عليه أو يوقف بأسباب القبض أو إيقافه ويجب إعلامه سريعاً بلغة يفهمها بالتهم الموجهة إليه، وأن يمكن من الاتصال بمحام، وأن يقدم للمحكمة دون تأخير".

(٢) نصت المادة ٦٩ من الدستور المصري السابق والذي كررت مضمونها المادة ٢٢ من الإعلان الدستوري المؤقت على أن: "حق الدفاع أصالة أو بالكفالة مصون". ونصت المادة ٣٤ من الدستور الكويتي على أن: "المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع"، وفي نفس السياق نصت المادة ٣٩ من الدستور القطري، والمادة ٢٠ فقره ج من الدستور البحريني، والمادة ٢٨ من الدستور الإماراتي، والمادة ٢٢ من النظام الأساسي لسلطنة عمان، والمادة ٢٧ من الدستور السوداني.

(٣) نصت المادة ٩٩ من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢ على أن: "يجب على عضو النيابة العامة عند حضور المتهم لأول مرة في التحقيق أن يدون جميع البيانات الخاصة بإثبات شخصيته، ويحيطه علماً بالتهمة المنسوبة إليه"، انظر كذلك: المادة ١٢٣ من قانون الإجراءات الجزائية البحريني رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٢، والمادة ١٠١ من نظام الإجراءات الجزائية السعودي لسنة ١٤٢٢هـ، والمادة ١٨٢ من قانون الإجراءات الجزائية اليمني رقم ١٣ لسنة ١٩٩٤، والمادة ١١٤ من قانون الإجراءات الجزائية العُماني رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٩، والمادة ١٠٠ من قانون الإجراءات الجنائية القطري رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٤، والمادة ٦٩-١ من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري، والمادة ٩٦ من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠١، والمادة ٧٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني رقم ٣٢٨ لسنة ٢٠٠١.

(٤) أُضيفت بالقانون الصادر بتاريخ ١٥/٦/٢٠٠٠.

على أن: "لكل شخص مشتبه به أو محل ملاحقة جزائية الحق في أن يبلغ بالأدلة المؤيدة لاتهامه وله الحق في الاستعانة بمحام".

السؤال الذي يمكن إثارته في هذا الجانب، ما هو مضمون حق الاطلاع؟ بمعنى ماهو الإجراء الذي يتوجب على سلطة التحقيق القيام به حتى تحقق اطلاع المتهم على التهمة بالصورة التي تضمن هذا الحق ولا تخل به؟ هل الاطلاع يعني تعريفه بالوصف القانوني أم يشمل أيضاً اطلاعه على كافة الأدلة المؤيدة للاتهام؟

للإجابة على التساؤلات السابقة لا بد لنا من استعراض موقف التشريعات المقارنة من مفهوم الاطلاع على التهمة والأثر المترتب على مخالفته.

البند الأول: موقف التشريعات المقارنة من مفهوم الاطلاع على التهمة

من خلال استقراء النصوص المكرسة لحق المتهم في الاطلاع على التهمة المنسوبة إليه في التشريعات الجزائية المقارنة، نجد أن هناك تبايناً تشريعياً في العبارات المستخدمة من قبل التشريعات الجزائية، بحيث لم تكن عبارات المشرع ذات دلالة واضحة في بعض الأحيان وهذا ما جعلها عرضة للتأويل والتفسير من قبل السلطات المختصة بالتحقيق، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: القسم الأكبر من التشريعات العربية محل الدراسة، لم تحدد مقصودها من عبارة الإحاطة بالتهمة أو تلاوة التهمة الواردة في تشريعاتها الجزائية:

١ - غالبية الدول العربية محل الدراسة وتحديداً دولة الإمارات العربية المتحدة، ودولة قطر، ومملكة البحرين، والمملكة العربية السعودية، وسلطنة عُمان استخدمت عبارة "الإحاطة بالتهمة" في معرض تنظيمها لحقوق المتهم في قوانينها الإجرائية^(٥).

ونسوق مثلاً على التشريعات السابقة نص المادة (٩٩) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي التي نصت على أنه: "يجب على عضو النيابة العامة عند حضور المتهم لأول مرة في التحقيق أن يدون جميع البيانات الخاصة بإثبات شخصيته، ويحيطه علماً بالتهمة المنسوبة إليه، ويثبت في المحضر ما قد يبيده في شأنها من

(٥) انظر على وجه الخصوص: المادة ٩٩ من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢، والمادة ١٠٠ من قانون الإجراءات الجنائية القطري رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٤، والمادة ١١٤ من قانون الإجراءات الجزائية العُماني رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٩، والمادة ١٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية البحريني رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٢، والمادة ١٠١ من نظام الإجراءات الجزائية السعودي لسنة ١٤٢٢هـ، والمادة ١٨٢ من قانون الإجراءات الجزائية اليمني رقم ١٣ لسنة ١٩٩٤.

أقوال". وفي نفس السياق جاءت المادة (١٠٠) من قانون الإجراءات الجزائية القطري لتؤكد على أنه: "يجب على عضو النيابة العامة عند حضور المتهم، لأول مرة في التحقيق، أن يعلمه بأن النيابة العامة هي التي تبشر التحقيق، وأن يتثبت من شخصيته، ويدون البيانات الخاصة به ويحيطه علماً بالتهمة المنسوبة إليه، ويثبت في المحضر ما قد يبيده في شأنها من أقوال".

٢ - المشرعان الأردني والسوري انفردا باستخدام عبارات مغايرة عن التشريعات العربية محل الدراسة، وذلك من خلال استخدام المشرع الأردني لعبارة "تلاوة التهمة" في المادة ٦٣-١ من قانون أصول المحاكمات الجزائية التي نصت على أنه: "عندما يمثل المشتكي عليه أمام المدعي العام يتثبت من هويته ويتلو عليه التهمة المنسوبة إليه ويطلب جوابه عنها منبهاً إياه أن من حقه أن لا يجيب عنها إلا بحضور محام، ويدون هذا التنبيه في محضر التحقيق، فإذا رفض المشتكى عليه توكيل محام أو لم يحضر محامياً في مدة أربع وعشرين ساعة يجري التحقيق بمعزل عنه".

في حين استخدم المشرع السوري عبارة "ويطلع على الأفعال المنسوبة إليه" وذلك في معرض تنظيمه لإجراءات الاستجواب في المادة (٦٩-١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية^(٦).

التشريعات العربية سألقة الذكر وإن اختلفت في الصيغ المستخدمة لتكريس حق المتهم في الاطلاع على التهمة، إلا أنها اتحدت في عدم تحديد مضمون حق الاطلاع في قوانينها الإجرائية.

ثانياً: بعض التشريعات العربية نظمت مضمون حق الاطلاع في قوانينها الإجرائية بحيث لا يقتصر مفهوم الاطلاع على التهمة على معرفة الواقعة الجرمية فقط، بل يتضمن معرفة المتهم لبعض الوقائع المادية المرتبطة بالجريمة، وهذا موقف المشرع الجزائي في كل من دولة فلسطين، ودولة لبنان.

١ - المشرع الفلسطيني لم ينص على حق المتهم في الاطلاع على التهمة بنص صريح ومباشر، ولكن يمكننا استخلاص هذا الحق من عبارة "الاستجواب في

(٦) نصت المادة ٦٩-١ من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري على أنه: "عندما يمثل المدعي عليه أمام قاضي التحقيق يتثبت القاضي من هويته، ويطلع على الأفعال المنسوبة إليه، ويطلب جوابه عنها منبهاً إياه أن من حقه أن لا يجيب عنها إلا بحضور محام، ويدون هذا التنبيه في محضر التحقيق، فإذا رفض المدعى عليه إقامة محام أو لم يحضر محامياً في مدة أربع وعشرين ساعة جرى التحقيق بمعزل عنه".

التهمة" التي أوردتها المشرع في المادة (٩٦) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، والتي فسرت مضمونها المادة (٩٤) من ذات القانون بالآتي: "مناقشة المتهم بصورة تفصيلية بشأن الأفعال المنسوبة إليه ومواجهته بالاستفسارات والأسئلة والشبهات عن التهمة، ومطالبته بالإجابة عليها"، فالاستجواب مواجهة المتهم بالتهمة والأدلة أو الشبهات القائمة ضده.

٢- كان المشرع اللبناني أكثر وضوحاً من التشريعات العربية سائلة الذكر في بيان مقصوده من عبارة "الإحاطة بالتهمة" الوارد ذكرها في المادة ٧٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية، بحيث نصت المادة سائلة الذكر على أن: "على قاضي التحقيق، عند مثول المدعى عليه أمامه في المرة الأولى، أن يحيطه علماً بالجريمة المسندة إليه، فيلخص له وقائعها ويطلع على الأدلة المتوافرة لديه أو على الشبهات القائمة ضده؛ لكي يتمكن من تنفيذها والدفاع عن نفسه، ولا يلزم قاضي التحقيق بأن يعطيه الوصف القانون للوقائع".

البند الثاني: الأثر القانوني المترتب على عدم تمكين المتهم من الاطلاع على التهمة

نشير بداية إلى أن غالبية التشريعات العربية محل الدراسة لم ترتب بطلان بنص صريح إذا أغفلت سلطات التحقيق إطلاع المتهم على التهمة المنسوبة إليه، باستثناء المشرعين الأردني واللبناني اللذين نصا في قوانينهما الإجرائية على بطلان الاستجواب إذا أغفلت سلطة التحقيق إطلاع المتهم على التهمة المنسوبة إليه^(٧).

تجدر الإشارة إلى أنه ومع غياب النص الصريح في غالبية التشريعات العربية موضوع الدراسة على بطلان الاستجواب إذا أغفلت سلطات التحقيق إطلاع المتهم على التهمة المنسوبة إليه، إلا أن النصوص المكرسة لحق المتهم في الاطلاع على التهمة جاءت بصيغة الوجوب، حيث استخدمت أغلب التشريعات الجزائية العربية عبارة "يجب على المحقق"^(٨)، يجب على عضو النيابة العامة"^(٩) ومثالها التشريع الإماراتي،

(٧) انظر: المادة ٦٣-٤ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، والفقرة الأخيرة من المادة ٧٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني.

(٨) انظر على وجه الخصوص: المادة ١٠١ من نظام الإجراءات الجزائية السعودي، والمادة ١٨٢ من قانون الإجراءات الجزائية اليمني.

(٩) انظر: المادة ٩٩ من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي، والمادة ١٣٣ من قانون الإجراءات الجنائية البحريني، والمادة ١٠٠ من قانون الإجراءات الجنائية القطري.

والقطري، والبحريني، والسعودي، والفلسطيني، والبعض استخدم صيغ تفيد الإلزام والوجوب "على عضو الادعاء العام" ومثالها التشريع العُماني^(١٠).

إن صيغ الوجوب الوارد ذكرها في التشريعات السابقة تؤكد على أهمية هذه الضمانة، بحيث إن مخالفتها تجعل الإجراء مشوباً بعيب جوهري يستوجب البطلان إذا ما تم التمسك به من قبل المتهم أو محاميه، وفي هذا السياق أكد القضاء على حق المتهم في الاطلاع على التهمة، معتبراً أن إهدار ضمانات المتهم بالاطلاع على التهمة هو دفع جوهري يرتب البطلان النسبي للاستجواب، إذا ما تم إثارته من قبل المتهم أو محاميه أمام محكمة الموضوع في الدرجة الأولى، فهو حق متعلق بمصلحة الخصوم ولا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض^(١١).

كما أن أعمال مبدأ الحق في محاكمة منصفة أو عادلة في المسائل الجزائية يفترض ابتداءً توجيه تهمة جزائية إلى الشخص المضمن ارتكابه للجرم، وقد عرفت هيئات الرقابة والإشراف الاتفاقية "الاتهام" وفقاً لأسلوب التفسير المستقل، فأُسبغت عليه معنى مستقلاً وعرفته بأنه "إخطار رسمي صادر عن السلطة المختصة لشخص ما بأنه مشتبه بارتكابه جريمة جزائية"^(١٢). كما أن لحق الدفاع عناصر ومكونات مختلفة، فهو حق يتكون من الحقوق أو الضمانات الدنيا الآتية: عدم إكراه المتهم على الشهادة ضد نفسه أو الاعتراف بالجرم، حق المشاركة بإجراءات المحاكمة الذي يتضمن إعلام المتهم بالتهمة المنسوبة إليه، بحيث يكون الإخطار أو الإعلام بلغة يفهمها المتهم سواء تم ذلك بشكل شفوي أو كتابي^(١٣).

البند ثالثاً: رأينا في الموضوع.

نخلص مما سبق إلى أن عدم بيان المقصود من عبارة الإحاطة بالتهمة في أغلب التشريعات العربية يجعلها عرضة للتأويل والتفسير من قبل سلطات التحقيق، التي تسعى في أغلب الأحيان إلى التفسير الضيق لهذا الحق؛ ولذلك نرى أن اطلاع المتهم

(١٠) انظر: المادة ١١٤ من قانون الإجراءات الجزائية العُماني.

(١١) نقض جنائي، ٨ يناير ١٩٧٩، مجموعة أحكام النقض، س ٣٠، ق ٤، ص ٢٤.

(١٢) CDH, N 26511897, Vuolanne c\Finlande, 7\4\1989, A\44\40 Annexe, section, J.

cour.EDH, oztitrt, 21\2\1984, GACEDH n12. للمزيد انظر: أ. د. محمد علوان، د. محمد

الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان - الحقوق المحمية، الجزء الثاني، ط ١، الإصدار الثاني، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٩، ص ٢٢٤ وما يليها.

(١٣) اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق رقم ١٣ (٢١) لعام ١٩٨٤ بشأن المادة (١٤) من

العهد الدولي لحقوق الإنسان، فقرة (٨).

على التهمة المنسوبة إليه من الإجراءات الضرورية لتأمين حق الدفاع، والأساس الذي يبني عليه المتهم دفاعه^(١٤)، كما أن وجوب إحاطة المتهم بالتهمة المنسوبة إليه ليس غاية في ذاته، بل هو الوسيلة التي تؤدي إلى تنظيم المتهم لدفاعه بالطريقة التي يقرر أنها في مصلحته، فبدون اطلاع المتهم على الشبهات الموجهة إليه، لن تتاح له فرصة لإعداد دفاعه وهذه هي الغاية التي يرجى الوصول إليها^(١٥).

ولذلك يتعين على المحقق تحديد التهمة المنسوبة للمدعى عليه تحديداً لا يدع مجالاً للشك أو الجهالة، لكنه لا يلزم بإعلام المدعى عليه بالوصف القانوني للتهمة. كما أن الإحاطة بالتهمة يجب أن تكون بأسلوب سهل يفيد المتهم من الناحية العملية، لا مجرد ترديد صيغ قانونية معينة يصعب على المتهم فهمها^(١٦). بحيث يلخص المحقق ما ينسب إلى المتهم من فعل مجرم، بحيث يكون هذا الملخص شاملاً لكل عناصر الفعل المرتكب ووافياً ولا يكون مبتوراً أو مشوهاً^(١٧)، كما يتوجب على المحقق أن يطلع المتهم على التهمة المنسوبة إليه دونما إغفال لأية واقعة من الوقائع التي يجري بشأنها التحقيق، كما يتوجب عليه إطلاع المتهم على الأدلة القائمة ضده وتبصيره بها بكل وضوح وموضوعية^(١٨)، بحيث تكمن أهمية إطلاع المتهم على التهمة والأدلة القائمة ضده في تمكينه من التعرف بوضوح على ما يسند إليه، فيتاح له تأسيس دفاعه إزاء هذه التهمة وتفنيدها بما يثبت فسادها^(١٩)، وتعطيه الفرصة لتهيئة دفاعه عن نفسه أو بواسطة المحامي إن لزم الأمر^(٢٠).

(١٤) محكمة التمييز اللبنانية، القرارات الجزائية لسنة ٢٠٠١، غلاف ٦، رقم ١٤٩، فصل ١، ص ٨٥٦، المنشورات الحقوقية، الجزء الثاني، مكتبة صادر، بيروت، ٢٠٠٢.

(١٥) د. معتمد مشعشع استعانة المشتكى عليه بمحام خلال الاستجواب في مرحلة التحقيق الابتدائي، مجلة دراسات - سلسلة الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، مجلد ٢٦، العدد ١، ٣٠، (١٩٩٩).

(١٦) د. هلال عبد الله أحمد، حقوق الدفاع في مرحلة ما قبل المحاكمة بين النمط المثالي والنمط الواقعي، دار النهضة العربية، القاهرة، (١٩٩٥)، ص ٢٧.

(١٧) د. علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية - دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، (٢٠٠٩)، ص ٢٩٤.

(١٨) عمر فخري الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة، دار الثقافة، عمان، (٢٠١٠)، ص ١٥٠.

(١٩) د. حسن جوخدار، التحقيق الابتدائي في قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة، عمان (٢٠٠٨)، ص ٢٤٢.

(٢٠) د. محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية، ط ١، دار الثقافة، عمان، (٢٠١١)، ص ٣٦٣.

إن التفسير السابق لمضمون الحق في الاطلاع يتماشى مع حق الاطلاع الذي أراد المشرع الدولي النص عليه في المادة ١٤/٣/أ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية التي نصت على "إعلام المتهم سريعاً وبالتفصيل وفي لغة يفهمها، بطبيعة التهمة الموجهة إليه وأسبابها". فالنص سالف الذكر من الاتفاقية نص على طبيعة التهمة وأسبابها، وهذا يتوافق - برأينا - مع ما تمت الإشارة إليه آنفاً، وغني عن البيان أن ما تضمنته الاتفاقية السابقة من ضمانات إجرائية، يتوجب توفيرها في الدول التي صادقت عليها دون الحاجة إلى وجود نص صريح في قوانينها الداخلية، إعمالاً لمبدأ سمو الاتفاقات على القوانين الداخلية.

أخيراً لا بد من الإشارة بموقف المشرع اللبناني الذي كان حاسماً وواضحاً في تفسير مراده من كلمة الاطلاع، وذلك عندما ألزم المحقق وتحت طائلة البطلان في المادة ٧٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية بأن يحيط المتهم علماً بالجريمة المسندة إليه، فيلخص له وقائعها، ويطلع على الأدلة المتوافرة لديه أو على الشبهات القائمة ضده، وذلك لتمكين المتهم من تنفيذ التهم الموجهة إليه والدفاع عن نفسه، ودون إلزام المحقق بأن يعطيه الوصف القانوني للوقائع.

الفرع الثاني

حق المتهم في الاطلاع على أوراق التحقيق أو ملف القضية.

إن دراسة حق المتهم في الاطلاع على ملف القضية في التشريعات المقارنة يستدعي بالضرورة الوقوف على مفهوم ملف القضية أو أوراق التحقيق، وذلك بقصد الوقوف على مضمون هذا الحق في التشريعات محل الدراسة، وعليه سوف نتناول بالدراسة مفهوم ملف القضية أو ملف التحقيق في بند أول، ثم نخرج على موقف التشريعات الجزائية من حق المتهم أو محاميه في الاطلاع على ملف القضية في بند ثان.

البند الأول: مفهوم أوراق التحقيق أو ملف القضية

إن التساؤل الذي يمكن طرحه في هذا المقام يكمن في معرفة الأوراق التي يحق للمتهم أو محاميه الاطلاع عليها؟ فهل يجب أن يقتصر اطلاع المتهم أو محاميه على الأوراق المتعلقة بالمتهم فقط أم يتجاوزه إلى الاطلاع على كل وثائق الملف التحقيقي بدون استثناء؟

نبادر إلى القول بداية إلى أن غالبية التشريعات محل الدراسة استخدمت عبارة

"الاطلاع على التحقيق" (٢١) دون أن تبين المقصود من هذه العبارة، بمعنى آخر هل تشمل العبارة السابقة كافة أعمال التحقيق أم هي قاصرة على إفادة المتهم فقط؟ (٢٢).

إن تفسير مراد المشرع من خلال العبارات سالفة الذكر يقع على عاتق القضاء الذي يجب أن يوازن في تفسيره بين أمرين هما: ضمان فعالية التحقيق وسريته الذي تبرره مصلحة العدالة في كشف الحقيقة، ومصلحة المتهم المتمثلة بضمان حقه في الدفاع من خلال إطلاعه على ما بحوزة سلطة التحقيق من أوراق أو وثائق متعلقة بالواقعة محل التحقيق، وذلك لتمكينه من الدفاع عن نفسه بشكل فعال في مواجهة التهمة الموجهة إليه. وفي هذا السياق نشير إلى ما أقرته المحكمة الدستورية في مصر عندما قضت بأن: "المحاكمة المنصفة تقتضي إقامة التوازن بين الحرية الفردية وحقوق الدفاع من جهة، وبين مصلحة المجتمع وحق الدولة في اقتضاء العقاب من جهة أخرى" (٢٣).

بمعنى آخر، مصلحة سلطة التحقيق تقتضي المحافظة على أدلة الجرم ومباغطة المتهم بها عند استجوابه، وإطلاع محامي المتهم عليها قبل الاستجواب قد يمكنه من توجيهه مسبقاً - ونعني المتهم - لإعداد أجوبته على النحو الذي يجعلها خالية من القوة فيما لو تم مباغطة المتهم بها أثناء التحقيق. وهذا التوجه في التفسير يقتضي ترك الخيار لسلطة التحقيق في تقرير الأوراق التي يحق للمحامي الاطلاع عليها، بحيث يتضمن ملف القضية الذي يجب وضعه رهن إشارة المتهم للاطلاع على محضر الضابطة العدلية دون محاضر الشهود ووسائل الإثبات التي تشكل عنصراً حاسماً في إدانة المتهم.

غير أن هذا الاتجاه يبقى ضعيفاً بالنظر إلى أن عبارة أوراق التحقيق المشار إليها في التشريعات محل الدراسة جاءت مطلقة، أما مسألة الحفاظ للدليل على قوته

(٢١) انظر: المادة ١٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية المصري، المادة ١٠٠ من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي، والمادة ١/١٣٥ من قانون الإجراءات الجزائية البحريني، والمادة ١٨٠ من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، والمادة ٣/١٠٢ من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، والمادة ١١٥ من قانون الإجراءات الجزائية العُماني، والمادة ١٠٢ من قانون الإجراءات الجزائية القطري.

(٢٢) مع الإشارة إلى أن المشرع اللبناني كان أكثر وضوحاً في هذا الشأن عندما نص في المادة ٢/٧٨ من قانون الإجراءات الجزائية على وجوب تمكين المتهم من الاطلاع على كافة أعمال التحقيق ما عدا إفادات الشهود.

(٢٣) المحكمة الدستورية العليا في مصر، ٢٣ يناير ١٩٩٢، القضية رقم ٢٢، السنة الثامنة القضائية "دستورية"، الجريدة الرسمية، ٢٤ يناير ١٩٩٢.

إلى حين مجابهة المتهم به في الجلسة فإنه يهدر ويمس بحق هذا الأخير في إعداد دفاعه، ويجعل من النيابة العامة أو سلطة التحقيق خصماً للمتهم يتحين به الفرص ويتربص به الدوائر للإيقاع به. والحال أنه خصم شريف غايته البحث عن الحقيقة وتحقيق العدالة.

في المقابل تقتضي اعتبارات المحاكمة العادلة تمكين المتهم من الدفاع عن نفسه أمام التهمة الموجهة إليه، وتهيئة الوسائل الكفيلة بذلك، ومنها إطلاعه على التهمة والوثائق أو الأدلة التي تمتلكها سلطة التحقيق بمواجهته، حتى يتسنى له الرد عليها وبحضها، وهذا التوجه يقتضي أن تقوم سلطة التحقيق بتمكين المحامي من الاطلاع على كافة الوثائق التي يحتويها ملف القضية حتى تاريخ الجلسة، لا بل أن سلطة التحقيق لا يمكنها أن تقوم بمناقشة المتهم بوثائق أو أدلة لم يطلع عليها قبل الاستجواب وكانت بحوزة سلطة التحقيق، كما أن مثل هذا التوجه يدعمه منطوق النصوص سالفة الذكر التي جاءت بصيغة العموم، والقاعدة عند الأصوليين أن المطلق يبقى على إطلاقه ما لم يرد نص يقيد من جهة.

بناء على ما تقدم يمكننا القول بأن عبارة أوراق التحقيق أو ملف القضية قيد التحقيق تشمل - برأينا - وذلك إعمالاً لقاعدة أن المطلق يبقى على إطلاقه، كل المحاضر القانونية المنجزة سواء من طرف الضابطة القضائية أو النيابة العامة أو قاضي التحقيق، وأياً كانت الإجراءات المتعلقة بمضمونها استجواب للمتهم أو سماع الشهود، أو معاينة أو انتقال أو تفتيش أو ندب خبير أو تقرير الخبرة، وكذلك الأوامر والمذكرات والإنابات الصادرة عن جهات التحقيق، وجميع المستندات والوثائق التي تم الحصول عليها بمناسبة التحقيق والتي تشكل دليلاً ضد المتهم أو لصالحه، ومن هذا المنطلق فإن أعمال التحقيق التي يجب أن توضع رهن إشارة دفاع المتهم قصد الاطلاع عليها، هو من الشمولية بحيث لا يمكن أن يسحب منه أية وثيقة وتحت أي مبرر. والأثر المترتب على الرأي السابق يحتم على سلطات التحقيق استجواب المتهم بالوقائع المتعلقة بالوثائق التي سبق عرضها على محامي المتهم، بحيث إذا تطرق المحقق إلى توجيه أسئلة للمتهم مدارها مستندات لم يطلع عليها المدافع فإنها تفضي إلى عدم صحة الاستجواب.

وفي هذا المقام نشيد بموقف المشرع الإجرائي في دولة لبنان الذي كرس حق محامي المتهم وبنص صريح في الاطلاع على كافة أعمال التحقيق ما عدا إفادات الشهود، وألزم جهة التحقيق بذلك تحت طائلة بطلان الاستجواب في حال المخالفة، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة ٧٨ من قانون الإجراءات الجزائية على "إذا اختار - المتهم - محامياً للدفاع عنه فلا يجوز لقاضي التحقيق أن يستجوبه أو أن يستمر

في إجراءات التحقيق، إلا بعد حضور المحامي وإطلاعه على جميع أعمال التحقيق، ما عدا إفادات الشهود وذلك تحت طائلة إبطال الاستجواب والإجراءات اللاحقة له".

البند الثاني: موقف التشريعات المقارنة من حق المتهم أو محاميه في الاطلاع على ملف القضية

من خلال استقراء النصوص القانونية المتعلقة بحق المتهم أو محاميه في الاطلاع على ملف التحقيق، نجد أن هناك تبايناً تشريعياً في موقف التشريعات العربية محل الدراسة، بحيث أن غالبية هذه التشريعات لم تنظم حق المتهم في الاطلاع على ملف التحقيق بنصوص خاصة، تاركة ذلك للقواعد العامة المنصوص عليها في قوانينها الإجرائية، بينما نظمت بعض التشريعات بنصوص صريحة حق المتهم في الاطلاع على ملف القضية قبل الاستجواب، ولذلك يمكن تقسيم موقف المشرع في الدول العربية محل الدراسة وفقاً للآتي:

أولاً: التشريعات العربية التي نظمت حق المتهم في الاطلاع على ملف القضية قبل الاستجواب

بعض التشريعات الجزائية اتجهت إلى وضع نص خاص يكفل لجهة الدفاع عن المتهم الحق في الاطلاع على ملف التحقيق وعدم ترك الأمر للقواعد العامة، وفي ذلك زيادة في الحرص على هذا الحق ومنها التشريع الفرنسي (م ١١٤ من قانون الإجراءات الجزائية)، المصري (م ١٢٥ قانون الإجراءات الجزائية)، وكذلك الحال في معظم التشريعات العربية محل الدراسة^(٢٤).

ونسوق مثلاً على موقف التشريعات السابقة ما نصت عليه المادة ١٢٥ من قانون الإجراءات الجزائية المصري التي أكدت على أنه: "يجب السماح للمحامي بالاطلاع على التحقيق في اليوم السابق على الاستجواب أو المواجهة ما لم يقرر القاضي خلاف ذلك. والمادة ١٠٠ من قانون الإجراءات الإماراتي، والمادة ١١٥ من قانون الإجراءات الجزائية العُماني اللتان نصتا على أنه: "يجب السماح للمحامي بالاطلاع على التحقيق في اليوم السابق على الاستجواب أو المواجهة".

(٢٤) وتحديدًا المشرع الإماراتي (م ١٠٠) قانون الإجراءات الجزائية)، المشرع البحريني (م ١٣٥/ ١ قانون الإجراءات الجزائية)، المشرع اليمني (م ١٨٠ من قانون الإجراءات الجزائية)، والمشرع اللبناني (م ٢/٧٨ قانون أصول المحاكمات الجزائية)، والمشرع الفلسطيني (م ٣/١٠٢ من قانون الإجراءات الجزائية)، وأخيراً المشرع العُماني (م ١١٥ من قانون الإجراءات الجزائية).

كذلك نصت المادة ٧٨ من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني على أنه: "إذا رفض المدعى عليه الاستعانة بمحام فلا يلزم قاضي التحقيق بتعيين محام له، كما أنه إذا اختار محامياً للدفاع عنه فلا يجوز لقاضي التحقيق أن يستجوبه أو أن يستمر في إجراءات التحقيق إلا بعد حضور المحامي وإطلاعه على جميع أعمال التحقيق ما عدا إفادات الشهود، وذلك تحت طائلة إبطال الاستجواب والإجراءات اللاحقة له".

بالرجوع إلى النصوص النازمة لحق الاطلاع على أوراق التحقيق نجد أن هناك تبايناً في موقف التشريعات السابقة، وتحديدًا في طبيعة الحق وشروط الحصول عليه، وذلك على النحو الآتي:

١- أغلب التشريعات العربية محل الدراسة رهنّت أمر إطلاع المحامي على ملف التحقيق قبل الاستجواب بإرادة سلطة التحقيق، وهذا موقف المشرع الإجمالي في كل من دولة مصر، قطر، البحرين، اليمن، بحيث تستطيع سلطة التحقيق في التشريعات السابقة منع المحامي من الاطلاع على ملف القضية ودون أن تلتزم بإصدار قرار مكتوب مسبباً في الشأن، كما أن رفض سلطة التحقيق تمكين المحامي من الاطلاع على ملف القضية قبل الاستجواب قطعي ولا يقبل المراجعة.

نشير في هذا الخصوص إلى أن المشرع الإماراتي في قانون الإجراءات الجزائية سار على نهج التشريعات السابقة من حيث تعليق حق المحامي في الاطلاع على ملف القضية بإرادة المحقق، لكن المشرع الإماراتي اشترط في قرار المحقق أن يكون مبرراً بمصلحة التحقيق^(٢٥). وهنا يرى البعض أن حرمان المحامي من حقه في الاطلاع على ملف القضية تحت مبرر مصلحة التحقيق لا يكون إلا عند تقرير سرية التحقيق فقط، مع التأكيد على أن حرمان المحامي من هذا الحق يجعل من حضوره للاستجواب محدود القيمة والأثر^(٢٦).

فالتشريعات سألقة الذكر تعتبر أن حق المتهم في الاطلاع على ملف القضية هو حق مقيد وليس مطلقاً، بحيث إن هذا الحق يجب أن لا يؤثر على سلامة التحقيق وفعاليته، فمصلحة التحقيق هي الأصل الذي لا يقبل أي استثناء، ولذلك جعلت حق المحامي في الاطلاع على ملف القضية مرهوناً بإرادة المحقق.

(٢٥) نصت المادة ١٠٠ من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي على أنه: "يجب أن يمكن محامي المتهم من حضور التحقيق معه والاطلاع على أوراق التحقيق ما لم ير عضو النيابة غير ذلك لمصلحة التحقيق".

(٢٦) أ. د. جودة حسين جهاد، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية لدولة الإمارات العربية المتحدة، ٤١١، (٢٠٠٨).

٢ - التشريعات العربية الأخرى، وتحديدًا المشرع الإجرائي في كل من لبنان وفلسطين وسلطنة عُمان، وعلى خلاف التشريعات العربية الأخرى اعتبرت أن حق المحامي في الاطلاع على ملف التحقيق قبل الاستجواب بيوم واحد، هو حق مطلق غير معلق بإرادة المحقق أو بمصلحة التحقيق.

وهنا نرى الخلاف في موقف هذه التشريعات بالمقارنة مع التشريعات سالفه الذكر، فحق المحامي في الاطلاع على ملف القضية هو حق مطلق ولا يقبل التقييد، فحق المحامي مستقل في هذا الخصوص عن مصلحة التحقيق وضمان فعاليته بحيث لا يصلح الأخير لأن يكون قيداً أو استثناء على حق المحامي.

٣ - التشريعات العربية محل الدراسة المشار إليها آنفاً لم تنص على إطلاع المحامي على ملف القضية وكيفية تمكينه من ذلك، لكننا نرى أن هذا الحق لا يمكن تكريسه إلا من خلال وضع الملف في الشكل الذي يستطيع المحامي أن يطلع عليه فعلياً ويوفر له الوقت الكافي لذلك، بحيث يوضع الملف تحت تصرف المحامي سواء اطلع عليه أو لم يطلع، ويحدث في الواقع أن يطلع المحامي على الملف في غرفة أو مكتب المحقق وتحت رقابته، مع الإشارة إلى أن المحامي لا يستطيع الحصول على صورة من الملف في هذه المرحلة، ولكن لا يوجد ما يمنع المحامي من تدوين بعض الفقرات ونقلها من ملف القضية^(٢٧).

بعد استعراض موقف التشريعات من حق المحامي في الاطلاع على ملف القضية قبل الاستجواب، لا بد لنا من بيان الجزاء المترتب على مخالفة سلطة التحقيق لحق المحامي، بمعنى ما هو الجزاء المترتب في حال عدم تمكين المحامي من الاطلاع على ملف التحقيق؟

في البداية نشير إلى أن التشريعات الجزائية السابقة - ما عدا المشرع اللبناني - لم تبين الجزاء المترتب على عدم تمكين المحامي من حقه في الاطلاع على ملف القضية، تاركة الأمر للقواعد العامة، بحيث يحق للمحامي إثارة هذا الأمر لدى القضاء - عند إحالة القضية إليه مستقبلاً - والدفع ببطلان الاستجواب لعدم تمكين الدفاع من الاطلاع على ملف القضية قبل الاستجواب، وهنا يعود للقضاء صلاحية تقدير بطلان الاستجواب من عدمه، إذا ما رأت أن حرمان المحامي من هذا الحق لا يمكن

(٢٧) د. نسرین عبد الحمید نبیه، حقوق المتهم أمام النيابة العامة، ط ١، مكتبة الوفاء، الإسكندرية، (٢٠١٠)، ص ٦٧.

تبريره بمصلحة التحقيق أو حسن سيره، لكن في كل الأحوال يتوجب على الدفاع إثارة الموضوع أمام محاكم الدرجة الأولى، لأنه دفع متعلق بمصلحة الخصوم^(٢٨)، ولا يمكن إثارته أمام محاكم الدرجة الثانية (الاستئناف) أو أمام محكمة التمييز أو النقض^(٢٩). وفي هذا السياق قضت محكمة النقض المصرية ببطلان الاستجواب في حال عدم السماح للمحامي بغير مقتضى من الاطلاع على ملف القضية في اليوم السابق على التحقيق^(٣٠)، وبتلان الاستجواب في هذه الحالة يترتب عليه بطلان ما تضمنه محضر الاستجواب من اعتراف أو أمر بالحبس الاحتياطي، دون أن يؤثر بتلان الاستجواب على ما سبقه من إجراءات أو ما لحقه من إجراءات ولو لم يكن مترتباً عليه^(٣١).

المشرع اللبناني لم يساير بقية التشريعات العربية محل الدراسة وانفرد بوضع جزاء إجرائي يتمثل ببطلان الاستجواب والإجراءات اللاحقة له في حال عدم قيام سلطة التحقيق بتمكين المحامي من الاطلاع على ملف القضية قبل الاستجواب، وذلك بصريح نص المادة ٧٨/٢ من قانون أصول المحاكمات الجزائية، وهذا موقف يحسب للمشرع اللبناني في هذا الشأن، حيث إن ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق لايمكن ضمان تحقيقها إلا من خلال المعاقبة بالبطلان في حال الانتقاص منها أو عدم تفعيلها بالشكل المطلوب، وترك الأمر للقواعد العامة سوف يجعل من الأمر عرضة للتأويل والجدل من قبل القضاء في كثير الأحيان.

في الختام نشير إلى أن بعض التشريعات لم تنظم حق المحامي في الاطلاع على ملف القضية في تشريعاتها الإجرائية، تاركة تنظيم هذه المسألة للقوانين أو الأنظمة النازمة لمهنة المحاماه، وفي هذا الاتجاه سار المشرع في المملكة العربية السعودية، عندما نظم هذا الحق في نظام المحاماة رقم (م/ ٣٨) الصادر بتاريخ ٢٨/٧/١٤٢٢هـ، حيث ألزمت المادة ١٩ من النظام سالف الذكر سلطات التحقيق بأن تقدم للمحامي التسهيلات التي يقتضيها القيام بواجبه، وأن تمكنه من الاطلاع على الأوراق وحضور

(٢٨) د. فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٣٧١، (٢٠١٠).

(٢٩) أ. د. جودة حسين جهاد، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية لدولة الإمارات العربية المتحدة، ٤٢٤، (٢٠٠٨).

(٣٠) محكمة النقض المصرية، طعن رقم ٢٣ لسنة ٤٣ ق، جلسة ١٩٧٣/٣/٥. انظر في نفس السياق طعن رقم ٣٦ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٥٦/٣/١٥.

(٣١) محكمة النقض المصرية، نقض ١٠ أبريل سنة ٢٠٠٨ في القضية رقم ٣٧٠٠١ لسنة ٧٧ قضائية.

التحقيق، ولا يجوز رفض طلبه دون مسوغ مشروع^(٣٢). وفي هذا الصدد يرى البعض بأنه يتوجب على سلطة التحقيق وبناء على النص سالف الذكر من نظام المحاماة السعودي دعوة المحامي لحضور التحقيق وتمكينه من الاطلاع على ملف القضية بوقت كافٍ قبل البدء بالتحقيق، معللين ذلك بأن حضور المحامي لإجراءات التحقيق ليست مسألة شكلية لبيان حرص المشرع على إضفاء المشروعية على الاستجواب، بل هي لازمة لصيانة حقوق الدفاع، ومن ثم لا يكون لهذه الضمانة قيمتها إلا اذا تمكن المحامي من الاطلاع على ملف التحقيق قبل الاستجواب^(٣٣).

ثانياً: التشريعات العربية التي لم تنص صراحة على حق المتهم أو محاميه بالاطلاع على ملف التحقيق.

أغفلت بعض التشريعات العربية محل الدراسة النص على حق المحامي في الاطلاع على أوراق التحقيق التي يحويها ملف القضية، لكنها وفي نفس الوقت لم تنص على حرمانه من هذا الحق صراحة، بمعنى غياب النص المكرس للحق وغياب النص الذي يمنع سلطة التحقيق من إطلاع المحامي على ملف القضية إن رغبت، وهذا حال المشرع الجزائي في كل من الأردن وسوريا والكويت.

إلا أن التشريعات السابقة كفلت للمتهم ومحاميه الحق في حضور كافة إجراءات التحقيق^(٣٤)، ما عدا سماع الشهود^(٣٥) معتبرة على ما يبدو أن حقه في حضور أعمال التحقيق يعد بمثابة اطلاع على إجراءات التحقيق، واكتفت بعض هذه التشريعات

(٣٢) للمزيد انظر: د. محمد العنزي، حقوق الإنسان المتهم في مرحلة التحقيق في النظام الإجرائي السعودي، ١٣٣، (٢٠١٠).

(٣٣) د. أسامة بن غانم العبيدي، استجواب المتهم في النظام السعودي، المجلة القانونية والقضائية، العدد الثاني، السنة الرابعة، ٥١، قطر، مركز الدراسات القانونية والقضائية - وزارة العدل، (٢٠١٠).

(٣٤) نصت المادة ٧٥ من قانون الإجراءات والمحاكمات الكويتي على أن: "للمتهم وللمجني عليه الحق في حضور جميع إجراءات التحقيق الابتدائي، ولكل منهما الحق في أن يستصحب معه محاميه"، وفي هذا السياق نص المادة ٧٠-١ من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري على أن: "للمدعي عليه والمسؤول بالمال والمدعي الشخصي ووكلائهم الحق في حضور جميع أعمال التحقيق ما عدا سماع الشهود".

(٣٥) نصت المادة ٦٤ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني على أن: "للمشتكى عليه والمسؤول بالمال والمدعي الشخصي ووكلائهم الحق في حضور جميع إجراءات التحقيق ما عدا سماع الشهود"، وفي نفس السياق نصت المادة ٧٠-١ من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري على أن: "للمدعي عليه والمسؤول بالمال والمدعي الشخصي ووكلائهم الحق في حضور جميع أعمال التحقيق ما عدا سماع الشهود".

وتحديداً المشرعين الأردني والسوري بالنص على ضرورة إطلاع المتهم على إجراءات التحقيق التي تمت بمعزل عنه بناء على قرار خاص من سلطة التحقيق في حالتي الاستعجال والضرورة. بينما لم ينص المشرع الجزائري في دولة الكويت على حق المتهم أو محاميه في الاطلاع على التحقيقات التي أجرتها سلطة التحقيق بشكل سري وبمعزل عنهم، استناداً للفقرة الأخيرة من المادة ٧٥ من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية.

يبقى التساؤل المطروح هو: هل يمكن للمتهم المتغيب عن إجراءات التحقيق - في غير حالتي الاستعجال والضرورة - أن يطلع على إجراءات التحقيق التي تمت في غيابه؟

مثل هذا التساؤل تكمن أهميته عند العلم بأن المشرع الأردني على وجه الخصوص لم يلزم سلطة التحقيق ونقص المدعي العام بتبليغ الخصوم بموعد التحقيق، مما يعني بالضرورة إمكانية حصول التحقيق دون علم المتهم ليتسنى له الحضور، كما أن النصوص القانونية تلزم المدعي العام بإطلاع المتهم على الإجراءات التي تمت في غيابه، في حالة أن المدعي العام يقرر إجراء التحقيق بمعزل عنه استناداً إلى حالتي الاستعجال والضرورة وليس في الحالات الأخرى، وهذا - برأينا - نقص تشريعي يتوجب تداركه لما فيه من خطورة على حقوق المتهم وتحديد حقه في الدفاع، فالعلم شرط لتحضير دفاعه في مواجهة التهمة المنسوبة إليه، كما أن عدم إلزام سلطة التحقيق بإبلاغ المتهم أو محاميه بموعد جلسة التحقيق فيه إهدار لضمانة أو حق المتهم في حضور إجراءات التحقيق، هذا التحليل ينسحب أيضاً على المشرع الكويتي، الذي لم يلزم بنص صريح سلطات التحقيق بإبلاغ المتهم أو محاميه بمواعيد إجراءات التحقيق.

في حين أن المشرع السوري كان أكثر وضوحاً من التشريعات السابقة في تعامله مع المتهم المتغيب عن التحقيق، بحيث ألزم سلطة التحقيق بإبلاغ المتهم بموعد الجلسة التحقيقية، ومن ثم عاقب المتهم الغائب من خلال حرمانه من الاطلاع على أعمال التحقيق التي تمت بغيابه وذلك بصريح نص المادة ٧٠-٢ من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري التي نصت على "ولا يحق للأشخاص المذكورين في الفقرة الأولى - ويقصد المدعى عليه والمسؤول بالمال والمدعي الشخصي ووكلائهم - بحال تخلفهم عن الحضور، بعد دعوتهم حسب الأصول، أن يطلعوا على التحقيقات التي جرت في غيابهم".

بناء على ما تقدم وفي غياب النص الصريح المكرس لحق المتهم أو محاميه في

الاطلاع على أوراق التحقيق في التشريعات سألقة الذكر، ألا يمكننا أن نستند إلى القواعد العامة لتمكين المتهم من هذا الحق، وخصوصاً إذا ما علمنا أنه لا يوجد نص صريح يمنع المتهم أو محاميه من هذا الحق؟

هناك مجموعة من الضمانات الدستورية التي تكفل حق الدفاع وما يتفرع عن هذا الحق من حق الاستعانة بمحام، وتمكين الأخير من ممارسة دوره بشكل إيجابي من خلال الاطلاع على أوراق التحقيق، ونسوق مثلاً على ذلك المادة ٣٤ من الدستور الكويتي التي نصت على أن: "المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع" (٣٦).

كما أن حق الدفاع المنصوص عليه في الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان يهدف إلى ضمان دفاع فعال وفعلي لأطراف الدعوى، وبالأذات المتهمين في الدعاوى الجزائية، وقد تناولت هيئات الرقابة والإشراف على الاتفاقية هذا الحق مراراً وتكراراً، وتمحورت اجتهاداتها بشأنه حول اتجاهين أساسيين هما: موضوع النص المتعلق بالمحاكمة المنصفة وغرضه كأساس لتفسير الحق في الدفاع، والتزامات الدول الأطراف الإيجابية الخاصة به، والتي تلزمها باتخاذ التدابير اللازمة لضمان الاحترام الفعال للحقوق المعترف بها في إطار الحق في المحاكمة المنصفة، بحيث يكون الحق في الدفاع بؤرتها أو أحد مكوناتها الأساسية (٣٧).

وفي هذا الصدد نجد أن الفقه منقسم في تقرير هذا الحق من عدمه في حال غياب النص، فنجد على سبيل المثال أن بعض الفقه الجنائي في الأردن يرى عدم إمكانية تمتع الجاني بحق الاطلاع على ملف القضية قبل الاستجواب، وذلك لغياب النص الصريح، معتبراً خلو التشريع الأردني من نص خاص يقرر حق الاطلاع على ملف التحقيق قبل الاستجواب يعد ثغرة قانونية يتوجب على الشارع تلافئها.

غير أن البعض يرى أن مثل هذا الحق لا يحتاج إلى نص خاص يقرره، إيماناً منهم بأهمية هذا الحق وضرورة توفيره لمحامي المتهم لغايات الدفاع عن موكله، إذ فضلاً عن كونه من مستلزمات حق المتهم في عدم استجوابه إلا بحضور محاميه الذي قرره القانون في المادة ٦٣ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، فإنه

(٣٦) انظر في ذات السياق: المواد ٦٧، ٦٩ من الدستور المصري، والمادة ٣٩ من الدستور القطري والمادة ٢٠ فقرة ج من الدستور البحريني، والمادة ٢٨ من الدستور الإماراتي.

(٣٧) د. محمد علوان، د. محمد موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان- الحقوق المحمية، ٢٤٤، (٢٠٠٩).

يجد سنده في المبادئ العامة للتحقيق الابتدائي، فقد قررت المادة ١/٦٤ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني الحق للمدعى عليه ووكيله في حضور جميع إجراءات التحقيق ما عدا سماع الشهود، والحق في طلب سماع شهود النفي أو إجراء معاينة أو اللجوء إلى الخبرة، وحق الدفع ببطالان أي إجراء من إجراءات التحقيق، وهذا الحق يستتبع بالضرورة تمكين جهة الدفاع من الاطلاع على ملف التحقيق، على اعتبار أن الاستجواب وسيلة دفاع، فيتعين على المتهم الاطلاع على ملف القضية، وهو ما يقتضيه إعمال حق الدفاع إعمالاً صحيحاً، فمنع المدعى عليه ومحاميه من الاطلاع على ملف القضية يتنافى وحق الدفاع، والقول بخلاف ذلك يجعل من حق الدفاع حقاً نظرياً بحتاً^(٣٨).

إلا أننا نرى وفي معرض الحديث عن موقف المشرع الأردني بأنه منح في البند الثاني من المادة ٦٤ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني الحق للخصوم ووكلائهم في الاطلاع على التحقيقات التي أجريت بغير حضورهم لأي سبب كان، وعليه فإن نطاق الاطلاع يجب أن ينحصر في الاطلاع على مضمون الإجراءات التحقيقية التي تمت في غيبة الخصوم، ولذلك يرى البعض - وبحق - أن منع الخصوم من الاطلاع بكافة الوسائل المتاحة على ما جرى في غيبتهم من تحقيقات هو حرمان لهم من هذه الحقوق، وتعسف في استعمال السلطة وافتئات على حقوق الدفاع لا سند له من القانون. إلا أن الواقع العملي في الأردن بخلاف ذلك بحيث يستبعد التصوير كوسيلة للاطلاع على التحقيقات، لا بل أن التعليمات الصادرة من رئيس النيابة العامة رقم ١٧/٩/٤١١ الصادرة بتاريخ ٢٠/٤/٢٠٠٣ أضافت شرطاً للسماح للمتهم بالاطلاع على التحقيقات التي تمت في غيابه بأن لا تؤثر على التحقيق وسريته، وهو أمر مستغرب، لأن مثل هذه التعليمات أضافت شرطاً لم ينص عليه المشرع في المادة ٦٤ من القانون، بحيث نصب رئيس النيابة العامة مشرعاً في هذا الخصوص^(٣٩).

ما يؤيد التفسير السابق ما يقره بعض الفقه في هذا الخصوص بحيث يصعب كفالة حق الدفاع - واقعياً - إلا بتقرير وتنظيم حق الاطلاع على ملف القضية،

(٣٨) د. حسن جوخدار، التحقيق الابتدائي في قانون أصول المحاكمات الجزائية، دراسة مقارنة ٢٧٠، (٢٠٠٨).

(٣٩) مع الإشارة إلى أن التعليمات السابقة رقم ١٨١/٦/٧ الصادرة عن رئيس النيابة العامة بتاريخ ٢٣/٢/٢٠٠٣ كانت قد أجازت للمتهم ومحاميه الاطلاع على التحقيقات وتصويرها إن طلبوا ذلك من المدعي العام. اد. كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، ٤٢٢، (٢٠١٠).

وتمكن المحامي من أخذ صورة منه قبل فترة معقولة من الاستجواب، لكي يتسنى له بالفعل أن يحضر دفاعه. والقول بغير ذلك يجعل من حق الدفاع حقاً نظرياً خالصاً^(٤٠). كما يعتبر البعض أن الاطلاع على أوراق التحقيق الابتدائي هو حق للمتهم وإن لم ينص عليه المشرع، لأن الحق سالف الذكر هو نتيجة ترتبت على مبدأ حضور المتهم لإجراءات التحقيق الابتدائي، فإن كان للمتهم حق حضور إجراءات التحقيق فمن الطبيعي أن يكون له حق الاطلاع على أوراق التحقيق^(٤١).

في الختام نشير إلى أن عدم تنظيم حقوق الدفاع بنصوص صريحة وترك الأمر لعناية القواعد العامة، أي ترك الأمر رهناً لإرادة المحقق هو أمر لا يمكن قبوله، فكيف لسلطة مكلفة بالتحقيق وضمان فعاليته أن تمكن المتهم من حقوقه التي يمكن أن تكون عائقاً ومعرقلاً لعملها في كشف الحقيقة؟ خصوصاً إذا ما علمنا أن القاعدة العامة في القوانين الإجرائية "لا إجراء بدون نص"، وهذه قاعدة تتحصن خلفها سلطات التحقيق في رفض العديد من طلبات المتهم أو محاميه.

(٤٠) د. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، ٨٦٠، (٢٠٠٦).

(٤١) سردار علي عزيز، ضمانات المحاكمة العادلة للمتهم، دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، ٩٥، (٢٠١٠).

المطلب الثاني

الواقع القانوني لحق المتهم في الحصول على صورة من أوراق التحقيق الابتدائي

عمدت بعض التسريعات الجزائية إلى كفالة حق المتهم في الحصول على صورة من أوراق التحقيق، وذلك من خلال إيرادها لنصوص صريحة في قوانينها الإجرائية تعترف بهذا الحق، إلا أن الواقع القانوني لهذا الحق في التشريعات محل الدراسة يكشف لنا مدى تباينها في تنظيم هذا الحق، فالبعض منها اعتبر أن حق الحصول على صورة من أوراق التحقيق هو حق مباشر للمتهم دون محاميه، في حين اعتبرت بعض التشريعات أن الحق سالف الذكر يكون للمتهم أو محاميه، في حين اعتبرت تشريعات أخرى أن حق الحصول على صورة من أوراق التحقيق هو حق للمحامي دون المتهم، ولا يجوز للمحامي تسليم نسخة من أوراق التحقيق إلى موكله إلا بعد الحصول على موافقة مسبقة من سلطة التحقيق.

في هذا المطلب سنتناول الواقع القانوني لحق المتهم في الحصول على صورة من أوراق التحقيق الابتدائي في التشريعات المقارنه، من خلال دراسة حق المتهم في الحصول المباشر على صورة من أوراق التحقيق (الفرع الأول)، ومن ثم دراسة حق المتهم في الحصول غير المباشر على صورة من أوراق التحقيق (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حق المتهم في الحصول المباشر على صورة من أوراق التحقيق

بداية، وقبل الخوض في موقف التشريعات الجزائية الناطمة لحق المتهم في الحصول المباشر على صورة من أوراق التحقيق، لا بد لنا من تحديد مفهوم أوراق التحقيق التي يحق للمتهم الحصول على نسخة منها، فهل حقه يقتصر على الحصول على صورة من أوراق التحقيق المتعلقة به أو بإفادته فقط؟ أم أن حقه ينصرف إلى الحصول على صورة عن كافة الوثائق التي يتضمنها ملف القضية بدون استثناء؟

بالرجوع إلى النصوص القانونية التي نظمت حق المتهم في الحصول صورة من أوراق التحقيق، نجد أن المشرع الجزائي في الدول محل الدراسة كان أكثر دقة ووضوحاً في العبارات المستخدمة عند تطرقه لحق المتهم في الحصول على صورة من أوراق التحقيق، مقارنة بالعبارات المكرسة لحق المتهم في الاطلاع على أوراق التحقيق التي سبق الإشارة إليها^(٤٢).

(٤٢) انظر سابق، ص (١١) وما يليها.

فالمشرع الجزائي في كل من جمهورية مصر العربية، ومملكة البحرين، ودولة قطر استخدم في المواد ٨٤ و ٨٧ و ٦٧ على التوالي من قانون الإجراءات الجنائية، عبارة "صوراً من التحقيق أياً كان نوعها". وهذه العبارة تفيد وبشكل صريح على أن حق المتهم في الحصول على صورة من أوراق التحقيق يشمل كافة الأوراق وبصرف النظر عن نوعها.

كذلك الحال استخدم المشرع الفلسطيني في المادة ٦٣ من قانون الإجراءات الجزائية استخدام عبارة مماثلة في المضمون للتشريعات السابقة من خلال استخدامه لعبارة "صوراً من أوراق التحقيق أو مستنداته".

بناء على ما تقدم يمكننا القول بأن عبارة "صوراً من التحقيق أياً كان نوعها" تشمل كل المحاضر القانونية المنجزة، من لحظة تحريك الدعوى العمومية حتى تاريخ تقديم الطلب بالحصول على صورة من أوراق التحقيق، وتشمل الإجراءات القانونية التي قامت بها الضابطة العدلية أو سلطة التحقيق من ادعاء عام أو قاضي تحقيق، ودون استثناء لأي إجراء تحقيقي، كذلك يحق للمتهم الحصول على صورة من جميع المستندات والوثائق التي تم الحصول عليها بمناسبة التحقيق، والتي تشكل دليلاً ضد المتهم أو لصالحه.

البند الأول: التشريعات المكرسة لحق المتهم في الحصول على نسخة من أوراق التحقيق

أجازت بعض التشريعات الجزائية للمتهم دون محاميه الحصول على نسخة من أوراق التحقيق الابتدائي، وهذا موقف المشرع الجزائي في كل من مصر، والبحرين، وفلسطين، في حين اعترفت تشريعات أخرى بحق المتهم أو محاميه في الحصول على صورة من أوراق التحقيق الابتدائي وهذا موقف المشرع الجزائي في دولة قطر، لكن تباينت التشريعات سالف الذكر في القيود المفروضة على حق المتهم سالف الذكر، وهذا ما سنوضحه في هذا البند.

أولاً: التشريعات التي اعترفت بحق المتهم دون محاميه في الحصول على صورة من أوراق التحقيق.

أجازت التشريعات الجزائية في بعض الدول العربية وتحديداً في مصر، والبحرين وفلسطين، للمتهم دون محاميه الحصول على صورة من أوراق التحقيق الابتدائي مع تحمل المتهم للنفقات المالية المترتبة على تصوير أوراق التحقيق.

حيث نصت المادة ٨٤ من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه: "للمتهم

والمجني عليه والمدعي بالحقوق المدنية والمسؤول عنها، أن يطلبوا على نفقتهم أثناء التحقيق صوراً من الأوراق أياً كان نوعها، إلا إذا كان حاصلًا بغير حضورهم بناء على قرار صادر بذلك" (٤٣).

فالقاعدة المكرسة في التشريعات سألقة الذكر هي تمكين المتهم من الحصول على صورة من أوراق التحقيق، وبصرف النظر عن ماهية الإجراء التحقيقي الذي يرغب بالحصول على صورة عنه، إلا أن الاختلاف ما بين التشريعات سألقة الذكر يكمن في طبيعة هذا الحق، فبعضها اعتبر أن حق المتهم غير مطلق ويستثنى منه بعض أعمال التحقيق وهذا موقف المشرعين المصري والبحريني.

في حين أن المشرع الفلسطيني اعتبر أن حق المتهم في الحصول على صورة من أوراق التحقيق أو مستنداته عبارة عن حق مطلق ولا يخضع للسلطة التقديرية للمحقق.

١ - القيود القانونية على حق المتهم في الحصول على صورة من أوراق التحقيق (موقف المشرعين المصري والبحريني).

بالرجوع إلى النصوص القانونية التي اعترفت بحق المتهم في الحصول على صورة من أوراق التحقيق وتحديدًا نص المادة ٨٤ من قانون الإجراءات الجنائية المصري، ونص المادة ٨٧ من قانون الإجراءات الجنائية البحريني، نجد أن المشرع الجزائي في البلدين أورد استثناء على حق المتهم يتمثل بعدم تمكينه من الحصول على صورة من إجراءات التحقيق التي تمت بمعزل عن الخصوم، وهذا ما نص عليه المشرع في البلدين من خلال تذييله للنصوص القانونية الواردة أعلاه بعبارة "إلا إذا كان حاصلًا بغير حضورهم بناء على قرار صادر بذلك".

فالحالات التي يحق فيها لسلطة التحقيق القيام بإجراءات تحقيقية بمعزل عن الخصوم وردت على سبيل الحصر في التشريعين السابقين وتحديدًا المواد ٧٧ من

(٤٣) انظر كذلك: نص المادة (٨٧) من قانون الإجراءات الجنائية البحريني رقم (٤٦) لسنة ٢٠٠٢، والتي تشابه نص المادة (٨٤) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، كذلك نصت المادة (٦٣) من قانون الإجراءات الجنائية الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠١ على أنه: "يجوز للمتهم والمجني عليه والمدعي بالحقوق المدنية أن يطلبوا على نفقتهم صوراً من أوراق التحقيق أو مستنداته"، للمزيد انظر: د. طلال أبو عفيفة، الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية الفلسطيني، ٢٤٢، (٢٠١١).

قانون الإجراءات الجنائية المصري والمادة ٨٤ بفقراتها الثانية والثالثة من قانون الإجراءات الجنائية البحريني، وهي حالات متشابهة في القانونين^(٤٤):

١ - حالة الضرورة ويقصد بها أن مصلحة التحقيق في إظهار الحقيقة وكشفها تتطلب إجراء التحقيق بمعزل عن المتهم، وتقدير توافر حالة الضرورة سائلة الذكر، متروكة للمحقق دون معقب أثناء فترة التحقيق، مع التأكيد على صلاحية قاضي الموضوع في الرقابة على حسن تصرف المحقق، وفقاً لحالة الضرورة ومدى توافرها.

٢ - حالة الاستعجال، بمعنى أن هناك إجراءات يتوجب القيام بها على وجه السرعة من قبل سلطة التحقيق، ولا يوجد لديها الوقت الكافي لدعوة الخصوم لحضور هذه الإجراءات، فيصدر المحقق قراراً بإجرائها بمعزل عنهم. وقرار المحقق بإجراء التحقيق بمعزل عن الخصوم تحت مبرر الاستعجال غير قابل للطعن، مع التأكيد على حق قاضي الموضوع في بسط رقابته على أعمال المحقق إذا ما تم الطعن بمشروعيتها أمامه عند إحالة القضية إليه.

وفي كل الأحوال إذا حضر المتهم الذي لم يتسب دعوته من قبل سلطة التحقيق بداعي الاستعجال، فيتوجب عليها تمكينه من حضور إجراءات التحقيق، لأن الاستعجال يبرر عدم دعوته للحضور، لكن لا يبرر منعه من الحضور إذا كان متواجداً^(٤٥).

وتقدير توافر حالة الضرورة أو الاستعجال^(٤٦) خاضع للسلطة التقديرية للمحقق،

(٤٤) نصت المادة ٧٧ من قانون الإجراءات المصري على أن: "للنيابة العامة وللمتهم والمجني عليه وللمدعي بالحقوق المدنية والمسؤول عنها ولوكلائهم أن يحضروا جميع إجراءات التحقيق، ولقاضي التحقيق أن يجري التحقيق في غيبته متى رأى ضرورة ذلك لإظهار الحقيقة، وبمجرد انتهاء تلك الضرورة يبيع لهم الاطلاع على التحقيق.

ومع ذلك فلقاضي التحقيق أن يباشر في حالة الاستعجال بعض إجراءات التحقيق في غيبة الخصوم، ولهؤلاء الحق في الاطلاع على الأوراق المثبتة لهذه الإجراءات".

ونصت المادة ٨٤ من قانون الإجراءات الجنائية البحريني على أن: "للمتهم والمجني عليه وللمدعي بالحقوق المدنية ولوكلائهم أن يحضروا جميع إجراءات التحقيق.

ولعضو الادعاء العام أن يجري التحقيق في غيبة الخصوم متى رأى ضرورة لذلك لإظهار الحقيقة، وبمجرد انتهاء تلك الضرورة يبيع لهم الاطلاع على التحقيق.

وله كذلك في حالة الاستعجال أن يباشر بعض إجراءات التحقيق في غيبة الخصوم، ولهؤلاء الحق في الاطلاع على الأوراق المثبتة لهذه الإجراءات.

(٤٥) د. محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، ٦١٤، (٢٠١٠).

(٤٦) مع تعقيبنا على ما استخدمه المشرع من حالة ضرورة أو استعجال، وكان يمكنه الاكتفاء بإيراد حالة الضرورة لإظهار الحقيقة لأن الاستعجال يندرج تحتها، ليس الاستعجال ضرورة لإظهار الحقيقة؟

وكل ما للمتهم هو التمسك لدى محكمة الموضوع بما قد يكون في التحقيقات من نقص أو عيب حتى تقدرها وهي على بينة من أمرها^(٤٧)، لكن قيام المحقق بإجراء من إجراءات التحقيق في غيبة الخصوم دون موجب يجعل الإجراء مشوباً بالبطلان، لكنه يبقى بطلاً نسبياً مقررًا لمصلحة المتهم، ولا بد من إثارته أمام قاضي الموضوع، ولا يمكن للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها^(٤٨).

الحالتان السابقتان إذا ما تم اللجوء إليهما من قبل قاضي التحقيق، فإن الأثر المترتب عليهما هو حرمان المتهم من الحصول على صورة من تلك التحقيقات، مع الإشارة إلى أن المشرع في البلدين كفل للمتهم الحق بالاطلاع على التحقيقات التي أجريت بمعزل عنه متى زالت حالة الضرورة أو حالة الاستعجال^(٤٩).

ولا يفوتنا التنويه بأن إجراء التحقيق بمعزل عن المتهم في الحالات السابقة يحرم المتهم من حق حضور التحقيق، ومن حقه في الحصول على صورة عنه، على اعتبار أن التشريعات سألقة الذكر تركز مبدأ حضور المتهم لكافة إجراءات التحقيق ما عدا الحالات الاستثنائية المشار إليها أعلاه^(٥٠).

هناك ما يلفت النظر في المصطلحات المستخدمة لدى المشرعين المصري والبحريني في المواد سألقة الذكر، فقد استخدم المشرعان عند حديثهما عن إجراء التحقيق بمعزل عن الخصوم في حالة الضرورة عبارة "وبمجرد انتهاء تلك الضرورة يبيح لهم الاطلاع على التحقيق"، في حين أنه عندما تحدثا عن حالة الاستعجال استخدموا عبارة "ولهؤلاء الحق في الاطلاع على الأوراق المثبتة لهذه الإجراءات".

وهذا الاختلاف يقودنا إلى التساؤل، هل حق المتهم في الاطلاع على التحقيقات التي أجريت بمعزل عنه تختلف باختلاف السبب المبرر له، بمعنى أن حق الاطلاع على إجراءات التحقيق التي بررتها حالة الضرورة مختلف عن حق الاطلاع على التحقيقات التي بررتها حالة الاستعجال؟

قد يتبادر إلى الذهن أن الاطلاع على التحقيق لا يقتضي بالضرورة الاطلاع على

(٤٧) نقض جنائي، ١٤ / ٦ / ١٩٧٩، أحكام النقض، س ٣٩، ق ١٤٦، ص ٦٨٥.

(٤٨) انظر: د. محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص ٦١٦، د. حسن صادق المرصفاوي، مرجع سابق، ص ٣٥٧.

(٤٩) للمزيد انظر: د. حسن صادق المرصفاوي، المرجع السابق، ص ٣٥٥ وما يليها، (١٩٩٦).

(٥٠) انظر: نصوص المواد ٧٧ من قانون الإجراءات الجنائية المصري، والمادة ٨٤ فقرة ١ من قانون الإجراءات الجنائية البحريني.

محاضره، بمعنى أن يقوم المحقق بشرح ما قام به من إجراءات في غيبة المتهم شرحاً يتحقق معه مفهوم الاطلاع، بينما الاطلاع على الأوراق في حالة الاستعجال كان صريحاً ولا يكتفى بالاطلاع الشفهي الذي يمكن أن يوفره المحقق للمتهم.

برأيي يتوجب عدم الوقوف عند المعنى اللفظي للنصوص والبحث عن غاية المشرع من الإجراء والتي تتحد في الحالتين، ولذلك يمكنني القول بعدم وجود اختلاف في مقصود المشرع وإن اختلفت العبارات المستخدمة، فمراد المشرع واحد في الإجراءين، وهو تمكين المتهم من الاطلاع على التحقيقات التي أجريت، أي الاطلاع على ما تم تدوينه، ولا نكتفي بأن يقوم المحقق بإطلاع المتهم شفهيّاً وشرح ما تم من إجراءات دون تمكينه من الاطلاع على محاضر التحقيق، وهنا نتمنى على المشرعين المصري والبحريني توحيد العبارات المستخدمة عند الحديث عن حقوق المتهم، منعاً للتأويل في مضمونها من قبل السلطات المعنية بتطبيق هذه النصوص.

٢ - التشريعات التي اعترفت بحق المتهم في الحصول على صورة من أوراق التحقيق دون أي استثناء (المشرع الفلسطيني).

نصت المادة (٦٣) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على أنه: "يجوز للمتهم والمجني عليه والمدعي بالحقوق المدنية أن يطلبوا على نفقتهم صوراً من أوراق التحقيق أو مستنداته".

يتفق المشرع الفلسطيني مع المشرعين المصري والبحريني بأنه منح للمتهم دون محاميه الحق بالحصول على صورة من أوراق التحقيق أو مستنداته، لكنه انفرد عن التشريعات سالفه الذكر بأنه لم يقيد الحق المعطى للمتهم وجعله مطلقاً دون أن يورد عليه أي استثناء.

فالمتهم في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني يحق له الحصول على صورة لأي إجراء تحقيقي، دون أن يتذرع المحقق بمصلحة التحقيق أو غيرها حتى يمنعه من هذا الحق.

لكن لم ينظم المشرع الفلسطيني - وعلى غرار التشريعات العربية سالفه الذكر - آلية تمكين المتهم من الحق سالف الذكر، وترك الأمر لعناية السلطة المخولة بالتحقيق.

ثانياً: التشريعات التي اعترفت بحق المتهم أو محاميه في الحصول على صورة من أوراق التحقيق (المشرع القطري).

نصت المادة ٦٧ من قانون الإجراءات الجنائية القطري على أن: "للمتهم أو محاميه وللمجني عليه والمدعي بالحقوق المدنية أن يحصلوا على نفقتهم أثناء

التحقيق، على صور من الأوراق أياً كانت، إلا إذا اقتضت مصلحة التحقيق غير ذلك، أو كان التحقيق حاصلاً في غير حضورهم بناء على قرار صادر بذلك".

انفرد المشرع القطري عن بقية التشريعات محل الدراسة بالنص على أن حق الحصول على صورة من أوراق المتهم مكفول للمتهم أو محاميه، لكنه يتشابه مع التشريعات محل الدراسة، في أنه لم ينظم آلية الحصول على هذا الحق، والأثر المترتب على عدم تمكين المتهم أو محاميه من الحصول على هذا الحق، إلا أن المشرع القطري وضع حالات استثنائية تبرر للمحقق عدم تمكين المتهم أو محاميه من الحصول على صورة من أوراق التحقيق، وهذه الاستثناءات هي:

١ - مصلحة التحقيق، أي أن المحقق إذا رأى أن مصلحة التحقيق تقتضي عدم تمكين المتهم أو محاميه من الحصول على صورة من إجراءات التحقيق، فإنه يستطيع منعهم من ذلك، ومصلحة التحقيق مسألة خاضعة لتقدير المحقق ولا معقب عليه أثناء فترة التحقيق، لكن لا يوجد ما يمنع المتهم من إثارتها أمام قاضي الموضوع، الذي يستطيع فرض بسات رقابته على تقدير المحقق لمصلحة التحقيق، وهنا نعود إلى ما ذكرنا آنفاً من حيث بطلان الإجراء التحقيقي من عدمه، فالقانون لم يحدد ما يسعنا في هذا الشأن^(٥١).

٢ - إذا كان التحقيق قد أجري بمعزل عن المتهم في الحالات التي حددها المشرع وبموجب قرار بذلك.

أجاز المشرع الإجرائي في دولة قطر للمحقق إجراء التحقيق بمعزل عن الخصوم - استثناءً - إذا توافرت إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة ٦٥ من قانون الإجراءات الجنائية، والتي نصت على أن: "للمتهم ومحاميه والمجني عليه والمدعي بالحقوق المدنية أن يحضروا جميع إجراءات التحقيق، وعلى عضو النيابة العامة إخطارهم باليوم والمكان الذي تباشر فيه إجراءات التحقيق. ولعضو النيابة العامة أن يجري التحقيق في غيبتهم، متى رأى ضرورة ذلك أو في حالة الاستعجال، لإظهار الحقيقة، وبمجرد انتهاء تلك الضرورة أو الاستعجال يبيح لهم الاطلاع على التحقيق".

(٥١) مع الإشارة إلى أن المشرع القطري استخدم مصلحة التحقيق كحالة منفردة ومستقلة عن حالي الضرورة والاستعجال، مع أنهما يندرجان تحتها، فالضرورة أو الاستعجال لإظهار الحقيقة تعتبران من مصلحة التحقيق، لكن يبقى للمحقق الحق بمنع المتهم ومحاميه من الحصول على صورة من التحقيق، متى اقتضت مصلحة التحقيق ذلك، حتى مع غياب حالة الضرورة والاستعجال، وإن كنا لا نرى كيف يمكن تطبيق مصلحة التحقيق خارجهما.

الحالات الواردة في التشريع القطري تتشابه مع الحالات التي سبق الإشارة إليها في التشريعين المصري والبحريني، ونحيل إلى ما ذكرناه آنفاً تجنباً للتكرار^(٥٢). بعد الإشارة إلى التنظيم القانوني لحق المتهم في الحصول على صورة من أوراق التحقيق، لا بد لنا من الإشارة إلى العبارات التي استخدمتها التشريعات سالفه الذكر عند حديثها عن حق المتهم.

بالرجوع إلى المفردات التي استخدمها المشرع الجزائي في كل من مصر، والبحرين، وفلسطين نجد أنه استخدم عبارة "للمتهم... أن يطلبوا" أو "يجوز للمتهم... أن يطلبوا"^(٥٣)، وهنا المشرع تحدث عن حق المتهم في الطلب إلى جهة التحقيق بالحصول على صورة من أوراق التحقيق، ولم يستخدم عبارة "للمتهم... أن يحصلوا" مثلاً فعل المشرع القطري، مما يثير استغرابنا ويدفعنا للتساؤل، هل حق المتهم ينحصر في تقديم طلب إلى جهة التحقيق، والأخيرة صاحبة القرار في تمكنه من تصوير الأوراق أم لا؟ أم أن الطلب عبارة عن وسيلة نص عليها المشرع، يعبر من خلالها المتهم عن رغبته في الحصول على صورة من التحقيق - على اعتبار أنه حق جوازي للمتهم - ولا تملك سلطة التحقيق إلا الانصياع وتمكينه مما طلب؟.

في الحقيقة أن الالتزام بحرفية النصوص السابقة يؤدي إلى نتيجة غير منطقية ولا يمكن قبولها، فالتقدم بطلب ليس حقاً جوهرياً للنص عليه في قانون الإجراءات الجزائية، فالخصوم يحق لهم أن يتقدموا بالعديد من الطلبات ولا يوجد ما يجبر سلطات التحقيق على تلبيةها، فالطلب يعني الإعلان عن الرغبة ولا يلزم الجهة التي وجه لها الطلب بالرد أو الإجابة على ذلك، وهذا ليس مقصود المشرع في التشريعات سالفه الذكر.

وعليه نرى أن المشرع الجزائي في التشريعات سالفه الذكر أراد من خلال النصوص السابقة كفالة حق المتهم في الدفاع عن نفسه وتهيئة الوسائل الضامنة لذلك، ومنها الحصول على صورة من أوراق التحقيق، وعليه فإن كلمة "طلب" الواردة في النصوص القانونية لا يمكن تفسيرها على أنها جوهر الحق، وإنما الوسيلة اللازمة للحصول عليه، فالنص بدأ بكلمة "للمتهم" "يجوز للمتهم" وعليه لا بد من أن يعلن المتهم رغبته في الحصول على صورة من أوراق التحقيق، وهذه الرغبة تتم على

(٥٢) انظر: مرجع سابق ص (٢٥) وما يليها.

(٥٣) المادة ٨٤ من قانون الإجراءات الجنائية المصري، والمادة ٨٧ من قانون الإجراءات الجنائية البحريني، والمادة ٦٣ من قانون الإجراءات الجنائية الفلسطيني.

شكل طلب يقدم إلى جهة التحقيق التي يتوجب عليها الانصياع له وتمكين المتهم من الحصول على صورة من أوراق التحقيق المذكورة في طلبه، وما يعزز قولنا السابق أن المشرع الجزائي في الدول سالفة الذكر استثنى بعض إجراءات التحقيق وحرّم المتهم من الحصول على صورة منها، ولو كان حق المتهم يقتصر على الطلب فقط لما كان هناك مبرر لوضع استثناء على هذا الحق طالما أن تلبية طلب المتهم مرهون في كل الأحوال بإرادة المحقق.

البند الثاني: آلية تمكين المتهم أو محاميه من الحصول على صورة من أوراق التحقيق والجزاء المترتب على عدم تكمينه من هذا الحق.

إن التنظيم التشريعي اقتصر على تحديد الأشخاص الذين يحق لهم التقدم بطلب الحصول على صورة من إجراءات التحقيق، دون أن يحدد المشرع الآلية أو الطريقة التي يتوجب اتباعها من أجل ذلك، كما أن التشريعات سالفة الذكر لم تنص صراحة على الجزاء المترتب في حال رفض سلطة التحقيق وبدون مبرر طلب المتهم في الحصول على صورة من أوراق التحقيق، وعليه سنتحدث بداية عن آلية تمكين المتهم من حقه من خلال الإشارة إلى بعض التشريعات التي حاولت وضع تنظيم خاص من خلال القرارات الصادرة عن الادعاء العام باعتباره جهة التحقيق التي تحتفظ بملف القضية، ثم نستعرض الجزاء الإجرائي في حال عدم تكمينه من الحق سالف الذكر، وذلك استناداً إلى القواعد العامة في القوانين الإجرائية.

أولاً: آلية تمكين المتهم أو محاميه من الحصول على نسخة من أوراق التحقيق.

اقتصر التنظيم التشريعي لحق المتهم - كما أسلفنا - على تحديد الأشخاص الذين يحق لهم الحصول على صورة من أوراق التحقيق، والاستثناءات الواردة على هذا الحق، ودونما تنظيم للطريقة الواجب اتباعها إجرائياً من أجل تمكين المتهم من هذا الحق.

١ - الأشخاص الذين يحق لهم الحصول على صورة من أوراق التحقيق الابتدائي.

أجازت التشريعات الجزائية في الدول السابقة، للمتهم والمجني عليه والمدعي بالحقوق المدنية والمسؤول بالمال أن يتقدموا بطلب الحصول على نسخة من أوراق التحقيق، لكن اشترطت التشريعات السابقة أن تكون كلفة النسخ والتصوير على نفقة مقدم الطلب الخاصة، مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائي الفلسطيني وبخلاف المشرعين المصري والبحريني لم يعط المسؤول بالمال الحق بطلب الحصول على صورة من أوراق التحقيق.

واستثنت التشريعات السابقة المحامي - ما عدا المشرع القطري - بحيث لم تعطه الحق بطلب الحصول على نسخة من أوراق التحقيق، وهذا - برأينا - أمر مستغرب على اعتبار أن أوراق التحقيق عبارة عن أعمال قانونية صرفة لا يمكن لغير القانونيين الاستفادة منها بالصورة المطلوبة، فمعرفة الضوابط القانونية لأعمال التحقيق الشكلية منها أو الموضوعية، ومعرفة موقف القانون منها إن كانت صحيحة أو قابلة للبطلان، تدخل في صميم عمل المحامي، ولا يمكن لغيرهم التعرف على هذه الجوانب بسهولة.

لكننا نجد أنه لا يوجد ما يمنع الخصوم من اطلاع موكلهم على صور أوراق التحقيق أو حتى تسليمهم إياها، أو تمكين المحامي مباشرة من الحصول على صورة من أوراق التحقيق، لأن المحامي يتصرف باسمه ولحساب موكله، والأصل أن يتمتع بنفس الحقوق التي يتمتع بها موكله.

٢ - إجراءات تمكين المتهم من الحصول على صورة من أوراق التحقيق.

في الحقيقة لم يحدد المشرع الجزائري في التشريعات سאלفة الذكر شكلاً معيناً للطلب المقدم من المتهم لغايات الحصول على صورة من أوراق التحقيق، وكذلك الجهة التي يقدم إليها هذا الطلب.

لكن وبما أن الجهة المخولة بالتحقيق في التشريعات السابقة هي التي تحتفظ بملف القضية الحقيقية، فإن الطلب يجب أن يقدم إلى الجهة المخولة بالتحقيق، سواء تمثلت هذه الجهة بالنيابة العامة أو بقاضي التحقيق، وذلك بحسب النظام المتبع في كل دولة^(٥٤).

وعليه يمكننا القول بأن الطلب يمكن تقديمه من المتهم كتابة أو شفاهة إلى سلطة التحقيق، بحيث يتوجب تدوين طلب المتهم من قبل سلطة التحقيق إذا ما تم تقديمه شفاهة، كما يجب أن يتضمن طلب المتهم تحديد الأوراق التي يرغب بالحصول على صورة عنها، حتى يتسنى لسلطة التحقيق إجابة طلبه بالإيجاب أو بالرفض. مع التأكيد على حق سلطة التحقيق عند السماح للمتهم بالتصوير أن تتخذ كافة الإجراءات التي ترى لزومها للحفاظ على أوراق الملف وموجوداته بطبيعة الحال.

فالتشريعات الجزائية تركت تمكين المتهم من حقه لعناية الجهة المخولة

(٥٤) التحقيق الابتدائي يتم بمعرفة النيابة العامة في كل من مصر وفلسطين والبحرين، مع الإشارة إلى إمكانية إجراء التحقيق في مصر بمعرفة قاضي التحقيق إذا رأت النيابة العامة ضرورة لذلك بالنظر إلى ظروف القضية، وذلك استناداً إلى نص المادة ٦٤ من قانون الإجراءات الجنائية.

بالتحقيق، ولذلك فإن إجراءات الحصول على صورة من أوراق التحقيق يمكن أن يتم تنظيمها من خلال تعليمات أو أوامر خاصة صادرة عن الجهات الرئاسية لسلطات التحقيق، ونسوق مثلاً على ذلك ما صدر عن مكتب النائب العام بجمهورية مصر العربية وتحديداً الكتاب الدوري رقم واحد لسنة ٢٠٠٢ الصادر بتاريخ ١٦/٥/٢٠٠٢م، الذي تضمن الآتي: "إننا ندعو السادة أعضاء النيابة إلى تكليف رؤساء الأقسام الجنائية بالنيابات الكلية والجزئيات تحت إشرافهم، بتصوير التحقيقات التي تجريها النيابة العامة أيّاً كان الرقم القضائي المقيدة به عقب كل جلسة تحقيق وختمها بخاتم النيابة، لتكون صورة طبق الأصل تودع لدى رؤساء الأقسام الجنائية، على أن يتم تصوير نسخة معتمدة من الصورة المودعة تسلم للسادة المحامين الموكلين حال طلبهم الاطلاع على التحقيقات بعد سداد الرسوم المقررة، ويحتفظ بأصل التحقيقات بعيداً عن التداول".

ثانياً: الجزاء المترتب على عدم تمكين المتهم من حقه في الحصول على صورة من أوراق التحقيق.

باستعراض النصوص القانونية في التشريعات السابقة وتحديداً النصوص النازمة لحق المتهم في طلب الحصول على أوراق التحقيق نجد أن التشريعات السابقة لم ترتب أي أثر قانوني على تقديم المتهم لطلب الحصول على صورة من أوراق التحقيق إلى السلطة المختصة، بمعنى أن المحقق لا يوجد ما يلزمه قانونياً بالرد على طلب المتهم أو الإجابة عليه، كما أن رفض المحقق لطلب المتهم بتسليمه صورة عن أوراق التحقيق غير قابل للطعن أثناء فترة التحقيق، مع الإشارة إلى إمكانية مراقبة محكمة الموضوع على أعمال سلطة التحقيق عند إحالة القضية إليها.

حتى مع التسليم بإمكانية أن تبسط المحكمة رقابتها على أعمال التحقيق، وعلى فرض أن المحكمة أقرت بعدم وجود ما يبرر لسلطات التحقيق رفضها تسليم المتهم أو محاميه صورة عن أوراق التحقيق، فما هو الأثر القانوني المترتب على ذلك؟ بمعنى آخر هل سيؤدي ذلك إلى بطلان إجراءات التحقيق؟ أو بالحد الأدنى التأثير على صحة الأدلة المستخلصة من التحقيق وإضعاف القيمة الثبوتية للأدلة المقدمة من اعترافات أو شهادة شهود أو غيرها من أدلة الإثبات؟

برأى إن المحكمة لا تستطيع الحكم بعدم صحة الأدلة المستخلصة من التحقيق لغياب النص القانوني الذي يكرس ذلك، وتكتفي المحكمة بإعمال صلاحيتها في هذا الشأن من خلال تصحيح الإجراء محل النقد، وذلك من خلال تمكين المتهم من

الحصول على نسخة من أوراق التحقيق التي لم يطلع عليها وإعطائه المهلة القانونية لتحضير دفاعه.

وفي هذا السياق نصت المادة ٢٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية على أن: "يجوز للقاضي أن يصحح - ولو من تلقاء نفسه - كل إجراء يتبين بطلانه، أما القول بأن المحكمة الجزائية يمكنها أن تتدارك - فيما بعد - ما يكون قد وقع في التحقيق الابتدائي من أوجه بطلان أو إخلال بحق الدفاع، بأن تعيد الإجراء من جديد متى أمكن ذلك على حد تعبير المادة ٣٣٦ من قانون الإجراءات الجنائية المصري، فهو لا يحل إشكالاً ولا يصلح حلاً، إذ قد يكون تدخل محكمة الموضوع بعد فوات الألوان وضياح معالم الإجراء الذي يراد إعادته، ثم إن وقت المحكمة قد لا يتسع أيضاً لشيء من هذا، ومن المحال أن نطالبها بتعقب الأدلة وتحقيقها من العناية والجهد بما يمكن أن نطالب به نفس المحقق عقب وقوع الجريمة مباشرة^(٥٥).

في النهاية نرى أنه من الضروري معالجة الإشكال السابق بنص صريح من قبل المشرع، يبين من خلاله الأثر المترتب على عدم تمكين المتهم من الحصول على صورة من أوراق التحقيق، وأن ينظم المشرع الجزائي هذا الحق بنصوص واضحة تكفل حق المتهم في ذلك، وتوجب على سلطة التحقيق في حال رفضها تسليم المتهم صورة من أوراق التحقيق أن يكون الرفض من خلال قرار مسبب قابل للطعن.

ويرى البعض أن الحل العملي الذي يضمن حق المتهم وفعالية التحقيق من خلال عدم عرقلة سيره يكون من خلال تدخل تشريعي يكرس حق المتهم في الحصول على صورة من أوراق التحقيق قبل التصرف به، وبخلاف ذلك يكون الأثر المترتب على قرار التصرف بالتحقيق أو الإحالة باطلاً وحده دون بقية إجراءات التحقيق^(٥٦).

الفرع الثاني

حق المتهم في الحصول غير المباشر على صورة من أوراق التحقيق (من خلال المحامي)

إن المبدأ المعمول به في الأنظمة الإجرائية المتأثرة بالنظام التنقيبي أو التفتيشي في مرحلة التحقيق الابتدائي ومنها القانون الفرنسي، تنص على مبدأ سرية التحقيق وتعاقب كل من يقوم بمخالفة ذلك، فالمادة ١١ من قانون الإجراءات الفرنسي نصت

(٥٥) إيهاب عبد المطلب، حق الدفاع أمام القضاء الجنائي، ٤٣، (٢٠٠٩).

(٥٦) إيهاب عبد المطلب، حق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص ٤٣.

على "فيما خلا الحالات المنصوص عليها في القانون ودونما الإخلال بحقوق الدفاع تبقى الإجراءات في مرحلة التحري والتحقيق سرية".

إلا أن القضاء الفرنسي أكد على أن أطراف الدعوى غير مشمولين بسرية التحقيق، فالمتهم على سبيل التحديد لا يمكن معاقبته في حال إطلاعه للغير على معلومات تخص التحقيق الابتدائي، ومبرر القضاء في ذلك أن نص الفقرة الأولى من المادة ١١ من قانون الإجراءات الجزائية اعتبرت أن حقوق الدفاع استثناء على سرية التحقيق، بمعنى قيام المتهم بإطلاع الغير على معلومات التحقيق لغايات الدفاع عن نفسه في مواجهة التهمة المنسوبة إليه لا يشكل مساساً بسرية التحقيق^(٥٧)، كذلك ينسحب ما سبق ذكره على المحامي الذي لا يمكن إلزامه بسرية التحقيق^(٥٨).

كما أن المشرع الفرنسي وانسجماً مع سرية التحقيق، للمحامي^(٥٩) دون المتهم بالحصول على صورة من أوراق التحقيق، فلا يحق للمتهم الحصول على صورة من أوراق التحقيق الابتدائي إلا من خلال محاميه وبموافقة المحقق المسبقة على ذلك، مما يعني أن الوضع القانوني للمتهم وتحديداً فيما يتعلق بحقه في الحصول على صورة من أوراق التحقيق يختلف فيما إذا كان المتهم مصحوباً بمحام يدافع عنه، أو أنه اختار أن يدافع عن نفسه دون محام.

فالحصول على صورة من أوراق التحقيق أو ملف القضية في مرحلة التحقيق الابتدائي لا يكون إلا من خلال المحامي، الذي يشكل الوسيط الحتمي ما بين ملف القضية والمتهم، مما يعني بالضرورة أن عدم الاستعانة بمحام سيكون حائلاً أمام المتهم في الاطلاع على ملف القضية وتصوير محتوياتها، وسبباً لإضعاف دفاعه عن نفسه في مواجهة التهمة المنسوبة إليه^(٦٠).

(٥٧) CA Paris, 11 juin 1986, Rev.Sc. Crim. 1984-4, obs. Levasseur.

(٥٨) Cass.Crim. 18 oct. 1977, D. 1978, 94, note Brunois. عدم شمول المجني عليه والشاهد بسرية التحقيق، Cass. Crim. 9oct. 1978, D. 1979, 185, note P.Chambon.

(٥٩) نشير في هذا الصدد إلى أن المشرع الفرنسي لم يعترف بحق المتهم بالاستعانة بمحام أو الاطلاع على ملف القضية إلا من خلال القانون المعدل الصادر في ١٨/١٢/١٨٩٧، فما قبل صدور هذا القانون لم يكن قانون التحقيقات الجنائية الصادر سنة ١٨١٠ يعترف للمتهم بالحقوق سالفة الذكر، وبالقانون المعدل سالف الذكر أصبح من حق المتهم الاستعانة بمحام، ومن حقه الاطلاع على ملف القضية قبل يوم من موعد التحقيق. انظر: Jean Pradel, la défense avantjugement pénal, Dalloz, 1997, chron, 375.

(٦٠) C. Ribeyre, La communication du dossier d'instruction aux parties privées; JCP. 2006, I, 152.

وهذا بالطبع بخلاف حق المتهم في الاطلاع على ملف القضية في مرحلة المحاكمة أو التحقيق النهائي، فالمتهم في جناية أو جنحة له الحق بالاطلاع على ملف القضية والحصول وعلى نفقته الخاصة على صورة من ملف القضية المنظورة أمام المحكمة ودون الحاجة إلى وساطة المحامي، وهذا تطبيقاً لنص المادة ٦ فقرة ٣ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان^(٦١).

أجازت المادة ١١٤ من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي المعدلة بالقانون الصادر ١٩٩٦/١٢/٣٠ للمحامي بإعطاء موكله نسخة مصورة عن أوراق التحقيق التي تحصل عليها إن توافرت الشكليات التي تطلبها نص المادة سالف الذكر، لكن قبل الحديث عن الشروط الواجب توافرها حتى يستطيع المتهم الحصول على نسخة من أوراق التحقيق، لا بد لنا من الإشارة وبشكل مختصر عن موقف المشرع الفرنسي قبل التعديل الصادر في عام ١٩٩٦.

البند الأول: التنظيم القانوني لحق المحامي في الحصول على صورة من أوراق التحقيق قبل نفاذ قانون ١٩٩٦/١٢/٣٠

فبل صدور القانون المعدل لنص المادة ١١٤ من قانون الإجراءات الفرنسي، لم يكن يسمح لمحامي المتهم بتسليمه صورة عن أوراق التحقيق، والقضاء الفرنسي كان مستقراً في أحكامه على منع المحامي من ذلك، وذلك حفاظاً على سرية التحقيق وعلى حسن سير إجراءاته^(٦٢).

إن نص المادة ١١٤ فقرة ٤ من قانون الإجراءات الفرنسي المعدلة بالقانون الصادر بتاريخ ١٩٩٣/١/٤، أعطت للمحامي الحق بالحصول - وعلى نفقته الخاصة - على صورة من أوراق التحقيق بعد لقاء موكله الأول بقاضي التحقيق، وحددت الفقرة السابقة أن تكون النسخ المصورة من ملف التحقيق لغايات استخدام المحامي الشخصي فقط ولا يحق له تمريرها للغير، وبخلاف ذلك يسأل المحامي بموجب قواعد المسؤولية المهنية المنصوص عليها في قانون نقابة المحامين الفرنسي.

كما أن القضاء الفرنسي تشدد في الالتزام بحرفية النص السابق وفي تفسير مفرداته، وتحديدًا عبارة "الاستخدام الشخصي" الواردة في النص السابق، فقد حكمت

(٦١) Cass. Crim. 12 juin 1996, Gaz. Pal. Rec. 1996, chr. Crim. P. 185, j.n 331, 26 nov. 1996, p.185, note J-P Doucet.

(٦٢) Cass.Crim. 10 aout 1906, D.P. 1909,I, p.23; 9 mars 1911, B.C. n 107; 20 juin 1930, B.C. n 174; 12 juillet 1960, J.C.P. G, 1960, IV, 138, B.C. n 368.

الغرفة الأولى المدنية في محكمة النقض الفرنسية بأنه لا يعتبر مخالفاً للقانون إدانة المحامي تأديبياً بموجب أنظمة المهنة، وذلك عن قيامه بتسليم نسخ من أوراق التحقيق إلى موكله حتى في القضايا المدنية^(٦٣). فالقاعدة السائدة آنذاك أن المتهم لا يحق له بأي حال الحصول على نسخة من أوراق التحقيق.

كما أن المادة ١٦٠ من نظام مهنة المحاماة في فرنسا الصادر في ١٩٩١/١١/٢٧ أكدت على التزام المحامي بسرية التحقيق في المسائل الجزائية، من خلال امتناعه عن تسليم موكله لأوراق التحقيق التي بحوزته، فالمحامي ولغايات تحضير دفاعه يمكنه إعطاء موكله معلومات موجزة أو مقتضبة عن ملف القضية، وعليه فإن إعطاء المحامي أو تركه لموكله صورة عن أوراق التحقيق يشكل انتهاكاً لسرية التحقيق المشار إليها في النظام سالف الذكر، ويخالف مبدأ نزاهة وشرف المهنة الذي يتوجب على المحامي الالتزام به، ومثل هذا الالتزام بعدم تسليم أوراق التحقيق إلى موكله لا يتعارض مع المادة ٦-٣ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان^(٦٤).

وقد أثار البعض في تلك الفترة مسألة تعارض نص المادة ١١٤ مع المادة ٣/٦ فقرة ب من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، التي تنص على أن: "لكل متهم الحق في الحصول على التسهيلات اللازمة من أجل تحضير دفاعه عن نفسه".

لكن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أجابت على الدفع السابق بالقول: إنه لا يتعارض مع حقوق الدفاع أن ينحصر حق الاطلاع على ملف القضية بالمحامي دون المتهم^(٦٥)، كذلك أكدت محكمة النقض الفرنسية ومن خلال غرفتها الجنائية على عدم تعارض نص المادة ١١٤ مع الاتفاقية الأوروبية، إن نص المادة ١١٤ وتحديداً الفقرة (ب) لا يتعارض مع نص المادة ٣/٦ من الاتفاقية الأوروبية، مستندة في رأيها إلى نص المادة ٣/٣ من الاتفاقية الأوروبية، حيث اعتبرت محكمة النقض بأن الفقرات (أ)، ب، ج) من نص الاتفاقية سالف الذكر، لا يلزم أو يفرض التزاماً على الدول الأطراف في الاتفاقية إعطاء المشتكى عليه نسخة من أوراق التحقيق خلال فترة التحقيق الابتدائي،

(٦٣) Cass. Civ. 1^{er}, 2 fev. 1994, R.S.C. 1995, p.835, C.A (Ch.civil) 1 aout 1991, D. 1994, somm. P.136, note A. BRUNOIS.

(٦٤) C.A Aix-en- Provence, (1 ch.Civile) 2 fev. 1995, Gaz. Pal. Rec. 1995, juris, p.180, j.n. 87.

(٦٥) CEDH. 19 déc. 1989, Kamasinski c/Autriche, série A,n-168, & 87, أكدت المحكمة الأوربية لاحقاً على أن المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لا تمنع من حصر حق الحصول على نسخ أوراق التحقيق بالمحامي دون غيره CEDH.14 juin 2005, Ment c/France.

بعكس مرحلة التحقيق النهائي أو مرحلة المحاكمة، والمادة ١١٤ من قانون الإجراءات الجزائية تسمح لمحامي المشتكى عليه دون غيره بالحصول على نسخة من أوراق التحقيق ولاستعماله الشخصي فقط أي لغايات الدفاع عن موكله، وهذا يعد تكريساً للضمانات المنصوص عليها في المادة ٦ من الاتفاقية ولا يتعارض مع مضمونها^(٦٦).

كما أن محكمة النقض الفرنسية من خلال هيئتها العامة، عادت لتؤكد ما استقر عليه حكم القضاء من منع المحامي من تمرير النسخ التي تحصل عليها من أوراق التحقيق إلى موكله، وذلك بمناسبة نقضها لقرار محكمة استئناف مدينة تولوز التي سمحت بمثل هذا الحق تطبيقاً لنص المادة ٣/٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، تاركة للمحامي الحق باختيار الأوراق التي يريد تمريرها إلى موكله وذلك وفقاً لقراره الشخصي وما تمليه عليه أصول المهنة^(٦٧).

إلا أن الهيئة العامة في محكمة النقض عادت لتؤكد أن منع المحامي من تمرير الأوراق إلى موكله لا يتعارض مع نص المادة ٦ من الاتفاقية، والعمل بخلاف ذلك يكون مخالفاً للقانون ومستوجباً للنقض^(٦٨).

نتيجة لصرامة وتشدد محكمة النقض الفرنسية في تطبيق المادة ١١٤ من قانون الإجراءات الجزائية، بدأت المطالبات توجه نحو البرلمان الفرنسي لإصدار قانون يخفف من تشدد القضاء في منع المحامي من تمرير أوراق التحقيق إلى موكله، خصوصاً أن الموكل أو المتهم في بعض الأحيان أقدر من محاميه على الرد على مضمون هذه الأوراق وتحديداً فيما يتعلق بتقرير الخبرة، الذي يستطيع المتهم الرد على مضمونه بشكل أفضل من محاميه إذا ما تمكن من الاطلاع عليه.

ما سبق ذكره، دفع بالمشرع الفرنسي في نهاية المطاف إلى تعديل نص المادة ١١٤ من قانون الإجراءات الجزائية بالقانون رقم (٩٦-١٢٣٥)، الصادر في ٣٠/١٢/١٩٩٦، الذي أجاز للمتهم وبشروط وإجراءات خاصة الاطلاع والحصول على صورة من بعض أوراق التحقيق.

(٦٦) Cass. Crim. 11 juillet 1994, Gaz. Pal. Rec. 1994, somm, p. 701, j.n. 344, 10 dec. 1999, p. 14, note J-P Doucet, D. 1995, SOMM, P.140, note J.Pradel, Dr.Pen. 1994, comm. n- 246.

(٦٧) S. Guinchard et J.Buisson, Manuel de procédure pénale, 4 eme édition, Litec, 2008, n 1881.

(٦٨) Cass. Ass.Plen. 30 juin 1995, J.C.P. G. 1995, II, 22479, note P. Chambon; D. 1995, Jur. P.417, note J.Pradel.

إن التعديل سالف الذكر جاء منسجماً مع القرارات الحديثة للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان وتحديدًا مع بداية الألفية الثالثة، حيث جاءت قراراتها لتؤكد على أنه إذا كان المشتكى عليه في وضع يجعله أفضل من محاميه في تفسير ودحض بعض أدلة الإدانة، فيتوجب على السلطات العامة اطلاع المتهم مباشرة على مثل هذه الأوراق^(٦٩)، مما يعني - برأينا - أن المشرع الفرنسي من خلال تعديله لنص المادة ١١٤ قد تلافي إدانة مؤكدة من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في حال استمراره بمنع المتهم من الاطلاع على أوراق التحقيق.

البند الثاني: التنظيم القانوني لحق المحامي في الحصول على صورة من أوراق التحقيق بعد نفاذ القانون الصادر في ٣٠/١٢/١٩٩٦.

إن محتوى ملف التحقيق يتوجب أن يوضع بأكمله تحت تصرف المحامي قبل أربعة أيام على الأقل قبل موعد الاستجواب، كذلك محتوى ملف التحقيق يوضع تحت تصرف المحامي في حالة استئناف قرار قاضي التحقيق قبل ٤٨ ساعة من موعد الجلسة أمام غرفة التحقيق^(٧٠).

كما يحق للمحامي بعد الاستجواب الأول لموكله أو المواجهة الأولى مع قاضي التحقيق، الحصول - على نفقته الخاصة - على صورة لكل أو بعض أوراق التحقيق أو مستنداته، بمعنى يحق له أن يحصل على ما يريد من الوثائق التي يتضمنها ملف القضية، وهذا ما أكدته المادة ١١٤ فقرة ٤ من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي.

كما يستطيع المحامي الحصول على نسخ إلكترونية من ملف القضية من خلال إرسالها له إلكترونياً عبر بريده الإلكتروني، وذلك خلال شهر من تاريخ تقديمه بطلب الحصول على نسخ إلكترونية من أوراق التحقيق، هذه الطريقة جاءت من خلال إضافتها إلى الفقرة الرابعة من المادة ١١٤ من قانون الإجراءات الفرنسي بالقانون الصادر في ٢٠٠٧/٣/٥، الذي أكد على استخدام الطرق الإلكترونية الحديثة في الإجراءات الجزائية.

(٦٩) C.E.D.H., 12 mars 2003, Ocalan c/Turquie, Req. N- 46221\99, &16.

(٧٠) Cass. Crim. 20 juin 1989, Moreira, J.C.P. 1989, IV, 340. المشرع الفرنسي لم يعترف

للمتهم بحقه في الاستعانة بمحام أو الاطلاع على ملف القضية إلا من خلال القانون المعدل الصادر في ١٨/١٢/١٨٩٧، فما قبل صدور هذا القانون لم يكن قانون التحقيقات الجنائية الصادر سنة ١٨٠٨ يعترف للمتهم بالحقوق سالفة الذكر، وبالقانون المعدل سالف الذكر أصبح من حق المتهم الاستعانة بمحام ومن حقه الاطلاع على ملف القضية قبل يوم من موعد التحقيق 375 Dalloz, 1997, chron. Jean pradel, la défense avant jugement pénal,

إلا أن المشرع الفرنسي استثنى بعض أوراق التحقيق ولم يعط الحق للمحامي بالحصول على صورة أو نسخة منها، وهذه الإجراءات هي: التسجيل المرئي والمسموع للإجراءات الآتية:

١ - التحقيق والإفادة المعطاة في حالة القبض وحجز المتهم في النظارة، في الجنايات، وذلك تطبيقاً لنص المادة ٦٤-١ فقرة ٢ من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي^(٧١).

أصبح تسجيل القبض في الجنايات إلزامياً من بداية ٢٠٠٨/٦/١ وذلك من خلال القانون الصادر في ٢٠٠٧/٣/٥ وذلك عندما أضاف ضمانات جديدة من ضمانات الشخص المقبوض عليه في النظارة من قبل الضابطة العدلية، حيث ألزم القانون سالف الذكر أن يتم تسجيل مرئي ومسموع للمتهم في النظارة والاستجواب المعمول في مباني الشرطة والدرك وذلك في الجنايات فقط، وهذا بدلالة المادة ٦٤-١ فقرة ١ من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي التي تنص على أن: "استجواب الشخص المقبوض عليه في جنائية، والموضوع في أماكن الحجز الموجودة في مراكز الشرطة أو الدرك وبناء على صفتهم كضابطة عدلية يتوجب تسجيله تسجيلاً مرئياً وصوتياً".

وأكدت الفقرة الثانية من ذات المادة المشار إليها أعلاه على عدم تطبيق نص المادة ١١٤ على الإجراءات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة ٦٤-١ من ذات القانون، بحيث لا يستطيع محامي المتهم الحصول على صورة أو نسخة من التسجيلات المرئية والمسموعة لمرحلة القبض.

٢ - الاستجواب الأول وما يليه من استجابات أو مواجهة ما بين المتهمين في الجنايات وذلك بنص المادة ١١٦-١ فقرة ٢ من قانون الإجراءات الفرنسي.

القانون الصادر في ٢٠٠٧/٣/٥ ألزم بأن يتم تسجيل مرئي وصوتي للمتهم في الجنايات عند استجوابه أو مواجهته بالمتهمين من قبل قاضي التحقيق، بحيث أصبح هذا الإجراء نافذاً ومطبقاً من تاريخ ٢٠٠٨/٦/١^(٧٢).

(٧١) المعدلة بالقانون الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/٣/٥ ٢٠٠٧-291 du 5 mars 2007, art. 14-1 entrant en vigueur le 1 juin 2008.

(٧٢) S. Guinchard et J.Buisson, Manuel de procédure pénale, 4 eme édition, Litec, 2008, n 1882.

نصت المادة ١١٦-١(٧٣) من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي على أن: "في الجنايات، استجواب الشخص الموضوع تحت الفحص (المتهم) في مكتب قاضي التحقيق، والمتعلق بالاستجواب الأول أو المواجهة الأولى مع قاضي التحقيق والمواجهة ما بين المتهمين، يتوجب أن يتم تسجيله تسجيلاً مرئياً ومسموعاً".

وأكدت الفقرة الثانية من ذات المادة بعدم تمكين المحامي من الحصول على نسخة من ذلك التسجيل، وذلك من خلال استثناء تطبيق الفقرات الثمانية الأخيرة من نص المادة ١١٤ من قانون الإجراءات الفرنسي على التسجيلات سائلة الذكر.

خلاصة القول أن التسجيلات السابقة لا يمكن للمحامي الحصول على نسخة منها، لكن هذا لا يمنع من حصوله على صورة من إجراءات التحقيق السابقة، بمعنى أن إفادة موكله أو محضر الاستجواب أو المواجهة يمكن للمحامي أن يحصل على صورة منها، فالمنع متعلق بالتسجيل وليس بالإجراء القانوني الذي تم تسجيله، لأن التسجيل يضمن عدم تعرض المتهم للإساءة من قبل أفراد الشرطة، ولذلك هي ضمانات للمتهم، ولذلك لا يحق لأحد الاطلاع عليها إلا وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٦٤-١ من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي التي تنص على أن: "التسجيل لا يمكن الاطلاع عليه في فترة التحقيق أو في فترة المحاكمة إلا في حالة الاعتراض على مضمون محضر الاستجواب، وبناء على قرار صادر من قاضي التحقيق أو المحكمة، وبناء على طلب النيابة العامة أو أحد الأطراف".

في النهاية، إن حق المتهم في الحصول على نسخة من أوراق التحقيق التي بحوزة محاميه لم يكن مطلقاً، بحيث نظم المشرع الفرنسي هذا الحق في المادة ١١٤ المعدلة بالقانون الصادر في ١٢/٣٠/١٩٩٦، ووضع مجموعة من الشروط الواجب توافرها لتمتع المتهم بهذا الحق، وهذه الشروط البعض منها يأتي تطبيقاً للقواعد العامة في التشريع الجزائي والبعض الآخر عبارة عن شروط خاصة متعلقة بحق المتهم في الحصول على نسخة من أوراق التحقيق.

البند الثالث: شروط حصول المتهم على صورة من أوراق التحقيق الابتدائي التي بحوزة محاميه.

نظم المشرع الفرنسي في المادة ١١٤ من قانون الإجراءات الجزائية آلية تسليم المتهم لصورة من أوراق التحقيق التي بحوزة محاميه، من خلال إيراده لمجموعة من الشروط والإجراءات الواجب اتباعها في هذا الشأن، وذلك على النحو الآتي:

(٧٣) ١.n 2007-291 du 5 mars 2007, art. 15 entrant en vigueur le 1 juin 2008 المعدلة

بالقانون الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/٣/٥.

١ - إن تسليم الأوراق إلى المتهم يتم بداية من خلال محاميه، فالمحامي إذا ما أراد تسليم بعض أوراق التحقيق التي بحوزته إلى موكله، فيتوجب عليه الالتزام بالإجراءات المنصوص عليها في الفقرة السابعة من المادة ١١٤ من قانون الإجراءات الفرنسي، التي تلزم المحامي بالحصول على موافقة قاضي التحقيق على التسليم. بناء على ما تقدم يتوجب على المحامي تحضير قائمة مكتوبة بالأوراق التي يرغب بتسليمها إلى موكله، ثم يقوم بإيداع هذه القائمة لدى قلم قاضي التحقيق، أو يقوم بإرسالها برسالة مسجلة مع إشعار الاستلام إلى قاضي التحقيق يطلب فيها موافقته على هذا التسليم.

قاضي التحقيق يتوجب عليه أن يبت في طلب المحامي خلال خمسة أيام عمل تبدأ من تاريخ استلامه للطلب، فالقاضي إما أن يقرر بالموافقة، وهنا يحق للمحامي تسليم أوراق التحقيق المذكورة في القائمة، أو أن يقرر القاضي رفض التسليم كلياً، أو أن يرفض تسليم بعض الأوراق المذكورة في الطلب دون غيرها.

أما إذا سكت القاضي ونفدت المدة القانونية المشار إليها آنفاً، فإن ذلك يفسر على أنه موافقة، ويستطيع المحامي تسليم الأوراق المذكورة في طلبه إلى موكله، وهذا ما أقرت به الفقرة التاسعة من المادة ١١٤^(٧٤).

إن قرار قاضي التحقيق برفض التسليم يجب أن يكون مسبباً ومستنداً بشكل خاص إلى الخطورة التي يمكن أن تترتب على هذا التسليم، وذلك بتعريض أحد الأشخاص المذكورين في الفقرة الثامنة من المادة ١١٤ للخطر أو التهديد، وهؤلاء الأشخاص هم المجني عليه أو المتهمون أو محاموهم أو الشهود أو المحققون أو الخبراء أو أي شخص له علاقة بالقضية.

كذلك يستطيع قاضي التحقيق أن يرفض التسليم مستنداً إلى مبررات لم يوردها المشرع في الفقرة الثامنة من المادة ١١٤، ولا تقل أهمية عنها، كالخوف من ضياع الأدلة، أو القضاء عليها، أو إمكانية إنذاره لشركائه في الجريمة إذا ما علم بورود أسمائهم في محاضر التحقيق التي يريد الاطلاع عليها، فمثل هذه الأسباب وفقاً للفقرة

(٧٤) نصت الفقرة التاسعة من المادة ١١١٤ من قانون الإجراءات الفرنسي على أن: "... يبلغ قرار قاضي التحقيق دونما تأخير إلى المحامي، وفي حال عدم رد القاضي على طلب المحامي خلال المدة المحددة، فيحق للمحامي تسليم موكله نسخة من أوراق التحقيق المذكورة في طلبه..."

تعد مبرراً يستطيع القاضي الاستناد إليها لرفض التسليم، وسكوت المشرع عن ذكرها يعد نقصاً تشريعياً في هذا المقام يتوجب تداركه^(٧٥).

إن قرار قاضي التحقيق برفض التسليم غير نهائي، فبمجرد إعلام المحامي بقرار الرفض - وهنا المشرع ألزم أن يتم إبلاغه دونما تأخير دون أن يحدد مدة معينة (المادة ١١٤ فقرة ٩) - يستطيع خلال يومين من تاريخ إبلاغه بقرار قاضي التحقيق بالرفض أن يطعن بالقرار من خلال طلب يقدمه إلى رئيس غرفة التحقيق.

رئيس غرفة التحقيق يتوجب عليه البت بالظعن المقدم من المحامي خلال خمسة أيام عمل تبدأ من تاريخ تسلمه لطلب الظعن، وذلك بقرار مكتوب ومعلل غير قابل للطعن، سواء بتأييد قرار قاضي التحقيق بعدم التسليم، أو مخالفته لقرار قاضي التحقيق والموافقة على التسليم.

أخيراً، إن عدم البت في طلب المحامي من قبل رئيس غرفة التحقيق خلال المدة القانونية المشار إليها سابقاً، يعطي المحامي الحق بتسليم نسخة من الأوراق المذكورة إلى موكله وهذا ما أقرت به المادة ١١٤ فقرة ٩.

إن الإجراءات السابقة يتوجب على محامي المتهم القيام بها إذا ما أراد تسليم موكله نسخة من أوراق التحقيق التي بحوزته، وبخلاف ذلك لا يمكن للمحامي تسليم أي نسخة لموكله تحت طائلة المسؤولية القانونية والمهنية.

٢ - فيما يتعلق بتكاليف النسخ المصورة عن أوراق التحقيق فممنذ نفاذ التعليمات الصادرة بتاريخ ٢١/٧/٢٠٠١، المعدلة لنص الفقرة الثانية من المادة (R١٦٥) من قانون الإجراءات الفرنسي التي نصت على أن تسلم الصورة الأولى من أوراق التحقيق بدون مقابل إلى المحامي الذي قام بطلبها، أو إلى أحد أطراف الدعوى الذي قام بالطلب ولم يكن له محام^(٧٦).

٣ - إعلام المتهم: يتوجب على المحامي إخطار موكله، وقبل تمرير النسخ إليه، بالأوضاع القانونية المنصوص عليها في الفقرة (٦) من المادة ١١٤، والمادة ١١٤-١

(٧٥) Cédric RIBERE, La communication du dossier pénal, Presses Universitaires D'AIX-MARSEILLE, 2007, N-226, p.196.

(٧٦) إذا أراد المحامي الحصول على نسخ إضافية فإن ذلك سيكون على حسابه الشخصي بحيث يتوجب عليه دفع مبلغ (٠,٤٩) يورو عن كل صفحة، وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة (R. 165) من قانون الإجراءات الفرنسي.

من قانون الإجراءات الجزائية^(٧٧)، بحيث يوقع المتهم على إقرار كتابي يتضمن اطلاعه على مضمون المواد السابقة، التي تحتوي على منع تسليم أو اطلاع الغير على أوراق التحقيق تحت طائلة المسؤولية الجزائية، ما عدا تقارير الخبرة التي يمكن تسليمها للغير لضرورات الدفاع.

إن أهمية الإجراء السابق المتمثل بإخطار المحامي لموكله بعدم مشروعية تسليم أوراق التحقيق إلى الغير، وتوقيعه إقراراً خطياً بذلك، تتمثل بالآتي:

١ - عدم تمكين المتهم من الدفع بعدم علمه بالقانون الذي يجرم تسليم أوراق التحقيق إلى الغير، مع العلم أن قاعدة الجهل بالقانون لا تشكل عذراً في المسائل الجزائية^(٧٨).

٢ - عدم تمكين المتهم من الاستفادة من أحد أسباب موانع المسؤولية الجزائية وتحديد الخطأ بالقانون، حيث اعتبر المشرع الفرنسي أن الخطأ بالقانون أحد أسباب موانع المسؤولية الجزائية بالشروط المنصوص عليها في المادة ١٢٢-٣ من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي، التي نصت على أن: "لا يسأل جزائياً الشخص الذي يثبت أنه اعتقد، بناء على خطأ بالقانون لم يكن بمقدوره تجنبه، أنه يمارس عملاً مشروعاً". فالنص السابق يشترط لانطباقه أن يقدم المتهم ما يثبت اعتقاده بأنه يمارس عملاً مشروعاً، وهذا أمر لا يمكن تحقيقه في حالة المتهم الذي يعلم مسبقاً بعدم مشروعية تسليمه أوراق التحقيق إلى الغير، وتوقيعه على إقرار خطي بذلك، مما يعني بالنتيجة استحالة استفادته من أحد أسباب موانع المسؤولية الجزائية وتحديد الخطأ بالقانون.

إن الالتزام بالإجراءات الشكلية من حيث إخطار المتهم بعواقب اطلاع الغير على الأوراق المسلمة إليه، يأتي حرصاً من المشرع على تنبيه المتهم وإنذاره، وليس شرطاً لا بد من توافره لمعاقبة المتهم إذا ما سلم الأوراق إلى الغير، وإن كانت تمنعه من الاستفادة من أحد أسباب موانع المسؤولية وتحديد الخطأ بالقانون، كما أسلفنا في الفقرة السابقة، فالإجراءات الشكلية سالف الذكر تهدف إلى الحد من خطورة اطلاع

(٧٧) نصت الفقرة (٦) من المادة ١١٤ من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي على أن: "فقط تقرير الخبرة يمكن أن يسلم من خلال الخصوم أو المحامين إلى الغير وذلك لغايات أو ضرورة الدفاع"، كما عاقبت المادة ١١٤-١ من ذات القانون بالغرامة بمقدار ٣٧٥٠ يورو، لكل من يسلم أوراق التحقيق من أطراف الدعوى الجزائية إلى الغير.

(٧٨) J. Dumont, J.-CL. Procédure pénale, Art. 114 a 121, Fasc. 20, voir Interrogatoires et confrontations, n-244, p.33.

الغير على أوراق التحقيق وتحديدًا الصحافة، والمحافظة على سرية وفعالية إجراءات التحقيق الابتدائي.

كما أنه يتوجب على المحامي تسليم أوراق التحقيق إلى المتهم شخصياً وليس إلى أحد أقاربه أو أحد العاملين لديه^(٧٩)، حتى في حالة كون المتهم موقوفاً فلا بد من تطبيق الإجراءات الخاصة بتسليم الأوراق إليه، ولا يصح التسليم إلى الأقارب أو إلى شخص يحمل وكالة خاصة بذلك محررة من المتهم الموقوف.

أخيراً، تجدر الإشارة إلى أن سرية التحقيق تشمل الأوراق والوثائق التي يتحصل عليها المحامي من ملف القضية أثناء فترة التحقيق الابتدائي، بمعنى قيام المحامي بإطلاع الغير عليها أو على مضمونها يعرضه للمساءلة القانونية، وهذا ما أكد عليه القضاء الفرنسي بالقول: "إذا كان المحامي غير ملزم بسرية التحقيق المنصوص عليها في المادة ١١ من قانون الإجراءات الجزائية، إلا أن المادة ١٦٠ من النظام الصادر في ٢٧/١١/١٩٩١ والمنظم لمهنة المحاماة، تلزم المحامي باحترام سرية التحقيق وعدم تسليم أوراق التحقيق إلى الغير"^(٨٠).

الخاتمة والنتائج والتوصيات:

هنالك مجموعة من الحقوق والضمانات اعترفت بها التشريعات الجزائية محل الدراسة بنصوص صريحة وأهمها حق المتهم في الاطلاع على التهمة وحقه في الاطلاع على ملف القضية، والتي كانت محل بحثنا في المطلب الأول من الدراسة، والخلاصة التي توصلنا إليها في هذا المقام هي أن الحقوق سالفة الذكر تعتبر أساساً وممهدةً لحق المتهم في الحصول على أوراق التحقيق، بمعنى الاعتراف للمتهم بحقه في الاطلاع على التهمة والاطلاع على ملف القضية، يترتب عليه نتيجة منطقية وهي تمكنه أيضاً من الحصول على صورة من ملف القضية، فحق الحصول على صورة من أوراق التحقيق مكمل للحقوق سالفة الذكر وليس مستقلاً عنها.

وما يدعم النتيجة السابقة هو ضعف المبررات التي تقدمها التشريعات الجزائية من أجل حرمان المتهم من الحصول على صورة من أوراق التحقيق الابتدائي والمتمثلة بالمحافظة على سرية التحقيق وفعاليتها، فالتشريعات محل الدراسة كفلت للمتهم

(٧٩) J. Granier, L'article 11 du code de procédure pénale, JCP, G, 1953, 1453, n-33.

(٨٠) Cass.Crim. 18 sept. 2001, Juris-Data, n-011119, في القرار السابق تم إدانة المحامي بسبب إرساله بواسطة الفاكس لأوراق التحقيق إلى أحد الأشخاص بعد أن وعده الأخير بإتلافها بعد الاطلاع عليها.

حضور كافة أعمال التحقيق والبعض منها سمح للمتهم أو محاميه بالاطلاع على ملف القضية، وهذا يعني من الناحية العملية علم المتهم بكافة أعمال التحقيق وهذا الأمر يشكل خطورة أيضاً على سرية التحقيق وفعاليته، فكيف يمكن للمشرع الجزائي تمكين المتهم من حضور إجراءات التحقيق والاطلاع عليها دون أن يثير ذلك أي إشكال في مسألة سرية التحقيق وفعاليته، لكن عند الحديث عن تمكين المتهم من الحصول على صورة من أوراق التحقيق تثار مسألة سرية التحقيق وفعاليته، والنتيجة واحدة برأينا في الحالتين وهي المساس بسرية التحقيق، فالمشرع الذي يكرس للمتهم حق الاطلاع على ملف القضية يتوجب عليه تكريس حق المتهم في الحصول على نسخة من أوراق التحقيق لانعدام المبرر العملي والمنطقي من تكريس الحق الأول دون الثاني.

برأينا أنه لا يوجد ما يبرر من الناحية المنطقية والعملية تمكين المتهم من حضور جميع إجراءات التحقيق وتمكينه من الاطلاع على ملف القضية، وحرمانه في الوقت نفسه من الحصول على صورة من أوراق التحقيق بحجة المحافظة على سرية التحقيق.

كما أن الخلاصة التي توصلنا إليها من خلال المطلب الثاني من الدراسة الذي تناولنا فيه موقف التشريعات الجزائية المكرسة لحق المتهم في الحصول على صورة من أوراق التحقيق الابتدائي، تمثلت في غياب التنظيم القانوني لآلية حصول المتهم على صورة من أوراق التحقيق في التشريعات العربية محل الدراسة بالمقارنة مع التشريع الفرنسي الذي رسم آلية واضحة تبين إجراءات حصول المتهم على الحق سالف الذكر من خلال محاميه، والإجراءات القانونية الواجب اتباعها من قبل المحامي لتمكين موكله من الحصول على صورة من أوراق التحقيق.

كذلك لم تعترف التشريعات العربية محل الدراسة بحق المتهم في الطعن بقرار سلطة التحقيق في حال عدم تمكينه من حقه في الحصول على صورة من أوراق التحقيق، وتركت الأمر لرقابة محكمة الموضوع عند إحالة القضية إليها، وهذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي منح المحامي حق الطعن بقرار قاضي التحقيق المتضمن رفض طلب تسليم صورة عن أوراق التحقيق إلى المتهم وذلك من خلال تقديم طعن بالقرار إلى رئيس غرفة التحقيق.

وأخيراً يمكننا أن نختم دراستنا بإيراد بعض النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة، وتقديم بعض التوصيات في هذا الشأن.

أولاً: النتائج

- ١ - أقرت التشريعات محل الدراسة بحق المتهم في الاطلاع على التهمة المنسوبة إليه وذلك بصريح النص في قوانينها الإجرائية، لا بل أن بعضها - وتحديداً المشرعين

الأردني واللبناني - رتباً على مخالفة الحق السابق البطلان القانوني في حال المخالفة.

٢ - اعترفت بعض التشريعات في الدول محل الدراسة بحق محامي المتهم في الاطلاع على ملف القضية قبل الاستجواب، دون أن تبين الآلية القانونية لتمكين المحامي من ذلك، ودنما تحديد للأثر القانوني المترتب على مخالفة سلطات التحقيق لهذه الضمانة.

٣ - تباينت التشريعات الجزائية في تنظيمها لحق المتهم في الحصول على صورة من أوراق التحقيق، فالقليل منها نظم الحق السابق، لكن تنظيمها كان على استحياء ودون تحديد للآلية الواجب اتباعها من أجل تمكين المتهم من هذا الحق، بالإضافة إلى أنها لم تبين الإجراء المترتب على مخالفة هذا الحق، وتركت تنفيذ هذا الحق مرهوناً بإرادة المحقق.

٤ - لم تكن التشريعات العربية الجزائية المكرسة لحق المتهم في الحصول على صورة من أوراق التحقيق واضحة في تنظيمها لهذا الحق، وتركت الأمر لعناية سلطة التحقيق، وهذا أمر مستغرب على اعتبار أن سلطة التحقيق طرف وخصم في الدعوى العمومية، حتى وإن سلمنا بأنها خصم شريف، هذا لا يمنعها من التعسف في استعمال سلطاتها التقديرية بعدم تمكين المتهم من هذا الحق، وهذا يؤدي بالضرورة إلى المساس بحق المتهم في الدفاع عن نفسه.

٥ - إن النص على حق دون تنظيمه وتحديد آلية الحصول عليه وتحديد الأثر القانوني المترتب على مخالفته، يجعل من هذا الحق بمثابة استعراض تشريعي لا يمكن تطبيقه بشكل فاعل على أرض الواقع، وهذا الأمر يمكن تشبيهه بالنصوص التي تنهى عن القيام بعمل في القواعد الموضوعية الجزائية لكن دون أن يرتب المشرع جزاء عند مخالفة نواهيه، فتصبح الحماية منقوصة، لا بل معدومة، وكذلك حال الضمانة القانونية إذا خلت من الجزاء تبقى منقوصة ولا تفي بالغرض المنشود من إقرارها.

٦ - إن تمكين المتهم من الاطلاع على التهمة، وحضور إجراءات التحقيق، والحصول على صورة عن أوراق التحقيق، يمكنه من تحضير دفاعه بالشكل السليم الذي قد يمكنه من دحض التهمة الموجهة إليه، مما يدفع سلطات التحقيق إلى إصدار قرار بحفظ القضية أو بمنع المحاكمة، مما له من أثر إيجابي يتمثل بعدم إرهاب القضاء بقضايا غير جدية والتخفيف عن كاهله، خصوصاً أن كثرة الدعاوى المنظورة أمام القضاة الجزائي تشكل سمة غالبة في أغلب الدول، خصوصاً أن غالبية التشريعات

الجزائية تسعى للتغلب على هذا الإشكال من خلال إيجاد وسائل بديلة لفض المنازعات الجزائية.

٧ - إن التشريعات الجزائية التي أغفلت تنظيم حق المتهم بالحصول على صورة من أوراق التحقيق رغم إقرارها بحقه في الاطلاع على التهمة، وحقه في حضور إجراءات التحقيق، وهذا موقف مستغرب - برأينا - على اعتبار أن عدم تمكن المتهم من الحصول على صورة من أوراق التحقيق يبرر عادة بسرية التحقيق، والمتهم غير مخاطب بالسرية وفقاً لتلك التشريعات، وكما أن فعالية التحقيق لا تمنع من معرفة المتهم بإجراءات التحقيق من خلال حصوله على صورة منها، خصوصاً إذا ما علمنا أن له الحق بحضور جميع إجراءات التحقيق كأصل عام.

التوصيات:

- ١ - ضرورة النص وبشكل صريح على حق المتهم في الاطلاع على أوراق التحقيق أو تمكن محاميه من ذلك، وبيان مقصود المشرع من هذا الحق، فلا يكتفى بإيراد الحق دون أن يتم بيان مضمونه، فالتحديد والوضوح التشريعي لمضمون الحق يسهل مهمة سلطات التحقيق في تمكن المتهم من حقه، ويسهل في نفس الوقت مهمة قاضي الموضوع في الرقابة على أعمال سلطة التحقيق في هذا الخصوص.
- ٢ - وجوب الاعتراف وبنصوص صريحة لحق المتهم في الحصول على صورة من أوراق التحقيق، فلا يمكن الاكتفاء بالاعتراف بحق المتهم في الاطلاع على التهمة وملف القضية وحضوره لإجراءات التحقيق دون أن يعطى الحق في الحصول على صورة من أوراق التحقيق لتحضير دفاعه بشكل فاعل.
- ٣ - ضرورة وجود نصوص قانونية صريحة تبين الآلية الإجرائية الواجب اتباعها من أجل تمكن المتهم من الحصول على الضمانات المقررة له في القوانين الإجرائية، وعدم ترك المسألة لعناية سلطة التحقيق.
- ٤ - يتوجب تمكين المتهم من الطعن بقرارات سلطة التحقيق في حال رفضت الأخيرة تمكينه من الحصول على بعض الضمانات المقررة له.
- ٥ - يتوجب على المشرع حماية الحقوق المعطاة للمتهم من خلال النص على الجزاء الإجرائي المترتب على مخالفة سلطة التحقيق لضمانات المتهم، وعدم الاكتفاء بترك الأمر لرقابة محكمة الموضوع في هذا الشأن.

المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

- أسامة بن غانم العبيدي، استجواب المتهم في النظام السعودي، المجلة القانونية والقضائية، مركز الدراسات القانونية والقضائية، وزارة العدل، دولة قطر، العدد الثاني، السنة الرابعة، ديسمبر ٢٠١٠، ص ٣٥.
- إيهاب عبد المطلب، حق الدفاع أمام القضاء الجنائي، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠٩.
- جودة حسين جهاد، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول، أكاديمية شرطة دبي، طبعة ٢٠٠٨.
- حسن جوخدار، التحقيق الابتدائي في قانون أصول المحاكمات الجزائية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، ط ١، ٢٠٠٨.
- حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦.
- سردار علي عزيز، ضمانات المحاكمة العادلة للمتهم، دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٠.
- سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦.
- طلال أبو عفيفة، الوجيز في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية، دار الثقافة، عمان، ٢٠١١.
- علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية - دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
- عمر فخري الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٠.
- فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، ٢٠١٠.
- كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار الثقافة، عمان، ط ٣، ٢٠١٠.

- محمد العنزي، حقوق الإنسان المتهم في مرحلة التحقيق في النظام الإجرائي السعودي، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.
- محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠١٠.
- محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية، دار الثقافة، عمان، ط٢، ٢٠١١.
- محمد علوان، د. محمد موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان - الحقوق المحمية، الجزء الثاني، ط١، الإصدار الثاني، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٩.
- معتصم مشعشع، استعانة المشتكى عليه بمحام خلال الاستجواب في مرحلة التحقيق الابتدائي، بحث منشور في مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، سلسلة الشريعة والقانون، مجلد ٢٦، ع ١، ١٩٩٩.
- نسرین عبد الحمید نبیه، حقوق المتهم أمام النيابة العامة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط١، ٢٠١٠.
- هالالي عبد اللاه أحمد، حقوق الدفاع في مرحلة ما قبل المحاكمة بين النمط المثالي والنمط الواقعي، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.

ثانياً - المراجع باللغة الفرنسية

- A. Brunois, note sur l'arrêt de la cour d'appel C.A (Ch.civil) 1 aout 1991, D. 1994, somm. P.136.
- note sur l'arrêt de la cour de cassation, Cass.Crim. 18 oct. 1977, D. 1978, 94, note Brunois.
- C. Ribeyre, La communication du dossier d'instruction aux parties privées; JCP. 2006, I, 152.
- Cedric RIBERE, La communication du dossier pénal, Presses Universitaires D'AIX-MARSEILLE, 2007.
- J. Dumont, J.-CL. Procédure pénale, Art. 114 a 121, Fasc. 20, voir Interrogatoires et confrontations, n-244, p.33.
- J. Granier, L'article 11 du code de procédure pénale, JCP, G, 1953, 1453, n-33.
- Jean pradel, la défense avant jugement pénal, Dalloz, 1997, chron, 375.

- note sur l'arrêt de la cour de cassation, ass. Ass.Plen. 30 juin 1995, D. 1995, Jur. P.417.
- note sur l'arrêt de la cour de cassation, Cass. Crim. 11 juillet 1994, D. 1995, SOMM, P.140.
- J-P Doucet, note sur l'arrêt de la cour de cassation, Cass. Crim. 11 juillet 1994, Gaz. Pal. Rec. 1994, somm, p. 701.
- note sur l'arrêt de la cour de cassation, ass. Crim. 12 juin 1996, Gaz. Pal. Rec. 1996, chr. Crim. P. 185, j.n 331, 26 nov. 1996, p.185.
- Levasseur, observation sous l'arrêt de la cour d'appel de Paris, 11 juin 1986, Rev.Sc. Crim. 1984-4.
- P. Chambon, note sur l'arrêt de la cour de cassation, Cass. Crim. 9 oct. 1978, D. 1979, 185.
- S. Guinchard et J.Buisson, Manuel de procédure pénale, 4^{ème} édition, Litec, 2008.

Le concept du contrat du transport maritime de marchandises et les Conventions qui le réglementent

Dr. Raghid Abdul-Hamid Fattal
Professeur Assistant à l'université
d'Ajman aux Emirats Arabes Unis

Abstract:

Somalian Piracy constitutes one of the main threats not only to international trade. Although the contract of carriage sometimes looks similar to other contracts such as the contract of affreightment and tonnage contract, the legal system that governs it is different.

Several Conventions, Protocols or International Rules regulate the carriage of goods. We can mention the American Harter Act, the International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to Bills of Lading signed at Brussels on 25 August 1924 (The Hague Rules), the Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading signed at Brussels on 23 February 1968 (Visby Rules), the Protocol amending the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading of 25 August 1924 (The Hague Rules), as amended by the Protocol of 23 February 1968, signed at Brussels on December 21st, 1979. We can also mention the United Nations International Convention on the Carriage of Goods by Sea adopted in Hamburg on March 31st, 1978 (Hamburg Rules). In an effort to organize the maritime transport of goods in an equitable manner, each Convention is intended to fill the gaps of the previous one and maintain a balance between the various parties to the contract of carriage.

At the beginning of the century, each mode of international carriage continues to be governed by autonomous Rules. For the sake of globalization of trade and trade facilitation, jurists acted for the unification of the rules of international carriage. Thus, the United

Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) adopted on July 3rd, 2008, the "Draft of Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea". On December 11, 2008, the United Nations General Assembly formally adopted the "the United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea", and recommended that the rules laid down in the Convention are from now on known as the "Rules of Rotterdam". This Convention has since then been open to ratification by the states. It shall enter into force one year after the ratification meeting at least twenty states. These Rules have advantages, but they also have some disadvantages. A study of these advantages and disadvantages is interesting.: Piracy, international legal system, International Law, sovereign territory, non-liquet, UN resolutions, Universal Jurisdiction, United Nations Charter, Non-State Actor

Introduction

1 - L'importance du transport des marchandises par mer. - Depuis longtemps, la mer est un moyen essentiel de contact entre les peuples. Elle facilite les échanges commerciaux internationaux entre eux. D'où l'importance du transport des marchandises par mer, qui est considéré comme un moyen d'acheminement de marchandises d'un lieu à un autre. Selon un rapport (2001) de la CNUCED, près de 90% des échanges commerciaux dans le monde se font par voie maritime. **Ses avantages** sont : un coût raisonnable, le transport de n'importe quelle marchandise. **Ses inconvénients** sont : la durée du transport (transit time), les risques plus élevés, le coût de l'assurance et de l'emballage, et le non équipement de certains ports pour les portes conteneurs.

2 - Aspects historiques du droit du transport maritime de marchandises. - Le contrat de transport maritime est né pendant la révolution industrielle à partir de la moitié du XIX^e siècle, période à laquelle des voyages réguliers à date fixe commencent à s'effectuer. Dès lors, le commerce transatlantique n'est plus le privilège de gros industriels capables d'affréter un navire entier. Cependant, du fait de leur propre puissance économique, les transporteurs, avaient tendance à stipuler dans le contrat de transport maritime de clauses équivoques de toute responsabilité, aussi appelées « negligences clauses », les exonérant de toute

responsabilité. Ainsi, on rencontrait par exemple la clause suivante : « La Compagnie de transport ou ses agents ou ses employés, ne seront en aucune manière responsables de - toutes les causes et possibilités de pertes imaginables étaient indiquées-, de tous les dommages, pertes et avaries provenant des cas ci-dessus mentionnés, qu'ils proviennent de la négligence, faute ou erreur de jugement des pilotes, capitaines, matelots, mécaniciens, stevedores ou autres personnes au service de l'armateur⁽¹⁾.

La question qui s'est vite posée a été celle de savoir si cette clause peut exonérer le transporteur de la responsabilité consécutive à la négligence de ses préposés. Plusieurs congrès se sont organisés afin d'étudier cette question. Celui d'Hambourg organisé par des chargeurs considérait que le transporteur ne pouvait pas s'exonérer d'une telle responsabilité car le chargeur n'a aucun pouvoir ni aucun droit dans le choix du capitaine et l'équipage. Par la suite, cette opinion a été rejetée par le congrès d'armateurs organisés à Londres. En effet, ces derniers considéraient que le choix des capitaines et des matelots n'est pas absolument libre, car sans passer les examens qualificatifs prévus par l'Etat, personne ne peut être choisi comme officier ou mécanicien.

Cette logique était celle d'importantes compagnies maritimes anglaises, dont les responsables siégeaient au Parlement. De ce fait, ni les tribunaux anglais ni les tribunaux français⁽²⁾, n'avaient tendance à trancher les plaintes des chargeurs contre cette domination contractuelle. C'est aux Etats-Unis, où une part essentielle du commerce international était contrôlée par des intérêts anglais, que les plaintes des chargeurs ont connu un écho favorable. Dans le but de lutter contre cette domination contractuelle, le législateur international est intervenu à travers **différents textes internationaux (II)**. Dès lors, le transport par mer s'effectue à

(1) Nabi (G), Chakab (F), *La responsabilité du transporteur maritime de marchandises (selon les règles de La Haye de 1924 et de Hambourg de 1978)*, Thèse, Nice, 1999.

(2) Cass. civ., 23 février 1864, D. 1864, I, 385; Cass. civ., 20 janvier 1869, D. 1869, I, 94, S. 1869, I, 101. Ces arrêts sont cités par Sauvge (F), *Manuel pratique du transport des marchandises par mer*, LGDJ, Paris, 1955, p. 8. Dans ces arrêts, la Cour de cassation française adopta le point de vue des tribunaux britanniques selon lequel le transporteur maritime pouvait s'exonérer de cette responsabilité par une clause de connaissance, sans distinction entre les fautes commerciales et les fautes nautiques, ni entre les divers agents de l'armement, capitaine, équipage ou préposés à terre.

travers un contrat de transport maritime qui mérite d'être distingué de certains contrats voisins (I).

I- Distinction du contrat de transport maritime de certains contrats voisins

3 - Le contrat de transport par mer ressemble parfois à d'autres contrats tels le contrat d'affrètement (A) et le contrat de tonnage (B). Cependant, ils se distinguent selon des critères bien précis.

A- Distinction des contrats d'affrètement et de transport

4 - Si jusqu'à la révolution industrielle, le monde maritime ne connaissait que l'affrètement, durant celle-ci, le contrat de transport maritime est apparu. Dans un premier temps, la doctrine ne différenciait pas ces deux contrats. En France, la loi du 18 juin 1966 et le Code des transports ont consacré la distinction juridique entre ces deux contrats, fournissant à chacun un régime particulier. En effet, l'article L5423-1 du Code des transports définit le contrat d'affrètement comme la mise à disposition d'un navire à un affréteur par un fréteur moyennant une rémunération⁽³⁾. Afin de faire la distinction entre le contrat du transport et l'affrètement, il paraît judicieux de présenter les trois types possibles d'affrètement. Coexistent ainsi l'affrètement coque nu (en anglais « bare-boat charter » ou « demise charter ») dans lequel l'armateur fournit un navire sans équipage et ne supporte aucuns frais d'exploitation⁽⁴⁾ et l'affrètement à temps⁽⁵⁾, appelé le plus souvent « time charter » où l'armateur fournit un navire et un équipage à ses frais pour une durée déterminée. En d'autres termes, dans ce type d'affrètement, le fréteur, propriétaire d'un navire en bon état de navigabilité et dûment armé, le met à disposition de son affréteur pour une durée déterminée. Il reste responsable des opérations techniques (équipage, contrôle régulier du navire) tandis que l'affréteur prend en charge les coûts liés à l'exploitation commerciale du navire (soutes, frais d'escale, frais de port...). Cette sorte d'affrètement peut être effectué à temps ou au⁽⁶⁾.

(3) د. مصطفى كمال طه، القانون البحري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط ١، ٢٠٠٧، ص ٢٦٠، بند ٣٠٣.
بسام عاطف المهتار، معاهدة بروكسل وتعديلاتها (لتوحيد بعض القواعد المتعلقة ببالص الشحن)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط ١، ٢٠٠٦، ص ٤٩.

(4) د. مصطفى كمال طه، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٢٦١، بند ٣٦٠.

(5) د. مصطفى كمال طه، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٢٦٤، بند ٣١١.

(6) د. مصطفى كمال طه، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٢٦٨، بند ٣١٨.

Dans ce dernier cas, l'armateur fournit un navire et un équipage à ses frais pour un ou plusieurs voyages prédéterminés.

Cette distinction ne pose aucun problème lorsque nous sommes en présence d'un affrètement «à temps» que l'on appelle en anglais «time charter» ou d'un affrètement «coque nue» ou «bare-boat charter» à l'occasion desquels l'affrèteur prend possession, respectivement, de la gestion commerciale pour l'un et des gestions nautiques et commerciales pour l'autre. En revanche, on rencontre des difficultés à distinguer certaines formes de contrats d'affrètement car ils sont très semblables aux contrats de transport maritime. Il en va ainsi de l'affrètement au voyage par lequel le frèteur qui garde la gestion nautique du navire s'engage à assurer le déplacement d'une cargaison d'un port à un autre. La volonté des parties au moment de la conclusion du contrat joue un rôle important. Si l'armateur s'est engagé «à mettre un navire à la disposition d'un affrèteur afin d'exécuter un voyage», il s'agit d'un affrètement⁽⁷⁾. Mais si sa prestation consiste «à acheminer une marchandise déterminée d'un port à un autre⁽⁸⁾, il s'agit dans ce cas du contrat du transport⁽⁹⁾. De plus, le contrat de transport maritime est en principe un contrat d'adhésion puisque ses deux parties ne discutent pas ses clauses, alors que l'affrètement sera caractérisé par la négociation de la plupart des clauses du contrat (contrat de gré à gré).

La distinction entre ces deux contrats revêt un caractère très important car elle permet d'établir le régime juridique applicable au contrat visé. En droit français, et contrairement au contrat de transport qui est encadré par des textes impératifs, l'article 1^{er} du Décret n°66-1078 du 31 décembre 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes dispose que les conditions et les effets de l'affrètement sont définis par les parties au contrat et, à défaut, par les dispositions de ce Décret. La liberté contractuelle règne donc dans ce contrat. En effet, les parties peuvent négocier les clauses contractuelles et même choisir la loi applicable. Elles ne sont pas obligées de se soumettre aux conventions

(7) L'article L5423-1 du Code des transports.

(8) L'article L5422-1 du Code des transports.

(9) Le contrat du transport est tout contrat par lequel le transporteur s'engage, contre paiement d'un fret, à transporter des marchandises par mer d'un port à un autre.

د. محمد فريد العريني و د. محمد السيد الفقي، القانون البحري والجوي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط ١، ٢٠٠٥، ص ٣٠١، بند ١٨٨.

د. أحمد محمود حسني، النقل الدولي البحري للبضائع، منشأة المعارف بالاسكندرية، ط ٢، ص ٥٥.

internationales. Toutes les clauses ou presque sont ainsi permises. Les seules limites prévues par la jurisprudence sont que les clauses doivent être conformes à la bonne foi contractuelle⁽¹⁰⁾.

Si la distinction entre le contrat d'affrètement et le contrat du transport n'est pas toujours évidente, il en va de même pour les contrats au tonnage et de transport.

B- Distinction des contrats d'affrètement et au tonnage

5 - Le contrat au tonnage est celui par lequel le transporteur s'engage à transporter pendant une période fixée par le contrat un tonnage déterminé contre le paiement d'un fret à la tonne⁽¹¹⁾.

Ce type de contrat est conclu notamment pour le transport des fruits ou légumes : il permet d'acheminer la récolte au fur et à mesure que les fruits ou légumes arrivent à maturité ; le contrat prend fin lorsque l'ensemble de la récolte est parvenue à destination.

En France, la loi du 18 juin 1966 a défini uniquement le contrat d'affrètement et le contrat de transport en ignorant le contrat de tonnage qui est, quant à lui, définit dans le Code des transports⁽¹²⁾. De plus, le contrat de tonnage a été qualifié par la jurisprudence même si cette qualification reste toujours incertaine.

Trois décisions rendues par les cours d'appel de Rouen⁽¹³⁾, Paris⁽¹⁴⁾ et Aix-en-Provence⁽¹⁵⁾ ont qualifié le contrat de tonnage de contrat de transport **avant 1982**. Ces décisions ont été confirmées par la chambre commerciale de la Cour de cassation⁽¹⁶⁾.

A partir de 1982, un revirement jurisprudentiel a été effectué : l'assimilation au contrat d'affrètement. La cour d'appel d'Aix-en-Provence a ainsi qualifié le contrat de tonnage de contrat d'affrètement au voyage⁽¹⁷⁾. La Cour de cassation confirma cette analyse⁽¹⁸⁾. Les

(10) Voir notamment sentence de la CAMP (), n° 992, *DMF* 1999, p. 164.

(11) L'article L4451-2 du Code des transports.

(12) L'article L4451-2 du Code des transports.

(13) CA Rouen, 30 juin 1977, *DMF* 1978, p. 535.

(14) CA Paris, 16 mai 1980, *DMF* 1980, p. 536.

(15) CA Aix-en-Provence, 10 mai 1980, *DMF* 1982, p. 88.

(16) Cass. com, 22 juin 1981, *JCP* 1981, n° 10039.

(17) CA Aix-en-Provence 4 mai 1982, *DMF* 1983, p. 101; 13 janvier 1983, *DMF* 1984, p. 523; 19 avril 1984, *DMF* 1985, p. 216.

(18) Cass. com, 25 janvier 1985, *DMF* 1985, p. 400; Cass. com, 22 avril 1986, *DMF* 1986, p. 22.

partisans de cette théorie ou de cette solution considèrent que le contrat de transport se caractérise par la prise en charge d'une marchandise et par la livraison à destination. Au contraire, dans le contrat de tonnage, l'armateur ne s'engage pas à prendre en charge une marchandise ; il s'engage à mettre à disposition un navire. De plus, ils considèrent qu'à l'instar du contrat d'affrètement, le contrat de tonnage n'est pas un contrat d'adhésion.

Selon la CAMP⁽¹⁹⁾, les contrats de tonnage peuvent « se classer distinctement en contrats d'affrètement au voyage régis par la libre volonté des parties ou en contrats de transport soumis impérativement à la loi ou à la Convention internationale applicable, en fonction des dispositions significatives arrêtées par les parties⁽²⁰⁾ Rodière est favorable à cette solution, préférant la qualification au cas par cas des contrats de tonnages⁽²¹⁾. Cependant, le contrat de tonnage doit s'analyser comme une forme de contrat particulier, relevant des libres stipulations des parties. Nous sommes favorables à la théorie de la CAMP.

La situation de domination contractuelle au profit du transporteur qui révoltait les chargeurs, exigeait l'intervention du législateur.

II- Apparition des textes du transport maritime

6 - Plusieurs textes sont apparus successivement pour organiser le transport maritime mondial. Chacun d'entre eux présente un intérêt primordial, celui de la réglementation et l'organisation du transport maritime international. Ils visent à protéger une catégorie des personnes ou à assurer un équilibre entre les contractants. Parmi ces textes, on cite :

A- Harter Act

7 - Les clauses d'exonération du transporteur maritime de toute responsabilité éventuelle bouleversent l'économie du contrat ainsi que l'équilibre contractuel. D'où l'importance du Harter Act dont **la mise en place s'est effectuée en plusieurs phases (1)**, pour aboutir à **une loi américaine dont le contenu nous intéresse (2)**.

(19) Chambre Arbitrale Maritime de Paris.

(20) Sentence de la CAMP, n°552, 10 décembre 1984, DMF 1985, p. 310.

(21) Rodière (R), Le contrat de tonnage, DMF 1980, p. 323.

1- Les phases d'apparition du Harter Act

8 - Le 10 avril 1886, deux députés français, F. Faure et J. Siegfried ont présenté une proposition de loi maritime: la clause d'exonération resterait valable pour les fautes nautiques seulement, à l'exclusion des fautes commerciales. Ultérieurement, un projet de loi s'inscrivant dans la continuité des textes précédents est rédigé par Messieurs Tarieux et Lebon, les ministres du Commerce et de la Marine. Toutefois et malgré ces initiatives, les clauses d'exonération continuaient à produire leurs effets injustes.

Aux Etats-Unis, la Cour suprême et les cours fédérales décidèrent, suite à de longs débats, que les clauses d'exonération étaient contraires à l'ordre public⁽²²⁾. Au contraire, les cours de l'Etat de New-York, tout en suivant les tribunaux anglais, considéraient que si le contrat avait été légalement et consciemment conclu, il était valable.

Le 10 juin 1892, un projet de loi fut introduit par Michael Harter⁽²³⁾, représentant la région d'Ohio au congrès de Washington⁽²⁴⁾. Ce projet était entièrement rédigé dans l'intérêt des chargeurs. Il interdisait la stipulation de toutes les clauses d'exonération pour pertes ou avaries résultant de faute, négligence, ou erreur de jugement des capitaines, pilotes, marins, etc. dans le chargement, l'arrimage, la garde et la livraison des marchandises. Il a été renvoyé à des commissions représentées par des armateurs, des chargeurs et des assureurs⁽²⁵⁾. En février 1893, une nouvelle loi appelé «Harter Act» apparut et fut approuvée par le président des Etats-Unis.

2- Le contenu du Harter Act

9 - Cette loi se compose de 8 articles dont les principales dispositions sont les suivantes⁽²⁶⁾:

1- Quand à son champ d'application dans l'espace, les articles 1, 2 et 4 du «Harter Act» disposent qu'il s'applique aux transports des marchan-

(22) Arrêts cités par: Montier (G. F.), *Le Harter Act*, LGDJ, Paris, 1932, n. 1.

(23) بسام عاطف المهتار، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ١٣.
د. أحمد محمود حسني، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٢٥ وما بعدها.

(24) Montier (G. F.), *Le Harter Act*, op. cit., p. 14.

(25) Montier (G. F.), *Le Harter Act*, op. cit., p. 13-18.

(26) بسام عاطف المهتار، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ١٣ و ١٤.
د. أحمد محمود حسني، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٢٨ وما بعدها.

disés par mer, entre ports américains, de même qu'entre ces ports et les ports étrangers. Au point de vue de son application dans le temps, il s'applique d'avant la prise en charge de la marchandise jusqu'à après son déchargement⁽²⁷⁾. Le domaine d'application du «Harter Act» demeure limité.

2- D'après son article 4, le transporteur doit délivrer un connaissement précisant le poids ou le volume de la marchandise, ainsi que le nombre des colis et leur état apparent. Ceci empêche le transporteur d'insérer la clause «poids inconnu» et d'autres clauses similaires.

Il est possible de noter ici que deux types de connaissements existent : le connaissement négociable et le connaissement non négociable. Le premier circule selon les modes du droit commercial, c'est-à-dire selon qu'il s'agit de titre à ordre ou de titre au porteur, par la voie de l'endossement ou par voie de la tradition (remise de la main à la main). Le second circule par voie de cession. Il en va ainsi pour le connaissement nominatif qui entre, en droit français, dans cette seconde catégorie⁽²⁸⁾.

3- En vertu des articles 1 et 2, le transporteur maritime ou ses préposés ne peuvent plus s'exonérer de sa responsabilité pour les pertes ou avaries résultant de négligence, faute ou défaut dans le chargement, l'arrimage, la garde, le soin ou la livraison de toutes les marchandises légales. Il s'agit des fautes qualifiées de fautes commerciales. Il est clair que cette disposition de l'«Harter Act» distingue la faute commerciale de la faute nautique⁽²⁹⁾. Le transporteur ne peut pas s'exonérer des premières. Il peut s'exonérer des secondes du moins s'il a bien fait preuve de suffisamment de⁽³⁰⁾.

4- L'article 5 de cette loi prévoit que les clauses d'exonération seront la source d'une double sanction : au point de vue civil, la nullité, et au point de vue pénal, une amende imposée à l'armateur.

Cette loi constitua un compromis utile entre les intérêts du transporteur et ceux du chargeur. En effet, le Harter Act a protégé les

(27) Colinvaux (R), *Carver's Carriage by sea*, vol. 1, 12th éd., London, Stevens & Sons, 1971, n° 240.

(28) Philippe Delebecque, note sous: Cass. com., 21 févr. 2006, *RTD com.* 2006, p. 520.

(29) Les anglophones définissent la faute nautique comme « faults or errors in the management or in the navigation of the vessel ».

(30) Rodière (R) et Du Pontavice (E), *Droit maritime*, 12e éd., Dalloz, Paris, 1997, p. 304.

droits de chargeurs puisqu'il a fait disparaître les principaux abus à savoir les clauses d'exonération et le principe d'exonération, sans méconnaître les droits des transporteurs.

Ayant un caractère obligatoire et impératif, le Harter Act exigeait au transporteur qu'il fasse toute diligence pour maintenir son navire en bon état de navigabilité⁽³¹⁾. Cependant, ce compromis n'avait pas résolu le problème de domination contractuelle d'autant plus que le transporteur qui a exécuté son obligation de «diligence» était exonéré de sa responsabilité dans certaines circonstances⁽³²⁾. Malgré cela, le Harter Act a rapidement inspiré plusieurs pays, les dominions britanniques, l'Australie avec la «sea carriage of goods Act», la Nouvelle-Zélande avec le «shipping and seamen Act» de 1908, puis le Canada avec le «Water Carriage of goods Act» du 19 mai 1911, le Maroc par le Code de commerce maritime du 31 mai 1919, et de nombreux autres exemples pourraient être cités.

Les transporteurs britanniques ont essayé d'échapper au caractère obligatoire et impératif du Harter Act en votant pour les Règles de la Haye.

B- Les Règles de La Haye et les Règles qui en portent modifications

10 - Suite à la demande des transporteurs qui ont voulu échapper au Harter Act à cause de son caractère obligatoire et impératif, de nouvelles Règles ont été adoptées. Ce sont **les Règles de La Haye qui ont été modifiées par plusieurs textes (1)**, qui ont vu le jour. Les Règles de La Haye et celles qui en portent modifications ne s'appliquent pas à tout contrat du transport maritime. D'où la nécessité de préciser leur **champ d'application (2)**.

1- L'adoption des Règles de La Haye et des Règles qui en portent modifications

11 - Les Règles de La Haye adoptées en 1921 (a) ont été modifiées par **la Convention de Bruxelles (b)**, **les Règles de Visby (c)**, et **le protocole de 1979 (d)**.

(31) Gacon (P), *Les transports internationaux de marchandises par mer non soumis aux règles de la haye-visby*, DESS, Centre de Droit Maritime et des Transports Aix-Marseille, 2004, p. 4.

(32) Gacon (P), *Les transports internationaux de marchandises par mer non soumis aux règles de la haye-visby*, op. et loc. cit.

a- Les Règles de La Haye

12 - La Grande Bretagne, pays de transporteurs, a tenté d'échapper à un texte impératif. «Les règles de La Haye» ont ainsi été élaborées en 1921, avec le support de l'«International Law Association», des grandes associations maritimes et des représentants des groupements intéressés⁽³³⁾.

Ces Règles proposent un modèle de connaissance-type et adoptent de nouvelles règles sur les transports maritimes. Celles-ci posent que les transporteurs devaient faire prévoir dans leurs connaissances la responsabilité obligatoire pour les fautes commerciales de leurs préposés. Les assureurs devaient refuser de leur accorder leur garantie lorsque le connaissance qui couvre les marchandises ne serait pas conforme à ce connaissance-type.

Leur caractère supplétif avait encouragé les transporteurs et les assureurs à ne pas respecter leur engagement. Pour cela, ces Règles n'ont jamais eu de succès.

b- Convention de Bruxelles dénommé par abus de langage « Règles de La Haye »

13 - Trois ans plus tard, le 25 août 1924, la «Convention de Bruxelles pour l'unification de certaines règles en matière de connaissances» est conclue⁽³⁴⁾ Elle est dénommée par abus de langage «Règles de La Haye», puisqu'elle est inspirée des Règles de 1921. Elle est ratifiée par l'essentiel de la communauté maritime internationale de l'époque⁽³⁵⁾ Elle entre en vigueur le 2 juin 1931, et fut ratifiée le 28 novembre 1928 par la Belgique qui a introduit le texte de cette convention dans son droit interne, en 1930 par la Grande-Bretagne, le 9 avril 1936 par la France, le 26 août 1956 par les Pays-Bas, en 1957 par le Japon. Ce sont plus de cent Etats dont les pays en voie de développement qui ont ratifié cette convention. De multiples pays ont introduit ces Règles dans leur droit interne, bien que

(33) بسم عاطف المهتار، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ١٥ وما بعدها.

(34) د. مصطفى كمال طه، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٣٠٣، بند ٣٦٥.

د. أحمد محمود حسني، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٣١ وما بعدها.

(35) L'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, les Etats-Unis, la France, la Grande-Bretagne, l'Italie, le Japon, la Pologne et la Roumanie.

certaines d'entre eux ne soient pas devenus des Etats contractants. Certains auteurs considèrent que c'est « indiscutablement la grande convention du 20^e siècle⁽³⁶⁾.

Les Règles de La Haye ont mis en place un régime de responsabilité objective du transporteur maritime. La jurisprudence majoritaire a considéré que la responsabilité du transporteur maritime pour violation de ses obligations est de plein droit⁽³⁷⁾. Ainsi, la Cour de cassation a jugé le 23 avril 2013 que « Mais attendu que, [...] la cour d'appel a ainsi effectué la recherche évoquée sur l'existence d'un vice propre de celle-ci [la marchandise], exonératoire de la responsabilité de plein droit du transporteur maritime...⁽³⁸⁾ Si la marchandise est endommagée à l'arrivée, le transporteur maritime est présumé responsable. Cependant, cette présomption n'est pas irréfragable. En effet, le transporteur peut prouver le contraire et s'exonérer de sa responsabilité en évoquant une des causes d'exonération précisées par la Convention⁽³⁹⁾. En outre, le transporteur bénéficie d'une limitation de responsabilité reposant sur un plafonnement de l'indemnisation du destinataire ou du chargeur.

Ces Règles ne sont pas toujours claires. De ce fait, leur interprétation par les tribunaux des Etats qui les adoptent n'est pas uniforme.

Les règles de La Haye ont, pendant plusieurs années, atteint l'objectif qui leur était attribués. Cependant, l'évolution des conditions du commerce maritime mondial, et notamment l'apparition de nouveaux acteurs a rendu nécessaire la modernisation du régime découlant de la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 aboutissant à l'élaboration des Règles de Visby.

(36) Scapel (Ch) et Bonnaud (J), *Les conventions internationales sur le transport des marchandises*, Pratic- Export, 1992, p. 6.

(37) CA Paris, 5^e ch. A, 20 mars 2002, Sté Mitsui Osk Line Ltd. c/ Sté Cristal et autres, Navire « Vosa Carrier», cité par Philippe Delebecque, *RTD com.* 2002, p. 599: «Ces actions et décisions [] caractérisent le fait du prince au sens de l'article 4.2 g de la Convention de Bruxelles amendée et libèrent en conséquence le transporteur maritime de la présomption de responsabilité pesant sur lui».

Cass. com., 12 novembre 1991, N° de pourvoi: 90-11746.

(38) Cass. com., 23 avril 2013, N° de pourvoi: 12-12101.

(39) Cass. com., 7 février 2006, n° 03-20.963, *Bull. civ. IV.*, n° 34, *RTD com.* 2006, p. 521, obs. Ph. Delebecque, *JCP E* 2006, 2280, obs. C. Legros, *DMF* 2006, p. 516, note M. Remoud-Gouillaud.

c- Les Règles de Visby (1968)

14 - D'abord à la conférence de Rijeka, en 1959, puis à la conférence de Stockholm en 1963, le Comité Maritime International (CMI) consacra une partie importante de ses travaux à un projet de révision de la convention de Bruxelles. Ce projet fut soumis à la conférence diplomatique de Bruxelles de mai 1967. Il a néanmoins été rejeté en bloc pendant la première session de la conférence puisqu'il n'a pas précisé la manière dont serait modifiée la convention, pour finalement être admis par une nouvelle session de ladite conférence. D'où la création de «règles de Visby» de 1968 autrement dénommées « Protocole portant modification de la convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance signée à Bruxelles le 25 août 1924⁽⁴⁰⁾. Ces Règles sont adoptées le 23 février 1968, et sont entrées en vigueur le 23 juin 1977. Plusieurs pays ont adhéré aux « règles de Visby » et notamment la France sur la base du décret n. 809 du 8 juillet 1977.

Ces Règles ainsi que les Règles de La Haye (la Convention de Bruxelles) ont formé ensemble un régime de responsabilité du transporteur connu sous le nom de «Règles de La Haye-Visby».

Les «règles de La Haye-Visby» ont changé les plafonds de réparation, notamment pour prendre en compte les chargements par conteneurs. Elles ont aussi admis le connaissance comme présomption de la réception des marchandises par le transporteur. De plus, elles ont prolongé le délai pour intenter une action contre le transporteur et ont admis l'application de la convention à tous les connaissances. Cependant, elles ont conservé intact le régime de la responsabilité du transporteur, notamment les cas d'exonération de responsabilité. Ces Règles n'ont pas donné pleine satisfaction aux chargeurs, notamment ceux des Pays en Voie de développement (PVD). C'est pourquoi elles ont été fortement critiquées dans le cadre de la CNUCED⁽⁴¹⁾ particulièrement au niveau de l'unité de compte utilisée.

(40) بسام عاطف المهتار، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٨٣.

د. أحمد محمود حسني، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٣٥ وما بعدها.

(41) Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement. En anglais, on dit: « U.N.C.T.A.D. ».

d- Le Protocole de 1979 (DTS)

15 - En 1978, l'or n'est plus la valeur étalon. Cela a encouragé l'adoption d'une nouvelle unité de compte pour que sa valeur puisse suivre l'évolution des principales monnaies et que la conversion en monnaie nationale soit simple. D'où l'importance de création d'un nouveau protocole. Le 21 décembre 1979, le «protocole portant modification de la convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance du 25 août 1924 telle qu'amendée par le protocole de modification du 23 février 1968» a été conclu à Bruxelles. Il est entré en vigueur le 14 février 1984⁽⁴²⁾. Plusieurs pays l'ont ratifié- le 18 novembre 1989 pour la France - ou y ont adhéré.

Ce protocole a introduit le Droit Tirage Spécial (DTS) du Fonds Monétaire International (FMI) comme unité de compte de la limitation de la responsabilité du transporteur.

Malgré l'importance des **Règles de La Haye et de celles qui en portent modification, leur champ d'application est restreint.**

2- Le champ d'application des Règles de La Haye et des Règles qui en portent modifications

16 - L'article 1^{er} (b) des Règles de La Haye dispose que le «Contrat de transport» s'applique uniquement au contrat de transport constaté par un connaissance ou par tout document similaire formant titre pour le transport des marchandises par mer; il s'applique également au connaissance ou document similaire émis en vertu d'une charte-partie à partir du moment où ce titre régit les rapports du transporteur et du porteur du connaissance.». Dans un sens proche, l'article 5 des Règles de Visby dispose que les Règles de La Haye s'appliqueront à tout connaissance...

Selon ces articles, plusieurs contrats de transport sont exclus du champ d'application des règles de Bruxelles de 1924, ainsi que les Règles de Visby (1968) et le protocole de 1979. La Convention de Bruxelles de 1924, ainsi que les Règles de Visby (1968) et le protocole de 1979 s'appliquent, en principe, seulement lorsque le contrat de transport est

(42) Erronément, il est indiqué « le 18 mai 1986 », in Lamy transport, T. II, 1992, n. 5430; voir: Nabi (G), Chakab (F), *op. cit.*, p. 16.

constaté par un connaissance, d'où l'importance de préciser **son concept (a)**. Ils s'appliquent parfois aux **documents similaires au connaissance (b)**. Les contrats spéciaux de transport maritime ne sont pas traités au niveau juridique comme d'autres contrats. Pour cela, une étude de ces **contrats spéciaux (c)** reste indispensable.

a- Le concept du connaissance

17 - La nature consensuelle du contrat de transport. - Comme tout contrat établi entre professionnels, le contrat de transport n'a pas besoin d'un écrit formel pour être valide car le contrat est en principe consensuel. Sa formation n'est soumise à aucune condition de forme. Pourtant, dans la pratique, le contrat de transport est souvent formalisé par un document : le connaissance⁽⁴³⁾. Il est d'ailleurs précisé dans la Convention de Bruxelles (article 3 = 3), ou les Règles de Hambourg (article 14 = 1) que le transporteur doit remettre un connaissance au chargeur à sa demande. Le chargement de la marchandise sur un navire donne la plupart des fois lieu à l'émission d'un connaissance.

18 - Définition du connaissance. - Le connaissance ou «bill of lading» est considéré comme l'instrument le plus répandu du contrat de transport maritime. Il constitue :

- Un reçu de la marchandise : en le délivrant, le capitaine d'un navire ou son agent certifie avoir reçu les marchandises mentionnées. «Ce document vaut présomption, sauf preuve contraire, de la réception par le transporteur des marchandises telles qu'elles y sont décrites»⁽⁴⁴⁾.

- Une preuve du contrat de transport.

- Un titre représentatif de la marchandise : le connaissance représente la marchandise lorsque celle-ci voyage. Vendre le connaissance, c'est vendre la marchandise. Ainsi le connaissance, et donc la marchandise, peut circuler de main en main, pendant le voyage.

Le développement des fraudes a encouragé les juristes à admettre, à côté du connaissance, d'autres formes d'instruments du contrat de

(43) د. مصطفى كمال طه، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٢٩٠، بند ٣٤٦.
د. محمد فريد العريني و د. محمد السيد الفقي، المرجع إليه سابقاً، ص ٢٠٦، بند ١٩١.
د. مصطفى كمال طه، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٣٠٣، بند ٣٦٥.
د. أحمد محمود حسني، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٥٦ وما بعدها.

(44) L'article L5422-3 du Code des transports.

transport. Cependant, la Convention de 1924 ainsi que les deux protocoles limitent, en principe, leur champ d'application aux contrats de transport maritime constatés par un connaissement⁽⁴⁵⁾.

b- Les documents similaires au connaissement

19 - La pratique a imposé l'usage de plusieurs documents plus ou moins proche du connaissement. Ainsi le reçu pour embarquement, émis par le transporteur maritime assimilé avec le connaissement «on board» ne soulève aucun doute lorsque la marchandise est ensuite effectivement chargée sur le navire. Ainsi, on peut constater que ces documents suivent le régime du connaissement. Certains autres documents comme les factures commerciales du transporteur, qui peuvent prouver l'effectivité du contrat de transport mais qui ne constituent pas un document représentatif de la marchandise, sont incontestablement différents du connaissement. D'autres documents, entre ces deux catégories, ont soulevé quelques hésitations : on cite en particulier le «delivery order», la «booking note» et la « note de chargement⁽⁴⁶⁾».

20 - Le delivery order⁽⁴⁷⁾. - Le connaissement représente toute la marchandise, et non pas une fraction de celle-ci. Lorsque le connaissement est vendu, c'est toute la marchandise qui est vendue. Afin de fractionner des marchandises mentionnées sur un connaissement, la pratique a créé le delivery order. Ils sont utilisés lorsque la marchandise doit être livrée en plusieurs lots.

La cour d'appel de Rennes considère le delivery order, comme coupure du connaissement, et qu'il a «la même valeur et se substitue à lui»⁽⁴⁸⁾ On peut constater que le delivery order suit le régime du connaissement. Ceci est logique lorsque nous sommes en présence d'un delivery order émis ou signé par le capitaine ou un représentant du transporteur. De ce fait, la Convention de 1924 ainsi que les deux protocoles régissent le transport constaté par lui.

(45) Articles 10 de la Convention du 25 août 1924 et 5 du Protocole de 1968.

(46) د. أحمد محمود حسني، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٥٧ وما بعدها.

(47) د. أحمد محمود حسني، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٥٩.

(48) CA Rennes 21 juin 1985, DMF 1986, p. 675.

21 - La booking note⁽⁴⁹⁾ C'est un contrat⁽⁵⁰⁾ permettant à un chargeur de réserver un espace sur un navire et à un transporteur d'avoir de la marchandise. En ce sens, la booking note ressemble au contrat d'affrètement mais peut être qualifiée de contrat de transport selon l'interprétation des clauses particulières du contrat. Ainsi, la Cour de cassation a jugé, le 19 novembre 2013, «qu'après avoir relevé, sans être critiqué, que la société SDV IL était partie au contrat de transport maritime, ainsi qu'il résulte de son échange de courriers électroniques avec la société Rickmers et de la «booking note» (réservation de fret)...»⁽⁵¹⁾. A cette fin, la question déterminante est la suivante: le chargeur cherchait-il à acheminer une marchandise d'un point du globe à un autre ou bien voulait-il un volume, un espace dont il pourrait disposer le moment venu comme bon lui semblerait?

Les booking notes types établies par la BIMCO⁽⁵²⁾ semblent relever du contrat de transport. Elles prévoient au dos les clauses et conditions des connaissements BIMCO. L'armateur se présente dans le contrat en qualité de transporteur. Cette booking note est elle-même le contrat de transport.

22 - La note de chargement. - La note de chargement⁽⁵³⁾, appelée à Marseille l'ordre de mise à quai (OMQ)⁽⁵⁴⁾, accuse réception de la marchandise. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a jugé que «la note de chargement qui comporte le nom du navire transporteur, la désignation des ports d'embarquement et de déchargement, ainsi qu'une mention de renvoi aux clauses et conditions des connaissements de l'armement transporteur, constitue le document similaire formant titre pour le transport prévu par l'article 1 de la Convention de 1924 et fait preuve du contrat de transport maritime»⁽⁵⁵⁾. La Cour a assimilé la note de chargement au connaissement. Monsieur Bonassies va dans ce sens⁽⁵⁶⁾.

(49) Encore appelée «arrêté de fret», «note d'engagement de fret» ou «consignment note».

(50) Voir la note de synthèse de Tainturier (H), La Booking Note, *DMF* 1986, p. 143.

(51) Cass. com. 19 novembre 2013, N° de pourvoi: 12-24668.

(52) Baltic and international maritime Council.

(53) Encore appelée «note d'expédition» ou «avis d'expédition».

(54) Cass. com. 6 février 1990, *DMF* 1991, p. 89.

(55) CA Aix-en-Provence 16 mars 1982, *DMF* 1984, p. 291, note P. Bonassies; Cass. com. 9 décembre 1997, N° de pourvoi: 95-16270; Cass. com. 4 janvier 1994, N° de pourvoi: 92-10249.

(56) Bonassies (P), note sous: CA Aix-en-Provence 16 mars 1982, *DMF* 1984, p. 291.

En revanche, la Cour d'appel de Rouen a refusé d'assimiler la note de chargement au connaissement, en considérant que les deux documents n'ont pas les mêmes finalités⁽⁵⁷⁾. Le connaissement est émis lorsque la marchandise est «on board», tandis que la note de chargement, ou OMQ à Marseille, est le document qui permet au chargeur de livrer la marchandise à l'acconier (préposé du transporteur) qui en sera gardien jusqu'à son chargement. En principe, si le connaissement n'est pas émis, c'est que la marchandise a subi une avarie ou une perte avant le chargement lorsqu'elle était sous la garde de l'acconier.

23 - Une alternative au connaissement : la lettre de transport maritime.

- La lettre de transport maritime a été créée en janvier 1977 par le «General Council of British Shipping» (GCBS) auquel il a donné le nom de «sea-way bill» du GCBS. Le Conseil économique et social des Nations Unies en 1979 a ensuite adopté cette lettre au sein du groupe de travail sur la simplification des procédures du commerce international.

La lettre de transport maritime est un document non négociable de transport à l'inverse du connaissement caractère qui n'est pas toujours indispensable surtout lors d'envoi à soi-même⁽⁵⁸⁾. D'autre part, la lettre de transport maritime ou «sea-way bill» s'adapte parfaitement à la brièveté de certains transports maritimes pour lesquels le connaissement est mal adapté à cause de sa lenteur. La lettre de transport maritime a prouvé son caractère très fiable.

La lettre de transport maritime et le connaissement à personne dénommée. - Il y a trois types de connaissements : le connaissement au porteur, à ordre, ou à personne dénommée. Dans ce dernier cas, le destinataire est celui dont le nom est mentionné dans la case destinataire à l'exclusion de tout autre. La mention «à ordre» pré-imprimée doit être rayée et, la mention «non négociable» doit être choisie. Ainsi le connaissement nominatif devient un simple titre de transport perdant sa faculté de circuler de main en main.

La lettre de transport maritime est semblable au connaissement nominatif⁽⁵⁹⁾. La différence est que la première est un imprimé prévu

(57) CA Rouen 18 octobre 1984, DMF 1982, p. 33.

(58) CA Versailles, 12e ch. section 1, 6 mai 2010, N° de RG: 08/08551.

(59) بسام عاطف المهتار، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٣٥ وما بعدها.

spécialement pour ne pas être négociable alors que le second est rendu non négociable par le fait d'ajouter de mentions spéciales. Elle est aussi cessible selon les modalités de l'article 1690 du Code civil. Cependant, cette cession ne sera opposable au transporteur que si elle lui a été signifiée par voie d'huissier. Ce caractère non négociable de la lettre de transport maritime lui apporte certains avantages. Le réceptionnaire pourra prendre livraison de la marchandise en justifiant seulement de son identité puisque son nom figure sur le document émis au départ. Il n'aura pas besoin de présenter l'original de la LTM alors que lors d'un transport sous connaissance, la présentation d'un original est une condition essentielle pour recevoir la marchandise. Cette facilité permet d'éviter l'exigence de la fameuse lettre de garantie bancaire à la livraison que réclament les transporteurs en cas de non présentation des connaissements par le destinataire.

De ce fait la lettre de transport maritime est l'instrument idéal pour faciliter les transports de courtes distances qui ne nécessitent pas de transaction commerciale durant le trajet.

Le régime juridique de la lettre de transport maritime. - La lettre de transport peut comprendre une clause Paramount qui détermine le régime juridique applicable. Le choix des parties ne peut violer une disposition d'ordre public au sens du droit international ou encore une loi nationale d'application immédiate, sous peine d'être considéré comme inefficace⁽⁶⁰⁾. Lorsque la lettre de transport ne contient pas de clause Paramount, il faut s'interroger sur le régime juridique qui a vocation à s'appliquer. Le CMI⁽⁶¹⁾ a adopté, en 1990, des «Règles uniformes relatives aux lettres de transport maritime»⁽⁶²⁾. Elles disposent que le contrat de transport couvert par une lettre de transport maritime et faisant référence aux règles du CMI, est soumis à toutes conventions internationales ou à toutes lois nationales qui eussent été applicables s'il avait donné lieu à l'émission d'un

(60) Com. 28 mai 2002, Sté Roscoe shipping et autres c/ CSAR et autres, arrêt n° 1058 FS-P, Navire « World Apollo », DMF 2002.613, rapp. G. de Monteynard, obs. Nicolas (P.-Y.). Cet arrêt a jugé qu'« ayant ainsi retenu, d'un côté, que la Convention de 1924 était celle à laquelle renvoyait la clause Paramount et, d'un autre côté, qu'aucune règle impérative ne s'opposait à ce choix des parties, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

(61) Le Comité Maritime International.

(62) CMI Uniform Rules for Seawaybills.

connaissance. Ces règles uniformes ont connu un certain succès en pratique. Plusieurs transporteurs maritimes y font référence dans leurs documents de transport.

Si les lettres de transport maritime ne comportent pas de clauses Paramount et ne font pas référence aux règles du CMI, il convient alors de s'interroger sur le régime juridique applicable.

Les règles de La Haye ne s'appliquent, aux termes de leur article 1^{er} (b), qu'aux transports couverts par un connaissance ou un document similaire. La question est donc de savoir si la lettre de transport maritime est considérée comme document similaire au connaissance. Vu que la lettre de transport maritime est semblable au connaissance nominatif, rien n'empêche l'application d'une solution commune. Cependant, un auteur a considéré que les règles de La Haye ne s'appliquent pas au contrat de transport réalisé par une lettre de transport maritime⁽⁶³⁾.

La lettre de transport maritime simplifie le transport maritime. Elle ne cherche pas à remplacer le connaissance mais à coexister avec lui. Dans le même sens, le connaissance électronique a été créé pour remplacer le connaissance et révolutionner le transport maritime.

24 - Le connaissance électronique. - La lenteur du système classique a incité à remplacer le connaissance matériel par un connaissance électronique. En effet, l'évolution et le progrès dans le domaine de la cryptographie informatique a permis de mettre en place des connaissances électroniques convenables. Le système du connaissance électronique le plus connu est le système BOLERO⁽⁶⁴⁾.

La tendance, suivie d'ailleurs par les «Bolero rules», est de considérer le connaissance électronique comme un connaissance matériel qui peut circuler sous forme de données électroniques.

Les organisations internationales, le CMI et la CNUDCI notamment, ont tenté de mettre en vigueur des règles uniformes concernant les connaissances électroniques. Ainsi, les «règles relatives au connaissance électronique» élaborées par le CMI, lors de la Conférence de Paris

(63) Puiroux (D), *La responsabilité contractuelle du transporteur maritime de marchandises et les différents modes de couverture de sa responsabilité*, Centre Technique Livre Ens. Sup., 1983, p. 14 et s.

(64) <http://www.bolero.net>

de 1990, donnent compétence à la Convention internationale ou à la loi nationale qui aurait été impérativement applicable si le contrat de transport avait donné lieu à l'émission d'un connaissement⁽⁶⁵⁾. La règle 4 précise que le transporteur et le porteur du connaissement sont soumis aux mêmes obligations que si un connaissement avait été émis. Le connaissement électronique suit donc le régime du connaissement classique. D'ailleurs, les Règles de Bruxelles de 1924, ainsi que les deux protocoles de 1968 et 1979 sont applicables aux contrats de transports constatés par un connaissement électronique.

Les règles de La Haye-Visby ne sont applicables qu'aux contrats de transport maritime constatés par un connaissement ou tout autre document similaire. Cependant, les contrats spéciaux de transport maritime ne sont pas traités au niveau juridique comme d'autres contrats.

c- Les contrats spéciaux exclus du champ d'application des règles de La Haye-Visby

25 - Les transports justifiant une Convention spéciale. - Les dispositifs respectifs des règles de La Haye et des Règles de Visby ne régissent pas nécessairement tous les contrats de transport maritime constatés par un connaissement ou tout autre document similaire. En effet, peuvent échapper à l'application de ces règles, des contrats spéciaux représentés par les transports de nature à justifier une convention spéciale tels que les transports d'animaux vivants, et les transports en pontée. En effet, l'article 6 de la Convention de Bruxelles du 25 août 1924, non amendé par le protocole de 1968, permet au transporteur, capitaine ou agent du transporteur et au chargeur de passer un contrat quelconque avec des conditions quelconques [...], «lorsque le caractère et la condition des biens à transporter, ainsi que les termes et les conditions du transport, sont de nature à justifier une Convention spéciale». Cet article permet aux parties de conclure un contrat quelconque avec des conditions choisies par les parties, s'il s'agit d'une convention spéciale.

(65) Voir la règle 6 qui dispose: «The Contract of Carriage shall be subject to any international convention or national law which would have been compulsorily applicable if a paper bill of lading had been issued.».

Pour utiliser cette possibilité les parties doivent remplir deux conditions :

- Qu'aucun connaissance n'ait été ou ne soit émis.
- Que les conditions de l'accord intervenu soient insérées dans un récépissé qui sera un document non négociable et portera mention de ce caractère.

Malgré l'importance de ce corpus normatif, ce dernier n'a pas emporté la pleine satisfaction des parties au contrat de transport maritime, et plus particulièrement des chargeurs.

C- Les Règles de Hambourg

26 - Les PVD (pays en voie de développement) ont considéré que la Convention de Bruxelles et les Règles qui l'ont suivie n'ont pas protégé suffisamment les chargeurs. Ils ont souhaité les modifier en adoptant une nouvelle convention. Un groupe de travail appartenant à la CNUCED⁽⁶⁶⁾ a souligné à l'unanimité, dans la période du 15-26 février 1971, l'importance de cette révision, en recommandant l'aggravation de la responsabilité du transporteur maritime⁽⁶⁷⁾.

Ce groupe de travail composé de 21 Etats a chargé la CNUDCI⁽⁶⁸⁾ d'élaborer un nouveau texte. La CNUDCI a adopté un projet de convention. Ce projet a été soumis au CNUCED, puis de nouveau au CNUDCI, puis à l'assemblée générale des Nations Unies à Hambourg, en mars 1978, donnant naissance à la «Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer». Cette convention est appelée «Règles de Hambourg» ou «Hamburg rules» pour les Anglophones⁽⁶⁹⁾. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} novembre 1992, et a été signée par la France le 18 avril 1979 (sous réserve de ratification). Pourtant, la France

(66) La Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED) est un organisme de l'ONU créé en 1964 visant à intégrer les pays en développement dans l'économie mondiale de façon à favoriser leur essor.

(67) Rapport du Groupe de travail de la réglementation internationale des transports maritimes de la CNUCED sur sa deuxième session, cité par Nabi (G), Chakab (F), *op. cit.*, p. 17.

(68) Commission des Nations Unies sur le Droit du Commerce International. En anglais, on dit: «U.N.C.I.T.R.A.L. ».

(69) كمال حمدي، اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع عام ١٩٧٨ (قواعد هامبورج)، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٨.

n'a jamais ratifié cette convention malgré l'autorisation établie par la loi du 15 avril 1981.

Les règles de Hambourg qui se sont inspirées de la loi française du 18 juin 1966 selon plusieurs auteurs français⁽⁷⁰⁾, ont créé une harmonisation avec les Conventions internationales relatives aux autres modes de transport⁽⁷¹⁾.

Selon l'article 31 de cette convention, au moment où il deviendra Etat contractant à la présente convention, tout Etat partie à la convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance signée à Bruxelles le 25 août 1924 (convention de 1924) notifiera au Gouvernement belge, en sa qualité de dépositaire de la convention de 1924, qu'il dénonce ladite convention, en déclarant que la dénonciation prendra effet à la date à laquelle la présente convention entrera en vigueur à son égard.

Parmi les dispositions des Règles de Hambourg les plus notables, on cite :

- un champ d'application plus vaste qui couvre les transports en pontée et les transports d'animaux vivants. De plus, les Règles de Hambourg, en retenant la responsabilité du transporteur de la «prise en charge» de la cargaison jusqu'au moment de sa «livraison», ont présenté un grand progrès par rapport aux Règles de La Haye et de La Haye-Visby. De plus, leurs domaines d'application sont multiples.
- un système de responsabilité fondé sur une présomption de faute selon la doctrine majoritaire. En effet, le transporteur est responsable « à moins qu'il ne prouve que lui-même, ses préposés ou mandataires ont pris toutes les mesures qui pouvaient être raisonnablement exigées pour éviter l'événement et ses conséquences».
- l'introduction d'un principe de responsabilité.

(70) Bonassies (P), Le droit positif français en 1993, *DMF* mars 1994, p. 3; Rodière (R) et Du Pontavice (E), *Droit maritime*, *op. cit.*, p. 374.

(71) Par exemple: le droit du transport international routière (la Convention de Genève au 19 mai 1956 - CMR () [notamment les articles 17 et 20]), ferroviaires (la convention de Berne de 1980 - RU-CIM (de marchandises) [notamment les articles 35 et 36]), et le droit du transport aérien international (la convention de Varsovie du 1929, notamment, telle qu'amendée par le protocole de La Haye en 1955 [voir l'article 18 et 19]).

- l'introduction de la responsabilité du fait du retard, sachant que la Convention de Bruxelles ne prévoit rien pour les préjudices résultant du retard à la livraison.
- la suppression de la liste des causes d'exonération de responsabilité, en laissant quelques causes d'exonération.
- la réglementation des lettres de garantie, de transports successifs, du transporteur substitué, qui ne sont pas réglementés par la Convention de Bruxelles⁽⁷²⁾.

En 2008, et dans le souci de l'unification des règles qui régissent et organisent le droit du transport international, la CNUDCI a adopté de nouvelles règles : les Règles de Rotterdam qui couvrent le trajet maritime et les prés ou post acheminements terrestres.

D- Les Règles de Rotterdam

27 - Au début du XXI^e siècle, chaque mode de transport international continue à être régi par des Règles autonomes. Dans un souci de globalisation du commerce et de facilitation des échanges, des juristes ont agi pour l'unification des règles du droit des transports internationaux. Il en résulte que la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a adopté le 3 juillet 2008, le «projet de convention sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer». Le 11 décembre 2008, l'Assemblée des Nations Unies a officiellement adopté la «Convention sur le transport de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer», et a recommandé que les règles fixées dans la Convention soient connues désormais sous le nom de «Règles de Rotterdam». Cette convention est depuis cette date ouverte à la ratification des Etats. Elle entre en vigueur un an après avoir réunie les ratifications d'au moins vingt Etats. Seize états, parmi lesquels l'on compte six membres de l'Union européenne - la France, l'Espagne, les Pays-Bas, la Grèce, Pologne, et Danemark- ainsi que les états-Unis d'Amérique, et six pays africains (Sénégal, Congo-Brazzaville, Gabon, Ghana, Guinée et Togo), ont signé cette nouvelle Convention qui a pour but de remplacer les textes antérieurs (La Haye, Hambourg, etc.).

(72) كمال حمدي، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ١٢ وما بعدها.

Comme tout texte juridique, cette nouvelle Convention présente beaucoup **d'intérêts (1)** et ne demeure pas sans **inconvénients (2)** qui méritent d'être signalés d'autant plus que cette Convention est la plus récente dans le domaine du transport.

1- Les intérêts des Règles de Rotterdam

28 - La réunification mondiale du droit des transports, le rééquilibrage des intérêts entre le chargeur et le transporteur, l'utilisation d'un seul contrat de transport pour la totalité du transport de la marchandise, ainsi que la modernisation du droit des transports maritimes constituent les principaux intérêts des Règles de Rotterdam, qui participent indéniablement au progrès du transport international. Ces intérêts sont un idéal souhaitable pour fournir au monde maritime la sécurité juridique et la stabilité dont il a besoin.

Les Règles de Rotterdam prennent en considération l'importance du transport maritime qui prend en charge à lui seul près de 90 % du commerce mondial et vont faciliter, par les banques et les outils électroniques, les transferts de droits entre exportateurs et importateurs. En effet, les Règles de Rotterdam autorisent l'utilisation des **documents électroniques de transport** qui peuvent être émis négociables. Ces documents électroniques qui n'étaient pas admis par les Règles précédentes, sont donc expressément admis par les Règles de Rotterdam, à condition que le transporteur et le chargeur aient donné leur consentement. L'informatisation avancée de certains opérateurs souligne la nécessité d'admettre les documents électroniques. D'ailleurs, l'utilisation du document électronique ne pose pas de problèmes notamment dans la mesure où les Règles de Rotterdam prévoient qu'il peut être remplacé à tout moment par un support papier classique.

D'autre part, le **transport en pontée** se trouve mieux organisé et réglementé, incorporant enfin le transport par conteneur. Le transporteur reste responsable, sauf si le dommage, la perte, ou le retard à la livraison provient d'un risque particulier spécifique à la pontée. La responsabilité du transporteur, notamment en cas du retard à la livraison, fait également partie des points améliorés par les Règles de Rotterdam, qui consacrent la présomption de responsabilité du transporteur. En effet, en vertu de l'article 17 (l'alinéa 1^{er}) «Le transporteur est responsable de la

perte, du dommage ou du retard de livraison subi par les marchandises si l'ayant droit prouve que cette perte, ce dommage ou ce retard, ou l'événement ou la circonstance qui l'a causé ou y a contribué, s'est produit pendant la durée de sa responsabilité telle que celle-ci est définie au chapitre 4», c'est-à-dire, dès lors que ce dommage prouvé est survenu pendant la période qui couvre de la réception des marchandises jusqu'à leur livraison (article 12, alinéa 1^{er}). Le transporteur peut néanmoins s'exonérer de cette responsabilité s'il prouve, soit que le dommage ne provient pas de sa faute (ou de celle de l'une des personnes dont il répond), soit qu'il trouve son origine dans un autre cas exonératoire. Ce dernier point est proche de la liste des causes d'exonérations énumérées par la Convention de Bruxelles, à l'exception de la faute nautique qui n'est plus un cas exonératoire. Le transporteur est ainsi reconnu responsable des préjudices résultant du retard à la livraison, ce qui constitue une réelle avancée par rapport aux HVR⁽⁷³⁾ et aux Règles de Hambourg. La réparation du préjudice économique du retard est fixée à deux fois et demie le montant du fret mais ne peut dépasser la limite fixée pour la perte totale des marchandises. Un auteur considère que « Si le montant de cette indemnité de principe peut être négligeable par rapport au préjudice réel d'une usine bloquée face à une matière première livrée en retard, elle prend enfin en considération les stratégies de flux tendus des entreprises qui travaillent avec des stocks zéro»⁽⁷⁴⁾.

A l'instar d'autres Conventions, un système des **réserves** est appliqué : ainsi en cas de dommages non apparents, le délai pour effectuer des réserves au déchargement est sept jours ouvrables au lieu de livraison, à compter de la livraison. D'autre part, un progrès mérite d'être signalé : le régime de responsabilité des «parties exécutantes maritimes» (Ce sont des personnes autre que le transporteur, qui s'acquittent à la demande de ce dernier d'opérations de transport, de manutention ou de stockage des marchandises) est réglementé d'une façon semblable à celui du transporteur. Le principe de responsabilité solidaire du transporteur

(73) Hague-Visby Rules (Règles de Visby).

(74) Fedi (L), Présentation de la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises entièrement ou partiellement par mer, *Revue de droit des transports*, n° 7, Juillet 2009, dossier 3.

et des parties exécutantes est affirmé. Il constitue un avantage par rapport à l'ayant droit à la marchandise, sans oublier la limite quant à la réparation qui ne peut être supérieure aux plafonds fixés par les Règles de Rotterdam.

Parmi les nombreux avantages créés par les Règles de Rotterdam, on peut citer que celles-ci consacrent **la liberté contractuelle des parties** au contrat de transport international. Les Règles de Rotterdam font du contrat de transport transmaritime un contrat consensuel dont les omissions n'affectent pas la validité. Tandis que les clauses évasives de responsabilité sont par principe interdites, les clauses FI/FO «free in/free out» ou FIOS «free in and out stowed» sont autorisées si les parties le décident.

De plus, le **caractère synallagmatique du contrat de transport** a été appliqué à plusieurs niveaux. On cite, par exemple, l'obligation de coopération dans la transmission d'informations et d'instructions ajoutée dans les relations entre le transporteur et le chargeur. **Les obligations et les responsabilités du chargeur** sont aussi détaillées que celles du transporteur avec un certain équilibre, ce qui n'était pas le cas dans les Règles qui précèdent celles de Rotterdam.

A l'instar des Règles de Hambourg, les règles de Rotterdam ont proposé **l'arbitrage** comme voie de règlement des litiges. Ainsi, le demandeur peut intenter une action contre le transporteur à l'appui d'une clause compromissoire qui organise et désigne le lieu d'arbitrage. Cependant, le recours à l'arbitrage peut être décidé par les parties suite à un commun accord après la survenance du litige. L'arbitrage ad hoc ou institutionnel est une mesure recommandée pour échapper aux problématiques des Règles de compétence juridictionnelle. Le recours à l'arbitrage semble plus opportun que le recours à la justice étatique.

Même si les Règles de Rotterdam présentent de nombreux avantages, il n'en demeure pas moins qu'elles ne demeurent pas sans inconvénients.

2- Les inconvénients

29 - Les Règles de Rotterdam ne constituent pas les Règles parfaites. Elles ont des imperfections tant au niveau de **la forme (a), que sur le fond (b).**

a- Les imperfections au niveau de la forme

30 - Au niveau de leur forme des Règles de Rotterdam, plusieurs remarques pourraient être mentionnées. Elles sont composées de 96 articles, et peuvent de ce fait être considérée comme très longues par rapport à d'autres Conventions notamment celles de HVR qui comportent seulement dix articles, ou celles de Hambourg qui comportent trente-quatre articles. Cependant, un texte long et détaillé pourrait à notre sens revêtir un sens plus clair et moins lacunaire.

D'autre part, les Règles de Rotterdam contiennent quelques expressions qui pourraient être rédigées plus simplement. Un auteur considère que les articles relatifs aux documents de transport⁽⁷⁵⁾ à la livraison des marchandises⁽⁷⁶⁾, aux droits de la partie contr⁽⁷⁷⁾ sont particulièrement denses avec une rédaction maladroite⁽⁷⁸⁾. A notre avis, cette lourdeur du texte, accentué par une certaine complexité, n'a pour but que la pertinence et par suite, la sécurité juridique. En effet, les rédacteurs de cette Convention ont préféré rédiger plusieurs paragraphes très détaillés pour rendre les droits et les obligations des parties au contrat du transport plus claires afin d'éviter les litiges ou tout au moins rendre les décisions juridiques dans un plus court délai.

Un auteur considère aussi que la logique dans la rédaction fait également défaut dans certaines dispositions. Selon lui⁽⁷⁹⁾ «Certains articles énoncent des dispositions précises avant celles générales notamment en ce qui concerne les transports précédant ou suivant un transport par mer»⁽⁸⁰⁾, les accords d'élection du for⁽⁸¹⁾ ou encore les exclusions particulières au champ d'application de la convention⁽⁸²⁾. Dans le même sens, l'enchaînement de quelques dispositions est peu logique et ne respecte pas vraiment la chronologie contractuelle du contrat de

(75) V. Chapitre 8 de la convention: articles 35 à 42.

(76) V. Chapitre 9 de la convention: articles 43 à 49.

(77) V. Chapitre 10 de la convention: articles 50 à 56.

(78) Fedi (L), Présentation de la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises entièrement ou partiellement par mer, *op. et loc. cit.*

(79) Fedi (L), Présentation de la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises entièrement ou partiellement par mer, *op. et loc. cit.*

(80) Dans l'article 26, points a, b, et c, les points b et c devraient être avant le a.

(81) L'article 67, points a et b. Le point b devrait être avant le a.

(82) L'article 6, alinéas 1 et 2. L'alinéa 2 devrait être avant l'alinéa 1.

transport. Certains thèmes sont traités de manière «éclatée». A titres d'exemples, le champ d'application de la convention est réparti entre le second et l'avant dernier chapitre. De plus, la responsabilité du transporteur est aussi traitée par le cinquième et le douzième chapitre.

Si des critiques existent sur la forme, certaines autres concernent le fond des Règles de Rotterdam.

b- Les imperfections au niveau du fond

31 - Une lecture attentive des Règles de Rotterdam montre des remarques au niveau du fond de ces Règles. Certaines définitions ne sont pas suffisamment précises. De plus, le manque de certaines notions met en cause la pertinence des définitions présentées par la convention. Selon un auteur, la notion de «conteneur» telle que définie par les Règles de Rotterdam, constitue une simple présentation de la typologie des conteneurs et des unités de charge similaires mais ne précise pas si ces conteneurs doivent être considérés comme un emballage, ou un engin de transport⁽⁸³⁾. A notre avis, la définition du «conteneur» est suffisamment précise. En revanche, on constate l'absence de la définition de la notion de «terminal»⁽⁸⁴⁾ malgré l'importance et le rôle stratégique des terminaux dans les chaînes logistiques et en particulier pour le transport multimodal⁽⁸⁵⁾. Enfin, les Règles de Rotterdam ne définissent pas les concepts fondamentaux de prise en charge et de livraison⁽⁸⁶⁾.

L'autre critique fondamentale des Règles de Rotterdam, tient à ce que les dispositions consacrées au transport multimodal ne sont pas nombreuses. L'aspect maritime des Règles de Rotterdam reste dominant. D'ailleurs, la responsabilité du chargeur n'a jamais été définie aussi précisément, mais l'équilibre proposé entre le chargeur et le transporteur n'est pas bien assuré. En effet, si la liberté contractuelle proposée par la

(83) Bordahandy (P.-J.), Containers: a conundrum or a concept? in *Journal of International Maritime Law*, vol. 11, n° 5, sept.-oct. 2005, p. 342.

(84) L. Fedi, La notion de terminal: entre incertitudes de jure et certitudes de facto, *DMF* n° 692, mai 2008, p. 455.

(85) L. Fedi, Le cadre juridique international de l'exploitation des installations portuaires ou comment passer d'une législation atomisée spécifique à un régime universel reconnu, *DMF* 2008, p. 645.

(86) Report of Working Group III on the work of its twenty-first session: Vienna, 14-25 January 2008, doc. A/CN.9/645, pt. 32, p. 12.

convention paraît profitable à des chargeurs expérimentés, elle ne profite pas assez aux chargeurs moins expérimentés ou chargeurs occasionnels. En général, pour aboutir au véritable équilibre, il aurait fallu réduire les cas d'exonération du transporteur et accorder au chargeur le droit de mettre un plafond à sa responsabilité, ce qui n'est pas le cas⁽⁸⁷⁾.

Comme les Règles de Hambourg, pour entrer en vigueur, les Règles de Rotterdam devront être ratifiées par vingt⁽⁸⁸⁾. Les juristes maritimes sont divisés entre ceux qui sont favorables à ces Règles et qui considèrent qu'elles auront vocation à régir «le monde moderne des transports maritimes» et ceux qui ne le considèrent pas. D'une manière générale, les maritimes (F. Berlingieri, Ph. Delebecque, Gertjan Van Der Ziel, Alexander Von Ziegler, Stefano Zunarelli) et bien d'autres soutiennent ces Règles et qui sont pour eux de nature à impressionner considérablement le législateur national et à résoudre de nombreuses questions difficiles, comme celles qui concernent les documents de transport, les obligations des parties, du transporteur comme du chargeur, et la livraison des marchandises.

Conclusion

32 - Bien que le contrat de transport maritime ressemble parfois à d'autres contrats tels le contrat d'affrètement et le contrat de tonnage, le système juridique qui le régit est différent.

Plusieurs Conventions, protocole ou Règles internationales réglementent et organisent le transport maritime de marchandises. Il s'agit du Harter Act américain, de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance, signée à Bruxelles le 25 août 1924, du Protocole portant modification de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance, signée à Bruxelles le 23 février 1968, du Protocole portant modification de la Convention internationale pour l'unification

(87) La délégation suédoise avait proposé de fixer cette limitation à 500 000 DTS mais la proposition n'a pas été retenue.

(88) L'article 94. Certaines délégations avaient plaidé en faveur d'une entrée en application avec seulement 3 instruments de ratification. L'Assemblée générale des Nations Unies a autorisé l'ouverture à la signature de la convention dans le cadre d'une cérémonie qui s'est déroulée le 23 septembre 2009 à Rotterdam (Pays-Bas).

de certaines règles en matière de connaissance, telle qu'amendée par le Protocole de modification du 23 février 1968, signé à Bruxelles le 21 décembre 1979, la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer conclue à Hambourg le 31 mars 1978, et enfin de la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (Règles de Rotterdam) fait à New York le 11 décembre 2008.

Dans un souci d'organiser le transport maritime de marchandises d'une manière équitable, chaque Convention a pour but de combler les lacunes de la précédente et de maintenir un équilibre entre les différentes parties au contrat de transport. Selon l'article 31, alinéa 1, des Règles de Hambourg, les états signataires sont obligés à dénoncer la Convention de Bruxelles qui est la Convention précédente. Il en va de même pour les Règles de Rotterdam dont l'article 89 dispose que l'Etat qui ratifie ces Règles dénoncent en même temps la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance signée à Bruxelles le 25 août 1924, les Règles de Visby, le protocole de 1979, et la Convention de Hambourg de 1978 (les Conventions précédentes).

33 - Recommandations. - A la fin de cette étude, nous recommandons :

- De faciliter les transferts de droits entre exportateurs et importateurs en autorisant l'utilisation des documents électroniques de transport qui peuvent être émis négociables.
- De remplacer les expressions dont la rédaction n'est pas totalement intelligible par des expressions plus simples et plus claires afin d'éviter les problèmes d'interprétation.
- D'assurer une meilleure logique dans la rédaction et par suite énoncer des dispositions générales préalablement aux dispositions particulières, respecter la chronologie contractuelle du contrat de transport, et regrouper les articles qui traitent les mêmes thèmes.
- De définir les termes de la Convention d'une façon suffisamment précise.
- D'assurer plus d'équilibre entre la responsabilité du chargeur et celle du transporteur en réduisant les cas d'exonération du transporteur et accorder au chargeur le droit de mettre un plafond à sa responsabilité.

Bibliography

- I. Ouvrages généraux, traités et manuels

باللغة العربية:

- د. أحمد محمود حسني، النقل الدولي البحري للبضائع، منشأة المعارف بالاسكندرية، الطبعة الثانية.
- بسام عاطف المهتار، معاهدة بروكسل وتعديلاتها (لتوحيد بعض القواعد المتعلقة ببوالص الشحن)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦.
- كمال حمدي، اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع عام ١٩٧٨ (قواعد هامبورج)، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٨.
- د. محمد فريد العريني و د. محمد السيد الفقي، القانون البحري والجوي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥.
- د. مصطفى كمال طه، القانون البحري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧.

En droit français:

- (R.) Colinvaux, Carver's Carriage by sea, vol. 1, 12th éd., London, Stevens & Sons, 1971.
- (G. F.) Montier, Le Harter Act, LGDJ, Paris, 1932.
- (D.) Puiroux, La responsabilité contractuelle du transporteur maritime de marchandises et les différents modes de couverture de sa responsabilité, Centre Technique Livre Ens. Sup., 1983.
- (R.) Rodière et (E.) Du Pontavice, Droit maritime, 12^e éd., Dalloz, Paris, 1997.
- (F) Sauvge, Manuel pratique du transport des marchandises par mer, LGDJ, Paris, 1955.
- (Ch.) Scapel et (J.) Bonnaud, Les conventions internationales sur le transport des marchandises, Pratic- Export, 1992.

II. Thèses et mémoires non publiée

- (P.) Gacon, Les transports internationaux de marchandises par mer non soumis aux règles de la haye-visby, DESS, Centre de Droit Maritime et des Transports Aix-Marseille, 2004.
- (G.) Nabi, (F.) Chakab, La responsabilité du transporteur maritime de marchandises (selon les règles de La Haye de 1924 et de Hambourg de 1978, Thèse, Nice, 1999.

III. Articles de périodique

- (P.) Bonassies, Le droit positif français en 1993, DMF mars 1994.
- (P.-J.) Bordahandy, Containers: a conundrum or a concept? in Journal of International Maritime Law, vol. 11, n°5, sept.-oct. 2005.
- (L.) FEDI, Présentation de la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises entièrement ou partiellement par mer, Revue de droit des transports, n°7, Juillet 2009.
- (R.) Rodière, Le contrat de tonnage, DMF 1980.
- (H.) Tainturier, La Booking Note, DMF 1986.

IV. Notes, conclusions et observations

- (P.) Bonassies, note sous :
CA Aix-en-Provence 16 mars 1982, DMF 1984, p. 291.
- (Ph.) Delebecque, note sous :
Cass. com., 21 févr. 2006, RTD com. 2006, p. 520.
- (P.-Y.) Nicolas, obs. sous :
Com. 28 mai 2002, Sté Roscoe shipping et autres c/ CSAR et autres, arrêt n°1058 FS-P, Navire «World Apollo», DMF 2002.613.

