

للتوصل إلى الأشخاص المطلوبين (١٧٨١). أما في انكلترا فيقوم بهذه المهمة شخص مختص كمسجل إذ يتسلم كشوفات بالأسماء من الموظف المسؤول عن أعداد جداول الانتخابات ويلزم القانون الأخير بتسلم هذه الكشوفات إلى الشخص المسجل الذي يقوم بدورة بحصر أسماء الأشخاص الذين يصلحون للعمل كمحلفين ويحرر قائمة بأسمائهم ثم يتولى الشريف أو نائبة إعلان الأسماء (١٧٨٢).

ثانياً: فحص المحلفين: تتبع هذه الطريقة في اختيار المحلفين في الولايات المتحدة الأمريكية حيث جرى اختيار للأشخاص الذين يراد منحهم صلاحية محلفين ويتم شرح العملية لهم وتعريفهم بأسماء الخصوم والمحامين والهدف من هذه العملية هو جمع معلومات عن هؤلاء الأشخاص من حيث تاريخ المحلف ومعتقداته عن طريق توجيه أسئلة لهم ومن ثم معرفة الصالح منهم والغير صالح لهذه المهمة ليتم استبعاده (١٧٨٣).

ثالثاً: القسم: بعد اكتمال العدد المطلوب عند أكمال الإجراءات التي تم ذكرها يقوم الأشخاص الذين تم اختيارهم للعمل كمحلفين بأداء القسم وبأداء المحلف للقسم يكتسب صفة كمحلف ويستمد منه كل سلطاته الممنوحة له بموجب القانون وهذا الإجراء ليس حديثاً بل ترجع أصوله إلى العصور الأولى التي عرفت هذا النظام.

#### المطلب الثاني

##### قواعد اختيار المحلفين

لنظام المحلفين شروطاً خاصة جاء بها قانون المحلفين البريطاني الصادر عام ١٩٧٤ فالقانون يتكلم عن جميع أفراد المجتمع الذين تقع أعمارهم ما بين ١٨ سنة حتى ٦٥ سنة وتكون أسماؤهم قد أدرجت في قائمة الانتخابات العامة إلا ما استثنى منهم بموجب هذا القانون بسبب عدم أهليته لأن يتولى واجبات محلف ومن هؤلاء مثلاً أعضاء البرلمان، العسكريين، المصابون بعاهات عقلية (١٧٨٤). وسنتناول في هذا المطلب شروط اختيار المحلفين بشكل عام وحقوقهم وذلك في فرعين مستقلين وعلى النحو الآتي:

#### الفرع الأول

##### شروط اختيار المحلفين

شغل موضوع اختيار المحلفين اغلب المؤيدين لهذا النظام وقامت محاولات عديدة في سبيل الوصول الى افضل طريقة لاختيار الاشخاص الذين يمكن ان يشغلوا مهمة المحلفين وادى هذا الاختلاف اختلاف التشريعات المقارنة كافة في مسألة اختيارهم من حيث الشروط والامور الاخرى المتعلقة بتنظيم عملهم. إذ تضع التشريعات شروط عديدة فيمن يتولى المهمة كمحلف والتي نوجزها بالنقاط التالية:

(١٧٨١) د. محمد أبو شادي عبد الحليم: مصدر سابق، ص ٣٠٤.

(١٧٨٢) د. فتحي عبد الرضا الجوارى: تطور القضاء الجنائي العراقي، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٨٦، ص ٨٥.

(١٧٨٣) ممدوح محمد السيد قايد بدر: نظام المحلفين دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٣، ص ٤.

(١٧٨٤) فهمي محمود شكري: موسوعة القضاء البريطاني، الكتب القانونية، مصر، ١٩٩٧، ص ٥٦. ص ٣٠٤.

ان يكون من جنسيتها: هذا الشرط يعد اساسيا فيمن يقوم بمهمة المحلفين. ففي الولايات المتحدة يعتبر شرطا مهما واساسيا ولا يمكن منح صلاحية المحلف للشخص بدونها، اما في انكلترا فيمكن الاستعانة بقوائم الانتخابات المتعلقة بالبرلمان والحكومة لمعرفة كون الشخص يتمتع بجنسيتها من عدمه (١٧٨٥).

سن البلوغ: تختلف التشريعات في هذا الشرط ففي الولايات المتحدة الامريكية يحدد حد اعلى وحد ادنى في تحديد السن المطلوب فيمن يشغل مهمة المحلفين إذ يجب ان يتراوح الحد الاعلى ما بين احدى وعشرون عاما الى خمسة وعشرون عاما اما الحد الادنى فيتراوح ما بين خمسة وستون عاما وقد يصل الى سبعون عاما في بعض الولايات، في انكلترا يشترط فيمن يتمتع صلاحية المحلف ان لا يقل عمرة عن واحد وعشرون عاما ولا يزيد على ستين عاما.

المقدرة المالية: تضع بعض التشريعات هذا الشرط لكون الشخص المتيسر ماليا يعتبر اقل قبولا للرشوة ففي الولايات المتحدة الامريكية لا اهمية تذكر لهذا الشرط ولكن بعض الولايات التي لازالت تتمسك به تشترط فقط في المحلف ان يكون قادرا على دفع الضرائب، وفي انكلترا يتطلب القانون في الشخص الممنوح صلاحية محلف ان يكون مالكا للعقار ليعود عليه بدخل سنوي او يسكن منزلا مملوكا له على ان يتكون من خمسة عشر نافذة وان يكون لدية فائضا من المال بعد سداد الضرائب او مستأجرا لمدة لا تقل عن ٢١ سنة (١٧٨٦).

حسن السمعة: يعني هذا الشرط كل ما يتعلق باستقامة الشخص وخلقة الحسن وعقلة الراجح. ففي الولايات المتحدة لا يمنح الشخص صلاحية المحلف في حال كونه محكوما عليه بأكثر من سنة حبس، اما في انكلترا فيستبعد من مهمة المحلفين الشخص المحكوم عليه بثلاثة أشهر فأكثر حبسا.

أن يكون ملما بالقراءة والكتابة: ففي امريكا نص دستور الولايات المتحدة على هذا الشرط كحد ادنى لقدرات المحلف، اما في انكلترا فقد تم التأكيد على هذا الشرط حتى يكون في استطاعة المحلف الاحاطة بالإجراءات التي تدور في المحكمة ويتم استبعاد كل شخص لا يعرف القراءة والكتابة.

هناك شروط اخرى: هذه الشروط تتعلق ايضا بالشخص المحلف ففي الولايات المتحدة يشترط ان يتمتع المحلف بحاسة السمع والبصر وان يكون خاليا من العاهات، اما في انكلترا فيتم استبعاد الشخص الاعمى والاصم او من يعاني مشكلة في السمع او البصر او عجز في عضو من أعضاء جسمه (١٧٨٧).

## الفرع الثاني

### حقوق المحلفين

إضافة إلى ما تم ذكره من مهمة المحلفين بالنظر في الدعاوى المعروضة عليهم وإبداء آرائهم ليتسنى للقاضي إصدار قراره وحكمه بتلك القضية إلا أن للمحلفين حقوقاً فهناك مجموعة من الحقوق التي يتمتع بها أعضاء هيئة المحلفين تمكنهم من أداء واجباتهم على أكمل وجه، ويمكن تلخيصها في ثلاثة حقوق يتم ذكرها من خلال ما يتم عرضه في النقاط التالية:

(١٧٨٥) فاضل دولان: المصدر السابق، ص ٣٦.

(١٧٨٦) فؤاد عبد المنعم: حكم الإسلام في القضاء الشعبي، بلا مكان طبع، ١٩٨٦، ص ٧٣.

(١٧٨٧) د. محمد أبو شادي عبد الحليم: المصدر السابق، ص ٢٠١.

لهم الحق في أن يوجهوا أسئلة إلى المتهمين والشهود. بعد أن يحصلوا على إذن مسبق من رئيس المحكمة وفقاً لما ذكرته المادة ٣١١ من قانون الإجراءات العقابية الفرنسي وتطبيق هذه المادة حرفياً فإن المحلفين بحسب الأصل لا يستطيعون سؤال المتهم أو الشهود الا بعد الحصول على إذن مسبق من الرئيس، الا ان محكمة النقض الفرنسية قررت ان عدم وجود تحويل مسبق من الرئيس لا يبطل الإجراء، اذ ان اشتراطات المادة ٣١١ انها تكون وسيلة تنظيمية لا تمس بأي درجة ممارسة حق الدفاع، وتنصب هذه الأسئلة على جميع الاستيضاحات التي يرى المحلفون في استظهار الحقيقة (١). الأمر الذي نُقض من قبل محكمة النقض ليجعل توجيه الأسئلة من قبل المحلفين بدون الحصول على إذن مسبق من الرئيس إجراءً صحيحاً.

لهم الحق في تدوين الملاحظات أثناء المرافعة. أخذت التشريعات بهذا الحق المخصص للمحلف وخاصة في فرنسا وانكلترا إلا أن في أمريكا لم ينص قانونها على هذا الحق لأن ذلك يعود إلى تقدير المحكمة أن تسمح للمحلفين بتدوين ملاحظاتهم أثناء سير المحاكمة (١٧٨٨).

وفي انكلترا ينبغي إمداد المحلفين بالأدوات اللازمة لهذا الغرض من أقلام وحبر وورق وما إلى ذلك وان كان هذا الإجراء لم يستخدم بصورة واضحة إلا حديثاً وفي القضايا الطويلة المعقدة والتي تأخذ وقتاً طويلاً في المرافعات ومن الأمثلة على ذلك حرص القاضي في قضية سرقة القطار الكبرى في انكلترا على التأكد من مد المحلفين بالأوراق اللازمة لتدوين ملاحظاتهم. وفي الولايات المتحدة الأمريكية فإنه لا يوجد نص قانوني أو قاعدة عامة في هذا الشأن الا انه حكم بصفة عامة بأن ذلك ما يدخل في تقدير المحكمة ان تسمح للمحلفين تدوين الملاحظات أثناء سير المحاكمة وقد ثار تساؤل في أمريكا حول إمكانية اخذ المحلفين بعض أوراق ومستندات الدعوى للاستعانة بها في غرفة المداولات. ويجري العمل طبقاً للقانون العام الانكليزي بعدم السماح لهم بأخذ أوراق الى غرفة المداولة في ما عدا النسخ المعتمدة من العقود بعد ختمها، إلا أن العمل قد يجري في الولايات المختلفة بناءً على نص قانوني صريح في بعضها على إعطاء المحلفين الأوراق والمستندات الأخرى التي وردة في الشهادة للاطلاع عليها من اجل التوصل الى إعطاء قرار أكثر دقة حول الواقعة المعروضة إمامهم.

الحق في التعويض عن نفقات الإقامة والانتقال: بما ان هؤلاء الأعضاء الذين يساهمون في تحقيق العدالة مواطنين عاديين اي ليس بموظفين أو لديهم دخل ثابت بل هم أفراد عاديين لذلك فإن لهم الحق في المطالبة عن نفقات الإقامة في فندق معين بحيث يؤمن لهم السكن اللائق بهم مما يجعلهم في وسط يستطيعون فيه اتخاذ القرارات الصحيحة الصائبة هذه النفقات على حساب الدولة إضافة الى نفقات الانتقال من مكان الى آخر بحسب ما تقتضيه طبيعة عملهم من التنقل للنظر في الدعاوى للمساهمة في تحقيق العدالة (١٧٨٩).

### المطلب الثالث

#### مقارنة بين نظام الحلفين وغيرها من إجراءات التحقيق

(١٧٨٨) د. محمد صفور: استقلال السلطة القضائية، مطبعة أطلس، القاهرة، ١٩٦٩، ص ١١٣.

(١٧٨٩) د. سمير الشناوي: الإطار الإجرائي للمساهمة الشعبية، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٨، ص ١١٦.

بعد أن تطرقنا إلى الأساس القانوني وقواعد اختيار المحلفين من خلال مساهمة أفراد عاديين في تحقيق العدالة بالمشاركة مع القضاة المختصين، فهناك مجموعة من إجراءات التحقيق التي يقوم بها قاضي التحقيق أو المحقق بشأن الكشف عن جريمة معينة قد تتداخل مع نظام المحلفين، ولإعطاء صورة أكثر واقعية سنقوم في هذا المطلب بالتمييز بين نظام المحلفين والشهادة في الفرع الأول وبينه وبين الخبرة في الفرع الثاني وعلى النحو الآتي:

## الفرع الأول

### نظام المحلفين والشهادة

الشهادة هي من طرق الإثبات المسلم بها منذ زمن بعيد وكانت تأتي في المرتبة الثانية بعد الاعتراف، فهي تعد من طرق الإثبات الهامة في الإثبات الجنائي، ولم يعرف قانون اصول المحاكمات الجزائية الشهادة، اما الفقه فقد عرفها بأنها "تقرير لشخص لما يكون قد رآه وسمعه بنفسه او ادركه على وجه العموم بحواسه" (١٧٩٠).

إذ يقع على عاتق الشاهد ان يكون مميزاً وتمتع بحرية الاختيار وقت الشهادة ومن ناحية أخرى لا يكون الشاهد ممنوعاً من أداء الشهادة لتعلقها بإسرار يحضر عليه إفشاؤها، وهذا الشرط الأخير غير موجود بالنسبة لأعضاء نظام المحلفين لأنهم مشاركون في تطبيق العدالة فلا يمنعهم شيء. اما بشأن حلف اليمين فقد ألزم القانون انه يحلف الشاهد اليمين اذا كان قد اتم الخامسة عشر من عمره، إما اذا كان لم يبلغ الخامسة عشر من عمره فلا يحلف اليمين إنما يأخذ بشهادة على سبيل الاستدلال<sup>(١٧٩١)</sup>، وهذا الأمر غير موجود بنسبة لعضو المحلفين لأنه يجب ان يكون بالغاً ويحلف اليمين فلا يمكن ان يشترك شخص غير كامل الاهلية في عضوية هذا النظام، ويؤدي الشهادة بشهادته شفاهاً ولكن يجوز أداء الشهادة كتابتاً عند عدم قدرة الشاهد على الكلام وينص قانون الإجراءات الجنائية المصري على انه يجوز للمحكمة ان تأخذ بالشهادة حتى وان كانت على سبيل الاستدلال<sup>(١٧٩٢)</sup>. والهدف منه هو لتمكين قاضي التحقيق في تقييم هذا الإجراء وصولاً للدليل، والشاهد لا يستطيع الامتناع من أداء الشهادة الا في أحوال معينة نص عليها القانون وهم أصحاب المهن من المحامين والأطباء اذ لا يفشي هذه المعلومات التي حصل عليها بحكم مهنته حتى بعد انتهاء خدمته الا اذا طلب منهم من أسرها إليهم إفشائها، كذلك الامتناع عن الشهادة ضد المتهم اذا كان الشاهد من أصوله او فروعته الى الدرجة الثانية وزوجته ولو بعد انقضاء الرابطة الزوجية، إذا لم تكن الجريمة قد وقعت على الشاهد او احد أقاربه او كان هو المبلغ عنها او اذا لم تكن هناك أدلة إثبات أخرى، فهؤلاء ممنوعون من الشهادة بحكم القانون. ويبين لنا هذا

(١٧٩٠) د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٨، ص ٤٦٥.

(١٧٩١) قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١.

(١٧٩٢) د. رؤوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، ط ١١، دار النيل للطباعة، مصر، ١٩٨٥، ص ٧٠٣.

التوضيح للشهادة انها تختلف عن أعضاء ومهنة نظام المحلفين كون ان الشاهد قد أدرك الجريمة بإحدى حواسه ولكن عضو هيئة المحلفين يأتي به بعد ارتكاب الجريمة الى المحكمة ليساعدها في كشف الحقيقة وتحقيق العدالة بسبب ما يملئ عليه ضميره وبحسب خبرته التي اكتسبها في العيش في هذا الوسط الاجتماعي، إضافة إلى أن دور الشهادة كبير جدا في حسم الدعوى، على عكس رأي المحلفين فقد يأخذ به القاضي وقد يأهمله.

## الفرع الثاني

### نظام الحلفين والخبرة

تعرف الخبرة بأنها تقدير مادي او ذهني يبيده أصحاب الفن أو الاختصاص في مسألة فنية لا يستطيع القائم بالتحقيق في الجريمة معرفتها بمعلوماته الخاصة سواء كانت هذه المسألة متعلقة بشخص المتهم او بجسم الجريمة او المواد المستعملة في ارتكابها<sup>(١٧٩٣)</sup>، ومن الأمثلة عليها تشريح الجثة لمعرفة سبب الوفاة او المضاهاة لمعرفة الكتابة، اما عن كيفية انتداب الخبير فلم يبين القانون الكيفية التي يجري بها انتداب الخبير غير ان الواقع المحاكم تلجأ الى احد الخبراء المسجلين في الجدول المعد مسبقاً بعد أن يؤدي اليمين، وكذلك يمكن انتداب خبير من بين الخبراء الموجودين في مؤسسات الدولة الرسمية وشبه الرسمية وهم غالباً ما يؤديون اليمين إثناء توظيفهم، وأخيراً للمحكمة ان تنتدب اي خبير من غير هؤلاء وهو يحلف اليمين في كل مرة يكلف بها في قضية، وعلى هذا نصت الإجراءات الجنائية في مصر حيث يكون للمحكمة مطلق الحرية في اختيار الخبير من جدول الخبراء أو تختارها هي بنفسها ولها ان تطلب منهم ان يقدموا إيضاحات بالجلسة عن التقارير المقدمة عنهم<sup>(١٧٩٤)</sup>، اما بشأن القيمة القانونية لرأي الخبير فيذهب الرأي الغالب الى أنها غير ملزم ويعد مجرد معلومات لان الخبير لا يدرك الواقعة بإحدى حواسه وإنما جاء به بعد الجريمة لمعرفة رايه في مسألة مهنية غير أن هذا الرأي غير صحيح إذ ان الواقع يثبت ان الخبرة مهمة وضرورية. وان القيمة القانونية لرأي الخبير في مجال الإجراءات الجنائية المصرية فإنه اعطى للمحكمة السلطة التقديرية الواسعة في قبول رأي الخبير أو رفضه بالكامل وكذلك لها الحق في مفاضلة رأي خبير على آخر، كما أن لها ان تأخذ بالتقرير

(١٧٩٣) د. براء منذر عبد اللطيف: شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الأثير للطباعة، الموصل، ٢٠١٢، ص ١٦٤.

(١٧٩٤) علي زكي العرابي: المبادئ الأساسية في الإجراءات الجنائية، ج ١، مطبعة لجنة التكليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٥١، ص ٤٧٣.

حتى وان لم يكن يقيني أي بني على الترجيح فحسب، وبعبارة أخرى تجزم في حكمها بما لم يجزم الخبيرة بتقريره، ومن خلال تعرفنا على الخبرة وكيفية انتداب الخبيرة والقمة القانونية لرأي الخبير فأنا نرى بأن أعضاء هيئة المحلفين لا يمكن ان يعد عملهم كخبير لأنه كما هو معروف أن الخبير لديه دراية ومعلومات فنية حول موضوع معين اي مختص في مجال معين اما بالنسبة لأعضاء هيئة المحلفين فأنهم ليسوا خبراء بل هم أفراد عاديين يأتي بهم من الوسط الاجتماعي وكل ما لديهم هو ان يحكموا ضميرهم لمساعدة القاضي في تحقيق العدالة على اعتبار أنهم اقرب إلى الواقع<sup>(١٧٩٥)</sup>.

### المبحث الثاني

#### تطبيقات نظام المحلفين في التشريعات المقارنة

بدأ هذا النظام في انكلترا ثم انتقل بعدها الى الولايات المتحدة مما جعل تشابه الى حد كبير بينهما في التطبيق لاسيما بعد ان أبقنا على هذا النظام الى حد الآن بصورته التقليدية في الوقت الذي اجرت عديد من الدول التي أخذت به تعديلات عليا او تركت العمل به سواء في القضايا الجنائية او المدنية لذا سنقسم دراستنا في هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول نظام المحلفين في التشريع البريطاني ثم نتناول نظام المحلفين في التشريع الأمريكي في مطلب ثاني وعلى النحو الآتي:

#### المطلب الأول

##### نظام المحلفين في التشريع البريطاني

بينما فيما سبق ان نظام المحلفين انتقل الى انكلترا عن طريق النظام المعمول به بواسطة ملوك الفرنجة ثم تطور نتيجة استبدال الملوك في انكلترا مما ساهم في جعل هذا النظام مرغوب فيه من الشعب سواء في القضايا المدنية او الجنائية<sup>(١٧٩٦)</sup>. لذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين تناول الفرع الأول اختصاص محلفو الاتهام ثم نتناول اختصاص محلفو المحاكم في القضايا الجنائية وعلى النحو الآتي:

(١٧٩٥) د. محمد سعيد نمور: شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٠٦، ص ١١٣.

(١٧٩٦) د. مصطفى محمد البرادعي: القضاء الشعبي، مجلة المحاماة المصرية، العدد الثالث، ١٩٥٣، ص ١٢.

## الفرع الأول

## نطاق اختصاص محلفو الاتهام ( هيئة المحلفين الكبرى):

تعد هيئة محلفي الاتهام او ما يطلق عليها هيئة المحلفين الكبرى بمثابة سلطة ادعاء. وهذه الهيئة أنشأها هنري الثاني سنة ١١٦٦ بموجب قانون كلارندون إذ أن دور المحلفين في ذلك الوقت يتمثل في الإبلاغ وتوجيه التهام عن الجرائم الواقعة في منطقتهم إذ يقومون بتقديم الأفراد المشكوك بارتكابهم جرائم إلى المحاكمة عن طريق قضاة الملك وبناء على ما تقدم يمكن القول بان اختصاص هيئة المحلفين الكبرى يتمثل في اختصاصين أساسين أولهما هو التحري عن الجرائم. هذا الاختصاص هو أساس عمل الهيئة إذ تقوم بمباشرته من دون أن يتوقف على إحالة دعوى إليهما من جهة أخرى إذ تقوم به من تلقاء نفسها فهي تقوم بالتحري عن الجرائم وتحققها والقيام بتحريك الدعوى فيها وتختص بجميع الجرائم الواقعة ضمن حدود المنطقة التابعة لها مثل جرائم الدعارة والعباب القمار واستغلال النفوذ وغيرها<sup>(١٧٩٧)</sup>.

أما الاختصاص الثاني فيتمثل بإصدار قرار الاتهام في الدعاوي التي تحال إليها. وتتحصر الدعاوي التي يجب توجيه اتهام فيها كشرط لإحالتها على المحكمة أي توجيه اتهام من قبل هيئة المحلفين الكبرى بالجرائم المعاقب عليها بالإعدام أو الجرائم المشينة ويجب في هذه الحالة ان يتوافق اختصاصها مع موعد انعقاد جلسات المحكمة الرباعية والتي تعقد أربع مرات بالسنة للنظر فيما يحال إليها من أوراق اتهام بعلم المدعي بهذه المحاكم لبيان ما إذا كانت هناك أدلة تؤدي الى تحريك الدعوى وتكون جلسات انعقاد هيئة المحلفين الكبرى سرية حتى لا تكون هناك جلسة علنية تسبق المحاكمة ويتولى الرئيس شرح كل ما يتعلق بموضوع الدعوى من أدلة أثبات ووثائق، وتقوم هيئة المحلفين بسماع شهود الإثبات دون شهود النفي او المتهمين لتعلق الأمر بتوجيه الاتهام، وتتم كل هذه الإجراءات بصورة سرية وبعدها يتداول المحلفين أيضا بشكل سري ويتطلب القانون الانكليزي صدور القرار بالاتهام بالأغلبية أي من ثلاثة وعشرون عضوا ويكون القرار بعد المداولة أما بالاتهام وفي هذه الحالة يحال المتهم إلى المحكمة ويعتبر تحريك الدعوى في هذه الحالة قد تم بناء على اتهام المحلفين او بصور قرار المحلفين بعدم كفاية الأدلة وفي

(١٧٩٧) فهمي محمود شكري: المصدر السابق، ص ٦٥.

حال كان قرار المحلفين بأنة لا محل لقيام الدعوى يحق للمدعي في هذه الحالة بإحالة القضية على هيئة محلفين ثانية<sup>(١٧٩٨)</sup>.

## الفرع الثاني

### محللو المحاكمة (هيئة المحلفين الصغرى)

تتكون هيئة المحلفين الصغرى من اثني عشر محلفا وتختص بجرائم معينة ولها حدود معينة في ممارسة مهمتها. فلا يختص المحلفون في محاكم القانون العام بنظر جميع الجرائم وانما يقتصر اختصاصهم بنظر في الجرائم الهامة فقط وهذه الجرائم من اختصاص المحاكم العليا في انكلترا. وتشمل المحاكم الرباعية التي تعقد جلساتها اربع مرات في السنة وقد تم إلغاؤها بموجب قانون المحاكم لسنة ١٩٧١ وحل مكانها محاكم التاج. كذلك تشمل المحكمة الجنائية وهي تعتبر محكمة رئيسية وتوجد في لندن. كما وتشمل محكمة التاج ومكانها في مانشستر في وليفربول. ونجد كذلك المحاكم المستقلة والتي تعقد بواسطة قضاة المحكمة العليا في اوقات دورية من العام وهذه المحاكم يساهم فيها المحلفون مع القضاة. في حين ان الجرائم الاقل اهمية تنظر امام المحاكم الجزئية بطريقة وإجراءات موجزة والتي تتألف من قاضي متخصص. وبشكل عام اذا كانت الجريمة تزيد عقوبتها عن ثلاث اشهر حبسا يكون المتهم مخير بين المحاكمة بمحلفين من عدمه<sup>(١٧٩٩)</sup>. اما الجرائم المتوسطة التي ترتكب بدون عنف يمكن ان تنظر بطريقة موجزة في حال موافقة المتهم وكانت هذه الجرائم من الاسباب التي ادت الى انخفاض المحاكمة بمحلفين حيث تؤدي إجراءاتها السريعة وقلة نفقاتها الى اغراء المتهم لطلب المحاكمة عن طريقها. ومن الاسباب الاخرى لانخفاض المحاكمة بواسطة محلفين تطور محاكم الأحداث ونموها إذ ساهمت بتقليل العبء عن المحاكم العليا اذ ان الحدث لا يمثل امام المحاكم العليا الى في حالات ثلاث هي. اذا كان متهما بجريمة قتل أو اذا كان عمرة يزيد عن ثلاثة عشر عاما واختار ان يحاكم بواسطة محلفين أو اذا كان متهما مع آخر بالغ. ومن الاسباب الاخرى كما ذكرنا لانخفاض التقاضي بمحلفين هي ارتفاع نفقات المحاكمة بواسطة محلفين<sup>(١٨٠٠)</sup>.

<sup>(١٧٩٨)</sup> عادل يونس: المصدر السابق، ص٥٢.

<sup>(١٧٩٩)</sup> د. فاضل زيدان محمد: المصدر السابق، ص٢١٧.

<sup>(١٨٠٠)</sup> د. محمد أبو شادي: المصدر السابق، ص٢٩٣.



أما حدود مهمة المحلفين فيختص المحلفون بمسائل الواقع إذ تتلخص وظيفتهم بالإجابة عن السؤال الموجة إليهم المتعلق بتحديد مسؤولية المتهم حول الاتهام المنسوب إليه بكلمة واحدة هي (مذنب) أو (غير مذنب) ويدخل ضمن اختصاصهم تقدير الأدلة من حيث تحديد مدى كون الشهود صادقين من عدمه والى أي مدى يمكن منحهم الثقة وترجيح شهادة على أخرى كونهم مسؤولون عن البت في الوقائع محل النزاع وللتمييز بين اختصاصهم واختصاص القاضي يختص القاضي بالقانون بينما يختص المحلفون بالوقائع ودور القاضي يتمثل ببيان فيما إذا كانت الأدلة صالحة للعرض على المحلفين من حيث أهلية الشهود وأي مسألة تثار في المحكمة متعلقة بالقانون هي من اختصاص القاضي وحده ومسائل الواقع لا يختص بها المحلفون كلها بل فقط المسائل الجوهرية والأساسية.

وما يخص قرار المحلفين. فقبل قيام المحلفين بالانفراد للمداولة إذ لا يشترك المحلفين مع القضاة في المداولة يقوم القاضي بشرح كل ما يتعلق بالقضية امامهم من حيث الأدلة والامور المتعلقة بالشهادة بشي من التلخيص لمساعدة المحلفين في الوصول الى قرارهم النهائي ثم ينفرد المحلفون في غرفة خاصة للتداول بأشراف احد موظفي المحكمة ومنذ بداية المداولة وحتى انتهائها لا يسمح للمحلفين بمغادرة غرفة المداولة او محادثة اي شخص خارج اعضاء هيئة المحلفين لان ذلك يؤدي الى بطلان المحاكمة. كما يمنع انفصال اي من المحلفين عن الباقيين ويستند المحلفون الى قرارهم على الادلة المتوفرة لديهم، وفي حال لم يستطع المحلفون الوصول الى القرار لوجود صعوبات بإمكانهم العودة الى قاعة المحكمة وطلب امور اضافية تعنيهم في اصدار قرارهم إذ يقوم القاضي بتقديم المعلومات التي يحتاجونها بحضور المتهم ووكيلة، وفي حال لم يستطع المحلفون الوصول الى قرار بالأجماع ففي هذه الحالة يعبر رئيسهم عن عجزهم مما يترتب عليه اعفاءهم من مهمتهم واطار الامر بمحاكمة جديدة (١٨٠١). اما اذا توصل المحلفون الى قرار فانه يجب توفر بعض الشروط حتى يكون القرار صحيحا وهي.

١. صدور القرار بالأغلبية.
٢. عدم تسبب القرار اي لا يذكر المحلفون اسبابا لقرارهم فهم يجيبون على الاتهام بكلمة مذنب او غير مذنب.
٣. يجب ان يكون القرار اجابة عن الاتهام الذي ورد في ورقة الاتهام.
٤. يجب ان يكون القرار غير غامض.

وقرار المحلفين يكون ملزما للقاضي فلا يحق له اصدار حكم مخالفا له ولكن قد يطرح قرار المحلفين ويصدر القاضي امرا بإعادة المحاكمة في الحالات الآتية.

١. اذا صدر القرار مخالفا للقانون.

(١٨٠١) فهمي محمود شكري: المصدر السابق، ص ٥٨.

٢. إذا صدر القرار مخالفا للأدلة.
  ٣. إذا صدر نتيجة خطأ غير نزيه حدث خلال المحاكمة.
  ٤. إذا تعلق الأمر بسلوك المحلفين (١٨٠٢).
- إضافة إلى ما تم ذكره في التشريع الانكليزي يعد قرار المحلفين ملزما للقاضي فلا يمكن أن يحكم خلافا له ولكن يمكن طرح قرار المحلفين كما هو معمول به في انكلترا وإعادة المحاكمة في الأحوال التالية:
١. انحياز المحلفين لأحد الأطراف.
  ٢. مغادرة المبنى الخاص بالمحكمة دون تخويل المحكمة.
  ٣. انفصال احد المحلفين عن الباقيين بدون إذن.
  ٤. الوصول إلى القرار بطريق القرعة كما يمكن للقاضي توجيه المحلفين إلى إصدار قرار ببراءة المتهم في حالة عدم وجود دليل مادي على أدانته وأيضا يمكن للقاضي إيقاف تنفيذ الحكم اي ينطق بالعقوبة مع إيقاف تنفيذها (١٨٠٣).

#### المطلب الثاني

#### نظام المحلفين في التشريع الامريكي

عندما كانت امريكا مستعمرة اصبح نظام المحلفين مكتملا حينذاك في انكلترا وكان من الطبيعي ان ينتقل هذا النظام مع المهاجرين الذين عاصروا تطبيقه في انكلترا نظرا لما اصبح له من تايد داخل انكلترا وقد كان اول من دعا الى تطبيق القانون الانكليزي وبصفة خاصة الميزة التي يتضمنها وهو المؤتمر الاول للمستعمرات سنة ١٧٧٤ حيث دعي الى تطبيقه على المستعمرات مما ادى الى النص عليته في الدستور الاتحادي وديساتير الولايات (١٨٠٤). لذا سنركز دراستنا في هذا المطلب على بيان نطاق اختصاص المحلفين في القضايا المدنية ثم بيان نطاق اختصاص المحلفين في القضايا الجنائية وذلك في الفرعين التاليين.

#### الفرع الأول

#### نطاق اختصاص المحلفين في القضايا المدنية

سنتناول في هذا الفرع الدعاوي التي تدخل في اختصاص المحلفين ثم نبين منح المحكمة سلطة تقديرية للمحاكمة بمحلفين واخيرا المحاكمة بمحلفين في بعض الوقائع وكما يلي

اولا: انواع الدعاوي التي تدخل في اختصاص المحلفين :

دستور الولايات المتحدة رغم نصة على المحاكمة بمحلفين في الدعاوي الجنائية الا انه لم ينص على ذلك في القضايا المدنية ولكن ورد هذا الحق فيما بعد في الاضافة السابعة للدستور الامريكي حيث ضمن الحق بالمحاكمة بمحلفين في دعاوي القانون العام التي تزيد قيمتها على عشرين دولار وهذا يعني خروج دعاوي العدالة والقضايا البحرية من نطاق المحاكمة بمحلفين

(١٨٠٢) فاضل دولان: المصدر السابق، ص ٤١.

(١٨٠٢) د. محمد أبو شادي عبد الحليم: المصدر السابق، ص ٣٩٢.

(١٨٠٤) حدثت الإضافة الدستورية الخامسة مع الإضافات الأخرى للدستور الأمريكي بمثابة وثيقة للحقوق ولتكمّل النقص في الدستور الاتحادي فيما يتعلق بضمان المحاكمة بمحلفين.

وحصرت الاضافة السابعة الدستورية هذا الحق بالدعاوي التي تنضر امام المحاكم الاتحادية دون الولايات اما عن دساتير الولايات المتحدة فيوجد تباين في منح هذا الحق الى انه بصفة عامة يشمل هذا الحق جميع دعاوي القانون العام وقد تضمنت تشريعات بعض الولايات إجراءات لضمان المحاكمة بمحلفين في دعاوي جديدة، هذا وقد استبدلت اغلبية الولايات المحاكمة بمحلفين في قضايا تعويض العمال بمحاكمة ادارية (١٨٠٥).

ثانيا: اعطاء المحكمة سلطة تقديرية للمحاكمة بمحلفين :

هناك حالات يعطي فيها القاضي سلطة تقديرية للأمر بمحاكمة بمحلفين في القضية بأكملها او في مسائل معينة من النزاع وهذه الحالات هي التي لا تعتبر فيها المحاكمة بمحلفين حقا للأفراد كما في دعاوى العدالة إذ تستطيع المحكمة الأمر بالمحاكمة بمحلفين بعد موافقة طرفي النزاع ويكون قرار المحلفين في هذه الحالة استشاريا في بعض تشريعات الولايات المتحدة وحاسما في ولايات اخرى.

ثالثا: المحاكمة بمحلفين في وقائع معينة من القضية :

عندما تكون المحاكمة بمحلفين غير مضمونة دستوريا تنحصر المحاكمة بمحلفين على نقطة معينة من النزاع حيث يتولى القاضي نظر القضية بمفرده ويحيل الى المحلفين مسألة معينة تتعلق بالقضية لإصدار قرار بشأنها فمثلا في دعوى الافلاس قد يطلب المدين نظر المحلفين في مسائل معينة من هذه القضية فحسب كاثبات ما اذا كان عاجزا عن الدفع ام لا واصدار قرار بهذا الشأن ام وقائع القضية الاخرى فيتولى القاضي مهمة البت فيها بمفرده.

## الفرع الثاني

### نطاق اختصاص المحلفين في الدعاوي الجنائية

ينقسم محفو الاتهام ما بين محلفي المحاكم الاتحادية ومحلفي الولايات والتي سنوضحها في النقطتين وكما يلي:

#### ١. اختصاص محلفي الاتهام في المحاكم الاتحادية :

اغفل الدستور الاتحادي على النص على المحاكمة بواسطة توجيه اتهام من خلال هيئة محلفي الاتهام، على الرغم من نصة على محلفي المحاكمة الا ان هذه الضمانة تم النص عليها فيما بعد الإضافة الخامسة للدستور والتي نصت على ان من حق اي شخص الا يحاكم الا عن طريق توجيه اتهام له من هيئة المحلفين الكبرى وذلك في الجرائم الكبرى وهذه الضمانة تخص الجنايات التي تنضر امام المحاكم الاتحادية اما الجرح فتتضر عن طريق التبليغ.

#### ٢. اختصاص محلفي الاتهام في الولايات:

لم ينص الدستور الاتحادي الى المحاكمة عن طريق توجيه اتهام من هيئة محلفين كبرى في الدعاوي داخل الولايات وبالرجوع الى دساتير الولايات نجد اختلافا مابين دساتير الولايات المتحدة

(١٨٠٥) فتحي والي: المصدر السابق، ص ٧٠.

من الناحية الجنائية فنصف الولايات تنص على الاخذ بهيئة محلفي كبرى في الجنايات اما البعض الاخر فتأخذ بها في الجرح وهناك ولايات اخرى تجيز في الجرح والجنايات عدا الجرائم المعاقب عليها بالإعدام او الجرائم الخطيرة الاخذ بالاتهام او التبليغ اما فيما يتعلق باختصاص محلفي اتهام للتحري عن الجرائم يحق لحاكم الولاية القيام بتعين هيئة محلفي اتهام تخص اقليم معين للتحري عن المخالفات القانونية التي تحصل هناك ويعتبر عمل هؤلاء المحلفون مستقل عن هيئة المحلفين الاعتيادية التي تتعقد بشكل دوري وقد يتم تعيين مدعي خاصا لمساعدة هذه الهيئة بشكل مؤقت بحيث يكون مستقلا عن المدعي المعين بصفة دائمة للإقليم وتتضح اهمية هذه الهيئة بالكشف عن التواطؤ من قبل المدعي الدائم الخاص بالإقليم في الامور المخالفة للقانون اما إجراءات هيئة المحلفين الكبرى فأنها تكون بصورة سرية ويتم معاقبة كل من يفشي أسرارها (١٨٠٦).

والجرائم التي تدخل في اختصاص المحلفين فقد نص الدستور الاتحادي للولايات المتحدة على المحاكمة بمحلفين عدا جريمة الخيانة العظمى (١٨٠٧). وكذلك تضمن التعديل السادس للدستور على حق المحاكمة بمحلفين ايضا الى ان المحاكمة بمحلفين لا تشمل جميع الجرائم سواء كانت معروضة امام المحاكم الاتحادية او الولايات، فقد تم استبعاد الجرائم البسيطة من المحاكمة بمحلفين وهي الجرائم التي تنظر بطريقة موجزة والتي تتطلب ان تكون العقوبة المقررة عن الجريمة لا تتجاوز مدة ثلاث اشهر حبس، وكذلك تم استبعاد صغار السن بالنسبة للجرائم التي يرتكبونها من المحاكمة بمحلفين (والذين تتراوح اعمارهم ما بين ستة عشر عام الى واحد وعشرين عاما) إذ يتم ايداعهم في إصلاحيات. اما بالنسبة لمحاكم الولايات فقد اشارت دساتيرها الى امكانية المحاكمة بمحلفين سواء صراحة او ضمنا إذ نصت على السماح باستخدام اقل من اثني عشر عاما في بعض الاحيان او تغير القاعدة القديمة في ضرورة اجماع المحلفين وتقييد حق المحاكمة بمحلفين بجاسمة الجريمة كما يمكن النزول عن المحاكمة بمحلفين عدا الجرائم المعاقب عليها بالإعدام (١٨٠٨). وما يخص حدود مهمة المحلفين فقد بينا سابقا في التشريع الانكليزي بان مهمة المحلفين تنحصر في مسائل الواقع من حيث تقدير الادلة ومنها بيان صدق الشهود من عدمه والاجابة عن الاتهام بكلمة (مذنب) أو (غير مذنب).

(١٨٠٦) د. محمد أبو شادي عبد الحليم: المصدر السابق، ص ٢٩١.

(١٨٠٧) المادة الثالثة من الدستور الأمريكي لسنة ١٧٨٧.

(١٨٠٨) عادل يونس: المصدر السابق، ص ٦١.

## الخاتمة

١. يتطلب نظام المحلفين شروط فيمن يعمل كمحلف وهي التمتع بالجنسية والمقدرة المالية والاستقامة وشرط السن والالمام بالقراءة والكتابة ويتم اختيار المحلفين بالقرعة.
٢. يتخذ المحلفون صورتين هما هيئة المحلفين الكبرى والتي تتكون من ثلاثة وعشرون محلفا مختصة بالتحري عن الجرائم وتوجيه الاتهام. وهيئة المحلفين الصغرى وتتكون من اثنا عشر محلفا تختص بالمشاركة مع القاضي في المحاكمة.
٣. في القضايا الجنائية في التشريع الانكليزي انحصر دور محلفي الاتهام على الجرائم المعاقب عليها بالإعدام او المشينة اما محلفي المحاكمة اقتصر دورهم على الجرائم المهمة التي تنظر امام المحاكم العليا اما الجرائم المتوسطة التي لا تعتمد على العنف يكون فيها الخيار للمتهم بين المحاكمة بمحلفين من عدمه.
٤. في القضايا المدنية في التشريع الامريكي اقتصر دور المحلفين على دعاوي القانون العام التي تزيد قيمتها عن عشرين دولار وقد يقتصر دور المحلفين على بعض وقائع القضية. في القضايا الجنائية في التشريع الامريكي اقتصر دور محلفين الاتهام على الجرائم الكبرى والمشينة التي من اختصاص المحاكم الاتحادية اما في الولايات فنصفها جعلت دورهم في الجنايات والاخرى جعلت دورهم في الجنح والبعض الثالث حصرت دورهم في الجنايات والجنح مع ترك الخيار بين المحاكمة بمحلفين اتهام او عن طريق التبليغ اما دور محلفي المحاكمة فيختصون بجميع الجرائم عدا جريمة الجنائية العظمى والجرائم البسيطة.
٥. يختص المحلفون بالوقائع ويختص القاضي بالقانون فدورهم ينحصر بالإجابة على الاتهام بكلمة مذنب او غير مذنب. ويكون قرار المحلفين غير مسبب وملزما للقاضي لا يستطيع الحكم مخالفا له ويحق له فقط طرح القرار واعادة المحاكمة في الحالات التي حددها القانون ويشترط صدور قرار المحلفين بالأغلبية.

## المصادر

١. حسين بن محمد المهدي: الشورى في الشريعة الاسلامية دراسة مقارنة بالديمقراطية والنظام القانوني، دار الحرية للطباعة، مصر، ٢٠٠٦.
٢. د. براء منذر عبد اللطيف: شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الأثير للطباعة، الموصل، ٢٠١٢.
٣. د. رؤوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، ط ١١، دار النيل للطباعة، مصر، ١٩٨٥.
٤. سمير الشناوي: الإطار الإجرائي للمساهمة الشعبية، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٨.
٥. عادل يونس: نظام المحلفين في القضاء الجنائي، المجلة الجنائية القومية، العدد الاول، ١٩٥٨.
٦. د. عبد الرحمن عزوز: القضاء الشعبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧.
٧. علي زكي العرابي: المبادئ الأساسية في الإجراءات الجنائية، ج ١، مطبعة لجنة التكليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٥١.
٨. فاضل دولان: القضاء الشعبي في الإسلام والنظم القضائية، بدون مكان طبع، ١٩٩٠.
٩. د. فاضل زيدان محمد: سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٨٧.
١٠. فتحي عبد الرضا الجوارى: تطور القضاء الجنائي العراقي، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٨٦.
١١. فتحي والي: نظام المحلفين في القضايا المدنية في الولايات المتحدة الأمريكية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الاول، ١٩٩٨.
١٢. فهمي محمود شكري: موسوعة القضاء البريطاني، الكتب القانونية، مصر، ١٩٩٧.
١٣. فؤاد عبد المنعم: حكم الإسلام في القضاء الشعبي، بلا مكان طبع، ١٩٨٦.
١٤. د. محمد سعيد نمور: شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٠٦.
١٥. د. محمد شادي عبد الحلیم: نظام المحلفين في التشريعات الجنائية المقارنة، مطبعة أطلس، مصر، ١٩٨٠.
١٦. د. محمد عصفور: استقلال السلطة القضائية، مطبعة أطلس، القاهرة، ١٩٦٩.
١٧. د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٨.
١٨. د. مصطفى محمد البرادعي: القضاء الشعبي، مجلة المحاماة المصرية، العدد الثالث، ١٩٥٣.
١٩. ممدوح محمد السيد قايد بدر: نظام المحلفين دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٣.

# شركة الشخص الواحد في القانون الكويتي والعراقي

الدكتور

فاروق إبراهيم جاسم

## المقدمة:

تضمن قانون الشركات الكويتي الجديد بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ - المعدل بالقانون رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٣ - العديد من المبادئ والأحكام الجديدة التي يتميز بها عن سلفه قانون الشركات التجارية رقم ١٥ لسنة ١٩٦١، ومن ذلك استحداثه لأنماط جديدة من الشركات لم ينظمها القانون السابق، كالشركة المهنية أو الشركة التي لا تهدف تحقيق الربح. وكذلك استحداثه لنوع جديد من الشركات هو شركة الشخص الواحد. وقد أثارت شركة الشخص الواحد خلافاً في التشريع والفقهاء والقضاء بشأن الغاية من إقرارها أو جدواها، وهنا نتساءل أليس بإمكان الشخص الذي يرغب بمزاولة النشاط التجاري مزاولته بمفرده، ومن دون أن يتخذ شكل الشركة؟ إذ تمسك اتجاه في التشريع والفقهاء والقضاء على رفض فكرة شركة الشخص الواحد لتعارضها مع القواعد التقليدية المعروفة، كمبدأ تعدد الشركاء، ومبدأ عدم جواز تجزئة الزمة المالية للشخص. ومقابل ذلك ذهب اتجاه آخر إلى الإقرار بها استناداً إلى بعض الضرورات العملية، وكذلك المزايا التي يمكن أن تؤمنها.

وقد اختار قانون الشركات الكويتي الجديد بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ الانضمام إلى طائفة القوانين التي أجازت شركة الشخص الواحد، ومنها على سبيل المثال القانون الألماني الصادر في ٤/٧/١٩٨٠ الذي أجاز في مادته الأولى تأسيس شركة ذات مسؤولية محدودة من قبل شخص واحد. وكذلك القانون الفرنسي بالرقم ٦٩١ تاريخ ١١/٧/١٩٨٥، الذي أجاز تأسيس ما أطلق عليه بالمشروع الفردي ذي المسؤولية المحدودة. وكذلك القانون الصادر في ١٢/١/١٩٩٩ الذي أجاز تأسيس ما أطلق عليه بالشركة المساهمة المبسطة الفردية، فضلاً عن قوانين أخرى أجازت شركة الشخص الواحد، لعل آخرها القانون الصادر في الهند بتاريخ ٢٩/٨/٢٠١٣ الذي أضاف أحكاماً جديدة إلى قانون الشركات لعام ١٩٥٦ مقررراً بجواز تأسيس شركة الشخص الواحد "One Person Company".

أما على صعيد القوانين العربية، فبعد قانون الشركات العراقي رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ الملغي أولى القوانين العربية التي أجازت تأسيس شركة من شخص واحد أطلق عليه بالمشروع الفردي، ثم أقر قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ - وبعد تعديله بالأمر المرقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٤ - جواز تأسيس شركة أخرى من شخص واحد أطلق عليها بالشركة محدودة المسؤولية. ثم تتابع صدور القوانين العربية التي أقرت بالشركة المذكورة ومنها القانون الجزائري بالرقم ٩٦/٢٧ الصادر سنة ١٩٩٦ الذي عدل أحكام قانون التجارة، وأجاز تأسيس ما يسمى "بالمؤسسة الفردية ذات الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة".

كما نظم قانون الشركات الأردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ تأسيس شركة ذات مسؤولية محدودة تتألف من شخص واحد. وكذلك نظمت مجلة الشركات التونسية الصادرة بالقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ تأسيس ما يعرف "بشركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة". كما أجاز قانون الشركات التجارية البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم ٢١ لسنة ٢٠٠١ تأسيس ما يعرف



بـ ( شركة الشخص الواحد). وفي الاتجاه ذاته أجاز القانون القطري بالرقم ١٦ لسنة ٢٠٠٦ - المعدل لقانون الشركات التجارية رقم ٥ لسنة ٢٠٠٢ - تأسيس شركة الشخص الواحد.

وهكذا يبدو أن قائمة القوانين العربية التي أقرت بشركة الشخص الواحد هي في اتساع مستمر، فضلاً عن وجود دعوات - سنتولى الإشارة إليها في ثنايا البحث - أطلقها الفقه ودعا فيها إلى الإقرار بشركة الشخص الواحد في ظل بعض القوانين العربية التي لا زالت لا تقر بمثل هذه الشركة، كالقانون المصري.

ويمثل هذا البحث محاولة متواضعة لبيان وتحليل النصوص التي خصصها قانون الشركات الكويتي الجديد الصادر بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ ولائحته التنفيذية لشركة الشخص الواحد، ومقارنتها بالأحكام التي قررها قانون الشركات العراقي، وذلك بهدف الوصول إلى تقييم متواضع لها. وبقصد الوقوف على طبيعة الأحكام التي تنظم شركة الشخص الواحد، لا بُدَّ أولاً من التعريف بها وبيان خصائصها، وما هي مزاياها وعيوبها، وما هي الأحكام المقررة بشأن تأسيسها ورأس مالها وإدارتها .

وتبعاً لما تقدّم، سيقسم البحث على ثلاثة مباحث وبالشكل الآتي :

المبحث الأول: التعريف بشركة الشخص الواحد وخصائصها

المبحث الثاني: مزايا شركة الشخص الواحد وعيوبها

المبحث الثالث: تأسيس شركة الشخص الواحد ورأس مالها وإدارتها

المبحث الأول: التعريف بشركة الشخص الواحد وخصائصها

حرصت أغلب قوانين الشركات التي نظمت شركة الشخص الواحد على إيراد تعريف لهذه الشركة يتضمن بياناً لخصائصها الأساسية .

ونبين التعاريف المذكورة في (مطلب أول) وما هي خصائصها(مطلب ثان) .

**المطلب الأول: التعريف بشركة الشخص الواحد (١٨٠٩)**

لا يوجد اتفاق بين القوانين بصدد التسمية التي تطلق على شركة الشخص الواحد - بالمقارنة مع شبه الاتفاق على التسميات التي تطلق على الأنواع الأخرى من الشركات - فقد أثار القانون رقم ٦٩٧-٨٥ الفرنسي الصادر بتاريخ ١١/٧/١٩٨٥ تسمية المشروع الفردي محدود المسؤولية (أو ذي المسؤولية المحدودة) .

(١٨٠٩)

L, entreprise Personnelle a'responsabilite limite'e

ويلاحظ على هذه التسمية أنها تجنب إطلاق لفظ الشركة ('La Societe') واعتمدت لفظ المشروع (L,entreprise) وذلك لأن لفظ الشركة لا يستقيم مع طبيعة هذا التنظيم، ومع ذلك فقد نظم أحكامها ضمن المادة ٢٢٣ -L من قانون التجارة الجديد بالمرسوم ٩١٢ تاريخ ١٨/٩/٢٠٠٠ وضمن أحكام الشركة ذات المسؤولية المحدودة . وكذلك أخذ القانون التونسي في مجلة الشركات التجارية الصادرة بالقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ بتسمية شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة. أما قانون الشركات العراقي فقد اختار تسميتين لشركة الشخص الواحد هما المشروع الفردي والشركة محدودة المسؤولية وهاتين التسميتان تبدوان غير دقيقة، فلفظ المشروع الفردي لا يتطابق مع مفهوم الشركة بمعناها اللغوي التي تفيد المشاركة بين شخصين أو أكثر، فهو - كما يرى البعض من الفقه - " ينطوي على تناقض؛ لأنه إذا كان المشروع الفردي (شركة) فإنها لا يمكن أن تتكون بأقل من شخصين، وإذا كان (فردياً) فعلا فإنه لا يُعتبر شركة ولا مكان له بالتالي في قانون الشركات ."

أشارت المادة ٨٥ من قانون الشركات الكويتي بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ - المعدلة بالقانون رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٣ - إلى أنه " يقصد بشركة الشخص الواحد - في تطبيق أحكام هذا القانون - كل مشروع يمتلك رأس ماله بالكامل شخص واحد طبيعي أو اعتباري، لا يسأل مالك الشركة عن التزاماتها إلا بمقدار رأس المال المخصص للشركة " .

ومما تقدّم يتضح بأن المشرّع الكويتي لم يلتفت إلى الحجة التقليدية التي تدعو المشرّع إلى تجنب إيراد تعريف للتصرفات أو المراكز القانونية بحجة أن التعريف يخلق حالة من الجمود بشأن الموضوع الذي تصدى المشرّع لتعريفه، فعمد إلى التعريف بشركة الشخص الواحد، لاسيّما أن هذا القانون قد تولى تنظيمها لأول مرة، ومن ثم فإنّ الحاجة تدعو إلى بيان موقف المشرّع من طبيعتها أو خصائصها، إلا أنّ ما ذكرته المادة المذكورة لا يمثل تعريفاً بالمعنى الدقيق، بل هو أقرب إلى بيان خصائص هذه الشركة، ومع ذلك لا يمكن، بطبيعة الحال، إنكار ما للنص المتقدّم ذكره من فائدة في التعريف بها .

أما قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧، فقد نظم نمطين من شركة الشخص الواحد هما المشروع الفردي والشركة محدودة المسؤولية. وقد عرّفت الفقرة رابعاً من المادة (٦) من القانون المذكور المشروع الفردي بأنه " شركة تتألف من شخص طبيعي واحد يكون مالكا للحصة الواحدة فيها ومسؤولاً ومسؤولية شخصية وغير محدودة عن جميع التزامات الشركة". وكذلك أشارت الفقرة ثانياً - ١ من المادة (٨) من قانون الشركات إلى أن الشركة محدودة المسؤولية هي تلك التي "يملكها شخص طبيعي أو معنوي واحد" . وهذا التعريف معيب لكونه لا يفصح سوى عن خصيصة أساسية تتميز بها هذه الشركة بوصفها شركة من شخص واحد (١٨١٠) .

يُنظر: أستاذنا الدكتور باملكي، أكرم، الاتجاهات الجديدة في تنظيم الشركات في العراق، مجلة العلوم القانونية والسياسية - كلية القانون والسياسة - جامعة بغداد، مايس، ١٩٨٤، ص ١٦٠. أما تسمية الشركة محدودة المسؤولية التي أقرها الأمر المرقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٤ - المعدل لقانون الشركات الحالي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ - فهي تسمية توحى بجواز تحديد مسؤولية هذه الشركة عن أداء ديونها أو التزاماتها، بينما من الثابت، أن هذه الشركة، شأنها شأن باقي الأشخاص، لا تستطيع تحديد مسؤوليتها عن ديونها، بل أن المساهم الوحيد في هذه الشركة هو الذي يمكنه ذلك، إذ ينبغي التمييز بين مسؤولية مالك الشركة المذكورة التي هي محدودة وبين مسؤولية الشركة عن أداء ديونها التي هي غير محدودة. وكما عبّر عن ذلك الفقه الإنكليزي بالقول بأن " تحديد المسؤولية limitation of liability هو أمر يتعلق بأعضاء الشركة وليس الشركة ذاتها، فالأخيرة هي على الدوام مسؤوليتها غير محدودة unlimited عن أداء ديونها . يُنظر:

Smith & Keenan, Company Law, Pitman, London, seventh edition, ١٩٨٧, P.٩.

وفضلاً عن هذه التسميات فقد قدّم الفقه تسميات أخرى، منها (الشركة الفردية) "Solo Corporation" وهي شركة تتألف من شخص واحد. يُنظر: Smith & Keenan, Op. Cit., P.١ .

ويبدو بأن تسمية شركة الشخص الواحد التي اختارها القانون الكويتي والقطري والبحريني والتونسي هي الأقرب إلى بيان حقيقة هذه الشركة - على الرغم مما تحمله من تناقض مع المعنى اللغوي للشركة الذي يفيد المشاركة بين شخصين أو أكثر - فشركة الشخص الواحد لا تعدو أن تكون استثناءً على فكرة الشركة، وهذا الذي يسوّغ إطلاق هذه التسمية عليها. وقد أقرت بعض القوانين المعاصرة هذه التسمية، ومن ذلك القانون الهندي الصادر في ٢٩/٨/٢٠١٣ الذي تبنى تسمية شركة الشخص الواحد "One Person Company"، هذه التسمية التي تفضل تسمية "One Man's Company" التي تعني حرفياً " شركة الرجل الواحد " ، إذ إنّ لفظ الشخص (Person) هو أدق من لفظ الرجل (Man) بوصفه اللفظ المعتمد في تحديد الأشخاص المخاطبين بأحكام القانون سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أم معنويين .

أما القانون الفرنسي رقم ٦٩٧-٨٥ الصادر بتاريخ ١١/٧/١٩٨٥ - الذي أجاز تأسيس ما يعرف بالمشروع الفردي ذي المسؤولية المحدودة

(١٨١٠)

L, intreprise unipersonnelle a'responsibilite limite

وتتضح من النصوص المتقدمة، أن شركة الشخص الواحد - مع اختلاف التسميات التي تطلق عليها - تكتسب هذه الوصف استثناءً على الأصل العام الذي يتطلب وجود شخصين على الأقل لصحة تأسيس الشركة<sup>(١٨١١)</sup>.

إلا أنه يظهر بنتيجة المقارنة بين النص الذي قرره قانون الشركات الكويتي بشأن شركة الشخص الواحد، وما قرره القانون العراقي بشأن المشروع الفردي والشركة محدودة المسؤولية أن هنالك بعض مظاهر الاختلاف والاتفاق بين القانونين المذكورين .

أما مظاهر الاختلاف فتتمثل بما يأتي :

أولاً: إن شركة الشخص الواحد في القانون الكويتي هي شركة تؤسس إما من شخص طبيعي أو معنوي ، بينما يؤسس المشروع الفردي في القانون العراقي من شخص طبيعي فحسب، ولا يجوز للشخص المعنوي أن يؤسس مثل هذا المشروع<sup>(١٨١٢)</sup>. ولعلّ السبب في ذلك أن المشروع الفردي هو من الشركات القائمة على الاعتبار الشخصي، شأنه شأن الشركة التضامنية - أو شركة التضامن في القوانين العربية - ومن المعروف أن الاعتبار الشخصي - وهو مقدار الثقة التي يحوزها شخص الشريك، هو أمر يكون متوافراً بوضوح في الأشخاص الطبيعيين أكثر منه في الأشخاص المعنوية .

ثانياً: إن شركة الشخص الواحد في القانون الكويتي هي شركة تتميز بتحديد مسؤولية مالكيها بحدود الأموال المخصصة لرأس المال، بينما يسأل مالك المشروع الفردي في القانون

والمعروف اختصاراً بـ " E.U.R.L " - فهو لم يعرف المشروع المذكور، إلا أنه أشار في مادته الثانية بأن الشركة محدودة المسؤولية تتألف من شخص واحد أو عدة أشخاص يتحملون الخسائر بنسبة حصصهم في رأس المال. والشركة التي تتألف من شخص واحد فإنه يطلق عليه بالشريك الوحيد.

'L,unicite' d'associe وهو يباشر السلطات التي تتمتع بها جمعية الشركاء" وقد أصبح هذا النص ضمن أحكام المادة ١.٢٢٣ من قانون التجارة .

إذ أشارت المادة (٣) من قانون الشركات الكويتي بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ - المعدلة بالقانون رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٢ - إلى أن " يكون تأسيس الشركة يعقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر = = بأن يساهم كل منهما في مشروع يستهدف الربح بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة " .<sup>(١٨١١)</sup>

وكذلك أشارت الفقرة أولاً من المادة (٤) من قانون الشركات العراقي إلى أن " الشركة عقد يلتزم به شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهما في مشروع اقتصادي بتقديم حصة من مال أو من عمل لاقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة .

كما أشارت المادة ١٨٣٢ من القانون المدني الفرنسي - المعدلة بقانون برقم ٧٨-٩ تاريخ ٤/١/١٩٧٨ والقانون رقم ٦٩٧-٨٥ تاريخ ١١/٧/١٩٨٥ - بأنه: ينشئ الشركة شخصان أو عدة أشخاص يتفقون بمقتضى عقد على تخصيص أموال أو عمل لمشروع مشترك بقصد اقتسام الربح أو الإفادة من الوفرة التي تنجم عن هذا العقد " .

وكذلك منعت مجلة الشركات التجارية التونسية الصادرة بالقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ على الأشخاص المعنوية أن تؤسس شركة ذات شخص واحد ذات مسؤولية محدودة، وكذلك يُمنع الشخص الطبيعي أن يؤسس أكثر من شركة شخص واحد. إلا أن مثل هذه القيود - كما يذهب الفقه - هي غير موجودة في القوانين الحديثة ، إذ لا تمنع الشركات أن تكون شريكاً في شركات أخرى. يُنظر: السورفلي، أحمد، الوجيز في قانون الشركات التجارية، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، الطبعة الثانية، ٢٠١٠، ص ١٥٨.<sup>(١٨١٢)</sup>

العراقي عن ديون الشركة مسؤولية شخصية وغير محدودة، إلا أن الشركة محدودة المسؤولية في القانون العراقي تقترب من شركة الشخص الواحد في القانون الكويتي بجواز تأسيسها من الشخص الطبيعي أو المعنوي، فضلاً عن تحديد مسؤولية مالكيها.

أما مظاهر الاتفاق بين القانونين المذكورين، فتمثل بما يأتي :

أولاً: إنَّ شركة الشخص الواحد في القانون الكويتي والمشروع الفردي والشركة محدودة المسؤولية في القانون العراقي تمثلان شركة من شخص واحد .

ثانياً: تمثل شركة الشخص الواحد في القانون الكويتي وفقاً لما قرره المادة (٤) نوعاً من أنواع الشركات<sup>(١٨١٣)</sup>، وليست شكلاً من أشكال الشركة ذات المسؤولية المحدودة، على الرغم مما قرره المادة (٩١) من القانون المذكور بأنه " تسري على شركة الشخص الواحد الأحكام المنظمة للشركة ذات المسؤولية المحدودة بما لا يتعارض مع طبيعتها"، لوجود قدر من الخصائص المشتركة بين الشركتين المذكورتين، إلا أن هذا الخضوع لا يجعل من شركة الشخص الواحد شكلاً من أشكال الشركة ذات المسؤولية المحدودة، فهي تمثل نوعاً قائماً بذاته متميزاً عن الشركة ذات المسؤولية المحدودة، كونها لا تضم سوى شخصاً واحداً، الأمر الذي يستدعي استبعاد تطبيق الكثير من الأحكام التي تخضع لها الشركة ذات المسؤولية المحدودة على شركة الشخص الواحد بسبب اختلاف طبيعتها عن الشركة المذكورة، وهذا ما سنبيّنه عند دراسة الأحكام المتعلقة بإدارة شركة الشخص الواحد .

أما في القانون العراقي، فإن المشروع الفردي يمثل كذلك نوعاً من أنواع الشركات<sup>(١٨١٤)</sup> وتمثل كذلك الشركة محدودة المسؤولية نوعاً من أنواع الشركات على الرغم من خضوعها لأحكام الشركة المحدودة<sup>(١٨١٥)</sup> في بعض الأحكام، كذلك المتعلقة برأس مالها، ومنها وجوب تقسيمه على

(١٨١٣) تنص المادة (٤) من قانون الشركات الكويتي على أن " تتخذ الشركة أحد الأشكال الآتية :

- ١- شركة التضامن .
- ٢- شركة التوصية البسيطة .
- ٣- شركة التوصية بالاسم .
- ٤- شركة المحاصة .
- ٥- شركة المساهمة
- ٦- الشركة ذات المسؤولية المحدودة .
- ٧- شركة الشخص الواحد ... " .

(١٨١٤) وهذا ما أشار إليه الفرع الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول من قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ الموسوم (أنواع الشركات)

والذي أشار إلى أنواع الشركات التي ينظمها، وبضمنها المشروع الفردي (المادة ٦ - الفقرة رابعاً) .

(١٨١٥) وهذه هي التسمية التي اعتمدها قانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ الملغي، وكرّسها القانون الحالي وذلك بدلاً عن تسمية الشركة ذات المسؤولية المحدودة التي كان يعتمدها قانون الشركات التجارية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٧ الملغي والشائعة في القوانين العربية .

أسهم<sup>(١٨١٦)</sup>، ووجوب الوفاء به بالكامل قبل صدور شهادة تأسيس الشركة<sup>(١٨١٧)</sup>، وعدم جواز دعوة الجمهور للاكتتاب العام بأسهمها<sup>(١٨١٨)</sup>. فالخصائص المشتركة بين الشركة المحدودة المسؤولية والشركة المحدودة لا تلغي استقلال النوع الأول في طبيعته عن النوع الثاني<sup>(١٨١٩)</sup>.

### المطلب الثاني: خصائص شركة الشخص الواحد

يبدو من التعاريف التي ذكرها قانون الشركات الكويتي بشأن شركة الشخص الواحد، والعراقي بشأن الشركة محدودة المسؤولية أن لشركة الشخص الواحد خصيصتان أساسيتان وهما أنها شركة من شخص واحد (فقرة أولاً)، وتحديد مسؤولية ملك الشركة (فقرة ثانياً). ونبين هاتين الخاصيتين تباعاً:

### الفقرة أولاً: شركة من شخص واحد

الأصل أن الشركة - ومنذ عصر القانون الروماني - عدت عقداً يتطلب وجود شخصين على الأقل لصحة إنشائها. وقد أقرت المادة ١٨٣٢ من القانون المدني الفرنسي هذا الأصل لمدة طويلة، إلا أن القانون رقم ٦٩٧-٨٥ الصادر في ٤/٧/١٩٨٥<sup>(١٨٢٠)</sup> خرج عن هذا الأصل مقررًا بجواز

(١٨١٦) المادة (٢٩) من قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧.

(١٨١٧) المادة (٥٣) من القانون أعلاه.

(١٨١٨) إذ يقتصر الاكتتاب العام بأسهم الشركة على الشركة المساهمة فحسب وفقاً لما قرره المادة (٣٨) من قانون الشركات.

(١٨١٩) إلا أن البعض من الفقه الفرنسي يذهب إلى أن المشروع الفردي ذي المسؤولية المحدودة - وهو شركة من شخص واحد - لا يمثل سوى نمطاً أو شكلاً من أشكال الشركة ذات المسؤولية المحدودة، وهو يخضع للقواعد المقررة بشأن هذه الشركة مع مراعاة الطبيعة الخاصة له. وقد اختار قانون التجارة الفرنسي الجديد بالمرسوم ٩١٢ الصادر بتاريخ ١٨/٩/٢٠٠٠ تنظيم أحكام المشروع الفردي ذي المسؤولية المحدودة الذي قررها القانون رقم ٦٩٧ الصادر بتاريخ ٤/٧/١٩٨٥ ضمن الأحكام المقررة بشأن الشركة ذات المسؤولية المحدودة la Societe a responsabilite limite والتي تعرف اختصاراً بـ (S.A.R.L) من دون أن يفرد له أحكاماً خاصة كنوع من أنواع الشركات، كما فعل ذلك القانون الكويتي أو القانون العراقي. ولعل أهم ما يعزز هذا الرأي - كما يرى هذا الاتجاه من الفقه - أن انتقال الشركة ذات المسؤولية المحدودة (متعددة الأشخاص) إلى مشروع فردي ذي مسؤولية محدودة (شركة شخص واحد) عن طريق التنازل عن حصصها لشخص واحد، لا يُعدُّ تحولاً، ولا يتطلب سوى تعديل نظام الشركة، وذلك لأنَّ التحول - كما هو مقرر - يتضمن تغيير في نوع الشركة، ولما كان المشروع الفردي ذي المسؤولية المحدودة لا يمثل نوعاً من أنواع الشركات، بل هو مجرد شكل من أشكال الشركة ذات المسؤولية المحدودة، فإن الأمر لا يستدعي اتخاذ إجراءات التحول في حال انتقال الحصص إلى شخص واحد. في تفصيل هذه الآراء يُنظر: Ripert et Roblot, Traite de droit commercial, Par German, T.I.Vol.٢.L.G.D.J. Paris, ١٨ edition.No. ١٣٤٦.

(١٨٢٠) قبل صدور القانون ٦٩٧-٨٥ كان القانون الفرنسي يرفض التسليم بشركة الشخص الواحد، إذ أكد القضاء في أحكام كثيرة أن اجتماع الحصص كلها لدى شريك واحد يؤدي إلى حل الشركة تلقائياً بقوة القانون. ومن ذلك قرار محكمة النقض (التمييز) الفرنسية الذي ذهب فيه بأن اجتماع الحصص كلها في شركة التضامن بيد شخص واحد يؤدي إلى حل الشركة.

Cass.Req.٤. Fev/١٩٣٠..Journal des Societes. ١٩٣١.٥٣١.

وكذلك قضت محكمة استئناف باريس بأنه عندما يصبح مدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة مالكاً وحيداً لجميع الحصص في الشركة، فينبغي حلها لئلا تختلط شخصيته بشخصية الشركة.

تأسيس الشركة من شخص واحد، ومن ثم تم تعديل المادة المذكورة لتقرر في فقرتها الثانية بأنه " يمكن إنشاء الشركة بعمل إرادي لشخص واحد في الحالات التي ينص عليها القانون " (١٨٢١).

فشركة الشخص الواحد تمثل استثناءً على الأصل الذي قامت عليه الشركة (١٨٢٢)، والذي يتطلب تعدد الإيرادات ووجود أكثر شخصين على الأقل لصحة تأسيسها، فهي تؤسس بتصرف بالإرادة المنفردة للشخص. وهذا ما أشار إليه قانون الشركات الكويتي صراحةً في المادة (٣) التي نصت على أنه " ويجوز - في الأحوال التي ينص عليها القانون - أن تؤسس الشركة بتصرف بالإرادة المنفردة لشخص واحد " ، وكذلك ما أشار إليه قانون الشركات العراقي الذي قرر في الفقرة ثانياً من المادة (٤) من أنه " يجوز استثناءً.. أن تتكون الشركة من شخص واحد"، وهذه الشركة تؤسس بعمل إرادي صادر عن شخص واحد هو مؤسس الشركة. وإذا كان من الجائز تأسيس الشركة بتصرف بالإرادة المنفردة للشخص، فهل يشكل الإقرار - بشركة الشخص تراجعاً عن الطبيعة العقدية للشركة وتغليباً للفكرة النظامية (١٨٢٣) فيها؟ ذهب بعض آراء الفقه إلى أن

Cour appel Paris ١٤.Nov. ١٩٣٢. Journal des Societes. ١٩٣٤.١٦٦

وبصدور قانون الشركات بالرقم ٥٣٧-٦٦ تاريخ ٢٤/٧/١٩٦٦ ، فقد تم الرجوع عن الحل التلقائي للشركة، إذ قررت المادة (٩) من هذا القانون " بأن اجتماع كل الحصص أو الأسهم في يد شخص واحد لا يؤدي إلى حل الشركة بقوة القانون، ويمكن لكل ذي مصلحة أن يطلب حل الشركة إذا لم تصحح أوضاعها خلال مدة عام " . وبمقتضى هذا النص أصبح من الممكن استمرار الشركة التي تجتمع فيها حصصها أو أسهمها كلها لدى شخص واحد للمدة المحددة في النص، وينبغي تصحيح أوضاعها خلال هذه المدة، وألا جاز بانقضائها لكل مصلحة أن يطلب حلها. وقد مهد هذا النص إلى الإقرار لاحقاً بالقانون ٨٥-٦٩٧ بجواز تأسيس شركة الشخص الواحد ابتداءً " ab initio " من شخص واحد. يُنظر:

Guyon, Yves, Droit des Affaires, T.I, Economica- Delta, Paris, ١٢ edition. ٢٠٠٣, No. ١٣٤.P. ١٤٣.

ويشير الفقه بأن إجازة القانون ٨٥-٦٩٧ للشخص بمفرده une Seule Personne بإنشاء الشركة يمكن أن يضاف إلى الحالات التي يجوز فيها للإرادة المنفردة (أو الفردية) إنشاء التزام بذمة من صدرت عنه ... يُنظر:

Larroumet, Christian, Droit Civil, Tome ٣. Les obligations- Le Contrat. Economica- Delta, Paris, ٣ edition, ١٩٩٦.No. ١٠٣.P. ٩١-٩٢.

بل هي شركة بلا شركاء 'Societe Sans associe'. يُنظر :

Guyon, Op.Cit., No. ١٣٤-١. P. ١٤٦.

من المعروف أن هناك نظريتان تحددان الطبيعة القانونية للشركة، وهما النظرية العقدية والنظرية النظامية، إذ يرى أصحاب النظرية العقدية أن الشركة - وجرىاً على التقاليد الموروثة عن القانون الروماني - لا تمثل سوى عقد تلعب إرادة الشركاء دوراً أساسياً في إنشائه وتحديد شروطه. وهذه النظرية تتفق مع مبدأ سلطان الإرادة الذي ساد في القرن التاسع عشر، إلا أن هذه النظرية تعرضت للنقد بفعل عجزها عن تفسير جميع الأحكام الواردة في قانون الشركات؛ لأنه إذا كانت القواعد العامة تتطلب اتفاق الطرفين على تعديل شروط العقد، فإنه من الممكن لأغلبية الشركاء تعديله من دون أن يستلزم ذلك الإجماع. فضلاً عن أن نشوء الشخصية المعنوية لم يُعد مرتباً بإرادة الشركاء، وإنما باستيفاء إجراءات محددة. ومقابل ذلك ذهب أصحاب النظرية النظامية إلى أن الشركة لا تمثل سوى نظام تكفل المشرّع بوضع قواعده ولا دخل لإرادة الشركاء في تحديد شروطه وأثاره. في تفصيل ذلك يُنظر:

German, Op.Cit., No. ١٠٥٦- ١٩-٢٠٠

إلا أن غالبية آراء الفقه وأحكام القضاء تذهب بأن عقد الشركة يتضمن قدراً من القواعد العقدية وقدراً من القواعد النظامية، إلا أن هذا القدر يختلف باختلاف نوع الشركة، ففي شركات الأشخاص تبدو الصبغة العقدية للشركة أكثر وضوحاً من الصبغة النظامية، أما في شركات الأموال فتبدو الصبغة النظامية هي التي تطغى في هذا النوع من الشركات. وبهذا المعنى يُنظر: الدكتور محرز، أحمد = محمد،

الإقرار بشركة الشخص الواحد يمثل تغليباً للطبيعة النظامية للشركة وتراجعاً عن الطبيعة العقدية له (١٨٢٤)

وبتقديرنا المتواضع فإنَّ إجازة شركة الشخص الواحد - وإن كان يولد انطباعاً بأنه يحمل تراجعاً عن الطبيعة العقدية للشركة - إلا أن مثل هذا الانطباع غير دقيق، فضلاً عن كونه لا يمثل انحيازاً للطبيعة النظامية للأسباب الآتية :

أولاً: إنَّ مفهوم العقد قد شهد تبديلاً واضحاً عن مفهومه الذي كان سائداً في القرن التاسع عشر الذي أعلى من شأن الإرادة الفردية وأضفى عليها هالة من التقديس تمثلت بإقرار قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إذ أصبح من المسلم به في القوانين المعاصرة الإقرار بحق المشرِّع بالحق في تنظيم الكثير من المراكز أو الأوضاع العقدية .

ثانياً: إنَّ قواعد قانون الشركات - حتى في الدول الأكثر تشبثاً بالأفكار الليبرالية - بدأت تحرص على وضع قواعد تحكم الشركات ابتداءً من تأسيسها حتى تصفيتها، وهذه القواعد تبدو في أغلبها ذات طبيعة أمرية، وهي في تطور واتساع مستمر بفعل ظهور بعض المفاهيم الحديثة في قانون الشركات كمبدأ الإفصاح أو الشفافية .

ومن ثم فإنَّ تدخل المشرِّع في تنظيم المسائل المتصلة بالشركات لا يُعدُّ تراجعاً عن النظرية العقدية، بل هو تدخل تفرضه تنوع المصالح التي ينظمها قانون الشركات والمتمثلة بحماية مصلحة الشركاء أو المساهمين الذين يسهمون في تكوين رأس مالها، وحماية الغير الذي يتعامل مع الشركة، وحماية الشركة ذاتها بوصفه شخصاً معنوياً له مصالحه الخاصة. وهكذا نخلص إلى أن الإقرار بشركة الشخص الواحد لا يمثل - كما سبقت الإشارة تراجعاً عن الطبيعة العقدية للشركة، بل هو إقرار من المشرِّع بحق الإرادة الفردية في إنشاء الشركة، إلا أن هذه الإرادة - وإن كانت حرة في اختيار نوع الشركة أو طبيعة عرضها - إلا أنها تخضع، شأنها شأن إرادة الشركاء في الشركات متعددة الشركات، إلى قيود معينة تكفل الحماية للمصالح التي سبق ذكرها فيما تقدّم .

#### الفقرة ثانياً: تحديد المسؤولية

الوسيط في الشركات التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٤، ص ٢٠-٢١. وكذلك ذهب القضاء إلى أن الشركة هي مزيج من وضع نظمه القانون ووضع تعاقدى قام على توافق الإرادتين، ولا يمكن إغفال هذين الوضعين.. محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، تاريخ ١٩٦٧/١/٦، مجلة المحامي، ١٩٦٧، ص ٦٣.

Ripert et Roblot, Par German, Op.Cit., No. ١٠٥٦- ٢٠.

(١٨٢٤) يُنظر:

وهم يرون بأن النظرية النظامية شهدت تكريساً رسمياً لها بصدور القانون ٦٩٧-٨٥، إلا أن هذا الأمر محل انتقاد؛ لأنَّ النظرية المذكورة وضعت في الأصل لتحديد طبيعة العلاقات التي تربط الشركاء أو المساهمين بأجهزة إدارة الشركة، وهذه العلاقات لا وجود لها في شركة الشخص الواحد .

تتميز شركة الشخص الواحد بخاصية جوهرية تشترك بها مع شركات أخرى، كالشركة المساهمة أو ذات المسؤولية المحدودة، وهي تحديد مسؤولية مالكيها بحدود رأس المال المخصص لها، وعدم جواز الرجوع على أمواله الأخرى. وهذا ما قرره المادة (٨٥) من قانون الشركات الكويتي التي نصت على أنه " لا يسأل مالك الشركة عن التزاماتها إلا بمقدار رأس المال المخصص للشركة".

أما قانون الشركات العراقي، فقد أشار في المادة (٢٩) إلى تقسيم رأس مال الشركة محدودة المسؤولية على أسهم، وقرر في المادة (٣٣) بأنه " لا يسأل المساهم عن ديون الشركة إلا بمقدار القيمة الاسمية للأسهم التي يملكها " (١٨٢٥). وخلافاً لذلك قرر بمسؤولية مالك المشروع الفردي عن التزامات الشركة مسؤولية شخصية وغير محدودة وفقاً لما قرره المادة (٣٥) من القانون المذكور.

وإذا كان من المقرر أن مبدأ تحديد المسؤولية يُعدُّ من الخصائص الجوهرية للشركة المساهمة وذات المسؤولية المحدودة، إلا أن القوانين التي أجازت شركة الشخص الواحد بوجه عام قد تبنته بقصد الإفادة منه، ويمكن القول بأن الرغبة في تحديد مسؤولية مالك شركة الشخص الواحد مثلت أهم البواعث التي حدثت بالمشرعين في الإقرار بمثل هذه الشركة، إذ بوسع الشخص مزاوله النشاط التجاري، من دون يتخذ شكل شركة، وفي هذه الحالة سيخضع هذا الشخص عند مزاولته للنشاط إلى القواعد المقررة في القانون المدني أو قانون التجارة أو أي قانون آخر، لكنه ليس بوسعه تحديد مسؤوليته عن ديونه أو التزاماته كما تقضي بذلك القواعد العامة.

إلا أن القوانين التي أقرت بشركة الشخص الواحد قصدت إيجاد إطار قانوني يمكن الشخص من مزاوله النشاط التجاري، وذلك باقتطاع جزء معين من أمواله وتخصيصه لاستثمار محدد - يمثل غرض الشركة - وتحديد مسؤوليته عن ديون الشركة بحدود رأس المال المخصص لها. وإذا كان مبدأ تحديد المسؤولية يوفر مزايا كثيرة سنتولى الإشارة إليها في موضع لاحق، إلا أنه يتضمن عيوباً دعت المشرع الكويتي إلى تقرير استثناء على المبدأ المذكور، فما هو هذا الاستثناء؟

### المسؤولية غير المحدودة :

بسبب الخشية من أن يتخذ مبدأ تحديد المسؤولية ستاراً يمكن مالك شركة الشخص الواحد من التهرب عن الوفاء بالتزاماته، أو يشجع البعض على مزاوله النشاط التجاري غير مكترئين بما يؤول إليه هذا النشاط. فقد خرج المشرع الكويتي على الأصل العام المقرر بشأن تحديد مسؤولية

وكذلك أشارت المادة (٢) من القانون الفرنسي رقم ٦٩٧-٨٥ الصادر بتاريخ ٤/٧/١٩٨٥ إلى أن الشريك الوحيد في المشروع الفردي محدود المسؤولية يتحمل الخسائر بنسبة حصته في رأس المال.



مالك شركة الشخص الواحد بحدود رأس المال المخصص للشركة المذكورة مقررأ في المادة (٩٠) بمسؤولية مالك الشركة غير المحدودة عن التزاماتها في الأحوال الآتية:

أولاً: إذا قام بسوء نية بتصفيتها أو وقف نشاطها قبل انتهاء مدتها أو قبل تحقق الغرض من إنشائها .

ثانياً: إذا ثبت أنه لم يفصل بين ذمته المالية والذمة المالية للشركة بما يضرّ الغير حسن النية.

### المبحث الثاني: مزايا وعيوب شركة الشخص الواحد

لشركة الشخص الواحد مزايا معينة دعت البعض من المشرّعين إلى الإقرار بها. ومقابل ذلك فإن لها عيوباً، شأنها شأن أي نظام قانوني آخر، لذا سنبحث أولاً في مزايا شركة الشخص الواحد في (مطلب أول) وعيوبها في (مطلب ثان).

#### المطلب الأول: مزايا شركة الشخص الواحد

تتمثل مزايا شركة الشخص الواحد بوصفها وسيلة تتيح للشخص تحديد مسؤوليته عن ديون الشركة، وكذلك أنها تمثل وسيلة للحد من شركات الواجهة، فضلاً عن ميزة المرونة في إدارتها والتصرف بها، ومزايا أخرى نبينها تباعاً في فقرات وبالشكل الآتي :

#### الفقرة أولاً: وسيلة لتحديد المسؤولية

وفقاً لنظرية الذمة المالية<sup>(١٨٢٦)</sup> التي كرّستها القوانين ذات الاتجاه اللاتيني، وبضمنها القوانين العربية المتأثرة به، فإنّ هذه الذمة - بوصفها مجموع ما للشخص من حقوق والتزامات مالية - ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالشخصية القانونية<sup>(١٨٢٧)</sup>، إذ تمثل الجانب المالي لهذه الشخصية<sup>(١٨٢٨)</sup>، ولها ذات خصائص الشخصية القانونية، ومن ذلك أن لكل شخص ذمة مالية واحدة، وطالما أنه من المتعذر تجزئة الشخصية القانونية، فلا يجوز تبعاً لذلك تجزئة الذمة المالية، وهكذا فإنّ الأموال التي

(١٨٢٦) ومن المعروف أن الفقيهان Aubry-Rua هما اللذان عملا على صياغة هذه النظرية .

(١٨٢٧) يُنظر:

Cornu, Ge'ard, Droit Civil, introduction au droit. Edition Alpha- Montchrestien, ١٣ edition, ٢٠٠٩, P. ٢٥٧.

(١٨٢٨) يُنظر: الدكتور زكي، محمود جمال الدين، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٦٩، ص ٤٧٣ .

يخصها الشخص (التاجر) مثلاً لمشروع أو استغلال ما لا تتمتع بصفة الاستقلال عن باقي العناصر التي تشكل ذمته المالية، وهذه العناصر بمجموعها هي الضامنة لديون الشخص جميعاً<sup>(١٨٢٩)</sup>. وإذا كان من المتعذر على الشخص تخصيص جزء من أمواله واستبعادها عن الضمان العام للدائنين، فإن هذا ما يعرضه للمخاطر الناشئة عن الاستغلال التجاري في جميع أمواله الحاضرة والمستقبلية.

وفي نطاق عقد الشركة، فقد كان الأصل هو مسؤولية الشريك الشخصية وغير المحدودة عن ديون الشركة، وهذا ما كانت، ولا زالت تقرره أحكام شركة التضامن - أو الشركة التضامنية وفق القانون العراقي - بوصفها أقدم أنواع الشركات من الناحية التاريخية<sup>(١٨٣٠)</sup>. وقد مثلت المسؤولية الشخصية وغير المحدودة شبحاً أدى إلى تردد الكثير من الأشخاص في الاستثمار في المشروعات التي تضطلع بها الشركات، وذلك للمخاطر الجدية الناشئة عنها. وبعد مراحل تطور عديدة تم الإقرار بجواز تحديد المسؤولية في بعض أنواع الشركات<sup>(١٨٣١)</sup>، وذلك على الرغم من كونه يمثل خروجاً على مبدأ وحدة الذمة المالية وعدم جواز تجزئتها. وقد أصبح هذا المبدأ من المسلمات المقررة في قانون الشركات في مختلف النظم القانونية، وتم تبنيه من القوانين التي أجازت شركة الشخص الواحد، وذلك بفضل مزاياه المهمة، التي أهمها إشاعة حالة من الاطمئنان لدى الشخص بأن أمواله الأخرى هي بمأمن من الرجوع عليها من دائني الشركة في حالة خسارة الشركة أو إفلاسها، إلا أن الرغبة في تحديد المسؤولية لا تمثل الباعث الأساس في اختيار الشخص

(١٨٢٩) وهذا ما قرره غالبية القوانين المدنية العربية بالقاعدة المعروفة بأن "أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه" الفقرة (١) من المادة (٢٦٠) مدني عراقي .

(١٨٣٠) يُنظر: الدكتور الشمري، طعمة، قانون الشركات التجارية الكويتي، دون ذكر دار النشر، الكويت، الطبعة الثانية، ١٩٨٧، ص ١٩٤.

(١٨٣١) يُعد القانون الإنكليزي هو الأصل التاريخي لمبدأ تحديد المسؤولية، وقد مرَّ هذا المبدأ بمراحل من التطور حتى استقر على شكله المعروف حالياً، إذ لم تكن المسؤولية المحدودة سوى امتياز يقتصر على الشركات المساهمة التي تؤسس بقانون من البرلمان - أي التي تحصل على ترخيص برلماني - وكذلك التي تحصل على ترخيص ملكي. ولم يستطع قانون كلاسستون ١٨٤٤، Gladstone Law - مع أنه أول قانون أرسى الملامح الحديثة للشركة المساهمة حسب ما تعرف حالياً - أن يقرر مبدأ تحديد المسؤولية إذ أجاز لدائني الشركة الرجوع على المساهمين الحاليين والسابقين الذين لم تمض على انتهاء علاقتهم بالشركة لمدة تزيد على أكثر من ثلاث سنوات، إلا أن الصراع بين أصحاب رؤوس الأموال والمستثمرين الذين يرغبون بتحديد مسؤوليتهم وبين الحكومة انتهى بصور قانون المسؤولية المحدودة لأعضاء الشركات المساهمة لعام ١٨٥٥ .

The Act of limiting Liability of Members of Joint Stock Companies.

وبمقتضى هذا القانون، فقد أصبح بإمكان الشركات المساهمة كافة أن تحدد مسؤولية مساهميها عن ديون الشركة بشرط الحصول على شهادة تسجيل من سجل الشركات، وبإضافة كلمة محدودة limited إلى نهاية اسمها المعلن. في تفصيل ما تقدم يُنظر:

Gower. The Principle of Modern Company Law, Steven & Sons Publishing, London. Third edition, ١٩٦٩, P.P. ٤٢-٥١.

شركة الشخص الواحد بوصفها وسيلة لممارسة النشاط التجاري فحسب، بل أنه يقصد - فضلاً عن ذلك - الاستفادة من المزايا التي تتمتع بها الشركة على الصعيد الداخلي أو الدولي (١٨٣٢).

### الفقرة ثانياً: الحد من شركات الواجهة

من المعروف أن الصورية - وهي اتخاذ مظهر مخالف لحقيقة التصرف القانوني - هي ظاهرة تتخلل الكثير من التصرفات والأوضاع القانونية، وبضمن ذلك بعض مظاهر الصورية التي من الممكن أن تلحق بعقد الشركة. وإذا كانت القواعد التقليدية للعقد المذكور قد تضمنت الكثير من الأحكام التي تهدف إلى الحد من الصورية سواء عند تأسيس الشركة أم عند مزاوله نشاطها، ومن ذلك اشتراط تعدد الشركاء ووجوب توافر نية الاشتراك والتزام الشريك بتقديم حصة لتكوين رأس المال. ومع ذلك يشير الواقع إلى وجود ظاهرة المساهم أو الشريك أو المؤسس الصوري، وهؤلاء هم أشخاص لا تتوافر لديهم النية الحقيقية في تحمل المسؤولية الناشئة عن تأسيس الشركة (١٨٣٣) أو الاشتراك فيها (١٨٣٤). ولا يُعدون سوى واجهة يختفي وراءها المؤسس المستتر إما لحماية نفسه من المسؤولية، أو لأنه ممنوع من المشاركة في تأسيس الشركات (١٨٣٥)، ولا يكون انضمامهم سوى بقصد استكمال الحد الأدنى لعدد الشركاء أو المساهمين الواجب توافره في الشركة. وإذا كانت المساهمات أو المشاركات الصورية (١٨٣٦) هي ظاهرة عامة يمكن أن تلحظ في مختلف أنواع الشركات، إلا أن ميدانها الحقيقي - كما يشير الفقه - هو الشركات ذات المسؤولية المحدودة (١٨٣٧)، وذلك لأن هذه الشركة لا تضم سوى عدد قليل من المساهمين، كشخصين أو ثلاثة، يكون أحدهما هو

(١٨٣٢) يُنظر: الدكتور ناصيف، الياس، موسوعة الشركات التجارية، الجزء الخامس، شركة الشخص الواحد، بدون ذكر الناشر، الطبعة الثانية، ٢٠٠٦، ص ٢٤.

(١٨٣٣) لقد تطلبت القوانين العربية أن تتوافر لدى المؤسس النية في تحمل المسؤولية الناشئة عن التأسيس، إذ أشارت المادة السابعة من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ المصري أنه "يعتبر مؤسساً للشركة من يشترك اشتراكاً فعلياً في تأسيسها بنية تحمل المسؤولية الناشئة ... " وكذلك أشارت المادة (٦٧) من قانون الشركات البحريني رقم ٢٨ لسنة ١٩٧٥ إلى الحكم ذاته .

(١٨٣٤) كذلك تطلب الفقه أن تتوافر لدى المؤسس النية إلى تحمل المسؤولية الناشئة عن المشاركة، لأنّ المشرّع اهتم بالموقف النفسي للشخص الذي يباشر أعمال التأسيس، فاستلزم أن يكون هذا الشخص مدركاً وقابلاً للمسؤولية الشخصية التي تنشأ عن انضمامه في أعمال التأسيس. يُنظر: الدكتور بريري، محمود مختار أحمد، قانون المعاملات التجارية - الشركات التجارية - دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٦، ص ٢١٤-٢١٦.

(١٨٣٥) يُنظر: الدكتور الشمري، طعمة، مصدر سبق ذكره، ص ٢٧١.

(١٨٣٦) ينبغي التمييز بين المشاركة الصورية والمشاركة الوهمية، إذ تسعى الأولى في الظاهر إلى استيفاء ركن تعدد الشركاء في الشركة وذلك بتضمين عقدها أسماء الأشخاص لهم وجود حقيقي كشركاء أو مساهمين في الشركة، بينما تقوم المشاركة الوهمية على ذكر أشخاص لا وجود لهم، كشخص فاروق الحياة، أو شركة انقضت شخصيتها القانونية، كشركاء أو مساهمين في الشركة .

(١٨٣٧) يُنظر: الدكتور قابد، محمد بهجت، شركة الشخص الواحد محدود المسؤولية، دون ذكر الناشر، الطبعة الأولى، ١٩٩٠، ص ٢-٣. وبالمعنى ذاته الدكتور قاسم، علي سيد، المشروع التجاري الفردي محدود المسؤولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣، ص ١٣-١٤.

وهم يشيرون إلى إحصاءات مختلفة أجريت في فرنسا بشأن إعداد الشركات التي هي في الظاهر تقوم على تعدد الشركاء، إلا أنها في الواقع مشروعات فردية يملك غالبية أو جميع أسهمها مساهم واحد.

المساهم والمالك الحقيقي للشركة، والآخر أو الآخرون هم مجرد واجهة لا يملك أو يملكون سوى عدد قليل من الأسهم، كالأب الذي يخصص لأبنائه عدداً من الأسهم بقصد استكمال العدد، أو الزوج الذي يمنح لزوجته حصة ما أو عدداً من الأسهم بقصد تحقيق الغرض المتقدم. وقد أدرك غالبية المشرعين تعاضم ظاهرة شركات الواجهة، وبهدف الحد من آثارها الضارة، أو المخالفة للقانون، فقد تم الإقرار بجواز تأسيس الشركة من شخص واحد. وهذا الإقرار - كما يرى البعض - من شأنه خلق حالة من التوافق بين أحكام القانون والواقع، وذلك بالحد من الشركات التي لا تحمل من الشركة سوى الاسم<sup>(١٨٣٨)</sup>.

### الفقرة ثالثاً: المرونة في إدارة الشركة والتصرف فيها

يرى البعض من الفقه بأن الإقرار بشركة الشخص الواحد يؤمن قدرأ من المرونة في إدارتها وفي التصرف فيها<sup>(١٨٣٩)</sup>.

ففيما يتعلق بإدارتها يستطيع مالك الشركة تنظيم إدارتها، وذلك عن طريق اتخاذ القرارات الفردية التي تمكنها من مزاولة نشاطها وتحقيق أغراضها من دون الخوض في الإشكالات الناشئة عن إدارة الشركات متعددة الشركاء والصراعات التي يمكن أن تنشأ بين الشركاء أو المساهمين<sup>(١٨٤٠)</sup>.

وكذلك يستطيع مالك الشركة التصرف فيها بسهولة<sup>(١٨٤١)</sup> عن طريق التنازل عن حصته - أو حصصه وفقاً لقانون الشركات الكويتي، كما سنبين ذلك لاحقاً - للغير من دون أن يكون ملزماً بأخذ موافقة باقي الشركاء على التنازل، كما هو الحال إذا رغب الشريك في التنازل عن حصته إلى شخص من غير الشركاء في الشركة التضامنية.

### الفقرة رابعاً: تشجيع الإبداع والابتكار

يرى البعض بأن قيام شركة الشخص الواحد على مبدأ تحديد المسؤولية، والفصل بين ذمتها والذمة الشخصية لمالكها، وعدم الحاجة إلى وجود شركاء آخرين هو أمر يدفع إلى الابتكار والإبداع ويشجع على المنافسة الشريفة<sup>(١٨٤٢)</sup>.

(١٨٣٨) الدكتور ناصيف، الياس، مصدر سبق ذكره، ص ٢٤.

(١٨٣٩) Ripert et Roblot, Par German, Op.Cit., No. ١٣٤٧.

(١٨٤٠) ومن ذلك المشاكل الناشئة عن تحديد اختصاصات أجهزة إدارة الشركة، وكذلك الصراع بين أغلبية المساهمين أو الشركاء وبين الأقلية، وما ينشأ عن ذلك من هيمنة أو تعسف.

(١٨٤١) يُنظر: الدكتور محرز، أحمد محمد، مصدر سبق ذكره، ص ١١٢.

(١٨٤٢) يُنظر: الدكتور قاسم، علي سيد، مصدر سبق ذكره، ص ١٥.

وهنا تنبغي الإشارة إلى أن الكثير من الأشخاص الذين يرغبون باستثمار أموالهم أو مزاوله النشاط التجاري ليس لديهم أحياناً من الناحية النفسية استعداداً واضحاً في مشاركة الغير في مشروعاتهم لأسباب كثيرة أهمها الرغبة في تجنب الخلافات الناشئة عن مشاركة الغير، والصراع الذي يمكن أن يثور جراء ذلك .

#### المطلب الثاني: عيوب شركة الشخص الواحد

مقابل المزايا التي تتمتع بها شركة الشخص الواحد، فإن لها عيوباً تتمثل بصعوبة الفصل بين ذمة الشركة والذمة الشخصية لمالكها، وتأثر شركة الشخص الواحد بما يطرأ على شخص مالكاها، وكذلك ضعف انتمائها.

ونبين هذه العيوب تباعاً في ثلاث فقرات :

#### الفقرة أولاً: صعوبة الفصل بين ذمة الشركة والذمة الشخصية لمالكها

يُعدُّ الفصل بين ذمة الشركة والذمة الشخصية للشركاء أحد الآثار الأساسية المترتبة على تمتع الشركة بالشخصية المعنوية، وهو ما يتجلى بوضوح في الشركة المساهمة وذات المسؤولية المحدودة، إذ تسأل الشركة لوحدها عن ديونها، ولا يسأل المساهمين عن ذلك بفعل تحديد مسؤولية هؤلاء، وكذلك يكون متوافراً في الشركة التضامنية - أو شركة التضامن - مع الإقرار بجواز الرجوع على الشركاء في أموالهم الخاصة، إذ إنَّ هذا الرجوع لا يقيم تداخلاً بين ذمة الشركة المذكورة والذمة الشخصية للشركاء، ولا يلغي مبدأ استقلال الذمة؛ لأنه مع التسليم بشدة مسؤولية الشركاء في الشركة التضامنية، فإن هذه المسؤولية لا تعدو عن كونها مسؤولية احتياطية<sup>(١٨٤٣)</sup>، إذ لا يجوز التنفيذ على أموال الشركاء قبل إنذار الشركة<sup>(١٨٤٤)</sup>.

وتخضع شركة الشخص الواحد - بوصفها شركة - إلى المبدأ المتقدم فينبغي التمييز بين ذمة الشركة والذمة الشخصية لمؤسسها أو مالكاها.

وقد أكدت المادة (٩٠) من قانون الشركات الكويتي المبدأ المتقدم، وجعلت منه التزاماً يقع على مالك هذه الشركة يوجب مسألته في حال الإخلال به، إذ قررت بأن مالك الشركة " يكون

أو ثانوية؛ لأنَّ المدين الأصلي هو الشركة ذاتها، ويلزم القانون الرجوع إليها أولاً قبل الرجوع على الشركاء . يُنظر: أستاذنا الدكتور ياملكي، أكرم، قانون الشركات، جامعة جيهان، إقليم كردستان - العراق، الطبعة الأولى، ٢٠١٢، ص ٧٣.

إذ لا يجوز التنفيذ على أموال الشركاء إلا بعد التنفيذ على أموال الشركة وعدم كفايتها للوفاء بالدين، وهذا ما قرره المادة (٣٧) من قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧، والمادة (٥٣) من قانون الشركات الكويتي، والمادة (٢٧) من قانون الشركات الأردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧، والمادة (٣٣) من قانون الشركات السوري رقم ٣ لسنة ٢٠٠٨ .

(١٨٤٣)

(١٨٤٤)

مسؤولاً في أمواله الخاصة إذا ثبت أنه لم يفصل بين ذمته المالية والذمة المالية للشركة بما يضر الغير حسن النية .

ومع الوضوح الذي قرر به قانون الشركات الكويتي الأمر المتقدم، إلا أن الفصل بين ذمة الشركة والذمة الشخصية لمالكها يبدو أحياناً بأنه فصلاً نظرياً وليس حقيقياً، وذلك لأسباب كثيرة من أهمها غياب الرقابة على أعمال أو تصرفات مالك الشركة، خلافاً لما عليه الحال في الشركات متعددة الشركاء، إذ تملك الجمعية العامة أو مجلس الرقابة سلطة الرقابة على أعمال الشركة (١٨٤٥).

والواقع أن غياب الفصل بين ذمة الشركة وذمة مالكها سيؤدي إلى نتائج خطيرة لا يمكن قبولها، إذ ستصبح شركة الشخص الواحد ستاراً لتحديد مسؤولية الشخص، ووسيلة يلجأ إليها الكثير من المغامرين لاختبار حظوظهم في مزاولة النشاط التجاري أو غيره من الأنشطة التي تقوم بها شركة الشخص الواحد. وإذا كان قانون الشركات الكويتي قد وضع بالحسبان احتمال قيام البعض بمثل هذه التصرفات، إذ يلجأ إلى تأسيس شركة بمفرده ومتى شعر بفشل المشروع لجأ إلى حلها قبل حلول أجلها أو قبل تحقق غرضها بهدف الإضرار بالغير، فقرر بمسؤوليته الشخصية وغير المحدودة في أمواله الخاصة عن ديون الشركة .

#### الفقرة ثانياً: تأثير شركة الشخص الواحد بما يطرأ على شخص مالكيها

يترتب على الاعتراف للشركة بالشخصية المعنوية المستقلة عن أشخاص الشركاء عدم تأثيرها بما يطرأ على أشخاص هؤلاء من عوارض أو ما يلزم بهم من أحداث. وهذا ما يتجلى بوضوح تام في الشركة المساهمة التي يتعاضم فيها دور الاعتبار المالي، ويتوارى فيها الاعتبار الشخصي إلى حد بعيد، فلا أثر لوفاء المساهم أو فقدانه الأهلية أو إشهار إفلاسه على استمرار الشركة (١٨٤٦)، أي أنها تبدو منقطعة الصلة بأشخاص مساهميها. وكذلك يبدو هذا المبدأ متوافراً في شركات الأشخاص، على الرغم من قيامها على الاعتبار الشخصي في مجمل أحكامها، إذ عملت القوانين الحديثة على التخفيف من حدة الاعتبار المذكور، فلم يعد وفاة الشريك أو فقدانه الأهلية أو إشهار إفلاسه موجباً لحل الشركة بوجه عام (١٨٤٧).

وتخضع شركة الشخص الواحد كذلك للمبدأ المتقدم، إذ تتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن شخص مالكيها بما يمكنها من مباشرة نشاطها وأداء التزاماتها وتحقيق أغراضها من دون أن تتأثر

(١٨٤٥) مع الإقرار بأن شركة الشخص الواحد هي ملزمة بتعيين مراقب لحساباتها شأنها شأن باقي الشركات. يُنظر: المادة (١٣٣) من قانون الشركات العراقي، والمادة (١٠٩) شركات كويتي، ولا شك أن لمراقب الحسابات دوراً مهماً في مراقبة أعمال الشركة .

(١٨٤٦) ومع ذلك فإن الاعتبار المالي - ومهما تعاضم أثره في شركات الأموال - إلا أنه لا يؤدي إلى انقضاء أي أثر للاعتبار الشخصي في الشركات المذكورة، وهذا ما يبدو واضحاً في الشركة المساهمة غير ذات الاكتتاب العام أو المقفلة وفقاً للقانون الكويتي ... يُنظر: الدكتور رضوان، أبو زيد، شركات المساهمة والقطاع العام، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٣، ص ٢٥ .

(١٨٤٧) المادة (٧٠) من قانون الشركات العراقي التي قضت باستمرار الشركة التضامنية في حال وفاة الشريك أو الحجر عليه أو إشهار إفلاسه .

بما يطرأ على شخص مالكةا من عوارض أو أحداث ، إلا أن مثل هذا الرأي - وإن كان يستقيم من الناحية النظرية - إلا أنه لا يبدو كذلك من الناحية العملية، إذ لا يمكن إنكار الصلة بين شخصية الشركة وشخص مالكةا وتأثرها بما يطرأ عليه من عوارض، فعلى سبيل المثال أن وفاة مالك الشركة يؤدي أحياناً إلى انقضائها، كما لو لم يكن له ورثة أو كان هؤلاء ممنوعين من الاشتراك في الشركات لأي سبب ما، كما أن إشهار إفلاسه تستدعي غل يده ومنعه من التصرف بأمواله، وبضمنها التي يخصصها للشركة .

وإذا كان من المزايا المهمة التي تحققها فكرة استقلال الشخصية المعنوية هو ضمان استمرار مشروع الشركة قائماً لآجال طويلة تستغرق الآجال المتوقعة لحياة الشركاء أو المساهمين، وإذا كان من أهداف الإقرار بفكرة شخص الشخص الواحد هو التخلص من الآثار الضارة للخلط بين المشروع وشخص مموله - عندما يزاول النشاط التجاري بشكل فردي - بما يجعل من بقاء الأول واستمراره - أي المشروع - هو رهن لنزوات الثاني (الممول) وحالته الصحية<sup>(١٨٤٨)</sup> ، إلا أنه لا يمكن بأي حال إنكار الصلة بين شخصية مالك الشركة وشخصية الشركة بما يضي على الأخيرة قدراً من " الشخصنة " لا يلحظ على باقي أنواع الشركات التي ينظمها القانون<sup>(١٨٤٩)</sup> .

#### الفقرة ثالثاً: ضعف انتمان شركة الشخص الواحد

قررت قوانين الشركات - وحماية لدائني الشركة - ضمانات معينة لهؤلاء، ومن ذلك وجوب توافر رأس مال كبير جداً في الشركات المساهمة بشكل إحدى أهم ضمانات دائني هذه الشركة، ويمثل كذلك تعويضاً عن الآثار السلبية لمبدأ تحديد مسؤولية المساهم. ويتفق مع الطبيعة المهمة للمشروعات التي تضطلع فيها الشركة المذكورة، وكذلك الإقرار بالمسؤولية الشخصية وغير المحدودة والتضامنية للشركاء عن أداء ديون الشركة التضامنية . إلا أن شركة الشخص الواحد، شأنها شأن الشركة ذات المسؤولية المحدودة، تتميز بضعف انتمانها بفعل تواضع حجم رؤوس أموالها<sup>(١٨٥٠)</sup> ، الأمر الذي أدى إلى حرمانها من القيام بالمشروعات الاقتصادية ذات الأهمية الكبيرة، ومن ذلك ما قرره المادة (٩٣) من قانون الشركات الكويتي التي حظرت على الشركة ذات المسؤولية المحدودة - التي تطبق أحكامها على شركة الشخص الواحد وفقاً لما قرره المادة

<sup>(١٨٤٨)</sup> يُنظر: الدكتور قاسم، علي سيد، مصدر سبق ذكره، ص ١٠.

<sup>(١٨٤٩)</sup> ومما تجدر الإشارة إليه أن القانون الصادر بتاريخ ٢٠١٣/٨/٢٩ - الذي أجاز شركة الشخص الواحد one Persom Company - تضمن حكماً غريباً بعض الشيء ، إذ قرر بأنه يجب أن تتضمن الوثيقة المنشئة لشركة الشخص الواحد الإشارة إلى اسم شخص آخر - تؤخذ موافقته التحريرية - يحل محل المساهم الوحيد في حالة وفاته أو فقده الأهلوية، أي يصبح عضواً في الشركة بدلاً عنه". يُنظر: Karan deep Makkar, An Analisis of one Person Company under Companies Act, ٢٠١٣.

منشور على موقع Corporate Law repoter بتاريخ ٢٠١٣/١٠/١٣ . وهذا الحكم يبدو مقرباً للحد من الآثار الناشئة عن وفاة مالك الشركة أو فقده الأهلوية وضمان استمرار الشركة قائمة بغض النظر عن هذه العوارض .

<sup>(١٨٥٠)</sup> إذ حدد قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ - المعدل بالأمر المرقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٤ - الحد الأدنى لرأس المال لشركة محدودة المسؤولية بما لا يقل عن مليون (١.٠٠٠.٠٠٠) دينار عراقي. ولا شك أن مثل هذا التحديد يثير علامات الاستغراب بسبب ضآلته، وتعارضه مع قاعدة وجوب كفاية رأس المال المقررة في قوانين الشركات .

(٩١) من القانون المذكور - " أن تمارس أعمال البنوك أو أعمال التأمين أو استثمار الأموال لحساب الغير " لأنّ هذه الأنشطة تتضمن مخاطر كبيرة مما يقتضي توفير الضمانات للأشخاص الذين يستثمرون أموالهم فيها، وهذا الضمان غير متوافر في الشركة ذات المسؤولية المحدودة لمحدودية رأس مالها (١٨٥١).

وهكذا يجد دائنو شركة الشخص الواحد أنفسهم بلا ضمانات تؤمن استيفاء ديونهم، الأمر الذي يدفع البعض منهم إلى الحصول على ضمانات خاصة، إلا أن هذه الضمانة تجعل من مبدأ تحديد المسؤولية في الغالب وهمياً (١٨٥٢).

### المبحث الثالث: تأسيس شركة الشخص الواحد ورأس مالها وإدارتها

نظم قانون الشركات الكويتي بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ ولائحته التنفيذية الأحكام الخاصة بتأسيس شركة الشخص الواحد وما يتعلق برأس مالها وإدارتها. وأشار إلى سريان أحكام الشركة ذات المسؤولية المحدودة التي قررها بشأن شركة الشخص الواحد، فيما لم يرد به نص خاص، وبشرط عدم تعارضها مع طبيعة الشركة المذكورة. ونبحت في هذه الأحكام، ومقارنتها بما قرره قانون الشركات العراقي وذلك في مطلبين، نخصص الأول منهما إلى الأحكام المتعلقة بتأسيس الشركة، على أن نبين في (مطلب ثان) الأحكام المتعلقة برأس مالها وإدارتها.

### المطلب الأول: تأسيس شركة الشخص الواحد

يتم تأسيس شركة الشخص الواحد بطريقتين هما: طريقة التأسيس المباشر (فقرة أولاً)، وتحول شركة ما إلى شركة شخص واحد (فقرة ثانياً).

ونبين هاتين الطريقتين تباعاً .

### الفقرة أولاً: طريقة التأسيس المباشر

تعدّ طريقة التأسيس المباشر الطريقة الأساس في تأسيس شركة الشخص الواحد، إذ سبقت الإشارة إلى أن المادة (٣) من قانون الشركات الكويتي أجازت أن تؤسس الشركة بتصريف بالإرادة المنفردة، أي بعمل إرادي لشخص واحد. وتتمثل إجراءات تأسيس شركة الشخص الواحد بما يأتي :

أولاً: وجوب تحرير نظام الشركة .

ثانياً: الحصول على الترخيص الحكومي .

يُنظر: الدكتور العكيلي، عزيز، الشركات التجارية في القانون الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥، ص ٤٦١. (١٨٥١)

يُنظر: (١٨٥٢) Ripert et Roblot, Par Germain, Op.Cit., No. ١٣٤٧.



ثالثاً: إشهار الشركة. ونبين هذه المراحل تباعاً .

### أولاً: وجوب تحرير نظام الشركة

قررت المادة (٨٦) من قانون الشركات الكويتي بأنه " يكون لشركة الشخص الواحد نظام أساسي يشمل على اسم الشركة وغرضها، ومدتها، وبيانات مالكيها، وكيفية إدارتها وتصفياتها وغيرها من الأحكام التي تحددها اللائحة " .

ويتضح من النص المتقدم، أنه بالنظر لانعدام تعدد الشركاء في شركة الشخص الواحد، وإمكان تأسيسها من شخص واحد، فقد ألزم المشرع الكويتي الشخص المذكور بتحرير (نظام للشركة) وليس عقداً كما هو الحال في الشركات القائمة على تعدد الشركاء (١٨٥٣).

أما قانون الشركات العراقي، فقد ألزم في المادة (١٤) مؤسس الشركة محدودة المسؤولية، وكذلك المشروع الفردي ، " بإعداد (بيان) يقوم مقام عقد الشركة وتسري عليه الأحكام التي تطبق على العقد حيثما وردت في المادة (١٣) من القانون " .

### شكل نظام الشركة :

يجب وفقاً لما قرره المادة (٧) من قانون الشركات الكويتي أن يتم تحرير نظام الشركة كتابةً ، أي " بمحرر رسمي موثق وإلا كان باطلاً " . وينبغي كذلك وفقاً للمادة (١٠) من القانون المذكور أن يتم تحرير نظام الشركة على وفق النموذج الذي تضعه اللائحة التنفيذية، متضمناً البيانات والشروط التي يتطلبها القانون واللائحة التنفيذية، وكذلك الشروط التي يمكن لمالك الشركة إضافتها إلى النموذج المذكور بشرط ألا تتعارض مع الأحكام الآمرة الواردة في القانون ولائحته التنفيذية (١٨٥٤) .

تقترب هذه الأحكام مما قرره القانون الفرنسي بالرقم ٦٩٧-٨٥ الصادر بتاريخ ١١/٧/١٩٨٥ إذ أصبح من الجائز - بعد صدور هذا القانون، وتعديل نص المادة ١٨٨٣ من القانون المدني - إنشاء الشركة بعمل إرادي لشخص واحد. وبما أن هذه الشركة - التي يطلق عليها بالمشروع الفردي ذي المسؤولية المحدودة - تخضع للقواعد المقررة بشأن الشركة ذات المسؤولية المحدودة، فينبغي على مؤسس هذه الشركة - وإعمالاً لحكم المادة (٢٢٣- L) من قانون التجارة الجديد - تحرير نظام للشركة يتضمن البيانات التي أشارت إليها المادة "L.٢-٢١٠" من القانون المذكور وهي المتعلقة باسم الشركة ومدتها وغرضها ومركز إدارتها ورأس مالها إلى غير ذلك من بيانات . في تفصيل هذه الأحكام يُنظر:

Ripert et Roblot, Par German, Op.Cit., No. ١٨- ١٠٥٦-١٢٨٥.

(١٨٥٤) وقد أصدرت وزارة التجارة والصناعة النظام الأساسي لشركة الشخص الواحد .

ويتضح من النصوص المتقدمة، أنه بالنظر للأهمية الاستثنائية لكتابة عقد الشركة<sup>(١٨٥٥)</sup>، فقد تطلب القانون الكويتي تحرير نظام شركة الشخص الواحد كتابةً. وهذه الكتابة ينبغي أن تكون وفقاً لمحرر رسمي موثق من جهة معتمدة، ومن ثم فإنه من المتعذر تحرير النظام المذكور بورقة عادية من دون توثيقه بشكل رسمي. فضلاً عما تقدم، فإن القانون المذكور لم يترك لإرادة الشخص تحرير نظام الشركة وفقاً لما يشاء، بل ألزمه بتحريره وفقاً للنموذج الذي تضعه اللائحة التنفيذية، وذلك بتضمينه البيانات والشروط التي يتطلبها القانون أو اللائحة. إلا أن القانون المذكور أجاز لمالك الشركة ذكر بيانات أو شروط أخرى غير الواردة في النموذج المذكور بشرط عدم تعارضها مع الأحكام الآمرة الواردة في القانون أو اللائحة التنفيذية. ولفكرة العقد أو النظام النموذجي فائدة كبيرة في الحد من حالات البطلان الناشئة عن تضمين العقد شروطاً أو بيانات مخالفة لأحكام القانون<sup>(١٨٥٦)</sup>، فضلاً عن كونه يساهم في تيسير إجراءات تأسيس الشركة بوقت قصير.

أما في القانون العراقي، فإنه ينبغي على مؤسس الشركة محدودة المسؤولية والمشروع الفردي - وفقاً لما قرره المادة (١٤) من قانون الشركات - أن يقوم بتحرير (بيان) تأسيس الشركة أو المشروع المذكور كتابةً، وتقديمه إلى دائرة تسجيل الشركات مع الوثائق الأخرى التي حددتها المادة (١٧) من القانون المذكور بقصد الحصول على الترخيص الحكومي الواجب لإنشاء الشركة<sup>(١٨٥٧)</sup>. إلا أن القانون العراقي، وكذلك الفرنسي، أعرضاً عن الأخذ بفكرة العقد النموذجي<sup>(١٨٥٨)</sup> الذي قرره القانون الكويتي.

(١٨٥٥) وتتجلى هذه الأهمية باعتبارها معنية تتطلب بضرورة كتابة عقد الشركة ومنها أن العقد المذكور يتضمن شروطاً متعددة ومعقدة لا تستطيع الذاكرة العادية للشخص استرجاعها بسهولة، ولا يمكن الركون إلى الشهادة (البينة الشخصية) في إثباتها. وكذلك أن حماية حقوق الشركاء تتطلب وجود محرر مكتوب يتم الرجوع إليه في حال وجود نزاع أو خلاف بشأنها، فضلاً عن أن عقد الشركة يفرد عن سائر العقود بكونه ينشأ عنه شخص معنوي مما يتطلب تحريره كتابةً ليتمكن الغير من الإطلاع عليه بعد شهره في السجل التجاري. يُنظر: أستاذنا الدكتور محمد صالح، باسم، الدكتور العزاوي، عدنان أحمد ولي، القانون التجاري - الشركات التجارية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٩، ص ٤٠-٤١، وكذلك الدكتور خير، عدنان، القانون التجاري اللبناني، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس - لبنان، ٢٠٠٠، ص ٢٤٣.

(١٨٥٦) يُنظر: الدكتور طه، مصطفى كمال، القانون التجاري، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٢، ص ٣٣٨. وفي القانون الفرنسي تخضع شركة الشخص الواحد إلى القاعدة العامة الواردة في المادة (١٨٣٥) من القانون المدني والتي تقر بوجوب تحرير نظام الشركة كتابةً. وكذلك المادة (٢١٠-٢) من قانون التجارة التي تتطلب ذكر بيانات محددة يتضمنها النظام المذكور، ومن ثم فإن عدم تحرير النظام، أو تحريره بشكل مخالف لأحكام القانون يستدعي الحكم ببطلان الشركة.. يُنظر:

Ripert et Roblot, Par German, Op.Cit., No. ١٠٦٢.

(١٨٥٨) إلا أنه من الشائع في العراق، كما في فرنسا، وجود نماذج لعقود تأسيس الشركات يتولى تحريرها في العادة محامون وهي تتضمن البيانات والشروط التي يتضمنها عقد تأسيس الشركة المزمع تأسيسها، وبوسع المؤسسين اللجوء إلى مثل هذه العقود. ويتطلب قانون المحاماة العراقي رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥ في المادة ٣٤ بوجوب تنظيم عقد الشركة من قبل محام. وتختلف هذه العقود عن العقود النموذجية بكونها غير ملزمة للأفراد عندما يتم الاستعانة بها في تنظيم أحكام عقد الشركة، بينما لا يملك الأفراد حرية كبيرة في مخالفة أحكام العقد النموذجي الذي تضعه جهة رسمية إلا في أحوال محددة.

## البيانات التي يتضمنها نظام الشركة :

ألزمت المادة (١٠٥) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات الكويتي أن يشتمل نظام الشركة على البيانات الآتية :

- ١- اسم الشركة وعنوانها .
  - ٢- اسم مالك حصص رأس المال ولقبه وجنسيته .
  - ٣- مركز الشركة الرئيس .
  - ٤- مدة الشركة إن وجدت .
  - ٥- الأغراض التي أسست من أجلها الشركة .
  - ٦- مقدار رأس مال الشركة، وعدد الحصص النقدية أو العينية التي قدمها مالكيها .
  - ٧- أسماء من يعهد إليهم مالك رأس المال بالإدارة إن وجد .
  - ٨- أحكام تصفيتها " .
- وبوسع مالك الشركة إضافة بيانات أخرى إلى ما ذكر أعلاه بشرط عدم مخالفتها للقواعد الآمرة الواردة في القانون أو اللائحة التنفيذية وكما قررت ذلك المادة (١٠) من قانون الشركات التي سبقت الإشارة إليها .

وقد حددت المادة (٧) من قانون الشركات صراحةً الجزاء المترتب على عدم تحرير نظام الشركة على وفق الشكل المحدد قانوناً، إذ قضت ببطلانه، فضلاً عن مساءلة مالك الشركة عن تعويض الضرر الذي يصيب الغير بسبب بطلان عقد الشركة. ولا نظير لمثل هذا الحكم في القانون العراقي، إذ لم يشر قانون الشركات صراحةً إلى الجزاء المترتب على عدم استيفاء عقد الشركة للشكل المحدد قانوناً (١٨٥٩) .

وقد تطلب قانون الشركات العراقي في المادة (١٤) بوجوب استيفاء البيان الذي يعدّه مؤسس الشركة محدودة المسؤولية والمشروع الفردي البيانات الوارد ذكرها في المادة (١٣) من القانون المذكور والتي تتمثل بالآتي:

" أولاً: اسم الشركة ونوعها .

ثانياً: المركز الرئيس للشركة على أن يكون في العراق .

ثالثاً: الغرض الذي تم من أجله تأسيس الشركة والطبيعة العامة للعمل الذي ستؤديه .

رابعاً: رأس مال الشركة وكيفية تقسيمه إلى أسهم أو حصص .

خامساً: اسم المؤسس وجنسيته ومهنته ومحل إقامته الدائم وعدد أسهمه أو مقدار حصته ."

إلا أننا نذهب إلى وجوب تقرير البطلان استناداً إلى أحكام المادة (١٣) التي ألزمت المؤسسين بتحرير عقد الشركة أو بيانها كتابةً وتقديمه إلى مسجل الشركات بهذا الشكل. يُنظر: كتابنا الموجز في الشركات التجارية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص ٢٢ .

وبوسع المؤسس إضافة بيانات أخرى غير ما ذكر أعلاه؛ لأنَّ هذه البيانات تمثل الحد الأدنى للبيانات الواجب ذكرها في عقد أو بيان الشركة كما قررت ذلك المادة (١٣) من قانون الشركات، إلا أنه يفترض فيها ألا تكون مخالفة لأحكام القانون أو النظام العام أو الآداب العامة بوجه عام (١٨٦٠).

### ثانياً: الترخيص الحكومي

تمسك القانون الكويتي، كالقانون العراقي وغيره من القوانين العربية، بوجود الحصول على ترخيص حكومي بإنشاء الشركة، على الرغم من تخلي بعض القوانين عن المبدأ المذكور (١٨٦١)، وكذلك على الرغم من الانتقادات الموجهة إليه (١٨٦٢).

وقد أوكلت المادة (٤) من القانون المذكور إلى اللائحة التنفيذية وظيفه تقرير إجراءات تأسيس الشركة وإصدار الترخيص اللازم لإنشائها، إذ تتولى (إدارة خاصة بالوزارة) - أي وزارة التجارة والصناعة - المهمة المذكورة. وتضم هذه الإدارة ممثلين عن الجهات الحكومية. وتتم هذه الإجراءات بأسلوب ميسر أطلقت عليه اللائحة التنفيذية للقانون في المادة (١٠) بأسلوب (النافذة الواحدة) وحددت هذه المادة كيفية تشكيل هذه الإدارة، وأشارت المادة (١١) من اللائحة المذكورة إلى اختصاصاتها، ومن ذلك تأسيس الشركة وتعديل عقدها وإصدار الترخيص اللازم لها، فضلاً عن اختصاصات أخرى.

(١٨٦٠) أما في القانون الفرنسي، فإن نظام الشركة يجب أن يتضمن وفقاً لما قرره المادة (٢١٠-٢١٠L) من قانون التجارة على البيانات المتعلقة باسم الشركة ونوعها ومدتها التي لا تتجاوز ٩٩ عاماً، وعنوانها، ومركز إدارتها وغرضها ومقدار رأس مالها.  
(١٨٦١) إذ ألقى قانون ٢٤/٧/١٨٦٧ الفرنسي نظام الترخيص الحكومي الذي كانت نقره المادة (٢١) من قانون التجارة لعام ١٨٠٧ بشأن الشركة المساهمة. في تفصيل ذلك يُنظر :

Ripert et Roblot, Par German, Op.Cit., No. ١٣٥٩-١٣٦٥.

وكذلك ألقى المرسوم الاشتراعي اللبناني بالرقم ٥٤ الصادر بتاريخ ١٦/٦/١٩٧٧ نظام الترخيص الحكومي الذي كانت تتطلبه المادة (٨٠) من قانون التجارة لإنشاء الشركة المغفلة (المساهمة). في تفصيل ذلك يُنظر: أطروحتنا للدكتوراه، النظام القانوني لمؤسسي الشركة المساهمة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠١٣، ص ٣٣٥ وما بعدها.

(١٨٦٢) ومن هذه الانتقادات أن نظام الترخيص الحكومي يشكل عقبة تحول من دون إنشاء الشركات بحرية، فضلاً عن كونه يعمل على خلق العقبات التي تحول من دون تأسيس الشركات ببسر، وذلك بسبب بطء إجراءاته واحتمال عدم صدور الترخيص الحكومي على الرغم من الجهود التي بذلها المؤسسون.. يُنظر: الدكتور ناصيف، الياس، موسوعة الشركات التجارية، الجزء السابع، تأسيس الشركة المغفلة، دون ذكر الناشر، بيروت، ٢٠٠٠، ص ١٥٩. وكذلك الدكتور طه، مصطفى كمال، مصدر سبق ذكره، ص ٣٨٩. ومع وجهة هذه الانتقادات إلا أن نظام الترخيص الحكومي يؤمن تحقيق الكثير من المزايا ومنها حماية المصلحة العامة التي تتطلب الإقرار للدولة بسلطة الرقابة على تأسيس الشركات وتوجيه أنشطتها إلى أغراض مفيدة لاقتصاد البلد، فضلاً عن حماية المصالح الخاصة للأفراد، ومنع هؤلاء من تأسيس شركات لا تتوافر لدى مؤسسيها الجدية المطلوبة لإدارتها أو شركات يعمد أصحابها إلى استعمال ضروب الغش بقصد حمل الأفراد إلى المساهمة فيها. يُنظر في ذلك: الدكتور رضوان، أبو زيد، مصدر سبق ذكره، ص ٥٢، الدكتور العكيلى، عزيز، مصدر سبق ذكره، ص ٢٤٨، الدكتور طه، مصطفى كمال، مصدر سبق ذكره، ص ٣٨٩.

أما قانون الشركات العراقي الذي تمسك بمبدأ الترخيص الحكومي لإنشاء الشركة منذ مدة بعيدة<sup>(١٨٦٣)</sup>، فقد أوكل إلى دائرة تسجيل الشركات التابعة حالياً إلى وزارة التجارة، مهمة إنجاز إجراءات تأسيس الشركة التي حددها القانون في المواد (١٧-٢٢) وصولاً إلى إصدار شهادة تأسيس الشركة التي تكتسب بمقتضاها الشخصية المعنوية وفقاً لأحكام المادة (٢٢) من القانون المذكور .

### ثالثاً: إشهار الشركة

قررت المادة (٩) من قانون الشركات الكويتي حكماً عاماً ألزمت بمقتضاه الشركات كافة الخاضعة لأحكامه - باستثناء شركة المحاصة - بوجوب إشهار عقد الشركة وما يطرأ عليه من تعديلات، ومن ثم ينبغي إشهار نظام شركة الشخص الواحد وذلك بقيدته في السجل التجاري. فإذا لم يتم الإشهار، فإن عقد أو نظام الشركة يكون غير نافذ في حق الغير، باعتبار أن الغاية من الإشهار هو إعلام الغير بالوجود القانوني للشركة. ويجوز للغير حسن النية التمسك بوجود الشركة وكل ما يطرأ على عقدها من تعديلات ولو لم تستوف إجراءات الإشهار، ولا يجوز لمالك الشركة، أو للشركاء في الشركات متعددة الشركاء، التمسك بالبطلان قبل الغير؛ لأنه قد نشأ نتيجة لتقصيره أو لتقصير الشركاء ولا يجوز له أو لهم الإفادة منه .

وقد رتب المادة (٢٣) من قانون الشركات الكويتي أثراً مهماً على القيد المذكور وهو "تمتع الشركة بالشخصية المعنوية من تاريخ القيد". إلا أنه من المتعذر على الشركة مزاولته نشاطها - وإن كانت متمتعة بالشخصية المعنوية - إلا بعد الحصول على التراخيص اللازمة لمزاولة النشاط<sup>(١٨٦٤)</sup>. وهذا ما قرره المادة (٢٤) من القانون المذكور، وهذا الترخيص يصدر من الإدارة المختصة بالتسجيل في وزارة التجارة والصناعة.

أما في القانون العراقي، فإن إشهار عقد أو بيان الشركة يتم من خلال نشرهما في النشرة الخاصة بمسجل الشركات التي تصدر وفقاً لأحكام المادة (٢٠٦) من قانون الشركات، وكذلك بتسجيل الشركة في السجل التجاري وفقاً لأحكام المواد (٢٦-٣٨) من قانون التجارة .

### الفقرة ثانياً: تحول شركة ما إلى شركة شخص واحد

قد يكون إنشاء شركة الشخص الواحد ليس وفقاً لطريقة التأسيس المباشر، وإنما عن طريق تحول شركة ما إلى شركة شخص واحد، وإذ كان قانون الشركات الكويتي لم يضع قاعدة عامة،

(١٨٦٣) في تطور نظام الترخيص الحكومي في القانون العراقي منذ صدور قانون التجارة البرية العثماني الصادر بتاريخ ١٨ رمضان ١٢٦٦ هجرية - ١٨٥٠ ميلادية، وقوانين الشركات المختلفة الصادرة في العراق . يُنظر: أطروحتنا سابق الإشارة إليها، ص ٣٤١ وما بعدها.

(١٨٦٤) وهذا الحكم مقرر كذلك في القانون الإنكليزي، إذ لا يجوز للشركة العامة محدودة الأسهم - التي تقابل الشركة المساهمة في القوانين العربية - مزاولته نشاطها بمجرد صدور شهادة تأسيسها

Commencement of The Certificate of incorporation من مسجل الشركات، وإنما يجب أن تحصل على شهادة تعاطي الأعمال الأعمال business لكي تستطيع مزاولته نشاطها أو الاقتراض، وهذا ما كانت تقررته المادة (١١٧) من قانون الشركات الملغي لعام ١٩٨٥ . يُنظر: Smith & Keenan, Op.Cit., P. ٢٩.

كذلك التي قررها القانون العراقي، تسمح بتحول الشركة متعددة الشركاء إلى شركة شخص واحد (١٨٦٥). إلا أنه يستفاد من الإطلاق الوارد في صياغة نص المادة (٢٨١) منه بجواز تحول الشركة متعددة الشركاء إلى شركة شخص واحد، إذ نصت هذه المادة بأنه " مع مراعاة الأحكام الواردة في هذا القانون يجوز لأي شركة أن تتحول من شكل قانوني إلى آخر " إلا أنها تطلبت لتحول الشركة شرطان هما:

أولاً: مضي سنتان ماليتان على الأقل على تاريخ قيدها في السجل التجاري .

ثانياً: تعديل عقدها والقيام بإجراءات النشر والإعلان وإعداد تقرير بتقويم أصول الشركة وخصومها وفقاً للأحكام المرعية بشأن تقديم الحصص العينية .

أما قانون الشركات العراقي، فقد وضع قاعدة عامة أجاز بمقتضاها تحول الشركة متعددة الشركاء إلى شخص واحد في حال انخفاض عدد الشركاء عن الحد الأدنى المقرر قانوناً، إذ نصت المادة (٢٠٥) من هذا القانون على أنه " إذا أصبح عدد أعضاء الشركة دون الحد القانوني بحسب نوعها وجب إكمال العدد خلال سنتين يوماً من وقوع النقص، فإذا مضت المدة ولم يعطها المسجل إمهالاً إضافياً، وجب تحولها إلى نوع آخر من الشركات وبالشكل الذي يجيزه القانون".

ومما تقدم، يتضح بأن قانون الشركات العراقي لم يجز انقضاء الشركة في حال انخفاض عدد الشركاء في الشركة عن الحد المبين قانوناً، وبعد استنفاد المهل الممنوحة لاستكمال العدد، وإنما أجاز تحولها إلى شركة أخرى، ومن ثم فإن الشركة التضامنية التي ينخفض فيها عدد الشركاء إلى شخص واحد، فإنه من الجائز تحولها إلى مشروع فردي، أما الشركة المحدودة - التي تقابل الشركة ذات المسؤولية المحدودة في القوانين العربية - والتي ينخفض فيها عدد المساهمين إلى شخص واحد، فهي لا تتحول إلى شركة محدودة المسؤولية بالمعنى الدقيق، وإنما تتخذ تلقائياً هذا الشكل من دون أن يستلزم الأمر تحولها.

إلا أن المادة (١٠٦) من اللائحة التنفيذية قررت حكماً قريباً من هذا الحكم، إذ نصت على أنه " إذا تجمعت ملكية كل الحصص في يد شريك أو مساهم واحد لأي سبب من الأسباب تعين على الشركة توفيق أوضاعها خلال ستة أشهر من تاريخ تحقق السبب، إما بزيادة عدد الشركاء، أو تحويل الشركة إلى شركة شخص واحد أو حل الشركة وتصفيته وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في القانون وهذه اللائحة". ويتضح مما تقدم، أن اجتماع الحصص أو الأسهم جميعاً بيد شريك أو مساهم واحد بفعل واقعة معينة، كالبيع أو الوفاة، يمنح الشخص المذكور بأن يقرر تحول تلك الشركة إلى شركة شخص واحد، وذلك خلال مدة ستة أشهر من تاريخ تلك الواقعة، أي اجتماع الحصص أو الأسهم بيد شخص واحد. إلا أن المادة (١٠٩) من اللائحة التنفيذية أشارت إلى أن الشخص المذكور غير ملزم باتخاذ قرار التحول إذا كانت الشركة قبل التحول هي شركة ذات مسؤولية محدودة، إذ يتم التحول بقيد ذلك بناءً على طلب من مالكة لدى السجل التجاري . ويقترب هذا الحكم الأخير مما قرره البعض من الفقه الفرنسي من أن تغيير الشركة ذات المسؤولية المحدودة إلى مشروع فردي ذي مسؤولية محدودة لا يعد تحولاً، وإنما هو مجرد نقل لملكية الحصص إلى شخص واحد، يُنظر:

Ripert et Roblot, Par German, op.Cit.,No.

وبتقديرنا المتواضع أن الحكم الوارد في المادة (١٠٦) يشكل قاعدة موضوعية تتسم بالأهمية ما كان ينبغي تنظيمها في اللائحة التنفيذية، وإنما النص عليها ضمن نصوص القانون .

إلا أن قانون الشركات العراقي ضيق إلى حد بعيد من تحول الشركة إلى شركة أخرى، إذ منعت المادة (١٥٣) منه تحول الشركة المساهمة إلى محدودة أو تضامنية أو إلى مشروع فردي، ولا الشركة المحدودة إلى تضامنية، وكذلك لا يجوز تحول الشركة المحدودة أو التضامنية إلى مشروع فردي إلا في حالة نقصان عدد أعضائها إلى عضو واحد. ووفقاً لهذه الأحكام فلا يجوز تحول الشركة ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة إلى شركة أقل منها أهمية، ومثال ذلك الشركة المساهمة، إذ منع القانون تحولها مطلقاً إلى أي نوع آخر عن الشركات سواء انخفض عدد مساهميها عن الحد المبين قانوناً أم لم ينخفض.

### المطلب الثاني: رأس مال شركة الشخص الواحد وإدارتها

نظم قانون الشركات الكويتي في المادة (٨٧) الأحكام المتعلقة برأس مال شركة الشخص الواحد. وخصص المادة (٨٩) لبيان الأحكام المتعلقة بإدارة هذه الشركة. ونبين أولاً الأحكام المتعلقة برأس مال الشركة (فقرة أولاً) وإدارتها (فقرة ثانياً).

#### الفقرة أولاً: رأس مال شركة الشخص الواحد

نصت المادة (٨٧) من قانون الشركات الكويتي على أن " يجب أن يكون رأس مال الشركة كافياً لتحقيق أغراضها، ويكون مدفوعاً بالكامل، وتبين اللائحة التنفيذية الحد الأدنى لرأس مال الشركة، ويقسم رأس المال إلى حصص متساوية تقوّم وفقاً للأحكام المنصوص عليها في المادة (١١) من هذا القانون "

ويثير هذا النص مسائل كثيرة يتعين بحثها، ومنها مبدأ كفاية رأس المال وتقسيمه، وأنواع الحصص التي يتألف منها، والتنازل عنها والحجز عليها. ونبحث في هذه المسائل تباعاً:

#### أولاً: مبدأ كفاية رأس المال

أكد قانون الشركات الكويتي في مواضع مختلفة بوجوب كفاية رأس مال الشركة لتحقيق أغراضها<sup>(١٨٦٦)</sup>، وتطلب في المادة (٨٧) المبدأ ذاته بالنسبة لشركة الشخص الواحد، وذلك لأن رأس مال الشركة يمثل الحد الأدنى لضمان دائنيها<sup>(١٨٦٧)</sup>، لاسيما أن شركة الشخص الواحد تتميز -

(١٨٦٦) ومن ذلك المادة (٣٧) المتعلقة بشركة التضامن، والمادة (٦٢) المتعلقة بشركة التوصية بالأسم، والمادة (٩٥) المتعلقة بالشركة ذات المسؤولية المحدودة، والمادة (١٤٧) المتعلقة بشركة المساهمة العامة .

(١٨٦٧) يُنظر: الدكتور العريني، محمد فريد، الدكتور الفقي، محمد السيد، الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥، ص ٤٠. ومع ذلك فإنه يجب عدم المبالغة في أهمية رأس مال الشركة بوصفه ضماناً لحقوق دائنيها، إذ إن رأس المال لا يمثل سوى الحد الأدنى لضمان حقوق هؤلاء، أما الضمان الحقيقي لهم فيتمثل بموجودات الشركة، أي بما لديها من أموال منقولة أو عقارات أو حقوق ثابتة في ذم الغير .

كما سبقت الإشارة - بتحديد مسؤولية مالكيها عن ديون الشركة ، فضلاً عن أن عدم كفاية رأس المال يجعل من المتعذر على الشركة مزاوله أعمالها والوفاء بالتزاماتها وتحقيق أغراضها .

وإذا كان تقدير مدى كفاية رأس مال الشركة لتحقيق أغراضها هو أمر يترك تقديره لإرادة مؤسس الشركة المذكورة، إلا أن قانون الشركات الكويتي لم يترك للأخير حرية تقدير كفاية رأس مالها لأسباب كثيرة، منها جهل مؤسس الشركة، وعدم تقديره مقدار رأس المال الذي يتطلبه نشاط الشركة، فألزم أن تحدد اللائحة التنفيذية للقانون الحد الأدنى لرأس مال الشركة.

### ثانياً: تقسيم رأس المال

أشارت المادة (٨٧) من قانون الشركات الكويتي إلى أنه " يقسم رأس المال إلى حصص متساوية غير قابلة للتجزئة " . إن أول ما ينبغي الإشارة إليه أن هذا الحكم يستدعي التساؤل بشأن المسوغات التي دعت إلى الإقرار بجواز تقسيم رأس المال إلى حصص، وهذه الحصص لا يملكها إلا شخص واحد؟ إذ إن تقسيم رأس مال الشركة بوجه عام إلى حصص - وكما هو مقرر - هو أمر يفرضه مبدأ تعدد الشركاء ووجوب التزام كل شريك بتقديم حصة ما تمثل مساهمته في رأس المال، بينما لا يوجد في شركة الشخص الواحد سوى شخصاً واحداً. إلا أنه يبدو لنا أن المسوغ الحقيقي الذي دعا المشرع إلى الإقرار بجواز تقسيم رأس مال شركة الشخص الواحد على حصص. يتمثل بأن هذا التقسيم هو أمر يتطلبه غرض الشركة أو طبيعة نشاطها، إذ قد يتطلب غرض الشركة وجوب قيام مؤسس الشركة بتقديم حصة عينية، فضلاً عن تقديم حصة نقدية التي تُعد من الحصص الضرورية التي يتطلبها نشاط الشركة في الكثير من الأحوال. وفي هذه الحالة ستخضع كل حصة إلى النظام الخاص بها، فالحصة العينية - وكما قررت المادة (٨٧) من القانون ستخضع إلى الأحكام الخاصة بتقويمها المنصوص عليها في المادة (١١) من قانون الشركات .

وكذلك تطلبت المادة (٨٧) من قانون الشركات الكويتي أن تكون الحصص متساوية وغير قابلة للتجزئة، وهذا ما يستدعي التساؤل كذلك بشأن الغاية من وجوب توافر هذه الخصائص في حصص رأس مال شركة الشخص الواحد؟ إذ إنه من المقرر أن هذه الخصائص تُعد من الخصائص الجوهرية للسهم في الشركة المساهمة<sup>(١٨٦٨)</sup> والحصص في الشركة ذات المسؤولية المحدودة. وهذه الخصائص ترمي إلى تحقيق غايات مختلفة، فتساوي قيمة السهم في الشركة المساهمة قصد به تيسير احتساب عدد الأصوات التي يملكها المساهم في اجتماعات الجمعية أو الهيئة العامة للشركة، وسهولة احتساب نصيبه في الأرباح إذا ما قررت الشركة توزيعها. أما عدم قابلية السهم أو الحصة للتجزئة فقصد به تحديد الشخص الذي له مباشرة الحقوق التي يمنحها السهم في حالة تعدد مالكيه بفعل واقعة معينة، كالوفاة، إذ لا يكون أمام الشركة سوى شخص واحد يتولى مباشرة الحقوق الناشئة عن السهم، وإن تعدد مالكوه .

(١٨٦٨) المادة (١٠٥) من قانون الشركات الكويتي، والمادة (٢٩) من قانون الشركات العراقي .



ومن ثم فإنَّ الغاية التي يهدف إليها مبدأ التساوي في قيمة السهم وعدم قابليته للتجزئة في الشركة المساهمة، وكذلك الحصة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، لا تكون متوافرة بالقدر ذاته من الوضوح بالنسبة لشركة الشخص الواحد؛ لأنَّ هذه الشركة لا تضم سوى شخصاً واحداً.

وإعمالاً لحكم المادة (٩٤) من قانون الشركات الكويتي المقررة بشأن الشركة ذات المسؤولية المحدودة، والتي قررت بعدم جواز " أن تكون حصص الشركاء في شكل أسهم قابلة للتداول " فلا يجوز تبعاً لذلك أن تكون رأس مال شركة الشخص الواحد على شكل أسهم قابلة للتداول بالطرق التي يقررها القانون التجاري، أو قابلة للتداول في سوق الأوراق المالية؛ لأنَّ التداول في السوق المذكور قاصر على أسهم الشركات المساهمة.

ولا يجوز كذلك لشركة الشخص الواحد أن تدعو الجمهور للاكتتاب العام سواء عند تأسيسها أم عند زيادة رأس مالها، وذلك تطبيقاً لحكم المادة (٩٤) التي حظرت مثل هذا الأمر بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة، التي تسري أحكامها على شركة الشخص الواحد وفقاً لما قرره المادة (٩١) من قانون الشركات التي سبقت الإشارة إليها. ولأنَّ دعوة الجمهور للاكتتاب العام قاصر على الشركة المساهمة وفقاً لما قرره المادة (١٢٨) من قانون الشركات. وهذه الأحكام تبدو من النظام العام، مما يستدعي بطلان كل تصرف أو إجراء بخلاف ما تقرره.

#### أنواع الحصص :

لما كانت المادة (٨٧) من قانون الشركات الكويتي أجازت تقسيم رأس مال شركة الشخص الواحد على حصص ، فهل يكون بوسع مؤسس هذه الشركة تقديم جميع أنواع الحصص التي أجازت المادة (١٧) من القانون المذكور تقديمها ؟

مما لا شكَّ فيه أن الحصة النقدية - التي تتمثل بمبلغ معين من النقود، كما قررت ذلك المادة (١٧) من القانون - تمثل الحصة الأكثر شيوعاً في مختلف أنواع الشركات، والأكثر ملائمة لشركة الشخص الواحد، وكذلك من الجائز بمقتضى المادة (٨٧) من القانون أن يتضمن رأس المال على حصص أو حصة عينية إذا كان مشروع الشركة و غرضها يتطلب تقديمها، وبغض النظر عن طبيعتها، وفي هذه الحالة ينبغي القيام بإجراءات تقويمها - أو تقدير قيمتها - وفق أحكام المادة (١١) من القانون .

أما حصة العمل التي أجازت المادة (١٧) من قانون الشركات تقديمها في الشركة بوجه عام، فيبدو أن هنالك عقبات عدّة تعترض تقديمها وتتمثل بما يأتي :

أولاً: إنَّ المادة (١٧) من قانون الشركات الكويتي أشارت إلى أن رأس مال الشركة يتكون من الحصص النقدية والعينية فحسب. أما حصة العمل فهي لا تدخل في تكوين رأس مال الشركة؛ لأنَّ هذه الحصة ليس لها قيمة تمثلها في رأس المال، بينما يتطلب القانون في

الحصص التي تكوّن رأس المال أن تكون لها قيمة. فحصة العمل - كما يرى الفقه - لا تزيد في رأس مال الشركة بمقدارها (١٨٦٩).

ثانياً: إنَّ الفقه يجمع على عدم جواز التصرف بحصة العمل وعدم جواز الحجر عليها (١٨٧٠)، ذلك لأنَّ التنفيذ عليها يتطلب تدخلاً من الملتزم بها بأدائها (١٨٧١)، وهذا الأمر متعذر قانوناً.

ثالثاً: إنَّ إجازة تقديم حصة العمل في شركة الشخص الواحد يعمل على تكريس ظاهرة ضعف انتمائها بفعل تعذر الحجز على هذه الحصة، والمسؤولية المحدودة لمالكها.

أما قانون الشركات العراقي، فقد قرر أحكام تختلف عما قرره القانون الكويتي بشأن رأس مال شركة الشخص الواحد، إذ أشار في المادة (٣٤) إلى أن رأس مال المشروع الفردي يتكون من حصة واحدة، وليس من حصص، كما قررت ذلك المادة (٨٧) من قانون الشركات الكويتي التي سبقت الإشارة إليها. وهذه الحصة لا يتصور أن تكون سوى حصة نقدية تتمثل بمبلغ معين من النقود ينبغي على مؤسس المشروع الفردي دفعه - وذلك بإيداعه لدى احد المصارف - قبل صدور شهادة تأسيس المشروع المذكور وفقاً لما قرره المادة (٥٣) من القانون المذكور.

أما الشركة محدودة المسؤولية، فإن رأس مالها يتكون من أسهم وليس من حصص كما هو الحال في القانون الكويتي، إذ أشارت المادة (٢٩ - أولاً) من قانون الشركات إلى أنه يقسم رأس المال في الشركة المساهمة والمحدودة إلى أسهم اسمية نقدية متساوية القيمة وغير قابلة للتجزئة. وأجازت الفقرة ثانياً أن يتكون رأس مال الشركة المحدودة من أسهم " تعرض مقابل ممتلكات ملموسة أو غير ملموسة " أي من أسهم تمنح مقابل مقدمات أو حصص عينية. ووفقاً للمادة (٣٠) من القانون المذكور، فإن القيمة الاسمية للسهم تكون ديناراً واحداً، ولا يجوز إصداره بقيمة أعلى أو أدنى من ذلك.

ومن النصوص المتقدمة، يبدو أنه من المتعذر تقديم حصة العمل في الشركة محدودة المسؤولية.

### التنازل عن الحصص والحجز عليها :

يكون لمالك شركة الشخص الواحد في القانون الكويتي، وكأي مالك، التنازل عن حصص رأس المال سواء ورد التنازل عن جميعها أم بعضها، وسواء أكان التنازل إليه شخصاً واحداً أم أشخاص عدّة. فإذا كان التنازل عن الحصص قد تم لشخص واحد عندئذٍ تنتقل ملكية الحصص إلى الشخص المذكور مع وجوب إشهار ذلك.

يُنظر: الدكتور الشرفاوي، محمود سمير، الشركات التجارية في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٣٦. (١٨٦٩)

يُنظر: الدكتور البسام، أحمد، القانون التجاري، بغداد، ١٩٦١، ص ٢٠٠، الدكتور خير، عدنان، مصدر سبق ذكره، ص ٢٥٦، الدكتور العربي، محمد، الدكتور الفقي، محمد السيد، مصدر سبق ذكره، ص ٣٩. (١٨٧٠)

الدكتور الشرفاوي، محمود سمير، مصدر سبق ذكره، ص ٣٦.

أما إذا كان التنازل لأكثر من شخص واحد تحولت الشركة بقوة القانون إلى شركة ذات مسؤولية محدودة، وذلك قياساً على المادة (٨٨) من قانون الشركات التي بينت بأنه في حال ما إذا وقع البيع على جزء من الحصص أثر حجز عليها تحولت إلى شركة محدودة المسؤولية اعتباراً من التأشير بحكم مرسي المزاد .

ويجوز بمقتضى المادة (٨٨) من القانون لدائني مالك حصص رأس المال الحجز عليها وبيعها وفقاً لأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية، فإذا انتقلت الحصص جميعاً إلى شخص واحد بحكم مرسي المزاد تظل الشركة محتفظة بشكلها كشركة شخص واحد مع وجوب إشهار الحكم المذكور. أما إذا وقع البيع على جزء من الحصص، أو كان البيع لأشخاص عدة تحولت الشركة إلى شركة ذات مسؤولية محدودة اعتباراً من تاريخ التأشير بحكم مرسي المزاد - كما سبقت الإشارة إلى ذلك فيما تقدم - وينبغي نشر الحكم المذكور وإعلانه .

أما قانون الشركات العراقي، فقد أجاز في الفقرة ثانياً من المادة (٦٩) لمالك المشروع الفردي نقل ملكية الحصة التي يتألف منها رأس مال المشروع إلى الغير، فإذا كان نقلها لشخص واحد فينبغي تعديل بيان الشركة. أما إذا كان نقل الحصة لأكثر من شخص واحد أو كان منصباً على جزء منها، فينبغي في هذه الحالة أن يتحول المشروع الفردي إلى نوع آخر من الشركات التي نظمها القانون .

ولا يجوز بمقتضى الفقرة ثانياً من المادة (٧٢) من قانون الشركات العراقي الحجز على الحصة الواحدة التي يتكون منها رأس مال المشروع الفردي إلا لقاء دين ممتاز، إلا أنه من الجائز حجز أرباحها المتحققة .

ولا يجوز كذلك بمقتضى الفقرة ثانياً من المادة (٧١) من قانون الشركات رهن الحصة في المشروع الفردي .

أما الشركة محدودة المسؤولية، فإنه من الجائز نقل ملكية الأسهم إلى شخص واحد أو لأشخاص عدة. وفي هذه الحالة ينبغي تعديل بيان الشركة وإشهار ذلك في النشرة الخاصة بمسجل الشركات، فإذا كان نقل الأسهم إلى شخص واحد احتفظت شركة الشخص الواحد بهذا الشكل. أما إذا كان لأكثر من شخص واحد أو كان قد وقع على جزء من الأسهم، فتصبح تلقائياً، شركة محدودة - من دون أن يتطلب القانون وجوب تحولها إلى الشكل الأخير .

ومن الجائز بمقتضى الفقرة أولاً من المادة (٧) رهن الأسهم في الشركة محدودة المسؤولية على أن يؤشر عقد الرهن في سجل خاص لدى الشركة ولا ترفع إشارة الرهن إلا بعد تسجيل موافقة المرتهن على فكه أو تنفيذاً لحكم بات صادر عن محكمة مختصة.

ويجوز كذلك بمقتضى المادة (٧٢) ثانياً من القانون المذكور، حجز الأسهم في الشركة محدودة المسؤولية بناءً على قرار صادر عن جهة مختصة تأميناً واستيفاءً لدين على مالكها على أن يؤشر قرار الحجز في سجل خاص لدى الشركة، ولا ترفع إشارة الحجز إلا بقرار من تلك الجهة .

#### الفقرة ثانياً: إدارة الشركة

نصت المادة (٨٩) من قانون الشركات الكويتي على أن " يدير الشركة مالك رأس المال ويجوز أن يعين لها مديراً أو أكثر يمثلها لدى القضاء والغير، ويكون مسؤولاً عن إدارتها أمام المالك، على أن أي قرار بتعيين المدير لا يكون نافذاً إلا بعد قيده في السجل التجاري " .

إن أولى الملاحظات التي ينبغي الإشارة إليها أن القانون الكويتي لم يخصص لإدارة شركة الشخص الواحد سوى هذه المادة بالمقارنة مع الأحكام العديدة التي خصصها لأنواع الأخرى من الشركات. ويمكن تفسير هذا الاقتضاب بالتنظيم المبسط الذي تقوم عليه إدارة شركة الشخص الواحد. إذ عهدت المادة (٨٩) كأصل عام إلى مالك الشركة مهمة إدارتها. ويجوز له - وبدلاً من أن يتولى إدارتها بشكل مباشر - أن يعين لإدارتها مدير أو أكثر يتولى تمثيلها أمام القضاء أو أية جهة أخرى، فضلاً عن التوقيع على العقود التي تبرمها، واتخاذ القرارات المناسبة المتعلقة بإدارتها وصولاً إلى تحقيق أغراضها في ضوء الاختصاصات المحددة له. ويكون هذا المدير أو المدراء مسؤولاً أو مسؤولين عن أعمالهم قبل مالك الشركة الذي تولى تعيينه أو تعيينهم، سواء عن الخطأ في الإدارة أم الغش أم تجاوز الصلاحيات الممنوحة له أو لهم. وقد ألزمت المادة (٨٩) بوجود إشهار قرار تعيين المدير أو المدراء وذلك بقيده في السجل التجاري، وإلا لا يكون نافذاً.

ويتضح مما تقدم، إن إدارة شركة الشخص الواحد تختلف اختلافاً جوهرياً عن إدارة الأنواع الأخرى من الشركات التي ينظمها، فهي تقترب بعض الشيء من إدارة المشروع التجاري الفردي، إذ يتولى مالكها اتخاذ ما يلزم لديمومة نشاطها، وهي تفتقد إلى ذلك القدر من التنظيم الملحوظ في إدارة الأنواع الأخرى من الشركات ويتجلى ذلك بما يأتي :

أولاً: عدم وجود أجهزة متعددة لإدارة الشركة، إذ لا وجود لجمعية عامة من الشركاء تتكون من جميع هؤلاء على غرار تلك التي تطلبها القانون في المادة (١١١) من القانون بشأن الشركة ذات المسؤولية المحدودة، وكذلك لا وجود لمجلس الرقابة الذي تطلبته المادة (١٠٧) من القانون في الشركة ذات المسؤولية المحدودة التي يكون عدد الشركاء فيها أكثر من سبعة .

ثانياً: عدم الحاجة إلى وجود اجتماعات تتخذ فيها القرارات التي تنظم أعمال الشركة أو نشاطها أو تصرفاتها على غرار تلك التي يتطلبها القانون بالنسبة لباقي أنواع الشركات. ففي شركة الشخص الواحد يباشر مالك الشركة أو مَنْ يعينه كافة الصلاحيات المقررة للجمعية العامة للشركاء، وذلك بطريقة اتخاذ القرارات الفردية بدلاً من القرارات الجماعية التي تصدرها

الجمعية العامة للشركاء العادية وغير العادية في اجتماعاتها، وكذلك يتولى مالك الشركة أو مَنْ يعينه كمدير للشركة تنفيذ تلك القرارات. وهذا يمثل وضعاً غير مألوف بالنسبة لباقي أنواع الشركات التي تقوم على تعدد أجهزة الإدارة وتحديد اختصاص كل جهاز<sup>(١٨٧٢)</sup>.

أما قانون الشركات العراقي، فقد عهد بإدارة المشروع الفردي إلى مالكة، وله إدارة هذا المشروع بشكل مباشر، من دون أن يكون له الحق في تعيين مدير له بدلاً عنه، إذ لم يتضمن هذا القانون أية إشارة إلى جواز مثل هذا الأمر.

وقد أشارت المادة (١٠١) من القانون المذكور إلى حلول مالك المشروع الفردي محل الهيئة العامة للشركة في الشركات متعددة الشركاء، وذلك فيما يتعلق بمزاولة الاختصاصات الموكلة إلى الهيئة المذكورة، باستثناء القواعد المتعلقة بالاجتماعات، إذ لا وجود لهذه الاجتماعات في المشروع الفردي، ويتولى مالكة إدارته بطريق اتخاذ القرارات الفردية.

وكذلك أوكل قانون الشركات إلى مالك الشركة محدودة المسؤولية وظيفة إدارتها، وله إدارتها بشكل مباشر من قبله، كما أن له أن يعين مديراً مفوضاً لها بقرار يصدره، إذ أجازت المادة (١٢١) فقرة أولاً تعيين مدير مفوض من أعضائها أو من الغير يشترط فيه أن يكون من ذوي الخبرة والاختصاص في مجال نشاط الشركة، ولمالك الشركة أن يحدد اختصاصاته وصلاحياته وأجوره ومكافآته، وله عزله عند الاقتضاء.

وكما هو الحال بالنسبة للمشروع الفردي، فقد أشارت المادة (١٠١) من القانون المذكور إلى حلول مالك الشركة محدودة المسؤولية محل الهيئة العامة للشركة في الشركات متعددة الأشخاص، وذلك فيما يتعلق بمزاولة اختصاصات هذه الهيئة التي حددها القانون في المادة (١٠٢).

وينبغي في الأحوال جميعاً إرسال القرارات التي يتخذها مالك المشروع الفردي أو مالك الشركة محدودة المسؤولية أو مديرها المفوض إلى مسجل الشركات، وفقاً لما قرره المادة (٩٩) من قانون الشركات، وذلك خلال سبعة أيام من تاريخ اتخاذها لغرض تصديقها من قبله، إذ عدت المادة المذكورة النسخة المصدقة من هذه القرارات مستنداً صالحاً للتقديم إلى أية جهة.

ويتضح مما تقدم، أن المشروع الفردي والشركة المحدودة المسؤولية في القانون العراقي، يتميزان - كما تتميز شركة الشخص الواحد في القانون الكويتي، ببساطة تنظيمها وسهولة إدارتها، وتوافر قدر كبير من الحرية في رسم سياستها العامة ومزاولة نشاطها، إلا مقابل هذه المزايا فإن هنالك أوجهاً سلبية لهذا التنظيم يتمثل بالقرارات غير الموقفة أو الصائبة التي يتخذها مالكة، والتي

(١٨٧٢) ومما تجدر الإشارة إليه، أن القانون التونسي حظر على الشريك الوحيد في شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة أن يفوض صلاحيات الإدارة إلى الغير، ومن المحتم أن يتولاها من قبله مباشرة، ويهدف هذا الحكم - كما يرى الفقه - إلى ضمان جدية أعمال إدارة الشركة... يُنظر: الورفلي، أحمد، مصدر سبق ذكره، ص ١٥٨.

من الممكن أن ينجم عنها ضرر بليغ بالشركة ذاتها أو بالغير الذي يتعامل معها بفعل غياب الرقابة على أعمالها، بالشكل المعروف في الشركات متعددة الأشخاص.

### الخاتمة

يمثل الإقرار بشركة الشخص الواحد تجديداً أدخلته قوانين الشركات المعاصرة، عمل على تغيير القواعد التقليدية التي أرست مفهوم الشركة وحددت الغاية من إنشائها.

إذ يدل مفهوم الشركة على المشاركة بين شخصين أو أكثر في إنشاء مشروع ما تخصص له أموال معينة لاستثمارها بقصد تحقيق الربح. وهي تقوم على فكرة تضافر الإيرادات الفردية واجتماعها لتحقيق هدف ما لا يستطيع الشخص بمفرده تحقيقه بالنظر إلى محدودية إمكانياته.

وتأسيساً على ما تقدّم، فقد أجمعت التشريعات والفقه والقضاء على رفض فكرة شركة الشخص الواحد ليس لمخالفتها القاعدة التقليدية التي تتطلب بضرورة تعدد الشركاء لإنشاء الشركة فحسب، بل لمجاافتها الغاية التي وجدت من أجلها الشركة، وهي القيام بمشروعات يعجز الشخص بمفرده من القيام بها.

إلا أن التطور الذي شهده عالمنا المعاصر في كيفية مزاوله النشاط التجاري أو الصناعي، وتنوع ظاهرة مزاوله الأنشطة المذكورة من قبل أشخاص معنوية - تتخذ شكل الشركات التجارية - بل واحتكار مزاوله بعض الأنشطة من الأشخاص المذكورة أسهم في التفكير في ضرورة الإقرار بشركة الشخص الواحد بوصفها تمثل ضرباً من العمل المؤسسي القائم على تنظيم يختلف كثيراً عن التنظيم التقليدي الذي يحكم مزاوله النشاط التجاري بشكل فردي، وإيجاد إطار قانوني يمكن الشخص بمفرده من مزاوله النشاط التجاري بشكل شركة ويوفر له مزايا مهمة لعل من أهمها إمكانية تحديد مسؤوليته عن ديون الشركة.

وإدراكاً للمزايا التي يمكن أن توفرها شركة الشخص الواحد، فقد أقر قانون الشركات الكويتي بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ - المعدل بالقانون رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٣ - أحكاماً بجواز تأسيس الشركة المذكورة تم الأخذ بها من القوانين التي أقرت بهذا النوع من الشركات، ومن أهمها القانون الفرنسي رقم ٦٩٧ الصادر بتاريخ ٤/٧/١٩٨٥. وقد نظمت هذه الأحكام المسائل التي تتصل بتأسيس هذه الشركة ورأس مالها وإدارتها، فضلاً عن مسائل أخرى، إلا أن هذه الأحكام تتسم بوجه عام بالاقضاب، إذ لم يخصص القانون لشركة الشخص الواحد سوى ستة مواد تبدأ بالمادة (٨٥) وتنتهي بالمادة (٩١). وهذه المواد لا تكفي لحل الإشكالات التي يمكن أن تثيرها شركة الشخص الواحد في العمل، وبضمنها ما يتصل بإدارة الشركة، لاسيما أن هذه الشركة تمثل نوعاً جديداً من الشركات أقره المشرع الكويتي لأول مرة، مما يستدعي أن يخصص لها قدراً أوفر من النصوص لحل الإشكالات التي تثيرها في العمل، أما بشأن الإحالة التي قررتها المادة (٩١) من القانون على أحكام الشركة ذات المسؤولية المحدودة التي لا تتعارض في طبيعتها مع أحكام شركة

الشخص الواحد، فإنه مع الإقرار بأهميتها في تحديد الحكم الواجب إتباعه في حال عدم وجود حكم ضمن الأحكام المخصصة لشركة الشخص الواحد، إلا أن هذه الأهمية تبدو محدودة بفعل تعارض طبيعة الأخيرة في أحكامها مع الشركة ذات المسؤولية المحدودة في بعض الأحوال، الأمر الذي يستدعي عدم إمكان تطبيقها، وهذا ما نجده على وجه الخصوص في الأحكام المتعلقة بإدارة الشركة .

وختاماً لا بُدَّ من الإشارة أن إقرار القانون الكويتي لشركة الشخص الواحد يمثل استجابة للضرورة التي تتطلب بأن تكون القواعد القانونية أكثر قرباً من الواقع، إذ لا يخلو واقع ممارسة النشاط التجاري في دولة الكويت من وجود ظاهرة شركات الواجهة متعددة الشركاء التي يتحكم فيها شخص واحد، ومن ثم فإن الإقرار بشركة الشخص الواحد سيسهم في الحد من هذه الشركات وما ينشأ عنها من آثار ضارة .

## مصادر البحث

## أولاً: باللغة العربية

- ١- الدكتور أبو زيد رضوان، شركات المساهمة والقطاع العام، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٣.
- ٢- الدكتور أحمد إبراهيم البسام، القانون التجاري، بغداد، ١٩٦١.
- ٣- أحمد الورفلي، الوجيز في قانون الشركات التجارية، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، الطبعة الثانية، ٢٠١٠.
- ٤- الدكتور أحمد محمد محرز، الوسيط في الشركات التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٤.
- ٥- الدكتور أكرم ياملكي، الاتجاهات الجديدة في تنظيم الشركات في العراق، مجلة العلوم القانونية والسياسية - كلية القانون والسياسة - جامعة بغداد، مايس، ١٩٨٤.
- ٦- قانون الشركات، جامعة جيهان، أربيل - إقليم كردستان - العراق، الطبعة الأولى، ٢٠١٢.
- ٧- الدكتور باسم محمد صالح، الدكتور عدنان أحمد ولي العزاوي، القانون التجاري - الشركات التجارية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٩.
- ٨- الدكتور طعمة الشمري، قانون الشركات التجارية الكويتي، دون ذكر الناشر، الكويت، الطبعة الثانية، ١٩٨٧.
- ٩- الدكتور عدنان خير، القانون التجاري اللبناني، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس - لبنان، ٢٠٠٠.
- ١٠- الدكتور عزيز العكلي، الشركات التجارية في القانون الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥.
- ١١- الدكتور علي سيد قاسم، المشروع التجاري الفردي محدود المسؤولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣.
- ١٢- الدكتور فاروق إبراهيم جاسم، الموجز في الشركات التجارية، المكتبة القانونية، بغداد، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧.
- ١٣- النظام القانوني لمؤسسي الشركة المساهمة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠١٣.
- ١٤- الدكتور محمد بهجت عبد الله قايد، شركة الشخص الواحد محدود المسؤولية، دون ذكر الناشر، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٠.
- ١٥- الدكتور محمد فريد العريني، الدكتور محمد السيد الفقي، الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥.
- ١٦- الدكتور محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٦٩.
- ١٧- الدكتور محمود سمير الشرفاوي، الشركات التجارية في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.
- ١٨- الدكتور محمود مختار أحمد بريري، قانون المعاملات التجارية، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٦.



- ١٩- الدكتور مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٢.
- ٢٠- الدكتور الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء الخامس، شركة الشخص الواحد، بدون ذكر الناشر، الطبعة الثانية، ٢٠٠٦.
- ٢١- \_\_\_\_\_، موسوعة الشركات التجارية، الجزء السابع، تأسيس الشركة المغفلة، دون ذكر الناشر، بيروت، ٢٠٠٠.
- ثانياً: المصادر الأجنبية

- ١- Christian Larroumet, Droit Civil, T.٣, Les obligations- Le Contrat, Economica- Delta, Paris, ٣<sup>e</sup> edition, ١٩٩٦.
- ٢- Gerard Cornu, Droit Civil, introduction au droit, e'dition Alpha- mont chrestien, ١٣<sup>e</sup> edition, ٢٠٠٩.
- ٣- Gower, The Primciples of Modern Company Law, Steven & Sons Publishing, London, Third edition, ١٩٦٩.
- ٤- Karandeep Makkar, An Anlisis of one Person Company Under Companies Act ٢٠١٣.  
منشور على موقع Corporate Law repoter بتاريخ ١٣/١٠/٢٠١٣.
- ٥- Ripert et Roblot, Traite de droit Commercial, Par German, T.I.Vol.٢,L.G.D.J. Paris, ١٨ e'dition, ٢٠٠١.
- ٦- Smith&Keenan, Company Law. Pitman, London, Seventh edition, ١٩٨٧.
- ٧- Yves Guyon, Droit Des Affairs, T.I, Economica- Delta, Paris, ١٢ e'dition, ٢٠٠٣.

# صور عقود نقل التكنولوجيا

دراسة مقارنة

إعداد:

الهام جهاد سليمان صالح

## المقدمة

نظراً للحاجة الماسة للتكنولوجيا، فقد سعى الإنسان من أجل الحصول عليها بكافة الوسائل. و أهم هذه الوسائل التعاقد مع مالكيها، ذلك أن الحصول على التكنولوجيا من قبل المتلقي يكون أقل كلفة في كثير من الأحيان مما لو قام هو بعمل الأبحاث و التجارب من أجل تطويرها. فالحصول على التكنولوجيا يوفر عليه الجهد و المال الكثير، كما أن تعاقد المتلقي مع مالك التكنولوجيا للحصول على التحسينات التي يطورها صاحب التكنولوجيا بناء على الاتفاق المسبق بينهما.

وحيث يعتبر العقد الأداة الرئيسية و الشائعة لجميع عمليات التجارة الدولية، لأنه تجسيد لمبدأ سلطان الإرادة، أي تعبيراً عن حقيقة إرادة الأطراف، ومن ثم فإنه يتمتع بقوة إلزامية في مواجهة أطرافه و الغير، ويعتبر كذلك في مجال نقل التكنولوجيا لأن معظم عمليات نقل التكنولوجيا تتم عن طريق العقود، علماً أن هناك أساليب وأدوات قانونية عديدة و متنوعة يتم من خلالها نقل التكنولوجيا إلا أن العقد مازال يحتل الصدارة في تلك العمليات.<sup>١٨٧٣</sup>

كما يوجد العديد من الصور المتباينة و الأنواع المختلفة للعقد الدولي لنقل التكنولوجيا، وهي تختلف باختلاف الغاية منها، كما تنتشر في كافة المجالات، وتتباين تبعاً لنوع التكنولوجيا محل العقد، ولا يمكن إيراد حصر للعقود التي تتضمن نقلاً للتكنولوجيا حيث انه قلما يتم إبرام عقد نقل تكنولوجيا مستقلاً قائماً بذاته، ولكن الصورة الأكثر شيوعاً له هو أن يأتي في إطار وضمن عقد آخر يستهدف أغراضاً معينة سواء كانت اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية، تقتضي نقلاً للتكنولوجيا، لذلك يجري استخلاص الأحكام العامة لعقد نقل التكنولوجيا من تلك العقود، فقد ترد أحكام نقل التكنولوجيا ضمن عقد من عقود البيع أو الإيجار أو الشركة أو المقاوله أو التوريد أو الترخيص الصناعي، رغم ذلك فهناك عقود دولية لا تتضمن نقلاً للتكنولوجيا مثل عقود بيع المطاط و الغلال و كافة المواد الأولية و كذلك عقود بيع الآلات و المعدات الميكانيكية و الإلكترونية، علماً أنها يمكن ان تتحول إلى عقد نقل للتكنولوجيا إذا كانت تتضمن بيع حق من حقوق المعرفة الفنية.<sup>١٨٧٤</sup>

عقود نقل التكنولوجيا متنوعة و عديدة و مختلفة كما ذكرنا سابقاً ولكن توصل الفقه إلى تقسيمها إلى مجموعتين رئيسيتين وهما المجموعة الأولى: مجموعة تداول و تسويق التكنولوجيا و المجموعة الثانية: مجموعة عقود لاكتساب السيطرة التكنولوجية، وأفردت تحت كل مجموعة العديد من الصور التي تتناسب معها و عليه سوف نتعرض إلى الحديث عن كل مجموعة على حدى و بالتفصيل مع ذكر أوجه التمييز بينهما وسيكون ذلك كله من خلال دراسة تحليلية ناقدة لتلك العقود .

مشكلة الدراسة :

تكمن مشكلة هذه الدراسة في بيان الصور المتعددة لعقود نقل التكنولوجيا، وبيان أحكامها وكيفية التمييز بين كل صورة من تلك الصور، و معرفة أوجه التشابه و الإختلاف بين صور عقود نقل التكنولوجيا.

عناصر مشكلة الدراسة :

تحاول هذه الدراسة الإجابة على الأسئلة التالية :

١. ما هي صور عقود نقل التكنولوجيا ؟

<sup>١٨٧٣</sup> - السيد مصطفى أحمد أبو الخير، عقود نقل التكنولوجيا دراسة قانونية، دار إيتراك للنشر و التوزيع - القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧، ص ٩٥. وانظر د. إبراهيم قادم، الشروط المقيدة في عقود نقل التكنولوجيا ودورها في تكريس التبعية التكنولوجية على المستوى الدولي، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، عام ٢٠٠٢م، ص ٣٠.

<sup>١٨٧٤</sup> - د. السيد مصطفى أحمد أبو الخير مرجع سابق، ص ٩٥، وانظر د. يوسف عبد الهادي خليل الإكياي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، عام ١٩٨٩، ص ٢٢.

٢. كيفية التمييز بين صور عقود نقل التكنولوجيا ؟  
 ٣. معرفة أوجه التشابه والاختلاف في صور عقود نقل التكنولوجيا ؟  
 ٤. أطراف صور عقود نقل التكنولوجيا ، ومحل العقد في كل صورة ؟  
 وعليه وفي ظل هذه الأسئلة وغيرها والتي تثار حول هذا الموضوع وعدم وجود أجوبة شافية لها سواء في الفقه أو الاجتهاد القضائي ، يتبين أن هناك نقص في الدراسات الفقهية والاجتهادات القضائية في تسليط الضوء على هذه الموضوع من جميع جوانبه بشكل كافٍ ولهذا إرتأيت كتابة بحثي حول هذا الموضوع ليكون لبنة في البناء القانوني الخاص به .  
 أهمية الدراسة :

تتبع أهمية هذه الدراسة من أنها تناقش موضوعات ذات أهمية كبيرة تتمثل في معرفة الصور المتعددة لعقود نقل التكنولوجيا وأطراف العقد في كل صورة وكيفية التمييز بين كل صورة من الصور بالإضافة لبيان أوجه التشابه والاختلاف بين كل صورة من صور عقود نقل التكنولوجيا وما هو موقف الدول والهيئات الدولية منها ومقارنة ذلك بين تشريعات الدول والهيئات الدولية خاصة موقف المشرع المصري والمشرع الأردني منها مع الإشارة إلى رأي تشريعات بعض الدول الأخرى والهيئات الدولية الأخرى .  
 منهجية الدراسة:

تقوم منهجية هذه الدراسة على الجمع بين المنهج التحليلي والوصفي والمقارن وحتى يتسنى لنا الإلمام بمحاور هذا البحث إماما كافيا اجتهدنا - في قدر المستطاع - أن نتوخى الدقة العلمية والتحليل المنطقي، فقد استعنا بالمنهج الوصفي أولا في معرفة صور عقود نقل التكنولوجيا ، ثم المنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية خاصة في القانون المقارن المصري والأردني ، وبالتالي كان المنهج المقارن - هو الآخر - حاضرا بقوة في هذه الدراسة، وذلك لإبراز التفاوت بين موقف الهيئات الدولية و التشريعات الوطنية في معالجة هذا الواقع مع التركيز على القانون المصري والأردني .  
 محددات الدراسة :

تحدد هذه الدراسة ببحث موضوع صور عقود نقل التكنولوجيا من خلال النظر في الأحكام القانونية الناظمة لذلك وإسقاطها على الموضوع ، حيث ستقوم الباحثة في هذه الدراسة ببيان ماهية تلك الصور وأنواعها وكيفية التمييز بينها ومعرفة أوجه تشبه وأطراف كل عقد وموقف التشريعات الوطنية وموقف الهيئات الدولية بهذا الجانب .  
 وعليه سوف نتعرض في هذه الدراسة للحديث عن صور عقود نقل التكنولوجيا من خلال مبحثين رئيسيين، بحيث سوف نستعرض في المبحث الأول المجموعة الأولى لصور عقود نقل التكنولوجيا ، في حين بالثاني سيخصص لعرض صور المجموعة الثانية لتلك العقود .

### المبحث الأول

#### المجموعة الأولى ( عقود تداول و تسويق التكنولوجيا )

المجموعة الأولى : وهي تعرف بعقود تداول و تسويق التكنولوجيا ، وهذا النوع من العقود يشمل العقود التي ينصب محلها على مجرد تنظيم الحق في استعمال التكنولوجيا فقط ، دون المساس بملكيته أو الاتفاق على تعليمها للطرف المتلقي ، و تكمن فاعليتها كوسيلة في نقل المعارف التكنولوجية في إطار العلاقة بين مشروعات ذات مستوى تكنولوجي متكافئ ، بحيث يتيح لها إقامة علاقات متوازنة في نطاق تبادل المعرفة ، لحيازة كل طرف ثروة تكنولوجية خاصة به تمكنه من

استيعاب وتطوير التكنولوجيا الأجنبية المنقولة دون أية صعوبات لما يتمتع به كل طرف بخبرات تكنولوجية كافية تسمح له بإدماج هذه العناصر التكنولوجية في أنشطتها الإنتاجية الخاصة.<sup>١٨٧٥</sup> ويلاحظ رغم تنوع هذه العقود في المجال العملي، فيوجد قواسم مشتركة يسمح بتجميعها ضمن طائفة واحدة من خلال النظر للغايات الاقتصادية المشتركة لأطراف العلاقة والذي يعبر عنه بالمفهوم القانوني بالحق في استعمال التكنولوجيا<sup>١٨٧٦</sup>، بحيث تتضمن هذه الطائفة عدداً من العقود التي سوف نستعرضها من خلال ثلاث مطالب على التوالي، أبرزها أولاً: عقد الترخيص الصناعي والذي يعتبر من العقود الشائعة في السوق الدولي للتكنولوجيا، ثانياً: عقود بيع المجمعات الصناعية والتي تشمل عقد تسليم المفتاح باليد، وعقد تسليم إنتاج في اليد، ثالثاً: يسمى بعقود الفرانشيز.<sup>١٨٧٧</sup>

### المطلب الأول

#### أولاً: عقد الترخيص الصناعي:

في إحصائية أجرتها الويبو (WIPO) لعام ٢٠٠٠م وجدت أن أكثر من ١٠٠ مليون دولاراً أمريكياً تأتي كعوائد عالمية من إيرادات الملكية الفكرية، وبلمحة تاريخية خاطفة حول عقد الترخيص نجد أنه عقد أمريكي النشأة، حيث اعترفت به المحاكم الأمريكية منذ وقت طويل بصدد العلامات التجارية، إذ اختلف موقف الدول الحالي من هذا العقد بحيث لم يكن واحداً ففي حين اعتبرته الدول المتقدمة كقناة مستقلة لنقل التكنولوجيا، كان موقف الدول العربية مختلف منهم من تبني منهج الدول المتقدمة كالجزائر في حين الأغلبية العظمى من الدول النامية اعتبرته جزءاً من حزمة تكنولوجية متكاملة تأخذ أحياناً شكل الاستثمار المشترك (كالسعودية - قطر - الإمارات و....)، وبالتدقيق في عقد الترخيص باعتباره صوره من صور عقود نقل التكنولوجيا سوف نتناول الحديث عن هذا النوع من خلال التعرف على مضمون عقد الترخيص من ثلاثة جوانب (ماهية العقد التي تتضمن التطور التاريخي للعقد فتعريفه وأطرافه)، وبعدها نخوض الحديث عن التزامات أطرافه، وبعدها سوف نتطرق للحديث عن تقييم عقد الترخيص.

أولاً: ماهية العقد (تطوره - تعريفه - أطرافه):

أ- تطوره التاريخي:

كما ذكرنا سابقاً أنه عقد أمريكي النشأة حيث كانت بدايته في الولايات المتحدة الأمريكية ونظراً لتوسع البقعة الجغرافية و لظهور الثورة الصناعية والتكنولوجية في شتى المجالات دفع بكثير من الدول وخصيصاً من أصحاب الشركات إلى البحث عن طرق لتبادل التكنولوجيا فيما بينهم من خلال طرح عده صور كان من بينها عقد الترخيص الصناعي، وإذا عدنا إلى الوراء قليلاً بإلقاء الضوء على ظهور التعامل بهذا العقد لتضح لنا وجود نوعين مختلفين للنقل الدولي للتكنولوجيا، الأول: هو النقل الداخلي للتكنولوجيا، وهو الذي يتم داخل المشروع، كالنقل داخل المشروع متعدد القوميات من الشركة الأم إلى شركاتها الوليدة المنتشرة في أماكن متفرقة من العالم، أو فيما بين هذه

<sup>١٨٧٥</sup> - د. إبراهيم قادم، مرجع سابق، ص ١٢٣-١٣٥، وانظر د. بصيرة بو جمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، مرجع سابق، ص ٧٠، وانظر د. وليد عودة الهمشري، عقود نقل التكنولوجيا الالتزامات المتبادلة والشروط التقييدية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر - عمان، عام ٢٠٠٩م، الطبعة الأولى، ص ٦٢.

<sup>١٨٧٦</sup> - د. إبراهيم قادم، مرجع سابق، ص ٧٨، وانظر د. وليد الهمشري، المرجع نفسه، ص ٦٢.

<sup>١٨٧٧</sup> - د. دوفاء مزيد فحوظ، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات الحلبي - لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨، ص ٣٣١، وانظر د. السيد مصطفى أبو الخير، المرجع نفسه، ص ٩٦.

الشركات الوليدة . ويطلق على هذا النوع من الاستثمار المباشر النقل الداخلي للتكنولوجيا لأنه لا يتضمن نقلاً حقيقياً للتكنولوجيا، بل تظل التكنولوجيا في قبضة المشروع وسيطرته ولا تخرج منه . أما النوع الثاني فهو النقل الخارجي للتكنولوجيا وهو الذي يتم بين المشروع الناقل ومشروع آخر مستقل عنه، كالنقل من المشروع متعدد القوميات من الشركة الأم أو شركاتها الوليدة إلى مشروعات أخرى مستقلة في دول أخرى . وتشكل عقود الترخيص الصناعي الأداة الأساسية لهذا النوع من النقل الدولي للتكنولوجيا . ١٨٧٨

كما أن التعاقد على إبرام عقد ترخيص لا يجري بالغالبا بشكل سهل إنما يسبق مرحلة التعاقد عليه مرحلة مفاوضات التي تلعب دور كبير بحيث يعتبر نجاح هذه المرحلة مهم جداً لكون عقد الترخيص ينصب في مضمونه على قضايا دقيقة ورئيسية من حيث نوع التكنولوجيا المراد ترخيصها ( كبرامج الكمبيوتر - الصيغ الدوائية وغيرها من التكنولوجيا المهمة ) التي تعد أكثر حساسية وإثارة للجدل من بين حقوق الملكية الصناعية أيضاً براءات الاختراع و العلامات التجارية ، ونظراً لأهمية وحساسية التكنولوجيا التي ينصب عليها عقد الترخيص نجد أن مرحلة المفاوضات يتخللها الكثير من الخلافات الحادة ما بين الأطراف المتفاوضة .

حيث أعتبر البعض أنه لنجاح هذه المرحلة التفاوضية وجب أن تحتوي هذه المرحلة على إلمام شامل بشخصية أطراف العقد والتي تقود الجهة المتفاوضة بمعرفة أسلوب التفاوض المناسب لتلك الشخصيات ، وبنجاح تلك التقنية نصل إلى نجاح مرحلة المفاوضات حيث تمثل خطوة جادة باتجاه صفقة جديدة و ملائمة و يفسلها نقودنا إلى أبعداً أكثر خطورة من تلك التي توقعها الأطراف حيث تتضح الصورة بمثالنا التالي :

قامت شركة يابانية وهي ( المرخص ) بالتفاوض على عقد ترخيص مع شركة كورية ( المرخص له ) حيث تم ذلك بعام ١٩٨١م والذي كان موضوعه ( متعلق بأقفاً للسيارات ) كانت جيدة وملائمة للمرخص له ، إلا أن المفاوضات قد تعثرت أكثر من مرة وخاصة فيما يتعلق بمحتويات نطاق نقل التكنولوجيا ونسبة العوائد وطريقة الدفع .

ولكن مع تدخل شركة تدعى ( SMIPC ) وهي من شركات التطوير الصناعي صغيرة الحجم ، تم تسهيل بتدخلها التخاطب بين المتفاوضين و تسوية تلك الخلافات تمهيداً للانتقال إلى مرحلة التعاقد . ١٨٧٩

ب- تعريف عقد الترخيص :

نجد أن لفظ ترخيص هي تعبير مشتق من الاصطلاح اللاتيني (Licentio) ومعناه الحرية (Liberty) أي حرية العمل و التصرف التي تضيء المشروع على عمل ما ، بحيث يغدو استعمال الحق (محل الترخيص) دون الحصول على الترخيص عملاً غير مشروع<sup>١٨٨٠</sup> ، أما من حيث تعريف عقد الترخيص فقد ذهب أغلبية الفقهاء إلى تعريفه بأنه : (( عقد يلتزم بموجبه صاحب حق

١٨٧٨ - د.حسام الدين الصغير - ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية (( لأعضاء مجلس الشورى -تتظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) )) بالتعاون مع وزارة التجارة والصناعة ومجلس الشورى، مسقط، ٢٣ و ٢٤ مارس/آذار ٢٠٠٤ - ص ٢ .

١٨٧٩ - د. وفاء مزيد - مرجع سابق - ص ٢٦٧ .

١٨٨٠ - د. صلاح الدين جمال - مرجع سابق - ص ١٠٣ .

الملكية الصناعية (سواء كانت براءة اختراع - علامة تجارية - اسم تجاري - نموذج صناعي .....)) بأن يمنح شخصاً آخر الحق في الاستغلال لمدة معينة في نظير مقابل معين ((<sup>١٨٨١</sup> . في حين جاء تعريف الدكتور جلال له بأنه : (( التصرف القانوني الذي يتنازل بموجبه صاحب البراءة عن حقه الاستثنائي في احتكار استغلال اختراعه كلياً أو جزئياً ))<sup>١٨٨٢</sup> . وفي حين تعرض هذا التعريف إلى الانتقاد لكونه اقتصر عقد الترخيص على براءة الاختراع ، وفي أحسن الفروض على حقوق الملكية الصناعية في حين انه يشمل كافة حقوق الملكية الفكرية و الصناعية .

وإذا نظرنا إلى التعريف لاستنتاجنا أن عقد الترخيص يتضمن تمكين المرخص له من قبل المرخص صاحب الحق باستغلال الحق وتفسير كلمه استغلال تعني استعمال دون حق تملك تلك الحقوق ، مما يجعله يتشابه مع عقد الإيجار و على ذلك ذهب غالبية الفقهاء الفرنسيين من اعتبار عقد الترخيص نوعاً من الإيجار .

مما دفع البعض إلى وضع تعريف اخر لعقود التراخيص حيث عرفوها بأنها : (( اتفاق يتناول حقاً من حقوق الملكية الصناعية أو حقوق المعرفة ))<sup>١٨٨٣</sup> ، في حين عرفه آخرين بأنه (( اتفاقاً يمنح بموجبه المرخص للمرخص له سبيلاً للوصول إلى تكنولوجيا معينة لأجل فترة زمنية معينة )) ، إذ حاول آخرون توخي الدقة عند تعريفهم له فقد عرفوه بأنه : (( عقد ترخيص استغلال براءة الاختراع ))<sup>١٨٨٤</sup> حتى يرى البعض بأن عقد الترخيص يجب أن يشتمل على المساعد التقنية حيث عدّها البعض التزاماً مفروضاً على المورد في حاله كان المتلقي طرفاً نامياً ، حيث قد ترد محلاً لعقد مستقل ، وإما أن ترد كشرط في عقد نقل التكنولوجيا التي لا مانع من أن يكون عقد ترخيص ، ومن خلال كل ما طرح من تعاريف لعقد الترخيص فنحن مع التعريف الشامل لعقد الترخيص الذي اقترحه الدكتور وفاء مزيد حيث عرفته بأنه : (( العقد الذي يرخص بموجبه المرخص للمرخص له في الحق باستعمال و استغلال تكنولوجيا معينة، سواء أكانت محمية كبراءات الاختراع أو غير محمية ، كالمعارف الفنية بما فيها الأسرار الصناعية و ذلك لمدة معينة ، ولقاء مقابل معين ، ويأتي عادة مع أداءات خادمة مرافقة لمحلّه ، دون أن تختلط بذلك المحل ))<sup>١٨٨٥</sup> .

ج- أطراف العقد :

لعقد الترخيص طرفين المرخص و المرخص له ، وهنا سوف نستعرض أهداف الدافعة لكلا منهما للجوء إلى عقد الترخيص .

◆ دوافع المرخص : في كثير من الفروض تتوفر فرص اللجوء إلى الاستثمار المباشر في دولة مضيئة معينة بينما نرى عزوف المورد عن تلك الطريقة لصالح منح تراخيص تكنولوجية ، حيث تكثر الأسباب والدوافع لقيام المرخص بذلك ومن أهم هذه المبررات :

<sup>١٨٨١</sup> - د. محمد حسني عباس - التشريع الصناعي - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - ١٩٦٧م - ص ١٠٨ ، كما انظر د. انس السيد عطيه - مرجع سابق - ص ٢٨٦ .

<sup>١٨٨٢</sup> - د. جلال أحمد خليل - النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا إلى الدول النامية - الطبعة الأولى - جامعة الكويت - ١٩٨٣م - ص ٤٠٢ .

<sup>١٨٨٣</sup> - د. يوسف عبد الهادي خليل الاكيابي - النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص - الطبعة الاولى - ١٩٨٩ - ص ٤٧ .

<sup>١٨٨٤</sup> - د. محمد حسني عباس - (الملكية الصناعية و المحل التجاري - براءات الاختراع - الرسوم و النماذج الصناعية - العلامات والبيانات التجارية - الاسم التجاري - المحل التجاري) - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٠م - ص ١٨٩ .

<sup>١٨٨٥</sup> - د. وفاء مزيد - مرجع سابق - ص ٢٧٢-٢٧٣ .

- ١- تقييم هامش الأمن الاستثماري للدولة المضيفة على انه غير كافٍ للاستثمار، أما لسبب صغر أسواق تلك الدولة أو لعدم توافر ملاءة مالية لدى تلك الدولة التي تؤهلها للدخول بشراكة مع الطرف الأجنبي، أو بسبب ما تعانيه من ضعف واضح في الخبرة أو المقدرّة التسويقية وكل هذه المخاوف قد تكون سبب مبرر للجوء لعقد الترخيص، إذ يرى البعض أن سبب تلك المخاوف ترجع لتخوف وحذر المورد من الدخول لأسواق جديدة و مجهولة بالنسبة له فيفضل منح ترخيص لتكنولوجيا معينه و بعد أن يطمئن للنتائج يمكن أن يقرر اللجوء إلى الاستثمار في تلك الدولة وخاصة وأن عمليات الانتاج و البيع أو التصنيع ستتم بمعرفة أفراد محليين تابعين لتلك الدولة فهم أقدر من وجهة نظر المورد على تفهم ظروف بلادهم، كما قد يكون الدافع هو الخوف من حواجز الرسمية التي قد يصطدم بها المرخص في تلك الدول .<sup>١٨٨٦</sup>
- ٢- الدوافع الذاتية للمرخص ذاته إذ تغلب عليه القدرة البحثية أكثر من القدرة المالية مما يدفعه إلى اللجوء إلى عقود الترخيص بهدف الحصول على عائد مغر من جراء الترخيص لتكريسه ( لهذا العائد - المقابل من الترخيص ) لخدمة أعمال البحث و التطوير التكنولوجي من جديد .<sup>١٨٨٧</sup>
- ٣- كما يعمد المرخص للتخخيص بسبب اكتشافه وجود متعدّد على حقوقه الفكرية فيقوم لتحاشي النزاع معه بتفضيل منحه عقد ترخيص بتلك الحقوق كلما أمكن ذلك .<sup>١٨٨٨</sup>
- ◆ دوافع المرخص له :

- تأتي دوافع المرخص له في اللجوء إلى الحصول على ترخيص بالتكنولوجيا للأسباب التالية :
- ١- الدوافع من وجهة نظر اقتصادية حيث اعتبر الأسلوب الأكثر ملاءمة للأنشطة الاقتصادية الحجم المتوسط، حيث يلعب دوره كبديل عن الاستثمار المباشر بما يتطلبه هذا الأخير من حجم اقتصادي كبير .<sup>١٨٨٩</sup>
- ٢- على المستوى التكنولوجي فهي تمكن المرخص له من استغلال التكنولوجيا و استعمال المعلومات التكنولوجية مع صلاحية التصرف بالنتائج المتحصل عليها دون أن يكلف نفسه المرخص له مشاق البحث أو تعريض نفسه لمخاطر البحث .
- حيث نجد ان الدول المتقدمة كالصين والسويد واليابان استفادوا جيداً من تلك العقود في تحقيق نوع من التمكّن التكنولوجي، إلا أنه مع الأسف الشديد الدول النامية لم يصلوا إلى المستوى التكنولوجي الجدير بالذكر .<sup>١٨٩٠</sup>
- فقد حاجز عقد الترخيص على اهتمام كبير من دول العالم مما دفعها إلى إدراج ذلك في تشريعاتها ، فنجد أن عقد الترخيص ترد عادة أحكامه في التشريعات المناهضة و المقاومة للاحتكارات في الدول المتقدمة و خاصة التي تستهدف المنافسة المشروعة ، ففي قوانين الولايات المتحدة الأمريكية تحديد للقيود و الأحكام الممنوع إدراجها في عقود التراخيص ، وهذا ما سار عليه القانون الياباني الذي كان موقفه معادي للاحتكارات ، حيث اعتبر الشروط المقيدة في عقود التراخيص من الممارسات الجائرة و الظالمة ، كما ألزمت بعض قوانين الدول المتقدمة من بينها القانون الفرنسي تسجيل العقد

<sup>١٨٨٦</sup> - د. خالد رعد - دراسات و بحوث في العلاقات الاقتصادية الدولية - منشورات جامعة دمشق - ١٩٩٥م - ص ٤٤٢ ، وانظر د. فينان طاهر - مشكلة نقل التكنولوجيا (دراسة لبعض الأبعاد السياسية و الاجتماعية) - منشور من قبل الهيئة المصرية العامة للكتاب - ١٩٨٦م - ٩٢ .

<sup>١٨٨٧</sup> - د. انس عطيه - مرجع سابق - ص ٢٨٤ - ٢٨٥ و انظر د. يوسف الاكياي - مرجع سابق - ص ٤٩ ، وانظر د. د. نصيره بوجمعه - مرجع سابق - ص ٧١ .

<sup>١٨٨٨</sup> - د. السيد مصطفى - مرجع سابق - ص ، وانظر د. وليد عودة - مرجع سابق - ص ٦٢ - ٦٥ .

<sup>١٨٨٩</sup> - د. انس عطيه - مرجع سابق - ص ٢٨٤ .

<sup>١٨٩٠</sup> - د. نصيره بوجمعه - مرجع سابق - ص ٧٢ ، وانظر د. يوسف الاكياي - مرجع سابق - ص ٥٠ .



في السجل العام للبراءات التابع للمعهد الوطني للملكية الصناعية حتى يعدّ نافذاً بحق الغير، كما يسري أيضاً على العلامات التجارية، كما اشترط القانون الفرنسي كتابة العقد وإلا كان معرضاً للبطلان.<sup>١٨٩١</sup>

بينما موقف التشريعات بالدول النامية من عقد الترخيص فمن التشريعات من الدول النامية التي تحدثت قوانينها عن ذلك (المكسيك، البرازيل، الأرجنتين، الفلبين)، بينما الدول النامية العربية التي تحدثت في تشريعاتها عن ذلك كلاً من (مصر، الجزائر). كما حظي عقد الترخيص على اهتمام كبير من الجانب الدولي وقد نظم دولياً فقد ورد في مشروع (التقنين الدولي لسلوك نقل التكنولوجيا) الصادر عن الانكتاد ما يشير إلى شمولية عقود التراخيص، بحيث تسري على تلك العقود احكام و شروط ذلك التقنين، حيث أهم ما احتواه ذلك التقنين من احكام كان ما منعه من شروط مقيدة بما في ذلك: أية قيود على الأقاليم، الكميات، الأسعار، الزبائن و الأسواق، أو استلزام دفعات بعد انقضاء حقوق الملكية الصناعية، أو أية قيود تفرض بعد انتهاء العقد ذاته.<sup>١٨٩٢</sup>

- من اشهر القيود الواردة على تطبيق عقد الترخيص في الواقع العملي :
  - ١- القيود الزمانية : يستشف هذا القيد من شروط العقد نفسه كما لو جاء عقد ترخيص ببراءة اختراع محدداً بمدة مساوية لصلاحيتها أو مدة أقل .
  - ٢- القيود المكانية : يكون ذلك عندما تأتي عقود الترخيص مقيداً للمرخص له بنطاق إقليمي معين حيث يرد في عقد الترخيص (بعدم السماح للمرخص له بالإتجار بالمنتجات المصنعة عبر التكنولوجيا المنقولة خارج مكان إبرام العقد مثلاً، قد يكون الدافع من وراء ذلك هو حرص المرخص على عدم منافسته من قبل المرخص له حيث أنه أمر قابل للحدوث .
  - ٣- القيود على مجال الاستعمال : وتعني منح صلاحية للمرخص بتحديد الأشخاص المستفيدين من حق الاستعمال و المدة و الإقليم، أو تحديد الغرض الذي يجوز استخدام التكنولوجيا لأجله مثلاً كأن يقتصر نطاق الحق في التصنيع، أو الاستعمال، أو البيع، وبالنتيجة إمّا أن تكون أمام ترخيص واسع مع قدر كبير من المرونة أو نكون أمام ترخيص ضيق و أقل مرونة . ومثال ذلك : كأن يأتي المنتج الصيدلاني صالحاً لكل من مجالي الطب البشري و الطب البيطري فيأتي التحديد بمجال دون آخر .<sup>١٨٩٣</sup>
- انواع عقد الترخيص : فبعد البحث حول انواع عقود الترخيص فارتأيت ذكر جميع تقسيماتها وفقاً لرأي الفقهاء، حيث أن معظم الفقهاء قاموا بتقسيمها إلى ثلاثة أنواع رئيسية وهي عقد الترخيص الاستثنائي ( الحصري ) والتي يهدف إلى حصول المرخص له وحده على حق استخدام التكنولوجيا والتي هي ( محل عقد الترخيص ) دون غيره بحيث يمتنع على المرخص ذاته أو أي الغير) المرخص لهم الآخرين من قبل المرخص ( القيام بذلك الاستغلال . أما النوع الثاني هو عقد الترخيص الوحيد : وهو تمتع المرخص له بحق الاستغلال للتكنولوجيا بحيث يمتنع بموجبه صاحب البراءة عن منح تراخيص عن التكنولوجيا ذاتها لغير المرخص له، إلا أنه يبقى المرخص يحتفظ لنفسه بحق استخدامها . أمّا النوع الثالث فيسمى عقد التراخيص غير الاستثنائية ( التراخيص العادية ) : وهي أكثر ما يفضلها المرخص كونه يحتفظ بحق استغلال التكنولوجيا محل الترخيص

١٨٩١- د. جلال خليل - النظام القانوني لحماية الاختراعات و نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية - الطبعة الأولى - جامعة الكويت - ١٩٨٣ -

ص ٤١٠، د. جميل الشراقي - ص ٢٠٥، د. يوسف الاكياي - مرجع سابق - ص ٤٨، وانظر نادية شيبيني - مرجع سابق - ١٩٣ .

١٨٩٢- د. وفاء مزيد - مرجع سابق - ص ٢٨٧ .

١٨٩٣- د. وفاء مزيد - مرجع سابق - ص ٢٩٢-٢٩٣ .

مع حق إعادة ترخيصها لأشخاص آخرين في ذات الوقت وذلك لكونه يملك حق الاحتفاظ بالاستغلال و التمتع بمشاركة المرخص له بذلك الحق<sup>١٨٩٤</sup>.

و البعض الآخر نظر إلى تقسيم عقود التراخيص إلى قسمين فكانت مسمياتها هي : التراخيص الرضائية وهي محور حديثنا في عقود نقل التكنولوجيا ، و النوع الثاني : تراخيص جبرية وقسمت إلى ثلاثة أنواع : التراخيص الجبرية على سبيل الجزاء : وهي تلك التي تنص فيه تشريعات بعض الدول على الزام صاحب البراءة بالتراخيص لمن يرغب في ذلك مقابل عوض عادل ، وفي حال امتناع صاحب البراءة عن ترخيصها أو مطالبته بمقابل مبالغ فيه سوف يكون من حق طالب الترخيص اللجوء إلى القضاء لتحديد قيمة المقابل ، النوع الثاني التراخيص الجبرية التلقائية : هي تلك التراخيص التي تفرضها دواعي المصلحة العامة و التي ترتبط (بالأمن و الصحة ) ويتم الحصول عليها من قبل طالب الترخيص بموجب قرار من السلطة الإدارية المختصة دون التقيد بمدته معينه ودون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء ، و أخيراً التراخيص الجبرية بقوة القانون : تأتي فكرتها من خلال وضع عبارة ترخيص بقوة القانون أمام براءة ما ، بناءً على طلب صاحبها مقابل أن يقوم مكتب البراءات بنشرها و من هنا يصبح لكل ذي شأن الحق بأن يصبح مستفيداً من البراءة وبقوة القانون على أن تحدد شروط العقد اتفاقاً بين الطرفين ، أما في حالة الخلاف فيتم تحديدها بموجب المحكمة و هذا ما يجعلها من فئة التراخيص الجبرية<sup>١٨٩٥</sup>.

قبل التطرق إلى التزامات أطراف عقد التراخيص الصناعي فسوف نذكر عناصر محل عقد الترخيص و التي تشمل : براءة الاختراع ، و حقوق الملكية الفكرية الأخرى و تتضمن ( العلامات التجارية – الاسم التجاري و النماذج و الرسم الصناعي – حقوق التأليف و مسميات بلد الإنتاج<sup>١٨٩٦</sup> و التي تعني هي التسميات الجغرافية ذات الدلالة الواضحة على مصدرها مثل كلمة جميد و التي ترد إلى موطن الكرك فيقال جميد كركي ، و كذلك كلمة شمبانيا و التي تطلق على نوع من النبيذ الذي يصنع في مقاطعة فرنسية تسمى شمبانيا ) .

ثانياً : الالتزامات المترتبة على أطراف عقد الترخيص :

يولد عقد الترخيص حقوقاً و التزامات متبادلة في ذمة كل من المرخص و المرخص له . و سوف نتناول فيما يلي أهم هذه الحقوق و الالتزامات :

أولاً : الالتزامات التي تقع على عاتق ( المرخص ) :

من أهم الالتزامات التي يفرضها عقد الترخيص الناقل للتكنولوجيا على المرخص هي :

١- الالتزام بنقل المعرفة الفنية ، ٢- الالتزام بالضمان .

وبالإضافة إلى هذين الالتزامين قد يتضمن العقد التزامات أخرى ، كما يجوز للمتعاقدين أن يزيدا أو ينقصا من الالتزامات طالما أن ما اتفقا عليه لا يخالف النظام العام لكون العقد شريعة المتعاقدين . و نفضل ذلك كما يلي :

(١) - الالتزام بنقل المعرفة الفنية :

من الغنى عن البيان أن جوهر عقد نقل التكنولوجيا ليس هو العناصر المادية التي يشملها ، بل هو العنصر المعنوي الذي ينصب على حقوق الملكية الصناعية و المعارف و الخدمات الفنية .

<sup>١٨٩٤</sup> - د. محمد حسني عباس - مرجع سابق - ص ١٩٢ ، وانظر جميل الشراوي - محاضرات في العقود الدولية - دار النهضة العربية -

القاهرة - ١٩٩٧م - ص ٢٠٩ .

<sup>١٨٩٥</sup> - د. جلال خليل - مرجع سابق - ص ٦١ - ٣٣٢ .

<sup>١٨٩٦</sup> - د. محمد حسني عباس - مرجع سابق - ص ٣١ .

والالتزام الرئيسي الذي يقع على المرخص في عقود الترخيص الناقله للتكنولوجيا هو نقل المعرفة الفنية إلى المرخص له وتمكينه من الانتفاع بحقوق الملكية الصناعية من براءات اختراع وعلامات تجارية وأسرار صناعية وغيرها بحسب ما يحدده العقد .

ويتفرع عن ذلك الالتزام الرئيسي التزام المرخص بأن يسلم إلى المرخص له الوثائق الفنية التي تشكل السند المادي للمعارف التكنولوجية محل العقد مثل دراسات الجدوى والتصميمات والرسومات الهندسية والصور وتعليمات التشغيل ، علماً أنها تبقى هذه الوثائق مملوكة لمورد التكنولوجيا ، بحيث ينبغي على المرخص له إعادتها إلى المرخص عند انتهاء مدة العقد . ولا يلتزم المرخص بالتزام سلبي قوامه أن يترك المرخص له يستعمل البراءة أو العلامة أو غيرها من حقوق الملكية الصناعية فحسب أي كما يشاء دون توضيحها له ، بل ينطوي الترخيص على التزام إيجابي يقع على عاتق المرخص يتضمن تقديم العون للمرخص له ليتمكن من استعمالها وفقاً لشروط الترخيص . وفي الغالب يتضمن الترخيص شروطاً تفرض على المرخص التزامات معينة بهدف تمكين المرخص له من الانتفاع بحقوق الملكية الصناعية على أفضل وجه ، فقد يتضمن العقد مثلاً التزام المرخص بتوريد المواد الأولية والخامات اللازمة لتصنيع المنتجات إلى المرخص له أو التزام المرخص بالدعاية والإعلان عن المنتجات أو تقديم المساعدة والخبرة الفنية للمرخص له في مجال التصنيع أو التسويق ، كما ينبغي على المرخص أن يمد المرخص له بكافة المعلومات والمعارف الفنية والتكنولوجية المتعلقة بمعايير الجودة .

وفقاً للمادة ٧٧ من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ يلتزم مورد التكنولوجيا بأن يقدم لمستورد التكنولوجيا المعلومات والبيانات وغيرها من الوثائق الفنية اللازمة لاستيعاب التكنولوجيا ، وكذلك ما يطلبه المستورد من الخدمات الفنية اللازمة لتشغيل التكنولوجيا وعلى وجه الخصوص الخبرة والتدريب ، كما يلتزم بأن يعلم المستورد بالتحسينات التي قد يدخلها على التكنولوجيا خلال مدة سريان العقد وأن ينقل هذه التحسينات إلى المستورد إذا طلب منه ذلك . وفقاً للمادة ٧٨ من القانون المذكور يلتزم المورد - طوال مدة سريان العقد - بأن يقدم للمستورد بناء على طلبه قطع الغيار التي ينتجها وتحتاجها الآلات أو الأجهزة التي تستعمل في تشغيل منشأته . وإذا كان المورد لا ينتج هذه القطع في منشأته ، وجب عليه أن يعلم المستورد بمصادر الحصول عليها .

ويعتبر عقد الترخيص في جوهره من قبيل الأيجار كما اشرنا إلى ذلك من قبل ، ولا ينال من ذلك اختلاف الترخيص عن الأيجار من بعض الوجوه فيما يتعلق بالالتزامات التي يولدها العقد ، ذلك أن محل عقد الترخيص يرد على حقوق الملكية الفكرية وهي مال معنوي له طبيعة خاصة تختلف عن الأشياء المادية التي هي محل عقد الأيجار . وهذه الطبيعة هي التي تفسر التزامات المرخص المختلفة لتمكين المرخص له من استغلالها .

على أن استعمال المرخص له لحقوق الملكية الفكرية لا يمس بحق المرخص في ملكيتها . فلا يقيد العقد حق المرخص في بيعها حيث هو مالها وله كل الحق بالتصرف بها . وفي حالة تصرف المرخص في حق من حقوق الملكية الفكرية محل العقد ، وانتقال الملكية إلى الغير كأثر لهذا التصرف ، يتعين على من آلت إليه الملكية احترام شروط الترخيص باعتباره خلفاً خاصاً للمرخص .

(٢) - الالتزام بالضمان :

وبشكل الضمان واحداً من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المرخص في عقود نقل التكنولوجيا وتتفاوت حدود الضمان وشروطه في عقود نقل التكنولوجيا بحسب طبيعة العقد ومحلّه .

ويضمن المرخص عدم التعرض ، إذ يجب عليه تمكين المرخص له من الانتفاع بحقوق الملكية الفكرية محل العقد انتفاعا هادئا لا يعكس صفوه تعرض منه أو من غيره، فيمتنع على المرخص القيام بأي عمل من شأنه أن يحول كليا أو جزئيا دون استعمال المرخص له لتلك الحقوق التي يحددها عقد الترخيص .

ويجب على المرخص في حالة اعتداء الغير على البراءة أو العلامة أو غير ذلك من حقوق الملكية الفكرية التي يتضمنها العقد، كما لو قلدت أو زورت العلامة، أن يبادر باتخاذ كافة الإجراءات القانونية لدفع هذا الاعتداء . وله في سبيل ذلك الحق كل الصلاحية في رفع دعوى التقليد وهذه الدعوى لا ترفع إلا من جانب المرخص مالك الحق ضد من يعتدى على هذا الحق بإحدى الصور التي ينص عليها القانون<sup>١٨٩٧</sup> . على أنه يشترط لرفع دعوى تقليد العلامة أن تكون العلامة مسجلة . فإذا كانت العلامة غير مسجلة فلا يكون أمام المرخص إلا رفع دعوى المنافسة غير المشروعة . كذلك يضمن المرخص الاستحقاق ، فيضمن أنه صاحب الحق في ملكية البراءة أو العلامة أو غيرهما من حقوق الملكية الفكرية ، لا ينازعه فيها أحد ، وأنها ليست مقلده أو مزورة . فإذا كانت التكنولوجيا محل العقد تشمل في أحد عناصرها براءة اختراع لصالح الغير ، فإن المرخص له قد يتعرض للمسئولية بسبب تعديه على حقوق مالك البراءة . ولذلك يجب أن يتحرى قبل إبرام العقد للتأكد من حقوق ملكية المرخص للتكنولوجيا والمعارف الفنية محل العقد<sup>١٨٩٨</sup> . فإذا تعذر عليه ذلك يجب على المرخص له أن يتحوط بحرصه على أن يضع في العقد كافة الضمانات الكفيلة بالحفاظ على حقه مثل الشروط الجزائية ، والحق في الفسخ والتعويضات وما إلى ذلك . ومن الغنى عن البيان أنه من المحتمل بعد إبرام عقد الترخيص باستغلال حقوق المعرفة الفنية صدور براءة اختراع للغير تتضمن أحد عناصر التكنولوجيا محل العقد، مما يؤدي إلى حرمان المرخص له من استغلال التكنولوجيا . ويجب على المرخص له أن يحتاط لهذا الاحتمال فيشترط تأجيل دفع جزء من الثمن أو تخفيضه أو الاحتفاظ بالحق في الفسخ فضلا عن التعويضات . كما تترتب مسؤولية قانونية على المرخص إذا تبين عدم ملكيته للبراءة أو للعلامة ، ويكون من حق المرخص له فسخ العقد واسترداد كافة المبالغ التي دفعها مع الاحتفاظ بحقه بالمطالبة بالتعويضات . ويتعين على المرخص أن يدفع رسوم الصيانة السنوية التي قد تستحق على البراءة أو غيرها من حقوق الملكية الفكرية التي يشملها عقد الترخيص من أجل المحافظة على حقوق المرخص له . كما يلتزم بأن يحدد تسجيل العلامة أو حقوق الملكية الفكرية التي تقبل بطبيعتها التجديد حتى تستمر الحماية القانونية لها ويتمكن المرخص له من استعمالها دون أن ينازعه أحد . ولا يجوز للمرخص خلال سريان عقد الترخيص إسقاط حقوق الملكية الفكرية التي يشملها العقد عن طريق شطبها إلا بموافقة المرخص له .

<sup>١٨٩٧</sup> - وهي تختلف في ذلك عن دعوى المنافسة غير المشروعة ، فهذه الدعوى الأخيرة لا يقتصر الحق في رفعها على المرخص ، وإنما يجوز رفعها من جانب المرخص له وكل من أصابه ضرر من أعمال المنافسة غير المشروعة وضد كل شخص صدرت منه هذه الأعمال . وقد أوضحت محكمة النقض المصرية التفرقة بين دعوى التقليد ودعوى المنافسة غير المشروعة ، فقضت الحكم الاستثنائي الذي خلط بين الدعويين ، ورفضت دعوى المنافسة غير المشروعة لأنها لم ترفع من مالك العلامة . وقالت محكمة النقض ان " الحكم المطعون فيه إذ قرر ذلك يكون قد خالف القانون وأخطأ في تأويله، ذلك أنه خلط بين شروط قبول الدعوى المؤسسة على تقليد العلامة التجارية وبين شروط الدعوى المؤسسة على المنافسة غير المشروعة وتطلب لقبول الدعوى الأخيرة أن ترفع من مالك العلامة التجارية وعلى من قام بتقليدها مع أن هذا شرط لقبول الدعوى المؤسسة على تقليد العلامة التجارية ، على عكس الدعوى المؤسسة على المنافسة غير المشروعة، فإنها تكون مقبولة من كل من ناله ضرر بسببها وعلى كل من يشارك في إحداث هذا الضرر متى توافرت شروطها وهي الخطأ والضرر وقيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر" .

نقض مدني في ١٤ يونيو ١٩٥٦ ، مجموعة النقض ، السنة ٧ ، ص ٧٢٣ ، وانظر أيضا استئناف مختلط ٦ فبراير سنة ١٩١٨ ، B ، ٣٠ -

<sup>٢١١</sup> - د . محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، ١٩٨٤ ، بند ١١٩ ص ٩٢ .

- ثانياً: الالتزامات التي تقع على عاتق ( المرخص له ) :  
 من أهم الالتزامات التي يفرضها عقد الترخيص على المرخص له :  
 ١- الالتزام بالاستغلال، ٢ - الالتزام بدفع الإتاوة المتفق عليها، ٣ - المحافظة على سرية المعارف الفنية .

(١) - الالتزام بالاستغلال :

ينشئ عقد الترخيص للمرخص له حقا في استغلال حقوق المعرفة الفنية والملكية الصناعية في الحدود التي يضعها العقد . ويعتبر الاستغلال حقا للمرخص له والتمتازا عليه في ذات الوقت ، لأن المرخص يكون له مصلحة في الاستغلال على اعتبار أن المقابل الذي يتقاضاه من المرخص له يتوقف عادة على رقم الأعمال أو حجم إنتاج المشروع المرخص له بالاستغلال .  
 ومن الغنى عن البيان أنه إذا تضمن عقد الترخيص براءة اختراع فإن لمالك البراءة مصلحة مؤكدة في قيام المرخص له باستغلالها، لأن معظم التشريعات تلزم مالك البراءة بالاستغلال والإلتزام لجزاء منح ترخيص إجباري للغير ليقوم غيره باستغلالها نظراً لامتناع صاحبها عن ذلك . وإذا تضمن عقد الترخيص علامة تجارية فمن مصلحة مالك العلامة أن يقوم المرخص له باستعمالها لما تعود عليه من فوائد عديدة من جراء استعمالها من قبل المرخص له وهي تزداد شهرة العلامة وارتفاع قيمتها في السوق ، وفضلا على ذلك فإن ترك العلامة بدون استعمالها يعرض صاحبها لجزاء السقوط بسبب عدم الاستعمال .

(٢) - الالتزام بدفع الإتاوة المتفق عليها :

يلتزم المرخص له بأن يدفع الإتاوة المتفق عليها إلى المرخص ، ويتوقف تحديد هذا المبلغ على عوامل كثيرة من وجهة نظر الطرفين ، فالمرخص يضع في اعتباره مقدار المنفعة التي تعود على المرخص له . في حين المرخص له هو أيضاً يقارن بين المبالغ التي سيدفعها للمرخص ومقدار ما سيعود عليه من نفع خلال فترة الترخيص .

وقد يقدر هذا المقابل إما بمبلغ جزافي يتم سداده على أقساط دورية ، أو على أساس نسبة مئوية من المبيعات أو الأرباح تدفع بصفة دورية ويتم تحديدها بحسب العادات والأعراف التجارية السائدة ، كما قد يتخذ هذا المبلغ صورة الأجر أو الأتعاب في حالة تقديم خدمات ومساعدات فنية من المرخص أو تابعيه . ويقدر المقابل في هذه الحالة على أساس مبلغ معين لكل عمل من أعمال الإشراف أو التدريب أو الخدمات الفنية حسب قيمة الخدمة ومدتها . وقد يجرى الجمع بين كل هذه الصور عند تحديد مقابل الانتفاع باستخدام البراءة أو العلامة .

وفي كثير من عقود الترخيص يلتزم المرخص له بأن يدفع مبلغاً نقدياً في بداية التعاقد ويغطي هذا المبلغ ( جميع المصروفات اللازمة لانضمام المرخص له لشبكة المشروعات التابعة للمرخص ) . وبالإضافة إلى ذلك يلتزم المرخص له عادة بدفع مبلغ بصفة دورية يجرى تحديده بحسب العادات والأعراف السائدة ، كما يجوز الاتفاق على حساب هذا المبلغ وتحديده بنسبة مئوية من الإنتاج أو المبيعات أو الأرباح ، وأحياناً يتم الاتفاق على حدود دنيا أو قصوى لهذا المبلغ بحيث لا يقل أو لا يتجاوز رقماً معيناً ، ويعتبر هذا المبلغ مقابلاً لاستخدام حقوق الملكية الفكرية والمعرفة الفنية محل العقد بالإضافة إلى الخدمات التي يقدمها المرخص أثناء تنفيذ العقد كالإشراف على الإنتاج واختبار صلاحية العينات ، والتدريب ، وأعمال الإعلان والدعاية .

وعليه تؤكد المادة ٨٢ من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حيث نصت على انه يلتزم مستورد التكنولوجيا بدفع مقابل التكنولوجيا والتحسينات التي تدخل عليها في الميعاد والمكان المتفق عليه . ويجوز أن يكون المقابل إجمالياً يؤدي دفعه واحدة أو على دفعات متعددة ، كما يجوز

أن يكون المقابل نصيباً من رأس المال المستثمر في تشغيل التكنولوجيا أو نصيباً من عائد هذا التشغيل . ويجوز أن يكون المقابل كمية معينة من السلعة التي تستخدم التكنولوجيا في إنتاجها أو مادة أولية ينتجها المستورد ويتعهد بتصديرها إلى المورد .

(٣) - الالتزام بالمحافظة على سرية المعارف الفنية التي اطلع عليها بموجب الترخيص : يعد الالتزام التزام من نوع سلبى يقع على عاتق الطرف المرخص له مضمونه المحافظة على السرية وهو التزاماً رئيسياً في عقود نقل التكنولوجيا ، ويعنى هذا الالتزام عدم إفشاء أي عنصر من عناصر المعرفة الفنية التي يتلقاها المرخص له ، ويحرص دائماً ناقل التكنولوجيا على ضمان سرية المعارف الفنية محل العقد إذا ما تعاقد على نقلها إلى الغير . ومن جانب آخر فإن ناقل التكنولوجيا يلتزم بالمحافظة على سرية التحسينات التي يدخلها المستورد وينقلها إليه بموجب شروط العقد ، أي أن التزام السرية يرتب بموجب عقد الترخيص التزامات متقابلة بحق كلا من طرفي العقد ( المرخص و المرخص له )<sup>١٨٩٩</sup> . وفي هذا الصدد تناولت المادة ٨٣ من قانون التجارة المصري الجديد الالتزام بالسرية فنصت على أنه :

- ١- يلتزم المستورد بالمحافظة على سرية التكنولوجيا التي يحصل عليها وعلى سرية التحسينات التي تدخل عليها، ويسأل عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن إفشاء هذه السرية سواء وقع ذلك في مرحلة التفاوض على إبرام العقد أو بعد ذلك .
- ٢- وكذلك يلتزم المورد بالمحافظة على سرية التحسينات التي يدخلها المستورد وينقلها إليه بموجب شرط في العقد ، ويسأل المورد عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن إفشاء هذه السرية " .

#### ثالثاً : تقييم عقد الترخيص :

لاحظ الفقه القانوني عقد الترخيص السابق الذكر فوجدوا عدة انتقادات وجهت له من خلال تقييمه له من جهة الالتزامات الملقاة على أطراف العقد ، بحيث سوف نلخص ما توصلوا اليه عند تقييم العقد من حيث التزام المرخص بالتسليم عيب على هذا الالتزام انه يفتقر للجدوى والفائدة الحقيقية منه لكون المرخص سوف يسلم المرخص له الوثائق الفنية والمعلومات لكنه لم يعلم المتلقي بطريقه استخدامها .

أما بالنسبة للمساعدة التقنية فاختلّفوا بشأنه حيث اعتبره الفقه و القضاء الفرنسي التزاماً غير واجب إلا بموجب اتفاق صريح بالعقد ، في حين ذهب رأي آخر إلى مخالف متأثرين بذلك بأحكام محكمة النقض الفرنسية فاعتبروه عنصر مكمّل للتكنولوجيا ولا يتم التسليم بدونه على اعتباره من ملحقات الشيء محل العقد (( التكنولوجيا )) وهو ما اعتبر الرأي الراجح فيما بعد . أمّا بالنسبة للالتزام المرخص بالضمان فهو بالمفهوم الذي سبق توضيحه يدخل المرخص له في حالة تبعية تكنولوجية عبر سلسلة من الشروط المقيدة .

في وجهت كثير من الانتقادات و العيوب لعقد الترخيص من ناحية تضمين بعضها شروط زمنية التي تجعل عقد ترخيص بنقل التكنولوجيا مرتبط بمدة زمنية طويلة مما يعكس ذلك بآثار سلبية بالمقابل على المرخص له من إطالة فترة التبعية التكنولوجية و زيادة الأعباء المالية و النفقات عليه ، كما عيب عليه من جانب الشروط المكانية التي تفرض على المرخص له البيع داخل إقليم معين و عدم تجاوز حدود ذلك الاقليم أي حصره بقطعة جغرافية معينة ، أو شروط منع التصدير ، أو الحد

<sup>١٨٩٩</sup> - د. محسن شفيق - نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية - مركز البحوث والدراسات القانونية و التدريب المهني القانوني - مطبعة جامعة القاهرة و الكتاب الجامعي - الطبعة الأولى - ١٩٨٤م - ص ٨٠-٩٢ .

منه) مما يؤثر سلباً على المرخص له خصيصاً إذا كان من الدول النامية الطامحة بزيادة صادراتها و حصتها بالتجارة الدولية للسلع المصنعة ، عدا تأثيرها على المشروع المحلي أيضاً فيما لو كانت طاقتها الإنتاجية أعلى من قدرة استيعاب السوق الداخلية ، كما يرى البعض شرط السرية الذي يعتبر التزام على المرخص له التقيد به يرتب آثار سينية على الدولة ( المرخص لها ) مضمونها هي منعها من ذبوع وانتشار تلك التكنولوجيا داخلها بحيث لا يستبعد أن تقوم عدة مشاريع وطنية تحتاج لتلك التكنولوجيا بالتعاقد مع المرخص لاستيراد نفس التكنولوجيا ، والذي سيؤدي بالمقابل إلى نتيجة مفادها [انه تم التعاقد على نفس التكنولوجيا عدة مرات بعقود منفصلة و أعباء مالية جديدة .<sup>١٩٠٠</sup>

#### المطلب الثاني

عقود بيع المجمعات الصناعية :

في نطاق البدائل و الآليات التي أظهرها واقع العمل في إطار عقود نقل التكنولوجيا وذلك بسبب رفض الدول النامية للنظام التقليدي للملكية الصناعية وعدم ثققتها وخوفها من الاستثمار الأجنبي ، تم ابتداء صيغ عقدية جديدة لنقل التكنولوجيا ، تتلائم مع متطلبات وحاجة المشروعات المتلقية باستيراد ونقل التكنولوجيا إلى بلادها كأحد الخيارات المرشحة ، وذلك من خلال عقود بيع المجمعات الصناعية و التي تأتي في إطار عقود التداول والتسويق للتكنولوجيا ، و عليه سوف نلقي الضوء على أهم صيغتين من عقود بيع المجمعات الصناعية هما<sup>١٩٠١</sup> :

- ١- عقد تسليم المفتاح باليد ( أو عقد المفتاح في اليد ) .
- ٢- عقد تسليم إنتاج في اليد .

سوف يجري الحديث في بحثنا هذا عن كل نوع منها في ثلاث جوانب بداية الماهية لكل عقد ( من حيث تطوره - تعريفه - أطرافه ) ، ثم صورته والتزامات أطرافه ، وبعدها سنتوصل إلى تقييم قانوني للعقد من خلال تحليله ، تحليلاً قانونياً بذكر مزاياه مع التعرض إلى الانتقادات الموجه له من وجه نظر الفقه ، مع طرح مجموعة من التطبيقات العملية الواقعية وذكر النتائج المترتبة عليها .

#### الفرع الأول

- ١- عقد تسليم المفتاح باليد :

أولاً:- ماهية العقد (تطوره - تعريفه- أطرافه):

- أ- ظهور عقد تسليم المفتاح باليد وتطوره :

نظراً لعدم ملاءمة الصيغ التي كانت سائدة في الستينات ، كالاستثمار المباشر و عقود التراخيص الصناعي ، اتجه بعضهم لتطويع صيغ جديدة أكثر ملاءمة لعمليات نقل التكنولوجيا ، وكان من بينها عقد "تسليم مفتاح باليد " Turn Key Contract .<sup>١٩٠٢</sup>

بحيث ظهرت تلك الصيغة للمرة الأولى في الولايات المتحدة الأمريكية بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية كوسيلة فعالة لتلبية الطلبات العاجلة للدول الأوروبية لكي تعيد بناء ما هدمته الحرب من مباني ومصانع ، بسبب ما خلفته تلك الحرب من دمار واسع<sup>١٩٠٣</sup> ، حيث تم اللجوء بداية إلى متعهدي

<sup>١٩٠٠</sup> - د. وفاء مزيد - مرجع سابق - ص ٣٢٤ - ٣٢٥ .

<sup>١٩٠١</sup> - وليد عودة الهمشري ، مرجع سابق ، ص ٦٦-٦٧ ، وانظر د. السيد مصطفى أحمد أبو الخير ، مرجع سابق ، ص ١٠٤ .

<sup>١٩٠٢</sup> - د. أنس السيد عطية سليمان ، الضمانات القانونية لنقل التكنولوجيا إلى الدول النامية و المشروعات التابعة لها - دراسة في الإطار القانوني للنظام التكنولوجي الدولي السائد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦ .

<sup>١٩٠٣</sup> - قام المعهد الأمريكي للمهندسين المعماريين (AIA) بصياغة نموذج خاص بعقود تسليم المفتاح ، وذلك في عام ١٩٨٥م ، إلا أنه لم يأخذ الصفة الدولية شأنه شأن بعض النماذج المماثلة التي صاغتها جهات أخرى متخصصة ، كنموذج المقاوليين الدوليين الأوربيين (EIC) الصادر في مايو سنة ١٩٩٤ م .

الأبنية ليقوموا بإعداد دراسات ورسوم للمباني و من ثم تنفيذها وتسليمها جاهزة للمشتري الذي يستلم المبنى جاهزاً معداً للسكن فلا يكن عليه سوى وضع المفتاح بالمبنى<sup>١٩٠٤</sup>، ومن هنا أطلقت عليها تلك التسمية .

ثم ما لبثت تلك الصيغة إلا وانتقلت إلى المجال الصناعي "التكنولوجي" من خلال الالتزام بإعداد وحدة صناعية متكاملة وتسليمها جاهزة ، وحظيت تلك الطريقة بقبول واسع من الدول النامية الراغبة في توطین الصناعات الحية بدلاً من استيرادها على نحو يمكنها من اللحاق بمصاف الدول المتقدمة ، والذي حدا هذا الحدو خاصة الدول النامية البترولية حيث زاد مدخولها على نحو ملموس منذ السبعينات .<sup>١٩٠٥</sup>

وهذا ما يوضح بدوره الظهور اللاحق لعدد من الجهات المتخصصة بإنجاز مثل تلك الوحدات بما تضمنته من مهندسين متخصصين في شتى المجالات ، و منسقين بين المقاولين القادرين على إنجاز المجمعات الصناعية بذلك الأسلوب .<sup>١٩٠٦</sup>

ب- تعريف العقد :

لقد اختلفت التعاريف التي عرفت عقد تسليم المفتاح فلا يوجد تعرف محدد لعقد تسليم المفتاح وسبب ذلك عائد كله لكونه عقد حديث النشأة نسبياً فضلاً عن كونه أحد إملاءات و إفرازات الممارسات العملية التي اخرجتها الحاجة و الظروف التي مرت بها الدول المتقدمة<sup>١٩٠٧</sup> ، رغم ذلك ثمة قواسم مشتركة تجمع فيما بينها ، فالبعض عرف عقد تسليم المفتاح بأنه : " عقد يلتزم من خلاله المقاول من قبل رب العمل إتمام عمليات بناء المشروع وتوريد الآلات و الأجهزة وتركيبها و تجربتها والإعداد للتشغيل ، بالإضافة إلى تقديم المعونة الفنية حتى تمام تشغيل المصنع بكامل كفاءته وطاقته مع تدريب العمال " <sup>١٩٠٨</sup> .

ومن خلال النظر بالتعريف ترى الباحثة أن الدكتور جلال قد اصاب في تعريفه للعقد حيث جاء التعريف شامل لكافة جوانب العقد فقد غطى عملية البناء مع الزام المقاول بالتوريد للأجهزة والمعدات والآلات و حتى قد ضمن العقد الزام المقاول بالبناء بالتجريب و التأكد من سلامة البناء و صلاحية المعدات وفعالية الآلات ومن هنا ترى الباحثة أن الدكتور بتعريفه هذا قد أصاب من خلال حديثه على التجربة حتى يخلي الطرف المورد مسؤوليته ، مع الزامه ايضاً بتدريب العاملين بالمصنع أو المشروع مع تقديم المعرفة الفنية التي هي أساس العقد .  
في حين عرفه البعض الآخر بأنه : " اتفاقاً يتولى بموجبه أحد الطرفين إقامة مصنع وتسليمه جاهزاً للتشغيل للطرف الثاني، بما يستتبع انتقال المعارف الفنية إلى المتلقي من خلال المفتشين الإداريين القائمين على إنشاء المصنع بما يقدمونه من معارف فنية كاملة ورسوم هندسية وخطط تفصيلية،

إلا أن أهم وأقوى النماذج المتعلقة بهذه العقود هو النموذج الذي وضعه الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (FIDIC) في عام ١٩٩٥م (الكتاب البرتقالي ) والذي صدرت طبعته الأخيرة في عام ١٩٩٩م و المعروفة باسم (الكتاب الفضي )، حيث تناول التزامات الأطراف و آلية الاختبارات و عملية التسليم بشيء من التفصيل :انظر د.أحمد رشاد محمود سلام ، عقد الإنشاء و الإدارة و تحويل الملكية (B.O.T) في مجال العلاقات الدولية الخاصة -دراسة تحليلية للعقد و مراحل تنفيذه و كيفية تمويله و مخاطره و طبيعته القانونية و قدرته على نقل التكنولوجيا و كيفية تسوية منازعات العقد و القانون الواجب التطبيق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام ٢٠٠٤م ، ص ٢٦٤-٢٦٥ . و انظر د.السيد مطفي أبو الخير ، مرجع سابق، ص ١٠٤-١٠٥ .

<sup>١٩٠٤</sup> -د.يوسف عبد الهادي الاكيايبي، مرجع سابق، ص ٥٧، د.السيد مصطفى ، مرجع سابق، ص ١٠٤ .

<sup>١٩٠٥</sup> - د.صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمن ، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا -دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، عام ١٩٩٣م، ص ١١٩-١٢٢ .

<sup>١٩٠٦</sup> - د.نصيره بو جمعة سعدى ، مرجع سابق ، ص ٦-٧ .

<sup>١٩٠٧</sup> - د.وليد عودة الهمشري، مرجع سابق ، ص ٦٨ .

<sup>١٩٠٨</sup> -د.جلال وفاء محمددين، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا ، مرجع سابق، ص ٣٠



إضافة إلى تدريبهم لعمال المتلقي على تشغيل المصنع وصيانته<sup>١٩٠٩</sup> مع العودة إلى التعريف السابق الذكر ترى الباحثة أن الدكتور سميحة قارب تعريفها الدكتور جلال بشكل كبير رغم اختلاف الصياغة وطريقة التعبير ولكنهما جاءا بنفس المعنى مع ملاحظة بسيطة على تعريف الدكتور سميحة بأنه كان يخلو من الحديث عن جانب التجربة فعليه أعتبر أن التعريف الشامل لعقد تسليم المفتاح هو التعريف الأول للدكتور جلال ، كما عرفه الدكتور حفيفة حداد بأنه : " العقد الذي يلتزم بمقتضاه الطرف الأجنبي بإقامة مصنع و تسليمه جاهزاً للتشغيل و الإنتاج إلى الدولة المتعاقدة " .<sup>١٩١٠</sup> ترى الباحثة بأن تعريف الدكتور حفيفة ليس بدقيق لكونه تناول جانب واحد من الالتزام هو بناء المصنع و تسليمه جاهزاً للتشغيل التي يمكن لي تفسيرها بأن الدكتور قصد ان يقوم المقاول بالبناء بتوريد الأجهزة والمعدات و الآلات فقط دون الزامه بتقديم المعونة الفنية او التدريب للعمال ، لذلك فقد أخفق الدكتور حفيفة بتعريفه لعقد تسليم المفتاح من نظر الباحثة .

بينما عرفه آخرون بأنه : " العقد الذي يلتزم فيه المورد بتسليم مجمع صناعي في مجال تسمح بتشغيله، مع تحمله المسؤولية عن التشييد وضمان التشغيل بالمعدلات المتفق عليها وبمعرفة العمال التابعين له " .<sup>١٩١١</sup>

يلاحظ على التعريف الأخير بأنه جاء غامضاً بعض الشيء من حيث تفاصيل العقد و شرح التزامات الأطراف .

رغم صحه ما ورد في تلك التعاريف إلا أن البعض رجح عدم دقتها لكون عقد تسليم المفتاح لا يأتي في شكل قالب واحد ، إنما يأخذ أشكال مختلفة ويظهر في ثلاثة صور وتؤيد الباحثة هذا الرأي بحيث سوف نتعرض لتلك الصور لاحقاً<sup>١٩١٢</sup> ، مع ذلك كله فقد حاول الفقه القانوني للتجارة الدولية وضع تعريف لهذا العقد من خلال التركيز على محله ، ماخذاً بعين الاعتبار بالالتزامات التي يرتبها على عاتق طرفيه، فانقسم إلى اتجاهين في ذلك اعتمد كل منها معياراً كأساس له على النحو التالي<sup>١٩١٣</sup> :

- معيار أداءات المنشئ: أي تعني معيار التزامات المورد (المنشئ) فقد عرف عقد تسليم المفتاح بموجب هذا المعيار بأنه : " اتفاق يتحمل بمقتضاه مقاول عام مسؤولية بناء و تشييد مصنع و تشغيله"<sup>١٩١٤</sup> وبتحليل التعريف نجد بأن هذا المعيار نظر لعقد تسليم المفتاح من خلال التزام المورد للتكنولوجيا بتحميله مسؤولية إنشاء مصنع و تسليمه جاهزاً للتشغيل و بذلك يكون قد تخلص من أي مسؤولية عقديّة بمجرد قيامه بالالتزام بذلك و إنهاء مرحلة التشغيل الأولي للمصنع ، أما إذا نظرنا لجانب الطرف الثاني (المشترى ، المتلقي للتكنولوجيا) وفقاً لهذا المعيار لوجدنا أن الأداءات الخاصة في عقد تسليم المفتاح في اليد أظهرت عدم كفايتها وقصورها ، لأن العقد بموجب هذا المعيار يلزم المورد بتقديم مصنع كامل وجاهز للتشغيل بما يحويه من آلات ومعدات دون الزامه

<sup>١٩٠٩</sup> - د. سميحة القليوبي، تقييم شروط التعاقد، مجلة مصر المعاصرة السنة السابعة والسبعون ، العدد ٤٠٦، عام ١٩٨٦م، ص ٥٨٨ .

<sup>١٩١٠</sup> - د. حفيفة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، عام ٢٠٠١، ص ١٩٢ .

<sup>١٩١١</sup> - كما يبدو إن ذلك التعريف مستقى من تقرير اللجنة الاقتصادية الأوروبية فيما يتعلق بعقد تسليم المفتاح انظر د. أنس السيد عطيه سليمان ، الضمانات القانونية لنقل التكنولوجيا إلى الدول النامية و المشروعات التابعة لها - دراسة في الإطار القانوني للنظام التكنولوجي الدولي السائد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام ١٩٩٦م، ص ٢٥٢-٢٥٥ .

<sup>١٩١٢</sup> - د. وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص ٣٣٤-٣٣٥ .

<sup>١٩١٣</sup> - د. السيد مصطفى، مرجع سابق، ص ١٠٦ .

<sup>١٩١٤</sup> - د. السيد مصطفى ، مرجع نفسه، ص ١٠٦ .

بتقديم الخبرة الفنية للعمال أي بمعنى آخر نكون أمام مصنع كامل و متكامل مع غياب طاقم فني مؤهل لتشغيله و صيانتته.<sup>١٩١٥</sup>

معيار الضمانات :

عرف عقد تسليم المفتاح بموجب هذا المعيار من خلال النظر إلى التزامات أطرافه المنشئ و المتلقي، بحيث تعتبر الضمانات التي يقدمها المنشئ عنصراً جوهرياً في تعريف عقد المفتاح في اليد و المتمثلة بضمان التشغيل و ضمان الإنتاجية لكون المنشئ ملزم بتسليم منشأة صناعية قادرة على إنتاج كمية معينة من المنتجات وذلك حسب المواصفات و المقاييس المتفق عليها في العقد، و عليه فيمكننا القول بان مسؤولية المنشئ تنتهي و يتحرر من هذا الضمان من اللحظة التي يثبت فيها من خلال الاختبارات و التجارب بأن المنشأة الصناعية محل العقد قادرة على الإنتاج وفقاً للشروط و المواصفات التي ذكرت في بنود العقد، بحيث يكون التزام المنشئ التزام تحقيق نتيجة و على ذلك فلا يستطيع أن يتصل من المسؤولية العقدية إلا بإثبات عدم أو سوء تنفيذ العميل (المتلقي) لالتزاماته العقدية أو بإثبات حاله القوة القاهرة (الآفة السماوية)، و لكن في المقابل لا يضمن المنشئ إنتاج المنشأة الصناعية بعد تسليمها إلى العميل (المتلقي) و حتى في حاله موافقة المنشئ على الزام نفسه بموجب العقد بضمان الانتاج بجوار الزامه بضمان التشغيل فإنه لا يمكن أن يكون التزامه إلا التزاماً بوسيلة، فإذا لم ينجح المنشئ في تشغيل المصنع وفقاً للمعايير و المعدلات المضمونة فإن المتلقي هو الذي يتحمل عبء إثبات الإهمال أو التقصير من جانب المنشئ أي إثبات خطأ الأخير.<sup>١٩١٦</sup>

جـ - أطراف العقد :

الشخصيتين الرئيسيتين في عقد تسليم المفتاح باليد هما : المقاول (المنشئ، المورد) و العميل (المتلقي، المستورد)، إلا أن ذلك لا يمنع من تدخل بعض الشخصيات ممن لهم الشأن بالعقد كالمقاول من الباطن، المهندس الاستشاري الذي يشرف على البناء .

١- المقاول : هو كل شخص طبيعي أو اعتباري يتعهد بتنفيذ المشروع ، فقد يعهد العميل بتنفيذ

المشروع إلى عدة مقاولين من خلال إبرام عقد مستقل مع كل مقاول على حدا بحيث يعد كل منهم مسؤولاً عن تنفيذ الجزء الخاص به، أو قد يفضل العميل إبرام عقد (جماعي) مشترك معهم جميعاً مع إمكانية إثارة مسؤوليتهم بالتضامن فيما لو اشترط العقد ذلك وكانت طبيعة العمليات الإنشائية لا تقبل التجزئة<sup>١٩١٧</sup>، و يلاحظ في عصرنا الحالي بتواجد بعض الشركات الإنشائية العملاقة التي لديها المقدرة على احتكار المشروع من ألفه إلى يائه نظراً لقدرتها التكنولوجية و المالية الكبيرة.<sup>١٩١٨</sup> على الرغم من وجود شركات مقاولات عملاقة إلا أنه في كثير من الأحيان لا يتمكن مقاول عام بمفرده من مواجهة أعباء المشروع خصيصاً إذا كان المشروع حيويًا وحساساً (كإنشاء مفاعل نووي) مما يستوجب تضافر مجموعة جهود صادرة من عدة شركات للنهوض بتلك الأعباء.<sup>١٩١٩</sup> بحيث يتوقف الشكل القانوني لذلك التجمع على عدة عوامل مثل أهداف المشتركين ورب العمل، وقانون الدولة التي يتم العمل فيها، إلا إنه غالباً ما يتخذ شكلاً تعاقدياً يسمى (اتفاقاً بين المشروعات

<sup>١٩١٥</sup> - د.وليد عودة الهمشري ، مرجع سابق ، ص ٦٨ .

<sup>١٩١٦</sup> - د.وليد عودة الهمشري ، المرجع نفسه ، ص ٦٩ ، وانظر د. السيد مصطفى ، المرجع نفسه ، ١٠٧ ، كما انظر د.سميحة القليوبي ، مرجع سابق ، ص ٥٨٨ .

<sup>١٩١٧</sup> - د.محسن شفيق ، عقد تسليم المفتاح "نموذج من عقود التنمية"، دار النهضة الحديثة ، القاهرة ، ص ١٣ - ١٥ .

<sup>١٩١٨</sup> - د.نصيرة بو جمعة سعدي ، مرجع سابق ، ص ٩٠ - ٩١ .

<sup>١٩١٩</sup> ( د.وفاء مزيد فلحوط ، مرجع سابق ، ص ٣٣٥ .

- ( ، و في حاله قام أحد أعضاء المجموعة بالإخلال بالتزامه ، فإن المسؤولية العقدية قانوناً سوف تختلف وتحكمها فرضيتين :
- الفرض الأول : في حالة إهمال ( إغفال ) الأطراف الاتفاق على المسؤولية التضامنية مع إمكانية تحديد العضو المخطئ، فهذه الحالة يمكن للطرف المتضرر الرجوع على الشخص المقصر الذي صدر منه الإخلال بالتزام .<sup>١٩٢٠</sup>
- الفرض الثاني : هو صراحة الغالب - ويكون ذلك في حالة وجود اتفاق مسبق في عقد تسليم المفتاح بين الأطراف على ( شرط التضامن ) ، كما يأخذ نفس الحكم في حالة تواجدها الحالة الأولى مع صعوبة تحديد العضو المخطئ فعندها يمكن إثارة المسؤولية التضامنية .<sup>١٩٢١</sup>
- وفي ذلك فقد ذهب القضاء الفرنسي أنه في المسائل التجارية مما يصلح للانطباق على عقود نقل التكنولوجيا حيث تكون المصلحة مشتركة و المبلغ يأتي إجمالياً للصفقة ، الذي يعتبر ذلك مبرر للتضامن في تعويض المشتركين للدائن وتكون مسؤوليتهم تضامنية في دفع مبلغ التعويض ، ومن هنا يفترض تحديد قواعد توزيع المسؤولية في العقد المبرم بينهم .<sup>١٩٢٢</sup>
- ٢- العميل : يقصد به صاحب المشروع الراغب في التعاقد الذي يمكن أن يكون منشأة فردية أو شركة خاصة أو عامة .<sup>١٩٢٣</sup>
- ٣- المقاول من الباطن : إن عقود نقل التكنولوجيا تقوم على الاعتبار الشخصي حيث تلزم على المقاول (المورد) القيام بالعمل بنفسه ، إلا أنه مع تعقد المشروعات محل العقد و تشعب التكنولوجيا و ظهور التخصصات الدقيقة فجعلت المقاول مضطراً في كثير من الحالات للاستعانة بجهود مجموعة مقاولين من الباطن دون المساس بالطابع الشخصي لعقد تسليم المفتاح باليد ، وذلك دون الخلط بينه وبين عقد المقاولة من جهة مما يدفعنا للتمييز في هذا السياق ما بين علاقة المقاول الأصلي مع المقاول من الباطن ، وعلاقة المقاول من الباطن مع المكتسب .
- أ- علاقة المقاول الأصلي مع المقاول من الباطن : تتأثر تلك العلاقة بالعقد الرئيسي الذي هو السبب لوجود عقد المقاولة ، بما يترتب على إلغاء الأول إلغاءً للثاني .<sup>١٩٢٤</sup>
- يظهر مدى الترابط بين العقدين في جملة أشياء و منها ضمان العيوب لأنه إذا كانت توريدات المقاول من الباطن معيبة ، كان للمقاول الأصلي الطعن ضد المقاول من الباطن بنفس الطرق التي يتعرض لها هو نفسه ، من قبل رب العمل و كذلك الأمر بالنسبة لمهل التنفيذ حيث ترتبط بمهل العقد الرئيسي .<sup>١٩٢٥</sup>
- ب- علاقة المقاول من الباطن بالمكتسب : انطلاقاً من مبدأ الأثر النسبي للعقود ترفض إمكانية الاعتراف بقيام علاقة ما بين المقاول من الباطن والمكتسب ، أو إثارة المسؤولية العقدية ، استناداً إلى اعتبار أن كل منهما غيراً بالنسبة للآخر ، رغم ذلك فإن نفي تلك العلاقة لا يقطع كل الصلات بينهما ، فمن المتصور السماح لرب العمل بمراقبة عمل المقاول من الباطن "الاشتراط لمصلحة الغير"<sup>١٩٢٦</sup>

١٩٢٠- د. وفاء مزيد فلحوط ، المرجع نفسه ، ص ٣٣٦ .

١٩٢١- د . وفاء مزيد فلحوط ، مرجع سابق ، ص ٣٣٦ ، وانظر د. نصيرة بو جمعة سعدي ، مرجع سابق ، ص ١٠٩ - ١١٤ .

١٩٢٢- د. نصيرة بو جمعة سعدي ، مرجع سابق ، ص ١١٠ .

١٩٢٣- د. وفاء مزيد فلحوط ، المرجع نفسه ، ص ٣٣٧ .

١٩٢٤- د. وفاء مزيد فلحوط ، المرجع نفسه ، ص ٣٣٧ .

١٩٢٥- د. نصيرة سعدي - مرجع سابق - ص ٩٨- ١٠١ .

١٩٢٦- د. نصيرة سعدي - مرجع سابق - ص ١٠٣ .

- كما يمكن بالمقابل أن يجيز عقد تسليم المفتاح دفع المبالغ المستحقة للمقاول من الباطن من رب العمل ، عندما يمتنع المقاول الأصلي أم يتراخى دون مبرر عن الدفع ، على أن تخصم تلك المبالغ من الثمن المستحق للمقاول الأصلي .<sup>١٩٢٧</sup>
- ٤- المهندس الاستشاري : يتعامل عقد تسليم المفتاح مع جملة من المسائل الهندسية التي يصعب على العميل مواجهتها منفرداً دون الاستعانة بخبرة المختصين خاصة وأن منشأة المقاول تضم عدداً من المهندسين والفنيين<sup>١٩٢٨</sup> ، مما يختم على العميل الارتباط مع مهندسين استشاريين بعلاقات تأخذ إحدى صورتين :
- أ- إما علاقة تبعية يلتزم خلالها المهندس الاستشاري بمراقبة سير العمل و تقييم أداء المقاول ، والبحث عن مصادر المواد و المعدات و فحص ضمانات الموردين ...، ويتمتع لقاء ذلك بسلطات واسعة حيال المقاول .
- ب- أو علاقة قاصرة على طلب أحد طرفي العقد الأساسي لمشورة جهة تقوم بدورها باختيار مهندس استشاري لتقديم تلك المشورة الفنية في مسائل محددة مسبقاً "مثل إعداد دراسات الجدوى" .<sup>١٩٢٩</sup>
- ٥- و أخيراً قد يستعين أحد الطاف بملاحظين للتواجد بصورة دائمة في موقع العمل كحلقة اتصال بينه وبين الطرف الآخر ، كما يحق لهم إجراء بعض التصرفات القانونية ، فيصبحون بذلك وكلاء عمّن أنابهم .<sup>١٩٣٠</sup>
- ثانياً:- صور عقد تسليم المفتاح و التزامات أطرافه :
- أ- أنواع العقد :
- يمكن أن نميز في معرض عقود تسليم المفتاح باليد ما بين : عقد تسليم مفتاح باليد (خفيف أو ناقص ) ، و عقد تسليم مفتاح ثقيل أو شامل ، وذلك بالنظر إلى حجم الالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقدين .
- عقد مفتاح باليد خفيف " جزئي " أو " ناقص " :
- يلتزم المورد بموجب هذا العقد بتصميم المشروع و الاشراف على تركيبه وتشغيله ، بينما يحتفظ الطرف المتلقي لنفسه بجزء من الأعمال ، كتقديم المعدات و الآلات أو تركيبها تحت إشراف المورد مع القيام بأعمال تشييد المباني<sup>١٩٣١</sup> دون استبعاد لتكفل المتلقي بشراء التكنولوجيا ذاتها ، ومن الضروري إدراك أن تحديد العقد بالوصف السابق (تسليم مفتاح ناقص ) لا يغير من طبيعته، إذ إن الأمر يتعلق فقط بحجم الخدمات المطلوبة من المقاول لا أكثر .<sup>١٩٣٢</sup>
- إلا إن الأمر مختلف تماماً مع الدول النامية التي تجنح بسبب عدم كفاءة عمالها ، إلى صيغ عقدية من نمط تسليم مفتاح ثقيل أو شامل أو من نمط تسليم إنتاج في اليد .
- عقد تسليم المفتاح الشامل أو الثقيل :

١٩٢٧- د.محسن شفيق - مرجع سابق - ص ٢٠-٢١

١٩٢٨- د.محسن شفيق - المرجع نفسه - ص ٢٢

١٩٢٩- د.إحمد شرف الدين - مطبعة ابناء و هبة - القاهرة - ١٩٩٣ - ص ٨-١١

١٩٣٠- د.محسن شفيق - مرجع نفسه - ص ٢٣-٢٥

١٩٣١- د.أنس السيد عطية - مرجع سابق - ص ٢٥٣ و د.صلاح الدين عبد الرحمن - المرجع سابق - ص ١٣٢ ،

١٩٣٢- د.محسن شفيق - ص ٥-٦ وانظر د.إبراهيم قادم ، مرجع سابق ، ص ١٥٢ .

حيث يتحدد مضمون العقد الرئيسي بتقديم خدمة مصحوبة بتوريد معدات أو منشأة، و تتجسد تلك الخدمة بتقديم المساعدة الفنية بما في ذلك تدريب عمال المتلقي لتمكينهم من حسن الاستغلال، وتقديم كافة المعلومات اللازمة للتشغيل و الإنتاج<sup>١٩٣٣</sup>. وأقرب مثال يستحضرني على ذلك عقد بناء وإنشاء جامعة الأميرة نورة التي تضمن تكليف الطرف المُستفيد (المقاول) بعملية البناء والتزويد بالمعدات والآلات وكافة الأجهزة لجميع مرافق الجامعة ومن ضمنها السكن الجامعي لأعضاء هيئة التدريس و الطلبة الذي تضمن العقد تكليف المقاول بتدريب عمال الطرف الثاني على كافة أعمال التشغيل والصيانة فترة زمنية محددة في العقد حيث تم الاتفاق عليها مسبقاً بين الأطراف، وبمجرد انتهاء فترة التدريب والتجريب يكون المقاول قد وفى التزامه.

ب- التزامات أطراف العقد: سوف نتحدث عن التزامات الأطراف بالقدر الكافي فقد لتقييم هذا العقد، لكوننا سوف نتعرض في هذه الدراسة إلى شرح التزامات الأطراف عموماً في الفصل الثاني وبالتفصيل.

حيث ان ما يهمنا حقيقة في صدد تحديد جدوى العقد لخدمة المطلب التكنولوجي للدول النامية هو التزامات المورد فيه، و تتراوح تلك الالتزامات ما بين التزامات مادية "كتوريد الأموال المادية" و التزامات معنوية "كنقل المعرفة الفنية" إلى تقديم الخدمات الذهنية "الدراسات و أعمال الهندسة الصناعية"، و الخدمات المادية "كنقل المعدات وتركيبها" ومثالها المعلومات الفنية الخاصة بطريقة صنع السلعة وبيان الأجهزة والآلات اللازمة لتطبيق التكنولوجيا<sup>١٩٣٤</sup>. وعليه سوف نستعرض تلك الالتزامات على التوالي:

- التزامات المورد بنقل التكنولوجيا: يتجسد هذا الالتزام عبر نقل المورد للمعرفة التي يحتاجها العميل في وثائق ملحقة بالعقد و ينص عادة على اعتبارها جزءاً لا يتجزأ منه<sup>١٩٣٥</sup>.
  - التزام المورد بإنشاء المصنع و تجهيزه: يعتبر هذا الالتزام هو العصب الرئيسي للعقد، و يتفرع بدوره إلى عدة التزامات و أداءات هي:
- أ- إعداد الدراسات الأولية: كتصاميم بناء المصنع البحوث اللازمة عن المواد الأولية و التجهيزات و اليد العاملة، ثم تقديمها للعميل عبر وثائق ليلم اعتمادها أو رفضها من قبله خلال فترة زمنية محددة.

ب- إقامة الأبنية: يتكفل المقاول في بعض الحالات بإقامة البناء مع مستلزماته، بما يترتب عليه من توفير للمواد الأولية و الأيدي العاملة، و يمنح في هذا الفرض سلطة إصدار التعليمات و التوجيهات مع ملاحظة تنفيذها، إلا أنه في حالات أخرى يعهد فيها للعميل سلطة القيام ببعض تلك الأعمال فيفقد المورد حينها حق إصدار التعليمات مع احتفاظه بحق ملاحظة تنفيذها<sup>١٩٣٦</sup>.

ج- تقديم المعدات: يفضل عادة المتلقي إلزام المورد بتقديم المعدات تجنباً لإبرام عقود مستقلة مع موردين آخرين، و غالباً ما يقوم المقاول بتصنيع تلك المعدات بنفسه، أو يستقدمها من

١٩٣٣) - د. صالح بن بكر الطيار - مرجع سابق - ص ٨١-٨٢. و صلاح الدين عبد الرحمن - مرجع تسبق - ص ١٣٣ وانظر د. ابراهيم قادم

- مرجع سابق - ١٥٣ وانظر د. وليد عودة - مرجع سابق - ص ٦٩ - ٧٠.

١٩٣٤) - د. وفاء مزيد ملحوظ - مرجع سابق - ص ٣٤٢.

١٩٣٥) - د. محسن شفيق - المرجع السابق - ص ٣٦.

١٩٣٦) - د. محسن شفيق - مرجع سابق - ص ٤٠-٤١.

- إحدى الشركات المنتمية إلى مجموعته، كما يزداد عبء الالتزام عليه كلما اشترط العقد صراحة مطابقة تلك المعدات لصوابط عالمية رائدة.<sup>١٩٣٧</sup>
- د- نقل المعدات و تركيبها : يلتزم المقاول بعملية نقل المعدات إلى موقع العمل ، وغالباً ما يتم الاتفاق على قصر التزام النقل (لميناء الشحن ) مثلاً ثم يقوم المكتسب بإيصالها إلى الموقع .<sup>١٩٣٨</sup>
- والرأي السائد هو التزام المورد بالتركيب حتى مع غياب النص الصريح على ذلك ، استناداً إلى أن الوعد ببناء مصنع على طريقة تسليم مفتاح يتضمن "ضمناً" التزام المورد بالتركيب ، لا بل بتشغيل تلك المنشأة .<sup>١٩٣٩</sup>
- هـ - تشغيل المنشأة ( إجراء الاختبارات ) : يلتزم المورد بإجراء اختبارات التشغيل ليثبت مطابقة المجمع الصناعي للشروط العقدية .<sup>١٩٤٠</sup>
- فإذا ما جاءت نتيجة التجارب سلبية لسبب ما ، يلتزم المقاول " على نفقته " بتكملة النقص أو إصلاح العيب ، حسب الأحوال ، ثم تجري تجربة جديدة حيث يحدد العقد عدد مرات إعادة التجارب و المدة القصوى لإجرائها بحيث يجوز للعميل بعدها رفض الآلة أو الجهاز .<sup>١٩٤١</sup>
- التزام التسليم : ويقابله التزام المتلقي بالتسليم ، ويعني التزام المورد بتسليم المصنع كوحدة متكاملة و جاهزة للتشغيل على أن يتم ذلك التسليم وفقاً للآلية التالية :
- |               |                   |                |      |
|---------------|-------------------|----------------|------|
| إجراء التجارب | نجاح الاختبارات   | التسليم المؤقت | فترة |
| ضمان          | التسليم النهائي . |                |      |
- ويترتب على التسليم المؤقت الآثار التالية :
- نقل ملكية المصنع<sup>١٩٤٢</sup> و المخاطر و تبعه الهلاك .
  - بدء سريان فترة الضمان الاتفاقي .
- التزام الضمان : بحيث يضمن المشيد كل من الآلات و المصنع و أعمال البنية الأساسية و الهندسية المدنية و طريقة الصنع و ذلك وفقاً للصوابط و الحدود التالية :
- أ- ضمان الآلات : جرت العادة على تحديده بمدة قصيرة لا تتجاوز ٦ أشهر من تاريخ تشغيل الآلة فيما لو كان التشغيل مستمراً و مدة سنة فيما لو لم يكن كذلك ، بحيث يغطي الضمان عادة عيوب تصميم الآلة و تركيبها و المواد المستعملة في الصنع و عيوب الطاقة الإنتاجية إلا أنه لا يغطي عيوب التشغيل و في كل الأحوال يعتبر العميل هو المسؤول عن إثبات العيب فإن تمكن من ذلك كان على المقاول إما إصلاح العيب أو استبدال الآلة المعيبة بأخرى .<sup>١٩٤٣</sup>
- ب- ضمان المصنع ككل : يغطي هذا الضمان العيوب الناجمة عن تشغيل المصنع المكثف لمدة زمنية متفق عليها فإن ظهر عيب خلالها التزم المقاول بإصلاحه على نفقته و إن لم يفعل ، كان للعميل

<sup>١٩٣٧</sup> - د. نصيرة بو جمعه سعدي - المرجع السابق - ص ١٨٥ - ص ١٨٦ .

<sup>١٩٣٨</sup> - د. نصيرة بو جمعه سعدي - المرجع نفسه - ص ١٨٧ ، و د. أنس السيد عطية سليمان - المرجع السابق - ص ٦٣٦ .

<sup>١٩٣٩</sup> - د. أنس عطية - المرجع نفسه - ص ٦٣٨ .

<sup>١٩٤٠</sup> - د. نصيرة سعدي - المرجع نفسه - ص ١٩٠ - ١٩٢ .

<sup>١٩٤١</sup> - د. محسن شفيق - المرجع السابق - ص ٤٦ .

<sup>١٩٤٢</sup> - و تنتقل ملكية التكنولوجيا بتسليم مجلدات المعرفة ، و ملكية الوثائق بتسليمها و ملكية الآلات بالتوريد أو التسليم حسب الحال ، أما ملكية الأبنية فتنتقل بالاتساق ، على اعتبار أن مالك الأرض يملك ما عليها . راجع د. محسن شفيق - المرجع السابق - ص ٦٤ .

<sup>١٩٤٣</sup> - د. أنس عطية - المرجع السابق - ص ٦٢٠ .

- "بعد إذاره" تكليف غيره بذلك على نفقه الما قول ، أما إذا ظهر العيب بعد انتهاء مدة الضمان فلا يسأل الما قول عنه ، إلا أنه كثيراً ما يبارد إلى إصلاحه على نفقة العميل .<sup>١٩٤٤</sup>
- ج - ضمان أعمال البنية الأساسية و الهندسة المدنية : بإتمام القبول النهائي للمجمع الصناعي تبرأ ذمة المشيد من الالتزامات العقدية ، إلا أن العيوب الناجمة عن التشييد و البناء و الهندسة المدنية تحرك مسؤوليته بالضمان من جديد بصفته ماقولاً ، بحيث ذهب كلا من القانون المدني الفرنسي والمصري إلى إقرار مسؤولية المهندس المعماري و الما قول بالتضامن عن مثل تلك العيوب .<sup>١٩٤٥</sup>
- د - ضمان طريقة الصنع : يلتزم المورد بموجب هذا الضمان سواء أكان المشيد ذاته أو لا بضمان طريقة الصنع الموردة عما يشوبها من عيوب إضافة على ضمان التعرض و الاستحقاق ، و تجدر الإشارة أخيراً على أن ما سبق ذكره من التزامات لم ترد على سبيل الحصر ، فثمة التزامات أخرى قد نجدها في بعض العقود ، بحيث يظل الأمر مرهوناً باعتبارات الأطراف و الظروف المحيطة بعلاقتهم العقدية .<sup>١٩٤٦</sup>
- التزام بتقديم المساعدة الفنية : يقدم المورد في عقد تسليم المفتاح مساعدته للعميل فيما يتعلق بإعداد عماله ، ولكن دون أن يحل محله في تلك العملية .<sup>١٩٤٧</sup>
  - وتنتهي مساعدة المورد المتخذة شكل التدريب بمجرد التسليم المؤقت أما إذا استمر تواجد مستخدمي المورد فيما بعد فإنما يكون ذلك بوصفهم مساعدين تقنيين لا مدربين .
  - ويظل ارتباط هؤلاء المساعدين مع المورد " بموجب عقد عمل " ، بحيث يبقى للأخير إدارة شؤونهم الفنية و الإدارية ، إلا أن ذلك لا يعني تجاهل قيام روابط بينهم وبين العميل خاصة و أنهم يعملون لحسابه على نحو يجعلهم خاضعين لسلطته من جهة " التدرج الإداري " ، كتابعية المهندس المساعد للمهندس المحلي المسؤول ، وهكذا ..... ، كما يمكن إثارة مسؤوليةهم عن أي خرق للوائح وقوانين البلد المضيف ، أو فيما لو ارتكبوا أخطاء جسيمة . ولعل أهم ما يميز عملية المساعدة في هذا العقد هو كونها غير مقصورة على مهام الإشراف فحسب ، إذ يتوجب على المساعدين المساهمة المباشرة و الحقيقية في الاستغلال ، خاصة وأن الطرف المتلقي هو على الغالب دولة نامية .<sup>١٩٤٨</sup>
  - ثالثاً:- تقييم عقد تسليم المفتاح مع ذكر تطبيقات عمليه :
  - سنلجأ في هذا الجزء إلى تحليل نماذج عقدية بصيغة تسليم مفتاح باليد على أهم مزاياها من جهة ، وأبرز مساوئها من جهة أخرى ، وصولاً إلى تحديد قيمتها الفعلية على الصعيد العملي .
  - أ- جدوى العقد (بتحليله) : على الرغم من كثافة العقود المبرمة على شكل عقد تسليم مفتاح باليد فإنه رغم ذلك لم يلقى عقد تسليم مفتاح باليد أهمية جديرة بالذكر من جانب التشريعات الوطنية أو الدولية ، فيما عدا بعض النماذج و القواعد الإرشادية التي قامت بوضعها الهيئات الدولية ، وعليه سوف نقوم بعرض أهم المزايا التي توفرها عقود تسليم المفتاح للمتلقى من الدول النامية خصيصاً ، مع عدم إغفال ذكر بعض الثغرات التي واجهت تطبيقه .
  - مزايا العقد :
  - من وجهة نظر الفقهاء قاموا بسرد مجموعة من المزايا التي وجودها في تطبيق عقود تسليم مفتاح وكان من أهمها :

<sup>١٩٤٤</sup> - د. محسن شفيق - المرجع نفسه - ٦٧ .

<sup>١٩٤٥</sup> - مادة ١٧٩٢ مدني فرنسي ، مادة ٦٥١ مدني مصري .

<sup>١٩٤٦</sup> - د. محسن شفيق - المرجع السابق - ص ٤٧-٥٠ .

<sup>١٩٤٧</sup> - د. محسن شفيق - المرجع نفسه - ص ٥٣-٥٥ .

<sup>١٩٤٨</sup> - د. نصيرة سعدي - المرجع السابق - ص ٢١٢-٢١٩ .

- أ- من حيث الجدوى الاقتصادية لتلك العقود لاحظوا أنَّ عقود تسليم مفتاح باليد تمكن الدول النامية من القيام بإنتاج صناعي معين دون أن تمتلك التقنية اللازمة لذلك الإنتاج الذي يسهب بتحقيق تقدم صناعي كبير لها وبفترة زمنية قصيرة حيث أثبتت تلك العقود فاعليتها بتوفير الوقت و الكلفة قدر الإمكان على الطرف المتلقي، ودون مواجهة الصعوبات التي تعترض عمليات الإنشاء و الهندسة لكونها ضمن مسؤوليات الطرف المورد ( المشيد )، حيث تجنب المتلقي صعوبات جمة من ضمنها صعوبة التنسيق مع موردين متعددين في حاله قام بعملية التشييد بنفسه علماً أن هذا الاحتمال غير وارد في تلك العقود لكون الطرف المتلقي لا يملك القدرة التقنية على القيام بذلك .
- ب- أما من حيث الجدوى القانونية لتلك العقود فتتسم عقود تسليم المفتاح باليد بالبساطة والوضوح خاصة من حيث إمكانية تحديد المسؤولية، لكونها تنفذ من قبل المنشئ، التي تحقق تلك الصيغة بالمقابل ضماناً أفضل فيما يخص تواريخ تنفيذ الأداء كما نوَّعاً<sup>١٩٤٩</sup> .
- على الرغم من كل هذه المزايا فقد هوجم عقد تسليم المفتاح بعدة انتقادات التي نالت من جدوى العقد

#### ● ثغرات و سلبيات عقد تسليم المفتاح باليد :

من أهم الانتقادات التي وجهت لهذا النوع من العقود حيث قيل أنه عقد يقتصر دوره على نقل التقنية لا التكنولوجيا علماً أنَّ المصطلحين يختلفان عن بعضها البعض، حيث شبهه بعض الفقهاء بحالة المهندس المعماري أو المقاول الذي يبني منزلاً ويسلمه جاهزاً بالمفتاح دون أن يُعلم المشتري كيف صممه أو كيف بناه<sup>١٩٥٠</sup> .

أما من حيث سرعة تنفيذ المشروع التي اعتبرها بعض الفقهاء ميزه لتلك العقود، فقد أثبت العديد من الأمثلة من أرض الواقع بطول الوقت الازم للإنجاز مع وجود الكثير من حالات التأخير في مختلف مراحل العقد بحيث تزيد المدة الإجمالية عن المدة اللازمة لتنفيذ عقود منفصلة لتجميع نفس المنشأة<sup>١٩٥١</sup> .

أما بالنظر إلى التكاليف حيث يقصد بالتكاليف : أسعار المعدات أو مكافآت ومزايا الخبراء أو عوائد الإدارة و المشورة الأجنبية وما شابه ذلك التي تكون عرضه للزيادة بشكل مستمر، ففي إحصائية أجريت حول احتساب تكلفة إنشاء مشاريع صناعية في عدد من الدول العربية أظهرت زيادة عن تكلفة إنشاء مثيلاتها في دول أوروبية أو في الولايات المتحدة بنسبة من ٥٠ - ١٠٠% أو ما يقارب ثلاثة أضعاف تلك التكلفة<sup>١٩٥٢</sup>، يرجع سبب المبالغة في التكاليف لصعوبة تحديد ثمن ملائم لكل عنصر يقدمه المنشئ من جملة العناصر المتغيرة بطبيعتها أصلاً والتي تلعب دور كبير في زيادة قيمتها زيادة المدة الزمنية للتنفيذ مما يتوقع منطقياً أن تحدث متغيرات تؤثر على الثمن<sup>١٩٥٣</sup>، كما قد

<sup>١٩٤٩</sup> - انظر د. صلاح الدين جمال - مرجع سابق - ص ١٣٥ - ١٣٦، كما انظر د. عبد القادر جفلاط - التصنيع و مشكلات التكنولوجيا - تجربة الجزائر في السبعينات - بحث منشور في مؤلف ( حياة التكنولوجيا المستوردة من أجل التنمية الصناعية - مشكلات الاستراتيجية و الإدارة في الوطن العربي ) - الحلقة الدراسية التي نظمتها اللجنة الاقتصادية لغربي آسيا التابعة للأمم المتحدة بالاشتراك مع نظام الأمم المتحدة لتمويل العلوم و التكنولوجيا من أجل التنمية - الطبعة الأولى - مركز دراسات الوحدة العربية - بيروت - لبنان - آذار - ١٩٨٧م - ص ٥٨ .

<sup>١٩٥٠</sup> - د. أنس سليمان - مرجع سابق - ص ٢٧١ .

<sup>١٩٥١</sup> - د. صلاح الدين - مرجع سابق - ص ١٣٧ و انظر د. وفاء المزيد - مرجع سابق - ص ٣٥٥ .

<sup>١٩٥٢</sup> - د. نادية مصطفى الشيشيني - التصنيع و تكوين التكنولوجيا في الدول العربية (دراسة مقارنة) - الطبعة الأولى - جامعة الكويت - ص ١٥٣ .

<sup>١٩٥٣</sup> - د. وفاء مزيد - مرجع نفسه - ص ٣٥٥ و انظر د. محسن شفيق - المرجع السابق - ص ٧٠-٧١ .



يعود سبب زيادة التكلفة على المتلقي نتيجة قبول المنشئ (لعقد تسليم مفتاح) بتحمل مسؤولية المخاطر التي قد تطرأ أثناء عملية التنفيذ و التي يصعب تقدير مداها عبر التزاماته المتعددة.<sup>١٩٥٤</sup> كما تظهر عدم ملاءمة غالبية الوحدات الصناعية المنشأة بموجب عقود تسليم مفتاح مع هيكل الإنتاج المحلي مما يفسر تزايد التبعية للدول المتلقية تكنولوجياً، وتفسير ذلك يكمن بأن المعمل المشيد بنمط تسليم مفتاح يُعدّ قطعة من المجتمع الذي أنشأه، بحيث يكون ملائماً لاحتياجاته وغير متوافق مع المجتمع المشيد فيه، فنكون أمام معمل مشيد بدون إعداد إلى مجتمع مغاير تماماً مما يجعله غريب عن تلك البيئة بحيث لا يستبعد أن يجد المالك نفسه أمام مصنع متوقف عن العمل مما يفرض عليه استدعاء المصنّع لتوقيع معه عقود صيانته ومساعدته فنية وتدريب مقابل منحه مراكز وظيفية حساسة في المعمل و أقرب الأمثلة على ذلك عقود الحكومة السعودية مع (شركة أرامكو) خلال عام ٢٠٠٠م.<sup>١٩٥٥</sup>

واخيراً من حيث التزامات المنشئ فقد ظهرت بعض الأقوال حول عدم فاعلية بعض التزاماته ومن بينها:

- التزام المنشئ بإعداد الدراسات الأولية (التصاميم) :  
التي لوحظ من خلال النظر للواقع العملي بأن هذه التصاميم و الدراسات الأولية توضع بشكل حصري من قبل المورد منفرداً دون أي مساهمة من قبل الطرف الوطني (المتلقي) إلا في حالات نادرة جداً، كما لا يغير من الوضع السابق وجود شرط في بعض العقود استشارة جهة خاصة بالعميل (المتلقي) حول تلك الدراسات تجنباً للنزاعات اللاحقة لكون وقت تلك الاستشارات غالباً ما يأتي قصيراً جداً.
- التزام المنشئ بإعداد و تقديم الوثائق :  
الأصل أن تنتقل ملكية تلك الوثائق إلى العميل من خلال تسليمها إليه بمجرد انتهاء عملية التشييد، إلا أن المقاول في كثير من الأحيان يشترط استردادها بعد إنجاز الأشغال بذريعة ما تحتويه تلك الوثائق من أسرار فنية، ولكن من ناحية قانونية يلزم المقاول على تسليمها لوجود التزام يقع على عاتق الطرف العميل بموجب العقد مضمونه (المحافظة على السرية) ولكن رغم ذلك نجد أن المتلقي في الدول النامية يعاني من نقص واضح في الخبرة و القدرة على تحليل تلك الوثائق مما يكون غير قادراً على الاستفادة الفعلية مما يمتلك بين يده من وثائق، حيث عبر عنها البعض بأنها تكون بالنسبة للمتلقي كأي عنصر مادي آخر شأنها بذلك شأن المعدات أو الماديات الأخرى الموجودة في المشروع، خاصة و أن العقد يلزم المورد بتسليم تلك الوثائق دون الزامه بتمكين المتلقي من مضمونها وبذلك يكون بموجب عقد تسليم المفتاح انتهت مسؤوليته وقد وفى التزامه.<sup>١٩٥٦</sup>
- التزام المنشئ بتقديم المعدات و تشغيل المنشأة و إجراء التجارب :  
لقد عيب على هذه الالتزامات بأن المورد قد يورد للمتلقي معدات رخيصة، مالم تكن مستعملة، خاصة إذا غاب عن جانب الطرف المتلقي تحديد وصف تلك المعدات بشكل دقيق، كما بموجب هذا الالتزام قد يحرم المتلقي من اختيار تلك المعدات بنفسه حتى لو كانت متوفرة لديه في بلده.<sup>١٩٥٧</sup>

<sup>١٩٥٤</sup> - د. محمود الكيلاني - مرجع سابق - ص ٢٢٢ .

<sup>١٩٥٥</sup> - د. صلاح الدين جمال - مرجع سابق - ص ١٣٩ .

<sup>١٩٥٦</sup> - د. وفاء مزيد - مرجع سابق - ص ٣٥٧ و انظر د. انس السيد عطيه - مرجع سابق - ص ٢٦٦ - ٢٧١ .

<sup>١٩٥٧</sup> - د. وفاء مزيد - مرجع نفسه - ص ٣٥٧ .

أما من حيث العيوب التي وجهت الى التزام المورد بتشغيل المنشأة و إجراء التجارب والاختبارات فقد عيب على هذا الالتزام بأنه يجري بفترة زمنية قصيرة جداً حيث تكون الآلات والمعدات مجهزة مسبقاً على نحو يضمن معه نتيجة التجربة لكون المقاول هو من يقوم بعملية التشغيل بواسطة طاقمه من المهندسين و العمال في حين يقتصر دور المتلقي ( العميل ) ومهندسوه على المشاهدة و التسليم للدليل الذي أقامه المورد على قدرة و فعالية المجمع الصناعي في حاله تم تشغيله من قبل عمال يتمتعون بذات الكفاءة والمستوى العالين .<sup>١٩٥٨</sup>

التزام المنشيء بالضمان :

رغم أنّ المورد في هذا العقد ملزم بالضمان تحديداً طيلة الفترة الواقعة بين القبول المؤقت و القبول النهائي علماً أن الضمان المقصود به هو الضمان الميكانيكي للآلات و الأجهزة أما بما يخص ضمانه للمصنع كاعتباره وحدة متكاملة فإن المورد يعمد على تقيده بعدة قيود تحد من فعاليته كاحتفاظه بحق الإشراف على تشغيل المصنع طيلة فترة الضمان و من جملة الشروط المؤثرة في الضمان ضرورة اتباع المورد لتعليمات و توجيهات المقاول بكل ما يتعلق باختيار المادة الأولية ، أو تعيين العاملين ، أو اتباع طريقة معينة في صيانة الآلات مع ضرورة أخذ موافقه المقاول عند إدخال أية تعديلات .<sup>١٩٥٩</sup>

بحيث إذا قصر المورد في التزامه بالضمان ترتبت عليه جزاءات مالية رغم أنه ووفقاً للواقع العملي أثبت نظام الجزاءات المالية بعدم جديته لكونه يغطي ٣-١٠ % من قيمة العقد على نحو يدفع و يشجع المورد ( المشيد ) على الإخلال بالتزاماته، كما لا يستبعد أنّ يُنزل تلك النسبة ابتداءً في الثمن حين تقديره ، كما أن الخلاف الذي حدث حول تكيف التزام المورد بالضمان على أنه التزام بتحقيق نتيجة أم التزاماً بوسيلة فهو على الأرجح التزام بذل عناية

( التزاماً بوسيلة ) لكون المورد يلزم بتقديم أفضل الوسائل و المعدات المتاحة على المستوى التقني وفقاً للعرف الدراج ، والقول بغير ذلك أمر غير منطقي لكون المورد إذا كان التزامه تحقيق نتيجة لما أفلت من المسؤولية إلا في حالة إثبات أنّ الخطأ سببه آفة سماوية ، أو سبب أجنبي ، في حين بالواقع العملي يوقع عبء الإثبات في حالة فشلت تجارب التشغيل على عبء المتلقي الذي يجب عليه حينها إثبات أن الفشل ناجم عن خطأ صادر عن فعل المنشيء ، وهذا ما يدفعنا للقول بأن عقد تسليم المفتاح يأتي خالياً من أي ضمان للإنتاج ، حيث يجد البعض أنّ من أسباب استنزاف الضمان على المدى الطويل يعود إلى نقص رقابة المتلقي على مراحل تنفيذ المشروع و فقده للسيطرة على عملية الإنشاء بجميع مراحلها .<sup>١٩٦٠</sup>

التزام المنشيء بالمساعدة الفنية :

لقد وجه نقد لهذا الالتزام بأنه غير فعال لدرجة كافية خاصة في عقد تسليم المفتاح ( التقييل ) الذي على الرغم من طبيعة هذا العقد التي تجبر المورد بتقديم المساعدة الفنية و تدريب العمال المحليين لكن بقيا هذين الأداءين (المساعدة والتدريب ) مستقلين عن موضوع العقد الرئيسي بدليل أنّ تحديد مقابلهما المادي يتم على نحو منفصل عن قيمة العقد الإجمالية ، بحيث أنّ نوع المسؤولية المترتبة على المورد في حال ظهر أي تقصير بهذين الأداءين هو التزام ببذل عناية لا تحقيق نتيجة .

١٩٥٨ - د. محسن شفيق - مرجع سابق - ص ٥٩ .

١٩٥٩ - انظر د. محسن شفيق - المرجع نفسه - ص ٦٧ .

١٩٦٠ - د. وفاء مزيد - مرجع سابق - ص ٣٥٩-٣٦٠ .

حيث يدعم هذا الرأي ما توصل إليه بعض الفقهاء من خلال تحليل هذين الأداءين تحليلاً مفصلاً : فتوصلوا أن التدريب الذي يلزم به المشيد بموجب هذا العقد ما هو إلا مساعدة منه للطرف المتلقي ، يتم تقديمها من خلال مجموعة دورات تدريبية يجريها لعمال المتلقي تكون بغالب الأحيان محصورة بعددٍ محددٍ من ساعات التدريب مع صرف النظر عن نتائجها ، علماً أنّ ساعات التدريب لا تشمل عادةً القضايا التجارية أو الإدارية إنما تكون مقصورة فقط على الجوانب الفنية و بالأخص عمليات التشغيل و الصيانة ، وهذا ما يبرر ما خلقه ذلك النمط العقدي من كوارث حقيقية في دول العالم الثالث تتجسد بكثرة المعامل التي تسير ببطء شديد أو تكون عاطلة عن العمل عديمة الجدوى و الفائدة .<sup>١٩٦١</sup>

وبالنتيجة النهائية نجد أن عقد نقل التكنولوجيا يأتي في صوره حزمة مترابطة تتعدد من خلالها التزامات المورد مع تحميله المسؤولية الناتجة عن تلك الالتزامات بحيث تأتي ردة فعله بإفراغ تلك الالتزامات من مضمونها و المبالغة في تحديد مقابلها .<sup>١٩٦٢</sup>

ب- تطبيقات عملية واقعية ونتائجها :

ومثالنا على ذلك من الأردن كأحد التطبيقات العملية على عقد تسليم مفتاح هو ما قامت به المملكة الأردنية الهاشمية بإنشاء أحد خطوط شركة الإسمنت لديها ، إذ تعاقدت مع أربعة إلى خمسة موردين إلا أنّ النتائج لم تكن مرضية أبداً وذلك لعدة أسباب نذكر أهمها :

- عندما عهد إلى شركتين ألمانيتين هما ( Polysius و B.B.C ) لتقديم المعدات الميكانيكية والكهربائية ، كان قد عهد إلى شركة محلية مهمة التنسيق بينهما ولكن كانت الشركة المحلية تنفتقر للخبرة و الكفاءة مما أدى إلى تأخير كبير في إتمام المشروع .

- كما تم التعاقد من الباطن على بعض الأعمال المدنية مع شركاتٍ محليةٍ لم تكن أهلاً لذلك العمل ، مما أدى إلى ظهور عيوب جسيمة ظهرت فقط بعد التشغيل .

- كما أنّ الشركة الاستشارية ((هانز وليوس )) التي تولت مسؤولية تصميم و تشييد الأعمال المدنية ، كانت تمثل مع شركة أخرى تعمل كمقاول من الباطن ( هانز ولنز ) شركة واحدة ، إذ كانت الشركة الأخيرة ترتكب الأخطاء بينما الأولى تقدم لها الأعذار مع شهادات قبول لأعمالها مما أدى بتزايد الوضع سوءاً ، ولم يتم اكتشاف تلك الرابطة بينهما إلا بعد فوات الأوان .

- قام خبير ألماني بتسريب أسراراً تتعلق بالعهادات إلى شركات ألمانية تأسست تحت ملكية زوجته ، ثم فازت تلك الشركات بالعهادات .

- وفي النهاية تعذر على الجهات المحلية المختصة تحديد من هو المسؤول عن كل هذه الأخطاء والأضرار .<sup>١٩٦٣</sup>

ومثالنا الآخر من السعودية حيث قامت بتقديم خمسة مشاريع تسليم مفتاح (لأرامكو) خلال عام ٢٠٠٠ ، كما وقد منحت شركة ( هالبرتون ) الأمريكية عقداً بقيمة ١٤٠ مليون دولار في عام ٢٠٠١ .<sup>١٩٦٤</sup>

كما قامت بإبرام عقد عام ١٩٩٤ م بين شركة إسمنت تبوك ( السعودية ) مع شركة ميتسوبيشي اليابانية لإنشاء الوحدة الصناعية من جهة و شركة استروبلان النمساوية للقيام بالدور الاستشاري من جهة أخرى ، إضافة إلى التعاقد مع شركة كرب ماك الألمانية لتوريد محطة الكهرباء و شركة

١٩٦١ - د. أنس سليمان - مرجع سابق - ص ٢٧٧ .

١٩٦٢ - د. محمود الكيلاني - مرجع سابق - ص ٢٢٢ .

١٩٦٣ - انظر د. محمد عميرة - حيازة التكنولوجيا في الأردن - الحلقة الدراسية التي نظمتها الإسكوا - ص ٧٥ - ص ٩٣ .

١٩٦٤ - انظر صحيفة الوطن - العدد ٤٠٧ - السنة الثانية - السبت ١٠ نوفمبر ٢٠٠١ م .

ساسا كورا اليابانية لتوريد محطة المياه ، ، كما تعاقدت عام ٢٠٠١م مع شركة نوفو لتصنيع وتوريد أجهزة الضغط ، و تعاقدت عام ٢٠٠٢م مع شركة شيودا اليابانية لتسليم مفتاح مشروع البيتانول<sup>١٩٦٥</sup>. إذا أن النتيجة النهائية التي توصلنا إليها من كل ما تم طرحه حول عقد تسليم مفتاح باليد :مفادها أن عقود تسليم مفتاح باليد رغم كل السلبات التي وجهت إليها لكنها تبقى تشكل حاجة ماسة و ضرورية وجزء من الواقع المفروض علينا نحن كدول نامية وخصيصاً كدول غنية بالأموال ( الخليج العربي ) لتزايد الطلب على اقتناء التكنولوجيا ولتطور الحياة العصرية التي استدعت ابرام مثل هذه العقود لكون التكنولوجيا ليست معدات فحسب إنما هي مزيج متفاعل من الموجودات المادية والموارد البشرية و القدرة التنظيمية و بما أننا نفتقر لتلك الإمكانيات مجتمعة معاً فكانت الحاجة لمثل تلك العقود في بلداننا فليس الخطأ أن يقام مصنع في مجال معين بموجب عقد تسليم مفتاح ولكن قمة الخطأ أن يقام مصنع اخر بنفس المجال و بنفس الأسلوب و بموجب عقد تسليم مفتاح مما يدل على ضعف امكانيات الطرف المتلقي للتكنولوجيا وبقاءه تابعاً للطرف المورد ( المشيد ) .

#### الفرع الثاني

٢- عقد تسليم إنتاج في اليد :

أولاً:- ماهية العقد (تطوره - تعريفه- أطرافه):

أ- تطوره لعقد تسليم إنتاج باليد :

دفعت الحاجة إلى ظهور هذا النوع من العقود انطلاقاً من القناعة بمجمل الانتقادات التي تعرض لها (عقد تسليم مفتاح باليد ) حيث جاء موقف دولة الجزائر واضحاً بهذا الشأن والتي سعت بدورها لتقديم نموذج جديد من عقود نقل التكنولوجيا فكان ( عقد الإنتاج باليد ) ،الذي قدمته دولة الجزائر في المذكرة الجزائرية المقدمة إلى مؤتمر ملوك و رؤساء الدول الأعضاء في منظمة البلدان المصدرة للبترول التي انعقدت بالجزائر في مارس عام ١٩٧٥م ، حيث كانت الفكرة الجزائرية دافعة إلى اللجوء الى نوع جديد من العقود ولديه أكثر جدوى من الناحية العملية على أرض الواقع فكان (عقد تسليم إنتاج باليد) أو (عقد بيع التنمية) كما سماه البعض الذي يصب و يركز على عملية التصنيع و يضمن الإنتاج<sup>١٩٦٦</sup> .

ب- تعريف العقد :

عرف فقهاء القانون عقد تسليم إنتاج باليد من خلال النظر إلى التزامات المورد في هذا العقد حيث جاء تعريفهم له بأنه : ( العقد الذي يلتزم فيه الطرف الأجنبي بإقامة وحدة صناعية " بنظام تسليم مفتاح باليد " ،بالإضافة إلى تقديم المساعدة الفنية لاستمرار إدارتها و تشغيلها ،بما في ذلك تدريب العمال المحليين حتى يكتسبوا الخبرة اللازمة للحصول على الإنتاج المتفق عليه كماً و نوعاً )<sup>١٩٦٧</sup> . وبتحليل التعريف السابق الذكر نجد أن عقد تسليم إنتاج باليد يتشابه بشكل كبير مع عقد مع عقد تسليم مفتاح و بالأخص ( عقد تسليم مفتاح من النوع الثقيل )،ولكن رغم هذا التشابه في بعض الالتزامات الواقعة على طرف المورد رغم ذلك فقد جاء عقد تسليم إنتاج باليد منفرداً بمزايا خاصة به بالذات وهي الزام المورد بضمان الانتاج إلى جانب المساعدة والتدريب .

ج- اطراف العقد :

<sup>١٩٦٥</sup> - انظر جريدة الرياض - الأربعاء شوال ١٤٢٣ - العدد ١٢٥٩٨ - ديسمبر - السنة ٢٠٠٢م .

<sup>١٩٦٦</sup> - د. انس السيد عطيه - المرجع السابق - ص ٤٤٥ - ص ٤٤٨ ، وانظر د. صلاح الدين - مرجع سابق - ص ١٤٦ .

<sup>١٩٦٧</sup> - د. صلاح الدين - مرجع سابق - ص ١٤٧ - ١٤٨ .

أهم طرفين رئيسين بالعقد هما المورد و المتلقي ولكن لا يمنع من وجود أطراف آخرين بهذا العقد ففي الغالب يمكن توافر نفس أطراف عقد تسليم مفتاح ، و عليه نكون قد أحلنا ذلك لما سبق ذكره في عقد تسليم مفتاح .

ثانياً : التزامات أطراف العقد :

حيث سوف نركز في ذلك على التزامات المورد خصيصاً أن الطرف الذي جددت التزامات جديده على كاهله أما بالنسبة للطرف الأخرى سوف نحيل الحديث فيها إلى ما تم ذكره في عقد تسليم مفتاح ، وبتحليل عقد تسليم إنتاج باليد يتضح أن موضوع العقد يتكون من مجموعة أداة رئيسية متضافرة لتحقيق الهدف النهائي بحيث لا يمكن أن يكون موضوع العقد نافذاً إلا إذا حقق كل أداء الغاية المرجوة منه<sup>١٩٦٨</sup> ، حيث سوف نستعرض هذه الالتزامات بالترتيب .

- التزام المورد بالتسليم :

تتم عملية التسليم بخطوات متسلسلة و مترابطة منطقياً إذ بمجرد إنهاء عملية تدريب العمال المحليين يتم التسليم المؤقت للمجمع (عندها تنتقل ملكية والمخاطر إلى الطرف المتلقي ) ماعدا مخاطر ما يسمى بعملية الإدارة الأولية ، ومع القبول المؤقت تبدأ فترة جديدة وهي فترة (الإدارة الأولية ) التي تقع على عاتق الطرف المورد وتكون عادة مدتها سنة يسعى فيها المورد لإثبات قدرة مستخدمى المتلقي على استغلال المنشأة ، و إذا كانت المدة السابقة غير كافية سوف تمتد الفترة لمدة أقصاها ٢٤ شهراً يتم بعدها التسليم النهائي .<sup>١٩٦٩</sup>

- التزام المورد بإجراء الاختبارات :

تأتي فترة الاختبارات بعد فترة الإدارة الأولية حيث يلتزم المورد بإجراء الاختبارات و التجارب التي تهدف إلى إثبات قدرة العمال مع الأجهزة على تحقيق معدل الإنتاج المتفق عليه في العقد ، أو بما يسمى (بالنتائج القياسية ) من حيث الكم أو النوع ، وهذا الالتزام لا يتحقق إلا من خلال التزام المورد بالتدريب .<sup>١٩٧٠</sup>

- التزام المورد بالتدريب :

مادامت النتائج المتوقع الوصول إليها والتي تنصب على (إثبات مقدرة عمال المتلقي على إدارة المنشأة والوصول إلى كمية الإنتاج المتفق عليها ) هي غير متحققة فإن ذمة المورد لا تبرأ من التزام التدريب الذي يكتسب دوراً بارزاً في هذا النموذج العقدي بما له من خصائص الجودة و التفرد والتي تمنح المورد بموجب هذا الالتزام صلاحيات وسلطات من ضمنها التوجيه والإرشاد ، كما قد تمتاز عملية التدريب بشموليتها حيث تغطي كافة التخصصات المهنية و فئات المتدربين حتى قد تطل فئة من نخبة المختصين من عمال المتلقي ليكونوا كمدربين يحلوا مكان المدربين الأجانب فيما بعد .<sup>١٩٧١</sup>

- التزام المورد بالمساعدة التقنية :

يظهر التزام اخر على عاتق المورد بموجب عقد تسليم إنتاج باليد وهو التزامه بالمساعدة التقنية ، حيث يكون ظهوره بأحد شكلين ، إما بالحضور المستمر لمستخدمى المورد ، أو بالمساعدة الممنوحة من قبل المورد إلى المتلقي من وقت لآخر من خلال قيام جولات زيارة من فترة لآخرى للتأكد من سير العمل بشكل فعال ، حيث أن مدة المساعدة عادة ما تكون سنتين ( بعد القبول النهائي

<sup>١٩٦٨</sup> - د. أنس السيد - مرجع نفسه - ص ٤٤٦ - ص ٤٦٢ ، وانظر د. نصيره بوجمعة - مرجع سابق - ص ٧٩ .

<sup>١٩٦٩</sup> - د. أنس السيد - مرجع سابق - ص ٤٥٤ .

<sup>١٩٧٠</sup> - د. محمود الكيلاني - مرجع سابق - ص ٢٢٣ .

<sup>١٩٧١</sup> - د. أنس السيد - مرجع سابق - ص ٤٥٣ - ٤٧٣ ، وانظر د. نصيره بوجمعة - مرجع سابق - ص ٢٠٢ - ص ٢٠٤ .

( كما يمكن أن تحدد بثلاث سنوات كضمان إضافي ، مما يعني أن المورد يمكن أن يبقى موجوداً لأكثر من خمس سنوات بعد تشغيل المصنع<sup>١٩٧٢</sup> ، ولكون هذا الالتزام ناتج عن عقد قانوني محكوم بإرادة المتعاقدين فنحن نجد بأنه لا مانع من زيادة المدة عن الخمس سنوات في حاله اتفقا الأطراف على ذلك بموجب العقد .

كما يمكن تصور أن عقد تسليم إنتاج باليد لا يقتصر على تسليم منتجات مادية فقط التي تصدر من المصانع بل يمكنها أن تتعدى ذلك لتشمل الإنتاج الفكري حيث تنصب العملية العقدية على ضمان إنتاج منتجات معنوية ( فكرية - علمية ) كعقود التعاون التي تتم بين جامعتين محليه و أخرى أجنبية تابعة لدولة متقدمة بالغالب يكون الهدف من اتفاقية التعاون نقل منهجية التعليم وطرق وأساليب التعليم بنفس الجودة والكفاءة من الجامعة المتقدمة إلى الجامعة المحلية التي قد تنحصر بتخصص معين أو مجموعة تخصصات حسب المصلحة المقصودة لتلك العقود لحظتها ولتحقيق ذلك قد يقوم الطرف المورد لنقل المعرفة العلمية بإرسال خبراء وعلماء متخصصين بهذه المجالات إلى مقر الجامعة المحلية لإشراف على عملية التنفيذ والتطبيق ولضمان الجودة أو من خلال القيام بزيارات مفاجئة من فترة لأخرى من وقت لآخر للكشف على صحة ضمان المضمون العلمي ومدى تطابقه مع الأصل وهذا ما قامت به جامعة الأميرة نورة في كلية الإدارة و الأعمال من ابرام اتفاقية تعاون تعليمي بينها وبين جامعة دبلن لنقل من أجل تدريس تخصص التمويل الدولي وفقاً لمعايير الجودة في جامعة دبلن ، حيث يحصل الطالب الدارس لهذا التخصص على مزايا من ضمنها الحصول على شهادة مزدوجة من جامعتين (من جامعتي في بلده الأم - ومن جامعة دبلن ) ، كما إذا نظرنا للأمر من جانب آخر لوجدنا ميزة أخرى حصل عليها الطالب هي إيصال العلم الأجنبي له دون تكلف عناء السفر وما يدخل فيه من صعاب وكل ذلك وهو في بلده وبين أهله ، مثل هذه العقود بوجه نظري كباحثة أرى أنها تعكس آثار جيدة على مستوى التعليم في البلدان النامية ولكن إذا درست بشكل جيد وناقشت شروط العقد بشكل جيد في المرحلة التي تسبق التعاقد من حيث التأكد من جودة التعليم الذي نحصل عليه و من توافق مناهجه مع ثقافتنا مع مراعاة مدى توافق مخرجاته مع سوق العمل حتى لا يخرج طلاب بشهادات وكفاءات عالية دون توفر مسميات وظيفية شاغرة لتلك التخصصات

ثالثاً : تقييم عقد تسليم إنتاج باليد :

سوف نستعرض في هذا الجانب مزايا و عيوب هذا العقد على الواقع العلمي ، فعلى الرغم من المزايا التي قدمها للمتلقي ، فإنه ظلّ قاصراً عن تحقيق المطلب التكنولوجي الحقيقي للطرف النامي (المتلقي) .

أ- مزايا العقد :

- ١- تظهر أولى هذه المزايا من خلال صياغة مقدمة العقد حيث كثيراً ما تكشف عن غاية نقل السيطرة الصناعية للطرف المتلقي على نحو صريح وواضح ، حيث أنه عملياً وبعيداً عن مسألة صياغة العقد يمكننا القول إن مجرد استمرار تدفق المعلومات الفنية على المدى الطويل تفترض تجنب حالة الثبات فيما يتعلق بالمستجدات التكنولوجية .
- ٢- في الغالب الأعم بمثل هذه العقود يكون المورد هو نفسه المشرف المنفذ للمشروع حيث هو من يقدم ترخيص البراءة ، مما يجعله حريصاً على سمعته وحسن دعايته لترخيصه يدفعه كل ذلك إلى ضمان الإنتاج فعلياً .

(١٩٧٢) - د. وفاء مزيد - مرجع سابق - ص ٣٧٥ .

٣- كما يعدّ التزام المورد بالتدريب الالتزام الأكثر تفرّداً في هذا العقد، حيث يرى بعض الفقهاء أنه التزام من نوع تحقيق نتيجة ولكنه موقوف على عدة معايير أهمها قيام المتلقي باختيار مرشحين من الموظفين العاملين لديه يكونوا على درجة عالية من الكفاءة المهنية وقادرين على التكيف مع اساليب التقنية الجديدة بحيث يقوم المتلقي بإدراجهم بانتظام في العمل، حتى يرى البعض أن المورد يسأل عن تلك النتيجة حتى لو قصر المتلقي في اختيار المرشحين ومرد ذلك لعدم مقدرة المشيد ( المورد ) أن يتذرع في حالة فشل التدريب بحجة عدم توافر الأعداد و الكفاءات المطلوبة في المرشحين، لأنّ الأمر يعود إلى مدى صحة وفاعلية الدراسات التي سبق أن اجراها المورد بنفسه، أمّا إذا دفع المورد بعدم المسؤولية وأن فشل التدريب عائد إلى عدم انتظام المستخدمين المحليين فذلك كله مردود عليه بما له من سلطة تأديبية عليهم كما ذكرنا سابقاً في بند الالتزامات.

٤- التزام المورد بالمساعدة التقنية يساهم هذا الالتزام في تهيئة السبل لتحسين جودة الإنتاج و توفير خدمات أخرى كتأسيس نظام لضبط الجودة أو تأسيس قسم لصيانة المعدات.<sup>١٩٧٣</sup>

ب- عيوب العقد وسلبياته :

رغم المزايا التي ظهرت في مثل هذا النوع من العقود رغم ذلك هوجم بجملة من الانتقادات حيث ظهر شك في جدوى عقد المنتج في اليد ابتداءً من السؤال الذي أثاره جانب من الفقه الأمريكي حول مصلحة مقدم التكنولوجيا في إبرام عقدٍ مع طرفٍ آخر يدرك من خلال ذلك المورد (مقدم التكنولوجيا) أنه بمساعدته هذه سوف يخلق منافساً له في إنتاج المنتج النهائي، رغم تعليل باستحالة تحقق ذلك لكون المورد قادر على حماية نفسه بواسطة الشروط المقيدة، فإننا نرى أن تلك الشروط تأتي لإفراغ الالتزامات من مضمونها و تجرد العقد مع جدواه بحيث يعدّ الفرض محل الجدل غير قائم أصلاً، ومن الانتقادات التي تعرض لها هذا العقد .

١- إنّ الفكرة التي يقوم عليها عقد تسليم إنتاج باليد تجعل من المورد هو من يقوم بنفسه بعملية التصميم بحيث يظل حكرًا عليه وحدة دون أي دور يلعبه المتلقي في أي مرحلة من مراحل الهندسة (فيكون دور المتلقي دور سلبي )، مما يجز بالمقابل ظهور عجز لدى جانب الطرف المتلقي عن القيام بعمليات الصيانة للمعدات لكونه لم يشارك بمراحل التصميم والبناء، مما يزيد الأمر سوءاً جعل قرار اختيار المعدات مقصوراً على المشيد (المورد) والمشكلة لا تقف على ذلك فقط بل تتعداها لتطال غالبية القرارات الرئيسية.

٢- وفي معرض التزام المورد بالضمان إذ يجب عليه ضمان المنتج النهائي، ففي ذلك كثيراً ما يلجأ المورد إلى تخليص نفسه من تحمل المسؤولية عبر هذا الالتزام من خلال الشروط المقيدة التي يضمنها بالعقد ومنها : احتفاظه بالحق بالسيطرة الكاملة على كل عناصر الإنتاج أو اختياره للمتدربين و غيرها من الشروط، حتى فيما يخص التزامه بضمان نتيجة التدريب فإنه يصعب الحكم على المعوقات التي تواجهه عملية التدريب في الوقت الذي تحمّل فيه المورد مسؤوليتها لغرض محدد (وهو تشغيل التصنيع )، وفي الوقت التي تقع فيه رغبة نقل التكنولوجيا خارج اهتمام المدربين الأجانب، ورغم كل ما قبل من عيوب تعترض عملية التدريب فإن البعض يرى أن التدريب لا يسمح بتطوير المنشأة لكون التطوير يعني قدرة العاملين على الابتكار و تلك القدرة من الابتكار و التطوير ترتبط عموماً بالشخص الذي يساهم مباشرة في تصميم و تنفيذ المشروع لكونه الأقدر على فهمهما، و يتبعوا بنفس الموضوع بقول إننا إن كنا نعتقد بإمكانية إلزام المورد بتمكين

<sup>١٩٧٣</sup> - د. عبد القادر جفلاط - مرجع سابق- ص ٦١ وانظر د. صلاح الدين - مرجع سابق - ١٥١، وانظر د. انس السيد - مرجع سابق - ٤٥٨، وانظر د. نصيره بوجمعة - مرجع سابق - ص ٢٢١ .

- المتلقي من تلك المقدرة إلا أن ذلك سيخرجنا من هذا النمط العقدي إلى نمطٍ آخر مغاير تماماً وهو ( عقد التعاون البحثي أو عقد التطوير على سبيل المثال ) .
- ٣- كما في عقد تسليم مفتاح وجود التزام المساعدة الفنية والتقنية الذي يلزم به المورد بموجب مضمون هذا العقد هذا ما يقودنا إلى ان نجزم بفشل عملية التدريب ، كما ينبئ وجوده الطويل و الحاجة المستمرة لخبراته بمزيد من التبعية التكنولوجية .
- ٤- واخيراً أكثر ما عيب على هذا النوع بانه يحمل صاحبه تكلفة باهظة مبالغ فيها إلى حد الإفراط و يرجع ذلك لعدة عوامل أهمها (اتساع مضمون التزامات المورد بما يصاحبها من أخطار إضافية مما منح طلبه لتلك التكلفة الباهظة حجة و تبريراً<sup>١٩٧٤</sup> .
- واخيراً علينا الإشارة وبشكل موجز إلى عقد يتشابه مع عقد تسليم انتاج باليد ولكنه ادخل التزام جديد على عاتق المورد وهو التزام التسويق فكان عقد تسويق اليد .
- عقد تسويق باليد :

يأتي هذا العقد كتكملة لعقد إنتاج باليد بحيث يستمر التزام المورد بإنشاء الوحدة الصناعية و ضمان الإدارة الأولية ليشمل التزامه بتسويق المنتجات أو شراء جزء منها ، فنجد انه أضاف التزام التسويق على عاتق المورد وهذا الالتزام جعله الفقهاء من نوع بذل عناية لأن المورد لا يضمن سعر أو حجم البيع حيث يظل الأمر متعلقاً وموقوفاً بشروط السوق<sup>١٩٧٥</sup> .

والسؤال الذي يثار هنا هو ما مدى إسهام هذا الأسلوب بنقل التكنولوجيا كأحد الخيارات التي تبنتها الدول النامية ؟ كونه كما تقول الدكتورة سميحة القليوبي : " استهدف السماح باستخدام العاملين محلياً واستغلال الموارد المحلية و تحقيق السيطرة الفنية على التكنولوجيا المنقولة أملاً في الوصول إلى التطوير و الابتكار و التصدير "<sup>١٩٧٦</sup> . إلا أن الحقيقة خلاف ذلك حيث أثبت هذه الصيغة على أرض الواقع العملي بعدم ملائمتها للبلدان التي ترغب في الحصول على تكنولوجيا مستقلة و صناعة ذاتية ، فإذا كانت المساعدة الفنية ضرورية فإن المساعدة التجارية خطيرة لعدم وجود تكافؤ بين الطرفين المورد و المتلقي والتي تدفع المورد بالتدخل في أساليب الانتاج بحجة و ذريعة ضمان المواصفات المناسبة للمنتج الذي يتولى توزيعه ، مما أنتج هذا العقد صورته الشركات المشتركة أو المؤسسة المشتركة والتي هي في النهاية نعتير من إحدى الأدوات الابتكارية من قبل طرف المورد والتي تسهب ( تلعب ) دور كبير في ترسيخ التبعية لتلك الدول<sup>١٩٧٧</sup> .

المطلب الثالث

ثالثاً: عقد الفرانشيز :

يعتبر هذا العقد هو النوع الثالث من عقود نقل التكنولوجيا التي تدرج ضمن دائرة عقود تداول التكنولوجيا ، وسوف يتم معالجة هذا النوع من العقود وفقاً لنفس الترتيب الذي تم اعتماده في العقود السابقة الذكر ، بالتعرض إلى الحديث عن عقد الفرانشيز في ثلاث أقسام ن سوف نتحدث أولاً على ماهية العقد ، ثم ثانياً سنذكر التزامات اطرافه ، وأخيراً ثالثاً سوف نقوم بتقييم عقد الفرانشيز بحيث سنعالج فيه العيوب التي وجهت له و الانتقادات مع عدم الاغفال عن سرد محاسنه (مزاياه) .

أولاً : - ماهية عقد الفرانشيز ( تطوره - تعرفه - أطرافه ) :

<sup>١٩٧٤</sup> - د. نصيره بوجمعة - مرجع سابق - ص ٢١٥ و انظر د. صلاح الدين - مرجع سابق - ص ١٥٣ و انظر د. صالح بن بكر الطيار - مرجع سابق - ص ٨٤ .

<sup>١٩٧٥</sup> - د. صلاح الدين - مرجع سابق - ص ١٥٧ و انظر د. صالح بن بكر الطيار - مرجع سابق - ص ٨٥ .

<sup>١٩٧٦</sup> - د. سميحة القليوبي - مرجع سابق - ص ٢٢٩ .

<sup>١٩٧٧</sup> - د. وليد عودة - مرجع سابق - ص ٧٠ - ٧٥ .



أ- تطوره التاريخي و أسباب ظهوره :

الفرانشيز (Franchise) هي كلمة فرنسية الأصل، وتعني بالغة العربية (الامتياز التجاري) أول ما استخدمت في العصور الوسطى لأوروبا وذلك لوصف الحقوق والامتيازات الممنوحة لصالح الملك مقابل السماح بإقامة الأسواق والأعياد وعبور المناطق<sup>١٩٧٨</sup>، بعدها بدأ نظام الفرانشيز (الامتياز التجاري) في الظهور تجارياً لأول مره في عام ١٨٧١م في الولايات المتحدة الأمريكية كغيره من المفاهيم والنظريات الإدارية والتسويقية، وكان ذلك بعد الحرب الأمريكية، وتحديداً ظهر في عملية تسويق وتوزيع ماكينات الخياطة (سنجر) حيث كانت المشكلة التي تواجه مصنعي ومنتجي ماكينات (سنجر) هي كيفية تسويقها وخصوصاً أن الولايات المتحدة الأمريكية بعد انتهاء الحرب الأهلية كانت تعتبر سوقاً ضخماً وواسعاً، هذا بالإضافة إلى عدم وجود نظام للاتصالات في ذلك الوقت فابتدع منتجي ماكينات الخياطة هذا المفهوم من أجل تعيين أشخاص يقومون بتوزيع الماكينات وعمل صيانة لها وبيعها، والذي أعقبها بعد ذلك شركات المشروبات التي أعطت ترخيصاً لشركات أخرى لكي تقوم بتصنيع وتوزيع منتجاتها تحت نفس علامتها التجارية تبعثهم بعد ذلك شركات السيارات حيث كانت صناعة السيارات هي المجال الأكثر ر تعاقداً بأسلوب الفرانشيز ويعود سبب ذلك إلى التشريعات الداخلية في الولايات المتحدة الأمريكية التي كانت تحظر الاحتكار، أي تمنع المُنتج (المُصنع) من بيع السيارات بصورة مباشرة، لذا لم يكن أمام صانعي السيارات سوى خلق منافذ بيع لهذه السيارات بطريقة مبتكرة من خلال شبكات توزيع يديرها أشخاص آخرون ولكن تحت رقابة الشركات صانعة السيارات وبذلك يضمن ترويجها بصورة مشروعة وغير مخالفة للتشريعات وعلى ذلك قامت شركة general motores بإنشاء أول امتياز عام ١٨٩٨م وفي مدى ١٢ سنة كان الفرانشيز كطريقة للتوزيع اعتمدت من قبل صانعي السيارات، ثم تبعثهم بعد ذلك الكثير من الشركات، وفي نفس الوقت الحاضر يغزو نظام الفرانشيز أكثر من ٧٥ صناعة رئيسية مختلفة تنتشر في معظم دول العالم، لما يمثله من وسيلة ناجحة لنقل المعرفة الفنية والمشاريع الإنتاجية، ويسهل على الشركات المانحة التوسع والانتشار السريع بأقل قدر من رأس المال ويوفر لها شركاء يقومون بتقديم نفس المنتج والخدمة تحت العلامة التجارية نفسها مع توفير الدعم الفني لإنتاج السلعة أو الخدمة، كما يعتبر نظام الفرانشيز (الامتياز التجاري) أيضاً وسيلة لنقل التكنولوجيا من الدول المتقدمة إلى الدول الأخرى.<sup>١٩٧٩</sup>

فعلى صعيد الفرانشيز بالدول العربية ظهر التعامل بالفرانشيز في لبنان عام ١٩٧٣م مع شركة كنتاكي للدجاج المقلي (KFC)، ثم مع شركة كوكا كولا، وشركة بيتزا هات (Pizza Hut)، ومحطات الوقود وغيرها، كما كان للمملكة العربية السعودية تجربة رائدة في هذا المجال حيث أثبتت الدراسات أن (مطاعم الطازج السعودية) قدرت على التوسع في هذا المجال باعتمادها على الفرانشيز في كثير من الدول حتى وصلت مطاعمها إلى أندونيسيا شرقاً، وأمريكا غرباً، وعلى معظم الدول العربية<sup>١٩٨٠</sup>، كما تظهر الدراسات أن هناك أكثر من ١٠٠ شركة سعودية في المجالات

<sup>١٩٧٨</sup> - د. محمد محسن إبراهيم النجار - عقد الامتياز التجاري - دراسة في نقل المعارف الفنية - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية الطبعة الأولى - عام ٢٠٠١م - ص ٦ .

<sup>١٩٧٩</sup> - وكيبديا الموسوعة الحرة - حق الامتياز التجاري (الفرانشيز) - رابط الكتروني :

[https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%AD%D9%82\\_%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%80%D8%AA%D9%8A%D8%A7%D8%B2](https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%AD%D9%82_%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%80%D8%AA%D9%8A%D8%A7%D8%B2)

، تاريخ المشاهدة ٢٠١٦/٨/٧ الساعة ٨ pm وانظر عبد الهادي كاظم و نظام جبار طالب - المعرفة الفنية وأثرها في عقد الفرانشيز - مجلة جامعة بابل / كلية القانون / جامعة القادسية ( - العلوم الإنسانية - مجلد ١٧ - العدد ٢ - سنة ٢٠٠٩ - ص ٢٧٤ - ٢٧٥ .

<sup>١٩٨٠</sup> - دعاء طارق بكر البشناوي - عقد الفرانشيز وأثاره - رسالة ماجستير - جامعة النجاح الوطنية - نابلس (فلسطين) - سنة ٢٠٠٨م - ص

كافة استطاعت أن تثبت نجاحها و تأهلها للعمل بنظام الفرانشيز الذي ساهم بانتشارها في المملكة و خارجها ، كما إنَّ البيانات الصادرة عن وزارة التجارة والصناعة في السعودية تؤكد تزايد الإقبال على التعامل بنظام الفرانشيز من قبل الشركات في السعودية و بشتى المجالات فقد بلغت إيرادات الفرانشيز في السوق السعودية حوالي ٣ مليارات دولار، أمَّا بالنسبة إلى تجربة مصر بالفرانشيز كان بدخول سلسلة محلات ويمبي التي تعمل في مجال الوجبات السريعة الجاهزة سنة ١٩٧٣م و التي افتتحت فروعاً لها لتكون النواة لشركة أمريكانا وهي أول شركة تعمل في مصر وفقاً لنظام الفرانشيز ثم تلتها شركات كثيرة مثل كنتاكي و محلات البييتزا ليصبح فيما بعد ١١ اسماً يتعامل بنظام الفرانشيز في مجال المطاعم العالمية، ثم انتشرت في مجالات أخرى<sup>١٩٨١</sup>.

ومن الملاحظ أن غالبية الشركات العاملة في نظام الفرانشيز في المنطقة العربية هي شركات استهلاكية كالمطاعم وأدوات التجميل والعطور وما زال الطلب في تزايد علي المواد الاستهلاكية وخاصة الغذائية منها كالمطاعم والوجبات السريعة وهناك العديد من الأنشطة ذات الصلة بالأزياء والجمال والصحة والتعليم والتدريب أي مجال الخدمات بشكل عام سواء في تقنية المعلومات أو تجهيز المكاتب أو خدمات التوصيل وأعمال الدعاية والإعلان والإنشاءات وبيع وتأجير الأفلام وخدمات الطباعة.<sup>١٩٨٢</sup>

ب- تعريف عقد الفرانشيز :

لقد تصدّت بعض التشريعات إلى تعريف عقد الفرانشيز وعلى ذلك كان تعريف قانون الاتحاد الأوروبي للفرانشيز عام ١٩٧٢م حيث عرفه بأنه : (( نظام تجارية المنتجات أو التكنولوجيا أو الخدمات و يرتكز على تعاون وثيق و مستمر بين المشاريع المتميزة و المستقلة قانونياً ومالياً (المانح والمتلقي ) و التي يعطي فيها مانح الامتياز لمن يكون له امتياز الحق و يفرض عليه استثمار مشروع بما يتلائم مع المفهوم الذي يضعه المانح )) ، في حين عرفه الاتحاد الدولي للفرانشيز (IFA) بأنه : ( هي علاقة تعاقدية بين طرفين هما المانح (Franchisor) و الممنوح له (Franchisee)، يلتزم بمقتضاها المانح بنقل المعرفة الفنية و التدريب للممنوح له (Franchisee)، الذي يقوم بالعمل تحت اسم معروف ، أو شكل أو إجراءات مملوك أو مسيطر عليها من قبل المانح (Franchisor) ، وفي هذا العقد يقوم الممنوح له باستثمار أمواله الخاصة في العمل -محل الفرانشيز - بحيث تكون مخاطر نجاح هذه العملية عليه و يتحملها وحده دون غيره<sup>١٩٨٣</sup> .

في حين جاء تعريف الاتحاد الفرنسي للفرانشيز بأنه : (( طريق تعاون بين مشروع المانح من جهة و بين مشروع أو عدة مشاريع من جهة أخرى وهو يفرض بالنسبة للمانح ما يلي :

١- ملكية مركز رئيسي و اسم تجاري و شعار و نموذج و صور و علامة صناعية أو تجارية أو خدمية و كذلك معرفة فنية توضع تحت تصرف المتلقي .

<sup>١٩٨١</sup> - عبد الهادي كاظم و نظام جبار طالب - مرجع سابق - ص ٢٧٦

<sup>١٩٨٢</sup> - وكبيبيدا الموسوعة الحرة- المرجع نفسه - رابط الكتروني

https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%AD%D9%82\_%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%80%D8%AA%D9%8A%D8%A7%

[D8%B2](https://www.franchise.org/) تاريخ المشاهدة ٢٠١٦/٨/٧ الساعة ٨ pm

<sup>١٩٨٣</sup> - موقع الاتحاد الدولي لحقوق الامتياز ( الفرانشيز ) - رابط الموقع الالكتروني : <http://www.franchise.org/> وانظر ايضاً

بنفس الموضوع موقع الاتحاد الامريكي لحقوق الامتياز (للفرانشيز) رابط الكتروني : <https://www.aafd.org/>

- ٢- مجموعة خدمات أو منتجات مجربة و مبتكرة<sup>١٩٨٤</sup> (( ومن خلال كل التعاريف السابقة فيمكن لنا التوصل إلى تعريف عقد الفرانشيز على أنه : (عقد يلتزم بموجبه شخص يدعى المانح ((Franchisor)) بتعليم شخص آخر يدعى الممنوح له ((Franchisee)) المعرفة العلمية و التي تتضمن المعرفة الفنية و تقديم المساعدة التقنية التي بالمقابل تخول الممنوح له ((Franchisee)) حق استعمال علامته التجارية و تزويده بالسلع ، في حين يلزم هذا العقد على الممنوح له (((Franchisee))) باستثمار المعرفة العلمية و استعمال العلامة التجارية و التزود بالموثون بالإضافة إلى التزامه بدفع الثمن و عدم المنافسة و المحافظة على السرية).
- عقد الفرانشيز حتى يحقق جدواه الحقيقية لابد من توافر جملة من العناصر الضرورية فيه فكان لابد لنا من الإشارة إلى العناصر المكونة لعقد الفرانشيز وهي :
- ١- المعرفة الفنية ((فقد اعتبره الفقهاء عنصر محوري للعقد)).
  - ٢- الشعار و العلامة التجارية و المساعدة الفنية (التقنية) (( اعتبرها الفقهاء بعناصر خادمة في عقد الفرانشيز)).

بداية المعرفة الفنية وتعني : وفقاً لرأي الفقه و القضاء الأمريكي بأنها هي (المعلومات الفنية و السرية التي يمنحها صاحبها ميزة تنافسية)<sup>١٩٨٥</sup>، في حين عرفها الفقه و القضاء الفرنسي بـ (عناصر سرية لها قيمة اقتصادية و غير مشمولة بحماية قانونية خاصة)<sup>١٩٨٦</sup>، في حين اختلف موقف الفقه المصري بتعريفهم لمفهوم المعرفة الفنية حيث اعتبرها البعض مرادف للسر الصناعي ، في حين رأى آخرون كدكتورة سميحة القليوبي و دكتور محسن شفيق بأنها تعني بكل بساطة الجانب التطبيقي للعلم ، في الوقت الذي ذهب د. احمد عشوش إلى تعريفها بأنها مرادف لمفهوم التكنولوجيا ذاتها<sup>١٩٨٧</sup>.

و جب أن تتوافر لدى المعرفة الفنية مجموعة خصائص ، فخصائص المعرفة الفنية هي كالتالي :

- ١- المعرفة الفنية هي مال منقول معنوي .
  - ٢- سرية المعرفة الفنية.
  - ٣- أصالة المعرفة الفنية .
  - ٤- قابلية المعرفة الفنية للنقل والتداول .
  - ٥- عدم إخضاع المعرفة الفنية للتسجيل .
- العناصر الخاصة لعقد الفرانشيز :
- أ- المساعدة الفنية (التقنية) : هي التي تعدّ التزاماً على المانح بحيث إذا تخلف عن القيام بها عدّ سبباً مبرراً لفسخ العقد ، وتشمل :بتقديم كتيبات إرشادية أو مجلات خاصة بشبكة الفرانشيز تحتوي عادة على تجارب أعضاء الشبكة (مانحين و متلقين ) و قد تكون بشكل وسائل معنوية كالدورات التدريبية و الزيارات<sup>١٩٨٨</sup>.

<sup>١٩٨٤</sup> - د. سامي بديع منصور - عقد الفرانشيز (الحماية القانونية للفرانشيزي في نظام القانون اللبناني) - جامعة بيروت العربية - بيروت (لبنان)

( - المجلد الأول - تموز - ١٩٩٨م ص ١٩٩ )

<sup>١٩٨٥</sup> - د. محمود الكيلاني - مرجع سابق - ص ٧٣-٧٤ .

<sup>١٩٨٦</sup> - د. وفاء مزيد - مرجع سابق - ص ٣٨٦ .

<sup>١٩٨٧</sup> - د. وفاء مزيد - مرجع سابق - ص ٣٨٥-٣٨٨ .

<sup>١٩٨٨</sup> - د. محمد النجار - مرجع سابق - ص ٢٢٢-٢٢٨ .

ب- العلامة التجارية: هي تعتبر عنصراً في محل عقد الفرانشيز و التي تلعب مع الشعار دوراً مزدوجاً في الترويج له ، وهذا ما يميز عقد الفرانشيز عن عقد الترخيص البسيط الذي ينصب جوهره على العلامة التجارية فقط ، بينما الفرانشيز يتضمن عدة عناصر مجتمعه ( من المعرفة الفنية و العلامة والشعار )<sup>١٩٨٩</sup>.

ج- الشعار : في الوقت الذي تعدُّ فيه العلامة التجارية مسؤولة عن الحصرية المرتبطة بالمنتجات ، يعدُّ الشعار الواجهة المميزة لشبكة الفرانشيز دون أن يمنع ذلك من اتخاذ المتلقي علامة المانح كشعار، حيث يرى غالبية الفقه عدم صلاحية استخدام الشعار منفرداً عن الوحدة الفنية للشبكة خاصة فيما لو تم بدء النشاط بكل من الشعار و العلامة معاً ، لأن تخلف أحدهما فيما بعد يبرر طلب فسخ العقد ، بينما ذهب آخرون إلى رأي مخالف حيث يروا أنه في بعض عقود الفرانشيز (كالفرانشيز الخدمي ) قد يكفي الشعار منفرداً في جذب العميل للمنشأة الخدمية و لا حاجة للعلامة إذ تغيب السلعة أصلاً عن ذلك النشاط<sup>١٩٩٠</sup>.

فنستنتج مما سبق أن محل عقد الفرانشيز يتكون من عنصر محوري هو المعرفة الفنية و ثلاثة أداءات خادمة تتجسد في المساعدة التقنية و العلامة والشعار .

إن عقود الفرانشيز تتحقق بأكثر من صورة ، وتشارك جميعها في كونها اتفاقاً على كيفية استغلال العلامة التجارية للمانح ، وطريقة مراقبة المانح لأعمال الممنوح له ، بحيث جاء تقسيم الفقه لها إلى خمسة أنواع رئيسية لكون الفرانشيز لا ينطوي على إطار موحد من النشاط إنما يتعدد ليتناسب مع الوضع القائم ومع طبيعة النشاط التجاري ، وهذه الأنواع هي : فرانشيز التصنيع ، فرانشيز التوزيع ، فرانشيز البيان التجاري ، الفرانشيز الخدماتي ، الفرانشيز الاستثماري .

#### ١- فرانشيز التصنيع :

يعتمد هذا النوع من الفرانشيز بشكل أساسي على نقل المعرفة الفنية (Know How) اللازمة لتصنيع المنتجات أو تجميعها من المانح إلى الممنوح له ، إذ يقوم الممنوح له بتصنيع السلعة التي تحمل العلامة التجارية و توزيعها ، مستعيناً في ذلك بخبرات المانح الذي يحدد نماذج قياسية و مواصفات يجب مراعاتها ، بحيث يكشف المانح للممنوح له عن الأسرار الصناعية و المتصلة بكيفية الإنتاج للمنتجات المحددة في العقد بينهما ، كما يشرف المانح على الإنتاج بهدف التأكد من جودة السلعة التي تحمل علامته التجارية و مدى مطابقتها للمواصفات التي يحددها ، هذا النوع من الفرانشيز معتمد في الكثير من المجالات الصناعية ومنها تعبئة المياه الغازية كالعقود التي تبرمها شركة كوكاكولا الأمريكية ، وكذلك Yoplait في فرنسا و توتال<sup>١٩٩١</sup>.

ومثال توضيحي لهذا النوع : لنفرض أن اسمك هو (سلطان) وأنت تملك عملاً ناجحاً في صنع الجميد (اللبن المجفف)، وقد أطلقت اسم (جميد سلطان) على هذا المشروع الناجح كما أطلقت اسم (وصفة سلطان) على الوصفة الخاصة بك التي تستعملها لصنع الجميد و قمت بتسجيلها كعلامة تجارية، ولنفرض أنك قد قمت بالفعل بافتتاح ثلاث محلات للقيام ببيع الجميد الخاص بك والذي أصبح معروفاً في الكرك، والآن فإنك ترغب في التوسع وافتتاح محال أخرى في وإنشاء فروع لمحلك في عمان والعقبة والطفيلة . إنك تعلم أن افتتاح تلك المحال وتشغيلها يتطلب إدارة تلك

<sup>١٩٨٩</sup> - د. صالح بن عبد الله بن عطف العوفي - المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية - مركز البحوث والدراسات الإدارية -

المملكة العربية السعودية - عام ١٩٨٨م - ص ٤٥-٤٦ .

<sup>١٩٩٠</sup> - د. محمد النجار - مرجع سابق - ص ٢٧٧ .

<sup>١٩٩١</sup> - دعاء طارق بكر - مرجع سابق - ص ٢٥ .

المحال بنفسك والبقاء مسيطراً على كل ما يحدث داخلها، وهو ليس بالأمر الممكن حقيقة (ففي النهاية، لا يوجد إلا جميد سلطان واحد)!

إننا ها هنا نقدم لك اقتراحاً بسيطاً وفعالاً للغاية: عقد الفرانشيز (Franchising) في هذه الحالة، يمكنك أن تقوم بإعطاء امتياز لمحل صناعة الجميد الخاص بك، وهو ما يعني أنك ستسمح لشخص آخر أن يفتح محلاً في عمان مثلاً مستخدماً نفس اسم محلك التجاري وهو (جميد سلطان) و/أو علامتك التجارية (وصفة جميد سلطان الخاصة) و/أو استخدام خلطتك السرية أو المعرفة الفنية الخاصة بك لصناعة جميد سلطان أو صنعه في (وصفة تحضير جميد سلطان السرية)، وفي المقابل، فإن الشخص الذي حصل على الامتياز وهو المرخص له Franchisee سيقوم بدفع رسوم لك مقابل استخدامه لكل ذلك.

وهنا، يمكن لسلطان وهو الشخص المرخص Franchisor أن يضمن أن المرخص له Franchisee يقوم بإدارة العمل بطريقة جيدة وكفؤة، وبنفس الطريقة التي يدير هو بها نفسه عمله وذلك بتزويد المرخص له بكتيب مفصل وشامل يبين كل ما يجب القيام به لضمان تشغيل المشروع واستمرارية نجاحه، ويطلق عادة على مثل هذا الكتيب اسم (دليل التشغيل Operational Manual)، وتكون النتيجة النهائية لكل هذا هو إنتاج وتحضير (جميد سلطان الخاصة) ذات الشهرة الكبيرة أي تحضير الجميد المرغوب بنفس الطعم والنوعية والتركيب، ويمكن أن يشتمل هذا الدليل أي (دليل التشغيل) على أفضل الطرق لإدارة الأمور المحاسبية وحفظ القيود التي يستخدمها سلطان للمحافظة على عمله وإبقائه قائماً، بالإضافة إلى قائمة بأسماء الزبائن والبيانات الضريبية والمالية وطريقة تنظيمها، وطرق وأساليب تقدير الحسابات والميزانية، وتنظيم أمور العاملين في المحال ورواتبهم، والأساليب المستخدمة في الدعاية والتسويق للسلعة، وطرق تحضير الوصفات وتسعيرها والسياسات المتبعة في البيع والشراء وطرق إدارة المخزون ... الخ.

يمكننا أيضاً أن نعكس المثال الذي طرحناه سابقاً بالشكل التالي: فتحيل أنك (فلاح) وأنت أنت الذي ستصل بـ (سلطان) للحصول منه على الامتياز (Franchising) فأنت تملك قطعة من الأرض ورثتها وقيمت ببيعها وتفكر جدياً في استغلال النقود التي بحوزتك لتكوين مشروعك الخاص، بالإضافة إلى أنك قد مللت من كونك تعمل موظفاً لدى الغير وترغب في تحقيق رغبتك في الاستقلال المادي، كما أنك متردد بعض الشيء في إنشاء مشروع كامل من الصفر شعوراً منك بأن هذا أمر متعب، إضافة إلى أن معلوماتك المتعلقة بخطط أو نظم إنشاء الأعمال متواضعة، أو أنك لا تعرف السوق جيداً ولا تعلم كيف يكون الحال مع المشاريع الجيدة عند بدء عملها. وإذا كان هذا حالك، فإن الامتياز (Franchising) هو الحل الأمثل لك، فما عليك هنا سوى الاتصال بمشروع أو عمل ناجح مثل مشروع (جميد سلطان) والحصول من سلطان على امتياز لإنشاء محل لبيع الجميد واستعمال الوصفة السرية الخاصة به (وصفة جميد سلطان الخاصة) وذلك بنفس الشروط والبنود التي يدير بها سلطان محله الأصلي.

إن النتيجة التي نتوصل إليها هنا هي أن المرخص (Franchisor) أي (سلطان) سيكون بإمكانه التوسع في عمله وجعله مزدهراً كما رغب بذلك دائماً بينما سيكون المرخص له (Franchisee) أي (الفلاح) ذي الروح الريادية قادراً على تحقيق حلمه بأن يصبح سيد نفسه في العمل دون أن يخاطر ببدء مشروع من العدم<sup>١٩٩٢</sup>.

<sup>١٩٩٢</sup> - موقع الكتروني بعنوان كل ما تريد معرفته عن حق الامتياز (الفرانشيز) - منتدى شبكة قانوني الأردن رابط:

## ٢- فرانشير التوزيع :

يهدف هذا النوع من الفرانشيز إلى تمكين المانح من تسويق منتجاته من خلال اعتماد نظام توزيع معين، بحيث يلتزم المانح بتوريد المنتجات محل العقد خلال مدة العقد إلى الممنوح له ضمن الإطار الجغرافي المحدد، كما يقدم له المساعدات الفنية في مجال التسويق كالإعلان عن المنتجات، بالإضافة إلى التزامه طيلة مدة العقد بتقديم خدمات الصيانة وتوفير قطع الغيار، بحيث بموجب هذا العقد يمنح الطرف الثاني (الممنوح له) الحق في استعمال اسم وعلامة المانح، كما يصبح بموجب هذا العقد الحق في استخدام وسائل التسويق الفنية باتباع تعليمات المانح، لما للمانح من سلطة رقابة وإشراف على أعمال الممنوح له الذي تجعل هذا الأخير ملزماً باتباع التعليمات الصادرة من المانح<sup>١٩٩٣</sup>.

## ٣- فرانشير البيان التجاري :

عُرف هذا الشكل من أشكال الفرانشيز زمن الحرب العالمية الثانية والذي يُعدّ اليوم الشكل الأكثر رواجاً و شعبية من بين عقود الفرانشيز الأخرى، لكونه يهدف بصفة أساسية إلى العمل على شهرة العلامة التجارية و تعريف العملاء بها، إذ يعتاد الجمهور على طلب الخدمات أو السلع التي تحمل تلك العلامة، مما يدفع بالمانح بإبرام عقود فرانشير مع عدد كبير من المشروعات التي يختارها والتي قد يصل عددها إلى الآلاف، بحيث يظهر كل مشروع ممنوح له كحلقة في سلسلة مشروعات تستخدم جميعها اسم المانح و علامته التجارية، ويقدم كل مشروع خدمات أو سلعاً متماثلة من حيث الأشكال و النوعيات و المواصفات لكونها تخضع إلى تقييم و رقابة واحدة وهو (المانح) الذي يحدد نماذج قياسية و مواصفات موحدة لجميع المشروعات الممنوح لها . وبذلك يكون كل مشروع مستقلاً استقلالاً كاملاً ولكن رغم ذلك فإنها جميعاً تبدو كشبكة واحدة أمام الجمهور، والسبب عائد لاستخدامها اسم المانح و علامته التجارية، كما يعدّ هذا النوع من اقرب الأنواع إلى عقد الترخيص باستعمال العلامة التجارية . هذا النوع من الفرانشيز يدرج استخدامه في العديد من الأنشطة التالية وأهمها : الفنادق، الكافيتريات، ومحلات المأكولات السريعة الجاهزة، و مكاتب تأجير السيارات Euro car<sup>١٩٩٤</sup>،<sup>١٩٩٥</sup> Avis - Hertz، بالإضافة الكثير من المحلات التي تُقدم سلعاً أو بضائع ذات ماركات مشهورة أو حتى التي تقدم خدمات للمستهلكين .<sup>١٩٩٦</sup>

<http://www.hawamer.com/vb/showthread.php?t=111324> - تاريخ المشاهدة : ٢٠١٦/٨/٨ م -

٦ pm، وانظر موقع آخر بعنوان الفرانشيز - منتدى هوامير البورصة السعودية - رابط :

<http://www.hawamer.com/vb/showthread.php?t=111324>، تاريخ المشاهدة : ٢٠١٦/٨/٨ م - ٦ pm.

<sup>١٩٩٣</sup> - دعاء طارق بكر - مرجع سابق - ٢٦ .

<sup>١٩٩٤</sup> - اسم مكتب تأجير سيارات مقره في أوروبا، تأسس عام ١٩٩٧ م، انظر رابط الكتروني بهذا الشأن :

[https://www.europcar.com/?&xtor=SEC-1401-GOO-%BBBrand+Misspells%0D-%BBBrand\\_Middle+East\\_All\\_Exact\\_Misspells%0D-%Bs%0D-%Beuro](https://www.europcar.com/?&xtor=SEC-1401-GOO-%BBBrand+Misspells%0D-%BBBrand_Middle+East_All_Exact_Misspells%0D-%Bs%0D-%Beuro)

<sup>١٩٩٥</sup> - اسم مكتب تأجير سيارات تأسس عام ١٩٤٦ م من قبل شخص Warren Avis، تأسس في الولايات المتحدة الأمريكية و تم افتتاح

مكاتب له في أوروبا عام ١٩٥٦ م، انظر رابط الكتروني بهذا الشأن: <https://www.hertz.com/rentacar/rental-car-deals>

<sup>١٩٩٦</sup> - دعاء طارق بكر - مرجع سابق - ص ٢٧-٢٨ .

## ٤- الفرانشيز الخدماتي :

يتشابه هذا النوع مع الأنواع السابقة الذكر من حيث الزام المانح بتقديم المعرفة المعتمدة أساساً للتجارة، فتطور هذا النوع بسرعة كبيرة خصيصاً في قطاع الخدمات وخاصة في الولايات المتحدة الأمريكية وقد جاب العالم، فقد غدت الشبكات الفندقية الكبرى موحدة في معظم بقاع الأرض تطبق عليها أنظمة موحدة تكون صادرة من المانح، فالآلات و المعدات الثقيلة قليلة نسبياً في هذا النوع بينما تركز دعائمه الأساسية على الأنظمة الواجب تطبيقها لجلب الزبائن، فيضع المانح بموجب هذه التقنية بعض الخدمات في يد تصرف الممنوح له الذي بدوره يقدمها للزبائن تحت اسم وشعار المانح وعلى مسؤوليته<sup>١٩٩٧</sup>، مثال ذلك : الفرانشيز القائمة لصيانة الخدمات و حمايتها من : تصليح السيارات أو الخدمات العائدة لبطاقات الاعتماد، كذلك الفنادق العالمية وأشهرها : هيلتون<sup>١٩٩٨</sup>، شيراتون<sup>١٩٩٩</sup> Sheraton .

## ٥- الفرانشيز الاستثماري :

بموجب هذا النوع يتم الاتفاق على استثمار مؤسسة بذاتها بما في ذلك الاستراتيجية الخاصة بطبيعة عملها و إعلاناتها فلا يتوقف الأمر على تقديم سرية المعرفة و اساليب تقنية من قبل المانح للممنوح له.<sup>٢٠٠٠</sup>

## ج - أطراف العقد :

طرفين هما المانح ويسمى بموجب عقد الفرانشيز ((Franchisor)) وهو الذي يملك العلامة التجارية أو الاسم أو الشعار أو المعرفة الفنية و بموجب عقده مع الطرف الثاني الذي يدعى الممنوح له ((Franchisee)) تخوله حق استعمال و استخدم العلامة التجارية في مشروعة التجاري وباستقلالية تامة.

## ثانياً : - التزامات اطراف العقد :

لكون الفرانشيز يأتي بموجب عقد، فكان له آثار قانونية ناتجة عن هذه العلاقة العقدية بين أطرافه ، وهي تتمثل بالالتزامات و الحقوق لكلا منهما علماً أن التزامات طرف هي تمثل حقوق للطرف الآخر ، وعليه سوف نستعرض التزامات اطراف عقد الفرانشيز من جانب المانح (Franchisor) ، والممنوح له (Franchisee).

## أ- التزامات المانح (Franchisor) :

يلتزم المانح بموجب هذا العقد بجملة من الالتزامات و أي تقصير أو تخلف من قبله في إحدى هذه الالتزامات يعرض مصير العقد للفسخ بالإضافة إلى تعريض نفسه للمسؤولية القانونية بسبب التقصير ، ومن هذه الالتزامات :

## ١- التزام المانح بنقل المعرفة الفنية مع التزامه بنقل المساعدة التقنية :

<sup>١٩٩٧</sup> - دعاء طارق بكر - مرجع نفسه - ص ٢٩

<sup>١٩٩٨</sup> - تأسس فندق هيلتون عام ١٩٥٤م وابتدأ بالانتشار والتوسع عالمياً عام ١٩٦٤م انظر رابط الالكتروني :

<https://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%A7%D9%8A%D9%8%D9%AA%D9%88%D9%86>

<sup>١٩٩٩</sup> -بدأ فندق الشيراتون بالظهور عام ١٩٣٧م ولقد كان بدأ اول انتشار له عام ١٩٤٥م بمدينة نيويورك انظر رابط :

<https://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%81%D9%86%D9%A7%D9%AF%D9%82%D9%88%D9%8%D9%86%D9%AA%D9%AC%D9%B9%D9%A7%D9%AA%D9%B%D9%8A%D9%B1%D9%A7%D9%AA%D9%88%D9%86>

<sup>٢٠٠٠</sup> - دعاء طارق بكر - مرجع سابق - ص ٢٩-٣٠ .

- تعني انه بموجب عقد الفرانشيز يلزم أن ينقل الأسرار الصناعية و التجارية والتي تعتبر هي المكون الجوهرى لمحل العقد ، كما يلزم بنقل المساعدة التقنية المتمثلة بدليل الارشادات او الكتيبات الإرشادية او المجلدات او المجالات التابعة لشبكة أعضاء الفرانشيز و تزويدهم بأشرطة الفيديو برامج الحاسوب الخاصة بالمشروع ، وتأهيل كوادر الطرف الممنوح له من قبل الدورات التدريبية بالإضافة الى تزويده وإمداده بالسلع و البضائع و قطع الغيار.<sup>٢٠٠١</sup>
- ٢- القيام بالدراسات الأساسية و اللازمة للعقد :  
هي إعداد دراسة أولية حول مكان النشأة طالبة الانضمام عبر عقود الفرانشيز و التخطيط للعملية الانتاجية من جهة تحديد نوع النشاط و اختيار الوسائل المادية للإنتاج من آلات و معدات، التي تهدف كل ذلك لضمان نجاح مشروع الممنوح له.<sup>٢٠٠٢</sup>
- ٣- تدريب المتلقي و الإشراف على كفاية مستخدميه الفنية :  
يلتزم المانح بتأهيل و تدريب كوادر الممنوح له على نفقته مع سلطاته الكاملة بالإشراف و التوجيه للكوادر لضمان الكفاية الفنية للمستخدمين و يكون ذلك بموجب نص صريح في العقد يخضع الممنوح له إلى أنظمة المانح الفنية دون أن يؤثر ذلك على استقلاله ،كي لا يختلط عقد الفرانشيز بعقود أخرى كعقد العمل أو عقد الشراكة .<sup>٢٠٠٣</sup>
- ٤- الالتزام بالحصريّة الإقليمية :  
يجوز في عقد الفرانشيز أن يكون للممنوح له وحده حق التوزيع ضمن منطقة جغرافية معينة ، بحيث يأخذ التزام المانح هذا مظهرين ، الأول : يتمثل في امتناع المانح عن كل عملية بيع أو تقديم خدمات داخل النطاق الإقليمي لأي من الممنوح لهم ،أمّا الثاني :يتمثل في قيام المانح بضبط الحصريّة للشبكة ،كما تبرز أهمية هذا المظهر في كونه يجعل من المانح حكماً بين الممنوح لهم في حالة تعددهم ،فيحول دون تجاوز أيهم نطاقه الإقليمي على حساب الآخر .<sup>٢٠٠٤</sup>
- ٥- الالتزام برقابة الجودة الانتاجية :  
يقع على عاتق المانح عبء مراقبة عمل الممنوح له و توجيه الارشاد و النصائح له طيلة فترة العمل وذلك كله لضمان جودة الانتاج و مدى تطابقها للمواصفات المطلوبة و المحددة وفقاً للعقد .
- ٦- الالتزام بتقرير السياسة الدعائية و الإعلامية :  
ينفرد المانح بإعداد تقرير حول السياسة الدعائية للشبكة ، وإذا قصر المانح في هذا الالتزام يتعرض للمسؤولية ( كأن يكون الإعلان كاذب ، أو مضلل ، كما ذهب بعض فقهاء القانون الفرنسي إلى امتداد المسؤولية أيضاً للممنوح له في حالة كان له يد في هذا التقصير كدوره في تنفيذ الإعلان ،وذلك لا يعتبره منفذاً لسياسة المانح.<sup>٢٠٠٥</sup>
- ٧- الالتزام بالضمان :
- إذا قام المانح بجميع التزاماته السابقة من تزويد الممنوح له بالبضائع و السلع و دليل الإرشادات مع الاستمرار بالرقابة على آليه العمل ، عندها يبدا هذا الالتزام يلعب دوره بإقامة مسؤولية المانح عن كل خطأ في التصميم أو التصنيع أو عن إخلال الممنوح له بمستوى الجودة ، بحيث يمكن للمستهلك

(٢٠٠١) - دعاء طارق بكر - مرجع سابق - ص ٧٩-٨٢ ، وانظر د. صالح بن بكر الطيار-العقود الدولية لنقل التكنولوجيا - الطبعة الثانية -

مركز الدراسات العربي الأوروبي- ١٩٩٩م - ص ١٥٨ .

(٢٠٠٢) - دعاء طارق بكر - مرجع نفسه - ص ٨٠-٨٦ .

(٢٠٠٣) - د. وفاء مزيد - مرجع سابق - ص ٤١٤ .

(٤) - د. محمد محسن النجار - عقد الامتياز التجاري - دراسة في نقل المعارف الفنية - دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية - ٢٠٠١م - ص ٥٩ .

(٢٠٠٥) - د. محمد النجار - مرجع سابق - ص ٢٩٢ .



- المتضرر من سوء الجودة أن يرجع على الممنوح له مع جواز اختصاص المانح أيضاً ، أو يرجع على المانح مباشرة فيما لو انقضت الشخصية القانونية للممنوح له .<sup>٢٠٠٦</sup>
- ب- التزامات الممنوح له (Franchisee) :
- يترتب بموجب هذا العقد التزامات على عاتق الممنوح له و نلخصها بالتالي :
- ١- التزام الممنوح بأداء المقابل ( النفقات و الإتاوة ) :
- إذا كان بموجب هذا العقد سوف يقوم المانح بمنحه الحق باستخدام العلامة والاسم والشعار الخاصين به مع اطلاعه على المعارف الفنية وتقديم المساعدة التقنية له ، فكان لا بد من وجود مقابل سوف يلتزم الممنوح له بدفعه للمانح مقابل لكل ذلك ويتضمن : النفقات تعني الثمن من الاطلاع على أسرار المانح وكما تشمل النفقات الإدارية كرسوم التسجيل و استخراج التراخيص بالإضافة إلى الإتاوة (الضريبة) التي تدفع مقابل انضمامه لشبكة الفرانشيز وتكون من خلال تقديم جزء أرباحه في صورته أقساط دورية تدفع طيلة مدة العقد .<sup>٢٠٠٧</sup>
- ٢- الالتزام بالسرية ، وعدم المنافسة :
- على الممنوح له الالتزام بالمحافظة على السرية عن الأسرار التجارية والصناعية التي اطلعه عليها المانح بموجب العقد وذلك تحت طائلة المسؤولية في حالة افشاء تلك الأسرار بفسخ العقد و طلب التعويض عن الأضرار ، كما يلزم هذا الالتزام شرط آخر يتعهد بالالتزام به الممنوح له وهو عدم المنافسة في حاله إنهاء العقد أو انتهائه<sup>٢٠٠٨</sup> ، علماً ان الانتهاء يختلف عن الانتهاء لكون الإنهاء يأتي في حاله كانت مدة العقد لم تنتهي بعد ولكن رغب اطرافه بإنهائه لمبرر ما ( كفسخ ، أو بطلان ، أو بإرادتهم رغبة منهم بتقصير مدة العقد بإنهائه قبل حلول أجله ) ، أما الانتهاء يكون بمجرد انتهاء المدة الزمنية المحددة بالعقد .
- ٣- الالتزام بمنح ترخيص بالتحسينات :
- في كثير من الحالات يقوم الممنوح له بإدخال تحسينات على المحل الأصلي لعقد الفرانشيز فرأي الفقه في ذلك أنه إن امكن فصلهما كان له كامل السلطات الخاصة بالمالك كاملة ، أمّا في حالة عدم إمكانية الفصل بينهما يتوجب عليه نقل هذه التحسينات للمانح بمنحه ترخيصاً باستغلال ذلك التطوير الذي توصل إليه .<sup>٢٠٠٩</sup>
- ٤- الالتزام باحترام مستوى الجودة و الالتزام بالضمان في مواجهة المستهلك النهائي :
- الأصل أن تتضمن عقود البيع التي تتم بين الممنوح له والمستهلك النهائي بياناً يحدد الجهات الضامنة للمنتج و سلامة جودته ومدى تطابقه للمواصفات المعتمدة في عقد الفرانشيز ، بحيث تمكن المستهلك من معرفه الجهة التي سوف يخاصمها في حالة ظهر نزاع او خلاف حول مدى تدني مستوى الجودة و سوء المنتج لكونه ملزم باحترام مستوى الجودة وعليه فيمكن للمستهلك مخاصمة المانح او الممنوح له ، ولكن ما هو مطبق عملياً على أرض الواقع هو جعل الممنوح له الضامن الوحيد في مواجهة المستهلك .<sup>٢٠١٠</sup>
- ثالثاً :- تقييم عقد الفرانشيز ( من حيث مزايا العقد و سلبياته ) :
- أولاً :- مزايا عقد الفرانشيز :

(٢٠٠٦) - د. محمد النجار - المرجع نفسه - ص ١١٨ .

(٢٠٠٧) - د. محمد النجار - مرجع نفسه - ص ٣٢-٢٥ .

(٢٠٠٨) - د. صالح بن عبد الله بن عطف العوفي - مرجع سابق - ص ٥١-٤٦ .

(٢٠٠٩) - د. محمد النجار - المرجع نفسه - ص ٢٣٤ - ٢٣٥ .

(٤) - د. محمد النجار - المرجع نفسه - ص ١١٢ . وانظر د. وفاء مزيد - المرجع السابق - ص ٤٢٠ .

يعود نظام الفرانشيز على كلا المتعاقدين وعلى الصعيد الدولي بمجموعة من الفوائد والمزايا، تتمثل بما يلي:-

- الفوائد والمزايا التي يُحققها نظام الفرانشيز للمانح :-
  - (١) - التوسع والانتشار السريع في الأسواق المستهدفة دون تحمل تكاليف عالية.
  - (٢) - توزيع السلع أو الخدمة بأسلوب محدد ومنظم.
  - (٣) - إفادة المانح المادية من المبالغ التي تدفع له من الممنوح له.
  - (٤) - إفادة المانح المادية من عملية تزويد محلات الممنوحين بالمواد، لأنه وفق شروط النظام وللحفاظ على الجودة، فإن الممنوح يقوم بشراء معظم المواد من المانح الذي يستطيع أن يوفرها بسعر منافس.
  - (٥) - مديرو الوحدات التابعة له، هم في الواقع مالكون للمشروع وليسوا موظفين لديه، الأمر الذي يدفعهم للحرص على نجاح المشروع، وتقديم مقترحات إيجابية لتحسين العمل، بهذا فإن المانح يتغلب على تعقيد عملية إدارة فروع جديدة، قد تتطلب إدارتها رأس مال كبير جداً وجهداً ورقابة ومخاطرة كبيرة بالاستثمار.
- الفوائد والمزايا التي يحققها نظام الفرانشيز للممنوح له:-
  - (١) - إفادة الممنوح من اسم المانح وعلامته وشهرته وخبرته، مما يُعزز ثقة الزبائن بالممنوح. وتهافتهم عليه بمجرد فتح أبوابه، بحيث يضمن له فرص نجاح شبه مؤكدة .
  - (٢) - استقلال الممنوح له بوصفه مستثمراً ومالغاً للمشروع، كذلك تجنب الخسائر بحيث يضمن النجاح كنتيجة طبيعية للدعم الفني والإداري والتسويقي، واسم الشهرة الذي يحصل عليه من المانح.
  - (٣) - إفادة الممنوح من قيمة المواد التي يوفرها المانح للممنوح، بأسعار تنافسية.
  - (٤) - يفيد الممنوح من التدريب النوعي والمستمر المقدم من المانح، إذ يُجنبه الأخطاء، وتحقيق كمية أكبر من الأرباح.
  - (٥) - سهولة الحصول على تمويل من المؤسسات المالية، لثقتها في نجاح المشروع المجرب من قبل.
  - (٦) - يتمتع الممنوح بحماية من المنافسة، إذ يحدد له منطقة جغرافية خاصة به .
- الفوائد والمزايا التي يُحققها نظام الفرانشيز على الصعيد الدولي :-
  - (١) - يُعدّ نظام الفرانشيز من الحلول التي تساعد على الإنماء الاقتصادي والتجاري بالنسبة للجهة الممنوح لها، إذ يسهم هذا النوع من الاستثمار بتشغيل الأيدي العاملة المحلية، فيعد وسيلة - ناجحة لحل أزمة البطالة.
  - (٢) - يقلل هذا النظام من نسب السيولة المتسربة للخارج، وزيادة الاستثمار في المشاريع الصغيرة والمتوسطة، وتحفيز الشركات المحلية لإعادة ترتيب أوراقها حتى تتمكن من المنافسة بما يرفع من جودة المنتج أو الخدمة التي تقدمها للمستهلك، هذا التطوير في المنتجات المحلية يسهم في اللجوء لتداول المنتج المحلي عوضاً على البضائع المستوردة (٣) - يسهم هذا النظام في تطوير الأيدي العاملة الوطنية، من خلال التدريب الذي تتلقاه في المشاريع المقامة، مما يساعد في رفع كفاءة القوى البشرية<sup>٢٠١١</sup>.

(٢٠١١) - وكبيديا الموسوعة الحرة - حق الفرانشيز - رابط الالكتروني :

ثانياً : سلبيات عقد الفرانشيز :

- ١- لقد هوجم عقد الفرانشيز بجملة من العيوب ومنها التي تظهر بسبب تعدد الممنوح لهم ضمن شبكة الفرانشيز على نحو قد يوحى باتحاد جهودهم في مواجهة هيمنة المانح التكنولوجية ، ولكن الحقيقة غير ذلك لكون كل واحد منهم ينضم منفرداً إلى شبكة الفرانشيز وليس بشكل جماعي ويستمر بنشاطه دون أي صلة مباشرة بغيره ، حتى إن ظروف مباشرة نشاطهم مختلفة نظراً لاختلاف أقاليمهم ومع تناقض مصالحهم ، والذي يتعمد المانح تعميقه تختل المراكز الواقعية لجميع الممنوح لهم حيال المانح على نحو واضح و ملموس .
  - ٢- كما عيب عليه أيضاً أنه عقد يتضمن آثار قانونية ولكن ثمره هذه الآثار قد تغلب على جانب طرف دون الآخر ، ويظهر ذلك واضحاً من خلال الخلل الذي يعترضه (يصيب) حجم وطبيعة أداءات كل من الطرفين إذ يتحمل الممنوح له جميع الأعباء المالية الناتجة عن العملية الاستثمارية كاملة ، في الوقت الذي يشاركه المانح بثمرتها من خلال فرض عليه دفع نفقات التسجيل و الرسوم و دفع مبلغ الإتاوة بشكل دوري ومستمر طيلة مدة العقد .<sup>٢٠١٢</sup>
  - من التطبيقات العملية على عقد الفرانشيز من مصر : أحدث عقد فرانشيز تم في عام ٢٠١٦م كان (لمطاعم باب الحديد) المختصة بالوجبات و الأطعمة حيث كانت سياسة الشركة المالكة لسلسلة المطاعم تهدف إلى الانتشار والتوسع في كافة مناطق جمهورية مصر العربية وكان لها ذلك بإبرام عقد فرانشيز بعد سنة من بدئها لنشاطها التجاري<sup>٢٠١٣</sup> .
  - ومثالنا الآخر من السعودية حيث تم إبرام عقد فرانشيز لتوسيع امتداد سلسلة مطاعم ( البيك ALBAIK) المشهور بتحضير وجبات البروستد والذي كان أحدثها إنشاءً بمدينة القصيم بالمملكة العربية السعودية<sup>٢٠١٤</sup> .
- أما على الصعيد العالمي فقد اشتهرت ١٠ شركات بأنها تحمل أعلى قيمة لعقود الفرانشيز الخاصة بها وذلك بناءً على تصنيف موقع "موسست لوكشوريس ليست" ، حيث تعرض الشركات الناجحة امتيازات تجارية و بتكلفة عالية جداً بغرض الاستثمار في مختلف أنحاء العالم، وتكون هذه الامتيازات مربحة جداً للأشخاص الذين يمتلكونها بسبب جودة منتجاتها وخدماتها. وفقاً للتصنيف السابق الذكر جاء الترتيب كالتالي :
- ١- "Choice Hotels Internationals"
  - مجموعة فنادق "نشويس" تعتبر من أكبر وأنجح سلاسل الفنادق في العالم، إذ تتعاقد مع بعض العلامات التجارية المميزة الأخرى لتقديم أفضل الخدمات لعملائها.

<sup>٢٠١٢</sup> - د. وفاء مزيد - مرجع سابق - ص ٤٢٣ - ٤٣٣ ، وانظر أيضاً وكيبديا الموسوعة الحرة - حق الفرانشيز - المضار - مرجع سابق .

<sup>٢٠١٣</sup> - عقد فرانشيز لمطاعم باب الحديد في مصر بقيمة ٥٠ ألف جنيه - رابط الكتروني :

<http://www.dotmsr.com/details/%D9%A1%D9%AA%D8%AF%D9%AA%D9%AA-%D9%A1%D8%B7%D9%A6%D8%B4%D8%A7%D9%AA%D8%B2-%D9%A0%D8%B7%D8%A7%D8%B9%D9%A0-%D8%A8%D8%A7%D8%A8-%D8%A7%D9%A4%D8%AD%D8%AF%D9%AA%D8%AF-%D8%A8%D9%A0-%D8%A3%D9%A4%D9%A1-%D8%AC%D9%A6%D9%AA%D9%A7>

<sup>٢٠١٤</sup> - اتفاقية صاحب العلامة التجارية البيك مع الممنوح له أمام أمير منطقة القصيم انظر رابط الالكتروني :

<http://franchise.sa/article/٢٤/%D8%A7%D9%A4%D8%A8%D9%AA%D9%A3%D9%A0%D9%AA%D8%AA%D9%AA%D8%AA%D8%A7%D9%A4%D8%AA%D8%B1%D8%AE%D9%AA%D8%B0%D9%A7%D9%A4%D8%A7%D8%AC%D8%A7%D8%B1%D9%AA>

- مجموعة الفنادق بدأت في ولاية ماريلاند بالولايات المتحدة عام ١٩٣٩، وتقدر إيراداتها بنحو ٦٥٠ مليون دولار.
- يتكلف شراء العلامة التجارية لسلسلة فنادق "تشويس" العالمية حوالي ١٤.٦ مليون دولار، وهو ما يمكن أن يدر رباً كبيراً في المستقبل.
- ٢ - "Amazing Spaces"
- شركة "أميزنج سبيسز" توفر مراكز تخزين هائلة في مختلف أنحاء العالم، ومبيعاتها السنوية تقدر بنحو ٢٢ مليار دولار، وهدفها الرئيس هو توفير المزيد من الراحة والأمان بتكاليف منخفضة
- تخضع جميع مراكز التخزين التابعة للشركة لأنظمة إنذار حديثة، وتوفر أماكن للتحميل.
- يتكلف شراء الامتياز التجاري لشركة "أميزنج سبيسز" ٨.٢٥ مليون دولار، ورسوم امتياز إضافية نسبتها ٦٪.
- ٣ - "AMPM"،
- ٤ - "Golden Corral"
- ٥ - "Bufflo Wild Wings Grill & Bar"
- ٦ - "Culver's"
- ٧ - "KFC Corp"
- ٨ - "Denny's Inc" / ٩ - "Carl's Jr" / ١٠ - "Hardees"

### المبحث الثاني

#### المجموعة الثانية عقود اكتساب السيطرة التكنولوجية

المجموعة الثانية من صور عقود نقل التكنولوجيا : تعرف بمجموعة عقود لاكتساب السيطرة التكنولوجية كما سميت (بعقود نقل السيطرة التكنولوجية) :

قسمت هذه المجموعة إلى نوعين هما :

- ١- عقد التعاون الصناعي أو (عقود المشروعات المشتركة) .
  - ٢- عقود الخدمات و تشمل صور عدة منها : أ-عقد الهندسة (الاستشارات الهندسية) ، ب- عقد المساعدة التقنية ، ج - عقد التدريب ، د - عقد البحث .
  - عقد التعاون الصناعي (عقود المشروعات المشتركة) :
- نشأت هذه العقود بسبب الأزمة العالمية في التجارة الدولية دفعت بالدول النامية إلى البحث عن صور جديدة للاستثمار الأجنبي فكان من خلال عقود التعاون الصناعي، بحيث تكون طرفاً في هذه العقود مع الطرف الأجنبي الذي كان بالغالب يمتنع عن تقديم تكنولوجيا لمشروع ما دون أن يكون مشاركاً فيه، فوجدت تشريعات الدول النامية الحل بتلك العقود مما يجعل العقد يخضع لرقابتها و الذي سيُشكل دافع نفسي لشعوبها، بالإضافة إلى تحقيق مستوى عالي من التنمية لا يمكن بلوغها بجهد طرف واحد .
- حيث عرفت اللجنة الاقتصادية الأوروبية عقود التعاون الصناعي بـ : (هي عمليات تتجاوز البيع والشراء البسيط للأموال و الخدمات، وتحتّم إنشاء مصلحة مشتركة بين بلدان مختلفة لفترة معينة وغالباً ما يكون لتلك العمليات طابعاً تطورياً)، في حين عرفتها الانكتاد ((UNCTAD)) بـ : (شكل

٢٠١٥- موقع الكتروني بعنوان أرقام - يتضمن أعلى ١٠ امتيازات بالعالم - رابط الكتروني :

<http://www.argaam.com/ar/article/articledetail/id/٤٢٧٥٩٠>، تاريخ المشاهدة ٢٠١٦/٨/٩م، ١٢am

جديد نسبياً، يمثل العقود المبرمة لعدة سنوات بين شركاء ينتمون إلى أنظمة أو بلدان مختلفة، وتشمل مجموعة عمليات متكاملة و متضامنة).  
في حين جاء تنظيم هذه العقود وفقاً للتشريع المصري بقانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م بحيث أخضعت لأحكام هذا القانون.<sup>٢٠١٦</sup>

عقود الخدمات :

هي مجموعة عقود أفرزها الواقع العملي التي مثلت محلاً لجملة من العقود و كان أهمها خدمات التدريب و البحث و التطوير و الخدمات الدراسية و الهندسية و التقنية و التسويقية و التجارية و الإدارية، بحيث تتضمن الخدمات التقنية قضايا التقييم و التحسين و طرق الإنتاج و نوعيته، في حين تشمل الخدمات التجارية و التسويقية خدمات ما بعد البيع كعقد شركة قطر للصلب مع شركة طوكيو بوكي اليابانية بغرض تسويق منتجات الشركة القطرية.

وتعد أكثر الخدمات أهمية هي :

- عقد الهندسة ( الاستشارة الهندسية ) :

و قد اصطلح على تسميتها ببيوت الخبرة بسبب ما تضمنته تلك المراكز من خبراء متخصصين بمختلف المجالات الهندسية، و قد يمتد ليشمل أداءات غير ذهنية أو ما يسمى (بأعمال الهندسة التجارية ) ، كما قد يقتصر على تقديم المشورة الهندسية بحيث يكون دور المهندس الاستشاري مقتصر على إبداء المشورة دون التدخل في أيه دراسات أو مراحل التنفيذ للمشروعات.<sup>٢٠١٧</sup>

- عقد المساعدة التقنية :

عرف هذا العقد بأنه ( الاتفاق الذي يتضمن التزام المورد بتزويد المتلقي /الدولة / بالفنيين اللازمين لتدريب أفراد على تشغيل الأجهزة و الآلات ، وإصلاحها و صيانتها أو تدريبهم على إدارة المشروع ) .<sup>٢٠١٨</sup>

- عقد التدريب :

عُرف عقد التدريب عموماً بأنه هو ( اتفاق يتعهد من خلاله أحد الأطراف بنقل مجموعة المعارف التقنية و المعلومات اللازمة لتمكين الطرف الآخر من استعمال التكنولوجيا بصورة فعّالة ) .<sup>٢٠١٩</sup>

- عقد البحث :

يُعرف على أنه ( اتفاق يتعهد بموجبه المورد بالقيام بدراسات ذات طبيعية عقلية ، مع إجراء تجارب عملية ذات صلة بمهارته ) .<sup>٢٠٢٠</sup>

### الخاتمة

يتضح لنا من هذه الدراسة بأن لعقود نقل التكنولوجيا أشكال وصور عديده ولكل منها استخدام و حاجاته التي تدفع أطرافه للتعاقد من خلالها مع اختلاف صورها و أشكالها فمنها يعبر عن حاجة المستثمر (المورد لها) و منها ما يعبر عن حاجة المستقبل لها الذي يكون دائماً طرفاً ينتسب إلى (الدولة النامية) ولا يمكن لنا تحديد أيهما أفضل في حماية حقوق المتلقي، فهناك الكثير من الجوانب

<sup>٢٠١٦</sup> - د.دوفاء مزيد - مرجع سابق - ص ٤٣٥ - ٤٦٨ ، وانظر د.يونس عرب - مرجع سابق - ص ٥-١ .

<sup>٢٠١٧</sup> - د. يونس عرب - مرجع سابق - ص ٤-١ ، وانظر د. نصيره بوجمعة - مرجع سابق - ١٨٣ ، وانظر د. محمود الكيلاني - مرجع سابق - ص ٢١١ .

<sup>٢٠١٨</sup> - د. يوسف الاكياي - مرجع سابق - ص ٥٢ . وانظر د. يونس عرب - مرجع سابق - ص ٦-١ .

<sup>٢٠١٩</sup> - د. صالح بكر الطيار - مرجع سابق - ص ٦٩ .

<sup>٢٠٢٠</sup> - د. محمود الكيلاني - مرجع سابق - ص ٢١٣ .

الجوهرية المختلفة بينهما من حيث الانعقاد و الآثار المترتبة عليه، بحيث يكون لكل منها حسناته و سلبياته .

#### النتائج و التوصيات

وفي ختام هذه الدراسة نحمد الله تعالى على عونه و توفيقه، ونبين فيما يلي أهم ما أسفرت عنه الدراسة من نتائج :

- ١- أن صور عقود نقل التكنولوجيا رغم تنوعها فإن لكل منها مزايا و عيوب ولكن يبقى لكل منها أهدافه و غاياته التي يسعى أطراف العقد لبلوغه، فهي من طرف المورد تعتبر نوع من الاستثمار و التجارة و من طرف المستورد لتلك التكنولوجيا تعتبر ميزة عظيمة تجعل منه مواكبا للتكنولوجيا و الحضارة .
- ٢- أن عقود التكنولوجيا مع اختلاف صورها تجعل المراكز القانونية لأطراف العلاقة العقدية كلاً من المورد و المستورد غير متساوية (متكافئة) ، لكون المستورد يبقى تابع للمورد في كثير من هذه العقود .
- ٣- التبعية التي أثقلت كاهل الدول النامية جعلتها غير قادرة على التطور و محاكات الحياة العصرية التكنولوجية .
- ٤- عقود نقل التكنولوجيا مفيدة جدا للطرف المستورد و خصيصا إذا كان يقطن في إقليم من أقاليم الدول النامية، ولكن المعيب أن يبرم الطرف المستورد نفسه أكثر من عقد لنفس نوع النشاط الذي استعان به بعقد تكنولوجي، وكأنه يصر على ابقاء نفسه في دائرة التبعية المستمرة للمورد .
- ٥- توصي الباحثة المشرع الأردني بضرورة إعداد قانون خاص يتعلق بحماية عقود نقل التكنولوجيا و يتعرض لجميع صورها و احكامها كما فعل المشرع المصري الذي نظم تلك العقود في قانون خاص بها .

#### قائمة المراجع

- (١)- السيد مصطفى أحمد أبو الخير، عقود نقل التكنولوجيا دراسة قانونية، دار إيتراك للنشر و التوزيع - القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م.
- (٢)- د. ابراهيم قادم، الشروط المقيدة في عقود نقل التكنولوجيا و دورها في تكريس التبعية التكنولوجية على المستوى الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، عام ٢٠٠٢م .
- (٣)- د. يوسف عبد الهادي خليل الإكياي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، عام ١٩٨٩م.
- (٤)- د. نصيرة بو جمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي.
- (٥)- د. وليد عودة الهمشري، عقود نقل التكنولوجيا الالتزامات المتبادلة و الشروط التقيدية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر - عمان، عام ٢٠٠٩م، الطبعة الأولى .
- (٦)- د. وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات الحلبي - لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م.

- (٧) - د. حسام الدين الصغير - ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية (( لأعضاء مجلس الشورى - تنظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) )) بالتعاون مع وزارة التجارة والصناعة ومجلس الشورى، مسقط، ٢٣ و ٢٤ مارس/أذار ٢٠٠٤ م .
- (٨) - د. محمد حسني عباس - التشريع الصناعي - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - ١٩٦٧ م .
- (٩) - د. جلال أحمد خليل - النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا إلى الدول النامية - الطبعة الأولى - جامعة الكويت - ١٩٨٣ م .
- (١٠) - د. يوسف عبد الهادي خليل الاكياي - النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص - الطبعة الأولى - ١٩٨٩ م .
- (١١) - د. محمد حسني عباس - (الملكية الصناعية و المحل التجاري - براءات الاختراع - الرسوم و النماذج الصناعية - العلامات والبيانات التجارية - الاسم التجاري - المحل التجاري) - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٠ م .
- (١٢) - د. خالد رعد - دراسات و بحوث في العلاقات الاقتصادية الدولية - منشورات جامعة دمشق - ١٩٩٥ م - ص ٤٤٢، وانظر د. فينان طاهر - مشكلة نقل التكنولوجيا (دراسة لبعض الأبعاد السياسية و الاجتماعية) - منشور من قبل الهيئة المصرية العامة للكتاب - ١٩٨٦ م .
- (١٣) - د. جلال خليل - النظام القانوني لحماية الاختراعات و نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية - الطبعة الأولى - جامعة الكويت - ١٩٨٣ م .
- (١٤) - د. محمد حسني عباس - مرجع سابق - ص ١٩٢، وانظر جميل الشرقاوي - محاضرات في العقود الدولية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٧ م .
- (١٥) - د. محسن شفيق - نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية - مركز البحوث والدراسات القانونية و التدريب المهني القانوني - مطبعة جامعة القاهرة و الكتاب الجامعي - الطبعة الأولى - ١٩٨٤ م .
- (١٦) - د. أنس السيد عطية سليمان، الضمانات القانونية لنقل التكنولوجيا إلى الدول النامية و المشروعات التابعة لها - دراسة في الإطار القانوني للنظام التكنولوجي الدولي السائد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦ .
- (١٧) - قام المعهد الأمريكي للمهندسين المعماريين (AIA) بصياغة نموذج خاص بعقود تسليم المفتاح، وذلك في عام ١٩٨٥ م، إلا أنه لم يأخذ الصفة الدولية شأنه شأن بعض النماذج المماثلة التي صاغتها جهات أخرى متخصصة، كنموذج المقاوليين الدوليين الأوروبيين (EIC) الصادر في مايو سنة ١٩٩٤ م .
- (١٨) - د. صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمن، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا - دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، عام ١٩٩٣ م .
- (١٩) - د. سميحة القليوبي، تقييم شروط التعاقد، مجلة مصر المعاصرة السنة السابعة والسبعون، العدد ٤٠٦، عام ١٩٨٦ م .
- (٢٠) - د. حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، عام ٢٠٠١ م .
- (٢١) - د. أنس السيد عطية سليمان، الضمانات القانونية لنقل التكنولوجيا إلى الدول النامية و المشروعات التابعة لها - دراسة في الإطار القانوني للنظام التكنولوجي الدولي السائد، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ١٩٩٦ م .

- (٢٢) - د. محسن شفيق ، عقد تسليم المفتاح "نموذج من عقود التنمية" ، دار النهضة الحديثة ، القاهرة .
- (٢٣) - د. أحمد رشاد محمود سلام ، عقد الإنشاء و الإدارة وتحويل الملكية (B.O.T) في مجال العلاقات الدولية الخاصة -دراسة تحليلية للعقد ومراحل تنفيذه وكيفية تمويله و مخاطرة وطبيعته القانونية وقدرته على نقل التكنولوجيا وكيفية تسوية منازعات العقد و القانون الواجب التطبيق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام ٢٠٠٤م .
- (٢٤) - انظر د. محمد عميرة - حيازة التكنولوجيا في الأردن - الحلقة الدراسية التي نظمتها الإسكوا .
- (٢٥) - انظر صحيفة الوطن - العدد ٤٠٧ - السنة الثانية - السبت ١٠ نوفمبر ٢٠٠١م .
- (٢٦) - انظر جريدة الرياض - الأربعاء شوال ١٤٢٣ - العدد ١٢٥٩٨ - ديسمبر - السنة ٢٠٠٢م .
- (٢٧) - د. محمد محسن إبراهيم النجار - عقد الامتياز التجاري - دراسة في نقل المعارف الفنية - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية الطبعة الأولى - عام ٢٠٠١م .
- (٢٨) - وكيبديا الموسوعة الحرة - حق الامتياز التجاري (الفرانشيز) - رابط الالكتروني : ، تاريخ المشاهدة ٢٠١٦/٨/٧ الساعة ٨ pm . وانظر عبد الهادي كاظم و نظام جبار طالب - المعرفة الفنية وأثرها في عقد الفرانشيز - مجلة جامعة بابل (كلية القانون / جامعة القادسية) - العلوم الإنسانية - مجلد ١٧ - العدد ٢ - سنة ٢٠٠٩ م .
- (٢٩) - دعاء طارق بكر البشتاوي - عقد الفرانشيز وأثاره - رسالة ماجستير - جامعة النجاح الوطنية - نابلس (فلسطين) - سنة ٢٠٠٨ م .
- (٣٠) - وكيبديا الموسوعة الحرة- المرجع نفسه - رابط
- (٣١) - موقع الاتحاد الدولي لحقوق الامتياز ( الفرانشيز ) - رابط الموقع الالكتروني : <http://www.franchise.org/> ، وانظر ايضاً بنفس الموضوع موقع الاتحاد الأمريكي لحقوق الامتياز (للفرانشيز) رابط الالكتروني : <https://www.aafd.org/>
- (٣٢) - د. سامي بديع منصور - عقد الفرانشيز (الحماية القانونية للفرانشيزي في نظام القانون اللبناني) - جامعة بيروت العربية - بيروت (لبنان) - المجلد الأول - تموز - ١٩٩٨م .
- (٣٣) - د. صالح بن عبد الله بن عطف العوفي - المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية - مركز البحوث والدراسات الإدارية - المملكة العربية السعودية - عام ١٩٨٨م .
- (٣٤) - موقع الالكتروني بعنوان كل ما تريد معرفته عن حق الامتياز ( الفرانشيز ) - منتدى شبكة قانوني الأردن رابط : <http://www.lawjo.net> - تاريخ المشاهدة : ٢٠١٦/٨/٨ م - ٦ pm ، وانظر موقع آخر بعنوان الفرانشيز -منتدى هوامير البورصة السعودية - رابط : <http://www.hawamer.com/vb/showthread.php?t=1111324> ، تاريخ المشاهدة : ٢٠١٦/٨/٨ م - ٦ pm .
- (٣٥) - د. صالح بن بكر الطيار -العقود الدولية لنقل التكنولوجيا -الطبعة الثانية - مركز الدراسات العربي الأوروبي - ١٩٩٩م .
- (٣٦) - د. محمد محسن النجار - عقد الامتياز التجاري - دراسة في نقل المعارف الفنية - دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية - ٢٠٠١م .
- (٣٧) - وكيبديا الموسوعة الحرة - حق الفرانشيز - رابط الالكتروني : <https://ar.wikipedia.org>



- ٣٨) - عقد فرانثيز لمطاعم باب الحديد في مصر بقيمة ٥٠ ألف جنية - رابط الكتروني :  
<http://www.dotmsr.com>
- ٣٩) - اتفاقية صاحب العلامة التجارية البيك مع الممنوح له أمام أمير منطقة القصيم انظر رابط  
الالكتروني :
- ٤٠) - موقع الكتروني بعنوان أرقام - يتضمن أعلى ١٠ امتيازات بالعالم - رابط الكتروني :  
<http://www.argaam.com/ar/article/articledetail/id/٤٢٧٥٩٠> ، تاريخ المشاهدة  
١٢ / ٨ / ٢٠١٦ م ، am

**البعثات القنصلية على ضوء اتفاقية فيينا  
للعلاقات القنصلية لعام ١٩٦٣  
(انشاؤها - تشكيلها - اختصاصاتها - حصاناتها)**

دكتور

عبدالرحمن عيسى دخيل الله العنزي

## المقدمة

لقد صاحب نشاط التجارة الدولية منذ القدم، ظهور ما يعرف بالقنصل التاجر أو القنصل القاضي حيث كان تجار كل دولة من الدول التجارية الأوروبية ومواطنهم المقيمين في العواصم العربية يؤلفون جالية تنفرد<sup>٥٦</sup> عن بقية الجاليات الأخرى بعاداتها وتقاليدها وقوانينها ويختارون واحدا منهم للفصل فيما ينشأ بينهم من منازعات وفقا لقوانينهم ولرعاية مصالحهم وحمايتهم في مواجهة السلطات العامة في دولة إقامتهم، وكان هذا الشخص المختار أو المنتخب يعرف بالقنصل القاضي.

وبعد ذلك استطاعت الجاليات الأجنبية المقيمة في الدول العربية والإسلامية أن تنتزع امتيازات وإعفاءات ضريبية وحقوقا واسعة في الدول المقيمة بها، مما كان له أثر واضح في ظهور نظام الامتيازات الأجنبية في الدول العربية والإسلامية الذي أعفي من خلاله الجاليات الأجنبية من الخضوع للقوانين الوطنية في دول إقامتهم، والذي كان الأجنبي بمقتضاه يفضل عن المواطن في الكثير من الحقوق.

وفي بدايات عصر النهضة الذي أعقب الثورة الفرنسية، والذي اقترن بتقوية سيادة الدولة، بدأت الدول ترفض الامتيازات الأجنبية، وانتزعت من القناصل القضاة ولاية الفصل في المنازعات التي تدور بين الأجانب المقيمين على أراضيها وأسندت الولاية في ذلك إلى قضائها الوطني. فتغيرت بذلك صفة القنصل من شخص منتخب من أفراد جاليتهم المقيمين معه إلى شخص تعيينه الدولة الموفدة له لرعاية مصالحها التجارية ومصالح رعاياها المقيم في إقليم الدولة الموفد إليها<sup>(٢٠٢١)</sup>.

وقد تلا ذلك مرحلة جديدة تعرف بمرحلة التمثيل القنصلي، حيث لم يعد في ظلها القنصل ممثلا أو وكيلاً عن أفراد جاليتهم من التجار ومن رعايا دولته، بل أصبح موظفا عاما موفدا من قبل دولته إلى الدولة المضيفة له<sup>(٢٠٢٢)</sup>.

(٢٠٢١) راجع في المعنى نفسه أ. د/ جعفر عبد السلام- مبادئ القانون الدولي العام- دار الكتاب الجامعي القاهرة- ص ٥١١ بتصرف.

(٢٠٢٢) راجع في نفس المعنى: أ. د/ عبد العزيز سرحان- قانون العلاقات الدبلوماسية والقنصلية- دار النهضة العربية بالقاهرة ص ٤٦ وما بعدها بتصرف.

ثم في مرحلة لاحقة تأكدت الصفة التمثيلية للقناصل في المجالين التجاري والاقتصادي وذلك خلال القرن التاسع عشر الذي يمكن اعتباره قرن انتشار القنصليات والذي اهتمت فيه جميع الدول بالوظيفة القنصلية وتحديد اختصاصات القناصل ووظائفهم وواجباتهم وحصاناتهم وامتيازاتهم ومراكزهم في إقليم الدول المضيفة، والذي عقدت خلاله الكثير من المعاهدات الثنائية والجماعية لتنظيم العلاقات القنصلية المتبادلة.

واعتباراً من منتصف القرن التاسع عشر تقريباً تم إلغاء نظام الامتيازات الأجنبية الذي ظل جاثماً على صدر الدول العربية والإسلامية لقرون عديدة.

وفي مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية شهد التمثيل القنصلي تطورين هامين هما:

**أولاً:** إحقاق الكثير من الدول ببعثاتها الدبلوماسية ملحقاً تجارياً يعمل تحت مظلة البعثة الدبلوماسية ويتولى وظائف ومسئوليات القنصل، وبهذا تحول دور القنصل الأساسي إلى حماية مصالح الدولة الموفدة له ومصالح رعاياها في الدول المضيفة في الحدود التي يسمح بها القانون الدولي، والتي لا تتعارض مع القوانين الوطنية في الدولة المضيفة، علاوة على تنمية العلاقات التجارية والاقتصادية والثقافية والسليمة بين الدولة الموفدة له والدولة المضيفة وتعزيز العلاقات الودية بينهما بكل وسيلة مشروعة.

**ثانياً:** تنظيم المسائل المتصلة بالعلاقات القنصلية وعلى وجه الخصوص الامتيازات والحصانات القنصلية، بما يسهم في إنماء العلاقات الودية بين الدول وبما يضمن الأداء الفعال لوظائف البعثات القنصلية بالنيابة عن دولها.

وسوف نعني في هذا البحث ومن خلال بحث تمهيدي وأربعة مباحث رئيسة ببيان المقاصد البحثية التالية:

- ١- معايير التفرقة بين التمثيل القنصلي والتمثيل الدبلوماسي.
- ٢- التنظيم الفني والإداري للبعثات القنصلية.
- ٣- وظائف البعثة القنصلية ومهامها الرئيسية.
- ٤- حصانات وامتيازات البعثة القنصلية.
- ٥- انتهاء مهمة البعثة القنصلية.

وحيث كانت عنايتنا في هذا البحث بالتمثيل القنصلي، للتأكيد على أن التمثيل الدبلوماسي بين الدول ليس هو الشكل الوحيد لإنماء العلاقات الودية بينها، إذ يوجد إلى جانبه تمثيل من نوع آخر يهدف إلى رعاية مصالح الدولة، ومصالح مواطنيها في الخارج هو التمثيل القنصلي، الذي يشكل مع سابقه سلكاً واحداً يتكامل معه في إدارة السياسة الخارجية للدولة<sup>(٢٠٢٣)</sup>، سواء اندمجت القنصلية في السفارة وأصبحت قسماً فيها يتولى إدارتها ومهامها مبعوث دبلوماسي، أو انفصلت القنصلية عن السفارة وقام على إدارتها ومهامها مبعوث دبلوماسي، أو انفصلت القنصلية عن السفارة وقام على إدارتها فنصل معين من دولته مكلف بالعمل بهذه الصفة، مع خضوعه لإشراف رئيس البعثة الدبلوماسية الموجود في عاصمة الدولة المضيفة حالة وجوده، أو خضوعه لإشراف وزارة خارجيته عند عدم وجود تمثيل دبلوماسي لدولته لدى الدولة المضيفة.

**إشكالية البحث:** ألحقت الكثير من الدول ببعثاتها الدبلوماسية بعثة قنصلية وفي بعض الحالات يكون هناك تمثيلاً قنصلياً جون أن يسبقها تمثيلاً دبلوماسياً.

واختلط على الكثير من المهتمين المهمة والطبيعة القانونية لكل من الوظيفة القنصلية والوظيفة الدبلوماسية، ومعايير الاختلاف لكل من التمثيلين الدبلوماسي والقنصلي وما تتمتع به كل من الوظيفتين من حصانات وامتيازات على ضوء اتفاقيتي فيينا لعام ١٩٦٣-١٩٦١، وثمة فارق جوهري في المهام الأساسية بين المبعوث الدبلوماسي والمبعوث القنصلي يدعوننا إلى بحثه وإيضاحه للمختصين، حيث التمثيل القنصلي لا يعتبر تمثيلاً بين الدول وأن القنصل هو موظف عام يمارس مجموعة من الوظائف التي تحددها له دولته وهو بذلك أحد مرافق القانون الداخلي لدولته في الخارج، وعليه فإن عمل البعثة الدبلوماسية يتصل بالعلاقات السياسية الخارجية، أما عمل البعثة القنصلية يتصل بالعلاقات التجارية والاقتصادية والثقافية وتنمية العلاقات الودية السلمية بين دولته و الدولة المستقبلية له فوجب إيضاحه بالتفصيل.

**أهمية البحث:** يكتسب بحث البعثات القنصلية التأكيد على أنه إلى جانب التمثيل الدبلوماسي نوع آخر من التمثيل يهدف إلى رعاية مصالح الدولة، ومصالح مواطنيها بالخارج وتنمية العلاقات

(٢٠٢٣) راجع في المعني نفسه: أ.د/ محمد المجذوب في تقديمه لرسالة الماجستير المقدمة من الباحثة: منيرة أبو بكر محمد- بعنوان: الصلات بين العلاقات الدبلوماسية والعلاقات القنصلية- منشورات الحلبي الحقوقية بيروت- ٢٠١٣، ص٩.

الودية بين الدولتين وهو التمثيل والقنصلي الذي يشكل مع سابقة (التمثيل الدبلوماسي) سلكاً واحداً يتكامل معه في إدارة السياسة الخارجية للدولة . سواء اندمجت القنصلية في السفارة أو انفصلت القنصلية عن السفارة وقام على إدارتها قنصل.

وإبراز المهمة الأساسية المنوطة بالبعثة القنصلية وهي حماية مصالح الدولة الموفدة التجارية والملاحية وتنمية العلاقات الاقتصادية والثقافية، وحماية رعايا الدولة الموفدة للبعثة من الأشخاص الطبيعيين والمعنويين، وذلك عن طريق أداء بعض الخدمات الإدارية لهم وحماية مصالحهم بكل وسيلة مشروعة في إطار أحكام القانون الدولي العام والاتفاقيات الدولية والثنائية والجماعية.

#### أهداف البحث: يهدف البحث إلى الوصول إلى النتائج العلمية حول:

- ١- إبراز أهمية ودور البعثات القنصلية التي تهدف إلى رعاية مصالح الدول الموفدة ومصالح رعاياها بالخارج وحماية وتنمية العلاقات الاقتصادية والثقافية بين الدولتين.
- ٢- الكشف عن الجهود الدولية المتصلة بالعلاقات القنصلية وعلى وجه الخصوص الامتيازات والحصانات القنصلية بما يسهم في إنماء العلاقات الودية بين الدول على ضوء اتفاقية فيينا لعام ١٩٦٣.
- ٣- إبراز معايير التفرقة بين التمثيل القنصلي والتمثيل الدبلوماسي.
- ٤- إبراز التنظيم الفني والإداري للبعثات القنصلية.
- ٥- إيضاح الحصانات والامتيازات للبعثة القنصلية.
- ٦- كيفية انتهاء البعثة القنصلية.

منهج البحث: نظراً لأن هذا البحث دراسة نظرية متعمقة لما أقرته فيينا للعلاقات القنصلية لعام ١٩٦٣، فإن المنهج الذي سأتبعه هو: استقراء نصوص اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لعام ١٩٦٣، وتحليل تلك النصوص القانونية والاستدلال بها على لزوم اعتبارها بين الدول المتبادلة ومعرفة حالة التمثيل القنصلي ساء اندمجت القنصلية في السفارة وأصبحت قسماً فيها يتولى إدارتها قنصل معين من دولته مع خضوعه لإشراف رئيس البعثة الدبلوماسية الموجود في عاصمة الدولة المضيفة أو خضوعه لإشراف وزارة خارجيته عند عدم وجود تمثيل دبلوماسي لدولته لدى الدولة المضيفة.

## المبحث التمهيدي

## التمثيل القنصلي

معايير التفرقة بين التمثيل القنصلي والتمثيل الدبلوماسي يمكننا في شأن التفرقة بين التمثيل القنصلي والتمثيل الدبلوماسي الخارجي بين الدول تصور ثلاثة معايير رئيسة هي:

- معيار النشأة والتطور التاريخي لنوعي العلاقات الدولية المشار إليهما.
- معيار الطبيعة القانونية لكل من الوظيفة القنصلية والوظيفة الدبلوماسية.
- معيار المهام والواجبات القنصلية والدبلوماسية.

وفي بيان هذه المعايير نقول:

**أولاً: معيار النشأة والتطور التاريخي:** يعتبر التمثيل القنصلي والدبلوماسي من الأدوات الخاصة للاتصال والتخاطب بين الدول والحكومات عند توفر الرغبة فيما بينها على توفير أسباب التعايش السلمي وإيجاد الحلول السلمية للمنازعات السياسية والاقتصادية التي قد تنشأ بينها وفتح مسالك الاتصال بينها من أجل تحقيق الأهداف المشتركة لطرفي العلاقة.

نقطة البداية في نشأة التمثيل الدبلوماسي الدائم: ترجع بداية نشأة التمثيل الدبلوماسي الدائم بين الدول إلى منتصف القرن الخامس عشر الميلادي، وتحديدًا بعد التوقيع على معاهدة وستفاليا عام ١٦٤٨م وتفكك الإمبراطورية الرومانية، ونشأة الدول القومية في القارة الأوروبية، وظهور عائلة دولية مكونة من دول مستقلة ذات سيادة لا تخضع لرئيس أعلى في شئونها الدولية، بل ترتبط ببعضها بمصالح مشتركة، واستشعار هذه الدول حاجتها إلى وجود قانون موحد يسري عليها جميعاً، وإلى وجود سفارات دائمة تعمل على تحقيق استمرارية التشاور والتفاهم فيما بينها في المسائل الدولية وتحقق الربط بينها على كافة الأصعدة السياسية والاقتصادية والقانونية والاجتماعية، وتجعلها تعيش في حالة تبعية متبادلة<sup>(٢٠٢٤)</sup>.

(٢٠٢٤) أ.د./ محمود سامي جنيبة- القانون الدولي العام- مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر بالقاهرة ١٩٣٨ ص٣٤٩، ٢٥٠ بتصرف.

ولعل أول تنظيم لتبادل المبعوثين الدبلوماسيين الدائمين عن طريق عقد اتفاقية دولية هو ما تم في مؤتمر فيينا سنة ١٨١٥ من تقسيم الفئات المبعوثين الدبلوماسيين وترتيب القواعد الصادرة فيما بينهم (٢٠٢٥).

نشأة وتطور التمثيل القنصلي: أشارت الفقرة الأولى من ديباجة اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية الصادرة عام ١٩٦٣ إلى تاريخ نشأة العلاقات القنصلية بين الدول بقولها: "إن العلاقات القنصلية قد أنشئت بين الشعوب منذ القدم" ويكشف هذا النص عن:

- ١- وجود وجوه تفرقة بين العلاقات القنصلية وبين التنظيم القنصلي الدولي حيث كانت العلاقات القنصلية بين الشعوب أسبق وجوداً من التنظيم الدولي للتمثيل القنصلي بين الدول.
- ٢- أن العلاقات القنصلية بين الشعوب قد أدت إلى نشأة نظام الامتيازات الأجنبية الذي كان من شأنه إعفاء الأجانب المقيمين في الدولة من الخضوع لولاية القضاء الوطني في دولة الإقامة في جميع المنازل المدنية والجنائية التي تحصل بينهم، حيث كانت كل جالية أجنبية من جنسية واحدة من الدول الغربية المشتغلة بالتجارة تنتخب فيما بينها شخصاً يقوم مقام القاضي للفصل فيما يحصل بينهم من منازعات وكانوا يسمونه بالقاضي القنصلي أو القنصل التاجر (٢٠٢٦). وقد كان على هذا القنصل حماية مصالح تجار بلده وتأمين مخازن بضائعهم والتوسط فيما بينهم وبين السلطات المحلية لدولة إقامتهم (٢٠٢٧).

التطور التاريخي للتمثيل القنصلي: مع بدايات عصر النهضة في أوروبا بدأت الوظيفة القنصلية تنتقل تدريجياً من مرحلة القنصل القاضي الممثل لجماعة التجار في بلد ما، والمنتخب من قبلهم إلى مرحلة القنصل الممثل لدولته والمعين من جانبها (٢٠٢٨).

ومع بدايات القرن السادس عشر أصبح للدولة في الخارج قناصل من موظفيها، الرسميين يتمتعون بحقوق وامتيازات خاصة ويجمعون بين الأعمال القنصلية التقليدية وبين التمثيل الدبلوماسي لدولهم لدى الدول المضيفة لهم فاختلطت بذلك شخصية القنصل بشخصية الدبلوماسي (٢٠٢٩).

(٢٠٢٥) أ.د./ محمد حافظ غانم- مبادئ القانون الدولي العام- مطبعة نهضة مصر ١٩٦٣، ص ١٥٧.  
 (٢٠٢٦) أ.د./ محمود سامي جنية، ص ٣١١، مرجع سابق.  
 (٢٠٢٧) أ.د./ محمد المجذوب- القانون الدولي العام- منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- ٢٠٠٧ ص ٧٦٤ بتصرف.  
 (٢٠٢٨) نفس المرجع والصفحة.  
 (٢٠٢٩) د/ سهيل فريحي- العلاقات القنصلية والدبلوماسية حصاناتها وامتيازاتها- مطبعة دار الكتب/ بيروت ١٩٨٧ ص ٨٥ بتصرف.



وبعد إبرام معاهدة وستفاليا عام ١٦٤٨ و ظهور البعثات الدبلوماسية الدائمة وتقليص  
 صلاحيات القناصل في ممارسة الوظائف الدبلوماسية، انحسر التمثيل القنصلي وقلت أهميته.  
 ومع قيام الثورة الصناعية وتقدم وسائل المواصلات وازدهار التجارة الدولية ازدهرت  
 العلاقات القنصلية من جديد وبرز دور المؤسسة القنصلية كمؤسسة رئيسة في حقل العلاقات  
 الدولية، حتى أصبحنا نجد في الوقت الحاضر تعددا في أشكال البعثات القنصلية، حيث قد تكون  
 البعثة قنصلية عامة، أو قنصلية أو نيابة قنصلية، أو وكالة قنصلية<sup>(٢٠٢٠)</sup>، وحيث يمكن للدولة الموفدة  
 بعد موافقة الدولة المضيفة أن تنشئ لقنصليتها العامة، نيابة قنصلية أو وكالة قنصلية في مكان آخر  
 من إقليم الدولة المضيفة غير المكان الذي توجد فيه القنصلية العامة، وأن تفتتح مكتبا يشكل جزءا  
 من بعثتها القنصلية القائمة في أي مكان من إقليم الدولة المضيفة يكون خارج مقر البعثة  
 القنصلية<sup>(٢٠٢١)</sup>.

**ثانياً: معيار الطبيعة القانونية لكل من الوظيفة القنصلية والوظيفة الدبلوماسية: يختلف**  
 التمثيل القنصلي عن التمثيل الدبلوماسي في الطبيعة القانونية للوظيفة التي يمارسها كل من القنصل  
 والمبعوث الدبلوماسي ومدى ما تتمتع به كل من الوظيفتين من حصانات وامتيازات دبلوماسية أو  
 قنصلية، وذلك على النحو التالي:

- ١- كل الوظيفتين القنصلية والدبلوماسية تعد مظهراً من مظاهر العلاقات  
 السلمية الودية بين الدول.
  - ٢- كل من الموظفتين تستقي احكامها من مصادر قانونية داخلية ودولية متقاربة وهي: العرف  
 الدولي، القوانين والتشريعات الداخلية للدول والاتفاقيات الثنائية والمعاهدات الدولية متعددة  
 الأطراف.
- ومع هذا التقارب بين الوظيفتين القنصلية والدبلوماسية يظل الفارق بينهما متمثلاً في:
- أ- أن الوظيفة القنصلية كان يغلب عليها في الماضي الصفة التجارية والإدارية حيث كانت  
 مهمة القنصل الرئيسية هي<sup>(٢٠٢٢)</sup>: حماية المصالح التجارية والملاحية لدولته ولمواطنيه لدى الدولة  
 الموفد إليها، ومراقبة تنفيذ المعاهدات الخاصة بذلك، وذلك فضلاً عن بعض الأعمال الإدارية التي

(٢٠٢٠) المادة (١) فقرة (أ) من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لعام ١٩٦٣.

(٢٠٢١) الفقرتان ٤، ٥ من المادة الرابعة من الاتفاقية السالفة الذكر.

(٢٠٢٢) د.أ. محمد حافظ غانم- العلاقات الدبلوماسية والقنصلية- القاهرة ١٩٦٠ ص ١٥١ وما بعدها بتصرف.

توكلها إليها الدولة الموفدة لها مثل منح وتجديد الجوازات ووثائق السفر لرعايا دولتها المقيمين في الدولة المضيفة، ومنح تأشيرات الدخول إلى دولتها لمن يرغب من الأجانب في السفر إلى دولتها، إلى غير ذلك من الأعمال الإدارية التي سيأتي بيانها لاحقاً.

ب - غير أن التركيز على الوظيفة التجارية فقط للبعثة القنصلية أمر تخطاه الزمن<sup>(٢٠٣٣)</sup>.

فقد كان هذا التركيز يعود في الماضي إلى المفهوم التقليدي للقنصل، أي عندما كان دوره الأساسي وربما الوحيد هو: حماية مصالح تجار دولته في علاقاتهم التجارية مع الدولة المضيفة لهم وللقنصل القاضي المقيم في أقاليم هذه الدولة مع رعاية وتنمية العلاقات التجارية بين دولة جنسيته والدولة المضيفة له.

أما اليوم وبعد أن أتاحت الفقرة الثانية من المادة الثالثة من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١ للبعثة الدبلوماسية الموفدة من لدن أية دولة أن تباشر الوظائف القنصلية لصالح دولتها، وبعد أن أتاحت الاتفاقية ذاتها للدولة الموفدة للبعثة الدبلوماسية بأن تنشئ ملحقة تجارية تابعة للبعثة الدبلوماسية، بما يعني قيام الملحقة التجاري التابع للبعثة الدبلوماسية بحماية وتنمية العلاقات التجارية بين دولته وبين الدولة المضيفة، وهي نفس الوظيفة الرئيسة للقنصل، فإن الطبيعة القانونية للوظيفة القنصلية تتميز بالخصائص التالية:

١ - أنها ليست ذات طابع سياسي، بمعنى: أن المبعوث القنصلي لا يمثل دولته سياسياً لدى

الدولة المضيفة.

٢ - أنها ذات طابع إداري تجاري، حيث يعتبر القنصل موظفاً في الجهاز الإداري لدولته

ووكيلاً لها في القيام بالوظائف القنصلية لدى الدولة الموفدة إليها، وهو يخضع كقاعدة عامة لرئيس البعثة الدبلوماسية التابعة لدولته لدى الدولة الموفدة إليها<sup>(٢٠٣٤)</sup>.

٣ - أنها لا تتيح للقنصل ولا لأعضاء البعثة القنصلية الدخول في علاقات إلا مع السلطات غير

السياسية في الدولة المضيفة<sup>(٢٠٣٥)</sup>.

(٢٠٣٣) رسالة الماجستير المقدمة من الباحثة: منيرة أبو بكر محمد تحت عنوان: الصلات بين العلاقات الدبلوماسية والعلاقات القنصلية - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت ٢٠١٢ ص ١١٥.  
(٢٠٣٤) أ.د/ عائشة راتب - التنظيم الدبلوماسي والقنصلي - دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٦٣ ص ٢٢ بتصرف.  
(٢٠٣٥) الأستاذان د/ محمد سعيد الدفاق - مصطفى سلامة حسين - القانون الدولي - الدار الجامعية - الإسكندرية ١٩٩٢ ص ٣٩٩ بتصرف.

٤- أنها لا تمنح للقنصل ولا لأعضاء البعثة القنصلية ذات الحصانات والامتيازات التي

تمنحها الدولة المعتمد لديها للممثلين الدبلوماسيين في البعثة الدبلوماسية<sup>(٢٠٣٦)</sup>.

٥- لا تحتاج الوظيفة القنصلية في شغلها أو ممارستها إلى خطاب اعتماد يوجهه رئيس الدولة الموفدة للقنصل إلى رئيس الدولة الموفد إليها بقبوله ممثلًا لدولته، كما لا يحتاج تعيين القنصل قبول الدولة الموفد إليها وموافقتها المسبقة على تعيينه رئيسًا للبعثة القنصلية لديها، حيث يكفي في تعيين القنصل وشغله لوظيفته لدى الدولة الموفد إليها أن يحمل من قبل وزير خارجيته كتاب تفويض يمنح على أساسه أجازة قنصلية مؤقتة ريثما تتم موافقة الدولة الموفد إليها ويحصل على إجازة قنصلية نهائية<sup>(٢٠٣٧)</sup>.

٦- إن نيابة القنصل عن دولته أمام الدولة الموفد إليها نيابة محصورة ومحددة باختصاصات وشؤون معينة يغلب عليها الطابع الاقتصادي والإداري، حيث لا شأن له بالعلاقات السياسية القائمة بين دولته وبين الدولة المضيفة له ولا بالتعبير عنه إرادة دولته أو بالتفاوض مع رئيس أو حكومة الدولة المضيفة حول أي نزاع سياسي أو شأن عام، فضلًا عن أن وكالته عن دولته في قيامه بالوظائف القنصلية محصورة في نطاق المنطقة القنصلية أي الجزء المخصص له من إقليم الدولة المضيفة الذي لا يجوز لنشاطه الرسمي أن يتعداه من دون تصريح خاص من حكومة الدولة المضيفة، وذلك بحسب ما إذا كان قنصلًا عامًا، أو قنصلًا أو نائب قنصل أو وكيل قنصل<sup>(٢٠٣٨)</sup>.

٧- لا يجوز للقنصل وهو بصدد ممارسته لوظيفته القنصلية الاتصال إلا بالسلطات المحلية في المنطقة القنصلية المحددة له، فإذا دعت الضرورة لاتصاله بالسلطات المركزية للدولة المضيفة كوزارة الخارجية أو أية وزارة أخرى، فيجب أن يتم هذا الاتصال من خلال رئيس البعثة الدبلوماسية لدولته الموفدة له، أو إذا سمحت بذلك قوانين الدولة المضيفة وأنظمتها، والتعامل الجاري فيها، أو الاتفاقيات الدولية، وفي حدود ما تسمح به<sup>(٢٠٣٩)</sup>.

**ثالثًا: معيار المهام والواجبات القنصلية والدبلوماسية:** إن المعيار الثالث من معايير التفرقة

بين التمثيل القنصلي والتمثيل الدبلوماسي الخارجي بين الدول، يتحدد في معيار المهام والواجبات المنوطة بكل من المبعوث القنصلي والمبعوث الدبلوماسي، ويتلخص هذا المعيار في:

<sup>(٢٠٣٦)</sup> د/ علي حسين الشامي- الدبلوماسية- دار العلم للملايين- بيروت ١٩٩٠ ص ٢٩٩ بتصرف.

<sup>(٢٠٣٧)</sup> نفس المرجع والصفحة.

<sup>(٢٠٣٨)</sup> د/ علي صادق أبو هيف- القانون الدبلوماسي والقنصلي- منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٦٢ ص ٣٣١ بتصرف.

<sup>(٢٠٣٩)</sup> المادة ٢٨ من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لعام ١٩٦٣.

أن المهمة الأساسية والواجب الرئيس المنوط بالبعثة الدبلوماسية هي تمثيل الدولة الموفدة للبعثة لدى الدولة الموفدة إليها، بمعنى: أن تكون البعثة قناة الاتصال الدبلوماسي بين الدولتين، والصوت المعبر عن إرادة الدولة الموفدة، وعن رأيها ومواقفها في مواجهة الدولة الموفدة إليها، والشخص المعبر عن رغبات دولته المبلغ طلباتها والذي يعمل على إيجاد التفاهم بين دولته وبين الدولة الموفد إليها في مختلف الشئون والقضايا، والذي يعمل على تنمية العلاقات السياسية وتبادل الآراء وتقريب وجهات النظر وإزالة سوء التفاهم بين دولته وبين الدولة المعتمد لديها<sup>(٢٠٤٠)</sup>.

وذلك فضلا عن كون البعثة الدبلوماسية هي الممثل المعتمد لدولتها فيما تقيمه الدولة المعتمد لديها من احتفالات ومناسبات، وفيما يعترضها من نوازل وأحداث، حيث يقوم رئيس البعثة سواء كان سفيراً أو وزيراً مفوضاً أو قائماً بالأعمال بالنيابة بتمثيل دولته في حضور الأعياد الوطنية والمناسبات والاحتفالات والاجتماعات التي يتم توجيه الدعوة فيها إلى دولته للحضور، كما يقوم بأداء واجب العزاء نيابة عن دولته حالة وفاة بعض الشخصيات البارزة<sup>(٢٠٤١)</sup>.

أما المهمة الأساسية والواجب الرئيس المنوط بالبعثة القنصلية فإنها لا صلة لها السببة بالتمثيل الدبلوماسي أو بتنمية العلاقات السياسية بين دولتها وبين الدولة الموفدة إليها وإنما هي باختصار مهمة هادفة إلى تحقيق أمرين رئيسيين هما:

أ- حماية مصالح الدولة الموفدة التجارية والملاحية في الحدود التي تسمح بها قواعد القانون الدولي<sup>(٢٠٤٢)</sup> وطبيعة العلاقات القائمة بين دولتها وبين الدولة المضيفة لها، والعمل على تنمية العلاقات التجارية والاقتصادية والثقافية والعلمية بين دولتها وبين الدولة المضيفة لها، وتعزيز العلاقات الودية بينهما بكل وسيلة في إطار أحكام القانون الدولي والاتفاقيات الدولية الجماعية والثنائية.

ب- حماية مصالح رعايا الدولة الموفدة للبعثة من الأشخاص الطبيعيين والمعنويين المرتبطين بالدولة المضيفة للبعثة القنصلية برابطتي التبعية الاجتماعية (الإقامة) أو التبعية الاقتصادية (النشاط والدخل) وذلك عن طريق أداء بعض الخدمات الإدارية لهم وحماية مصالحهم بكل وسيلة مشروعة

<sup>(٢٠٤٠)</sup> راجع في ذات المعنى: أ.د/ حامد سلطان- القانون الدولي العام في وقت السلم دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٧٦ ص ١٢٩.

<sup>(٢٠٤١)</sup> راجع في ذات المعنى: د/ منتصر سعيد حمودة- القانون الدبلوماسي- دار الفكر الجامعي بالإسكندرية- ٢٠١١ ص ١٤٨.

<sup>(٢٠٤٢)</sup> أ.د/ أحمد أبو الوفا- قانون العلاقات الدبلوماسية والقنصلية- دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٥ ص ٤٧٣.

في إطار أحكام القانون الدولي والاتفاقيات الدولية، مع مراعاة قواعد التعامل والإجراءات المتبعة في الدولة المضيفة، ومع مراعاة تجنب تدخل البعثة القنصلية في كل شأن من شئون مواطني دولتها المرتبطين بالدولة المضيفة في نوعي التبعية المتقدمين<sup>(٢٠٤٣)</sup>، وذلك في معاملاتهم العادية سواء مع سلطات الدولة المضيفة أو مع مواطنيها، وقصر هذه الحماية على إزالة الضرر الجسيم أو الاعتداء البدني الواقع على أحد مواطني البعثة وذلك بعد استنفاذ المواطن المضرور لكافة الطرق العادية لدفع الضرر أو العدوان الواقع عليه.

وهذا الفارق الجوهرى في المهام الأساسية بين المبعوث الدبلوماسى والمبعوث القنصلى يدعونا إلى استخلاص: أن القنصل موظف تابع للجهاز الإدارى فى الدولة الموفدة له يعهد إليه بمهمة تنمية العلاقات الاقتصادية والتجارية بين دولته - الدولة الموفدة له - ودولة أقامته - الدولة الموفد إليها- مع رعاية مصالح مواطنى دولته المرتبطين بالدولة المضيفة له برابطة اجتماعية أو اقتصادية حيث من الثابت فى فقه القانون الدولى العام، أن النظام القنصلى لا يعتبر تمثيلاً بين الدول، وأن القنصل تبعاً لذلك لا يعتبر ممثلاً لدولته فى الخارج، وإنما هو موظف عام يمارس مجموعة من الوظائف التى تحددها له دولته فى الخارج، أو بعبارة أخرى: يدير القنصل أحد مرافق القانون الداخلى لدولته فى الخارج<sup>(٢٠٤٤)</sup>.

ولا ترتبط المهام التى يمارسها بسيادة الدولة، أو سياساتها فى علاقاتها الدولية وإنما تتصل أساساً بالنواحى التجارية والملاحية والإدارية، ولهذا السبب لا يتمتع القنصل بنفس القدر من الحصانات والامتيازات التى يتمتع بها الممثل الدبلوماسى<sup>(٢٠٤٥)</sup>.

علاقة التنظيم القنصلى بالتمثيل الدبلوماسى: قدمنا أن التنظيم القنصلى لا يعتبر تمثيلاً دبلوماسياً بالمعنى الفنى الصحيح للتمثيل الدبلوماسى غير أن هناك مجموعة من الروابط تجمع بينهما، وتسوغ لى بعض العلماء<sup>(٢٠٤٦)</sup>. إطلاق لفظ البعثة القنصلية على أية قنصلية عامة أو قنصلية، وإطلاق لفظ المبعوث على الموظفين القنصليين، وهو التوجه الذى تبنته اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لعام ١٩٦٣ ومن أبرز هذه الروابط:

(٢٠٤٣) راجع فى ذات المعنى: أ.د/ صلاح الدين عامر- مقدمة لدراسة القانون الدولى العام- دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢ ص٧٠٢.

(٢٠٤٤) أ.د/ جعفر عبد السلام، مبادئ القانون الدولى العام- دار الكتاب الجامعى بالقاهرة، ٢٠٠٢ ص٥١٤.

(٢٠٤٥) أ.د/ عائشة راتب- التنظيم الدبلوماسى والقنصلى- ص١٦٢ مرجع سابق بتصرف.

(٢٠٤٦) أ. د/ محمد حافظ غانم- مبادئ القانون الدولى العام ص١٩١ وما بعدها مرجع سابق بتصرف.

- ١- أن كلا التمثيلين (التمثيل الدبلوماسي- والتمثيل القنصلي) يتصل بالعلاقات الخارجية للدولة الموفدة لكلتا البعثتين (الدبلوماسية والقنصلية) وأن الفارق الرئيسي بينهما يتمثل في أن نطاق عمل البعثة الدبلوماسية يتصل بالعلاقات السياسية الخارجية بينما يتصل نطاق عمل البعثة القنصلية بالعلاقات التجارية والاقتصادية الخارجية للدولة الموفدة لها.
- ٢- أن كلا التمثيلين يهدف إلى حماية المصالح الخارجية للدولة الموفدة للبعثتين غير أن نطاق الحماية الذي تحققه البعثة الدبلوماسية أوسع وأشمل، بما يستوجب تبعية البعثة القنصلية للبعثة الدبلوماسية.
- ٣- أن كلا التمثيلين يتبع من الناحية الإدارية والفنية وزارة الخارجية في الدولة الموفدة للبعثتين.
- ٤- أن العمل قد جري في الكثير من الدول ومنها المملكة العربية السعودية بأن تعهد إلى بعثاتها الدبلوماسية بممارسة الوظائف القنصلية إلى جانب ممارسة وظائفها الدبلوماسية وأن تخضع العمل القنصلي لإشراف رئيس البعثة الدبلوماسية ولكن بشرط أن تكون هذه الممارسة طبقاً لأحكام اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية<sup>(٢٠٤٧)</sup>.

### المبحث الأول

#### التنظيم الفني للبعثات القنصلية

لما كان التنظيم الفني لأي موضوع بحثي يعني تنويع الكلام في مسائلته الجوهرية بأساليب مهارية يحكمها التطبيق العملي للنظريات العلمية للموضوع. لذا: فإننا سوف نتناول في هذا المبحث ومن خلال ثلاثة مطالب المقاصد البحثية التالية:

- إنشاء العلاقات القنصلية.
- تشكيل وحجم البعثة القنصلية.
- أنواع وطبقات القناصل.

#### المطلب الأول: إنشاء العلاقات القنصلية:

لقد أدي التزايد المضطرد في حركة التجارة الدولية في السلع والخدمات إلى ضرورة تبادل التمثيل القنصلي الدائم بين الدول، ذلك أن الثابت أن العائلة الدولية، لما بين أعضائها من روابط

(٢٠٤٧) أ. د/ إبراهيم أحمد خليفة، الوسيط في القانون الدولي العام- دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، ٢٠١٥ ص ٤٥٣.

متينة ومن تبعية متبادلة، لا يمكنها أن تعيش أو أن تنمو إلا إذا كان أفرادها على اتصال دائم فيما بينهم تجارياً واقتصادياً واجتماعياً، وهذا لا يتم على الوجه الأكمل إلا من خلال تبادل التمثيل القنصلي الدائم.

ولما كان تبادل التمثيل القنصلي مظهراً من مظاهر السيادة، شأنه في ذلك شأن تبادل التمثيل الدبلوماسي، لذلك فقد نصت المادة الثانية من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لعام ١٩٦٣ في شأن إنشاء العلاقات القنصلية على:

- ١- إن إنشاء العلاقات القنصلية بين الدول يتم بالرضا المتبادل.
- ٢- إن الموافقة المعطاة على إنشاء علاقات دبلوماسية بين دولتين تتضمن ما لم ينص على خلاف ذلك، الموافقة على إنشاء علاقات قنصلية.
- ٣- إن قطع العلاقات الدبلوماسية لا يستلزم حكماً قطع العلاقات القنصلية والمعنى المراد من النص السابق هو: إن إقامة العلاقات القنصلية بين دولتين تتوقف على إرادتهما المشتركة وموافقتهما المتبادلة<sup>(٢٠٤٨)</sup>، ذلك لأن التمثيل القنصلي المعاصر يقوم على مبدأ الإرادة المشتركة بين طرفيه على إرسال بعثات قنصلية أو استقبال هذه البعثات، ويترتب على ذلك:
  - أ- أن مباشرة التمثيل القنصلي ليس حقاً للدولة الموفدة، وليس التزاماً يقع على عاتق الدولة المضيفة، وإنما هو مجرد رخصة للطرفين لهما استعمالها ولهما تركها، ولاشك أن التراضي بين الدولتين على إقامة علاقات قنصلية يفترض بداهة وجود علاقات تجارية واقتصادية وملاحية قوية بينهما حتى تستطيع كل بعثة رعاية مصالح دولتها ومواطنيها لدى الدولة الأخرى، فإن المصالح الاقتصادية بين الدول تجعل من الضروري دخولها في علاقات قنصلية<sup>(٢٠٤٩)</sup>.
  - ب- أنه لا ارتباط بين العلاقات الدبلوماسية والعلاقات القنصلية، حيث يجوز إنشاء علاقات قنصلية بين دولتين لا يوجد بينهما تمثيل دبلوماسي، وحيث لا يترتب على قطع العلاقات الدبلوماسية بين دولتين قطع العلاقات القنصلية بينهما وحيث يجوز أن لا يتضمن الاتفاق بين دولتين على إنشاء العلاقات الدبلوماسية، إقامة علاقات أخرى قنصلية، وحيث يجوز إنشاء العلاقات القنصلية ويترك موضوع إنشاء البعثات إلى وقت لاحق<sup>(٢٠٥٠)</sup>.

(٢٠٤٨) أ.د/ صلاح الدين عامر- مقدمة لدراسة القانون الدولي العام- ص٦٩٨ مرجع سابق.

(٢٠٤٩) أ. د/ محمد حافظ غانم- مبادئ القانون الدولي العام- ص١٩٣ مرجع سابق.

(٢٠٥٠) د/ عاصم جابر، الوظيفة القنصلية والدبلوماسية- منشورات عويدات بيروت ١٩٨٦، ص٣٥١.

متطلبات إنشاء البعثة القنصلية: حددت المادة الرابعة من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية عدة متطلبات تلتزم بها الدولة المنشئة للبعثة القنصلية قبل إيفادها إلى إقليم الدولة المضيفة لها وهي:

أ- الاتفاق المسبق بين الدولة الموفدة للبعثة والدولة المضيفة لها على إنشاء البعثة وعلى درجتها وما إذا كانت قنصلية عامة أو قنصلية أو نيابة قنصلية أو وكالة قنصلية وكذا الاتفاق على تعيين دائرة اختصاصها أي المساحة من إقليم الدولة المضيفة، المحددة للبعثة لممارسة أعمالها القنصلية بداخلها، بحيث لا يجوز مع هذا الاتفاق للدولة الموفدة للبعثة إجراء أي تعديل لاحق على درجة البعثة القنصلية أو على دائرة اختصاصها إلا بموافقة الدولة المضيفة للبعثة الصريحة والمسبقة<sup>(٢٠٥)</sup>.

وفي شأن هذه المتطلبات نصت المادة الرابعة المشار إليها على أنه: "لا يمكن إنشاء بعثة قنصلية في أراضي الدولة المضيفة إلا بموافقة تلك الدولة".

ب- إن الدولة الموفدة هي التي تحدد مقر البعثة القنصلية ودرجتها ومنطقتها القنصلية ويخضع ذلك لموافقة الدولة المضيفة.

ج- ليس بإمكان الدولة الموفدة، إلا بموافقة الدولة المضيفة، إجراء تعديلات لاحقة في مقر البعثة القنصلية ودرجتها ومنطقتها القنصلية.

د- إن موافقة الدولة المضيفة واجبة أيضا إذ شاءت قنصلية عامة أو قنصلية أن تنشئ لها نيابة قنصلية أو وكالة قنصلية في مكان غير المكان الذي أنشئت فيه.

هـ- ويتوجب أيضا أخذ موافقة الدولة المضيفة المسبقة على فتح مكتب يشكل جزءا من بعثة قنصلية قائمة في أي مكان خارج مقرها. ويكشف هذا النص عن:-

١- أن العلاقات القنصلية بين الدول تبدأ بناء على الاتفاق المتبادل بينها.

٢- أن الرفض المتواصل لإقامة علاقات قنصلية مع دولة معينة يعتبر عملا مخالفا لقواعد القانون

الدولي.

٣- أن العلاقات القنصلية في حقيقتها هي علاقات قانونية تقوم على أساس سماح كل من

الدولتين المتعاهدتين للبعثة القنصلية للدولة الأخرى، بممارسة الوظائف القنصلية في أراضيها وفقا لما جرى عليه الاتفاق بينهما، والتزاما بأحكام القانون الدولي.

(٢٠٥) أ.د. صلاح الدين عامر، ص ٦٩٩ مرجع سابق.



### المطلب الثاني: تشكيل وحجم البعثة القنصلية:

يمكننا تعريف البعثة القنصلية بأنها: شخص معنوي دولي يدير العلاقات التجارية والاقتصادية ويرعى مصالح الدولة الموفدة له الدولة الموفد إليها، ويتكون من عناصر بشرية وعناصر مادية على النحو التالي:

#### أولاً: العناصر البشرية في تشكيل البعثة القنصلية:

١- رئيس البعثة: وهو الشخص الذي تختاره الدولة الموفدة للعمل بهذه الصفة، ويجاز له في ممارسة عمله من جانب الدولة الموفد إليها بنفس الصفة ويشترط فيه:

- أ- أن يحمل من حيث المبدأ جنسية الدولة الموفدة<sup>(٢٠٥٢)</sup>.
- ب- أن يزود من قبل الدولة الموفدة بوثيقة في شكل كتاب تفويض تثبت اسمه وشهرته وفنته ودرجته الوظيفية والمنطقة القنصلية ومقر البعثة القنصلية<sup>(٢٠٥٣)</sup>.
- ت- أن يحصل من السلطات المختصة في الدولة الموفد إليها على إجازة قنصلية بمثابة ترخيص بالسماح له بممارسة وظائفه القنصلية في أراضيها ولو بصفة مؤقتة ريثما تصدر الإجازة القنصلية الدائمة<sup>(٢٠٥٤)</sup>. حيث لا يجوز له ممارسة وظائفه قبل تسلمه هذه الإجازة<sup>(٢٠٥٥)</sup>.
- ث- أن يسبق صدور الإجازة القنصلية أو البراءة القنصلية قيام رئيس البعثة الدبلوماسية للدولة الموفدة المعتمد لدي الدولة الموفد إليها، بتقديم صورة من أوراق تعيين رئيس البعثة القنصلية إلى وزارة خارجية الدولة الموفد إليها مع طلب منح رئيس البعثة القنصلية الإجازة أو البراءة القنصلية.

وكقاعدة عامة يجوز للدولة الموفد إليها أن ترفض منح البراءة (الإجازة) القنصلية لأسباب سياسية أو شخصية تتعلق برئيس البعثة.

وتشمل البراءة القنصلية عادة الاعتراف لكل أعضاء البعثة بحقهم في ممارسة وظائفهم دون حاجة إلى إجازات خاصة<sup>(٢٠٥٦)</sup>.

<sup>(٢٠٥٢)</sup> المادة ١/٢٢ من الاتفاقية.

<sup>(٢٠٥٣)</sup> المادة ١/١١ من الاتفاقية.

<sup>(٢٠٥٤)</sup> أ.د/ علي صادق أبو هيف- القانون الدبلوماسي والقنصلي ص ٣٣٧ مرجع سابق بتصرف.

<sup>(٢٠٥٥)</sup> المادة ٣/١٢ من الاتفاقية.

<sup>(٢٠٥٦)</sup> أ.د/ صلاح الدين عامر- ص ٧٠١ مرجع سابق.

وللدولة الموفد إليها أن تسحب البراءة القنصلية<sup>(٢٠٥٧)</sup>، إذا ما أتى القنصل بعض التصرفات الماسة بأمنها، أو عمد إلى مخالفة القوانين الداخلية فيها، وقد تفعل الدولة ذلك لأسباب سياسية، ويترتب على سحب البراءة القنصلية، إنهاء الصفة الرسمية للقنصل، وعدم الاعتراف به مستقبلاً، ولا يؤثر ذلك في العلاقات الدبلوماسية القائمة بين الدولة الموفدة للقنصل وبين الدولة الموفد إليها. وعلى السلطات المختصة في الدولة المضيفة للقنصل فوراً الترخيص له بممارسة وظائفه ولو بصفة مؤقتة إبلاغ السلطات المحلية المختصة في المنطقة القنصلية المحددة للبعثة لممارسة أعمالها بداخلها، بتاريخ السماح لرئيس وأعضاء البعثة بمباشرة وظائفهم، وذلك لتمكينهم من أداء واجباتهم، والتمتع بالحصانات والامتيازات المقررة لهم وفقاً لاتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لعام ١٩٦٣<sup>(٢٠٥٨)</sup>.

شغور مركز رئيس البعثة القنصلية: عند شغور مركز رئيس البعثة القنصلية لأي سبب من الأسباب، فإنه يمكن اختيار رئيس بعثة بالنيابة من بين الموظفين القنصليين العاملين في نفس البعثة أو من بين الموظفين الدبلوماسيين العاملين في البعثة الدبلوماسية للدولة الموفدة لدي الدولة الموفد إليها، أو من بين القناصل الفخريين.

وقد نظمت المادة (١٥) من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لعام ١٩٦٣ مسألة القيام المؤقت بوظائف رئيس البعثة القنصلية في حالي عدم قدرته على ممارسة وظائفه أو شغور مركزه، وقد اشترطت في حالة ما إذا تم اختيار رئيساً بالنيابة كرئيس للبعثة أن يتم تبليغ اسمه بالكامل إلى وزارة خارجية الدولة المضيفة أو إلى السلطة التي تعينها هذه الوزارة بواسطة البعثة الدبلوماسية للدولة الموفدة أو بواسطة أية سلطة مختصة فيها، وذلك مع منح الدولة المضيفة الحق في قبول أو عدم قبول الشخص المرشح كرئيس للبعثة بالنيابة<sup>(٢٠٥٩)</sup>.

الموظفون والمستخدمون القنصليون: إلى جانب رئيس البعثة القنصلية يوجد في تشكيكها عدد من الموظفين القنصليين والمستخدمين القنصليين، حيث تكلف طائفة الموظفين بالقيام بالوظائف القنصلية، أما الطائفة الثانية فتكلف بالقيام بالأعمال الإدارية والفنية في البعثة القنصلية، وحيث يشغل الموظف القنصلي إحدى الدرجات القنصلية ويقوم بمعاونة رئيس البعثة في عمله، وتختلف

(٢٠٥٧) أ.د/ محمد حافظ غانم- القانون الدولي العام- ص١٩٦ مرجع سابق.  
 (٢٠٥٨) راجع: د/ هاني الرضا- العلاقات الدبلوماسية والقنصلية- دار المنهل اللبناني- بيروت ٢٠١٠ ص١٧٦ بتصرف.  
 (٢٠٥٩) المادة ١٥ من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لعام ١٩٦٣.

درجات الموظفين القنصلين في الدول المختلفة فهناك درجات متفاوتة من القناصل، ومساعد القناصل ونواب القناصل والملحقين بالقنصليات<sup>(٢٠٦٠)</sup>.

وقد تبنت لائحة الوظائف الدبلوماسية والجداول الملحقة بها الصادرة بموجب قرار مجلس الخدمة المدنية -الخاصة بأعضاء السلكين الدبلوماسي والقنصلي في المملكة العربية السعودية- رقم ١١٨٢/١ وتاريخ ١٤٢٧/٦/١٩ والمبلغ بخطاب ديوان رئاسة مجلس الوزراء رقم ١٤٢٩/٩/٢٤ وتم العمل بها من بداية العام المالي ١٤٣٠/١/٤٣١ في مادتها الثامنة ترتيب وظائف السلك الدبلوماسي السعودي على النحو التالي<sup>(٢٠٦١)</sup>:

- ١- سفير.
- ٢- وزير مفوض
- ٣- مستشار.
- ٤- سكرتير أول.
- ٥- سكرتير ثاني
- ٦- سكرتير ثالث.
- ٧- ملحق

فإن القنصل العام هو أعلى درجات الوظائف القنصلية، وهو الذي يشرف على جميع موظفي البعثة القنصلية بجميع درجاتهم ومراتبهم، يليه في الترتيب: القنصل وهو الذي يتولى مباشرة المهام القنصلية في منطقة محددة من إقليم الدولة المضيفة تسمى المنطقة القنصلية، ويليه في ترتيب البعثة القنصلية: نائب القنصل وهو الذي يتولى مساعدة القنصل في القيام بوظائفه حال وجوده، وينوب عنه في مباشرة الوظائف القنصلية حال غيابه، يليه في ترتيب البعثة: وكيل القنصل وهو الذي يتولى إدارة وكالة القنصلية التي يتم إنشاؤها في منطقة أخرى من إقليم الدولة المضيفة باتفاق خاص بينها وبين الدولة الموفدة للبعثة القنصلية حيث يحدد هذا الاتفاق الوضع القانوني لوكيل القنصل<sup>(٢٠٦٢)</sup>.

وإلى جانب رئيس البعثة ومجموعة الموظفين المعاونين له ومجموعة المستخدمين المتخصصين في الأعمال الإدارية والفنية والكتابية والترجمة وأمانة المحفوظات والعهد

<sup>(٢٠٦٠)</sup> أ.د/ محمد حافظ غانم- مبادئ القانون الدولي العام ص١٩٧ مرجع سابق.  
<sup>(٢٠٦١)</sup> اللائحة أعلاه حلت محل نظام أعضاء السلكين الدبلوماسي والقنصلي في المملكة العربية السعودية الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم ٥٣ وتاريخ ١٣٧٤/٣/٢٤ والمصادق عليه بالأمر الملكي رقم ٥٢٤/٢/٤١٥ وتاريخ ١٣٧٤/٤/٢ في مادته رقم ١١ تسمية وظائف السلك الدبلوماسي والقنصلي السعودي على النحو التالي: ١- سفير فوق العادة مفوض. ٢- مندوب فوق العادة وزير مفوض من الدرجة الأولى. ٣- مندوب فوق العادة ووزير مفوض من الدرجة الثانية. ٤- مستشار أول. ٥- مستشار ثاني. ٦- سكرتير أول - قنصل عام درجة أولى. ٧- سكرتير ثاني قنصل عام درجة ثانية. ٨- سكرتير ثالث - قنصل. ٩- ملحق أول - نائب قنصل درجة أولى. ١٠- ملحق ثاني نائب قنصل درجة ثانية.

<sup>(٢٠٦٢)</sup> راجع: د/ أبو الخير أحمد عطية عمر- القانون الدولي العام- أكاديمية شرطة دبي- ٢٠١١- ص٥٠٥.