

نتيجة معينة ، كما انه بالعودة إلى تعريف الوسيط الالكتروني في اغلب التشريعات التي تطرقت له ، نجد أن هذا البرنامج الحاسوبي يعمل بصفة مستقلة على وفق ما تم برمجته من قبل مالك برنامج الوسيط الالكتروني للقيام بتصرفات محددة<sup>(١)</sup> ، وبالتالي فإنه ليس لبرنامج الوسيط الالكتروني أن يخرج عن ما تم برمجته فيه حتى لو لم يكن هناك تدخل بشري فيه، كما أن لهذه البرامج دور في القيام بإرسال الرسائل واستلامها ومعالجتها بشكل آلي ، وكما نستبعد عن تسمية برنامج الوسيط بالوكيل الالكتروني كما ورد تسميته في بعض التشريعات.

---

(٣) محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت ، دار الثقافة ، ط٢ ، ٢٠١١ ص ٧٨.

## المطلب الثاني : إنشاء الوسيط الإلكتروني

سبق وان ذكرنا بأن الوسيط الإلكتروني هو عبارة عن برنامج حاسوبي أعد للعمل بطريقة معينة أعدت سلفاً إذ لا بد لكي يتم إعداده من خلال ثلاثة أمور وهي:

١- تهيئة البرنامج الحاسوبي الخاص بالوسيط الإلكتروني، وبرنامج الحاسوب هو مجموعة من الإرشادات والتعليمات التي تستخدم بطريقة مباشرة وغير مباشرة في نظام معالجة المعلومات لكي تحدث نتيجة معينة.

٢- قيام شخص قانوني، سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً ممثلاً بشخص طبيعي بنفسه أو بواسطة من ينوب عنه، بتتصيب وإعداد برنامج الحاسوب للعمل بطريقة يحددها، وهو ما يبين صدور قرار إرادى مسبق بإنشاء برنامج إلكترونى، بتجهيز وإعداد وسيط إلكترونى للقيام بالعمليات الإلكترونية.

٣- أن يتم تشغيل الحاسب وإعداده للرد بطريقة إلكترونية مستقلة حسب البرمجة التي تتم عليها ، وباستكمال هذه الخطوات الثلاثة، فإنه يصبح الوسيط الإلكتروني جاهز لأداء المهمة التي أعد لها وهي تنفيذ أو الاستجابة لتنفيذ إجراء إلكترونى عن طريق إرسال أو استلام أو تنفيذ رسالة بيانات إلكترونية بشكل كلي أو جزئي بدون تدخل آدمي<sup>(١)</sup> ، إلا أنه مع ذلك تبقى وسائل التعاقد الإلكتروني متفاوتة ومختلفة بحسب درجة استخدام الوسيط الإلكتروني فى التعاقد، وما إذا كان هذا التعاقد يجرى بكامله عن طريق الوسيط الإلكتروني أو يوجد فى جزء منه عنصر آدمي. وفى جميع الأحوال فإن التعاقد عبر الوسيط الإلكتروني لا يخرج عن إطار فرضيات ثلاثة هي<sup>(٢)</sup>:

أ- التعاقد بين إنسان ووسيط إلكترونى: وهو يعنى أن التعاقد الإلكتروني سيتم بين الوسيط الإلكتروني من جهة وبين شخص طبيعى أحاله عن نفسه أو نيابة عن الشخص المعنوى أو الغير من جهة أخرى. وفى هذا الافتراض فإن الإنسان يتخذ جميع الخطوات الضرورية للتعاقد الإلكتروني كطرف أول، وتصدر القرارات إلكترونياً تتخذ بواسطة الوسيط المبرمج مسبقاً في الطرف الثاني ، ويستلزم هذا الشكل من التعاقد أن يكون

(١) صدام المحمدي، الوسيط الإلكتروني، المرجع السابق، وللمزيد ينظر د. آلاء النعيمي، الوكيل الإلكتروني،

المرجع السابق، ص ٤٢٧ وما بعدها.

(٢) Michael (A) Business & Legal guide to online-international-law-Glassar legal

works, ٢٠٠٠, p. ١٦٥. المرجع السابق.

الشخص الطبيعي على علم بها أو كان ينبغي عليه أن يعلم أن الوسيط الإلكتروني هو الذى سيتولى إبرام العقد من الجهة الأخرى<sup>(١)</sup>.

ب- التعاقد بين وسطين إلكترونيين باتفاق مسبق (A prior agree)، وفي هذه الحالة يبرم العقد الإلكتروني وينفذ مباشرة بالكامل بواسطة برنامج الوسيط الإلكتروني وبدون تدخل شخصي من عنصر بشري، ولكن الصفة هنا تتم في ظل افتراض علاقة سابقة مستمرة<sup>(٢)</sup> أو تحت مظلة تنظيم اتفاقي للعلاقة التجارية بينت الأطراف ومالكة أو مستغلة الوسيط الإلكتروني كان يربط بينهما اتفاق إطار مثل: (Le contract cadre)<sup>(٣)</sup>.

(١) وهذا ما أقرته المادة (١٤) من قانون إمارة دبي بقولها: ١- لا يجوز أن يمتلك التعاقد بين وسائط إلكترونية مؤقتة منضمنة نظامي معلومات إلكترونية أو أكثر تكون معدة ومبرمجة مسبقاً للقيام بمثل هذه المهام ويتم التعاقد صحيحاً وناظراً منتجاً لأثاره القانونية على الرغم من عدم التدخل الشخصي أو غير المباشر لأى شخص طبيعي في عملية إبرام العقد في هذه الأنظمة. كما لا يجوز أن يتم التعاقد بين نظام معلومات إلكتروني مؤتمن يعود إلى شخص طبيعي أو معنوي وبين شخص طبيعي إذ كان الأخير يعلم أو من المفترض أن يعلم أنه ذلك النظام يستولى مهمة إبرام العقد وتنفيذه وتتضمن المادة (١١) من قانون المعاملات الإلكترونية البحريني: (١- يجوز صياغة عقد عن طريق تواصل ما بين وكيل إلكتروني وشخصي أو ما بين تفاعل بين وكيلين إلكترونيين).

(٢) حيث تنص المادة (٥/أ) من القانون الأردني على "تطبيق أحكام هذا القانون على المعاملات التى يتفق أطرافها على تنفيذ معاملاتهم بوسائل إلكترونية" وليس شرطاً أن يتم التعاقد والتنفيذ بواسطة الوسيط إذ أن ذلك يجرى فى العقود التى يمكن تنفيذها إلكترونياً عقود المعلومات أم العقود التى تتوجب تنفيذ مادي فلا يجرى فيها التنفيذ وإنما يتم إبرامها فقط بواسطة الوسيط.

للمزيد ينظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية فى المعاملات الإلكترونية، ط١، مجلس النشر العلمى، الكويت، ٢٠٠٣، ص ٦٣-٧٥.

(٣) لمزيد فى عقود الإطار ينظر فى الفقه الغربى:

Gatsi (G.): Le contract cadre, these preface, D. M. Beher-touch ais, Paris, U.L.G.D.J.

مشار الية لدى صدام المحمدي، المرجع السابق. ١٩٩٦, N.L.P.Z, etc.

ج- التعاقد بين وسيطين إلكترونيين أو أكثر وبدون اتفاق مسبق (Agree no prior) وهنا يتم التعاقد بدون تدخل بشرى أيضاً وبدون وجود اتفاق سابق بين الأطراف. وهنا يقتصر وجود الوسيط الإلكتروني المبرمج لدى أطراف العلاقة على إبرام العقد فقط بدون تدخل من قبل الشخص مالك الوسيط<sup>(١)</sup>

### المبحث الثاني : خصائص ومزايا ومآخذ استخدام الوسيط الإلكتروني

سوف نقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب : نيين في المطلب الاول ، خصائص الوسيط الإلكتروني، والمطلب الثاني مزايا التعاقد باستخدام الوسيط الإلكتروني، اما المطلب الثالث والاخير نيين فية مآخذ التعاقد باستخدام الوسيط الإلكتروني.

المطلب الأول: خصائص الوسيط الإلكتروني : سبق وان قلنا بان الوسيط الإلكتروني يتمثل ب "برنامج حاسوبي مُعد بوسائل إلكترونية لفرض تنفيذ إجراء معين أو الاستجابة لإجراء بشكل مستقل وبصفة كلية أو جزئية وذلك بإرسال أو تسليم أو تنفيذ رسالة بيانات إلكترونية، دون الحاجة إلى إشراف أو تدخل شخص طبيعي". ومن هذا التعريف يمكن أن نستخلص مجموعة من الخصائص المميزة للوسيط الإلكتروني يمكن إجمالها في الآتي:

١- أن الوسيط الإلكتروني هو عبارة عن برنامج حاسوبي، وبرنامج الحاسوب هو مجموعة من الإرشادات والتعليمات التي تستخدم بطريقة مباشرة وغير مباشرة في نظام معالجة المعلومات لكي تحدث نتيجة معينة.

٢- أن الوسيط الإلكتروني يعمل بشكل مستقل عن طريق نقل المعلومات إلكترونياً من جهة إلى أخرى باستخدام نظام معالجة المعلومات<sup>(٢)</sup> ، وتُعد جميع برامج الحاسب الآلي من قبل شخص مختص في البرمجيات فيتم استحداث البرنامج وتنظيم طريقة عمله. فكل برنامج مدخلات معينة يعمل عليها وتحقق بنتيجة عمله مخرجات معينة، وحيث أن برامج الحاسب الإلكتروني العادية تخضع إلى المدخلات التي يتم تلقيها من قبل الشخص المبرمج ، فإن

(٤) Jon & Michaelop, Cit., p. ١٦٦.

مشار إليه لدى صدام المحمدى، الوسيط الإلكتروني، المرجع السابق.

(٢) انظر صدام المحمدى: الوسيط الإلكتروني. المرجع السابق.

المخرجات التي تنتج عن عملها لا تتغير في كل مرة يعمل فيها<sup>(١)</sup> ، وكذلك يوضح بعض الفقه صفة الاستقلال التي يتمتع بها برنامج "الوسيط الإلكتروني" بفكرة أن الحاسب الآلي جهاز يعمل من خلال مدخلات Opt-in ومخرجات Opt-out وعملية تجرى على المدخلات التي تتخذ صورة بيانات أو برامج وكلما كانت هذه المدخلات ثابتة لا تتغير كلما تشابهت المخرجات التي يتحصل عليها من الجهاز، ومن ثم يكون من السهل معرفة المخرجات بالتعرف على المدخلات ونوع العمليات التي تجرى عليها ، أما صفة الاستقلال في برنامج الوسيط الإلكتروني تجعل البرنامج يتحكم ويغير في مدخلاته في كل مرة وتفسير ذلك أنه إذا كان من الصحيح أن البرنامج يعمل من خلال بيانات زوده بها المستخدم، إلا أن هذا البرنامج يستطيع تقديم مدخلات جديدة لنفسه من خلال ما تحصل عليه من بيانات سابقة من مستخدمين آخرين أو من وكلاء آخرين عن طريق تبادل البيانات معهم، وبمعنى أوضح ليست البيانات التي أعدها المستخدم هي المدخلات الوحيدة التي يعمل البرنامج من خلالها، وإنما تضاف إلى هذه البيانات بيانات أخرى جديدة من واقع خبرة البرنامج كونها خلال أعماله السابقة<sup>(٢)</sup>.

---

(٢) Stan Frankin & art Glaesser, is it an agent or just a program? A taxonomy for autonomous agents available at: <http://www.msci.memphis.edu/franklin/agentprog.html>.

مشار إليه لدى : الاء يعقوب النعيمي ، الوكيل الإلكتروني، المرجع السابق ص ٤١٣.

(١) شريف محمد غنام: دور الوكيل الإلكتروني بالتجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديد، ٢٠١٢، ص ٥٥.

٣- يتميز الوسيط الإلكتروني بالقدرة على المبادرة، حيث يقوم بإنشاء وإرسال أو تسليم أو تنفيذ رسالة بيانات إلكترونية وهذه البيانات هي المعلومات التي إنشأها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية بواسطة نظام معالجة المعلومات الإلكترونية<sup>(١)</sup>، كذلك في كون الوسيط الإلكتروني باعتباره وكيل إلكتروني تعنى أن برنامج الوسيط لديه القدرة على المبادرة في أداء عمله واتخاذ قراره، ولا تكون أفعاله أو قراراته مجرد ردود أفعال أو مجرد استجابة لتغيرات البيئة التي يتواجد فيها، وتمكنه لهذه الصفة في الواقع من تقديم إيجاب لأحد الأطراف، ولا يقتصر دوره في قبول يقدمه إليه الغير<sup>(٢)</sup>.

٤- الوسيط الإلكتروني هو برنامج معد بوسائل إلكترونية، والوسائل الإلكترونية تعنى تقنية كهربية أو رقمية أو مغناطيسية أو بصرية أو إلكترومغناطيسية أو أى شكل آخر من أشكال التكنولوجيا يضم إمكانات مماثلة لتلك التقنيات.

٥- من أهم خصائص الوسيط الإلكتروني القدرة على رد الفعل أى أن الاستجابة تصدر منه بصفة ذاتية ومستقلة كلاً أو جزءاً وذلك دون الحاجة إلى تدخل من قبل شخص طبيعي أو حتى إشرافه<sup>(٣)</sup>، كذلك تعنى هذه الخصوصية أن الوسيط الإلكتروني قادر على إدراك وتمييز البيئة الإلكترونية التي يعمل خلالها، ويستجيب لأية تغيرات وتطورات تطرأ على هذه البيئة من حيث تغير المعلومات سواء في شكل ظهور منتجات جديدة أو انخفاض في الأسعار أو ظهور محلات افتراضية جديدة. ويمكن للبرنامج الاستفادة من هذه المعلومات الجديدة بتعديل عروض الشراء أو

(١) خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٧ ص ١٦٦.

(٣) شريف محمد غنام، دور الوكيل الإلكتروني بالتجارة الإلكترونية، المرجع السابق ص ٥٧.

(١) صدام المحمدي، الوسيط الإلكتروني، المرجع السابق.

البيع التي يقدمها من حيث الثمن والضمانات وخدمة ما بعد البيع بحيث تأخذ في اعتبارها التطورات الجديدة في سوق الإنترنت<sup>(١)</sup>.

٦- أن المعاملات التي تتم بواسطة الوسيط الإلكتروني هي معاملات إلكترونية وهي تختلف عن المعاملات العادية لإنهاء معاملات يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة سجلات إلكترونية والتي لا تكون من هذه الأعمال أو السجلات خاضعة لأي مقاطعة أو مراجعة من قبل أى شخص طبيعي كما في السياق العادي لإنشاء أو تنفيذ العقود والمعاملات<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني : مزايا الوسيط الإلكتروني

إن استخدام الوسيط الإلكتروني قد ذاع وانتشر بصورة كبيرة جداً فلا تكاد تخلو أنظمة المعلومات والبيانات الخاصة بالمؤسسات الإلكترونية ومتاجر المعلومات والبيانات وحتى الخدمة منها من اعتمادها على الوسيط الإلكتروني في إجراء تعاملاتها مع جمهور عملائها، وصاحب ذلك تطور في مفاهيم وطرق التعاقد المستحدثة بحيث أصبح الأمر مختلفاً عما سبق في العقود الاعتيادية التي تبرم بين إنسان وآخر، حيث أصبحت التعاقدات تجرى وبشكل متزايد إلكترونياً وبدون تدخل بشري، وأخذت التشريعات القانونية تظهر لتنظيم هذه التعاملات في كثير من الدول التي انتشرت فيما هذا النمط من التعاقد عن بعد، بل وأخذت الدول تتفق فيما بينها تحت مظلة الأمم المتحدة، وذلك باتفاقيات عامة أخذت على عاتقها تنظيم مواضيع التجارة الإلكترونية وطرق اتباعها ومختلف المسائل المتعلقة بها<sup>(٣)</sup>، ويتميز الوسيط الإلكتروني Agent Intelligent, Electronic Intelligent Device عن الوسائل الإلكترونية Electronic Tools أو

(١) شريف محمد غنام: دور الوكيل الإلكتروني في التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢، ص ٥٣.

Jurewicz (A. – M.), Contracts concluded electronic agents, Op. Cit., p. ٥.

(٢) المادة (٢) من قانون دبي تحت مسمى المعاملات الإلكترونية المؤتمتة، والمادة (٢) من القانون الاردني، والفصل (٢) من القانون التونسي تحت مسمى المبدلات الإلكترونية.

منقول عن : صدام المحمدي، الوسيط الإلكتروني، المرجع السابق.

(٣) ومنها اتفاقية الأمم المتحدة (Unictal) للقانون النموذجي للتوقيات الإلكترونية عام ٢٠٠١.

**Electronic Means** لأن الأخيرة تتمثل بأدوات يمكن استخدامها لإنجاز التعاقد الإلكتروني، وتستخدم بأداة وفعل مستخدميه ولا تعمل بصفة مستقلة، أبرزها الفاكس والبريد الإلكتروني والهاتف وبرنامج المحادثة وبرنامج التنزيل عند بعد والتعاقد عن طريق التعبير عن الإرادة عبر الموقع الإلكتروني<sup>(١)</sup>، وكما سبق بيانه فإن هذه الأدوات هي وسائل مهمتها تسهيل التواصل بين المتعاقدين وإيصال الإرادة التعاقدية بين الطرفين، وهي ليس لها قدرة ذاتية أو تلقائية للدخول في التعاقد أو تنفيذه كما في الوسيط الإلكتروني الذكي، وإنما يقتصر دورها على نقل مضمون الإرادة التعاقدية من متعاقد إلى آخر، فهي لا تتمتع بالقدرة على إبرام عقد لحساب شخص ما وإنما الشخص هو الذي يبرم العقد باستخدام هذه الوسيلة الإلكترونية لإنجاز التعاقد، وأيضاً يمكن أن تقيدها هذه الخصائص للتمييز بين الوسيط الإلكتروني الذكي، والوسيط عبر الشبكة الذي هو الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص آخر بإرسال أو استلام أو تخزين رسالة البيانات أو تقديم خدمات أخرى فيما يتعلق برسالة البيانات هذه<sup>(٢)</sup>، ويتم استخدام الوسيط الإلكتروني من قبل أصحاب المتاجر الافتراضية لما له من دور كبير في تسهيل تعامل المتجر الافتراضي مع زبائنه عبر الإنترنت<sup>(٣)</sup>، حيث أصبح لاتصال يتم عبر الوسائل الفنية الحديثة

(١) أسعد عبيد الجميلي، صدام فيصل المحمدى: تكوين العقد بالوسائط الإلكترونية الذكية، بحث منشور جامعة البحرين، العدد الأول ٢٠١٤.

(٣) Tom (A) Robin (W): Can computer make the contract. Harvard journal of law and technology.

للمزيد انظر: خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص ١٦٦.

(١) Wooldridge & Jennings. Intelligent Agent Theory and Practice. Knowledge

Engineering Review. Vol. ١٠, No. ٢ June ١٩٩٥ (Cambridge University, Press:

١٩٩٥). Also available at: <http://www.elec.gmw.acuk/dai/pubs/ker٩٥>.

المشار اليه لدى: مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة. إبرام عقد البيع عبر الإنترنت، رسالة دكتوراه، عين

شمس، ٢٠١٠، ص ٢٦٤



Communication a (الوسيط الإلكتروني) التي يسرت سبل الاتصال عن أو عبر المسافات "distance" <sup>(١)</sup>، ولذلك فإن التعاقد باستخدام الوسيط الإلكتروني يتمتع بمزايا متنوعة من جراء استخدامه في التعاقد الإلكتروني يمكن أن جملها بالآتي: ١- السرعة والدقة في إنجاز التعاقد. وتحقق هذه الميزة عن طريق:

أ- تجنب الحاجة إلى البحث وتوفير أكبر قدر ممكن من العروض عبر الشبكة الدولية، وتوسيع نطاق الأسواق التجارية، لأن العالم كله أصبح سوقاً مفتوحة للمتعامل بغض النظر عن موقعه الجغرافي، فبرنامج الوسيط الإلكتروني الذكي يتيح له أن يجوب المواقع الإلكترونية من داخل الشبكة وليس من خارجها، وهو يبحث عن السلعة <sup>(٢)</sup>، حيث يستغنى مستخدم الوسيط الإلكتروني عن التفاوض أو التحاور الذي يكلف وقتاً وجهداً ثمينين في عالمنا اليوم، خصوصاً إذا لم يصل بعد كل هذا العناء أطراف التفاوض إلى نتيجة تفضي إلى التعاقد النهائي، مما يفرز إشكالات عديدة في العمل على نحو إثارة مسؤولية الطرف المفوض إذا ما انسحب من المفاوضات أو قطعها تعسفاً أو غير ذلك من الأمور التي تشكل عند إجراء عملية التفاوض، حيث يعمل الوسيط الإلكتروني وفق البرنامج المعدل له سلفاً ويقوم بالبحث عن المقصود من العملية عبر صفحات الويب (We site) على شبكة الإنترنت، ويجري إتمام العملية وفق البرنامج الذي أعده مالكه سلفاً <sup>(٣)</sup>.

ب- تقليل التفاوض والاقتصاد في الإجراءات، وذلك بالخروج من مرحلة المفاوضات وما تحتاجه من نفقات ووقت وجهد، لأن الوسيط الإلكتروني الذي هو الذي سيقوم ببث رسائل البيانات عبر الشبكة الدولية، مما ينعكس إيجاباً على التعامل لأن من شأن ذلك تقليل التكاليف <sup>(٤)</sup>، فالمتجر الافتراضي يمكن أن يتواصل باستخدام الوسيط الإلكتروني مع آلاف الزبائن في وقت واحد، ومن غير الوسيط الإلكتروني يحتاج صاحب المتجر

(٢) محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة (ومدى حجيتها في الإثبات)، منشأة المعارف، ٢٠٠٨، ص ٥٢ وما بعدها.

(٣) أسعد عبيد الجميلي، صدام المحمدي: المرجع السابق، ص ٣٤، للمزيد انظر:

Emily m: Weitzenboeck, Introduction to the special issue on electronic agents, available at: <http://www.ijlit.oxfordjournals.org>.

(٣) صدام المحمدي: الوسيط الإلكتروني، المرجع السابق.

(٤) أسعد الجميلي، صدام المحمدي، تكوين العقد بالوسائط الإلكترونية الذكية، المرجع السابق، ص ٣٤.

توظيف عدد كبير من الأشخاص للقيام بالتراسل مع الزبائن، فكل عملية أو زبون يحتاج موظف يرد عليه ويبرم معه للتعاقد، وهذا يؤثر سلباً على التجارة الإلكترونية، ويؤدي إلى إجماع العديد من المتاجر الافتراضية عن ممارسة البيع عبر الإنترنت، خصوصاً أن بعض المتاجر الكبيرة تستقبل آلاف الزبائن يومياً ، لذلك تلجأ هذه المتاجر إلى الوسيط الإلكتروني لقدرته على التعامل مع عدد كبير من الزبائن في وقت واحد وإبرام التعاقد معهم ، بناء على المعلومات التي يزود بها مسبقاً من قبل صاحب المتجر الافتراضي<sup>(١)</sup>.

ج- السرعة في التنفيذ، حيث يمكن أن يجرى تنفيذ التعاقد الإلكتروني بذات السرعة التي يتم فيها إبرامه، ولاسيما عندما يكون محل الالتزام سلعة رقمية للكتاب رقمي أو مقطوعة موسيقية إلكترونية ، إذ يتم تسليم محل العقد عن طريق نقل البيانات عبر الشبكة العنكبوتية، ومن ثم تخزينها في ذاكرة الحاسوب الإلكتروني للمتعاقد مباشرة<sup>(٢)</sup>.

٢- الدقة والموضوعية في إنجاز المهمة التي يراد من الوسيط الإلكتروني الذي إنجازها، ويتميز الوسيط الإلكتروني الذي بالدقة لأنه يقدم المعلومات والبيانات المطلوبة كما وردت في المواقع التجارية على الشبكة، واحتمالات تقديمه معلومات أو بيانات خاطئة ضئيلة، كونه يتعامل معها بطريقة إلكترونية، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى يتميز بالموضوعية لأن أي استجابة لإجراء أو تنفيذ لإجراء يقوم به الوسيط الإلكتروني الذكي في إنجاز التعاقد يكون باتجاه الغرض الذي صمم من أجله، ولا يتصور أن يتصرف على نحو يناقض الغرض الذي وضع له، أو يمنع من تحقيقه لأي سبب ، وهنا يوازي بعض الفقه<sup>(٣)</sup> بين الوسيط الإلكتروني الذي والوسيط الشخصي الطبيعي، "الوسيط عبر الشبكة" بالقول أنه من المحتمل أن تتعارض مصلحة الوسيط الشخص لأن الأول يمكن أن تفترض فيه حسن النية بنفس القدر الذي نفترض فيه سوء.

أما الوسيط الإلكتروني الذكي فلا توجد له مصلحة ولا يحتمل أن تكون له مصلحة في التعاقد الذي تجزئه لمصلحة مستخدمة، لأن الوسيط الإلكتروني ليس له نية حسنة أو سيئة،

(١) مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة، إبرام عقد البيع عبر الإنترنت، المرجع السابق ص ٢٦٥.

(٢) الاء يعقوب النعيمي، الوكيل الإلكتروني، المرجع السابق، ص ٤١٨.

(٣) أسعد أجميلي، صدام المحمدى: تكوين العقد بالوسائط الإلكترونية الذكية، المرجع السابق.

لأن النوايا تتطلب إرادة وإدراك وهما ينسبان إلى الشخص القانوني الطبيعي، لذلك أن الوسيط الإلكتروني ليس له هدف أو غرض إلا تحقيق المهمة التي أسندها له إنجازها مستخدمة، وهي تحقق مصالح مشغل الوسيط الإلكتروني الذكي<sup>(١)</sup>، فضلاً عن حسن النية، يصف الفقهاء الوكيل الإلكتروني بالموضوعية، فأى قرار يتخذه الوكيل الإلكتروني بالتعامل، إن أجاز التعبير يكون باتجاه تحقيق الغرض الذي صمم من أجله، ولا يتصور أن يتعرف على نحو يناقض الزمن الذي وضع له أو يمنع من تحقيقه لأسباب شخصية، وفي كل ذلك يفضل الوكيل الإلكتروني على الوكيل التقليدي<sup>(٢)</sup>.

٣- توفير أكبر قدر من الثقة في السجلات التجارية، لما تتمتع به تلك البرامج من الدقة حيث تنتج أنظمتها أو برامجها بناء قواعد بيانات مفضلة يمكن أن تمثل سجلات تجارية يمكن الاعتماد عليها في عدة تطبيقات تجارية أو قانونية وسواء بالنسبة لعمليات التفاوض فقط أو عمليات تكوين العقود، ولا يخفى ما لذلك من أثر في خفض التكاليف بالنسبة لتكوين المعاملات وتوفير قواعد بيانات مثالية. مما يقلل تكلفة المنتجات بالأمر الذي يؤثر بالنتيجة على أسعار تلك المنتجات أو الخدمات<sup>(٣)</sup>، وكذلك لا يمكن خداع الوسيط الإلكتروني خاصة من الناحية الحسابية، بالإضافة إلى دقة التزامه بما لديه من تعليمات مسبقاً ضمن برنامج تشغيله، والتي لا يحيد عنها ولا يتجاوزها<sup>(٤)</sup>.

(١) أسعد أجميلي، صدام المحمدي، المرجع السابق.

(٢) Emily M. Weitzenboeck, Electronic Agents and the Formation of Contracts, Op. Cit

المشار إليه لدى : الاء يعقوب النعيمي ، الوكيل الالكتروني، المرجع السابق، ص٤٢٢.

(٣) أسعد أجميلي، صدام المحمدي: تكوين العقد بالوسائط الالكترونية، المرجع السابق، ص٣٥

Chavez (١٩٩٧), Op. Cit.

(٤) صدام المحمدي: الوسيط الالكتروني، المرجع السابق

Micholas. Ibid., p. ١٣٠.

٤- يتميز التعاقد عبر الوسيط الإلكتروني بالتنوع والانفتاح ، حيث تنوع الخدمات والسلع المعروضة بشكل لا حصر له، وذلك لانفتاح شبكة الإنترنت وعالميتها فالعالم كله سوف لما ينظم إليها الوسيط الإلكتروني ويتصل بها، فهي تغطي كل دول العالم تقريباً في الوقت الذي تكون فيه متاحة للجميع للدخول فيما والتعاقد عن طريقها وهو أمر يستلزم وجود ما يتوسط بينهم لتزويدهم بمعلومات تتعلق بأمور التعاقد تضمن صحته وجديته وتوثيقه، خاصة مع شيوع اختراع التعاملات الإلكترونية والاعتداء على أمنها وسريتها<sup>(١)</sup> ، وكذلك يفسح الوسيط الإلكتروني المجال واسعاً أمام المستهلكين للقيام بأمور أخرى، والسعى إلى تحفيز علاقات اجتماعية أو ثقافية أو فكرية أو أية نشاطات أخرى خارج ميدان التعامل التجاري<sup>(٢)</sup>.

٥- إن عمل الوسيط الإلكتروني يجنب التعامل المباشر مع العملاء وما قد يولد ذلك من احتكاك أو مساومة يمكن أن تكون غير مجدية، وإزالة الطابع الشخصي للتفاوض، وكذلك تجنب سوء الفهم الذي يمكن أن ينشأ بسبب وجود الاختلافات اللغوية والفوارق الثقافية.

٦- ولا بد من الإشارة إلى أن استخدام الوسيط الإلكتروني يمكن أن يخفف العديد من المشاكل القانونية المرتبطة بالتعاملات التقليدية، فمثلاً يقضى على ما يسمى بالعقد النموذجي أو عقود الأذعان أو ما يسمى بعقود الاستمارة الموحدة التي يعدها التجار بأنفسهم ، بسبب المنافسة التي ستنشئها العروض التي تصاحب استخدام هذه الوسائط في التخفيف من غلواء تلك الاستثمارات أو هذا النوع من العقود بالنسبة للمستهلك ، حيث تقضى على قدرة التجار والسماسة على الاحتكار أو الاستغلال قوتهم التفاوضية المتفوقة على المستهلكين عند التعاقد، لاسيما أنها تساهم في إنقاص عبء عقود الإذعان بالنسبة للمستهلكين، وذلك عندما يصبح لهم قدرة على المناقشة والمساومة في المجال والرحب للسوق عبر الإنترنت. وبالتالي فإن استخدام هذه الوسائط الذكية لن يكون بسبب عملية تطويرية أو ثورية وإنما هي الحاجة لها وللمزايا التي تحققها بالنسبة للمتعاملين بها<sup>(٣)</sup>.

(١) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، ٢٠٠٣، ص ٧٣.

(٢) أسعد الجميلي، صدام المحمدي: تكوين العقد بالوسائط الإلكترونية، المرجع السابق، ص ٣٥.

(٣) Electronic Commerce Research: Kluwer Academic Publishers. Op. Cit.

المشار إليه لدى: أسعد الجميلي، صدام المحمدي، تكوين العقد بالوسائط الإلكترونية الذكية، المرجع السابق ص ٣٦

٧- كذلك قد أفرزت التقنيات الحديثة أساليب متطورة وبرامج عالية التقنية تمثل وسائل ونظم حماية إلكترونية جديدة بالثقة، وقد أدى انتشارها واستخدامها بشكل واسع إلى القضاء ولو نسبياً على عمليات التخريب أو القرصنة في كثير من صورها وأشكالها، وقد تبنت المؤسسات والشركات العاملة في مجال التجارة الإلكترونية مفهوماً جديداً في الحماية يعتمد على بناء مستويات حماية متعددة تتكامل مع بعضها البعض في إطار واحد يحقق درجة تأمين معلوماتي مناسبة ضد كل أنواع التهديدات<sup>(١)</sup>.

حيث أصبحت هناك شركات متخصصة لديها الخبرة الضرورية لتنفيذ أنظمة الحماية، تعرف بالجدار الناري (Fire walls) وهي تقنية متطورة لها القدرة على تصميم شبكات صعبة الاختراق وأنظمة فعالة لكشف عمليات التسلل الغير الشرعي، كذلك تعتبر تقنية (S P A) التي طورتها إحدى الشركات العالمية المصدرة لبطاقات الأتمان (master card) بهدف حماية معاملات الدفع التي تتم على الانترنت، بمثابة برنامج امني لدى الجهات المصدرة للبطاقات.<sup>(٢)</sup>

هكذا انتهينا من ذكر أهم مميزات التعاقد باستخدام الوسيط الإلكتروني والحقيقة التي لا يمكن إنكارها أننا بصدد برنامج ذكي Intelligent software يتعامل ويتصرف بشكل مستقل عن إرادة مبرمجة ومستخدمة، ويتصرف تصرفات مستقلة ويتميز هذا البرنامج بفضله خصائصه المتميزة عن باقي البرامج والأجهزة التي قد يستخدمها الإنسان للتعبير عن إرادته بعد أن يمنحها بيانات عن محل وكيفية التعاقد والائتمان وغيرها من البيانات، ثم تنفذ هذه البيانات إلكترونياً.<sup>(٣)</sup>

(١) رأفت رضوان، عالم التجارة الإلكترونية، دار النهضة، ١٩٩٩، ص ١٠٨.

(٢) ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧ ص ٧٣ وما بعدها.

(٣) شريف محمد غنام: دور الوكيل الإلكتروني بالتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص ١١٤.

## المطلب الثالث : مأخذ التعاقد باستخدام الوسيط الإلكتروني

بعد أن ذكرنا مزايا التعاقد باستخدام الوسيط الإلكتروني ولما له من مزايا استخدامه بالتعاقد بقي أن نبين مأخذ التعاقد باستخدام الوسيط الإلكتروني ، إن انتشار استعمال الوسيط الإلكتروني قد حمل معه تيارين مختلفين من الحماس والقلق. الحماس من أجل فتح باب جديد لحرية الاتصال بأشخاص لا يمكن الاتصال بهم في الواقع بسهولة، وإمكانية عقد صفقات تجارية وغيرها، أما القلق فمن أجل احتمال عدم تأمين الاتصالات أو انتهاك السرية عبر شبكة الإنترنت أو القيام بأعمال القرصنة، أو انتهاك حق الخصوصية *The right of privacy*، والاطلاع على البيانات الشخصية وحسابات البنوك وغيرها، واستخدامه في تجارة مشبوهة كالمخدرات وتجارة السلاح وعمليات بيع الأطفال، وأيضاً استخدام شبكة الإنترنت في النشاط التخاطبي والإضرار بأمن الدولة ، وذلك أنه من السهل عبر الشبكات الإلكترونية الوصول إلى معلومات سرية، وتتصل اتصالاً وثيقاً بخصوصية الإنسان، وهو أمر بالطبع يثير القلق والحيرة، ويزيد من حدته أن هذه المعلومات إذا ما تم تجميعها والربط بينها واستكمالها يمكن أن تظهر جوانب يضر كشفها وظهورها بمصالح بعض الأفراد بل ويأمن واستقرار الدولة نفسها<sup>(١)</sup>.

وكما سبق الإشارة إليه أنه على الرغم من مزايا التعاقد باستخدام الوسيط الإلكتروني إلا أن هناك بعض العيوب والانتقادات تصاحب استخدام هذا البرنامج. ومن هذه العيوب أنه لا يتوافر فيه الثقة والأمان الكاملين، فمن المتصور دخول القرصنة على برنامج الوسيط الإلكتروني والحصول منه على البيانات المالية والتعاملات التجارية للتاجر أو المستهلك واستخدامها بشكل خاطئ. ومن هذه العيوب كذلك أنه لا يأخذ في تقديره عن الاختيار. لأنه يبنى رأيه على مجرد بيانات جميعها من المواقع العديدة من الشبكة أو من خبرته السابقة، وقد يُخدع برنامج الوكيل ويحصل على بيانات غير صحيحة وغير مطابقة للواقع<sup>(٢)</sup>، وكما هو شأن المزايا ترد مساوئ أو مأخذ التعاقد باستخدام

(١) David Johnston & Sunny Manda, Cyber law-what you need to know about doing business on time, second edition, ٢٠٠٢, p. ٨.

المشار إليه لدى: خالد ممدوح ابراهيم ، ابرام العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه ،جامعة الاسكندرية ،٢٠٠٥، ص ١٥

(٢) شريف محمد غنام: دور الوكيل الإلكتروني بالتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص ١٢٦.

الوسيط الإلكتروني إلى طبيعته الإلكترونية وإلى البيئة التي يعمل في إطارها وهي أيضاً بيئة إلكترونية، تتمثل على وجه الخصوص بالإنترنت ولعل من أهم مساوئ التعاقد باستخدام الوسيط الإلكتروني ما يأتي:

١- عدم توافر الثقة والأمان الكاملين: تعد مشكلة الثقة والأمان مشكلة رئيسية في المعاملات التي تبرم عبر الإنترنت، فالإنترنت بيئة مفتوحة عالمياً، وهذا ما يثير الخيفة كون من يتعامل من خلالها من أن تكون المعلومات التي يقدمها عرضة للاطلاع الغير من غير المخولين عليها. فقد يحصل شخص سئ النية على معلومات ذات طبيعة سرية تخص المتعاقد كأرقام بطاقة الائتمان العائدة له ويسئ استعمالها. ولا يقتصر الأمر على المعلومات والبيانات ذات الطبيعة البصرية، فالبيانات الشخصية كذلك التي تحدد هوية المتعاقد بدورها قد تكون عرضة لإساءة الاستخدام، كمن يستغل هذه المعلومات لإجراء تحويل غير مشروع للأموال، بأن يتصل بمعرفة المتعاقد ويطلب منه إجراء تحويل من حساب المتعاقد لحساب آخر مدعياً أنه هو المتعاقد، ومدلاً على ذلك بما لديه من معلومات شخصية<sup>(١)</sup>.

كذلك تعرض البرامج الحاسوبية لعمليات القرصنة الإلكترونية أو التخريب الإلكتروني وهيئة عملية قرصنة البرنامج وتوصف بعملية النسخ غير المشروع لبرامج الغير ( Unauthorized taking).<sup>(٢)</sup> ويتمثل ذلك:

أ- تغيير محتوى البرنامج الخاص بالحاسوب المشغل للوسيط الإلكتروني، وهذا التغيير يتم من قبل بعض الهواة أو من قبل المحترفين تدفعهم في ذلك عوامل عدة منها الاستخفاف بالنظام الإلكتروني الشخصي أو المؤسسة، ويمكن أن تدخل اعتبارات المنافسة بين الشركات أو زعزعة الأمن الإلكتروني والمعلوماتي للمشروع أو المؤسسة أو غيرها من الدوافع.

(١) آلاء يعقوب النعيمي، الوكيل الإلكتروني. المرجع السابق، ص ٤٢٣.

(٢) وقد وقعت بالآونة الأخيرة عدة حوادث تبين مدى امكانية تعرض المراكز العسكرية لحوادث قرصنة معلوماتية (Hackers) والتي تتمثل في اسرار الدولة والامن القومي للدول والمشروعات النووية والتصنيع للأسلحة وخطط الحرب... الخ، وان هذه المعلومات الاكثر رواجاً في سوق المعلومات السوداء، مثل تسرب المعلومات العسكرية الأمريكية عن الحرب ضد الارهاب في افغانستان عام ٢٠١٠ وكذا السطو على اموال البنوك والمصارف من خلال التلاعب في كشوف وحسابات العملاء ونقل الارصدة من حساب لآخر. للمزيد ينظر: عبد الفتاح محمود الكيلاني، المسؤولية الناشئة عن المعاملات الإلكترونية عبر الانترنت، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١، ص ٢٧ وما بعدها.

ب- إغلاق البرنامج الخاص بتشغيل الوسيط الإلكتروني أمام العملاء: وهذه الحالة يمكن أن تضرب مصدرين المعلومات أو مفسر النظم الإلكترونية المرتبطة بالحاسب (الخادم) الرئيسي، حيث يقوم المهاجم بتشغيل الحاسب الرئيسي بكم هائل من الرسائل والاستشارات التي تؤدي في النهاية إلى عدم قدرة الحاسب الرئيسي على تلبية استفسارات المستخدمين الفعليين أو عدم تمكن هؤلاء من الدخول أصلاً إلى برنامج الوسيط الإلكتروني وتعطيله، وبذلك يفشل الوسيط في المهمة التي جهز من أجلها<sup>(١)</sup>.

ج- كما يمكن أن تستخدم مقار المعلومات الخاصة بالأشخاص الطبيعية أو المعنوية كقاعدة لتنفيذ الهجمات على مواقع أخرى، خصوصاً على مقار الشركات هو الأشخاص الذين لا يستخدمون أنظمة حماية إلكترونية جديدة بالثقة على نحو ما يعرف بالتجسس الإلكتروني<sup>(٢)</sup>، وذلك الاختراق يكون في الغالب بشكل صورتين:

أما أولاهما، فهي تخريب البرنامج الإلكتروني الخاص بالوسيط، وذلك بتغيير محتواه أو إيقاف الخدمة فيه، أو الدخول على برنامج إدارة الوسيط الإلكتروني وإيقافها بالكامل، أو إحداث أخطاء في برنامج التشغيل الخاص بها.

أما الصورة الثانية، فهي اختراق النظم الداخلية للمؤسسة أو الشخص مستخدم الوسيط الإلكتروني، وهو أقصى درجات الخطورة، إذ أن ارتباط البرنامج بالإنترنت يجعل الباب مفتوحاً على مصراعيه لتأثير الهواة والمحترفين إذ يستطيعون من خلاله النفاذ إلى الأنظمة الإلكترونية الخاصة بتلك الجهات والحصول على معلومات داخلية تخص أنظمة التشغيل الخاصة بها، يؤثر

(١) وفي هذه الحالة تصيب المؤسسات التي تعتمد على المقر في توفير الخدمة لعملائها وبالفعل فقد تعرضت شركة (America online) التي تعد من أكبر مقدمي خدمة الإنترنت في أمريكا والعالم إلى توقف نظام البريد الإلكتروني لمدة ١٩ ساعة عام ١٩٩٦. الأمر الذي أثر بشكل مباشر على عملائها مما اضطرها إلى انتهاج سياسة جديدة تمثلت بانتهاج احتياطي كامل لنظام البريد الإلكتروني لكل مستخدم بنسبة ١٠٠% مما يقلل من مخاطر التعرض لهجوم مماثل من هذا النوع في المستقبل. للمزيد ينظر: رافت رضوان، عالم التجارة الإلكترونية، ١٩٩٩، ط١، ص١٠٤ وما بعدها.

(٢) من ذلك فشل إحدى الشركات الأمريكية الكبيرة في مجال البترول في المناقصات التي دخلت فيها حيث كانت ترسو المناقصات على شركة منافسة كانت تقدم اسعاراً أقل بدولارات بسيطة عن الشركة الأمريكية ثم تبين بعد ذلك ان هناك توصيلات سرية على الحاسب الالى الخاص بها تسمح للشركة المنافسة بالتعرف على اسرار عروضها المتقدمة.  
المزيد ينظر: عبد الفتاح محمود كيلاني، المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الالكترونية عبر الانترنت، المرجع السابق، ص٢٨



سلباً على نشاطها وأعمالها، لأنه يمكن من خلال هذا الاختراق محو أو تغيير كافة البيانات الداخلية للمؤسسة أو الشركة<sup>(١)</sup>، وبذلك أصبح اختراق النظم الإلكترونية وبرامج تخزين ومعالجة البيانات والملفات الخاصة بالجهات المستخدمة لنظام الوسيط الإلكتروني من أكبر المشاكل التي تواجه مديري المعلومات في كافة الشركات والمؤسسات العاملة في قطاع التجارة الإلكترونية.

٢- عدم قدرة الوسيط الإلكتروني للحركة: يتميز الوسيط الإلكتروني من حيث كونه برنامجاً من برامج الحاسب الإلكتروني تحدد طريقة استخدامه فبرامج الحاسب الإلكتروني يتم تصميمها على جهاز الحاسب الإلكتروني إذ ما أريد الاستفادة منها ويتحدد استخدامها بهذه الصورة بالجهاز الذي تم تنصيبها فيه. فإذا ما أريد استخدام جهاز حاسب إلكتروني آخر فلا تتاح الاستفادة من خدمات الوسيط الإلكتروني الذي سبق شراؤه وتنصيبه إلا بإعادة تنصيبه على الجهاز الآخر. وقد يشكل هذا الأمر عائقاً أمام استخدام الوسيط الإلكتروني، وذلك أن إبرام العقود عبر الإنترنت متاح من أى جهاز حاسب إلكتروني متصل بشبكة الاتصالات العالمية (الإنترنت)، فهذه العقود تتسم بسهولة إبرامها وسرعتها. فمن المتصور أن يعمد شخص إلى إبرام عقد من عقود التجارة الإلكترونية وهو على سفر. وفي مثل هذا العرض قد لا يتاح له الاستفادة من برنامج الوكيل الإلكتروني إذا لم يتم تنصيبه على جهاز الحاسب الإلكتروني الذي يستخدمه<sup>(٢)</sup>.

ولعدم قابلية برنامج الوسيط الإلكتروني على الحركة لكونه برنامج تتم تحديد طريقة استخدامه ولا يمكنه الخروج عنها، لذا يؤدي إلى انعدام التفاوض بين الأطراف المتعاقدة، حيث لا يتفاوض الوسيط الإلكتروني مع الطرف الآخر أو يتحاور معه، وذلك لأنه لا يخرج عن حدود ما تمت برمجته عليه سلفاً، حيث يقوم البرنامج بالتفاعل مع البيانات المطلوبة دون الرجوع إلى العنصر البشري أو الحصول على موافقته<sup>(٣)</sup>.

(١) للمزيد انظر رأفت رضوان، عالم التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص ١٠٤.

(٢) آلاء يعقوب النعيمي، الوكيل الإلكتروني، المرجع السابق، ص ٤٢٦.

(٣) Nicholas (١): Public policy and internet, Hoover institution press, ٢٠٠٠, p. ١٢٩.

المشار اليه لدى: صدام المحمدي، الوسيط الإلكتروني، المرجع السابق.

٣- احتمالية وقوع عدم الدقة في التنفيذ: قد ينفذ الوسيط الإلكتروني في الصفقة الإلكترونية وفق ما حدد إليه سلفاً إلا أنه ينفذها بما لا يتناسب مع ذوق العميل واختياراته، وبالتالي لا تتفق الصفقة مع إرادته رغم أنه قام بالعملية وفق الشروط الخاصة والمطابقة للبيانات المدخلة إليه سلفاً<sup>(١)</sup>، وجدير بالإشارة أن مصممي برامج الوسيط الإلكتروني باتوا يسعون إلى تجنب هذه المساوئ، بتطوير هذه البرامج ولاسيما فيما يتعلق بأداء مهمتها الخاصة بالموازنة بين السلع المختلفة، فالموازنة حتى تكون دقيقة ينبغي أن تتناول الجوانب المتعددة التي تميز السلعة، فلا تقتصر على الموازنة بينها من حيث السعر وتحميل الجوانب الأخرى. ومن هذا المنطلق فإن الجيل الثاني من برامج الوسيط الإلكتروني كتلك المصممة من قبل مراكز البحوث في جامعة (MIT) أضحت تعطي نتائج أكثر دقة، بأن تضمن جداول الموازنة بين السلع أو الخدمات التي يعمد إليها باختيارها فقرات عدة. فضلاً عن الثمن والمواصفات يتضمن الجدول متلا الفوارق بين العروض المختلفة من حيث الضمان الذي يقدمه البائع أو المنتج للسلعة، وطريقة الدفع وطريقة التسليم وخدمات ما بعد البيع، أو بيان السلعة الأكثر إقبالاً عليها من جمهور المستهلكين<sup>(٢)</sup>.

٤- ويذهب البعض إلى القول بأن سهولة الاختيار والنصب على الوسيط الإلكتروني، لعدم قدرته على التميز والتعرف على مصداقية الطرف التي يتعامل معه أو هل كون هذا التعامل جدياً أو هزلياً، وهو أيضاً من المآخذ التي تعتري استخدام الوسيط الإلكتروني في التعامل<sup>(٣)</sup>.

وكذلك من مآخذ التعاقد باستخدام الوسيط الإلكتروني هو أنه عدم وجود حيز حجمي كافٍ (Bond Width) للاتصالات السلوكية واللاسلكية على الرغم من اتساع شبكة الإنترنت وتشغيلها فإنها لا تزال تفتقر إلى الحيز الكافي للاتصالات على نحو يتناسب مع الكم الهائل في الأنشطة

(١) سمير عبد السميع الأردن، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف، ٢٠٠٨، ص ٦٤.

(١) Emily M. weitzenboeck, Introduction to the special issue on electronic agents, op, cit. OECD, information technology outlook ٢٠٠٠:highlights, op,cit, p, ١٦٢.

مشار الية لدى: الاء يعقوب النعيمي، الوكيل الإلكتروني، المرجع السابق ص ٤٢٥.

(٣) صدام المحمدى: الوسيط الإلكتروني، المرجع السابق، للمزيد:

التي تتم من خلال استخدام الوسيط الإلكتروني ، كذلك التغير المستمر والسريع في البرمجيات في إدارة المواقع الإلكترونية مما يتطلب عمليات تحديث مستمرة وتتطلب تكاليف باهظة في بعض الأحيان، وعدم توافق بعض البرامج الإلكترونية مع بعض تطبيقات البيانات لأن هناك تقدماً وابتكاراً مستمراً في تطبيقات البيانات فإن بعض التطبيقات لا تتوافق مع برامج الوسيط الإلكتروني<sup>(١)</sup>.

### المبحث الثالث : أنواع الوسيط الإلكتروني

بعد ان انتهينا من بيان تعريف الوسيط الإلكتروني وماهية والخصائص والمزايا ومآخذ التعاقد باستخدام ومآخذ التعاقد باستخدام الوسيط الإلكتروني، نود ان نبين في هذا المبحث الأخير أنواع الوسائط الإلكترونية ، ولكن قبل ذلك نود أن نبين في لمحة تاريخية عن فكرة الوسيط الإلكتروني في أول ظهورها ومن ثم تطورها المستمر وبيان أنواع الوسائط الإلكترونية .

لمحة تاريخية عن فكرة الوسيط الإلكتروني ، أن فكرة الوسيط الإلكتروني ليست فكره حديثة الظهور ، إذ انها ترجع في ظهورها الى منتصف الخمسينات من القرن الماضي بعد ابتداء برنامج الذكاء الصناعي (AL) وهي برامج تميزها عن غيرها من البرامج، إذ يمكن ان تعمل من دون تدخل الانسان بشكل مباشر<sup>(٢)</sup> ونتيجة لظهور فكرة الانظمة الذكية (Intelligent system) ظهرت فكرة الوسيط الإلكتروني في امريكا عام ١٩٥٠، لتساعد في المهام المادية في جمع البيانات وعرضها للمستخدم بعد ذلك<sup>(٣)</sup> ، وبذلك شهدت بداية التسعينات دخول الوسيط الإلكتروني في ميدان الوساطة في التشغيل، وكان له الاثر البالغ على الوساطات التقليدية وخاصة

(١) نسرين عبد الحميد نبيه: الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ص

(٢) الاء يعقوب النعيمي، الوكيل الإلكتروني، المرجع السابق ص ٤٠٨

(٣) إذ يرجع الفضل في تصميم برنامج الوسيط الإلكتروني الذكي الى التعاون بين مجموعة من مؤسسات امريكة ويعتبر برنامج Logle theorist اول برنامج يعمل في مجال الوساطة الإلكترونية وهو ضمن تصميم جامعة Carnegie عام ١٩٥٦ .

للمزيد ينظر: شريف محمد غنام، النظام القانوني للوكيل الإلكتروني. دبي، المعهد ٢٠١٢، سلسلة الدراسات القانونية والقضائية (٧)، ص ٣٠.

بالاقتصاديات المتقدمة، واضفاء الصبغة الامادية على الوساطة بالتشغيل<sup>(١)</sup> ، وبذلك توجد بعض المبادرات الخاصة لأقامة جهاز يقوم بدور الوسيط في حل المنازعات في مجال المعاملات، منها Lecyeribunal الذي انشاته جامعه مونتريال الكندية عام ١٩٩٥، وهو نظام مجاني مفتوح لكافة مستخدمي الانترنت، تجارا ام مستهلكين خاص بكافة المنازعات الناجمة عن استخدام التكنولوجيا الحديثة<sup>(٢)</sup>.

وقد استغلت هذه البرامج في ميدان المعاملات الالكترونية وعلى وجه التحديد في التجارة الالكترونية ، وذلك لقدرتها على البحث عن المعاملات والتعامل معها دون تدخل مباشر من قبل الانسان، وهي كذلك تقوم بدور الوسيط بين الاطراف التعامل والبحث عن المعاملات عبر الشبكة، والدور الجديد لبرامج الذكاء الصناعي كوسطاء في التعامل<sup>(٣)</sup> . وتتركز المهمة الاساسية للجيل الاول من برامج الوسطاء الالكترونيين في البحث عن المعومات في الشبكة والتي تقترب الى حد بعيد من دور محركات البحث العادية ، وتنقسم هذه البرامج الى ثلاثة اقسام:

النوع الاول: برامج تقوم بجمع المعلومات والبيانات من الشبكة وتصنيفها وفق المعيار الشخصي للمستخدم على صورة قائمة من المواقع المتعلقة بموضوع البحث.

النوع الثاني : برامج مختصة بالبحث عن المعومات معينة وبيانات في المواقع الخاصة التي تحتاج إلى اشتراك ، الإمكان المخصصة لاعضاء مسجلين فيها، وتقوم بعرض البيانات بذات الطريقة التي تعمل بها برامج النوع الاول.

(١) عبد الله القاسمي، الوسيط الالكتروني بالتشغيل، المرجع السابق.

(٢) مراد يوسف مطلق ، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الالكتروني، رسالة دكتوراه ، عين شمس ، ٢٠١٠، ص ٣٦٤.

(٣) أن هذه التسمية لم تستقر بعد فهي ليست التسمية الوحيدة وان كانت التسمية الأكثر شيوعا، فهناك من يطلق عليها تسمية (الوكيل الذكي Intelligent agent) وهناك من يشبهها بالإنسان الآلي (Robot) فيطلق عليها برامج الآلي (Software robots) وتسمى اختصارا (soft bots) مثلما يطلق عليها (الرجل الآلي القائم على المعرفة... knowledge based robots) وتسمى اختصارا (know bots) وكذلك يطلق عليها الرجل الآلي المسند إلى مهمة (Task-based robots) وتسميتها المختصرة (Task bots).  
للمزيد انظر: الاء يعقوب النعيمي، الوكيل الالكتروني، المرجع السابق، ص ٤١٠.

النوع الثالث : برامج تختص بالبحث عن معلومات معينة مثل جمع المقالات الصحفية، وحجز تذاكر الطيران، والمواقع المالية الآمنة وشراء الكتب من محلات الكتب الإلكترونية وغيرها<sup>(١)</sup> ، أن هذه الأنواع الثلاثة من الجيل الأول لا تعمل بشكل مستقل من تلقاء نفسه إلا تحت إشراف ورقابة المستخدم، إلا أنه أصبح من الممكن في عام ١٩٨٠ أن تصدر هذه البرامج إجاباً محدداً وان تقبل عرضاً من شخص آخر نتيجة للتطور التقني لهذه البرامج ، والتفاعل بين تكنولوجيا هذه البرامج والتبادل الإلكتروني للبيانات على شبكة الانترنت EDL والذي أدى إلى ظهور الجيل الثاني من برامج الوسائط الذكية.<sup>(٢)</sup> وأصبح هذا الجيل قادر على القيام بتنفيذ أعماله وتصرفاته القانونية أكثر تعقيداً من الجيل الأول وأكثر استقلالاً INDEPENDENCY ، والقيام بعمل معين والتفاوض في عمل ما، وتكوين العقود لكونه يتميز ببعض الخصائص الفنية والتقنية ، ولهذا سمي هذا البرنامج بالوسيط الإلكتروني الذكي<sup>(٣)</sup> ، ويبدو أن أول تلميح للوساطة الإلكترونية عن طريق الإيحاء بالقانون الاتحادي جاء في صلب المادة الرابعة من القرار رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ الذي اعتبر أن كل من يستخدم وسيلة من وسائل الاتصال يعد ضرباً من ضروب الوساطة، فعند تقييد الوساطة بوسيله معينة لاستعماله العملاء فتح الباب على مصراعية أمام ظهور الوساطة الإلكترونية.<sup>(٤)</sup>

أنواع الوسيط الإلكتروني : أن الفقه يصنف الوسيط الإلكتروني إلى أكثر من نوع وذلك حسب طبيعة الأعمال والتصرفات التي تسند إلى الوسيط الإلكتروني ، وعلى الرغم من تنوع الوسائط الإلكترونية إلا أن دوره يبقى واحداً ، فهو يقوم بعمل أو تصرف باسم مستخدمه وحسابه، والفقه بشكل عام يصنف الوسيط الإلكتروني إلى أربعة أنواع هي الوسيط الإلكتروني الخاص بالبحث عن المعلومات، والوسيط الإلكتروني المراقب ، والوسيط الإلكتروني المساعد ، والوسيط الإلكتروني الخاص بإجراء التصرفات القانونية<sup>(٥)</sup> ، والنوع الأخير هو الذي يهتما في دراستنا وهو النوع الذي نقصده ، وعلى الرغم من أن برامج الوسائط الإلكترونية الذكية متنوعة وكثيرة ،

(١) CRUQUENAIRE(A). Electronic Agents as search engines .copyright related aspects international journal of law and information technologies.vogn٣,pp.٣٢٧,٣٤٣.

المشار إليه من قبل شريف محمد غنام النظام القانوني للوكيل الإلكتروني، المرجع السابق ص ٣١.

(٢) شريف محمد غنام، دور الوكيل الإلكتروني بالتجارة الإلكترونية، المرجع السابق ص ٢٩.

(٤) شريف محمد غنام، دور الوكيل الإلكتروني بالتجارة الإلكترونية، المرجع السابق ص ٣١.

(٥) لم تقبل الوساطة في مفردتها الضيق إلا بعد القانون الاتحادي عدد(١) لسنة ٢٠٠٦ بشأن المعاملات والتجارة

الإلكترونية وتحديداً بعد قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٧.

للمزيد ينظر : طارق البكوش، مشروع مداخلة حول الوساطة الإلكترونية، بحث مؤتمر المعاملات الإلكترونية، الإمارات ص ٧١٤.

(٥) الإء يعقوب النعيمي، الوكيل الإلكتروني، المرجع السابق ص ٤٢٧.

وتنوع الغايات والأهداف التي يتوخى تحقيقها مستخدموا ومشغلوا تلك البرامج والتي تقوم بانجاز أعمال قانونية يفترض ان يقوم بها الاشخاص القانونيين الذين قاموا بتصويب وتشغيل برامج الوسائط الالكترونية الذكية ، والتي تدخل في تكوين العقود وبرامها وتنفيذها في بعض الاحيان، لذلك سميت هذه البرامج بالوسائط الذكية<sup>(١)</sup> ، ويمكن تقسيم أنواع الوسائط الالكترونية الى قسمين رئيسيين وذلك بحسب هدف الوسيط الالكتروني والامكانيات الفنية وما يتمتع بها كالدكاء والقدرة على التصفح عبر شبكة الانترنت .

**القسم الأول : يضم الوسائط الالكترونية المستحدثة لانجاز أعمال مادية.**

**القسم الثاني : يضم الوسائط الالكترونية التي تقوم بانجاز تصرفات قانونية.**

القسم الاول : الوسطاء الذين يقومون بأعمال مادية ، وهذا النوع يقتصر على مايقوم به الوسيط الالكتروني لحساب مستخدمه على القيام بعمل مادي، فلا يتطلب الامر اتجاه الارادة لاجراءات اثر قانوني وتعبيرا عن الارادة<sup>(٢)</sup> ، ويشمل هذا النوع وسيط البحث عن المعلومات ، والوسيط المراقب ، والوسيط المساعد . كما سوف يتم بيان كل نوع منه.

١- وسيط البحث عن المعلومات : ينحصر مهمة هذا النوع من الوسيط الالكتروني في البحث عن المعلومات التي يطلبها منه المستخدم بناء على تعليمات من المستخدم ليظهرها للمستخدم فيما بعد ، لذلك صممت هذه البرامج للبحث عن المعلومات بسبب وجود كم هائل من المعلومات على الانترنت ، والبحث عنها بالطريقة التقليدية يستغرق مده زمنية طويلة<sup>(٣)</sup> ، وان دور الوسيط الالكتروني يشابه الى حد كبير الدور الذي تؤديه محركات البحث ( search engines ) او ( google, yahoo ) ، علما ان كل منها يجمع المعلومات بطريقة خاصة من قبل المستخدم، الا ان هناك فارق في النتائج التي يقدمها الوسطاء عن مواعير البحث<sup>(٤)</sup> ، وانه فارق تقني مهم وذلك ان مواعير البحث تظهر نتائج البحث التي توصلت اليها على شكل قائمة تقترب بالكلمات التي زودها بها المستخدم تبدا القائمة بالأقرب ثم تنتهي بالأبعد ، ومن ذلك إذا أراد المشتري على سبيل المثال البحث عن غرض عليّة كتابة اسمه ضمن مواقع البحث وسوف تظهر له ضمن

(١) اسعد الجميلي، صدام المحمدي، تكوين العقد بالوسائط الالكترونية الذكية، المرجع السابق ص ٣٧.

(٢) شريف محمد غنام ، النظام القانوني للوكيل الالكتروني، المرجع السابق ص ٣٣.

(٣) الاء يعقوب النعيمي ، الوكيل الالكتروني، المرجع السابق، ص ٤٢٨.

(٣) Yahoo, Electronic agent model., at <http://english.ttu.edu/kairos/3-1/eoverwed/galin/agent.Htm>.,p.

مشار الية لدى شريف محمد غنام ، دور الوكيل الالكتروني بالتجارة الالكترونية، المرجع السابق ص ٣٢.

مواقع التي تعرض هذه الحاجة للبيع بعدد كبير وعلية ان يختار بنفسه الافضل وان يوازن فيما بين المواقع ،اما اذا استعان بوسيط الكتروني فان عملية البحث سوف تكون أكثر تحديدا ، وذلك بناء على طلب مستخدمه<sup>(١)</sup> ، وتجد الإشارة إلى أن هذا النوع من الوسائط ليس له قاعدة بيانات، اذا يجب تثبيتها اولا قبل استخدامه في كمبيوتر المستخدم<sup>(٢)</sup>.

ولم ينحصر دور الوسيط الالكتروني على تقديم المعلومات بشكل دقيق بل تعدى ذلك الى تقديم التوصية للمشتري عن الشيء الذي يرغب في شرائه ضمن البيانات التي زوده بها المشتري ومفضلاته وتقديم النصح والارشاد الذي يختلف بحسب شخصية العميل فكما كانت معرفة العميل بالخدمات الالكترونية محدده او حرفته بعيده عنها، كلما كانت حاجته للنصح والارشاد وأكد ،وكما كان النصح في حقه مسايرا obligation personalize لمتطلباته واحتياجاته ومؤهلاته الشخصية ( appreciation in concerto )<sup>(٣)</sup> ، وذلك نتيجة التطور الذي شهدته وسائط البحث عن المعلومات. اذا يقوم وسط المعلومات للمستخدم بعد تحليلها ومعالجتها والحالات التي يتعدر فيها إبرام العقود ، والحالات التي يوصي بها البرنامج بإبرام العقود مع المستهلك اذا بناء على هذا التحليل والتوصيه يقف على اسباب النجاح في إبرام العقود او الفشل في ذلك.<sup>(٤)</sup>

٢ - الوسيط الالكتروني المراقب: يتولى هذا النوع من الوسائط الالكترونية متابعه التغيرات التي تحدث على الانترنت بخصوص معلومات معينة ، ومن ثم اعلام المستخدم بها وذلك عن طريق

- (١) اذ يعد اول برنامج وسيط للبحث عن المعلومات (Bargain finder) وقد كان نطاقه محدود للبحث عن سلعه واحده هي الاقراص الليزرية الموسيقية (CDS MUSIC) وبعد ذلك تم تطوير برنامج وسيط للبحث عن المعلومات ليكون قادر على البحث عن اكثر من سلعه واحده، ويعد برنامج (FIDO THESHOPPING DOGGIE) اول برنامج البحث عن السلع متعددة، وله القدره على الدخول الى قواعد بيانات المحلات الافتراضية على الانترنت. منقول عن : الاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص ٢٢٩ ومابعده.
- (٢) من امثلة ذلك وسطاء البحث عن المعلومات ،برنامج Copernic وهو ملك لشركة Copernic.com . منقول عن: شريف محمد غنام، النظام القانوني للوكيل الالكتروني، المرجع السابق ص ٣٥.
- (٣) وحسب رأي الدكتور طارق البكوش لايحوز للوسيط تقديم واجب النصح والارشاد عبر وسائط الكترونية او برامجات جاهزه تعمل تلقائيا او مؤتممة لاتراعي خصوصية وحاجة كل عميل، فتقديم النصح والارشاد يجب ان يحافظ على طبعه الانساني الذاتي (humnitate) وان يسرى لكل عمل على حده.
- للمزيد ينظر : طارق البكوش، مشروع مداخلة حول الوساطه الالكترونية، المرجع السابق ص ٧٣٤ ومابعدها.
- (٤) الاء يعقوب النعيمي، الوكيل الالكتروني، المرجع السابق، ص ٤٣٢ ومابعدها.

أكثر من صيغة<sup>(١)</sup>، ويأتي دور الوسيط المراقب انه يتابع اي تغيرات حدثت على تكنولوجيا معينة او في موضوع معين يكون محل اهتمام المستخدم ، كذلك يمتاز الوسيط المراقب بكونه يعمل بصورة دائمه حتى يتمكن من مراقبة اي تغير يصيب المعلومات التي تهم المستخدم.<sup>(٢)</sup>

٣ - الوسيط الالكتروني المساعد: أن الغرض من استخدام الوسيط الالكتروني المساعد لتخفيف من ضغط الاعمال الروتينية التي يجريها مستخدم الحاسوب الالكتروني اذا يمكن ان يكون برنامجا مستقلا او جزءا ملحقا ببرنامج آخر ، وعلية يمكن تقسيم هذا النوع من الوسائط الى نوعين:

أ - وسيط سطح المكتب: أن هذا النوع من الوسائط يوجد بشكل مستقل او منفصل على سطح مكتب كمبيوتر المستخدم وهو من اشهرها، اذا انه يقوم بتنظيم بشبكة الانترنت عن طريق فلترة البريد القادم الى المستخدم وفرزه وتركيبه بشكل معين ، وكذلك مسح البريد غير المرغوب فيه بناء على تعليمات المستخدم ولهذا النوع من الوسائط اهمية كبيرة للشركات والمشروعات في الرد على عملائها عن طريق البريد الالكتروني.<sup>(٣)</sup>

ب - وسيط التعلم: يقوم هذا النوع من الوسائط المساعدين باعمال فنية لمساعدة المستخدم في انجاز المسائل الروتينية عند استخدام الشبكة ، وانه قادر على ربط ادائهم بمفضلات المستخدمين عن طريق التعلم من سلوكهم وخبرتهم السابقة ويستطيع ان يبحث عن الافضل ويقدمه للمستخدم ، اذا ان برامج وسيط التعلم برنامج متقدم تقنيا.<sup>(٤)</sup>

القسم الثاني : الوسطاء الذين يقومون بتصرفات قانونية لحساب مستخدمه ، لم يقتصر دور الوسيط الالكتروني في اعماله لحساب المستخدم على الاعمال المادية الروتينية ، بل تعدى ذلك إلى القيام بتصرف قانوني لحساب المستخدم ،لما يتطلب ارادته نتيجة احداث اثر قانوني ، فلا يقف تدخل

(١) من ذلك مثلا ان يرسل رسالة بريد الكتروني الى المستخدم تعلمه بالتغيرات المذكوره ، او ان تظهر له رسالة تلقائية في نافذة مستقلة بمجرد ان يشغل جهاز الحاسب الالي، او ان يقوم بخزن المعلومات التي يحصل المستخدم عليها بمجرد طلبها من برنامج الوسيط.

منقول عن : الاء يعقوب النعيمي، الوكيل الالكتروني، المرجع السابق ص٤٣٣ ومابعدها.

(٢) الاء يعقوب النعيمي ، الوكيل الالكتروني، المرجع السابق ص٤٣٤ .

(٣) من هذا النوع برنامج Swift search الذي صمته شركة Internet Associate وبرنامج swift file note

من تصميم شركة LBM ، ومن امثلة هذا النوع برنامج outlook وهو من تصميم شركة Microsoft .

منقول عن: شريف محمد غنام ، دور الوكيل الالكتروني في التجارة الالكترونية، المرجع السابق ص٣٦ ومابعدها.

(٤) من امثلة هذا النوع من الوسائط Alexa interct من تصميم شركة Alexa وبرنامج letizia التابع لمعهد mit

منقول عن: شريف محمد غنام . النظام القانوني للوكيل الالكتروني ، المرجع السابق ص٣٧



الوسيط في ابرام العقود فقط بل قد يسبق ذلك في مرحلة المفاوضات<sup>(١)</sup> ، إذ يمكن للمتعاقدان الاستعانة بوسيط الكتروني يكون طرفا ثالث محايد لطرفي العقد<sup>(٢)</sup> ، ويستخدم هذا النوع من الوسائط الالكترونية الذكية بصفه عامه من قبل المستهلك والتاجر ، لغرض انجاز التعاقد ويستخدم المنتج او التاجر الوسيط الالكتروني الذكي لغرض الدخول في التعاقدات التي ينبغي فيها تصريف وتسويق منتجاته، وكذلك لا يمنع من استخدام كلا الطرفين وسيطا الكترونيا ذكيا في الوقت نفسه لانجاز التعاقد وتنفيذه وذلك من خلال وسطين الكترونيين لكل من الطرفين<sup>(٣)</sup> ، ومن ذلك يتبين لنا تنوع تطبيقات التعاقد باستخدام الوسائط الالكترونيه الذكية بثلاثة صور وذلك:

١- الوسيط الالكتروني المستخدم للتعاقد من قبل المستهلك ، نظرا لاتساع مستخدمي الانترنت بالعالم ، وخاصة للأغراض التجارية وارتضائهم اياه كطرف في التعاقد هذا من جانب ولضرورة حماية وضمن حقوق هؤلاء المستهلكين ، ومن جانب آخر يمثل دفاعا مهما للقبول بهذه الثورة التقنية الجديده والقبول يجري تكوينه من عقود باستخدام الوسائط الالكترونية ، ولان جميع المعاملات التي تتم عن طريق الشبكات الدولية بالتفاعل بين المستهلك وجهاز الحاسوب الموصول بالشبكة وهو مادفع الى القول بانه ينبغي ان ينظر الى الروابط التجارية بين المتعاقد الالكتروني والمستهلك الى انها معاملات قانونية ولا بد من الاعتراف بها وتحسينها<sup>(٤)</sup> ، والمستهلك بوصفه طرفا ضعيفا يتلقى الخدمة التي يطلبها بدون وسائل حمايه مباشرة وهذا هو الجانب السلبي الذي يبرز للتطور الذي حصل ولا يمكنه معاينة محل العقد بطريقة حقيقية ولا يتلقى حقيقة مع الطرف الاخر في مجلس عقد تقليدي ، ولا يباشر الطرفان كثيرا من الممارسات المعتادة في التعاقدات التي تهدف الى حماية المستهلك وضمن مصلحته في اتمام التعاقد<sup>(٥)</sup> ، وتقليديا أن حصول المستهلك على السلعة او الخدمة يمر بمراحل هي:

- ١- تحديد الحاجات او السلع او الخدمات التي يحتاجها المستهلك.
- ٢- معلومات حول المنتج او السلعة وسيتم اختيار السلعة او الخدمة عن طريق وسطاء تجاريين وكذلك اختيار التاجر او الموزع الذي يجري التعاقد معه وكذلك تحديد الثمن والضمان ومدة التسليم والسعته التجارية<sup>(٦)</sup>.

(١) الاء يعقوب النعيمي، الوكيل الالكتروني. المرجع السابق ص٤٣٦ ومابعدھا

(٤) الياس ناصيف ، العقود الدولية ، العقد الالكتروني في القانون المقارن ، منشورات الحلبي ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٩ ، ص١٢٨.

(٢) اسعد أجميلي، صدام المحمدي ، تكوين العقد عن طريق الوسائط الالكترونية الذكية، المرجع السابق ص٣٦

(١) اسعد أجميلي ، صدام المحمدي ، تكوين العقد بالوسائط الالكترونية الذكية ، المرجع السابق ص٣٧

(٢) أسامة احمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني ، ط١، دار الجامعة ، القاهرة ٢٠٠٥، ص٩٥.

(٣) اسعد أجميلي ، صدام المحمدي ، تكوين العقد بالوسائط الالكترونية الذكية، المرجع السابق ص٤٠

٣- التفاوض وذلك بتحديد شروط التعامل، ويلاحظ ان كثيرا من شروط العقود التي تبرم مع المستهلك عبر الانترنت تكون محددة مسبقا من قبل التاجر.

٤- مرحلة إبرام العقد وتنفيذه وذلك بعد اتمام التفاوض بين المستهلك والتاجر والاتفاق بشأن شروط العقد، وحيث ينعقد العقد بتطابق الإيجاب والقبول ، وذلك بدفع الثمن وتسليم السلعة او تقديم الخدمة.

٥- المرحلة الاخيرة هي مرحلة تقييم العقد وتقييم الخدمات مابعد العقد كالاتفاق على ان يقدم التاجر خدمات الصيانة للمبيع ، والتي تعد جزءا من تنفيذ العقد، والتي تعد من الخدمات تصنف باعتبارها مرحلة مستقلة من المراحل التي يمر بها سلوك المستهلك ، وكذلك ايضا تقييم المستهلك لمجمل عملية الحصول على السلعة او الخدمة ومدى رضاه عنها.

ويبرز دور الوسيط الالكتروني في المراحل التي تسبق ابرام العقد وذلك في الاستعانة به في تحديد حاجة المستهلك، الا ان مايقوم به الوسيط الالكتروني في المراحل التي تسبق ابرام العقد لايندرج ضمن القيام بتصرف قانوني لحساب المستهلك ، لان البحث عن المعلومات تتعلق بالتاجر ولايندرج في اطار العمل المادي، اما تدخل الوسيط في المرحلتين الاخيرتين للتفاوض ومرحلة ابرام العقد وتنفيذه ، ففيه قيام تصرف قانوني لحساب المستهلك<sup>(١)</sup> ، وان التكنولوجيا اليوم تسمح باستخدام الوسيط الالكتروني الذكي لانجاز اغلب هذه المراحل ، وقد يتعدى تدخل الوسيط الالكتروني مرحلة التفاوض فيتدخل في ابرام العقد فيصدر تعبير عن الارادة قد يكون ايجابا او قبولا ، ويكون تعبيراً ملزماً لمستخدمه المستهلك<sup>(٢)</sup> ، إلا أن هناك رأي في دور الوسيط الالكتروني بايصال وتبليغ الارادة للسوق تكون لازماً على العميل ان يتحمل وحده تبعية اختياره، وذلك لكون اعمال الوسيط الالكترونية اعمال مادية لاترتقي الى مرتبة التصرفات القانونية ، لان الاوامر المدخلة عبر الانترنت مثلا هي عمل فني بحت، ويمكن ان يقوم به برنامج الالكتروني معد للغرض او حتى منظومته الالكترونية مؤتمنة دون ان يكون للوسيط الالكتروني دور حاسم ، وعمليات العرض والطلب تكون بصفه الية اي الكترونية دون ان يكون للوسيط الالكتروني اي دور وانها عملية مادية بحتة ولا يمكن اعتبارها تصرف قانونيا<sup>(٣)</sup> ، ويمكن للوسيط الالكتروني أن يفاوض نيابة عن مستخدمه المستهلك بمختلف شروط العقد التي يمكن التفاوض بشأنها وذلك بعد تزويده بالتعليمات من قبل المستخدم (المستهلك)، ولايقف الامر الى حد التفاوض او ابرام العقد بل يمكن ان يمتد بان يتدخل الوسيط الالكتروني الى مرحلة التنفيذ ودفع الثمن او الاجرة

(١) آلاء يعقوب الأنعمي ، الوكيل الالكتروني ، المرجع السابق ص٣٣٨ ومابعدھا.

(٢) اسعد الجميلي ، صدام المحمدي . تكوين العقد بالوسائط الالكترونية الذكية ، المرجع السابق ص ٤١

(٣) طارق البكوش ، مشروع مداخلة حول الوسائطة الالكترونية ، المرجع السابق ص٧٤٨ ومابعدھا.

الالكترونيا ، عن طريق بيانات تتعلق بارقام بطاقة الاتمان الخاصة بالمستهلك لدفع الثمن نيابه عنه.<sup>(١)</sup>

٢ - الوسيط الالكتروني المستخدم للتعاقد من قبل المنتج ، أن جميع المراحل التي سبقت حصول المستهلك على السلعة والخدمة قد جرت جميعها والتاجر او المنتج طرفا فيها، فالطرفين التاجر والمستهلك مشتركون في ابرام هذا العقد ، ولان المنتجون او البائعون يحتاجون الى عرض سلعهم وخدماتهم طول الوقت وبصورة مستمرة ولا تتقيد بمواعيد عمل معينة شان المحلات التجارية ، فهم بحاجة الى الوسائط الالكترونية اكثر من حاجة المستهلكين لها، فالوسيط الالكتروني يقوم بالرد على طلبات العملاء بشكل متقدم ومستمر على المشتري ، ولهذا فان حاجة التاجر او المنتج الى وسيط الكتروني لحفظ البيانات الخاصة بكل مشتري ويقارنها بالبيانات التي يبيدها بكل مرة ويقدم عرضا شخصيا لكل مشتري<sup>(٢)</sup> ، أن الوسيط الالكتروني مرتبط بالهيئة والسوق ويجدر بالوسيط حفظ البيانات الشخصية المتعلقة بهوية عميله المشمولة بالسر المهني لان نظام السوق نفسه يفرض على الوسيط ، كما يلتزم الوسيط بضمان امن المعلومات والبرامج التي يعتمد عليها المعتمدون من طرف الوسيط الالكتروني ، ولا يقتصر دور الوسيط الالكتروني على مرحلة التفاوض بل يتعدى ذلك إلى التعبير عن الاراده ، إيجابا وقبولا ، وعلية تكون الوساطة مجرد عملية تنفيذ ما تلقاه الوسيط من أوامر من قبل العميل، فالوسيط الالكتروني هو في واقع الحال وسيط العميل يمثله ويحمي مصالحه، فلا تقوم اشتراط المصلحه الغير اذا لم تنشأ علاقة مباشرة بين المتعهد والمنفع<sup>(٣)</sup> ، ويظهر الوسيط الالكتروني كموجب او كقابل من دون تدخل او رقابة مشغل الوسيط على العقود التي يجريها ودون وجود اية مراجعة نهائية منه لبنود العقد ويتحقق ذلك من خلال :

١- نشر وتسويق المنتج عبر الشبكة ، وعلى نطاق يمتد مع امتداد الشبكة الدولية الأمر الذي يوفر مساحة واسعة للعرض اكبر من نطاق السوق التقليدية.

(١) من أمثلة الوسيط الالكتروني الذي يتم استخدامه للتفاوض (Tete-tete) المطور من قبل معهد ماساشوستش

للتكنولوجيا ، وهو برنامج مصمم للتفاوض بشأن مختلف الشروط.

للمزيد انظر: الاء يعقوب النعيمي ، الوكيل الالكتروني ، المرجع السابق ص ٤٤١ وما بعدها.

(٢) من أمثلة هذا النوع Broad vision والوسيط Select cast والوسيط Agent ware وكذلك الوسيط CBB

الذي طوره شركة MIT الذي يقوم بست خطوات رئيسية في عملية البيع ، وفي تحديد فئة المشتريين.

للمزيد انظر: شريف محمد غنام ، النظام القانوني للوكيل الالكتروني ، المرجع السابق ص ٤١

(٣) طارق البكوش ، مشروع مداخلة حول الوساطة الالكترونية ، المرجع السابق ص ٧٥٢ وما بعدها.

٢- زيادة العروض الخاصة بشراء المنتج بشكل مستمر لبساطة الوصول الى هذه العروض عن طريق الشبكة دون الحاجة الى سماسره او وسطاء وبهذا يوفر الجهد المبذول في مراقبة الوسطاء او مستخدمين السوق التجارية.

٣- يزيل الوسيط الالكتروني القلق لدى التاجر ويوفر اقتصاد في الجهد والنفقات بشكل كبير ، وبالتالي يؤدي الى تقليل التكاليف التي يتحملها التاجر والى انخفاض سعر السلعة.

٤- عن طريق الوسيط الالكتروني لا يمكن بث الرسائل العشوائية او التطفل من قبل طرف ثالث عن طريق التدخل او التنصت على الصفقة ومنع التفاوض لان الصفقة ستبقى بين الطرفين، مما يحقق قدر اعلى من السرية ونسبة نجاح ابرامها تصل الى درجه عاليه وعلى اكمل وجه.<sup>(١)</sup>

٣ - التعاقد بالتفاعل بين وسطين إلكترونيين ، يتبن دليل التشريع الملحق بالاتفاقية الذي عدته لجنة الاونسترال في الامم المتحدة بان تزايد استخدام الوسائط الالكترونية الذكية بالتجارة الالكترونية يدفع الى اعاده النظر في النظريات القانونية التقليدية بشأن تكوين العقود لاجل تقييم مدى ملائمتها بالنسبة للعقود التي تنشأ دون تدخل بشري<sup>(٢)</sup>، وتأكيد لصحة العقد الذي يكون بالتفاعل بين وسطين الكترونيين المادة ١٢ من اتفاقية الاونسترال الخاصة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية ، وان اتفاقات الاونسترال لا تحول بأي شكل من الاشكال دون استخدام برامج الوسائط الالكترونية الذكية مثل اصدار الطلبات او معالجة طلبات الشراء ، ولا يوجد في القانون النموذجي ميبدو انه يضع عقبات امام استخدام نظم الرسائل الالية تماما، لانه لا يتناول تلك النظم على وجه التحديد ، ورأت لجنة الاونسترال ، انه سيكون من المفيد ان تنص اتفاقية الخطابات الالكترونية على احكام تيسر استخدام نظم الرسائل الالية في التجارة الالكترونية ، وقد نصت المادة ١٢ قاعدة عدم تمييز صريحه يقصد بها توضيح ان عدم وجود مراجعه بشرية لمعاملة معينه او تدخل بشري لا يحول بحد ذاته دون تكوين العقد ، ولا يحرم مجرد استخدام نظم وبرامج الوسائط الالكترونية لاغراض تكوين العقد، من الفعالية والصحة والنفاد ، ولاسباب عدة تبطل صحة العقد بمقتضى القانون الداخلي<sup>(٣)</sup>.

(١) للمزيد ينظر : صدام المحمدي ، التفاوض على العقود بين الحرية والتقييد ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة النهدين ، العدد الخاص بالمؤتمر القانوني الأول لعام ٢٠٠٩

(٢) حيث نصت المادة بانه (لا يجوز انكار صحة او امكانية انفاذ العقد الذي يكون بالتفاعل بين نظام رسائل الي وشخص طبيعي او بالتفاعل بين نظامي رسائل البين لمجرد عدم مراجعة شخص طبيعي كلا من الافعال التي قامت بها نظم الرسائل الالية او العقد الناتج عن تلك الافعال او تدخله فيه).

منقول عن اسعد الجميلي، صدام المحمدي، تكوين العقد باستخدام الوسائط الالكترونية، المرجع السابق ص ٤٢

(٣) اسعد الجميلي ، صدام المحمدي ، تكوين العقد بالوسائط الالكترونية، المرجع السابق ص ٤٣ .



### الخاتمة والتوصيات

بعد أن انتهينا من هذه الدراسة والتي بينا فيها مفهوم الوسيط الالكتروني وتناولنا فيها تعريف برنامج الوسيط الالكتروني كما ورد في العديد من التشريعات ، ومن خلال التعريف به تبين خصائصه على انه برنامج يعمل بشكل مستقل دون تدخل بشري على وفق المعلومات والبيانات المزود بها من قبل منشأة وله القدرة على المبادرة بإنشاء أو إرسال أو تسليم أو تنفيذ رسالة البيانات الالكترونية وله القدرة على رد الفعل ، كما ذكرنا أهم مزايا ومآخذ التعامل عبر الوسيط الالكتروني ، وأخرا بينا أنواع الوسيط الالكتروني ، وتوصلنا إلى ما يتمتع به هذا البرنامج من القدرة على التعاقد وإبرام الصفقات ، لذلك لا بد من إعادة النظر في السماح للثروة التقنية للاتصالات الحديثة بالتقدم دون وضع صعوبات أمامها ، وخاصة بما يتمتع به برنامج الوسيط الالكتروني من مزايا وخصائص في توفير الوقت والجهد والدقة والسرعة في انجاز التعاقدات الالكترونية ، التي دفعت الكثير من التجار والمستهلكين على الاستعانة به في انجاز الصفقات.

وبما أن التعامل مع برنامج الوسيط الالكتروني الذكي أصبح واقع عملي لا يمكن الهروب منه ، إذ يجب التفاعل معه بالوسائل القانونية الصحيحة التي تكفل أمان المتعاملين عبر الوسائط الالكترونية ، التي يصاحبها تطور تكنولوجي مستمر ، كذلك نقترح أن تقرر القوانين الخاصة بالتجارة الالكترونية وبنصوص صريحة واضحة الدلالة صحة تكوين العقد الذي يتم عبر برنامج الوسيط الالكتروني.

كما يرى ضرورة التنسيق في عمل الوسيط الالكتروني على المستوى الدولي ، واعتراف التشريعات الداخلية لهذا الوافد الجديد بالتنظيم من حيث صحة التعاقد الذي يتم عن طريقة ، كما يمكن أن نرى مستقبلا في تطور الأجيال القادمة من أنظمة برنامج الوسيط الالكتروني لها القدرة على التصرف بذاتها وبشكل مستقل وليس فقط بصورة آلية ، وان تتمكن هذه البرامج وبفضل التطورات في مجال الذكاء الصناعي أن يتعلم من التجربة ، وان يعدل ذاتيا التعليمات الموجودة في برمجته وان يفاوض ويحاور ويبتكر تعليمات جديدة .

## المراجع

- ١- إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، الجوانب القانونية في التعاملات الالكترونية ، مجلس النشر العلمي ، الطبعة الأولى ، الكويت ٢٠٠٣ .
- ٢- أسامة أبو الحسن مجاهد ، الوسيط في قانون المعاملات الالكترونية ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٧ .
- ٣- أسامة احمد بدر ، حماية المستهلك ف التعاقد الالكتروني ، دار الجامعة الجديد ، ٢٠٠٥ .
- ٤- آلاء يعقوب أنعمي ، الوكيل الالكتروني ( مفهومه وطبيعته ) ، بحث مقدم إلى مؤتمر المعاملات الالكترونية ، دولة الإمارات العربية المتحدة ، ٢٠٠٨ .
- ٥- ثروت عبد الحميد ، التوقيع الالكتروني ، دار الجامعة الجديد ٢٠٠٧ .
- ٦- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الالكتروني ، رسالة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية ، ٢٠٠٧ .
- ٧- رأفت رضوان ، عالم التجارة الالكترونية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٩ ..
- ٨- سمير عبد السميع الاودن ، العقد الالكتروني ، مشات المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ .
- ٩- شريف محمد غنام محمد ، النظام القانوني للوكيل الالكتروني ، دراسة مقارنة في ضوء الأعمال الوطنية والدولية ، إصدارات معهد دبي القضائي ، سلسلة الدراسات القانونية والقضائية (٧) ، ٢٠١٢ .
- شريف محمد غنام محمد ، دور الوكيل الالكتروني في التجارة الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٢ .
- ١٠- صدام فيصل كوكز المحمدي ، الوسيط الالكتروني ( دراسة مقارنة ) ، بحث منشور بمجلة حقوق البحرين ، العدد الأول ، ٢٠١١ .
- صدام فيصل المحمدي ، التفاوض على العقود بين الحرية والتقييد ، بحث منشور بمجلة الحقوق النهريين ، العدد الخاص بالمؤتمر القانوني الأول ٢٠٠٩ .
- اسعد عبيد أجميلي ، صدام فيصل المحمدي ، تكوين العقد بالوسائط الالكترونية الذكية ، بحث منشور جامعة البحرين ، العدد الأول ٢٠١٤ .
- ١١- طارق البكوش ، مشروع مداخل الوسطة الالكترونية ، بحث مؤتمر المعاملات الالكتروني ، الإمارات ، ٢٠٠٨ .
- ١٢- عبد الفتاح بيومي حجازي ، أثبات المعاملات الالكترونية عبر الانترنت ، منشات المعارف ، ٢٠٠٩ .
- ١٣- عبد الفتاح محمود الكيلاني ، المسؤولية الناشئة عن المعاملات الالكترونية عبر الانترنت ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١١ .
- ١٤- عبد الله ألقاسمي ، الوسيط الالكتروني في التشغيل ، المنشور على الموقع [www.marocdroit.com/](http://www.marocdroit.com/) تاريخ النشر ٢٧ سبتمبر ٢٠١١ .

- ١٥- مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة ، إبرام عقد البيع عن طريق الانترنت ، رسالة دكتوراه ، عين شمس ٢٠١٠ .
- ١٦- محمد السعيد رشدي ، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة (ومدى حجيتها في الإثبات ) ، منشأة المعارف ، ٢٠٠٨ .
- ١٧- محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة ، الطبعة الثانية ، ٢٠١١ .
- ١٨- مراد يوسف مطلق ، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الالكتروني ، رسالة دكتوراه ، عين شمس ، ٢٠١٠ .
- ١٩- نسرین عبد الحمید النبیہ ، الجانب الالکترونی للقانون التجاری ، منشأة المعارف ، ٢٠٠٨ .
- ٢٠- الیاس ناصیف ، العقود الدولية ، العقد الالکترونی فی القانون المقارن ، منشورات الحلبي ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٩ .



## التنازع الانتقالي الناشء عن

### تغيير قواعد الإسناد

إعرابو □

هيمن فاضل أعمار □

## أولاً: مقدمة

تعرف قاعدة الإسناد بأنها القاعدة القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب تطبيقه على الروابط القانونية التي تتضمن عنصراً أجنبياً من عناصرها<sup>١</sup>، وكما هو الشأن بالنسبة لجميع القواعد القانونية الوضعية تخضع قواعد الإسناد للتغيير والتعديل والتبديل الشيء الذي يفضي إلى حلول قاعدة إسناد جديدة محل قاعدة الإسناد القديمة فينشأ بسبب ذلك تنازع انتقالي بين القاعدتين المذكورتين، ويصح القول السابق سواء بالنسبة لقواعد الإسناد المقررة في قانون القاضي المعروض عليه النزاع أو بالنسبة لقواعد الإسناد المعمولة بها في القانون الأجنبي المختص بموجب قانون القاضي.

إذاً فإن علينا أن نتكلم في البداية عن التنازع الانتقالي الناشئ عن التعاقب الزمني بين قواعد الإسناد المقررة في قانون القاضي في المطلب الأول، ومن ثم الحديث عن التنازع الانتقالي الناشئ عن التعاقب الزمني لقواعد الإسناد الأجنبية المقررة بمقتضى قانون القاضي.

كانت حالات التنازع الإنتقالي بين قواعد الإسناد إلى نهاية النصف الأول من القرن الماضي قليلة ونادرة، إلا أنه بعد هذه الفترة عقب صدور العديد من التقنيات المدنية التي تضمنت قواعد الإسناد الجديدة مغايرة لما كانت سائدة قبلها كاستخدام ضابط الجنسية بديلاً لضابط الموطن، قصد تحديد القانون واجب التطبيق على حالة وأهلية الأفراد.

وبعد التاريخ المذكور تواترت حالات التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية نتيجة صدور كثير من التقنيات الوضعية المتعلقة بالقانون الدولي الخاص التي تقرر فيها تعديل قواعد الإسناد التي كان معمولاً بها من قبل.

وكذلك الحال بالنسبة للتنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الأجنبية ولهذا رأينا من الضروري إجراء هذه الدراسة لمعالجة حالات التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد التي قد تحدث في المستقبل.

<sup>١</sup> صوفي حسن أبو طالب، الوجيز في قانون الدولي الخاص في القانونين المصري واللبناني، ج ١ دار النهضة العربية بيروت، سنة ١٩٧٢، ص ٥٥ و ص ٥٦.

أ.د. أحمد الزوكاغي، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، ط ١، المطبعة الأمنية بالرباط، سنة ١٩٩٣، ص ٣٢.

## ثالثا : أسئلة الدراسة

تثير هذه الدراسة العديد من الأسئلة:

- ١- ماهي الحلول الفقهية المقترحة لمعالجة النزاع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية ؟
- ٢- ماهى طرق ووسائل المعالجة المتبعة من قبل الاجتهاد القضائي للنزاع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية ؟
- ٣- ماهى أبرز الحلول الوضعية لمعالجة النزاع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية ؟
- ٤- ماهى الاستثناءات التي ترد على مبدأ الأثر الفوري لقواعد الإسناد الجديدة ؟
- ٥- هل يمكن حدوث النزاع الانتقالي بين قواعد الإسناد المقررة في القانون الأجنبي المختص؟
- ٦- ماهي أبرز النظريات التي ظهرت لمعالجة النزاع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية الأجنبية؟ وهل نجحوا جميعا في حل النزاع الانتقالي ؟ وماهى الحلول الأنسب المتبعة فى الوقت الراهن لمعالجة النزاع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية منها والأجنبية؟

## رابعا : أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى التعرف أولا على النزاع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية منها والأجنبية، والتمييز بينهما، وكذلك معرفة نطاقها من الناحية الزمنية والمكانية وتشخيص المشكلة التي نحن بصدها، وهى النزاع الانتقالي بين قواعد الإسناد وتيسير مهمة القاضي فى معرض تصديه للحكم فى القضية المعروضة عليه والمشملة على عنصر الأجنبي، و يتضمن فى ثناياه تنازعا انتقاليا بين قواعد الإسناد، وبالإضافة إلى ما تقدم ذكره، تهدف الدراسة إلى التوصل لصياغة قانونية فنية دقيقة للنزاع الانتقالي بين قواعد الإسناد، تصبح متبعة من قبل قاضي النزاع.

## خامسا : مشكلة الدراسة

- ١- ندرة المصادر من الكتب التى أعدت فى هذا المجال وكذلك البحوث العلمية فى هذا الصدد قليلة جداً.
- ٢- صعوبة الحصول على أحكام قضائية متعلقة بموضوع الدراسة وتبعثرها، مما يتطلب جهدا كبيرا ومضنيا فى سبيل لم شملها والاستفادة منها فى بحثنا والاستئناس بها .
- ٣- صعوبة الترجمة بالنسبة للمصادر الأجنبية بالإضافة إلى عدم دقة مصادر الترجمة.
- ٤- التكاليف الباهظة فى سبيل الحصول على هذه المصادر النادرة.

## سادساً : منهج الدراسة

تقوم منهجية البحث في هذه الدراسة على اتباع المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن، وذلك لعرض مشكلة التنازع الانتقالي واستعراض النظريات الفقهية وتحليلها، وبيان مساوئ النظريات والانتقادات التي وجهت إلى كل نظرية، وبيان محاسن النظريات ومدى صلاحيتها للأخذ بها في معالجة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد، وبيان دور المحاكم وتوجهاتها في حل التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد، وقد أجرينا المقارنة بين القانون الفرنسي والمصري بغرض الوقوف على موقف سليم وصائب للمعالجات المستقبلية للتنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد من قبل المشرعين العرب.

## سابعاً: أدوات الدراسة

أ/ القوانين والتشريعات

ب/ الكتب العلمية

ج/ الدراسات والبحوث السابقة التي أعدت في نفس المجال

د/ الرسائل العلمية

## ثامناً: خطة الدراسة

سنتناول في هذا البحث الحديث عن الخطوط المتبعة في الدراسة على النحو الآتي:

## \* مقدمة

المطلب الأول: التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية

الفرع الأول: الحلول الفقهية المقترحة لمعالجة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية

الفرع الثاني: الحلول الوضعية لمعالجة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية

الفرع الثالث: معالجة الاجتهاد القضائي للتنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الجديدة

الفرع الرابع: الاستثناءات الواردة على مبدأ الأثر الفوري لقواعد الإسناد الجديدة

المطلب الثاني: التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد المقررة في القانون الأجنبي المختص

## الخاتمة

## المطلب الأول

## التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية

يثور التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد المقررة في قانون القاضي عندما يتبين للأخير أنه في مواجهة رابطة قانونية مشتملة على عنصر أجنبي نشأت خلال فترة زمنية كان العمل جارياً فيها بقاعدة إسناد معينة وفي تاريخ عرض النزاع بخصوص الرابطة المذكورة آنفاً على القضاء تبين أن قاعدة الإسناد المشار إليها قد ألغيت وحل محلها قاعدة إسناد جديدة تقضي بخلاف ما كان منصوصاً عليها في قاعدة الإسناد السابقة الملغاة<sup>١</sup>.

وفي مثل هذه الحالة يثور التساؤل عن ما إذا كان يجب تطبيق قاعدة الإسناد السابقة على اعتبار أن الرابطة القانونية نشأت في ظلها أم أن الأمر يوجب إعمال قاعدة الإسناد الجديدة تأسيساً على أن النزاع حول الرابطة المذكورة إنما نشأ في تاريخ لم يعد فيه للقاعدة السابقة أية سلطان أو نفوذ<sup>٢</sup>. بمعنى أن التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية يتطلب تحديد نطاق سريان من حيث الزمان بالنسبة لكل قاعدة من قاعدتي الإسناد المتعاقبتين داخل دولة معينة<sup>٣</sup>، وبيان كيفية توزيع الاختصاص من الناحية الزمنية بين القاعدتين المذكورتين<sup>٤</sup>.

وقد كانت حالات التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية قليلة ونادرة الحصول إلى حدود نهاية النصف الأول من القرن الماضي حيث اقتصر على حالات التنازع التي حدثت في فرنسا بعد صدور التقنين المدني ١٨٠٤ وفي ألمانيا نشأ هذا النوع من التنازع بعد أن دخل التقنين المدني حيز التنفيذ عام ١٩٠٠ إذ أن المقنن في الدولتين المذكورتين قد استبدلا معيار الموطن

<sup>١</sup> جاك هيرون، التطبيق الزمني لقواعد التنازع، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، سنة ١٩٧٨، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٣٣.

<sup>٢</sup> لوسوارن ويوريل، القانون الدولي الخاص، سلسلة دالوز الوجيز، ط١، دالوز-باريس، سنة ١٩٧٨، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٣٣.

<sup>٣</sup> باتيفول و لاكارد، القانون الدولي الخاص، ج١ المكتبة العامة للقانون والقضاء، باريس، سنة ١٩٨١، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٣٣.

<sup>٤</sup> إميل تيان، الوجيز في قانون الدولي الخاص، بيروت، سنة ١٩٦٦، فقرة ٤٧ مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٣٣.

بضابط الجنسية، قصد تحديد القانون واجب تطبيقه على حالة وأهلية الأفراد ولكن ابتداءً من النصف الثاني من القرن العشرين تواترت حالات التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية نتيجة لصدور الكثير من التفهيمات الوضعية المتعلقة والمتخصصة بالقانون الدولي الخاص التي تضمنت بين قواعدها تعديلات لقواعد الإسناد التي كان العمل بها و جارياً من قبل<sup>١</sup>، وخير مثال على ما سبق ذكره، يمكن الاستدلال بما حصل في فرنسا من تنازع انتقالي بين قواعد الإسناد عن إصدار قانون ٣ يناير سنة ١٩٧٢ المتعلقة بالنسب<sup>٢</sup>، وقانون ١١ يناير سنة ١٩٧٥ الخاص بالطلاق<sup>٣</sup> حيث صار مشكلة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد تكتسب أهمية عملية كبيرة إذ نادراً ما نجد حكماً لا تتخذ فيه المحاكم الفرنسية موقفاً معيناً حيال قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق من حيث الزمان.

وتجدر الإشارة إلى أن التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية لا ينشأ وحسب عن التعديل الذي يطرأ على القواعد السالف ذكرها المستمدة من المصادر الشكلية الداخلية، بل يمكن أن يتولد كذلك عن إبرام معاهدة دولية أو حتى عن التخلي عنها ومثل هذا الشكل من أنواع التنازع الذي يمكن أن ينشأ بسبب تطبيق المعاهدة الفرنسية المغربية المؤرخة ١٠/٨/١٩٨١ المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة، وبالتعاون القضائي التي قررت فيها الدولتان تعديل بعض قواعد الإسناد التي كان العمل جارياً بها إلى حين دخول الاتفاقية حيز التنفيذ، ودون أن يبين واضعوها الكيفية والطريقة لمعالجة التنازع الانتقالي الذي سوف ينجم عن حلول قواعد جديدة محل أخرى قديمة بخصوص علاقات خاصة دولية بين فرنسا والمغرب<sup>٤</sup>، وحل التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية، تباينت المقترحات الفقهية الفرع الأول، وكما اختلفت الحلول الوضعية المقررة في هذا الصدد الفرع الثاني.

<sup>١</sup> راجع في هذا نصوص تقنين المذكورة في إبقاء نجيلوس فاسيلاكاكيس، التوجهات المنهجية الحديثة للقانون الدولي الخاص الصادرة في أوروبا سلسلة مكتبة قانون الدولي الخاص المكتبة العامة للقانون والقضاء، باريس، سنة ١٩٧٨، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٣٤

<sup>٢</sup> راجع تفصيلاً جاك فوايي النسب الطبيعي وتغير قانون الواجب التطبيق التنازع المتحرك للقوانين سلسلة مكتبة القانون الدولي الخاص المجلد الأول، دالوز - باريس، سنة ١٩٦٤، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٣٤

<sup>٣</sup> انظر في هذا الموضوع جاك فوايي دوران ورجوع إلى مصادر القانون الدولي الخاص المادة الجديدة ٣١٠ من التقنين المدني، المصنف الدوري ١٩٧٦، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٣٤

<sup>٤</sup> للمزيد من التفصيلات راجع إدريس الشابي، إصلاح الطلاق الدولي بفرنسا وأثاره القانونية على الحالة الشخصية للمغاربة المقيمين في فرنسا، رسالة لنيل دبلوم السلك العالي المدرسة الوطنية للإدارة العمومية الرباط، ١٩٨٣، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٣٥. وانظر كذلك كروليش، فهرس دالوز للقانون الدولي، تنازع القوانين في الزمان، فقرة ١٦ حيث يشير إلى ما نشأ من تنازع انتقالي بين قواعد

## الفرع الأول

## الحلول الفقهية المقترحة لمعالجة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية

إن أغلب الباحثين والفقهاء الألمان حاولوا تصدي عقب صدور التقنين المدني الألماني سنة ١٩٠٠ إلى دراسة هذا النوع من التنازع الانتقالي الذي ينشأ في مضمار قانون القاضي عن إصدار قوانين جديدة ليحل محل قواعد قديمة وملغاة، إلا أن هذا لا يعني الفقهاء والباحثين في بقية الدول الذين لم يساهموا في هذا الخصوص.

فهناك بعض النظريات الفقهية التي أدلى بها فقهاء إيطاليون وفرنسيون ومن الملاحظ أن مختلف النظريات المقترحة في هذا المضمار كانت كلها تهدف إلى معالجة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد إلا أنها تتباين من حيث النتيجة، فإذا كان البعض يستند إلى ضرورة تطبيق قانون الإسناد الجديد حتى بالنسبة للروابط القانونية الناشئة قبل دخول القاعدة المذكورة حيز النفاذ، فإن آخرون يناشدون بوجوب النظر إلى التنازع الانتقالي الناشئ في حظيرة القانون الدولي الخاص على أنه يمثل فرعاً مستقلاً عن التنازع الانتقالي الذي يقوم في نطاق القانون الداخلي البحث.

هذا في الوقت الذي يعتقد فيه فريق ثالث من الباحثين والفقهاء بأن القواعد المقررة لمعالجة التنازع الانتقالي الداخلي هي التي ينبغي إعمالها بالنسبة للتنازع الانتقالي الناشئ عن تعاقب قواعد الإسناد<sup>١</sup>.

## أولاً: نظريات التطبيق الفوري المطلق لقواعد الإسناد الجديدة

انظرية (نيدنير) التطبيق الفوري والرجعي لقواعد الإسناد

الإسناد عندما تخلت فرنسا عن اتفاقيات لاهاي لسنة ١٩٠٥ التي كان العمل جارياً بها في نطاق العلاقات الخاصة الدولية بين فرنسا وأسبانيا، مشار إليه في مؤلف أ.د. أحمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٣٥

١. أ.د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مطبعة الجلاء الجديدة، سنة ١٩٩٦، ص ٢٨١ وما بعدها

١.د.حسن الهداوي و.د.د.غالب علي الداودي، قانون الدولي الخاص تنازع القوانين المرجع السابق ص ٢١٨ وما بعدها

أ.د.أحمد الزوكاغي، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، ط ٣، سنة ١٩٩٣، ص ٣٦.

١.د.مظفر ناصر حسين، التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق، ص ٢٨٢ وما بعدها

نادى لفقيه الألماني (نيدنير) بنظرية تتلخص في الآتي:

تعتبر القواعد الهادفة لحل تنازع بين قواعد التي تنضوي تحت لواء القانون العام وإنه من المعلوم أن قواعد القانون العام تسري بأثر مباشر وفوري وبالكيفية الرجعية في نفس الوقت أي في آن واحد، ومن هنا نلاحظ من ناحية أن الفقيه نيدنير يعتبر قواعد الإسناد من بين القواعد التي تدخل في نطاق القانون العام تأسيساً على أنها تستهدف تحديد دائرة السلطة التشريعية للدولة، كما أنها كذلك ترمي إلى معالجة المنازعات بين سيادات مختلفة ومن جهة ثانية.

يستنتج نيدنير من الاعتبار السابق أن قواعد الإسناد ينبغي أن تطبق بشأنه قواعد القانون الانتقالي الواجب التطبيق على النصوص التشريعية التي تنتمي إلى فئة القانون العام وبناءً على هذا لا يعتقد نيدنير أن النصوص المذكورة تطبق بصفة رجعية وبكيفية فورية<sup>١</sup>، ويعني أن القوانين القديمة منذ إلغائها يتعين اعتبارها ملغاة بشكل نهائي فلا يمكن الإسناد إليها في أي حال من الأحوال<sup>٢</sup>.

وإذا ما أردنا فهم مضمون نظرية نيدنير على أكمل وجه كان لزاماً علينا أن نرجع إلى الخلفية التاريخية التي صاغ فيها نيدنير تصوراته بهذا الخصوص وانضم إليه الكثير من الفقهاء والباحثين المعاصرين فمن الواضح أن الأحكام المتعلقة بالقانون الدولي الخاص الألماني قد جاء النص عليها في المواد من المادة ٧ / إلى المادة ٣١ من قانون إصدار التقنين المدني الألماني وأن الأحكام الخاصة بالتنازع الانتقالي قد وردت في المواد من المادة ١٥٣ / إلى المادة ٢١٨ من التقنين السالف ذكره<sup>٣</sup>، وقد كان المشكل الذي ثار وقتئذ يتعلق بتحديد ما إذا كانت القواعد الانتقالية الخاصة المذكورة تعد واجبة التطبيق سواء بالنسبة للأحكام المادية المنصوص عليها في التقنين المدني الألماني أو بالنسبة لقواعد الإسناد الواردة فيها.

<sup>١</sup> وتأسيساً على ذلك لا يجوز للقاضي أن يطبق أي قاعدة أخرى سوى القاعدة الجارية بها العمل وقت التي بين فيها باستثناء ما إذا كانت هناك أحكام تشريعية صريحة تنص على خلاف ذلك، راجع فهرست لبراديل و نيبواي للقانون الدولي، ج ٤، تحت عبارة تنازع القوانين في الزمان، فقرة ٣٤، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغى، المرجع السابق، ص ٣٨.

<sup>٢</sup> راجع روبيه، القانون الانتقالي، (تنازع القوانين في الزمان)، ط٢، باريس، سنة ١٩٦٠، فقرة ١٠٧، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغى، المرجع السابق، ص ٣٨.

<sup>٣</sup> راجع نصوص التقنين الألماني الترجمة الفرنسية له المتعلقة بهذا الموضوع، روبيه، المرجع السابق، فقرة ٢٨، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغى، المرجع السابق، ص ٣٨.



ومن ثم فإن حل التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد تتم إما بالتطبيق المباشر لقواعد الإسناد المنصوص عليها في التقنين الألماني المذكور وإما بمساعدة القواعد الانتقالية المقررة في القانون الأنف ذكره، أي إخضاع قواعد الإسناد التي هي عبارة عن قواعد لمعالجة تنازع القوانين من حيث المكان للقواعد الانتقالية من حيث الزمان<sup>١</sup>، وخلافاً لأغلبية الفقهاء والباحثين يقرر نيدنير أنه ينبغي الرجوع أولاً وقبل كل شيء إلى قواعد القانون الدولي الخاص، على أساس أن المشاكل الناجمة عن التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد يتعين أن تعالج عن طريق التطبيق الفوري والمباشر للقوانين الجديدة الواردة النص عليها في المواد ٧ وما بعدها من التقنين المدني الألماني.

أما القواعد المتعلقة بالتنازع الانتقالي والمقررة في المواد ١٥٣ / وما بعدها من التقنين الذي سبق ذكره فيمكن تطبيقها فيما بعد عندما يجعل قواعد الإسناد الجديدة الاختصاص معقوداً للقانون المادي الألماني وقد تبين لنا أن السبب الجوهري الذي جعل نيدنير يقرر أولوية تطبيق قواعد الإسناد يكمن في اعتبار القواعد المذكورة في تصور نيدنير من قواعد القانون العام، حيث يرى أنها تتميز بكونها ذات تطبيق فوري يسري على جميع القضايا الجارية والمستقبلية<sup>٢</sup>.

وبالتالي فإن القواعد العامة الجديدة تحل بصورة نهائية محل القواعد القديمة إذ تزيلها وتعدمها وتجردها من كل إمكانية قد تسمح النظر إليها بوصفها سند في الدعوى ولا شك أن النقاش<sup>٣</sup> الذي أرسى دعائمه الفقيه (نيدنير) يقتضي بحث الفكرة التي تضمنتها من جهتين أولهما تحديد طبيعة قواعد الإسناد، والثانية فتتعلق بكيفية تطبيق القواعد المذكورة من حيث الزمان، لعل أول ما ينبغي الإشارة إليه في هذا المقام هو أن نظرية نيدنير كان لها الفضل في تنبيه الأذهان

<sup>١</sup> أ.د. أحمد الزوكاغي ، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، ط ٣، سنة ١٩٩٣، ص ٣٨، وايضا انظر ا.د. مظفر ناصر حسين، التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق، ص ٢٨٣ وما بعدها، ا.د. هشام خالد ، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين ، مطبعة دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠١، ص ٤٢ وما بعدها.

أ.د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مطبعة الجلاء الجديدة، سنة ١٩٩٦، ص ٢٨١ وما بعدها

<sup>٢</sup> وهذا هو التطبيق الرجعي في الحقيقة كما أشار إليه روبيه، المرجع السابق، مشار إليه في مؤلف أ.د. أحمد الزوكاغي ، المرجع السابق ، ص ٣٩

<sup>٣</sup> راجع في هذا روبيه، القانون الانتقالي، (تنازع القوانين في الزمان)، ط ٢، باريس، سنة ١٩٦٠، وكذلك راجع كرستيان كفالدا ، باتيفول و لاكارد، مشار إليه في مؤلف أ.د. أحمد الزوكاغي ، المرجع السابق ، ص ٣٩

إلى الطبيعة التي تصطبغ بها قواعد الإسناد وبيان ما إذا كانت تنتمي إلى دائرة قانون العام، أم تنتسب إلى مضمار القانون الخاص.

ومن الجدير بالذكر أنه يتجه فريق من الفقهاء إلى اعتبار قواعد الإسناد جزءاً من القانون العام، على أساس أن وظيفة القواعد المذكورة تتمثل في توزيع الاختصاص التشريعي بين الدول ومعالجة التنازع القائم بين القوانين الصادر عنها فهو تنازع بين السيادة<sup>١</sup> على حد زعمه، إلا أن هذا التصور لطبيعة قواعد الإسناد غير قابل للقبول في الوقت الحاضر ذلك اعتباراً أن القواعد المشار إليها لا تضع حلاً للتنازع بين القوانين بوصفه تنازحاً بين السيادة، بل تنحصر مهمتها في تقرير الحل العادل أو الملائم بحسب ما يراه المشرع الوطني للنزاع الذي ثار بصدد العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي<sup>٢</sup>.

وتأسيساً على ذلك تندرج قواعد الإسناد في نطاق القانون الخاص انطلاقاً من أن تطبيقها لا يعرض إلا إذا كان الأمر يتصل بعلاقات وروابط يحكمها القانون الخاص، مثل العلاقات العائلية والزوجية والروابط التعاقدية والمعاملات الخاصة بالتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت كما في الوصية والميراث، ففيما سبق لا وجود للدولة أو إحدى هيئاتها العامة وإنما هي تقتصر على الأفراد بصفتهم الخاصة<sup>٣</sup>، وإذا كان نيدنير تصور إن قاعدة الإسناد تنتمي إلى حظيرة القانون العام فهو يتوخى من هذا التصور تقرير سريان فوري ومباشر لتلك القواعد، إن النتيجة التي توصل إليها بدورها لم تكن موفقة وصحيحة على الإطلاق على أساس أن قواعد القانون العام لا تختلف من حيث كيفية تطبيقها على الطريقة التي تنفذ بها قواعد القانون الخاص من حيث الزمان أي بمعنى أن المبدأ القاضي بأن القانون ليس له أثر رجعي وإنما يسري فقط

<sup>١</sup> راجع في هذا بيليه، مبادئ قانون الدولي الخاص، باريس، ١٩٠٣، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٤٠.

بارتان، مبادئ قانون الدولي الخاص، ج ١، ط ٣ باريس، سنة ١٩٣٠، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٤٠.

<sup>٣</sup> ولهذا السبب وصف الفقيه الفرنسي بارتان نطاق قواعد الإسناد بأنها مجرد انعكاس لقواعد القانون المدني على الصعيد الدولي، مبادئ قانون الدولي الخاص، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٤٠.

على المستقبل، هو مبدأ عام يشمل تطبيقه كافة القواعد القانونية سواء كانت داخلية في طائفة القانون العام أو داخلية في نطاق القانون الخاص<sup>١</sup>.

وفي هذا الخصوص يذكر أحد الباحثين المتخصصين في الموضوع<sup>٢</sup> ليس ثم ما يدعو إلى اختلاف بين نصوص القانون الخاص والقانون العام في هذا الصدد فمن الواجب خضوعها جميعاً لمبدأ عدم الرجعية مفهوماً على الوجه الدقيق الصحيح.

وإذا وجد فيما غير ذلك اختلاف بين قانون الخاص وقانون العام بشأن مشكلة السريان الزمني فهو أن أعمال الأثر الفوري والمباشر يكاد يكون الأصل المطلق بخصوص القانون العام في حين توجد في القانون الخاص أحوال متعددة وكثيرة يتم فيها الخروج على الأصل أي الأثر المباشر للنصوص الجديدة وتقرير استمرار سريان القوانين القديمة ونفاذها وهذا اختلاف طبيعي أمام الصفة الأمرة لنصوص القانون العام أمام ما يوجد في القانون الخاص، إلى جانب النصوص الأمرة من نصوص مكملة أو مفسرة ومن عقود تخضع لسلطان الإرادة ويستقل الأفراد بترتيب آثارها.

نستنتج مما تقدم، أن نظرية نيدنير لم تفلح في حلها للمشاكل الحاصلة بين قواعد الإسناد الوطنية بل إنها لن تستطيع حل إشكالية التعاقب الزمني لقواعد القانون الدولي الخاص إذ أن تصنيف القواعد المذكورة في حقل القانون العام أو في دائرة القانون الخاص<sup>٣</sup> ليس هو المراد أو المطلوب في حد ذاته فإن هذا الأمر لا يقدم ولا يؤخر وإنما المقصود يكمن في تحديد تاريخ

<sup>١</sup> راجع باتيفول و لاكارد القانون الدولي الخاص، ج١ المكتبة العامة للقانون والقضاء باريس، سنة ١٩٨١، وهما يقرران أن أي قانون جديد يتعلق بطرق تعيين الموظفين لا يترتب عليه وإلا كان رجعياً بطلان التعيينات التي تمت قبل صدوره ويريان أنه إذا كان صحيحاً في نطاق القانون الخاص إن الالتزامات التعاقدية تصل خاضعة ولو بالنسبة لآثارها في المستقبل للقانون الجاري بهي العمل في تاريخ إبرام العقد فإن الأمر يتعلق بحل استثنائي من القاعدة العامة التي تقضي بأن القوانين الجديدة تطبق بكيفية فورية على الحقوق العينية و الالتزامات المالية، مشار إليه في مؤلف أ.د احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٤٠

<sup>٢</sup> د.حسن كبيرة، أصول القانون، ط ٢، دار المعارف بمصر، ١٩٥٩/١٩٦٠، فقرة ٢١٧، ص ٥٠٨.

<sup>٣</sup> وقد سارت محكمة الاستئناف بالرباط في حكم بتاريخ ١٠ / ٧ / ١٩٥١، دالوز، في اتجاه من هذا القبيل بالنسبة لظهير ١٩٢٤ المعدل سنة ١٩٥٠ المتعلقة بشروط ممارسة مهنة المحاماة فقررت ما يلي . أن السريان الرجعي وبالأحرى التطبيق الفوري يتعين أن يسود القواعد المنضمة لشروط ممارسة الوظائف العامة باستثناء ما إذا كانت هناك مقتضيات مخالفة عبر عنها المشرع بصورة صريحة، مشار إليه في مؤلف أ.د احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٤١

الذي يبدأ منه نفاذ قواعد الإسناد الجديد بكيفية تراعي وجود روابط قانونية نشأت في ظل قاعدة الإسناد القديمة ثم أعقبته قاعدة إسناد جديدة<sup>١</sup>

### ب . نظرية انزيلوتي تطبيق قواعد الإسناد الجديدة دون غيره:

يعتقد الفقيه الإيطالي انزيلوتي وغيره من الباحثين الإيطاليين الذين صاروا على نهجه على إن المشاكل الانتقالية لا وجود لها في نطاق القانون الدولي الخاص، على اعتبار أن قواعد الإسناد تتميز بطابع شكلي محض فلا يترتب عليها نشوء حقوق الفردية الشخصية، لأن موضوع القواعد المذكورة لا يكمن في الروابط التي تقوم بين الأفراد، وأن ما تقوم في القوانين المنظمة لهذه الروابط<sup>٢</sup>، وتأسيساً على ذلك ينادي انزيلوتي بأن تطبق على كل النزاعات قاعدة الإسناد الجاري العمل بها في تاريخ الفصل في النزاع، بل إن الفقيه الإيطالي لا يتردد في التسليم برجعية سريان قاعدة الإسناد الجديدة ومنح الاختصاص للقانون الانتقالي المعمول به في النظام القانوني الذي أشارت بتطبيقه قواعد الإسناد الأجنبية<sup>٣</sup>.

وبتعبير آخر أن التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد يقتضي بالنسبة للرابطة القانونية الواحدة أن تخضع لقانونين مختلفين، ولكن لنظام القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد الجديدة، هو الذي يرجع إليه أمر حكم و تنظيم الرابطة المذكورة،<sup>٤</sup> ولم يكن نصيب نظرية انزيلوتي أوفر حظاً من نظرية الألماني نيدنير الذي سبق لنا عرضه، إذ سرعان ما هجره الفقه واستغنوا عنه كنظام لمعالجة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد ذلك من جهة لأن نظرية انزيلوتي تحمل في

<sup>١</sup> انظر روبيه ، القانون الانتقالي ،(تنازع القوانين في الزمان)، ط٢، باريس، سنة ١٩٦٠، حيث يقول لو فرضنا أن قواعد التنازع التي تحدد القانون الواجب تطبيقه بالنسبة لتسوية تركة شخص أجنبي اعتبرت بمثابة قواعد تدخل في حظيرة القانون العام على أساس أن الأمر يقتضي توزيع الاختصاص التشريعي فما الذي تغير أن اللحظة التي تأخذ بنظر الاعتبار سواء في القانون الخاص أو في القانون العام لإثبات الحقوق العالقة بالتركة هي اللحظة التي توفى فيه المورث ، مشار إليه في مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤١

<sup>٢</sup> راجع أرمن جون ،الوجيز، دالوز، باريس، سنة ١٩٤٧، مشار إليه في مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٢

<sup>٣</sup> راجع كريستيان كفالدا، مشار إليه في مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٣

<sup>٤</sup> راجع كروليش ،تنازع القوانين في الزمان المرجع السابق، مشار إليه في مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٣

طياتها مصادرة على المطلوب،<sup>١</sup> فهي تشير بضرورة تطبيق قواعد الإسناد الجديدة دون سواها مع أن المسألة توجب البحث أولاً وقبل كل شيء عن القواعد التي يرجع إليها الاختصاص،<sup>٢</sup>

ومن ناحية ثانية تخط النظرية التي نبحثها بين قواعد الإسناد الوطنية وهو الذي يعيننا في هذه اللحظة الراهنة وبين قواعد الإسناد الناشئة بين قواعد الإسناد الأجنبية الذي هو تنازع انتقالي ينشأ بصفة لاحقة لتنازع قواعد الإسناد الوطنية،<sup>٣</sup> و الأهم من ذلك كله هو إن نظرية انزيلوطي تؤدي إلى التطبيق الرجعي لقواعد الإسناد الجديدة وهذا شيء مرفوض.

### ج نظرية دوسزاري: (تطبيق قواعد الإسناد الجديدة تفادياً لمشكلة الإحالة)

من الجدير بالملاحظة أن النظرية التي صاغها الفقيه الهنغاري ايتيين دوسزاري<sup>٤</sup> تختلف عن سواها من النظريات التي تندرج ضمن الاتجاه الداعي إلى التطبيق الفوري لقواعد الإسناد الجديدة، من ناحية جوهرية قد تكون هي التي لفتت الأنظار إلى نظرية الفقيه المجري المذكور فهو ينطلق في دعوته إلى تطبيق قواعد الإسناد الجديدة تطبيقاً فورياً يشمل حتى الروابط القانونية التي نشأت واكتملت قبل صدور القاعدة القانونية الجديدة، من موقفه الراض لفكرة الإحالة<sup>٥</sup>، و خصوصاً عندما يثور التنازع بين قواعد الإسناد، تتنازع كذلك فيما بينها من حيث الزمان<sup>٦</sup> وذلك على أساس التنازع من حيث الزمان، وكما هو الشأن بالنسبة لقواعد التنازع من

<sup>١</sup> أرمن جون، الوجيز المصدر السابق، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٤٢

<sup>٢</sup> انظر كفالدا، المرجع السابق، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٤٣

<sup>٣</sup> راجع كروليش، تنازع القوانين في الزمان المرجع السابق، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٤٣

<sup>٤</sup> ايتيين دوسزاري، تنازع القوانين في الزمان نظرية الحقوق الخاصة، مجموعة محاضرات أكاديمية لاهاي للقانون الدولي سنة ١٩٣٤، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٤٣

<sup>٥</sup> راجع في نقد النسق العام لفكر دوسزاري، روبيه، القانون الانتقالي، (تنازع القوانين في الزمان)، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٤٣

<sup>٦</sup> ووفقاً لتصور المرحوم جابر جاد عبد الرحمان، المرجع السابق، فقرة ٢٠٢، ص ٦١٤ فإن الإحالة هي الفكرة التي تقضي بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة بموجب قواعد الإسناد المقررة في قانون القاضي متى اختلفت مع هذه الأخيرة وكانت التنازع بينها سلبياً

ا.د. هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، مطبعة دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ٤٦ وما بعدها

حيث المكان لا يمكن أن تكون لها أي علاقة إلا مع القواعد المادية دون قواعد الإسناد المقررة في أي نظام قانوني، وبالتالي فإن رجعية القواعد الجديدة للتنازع المكاني تعتبر أمراً محتوماً ومؤكداً<sup>١</sup>.

وتأسيساً على ذلك يتوصل دوسزاري إلى وجوب التطبيق الفوري لقواعد الإسناد الجديدة في حالة نشوء تنازع انتقالي بين قواعد الإسناد، بحيث يرى أنه ينبغي على القاضي تطبيق قواعد الإسناد الجديدة المقررة في القانون الدولي الخاص للبلاد التي يحكم باسمها وذلك حتى بالنسبة للروابط القانونية التي نشأت في ظل قواعد الإسناد القديمة<sup>٢</sup>، وبغض النظر عن الانتقاد العام الذي يوجه إلى نظرية دوسزاري من حيث النتيجة التي تقضي إليها وهي تطبيق قواعد الإسناد الجديدة بأثر رجعي، نلاحظ أن نظرية دوسزاري تخشى إلى حد كبير من نهوض مشكلة الإحالة من حيث الزمان، أي قيام مشكلة تنازع قواعد الإسناد من حيث الزمان، مع أنه كان بالمقدور إزالة هذا التخوف الغير مبرر وذلك عن طريق رفض فكرة الإحالة بذاتها، سواء كانت الإحالة من حيث الزمان أو من ناحية المكان، وزد على ذلك فإن التخوف الذي عبر عنه دوسزاري من قيام تنازع زمني يضاف إلى قواعد الإسناد من حيث المكان هو تخوف سابق لأوانه على اعتبار أن المقصود لا يتمثل ببيان ما إذا كان قواعد التنازع الانتقالي مقرر في القانون المختص هي الكفيلة بحل التنازع الانتقالي، أو أن الأمر يقتضي الرجوع مباشرة إلى القواعد المادية المختصة بمقتضى قواعد الإسناد المعمولة في قانون القاضي.

فتلك مسألة لاحقة لا يثور التساؤل بصددها إلا بعد تحديد قاعدة الإسناد المختصة في قانون القاضي هل هي القاعدة القديمة أم هي القاعدة الجديدة؟ لذلك يظهر أن الحاجة تدعو إلى

١.د.مظفر ناصر حسين، التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق، ص ٢٨٤.  
أ.د.أحمد الزوكاغي، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، ط ٣، سنة ١٩٩٣، ص ٤٣.

<sup>١</sup> راجع كفالدا، المرجع السابق،، مشار إليه في مؤلف أ.د احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٤٤  
<sup>٢</sup> انظر دوسزاري، تنازع القوانين في الزمان نظرية الحقوق الخاصة، مجموعة محاضرات أكاديمية لاهي للقانون الدولي، سنة ١٩٣٤، مشار إليه في مؤلف أ.د احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٤٣.

١.د.مظفر ناصر حسين، التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق، ص ٢٨٤.  
أ.د.أحمد الزوكاغي، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، ط ٣، سنة ١٩٩٣، ص ٤٤.

١.د.هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، مطبعة دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ٤٦ و ص ٤٧.

التذكير بأن الإحالة بالنسبة إلى قواعد تنازع القوانين من ناحية المكان يثور على الصعيد الدولي أي بين قاعدتين أو مجموعة من قواعد الإسناد التي تنتمي كل واحدة منها إلى نظام تشريعي مختلف ومستقل عن سواه من الأنظمة، في حين أن الإحالة في مجال التنازع الانتقالي إنما تنشأ على المستوى الداخلي وتقضي التمكن من بعض القواعد والمبادئ التي من شأنها الفصل بين نطاق تطبيق القواعد الجديدة وبين دائرة نفوذ القواعد القديمة.

ثانياً النظريات الداعية إلى الاعتماد على قانون دولي خاص انتقالي مستقل:

#### أ. نظرية كاهن (وجود العلاقة بين رابطة قانونية ودولة القاضي)

إن الفقيه الألماني فرانس كاهن من الفقهاء المعروفين الذي يرتبط اسمه بنظرية التكيف المشهورة في القانون الدولي الخاص<sup>١</sup>، عرض الفقيه كاهن نظريته المتعلقة بالتنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد في مقالة نشرت في سنة ١٩٠١ باللغة الألمانية<sup>٢</sup>، وتتصف الأفكار الواردة فيها بأهمية خاصة، الشيء الذي جعل بعض الباحثين الفرنسيين<sup>٣</sup> يصف المقالة السالفة الذكر بأنها تتضمن نظام حقيقي للقانون الدولي الخاص، وعلى الرغم من الدراسة التي ألفها كاهن تنصب على القانون الألماني عن طريق معالجة الأحكام الانتقالية التي تضمنها قانون الإصدار التقنين المدني الألماني والمقتضيات التي تضمنها القسم الرابع من التقنين الذي سبق ذكره.

فإن مسألة القانون الدولي الخاص انتقالي بالكيفية التي درسها (كاهن) تكتسب طابعاً عاماً، بحيث يمكن استئناس بها في كل نظام قانوني وضعي و الأخذ بها، ونستطيع تلخيص

<sup>١</sup> راجع في ذلك بارتان، نظرية التكيف، مجموعة محاضرات أكاديمية لاهاي للقانون الدولي، سنة ١٩٣٠، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٤٥

جمال مرسي بدر، التكيف القانوني في تنازع القوانين من حيث المكان، مجلة المحاماة المصرية، العدد الأول، سنة ١٩٥٩، ص ٦٠. إسماعيل عبد المجيد، مشكلة التكيف في القانون الدولي الخاص، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الثالث، شهر يوليو، سنة ١٩٦٩، ص ١٠٧.

<sup>٢</sup> أوردها كفالدا، المرجع السابق، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٤٥

<sup>٣</sup> راجع روبيه القانون الانتقالي، (تنازع القوانين في الزمان)، ط٢، باريس، سنة ١٩٦٠، حيث يستهل حديثه عن أطروحة كاهن بقوله وفي مقالة بالغة النبوغ حاول كاهن تشييد أسس القانون الدولي الخاص، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٤٥

هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، مطبعة دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ٤٨ و ص ٤٩ وما بعدها

أ.د. مظفر ناصر حسين، التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق ص ٢٨٥ و ص ٢٨٦

نظرية (كاهن) في الصورة التالية، تتميز الحلول والمعالجات المستنتجة والمستخلصة بأنها ترتبط بكل قضية ذات علاقة بدولة القاضي في لحظة من اللحظات، وهكذا فإن عناصر التنازع من حيث المكان ومعطيات التنازع من ناحية الزمان تتداخل فيما بينها وتتشابك تشابكاً كبيراً، ذلك إن تحديد نطاق تطبيق كل قاعدة من القواعد المتتالية والمتعاقبة للقانون الدولي الخاص يخضع لمعيارين اثنين أحدهما مكاني والآخر زمني، فهناك من ناحية تاريخ التصرفات والوقائع المنشئة للروابط المتنازعة بخصوصها، وهناك من ناحية ثانية علاقات الرابطة القانونية المذكورة بالنظام القانوني<sup>١</sup>.

وهذا يعني في منظور الفقيه كاهن أنه يتعين استخراج قواعد خاصة بالتنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد، وأن تكون هذه القواعد منسجمة ومتلائمة مع طبيعة القانون الدولي الخاص، وفعلاً فإن (كاهن) عن طريق دراسته لمختلف حالات التنازع التي نشأت عن إحلال قواعد إسناد جديدة تأخذ بمعيار الجنسية في مجال الأحوال الشخصية محل قواعد التنازع القديمة التي كانت تعتمد ضابط الموطن لذات الغرض، توصل عقب إصدار التقنين المدني الألماني سنة ١٩٠٠ إلى تقرير فكرة عامة تقضي بأن معالجة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد ينبغي أن تركز على التأكيد والتثبيت من وجود أو عدم وجود علاقة بين الرابطة القانونية الناشئة بخصوصه النزاع وبين الدولة التي ثار أمام محاكمها ذلك النزاع قبل التعديل لقاعدة الإسناد.

وانطلاقاً من هذه الفكرة العامة يستخلص (كاهن) قاعدتين رئيسيتين في مجال القانون الدولي الخاص الانتقالي:

القاعدة الأولى بموجبها إذا لم تكن للرابطة القانونية قبل دخول التقنين<sup>٢</sup> المدني الألماني حيز التنفيذ أي العلاقة مع الدولة الألمانية فإن قواعد التنازع الألمانية القديمة لا يمكن تطبيقها بأي شكل ولو كانت الرابطة قد نشأت قبل نفاذ التقنين المدني المذكور،<sup>٣</sup> وبتعبير آخر يعتقد (كاهن) إن

<sup>١</sup> راجع كرويلش، تنازع القوانين في الزمان المرجع السابق، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٤٦

<sup>٢</sup> أ.د. أحمد الزوكاغي، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، ط ٣، سنة ١٩٩٣، ص ٤٦.

١.د.مظفر ناصر حسين، التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق ص ٢٨٦ وما بعدها  
٢.د. هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، مطبعة دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ٥٠ و ص ٥١.

<sup>٣</sup> راجع كفالدا، المرجع السابق، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٤٧



قاعدة الإسناد القديمة تظل واجبة التطبيق إذا كانت هناك علاقة بين الرابطة القانونية المتنازع بشأنها وبين دولة القاضي المعروض عليه النزاع<sup>١</sup>.

وأن يترتب بالتالي على وجود العلاقة القانونية المذكورة تطبيق قانون القاضي<sup>٢</sup>، وبعد ذلك يتعين البحث عن الدولة التي يرتبط بها الرابطة القانونية بعلاقة ما، على اعتبار أن الحالة التي يتصل فيها المركز القانوني بعلاقة معينة مع دولة القاضي المعروض عليه النزاع بموجب قواعد الإسناد هي الحالة التي يمكن الحديث فيها عن حق مكتسب في نظر الدولة المعنية<sup>٣</sup>، ولتوضيح مضمون هذه القاعدة الأولى يقدم (كاهن) مثلاً مستقيه من القضاء الألماني تتلخص وقائعه في أن شخص إيطالي يبلغ من العمر ١٩ عاماً ويقطن في الدنمرك التي تزوج فيها سنة ١٨٩٩ بمقتضى القانون الإيطالي أهلية هذا الشخص تتحدد للزواج في ١٨ سنة، في حين تحدد بموجب قانون موطنه أي القانون الدنمركي في ٢٠ سنة وبعد أن تساءل (كاهن) عن قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق في حق هذا الشخص الذي أبرم تصرفاً مالياً في ألمانيا بعد سنة ١٩٠٠، قصد البيت في صحة الزواج الذي أبرمه بمعنى هل يسري بحقه قانون الجنسية أم قانون موطنه يرجع الفقيه المذكور إلى الفكرة العامة التي تغطي على نظريته وهي التثبيت من وجود العلاقة أو عدم وجودها ما بين المركز القانوني أو الرابطة القانونية التي وجد فيها المعني بالأمر قبل حلول سنة ١٩٠٠ وبين الدولة الألمانية، تأسيساً على الفكرة السابقة يقرر (كاهن) إن قاعدة الإسناد الألمانية القديمة لا تسري في حق الشخص، بل تطبق عليه قاعدة الإسناد الجديدة الواردة في التقنين المدني الألماني، وحينئذ تحدد أهلية الشخص بموجب قانونه الوطني أي وفقاً للقانون الإيطالي، على أساس أن المركز القانوني لهذا الشخص لم تكن له أي علاقة مع الدولة الألمانية في تاريخ نشوئه<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> باتيفول و لاكارد ، القانون الدولي الخاص، ج١ المكتبة العامة للقانون والقضاء باريس، ١٩٨١، مشار إليه في

مؤلف أ.د احمد الزوكاغي ، المرجع السابق ، ص٤٧

<sup>٢</sup> دوسزاري، تنازع القوانين في الزمان نظرية الحقوق الخاصة، مجموعة محاضرات أكاديمية لاهاي للقانون

الدولي، سنة ١٩٣٤، مشار إليه في مؤلف أ.د احمد الزوكاغي ، المرجع السابق ، ص٤٧

<sup>٣</sup> روبيه ، القانون الانتقالي، (تنازع القوانين في الزمان)، ط٢، باريس، سنة ١٩٦٠، مشار إليه في مؤلف أ.د

احمد الزوكاغي ، المرجع السابق ، ص٤٧

<sup>٤</sup> راجع باتيفول و لاكارد ، المرجع السابق، كروليش ،تنازع القوانين في الزمان، كفالدا، المرجع السابق، حيث

يورد مثالاً آخراً يتعلق بتركة شخص فرنسي كان موطنه يوجد في بريطانيا قبل سنة ١٩٠٠ ، مشار إليه في

مؤلف أ.د احمد الزوكاغي ، المرجع السابق ، ص٤٨

وباختصار عندما لا تكون للرابطة القانونية أي علاقة مع دولة القاضي أي عندما يتعين وفقاً لقاعدة التنازع القديمة أعمال القانون الأجنبي دون قانون القاضي فإن قاعدة الإسناد الجديدة ينبغي تطبيقها فوراً، وهكذا ففي حالة الشخص شخصين فرنسيين متوطنان في بريطانيا قبل عام ١٩٠٠ وفيما بعد عرضت قضية تتعلق بها في ألمانيا بعد سنة ١٩٠٠ فإن المحاكم الألمانية تطبق عليهم القانون الدولي الخاص الجديد.<sup>١</sup>

وأما القاعدة الثانية التي أوجدها (كاهن) فهي على النحو التالي، إذا كانت هناك علاقة كافية لتطبيق القانون الوطني تأسيساً على قاعدة الإسناد القديمة فإن الرابطة القانونية يجب أن تكون متنسبة للقانون القديم إذا كانت الرابطة قد نشأت قبل دخول التقنين المدني الألماني حيز التنفيذ،<sup>٢</sup> وهذا يعني أن الرابطة القانونية التي كانت ترتبط مع الدولة الألمانية بعلاقة ما يجب أن تطبق بخصوصه قاعدة الإسناد القديمة، لو فرضنا أن شخص فرنسي تزوج في فرنسا وبعد ذلك أقام في ألمانيا قبل سنة ١٩٠٠ فبموجب القانون الدولي الخاص الألماني القديم يتغير نظام الزوجية المالي لو حدث تغير في موطن الزوجين، في حين يخضع للنظام المالي بينهما أي الزوجين وفقاً لقاعدة الإسناد الألمانية الجديدة للقانون الوطني للزوجين، أي قانون جنسيتهما في مثل هذه الحالة يقرر كاهن إنه عندما توجد وفقاً لقاعدة التنازع القديمة علاقة بين الرابطة القانونية الناشئة قبل دخول قانون الدولة مرحلة النفاذ، ويكون من شأن تلك<sup>٣</sup> العلاقة تبرر تطبيق القانون المذكور وأحقيتها فإن الرابطة القانونية السالفة الذكر ينبغي اعتبارها كأنها مطبوعة بطابع القانون القديم،<sup>٤</sup> إن ما تقدم بيانه يمثل الخطوط العامة لنظرية كاهن، والتي تعتمد على ركيزتين أساسيتين قضيان من الوجهة العلمية إلى تطبيق قواعد الإسناد الجديدة في أغلب الأحوال بأثر رجعي

<sup>١</sup> فهرس لابراديل ونيبوايي، المرجع السابق، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٤٨

<sup>٢</sup> كفالدا، المرجع السابق، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٤٨

<sup>٣</sup> أ.د. احمد الزوكاغي، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، ط ٣، سنة ١٩٩٣، ص ٤٨. د. مظفر ناصر حسين، التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق، ص ٢٨٧. هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، مطبعة دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ٥٤ و ص ٥٥ وما بعدها

<sup>٤</sup> راجع فهرس لابراديل ونيبوايي، المرجع السابق، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٤٩

ينسحب على الروابط القانونية الناشئة قبل دخول القواعد المذكورة حيز التنفيذ،<sup>١</sup> وللهولة الأولى يبدو من الصعوبة بمكان توجيه سهام النقد للأطروحة التي صاغها الفقيه الألماني كاهن لمعالجة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد، فقد لاحظنا أن أطروحته تعتمد على هيكلية هندسية رائعة قوامها البحث والتنقيب عن وجود أو عدم وجود العلاقة، تصل بين الروابط القانونية الدائرة بصدها النزاع وبين دولة القاضي المعروض عليه النزاع.

ومثل هذه الفكرة يمكن أن تكون خصبة في حد ذاتها اعتباراً لإنهاء المأمورية على القاضي، وكونه يعين القاضي ويجنبه الوقوع في متهاتات البحث والتنقيب عن القانون الواجب التطبيق من بين جميع القوانين التي تتصل بها الرابطة القانونية بصلة ما، ومع ذلك فإن النتائج التي تتمخض عن هذه النظرية هي نتائج يتعذر التسليم بها، خصوصاً عندما تقضي بأن الرابطة القانونية التي لم يمت بأي صلة بدولة القاضي في تاريخ نشأة الرابطة المذكورة تخضع لقاعدة الإسناد الجديدة.<sup>٢</sup>

لنفرض واقعة تتعلق بأشخاص بروسبيين أقاموا قبل سنة ١٩٠٠ في الولايات المتحدة الأمريكية حيث أبرموا هناك تصرفات قانونية تدخل ضمن نطاق قانون الأسرة وفقاً لقانون موطنهم وهنا القانون الأمريكي في مثالنا، فلو سلمنا بنظرية كاهن وأخذنا بها لكان من الواجب اعتبار التصرف الذي من هذا القبيل تصرفاً باطلاً بعد سنة ١٩٠٠، تطبيقاً لقاعدة الإسناد الجديدة التي صارت مقررة بمقتضى القانون الدولي الخاص الألماني والتي أصبحت تقضي بوجوب مراعاة القانون الوطني بالنسبة لجميع ما يتعلق بنطاق الأحوال الشخصية، ويوجد ملاحظة أخرى يمكن التنويه إليها بخصوص التصور الذي استنتجه الفقيه كاهن في هذا المجال بحيث يبين من الصياغة التي ورد بها الأطروحة التي نحن في معرض الحديث عنها، إن الفقيه الألماني ينظر إلى وظيفة قاعدة الإسناد على إنها تقتصر على التوجيه والإرشاد فحسب، وذلك في الحالة التي لا

<sup>١</sup> كفالدا، المرجع السابق حيث يذكر إن الفقيه كاهن يختم مقالته بإعلان عن أنه في حالة الشك تكون هناك قرينة قانونية تحول دون تطبيق قاعدة الإسناد القديمة، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٤٩

<sup>٢</sup> كفالدا، المرجع السابق، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٤٩  
أ.د. أحمد الزوكاغي، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، ط ٣، سنة ١٩٩٣، ص ٤٩.

١.د.مظفر ناصر حسين، التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق، ص ٢٨٧.

١.د. هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، مطبعة دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ٥٥ و ص ٥٦.

تخضع فيها الروابط القانونية لاختصاص قانون القاضي المعروض عليه النزاع القائم بشأن الرابطة المذكورة، على أساس أنه في هذه الحالة تصبح العلاقة بين قانون القاضي وبين الرابطة القانونية مجرد علاقة إجرائية أو شكلية بحتة.

وعلى هذا فإن أي قاعدة من قواعد الإسناد لا تهدف إلى توجيه وإرشاد القاضي فحسب ولكن إلى توجيه تصرفات الأفراد، على اعتبار أن هؤلاء يدركون وفقاً للقانون الدولي الخاص في أي بلد من البلدان أن قانوناً معيناً هو المختص ولكن يكون في وفاق مع القانون الدولي الخاص المذكور يجعلون تصرفاتهم موافقة مع القانون المختص، سواء كان هو القانون الداخلي للدولة التي يوجدون فيها أم كان قانوناً أجنبياً<sup>١</sup>، ويضاف إلى ما سبق بيانه فهناك ملاحظة عامة قد تكون السبب الرئيسي لرفض نظرية كاهن، وتتعلق باعتماد هذه النظرية على السريان الرجعي لقاعدة الإسناد الجديدة بحيث يمكن أن تنطبق القاعدة المشار إليها حتى بالنسبة إلى الروابط القانونية التي نشأت واكتملت قبل صدور قاعدة الإسناد الجديدة.

ومن ثم فمن الصعوبة بالنسبة للروابط القانونية التي تطور بكيفية تدريجية في الزمان تحديد اللحظة الزمنية التي يمكن للأطراف انطلاقاً منها مراعاة قاعدة الإسناد الوطنية، فإذا كان احترام المراكز القانونية المكتسب ضرورة مطلقة فلا أهمية بعد ذلك لتطبيق القاعدة القديمة محل قاعدة جديدة، وبالتالي يستحسن أن لا نتوقع أي استثناء بالنسبة للروابط القانونية الناشئة بل والمتطورة<sup>٢</sup>، وفي نهاية حديثنا نذكر بأنه يشير البعض<sup>٣</sup> إلى أن نظرية كاهن لم تلاق ترحيباً ولا تأييداً في نطاق الاجتهاد القضائي الألماني الذي طبق قاعدة الإسناد الألمانية القديمة على روابط وتصرفات أبرمت قبل سنة ١٩٠٠ وكان من الواجب أن يسري عليها قانون آخر.

<sup>١</sup> راجع روبيه ، القانون الانتقالي، (تنازع القوانين في الزمان) ط٢، باريس ، سنة ١٩٦٠، مشار إليه في مؤلف أ.د احمد الزوكاغي ، المرجع السابق ، ص ٥٠

<sup>٢</sup> بيبير مايبر، القانون الدولي الخاص، باريس، سنة ١٩٧٧، مشار إليه في مؤلف أ.د احمد الزوكاغي ، المرجع السابق ، ص ٥٠.

<sup>٣</sup> كفالدا ، المرجع السابق، مشار إليه في مؤلف أ.د احمد الزوكاغي ، المرجع السابق ، ص ٥٠  
أ.د.أحمد الزوكاغي ، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، ط ٣ ، سنة ١٩٩٣، ص ٥٠.

١.د.مظفر ناصر حسين ،التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق، ص ٢٨٧ و ص ٢٨٨.  
١.د.هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين ،مطبعة دار النهضة العربية ،سنة ٢٠٠١، ص ٥٦ و ص ٥٧.

## ب : نظرية ماران: (صورة جديدة لنظرية كاهن)

على خطى الفقيه كاهن ينطلق الفقيه الفرنسي كسافيي ماران من تصور عام للقانون الدولي الخاص الانتقالي، ويدعو بضرورة إيجاد قواعد خاصة بهذا الميدان ويستنتج من التحليلات التي أجراها ماران بخصوص النظام الذي اقترحه، أن هناك قاعدتين أساسيتين ينبغي مراعاتهما في معالجة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد:

أولاً تقضي القاعدة الأولى بوجود سريان قاعدة الإسناد الجديدة على المراكز القانونية التي ليست لها ثمة علاقة بالدولة التي طرأ على قوانينها التعديل، طالما تلك المراكز لا تعني مواطني الدولة المذكورة، ويتضح من مضمون هذه القاعدة أن ماران تلافياً للانتقادات الموجهة لنظرية كاهن قرر منذ البداية التسليم بأن العلاقة بين الرابطة القانونية وبين دولة القاضي ليس عنصر ضروري إلا في الحالة التي يتعلق فيها الأمر بأشخاص أجنب عن دولة القاضي، ومن ثم فإن الشخص الذي يتمتع بجنسية الدولة المذكورة لا يتأثر من جراء حصول تعديل في قاعدة الإسناد في الدولة التي ينتسب إليها بجنسيته، وهذا يعني أنه إذا كان يعتقد أن الرابطة القانونية لا تعتبر قائمة، إلا إذا كانت قاعدة التنازع القديمة تجعل القانون الداخلي هو الواجب التطبيق، فإن ماران يرى<sup>١</sup> النقيض من ذلك أنه من الممكن أن يوجد هناك ارتباط آخر غير ضابط الإسناد القديم، وأن تكون العلاقة ماتزال موجودة ولو كانت القاعدة القديمة تقضي الاختصاص للقانون الداخلي بالنسبة للنازلة المعروضة<sup>٢</sup>.

وفي هذا الخصوص يقول ماران عندما لا تكون هناك أي علاقة بين الروابط القانونية وبين الدولة التي طرأ التعديل أو التبديل على قواعدها التشريعية المتعلقة بتنازع القوانين ولا يكون موضوع تلك القواعد شخصاً من رعايا الدولة المذكورة، فلا يمكن الرجوع إلى القواعد التشريعية الأولى المتعلقة بتنازع القوانين، قصد النظر فيها من قبل القضاء<sup>٣</sup>.

ثانياً بموجب القاعدة الثانية التي يقرها ماران فهي تشير إلى أنه إذا كان هناك رابطة قانونية نشأت داخل إقليم دولة عدلت فيها قواعد التنازع أو إذا كان موضوعها يعني بالنسبة

<sup>١</sup> راجع في ما تقدم أحمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٥١ .

١.د.مظفر ناصر حسين، التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق ص ٢٨٨ .

هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، مطبعة دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ٥٨ و ص ٥٩ .

<sup>٢</sup> كروليش، تنازع القوانين في الزمان، المرجع السابق، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٥٢

<sup>٣</sup> ماران، المرجع السابق، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٥٢

لمواطني الدولة المذكورة، فإنه ينبغي تطبيق القواعد الانتقالية المقررة في القاعدة المادية التي كانت واجبة التطبيق بمقتضى قاعدة التنازع القديمة،<sup>١</sup> ويعتبر ماران محتوى القاعدة الثانية المذكورة بقوله عندما تنشأ الرابطة القانونية في دولة عدلت فيها قواعدها القانونية المتخصصة بتنازع القوانين، أو عندما يكون الموضوع ذو أهمية بالغة لمواطن أو مواطنين خاضعين للدولة السالف ذكرها فإنه ينبغي الرجوع إلى القواعد الانتقالية المقررة في القانون المادي الذي تعتبره قاعدة التنازع القديمة هي صاحبة الاختصاص.<sup>٢</sup>

ولتوضيح القاعدة الثانية التي أوردها ماران نفترض أن الأمر يهم أشخاصاً ألمانين متوطنين في فرنسا من المعلوم إن قاعدة الإسناد القديمة كانت تنيط الاختصاص بقانون الموطن، وهذه هي الحالة التي كانت سائدة في ألمانيا قبل صدور التقنين المدني سنة ١٩٠٠، حتى بعد العام المذكور ينبغي أن نبحت في بروسيا عن ما يقرره القانون الفرنسي المختص بالنسبة للتنازع الانتقالي.<sup>٣</sup>

ومن الجدير بالذكر هو أن الاهتمام الأساسي الذي هيمن على نظرية ماران هو السعي إلى الحفاظ على الاطمئنان القانوني لكل شخص يتعين أن يفترض فيه انطلاقاً من جنسيته أو من علاقته مع أي نظام قانوني معين، أنه يتصرف على أساس قواعد القانون الدولي الخاص الجاري العمل به في النظام المذكور، فيكون له منحي المبدأ الحق في التمسك بتطبيق القواعد القديمة بالنسبة للتصرفات القانونية التي تحقق قبل تعديل القواعد المشار إليها، ومن الملاحظ إن ماران

<sup>١</sup> فهرس لابراديل و نيبوايي، المرجع السابق، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٥٢

<sup>٢</sup> ماران، المرجع السابق، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٥٢

<sup>٣</sup> ماران، المرجع السابق، حيث يورد مثلاً آخراً يتعلق بشخص ألماني كان يتوطن قبل سنة ١٩٠٠ في فرنسا وكانت أهليته استناداً إلى قاعدة التنازع الألمانية تخضع لقانون موطنه وهو القانون المادي الفرنسي لنفترض يقول ماران إن شخص الألماني المذكور قد أصبح بعد سنة ١٩٠٠ في دولته طرفاً في دعوة تتصل بعقد أبرمه في فرنسا قبل سنة ١٩٠٠ فما هي قاعدة الإسناد الواجب تطبيقها على النزاع في ما يتعلق بأهليته. يعتقد ماران أن هذا الشخص الألماني المفروض فيه أنه يعلم بقانون بلده على الرغم من إبرامه خارج دولته فإنه لا يجوز له الاحتجاج بأنه قد تصرف على الوجه الصحيح وفقاً للقانون الفرنسي المختص وفقاً لقاعدة الإسناد الألمانية السارية العمل بها في الفترة التي تحمل فيها بالالتزام، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٥٣،

وهو يختلف في هذه الناحية اختلافاً واضحاً ولموسماً مع كاهن يعتقد إنه لا أهمية لما إذا كانت القواعد القديمة قد أشارت بتطبيق القانون المادي للقاضي أو بإعمال قانون مادي أجنبي<sup>١</sup>.

ومن الواضح أن نظرية ماران لم تكن إلا تفصيل وتبسط لفكرة كاهن ولذلك فهي قد وجهت إليها ذات الانتقادات والملاحظات التي وجهت إلى نظرية كاهن وعلاوة على ذلك يفضي التسليم بنظرية ماران إلى خلق مجموعة الصعوبات العملية التي نحن في غنى عن مجابته، ففي الحالة التي توجد فيها علاقة بين دولة القاضي وبين الرابطة القانونية أي في الحالة التي يتعلق فيها الأمر بمواطني الدولة، يقترح ماران الإحالة على قانون الانتقالي المعمول به في الدولة التي تعتبر تشريعها وهو المختص، وهذا الشيء لا يمكن الأخذ به بحيث إذا فرضنا أن القانون الفرنسي هو المختص من حيث الجوهر اعتباراً لأنه قانون الموطن فإن ذلك لا يترتب عليه أن القانون المذكور هو المختص بمعالجة التنازع بين قاعدتين متعاقبتين من قواعد التنازع الألمانية<sup>٢</sup>، وأخيراً نلاحظ أنه إذا كانت نظرية كاهن قد انطلقت من الوقائع القانونية التي عاشتها ألمانيا خلال الفترة الزمنية التي صاغ كاهن أطروحته فيها فإن تصورات ماران كانت تنطلق من فراغ إذ أن الحياة العملية التي كان يعيشها القانون الفرنسي في الفترة التي عرض فيها ماران أطروحته كانت مختلفة تماماً عن واقع الحياة القانونية في ألمانيا.

ثالثاً: تطبيق قواعد القانون الداخلي على التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية:

يتضح من الكتابات الفقهية التي انبثرت لمعالجة المشاكل الناجمة عن التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية إن الاتجاهات الحديثة تغض النظر عن مختلف الاقتراحات والتصورات التي تريد الخروج بالتنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد عن طبيعته ونطاق الدائرة التي يثور فيها<sup>٣</sup>، وهكذا يرى الفقه الحديث والمعاصر أن التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية وما هو في الحقيقة سوى صورة من صور التنازع الانتقالي بين قاعدتين أو مجموعة من القواعد القانونية التي تنتمي إلى نظام قانوني واحد وبهذه المثابة يتعين أن يطبق على التنازع

<sup>١</sup> كفالدا، المرجع السابق، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٥٣

<sup>٢</sup> فهرس لابراديل ونبوايي، المرجع السابق، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق،

ص ٥٤

<sup>٣</sup> راجع في هذا باتريك كورب، الأغراض الزمنية لقواعد القانون الدولي الخاص، المطابع الجامعية الفرنسية

باريس، ١٩٨١، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٥٤.

الانتقالي بين قواعد الإسناد نفس الأحكام والقواعد المعمول بها في حظيرة التنازع الانتقالي الداخلي<sup>١</sup>.

وتأسيساً على ذلك فإن إصدار المشرع لأي قانون من القوانين المنظمة للعلاقات الخاصة الدولية لا يختلف في جوهره وفي طبيعته عن إصدار أي قانون آخر ينحصر نطاقه بالروابط الخاصة الوطنية التي لا تتسابق بخصوصها مجموعة من القوانين الصادرة عن دول مختلفة، إذ أن القوانين الوطنية المنظمة للعلاقات الخاصة الدولية تطبق بنفس الكيفية التي تطبق بها القوانين الداخلية البحتة<sup>٢</sup>. وهذا يعني وجوب تطبيق قواعد الإسناد الجديدة بنفس الطريقة التي تطبق بها القواعد المادية الداخلية بحيث تخضع لمبدأ الأثر الفوري أو المباشر الأمر الذي يجعل قاعدة الإسناد الجديدة تسري على كل الروابط القانونية التي نشأت في ظل قاعدة الإسناد القديمة، ولكنها لم تكتمل إلا بعد دخول قاعدة الإسناد الجديدة حيز التنفيذ<sup>٣</sup>.

وفي هذا الخصوص يقول الفقيه روبيه أن التنازع بين القواعد المتعاقبة في قانون الدولي الخاص يتعين معالجته بوصفه تنازعا بين القواعد المتتابعة تنتمي إلى قانون داخلي وذلك استنادا إلى أوجه التشابه البينة، إذ أن مبدأ عدم رجوع الاختصاص بقانون موطن الزوجين وأن هذا القاعدة قد عدلت بقاعدة إسناد جديدة تعقد الاختصاص للقانون الوطني للزوجين فإن القاضي المعروض عليه النزاع يتعين عليه أعمال الأثر الفوري لقاعدة الإسناد الجديدة، الشيء الذي يفضي أية القوانين يفرض نفسه في هذا النطاق بذات الشكل الذي يجعله المبدأ السائد في أي ميدان آخر وهكذا فإن قواعد الإسناد الجديدة يجب أن يطبق بخصوصها القانون الجديد في

<sup>١</sup> باتيفول و لاكارد، القانون الدولي الخاص، ج ١ المكتبة العامة للقانون والقضاء باريس ١٩٨١. كتاب مبادئ القانون الدولي الخاص، المكتبة العامة للقانون والقضاء باريس، ١٩٤٩، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٥٥

<sup>٢</sup> راجع في ذلك لوربور بيجونبير، الوجيز في قانون الدولي الخاص، سلسلة دالوز الوجيز باريس ١٩٤٨. إميل اتيان، القانون الدولي الخاص، بيروت ١٩٦٦. فائز أنجق، القانون الدولي الخاص (تأليف محمد إسعاد) ج ١ قواعد التنازع باريس والجزائر ١٩٨٩، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٥٥

<sup>٣</sup> مايير، المرجع السابق، فقرة ٢٥٧. أرمن جون، الوجيز، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٥٥



الحالات التي يطبق فيها القانون الداخلي، في المقابل فإن كان الحالات التي تخضع بموجب قانون الداخلي لنفاذ القانون القديم تخضع لسريان قواعد الإسناد القديمة<sup>١</sup>.

ويتضح مما تقدم بيانه إن التنازع الانتقالي بين قواعد التنازع الوطنية ينبغي الاعتماد عليه في حله على المنهج العام بالنسبة للتنازع الانتقالي في القانون الداخلي، ذلك المنهج المذكور يؤكد على ثلاثة قواعد أساسية ويركز عليه كما سوف نرى في ما بعد وهي ليس للقوانين الجديدة أثر رجعي أي إنها لا تنسحب على الحقوق التي اكتملت، ومن ناحية ثانية تسري القواعد الجديدة بأثر فوري ومباشر على الروابط والمراكز القانونية ابتداءً من تاريخ دخولها حيز التنفيذ. ومن جهة ثالثة على سبيل الاستثناء ليس للقوانين الجديدة المتعلقة بنظام العقود أي أثر على العقود الجارية<sup>٢</sup>.

وتطبيقاً لذلك فإذا كانت النازلة تتعلق وعلى سبيل المثال بزوجين يطلبان من المحكمة إيقاع الطلاق بينهما ويثبت القاضي إن المعنيين بالأمر تزوجا في ظل قاعدة الإسناد التي تنيط الاختصاص بقانون موطن الزوجين وأن هذا القاعدة قد استبدلت بقاعدة إسناد جديدة تعقد الاختصاص للقانون الوطني للزوجين فإن القاضي المعروض عليه النزاع يتعين عليه إعمال الأثر الفوري لقاعدة التنازع الجديدة الأمر الذي يفرض به إلى إخضاع الطلاق لمقتضيات قاعدة الإسناد الجديدة شأنه في ذلك شأن كل الآثار المستقبلية التي أدركتها القاعدة الجديدة، مثل تنظيم وواجب النفقة بين الزوجين وكيفية الإعلان عن الطلاق والشروط المبررة له تظل خاضعة لقاعدة الإسناد القديمة كل العناصر والآثار التي تولدت على الرابطة القانونية قبل دخول القاعدة الجديدة حيز التنفيذ كما هو الحال بالنسبة للشروط الجوهرية أو الشكلية الواجب إتباعها لإبرام الزواج<sup>٣</sup>.

ومن الجدير بالذكر إلى إن الاتجاه السابق يكاد أن يكون الاتجاه الوحيد المأخوذ به في مختلف الأنظمة القانونية<sup>٤</sup> على أساس أنه يرتكز على اعتبارات عملية ومنطقية بسيطة، في ذات

<sup>١</sup> روبي، القانون الانتقالي، المرجع السابق، وانظر كذلك د.د. عز الدين عبد الله، قانون الدولي الخاص، القاهرة، سنة ١٩٨٦،، مشار إليه في مؤلف أ.د. أحمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٥٦

<sup>٢</sup> كفالدا، المرجع السابق، لوسوارن و بوريل القانون الدولي الخاص سلسلة دالوز الوجيز، سنة ١٩٨٠، مشار إليه في مؤلف أ.د. أحمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٥٦

<sup>٣</sup> أ.د. أحمد الزوكاغي، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، ط ٣، ١٩٩٣، ص ٥٦

<sup>٤</sup> بورد كفالدا، المرجع السابق، وما بعدها والمزيد من التفاصيل أو لأراء بعض الباحثين الألمان وإيطاليين ويذكر إنها تأخذ بنظرية مفادها وجوب معالجة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية على أساس التطبيق

الوقت هو يضمن الوحدة القانونية داخل النظام الوطني<sup>١</sup> وكما إنه يبسر مهمة القاضي العسيرة والصعبة حيث إنه يجنبه الوقوع في متهاتات التيارات الفكرية التي تتجاذب مشكلة التنازع الانتقالي بين قواعد التنازع الوطنية .

### الفرع الثاني

#### الحلول الوضعية لمعالجة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية

توجب دراسة الحلول الوضعية المقررة لمعالجة التنازع الانتقالي بين قواعد التنازع الوطنية الكشف والتعرف أولاً على الحلول التي تتضمنها الاتفاقات الدولية المرتبطة بالقانون الدولي الخاص لما قد تنطوي عليه التشريعات الداخلية من أحكام انتقالية في هذا الميدان كي نخلص في النهاية إلى بيان موقف القضاء واجتهاداته من حل إشكالية التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية، إلا إننا نقتصر في بحثنا هذا بدراسة حل التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية في نطاق التشريع الداخلي على نحو الآتي:

من المعلوم أن القاضي يرجع بدايةً إلى النصوص التشريعية الصادرة من السلطة المختصة ويبحث في ثنائها عن المعالجات المناسبة والملائمة للنزاعات المعروضة عليه، وفي حالة ما إذا تبين للقاضي أن هناك تنازعاً من حيث الزمان بين قانون قديم وقانون جديد ووجد نفسه ملزماً بحل التنازع الانتقالي، فإنه يعمد في البداية إلى حل التنازع المذكور في القانون الجديد.

الكلّي لقواعد القانون الانتقالي الداخلي ثم يقابل بينها وبين نظرية أخرى يقول عنها إنها هي المعمولة والسائدة في الفقه الفرنسي بمقتضاها يتعين الأقتصار على المبادئ العامة للقانون الانتقالي الداخلي قصد معالجة تنازع الانتقالي بين قواعد التنازع ولكن عندما رجعنا إلى ما كتب بخصوص تلك النظريات الألمانية وإيطالية وبعد إجراء المقارنة بينها وبين ما دونه الباحثون الفرنسيون لم نجد أي اختلاف في ما بين الاتجاهين المذكورين خصوصاً وإن جميع الباحثين المعاصرين لا يختلفون من حيث النتيجة ألا وهي ضرورة الرجوع إلى قواعد القانون الداخلي والاستعانة بهي لمعالجة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد ، مشار إليه في مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٥٧

<sup>١</sup> كروليش ،تنازع القوانين في الزمان المرجع السابق. لوربور بيجونير ،الوجيز ،المرجع السابق ،باتيفول و لاكارد ، القانون الدولي الخاص ، المكتبة العامة للقانون والقضاء باريس ١٩٨١ . باتريك كورب و جاك فوايي ،مصنف القانون المدني ،فانز حاج شاهين ،المرجع السابق، مشار إليه في مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٥٧

إن العملية السابقة التي يقوم بها القاضي عادةً عند قيام تنازع انتقالي بين قانونين داخليين يلجأ إليهما كذلك عند نشوء تنازع بين قاعدتين متعاقبتين من قواعد الإسناد المعمول بها في نطاق قانون الدولي الخاص، ولقد واجهت المحاكم القضائية في مختلف الدول هذه المسألة ومثال ما حدث للقضاء الألماني بإصدار التقنين المدني الألماني سنة ١٩٠٠، وكما حصل للقضاء الفرنسي بعد صدور قانون سنة ١٩٧٢ الخاص بالنسب، وكذلك قانون سنة ١٩٧٥ المتعلق بالطلاق.

ومن الجدير بالذكر أن التنازع الزمني بين قواعد التنازع لا ينحصر بين قواعد الإسناد التي تصدر في شكل نصوص تشريعية مدونة، فإنه من الممكن أن تحل قاعدة تشريعية مكتوبة محل قاعدة قانونية عرفية أو قاعدة قانونية مصدرها الاجتهاد القضائي من الناحية النظرية يمكن تصور قيام التنازع الذي من هذا الشكل، والبحث بالتالي عن الحلول الخاصة بها على اعتبار أن الأمر يتعلق هنا كذلك بقواعد قانونية، على الرغم من إنها تنبع من مصدر لا يتمثل في التشريع، غير أنها تكتسب قيمة قانونية وتقترن بالجبر والجزاء، ولكن من الناحية العملية عندما يتكفل المشرع بتنظيم ميدان معين يصبح التشريع صاحب كلمة الفصل في هذا المجال، وهذا يعني أنه لا يمكن أن ينهض أي تنازع انتقالي في حالة تعاقب القواعد القضائية أو العرفية، على اعتبار أن الطريقة التي تتكون بها القاعدة العرفية أو القضائية تتميز بالبطء وعدم التحديد الفني الدقيق، وبالتالي لا يمكن تحديد تاريخ نشوء القاعدة المذكورة أو تاريخ تحولها بالكيفية الدقيقة والحاسمة.

وعلى سبيل المثال إذا كان من الممكن في نطاق القانون الفرنسي تحديد تاريخ ظهور قاعدة التنازع القاضية باختصاص قانون الموطن المشترك بالنسبة للطلاق بين الزوجين من جنسيتين مختلفتين بأنه التاريخ الذي صدر فيه قرار محكمة النقض الفرنسية في قضية مشهورة عرفت بقضية ريفيير، فمن الملاحظ مع ذلك أن الخلاف محتدم في فرنسا حول ما إذا كان القرار السابق ذكره قد جاء بتطور جديد، أم أنه مجرد استمرار اتجاهات سابقة.

يتضح فيما تقدم أن التعاقب الزمني للقواعد القانونية الصادرة في شكل التشريع هو الذي تتولد عنه المشاكل التي يختص القانون الانتقالي بمعالجتها،<sup>١</sup> اعتباراً لأن التشريع كمصدر من مصادر القاعدة القانونية كان قد أصبح في العصر الحديث المنبع الوحيد الذي تفيض منه القواعد القانونية، وتأسيساً على ذلك عندما يتضمن القانون الجديد أحكاماً انتقالية خاصة فلا ريب أن القاضي سيعثر في نطاق الأحكام المذكورة على معالجات تشريعية للمعضلات الانتقالية التي تجابهه، غير أن ما يعظم حجم المسؤولية التي تلقى على كاهل القاضي في هذا النطاق هو ندرة الأحكام الانتقالية الواضحة والحاسمة في هذا الموضوع، بحيث يكون من الصعوبة بمكان في

<sup>١</sup> أ.د. أحمد الزوكاغي، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، ط ٣

١٩٩٣، ص ٦٤ و ص ٦٥ .

أغلب الأحيان العثور على نص تشريعي يعالج مشكلة التنازع الانتقالي بين قواعد التنازع الوطنية كما هو الشأن في القانون العراقي والقانون المصري والمغربي، إذ ليس هناك أي نص قانوني يتصدى للمشكلة المنوه عنها سابقاً ولا زلنا نرى أن النص التشريعي المتعلق بمجال العلاقات الخاصة الدولية لم يطرأ عليه أي تغيير منذ صدوره في ظهير ١٢ أغسطس سنة ١٩١٣ المتعلقة بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب.

هذا على النقيض من بعض القوانين الحديثة التي صارت تواجه مشكلة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد بما يلزم من التفصيل والوضوح بقدر المستطاع، وفي هذا الاتجاه قرر المشرع الألماني تأسيس بعض القواعد التشريعية لمواجهة التنازع الانتقالي بين قواعد التنازع وذلك في القانون المؤرخ ب ٢٥ يوليو سنة ١٩٨٦ المتعلق بإصلاح القانون الدولي الخاص لدولة ألمانيا الاتحادية، حيث نصت المادة ٢٢٠ من القانون الذي ورد ذكره قبل قليل جاء فيه ما يلي:

(أن الوقائع التي تحققت قبل فاتح سبتمبر سنة ١٩٨٦ تبقى خاضعة لقواعد الإسناد التي كان العمل جارياً بها حين ذاك)<sup>١</sup> لذلك نرى أن خلو التشريع داخلياً من نصوص صريحة تصل الحل الواجب الأخذ به في حالة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية ويقتضي الاستئناس بما تقرره القواعد المقارنة في هذا الخصوص والاسترشاد ببعض المبادئ العامة المقررة لمعالجة التنازع الانتقالي بين القواعد الداخلية.

<sup>١</sup> راجع نص القانوني الألماني الجديد في المجلة الانتقادية لقانون الدولي الخاص «سنة ١٩٨٧»، حيث نشرت دراسات فقهية حول القانون المذكور، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٦٦

### الفرع الثالث

#### معالجة الاجتهاد القضائي للتنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية

عندما لا يتضمن التشريع الداخلي نصوصاً قانونية تتعلق بمعالجة مشكلات التنازع الانتقالي بين قواعد التنازع الوطنية، تتجه المحاكم بوجه عام وفي مختلف الأنظمة إلى النظرية السائدة التي توصل إليها الفقه من خلال دراسة الأحكام الصادرة عن اجتهاد القضاء، تلك النظرية التي تعتبر التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية صورة من صور التنازع الانتقالي بين القوانين الداخلية، ويخضع بالتالي لما يسري على التنازع الانتقالي الداخلي من أحكام ومبادئ وفي طليعتها مبدأ الأثر الفوري أو المباشر لقاعدة الإسناد الجديدة أولاً وما يستثنى على هذا المبدأ من الاستثناءات ثانياً.

#### أولاً: مبدأ الأثر الفوري أو المباشر في لأحوال الشخصية

إذا ألغى قانون وحل محله قانون آخر فمن البديهي أن القانون الجديد يسري ابتداءً من يوم نفاذه وأن القانون القديم يتوقف عن السريان ابتداءً من يوم إلغائه وبذلك يتحدد النطاق الزمني لسريان كلا القانونين،<sup>1</sup> ومن الإمكان رصد التطبيقات القضائية لمبدأ الأثر الفوري أو المباشر لقواعد الإسناد الجديدة من خلال تتبع المجالات التي تندرج في نطاق القانون الدولي الخاص وعلى النسق الآتي:

١- النسب: في هذا المضمار تجب الإشارة إلى حكم حديث نسبياً صدر عن محكمة النقض الفرنسية، يتعلق بتطبيق قواعد الإسناد الجديدة التي أوردتها المشرع الفرنسي في قانون ١١ يوليو المذكور سنة ١٩٧٥ صرحت فيه بما يلي أن المادة ٢٤ من قانون ١١ يوليو ١٩٧٥.

إنما اقتصر على وضع قواعد انتقالية خاصة بالقانون الداخلي، فلا تسري على قاعدة الإسناد التي تحدد دوماً بمقتضى المبادئ العامة للقانون الانتقالي تلك المبادئ التي تحكم التطبيق

<sup>1</sup> ا.د. حسن كيرة، مشكلة تنازع بين القوانين في الزمان مجلة كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ، مطبعة جامعة الإسكندرية ، سنة السابعة العدد الثالث والرابع ١٩٥٨، ص ٨٥ .  
عبد الله مصطفى ، كتاب علم أصول القانون بغداد طبع شركة فكر للتصميم والطباعة المحدودة ، الناشر نائر جواد السامرائي ، سنة ١٩٩٦، ص ١٣١.

الفوري لقاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة ٣١٠ من التقنين المدني،<sup>١</sup> وقد أحدث هذا الحكم خلافاً فقهيًا حاداً<sup>٢</sup> بين مناصرو حكم محكمة الموضوع التي اعتبرت أن القواعد الانتقالية المنصوص عليها في قانون ١١ يوليو ١٩٧٥ تسري على قواعد الإسناد المقررة في القانون المذكور، وبين من يعتقد أن قواعد الإسناد الواردة بهذا النص في قانون ١٩٧٥ تخضع في التطبيقات من حيث الزمان للمبادئ العامة للقانون الانتقالي وهو الاتجاه الذي نرى أنه قد توفى في الوصول إلى غاية المشرع الفرنسي وهي ذات الاتجاهات التي صارت فيها محاكم الدنيا حيث أعلنت محكمة استئناف باريس عما يلي، اعتباراً لأن قانون ١٩٧٢ واجب التطبيق على الأطفال المزدادين قبل دخول حيز التنفيذ فإن الإقرار بالطفل الطبيعي المزداد في إنجلترا سنة ١٩٥٥ من أب انجليزي و أم فرنسية كانت لا تزال مرتبطة بزواج آخر يخضع للقانون الفرنسي تطبيقاً للمادة ١٤ . ٣١١ من التقنين المدني،<sup>٣</sup> وفي نفس المنحى قررت محكمة استئناف ليون<sup>٤</sup> ومحكمة ميتر الابتدائية<sup>٥</sup> تطبيق المادة الأولى من اتفاقية لاهاي المؤرخة ب ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٦ المتعلقة بالقانون الواجب تطبيقه على التزامات بالنفقة تجاه الأبناء وذلك بالنسبة للدعاوى المرفوعة قبل دخول الاتفاقية المذكورة حيز التنفيذ في فرنسا كذلك قررت محكمة استئناف باريس أنه على الرغم من أن التقنين الاتحادي السويسري لم يدخل حيز التنفيذ إلا في أول من يناير ١٩١٢ .

<sup>١</sup> حكم بتاريخ ١٣ يناير سنة ١٩٨٢، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، سنة ١٩٨٢، وتعليق باتيفول .  
القرارات الكبرى للقضاء الفرنسي في قانون الدولي الخاص. وتعليق أنسيل و لو كيت ، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي ، المرجع السابق ، ص٦٨

<sup>٢</sup> جاك فوايي و باتريك كورب ، المرجع السابق مصنف القانون المدني ، مشار إليه في مؤلف أ.د احمد الزوكاغي ، المرجع السابق ، ص٦٨

<sup>٣</sup> حكم بتاريخ ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٧٢، جريدة القانون الدولي كليني، سنة ١٩٧٤. وتعليق بوريل المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، سنة ١٩٧٥، مشار إليه في مؤلف أ.د احمد الزوكاغي ، المرجع السابق ، ص٦٩

<sup>٤</sup> حكم بتاريخ ٣ يناير سنة ١٩٦٦، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، سنة ١٩٦٧، وتعليق ضرور، مشار إليه في مؤلف أ.د احمد الزوكاغي ، المرجع السابق ، ص٦٨

<sup>٥</sup> حكم بتاريخ ٢٩ أكتوبر ١٩٦٣، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، وتعليق ضرور . انظر كذلك حكم محكمة هانري المؤرخ ب ٢٤ ميس ١٩٤٩، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص ١٩٥٠ . وتعليق بو نصار ، مشار إليه في مؤلف أ.د احمد الزوكاغي ، المرجع السابق ، ص٦٩

فمن اللازم التصريح بأنه واجب التطبيق على إثبات بنوة الأطفال المولودون قبل التاريخ المذكور وذلك طبقاً لأحكام المادة ١٣ من بابه الختامي،<sup>١</sup> وقضت المحكمة درجة الكبرى في باريس بما يلي أن القانون الواجب تطبيقه على الإقرار بطفل مزداد من أم انجليزية وأب فرنسي تزوجا في إنجلترا هو القانون الإنجليزي الذي هو القانون الوطني الجاري على أم الطفل في تاريخ الزواج علاوةً على أنه أصلح للطفل من القانون الفرنسي.<sup>٢</sup>

ويتضح من الأحكام السابق ذكرها إن المحاكم تنظر إلى التنازع الانتقالي الناشئ نتيجة التعاقب الزمني بين قواعد التنازع بوصفه تنازعاً داخلياً، يخضع بهذه المثابة للقواعد العامة المعمول بها في نطاق التنازع الانتقالي الداخلي على أساس أنه تنازع يقوم بين قواعد قانونية داخلية لا فرق بينها وبين القواعد الجوهرية أو المادية إلا من ناحية الصياغة.<sup>٣</sup>

٢-روابط الزواج: ومن الجدير بالذكر إلى أن النهج السابق الذي اتبعته المحاكم بالنسبة لميدان النسب هو الذي صارت عليه كذلك في مضمار الروابط الزوجية، ففي قرار بتاريخ ٤ يونيو ١٩٦٣ قضت محكمة استئناف أونطاربو في كندا بما يلي إن أهلية الشخص لإبرام عقد الزواج يتعين تحديدها بناءً على القانون الجاري به العمل في موطنه خلال الفترة التي وقع فيها إشهار الزواج، ومن ثم ينبغي أن يعتبر صحيحاً في انطاريو الزواج الثاني المعقود بين مواطن كندي وامرأة يهودية كان زوجها الأول من رجل يهودي قد تم إشهاره في هنغاريا حيث كان موطن كل منهما يوجد هناك، وكان الزواج المذكور قد تم حله عن طريق الطلاق الديني أعلن عنه في إيطاليا حيث كان الزوجان يقيمان بصفة مؤقتة هناك قبل أن يعودا إلى تحديد موطنهما في إسرائيل منذ أن اعترف بصحة الطلاق وفقاً لقانون موطن الزوجة الذي كان سارياً في تاريخ زواجها الثاني وهو القانون الإسرائيلي.

<sup>١</sup> حكم بتاريخ ٢٩ يونيو ١٩٦٣، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ١٩٤٦، ، مشار إليه في مؤلف أ.د.

احمد الزوكاغي ، المرجع السابق ، ص٦٩

<sup>٢</sup> المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ١٩٧٢. وكذلك الحكم بتاريخ ٧ يوليو ١٩٧٠. وانظر كذلك قرار

محكمة ستراسبورج، ١٨ مايس سنة ١٩٢٦، جريدة القصر، ١٩٢٦، . وقرار محكمة استئناف باريس، ١٨،

مارس سنة ١٩٥٤ المجلة الانتقادية، ١٩٥٥، .وتعليق باتيفول ، مشار إليه في مؤلف أ.د احمد الزوكاغي ،

المرجع السابق ، ص٦٩

<sup>٣</sup> انظر كروليش ،تنازع القوانين في الزمان، فقرة ٤٥ .كفالدا ،المرجع السابق ، مشار إليه في مؤلف أ.د احمد

الزوكاغي ، المرجع السابق ، ص٧٠

في مثالنا في هذه القضية رغم أن الطلاق لم يعترف به من قبل القانون الهنغاري الذي كان قانون آخر موطن وكذلك لم يعترف به القانون الإيطالي وهو قانون محل وقوع الطلاق،<sup>١</sup> وفي نفس المنحى قررت محكمة نانسي في حكم ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ ما يلي، ليس هنا أي تعارض بين ظهير ١٩١٣ المتعلقة بالوضع المدنية للأجانب وبين ظهير ١٩١٥ الخاصة بالحالة الدينية المدنية بل إن كل منهما يكمل الآخر، فبموجب ظهير المذكورين يخضع شكل الزواج المعقود في المغرب بين أجنب للقانون الجاري به العمل في بلادهم الأصلية خلال تاريخ الذي أبرم فيها الزواج،<sup>٢</sup> وفي قرار بتاريخ ٥ يوليو ١٩٣٢ امتنعت محكمة استئناف بالرباط عن تطبيق ظهير ١٩١٥ المتعلقة بالحالة المدنية بالأثر الرجعي حيث صرحت بأن الزواج الديني المبرم سنة ١٩١٥ بين شخصين إيطاليين بالمغرب قبل إحداث نظام الحالة المدنية يعتبر زواجا صحيحا وذلك لأن الشكل الديني كان يجوز للجوء إليه في ذلك الحين دون أي منازعة.<sup>٣</sup>

وفي ذات التوجه أعلنت المحكمة المذكورة عن ما يلي تقاس صحة الزواج بالنظر إلى القانون الوطني الجاري على الزوجين في تاريخ إبرامه.<sup>٤</sup>

٣- النظام المالي للزواج : يقرر القضاء والفقهاء ضرورة مراعاة قاعدة الإسناد المعمول بها في تاريخ إظهار الزواج بالنسبة للعلاقات المالية بين الزوجين وهكذا صرحت محكمة الدرجة الكبرى بالسين في قرار بتاريخ ٢٥ يناير سنة ١٩٦٧ بما يلي، أن مبدأ ديمومة الأنظمة المالية للزواج الذي كان صحيحاً في فرنسا إلى حين دخول قانون ١٣ يوليو سنة ١٩٦٥ حيز التنفيذ كان غير واجب التنفيذ قبل التاريخ المذكور على الزوجين الذين وإن كانا فرنسيين إلا أنهما كانا

<sup>١</sup> المجلة الانتقادية لقانون الدولي الخاص، سنة ١٩٥٦، ص ٣٢١. وتعليق ولهم فونكلر، مشار إليه في مؤلف

أ.د. أحمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٧٠.

<sup>٢</sup> مجموعة قرارات محكمة استئناف بالرباط، سنة ١٩٣١-١٩٣٢، مشار إليه في مؤلف أ.د. أحمد الزوكاغي،

المرجع السابق، ص ٧١.

<sup>٣</sup> مجموعة قرارات محكمة استئناف بالرباط، سنة ١٩٣٢، مشار إليه في مؤلف أ.د. أحمد الزوكاغي، المرجع

السابق، ص ٧١.

<sup>٤</sup> قرار بتاريخ ١٨ مايس ١٩٦٢، مجلة القضاء والقانون، العدد ٥٩ ٦٠ ٦١ سنة ١٩٦٣، . وانظر كذلك حكم

محكمة ابتدائية بالرباط، ١٣ مايس سنة ١٩٢٤، مجلة محاكم المغربية، العدد ١٣٢، تاريخ ١٩ يونيو ١٩٢٤ .

وقرار محكمة النقض الفرنسية ٣ مارس سنة ١٩١٧ . مجموعة قرارات محكمة استئناف الرباط، سنة ١٩٣٧

ص ٨٧ الذي صرحت فيه بأن المواطن الفرنسي الذي تزوج امرأة إسرائيلية مغربية لا يجوز له اللجوء إلى

العادات المحلية التي كان العمل بها جارياً من قبل على رغم من أن هذه العادات لا زالت تشكل قالب الصحيح

للزواج بالنسبة للمرأة، مشار إليه في مؤلف أ.د. أحمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٧١.



خاضعين دون احتيال لنظام أجنبي يجيز لهما مثل هذا التغيير في النظام المالي،<sup>١</sup> ومن الجدير بالذكر إلى أن الاتجاه السابق الذي نهجه القضاء الفرنسي قد لقي ترحيباً من قبل الفقه الذي وجد فيه اتجاهاً ينسجم و يتلاءم مع ما يجري به العمل في نطاق القانون الانتقالي الداخلي، ذلك إن القوانين الجديدة المتعلقة بالنظام الزوجين المالي لا يتأثر في شيء على الأنظمة الجارية التي تبقى خاضعة للقوانين التي أبرمت في ظلها تماماً، كما هو الشأن بالنسبة للعقود بصورة عامة<sup>٢</sup> وأما في نطاق الاجتهاد القضائي المغربي.

فنشير إلى قرار مشهور صدر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٠،<sup>٣</sup> وهو يخص امرأة فرنسية ورجل إيطالي حددا موطنهما بفرنسا بعد ذلك تزوجا في مدينة ليون سنة ١٩١٨ دون أن يقومان بإبرام العقد لتنظيم العلاقة المالية بينهما وقد أصبحت الزوجة إيطالية تطبيقاً لمقتضيات قانون ٢٣ يونيو ١٨٨٩ ومنذ عام ١٩٢٠ استقر الزوجان في المغرب وبعد مضي ٣٠ سنة حدث الطلاق بين الزوجين فترافعا أمام محكمة ابتدائية بالرباط ثم على محكمة استئناف، وكان النزاع بينهما يتركز على طبيعة النظام المالي لهما عندئذ رجعت المحكمة إلى ظهير ١٢ أغسطس سنة ١٩١٣ المتعلقة بالوضع المدنية المتعلقة بالأجانب الذي تنص المادة ١٥ منه على ما يلي إذا لم يبرم بين الزوجين عقد ينظم العلاقة المالية بينهما فإن آثار الزواج عقارات كانت أم منقولات تخضع لقانون الدولة التي كان ينتسب إليها الزوجان ولا يؤثر على نظام تلك الأموال تغيير الزوجين لجنسيتيهما أو إحداهما لجنسيته.

من باب أولى فيما بعد ومن الواضح إن النص السابق يحيل على القانون الوطني للزوج أي بالنسبة لهذه القضية على القانون الإيطالي الذي يفرض في حالة عدم وجود عقد ينظم العلاقة

<sup>١</sup> المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، سنة ١٩٦٧. وتعليق باتيفول وفي نفس الاتجاه محكمة سانت اتيان المدنية ٢١ يناير ١٩١٤، المجلة الانتقادية، سنة ١٩١٤ كرونويل، ٦ يونيو سنة ١٩٢٣، دالوز الدوري، ١٩٢٤، ٤١ ٢١٨ مارس ١٩٥٠. المجلة الانتقادية، ١٩٥١. وتعليق لوسوارن وقارن كولمار ٢٨ مارس ١٩٢٨، اللجنة القانونية للزاز واللورين ١٩٢٨، وتعليق نبوايي، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٧

<sup>٢</sup> راجع كرونيش، تنازع القوانين في الزمان المرجع السابق، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي،

السابق، ص ٧٢

<sup>٣</sup> جريدة القانون الدولي كليني، سنة ١٩٥١، وتعليق كولدمان، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، سنة ١٩٥٢. . وتعليق فرانسيسكاس، القرارات الكبرى للقضاء الفرنسي في قانون الدولي الخاص، وتعليق كفالدا، المرجع السابق، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٧٢

المالية بين الزوجين، نظام الفصل بين الأموال باعتبارها النظام المالي الذي تقضى به القواعد العامة لكن بموجب قاعدة الإسناد الفرنسية فإن القانون المختص طبقاً للظروف الواقعية للقضية مثل (الموطن . والإدارة المفترضة . ومكان إشهار الزواج) وهو القانون المادي الفرنسي، أي نظام الشيوخ القانوني وقد رفضت محكمة الاستئناف بالرباط تطبيق المادة ١٥ من ظهير الوضعية المدنية، وقررت الأخذ بالنظام المعمول به في القانون الدولي الخاص الفرنسي.

تأسيساً على الحثيات التالية ليس هناك شك بأن المادة ١٥ المذكورة آنفاً ينبغي تطبيقها على المراكز القانونية الناشئة في منطقة الحماية الفرنسية ومن ثم لا يصح إعمال النص السابق على الروابط القانونية التي نشأت واكتسبت في دولة أخرى تأخذ بنظام مختلف وحيث أن آثار الزواج المعقود بين الزوجين (ماشية *machete*) بالنسبة لأموالها يتعين تحديدها في الفقرة التي تم فيها إشهار الزواج وحيث أن النظام المالي الذي خضع له الزوجان قد سبق تحديده واكتسابه قبل وصولهما إلى المغرب، ونرى أن محكمة الاستئناف بالرباط كانت محقة فيما توصلت إليه على أساس إنها ألقت نفسها في مواجهة تنازع صريح بين مجموعة قواعد التنازع إلا إن كل قاعدة من القواعد السابقة كانت تنتمي إلى نظام قانوني مختلف ومستقل عن الآخر.

علاوة على أن صلة الواقعة بالقانون الدولي الخاص المغربي كانت على صلة بعيدة تنحصر في أن النزاع بخصوصه قد تم عرضه على القضاء المغربي للحكم فيه الذي وجد جميع العناصر المكونة للرابطة القانونية<sup>١</sup> قد نشأت خارج دولة المغرب وفي ظل أنظمة قانونية مختلفة الأمر الذي يجعل الرابطة تدخل في نظام نوع آخر من أنواع التنازع الأخرى المعروفة في نطاق القانون الدولي الخاص وهو ما يعرف بالتنازع بين الأنظمة .

#### ثانياً: مبدأ الأثر الفوري أو المباشر في التصرفات القانونية

بالنسبة للتصرفات القانونية يسير الاجتهاد القضائي على هدي المبادئ الجاري العمل بها في القانون الداخلي إذ لاحظ تنازع انتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية في مجال التصرفات القانونية، وفي هذا الخصوص أعلنت محكمة استئناف روما في قرار بتاريخ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٥١ عما يلي إن اللحظة التي يتعين التركيز عليها لتحديد القانون الذي يسري على العقد هي

<sup>١</sup> أ.د. أحمد الزوكاغي ، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي ، ط ٣ ، سنة

اللحظة التي أبرم فيها العقد المذكور وحينئذ يطبق القانون المذكور بما فيه من أحكام تتعلق بالقانون الانتقالي<sup>١</sup>.

وكذلك ظل القضاء الفرنسي من جهته متمسكاً بالمبادئ المعمولة في مجال التنازع الانتقالي الداخلي حيث صرحت محكمة النقض الفرنسية في القرار الصادر عن غرفة العرائض بتاريخ ٢٤ مارس ١٩٢٤ بما يلي، من حيث المبدأ يسري القانون بالنسبة للمستقبل فلا يمتد بأثر رجعي وإن قانون ٢٤ يوليو سنة ١٩٢١ لا يتضمن أي قاعدة تقضي بتنفيذه على الاتفاقات المعقودة قبل صدوره، واعتباراً لأنه يعالج لأول مرة التنازع بين القوانين الفرنسية وبين القانون المحلي لالزاز ولورين في نطاق القانون الخاص، فإن القانون السابق ذكره لا يمكن اعتباره ذا طابع تفسيري وبالتالي فهو لا يسري على العقود والاتفاقات المتنازع بخصوصها<sup>٢</sup>.

ويمكن القول بأن الاتجاه السابق القاضي بضرورة اعتماد قاعدة الإسناد المعمول بها في تاريخ إبرام التصرف القانوني في حالة التنازع الانتقالي بين قواعد التنازع الوطنية هو الاتجاه المعمول به في إطار القانون الدولي الخاص المغربي، ففي قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ ٨ مايس ١٩٧٣ أي بعد صدور قانون توحيد وتعريب والمغربة يتعلق بعقد تأمين أبرم سنة ١٩٥٧ بمدينة طنجة أي في فترة كان العمل بها جارياً داخل المنطقة السالف ذكرها بظهير ١٩٢٤ المتعلقة بالوضعية المدنية للأجانب في منطقة طنجة، صرح المجلس الأعلى بما يلي. لقد أصابت محكمة الموضوع عندما قررت تطبيق قانون التجاري الأسباني الذي اختاره الطرفان عند إبرام عقدهم وذلك ضمن إطار تشريع المعمول به بمنطقة طنجة خاص بالأجانب الفصل ١٥ من ظهير المتعلقة بالوضعية المدنية للأجانب بطنجة<sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، سنة ١٩٥٣، وتعليق دونوفا، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد

الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٧٧

<sup>٢</sup> راجع سيراي، سنة ١٩٢٤، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٧٨

<sup>٣</sup> القرار رقم ١٥٤، اللجنة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد العدد ١٣-١٤، سنة ١٩٨٣، مشار إليه في

مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٧٨

## الفرع الرابع

## الإستثناءات على مبدأ الأثر الفوري لقواعد الإسناد الجديدة

تتمثل الاستثناءات الواردة على مبدأ الأثر الفوري لقواعد الإسناد الجديدة أما في السريان الرجعي أو في استمرار قاعدة التنازع القديمة بعد دخول القاعدة الجديدة حيز التنفيذ، وهذان الاستثناءان يعتبران من الاستثناءات التقليدية التي تطبق في ميدان القانون الانتقالي الداخلي إذا توفرت لها بعض الشروط الخاصة.

أولاً السريان الرجعي: إن من بين الاستثناءات التي ترد على مبدأ عدم رجعية القوانين وتجيز للمشرع بجعل سريان التشريعي الجديد ينسحب على ما حدث قبل صدوره من الوقائع، استثناء متعلق بقوانين التفسير التي يمتد تطبيقها إلى تاريخ الذي صدر فيه القانون المفسر<sup>١</sup> وهذا يعني أن المشرع إذا أصدر قاعدة الإسناد جديدة ورأى أن المحاكم لم تتوصل إلى الحقيقة المقصودة الذي توخاه المشرع، جاز له أن يصدر قانوناً تفسيرياً يبين مفهوم ومدلول قاعدة التنازع التي لم تستطع المحاكم الوقوف على معناها وكيفية تطبيقها، بأن يقرر وجوب تطبيق القانون التفسيري على ما وقع قبل صدوره مادام لم يصدر بخصوصه حكم نهائي، وعلى الرغم من أن مبدأ عدم رجعية القوانين يحظى بمكانة دستورية في نطاق القانون المغربي فإنه لا مانع بحسب تقدير الأستاذ الدكتور أحمد الزوكاغي ويؤيده الباحث في رأيه يحول بين المشرع وبين إصدار قانون تفسيري يكتسب صبغة تفسيرية بحتة ويمتد تطبيقه بأثر رجعي ينسحب على ما وقع قبل صدوره.<sup>٢</sup>

<sup>١</sup> راجع روبيه ، القانون الانتقالي، (تنازع القوانين في الزمان)، ط٢، باريس، ١٩٦٠، مشار إليه في مؤلف أ.د. أحمد الزوكاغي ، المرجع السابق ، ص ٧٩

حسن كيرة، أصول القانون، ط ٢، دار المعارف بمصر، ١٩٥٩/١٩٦٠، ص ٢٤٣ .

<sup>٢</sup> راجع محمد أشركي، الظهير الشريف في القانون العام المغربي دار الثقافة، دار البيضاء، سنة ١٩٨١، ص ١٤٠. عبد القادر خلو، عدم رجعية المعاهدات والتطبيق الزمني لتفسير المعاهدات، رسالة لنيل دبلوم

الدراسات العليا في القانون العام كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، ١٩٧٠.

حسن كيرة ، مشكلة تنازع بين القوانين في الزمان مجلة كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ، مطبعة جامعة الإسكندرية ، سنة السابعة العدد الثالث والرابع سنة ١٩٥٨، ص ١٠٠ و ص ١٠١.

د.د. مظفر ناصر حسين، التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق، ص ٢٨٩.

هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، مطبعة دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ١١٥ و ص ١١٦.

ثانياً: استمرار سريان القانون القديم:

يقتضي مبدأ عدم رجعية القوانين أن يطبق القانون منذ تاريخ صدوره ونشره في الجريدة الرسمية للدولة وأن يتوقف القانون القديم الملغى عن سريان النفاذ، ولكن إن هذا المبدأ ليس بهذا الشكل على إطلاقه بل يرد عليه استثناء هام يقضي بإمكانية استمرار القانون القديم في النفاذ ومراعاة الصالح العام والحقوق المشروعة التي اكتسبها الأشخاص في ظل القانون القديم،<sup>١</sup> وقد أتيحت للقضاء المغربي بعض الفرص العملية للإعلان عن الاستثناء السابق في نطاق قضايا تدخل في حظيرة القانون الدولي الخاص، مثال على ذلك ما قضت به محكمة استئناف الرباط في القرار الصادر عنها والمؤرخ في ٣ أكتوبر سنة ١٩٣٠ الذي صرحت فيه بما يلي إن العقد الخاضع للقانون البرتغالي في ظل نظام الامتيازات الذي سبق إقامة الحماية الفرنسية بالمغرب يبقى خاضعاً للقانون المذكور حتى بعد إقامة نظام الحماية وتنازل البرتغال عن امتيازاتها في المغرب.<sup>٢</sup>

ويتضح من الحيثية السابق ذكرها إن الاجتهاد القضائي يطبق بالنسبة للتنازع الانتقالي بين قواعد التنازع الوطنية ذات الاستثناء الجاري العمل به في مجال التنازع الانتقالي الداخلي ذلك الاستثناء الذي يقضي باستمرار نفاذ القانون القديم على العقود التي أبرمت في ظله رغم صدور قانون جديد يعدل من نظام العقود والجدير بالذكر إن أهم التطبيقات التي قرر فيها القضاء العمل بالاستثناء الذي نحن بصدده تتعلق بالعقود الدولية التي تنطوي على شروط الوفاء بالذهب أو بعملة غير العملة ذات السعر الإلزامي داخل الدولة.

وفي هذا السياق رفضت محكمة النقض الفرنسية الطعن الموجه لقرار إحدى محاكم الموضوع ٣ مبيناً بأن المسائل المتعلقة بصحة أو بطلان العقود تعالج طبقاً لقواعد التشريع المعمول بها في تاريخ الإبرام، وحيث أن قانون ٢٤ يوليو سنة ١٩٢٨ كان قد ألغى قبل استحقاق الدين فإن مقتضيات القانون المؤرخة ب ٥ أغسطس لسنة ١٩١٤ الذي يحظر شروط الوفاء بالذهب أو بالعملة الأجنبية، فإن أطراف العلاقة المعنية تلتزم بمراعاة هذا القانون الأخير المعمول به في تاريخ ٦ سبتمبر سنة ١٩٢٦، ويكون لهم حق مكتسب يتيح لهم بالإستناد إلى بطلان الاتفاق المبرم في التاريخ المذكور أنفاً ونظراً لعدم وجود أي حكم في ٢٥ سبتمبر سنة

<sup>١</sup> راجع روبيه ، القانون الانتقالي، (تنازع القوانين في الزمان ) ،باريس- سنة ١٩٦٠، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي ، المرجع السابق ، ص ٨٠

<sup>٢</sup> مجموعة قرارات محكمة استئناف الرباط، سنة ١٩٣١. قرار بتاريخ ٢٤ مارس سنة ١٩٢٤، سيراي، سنة ١٩٢٤ ، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي ، المرجع السابق ، ص ٨٠

١٩٢٨ يعطل تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين المقررة في المادة ٢ من التقنين المدني فإن الأطراف يحتفظون بالحق في البطلان الذي كان مكتسباً لهم وقد طبقت محكمة النقض الفرنسية الاجتهاد السابق بالنسبة للقضايا والطعون المرفوعة إليها تجاه الأحكام الصادرة من قبل المحاكم المغربية خلال عهد الحماية.

وفي هذا الصدد نذكر على سبيل المثال القرار الصادر عن المحكمة المذكورة المؤرخ ب ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٣ الذي تضمن ما يلي باستثناء الصفقات ذات الطابع الدولي فإن الأحكام المتعلقة ببطلان أي شرط يجبر المدين المقيم في منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب على الوفاء أما بالذهب أو بالعملة غير العملة التي لها سعر إلزامي في المنطقة التي سبق ذكرها هي أحكام تتعلق بالنظام العام وهي أشد قسوة في المغرب منها في فرنسا ومن ثم لا يجوز القول بأن المادة ١٣ من ظهير الوضعية المدنية التي تجيز للفرنسيين في المغرب ليس على أن يحيلوا ليس فقط على قوانينهم الداخلية بل على أي قانون أجنبي حسب إرادتهم واختيارهم تحول دون التطبيق الصارم للقوانين النقدية الداخلية<sup>١</sup>.

<sup>١</sup> مجموعة قرارات محكمة استئناف الرباط، سنة ١٩٣٣. د. مظفر ناصر حسين، التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق. هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، مطبعة دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، مشار إليه في مؤلف أ. د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٨١

## المطلب الثاني

## التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد المقررة في القانون الأجنبي المختص

قد تشير قاعدة التنازع المقررة في قانون القاضي المعروض عليه النزاع تطبيق قانون أجنبي معين وحينما يرجع القاضي إلى القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية لدولته أي دولة القاضي المرفوع أمامه النزاع فإنه يلاحظ تعاقب وتتابع قاعدتين قانونيتين تتعلقان بمسألة قانونية يثور النزاع حولها وعندئذ يجد القاضي نفسه في مواجهة مشكلة تتعلق بالتنازع انتقالي في نطاق قانون داخلي أجنبي<sup>١</sup> ويسمى هذا النوع من النزاع بالتنازع الدولي للقانون الانتقالي أو التنازع الدولي الانتقالي تمييزاً له عن التنازع الانتقالي الدولي التي ينشأ في حظيرة القانون الدولي الخاص الوطني<sup>٢</sup>.

في نطاق هذا النوع من التنازع نفترض أن القاضي يكون مدفوعاً بموجب قواعد التنازع المعمولة بها في دولته إلى تطبيق قانون أجنبي معين لكن عندما يبحث القاضي في قانون تلك الدولة الأجنبية يجد أن التشريع الصادر فيها قد دخل عليه تعديل فحينئذ يجد نفسه أمام قانونين، أحدهما قانون قديم وأما القانون الآخر فهو جديد، فيثار تساؤل لمعرفة كيفية معالجة التنازع، أي بمعنى هل يتم اللجوء في حله إلى قواعد قانون الانتقالي المقررة في الدولة التي صدر فيها تلك القوانين أم يتم معالجته بموجب قواعد القانون الانتقالي المعمول بها في دولته أي دولة القاضي؟ وغني عن الذكر أن معالجة التنازع الانتقالي الناشئ في مضمار القانون الأجنبي يكتسب أهمية بالغة بالنسبة لمعالجة المنازعات الناشئة عن العلاقات الخاصة الدولية، بحيث لا يكفي فقط أن يتعرف القاضي على القانون المختص بحكم النزاع بل يتعين عليه تحديد القانون المختص من بين مختلف القوانين الصادرة في بلد واحد إذا حصل وإن كانت هناك قوانين متعاقبة في الزمان على اعتباراته عندما ينعقد الاختصاص لقانون أجنبي معين، حينئذ نكون قد اجتزنا مرحلة هامة في سبيل حل النزاع ولكن الطريق تبقى غير تامة على أساس إن الغاية المنشودة هو تطبيق التشريع المختص وسواء في هذه المرحلة أو تلك نرى إن هناك تباين وهذا التباين هو الذي يميز بين

<sup>١</sup> مايير، القانون الدولي الخاص، باريس- سنة ١٩٧٧، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي ، المرجع

السابق ، ص ٨٢

<sup>٢</sup> فرانسوا ريكو، التنازع المتحرك في قانون الدولي الخاص مجموعة محاضرات أكاديمية لاهاي القانون الدولي،

سنة ١٩٦٦ وهو يرى أن التغيير الذي ينبغي التمسك بهي هو التنازع الانتقالي للقانون الدولي الخاص والتنازع

الانتقالي للقانون الأجنبي. ، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي ، المرجع السابق ، ص ٨٢

التصميم الذي يضعه المهندس المعماري بين البناية المراد تشييدها فإذا ما تم التوقف في المرحلة الأولى فبالتالي إن العمل لم يكتمل إنجازَه<sup>١</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن التنازع الانتقالي للقانون الأجنبي الناشئ نتيجة تعديل في قواعد الإسناد المقررة في القانون المذكور يفترض أن القاضي المعروض عليه النزاع يأخذ بنظرية الإحالة ويراعي على الأقل في بعض الحالات القواعد الأجنبية المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، بحيث يكون من المؤكد أن يؤدي الأمر إلى الاختيار بين قاعدتين متعاقتين من قواعد التنازع<sup>٢</sup> ومن الجدير بالملاحظة أن التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد المقررة في القانون الأجنبي المختص يعتبر من الحالات القليلة وبالغزارة التي تدعو إلى التخوف والرغبة من ناحية والعثور على حلول ومعالجات والاجتهادات الغزيرة من ناحية ثانية، وهو نوع من التنازع ينشأ عادةً بمناسبة إصدار تقنيات عامة تعني القانون الدولي الخاص وقد كان هذا النوع من التنازع نادر الوقوع إلى حدود النصف الثاني من القرن الماضي الذي شهد انبثاق التقنين المدني الألماني سنة ١٩٠٠، وتقنين بوستامنتي الصادر سنة ١٩٢٨ و المعمول بها في ١٥ دولة من دول أمريكا اللاتينية، والتقنين المدني الإيطالي سنة ١٩٤٢ من القرن العشرين.

وبدء ظهور حالة التنازع الانتقالي بين قواعد التنازع المقررة في قانون الأجنبي المختص لفرض نفسها وخاصة بعد صدور التقنيات المتعلقة بالقانون الدولي الخاص في دول شرق أوروبا وفي الدول العربية<sup>٣</sup>، نتوصل إلى نتيجة مفادها إن التنازع الانتقالي بين قواعد التنازع المقررة في قانون الأجنبي المختص ليس بالإمكان تصور وقوعه بالنسبة للأنظمة القانونية التي لا تأخذ بنظرية الإحالة أو نظرية التنازع السلبي بين قواعد الإسناد، وبالتالي لا مجال لإثارة هذا النوع من التنازع في نطاق الأنظمة السالف ذكرها تأسيساً على إن القاضي المعروض عليه النزاع يتوجه مباشرة إلى القواعد المادية المقررة في القانون الأجنبي المختص في نظر دولة القاضي أي بمقتضى قواعد الإسناد المعمول بها في دولة القاضي، ومن ثم تثار مشكلة التنازع

<sup>١</sup> نبويي معنا القانون الأجنبي في نظر قاضي دولة معينة، مجلة القانون الدولي والتشريع المقارن، سنة ١٩٢٨،

مشار إليه في مؤلف أ.د احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٨٣

<sup>٢</sup> كروليش، تنازع القوانين في الزمان، مشار إليه في مؤلف أ.د احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٨٣

<sup>٣</sup> مثال التقنين المدني المصري سنة ١٩٤٨ والتقنين المدني العراقي سنة ١٩٥١ والتقنين المدني السوري ١٩٤٩

والتقنين المدني الليبي ١٩٥٣ والتقنين المدني السوداني ١٩٧١ والتقنين المدني الجزائري ١٩٧٥

أ.د.مظفر ناصر حسين، التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق، ص ٢٩٠ وما بعدها. هشام خالد،

التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، مطبعة دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ١١٩، مشار إليه في مؤلف

أ.د احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٨٣



الانتقالي بين قواعد التنازع المقررة في قانون الأجنبي المختص في نطاق الأنظمة القانونية التي لا تجد غضاضة في اعتناق فكرة الإحالة،<sup>١</sup> كما هو الوضع في القانون الألماني والقانون الفرنسي حيث أن القاضي المعروض عليه النزاع عندما يتحقق من انعقاد الاختصاص لقانون أجنبي معين، فإنه يلجأ قبل كل شيء إلى استشارة قواعد الإسناد الجاري العمل بها في القانون الأجنبي المختص وبالتالي ما إذا كانت الأخيرة تسند الاختصاص بالقانون المادي الذي تنتمي إليه أم إنها تحيل الاختصاص إلى قانون دولة أخرى، ولتوضيح كيفية نشوء التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد المقررة في القانون الأجنبي المختص نسوق المثال التالي نفترض إن قاضي مغربي عرض عليه نزاع يتعلق بشخص كان يحمل الجنسية المصرية توفى سنة ١٩٤٨ م خلفاً ورائه أموالاً منقولة موحدة في المغرب وبعد سنتين من وفاته وتحديداً في عام ١٩٥٠ نشب نزاع بين ورثة المتوفى بخصوص التركة التي خلفها المورث في مثل هذه الفرضية سوف يكون القاضي المغربي ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد المغربية التي تقضي بالرجوع إلى قانون الدولة التي كان المتوفى ينتمي إليها بجنسيته في حياته.

وحيثما يرجع القاضي المغربي إلى قانون الوطني للمتوفى الموروث يجد أن المشرع المصري قد أجرى تعديل في قاعدة التنازع المختصة في مجال المواريث فإنه بعد إذ كان ينيط الاختصاص بقانون الأحوال الشخصية المختصة بالملة التي كان تابعاً لها المتوفى<sup>٢</sup> أصبح يسند الاختصاص للقانون الوطني للمورث<sup>٣</sup> وعندئذ يضطر القاضي المغربي إلى الفصل ابتداءً في مسألة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد المقررة في القانون الأجنبي المختص وبيان ما إذا كان يتعين تطبيق قاعدة التنازع المصرية القديمة التي توفى المورث في الفترة التي كان العمل بها جارياً أم أن قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق هي القاعدة الجديدة التي ثار النزاع في ظلها<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> ومن الدول التي تأخذ بفكرة الإحالة النمسا تركيا هنغاريا أسبانيا يوجز لافيا كذلك فرنسا وألمانيا واليابان وسويسرا، راجع هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، مطبعة دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ١٢٠.

<sup>٢</sup> المادة ٥٤ من تقنين المدني الأهلي المصري الصادر سنة ١٨٨٣ وهو ذات الحكم الذي كانت تتضمنه المادة ٧٧ من تقنين المدني المختلط الصادر سنة ١٨٧٥. وراجع أحمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٨٤.

١. د. مظفر ناصر حسين، التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق، ص ٢٩١ وما بعدها.

<sup>٣</sup> الفقرة الأولى من المادة ١٧ من التقنين المدني المصري الذي دخل حيز التنفيذ في يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩

<sup>٤</sup> من الممكن استقاء مثال آخر من المقارنة بين الفقرة الأولى من المادة ١١ من التقنين المدني المصري المتعلقة بالشروط الجوهرية أو الموضوعية للزواج وبين ما كان تقضي بهي المادة ٢٧ من التقنين المدني السابق

ومن بين القضايا العملية التي تتعلق بهذا النوع من التنازع الانتقالي بين قواعد التنازع المعمولة بها في القانون الأجنبي المختص، هناك قضية مشهورة تم عرضها على القضاء الفرنسي تعرف بقضية (باتينو<sup>١</sup> batino) وتتعلق بامرأة ورجل يحملان الجنسية البوليفية عقداً الزواج في مدريد يوم ٨ أبريل سنة ١٩٣١ بحسب الشكل الديني الذي كان مقرراً بموجب القانون الأسباني في ذلك الوقت وفي سنة ١٩٤٦ رفعا في فرنسا دعوة تتعلق بالطلاق بمقتضى الفقرة ٣ من المادة ٣ من التقنين المدني الفرنسي، كان على المحاكم الفرنسية أن تطبق القانون الوطني المشترك بين الزوجين في القانون البوليفي المؤرخ ب ٢٥ أكتوبر ١٩٣٠، الذي كان مجهول في تاريخ انعقاد الزواج مؤسسة الطلاق فقد صدر بتاريخ ٥ أبريل ١٩٣٢ قانون بوليفي يجيز حل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق.

ومن هنا نشأ التنازع الانتقالي أول بين قواعد الإسناد الأجنبية وتمت معالجته بتطبيق القانون الجديد لكن هذا التنازع الأول أضيفت إليه تنازع آخر بحيث قضت المادة ٢٤ من القانون البوليفي الجديد أنه يجوز في جمهورية بوليفيا حل الزواج الذي تم إشهارة في الخارج، بشرط أن يسمح به قانون الدولة التي وقع إشهارة فيها ولقد خلق النص الجديد صوراً من صور الإحالة ذات الدرجة الثانية وتمخض عنه تنازع انتقالي داخل القانون الأجنبي المختص وبالفعل كان التشريع الأسباني المتعلق بالزواج المعمول به في تاريخ إشهارة الزواج الديني قد طرأ عليه تعديل هو<sup>٢</sup> بدوره من حيث الزمان، إذ صدر بتاريخ ٢ مارس سنة ١٩٣٢ قانون يجيز الطلاق ثم ألغى القانون المذكور سنة ١٩٣٩، ولقد كان من الممكن أن ينشأ التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد المقررة في القانون الأجنبي في قضية باتينو بالنسبة للقانون البوليفي المؤرخ ب ٥ يناير سنة ١٩٦١ المتعلق بتفسير المادة ٢٤ من قانون ٢٥ أبريل ١٩٣٢.

وذلك أن النص الأخير الذي يمثل قاعدة التنازع البوليفية يحيل في مجال الطلاق على قانون البلاد التي وقع إشهارة الزواج فيها أي بالنسبة لقضية باتينو على القانون الأسباني وقد

<sup>١</sup> محكمة السين المدنية في ٢٠ يونيو ١٩٥٠، جريدة القانون الدولي كليني، سنة ١٩٥٢، وتعليق فيلونينكر، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، سنة ١٩٥١. تعليق موتلسكي، مشار إليه في مؤلف أ.د. أحمد

الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٨٥.

<sup>٢</sup> أ.د. أحمد الزوكاغي، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، ط ٣، سنة ١٩٩٣، ص ٨٥.

هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، مطبعة دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ١٢١.

د.د. مظفر ناصر حسين، التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق، ص ٢٩١ و ص ٢٩٢.

راعت محكمة استئناف باريس<sup>١</sup> الإحالة المقررة في هذا الخصوص، ولكن المشرع البوليفي أوضح فيما بعد أن المادة ٢٤ من قانون ٥ أبريل سنة ١٩٣٢ يجب أن يفسر بمعنى أن القيد الذي تضمنه لا يمس البوليفيين الذين يقبل زواجهم الانحلال، কিفما كانت الدولة التي تم فيها إشهار الزواج وكيفما كانت جنسية الزوج عند الطعن بالنقض، وقع التمسك بالنص الجديد، لكن الوسيلة لم تنثر إلا بعد انقضاء الأجل المقرر تحت طائلة السقوط ثم اكتفت محكمة النقض الفرنسية بمعاينة فوات الأجل فحكمت بالتالي بعدم القبول<sup>٢</sup>.

ويثار تساؤل هل تفهم الإحالة في نطاق الأنظمة القانونية التي تأخذ بها على أنها لا تقتصر على الإحالة المكانية فحسب بل تشمل كذلك الإحالة من ناحية الزمان؟ ومن الملاحظ أن الآراء الفقهية يكاد ينعقد الإجماع بينها حول ضرورة الرجوع<sup>٣</sup> إلى القواعد المتعلقة بالتنازع الانتقالي المنصوص عليها في القانون الأجنبي المختص<sup>٤</sup>. ذلك إن قواعد الإسناد لا تقتصر على الإحالة على القاعدة المادية الواجب تطبيقها بل هي تحيل كذلك إلى قواعد التنازع المقررة في

<sup>١</sup> قرار محكمة بتاريخ ١ يوليو سنة ١٩٥٩، دالوز، ص ٤٣١. المصنف الدوري ١٩٥٩، ١١، ١١٢١٤، جريدة القانون الدولي كليني، ١٩٦٠، ص ٤٢٨. وتعليق بو نصار.

<sup>٢</sup> محكمة نقض الفرنسية ١٥ ماي ١٩٦٣، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ١٩٦٤، ص ٥٣٢. وتعليق لكارد، جريدة القانون الدولي كليني، ١٩٦٣، ١٠١٦. وتعليق مالوري، المصنف الدوري، ١٩٦٣، ١١، ١٣٣٦٥. وتعليق موتلسكي، القرارات الكبرى الصادرة عن القضاء الفرنسي في مجال القانون الدولي الخاص، ص ٢٧٧. والتعليق، مشار إليه في مؤلف أ.د. أحمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٨٦.

<sup>٣</sup> أ.د. أحمد الزوكاغي، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، ط ٣، سنة ١٩٩٣، ص ٨٦.

هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، مطبعة دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ١٢٣ و ص ١٢٤.

١.د. مظفر ناصر حسين، التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق، ص ٢٩٢.

<sup>٤</sup> في هذا المعنى عز الدين عبد الله، قانون الدولي الخاص، ج ٢، ط ١، سنة ١٩٦٨، فقرة ١٥٧ مكرر، ص ٥٦٢ وطبعة ١٩٨٠ فقرة ١٥٧ مكرر. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص المرجع السابق، فقرة ٣٤٢، ص ٤٣٩.

القانون المختص الذي يقتضي التسليم في ذات الوقت بأن مبادئ الإحالة ينبغي تطبيقها دون تحفظ سواء في نطاق القانون الانتقالي أو في نطاق القانون الخاص<sup>١</sup>.

وتأسيساً على ذلك إذا كان قاعدة التنازع المعمول بها في قانون القاضي تشير إلى تطبيق قانون أجنبي معين، وحصل أن تعاقبت قاعدتا إسناد في القانون السالف ذكره وكانت إحداها تؤدي إلى الإحالة فإن القاضي المعروض عليه النزاع يتعين عليه أن يستشير قانون الأجنبي المختص فيما يتعلق بتحديد القاعدة التي يجب إتباعها،<sup>٢</sup> ويبرر الفقه القاضي بالرجوع إلى المبادئ السائدة في القانون الأجنبي المختص للفصل في مدى نفاذ قاعدة التنازع الأجنبية واجبة التطبيق من ناحية الزمان، إستناداً إلى أن الحل السالف ذكره يعتبر أمراً لازماً لتقدير صحة ونفاذ قواعد الموضوعية الواجب تطبيقها بصفقتها هذه بمقتضى قواعد التنازع الوطنية على إعتبار إن المسألة تتعلق هنا بتفسير قاعدة موضوعية واجبة التطبيق ومدى نفاذها من حيث الزمان، الشيء الذي يتعين معه الرجوع إلى المبادئ العامة السائدة في قانون الأجنبي المختص<sup>٣</sup>، بحيث تعتبر هذه النتيجة متوافقة مع مبدأ القاضي بتفسير قاعدة التنازع ووفقاً للتصورات والمفاهيم السائدة في قانون الأجنبي<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> اتينين دوسزاري، مجموعة محاضرات أكاديمية لاهاي للقانون الدولي، . وانظر كذلك باتيفول و لاكارد ، القانون الدولي الخاص، ج١ المكتبة العامة للقانون والقضاء باريس ١٩٨١. حيث يقولان يخضع تحديد نطاق قانون الأجنبي من حيث الزمان عادةً للقواعد الانتقالية المنصوص عليها في نفس القانون الأجنبي. ، مشار إليه في مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٨٧

<sup>٢</sup> للمزيد من التفاصيل راجع مايير ، القانون الدولي الخاص المرجع السابق. وفي نفس الاتجاه ويكون القانون الدولي الخاص. حيث يقرر إن تطبيق القانون الأجنبي يقتضي قاعدة الإسناد المنصوص عليها في قانون القاضي يتطلب مراعاة طرق تطبيق القانون المذكور في الزمان. ، مشار إليه في مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٨٧

<sup>٣</sup> هشام صادق ،مركز قانون الأجنبي أمام القضاء الوطني ،منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة ١٩٦٨، فقرة ٣٨٧، ص ٤٣٨. وانظر كذلك كروليش ،تنازع القوانين في الزمان المرجع السابق، فقرة ١٨٤. حيث يرى إن مراعاة قواعد الإسناد الأجنبية يشكل في الحقيقة وعلى غرار قاعدة الإسناد نفسها وسيلة تنضيم ومراقبة نجاحها عن طريق غايات المتوخاة منها

<sup>٤</sup> انظر في هذا الشأن مايبير، المرجع السابق، مشار إليه في مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٨٧

هشام خالد التنازع الانتقالي في تنازع القوانين ،مطبعة دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ١٢٥. وما بعدها

وهذا التبرير هو الذي عبر عنه أحد الباحثين بقوله يفترض في القانون الأجنبي أنه القانون المؤهل أكثر من سواه لتسوية الرابطة الدولية الممتازة بخصوصها أن لا يعتبر القانون الأجنبي كذلك القانون المؤهل دون غيره لتحديد القانون المعمول به في ظل نظام القانون الأجنبي الذي ينظر إليه على أنه القانون الأفضل والأكثر إنسجاماً وتوافقاً وملائمة، وباختصار أن القانون الانتقالي الأجنبي في نهاية المطاف ليس إلا منهج من مناهج تفسير القانون المبادئ المطابق،<sup>١</sup> ومن الضروري التنويه إلى أن الاجتهاد القضائي لم يتردد في إنتهاج ذات النهج ومسايرة هذا التيار الفقهي السائد القاضي بالرجوع إلى القانون الأجنبي المختص لمعالجة التنازع الانتقالي بين قواعد التنازع المقررة في القانون السالف ذكره، وبهذا النسق قضت محكمة استئناف باريس في حكم صادر عنه بتاريخ ٢ يوليو ١٩٥٤ بما يأتي أن الزوجين البولنديين الذين كان موطنهما معاً قبل أن يتزوجا في فارسوفيا حيث تزوجا سنة ١٩٢٢ دون إبرام عقد ينظم العلاقة المالية بينهما وحيث ظلّا محافظين هنا على موطن الزوجية لفترة طويلة من الزمان، صارا بصورة تلقائية خاضعين للنظام المالي للقانون المقرر بموجب التشريع المعمول به وقتئذ في هذا الجزء من بولونيا علماً بأن النظام المذكور يعتمد على الفصل بين الأموال كنظام.

ومن ثم يعتبر القانون البولوني القانون الواجب التطبيق على الزوجين المذكورين، سواء من حيث موجباته الانتقالية أو أحكامها الموضوعية أو الجوهرية<sup>٢</sup> وفي هذا المقام من المستحسن لفت النظر إلى أن معهد القانون الدولي لم يتوان عن مباركة الاتجاه السابق فأوصى بمراعاة مقتضياته التالية، الأثر المترتب في الزمان عن تغير في قانون الواجب تطبيقه يتحدد بموجب القانون المذكور<sup>٣</sup> ونعتقد أن الحلول السابقة صالحة للتطبيق في نطاق القانون الدولي الخاص

١.د.مظفر ناصر حسين، التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق، ص ٢٩٢.

<sup>١</sup> راجع في هذا كفالدا، المرجع السابق مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٨٧ . ١٩٣٦، ص ٣٩٥.

<sup>٢</sup> المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، سنة ١٩٤٥، وتعليق باتيفول، جريدة القانون الدولي كيني، سنة ١٩٥٥، وتعليق بو نصار، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٨٨.

١.د.مظفر ناصر حسين، التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق، ص ٢٩٢. وما بعدها.

هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، مطبعة دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ١٢٨.

<sup>٣</sup> دورة ديجون أغسطس وسبتمبر سنة ١٩٨١، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، سنة ١٩٨١، وانظر كذلك القرار الصادر عن محكمة الاستئناف باريس يوم ٣ ديسمبر سنة ١٩٦٤، الذي قررت فيه. أن القانون الألماني المؤرخ ١١ أغسطس سنة ١٩٦١ الذي مدد من السنة السادسة عشر إلى السنة الثامنة عشر التزام الأب بتلبية حاجات ابنه الطبيعي القاصر يعتبر من حيث المبدأ واجب التطبيق بموجب القانون الانتقالي الألماني

المغربي فعلى الرغم من أن الاتجاه السائد منذ بداية الحماية إلى يومنا هذا سواء في دائرة الفقه أو في نطاق التشريع يرفض التسليم بفكرة الإحالة، فإننا لانرى أي مانع يحول دون الأخذ بالفكرة السابق ذكرها خصوصاً وأن بعض الباحثين بعد استقلال المغرب اعتبروا أن الأخذ بفكرة الإحالة في الغرب أداة قانونية لتخليص القانون المغربي من الأفكار والتأثيرات الاستعمارية التي كانت سائدة في عهد الحماية والتي لم تكن تستهدف في الحقيقة غير تعطيل تطبيق قانون القاضي، وبصفة خاصة إذا كان القانون المذكور متمثلاً في أحكام ومقتضيات الشريعة الإسلامية<sup>١</sup>.

وتأسيساً على ذلك يتعين على القاضي المغربي عندما يرى نفسه في مواجهة نص تشريعي يحيل على قانون سابق له كان فيه قانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة التنازع المغربية يأخذ فيه بقاعدة الإسناد تختلف عن قاعدة الإسناد التي صار يتبناها، أن يطبق النص التشريعي الذي اتجه إرادة المشرع الأجنبي إلى تطبيقه وإلا فإن القول بغير ذلك يعني تحريف إرادة القانون الأجنبي المختص، وتطبيق نص لا يوجد لديه أي سند بالنسبة للمشرع الأجنبي المختص هذا وإن الاتجاه الذي ندافع عنه هو الذي يقضي بوجود نظرية إلى قانون الأجنبي المختص بوصفه كل غير قابل للتجزئة، بحيث تشمل الأحكام المادية أو الموضوعية والمقتضيات الانتقالية في ذات الوقت هو الاتجاه الذي سرى عليه وطبقه المجلس الأعلى في قرار بتاريخ ٩ مايس سنة ١٩٨٣، الذي قررت فيه تطبيق قانون الأجنبي المختص أولاً وبطبيعة الحال تأسيساً على قاعدة التنازع المغربية.

ثانياً لأن القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد المقرر في القانون المذكور ومما جاء في قرار المجلس الأعلى يشار إليه ما يلي إذا كانت النصوص القانونية الفرنسية متعلقة بالخيانة الزوجية قد ألغيت بمقتضى نصوص جديدة فإن موضوع الدعوى لا يتعلق بالعقوبة الجزائية حتى

المختص على العلاقات القائمة بين الأب الطبيعي الفرنسي والطفل الطبيعي الألماني يتراوح عمره بين ١٦ إلى ١٨ في تاريخ دخول القانون المذكور حيز التنفيذ. المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، سنة ١٩٦٥، وتعليق

بو نصار، مشار إليه في مؤلف أ.د. أحمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٨٩

١.د. مظفر ناصر حسين، التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق، ص ٢٩٣.

هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، مطبعة دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ١٢٨ و ص ١٢٩.

١ أ.د. أحمد الزوكاغي، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، ط ٣، سنة ١٩٩٣، ص ٩٠.

هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، مطبعة دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ١٢٩ وما بعدها ١.د. مظفر ناصر حسين، التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق، ص ٢٩٣.

يحتج بهذه النصوص الجديدة أو بتطبيقها الفوري، وإنما يتعلق بالطلاق، على أن الفصل ٢٤ من القانون الجديد (١١-٧-٧٥ -) ينص صراحة على أنه في جميع الحالات التي يكون فيها المقال الأصلي قد رفع قبل دخول القانون الحالي في حيز التطبيق، فإن دعوى الطلاق أو الانفصال الجسماني يستمر النظر فيها ويتم الفصل فيها بحسب القانون القديم<sup>١</sup>، وتعبير آخر وبإيجاز يتعين أن تفهم الإحالة في نطاق القانون الدولي الخاص المغربي على إنها تعني في نفس الوقت الإحالة من حيث الزمان، وكذلك الإحالة من حيث المكان، وبهذا فإننا قد انتهينا من عرض التنازع الانتقالي الناشئ بين قواعد الإسناد سواء في قانون القاضي أم في قانون الأجنبي.

---

<sup>١</sup> القرار رقم ١٠١ مجلة القضاء المجلس الأعلى، العدد ٣٣-٣٤، السنة التاسعة مايس ١٩٨٤، مشار إليه في مؤلف أ.د. احمد الزوكاغي، المرجع السابق، ص ٩١

### الخاتمة:

لقد اتضح لنا من خلال بحث الموضوع التنازع الانتقالي الناشئ عن تغيير قواعد الإسناد أنه من المواضيع المعقدة والشائكة، لتشعب الحقوق والتزامات على العلاقات الدولية الخاصة، واختلاف المفاهيم والعلاقات والغموض النظرية التي ذكرت في هذا المجال.

### أولاً: النتائج

إن التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية يلزم الاعتماد في دله على المنهج العام المعمول به بالنسبة للتنازع الانتقالي في القانون الداخلي ذلك المنهج الذي يركز على ثلاث قواعد أساسية.

١- ليس للقوانين الجديدة أثر رجعي بمعنى أنها لا ترجع في شأن الحقوق التي اكتملت.

٢- تسري القوانين الجديدة بأثر فوري على الروابط القانونية ابتداء من تاريخ دخولها حيز التنفيذ.

٣- وعلى سبيل الاستثناء ليس للقواعد الجديدة المتعلقة بنظام العقود أي أثر على العقود الجارية، إن هذا الاتجاه يكاد أن يكون الاتجاه الوحيد المأخوذ في مختلف الأنظمة القانونية على أساس أنه يركز على اعتبارات منطقية وعملية وفي نفس الوقت يضمن الوحدة القانونية داخل النظام الوطني. كما يسهل على القاضي حيث يجنبه الدخول في متهاتات التيارات الفكرية التي تتجاذب مشكلة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية.

### التوصيات:

نخلص مما تقدم أن المحاولات التي قام بها كل من كاهن و ماران لم يكتب لها النجاح.

١. نوصي بتطبيق الأحكام الداخلية لفض النزاع الزماني بين قواعد الوطنية.
٢. فيما يتعلق بمعالجة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الأجنبية المقرر لها الاختصاص بمقتضى قانون القاضي، فإننا نؤيد الاتجاه الذي يقضي بوجوب النظر إلى قانون الأجنبي المختص كل غير قابل لتجزئة، بحيث تشمل الأحكام المادية أو الموضوعية والمقتضيات الانتقالية في ذات الوقت، هو الاتجاه الذي سرى عليه وطبقه المجلس الأعلى قرار بتاريخ ٩ مايس سنة ١٩٨٣، الذي قرر فيه تطبيق قانون الأجنبي المختص أولاً، وبطبيعة الحال تأسيساً على قاعدة التنازع المغربية، ثانياً القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد المقررة في القانون المذكور.



## قائمة المراجع :

أولا : الكتب العلمية

أ.د. أحمد زوكاغي: تنازع القوانين في الزمان، دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، الطبعة الأولى ١٩٩٣، مطبعة الأمنية الرباط.

أ.د. أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجيا، الطبعة الأولى، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة ١٩٩٦.

أ.د. جابر جاد عبد الرحمن: تنازع القوانين، دار النهضة العربية ١٩٧٠.

أ.د. حسن الهداوي وأ.د. غالب علي الداودي: القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، الطبعة الأولى، بغداد ١٩٨٢.

أ.د. حسن كيرة: أصول القانون، ط٢، دار المعارف، الإسكندرية ١٩٥٩.

أ.د. صوفى حسن ابو طالب: الوجيز في القانون الدولي الخاص في القانونين المصري واللبناني، ج ١، دار النهضة العربية، بيروت ١٩٧٢.

أ.د. عبد الله مصطفى: علم أصول القانون، بغداد، طبع شركة الفكر التصميم والطباعة المحدودة، الناشر ثائر جواد السامرائي، سنة ١٩٩٦، المكتبة الوطنية.

أ.د. عز الدين عبد الله: قانون الدولي الخاص، ج ٢، القاهرة ١٩٨٦.

أ.د. عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، ج ٢، ط ١، ١٩٦٨ وكذلك ١٩٨٠.

أ.د. محمد كمال فهمي: أصول القانون الدولي الخاص (الجنسية- المواطن - مركز الأجنبي - مادة التنازع)، مؤسسة الثقافة الجامعية - الإسكندرية، الطبعة الثانية، ١٩٨٠.

أ.د. هشام خالد: التنازع الانتقالي في التنازع القوانين، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.

أ.د. هشام صادق: مركز قانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، منشأة المعارف- الإسكندرية، ١٩٦٨.

أ. د. مظفر ناصر حسين: التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق، مجلة الحقوق، جامعة كوية، العدد ١، سنة ٢٠١٤.

جمال مرسي بدر: التكييف القانوني في تنازع القوانين من حيث المكان، مجلة المحاماة المصرية، العدد الاول، ١٩٥٩.

إسماعيل عبد المجيد: مشكلة التكييف في القانون الدولي الخاص، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الثالث، شهر يوليو، ١٩٦٩.

أ.د. حسن كيرة: مشكلة التنازع بين القوانين في الزمان، مجلة الحقوق، العدد ٣-٤، سنة ١٩٥٧-١٩٥٨.

مجلة محاكم المغربية، العدد ١٣٢، ١٩ يونيو ١٩٢٤.

مجموعة قرارات محكمة استئناف الرباط، ١٩٣٧.

المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد ١٣-١٤، ١٩٨٣.

ثالثا: الرسائل العلمية

عبدالقادر خلو: عدم رجعية المعاهدات والتطبيق الزمني لتفسير المعاهدات، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الرباط، سنة ١٩٧٠.

## أسباب وشروط إعلان حالة الطوارئ في مصر

إعداد

إدريس حاضر هيشان فريش اللهيبي

## المقدمة:

الحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه سبحانه لا نحصى ثناء عليك ، أنت كما أثنيت على نفسك ، خلقت فأبدعت ، وأعطيت فأفضت ، فلا حصر لنعمك ، ولا حدود لفضلك ، ونصلي ونسلم على أشرف عبادك ، وأكمل خلقك خاتم المرسلين ، ومعلم المعلمين ، نبينا ورسولنا محمد بن عبدالله الأمين ، خيراً من علم وأفضل من نصح.

وفي حالة الطوارئ إن السلطة التنفيذية وهي تقوم بوظيفتها الدستورية في مجال إعلان حالة الطوارئ فإن عليها التقيد بمبدأ المشروعية الذي يعني احترامها للقواعد القانونية الأعلى منها مرتبة ، فهي لا تستطيع المساس بحقوق وحرريات الأفراد إلا في حدود هذا المبدأ ، إلا أن التزام السلطة التنفيذية بالقواعد القانونية عند قيامها بهذه الوظيفة قد يكون ممكناً في الظروف العادية ، لكن ما العمل إذا استحدثت ظروف تجعل هذه السلطة غير قادرة على القيام بوظيفتها ، إذا التزمت بالقواعد القانونية العادية لقد تنبه المشرع الدستوري في أغلب الدول إلى هذا الأمر لذلك نص على قيام السلطة التشريعية ، بتشريع قوانين تمنح السلطة التنفيذية ، سلطات أوسع في حالات استثنائية يكون فيها عمل السلطة التنفيذية رغم كونه غير ذلك في الظروف العادية .

فلا بد من ان تكون هناك ضمانات حقيقية تحيط بهذه العملية لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية تضمن عدم حدوث تجاوز على حقوق وحرريات المواطنين وان تنتهي حالة الطوارئ بانتهاء مسوغاته وحتى لا يكون هناك استبداد وتعسف من قبل السلطة التنفيذية أثناء تطبيق اجراءات الطوارئ . وان الاسباب وشروط اعلان حالة الطوارئ لا بد ان تكون واضحة ومنصوص عليها في الدستور او في قانون الطوارئ لأجل تقيد السلطة التنفيذية بحيث لا تكون طليقة اليد في اعلان حالة الطوارئ متى ما شاءت الا في حالة تحقق سبب من اسباب الاعلان وفقا للشروط المنصوص عليها وفي غير ذلك يكون الاعلان باطل .

وان الضمانات الحقيقية في حالة الطوارئ هي الرقابة المتمثلة في الرقابة البرلمانية والرقابة القضائية في كل من القضاء العادي والقضاء الاداري وعدم تحصين اي قرار من الطعن امام السلطات القضائية وذلك تحقيقاً للعدالة وعدم التجاوز على حريات وحقوق المواطنين .

وان من الاسباب المهمة التي يجب ان تولى الاهتمام بقانون الطوارئ الحاجة الملحة في الوقت الحاضر نظراً لتعرض الاوطان لهجمة شرسة من قبل الارهابيين والمتطرفين ، يجب الضرب عليهم بأيد من حديد لتخليص الاوطان من شرهم والتصدي لهم بكل قوه .

وجاء في المادة (١٥٤) من الدستور المصري الجديد لعام ٢٠١٤ عن حالة الطوارئ حيث يعلن رئيس الجمهورية بعد أخذ رأي مجلس الوزراء حالة الطوارئ على النحو الذي ينظمه

القانون ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس النواب خلال الأيام السبعة التالية ليقرر ما يراه بشأنه.

وإذا حدث الإعلان في غير دور الانعقاد العادي وجب دعوة المجلس للانعقاد فوراً للعرض عليه.

وفي جميع الأحوال تجب موافقة أغلبية أعضاء المجلس على إعلان حالة الطوارئ ويكون إعلانها لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر ، ولا تمد إلا لمدة أخرى مماثلة ، بعد موافقة ثلثي عدد أعضاء المجلس ، وإذا عاد المجلس غير قائم ، يعرض الأمر على مجلس الوزراء للموافقة على أن يعرض على مجلس النواب الجديد في أول اجتماع له ولا يجوز حل مجلس النواب أثناء سريان حالة الطوارئ، وسوف نقوم بقسيم هذا البحث إلى المبحثين الآتيين وهما

المبحث الاول :اسباب اعلان حالة الطوارئ في مصر والذي بدوره ينقسم إلى ثلاثة مطالب وهي:

**المطلب الاول :** وقوع الحرب او قيام تهديد بوقوع حرب .

**المطلب الثاني :** قيام اضطراب في الداخل .

**المطلب الثالث:** الكوارث العامة وانتشار وباء .

المبحث الثاني :شروط اعلان الطوارئ في مصر والذي بدوره ينقسم إلى ثلاثة مطالب

وهي :

• **المطلب الاول :** بيان الحالة التي اعلنت بسببها حاله الطوارئ •

• **المطلب الثاني :** تحديد المنطقة التي تشملها حالة الطوارئ •

• **المطلب الثالث :**تاريخ بدء سريان ومد حالة الطوارئ

**أهمية الموضوع:-**

قد تتعرض الدولة لظروف استثنائية لا قبل لها لدفعها ولذا فإنه قد لا تنفع القواعد القانونية المعدة للظروف العادية لمواجهة هذه الظروف مما يوجب اتخاذ تدابير أخرى قد تخل بالتوازن القائم بين الحقوق والحريات الفردية وبين المصلحة العامة للجماعة.

وحالة الطوارئ هي ظرف غير عادي ظرف استثنائي ويعتبر بمثابة القوة القاهرة.

وفي حالة عدم وجود نصوص قانونية لمواجهة الظروف الاستثنائية يسمح للسلطة التنفيذية بأن تأخذ على عاتقها إدارة البلاد وتكون بمثابة السلطة التشريعية في تشريع القوانين ولفترة محددة وبرقابة برلمانية وقضائية حتى لا تحتكر السلطة وتصبح سلطة دكتاتورية ولكن تدير البلاد لأجل خلاصها من ظروف استثنائية يجب مواجهتها بصورة سريعة وعاجلة لا يمكن مواجهتها بالقوانين العادية لكون مصلحة الشعب والأمة هي من أولويات الدولة القانونية ، وعندما يزال ظرف الاستثنائي يجب الرجوع إلى الحالة الطبيعية في تطبيق القوانين العادية.

**سبب اختيار الموضوع:-**

في هذا البحث كون ان اسباب واعلان حالة الطوارئ من الامور المهمة التي يستمد اليه عملية اعلان حالة الطوارئ ويمكن ان تكون الاسباب م صلب الدستور او يتم تشريعها في قانون وهي تسبق عملية اعلان حالة الطوارئ وهذا موجود في تشريع المصري ، وهناك تشريع لاحق لإعلان حالة الطوارئ وكل منها مزايا وعيوب .

**مشكلة البحث :-**

وللظروف العصبية التي تمر بها البلدان العربية حيث يتعرض الأوطان إلى هجمات شرسة وحاقدة من قبل الأعداء سواء كان من الداخل أو الخارج فلا بد من تفعيل اسباب وشروط اعلان حالة الطوارئ حتى لا يكون بمقدور السلطة التنفيذية اعلان حالة الطوارئ متى ما شاءت حيث يكون اعلان حالة الطوارئ اسباب منطقية مذكورة في صلب الدستور او قانون الطوارئ وذلك للحفاظ على أرواح وممتلكات المواطنين ولحماية الوطن من كيد الأعداء الطامعين هذا في حالة الحروب أما إذا تعرض الوطن إلى الكوارث والأمراض والوباء فلا بد أن يكون هناك قانون طوارئ ينظم هذه الحالة بشكل قانوني دون ظلم واستبداد وتعدي على حقوقه وحرريات الافراد ويكون هناك رقابة لتنظيم هذا الأمر.

**المنهجية الدراسية :**

اعتمدنا في دراستنا على منهجين وهما المنهج التاريخي الذي كان الهدف من اتباعه معرفة الاصول النظرية لإعلان حالة الطوارئ كما تم استخدام المنهج التحليلي للتعرف على سلبيات وإيجابيات النصوص الواردة في الدستور.

## المبحث الأول: اسباب إعلان حالة الطوارئ في مصر (١)

(١) إن الأسباب التي تدعو إلى إعلان حالة الطوارئ في مصر على نطاق ما جاء في القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ وتعديلاته، والقانون ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ أما القانون رقم ٥٣٣ لسنة ١٩٥٤ فقد أجمل الأسباب التي قررها القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ وكان لصدور القانون الأخير لينظم الأحكام العرفية في مصر لأول مرة في ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ وذلك بعد إعلان دستور سنة ١٩٢٣. وقد نص في مادته الأولى على أنه: "يجوز إعلان الأحكام العرفية كلما تعرض الأمن والنظام العام في أراضي المصرية أو في جهة منها للخطر سواء كان ذلك بسبب إغارة قوات العدو المسلحة أو بسبب وقوع اضطرابات داخلية" ولما تقرر تدخل الجيش المصري في حرب فلسطين أضيف إلى المادة الأولى "جواز إعلان الأحكام العرفية لتأمين سلامة الجيوش المصرية وضمان تمويلها وحماية طرق مواصلاتها وغير ذلك مما يتعلق بتحركاتها وأعمالها خارج المملكة المصرية" وذلك بالقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٤٨ وقد حددت المادة الأولى الأسباب الداعية لإعلان الأحكام العرفية في ثلاث أسباب وهي:

١ - بسبب إغارة قوات العدة المسلحة.

٢ - بسبب وقوع اضطرابات داخلية

٣ - لتأمين سلامة الجيوش المصرية وتحركاتها خارج المملكة المصرية، انظر فيصل كامل على إسماعيل، سلطات الضبط الإداري أثناء حالة الطوارئ، مصر، فرنسا، الولايات المتحدة الأمريكية، رسالة دكتوراه، ص ٨٣، ٨٤.

وتكمن مبررات حالة الطوارئ في المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية الصادر بالقانون ١٦٢ لسنة ١٩٥٨

والخاص بحالة الطوارئ انظر هايف ناصر هايف الحويلة، مشروعية الاعتقال الإداري في الظروف

الاستثنائية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٤، ص ١١١

ونصت المادة الأولى من قانون الطوارئ على أنه "يجوز إعلان حالة الطوارئ كلما تعرض الأمن والنظام العام في أراضي الجمهورية أو في منطقة منها للخطر سواء كان ذلك بسبب وقوع حرب أو قيام حالة تهديد بوقوعها أو حدوث اضطرابات في الداخل أو كوارث عامة أو انتشار وباء القاضي المستشار الدكتور عبد الفتاح مراد، شرح قوانين أمن الدولة والطوارئ، الطبعة الأولى، منشأة المعارف الإسكندرية. ص ٤٠. ويشرح د عبد الفتاح مراد، نص المادة الأولى من مبررات إعلان حالة الطوارئ وهي:

وقوع حرب أو قيام تهديد بوقوعها:

والحرب هي قيام صراع مسلح بين دولتين يستوي فيه هذا الأمر أن يكون القتال دائرا بالفعل أو متوقف بناء على هدنة دائمة كانت أو مؤقتة، ولم يكتفي المشرع بجعل حالة الحرب مبرر لإعلان حالة الطوارئ وإنما جعل مجرد التهديد بوقوعها مبررا لإعلان حالة الطوارئ، والمقصود بحالة التهديد بوقوع الحرب هو إتيان إحدى الدول مقال توحى باتجاه نيتها إلى شن الحرب كقيامها بحشد الجند والمعدات استعدادا لشن الحرب.



ان الاسباب اعلان حالة الطوارئ يجب ان تكون مذكورة في قانون الطوارئ وبعض الدول تكون الاسباب سابقه لإعلان حالة الطوارئ مثل مصر وبعض الدول تكون الاسباب متزامنة او لاحقة لإعلان حالة الطوارئ ،،واذا تحقق احد هذه الاسباب في اي جزء من اراضي الجمهورية تعلن حالة الطوارئ لمواجهة هذا الخطر الذي يهدد حياة المواطنين واموالهم ومؤسسات الدولة .

سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب على النحو الآتي :

**المطلب الأول:** وقوع الحرب او قيام تهديد بوقوع حرب .

**المطلب الثاني:** قيام اضطراب في الداخل

**المطلب الثالث:** الكوارث العامة وانتشار وباء

وأن الاسباب الداعية لإعلان حالة الطوارئ في مصر وذلك على النحو التالي:

**المطلب الاول :** وقوع حرب وقيام تهديد بوقوع حرب .

سننولى بيان هذا المطلب في فرعين نخصص الأول لحالة وقوع حرب بينما سنعرض في الفرع الثاني

لحالة قيام تهديد بوقوع حرب وعلى النحو الآتي :

---

(ب) حدوث اضطرابات في الداخل أو كوارث عامة أو انتشار وباء من مبررات إعلان حالة الطوارئ على أن يكون منه شأن حدوث ذلك تعرض الأمن والنظام العام في الجمهورية أو في المنطقة التي حدث فيها ذلك الخطر. على أن تكون هذه الأحداث تبلغ من الخطورة ما يحول بين الدولة وبين التصدي لها من خلال التشريعات العادية أما حال تمكن الدولة من التصدي لهذه الأحداث من خلال التشريعات العادية فلا يجوز هذا الاستثناء لهذه الأحداث كمبرر لإعلان حالة الطوارئ .

## الفرع الاول :

## وقوع حرب .

الحرب في القانون الدولي هي الحرب الشاملة أو المعلنة *declared way* ويقصد حالة النزاع المسلح الذي ينشب بين القوات المسلحة لدولتين أو أكثر. <sup>(١)</sup> وقد عرفت الحرب العدوانية عند عقد مؤتمر في عام ١٩٣٣ بنزع السلاح المكون من ٦١ دولة وقد تم تقرير Potitis إلى لجنة الأمن - وهي إحدى مؤتمر نزع السلاح - وجاء التعريف محدد للأشكال التي تعتبر فيها الدولة معتدية وبشكل عملها حربا عدوانية وهي:

- ١- إعلان دولة الحرب على أخرى.
- ٢- غزو دولة لإقليم دولة أخرى بقواتها المسلحة حتى وبدون أن تعلن الحرب عليها.
- ٣- أن تهاجم الدولة بقواتها المسلحة (برية، بحرية أو جوية) إقليم دولة أخرى أو قواتها (البرية - البحرية - الجوية).
- ٤- أن تحاصر الدولة مواني وشواطئ دولة أخرى.
- ٥- أن تساعد وتدعم عصابات مسلحة يقيم بتشكيلها على أراضيها وذلك لغزو دولة أخرى.

ونصت المادة الثانية من التعريف على أن أية اعتبارات منهما كانت نوعها سياسية أو عسكرية أو اقتصادية أو غيرها لا يمكن أن تشكل عذراً أو مبرراً للقانون <sup>(٢)</sup>.

وقد عرفت الحرب: أنها عبارة عن صراعا مسلحا بين دول، بهدف تغليب وجهة نظر سياسية ووفقا للوسائل المنظمة بالقانون الدولي العام وتعتبر:

(أ) الحرب صراعا مسلحا بين الدول.

(١) فيصل كامل علي إسماعيل، مرجع سابق، ص ٨٥ .

(٢) د ٠ رانه عطا الله عبد العظيم عطا الله، الدفاع الشرعي والوقائي في ضوء أحكام القانون الدولي (دراسة تطبيقية تأسيسية) الطبعة الأولى القاهرة، ايتراك ٢٠٠٩ ص ١٦٤ .

(ب) الحرب صراع يستخدم فيه القوات المسلحة.

(ج) الحرب تهدف إلى تغليب وجهة نظر سياسية على أخرى<sup>(١)</sup>.

أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية التي تبرر لدول الأطراف إعلان حالة الطوارئ، فلقد وردت نصوص في ذلك ومنها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان نصت المادة ١/١٥ في حالة الحرب أو الخطر العام الذي يهدد حياة الأمة<sup>(٢)</sup> ونصت أيضا الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان المادة ١/٢٧ "في زمن الحرب أو الخطر العام أو أي طوارئ أخرى".

فلفظ الحرب منصوص عليه في الاتفاقيتين السابقتين، أما بالنسبة للاتفاقية الدولية للحقوق المدنية فقد نصت المادة ١/٤ على أنه "يجوز للدول الأطراف في هذه الاتفاقية في حالة الطوارئ العامة التي تهدد حياة الأمة".

ولقد أجمع الفقه الدولي على أنها تشمل حالة الحرب أما بالنسبة للقانون ١٥ لسنة ١٩٢٣ فلقد نص على أن تعلن الأحكام العرفية في حالة إغارة قوات العدو المسلحة، فلقد قصرها المشرع في حالة الحرب الدفاعية وليس الهجومية، أما بالنسبة لمعاهدة ١٩٣٦ فلقد نصت "على حالة الحرب وخطر الحرب الداهم أو قيام حالة دولية يخشى خطرها" فلفظ الحرب جاء مطلقا وعماما.

أما بالنسبة للقانون ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ فلقد نصت المادة الأولى منه على أنه بسبب وقوع حرب<sup>(٣)</sup> ويرى بعض الفقه أن المشروع قد توسع بإطلاق لفظ حرب فقد لا تكون مصر طرفا فيها ولا تقع في أراضيها أو على حدودها<sup>(٤)</sup>.

وأنة لورود النص في المادة السابقة بشكل مطلق، قد تستخدم الحكومة حالة

الحرب ولم تكن الجمهورية طرفا فيها كمبرر لإعلان حالة الطوارئ<sup>(٥)</sup>. وترى البعض الآخر أن ذلك الرأي يصطدم بالثابت فقها خاصة في مجال القانون الدولي العام في مادة مصطلح الحرب

(١) د. منتصر سعيد حمودة، القانون الدولي المعاصر، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص ٣١٣.

(٢) فيصل كامل علي إسماعيل، مرجع السابق، ص ٨٥، ٨٦.

باعتبارها ذات مدلولي وطني وإقليمي، وقف ثم الحرب في القانون المصري تفيد على سبيل القطع أن الجمهورية طرفا فيها<sup>(٢)</sup>.

ويظهر الفارق بين القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ والقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨:

أولاً: القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ كان يحدد حالة الحرب في إغارة قوات العدو المسلحة في حالة الحرب الدفاعية. أما القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ فإن لفظ الحرب جاء مطلقاً مما يشمل الحرب الدفاعية والحرب الهجومية.

ثانياً: القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ يعد تعديله تطبيقاً كما نصت عليه معاهدة سنة ١٩٣٦ بين مصر وإنجلترا فتعلن "حالة الأحكام العرفية، الحرب أو الخطر الداهم أو قيام حالة دولية يخشى خطرهما"، ولكن المشرع في القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ استبعد قيام حالة دولية يخشى خطرهما لأنه قصر السبب في وقوع الحرب وهنا يجب أن تقع الحرب فعلاً ولقد كان القانون الأول يربط حالة الحرب بإغارة قوات العدو المسلحة فلا بد أن تكون هناك إغارة هجوم فعلي وأن تكون هذه الإغارة من قبل عدو أجنبي للبلاد ولذا فإنه لا بد أن يكون أجنبياً وأن تكون هذه الإغارة لقوات مسلحة ولا بد أن تكون هذه الإغارة من قوات العدو من الخارج (٣)

(١) ثروت عبد الهادي خالد الجوهري ، مدى ضرورة السلطات الاستثنائية في جمهورية مصر العربية والرقابة عليها، دراسة مقارنة بالقانون الدستوري الفرنسي" لم تذكر الطبعة.. دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥ ص ٣٩٤ .

(٢) مجدي المتولي السيد، أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ المشروعية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة عين شمس ١٩٩٠ ص ٣٤٣.

(٣) د. زكريا محفوظ ، حالة الطوارئ في القانون المقارن في تشريع الجمهورية العربية المتحدة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٦٦ ص ٣٧٣

### الفرع الثاني: قيام حالة تهديد بوقوع حرب

في المعاهدات الدولية التي يهدد فيها بوقوع حرب نظمت المعاهدات الأوروبية لحقوق الإنسان بنص المادة ١/١٥ "في حالة الحرب أو الخطر الذي يهدد حياة الأمة" وما نصت عليه الاتفاقية الأمريكية بنص المادة ١/٢٧ "في زمن الحرب أو الخطر العام أو أي طوارئ أخرى" وهذه الحالة تدخل في حالة الخطر العام. أما وفقا لنص الاتفاقية الدولية لحقوق المدنية فهذه تدخل ضمن ما نصت عليه المادة ١/٤ حيث تقرر "في حالة الطوارئ العامة التي تهدد حياة الأمة".

ولذا فإنه يجب أن يكون هناك تهديد حقيقي لأمن الدولة وسلامة شعبها وأراضيها بأن تكون الحرب أو النزاع المسلح قائم فعلا أو وشيك الوقوع لأن حالة الحرب قد تعلن من جانب دولة دون أن تدخلها.<sup>(١)</sup> وقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ يكون للحكومة أيضا إعلان حالة الطوارئ متى ما كان هناك تهديد بوقوع حرب، حتى ولو لم تقع بالفعل، مادام من شأن هذه الحالة تعرض الأمن والنظام العام للخطر في كل إقليم الدولة أو في جزء منها<sup>(٢)</sup>. وقد كانت هذه الحالة مبررا لإعلان حالة الطوارئ في عام ١٩٦٧ إذا اعتبرت الحكومة التوتر القائم على الجبهة الشمالية بين سوريا وإسرائيل بمثابة حالة التهديد بوقوع حرب فأعلنت حالة الطوارئ وقتئذ<sup>(٣)</sup>.

(١) د. سعيد فهم خليل، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في الظروف الاستثنائية - دراسة في ضوء أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان، طبع الشركة المصرية للنشر والإعلام (إيباك) ١٩٩٨ ص ٦٨، ٦٦.

(٢) ثروت عبد الهادي خالد الجوهري، مرجع سابق ص ٣٩٤، ٣٩٥.

(٣) عبد الرؤوف هاشم بسيوني، نظرية الضبط الإداري، رسالة دكتوراه، ١٩٩٥ ص ٢٨٩ وما بعدها.

## المطلب الثاني :

## حدوث اضطرابات في الداخل.

طبقا للمادة من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ المنظم لحالة الطوارئ يكون إعلان حالة الطوارئ بسبب حدوث اضطرابات في الداخل إذا تعرض الأمن والنظام العام للخطر في أراضي الجمهورية أو في جزء منها<sup>(١)</sup>.

وقد عبر عنها القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ بأنها "وقوع اضطرابات داخلية، وعبر عنها القانون رقم ٥٢٣ لسنة ١٩٥٤ "وقوع اضطرابات في الداخل"<sup>(٢)</sup>.

ويفسر مصطلح الاضطرابات الداخلية بأنها تعني حركة العصيان أو التمرد أو عدم إطاعة السلطات العامة، بحيث يتخذ شكلا جماعيا أو تتمثل بمظهر العنف أو يتفاقم خطرهما بحيث لا تقوى السلطة التنفيذية على مواجهتها بواسطة قواعد الشرعية العادية، وقد اشترط المشرع الوضعي في تلك الاضطرابات أن تكون قد أدت إلى تعريض الأمن والنظام العام للخطر كما اشترط أن تكون قائمة داخل حدود إقليم الدولة<sup>(٣)</sup>.

أي يتعرض الأمن النظام العام في أراضي الجمهورية أو في منطقة منها للخطر تعرضا حقيقيا وواقعا والمقصود بالأمن النظام العام في أراضي الجمهورية أو في منطقة منها دون أن يتجاوز إلى خارج البلاد<sup>(٤)</sup>.

وهناك تفسير آخر للاضطرابات التي تحدث في الداخل قد تكون من الأزمات الناتجة عن وقوع الثورات أو الانقلابات أو انتشار أعمال العنف المسلح أو انتشار أعمال الإرهاب

(١) د محمد الوكيل، حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٣، ص ٣٥٦.

(٢) زكريا محمد عبد الحميد محفوظ مرجع سابق ص ٣٧٦.

(٣) د ثروت عبد الهادي خالد الجوهري، مرجع السابق ص ٣٩٥، ٣٩٦.

(٤) حازم صادق، سلطة رئيس الدولة بين النظامين البرلماني والرئاسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٨٩.

والتخريب الداخلي وهو ما يشكل اضطرابات داخلية خطيرة *internal tensions* وتم تعريف الاضطرابات الداخلية الخطيرة بأنها تلك الأحداث التي يمتزج فيها الصراع السياسي أو الاجتماعي أو الطائفي بأعمال الشغب أو الفوضى أو تلك الأحداث الشعبية التي تقع قبل أو بعد محاولة تغيير نظام الحكم عن طريق القوة كالثورات والانقلابات العسكرية، وأعمال العنف المسلح الداخلية وقد عرفت اللجنة الدولية لهيئة الصليب الأحمر بأنها تلك الحالات التي لا تشكل نزاعاً مسلحاً غير دولي، وإنما تتضمن أعمالاً اعتداء مسلحاً متبادلاً بين جماعتين أو أكثر داخل إقليم الدولة أو بين إحدى الجماعات المناهضة والمعارضة وبين قوات الأمن أو الجيش التابعة للحكومة الشرعية وإن كانت لا ترقى إلى درجة الصراع المسلح السافر من حيث الحجم أو الكثافة<sup>(١)</sup>.

وعرفت اللجنة الدولية لهيئة الصليب الأحمر أعمال الإرهاب والتخريب الداخلي *terrorism and sabotage* بأنها ذلك النشاط الإجرامي المتمثل في أعمال العنف أو التهديد باستخدامه ضد الأبرياء من قبل بعض الأفراد أو التنظيمات المدفوعة بالهيام الغرض السياسي بهدف الإطاحة بنظام الحكم القائم في دولة ما والاستيلاء على السلطة أو تسهيل أحداث هذا التغيير عن طريق نشر الخوف وإشاعة الرعب في المجتمع ككل أو في قطاع عريض منه<sup>(٢)</sup>.

ولقد وضع المشرع المصري تعريفاً قانونياً للإرهاب إذا نصت المادة ٨٦ المضافة بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢ لقانون العقوبات المصري.

( يقصد بالإرهاب في تطبيق أحكام هذا القانون كل استخدام للقوة، أو العنف، أو التهديد أو الترويع، يلجأ إليه الجاني تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي، أو جماعي بهدف الإخلال بالنظام العام، أو تعريض سلامة المجتمع، وأمنه للخطر إذا كان من شأن ذلك إيذاء الأشخاص أو إلقاء الرعب بينهم، أو تعريض حياتهم، أو حرياتهم أو أمنهم للخطر، أو إلحاق الضرر بالبيئة أو بالاتصالات أو المواصلات أو بالأموال، أو المباني أو بالأموال العامة أو الخاصة، أو احتلالها

(١) فيصل كامل علي إسماعيل، مرجع السابق، ص ٩٠ .

(٢) فيصل كامل علي إسماعيل، مرجع السابق، ص ٩١، ٩٠.

أو الاستيلاء عليها، أو منع عرقلة ممارسة السلطات العامة أو دور العبادة أو المعاهد العلم لأعمالها، أو تعطيل تطبيق الدستور، أو القوانين واللوائح<sup>(١)</sup>.

وحالة حدوث اضطرابات في الداخل تشمل الاضطرابات الداخلية الخطيرة من العنف المسلح، وأعمال الإرهاب، والتخريب الداخلي بالمعنى السابق. وهي يجب أن تحدث داخل حدود إقليم ويمكن أن تقع هذه الاضطرابات من رعايا الجمهورية ومن غير رعايا الجمهورية المقيمين بداخلها والقانون الحالي أزال اللبس الذي كان قائما في ظل القانون القديم بتغيير اضطرابات داخلية حيث ذهب البعض أنها الاضطرابات التي تقع من رعايا الجمهورية فقط وليس من الأجانب المقيمين بداخلها وبذلك تخرج عن نطاق الاضطرابات في الداخل الاضطرابات العمالية، أو المظاهرات التي تستهدف تحقيق مطالب اجتماعية كرفع الأجور أو تحسين أحوال المعيشة، أو العمل وكذلك تخرج منها حالات عدم الاستقرار السياسي : *political instability* فإنها لا تخل في هذا المفهوم - من حيث المبدأ ما لم تكن الحالة قد بلغت حدا من الخطورة يهدد الحياة العامة في المجتمع بالتوقف أو الشلل<sup>(٢)</sup>.

---

(١) د سلامة إسماعيل محمد، مكافحة الإرهاب الدولي، خطف الطائرات والسفن والقرصنة الجوية، والبحرية، دراسة تحليلية مؤيدة بالاتفاقيات والمعاهدات الدولية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥م، ص ١٥٦.

(٢) فيصل كامل علي إسماعيل، مرجع السابق، ص ٩٠، ٩١.



## المطلب الثالث

## : الكوارث العامة وانتشار وباء.

سنتولى بيان ذلك في فرعين وسنعرض في الفرع الأول الكوارث العامة بينما سيتمحور حديثنا في الفرع الثاني لحالة انتشار وباء وذلك على النحو الآتي :

## . الفرع الأول : الكوارث العامة .

تنص المادة الأولى من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ والمنظم لحالة الطوارئ إلى أنه يكون إعلان حالة الطوارئ<sup>(١)</sup> بسبب حدوث كوارث عامة إذا تعرض الأمن أو النظام العام للخطر في أراضي الجمهورية أو في منطقة منها للخطر وأن المشرع قيد إعلان حالة الطوارئ لهذا السبب بأن تكون هذه الكوارث عامة، بمعنى أنها إذ تصل إلى درجة من الأهمية بحيث تخرج من حيز التخصيص والفردية إلى الحالات العمومية التي تنشر فيها النتائج إلى كامل إقليم الدولة أو جزء يعتد منها، ويمتد فيها الأثر إلى مجموع الأمة.<sup>(٢)</sup> وأن الكوارث العامة لم تكن مذكورة في القانون ١٥ لسنة ١٩٢٣ مما يفيد توسع المشرع في الأسباب الداعية لإعلان حالة الطوارئ والكوارث والنوازل والأخطار العامة التي لا تصيب فردا و عدة أفراد بل تصيب قطاع عريض من الأفراد فهي بذلك تخرج من النطاق الفردي الخاص إلى النطاق الجماعي العام وهي قد تصيب كل إقليم الدولة أو جزء كبير منه، وهي تشمل الكوارث الطبيعية والغير طبيعية فالكوارث الطبيعية *Natural disasters or catastrophes* مثل الزلازل أو البراكين أو الفيضانات أو الجفاف أو التصحر أو انتشار الحرائق أو العواصف الجوية أو البحرية والمجاعات وتشمل أيضا الكوارث غير الطبيعية التي يكون سببها الإنسان مثال ذلك التفجيرات النووية وغيرها وهي تدخل ضمن ما قرره المادة ١/٤ من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية بعبارة "أوقات الطوارئ العامة" ولإعلان حالة الطوارئ وفقا لهذا السبب يجب أن تقع الكارثة

(١) د محمد الوكيل، مرجع السابق، ص ٣٥٧ .

(٢) زكريا محمد عبد الحميد محفوظ ، مرجع سابق ، ص ٣٧٧ .

بالفعل وليس قبلها وفقا لمفهوم النص: "حدوث اضطرابات في الداخل أو كوارث عامة وانتشار وباء"، أما قبل حدوث الكارثة يتم استخدام السلطات الممنوحة في القوانين العادية<sup>(١)</sup>. والكوارث الغير الطبيعية يمكن أن تكون ذات طبيعة اجتماعية أو صحية مثل الأمراض الوبائية ذات الانتشار السريع أو النزاع الطائفي أو العرقي والديني إذا ما استفحل نطاقه ومداه، كل ذلك يندرج داخل نطاق الكوارث العامة فهي كوارث على درجة من العموم بحيث تعطي بآثارها السلبية الجسيمة أكبر مساحة من أراضي الجمهورية وبأكبر عدد من مواطنيها<sup>(٢)</sup>.

---

(١) فيصل كامل على إسماعيل، مرجع السابق، ص ٩٢ .

(٢) د. مجدي المتولي السيد يوسف، مرجع السابق، ص ٣٤٦ .

## الفرع الثاني :

## انتشار وباء.

تتضمن المادة الأولى من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بأن إعلان حالة الطوارئ قد يكون بسبب انتشار وباء وإذا ما تعرض الأمن والنظام العام في أراضي الجمهورية أو في منطقة منها للخطر<sup>(١)</sup>.

والمقصود بالفقرة السابقة أن يتفشى أحد الأمراض في البلاد بحيث يصل إلى درجة خطيرة تأخذ شكل وباء، فلا يكفي أن ينشر الوباء في جزء معين من البلاد، كما ينبغي أن يعرض انتشار الوباء الأمن أو النظام العام للخطر ولذلك فإن إعلان حالة الطوارئ لا يتم إلا بمناسبة انتشار الوباء والذي يتصف بأنه من الأمراض الخطيرة المهلكة والتي يخشى من انتشارها على حياة المواطنين كأمراض الطاعون والكوليرا، أما الأمراض المعتادة كمرض الأنفلونزا والسعال أو البرد فهي أمراض ليست خطيرة، أو مهلكة، ولا تشكل من الخطورة معها بحيث تلجأ لإعلان حالة الطوارئ<sup>(٢)</sup>.

وإن المشرع لم يحدد في الوباء المنتشر إن كان داخليا أو خارجيا ونعتقد أنه يجب أن يكون داخل نطاق الجمهورية أما إذا كان خارجيا ومؤثر على سلامة المجتمع في الداخل فإنه يمكن اتخاذ إجراءات أمنية مشددة في مناطق تلاقي الحدود والمنافذ الدولية كالموانئ والمطارات بالقدر الذي يقي النظام العام دونها حاجة أن إعلان حالة الطوارئ<sup>(٣)</sup>. وإن انتشار الوباء لم يكن مذكور في القانون ١٥ لسنة ١٩٢٣ لإعلان حالة الطوارئ مقتصر على حالتين الحرب والاضطرابات الداخلية إلا أن القانون ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ قد أضاف إلى السببين الآخرين أسباب أخرى وهي حالات التهديد بوقوع حرب أو حدوث، الكوارث العامة وانتشار الأوبئة ويبدو أن اجتماع هذه الأسباب تشمل ما يهدد عناصر النظام العام في معناه المادي الأمن والسكينة

(١) د. محمد الوكيل، مرجع السابق، ص ٣٧٥ .

(٢) د. سامي جمال الدين، اللوائح الضرورية وضمان الرقابة، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٨٢ ص ٣٢٦ .

(٣) د. مجدي متولي السيد يوسف، مرجع السابق ص ٣٤٧ .

والصحة، فالحرب أو بالتهديد بها تشمل الأمن الخارجي لأعداء الجمهورية من الخارج والاضطرابات في الداخل تشمل الأمن الداخلي أما الكوارث العامة فهي تهدد لعنصر السكينة العامة، وانتشار الأوبئة، يهدد عنصر الصحة العامة، وقد استبعد المشرع إعلان حالة الطوارئ للسبب الوارد بالقانون رقم ٥٣٣ لسنة ١٩٥٤ والمضافة للقانون ١٥ لسنة ١٩٢٣ بالقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٤٨ والذي كان يجيز إعلان حالة الطوارئ لتأمين سلامة الجيوش المصرية وضمن تمويلها وحماية طرق مواصلاتها وغير ذلك مما يتعلق بحركاتها وأعمالها العسكرية خارج البلاد وأن هذا السبب كان يتعلق بظروف الحرب<sup>(١)</sup>. المبحث الثاني: شروط إعلان حالة الطوارئ: (٢)

(١) فيصل كامل على إسماعيل مرجع السابق ص ٩٣ وما بعدها .

(٢) نصت المادة الثانية من قانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ على أنه يكون إعلان حالة الطوارئ وإنهائها بقرار من رئيس الجمهورية ويجب أن يتضمن قرار إعلان حالة الطوارئ ما يلي انظر القاضي المستشار د عبد الفتاح مراد، مرجع السابق، ص ٤٣ .

١- بيان الحالة التي أعلنت بسببها حالة الطوارئ.

٢- تحديد المنطقة التي تشملها حالة الطوارئ.

٣- تاريخ بدأ سريانها ومد حالة الطوارئ انظر دكتور: عاصم رمضان مرسى، التنظيم القانوني لحالة الطوارئ وإثره في الحقوق والحريات العامة، دار النهضة العربية، القاهرة

، ص ٩١ .

وتنص المادة ١٤٨ من دستور ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ (المقابلة للمادة ١٢٦ من دستور ٢٥ مارس سنة ١٩٦٤) على أن (يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ على الوجه المبين بالقانون ويجب غرض هذا الإعلان على مجلس الشعب خلال الخمسة عشر يوما التالية ليقرر ما يراه بشأنه، وإذا كان المجلس الشعب منحلا، عرض الأمر على المجلس الجديد في أول اجتماع له، وفي جميع الأحوال يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محددة، ولا يجوز مداها إلا بموافقة مجلس الشعب).

وتختلف الأحكام بين المادتين ١٤٨ من دستور ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ والمادة ١٢٦ من دستور ٢٥ مارس ١٩٦٤

على النحو التالي:

(١) أن القرار الجمهوري بإعلان حالة الطوارئ يجب عرضه على مجلس الشعب إذا لم يكن منحلا في خلال ١٥

يوما في الدستور ١٩٧١ وكانت المدة ٣٠ يوما في الدستور الملغى ١٩٦٤ .

ان قانون الطوارئ لا بد ان يتضمن الشروط الواجب توفرها في الاعلان حيث يحدد اسباب الاعلان والمنطقة التي يشملها الاعلان وتاريخ سريان ومد حالة الطوارئ

- وسوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة مطالب كالآتي
- المطلب الاول : بيان الحالة التي اعلنت بسببها حاله الطوارئ
- المطلب الثاني :تحديد المنطقة التي تشملها حالة الطوارئ
- المطلب الثالث :تاريخ بدء سريان ومد حالة الطوارئ
- وسوف نبدأ في المطلب الاول

### المطلب الاول :

#### بيان الحالة التي أعلنت بسببها حالة الطوارئ .

تلتزم السلطة القائمة على إعلان حالة الطوارئ بالإضافة إلى التقيد بحكم الفقرة من المادة الثانية من قانون الطوارئ رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ المعدلة بالقانون ٣٧ لسنة ١٩٧٢ والخاص بمراجعة

(ب) إن دستور ١٩٧١ قد اشترط صراحة أن يكون إعلان حالة الطوارئ لمدد محددة في حين أن دستور ١٩٦٤ لم يتطلب هذا الشرط صراحة ومن ثم فإن من المتعين وفقا لدستور ١٩٧١ أن يتضمن القرار الجمهوري الصادر بإعلان حالة الطوارئ المدة المحددة لها.

(ج) إذا أراد مد مدة الطوارئ المحددة في القرار الجمهوري الصادر بها، فيجب أن يوافق على ذلك مجلس الشعب، وهذا طبيعي، لأن مجلس الشعب يوافق على مدة معينة للطوارئ، في ضوء الظروف التي أحاطت بإعلانها، فإذا تكشف أن تلك المدة غير كافية، فيجب أن يقرر مجلس الشعب المدة الجديدة، فيصدر رئيس الجمهورية قرارا بمد المدة يعرضه على مجلس الشعب في انقضاء المدة الأولى.

ولقد كانت المادة ١٢٦ من دستور سنة ١٩٦٤ تنص على تنتهي حالة الطوارئ بقرار من رئيس الجمهورية، ولم يرد بهذه الفقرة مقابل في الدستور ١٩٧١ وربما لأنه مقضي لوقف حالة الطوارئ في الدستور ١٩٧١ إنه تنتهي حالة الطوارئ بانقضاء المدة المحددة لها انظر د: سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة) الكتاب الثالث أموال الإدارة العامة وامتيازاتها، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٣ ص ١٠٨، ١٠٩ .

وإن سلامة إعلان حالة الطوارئ الصادرة من رئيس الجمهورية رهينة كما يبين من النص يتوافر تلك الشروط التي حددها فإذا ما خلى الإعلان من أي من البيانات التي يستلزمها النص كان الإعلان باطلا لعدم تكامل أركان مشروعيته لاسيما وإن النص استخدم صيغة الوجوب .

أن يكون سبب لإعلان من الأسباب التي ينص عليها قانون الطوارئ أن يبين الحالة التي أعلنت بسببها حالة الطوارئ<sup>(١)</sup>.

يفرض هذا النظام على مجمل إقليم الدولة كما أن تحدد المنطقة التي تشملها حالة الطوارئ يفيد في خضوع القرارات المتخذة في هذا الصدد، وقد أعلنت حالة الطوارئ للمرة الأولى بعد صدور أول دستور في ظل الثورة في أول نوفمبر عام ١٩٥٦ بالقرار الجمهوري رقم ٣٢٩<sup>(٢)</sup> لمواجهة العدوان الثلاثي على مصر، وقد استند قرار إعلان حالة الطوارئ للقانون رقم ٥٣٣ لسنة ١٩٥٤ بشأن تنظيم حالة الطوارئ في مادته الأولى، كلما تعرض الأمن أو النظام العام في أراضي مصرية أو في جهة منها للخطر بسبب إغارة قوات العدو من الخارج<sup>(٣)</sup>. ورغم أن العدوان الثلاثي انتهى بالفشل وباستتباب حق مصر في قناتها، إلا أن الحكومة أبقت على نظام الطوارئ وقد أعلنت للمرة الثانية، ، حالة الطوارئ في ظل دستور ١٩٦٤ في ٥ يونيو (حزيران) سنة ١٩٦٧ بالقرار الجمهوري رقم ١٣٧٧ لسنة ١٩٦٧<sup>(٤)</sup> على أثر نشوب الحرب بين مصر وإسرائيل ولم يعرض قرار إعلان حالة الطوارئ على مجلس الأمة في حينها كما تقضي به المادة ١٢٦ من الدستور عام ١٩٦٤ كان سبب عدم عرض كانت بسبب إحداث الحرب وما صاحبها من استقالة رئيس الجمهورية وحدث أزمة سياسية داخل مصر ولا بد من الإشارة أن القانون كان واجب التطبيق وقت إعلان حالة الطوارئ هو ذو الرقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨<sup>(٥)</sup>

(١) د: محمد الوكيل، مرجع السابق، ص ٣٥٨، ٣٥٩ .

(٢) نشر القرار في جريدة الوقائع المصرية العدد ٧٤ مكرر غير اعتيادي الصادر في ١٣ سبتمبر سنة ١٩٥٦ .

(٣) محمد عصام عبد المنعم إسماعيل عمر، حماية حقوق الإنسان في حالة الطوارئ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٢، ص ٢٠٢ .

(٤) صدر برئاسة الجمهورية في ٢٦ صفر ١٣٦٨ هجرية الموافق ٥ يونيو ١٩٦٧ ونشر في الجريدة الرسمية، العدد ٦٣ مكرر في ٥ يونيو ١٩٦٧م.

(٥) حقي إسماعيل بربوتي، مرجع سابق، ص ١٨٥ .

## المطلب الثاني :

## تحديد المنطقة التي تشملها حالة الطوارئ .

للرقابة القائمة منعا من تجاوز الحكومة للنطاق الإقليمي الذي يتعين به السلطة القائمة على حالة الطوارئ<sup>(١)</sup>. وما من شك أن هذا الشرط يفرض على الحكومة أن تراعي عدم فرض هذا النظام الاستثنائي إلا في أضيق الحدود وإن كان إعلان حالة الطوارئ في مصر يشمل في العادة كل إقليم الدولة، فإن تحديد المنطقة التي يسري عليها هذا النظام ليس بغريب على التشريع المصري، لأنه سبق أن اقتصر في عديد من المرات على إخضاع محافظتي سيناء والبحر الأحمر لحالة الطوارئ دون باقي إقليم الدولة<sup>(٢)</sup>، ونظرا " لاستمرار الظروف الامنية، التي تمر بها محافظة شمال سيناء، وبعد أخذ رأي المجلس، فقد اصدر المهندس ابراهيم محلب رئيس مجلس الوزراء، القرار رقم ١٤٢ لسنة ٢٠١٥، الصادر بتاريخ ٢٤ من يناير والذي ينص على مد اعلان حالة الطوارئ، الصادر بها قرار رئيس الجمهورية رقم ٣٦٦ لسنة ٢٠١٤ في المنطقة المحددة شرقا من تل رفح مارا بخط الحدود الدولية، وحتى العوجة غربا من غرب العريش وحتى جبل الحلال، وشمالا من غرب العريش مارا بساحل البحر الاحمر وحتى خط الحدود الدولية في رفح، وجنوبا من جبل الحلال وحتى العوجة، على خط الحدود لمدة ٣ اشهر اخرى، اعتبارا من الساعة السادسة من صباح اليوم الاحد ٢٥ يناير ٢٠١٥ ونص القرار على انه يحظر التجوال في المنطقة المحددة بالمادة الاولى من القرار طوال مدة اعلان حالة الطوارئ، من الساعة السابعة مساء"، وحتى الساعة السادسة من صباح اليوم التالي او لحين اشعار اخر، وتتولى القوات المسلحة وهيئة الشرطة اتخاذ ما يلزم لمواجهة اخطار الارهاب وتمويله وحفظ الامن بالمنطقة وحماية الممتلكات العامة والخاصة وحفظ ارواح المواطنين ٠ كما ينص القرار على انه يعاقب بالسجن كل من يخالف الاوامر الصادرة بالتطبيق لأحكام القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ .

(١) محمد عصام عبد المنعم إسماعيل عمر، مرجع السابق ص ٢١٦ .

(٢) زكريا محمد عبد الحميد محفوظ، مرجع السابق، ص ٣٨٣، ٣٨٢ .

### المطلب الثالث :

#### تاريخ بدأ سريان ومد حالة الطوارئ .

يتضمن قرار إعلان حالة الطوارئ تاريخ بدأ العمل بقانون الطوارئ وكذلك على مدة سريانه، وقد كانت المادة الثانية من قانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ قبل التعديل تشير نقد الفقه حيث انتقد د/ زكريا محفوظ تلك المادة بالقول: "هذا النص ناقص ومبتور وإنه يتعين استكمال النص بتحديد تاريخ انتهاء حالة الطوارئ في قرار الإعلان فحالة الطوارئ نظام استثنائي لا يعمل به إلا بصفة مؤقتة ومحددة وقد أخذ المشرع الدستور برأي الفقه عند وضع الدستور الحالي ونص في مادته رقم ١٤٨ على أنه في جميع الأحوال يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محددة، مما أدى إلى تعديل المادة سالفة الذكر بالمادة السادسة من قانون حماية حقوق الحريات العامة رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢، وتبدو أهمية هذا التعديل في أن السلطة التنفيذية ستكون مقيدة بهذه الفقرة التي سبق تحديدها فلا يمكن لها أن تجاوزها بإرادتها المنفردة دون تدخل البرلمان وذلك إذا زادت المدة عن خمسة عشر يوما أو إعلان حالة الطوارئ جديدة<sup>(١)</sup>.

(١) محمد عصام عبد المنعم إسماعيل عمر، مرجع السابق، ص ٢١٦ .



### الخاتمة

من خلال هذا البحث عن اسباب وشروط اعلان حالة الطوارئ في مصر حيث ان تحديد هذه الاسباب في الدستور او في قانون فلا يحق للسلطة التنفيذية اعلان حالة الطوارئ إلا اذا تحققت هذه الاسباب والشروط والتي هي ( وقوع الحرب ، او قيام تهديد بوقوع حرب ، قيام اضطراب في الداخل ، الكوارث العامة ، وانتشار وباء ) فأى احد هذه الاسباب حدث تعلن حالة الطوارئ اما عن الشروط والتي هي ( بيان الحالة التي اعلنت بسببها حالة الطوارئ ، تحديد المنطقة التي تشملها حالة الطوارئ ، تاريخ بدء سريان ومد حالة الطوارئ ) فهذه النقاط الثلاثة لا بد من توفرها في قرار الطوارئ من بيان الحالة مثلا الحرب التي حدثت بين مصر والكيان الصهيوني عام ١٩٦٧ ، وتحديد المنطقة بحيث أن حالة الطوارئ لا تشمل إلا المنطقة التي فيها الخطر ، وتحديد تاريخ بدء سريان وانتهاء حالة الطوارئ ضروري حتى لا تنفرد السلطة التنفيذية ويبقى حالة الطوارئ إلى ما لانهاية . وعليه تم التوصل إلى

بعض النتائج والتوصيات من خلال البحث في اسباب وشروط اعلان حالة الطوارئ في جمهورية مصر العربية

## أولاً: النتائج

١- لقد تبين ان اهم اسباب اعلان حالة الطوارئ في الدستور المصري حسب قانون الطوارئ رقم (١٦٢) ١٩٥٨ والتعديلات التي اجريت عليه وهي

أ- وقوع حرب ب- قيام تهديد بوقوع حرب ج- وقيام اضطراب في الداخل  
د- الكوارث عامة و- انتشار وباء

٢- ان شروط اعلان حالة الطوارئ في مصر هي :

أ- الحالة التي اعلنت بسببها حالة الطوارئ .

ب- تحديد المنطقة التي تشملها حالة الطوارئ .

ج- تاريخ بدء سريان ومد حالة الطوارئ .

## ثانياً: التوصيات

١. نوصي بالتقيد بأسباب وشروط اعلان حالة الطوارئ في جمهورية مصر العربية وعدم السماح بإعلان حالة الطوارئ عدا هذه الأسباب المذكورة في قانون الطوارئ في (١٦٢) لعام ١٩٥٨ حتى لا تكون السلطة التنفيذية طليقة اليد لإعلان حالة الطوارئ متى ما شاءت .
٢. نوصى بان تطبق اعلان حالة الطوارئ حسب الحاجة الملحة التي يتعرض لها البلد ،فاذا كان هناك خطر في جزء من البلاد فتعلن في هذا الجزء من المضطرب ،دون باقي الاجزاء ،كما يحدث في سيناء دون انحاء الجمهورية ، ،واذا كان الخطر يهدد البلاد بأكملها مثلا الحرب فتعلن حالة الطوارئ في جميع انحاء البلاد وعدم الخلط بينهما وعدم تعميم الجزء على الكل .

## قائمة المراجع

## أولاً : الكتب العامة

١. د. ثروت عبد الهادي خالد الجوهري ، مدى ضرورة السلطات الاستثنائية في جمهورية مصر العربية والرقابة عليها، دراسة مقارنة بالقانون الدستوري الفرنسي" لم تذكر الطبعة.. دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥ .
٢. حازم صادق، سلطة رئيس الدولة بين النظامين البرلماني والرئاسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩ .
٣. د. رانه عطا الله عبد العظيم عطا الله، الدفاع الشرعي والوقائي في ضوء أحكام القانون الدولي (دراسة تطبيقية تأصيلية) الطبعة الأولى القاهرة، ايتراك ٢٠٠٩ .
٤. د. سامي جمال الدين، اللوائح الضرورية وضمان الرقابة، منشأة المعارف الإسكندرية .
٥. د. سعيد فهم خليل، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في الظروف الاستثنائية – دراسة في ضوء أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان، طبع الشركة المصرية للنشر والإعلام (إيباك) ١٩٩٨ .
٦. د. سلامة إسماعيل محمد، مكافحة الإرهاب الدولي، خطف الطائرات والسفن والقرصنة الجوية، والبحرية، (دراسة تحليلية مؤيدة بالاتفاقيات والمعاهدات الدولية)، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥ .
٧. د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة) الكتاب الثالث أموال الإدارة العامة وامتيازاتها ، دار الفكر العربي، القاهرة ، .
٨. د. طه سعيد السيد ، مبدأ سيادة القانون وضمانات تطبيقه، دار النهضة العربية القاهرة سنة ١٩٦٦ .
٩. د. عاصم رمضان مرسي ،التنظيم القانوني لحالة الطوارئ وإثره في الحقوق والحريات العامة ،دار النهضة العربية ، القاهرة .
١٠. د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، نظرية الضبط الإداري، رسالة دكتوراه، ١٩٩٥ .
١١. د. عبد الفتاح مراد، شرح قوانين أمن الدولة والطوارئ، الطبعة الأولى، منشأة المعارف الإسكندرية .
١٢. د. محمد الوكيل، حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٣ .
١٣. د. منتصر سعيد حمودة، القانون الدولي المعاصر، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، .

١٤. هايف ناصر هايف الحويلة، مشروعية الاعتقال الإداري في الظروف الاستثنائية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٤ .

#### ثانياً : رسائل جامعية

١. حقي إسماعيل بربوتي، الرقابة على أعمال السلطة القائمة على حالة الطوارئ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس ١٩٨١ .
٢. زكريا محمد عبد الحميد محفوظ، حالة الطوارئ في القانون المقارن في تشريع الجمهورية العربية المتحدة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٦٦ ، ١ .
٣. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، نظرية الضبط الإداري، رسالة دكتوراه، ١٩٩٥ .
٤. على جاسم العبيدي ، رئيس الدولة في العراق (من ١٩٢١-١٩٦٨) رسالة دكتوراه جامعة بغداد ١٩٨١ .
٥. فيصل كامل علي اسماعيل، سلطات الضبط الإداري اثناء حالة الطوارئ، مصر، فرنسا، الولايات المتحدة الأمريكية، رسالة دكتوراه.
٦. مجدي المتولي السيد، أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ المشروعية، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة عين شمس ١٩٩٠ .
٧. محمد عصام عبد المنعم إسماعيل عمر، حماية حقوق الإنسان في حالة الطوارئ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة شمس، ٢٠١٢ .

#### ثالثاً : مجلات وجراند :

١. جريدة الوقائع المصرية العدد ٧٤ مكرر غير اعتيادي الصادر في ١٣ سبتمبر سنة ١٩٥٦ .
٢. الجريدة الرسمية، العدد ٦٣ مكرر في ٥ يونيو ١٩٦٧م.

## جهود المنظمات الدولية والإقليمية والوطنية في مجال مكافحة أعمال القرصنة البحرية

إعداد

أسلم بن محمد بن أسلم العمري

## مقدمة

## أولاً : موضوع البحث وأهميته:

فى ظل الإنفتاح العالمى ومع إنتشار الوسائل الحديثة لإرتكاب الجريمة الدولية ، وظهور جريمة القرصنة البحرية كجريمة دولية ، بدأ المجتمع الدولى الإهتمام بدراسة هذا النوع من الجرائم وكيفية التصدى لها.

ولهذا سنتناول فى هذا البحث توضيح جهود المنظمات الدولية والإقليمية والوطنية فى مجال مكافحة أعمال القرصنة البحرية. حيث أن ه

ذه الجريمة أصبحت مصدر للكسب غير المشروع للعديد من الجماعات الصومالية ، ورغم أن جريمة القرصنة لم تتغير كثيراً عن العصور القديمة حيث أن الهدف الأساسى من وراءها هو الحصول على المال والفديات من بلدان هذه السفن، وكذلك أدخلت بعض التطورات عليها بإستخدام الصواريخ وغيرها من الأسلحة المتطورة والتي تعجز السفن البحرية عن التصدى لها

والواقع أن السفينة كانت ولا تزال أداة هامة للنقل والتواصل بين البلدان وبعضها، وكذلك مصدر للتعارف على الحضارات والثقافات المختلفة للشعوب حيث قام بها العالم الكبير (ماجلان) رحلاته لاستكشاف الكرة الأرضية إلا أن مع تزايد الهجمات على هذه السفن سيصبح البحر العام فى حالة فوضى عارمة لهؤلاء الأشخاص الذين تهدمت حكوماتهم حتى أصبحت لا تستطيع السيطرة عليهم.

ولكن وبحق إذا تركنا البحر العام ليكون مركز للسطو والنهب ووسيلة للكسب غير المشروع سنكون بأيدينا قضينا على الهدف الأسمى الذى خلقت من أجله هذه الحياة ألا وهو (نقل البضائع والأشخاص بأمان) لأنه مع تنامى تلك الجريمة سيستشعر الإنسان بالخوف وعدم الاطمئنان على حياته وأهله وماله وسيفكر بشكل جاد فى وسيلة أخرى لنقله بأمان واطمئنان.

والواقع أن قيام مجلس الأمن - لأول مرة فى تاريخه - بإصدار قرارات طبقاً للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، تتعلق بإعطاء إذن أو تفويض باستخدام التدابير الضرورية والمناسبة لقمع أعمال القرصنة البحرية، لهو أمر يثير العديد من النقاط القانونية التى تستحق البحث والدراسة، والتى سنحاول - قدر استطاعتنا - الإجابة عليها؛ لعل أولها ما يتعلق بتحديد ماهية القرصنة البحرية والشروط والضوابط اللازمة لقيامها فى ضوء قواعد القانون الدولى، لاسيما اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢، وكذلك الوقوف على أهم أسباب هذه الظاهرة وأوجه الاتفاق والاختلاف بينها وبين ظاهرة الإرهاب البحرى، التى تتداخل معها فى العديد من الخصائص. أما ثانيها وأهمها فذلك المتعلق بالإذن أو التفويض المعطى من مجلس الأمن، والذى يثير العديد من التساؤلات حول حدود وضوابط هذا الإذن، وما إذا كان يتعلق - فقط - بالحالة فى الصومال، أم أنه يمكن أن يشمل مناطق أخرى؟، وما هى علاقته بإجراءات مكافحة القرصنة التى تضمنتها

اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢؟، وهل يمكن القول بأن هذا الإذن أو التفويض يعتبر منشأ لقواعد عرفية جديدة فيما يتعلق بإجراءات مكافحة القرصنة؟

وإذا كان مجلس الأمن قد أشار في قراراته ذات الصلة، إلى أن غياب القدرات والتشريعات المحلية، والوضوح في كيفية التعامل مع القرصنة بعد احتجازهم، قد أعاق قيام المجتمع الدولي بعمل فاعل، في إطار التصدي لظاهرة القرصنة قبالة السواحل الصومالية، الأمر الذي أدى في العديد من الحالات إلى الإفراج عن القرصنة بدون مثولهم أمام العدالة، فإن التساؤل يثور هنا بخصوص ماهية الإجراءات التي يمكن اللجوء إليها لمواجهة هذه الصعوبات، وهل يمكن اللجوء إلى اتفاقية سلامة الملاحة البحرية لعام ١٩٨٨، أم من خلال تسليم هؤلاء القرصنة إلى دولة ثالثة لتتولى محاكمتهم؟ .

إضافة إلى ذلك، أنه إذا كان مجلس الأمن قد أكد في كل قراراته - ذات الصلة - على ضرورة أن تكون أي تدابير تتخذ فيما يتعلق بمكافحة أعمال القرصنة قبالة السواحل الصومالية، متمشية مع القانون الدولي لحقوق الإنسان، فإن تساؤلاً آخر يثور هنا، حول مدى إمكانية القول بخضوع القرصنة الصوماليين المشتبه بهم والمحتجزين لدى الدول المشاركة في عمليات مكافحة القرصنة، لولاية هذه الدول وبالتالي التزامها بضمان تمتع هؤلاء القرصنة بالحقوق والحريات التي تضمنتها العديد من اتفاقيات حقوق الإنسان التي تكون هذه الدول أطرافاً فيها، وما هو مضمون هذه الحقوق؟ .

ثانياً: أهداف البحث:

تتركز أهداف الدراسة محل البحث في الآتي:

- ١- التعرف على جهود منظمة الأمم المتحدة في مجال جريمة القرصنة البحرية كجريمة دولية.
- ٢- التعرف على الجهود الإقليمية لمكافحة أعمال القرصنة البحرية.
- ٣- التعرف على الجهود الوطنية لمكافحة أعمال القرصنة البحرية.

ثالثاً : منهج الدراسة :

يفتضى أي بحث علمي إتباع منهج علمي في الدراسة. وقد كان هذا هو نهجنا فلقد بنيت دراستنا على أسس ومنهج علمية ، حيث اعتمدنا في بحثنا هذا على الدمج بين مناهج البحث العلمي المتعددة ويمكن تحديد منهج دراستنا حيث نعتد على المنهج الوصفي الذي يقوم على شرح القرارات الصادرة عن مجلس الأمن الدولي ، والجهود الإقليمية لمكافحة أعمال القرصنة البحرية إضافة إلى ذلك فإن دراستنا تبنى على المنهج التحليلي عن طريق تحليل النصوص الدولية في ظل نصوص الإتفاقيات الدولية وقرارات مجلس الأمن ذات الصلة بموضوع القرصنة الدولية.

رابعاً: خطة الدراسة :

المبحث الأول : جهود منظمة الأمم المتحدة .

المطلب الأول: دور منظمة الأمم المتحدة من خلال القرارات الصادرة عن مجلس الأمن الدولي

المطلب الثاني: موقف الهيئات القضائية للأمم المتحدة

الفرع الأول: دور اتفاقية سلامة الملاحة البحرية لعام ١٩٨٨

الفرع الثاني: تسليم القراصنة الصوماليين المشتبه بهم إلى دولة ثالثة لمحاكمتهم

المبحث الثاني: الجهود الإقليمية لمكافحة جريمة القرصنة البحرية

المطلب الأول: الدور الإقليمي في مكافحة جريمة القرصنة

المطلب الثاني: الجهود التي تبذلها مصر لمكافحة القرصنة البحرية

المطلب الثالث: الاتفاق الإقليمي لمكافحة القرصنة والأعمال غير المشروعة في منطقة آسيا (ريكاب)



المبحث الثالث : الجهود الوطنية لمكافحة أعمال القرصنة البحرية .

المطلب الأول: دور الاتحاد الأوروبي في مكافحة القرصنة الحرية

المطلب الثاني: دور مركز مكافحة القرصنة البحرية بماليزيا.

وفي النهاية أعقبنا هذا كله بخاتمة البحث متضمنة نتائج البحث وتوصيات الباحث .

### المبحث الأول

#### جهود منظمة الأمم المتحدة

سوف نقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: دور منظمة الأمم المتحدة من خلال القرارات الصادرة عن مجلس الأمن الدولي

المطلب الثاني: موقف الهيئات القضائية للأمم المتحدة

### المطلب الأول

" دور منظمة الأمم المتحدة من خلال القرارات الصادرة عن مجلس الأمن الدولي "

لقد حاولت الأمم المتحدة جاهدة على مر السام مكافحة كافة الأعمال الإجرامية أو الإرهابية ويكون ذلك من خلال ( قرارات مجلس الأمن أو تبنى اتفاقات دولية خاصة بمكافحة كافة الأعمال الإجرامية ) فلقد اتخذ مجلس الأمن العديد من القرارات المتعلقة بهذا الموضوع وذلك على التفصيل التالي .

#### (١) قرار مجلس الأمن رقم ( ١٨١٤ ) عام ٢٠٠٨ م<sup>(١)</sup>:

يعتبر هذا القرار تمهيدا بالنسبة لموضوع القرصنة حيث ركز على جوانب الحالة السياسية وحالة حقوق الإنسان في الصومال ، وأكد على دعمه للمساهمة الى قدمتها بعض الدول لحماية قوافل المساعدات الانسانية إلى الصومال ، ويهيب هذا القرار بالدول والمنظمات الاقليمية أن تتخذ إجراءات لحماية السفن المشاركة في نقل وإيصال المساعدات الانسانية إلى الصومال والأنشطة الأخرى التي تأذن بها الأمم المتحدة .

#### (٢) قرار مجلس الأمن رقم ( ١٨١٦ ) عام ٢٠٠٨ م<sup>(٢)</sup>:

(١) تبنى مجلس الأمن الدولي قرار رقم ( ١٨١ ) في ١٥ مايو عام ٢٠٠٨ م .  
(٢) اصدر مجلس الأمن الدولي قرار رقم ( ١٨١٦ ) في ٢ يونيو عام ٢٠٠٨ م .

جاء قرار مجلس الأمن رقم ( ١٨١٦ ) فى سياق التأكيد أن حوادث القرصنة والسطو المسلح على السفن فى المياه الإقليمية للصومال وفى أعالي البحار قبالة سواحل الصومال تؤدى على تفاهم الوضع فى الصومال وان هذا الوضع ما زال يشكل خطرا على السلم والأمن الدوليين فى المنطقة ولكن مجلس الأمن قدم المعادلة معكوسة فبدلا من أن يتحدث أن القرصنة كانت نتاجا طبيعيا لانهايار دولة الصومال وأمن الداخلى بها تحدث عن إعطاء الأولوية للصوماليين لمواجهة تلك الظاهرة (١). تاركا موضوع المعالجة الداخلية كمرحلة لاحقة .

وفى سياق هذا القرار يجيز مجلس الأمن ولمدة ٦ أشهر اعتبارا من تاريخ هذا القرار أن تقدم الدولة بدخول المياه الإقليمية للصومال بغرض قمع أعمال القرصنة والسطو المسلح فى البحر بشكل يتسق مع الاجراءات المتعلقة بالقرصنة والتي تسمح إحكام القانون الدولى باتخاذها فى أعالي البحار ويجوز لهذا الدول استخدام جميع الوسائل اللازمة داخل المياه الصومالية لقمع أعمال السطو المسلح من جانب القرصنة .

### (٣) قرار مجلس الأمن رقم ( ١٨٣٨ ) عام ٢٠٠٨ م (٢):

من منطلق التوتر الشديد من تهديد خطر القرصنة وخاصة بعد الانتشار المتزايد لتلك الظاهرة قبالة سواحل الصومال ، فلم يقتصر القراصنة على مجرد الاختطاف والتهديد بل استخدموا أسلحة ثقيلة وعلى مستوى كبير من الدقى فى طرق الهجوم ، جاء قرار مجلس الأمن رقم ( ١٨٣٨ ) ليعزز طبيعة التوجهات الدولية المرتبطة بموضوع مكافحة القرصنة ، ليعطى غطاء شرعيا لمكافحتها عن طريق التدخل العسكرى ، وفى الديباجة يثنى مجلس الأمن على المساهمة التى قدمتها بعض الدول منذ نوفمبر ٢٠٠٧ لحماية القوافل البحرية لبرنامج الغذاء العلمى ، وعلى قيام الاتحاد الأوروبى بإنشاء وحدة تنسيق مهمتها دعم أنشطة المراقبة والحماية التى تقوم بها بعض الدول الأعضاء فى الاتحاد الأوروبى قبالة سواحل الصومال ويؤكد القرار ذاته على إدانته لجميع أعمال القرصنة والسطو قبالة سواحل الصومال (٣). ويحث القرار الدول المهتم بأمن الأنشطة البحرية أنتشارك بنشاط فى مكافحة أعمال القرصنة قبالة سواحل الصومال عن طريق القيام بنشر سفن حربية وطائرات عسكرية وفقا للقانون الدولى على النحو الموضح فى اتفاقية الأمم المتحدة سنة ١٩٨٢ (٤) ويهيب القرار بالدولة التى تعمل سفنها الحربية وطائراتها العسكرية فى أعالي البحار والمجال الجوى قابلة السواحل الصومالية، أن تستخدم فى أعالي البحار جميع الوسائل اللازمة بما يتماشى مع القانون الدولى من أجل قمع أعمال القرصنة البحرية (٥).

(١) رأى خاص بـ د / عبد الله الهوارى - القرصنة البحرية - مرجع سابق - ص ١٣٥ .

(٢) أصدر مجلس الأمن الدولى قرارا رقم ( ١٨٣٨ ) فى ٧ أكتوبر ٢٠٠٨ م .

(٣) راجع الفقرة الأولى من قرار مجلس الأمن رقم ( ١٨٣٨ ) .

(٤) راجع الفقرة الثانية من قرار مجلس الأمن رقم ( ١٨٣٨ ) .

(٥) راجع الفقرة الثالثة من قرار مجلس الأمن رقم ( ١٨٣٨ ) .

**(٤) قرار مجلس الأمن رقم ( ١٨ ) عام ٢٠٠٨ م<sup>(١)</sup>:**

جاء بهذا القرار رقم ( ١٨٤ ) لعرب عن بالغ القلق أزاء تصاعدا أعمال القرصنة والسطو المسلح التي تتعرض لها السفن ، مشيرا إلى الدور الذي يمكن أن تقوم به القرصنة في تحويل انتهاكات الخطر نم جانب الجماعات المسلحة.

ومن جانبنا نرى أنه إزاء هذا التصعيد وإزاء كل هذا القلق فمن الواجب على كل الدول خطر توريد الأسلحة إلى الصومال والذي قرره مجلس الأمن برقم ( ٧٥١ ) لعام ١٩٩٢ م .

وبناء على ذلك فإن مجلس الأمن في قراره رقم ( ١٨٤٤ ) يلزم جميع الدول باتخاذ التدابير اللازمة لمنع دخول أو عبور أراضيها من طرف الأفراد الذي تحدد اللجنة اسمائهم ويقرر أن تقوم جميع الدول الأعضاء ودون أبطاء بتجميد الأموال والأصول المالية والموارد الاقتصادية الأخرى التي تطون في أراضيها والتي يملكها أو يتحكم فيها الكيانات أو الأفراد الذين تحدد اللجنة اسمائهم ويؤكد مجلس الأمن أن تتخذ جميع الدول ما يلزم من تدابير لمنع توريد الأسلحة والمعدات العسكرية إلى الصومال بصورة مباشرة أو غير مباشرة بما في ذلك المساعدة والتدريب والتفتيش والمساعدات المالية وغيرها من أشكال المساعدة .

**(٥) قرار مجلس الأمن رقم ( ١٨٤٦ ) عام ٢٠٠٨ م<sup>(٢)</sup>:**

- لقد جاء قرار مجلس الأمن رقم ( ١٨٦ ) ليرحب بالمبادرات التي اتخذها كل من الاتحاد الروسي واسبانيا والدانمرك وفرنسا وكندا والمملكة المتحدة والهند وهولندا والولايات المتحدة والمنظمات الإقليمية والدولية لمكافحة القرصنة كما شمل هذا الترحيب كلا من حلف شمال الأطلسي والاتحاد الأوروبي .

- ومن هذا القرار نرى أن المجتمع الدولي بسبب فزعة من الخطر الذي تشكلته القرصنة فليس لديه مانع من التواجد المسلح الدول الأوروبية العظمى ، وليس هذا فقط بل والمنظمات الإقليمية والدولية التي لديها القدرة الكاملة للقيام بمكافحة أعمال القمع ضد السوط القرصني المسلح .

- وبالنظر إلى انتهاء مدة الستة أشهر التي حددها القرار ( ١٨١٦ ) فإن أهم ما تضمنه القرار ( ١٨٤٦ ) أيضا هو أنه أجاز ولمدة ١٢ شهرا من تاريخه أن تقوم الدول والمنظمات التي تتعاون مع الحكومة الاتحادية بدخول المياه الإقليمية للصومال بفرض قمع أعمال القرصنة والسوط المسلح في البحر وذلك باستخدام جميع الوسائل اللازمة.

(١) أصدر مجلس الأمن الدولي قراره رقم ( ١٨٤٤ ) في ٢٠ نوفمبر ٢٠٠٨ م .

(٢) أصدر مجلس الأمن قراره رقم (١٨٤٦) في ٢ ديسمبر ٢٠٠٨ م .

(٦) قرار مجلس الأمن رقم ( ١٨٥١ ) عام ٢٠٠٨ م<sup>(١)</sup>:

- لقد نص قرار مجلس الأمن الدولي رقم ( ١٨٥١ ) على ثلاثة أمور :

الأمر الأول : حث الدول والمنظمات الدولية على تتبع القراصنة برا وبحرا حتى داخل الأراضي الصومالية .

الأمر الثاني : حث الدول على إنشاء آلية دولية للتنسيق والتعاون الدولي لمكافحة أعمال القرصنة والسطو المسلح .

الأمر الثالث : حث الدول على إنشاء مركز إقليمي للتعاون الاستخباراتي والمعلوماتي أيضا بهدف محاربة القرصنة البحرية .

- وهذه القرارات التي عرضناها تطلب من جميع الدول التي لها سفن وطائرات حربية تعمل في أعالي البحار وفي المجال الجوي قبالة السواحل الصومالية استخدام الوسائل العسكرية الضرورية في المياه الإقليمية الصومالية ومجالها الجوي على ارض وذلك لحماية أمن الأنشطة البحرية الدولية في المنطقة التعاون من الحكومة المؤقتة في الصومال ودعت هذه القرارات الدول إلى نشر سفن وطائرات عسكرية لمكافحة القرصنة في لك المنطقة وتدعو الدول والمنظمات الدولية إلى اتخاذ الإجراءات لحماية قوافل برنامج الغذاء العالمي الذي يقوم المساعدات الغذائية الإنسانية لحوالي ثلاثة ملايين من المنكوبين الصوماليين أي حوالي ثلث سكان الصومال<sup>(٢)</sup>. وتطبيقا لهذه القرارات وفي إطار التعاون الدولي العسكري والأمني لمكافحة أعمال القرصنة في خليج عدن والقرن الإفريقي تشارك عدة دول في القنوات المتعددة الجنسيات المعروفة بالقوة ( ١٥٠ ) وهي عبارة عن قوات بحرية متعددة الجنسيات تشكل جزءا من قوات التحالف الدولي بهدف القيام بعملية بحرية واسعة قابلة السواحل الصومالية ومن خلال إنشاء منظمة استطلاع بحري أمنة في خليج عدن وتتكون هذه القوة من حوالي ١٥ سفينة حربية تشارك فيها كل من أمريكا - بريطانيا - فرنسا - كندا - ألمانيا باكستان وذلك تحت قيادة الولايات المتحدة وتوجد قاعدتها الرئيسية في البحرين بالإضافة إلى ذلك ارسلت أمريكا في بداية عام ٢٠٠٩ قوة بحرية خاصة لمكافحة القرصنة في هذه المنطقة تكون قاعدتها في البحرين وتسمى بالقوة ( ١٥١ )<sup>(٣)</sup>.

(١) قرار مجلس الأمن رقم ( ١٨٥١ ) في ١٦ ديسمبر عام ٢٠٠٨ .

(٢) د/ أبو الخير أحمد عطية ، الجوانب القانونية لمكافحة القرصنة البحرية - مرجع سابق - ص ٩٤ .

(٣) د/ أبو الخير أحمد عطية - مرجع سابق - ص ٩٥ .

## المطلب الثاني

## موقف الهيئات القضائية للأمم المتحدة

في الواقع أن غياب النصوص التشريعية التي تكفل ملاحقة القرصنة المشتبه بهم، وتقديمهم إلى العدالة، قد أثر سلباً على قيام المجتمع الدولي بعمل جدي وفعال.<sup>(١)</sup>

ولمواجه الصعوبات التي تواجه المجتمع الدولي في هذا الإطار، فقد حرص مجلس الأمن على أن يصمم في قراراته - المرتبطة بموضوع ملاحقة القرصنة المشتبه بهم - على أن التعاون الدولي يشكل واحداً من الأسس الهامة والفاعلة لمواجهة هذه الصعوبات، وضمان عدم إفلات المسؤولين عن أعمال القرصنة والسطو المسلح خاصة ضد السفن قبالة السواحل الصومالية من العقاب.

والواقع أنه إذا كان مجلس الأمن قد أكد على ضرورة التعاون الدولي، فيما يتعلق بمكافحة أعمال القرصنة والسطو المسلح قبالة السواحل الصومالية، خصوصاً فيما يتعلق بتقرير الولاية والتحقيق مع القرصنة المشتبه بهم ومقاضاتهم، فإنه تطلب أن تتم هذه الإجراءات في إطار من الاتساق والاتفاق مع أحكام القانون الدولي المطبقة، بما في ذلك قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان.

بما أن منطقة أعالي البحار لا تخضع لسيادة أو ولاية أى دولة أو سلطة دولية ولما كانت جريمة القرصنة البحرية ترتكب في أعالي البحار وهي جريمة خطيرة تضر بمصالح جميع الدول لأنها تهدد أمن وسلامة الملاحة البحرية وتتعدى على سلامة البيئة البحرية لذا كان من الواجب على كل الدول ساحلية كانت أو غير ساحلية أن تمنع ارتكاب مثل هذه الأعمال وأن تعمل على المحافظة على أمن وسلامة الملاحة البحرية والرواح وقد استقر المجتمع على هذا العرف وكذلك اقرته اتفاقية قانون البحار لعام ١٩٨٢ فى المادة (١٠٠) والتي تنص على أن (تتعاون جميع الدول إلى اقصى حد ممكن فى قمع القرصنة فى أعالي البحار أو فى أى مكان آخر يقع خارج ولاية أى دولة) وكذلك المادة (١٠٥) والتي قامت بإقرار هذا الالتزام على جميع الدول وقد قدم أكثر من (١٠٩) من القرصنة الصوماليين أو المقبوض عليهم قبالة السواحل الصومالية والبحر الأحمر إلى المحاكمة فى بعض الدول المشاطئة مثل اليمن وكينيا وسلطات (بونتلاندي) فى الصومال وتم نقل (٢١) من القرصنة إلى فرسنا وهولندا وأمريكا وجرت فى هولندا أول محاكمة لخمسة من القرصنة الصوماليين فى ١٨ مايو ٢٠٠٩ كان قد تم اعتقالهم فى يناير ٢٠٠٩ بواسطة سفينة حربية دنماركية فى منطقة خليج عدن، عندما شرعوا فى خطف سفينة شحن هولندية والغريب فى الأمر أنهم طلبوا من المحكمة أن تحكم بسجنهم ن حياتهم داخل السجون الهولندية ستكون أفضل من الظروف الصعبة التى يعيشونها فى الصومال ، نقلا عن محامى أحد القرصنة<sup>(٢)</sup>.

ولدراسة مدى الالتزام باحترام قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان عند التعامل مع القرصنة، ومضمون الحقوق التي كفلتها هذه القواعد للقرصنة المشتبه بهم، كان يجب علينا أن نوضح أولاً

(١) أنظر الفقرة الأولى من القرار ١٩١٨ الصادر فى ٢٧ أبريل ٢٠١٠ .

(٢) د. ابراهيم خليل ابراهيم الجبورى، مرجع سابق ص ٢٥٤، وكذلك د. أبو الخير أحمد عطية مرجع سابق، ص ١٤٧ - ١٥٠. والموقع الإلكتروني

الصعوبات التي تواجه إجراءات ملاحقة القرصنة المشتبه بهم قضائياً وطرق مكافحتها ، وثانياً: مدى التزام الدول المشاركة في عمليات مكافحة القرصنة ، بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان عند تعاملهما مع القرصنة. ونأخذ حالة تطبيقية القرصنة الصوماليين على سبيل المثال.

**أولاً: الصعوبات التي تواجه إجراءات ملاحقة القرصنة المشتبه بهم قضائياً وطرق مكافحتها:**

الواقع أن ملاحقة القرصنة الصوماليين المشتبه بهم قضائياً، تواجهها صعوبات كثيرة، الأمر الذي يؤدي في النهاية بالسفن التي تحتجز هؤلاء القرصنة للإفراج عنهم، وعدم إحالتهم إلى جهات التحقيق المختصة تمهيداً لمحاكمتهم، مما يعوق اتخاذ إجراءات دولية أكثر ردةً لهؤلاء القرصنة. ومن أهم هذه الصعوبات:<sup>(١)</sup>

(١) عدم وجود تشريعات وطنية تجرم أعمال القرصنة البحرية، إضافة إلى أن اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢، لم تفرض التزاماً على دولة الميناء بتسليم القرصنة المشتبه بهم والمحتجزين لدى سفن متواجدة في موانئها، للتحقيق معهم ومحاكمتهم، وهذا ما يؤدي بالسفن المحتجزة لهؤلاء القرصنة للإفراج عنهم.

(٢) عدم وجود أدلة إثبات كافية ، على تورط هؤلاء القرصنة المشتبه بهم في أعمال قرصنة أو سطو مسلح ضد السفن، حيث إنه بمجرد تخلص هؤلاء القرصنة مما في حوزتهم من أسلحة وأدوات يستخدمونها-عادة-في هجماتهم ضد السفن، لن يكون لدى السفن المحتجزة لهم الدليل المقنع على أنهم متورطون في أنشطة قرصنة وليسوا صيادين عاديين، أو صوماليين في طريق اللجوء إلى اليمن. فالملاحقة القضائية لهؤلاء المشتبه بهم، دائماً ما تحتاج إلى أدلة قاطعة، وليس مجرد أدلة ثانوية أو عرضية، تؤكد تورطهم في أعمال قرصنة أو سطو مسلح ضد السفن.<sup>(٢)</sup>

(١) أنظر:

Douglas Guilfoyle: "Piracy off Somalia and the gap between international law and national legal systems", paper presented at the annual meeting of the theory Vs. policy, connecting scholars and practitioners, New Orleans Hilton, New Orleans, LA, Feb. ١٧, ٢٠١٠. available at:

[http://www.Allacademic.com/meta/p4١٣٥٢٠\\_index.h.html](http://www.Allacademic.com/meta/p4١٣٥٢٠_index.h.html)

(٢)

أنظر:

Andrew Robinson: "The prosecution of pirates - no walk on the plank". Available at:

[http://www.deneysreitz.co.za/index.php/news/the\\_prosecution\\_of\\_pirates](http://www.deneysreitz.co.za/index.php/news/the_prosecution_of_pirates)

وهذا ما أشار إليه الأدميرال Philip Jones قائد القوات البحرية التابعة للإتحاد الأوروبي، معتبراً أن التحقق من أن شخصاً ما قرصاناً يعتبر واحداً من التحديات الصعبة التي تواجهها القوات البحرية. مؤكداً على أن أي شخص لا يعتبر قرصاناً إلا إذا ارتكب بالفعل- عملاً من أعمال القرصنة، وأن المشكلة تكمن في أن العديد من هؤلاء الأشخاص يعملون كمهربين أثناء الليل، من خلال نقل وتهريب الصوماليين إلى اليمين مقابل أجر، وفي صباح اليوم التالي يعملون كصيادين عاديين، أما في المساء فيقوموا ببعض أعمال القرصنة، وفي الحالة الأخيرة، فقط يحث للسفن الحربية توقيفهم واتخاذ إجراءات ملاحقتهم قضائياً باعتبارهم قرصنة.<sup>(١)</sup>

٣) الجهات المشاركة في عمليات مكافحة القرصنة قبالة السواحل الصومالية، لا تملك أدوات مناسبة لمقاضاة القرصنة ومحاكمتهم، فحلف الناتو على سبيل المثال، لم يتوصل إلى إبرام اتفاقية ثنائية مع أي من دول المنطقة لاستلام القرصنة المشتبه بهم، تمهيداً لمحاكمتهم أمام محاكمها. وبناء عليه إذا تمكنت إحدى السفن التابعة للحلف من القبض على بعض القرصنة، فإن إجراءات محاكمتهم وملاحقتهم قضائياً، ترجع بشكل أساسي للدولة العضو التابع له السفينة التي قامت بالقبض على هؤلاء القرصنة.

وفي إطار سعيه لتدارك هذه الصعوبات وتفاديها، أكد مجلس الأمن على أهمية الاستعانة باتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الملاحة البحرية (اتفاقية سلامة الملاحة البحرية ١٩٨٨)، لسد الثغرات الموجودة حالياً فيما يتعلق بإجراءات ملاحقة القرصنة قضائياً، ومشجعاً الدول والمنظمات الإقليمية، المشاركة في جهود مكافحة القرصنة وأعمال السطو المسلح ضد السفن قبالة سواحل الصومال، على إبرام اتفاقيات ثنائية مع دول المنطقة لاستلام القرصنة المشتبه بهم ومحاكمتهم أمام محاكمها.

ولمعرفة المزيد عن هذا الموضوع، رأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتعرض في أولهما لدور اتفاقية سلامة الملاحة البحرية، في سد الثغرات الموجودة في إجراءات ملاحقة القرصنة قضائياً. ونتعرض في ثانيهما لتسليم القرصنة المشتبه بهم إلى دولة ثالثة لمحاكمتهم، بوصفه إحدى صور التعاون الدولي لمواجهة الصعوبات التي تعترض لملاحقة القرصنة الصوماليين قضائياً.

## الفرع الأول

\_ no - walk-on....

<sup>(١)</sup> أنظر د: عادل عبدالله المسدي ، أعمال القرصنة قبالة السواحل الصومالية وإجراءات مكافحتها في ضوء قواعد القانون الدولي وقرارات مجلس الأمن، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، ٢٠١٠ ص ١٠٤ وما بعدها.

## دور اتفاقية سلامة الملاحة البحرية لعام ١٩٨٨

نتيجة الثغرات القانونية المتعلقة بإجراءات محاكمة القرصنة الصوماليين المقبوض عليهم، من قبل السفن الحربية التابعة للعديد من الدول، والتي تعمل على مكافحة أعمال القرصنة والسطو المسلح ضد السفن، قبالة السواحل الصومالية، وخليج عدن، وغرب المحيط الهندي، فقد حرص مجلس الأمن على الإشارة إلى اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الملاحة البحرية لعام ١٩٨٨، باعتبارها إحدى الوثائق الدولية ذات الصلة، والتي يمكن من خلالها سد بعض الثغرات المتعلقة بتجريم بعض أنشطة القرصنة، وإجراءات ملاحقتهم قضائياً.<sup>(١)</sup>

وهذا ما صرح به مجلس الأمن في القرار رقم ١٨٤٦، بقوله أن اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الملاحة البحري لعام ١٩٨٨، تتضمن أحكاماً بشأن التزام أطرافها بتحديد الجرائم الجنائية، وإقامة الولاية، وقبول تسليم الأشخاص المسؤولين عن الاستيلاء على سفينة أو السيطرة عليها باستخدام القوة أو التهديد باستخدامها أو باستعمال أي نمط آخر من أنماط التخويف أو المشتبه في قيامهم بذلك. مضيئاً أن على الدول الأطراف في تلك الاتفاقية القيام بتنفيذ التزاماتها بموجب الاتفاقية بالكامل وأن تتعاون مع الأمين العام والمنظمة البحرية الدولية، من أجل بناء قدرات قضائية للنجاح في مقاضاة الأشخاص المشتبه في قيامهم بأعمال القرصنة والسطو المسلح في البحر قبالة السواحل الصومالية.<sup>(٢)</sup>

وعليه يكون مجلس الأمن قد أراد-من خلال الإشارة إلى اتفاقية سلامة الملاحة البحرية-أن يسد الثغرات الموجودة في إجراءات مكافحة القرصنة وأعمال السطو المسلح في البحر، خصوصاً تلك المتعلقة بعدم التزام الدول الساحلية، باستلام القرصنة المشتبه بهم والمقبوض عليهم من قبل السفن التي تعمل في مجال مكافحة أعمال القرصنة، وأيضاً ما يتعلق بعدم التزام هذه الدول بتجريم أفعال القرصنة في القوانين الوطنية.<sup>(٣)</sup>

فبالنسبة للمشكلة المتعلقة بتسليم القرصنة المشتبه بهم، والمحتجزين لدى السفن القائمة بعمليات مكافحة القرصنة والسطو البحري المسلح، فإنه يمكن القول، أن ما يقوم به هؤلاء القرصنة من سطو واحتجاز للسفن عن طريق استخدام القوة أو التهديد بها، في المياه الدولية قبالة السواحل الصومالية، يمكن أن يدخل في إطار الجرائم المنصوص عليها في الفقرة (١) (أ) من المادة

(١) تراجع مقدمة القرار ١٨٥١ في الوثيقة (S/RES/١٨٥١/٢٠٠٨).

وهذا أيضاً ما كان المجلس قد أكد عليه في الفقرة (١٥) من قراره ١٨٤٦ (٢٠٠٨)، كما أعاد التأكيد عليه مرة أخرى في مقدمة القرار ١٨٩٧ (٢٠٠٩).

(٢) تراجع الفقرة (١٥) من القرار ١٨٤٦، ومقدمة القرار ١٨٥١، ومقدمة القرار ١٨٩٧ (٢٠٠٩)، سابق الإشارة إليها.

(٣) أنظر:

Douglas Guilfoyle, "Counter – Piracy Law Enforcement and Human Right", op.

cit. p. ١٤٩.



الثالثة من اتفاقية سلامة الملاحة البحرية، والمتعلقة بالاستيلاء على سفينة أو السيطرة عليها باستخدام القوة أو التهديد باستخدامها، أو باستعمال أي نمط آخر من أنماط التهريب. وبناء عليه فإن ربان أي سفينة من السفن التابعة لدولة طرف من هذه الاتفاقية، يمكنه أن يسلم إلى سلطات دولة طرف أخرى (الدولة المتلقية)، أي شخص محتجز لجيه، إذا ما توافرت لديه أسباب مقنعة للاعتقاد بأنه ارتكب فعلاً من الأفعال الإجرامية المحددة في المادة الثالثة من الاتفاقية<sup>(١)</sup>. ولا يكون للدولة الساحلية أن ترفض استلام هذا المشتبه به، إلا في الحالات التي تتوافر فيها أسباب مقنعة للاعتقاد بأن الاتفاقية، لا تنطبق على الأفعال التي تستند إليها عملية التسليم<sup>(٢)</sup>. أما إذا كان أحد الأشخاص المشتبه بهم، في ارتكاب أعمال سطو أو احتجاز أو استيلاء ضد السفن، أو غيرها من الأفعال المهددة لسلامة الملاحة البحرية، متواجداً على إقليم إحدى الدول الأطراف، كان على هذه الدولة التزام باعتقاله، أو اتخاذ أي إجراءات أخرى ضرورية، تكفل وجوده أثناء الفترة اللازمة للقيام بالإجراءات الجنائية، أو إجراءات التسليم، إذا اقتضت بأن الظروف تستدعي اتخاذ هذه الإجراءات<sup>(٣)</sup>.

بناء على ما سبق، تكون إشارة مجلس الأمن إلى اتفاقية سلامة الملاحة البحرية (اتفاقية روما) لعام ١٩٨٨، قد جاءت لتشكل أساساً مكملاً أو اختياريًا، لممارسة الولاية القضائية على القرصنة الصوماليين، وضمان مثولهم أمام العدالة، على اعتبار أن هذه الاتفاقية يمكن أن تشمل أعمال هؤلاء القرصنة، ويمكن من خلالها معالجة العقوبات أو المشكلات الناجمة عن الثغرات الموجودة في قواعد القانون الدولي ذات الصلة، خصوصاً تلك المتعلقة بعدم التزام الدولية الساحلية باستلام القرصنة المحتجزين لدى السفن التي قامت بإلقاء القبض عليهم، أو المتعلقة بعدم التزام الدول الساحلية بتجريم أفعال القرصنة في القوانين الوطنية.

وإمعاناً من المجلس في التأكيد على أهمية التعاون الدولي، وتنسيق الجهود بين الدول المعنية بمشكلة القرصنة قبالة السواحل الصومالية، خصوصاً فيما يتعلق بمحاكمة القرصنة وضمان مثولهم أمام العدالة، فقد حرص على دعوة جميع الدول والمنظمات الإقليمية التي تساهم في عمليات مكافحة أعمال القرصنة قبالة السواحل الصومالية، على أن تقوم بإبرام اتفاقات أو ترتيبات خاصة، مع الدول المستعدة للحفاظ على القرصنة، من أجل السماح بصعود المسؤولين عن إنفاذ القانون - منفي القانون على ظهر السفن - من تلك الدول، لاسيما دول المنطقة، إلى ظهر السفن المحتجز عليها هؤلاء القرصنة، وذلك من أجل تيسير إجراءات التحقيق مع هؤلاء المحتجزين المشتبه بهم، تمهيداً لمحاكمتهم عن أعمال القرصنة والسطو المسلح التي قاموا بها ضد السفن قبالة السواحل الصومالية<sup>(٤)</sup>.

(١) أنظر: الفقرة الأولى من المادة الثامنة من اتفاقية سلامة الملاحة البحرية لعام ١٩٨٨.

(٢) الفقرة الثالثة من المادة الثامنة من الاتفاقية، سابق الإشارة إليها.

(٣) الفقرة الأولى من المادة السابعة من الاتفاقية، سابق الإشارة إليها.

(٤) أنظر: الفقرة الثالثة من القرار ١٨٥١ (٢٠٠٨)، والفقرة السادسة من القرار ١٨٩٧ (٢٠٠٩).

والواقع أن مجلس الأمن وضع شرطين لهذه الإجراءات، يتعلق أولهما بضرورة الحصول على موافقة سلفا من الحكومة الاتحادية الانتقالية في الصومال على قيام منفي القانون بهذه الإجراءات داخل المياه الإقليمية الصومالية. وثانيهما، ألا يتم ما يتم التوصل إليه من ترتيبات بالتنفيذ الفعال لاتفاقية سلامة الملاحة البحرية لعام ١٩٨٨. (١)

كما أن مجلس الأمن إهتم بالتحقيق في أعمال القرصنة والسطو المسلح ضد السفن قبالة السواحل الصومالية ومقاضاة مرتكبيها، وعدم إفلاتهم من العقاب، فقد حرص المجلس على تشجيع كل الدول والمنظمات الدولية التي تشارك في عمليات مكافحة القرصنة والسطو المسلح ضد السفن قبالة السواحل الصومالية، على النظر في إنشاء مركز في المنطقة، من أجل تنسيق المعلومات المتعلقة بالقرصنة والسطو المسلح في البحر قبالة السواحل الصومالية، وكذلك تعزيز القدرة الإقليمية على القيام بمساعدة مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة بوضع اتفاقات أو ترتيبات فعالة تخص منفي القانون على ظهر السفن، تكون متمشية مع اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، وتعمل على تنفيذ اتفاقية سلامة الملاحة البحرية، واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، وغيرها من الصوكوك الدولية ذات الصلة، التي تكون دول المنطقة طرفًا فيها. كل ذلك كما أكد المجلس من أجل القيام بفاعلية بالتحقيق في جرائم القرصنة والسطو المسلح ضد السفن قبالة السواحل الصومالية، ومقاضاة مرتكبيها ومثلهم أمام القضاة. (٢)

ولقد تحقق من خلال مدونة جيبوتي للسلوك، المتعلقة بمكافحة القرصنة والسطو المسلح ضد السفن غرب المحيط الهندي وخليج عدن، والتي تم التوصل إليها في ٢٩ يناير ٢٠٠٩. (٣) حيث نصت المادة الثامنة من هذه المدونة على ضرورة استخدام مراكز تبادل المعلومات حول القرصنة، والموجودة في كل من كينيا وتنزانيا واليمن، للاضطلاع بهذه المهمة. (٤)

مما سبق نلاحظ أن مجلس الأمن كان يستهدف من وراء ذلك، حث الدول المعنية بمشكلة القرصنة والسطو المسلح ضد السفن قبالة السواحل الصومالية، على إنشاء مركز لتنسيق وتبادل المعلومات

(١) أنظر د: عادل عبدالله المسدي، أعمال القرصنة قبالة السواحل الصومالية وإجراءات مكافحتها في ضوء قواعد القانون الدولي وقرارات مجلس الأمن، مرجع سابق، ص ١١٠ ومابعدها.

(٢) الفقرة الخامسة من القرار ١٨٥١، في الوثيقة S/RES/١٨٥١ (٢٠٠٨).

(٣) هذه المدونة تم تبنيها في ٢٩ يناير ٢٠٠٩، في جيبوتي من قبل ٢٢ دولة من دول المنطقة هي: جزر القمر، جيبوتي، مصر، إرتريا، إثيوبيا، الأردن، كينيا، مدغشقر، جزر المالديف، موريشوس، موزمبيق، عمان، السعودية، سيشل، الصومال، جنوب أفريقيا، السودان، الإمارات العربية المتحدة، تنزانيا، اليمن، بالإضافة إلى فرنسا، وذلك بناء على توصية جمعية المنظمة البحري الدولية، الواردة في قرارها (٢٥) A.١٠٠٢ الصادر في ٢٧ نوفمبر ٢٠٠٧.

(٤) أنظر الفقرة الأولى من المادة الثامنة من هذه المدونة، والتي جاءت تحت عنوان "Coordination and Information Sharing".

المتعلقة بالقرصنة والسطو المسلح في البحر قبالة السواحل الصومالية، على غرار مركز تنسيق المعلومات ، الذي تم تبنيه في إطار اتفاق التعاون الإقليمي، لمكافحة القرصنة والسطو المسلح ضد السفن في آسيا عام ٢٠٠٤ والإتفاق الأخير يتمثل في التعاون الإقليمي لمكافحة أعمال القرصنة والسطو المسلح ضد السفن في آسيا، والذي تم التوقيع عليه في ١١ نوفمبر ٢٠٠٤، من قبل ١٦ دولة أسيوية هي: بنجلاديش، برونائى، كمبوديا، الصين، الهند، إندونيسيا، اليابان، لاوس، ماليزيا، ميانمار، الفلبين، سيريلانكا، سنغافورة، كوريا الجنوبية، تايلاند، فيتنام، وقد دخل هذا الاتفاق حيز النفاذ في ٤ سبتمبر ٢٠٠٦، بعد أن صدقت عليه ست دول من الدول الموقعة عليه<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني

### تسليم القرصنة الصوماليين المشتبه بهم إلى دولة ثالثة لمحاكمتهم

لا شك أن جريمة القرصنة البحرية تعد من أكثر الجرائم التي إنتهكا لقواعد القانون الدولي، وأن المرتكبين لهذه الجرائم يمثلون أخطر أفراد المجتمع ، وأن مبدأ الاختصاص العالمي لملاحقة هؤلاء الأشخاص قضائياً، يعد من المبادئ المستقرة منذ فترة طويلة<sup>(٢)</sup> وهو ما تم التأكيد عليه في المادة ١٠٥ من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢، والتي أعطت لكل دولة الحق، في أعالي البحار أو في أي مكان آخر خارج ولاية أية دولة، أن تضبط أي سفينة أو طائرة قرصنة، أو أية سفينة أو طائرة أخذت بطريق القرصنة وكانت واقعة تحت سيطرة القرصنة، وأن تقبض على من فيها من الأشخاص وضبط ما فيها من الممتلكات. ولمحاكم الدولة التي قامت بعملية الضبط أن تقرر ما يفرض من العقوبات، كما أن لها أن تحدد الإجراء الذي يتخذ بشأن السفن أو الطائرات أو الممتلكات، مع مراعاة حقوق الغير من المتصرفين بحسن نية.

<sup>(١)</sup>تجدر الإشارة إلى أن (RE CAAP) أو ما يطلق عليه:

"The Regional Cooperation Agreement on Combating Piracy and Armed Robbery Against Ships".

ولمزيد من التفاصيل حول مضمون هذا الاتفاق وما تضمنه من مبادئ حاكمة، لمسألة التعاون لمكافحة أعمال القرصنة والسطو المسلح ضد السفن في آسيا: يراجع:

"K. Zou, "New development in the international law of piracy". Op. Cit, PP. ٣٣٣ and SS."

<sup>(٢)</sup>Michael Davey: "A Pirate looks at the twenty – first century: the legal status of Somali Pirates in an age of Sovereign Seas and human rights", N.D.L.R.,

Vol. ٨٥, N° ٣, ٢٠١٠, P. ١٢٠٠.

وعليه تكون اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢ قد أعطت لكل دولة قامت سفنها بضبط سفن القرصنة، ومن عليها من أشخاص مشتبه بارتكابهم هذه الجريمة، الحق في القبض على هؤلاء القراصنة، وممارسة اختصاصها القضائي في مواجهتهم، بصرف النظر عن جنسية هؤلاء الأشخاص أو جنسية السفينة المعتدي عليها أو جنسية من عليها من أشخاص، أو المكان الذي ارتكبت فيه هذه الأفعال على أعالي البحار. أما القراصنة الذين يتم القبض عليهم في المياه الإقليمية أو المياه الأرحبية لدولة أرحبية، فإن ملاحقتهم قضائياً، تدخل في إطار الولاية القضائية للدولة الساحلية دون سواها.<sup>(١)</sup>

والملاحظ أنه على الرغم من ثبات مبدأ الاختصاص القضائي العالمي فيما يتعلق بملاحقة القراصنة قضائياً، فإن العديد من الدول-لاسيما الدول الأوروبية-لا ترغب في القيام بمحاكمة القراصنة على أراضيها، هذا وإن كانت هناك حالات تم فيها نقل القراصنة الصوماليين لكي يحاكموا في أوروبا، منها حالة قيام فرنسا بنقل بعض القراصنة الصوماليين الضالعين في اختطاف اليخت الفرنسي *Le Ponant*، والذين تم القبض عليهم داخل الأراضي الصومالية، من خلال عملية خاصة قامت بها القوات المسلحة الخاصة الفرنسية في أبريل من عام ٢٠٠٨، إلى باريس لكي يحاكموا أمام المحاكم الفرنسية. أما الحالة الثانية فهي قيام هولندا بمحاكمة بعض القراصنة الصوماليين الذين قاموا بمهاجمة إحدى السفن الدنماركية، والتي أعلنت من جانبها-أي الدنمارك-أنها لن تمارس الاختصاص العالمي على جرائم القرصنة. كما أن الولايات المتحدة في أبريل ٢٠١٠ قامت بنقل ١١ من القراصنة الصوماليين، إلى ولاية فرجينيا لمحاكمتهم أمام المحكمة الفيدرالية، بتهم الاعتداء على السفن الأمريكية قبالة السواحل الصومالية. حيث تم القبض على ٥ منهم بعد هجومهم على السفينة الأمريكية *U.S.S Nicholas* في ٣١ مارس ٢٠١٠، في حين تم القبض على الستة الآخرين بعد قيامهم بإطلاق النار على السفينة *U.S.S Ashland* في أبريل ٢٠١٠. وعند مثلهم أمام المحكمة الأمريكية في ٢٣ أبريل ٢٠١٠ وجهت إليهم تهمة ارتكاب جريمة القرصنة طبقاً لقانون الأمم.<sup>(٢)</sup> نظراً لما يمكن أن تواجهه هذه الدول من مشكلات قانونية، خصوصاً تلك المتعلقة بحقوق الإنسان، أو غيرها من المشكلات المتعلقة بإجراءات المحاكمة ذاتها، كعدم كفاية الأدلة، وارتفاع التكلفة المادية لإجراء مثل هذه المحاكمات، وغيرها من الصعوبات المرتبطة بطبيعة هذه الجريمة ومكان ارتكابها. تلك الصعوبات التي حدت بالبعض إلى القول بأن نجاح الملاحقة القضائية

(١) أنظر د: عادل عبدالله المسدي، أعمال القرصنة قبالة السواحل الصومالية وإجراءات مكافحتها في ضوء قواعد القانون الدولي وقرارات مجلس الأمن، مرجع سابق، ص ١١٤ وما بعدها.

(٢) Terry Frieden: "١١ alleged pirates arrive in U. S. for prosecution", available )

at: <http://www.edition.Cnn.Com/٢٠١٠/CRIME/٠٤/٢٣/pirates.US>.

Prosecution / index. html.

للقرصنة أصبح أمرًا صعبًا في الوقت الحالي، نظرًا لوجود بعض المشكلات والقيود العملية، التي تؤدي إلى صعوبة إجراء هذه المحاكمات على النحو المطلوب.<sup>(١)</sup>

وترتيبًا على ما سبق ذكره، وتداركًا من الدول المشاركة في عمليات مكافحة القرصنة قبالة السواحل الصومالية، لما تثيره إجراءات ملاحقة القرصنة المحتجزين على سفنها الحربية من مشكلات قانونية وعملية، وجدنا العديد من هذه الدول، تتوصل إلى اتفاقات ثنائية مع دول المنطقة مثل كينيا وسيشيل، لنقل القرصنة الصوماليين المشتبه بهم والمحتجزين على متن سفنها الحربية، لمحاکمتهم أمام محاكم هاتين الدولتين. فقد قامت المملكة المتحدة، بإبرام مذكرة تفاهم مع كينيا في ١١ ديسمبر ٢٠٠٨، تقوم بموجبها المملكة المتحدة بتسليم القرصنة المشتبه بهم، والمقبوض عليهم من قبل سفنها الحربية المشتركة في عمليات مكافحة القرصنة قبالة السواحل الصومالية، إلى كينيا لمحاکمتهم أمام محاكمها. وفي ١٦ يناير ٢٠٠٩، قامت الولايات المتحدة بخطوة مماثلة، حيث وقعت على مذكرة تفاهم مع كينيا، تقوم بموجبها كينيا باستلام القرصنة المقبوض عليهم من قبل السفن الحربية الأمريكية لمحاکمتهم أمام محاكمها، ومن جانبه قام الاتحاد الأوروبي بتوقيع اتفاقًا مماثلًا مع كينيا في ٦ مارس ٢٠٠٩، لنقل القرصنة المقبول عليهم من قبل السفن الحربية المشتركة في عملية أتلانتا، إلى كينيا لتتولى محاكمتهم أمام محاكمها.<sup>(٢)</sup> وهناك اتفاقات أخرى مماثلة أبرمتها بعض الدول والمنظمات الإقليمية المشتركة في عمليات مكافحة أعمال القرصنة والسطو المسلح ضد السفن قبالة السواحل الصومالية، مع جمهورية سيشيل، لنقل القرصنة المقبوض عليهم ليتم مقاضاتهم ويوقع العقاب المناسب عليهم.<sup>(٣)</sup>

<sup>(١)</sup>أنظر د: عادل عبدالله المسدي ، أعمال القرصنة قبالة السواحل الصومالية وإجراءات مكافحتها في ضوء قواعد القانون الدولي وقرارات مجلس الأمن، مرجع سابق ، ص ١١٥ وما بعدها.  
<sup>(٢)</sup>يراجع

James Thuo Gathii: "Jurisdiction to Prosecute Non - National Piraties captured by Third States Under Kenyan and international Law",

available at: [http://](http://www.google.com/Search?hi=ar&it&q=the+Prosecution+Pirates&Start=30&Sa=N)

[www.google.com/Search?hi=ar&it&q=the+Prosecution+Pirates&Start=30&Sa=N](http://www.google.com/Search?hi=ar&it&q=the+Prosecution+Pirates&Start=30&Sa=N).

<sup>(٣)</sup>أنظر على سبيل المثال: =

= "Exchange of letters between the European Union and the Republic of Seychelles on the conditions and modalities for the transfer of suspected pirates and armed robbers form EUNAVFOR to the Republic of Seychelles and for their Treatment after Transfer", In, Offic. J. E. U., ٢٠٠٩.١٢.٢٠٠٩, L ٣١٥/٣٧.

ولعل التوصل لمثل هذه الاتفاقات مع دول المنطقة يعتبر الاختيار الأمثل، أمام هذه الدول، نظراً لما لاحظته من صعوبات تواجه إجراءات نقل هؤلاء القراصنة لمحاكمتهم أمام محاكمها، وكذلك صعوبة نقلهم إلى الصومال لمحاكمتهم أمام محاكمها، بسبب عدم وجود حكومة صومالية مركزية تمارس سيطرة فعلية على إقليم الدولة، وكذلك عدم وجود نظام قضائي فاعل للقيام بمثل هذه المحاكمات. هذا وإن كانت حكومة إقليم صوماليلاند قد قامت في العديد من الحالات بالقبض على بعض القراصنة، وإحالتهم للمحاكمة أمام محاكمها المحلية، التي حكمت عليهم بالسجن لإدانتهم فيما نسب إليهم من جرائم قرصنة.<sup>(١)</sup>

وتأكيداً إلى ما تم التوصل إليه من اتفاقيات ثنائية مع كينيا، قام العدد من الدول-بالفعل-بتسليم القراصنة المقبوض عليهم من قبل سفنها الحربية، إلى كينيا لتتولى محاكمتهم أمام محاكمها، حيث قامت الولايات المتحدة في مارس ٢٠٠٩، بتسليم بعض القراصنة إلى كينيا، ليكونوا أول دفعة من القراصنة الصوماليين يحاكموا في كينيا، استناداً لمذكرة التفاهم التي توصل إليها الطرفان بهذا الشأن. وهذا ما قامت به المملكة المتحدة أيضاً، عندما قامت بتسليم بعض القراصنة الصوماليين المشتبه بمحاولتهم اختطاف سفينة شحن دنماركية في ١١ نوفمبر ٢٠٠٨، إلى كينيا لتتولى محاكمتهم استناداً للاتفاق الثنائي بين الطرفين.

كما أعلن وزير الخارجية الكيني Moses Wentangula، مجدداً أن كينيا لن تتولى محاكمة مزيداً من القراصنة الذين يتم القبض عليهم من قبل السفن الحربية المشاركة في عمليات مكافحة القرصنة قبالة السواحل الصومالية، متهماً المجتمع الدولي بعدم الوفاء بالتزاماته، فيما يتعلق بالمشاركة في عبء محاكمة وسجن هؤلاء القراصنة. ومضيفاً: "أنه خلال الأسبوعين الماضيين نحن رفضنا استلام بعض القراصنة المقبوض عليهم من دول صديقة، وأخبرناهم بأن يتولوا محاكمتهم في مكان آخر".<sup>(٢)</sup>

(١)يراجع :

Five Somali Pirates Given each ١٢ Years Prison Terms by Somaliland Gov.,  
Somaliland Press, Dec. ٢٢, ٢٠٠٨. available at: [http:// Somaliland Press. Com/](http://Somaliland Press. Com/)  
٢٦٠٠ / Somaliland - berbera - court = charges - Pirates.

مشار إليه في : د: عادل عبدالله المسدي ، أعمال القرصنة قبالة السواحل الصومالية وإجراءات مكافحتها في ضوء قواعد القانون الدولي وقرارات مجلس الأمن، مرجع سابق ، ص ١١٩

(٢) فقد جاء على لسان وزير الخارجية في مؤتمر صحفي في نيروبي في أول أبريل ٢٠١٠:

"For the last two weeks we have declined to accept captured pirates from some of our friendly countries and told them to try in else where" and added: <<We discharged our international obligation.

ونتيجة لكثرة حالات تسليم القرصنة الصوماليين المشتبه بهم، إلى كينيا ليحاكموا أمام محاكمها، أعلن وزير الخارجية الكيني، أن مذكرات التفاهم التي تم التوصل إليها في هذا الشأن ليست بابًا مفتوحًا لإغراق الأراضي الكينية بالقرصنة، لأن هذا سيكون أمرًا غير مقبول.<sup>(١)</sup> مؤكدًا على أن ما توصلت إليه كينيا من مذكرات تفاهم مع غيرها من الدول، بخصوص القيام بمحاكمة القرصنة المشتبه بهم، هو أمر يتعلق بعدد محدود من الحالات، ولا يعني قيام كينيا بمحاكمة كل القرصنة المقبوض عليهم في أعالي البحار. وما يؤكد ذلك ما تناقلته بعض التقارير الصحفية، التي أشارت في ديسمبر ٢٠٠٩، إلى أن ١٣ من القرصنة الصوماليين، الذين احتجزتهم السفن الحربية التابعة للاتحاد الأوروبي، والعاملة في مهام مكافحة القرصنة قبالة سواحل الصومال، تم الإفراج عنهم، بعد أن رفضت كل من كينيا وسيشل القيام باستلامهم لمحاكمتهم أمام محاكمها، إعمالاً لمذكرتي التفاهم اللتين وقعهما الاتحاد الأوروبي مع هذه الدول.<sup>(٢)</sup>

المبحث الثاني

الجهود الإقليمية لمكافحة جريمة القرصنة البحرية

سوف نقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية :

المطلب الأول : الدور الإقليمي في مكافحة جريمة القرصنة

المطلب الثاني: الجهود التي تبذلها مصر لمكافحة القرصنة البحرية

المطلب الثالث: الاتفاق الإقليمي لمكافحة القرصنة والأعمال غير المشروعة في منطقة آسيا (ريكاب)

### المطلب الأول

<sup>(١)</sup>يراجع :

Kenya Foreign minister shed light on US - Kenya piracy agreement", J. TURKISH WEEKLY. Available at:

Http: // www. Turkish weekly. Net / print. asp? type = I & id = ٦٣٧٥٥.

<sup>(٢)</sup>يراجع:

"Suspected Somalia Pirates Freed by Dutch Navy" available at: http// new. bbc. Co. UK / ٢ / hi / ٨٤٢٠٢٠٧. Stm.

### الدور الإقليمي في مكافحة جريمة القرصنة

بادئ ذي بدء أن الأجهزة الأمنية لأي دولة كانت تسهر على حدوده لمكافحة أي نوع من أنواع السطو أو التهريب أو ما شابه من الجرائم ولاشك أن هذا يعد نوع من المكافحة.

وعدم إحكام السيطرة على الموانئ أو الحدود البحرية يسهل للقراصنة الكثير من التسلل داخل حدود الدولة ومنها إلى موانئها لممارسة ما يشاءون من الأعمال الإجرامية.



## الفرع الأول

## دور المنظمات العربية في مكافحة أعمال القرصنة البحرية

يتمثل دور المنظمات العربية في مكافحة أعمال القرصنة فيما تم من إجراءات عبر أجهزة جامعة الدول العربية ومن بينها ما يلي:<sup>(١)</sup>

١- باشر المجلس الاقتصادي والاجتماعي دراسة ظاهرة القرصنة والتحليل البحري في دورته التي عقدت في تونس عام ١٩٨٢، بناء على طلب العراق لمواجهة حوادث القرصنة البحرية، والتعامل التجاري غير السليم ومن بين تلك التوصيات التي اتخذت في هذا الشأن: دعوة الدول العربية إلى سن تشريع دولي يعالج عمليات القرصنة والنصب والاحتيايل، والحث على أهمية التحقق من خطوط النقل البحري وتجنب النقل على الخطوط البحرية المشبوهة، وإدانة القرصنة البحرية الإسرائيلية وتكليف اللجنة الفنية للمواصلات لبحث موضوع القرصنة، وأن تلتزم الدول العربية بالتعاون الإيجابي لمكافحتها.<sup>(٢)</sup>

٢- قد أبرمت الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب عام ١٩٩٨ والتي اعتبرت القرصنة أحد الجرائم التي تتضمنها هذه الاتفاقية حيث نصت م(١) فقرة (ج) البند (و) على أنه يعد من الجرائم الإرهابية الجرائم المنصوص عليها في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢ وما يتعلق منها بالقرصنة البحرية، وبالتالي تخضع هذه الجرائم لأحكام هذه الاتفاقية.

٣- عقد المؤتمرات والندوات ومن أهمها: عقد ندوة القرصنة البحرية وأمن الملاحة العربية بالمركز العربي للدراسات الأمنية بالرياض عام ١٩٨٩، عقد الدول العربية المطلقة على البحر الأحمر مؤتمر مكافحة القرصنة في القاهرة في نوفمبر عام ٢٠٠٨م برعاية مصرية يمنية.

٤- إصدار القرارات حيث أصدر البرلمان العربي في اجتماع دورته العادية الأولى للعام ٢٠٠٩ قرار يوصى فيه بما يلي:

(٤) دعوة البرلمانات العربية والإقليمية والدولية والحكومات العربية إلى المسارعة لمجابهة القرصنة البحرية.

(٥) دعوة البرلمانات العربية والإقليمية والدولية والحكومات العربية إلى المسارعة في دعم الصومال دولياً ومادياً ومعنوياً بما يمكنه من التصدي لعملية القرصنة البحرية أمام مياهها الإقليمية.

(١) راجع د/عبد الله الهواري، القرصنة البحرية، مرجع سابق، ص ١٢٠ وما بعدها.

(٢) انظر: اتحاد الغرف التجارية العربية الخليجية، الاحتيايل البحري والغش التجاري الدولي، ص ١٢-١٣.

(٦) التأكيد على أهمية الحفاظ على أن يكون أمن البحر الأحمر وخليج عدن مسئولية عربية ورفض أي محاولات تهدف إلى تدويل الأمن في البحر الأحمر وخليج عدن وتأثير ذلك بالسلب على الأمن القومي العربي.

### المطلب الثاني

#### الجهود التي تبذلها مصر لمكافحة القرصنة البحرية

تبذل مصر قصارى جهودها لدعم كافة الجهود الدولية المبذولة للتصدي لتلك الظاهرة، كما تتعاون مع الدول والمنظمات المعنية لتنسيق الجهود وتبادل المعلومات والخبرات، ومن هنا جاء انضمام مصر إلى مجموعة الاتصال الدولية لمكافحة القرصنة أمام سواحل الصومال، كما حرصت على استضافة الاجتماع الثاني للمجموعة والذي عقد في القاهرة يوم ١٧ فبراير ٢٠٠٩، كما تقوم وزارة الخارجية بالتنسيق المستمر مع القوات الدولية المتواجدة بمنطقة خليج عدن من أجل توفير الحماية اللازمة للسفن المصرية المارة بالمنطقة.<sup>(١)</sup>

وفيما يلي رصد لموقف مصر من ظاهرة القرصنة البحرية وبخاصة القرصنة الصومالية:<sup>(٢)</sup>

(١) في ١٣ أكتوبر ٢٠٠٨، أكد وزير الخارجية موقف مصر الواضح فيما يتعلق بجهود مكافحة القرصنة والذي يتأسس على ضرورة احترام سيادة الدول على مياهها الإقليمية وضرورة التنسيق الدولي الكامل فيما بينها وتوفير التوافق اللازم لضمان نجاحها.

(٢) ومن ناحية أخرى أوضح المتحدث الرسمي باسم وزارة الخارجية اهتمام مصر بإجراء مشاورات رفيعة المستوى مع الأطراف المعنية في إطار الجهود الدولية المختلفة لمكافحة القرصنة أمام السواحل الصومالية وفي منطقة قرب المحيط الهندي والتي شهدت تزايداً ملحوظاً في الآونة الأخيرة.<sup>(٣)</sup> وبمشاركة الدول العربية والمطلة على البحر الأحمر وجامعة الدول العربية بهدف تعزيز آليات التشاور.

(٣) في ٣ ديسمبر ٢٠٠٨ أكد المتحدث باسم مجلس الوزراء استعداد مصر للمشاركة في قوة دولية تحت مظلة الأمم المتحدة لمواجهة مشكلة القرصنة قبالة السواحل الصومالية ولحماية السفن المارة في المياه الإقليمية بهذه المنطقة من تهديدات القرصنة.

(٤) وفي ١٦ ديسمبر ٢٠٠٨ صرح مساعد وزير الخارجية المسئول عن ملف القرصنة أن مصر اقترحت إنشاء محكمة دولية للقرصنة بقرار من مجلس الأمن لمحاكمة القرصنة، وأنه سيعتبر على القرار تشكيل مجموعة اتصال دولية للتعامل مع الظاهرة.

(١) د/أبو الخير أحمد عطيه، الجوانب القانونية لمكافحة القرصنة، مرجع سابق، ص ١١٥.

(٢) د/أبو الخير أحمد عطيه، مرجع سابق، ص ١١٦ وما بعدها.

(٣) راجع موقف مصر من القرصنة البحرية، الهيئة العامة للاستعلامات، القاهرة، ٢٠٠٩.

(٥) في ١٧ ديسمبر ٢٠٠٨ أكد مندوب مصر الدائم لدى الأمم المتحدة السفير ماجد عبد الفتاح عدم وجود أي أعمال قرصنة داخل مياه البحر الأحمر، مطالبًا في كلمته أمام مجلس الأمن بضرورة توفير الغطاء الشرعي والقانوني والعمل على كل جهود مكافحة القرصنة وعدم تجاوز الحقوق السياسية المتعارف عليها للدول الأعضاء، مؤكدًا أن أعمال القرصنة لم تتجاوز منطقة غرب المحيط الهندي وخليج عدن أمام السواحل الصومالية فقط.

(٦) في ١٩ ديسمبر ٢٠٠٨ أكد رئيس المجلس القومي لحقوق الإنسان الأستاذ الدكتور بطرس غالي على أن ما يحدث بشكل منتظم من أعمال القرصنة أمام السواحل الصومالية من استيلاء على السفن وطلب فدية مالية مقابل الإفراج عنها يمثل مشكلة دولية وأفريقية كبيرة.

وأن تكرار هذا الوضع في الأسابيع الأخيرة من جانب القراصنة الصوماليين طرح تحديًا جديدًا على الأمم المتحدة والعالم، داعيًا الدول الأفريقية إلى طرح استعدادها لإرسال قوات لحفظ الأمن والاستقرار في الصومال من خلال الأمم المتحدة والاتحاد الأفريقي، وألا تظل الدول المجاورة للصومال صامتة، لأنه يعني عدم اهتمام مما يدفع للبحث عن أطراف أخرى بعيدة لحل المشكلة، مشيرًا إلى أن مصر وحدها لا تستطيع حل المشكلة الصومالية بمفردها، ولكن يمكنها المشاركة بفاعلية في مساعي حل المشكلة الصومالية، خاصة أنها مستعدة للتدخل من أجل الحل والقيام بدور فيه، بينما تفرض طبيعة المشكلة الصومالية لتدخل والمشاركة من دول وأطراف أخرى دولية وأفريقية.

(٧) في ١٣ أبريل ٢٠٠٩ أكدت وزارة الخارجية نبأ خطف سفينتين مصريتين للصيد قبالة السواحل الصومالية، وصرح مساعد وزير الخارجية للشئون القنصلية والمصريين في الخارج أن سفير مصر لدى الصومال أكد وقوع عملية الاختطاف من جانب القراصنة قبالة ما يسمى "بصومالي لاند" وأشار إلى عدد طاقم السفينتين ما بين ١٨، ٢٤ فردًا وتواصل الخارجية اتصالاتها مع كافة الجهات المعنية وتتابع الجهود الرامية لإنهاء اختطاف السفينتين.

(٨) في ٢٥ مايو ٢٠٠٦ عقد بمقر وزارة الخارجية الاجتماع الدولي الثاني لمجموعة العمل الرابعة المنبثقة عن مجموعة الاتصال الدولية المعنية بمكافحة القرصنة برئاسة مصر ومشاركة أربعين دولة ومنظمة دولية لمناقشة مشكلة القرصنة قبالة سواحل الصومال.

(٩) في ٢٦ مايو ٢٠٠٩ صرح وزير الشئون القانونية والمجالس النيابية الدكتور مفيد شهاب أن مصر تدين كافة أعمال القرصنة وتدعم الجهود الإقليمية والدولية لمواجهة هذه الظاهرة الخطيرة، مشيرًا إلى ضرورة توفير الحماية لحركة الملاحة البحرية في المياه الدولية والسواحل الصومالية وضرورة الحرص على إنفاق كافة الجهود والمبادرات المقترحة خاصة اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار مع مراعاة مبدأ سيادة الدول على أراضيها ومياهها الإقليمية.

(١٠) وفي ٣٠ مايو ٢٠٠٩ أكد مساعد وزير الخارجية ورئيس الوفد المصري في مجموعة الاتصال الدولية، أن مجموعة الاتصال الدولية الخاصة بمكافحة القرصنة في اجتماعها الثالث بمقر الأمم المتحدة بنيويورك اعتمدت إستراتيجية الإعلام والاتصال التي أعدتها مصر بصفتها

رئيساً لمجموعة العمل الرابعة المنبثقة عن مجموعة الاتصال للتوعية بمخاطر القرصنة وسبل مكافحتها داخل الصومال وبين مجتمعات الدول الإقليمية وعلى المستوى الدولي.<sup>(١)</sup>

### الفرع الثالث

#### الاتفاق الإقليمي لمكافحة القرصنة والأعمال غير المشروعة في منطقة آسيا (ريكاب)(RECAAB)

بعد الجهود التي بذلتها المنظمة البحرية الدولية (OMI) في منطقة جنوب شرق آسيا، اجتمعت الدول الآسيوية المعروفة (بالآسيان) والبالغ عددها عشرة دول بالاشتراك مع كل من (الصين واليابان وكوريا الجنوبية وسريلانكا وبنجلاديش) وأبرمت الاتفاق الإقليمي لمكافحة القرصنة والأعمال غير المشروعة الأخرى التي ترتكب ضد سلامة الملاحة في منطقة آسيا، والمعروف باتفاق (RECAAB) وذلك في نوفمبر من عام ٢٠٠٤ ودخل حيز النفاذ الفعلي في ٤ سبتمبر ٢٠٠٥.<sup>(٢)</sup>

وقد وضع هذا الاتفاق من أجل وضع نظام إقليمي لمنع ومعاينة القرصان وفقاً لقوانين ولوائح الدول الأطراف بشرط ألا يتعارض مع الدول الأطراف بموجب قواعد القانون الدولي، وبصفة خاصة اتفاقية قانون البحار لعام ١٩٨٢، كما أن تنفيذ هذا الاتفاق لا يعطي الحق لأي دولة متعاقدة في تتبع أو مطاردة القرصان داخل المياه الإقليمية لدولة مجاورة، ولا الحق مباشرة الاختصاص القضائي بالنسبة للجرائم التي ترتكب في المياه الإقليمية لدولة متعاقدة أخرى.<sup>(٣)</sup>

#### مهام المركز الإقليمي في آسيا المعروف (ريكاب):<sup>(٤)</sup>

أنشأ الاتفاق السابق المركز الإقليمي لتبادل المعلومات ومقره دولة سنغافورة، بهدف تنمية التعاون الإقليمي الوثيق بين الأطراف المتعاقدة، وذلك لمنع وقمع أعمال القرصنة وأعمال السطو المسلح التي ترتكب ضد السفن، ويتم هذا التعاون من خلال الرجوع إلى أجهزة المركز أو من خلال التعاون الثنائي المباشر بين الأطراف المتعاقدة.

<sup>(١)</sup> راجع موقف مصر من القرصنة البحرية، الهيئة العامة للاستعلامات، القاهرة، ٢٠٠٩.  
<sup>(٢)</sup> راجع:

YANAT-SHUNJI-LA cooperation regional contre la piraterie asia-a.f.d-

A.F.D.I-٢٠٠٦. p.٣٩٤.

مشار إليه في د/أبو الخير أحمد عطية، الجوانب القانونية لمكافحة القرصنة، مرجع سابق، ص ١٠٨.

<sup>(٣)</sup> نفس المرجع السابق، ص ٣٩٥.

<sup>(٤)</sup> د/أبو الخير أحمد عطية، مرجع سابق، ص ١٠٩، عن نفس المرجع السابق، ص ٣٩٧.

وتتمثل أهم وظائف المركز في القيام باستقبال وتحليل المعلومات المتعلقة بحوادث القرصنة وأعمال السطو المسلح التي ترتكب ضد السفن، والقيام بإبلاغها إلى الدول الأطراف الأخرى المتعاقدة في أسرع وقت، وأن يقوم كذلك بإبلاغ الدول الأطراف بالحالات التي يوجد فيها تهديد خطير بالقرصنة أو بأعمال السطو المسلح ضد السفن (المادة السابعة من اتفاق ريكاب).

ويلتزم كل طرف في الاتفاق بتعيين شخص محدد يكون مكلفاً بالاتصال بالمركز، ويجب على كل دولة متعاقدة إلزام السفن التابعة لها وملاك هذه السفن ومشغليها بإبلاغ السلطات الوطنية المختصة عن رأي حادث قرصنة أو سطو مسلح يرتكب ضد هذه السفن-وفي كل حالة تستقبل فيها سفينة إنذار بإبلاغ باقي السفن الموجودة في المنطقة.<sup>(١)</sup>

كما تلتزم الدول الأطراف بالتعاون الوثيق مع المركز إلى أقصى حد ممكن لمنع ومعاقبة أعمال القرصنة وأعمال السطو المسلح التي ترتكب ضد السفن، ويمكن أن يتضمن هذا التعاون تقديم المساعدات التقنية، وبصفة خاصة تقديم برامج التدريب والتعليم التقني<sup>(٢)</sup>، كما تلتزم الدول الأطراف بالتنسيق فيما بينها لتسيير دوريات بحرية مشتركة لمكافحة القرصنة في هذه المنطقة.

ويلاحظ على هذه الاتفاقية مدى نجاحها الملموس والتعاون الجاد الواضح فيما بينها من خلال:

١. التعاون من خلال تبادل المعلومات بين الدول الأعضاء للقضاء على تلك الظاهرة.
٢. إذا تلقت سفينة ما إنذار، تخبر به باقي السفن لمواجهة هذا الخطر.
٣. تقديم المساعدات التقنية والسماح بدوريات مشتركة لمكافحة تلك الظاهرة في المنطقة.

### المبحث الثالث

#### الجهود الوطنية لمكافحة أعمال القرصنة البحرية

سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى المطالب التالية :

المطلب الأول: دور الاتحاد الأوروبي في مكافحة القرصنة الحرة

المطلب الثاني: دور مركز مكافحة القرصنة البحرية بماليزيا.

<sup>(١)</sup>المادة التاسعة من اتفاقية (ريكاب) لعام ٢٠٠٩ لمكافحة القرصنة في منطقة جنوب شرق آسيا.

<sup>(٢)</sup>راجع المادة ١٤ من اتفاق (ريكاب) نفس المرجع السابق، ص٣٩٨.



## المطلب الأول

### دور الاتحاد الأوروبي في مكافحة القرصنة البحرية

تنفيذًا لقرارات مجلس الأمن السابقة أرسل الاتحاد الأوروبي ست سفن حربية وطائرتين حربيين إلى منطقة القرن الإفريقي بداية من ١٩ سبتمبر ٢٠٠٨، تحت ما يعرف باسم (أتلانتنا) وذلك لمكافحة القرصنة في هذه المنطقة. وقد أبرم الاتحاد الأوروبي اتفاقًا مع دولة جيبوتي لهذا الغرض، وقد أرسلت قوات الاتحاد الأوروبي إلى المنطقة من أجل القيام بالمهام التالية:

١- توفير الحماية للسفن التابعة لبرنامج الغذاء العالمي، من خلال تواجد قوات عسكرية على ظهر هذه السفن أو مرافقتها خاصة أثناء عبورها في المياه الإقليمية الصومالية.

٢- حماية السفن الناقلة للبضائع أثناء مرورها من هذه المناطق.

٣- مراقبة المناطق البحرية المقابلة للسواحل الصومالية، خاصة المناطق التي تشكل مخاطر كبيرة على الملاحة البحرية.

٤- اتخاذ جميع التدابير الضرورية بما في ذلك استخدام القوة الملحة لوضع نهاية أعمال القرصنة البحرية والسطو المسلح في البحر في المناطق البحرية المضرورة من هذه الأعمال.

وتستمد هذه القوات الدعم من القاعدة العسكرية الأوروبية في جيبوتي وتكون على اتصال مع قائدة أركان القوة ١٥٠ التي توجد قاعدتها في البحرين.

كما أنشأ الاتحاد الأوروبي بالتعاون مع قوات حلف الأطلسي مركز المن البحري في القرن الإفريقي، وذلك لتقديم المساعدات إلى الجارة الموجودين في خليج عدن وقبالة السواحل الصومالية وفي القرن وذلك بإعطائهم صورة محددة عن المخاطر التي يمكن أن يتعرضوا لها في مناطق المرور، وبفضل هذه المساعدات فإن حوالي ١٥٠٠ سفينة عبرت هذه المناطق في الفترة الماضية ولم تتعرض أية هجمات من القرصنة.<sup>(١)</sup>

وقد تم تحديد مدة عمل هذه القوات بـ ١٢ شهرًا كما هو منصوص عليه في قرار مجلس الأمن الدولي رقم ١٨٤٦ الصادر في ديسمبر ٢٠٠٨، وقد أبرمت الدول التابع لها هذه القوات اتفاقات إقليمية مع دول المنطقة لتسهيل عملها، حيث أبرمت اتفاقًا مع الصومال في نوفمبر ٢٠٠٨ لتسهيل التدخل في المياه الإقليمية الصومالية لمكافحة القرصنة. كما أبرمت اتفاقًا مع كل من كينيا وجيبوتي في ديسمبر ٢٠٠٨، كما أبرمت اتفاقًا مع أثيوبيا في نوفمبر ٢٠٠٨، لكي تسمح للطائرات التابعة لقوات حلف الأطلسي وقوات الاتحاد الأوروبي بالطيران فوق إقليمها.<sup>(٢)</sup>

(١) د/أبو الخير احمد عطية، مرجع سابق، مشار إليه فيه، ص ٩٧.

(٢) راجع المرجع السابق، ص ٣٢، ٣٣.

وفي إطار التعاون الدولي لمكافحة القرصنة الصومالية أطلق الاتحاد الأوروبي مبادرة لدعم قوات الأمن الصومالية الوليدة، وعقد في بروكسل في ٢٢، ٢٣ أبريل ٢٠٠٩ مؤتمر المانحين لدعم سلطات الصومالية الجديدة، وحضر هذا المؤتمر مندوبين عن المم المتحدة والاتحاد الأوروبي والأفريقي والصومال والمفوضية الأوروبية، ووعده بتقديم ٢٣٠ مليون دولار لدعم قوات الأمن الصومالية الوليدة وقوات حفظ السلام التابعة للاتحاد الإفريقي، وبالفعل دفع المجتمع الدولي ١٦٥ مليون يورو للدفاع عن الأمن والاستقرار الداخلي في الصومال.<sup>(١)</sup>

ويعد الاتحاد الأوروبي من أكبر الدول الداعمة للصومال حيث قدم لها في عام ٢٠٠٩، ٧٥ مليون يورو منهم ٤٠ مليون يورو عبارة عن مساعدات غذائية وإنسانية، ٣٥ مليون يورو لدفع عملية التفيتش في الصومال، وكذلك مبلغ ١٥ مليون يورو إضافية في عام ٢٠٠٨.<sup>(٢)</sup>

ومن أجل نفس الهدف فقد صادق الاتحاد الأوروبي في ٢٠ نوفمبر ٢٠٠٩ على خطة تدريب نحو ٢٠٠٠ جندي من قوات الجيش والشرطة الصومالية في (أوغندا) لمدة عام على الأرجح بناء على طلب من الحكومة الصومالية.

ولقد أرسلت الصين ثلاث سفن حربية في يناير ٢٠٠٩ وهي عبارة عن مدمرتان حربيتان وسفينة دعم لمكافحة القرصنة في خليج عدن بعد أن تعرضت عدة سفن أجنبية لعدة هجمات وكذلك حادث اختطاف سفينة شحن في خليج عدن في ٢٠ أكتوبر ٢٠٠٩.<sup>(٣)</sup>

وكما دخلت الهند في القضية نظرًا لأن غالبية الممرات الملاحية المؤدية إلى الموانئ الهندية تمر بخليج عدن، فدعت إلى انتشار قوة حفظ سلام تابعة للأمم المتحدة بهدف التصدي لعمليات القرصنة قبالة سواحل الصومال.

(١) د/أبو الخير احمد عطية، مرجع سابق، ص ٩٨.

(٢) راجع نفس المرجع السابق، ص ٤٠.

(٣) د/أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص ٩٩.



## المطلب الثاني

## دور مركز مكافحة القرصنة البحرية بماليزيا

أولاً: انتشار مركز مكافحة القرصنة البحرية بكوالالمبور:

نظراً لاستفحال أعمال القرصنة البحرية بجنوب شرق آسيا، ومدى فداحة الخسائر الناتجة عن هجوم القراصنة الصوماليون على كل ما يمر بأعالي البحار والنتائج المترتبة على مزاوله تلك الأعمال والتي لا يمكن تداركها في كثير من الأحيان أو من الممكن تداركها ولكن بدفع فديان باهظة الثمن، لذلك اقترح المكتب البحري الدولي تأسيس مركز إقليمي بالمنطقة وشركات الملاحة، وتمت الموافقة في عام ١٩٩٢م على إنشاء هذا المركز، وتم توفير رأس المال اللازم لإنشائه بمساهمات من الشركات الملاحية العملاقة وبعض الدول.<sup>(١)</sup>

وقد افتتح المركز في أكتوبر عام ١٩٩٢م، وجاء تأسيسه كثمرة للتعاون بين المكتب البحري الدولي، وغرفة التجارة الدولية، ويتبع هذا المركز المكتب البحري الدولي بلندن، ويقوم المركز بإصدار نشرات وتقارير على فترات مختلفة أسبوعية، وشهرية، ونصف سنوي، وسنوية عن حوادث القرصنة.<sup>(٢)</sup>

ثانياً: اختصاصات المركز:<sup>(٣)</sup>

يباشر مركز مكافحة القرصنة البحرية بماليزيا العديد من المهام والاختصاصات وذلك على النحو التالي:

١- يتلقى المركز جميع البلاغات عن حوادث القرصنة التي تقع في أي منطقة بحرية، ويقوم فوراً بإرسال إشارات تنبيه للسفن الأخرى في نفس المنطقة لأخذ الحيطة والحذر، كما يبلغ فوراً الجهات المختصة بنفس المنطقة لتتولى مباشرة الحادث وضبط الجناة، ويقوم المركز بتنسيق الجهود الرامية إلى ضبط الجناة واستعادة السفينة إذا كانت تحت سيطرة القراصنة، وقد وقعت عدة حوادث ساهم المركز في ضبط الجناة واستعادة السفينة.

٢- يساعد المركز في عمليات التحري والضبط والتحقيق بالحوادث التي تقع في أي دولة عن طريق الجراء والمتخصصين الذين ينتقلون فور وقوع حادث في مكان ما وتقديم المشورة اللازمة.

(١) د/عبد الله الهواري، القرصنة البحرية، مرجع سابق، ص ١٤٨.

(٢) المكتب الدولي، مركز مكافحة القرصنة البحرية، الموقع على شبكة الانترنت:

<http://www.iccwbo.org/cos/menuimb>

(٣) د/عبد الله الهواري، مرجع سابق، ص ١٤٩، وما بعدها.

يبث المركز تقارير منتظمة عن حوادث القرصنة والسطو المسلح على السفن عبر الأقمار الصناعية ومن خلال هدمه شبكة السلامة المتخصصة للسلامة البحرية، يمكن أي سفينة الحصول على هذه التقارير.

ولكن بهذا التعداد فقط لم يستطيع مركز ماليزيا اتخاذ إجراءات فاعلة بالقدر الكافي لمكافحة جريمة دولية خطيرة كجريمة القرصنة البحرية.

## الخاتمة

تناولنا في إطار بحثنا موضوع جهود المنظمات الدولية والإقليمية والوطنية في مجال مكافحة أعمال القرصنة البحرية وتم تقسيمه إلى ثلاثة مباحث إحداها تناول التعرف على جهود منظمة الأمم المتحدة في مجال جريمة القرصنة البحرية كجريمة دولية.

والآخرتحدثنا فيه على الجهود الإقليمية لمكافحة أعمال القرصنة البحرية. وأخيرا في المبحث الثالث تناولنا الجهود الوطنية لمكافحة أعمال القرصنة البحرية.

## النتائج التي توصلنا إليها:

وقد خلصنا بعد انتهائنا من بحث هذا الموضوع للعديد من النتائج، لعل من أهمها :

- ١- أن المادة (١٠١) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢، قد جاءت بتعريف للقرصنة يخرج من إطارها، العديد من أعمال العنف أو الاحتجاز أو السلب التي تتم ضد السفن وما عليها من ممتلكات وأفراد، إما لعدم توافر شرط الأغراض الخاصة أو لعدم توافر شرط انخراط السفينتين في العمل محل الاعتبار، أو لعدم حدوث هذه الأعمال في منطقة أعالي البحار، وإنما حدوثها في إحدى المناطق البحرية الخاضعة لولاية الدولة الساحلية .
- ٢- أنه على الرغم من التداخل الكبير بين أعمال القرصنة البحرية، وأفعال الإرهاب البحري، بوصفهما يشكلان اعتداء على السفن وما عليها من ممتلكات وأفراد، ويشكلان تهديدا مستمرا لحرية الملاحة وسلامة السفن، إلا أنهما يختلفان في العديد من الخصائص.
- ٣- أن مشكلة القرصنة والسطو المسلح ضد السفن قبالة السواحل الصومالية، لا تشكل - في حد ذاتها - تهديدا للسلم والأمن الدوليين، وإنما تؤدي إلى تفاقم الوضع المتأزم في الصومال والذي يشكل تهديدا للسلم والأمن الدوليين في المنطقة، وأن وجود هذه المشكلة وازدهارها ما هو إلا نتيجة طبيعية، لعدم الاستقرار السياسي والاقتصادي الذي تشهده هذه الدولة - العضو في الجامعة العربية - منذ انهيار حكومتها المركزية، في بدايات عقد التسعينات من القرن الماضي .
- ٤- أن اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢، لا تزال تشكل الإطار القانوني الذي يحكم أي إجراءات تتعلق بمكافحة أعمال القرصنة البحرية، وأن الإذن المعطى من مجلس الأمن للدول المتعاونة مع الحكومة الاتحادية الانتقالية في الصومال، بدخول المياه الإقليمية للصومال وإقليمه البري، لمكافحة أعمال القرصنة والسطو المسلح ضد السفن، يقتصر فقط على الوضع في الصومال دون سواه من حالات أخرى، وأنه لا يعد - بأى حال من الأحوال - منشئا لقواعد عرفية جديدة في هذا الإطار .
- ٥- أن الإذن باتخاذ كل الإجراءات الضرورية والمناسبة داخل المياه الإقليمية للصومال وإقليمه البري، لمكافحة أعمال القرصنة والسطو المسلح ضد السفن قبالة السواحل الصومالية، هو إجراء

جاء بنا على موافقة مسبقة من قبل الحكومة الاتحادية الانتقالية في الصومال، ويقتصر هذا الإذن فقط - على الدول والمنظمات الإقليمية المتعاونة مع هذه الحكومة دون سواها .

٦- أن اتفاقية سلامة الملاحة البحرية (اتفاقية روما لعام ١٩٨٨)، تشكل - بدورها - أساسا يمكن الاستناد إليها لمواجهة بعض الثغرات الموجودة في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢، فيما يتعلق بإجراءات ملاحقة القرصنة قضائيا .

٧- أن إجراءات مكافحة القرصنة وأعمال السطو المسلح ضد السفن قبالة السواحل الصومالية، سواء تمت في المياه الإقليمية للصومال أو في إقليمه البري - عملا بالإذن الممنوح من مجلس الأمن - يجب أن تكون- في كل الأحوال - متمشية مع قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني .

٨- أن القرصنة الصوماليين المشتبه بهم، والذين يتم القبض عليهم واحتجازهم، من قبل السفن الحربية التابعة للدول المشاركة في عمليات مكافحة القرصنة وأعمال السطو المسلح ضد السفن قبالة السواحل الصومالية، يخضعون لولاية هذه الدول، الأمر الذي يترتب عليه التزام هذه الدول بضمان تمتع هؤلاء القرصنة، بالحقوق والحريات التي كفلتها لهم الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان التي تلتزم بها هذه الدول، تلك الحقوق والحريات التي من أهمها؛ الحق في عدم الإعادة أو التسليم إلى دولتهم الأصلية، أو أى دولة أخرى إذا كانت هناك أسباب حقيقية للاعتقاد بأنهم قد يكونوا عرضة للتعذيب أو للمعاملة غير الإنسانية أو لعقوبات قاسية، وكذلك حقهم في الإحالة الفورية ودون إبطاء إلى جهات التحقيق المختصة، تمهيدا لمحاكمتهم محاكمة عادلة ونزيهة .

### التوصيات

وبعد أن إنتهينا من الحديث عن القرصنة البحرية، وما خلصنا إليه من نتائج، وما لمسناه من ثغرات ومشكلات قانونية تتعلق بتعريف القرصنة البحرية، وإجراءات مكافحتها بشكل عام، وقبالة السواحل الصومالية بوجه خاص، نود طرح بعض التوصيات التي نرى في الأخذ، بها ما يمكن أن يسهم في التغلب على العديد من هذه الثغرات وتلك المشكلات، والتي من أهمها :

١- ضرورة إعادة النظر في تعريف القرصنة البحرية الذي تضمنته المادة (١٠١) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢، بما يضمن توسيع نطاق الشروط والضوابط التي تطلبها هذه المادة لقيام هذه الجريمة، وبما يجعله يشمل - كذلك - أعمال السطو المسلح ضد السفن، مع وضع تنظيم لإجراءات مكافحتها يتمشى مع قواعد القانون الدولي، خصوصا مبدأ احترام سيادة الدول الساحلية وسلامتها الإقليمية .

٢- ضرورة تنفيذ الدول الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢، واتفاقية سلامة الملاحة البحرية لعام ١٩٨٨، لكل التزاماتها بموجب هاتين الاتفاقيتين، كما نأمل أن تقوم الدول التي لم تصدق - بعد - على اتفاقية سلامة الملاحة البحرية بالتصديق عليها، نظرا لما يمكن أن تمثله من إطار قانوني مكمل، يمكن الاستناد إليه لتكملة الثغرات وأوجه القصور الموجودة في اتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٨٢، خصوصا فيما يتعلق بإجراءات ملاحقة القرصنة

قضائيا. مع ضرورة قيام جميع الدول، بما فيها الدول ذات الصلة بمشكلة القرصنة قبالة السواحل الصومالية، بتجريم أعمال القرصنة وغيرها من أعمال العنف في البحار في قوانينها الداخلية، وضرورة التعاون بشكل إيجابي في مسألة محاكمة القراصنة الذين يتم القبض عليهم، وكذلك التعاون فيما يتعلق بسجن من تثبت إدانته من بينهم .

٣- وجوب التعاون بين كل الدول ذات الصلة بمشكلة القرصنة وأعمال السطو، كدولة العلم، ودولة الميناء، والدولة الساحلية، ودولة الجنسية، وغيرها من الدول التي يكون لها ولاية بنظر هذه الجرائم، وذلك فيما يتعلق بإثبات الولاية وإجراء التحقيقات، وإحالة المشتبه بهم إلى المحاكمة، وذلك من أجل معاقبة هؤلاء الأشخاص وعدم إفلاتهم من العقاب، باعتبار ذلك واحدا من التدابير الهامة في إطار مكافحة هذه الظاهرة .

٤- ضرورة أن تكون تدابير مكافحة القرصنة، وغيرها من أنشطة السطو المسلح ضد السفن، متمشية - في كل الأوقات - مع قواعد القانون الدولي، خصوصا مبدأ احترام سيادة الدول الساحلية وسلامتها الإقليمية، وأن تكون متنسقة - كذلك - مع قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، والقانون الدولي الإنساني .

٥- فيما يتعلق بمشكلة القرصنة وأعمال السطو المسلح ضد السفن قبالة السواحل الصومالية، نود التأكيد على ضرورة معالجة السبب الحقيقي الكامن وراء انتشار هذه الظاهرة، وهو الوضع السياسي والأمني والاقتصادي المتأزم في الصومال منذ عام ١٩٩١، والذي أدى إلى عدم وجود حكومة مركزية، قادرة على حماية شواطئ الصومال ومياهه الإقليمية. حيث أن التوصل إلى حل للمشكلة الداخلية والوضع السياسي المتأزم في الصومال، والتوصل إلى تسوية سلمية، وتحقيق السلام والأمن في منطقة القرن الأفريقي بشكل عام، سيسهم - بلا شك - في إزالة واحد من أهم أسباب تفشي واستفحال ظاهرة القرصنة قبالة السواحل الصومالية .

٦- ضرورة الأخذ في الاعتبار أن إجراءات مكافحة القرصنة وأعمال السطو المسلح ضد السفن قبالة السواحل الصومالية، هي عملية تحتاج إلى وضع استراتيجية متكاملة، تشمل كل المجالات ذات الصلة بهذه المسألة، مثل المجالات السياسية والعسكرية والاقتصادية والدبلوماسية والقضائية، ويجب بذل جهود مخصصة على مختلف هذه المسارات، بغية تحقيق نتائج ملموسة في هذا الشأن، أما الاقتصار على الجانب العسكري وحده، فلن يؤدي إلى حل نهائي ودائم لهذه المشكلة، وإنما يؤدي - على العكس - إلى تزايد المشكلة واستفحالها .

٧- ضرورة تقديم الدعم الفني والمادي للدول التي حملت على عاتقها المساعدة في عمليات محاكمة القراصنة أمام محاكمها، مثل كينيا وسيشيل، حتى تتمكن هذه الدول من الاستمرار في استلام القراصنة المشتبه بهم ومحاكمتهم، فالإمكانات الفنية والمادية لهاتين الدوليتين قد لا تسمح باستلام المزيد من القراصنة المشتبه بهم، تنفيذا للاتفاقيات الموقعة مع بعض الجهات المشاركة في إجراءات مكافحة القرصنة قبالة السواحل الصومالية، الأمر الذي يؤدي بهذه الدول للإفراج عن القراصنة المحتجزين لديها، ومن ثم عدم فعالية الإجراءات المتخذة في هذا الشأن .

٨- ضرورة اتخاذ مجلس الأمن خطوات إيجابية لإنشاء محكمة دولية خاصة لمحاكمة القراصنة الصوماليين، حيث إننا نرى أن في مثل هذه الظروف، لن تكون إجراءات محاكمة هؤلاء القراصنة أمام محاكم بعض دول المنطقة ذات الإمكانيات المادية والفنية المحدودة، أو أمام محاكم الدول المحتجة لهؤلاء القراصنة ذات أثر فاعل، نظرا لما تواجهه هذه المحاكمات من صعوبات يتعلق بعضها بالقانون واجب التطبيق، أو إجراءات المحاكمة وعدم توحيدها، أو باستقدام الشهود، وغيرها من الإجراءات التي قد لا تتم بالصورة المطلوبة، إذا ما ترك الأمر لسلطات الدولة الحاجزة لهؤلاء القراصنة، تلك الصعوبات، التي يمكن التغلب عليها فيما لو تم إنشاء محكمة دولية خاصة للاضطلاع بهذه المهمة .

## المراجع

## أولاً : المراجع العربية

- ١- إبراهيم محمد الدغمة "القانون الدولي الجديد للبحار .. المؤتمر الثالث واتفاقية الأمم المتحدة لقانون الجار" دار النهضة العربية، ١٩٨٣
- ٢- أبو الخير أحمد عطية، الجوانب القانونية لمكافحة القرصنة البحرية "دار النهضة العربية الطبعة الأولى ٢٠٠٩ .
- ٣- أحمد أبو الوفاء، "القانون الدولي للبحار على ضوء أحكام المحاكم الدولية والوطنية وسلوك الدول واتفاقية ١٩٨٢"، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦ .
- ٤- أحمد الرشيدى، د. محمد عبد المنعم : "جريمة القرصنة البحرية فى ضوء أحكام القانون الدولي المعاصر"، منتدى القانون الدولي، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، العدد الثالث، أبريل ٢٠٠٩ .
- ٥- أشرف توفيق شمس الدين، مبادئ القانون الجنائي الدولي "دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٨ .
- ٦- أماني الطويل، أمن البحر الأحمر... الواقع والتحديات السياسية الدولية، العدد ١٧٦، المجلد ٤٤، ٢٠٠٨ .
- ٧- أيمن عبد العزيز سلامة، "جريمة القرصنة البحرية فى ضوء القانون الدولي"، مجلة السياسة الدولية، العدد ١٧٦، أبريل ٢٠٠٩ .
- ٨- حسن حنفى عمر : "احتجاز وتفتيش سفن القرصنة والاتجار بالمخدرات والمخالفة لحق المرور البرئ (حق الملاحة الدولية بين النظرية والتطبيق)"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩ .
- ٩- سامى شبر، "هل اختطاف الطائرات قرصنة فى القانون الدولي العام؟"، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة بغداد، المجلد الأول، العدد الثاني، ١٩٦٩ .
- ١٠- عبد الرحمن حسين علام "المسئولية الجنائية فى نطاق القانون الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٨٨ .
- ١١- عبد العزيز سرحان، "مبادئ القانون الدولي العام"، دار النهضة العربية، ١٩٨٠ .
- ١٢- عبد العزيز مخيمر عبد الهادى، "الإرهاب الدولي، دراسة للاتفاقيات الدولية والقرارات الصادرة عن المنظمات الدولية"، دار النهضة العربية، ١٩٨٦ .

- ١٣- عبد الله الهوارى - القرصنة البحرية فى ضوء القانون الدولى - المكتبة العصرية بالمنصورة - الطبعة الأولى ٢٠١٠ .
- ١٤- عبد المنعم محمد داود - مشكلات الملاحة البحرية فى المضائق العربية - منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧٧ .
- ١٥- عبد المنعم محمد داود - المشكلات البحرية فى الخليج العربى للصحافة والإعلان الإسكندرية، ١٩٩١ .
- ١٦- على صادق أبو هيف، "القانون الدولى العام"، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٥ .
- ١٧- محمد حافظ غانم، مذكرات القانون الدولى"، دار النهضة العربية، ١٩٧٢ .
- ١٨- محمد سامى عبد الحميد "أصول القانون الدولى العام"، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٧ .
- ١٩- محمد طلعت الغنيمى، الأحكام العامة فى قانون الأمم - قانون السلام، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٧٠ .
- ٢٠- يحيى حلمى رجب - أمن الخليج العربى فى ضوء المتغيرات الإقليمية والعالمية - دار النهضة العربية - ١٩٩٩ .



## ثانيا : المراجع الأجنبية :

- ١- Alfred P.Rubin: "The Law of Piracy", Den.J. I.L& P.,Vol. ١٥, No.٢, ١٩٨٧.
- ٢- Bjorn Moller : "Piracy, Maritime Terrorism and Naval Strategy", DIIS Report, ٢٠٠٩.
- ٣- Enugene Kantorovich, "Law and economics", Manchester, Manchester University press, ٢٠٠٧.
- ٤- G.RANDALL, "Universal jurisdiction Under international Law", oxford university press, ١٩٩٩.
- ٥- George R. Constantinople : "Towards a new definition of piracy : The Achille Lauro Incident", V.J.I.L. ١٩٨٦.
- ٦- Havard Research in International Law "Draft convention on piracy with comment", A.J.I.L., ٧٣٩ (supp. ١٩٣٢). In, Barry Hart Dubner: "The law of international sea piracy", ١١ N.Y.U.J.I.L.P., ١٩٧٩.
- ٧- International Maritime Organization : "Reports on Acts of Piracy and Armed Robbery Against Ships", Annual Report – ٢٠٠٨, Doc. MSC.٤/Cire.١٣٣, ١٩ March ٢٠٠٩.
- ٨- Jose Luis Jesus : "Protection of foreign ships against piracy and terrorism at sea : Legal aspects", I.J.M.C.L., Vol. ١٨, No. ٣, ٢٠٠٣.
- ٩- Mario Silva : "Somalia : State Failure, Piracy, and the Challenge to International Law", V. I.I.L., Vol.٥٠, No.٣, ٢٠١٠.
- ١٠- Natalino Ronzitti : "The law of the sea and the use of force against terrorist activities", In, N. Ronzitti (ed.) : "Maritime terrorism and international law", Martinus Nijhoff Publishers, ١٩٩٠.
- ١١- Rubin."law of piracy", Cambridge University press, ٢٠٠٦.

١٢- Zou keyuan : "New development in the international law of piracy". Ch.J.I.L., ٢٠٠٩.

## السؤال البرلماني وكيفية تفعيله كأداة رقابة

### دراسة مقارنة

اعداد

جار الله علي جار الله المري

**مقدمة:**

تُعد الأسئلة البرلمانية إحدى الآليات التي تُمكن أعضاء البرلمان من الحصول على المعلومات للعديد من أنشطة السلطة التنفيذية فالأسئلة تعتبر وسيلة مفيدة لإحاطة أعضاء البرلمان (وبصورة غير مباشرة للمواطنين) بسياسة الحكومة تجاه المسائل العامة.

ولا ريب أن الأسئلة البرلمانية بهذه المثابة تُعتبر وسيلة فعالة ومقدمة لا غنى عنها في الرقابة الفعلية التي تمارسها السلطة التشريعية لأعمال السلطة التنفيذية.

**إقرار الدساتير للسؤال البرلماني:**

تنص المادة (٦٠) من النظام الأساسي القطري المعدل الصادر في عام ١٩٧٢<sup>١</sup> على أنه "يجوز أن يحضر الوزراء جلسات المجلس ولجانه كلما تضمن جدول الأعمال مسألة تتعلق باختصاص وزاراتهم ويستجاب إلي طلبهم كلما طلبوا الكلام، كما أن لهم أن يستعينوا بمن يريدون من كبار موظفيهم ينيبهم عنهم . ولعضو مجلس الشورى أن يوجه إلي الوزير المختص سؤالاً بقصد استيضاح أمر معين من الأمور المعروضة على المجلس. ولا يجوز أن يوجه السؤال إلا من عضو واحد ولوزير واحد وللسائل وحده حق التعقيب مرة واحدة على الإجابة، فإن أضاف الوزير جديداً تجدد حق العضو في التعقيب".

وتقرر المادة (١٠٩) من الدستور القطري<sup>٢</sup> على : لكل عضو من أعضاء مجلس الشورى أن يوجه إلي رئيس مجلس الوزراء وإلي أحد الوزراء أسئلة لاستيضاح الأمور الداخلية في اختصاصاتهم . وللسائل وحده حق التعقيب مرة واحدة على الإجابة.

وتنص المادة (٩٩) من الدستور الكويتي<sup>٣</sup> على : لكل عضو من أعضاء مجلس الأمة أن يوجه إلي رئيس مجلس الوزراء وإلي الوزراء أسئلة لاستيضاح الأمور الداخلية في اختصاصاتهم، وللسائل وحده حق التعقيب مرة واحدة على الإجابة.

وتنص المادة (١٢٩) من دستور مصر لعام ٢٠١٤ على أن : لكل عضو من أعضاء مجلس النواب أن يوجه إلي رئيس مجلس الوزراء أو أحد نوابه أو أحد الوزراء أو نوابهم أسئلة في أي موضوع يدخل في اختصاصاتهم ، وعليهم الإجابة عن هذه الأسئلة في دور الانعقاد ذاته. ويجوز للعضو سحب السؤال في أي وقت ، ولا يجوز تحويل السؤال إلي استجواب في الجلسة ذاتها".

<sup>١</sup> - صدر النظام الأساسي المؤقت القطري في ١٩٧٠/٤/٢ والنظام الأساسي المؤقت المعدل عام ١٩٧٢

<sup>٢</sup> - تم الاستفتاء على الدستور القطري في ٢٩/٤/٢٠٠٣ وصدر الدستور الدائم لدولة قطر في ٨/٦/٢٠٠٤ الموافق ٢٠/٤/١٤٢٥ هـ في مائة وخمسين مادة.

<sup>٣</sup> - صدر دستور الكويت عام ١٩٦٢

وفي ذات السياق نجد المادة (٢/٤٨) من الدستور الفرنسي على أن : تختص جلسة من كل أسبوع، على الأقل لأسئلة أعضاء البرلمان وللإجابات الصادرة عن الحكومة " وقد أضيف لفظ " على الأقل " بالقانون الأساسي الصادر في ٤ أغسطس ١٩٩٥ .

ومن استقراء ما تقدم نجد إقرار الدساتير المشار إليها لحق كل عضو من أعضاء البرلمان في توجيه أسئلة إلي أعضاء الحكومة بقصد استيضاح أمر معين يتعلق باختصاصاتهم.

ويبدو أن بعض الدساتير تفضل النص على حق توجيه السؤال ولا يعني إغفاله عدم الإجازة للنائب اللجوء إلي هذا الحق ، نظراً لأنه من الحقوق الأساسية للنائب في النظام البرلماني ، إذ كيف يتسنى للبرلمان سحب الثقة من وزير في الحكومة أو سحب الثقة من الحكومة في النظم الدستورية التي تقرر ذلك وإسقاطها.

فالقاعدة أنه إذا كان البرلمان يملك الأكثر وهو مساءلة الحكومة فإنه يملك الأقل وهو حق السؤال.<sup>١</sup>

ويذهب البعض إلي ذلك بقوله : أن السؤال يندرج في نطاق المسؤولية السياسية للحكومة ، ولهذا فإنه مقرر سواء نص عليه الدستور أو لم ينص عليه<sup>٢</sup>

وستتناول بالدراسة القواعد والأحكام الواردة في هذه الدساتير بشأن حق السؤال ، وذلك من خلال خمسة مطالب رئيسية وفقاً لما يلي:

المطلب الأول :	مفهوم السؤال البرلماني.
المطلب الثاني :	شروط توجيه السؤال البرلماني.
المطلب الثالث :	إجراءات السؤال.
المطلب الرابع :	الإجابة على السؤال البرلماني.
المطلب الخامس :	عوارض السؤال.

### المطلب الأول: مفهوم السؤال البرلماني وتعريفه

سوف نتعرض في هذا المطب لماهية السؤال البرلماني في فرع أول ثم نتطرق إلي التعريف به في الفرع الثاني . كما يلي:

<sup>١</sup> - المستشار الدكتور/ حسني درويش عبد الحميد - وسائل رقابة البرلمان لأعمال السلطة التنفيذية وضوابط ممارستها في دستور مملكة البحرين ، ط ١ ، ٢٠٠٥ ، مؤسسة الطوبجي ، ص ٦٩ .

<sup>٢</sup> - يراجع د/ سليمان الطماوي - مرجع سابق ص ٤٩٦

الفرع الأول : ماهية السؤال البرلماني

ظهر السؤال البرلماني لأول مرة في مجلس اللوردات البريطاني في ٩ فبراير ١٧٢١ عندما وجه earlcamper سؤالاً إلى الحكومة ممثلة في الوزير الأول عن حقيقة أن المراقب المالي لشركة بحر الشمال قد فر خارج البلاد، وقد تم القبض عليه في بروكسل<sup>١</sup>

وقد ثار جدل فقهي كبير حول مدى اعتبار السؤال من بين أدوات البرلمان الرقابية على أجهزة السلطة التنفيذية.<sup>٢</sup>

يرى البعض انتفاء السمة الرقابية عن السؤال نظراً لأنه لا يوجه على أساس النقد أو الاتهام بل على أساس الاستفسار أو الاستيضاح.<sup>٣</sup>

وفي المقابل يذهب الرأي الآخر إلى إثبات الوصف الرقابي للسؤال نظراً لأنه يتصل بحسن تطبيق السلطة التنفيذية المستمر للقانون بصفة عامة فإنه مباح لكل عضو ليس فقط في فترات انعقاد المجلس - بل يملك الأعضاء هذا الحق حتى في حالة عدم الانعقاد أو بين أدوار وهذا ما يعطي الأهمية للسؤال كوسيلة رقابية يومية تضع الحكومة بصفة مستمرة أمام أعين الرأي العام وذوي الشأن من جانب ، والجانب الآخر من حيث الجوهر كونه ذات طبيعة رقابية.<sup>٤</sup>

ويرى البعض أن السؤال ليس مظهراً من مظاهر التعاون بين الحكومة والبرلمان استناداً إلى استطاعة السائل أن يطلب تحويل السؤال إلى استجواب عند عدم رضائه على رد الحكومة.<sup>٥</sup>

بينما لا يميل البعض إلى وضع قاعدة مطلقة بشأن السؤال وبالتالي يمكن أن تتباين النظرة إليه من نظام إلى آخر حسب القواعد الحاكمة له من ناحية والعلاقة - واقعياً - بين

<sup>١</sup> - factsheefqno٤٦jniu ١٩٤٤ public information officee, house of commons, London,swiaooa,p. ١

مشار إليه لدى د. مرید أحمد عبد الرحمن حسن - التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية - رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ص ١٤٢

<sup>٢</sup> - أنظر هذه الآراء د. فتحي فكري - وجيز القانون البرلماني في مصر - غير مدون جهة النشر - ٢٠٠٦ ص ٤٧٧

<sup>٣</sup> - د. بكر القباني - دراستان في القانون الدستوري ص ٢٥٤ ، د. ماهر جبر نصر - مدى التوازن بين السلطات في النظام الدستوري المصري - دار النهضة العربية - ٢٠٠٢ ص ٩٢ وما بعدها حيث يحصر سيادته وسائل الرقابة في لجان التحقيق والاستجواب أما الوسائل الأخرى ومنها السؤال فتعد من وسائل التعاون بين السلطات

<sup>٤</sup> - د. فتحي عبد النبي الوحيدي - ضمانات نفاذ القواعد الدستورية - رسالة كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٨٢ ص ٩٩ ، ١٠٠

<sup>٥</sup> - د. سامي عبد الصادق - أصول الممارسة البرلمانية - المجلد الأول - الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٨٢ - ٣٧٤

الحكومة والبرلمان من ناحية ثانية، فقد رأينا القصور الذي يعترى نصوص اللائحة الداخلية الخاصة بالسؤال وأن السؤال يوجه إلي حكومة الحرب الحاكم الذي يستحوذ على أكثر من ٩٠% من المقاعد البرلمانية علاوة على الصعوبات العملية التي تواجه أسئلة المعارضة كتأخير الرد أو حتى عدم الرد بتاتاً وكل ذلك يرجح ابتعاد السؤال عن طبيعة الأدوات الرقابية واقترابه من الوسائل الاستيضاحية<sup>١</sup>

وانتقد البعض<sup>٢</sup> وجهات النظر السابقة في أن الرأي الأول ينظر إلي الغاية من الإجراء (السؤال) من دون النظر إلي طبيعته أما الرأي الثاني فهو يعول على السؤال وما يتمخض عنه كحوار بين العضو والوزير ويتوقف من ثم وصفه كسؤال على درجة الحوار وما إذا كان بسيطاً أم جسيماً ولكل من الرأيين وجاهته ويبدو لي أن هذا النقد يميل إلي أن السؤال وسيلة من وسائل الرقابة على أعمال الحكومة ، وهي وسيلة لها أهميتها التي لا تنكر - على نحو ما سيأتي - وقد يتمخض على السؤال إثارة وسائل أخرى أشد خطورة، وبغض النظر عن وصف السؤال بكونه بسيطاً أو غير ذلك تبعاً لدرجة الحوار بين مقدم السؤال والوزير، إذ قد تؤدي الإجابة إلي إثارة قضايا يتطلب مواجهتها استخدام وسائل أخرى خلاف السؤال. وترتيباً على ذلك فإن السؤال وسيلة من وسائل الرقابة البرلمانية<sup>٣</sup> وإن كان لا ينتج بذاته أثراً ولكنه يفتح الباب أمام أعضاء البرلمان للوقوف على حقيقة أمور غامضة أو واقعة وصل علمها إلي عضو البرلمان وهي تؤدي بذاتها إلي فرض رقابة على أعمال الحكومة بتدريك ما فاتها أو تصحيح مسارها أو إجبار الحكومة بصفة مستمرة على توضيح موقفها بدقة ودرء الشبهات<sup>٤</sup>. كما تؤدي المعلومات التي تم الحصول عليها إلي إثارة وسائل أخرى بهدف رقابة أعمال الحكومة.<sup>٥</sup>

ونميل إلي أن السؤال وسيلة من وسائل الرقابة على أعمال الحكومة على أساس أنها مسألة أولية في عملية الرقابة ، فطلب الكشف عن المعلومات الخاصة بواقعة محددة يُعد نوعاً من الرقابة على أعمال الحكومة، إذ قد تؤدي إلي توجيه نظر الحكومة إلي تصحيح مسارها كما قد تؤدي المعلومات التي يحصل عليها عضو البرلمان إلي إثارة وسائل أخرى أكثر قوة بهدف رقابة أعمال الحكومة.

<sup>١</sup> - د. فتحي فكري - وجيز القانون البرلماني في مصر - مرجع سابق ص ٤٧٧

<sup>٢</sup> - ريم عبد الرحمن المسلماني : الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة في دولة قطر - رسالة ماجستير ، جامعة القاهرة ٢٠٠٨ ص ٥٧ ، ٥٨

<sup>٣</sup> - انظر آراء الفقه في مدى اعتبار السؤال وسيلة رقابية من عدمه. د. حسني درويش - مرجع سابق ص ٤٧

<sup>٤</sup> - الدكتور: محمد توفيق يوسف علي - نظام المجلسين النيابيين وتطبيق ذلك على مصر وانجلترا - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة ١٩٩٨ ص ٧٤

<sup>٥</sup> - burdeau (g) droit constitution et institutions politiques. ١٥ ed.;; paris ١٩٩٢