

مجلة

القانون والقضاء

دورية متخصصة بنشر البحوث القانونية والأحكام القضائية والتشريعات



يصدرها

ديوان الفتوى والتشريع - وزارة العدل

أغسطس ٢٠٠٠ م

العدد الأول

مجلة قانونية محكمة

مجلة القانون والقضاء

دورية متخصصة بنشر البحوث القانونية والأحكام القضائية

الأستاذ فريح أبو مدين وزير العدل رئيسا

الأستاذ إبراهيم الدغمة رئيس ديوان الفتوى والتشريع نائبا

الهيئة الاستشارية

- الأستاذ حسن أبو لبدة
- أ. د. موسى أبو ملح
- د. سيف الدين البلعاوي
- د. محمد أبو عمارة
- د. نافع الحسن
- الأستاذ فريد الجلال
- د. درويش الوحيدي
- د. أحمد مبارك
- القاضي خليل الشياح
- القاضي إسحاق مهنا
- الأستاذ مازن سيسالم
- د. حنا عيسى

رئيس التحرير

المستشار إبراهيم الدغمة

هيئة التحرير:

- د. عبد الكريم الشامي
- الأستاذ محمد جنينة
- الأستاذ عودة عريقات
- الأستاذ محمد عمر عبيد
- الأستاذ وليد الزيني

الإخراج والإشراف على تنفيذ الطباعة

محمد منذر كمال شعشاعة

المراجعة اللغوية

سالم أبو مهادي

الطباعة الإلكترونية

منى سامي الغصين

طباعة : النصر - حجاوي ، نابلس هاتف ٢٣٨٠٨٦٥

كلمة العدد

بذلت جهود كبيرة ومضنية قبل إصدار هذا العدد من مجلة القانون والقضاء وما زالت تبذل من وزارة العدل ممثلة في ديوان الفتوى والتشريع من أجل إخراج هذه المجلة بصورة لائقة وأصيلة ، حيث كان لصدور العدد التجريبي منها في شهر إبريل من العام الحالي وقع ملموس واستحسان مقبول من ذوي الاختصاص والهيئة الاستشارية للمجلة التي أثنت على هذا الإنجاز .

وبما أن البحث القانوني يعتبر مطلباً ضرورياً ، لا سيما وفلسطين تمر بمرحلة توحيد الفكر القانوني والتشريعات المعمول بها في أرض الوطن ، وإيجاد فقه قانوني متطور ، وبما أن الأبحاث تلمس المشكلات الحقيقية التي يعاني منها النظام القانوني والقضائي في فلسطين ، وتقدم الحلول والبدائل من أجل تحديث وتطوير وتنمية البنية التحتية القانونية ، وصولاً لإرساء قواعد العدل والحرية والمساواة وسيادة القانون لأنها من أهم مرتكزات الدول الحديثة وسبب رقيها ، وفي هذا الإطار تم إصدار هذه المجلة ، إنها دعوة للمشتغلين في المجال القانوني والباحثين والدارسين لتزويدنا بالأبحاث والدراسات في شتى المجالات القانونية ، لتستمر هذه المجلة دائماً في ارتقاء يتيح لها تحقيق أهدافها المرجوة .

إن هيئة التحرير تسعى إلى أن يكون للمجلة موقع متميز بين المجالات العربية المتخصصة في العلوم القانونية ، وأن تحصل على الترقيم الدولي الموحد من المركز الدولي للدوريات التابع للمنظمة الدولية للتربية والثقافة والعلوم ، وهذا الإجراء يضيف بعداً جديداً للمجلة ويعطيها مكانة بين المجالات العربية والأجنبية ، ويساهم في التعرف على الوضع القانوني والقضائي في فلسطين ، وكذا على انتشار واسع للأبحاث والباحثين الذين ينشرون أبحاثهم فيها .

وبعد فإننا نرجو أن يكون العدد الأول من المجلة إضافة نوعية وجديدة في مجال البحث القانوني ، ويبدأ بيد لتحقيق هدفنا الكبير وحلمنا في إقامة دولتنا دولة القانون والمؤسسات وعاصمتها القدس الشريف .

هيئة التحرير



أبحاث ومقالات

اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢

نظرة عامة

المستشار إبراهيم محمد الدغمة

رئيس ديوان الفتوى والتشريع*

أهمية البحار:

شهدت مدينة مونتيجوياي بجمايكا في العاشر من ديسمبر ١٩٨٢ التوقيع على اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار من جانب مندوبي مائة وتسع عشرة دولة. فكانت بذلك أول اتفاقية دولية تحظى بمثل هذا العدد الكبير من التوقيعات في اليوم الأول لفتح باب التوقيع عليها من جانب دول تنتمي إلى كافة المجموعات الإقليمية ، والتكتلات السياسية التي يعرفها عالم اليوم .

إن البحار التي تكون أكثر من ٧٠% من المساحة الإجمالية للكرة الأرضية ، تمثل معقل رجاء للبشرية لا باعتبارها طريقاً للمرور ووسيلة للمواصلات فحسب ، بل وبصفة أساسية باعتبارها مورداً هاماً للثروة . إذ أثبت العلم الحديث وجود

* شارك المستشار إبراهيم الدغمة بصفته ممثلاً لدولة قطر في جميع دورات مؤتمر الأمم المتحدة الثالث لقانون البحار منذ الدورة الثانية عام ١٩٧٤ حتى توقيع الاتفاقية عام ١٩٨٢ . كما شارك في بعض أعمال اللجنة التحضيرية . وقد ترأس في بعض الدورات مجموعة الدول الآسيوية كما ترأس إحدى اللجان التي شكلتها جامعة الدول العربية من الخبراء العرب في قانون البحار لمتابعة أعمال المؤتمر . وقد أعد المستشار إبراهيم الدغمة حول هذا الموضوع ثلاث مؤلفات :

- ١- المؤتمر الثالث واتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار - ١٩٨٣ .
- ٢- المنطقة الدولية لقاع البحار والمحيطات وباطن أرضها خارج حدود الولاية الوطنية - ١٩٨٧ .
- ٣- المؤتمر الثالث واتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار - ١٩٩٨ .

كميات هائلة من المعادن في قاع البحر ، وما تحت القاع كالفحم والبتترول والغاز وعقد المنغنيز ، وقد استطاعت أجهزة الجس والحفر الحديثة أن تكتشف ينابيع غنية جداً ، وأصبحت مسألة استغلال منتجات قاع البحار والمحيطات ، وما تحت القاع من المسائل الخطيرة التي تحتل المكان الأول في قانون البحار الدولي في أيامنا هذه .

ولا شك أن الثروات الحيوانية لا تعد اليوم شيئاً يذكر إلى جانب الثروة المعدنية الكامنة على قاع البحار والمحيطات ، وما تحت هذا القاع ، وقد أكد علم الجيولوجيا حقائق مذهلة ، منها أن تحت قاع المحيطين الأطلسي والهادي بامتداد مياه الولايات المتحدة الأمريكية احتياطياً بأرقام خيالية من البترول والفحم والمعادن كاليورانيوم والحديد والرصاص والفضة والذهب وغيرها . ولقد قيل أن كل مليون جالون من ماء البحر يحوي ما يزيد على ربع طن من الألمنيوم وقد ذكر سفير مالطة " Pardo " في خطابه أمام اللجنة الأولى للجمعية العامة للأمم المتحدة في الأول من نوفمبر عام ١٩٦٧م ، أن عقد المنغنيز تحتوي على ٤٢ بليون طن من الألمنيوم وتحتوي على ٣٥٨ بليون طن من المنغنيز و٧,٩ طن من النحاس و ١٤,٧ بليون طن من النيكل ، ومليون طن من الزركون و ٥,٢ بليون طن كوبالت.

ويضاف إلى أهمية البحار من ناحية كونها مورداً هائلاً من موارد الثروة الحيوانية والمعدنية ، أن لها أهمية خاصة بالنسبة للقوى السياسية العالمية وأن بعض أنصار الجغرافيا السياسية يرون أن الصراع العالمي الآن صراع مستقطب ، بين قوى البر وقوى البحر ، والبحار هي مجال التصادم بين القوى البرية والقوى البحرية ، وليس أدل على هذا من أن القوتين الأعظم في عالم اليوم تسعيان من أجل السيطرة على البحار ، ومن أجل التحكم في تعدد الحركة الملاحية بكافة خطوطها في هذه البحار العالمية .

مما تقدم كله يمكننا القول أن البحار أصبحت في الوقت الحاضر محط أنظار جميع الدول ، وعلى الأخص الدول المتقدمة تقنياً، ولعل الثروات المعدنية التي أوردناها

سابقاً هي التي تفسر اهتمام الحكومات بهذه المنطقة الدولية الحيوية ، هذا فضلاً عن استعمالها للأغراض الاستراتيجية التي تطمح الدول الكبرى إلى تحقيقها في عصرنا هذا ، عصر سباق التسلح النووي ، وعصر غزو الفضاء .

التنظيم القانوني للبحار:

أمام اتصال البحار ، وعدم وجود حدود مرسومة فيها ، كان من الطبيعي أن تنثور التساؤلات منذ القدم حول طبيعتها القانونية : هل هي مال مباح أم هي ملك لكل شعوب العالم ؟ وهل الملاحة حرة فيها ؟ أم تخضع للرقابة في أجزاء منها ؟ ثم إلى أي حد يمكن أن ترتب الدول الشاطئية لنفسها حقوقاً انفرادية في استكشاف واستغلال الثروات الحية وغير الحية في هذه المناطق ؟ ثم كيف يكون نظام مرور السفن التجارية والحربية في مختلف مناطق البحار .

ويثور التساؤل أيضاً ، بطبيعة الحال ، حول البلدان المغلقة التي لا شواطئ لها ، وكيف يمكن لها النفاذ إلى البحر والاشتراك مع الدول الساحلية في الاتفاق على الاشتراك في الاستفادة من ثروات البحر . كما يثور التساؤل حول جدوى قيام تنظيمات دولية للتعاون المشترك في إجراء البحوث العلمية ومناهضة كل وسائل الإضرار بثروات البحر ، وتنظيم الاستغلال الدولي المشترك لأعالي البحار وأعماقها ؟ هذه الأسئلة وغيرها لا تجد الإجابة عليها إلا في ظل تنظيم قانوني دولي واضح محدد تلتزم به الدول وينجح في تنسيق التعاون ، وإيجاد التوازن رغم المصالح والظروف الجغرافية والقدرات والإمكانات العلمية . وقد دعا هذا كله إلى ضرورة وجود تنظيم قانوني للبحار .

إن مشاكل البحار وقانونها كانت بداية ظهور القانون الدولي كله بل والباعث الأول على قيامه . فمنذ ثلاثة قرون بدأت منازعات المنافسة على البحار بين من ينادون ببحار مفتوحة لكل الشعوب ، وبين من ينادون بتقسيمها وتوزيع السيطرة عليها بين الدول . وإذ كنا الآن ، وبعد أكثر من ثلاثمائة سنة ، نحاول عن طريق الهيئة العالمية

للأمم المتحدة أن نعيد النظر فيما استقر من قواعد عرضية ومكتوبة في مجال البحار ، بما يتفق ومتغيرات العلاقات الدولية والتقدم العلمي الهائل ، وبما يستجيب ومطالب الدول النامية بالاشتراك في وضع القواعد المعاصرة لقانون جديد للبحار يقرر لها من الحقوق ما يستجيب واحتياجاتها العادلة ، فإننا نعيش في الواقع بنشأة قانون دولي جديد بصفة عامة ، يتواءم وظروف العلاقات الدولية الراهنة .

وقد اهتم التنظيم الدولي العالمي منذ أوائل القرن العشرين بتدوين قواعد قانون البحار ، وأعدت لجنة تقنين خاصة شكلتها عصبة الأمم عام ١٩٢٤ ، مشروع اتفاقية حول المياه الإقليمية إلا أن مؤتمر لاهاي الذي عقد عام ١٩٣٠ ، لإقرار مشروع اللجنة فشل في الاتفاق حول تحديد اتساع هذه المياه.

وجاءت الأمم المتحدة ، من بعد ذلك لتتطلع مسئولية خاصة إزاء البحار وتدارست لجنة القانون الدولي التابعة للجمعية التابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة منذ عام ١٩٤٨ قواعد قانون البحار بهدف إعداد مشروعات اتفاقيات دولية في هذا المجال وانتهت دراستها بالدعوة إلى عقد المؤتمر الأول للأمم المتحدة لقانون البحار عام ١٩٥٨ ، والمؤتمر الثاني عام ١٩٦٠ ، اللذين أقرتا أربع اتفاقيات دولية ، حول المياه الإقليمية والمنطقة المتاخمة ، وأعلى البحار ، والصيد وصيانة موارد الأحياء المائية ، والجرف القاري .

وتمثل هذه الاتفاقيات أهمية كبيرة في نطاق العلاقات الدولية باعتبارها القانون الدولي الوضعي للبحار ، بغض النظر عن اختلاف الفقه في تقييمها أو حول طبيعتها بوصفها ، من وجهة نظر البعض قواعد مقررة لأحكام عرفية قديمة ، ومن ثم تتمتع بصفة إلزامية عامة أم باعتبارها ، من وجهة نظر البعض الأخر ، اتفاقيات دولية كاشفة لا تلزم إلا من وقع وصدق عليها .

غير أن المتغيرات الدولية في السنوات العشر الأخيرة أكدت ضرورة إعادة النظر في هذه الاتفاقيات ، ذلك أن أمما كثيرة حصلت خلال هذه السنوات على

استقلالها ، ولم يكن لها رأى عند وضع القواعد ، كما أن بعض الدول النامية التي ساهمت في أعمال مؤتمري عام ١٩٥٨ و ١٩٦٠ كانت وما زالت تشعر أن كثيراً من الأحكام قد فرضت عليها ، وبما يخدم مصالح الدول الملاحية الكبرى ، هذا إلى جانب التقدم العلمي الكبير في مجالات الحفر والتعدين والوصول إلى أعماق تزيد كثيراً عن ذي قبل ، والإدراك المتزايد بأهمية التعاون الدولي لاستغلال الثروات البحرية ومناهضة التلوث ، والقضاء على المنازعات حول حقوق الصيد واستغلال الجروف القارية والتي أصبحت مصدراً دائماً في توتر العلاقات الدولية . وفي هذه المعاني يقول قرار صادر من الجمعية العامة للأمم المتحدة : أن الحقائق السياسية والاقتصادية والتطور العلمي وضروب التقدم التكنولوجي السريع خلال العقد الماضي ، من هذا القرن ، قد أبرزت الحاجة إلى تطوير مبكر وجذري لقانون البحار في إطار من التعاون الدولي الوثيق .

وفي هذه الفترة وبالذات في أغسطس عام ١٩٦٧ أثار السفير " باردو " سفير مالطة لدى الأمم المتحدة أمام الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الثانية والعشرين موضوع قاع البحار والمحيطات وسلط عليها الأضواء ، وطلب إدراجه في جدول أعمال الجمعية العامة للأمم المتحدة . وقد عبر السفير " باردو " في مذكرة رفعها إلى السكرتير العام للأمم المتحدة عن خوفه من أن التقدم المضطرد للدول الصناعية تقنياً يمكن أن يؤدي إلى التملك والاستغلال الوطنيين لقاع البحار والمحيطات ، ونتيجة لذلك يمكن أن يستغل قاع البحر والمحيط للأغراض العسكرية ويستنزف القدر الكبير من ثرواته لصالح قلة قليلة من الدول . واقترح في مذكرته أن يعلن أن قاع البحر وما تحت القاع ، " هو تراث مشترك للإنسانية " حيث لا يخضع للتملك الوطني بأي طريقة ، كما يجب أن يستكشف بطريقة تتفق ومبادئ وأغراض الأمم المتحدة .

وعلى أثر ذلك قررت الجمعية العامة إنشاء لجنة خاصة هي لجنة الاستخدمات السلمية لحوض البحر وقاع المحيط خارج حدود الولاية الوطنية .

وقد أتمت هذه اللجنة بعد خمس سنوات من الاجتماعات المتتالية والمناقشات المستفيضة إعداد جدول أعمال يتضمن خمسة وعشرين بنداً ، تمثل في مجموعها النظام القانوني للبحار والمحيطات في مختلف مناطقها ، ومن مختلف النواحي الاقتصادية والاستراتيجية والعلمية . استناداً إلى قرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادر عام ١٩٧٠ م ، بدعوة المؤتمر الثالث لقانون البحار للانعقاد ، ثم عقد دورة أولى إجرائية في نيويورك في ديسمبر سنة ١٩٧٣م أعقبها دورة ثانية في كراكاس عام ١٩٧٤ ، واشترك في هذه الدورة ١٣٨ دولة ، ما عدا المنظمات الحكومية وغير الحكومية والوكالات المتخصصة وحركات التحرير الوطنية ، ويقدر عدد الوفود التي شاركت في هذه الدورة بحوالي أربعة آلاف شخص ، وكانت أكثر الوفود عدداً من الولايات المتحدة الأمريكية وفنزويلا وكندا والاتحاد السوفيتي ، إذ كان عدد أعضاء الوفد الواحد من هذه الدول يقدر بحوالي مائة وعشرين عضواً جميعهم من الخبراء في قانون وعلوم البحار .

ويعتبر مؤتمر الأمم المتحدة الثالث لقانون البحار ، بحق ، أكبر المؤتمرات التي عقدت في هذا القرن سواء من حيث أهميته أو عدد الدول والمنظمات التي اشتركت فيه أو من ناحية عدد الأعضاء الذين اشتركوا فيه ، بالإضافة إلى الفترة الزمنية التي استغرقها لإتمام أعماله ، إذ بدأ التحضير له - كما ذكرنا سابقاً - منذ عام ١٩٦٧م ، واستمر العمل داخل لجان مختلفة منبثقة عن هيئة الأمم المتحدة حتى انعقدت الدورة الأولى عام ١٩٧٣م ، وبعدها استمر المؤتمر في الانعقاد سنوياً وابتداءً من الدورة السابعة بدأ المؤتمر يعقد دورتين في السنة الواحدة ، هذا بالإضافة إلى الدورات الأخرى الاستثنائية واللجان المختلفة التي كانت تعقد بين الدورات ، واستمر الحال على ذلك حتى الدورة الحادية عشرة عام ١٩٨٢ ، حيث تمكن المؤتمر بعد جهد كبير من الوصول إلى الاتفاقية الدولية التي أطلق عليها ، اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار .

لقد كان مؤتمر الأمم المتحدة الثالث لقانون البحار بحق - كما وصفه رئيسه تومي كوه - موعداً مع التاريخ ، وتطوراً كبيراً نحو دعم التعاون الدولي في مجال تنظيم الملاحة البحرية ، وتأمين حريتها وحسن الاستغلال السلمي للثروات البحرية .

اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢ م :

في ١٠ ديسمبر عام ١٩٨٢ ، وقعت مائة وتسع عشرة دولة ، في مونتي غوبي بجامايكا ، على اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار ، ولا شك أن مجرد الحصول على هذه الموافقة شبه الجماعية في قضية هامة ، شديدة الحساسية ، تتضارب فيها المصالح تضارباً كبيراً ، وكانت الشكوك تدور دائماً حول إمكانية التوصل إلى حلها ، هو في حد ذاته حدث تاريخي هام .

إن هذه الاتفاقية هي أوسع اتفاقية دولية في التاريخ المعاصر ، من حيث عدد الدول المنضمة إليها ، وهي تمثل في نفس الوقت إنجازاً هائلاً في مجال العلاقات الدولية عامة ، والقانون الدولي للبحار بصفة خاصة ، من حيث ما توفره من عدالة وإنصاف فيما يخص حقوق استكشاف واستغلال الموارد الطبيعية في قيعان البحار والمحيطات ، ونقل العلوم والتكنولوجيا وتأمين حرية الملاحة البحرية.

وقد تعثرت المفاوضات أحياناً كثيرة ، على مدى دورات المؤتمر الإحدى عشرة ، وحتى الدورة الأخيرة منه ، بدرجة هددت بفشل المؤتمر وعدم الوصول إلى التوفيق بين " المصالح المتضاربة " وخاصة فيما بين مصالح الدول المتقدمة ومصالح الدول النامية ، الأمر الذي يؤدي في واقع الأمر إلى استمرار تعرض " التراث المشترك للإنسانية " من ثروات أعالي البحار ، إلى فوضى الاستغلال ، وحرمان الدول النامية من الحصول على نصيب عادل من هذا التراث.

ولحسن الحظ تمكنت الدول بفضل الجهود المضنية والمتواصلة ورغم المواقف المتشددة من الدول المتقدمة المالكة للعلم والتكنولوجيا والتي دفعت البعض منها إلى عدم التوقيع على الاتفاقية - من إخراج اتفاقية البحار الجديدة إلى حيز الوجود ، بعد أن

توصلت إلى حلول وسط مكنت الدول النامية من القبول بها كحلول يدخل من خلالها " التعايش من الواقع " على حد قول " كانيانا وابيتي " رئيس مجموع الدول السبعة والسبعين في المؤتمر .

من البديهي أن نتساءل : ماذا عن مضمون الاتفاقية الجديدة للبحار؟ إذا كان المقام لا يسمح بالتحليل المتعمق لمختلف مواد الاتفاقية والتي تبلغ ٣٥٠ مادة نظمت في ١٧ جزءاً مع ثمانية ملاحق ، بل ولا يسمح حتى باستعراض الاتجاهات في مختلف الموضوعات ، فهذا أمر يحتاج إلى سلسلة من المقالات المتخصصة ، إلا أنني أجد من المناسب أن أعرض بعض الأحكام الرئيسية التي تضمنتها الاتفاقية .

البحر الإقليمي والمنطقة المتاخمة :

فشل المؤتمر الأول والمؤتمر الثاني لقانون البحار في تحديد عرض البحر الإقليمي للدول الساحلية ، وكانت كل دولة تحدد مياها الإقليمية على حسب مصالحها ، لدرجة أن بعض الدول في أمريكا اللاتينية حددت مياها الإقليمية بمائتي ميل بحري ، ولكن المؤتمر الثالث تمكن من حل هذه العقدة ونصت الاتفاقية الحالية على حق كل دولة في تحديد عرض بحرهما الإقليمي بمسافة لا تتجاوز ١٢ ميلاً بحرياً تقاس من خطوط الأساس ، وتقضي الاتفاقية بأن سفن جميع الدول تتمتع بحق المرور البريء خلال البحر الإقليمي وقد حددت الاتفاقية بشيء من التفصيل أحكام وقواعد ممارسة حق المرور البريء . سواء بالنسبة للسفن التجارية أو الحربية أو الحكومية المستعملة لأغراض تجارية وحقوق وواجبات وسلطات الدولة الساحلية بشأنه . كما ورد في الاتفاقية نص خاص بشأن المنطقة المتاخمة . والمنطقة المتاخمة هي المنطقة التالية لبحر إقليمي ، وتُدوّن الساحلية سيطرة على هذه المنطقة من أجل منع خرق قوانينها وأنظمتها الجمركية أو الضريبية أو المتعلقة بالهجرة أو الصحة . وتمت المنطقة المتاخمة إلى ١٢ ميلاً بحرياً بعد الحد الخارجي لبحر إقليمي .

المضائق المستخدمة للملاحة الدولية :

تسعى الاتفاقية إلى ضمان تمتع جميع السفن والطائرات بحق ما يسمى المُرور العابر من خلال المضائق التي تستخدم في الملاحة الدولية بين أحد أجزاء أعالي البحار أو منطقة اقتصادية خالصة وبين جزء آخر من أعالي البحار أو منطقة اقتصادية خالصة أخرى . وقد وصف المُرور العابر بأنه يعني ممارسة حرية الملاحة والطيران فقط بغرض المرور المستمر والسريع عبر أو فوق المضيق . ويطلب من السفن والطائرات التي تمارس حق المرور العابر هذا أن تواصل مرورها بدون تأخير خلال أو فوق المضيق وأن تمتنع عن أي تهديد أو استخدام للقوة ضد سيادة ، أو وحدة أراضي أو الاستقلال السياسي للدول المطلة على المضيق ، وأيضا أن تخضع للتشريعات الدولية الخاصة بالسلامة ومراقبة التلوث . ومرخص للدول المطلة على المضائق بأن تحدد الطرق البحرية وأن تفرض خطط المرور المنفصلة الخاصة بالملاحة وأن تسن التشريع الخاص بتأمين الملاحة ومنع ومراقبة التلوث .

وقد جاءت عبارة " المرور " العابر " حلا وسطا بين مفهوم "المُرور البريء" القابل للممارسة فيما يتعلق بالبحر الإقليمي ومفهوم " المرور الحر " فوق أعالي البحار . وجدير بالذكر أن المجموعة العربية انقسمت انقساما حادا عند التفاوض حول هذا الموضوع ، وذلك نظرا لاختلاف ظروفها الجغرافية ، فيما تدافع عنه بشدة العراق والسعودية ودول الخليج العربي بصفة عامة ، وذلك ضمنا لحرية مرور ناقلات البترول وخشية تحكم إيران في الدخول إلى مضيق هرمز أو الخروج منه ، وخاصة بعد سيطرتها على جزر طناب الكبرى وطناب الصغرى وأبو موسى .

نجد أن دولا عربية أخرى مطلة على مضائق ترفض هذا النظام خاصة عندما يتعلق الأمر بمرور السفن والطائرات الحربية لحماية أمنها ودفاعا عن سلامتها ، ومن هذه الدول اليمن ومصر والمغرب والصومال .

المنطقة الاقتصادية الخالصة :

تعد المنطقة الاقتصادية الخالصة ولا شك وجها من أهم أوجه التجديد في القانون الدولي للبحار ، والذي جاءت الاتفاقية تجسيدا وتقنينا له ولم يكن مفهوم المنطقة الاقتصادية الخالصة معروفا قبل الاتفاقية الجديدة لقانون البحار . وقد جاء هذا المفهوم توفيقا بين المبالغة في الادعاءات بفرض السيادة الإقليمية على مسافات مترامية من البحار والمحيطات وبين تطلع عدد كبير من دول العالم الثالث إلى الثروات الطبيعية في البحار المجاورة لها عليها تقدم مصدرا اقتصاديا جديدا ، يمكن أن يسهم في تحقيق تنميتها الاقتصادية ، وتوفير المزيد من الغذاء لشعبها .

وبموجب أحكام الاتفاقية تمتد المنطقة الاقتصادية الخالصة حتى حد ٢٠٠ ميل بحري تقاس من خط الأساس الذي يقاس منه عرض البحر الإقليمي ، وللدول الساحلية داخل هذه المنطقة ، حقوق سيادة بقصد استكشاف واستغلال ، والمحافظة على وإدارة الثروات الطبيعية سواء كانت حية أو غير حية الموجودة في قاع البحر ، والتربة التحتية والمياه الملاصقة وأيضا فيما يتعلق بالأنشطة الأخرى الخاصة بالاستغلال الاقتصادي والاستكشاف في المنطقة مثل إنتاج الطاقة من التيارات المائية والرياح... وللدول الساحلية أيضا السيادة فيما يتعلق بإقامة واستغلال الجزر الصناعية ، والمنشآت والأبنية ، والبحث العلمي البحري وحماية البيئة البحرية والحفاظ عليها . ومع ذلك فإن لجميع الدول أن تتمتع بحرية الملاحة والطيران وحرية وضع الكابلات البحرية وخطوط الأنابيب والاستخدامات السلمية الأخرى للبحر داخل المنطقة الاقتصادية .

وللدول المغلقة أي الدول التي لا تطل على البحار وللدول ذات الطبيعة الجغرافية الخاصة أن تتمتع بحق الاشتراك ، وعلى أساس متساو في استغلال جزء مناسب من فائض الثروات الحية في المنطقة الاقتصادية الخالصة للدول الساحلية في نفس شبه الإقليم أو الإقليم ، مع الأخذ في الاعتبار الظروف الجغرافية والاقتصادية المتصلة .

الجرف القاري :

يطلق اصطلاح الجرف القاري على قاع البحر والأرض الواقعة تحت قاع البحر في المساحات المائية للشاطئ الكائنة خارج منطقة البحر الإقليمي.

وتعترف الاتفاقية بحقوق الدول الساحلية في السيادة على الجرف القاري بغرض استكشاف واستغلال الثروات الطبيعية بدون التأثير على الوضع القانوني للمياه أو الفضاء الجوي فوقه . ويضم الجرف القاري لدولة ساحلية قاع البحر والتربة التحتية والمناطق البحرية التي تمتد تحت البحر الإقليمي عبر الامتداد الطبيعي لأرضها الإقليمية إلى الحد الخارجي للجرف القاري ، ولكل دولة ساحلية جرف قاري ٢٠٠ ميل بحري تحسب من خط الأساس ، ولكن حيث يمتد الجرف القاري وراء هذا الحد ، فإن أقصى مدى يمكن المطالبة به كجرف قاري هو ٣٥٠ ميلا بحريا ومع ذلك ستلزم الدول الساحلية بوضع أو الإسهام على نحو سنوي في سلطة قاع البحر الدولية بنسبة محددة فيما يتعلق بالإنتاج الكلي الناتج عن استغلال الثروات غير الحية للجرف القاري فيما وراء ٢٠٠ ميل بحري.

الحفاظ على البيئة البحرية ومنع التلوث :

حظي جانب الحفاظ على البيئة البحرية ومنع تلوثها باهتمام كبير في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار . إذ كان ينظر الإنسان إلى البحار والمحيطات بوصفها قادرة على أن تستوعب كل ما يلقي إليها من منظفات أو مواد ، سواء عن عمد أو نتيجة للاستخدامات المختلفة ، ولكن بدا واضحا منذ بداية هذا القرن أن للبحار والمحيطات طاقة قصوى ، على الرغم من ضخامتها واتساعها ، حيث نشأ الإدراك بأن البيئة البحرية قد بدأت تعاني من التلوث بسبب ما يلقي إليها من مواد ومخلفات . ثم أدرك الإنسان في مرحلة لاحقه أن البحار والمحيطات تمثل جزءا رئيسيا في المجال الحيوي . وأنها تمثل عنصرا أساسيا من عناصر التوازن والثبات في هذه الكرة الأرضية .

ولقد كانت العناية بمكافحة مظاهر تلوث البيئة البحرية من أقدم مظاهر الاهتمام الدولي بجوانب البيئة . على أن الجهود الدولية قد امتدت أيضا لتشمل الاهتمام بالمحافظة

على موارد وثروات البيئة البحرية ، التي تشكل جزءا من النظام البيئي ، والتي يمكن أن يؤدي نفاذ بعضها إلى التأثير على البيئة البحرية ، وقد جاء أفراد اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار للجزء الثاني عشر لحماية البيئة البحرية والحفاظ عليها تعبيرا عن اهتمام مؤتمر الأمم المتحدة الثالث لقانون البحار ، بموضوع البيئة البحرية .

ولعل أول ما يلفت الانتباه عند دراسة موقف الاتفاقية الجديدة من موضوع حماية البيئة البحرية ، هو موقفها بصدد مفهوم البيئة البحرية. حيث تضمنت المادة (١٩٤) نصا يقضي بأن التدابير المتخذة بهدف حماية البيئة البحرية والحفاظ عليها ، يشمل تلك التي تكون ضرورة لحماية الأنظمة البيئية النادرة أو السريعة التأثر ، وكذلك مائل الأنواع المستنزفة أو المهددة ، أو المعرضة لخطر الزوال ، وغيرها من أشكال الحياة البحرية والحفاظ عليها . وقد سايرت الاتفاقية الجديدة الاتجاه الذي كان سائدا من قبل من النظر إلى التلوث بوصفه أكبر الأخطار التي تتهدد البيئة البحرية ، وصرف الجهد إلى مكافحة التلوث باعتباره أهم الأخطار ، كما أن الاهتمام بمكافحة تلوث البيئة البحرية يستهدف ولا شك المحافظة على الحياة البحرية الحيوانية والنباتية على السواء.

وقد تتابعت الجهود والمحاولات الدولية ، بهدف التوصل إلى صياغة قواعد دولية ، تتعلق بحماية البيئة البحرية ، ضد أخطار التلوث ، ومن أجل هذا عقدت عدة مؤتمرات وأبرمت عدة اتفاقيات كلها تنصب على المحافظة على البيئة البحرية من التلوث ، ويجب التنويه على أن اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢ ، وهي موضوع البحث - لا تخل بالالتزامات المحددة التي تتحملها الدول بموجب الاتفاقيات أو الاتفاقات الخاصة المبرمة في وقت سابق والتي تتصل بحماية البيئة البحرية والحفاظ عليها أو بالاتفاقات التي قد تبرم تعزيزا للمبادئ العامة الواردة في هذه الاتفاقية .

وقد تضمنت الاتفاقية أحكاما خاصة بالبحث العلمي البحري وبنقل التكنولوجيا البحرية ، وحددت بشيء من التفصيل القواعد العامة لإجراء البحث العلمي البحري في مختلف المناطق البحرية .

استكشاف واستغلال المنطقة الدولية :

إن الثروات المعدنية الهائلة الكامنة في قيعان البحار والمحيطات هي التي دعت السفير باردو ممثل مالطة في هيئة الأمم المتحدة إلى إثارة الموضوع الذي من أجله دعت الجمعية العمومية إلى عقد المؤتمر الثالث لقانون البحار . ومن هنا فإن المفاوضات حول هذا الموضوع قد استغرقت وقتا طويلا ، وذلك بسبب تعارض وجهات النظر ، وهو الأمر الذي كان يستلزم المزيد من المفاوضات بهدف التوصل إلى تحقيق توافق الآراء ، وكانت الدول الصناعية حريصة كل الحرص ، على الحصول على المزيد من الضمانات ، بعد فشلها تقرير نظام حق الفيتو الذي يكفل لها مركزا مميزا في مجلس السلطة .

ولعل أول ما يجب أن نتعرض له هو تحديد المنطقة الدولية التي سيجري فيها الاستكشاف والاستغلال ؟

فالمنطقة بموجب أحكام الاتفاقية تعني قيعان البحار والمحيطات فيما يجاوز حدود الولاية الوطنية لأية دولة . أي أن المنطقة الدولية لا تشمل العمود المائي للبحار والمحيطات ، كما أنها تأتي بعد المنطقة الاقتصادية للدولة الساحلية وكذلك لا تشمل قيعان الجرف القاري حيثما تجاوزت نطاق المنطقة الاقتصادية الخالصة .

نظر بعض الفقهاء إلى هذه المنطقة بوصفها مالا لا مالك له ، بينما نظر إليها جانب آخر بوصفها مالا مشاعا وأخيرا اكتسبت فكرة اعتبار المنطقة تراثا مشتركا للبشرية أهمية فائقة ، وقد أخذت بهذه الفكرة اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار ونصت المادة ١٣٦ " على أن المنطقة ومواردها تراث مشترك للإنسانية " .

وتطبيقا لأحكام هذا المبدأ العام فيما يتعلق باعتبار المنطقة ومواردها تراثا مشتركا للإنسانية ، فلقد كان من المنطقي أن يتقرر مبدأ انتفاء السيادة الوطنية على المنطقة وعدم جواز الاستيلاء على أي أجزاء منها . كما أن الاتفاقية قضت بعدم جواز

استخدام المنطقة إلا في الأغراض السلمية فقط ، فلا يجوز التسليم للدول بحق وضع الأسلحة التقليدية على سبيل المثال فوق قاع المنطقة أو في باطن تربتها.
وهنا يثور سؤال هام :

من له حق استكشاف واستغلال المنطقة الدولية ؟

هذه التجربة الجديدة في تاريخ المجتمع الدولي المعاصر للإقدام على إدارة الثروات الكامنة في قيعان البحار والمحيطات ، بوصفها تراثا مشتركا للإنسانية ، أثارَت التساؤل منذ البداية عن الكيفية التي يمكن أن تتحقق بها مثل هذه الإدارة .
إن المفاوضات حول هذا الموضوع استغرقت الجانب الأكبر من أعمال مؤتمر الأمم المتحدة الثالث لقانون البحار ، في اجتماعاته العامة ، أو في اجتماعات لجنته الرئيسية الأولى ، فضلا عن مجموعات التفاوض ، وذلك أمر طبيعي تماما فاستغلال ثروات المنطقة ، كان واحدا من أبرز المجالات ، التي أظهرت منذ البداية تعارض المصالح بين مجموعات الدول النامية من ناحية ، والدول الصناعية المتقدمة على اختلاف اتجاهاتها ومشاربها السياسية - من ناحية أخرى .

كانت الدول النامية تسعى إلى إنشاء سلطة دولية تتولى بنفسها استكشاف واستغلال المنطقة الدولية ، بينما كانت الدول الصناعية المتقدمة ترى أن يتولى استكشاف واستغلال المنطقة الشركات والدول لأنها هي التي لديها القدرة المالية والتقنية ، وكانت هذه الدول ترى أن يقتصر دور السلطة الدولية في منح تراخيص للاستغلال ومن ثم توزيع العوائد على الدول النامية .

وتوفيقا بين الاتجاهين ، اقترحت الولايات المتحدة الأمريكية وأيدها الاتحاد السوفيتي نظام الاستغلال المتوازي والذي يقوم على أساس السماح للدول ورعاياها بالاستكشاف والاستغلال جنبا إلى جنب مع جهاز السلطة للعمل التنفيذي المباشر في المنطقة وقد أخذت الاتفاقية في صورتها النهائية بهذا النظام .

ويقوم نظام الاستغلال المتوازي ، على أساس إلزام كل من يتقدم بطلب للحصول على إذن للإنتاج بأن يشمل طلبه قطاعين متساويين في القيمة التجارية ، تقوم السلطة بمنحة ترخيصا للعمل في أحد هذين الموقعين ، وتقوم بحجز أحد هذين القطاعين للنشاط الذي تقوم به السلطة ، عن طريق المؤسسة ، أو بالاشتراك مع الدول النامية ، ويتم العقد الخاص به ، بعد الموافقة على خطة العمل بشأنه .

وبموجب أحكام الاتفاقية ستؤسس سلطة دولية لقاع البحار والمحيطات تنظم وتراقب عن طريقها الأنشطة في المنطقة . وستكون الأجهزة الرئيسية للسلطة هي :

(١) جمعية عامة وهي الجهاز الأعلى للهيئة وتحدد السياسات العامة للسلطة وتتألف الجمعية من جميع الدول الأطراف .

(٢) المجلس ويعتبر الهيئة التنفيذية للسلطة ويؤلف من ٣٦ عضوا تنتخبهم الجمعية طبقا لصيغة موضوعة في الاتفاقية . ويتبع المجلس لجنة التخطيط الاقتصادي واللجنة القانونية والفنية .

(٣) الأمانة العامة التي تتألف من أمين عام ومن جهاز الموظفين الذي قد تتطلبه السلطة ، وبالإضافة إلى ذلك سينشأ للسلطة جهاز يعرف بالمؤسسة وهو الذراع التجاري للسلطة والتي ستتولى الأنشطة في المنطقة التي تشمل الاستكشاف والاستغلال والتصنيع والتسويق .

فلسطين والاتفاقية :

فلسطين بطبيعة الحال التي كانت تحت الانتداب البريطاني كانت غائبة عن المؤتمر الأول لقانون البحار الذي توصل إلى اتفاقيات جنيف عام ١٩٥٨ . وكذلك الحال بالنسبة لمعظم الدول العربية ودول العالم الثالث إذ لم تكن هذه الدول قد بلورت نفسها كحقيقة اقتصادية واجتماعية وسياسية ، بلورة كاملة بعد ، وكانت شعوبه أما خاضعة للاستعمار التقليدي وإما خاضعة للاستعمار الجديد لا تملك صوتا مستقلا قادرا على تحدي الدول الاستعمارية . وما أن تغيرت الحالة ، وتقدمت شعوب العالم الثالث لتحصل على

حريتها بالكفاح المسلح والنضال السياسي ، حتى وصل الكفاح ذروته بحصول معظم هذه الدول على استقلالها . نقول لما حدث هذا كله ، صار من الطبيعي والضروري أن يتقدم العالم الثالث لينال حقوقه المشروعة من موقع القوة .

هذا السبب - غياب العالم الثالث - والثورة العلمية التكنولوجية هما من الأسباب الرئيسية التي دعت إلى إعادة النظر في القانون الدولي العام وخاصة في الجزء المتعلق بالتنظيم القانوني للبحار .

وقد تراكمت هذه الأحداث جميعا ، وتواكبت أثارها من بعد ذلك بحيث سارعت الدعوة إلى إقامة نظام اقتصادي جديد جنبا إلى جنب بعقد الدورات المتتالية للمؤتمر الثالث لقانون البحار . في ظل هذه الظروف عقد مؤتمر الأمم المتحدة الثالث لقانون البحار دورته الثانية ^(١) في مدينة كراكاس بفنزويلا في الفترة ما بين ٢٠ يونيو حتى ٢٩ أغسطس ١٩٧٤ . واشترك في هذه الدورة ١٣٨ دولة ماعدا المنظمات الحكومية وغير الحكومية والوكالات المتخصصة وحركات التحرير الوطنية ويقدر عدد الوفود التي شاركت في هذه الدورة بحوالي أربعة آلاف شخص .

بتاريخ ٢٠ يونيو افتتح رئيس المؤتمر أميراسنج ^(٢) اجتماعات الهيئة العامة وبعد الافتتاح ألقى السيد / رئيس جمهورية فنزويلا خطابا تناول فيه موقف فنزويلا من المواضيع المطروحة . ثم ألقى الأمين العام للأمم المتحدة فالدهايم خطابا قال فيه إن قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الذي دعا إلى عقد هذا المؤتمر قد سجل تحولا مهما فيما أكده من وجوب معالجة المشاكل المختلفة للبحر ككل نظرا لتداخلها الذي يستدعي تفاوضا سياسيا واسعا واتفاقات على نطاق واسع لمعالجة كافة الأمور الجوهرية لمستقبل البشرية . ثم أستعرض الأمين العام العوامل التي أضفت على هذا المؤتمر أهمية خاصة وأشار في هذا

(١) عقد المؤتمر دورته الأولى بمدينة نيويورك في الفترة ما بين ١٢/٣-٢٤/١٢/١٩٧٣ واقتصرت أعمال هذه الدورة على إجراءات عقد المؤتمر وتشكيل اللجان اللازمة .

(٢) مندوب سريلانكا لدى هيئة الأمم المتحدة .

الصدد إلى المشاكل التي لم تحل في مؤتمرات جنيف عام ١٩٥٨ و ١٩٦٠ وإلى شعور الدول المستقلة حديثاً بعدم الرضى عن القواعد القانونية القائمة والتي لم يكن لها دور في وضعها ، وإلى التقدم التكنولوجي السريع وزيادة الطلب على الموارد وما ترتب عليها من الاتجاه صوب البحر لاستثمار المعادن في قاعة ، كما أشار إلى زيادة الطلب على الأسماك وصيدها بالأساطيل الحديثة إلى استعمال وسائل النقل البحري سيما الناقلات العملاقة ، وأكد أن كل هذه العوامل قد ضاعفت من مشاكل التلوث في البحار ، فضلاً عن العامل الأهم المتمثل بالشعور العام بأن الثروات البحرية غير المستثمرة تشكل أكبر احتياطي متوفر لثروة البشرية ، وأشار الأمين العام إلى أهمية نجاح المؤتمر وتحاشي ما حدث عام ١٩٥٨ وإلى ضرورة عدم نقل النزاع القديم على اليابسة إلى البحر ، وتمنى على المؤتمر أن يعمل على إيجاد تنظيم ضمن إطار المعاهدة الجديدة وجود إجراءات عامة يتفق عليها من وقت لآخر لمواجهة ما يفرضه تغير الظروف في العالم من مسائل جديدة أو أن يصار إلى اجتماع الأطراف دورياً لمعالجة المسائل المستجدة وتطوير سبل مجابتهها .

اشترك منظمة التحرير الفلسطينية في المؤتمر :

كل هذه الأسباب دعت منظمة التحرير الفلسطينية إلى الاهتمام بالمؤتمر الثالث لقانون البحار التي لم يدع مندوبها لحضور المؤتمر مما أضطرها إلى ضم ممثلها (٣) إلى وفد جامعة الدول العربية وبدأ ممثلو الدول العربية الاستعداد لخوض معركة دخول منظمة التحرير الفلسطينية إلى هذا المؤتمر بصفة مراقب وبدأت الاتصالات بمجموعة السبعة والسبعين ومجموعة دول أمريكا اللاتينية والدول الصديقة .

وكان معلوماً أن نجاح أو فشل دخول منظمة التحرير الفلسطينية إلى هذا التجمع الدولي الهائل هو إشارة إلى دخولها إلى المؤتمرات والمنظمات الدولية الأخرى وخصوصاً الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة . وبعد أن اطمأنت الدول العربية إلى متانة

(٣) الأستاذ حسين الامريكاني - مستشار بالسفارة الفلسطينية في القاهرة .

موقفها نسقت مع مندوب السنغال بوصفه رئيسا للمجموعة الأفريقية بأن يطلب دعوة منظمات التحرير الوطنية التي تعترف بها منظمة الوحدة الإفريقية أو جامعة الدول العربية كل في المنطقة الإقليمية الخاصة بها ، لحضور المؤتمر كمرافقين . وفعلا وبتاريخ ١١ يوليو طلب مندوب السنغال من المؤتمر إدخال منظمات التحرير الوطنية المشار إليها لحضور المؤتمر كمرافقين. وأعترض مندوب إسرائيل على ذلك وأيدته بعض الدول . وبعد عدة جلسات دحضت فيها الوفود العربية والأسبوية موقف إسرائيل مما اضطر المؤتمر إلى طرح هذا الموضوع للتصويت حيث حصل الاقتراح على ٨٨ صوتا مقابل صوتين وخمسة وثلاثون امتنعوا عن التصويت . وبتاريخ ١٢ يوليو درس المؤتمر مذكرة اللجنة العامة ٦٢/٣١ Aconf. التي توصي فيها اعتماد نصين جديدين للنظام الداخلي الأول يتعلق بتعريف الدول المشتركة (مادة ٤٠) والثاني خاص بدعوة حركات التحرير الوطنية (المادة ٦٣) وقد اعتمد المؤتمر هذين النصين .

وقد فتح هذا الانتصار لمنظمة التحرير الباب واسعا لدخولها إلى الجمعية العمومية لهيئة الأمم المتحدة وإلى المنظمات والمؤتمرات الدولية وكان هذا إيذانا بعصر جديد للمنظمة . ولا يفوتنا في هذا المجال إلا أن أشير إلى الدور الكبير الذي قامت به الوفود العربية وفي مقدمتها وفد جامعة الدول العربية ووفد جمهورية مصر العربية ووفد جمهورية العراق ووفد جمهورية الجزائر .

الاشتراك والتوقيع على الاتفاقية :

وفي الدورة التاسعة المستأنفة التي عقدت في جنيف في الفترة ما بين ٧/٢٨-٢٩/٨/١٩٨٠ . جرت مناقشة عامه غير رسمية لمسألة الاشتراك في الاتفاقية وأكدت جميع الوفود على رأي مفاده أنه ينبغي بحث مسألة الاشتراك من الزاوية القانونية والقضائية وليس من الزاوية السياسية . وبالنسبة لاشتراك حركات التحرير الوطني انقسم الرأي انقساماً كبيراً حول ما إذا كان باستطاعة حركات التحرير الوطني أن تصبح أطرافاً في الاتفاقية ، وأشار الذين أيدوا اشتراك تلك الحركات (الدول النامية والمجموعة العربية)

إلى أن هناك مؤتمرات دولية منحت هذه الحركات العضوية الكاملة مثل مؤتمر عدم الانحياز والمؤتمر الإسلامي وجامعة الدول العربية ، وأشاروا إلى أن هذه الحركات منحت مركز المراقب من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة ومؤتمر الأمم المتحدة الثالث لقانون البحار . وقد قدمت مجموعة السبعة والسبعين مشروعاً يقضي بأن يكون باب التوقيع على هذه الاتفاقية مفتوحاً لحركات التحرير الوطني التي تعترف بها الأمم المتحدة والمنظمات الإقليمية المعنية المشتركة بين الحكومات .

أما أولئك الذين دافعوا عن الرأي المعارض (إسرائيل والولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا والمملكة المتحدة) فقد ساقوا حجة مؤداها أن حركات التحرير الوطني تفتقر إلى الأهلية القانونية والإدارية فيما يتعلق بالمسائل الداخلة في نطاق الاتفاقية كما أنها تفتقر إلى الشخصية القانونية الكافية للدخول في معاهدات فيما يتعلق بتلك المسائل ، وأشاروا أيضاً إلى أنه لا توجد سابقة قانونية واحدة تجيز لحركات التحرير الوطني أن تصبح أطرافاً في معاهدة متعددة الأطراف ذات طابع عالمي ، واتفق مؤيدو وجهتي النظر المتعارضتين على أن ينظر في المسألة من ناحية قانونية وقضائية صرفة . ثم تابع المؤتمر مناقشته موضوع اشتراك حركات التحرير الوطنية في جلسات لاحقه وكان هناك اتجاه عام وبخاصة بين الدول العربية ومجموعة السبعة والسبعين يؤيد اشتراك حركات التحرير الوطنية في الاتفاقية . باعتبارها ممثلة لشعوبها واعتبار أن جميع الشعوب تعتبر ذات حق لا يقبل الجدل في موارد المنطقة بوصفها تراثاً للإنسانية . وأن هذه الشعوب يجب أن تمكن من ممارسة هذا الحق الأساسي سواء كانت تمثلها دولة ناقصة السيادة أو كاملة السيادة ، أو حركة معترف بها دولياً أو غير معترف بها دولياً . وأنه ينبغي تقرير هذا المبدأ الجديد في اتفاقية قانون البحار باعتبارها اتفاقية دولية عالمية وقد استحدثت مبادئ جديدة ليس لها سابقة في القانون الدولي . أولها وأهمها جميعاً هو مبدأ التراث المشترك للإنسانية ، وهذا المبدأ المقترح هو عدم قصر الاشتراك في المعاهدات الجماعية على الدول وفتح باب الاشتراك لحركات التحرير الوطنية أسوة

بالمنظمات الدولية ، خاصة وأنه يعتبر مبدأ مكملاً لمبدأ التراث المشترك للإنسانية ولا يحمل في طياته أي تعارض معه .

وطالبت مجموعة الدول العربية ومجموعة السبعة والسبعين قبول حركات التحرير الوطنية في الاتفاقية وفي موارد المنطقة مقابل موافقتها على مبدأ اشتراك المنظمات الدولية في الاتفاقية . ورغبة منها في سبيل الوصول إلى حل وسط يحظى بتوافق الآراء اقترحت وضع شروط معينة لقبول اشتراك حركات التحرير كأن يكون معترفاً بها من الأمم المتحدة أو أي منظمة أخرى عالمية أو إقليمية ، ومثالها منظمة التحرير الفلسطينية وغيرها . كما أشارت بعض الوفود إلى أن حركات التحرير التي حظيت بمثل هذا الاعتراف الدولي ، جديرة بقبولها شريكاً في الاتفاقية وموارد المنطقة وعضواً عاملاً لا مراقباً في السلطة والأجهزة التابعة لها وهي الجمعية والمجلس والمؤسسة ومجلس إدارة السلطة واللجان الفرعية التابعة لمجلس السلطة .

اعترضت ألمانيا الاتحادية وغيرها من وفود الدول الصناعية الكبرى على اشتراك حركات التحرير الوطنية سواء في الاتفاقية ، أو موارد المنطقة ، أو اشتراكها في الجمعية والمجلس والمؤسسة ومجلس إدارة المؤسسة وغيرها من أجهزة السلطة سواء كعضو مراقب أو عضو عامل . باعتبار أنها لا تعتبر دولا كاملة السيادة أو حتى ناقصة السيادة ومركزها القانوني مغاير تماماً لمركز المنظمات الدولية التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية باعتراف الدول الأعضاء فيها وتتمتع بأهلية إبرام المعاهدات في بعض المجالات نيابة عن الدول المكونة لها ، بينما حركات التحرير الوطنية هي حركات سياسية وليس لها شخصية معنوية محددة وليست لها أهلية إبرام المعاهدات ، وليست لها قدرة على إصدار التشريعات الداخلية اللازمة لتنفيذ اتفاقية قانون البحار أو غيرها .

وفضلاً عن ذلك فإن كثيراً من الشعوب التي توجد لها حركات تحرير وطنية تمثلها في ذات الوقت دول كاملة السيادة أو تشرف عليها أو تقوم بإدارة شئونها العامة ، ولو قبلنا

مبدأ اشتراك حركات التحرير الممثلة لهذه الشعوب ، فسوف نواجه في مثل هذه الحالات بازدياد التمثيل ، وهذه مشكلة كبرى قد يصعب حلها .

وقد قدمت المجموعة العربية وثيقة غير رسمية حول هذا الموضوع كما قامت بذلك مجموعة السبعة والسبعين بالإضافة إلى مسودة مشروع توقيفي غير رسمية مقدمة من رئيس المؤتمر إلى المجموعة العربية .

وقد ظهر في هذه الوثائق والمناقشات التي دارت حولها اتجاهان رئيسان ، الأول يتضمن إباحة اشتراك حركات التحرير الوطني في الاتفاقية بالتوقيع عليها وعلى البيان الختامي ومنحها حق الاشتراك في موارد المنطقة ، واجتماعات اللجنة التحضيرية والسلطة وجميع الأجهزة التابعة لها ، والاشتراك في التصويت واللجوء إلى المحكمة الدولية لقانون البحار . الثاني اشتراك حركات التحرير بصفة عضو مراقب فقط في الاتفاقية ، واجتماعات السلطة والأجهزة التابعة لها ، وترتيباً على ذلك منحها حق التوقيع على البيان الختامي للمؤتمر دون الاتفاقية ، وتلقى جميع الوثائق والمراسلات التي تصدر عن السلطة والأجهزة التابعة لها بموجب أحكام الاتفاقية .

وأخيراً قدم الرئيس اقتراحاً وسطاً بشأن حركات التحرير الوطني يتضمن العناصر الخمسة التالية :

- ١- يحق لحركات التحرير الوطني المشتركة في مؤتمر قانون البحار التوقيع على الوثيقة الختامية للمؤتمر بصفة مراقب .
- ٢- يكون لحركات التحرير الوطني المشتركة في مؤتمر قانون البحار والتي توقع على الوثيقة الختامية للمؤتمر مركز المراقب لدى جمعية السلطة الدولية لقاع البحار .
- ٣- يكون لحركات التحرير الوطنية المشتركة في مؤتمر قانون البحار والتي توقع على الوثيقة الختامية للمؤتمر مركز المراقب لدى اللجنة التحضيرية .
- ٤- يمكن لحركات التحرير الوطني المشتركة في مؤتمر قانون البحار والتي توقع على الوثيقة الختامية للمؤتمر أن تحضر أي اجتماع تعقده أطراف الاتفاقية بصفة مراقب .

٥- أي تبليغات يرسلها الوديع إلى أطراف الاتفاقية ، ترسل أيضا إلى حركات التحرير الوطني المشتركة في مؤتمر قانون البحار والتي توقع على الوثيقة الختامية للمؤتمر . وبذلك سيكون لحركات التحرير الوطني المشتركة في هذا المؤتمر والتي توقع على الوثيقة الختامية أن تشترك في اللجنة التحضيرية وفي السلطة الدولية لقاع البحار بصفة مراقب ، وسيمكنها هذا من تقديم آراء الشعوب التي تمثلها ومن طلب اتخاذ تدابير مناسبة لحماية مصالح تلك الشعوب ، إلى أن تحصل على حكمها الذاتي أو استقلالها .^(٤) وهكذا تكون منظمة التحرير الفلسطينية قد فتحت الباب لدولة فلسطين بالانضمام إلى هذه الاتفاقية والحصول على مزاياها .

^(٤) القرار الرابع الذي تضمنته الوثيقة الختامية للمؤتمر ينص :

" أن مؤتمر الأمم المتحدة الثالث لقانون البحار ، إذ يضع في اعتباره أن حركات التحرير الوطني قد دعيت إلى المشاركة في المؤتمر بصفة مراقب وفقا للمادة ٦٢ من نظامه الداخلي ، يقرر أن يكون لحركات التحرير الوطني ، التي اشتركت في مؤتمر الأمم المتحدة لقانون البحار ، حق توقيع الوثيقة الختامية للمؤتمر ، بصفة مراقب ."

التحكيم الدولي بين النظرية والتطبيق

* د. سيف الدين البلعاوي

مقدمة :

بادئ ذي بدء إن الذي دعانا لاختيار الكتابة في موضوع هذا البحث هو ما يحمله من أهمية كبيرة في حسم المنازعات بين الدول وحلها. هذه المنازعات التي تعكر صفو العلاقات الدولية وما تحمله من آثار خطيرة على مسيرة السلام العالمي الذي تنشده الإنسانية.

فقد لاحظنا مدى الآثار الإيجابية لهذا النوع من الوسائل في حل المنازعات ذات الطابع الدولي بدلاً من استخدام وسائل القوة وذلك سعياً وراء تحقيق السلام والعدالة في العلاقات الدولية ومن ثم سيادة القانون والنظام الدوليين بالرغم من المعوقات التي تعترضها.

لذلك كان النص على الأخذ بنظام التحكيم وجعله إجبارياً في نصوص المعاهدات أمراً هاماً وضرورياً ، وأيضاً يمكن الإنفاق على إجراء التحكيم في اتفاق خاص لحسم أي نزاع ينشأ عند عدم وجود المعاهدة. والتحكيم الدولي من حيث أطرافه نوعان الأول ينشأ بين الدول في نطاق القانون الدولي العام والثاني يعرف بالتحكيم التجاري الدولي أو التحكيم الدولي المختلط أو التحكيم في الحقوق الدولية الخاصة.

فإذا كان التحكيم الدولي في نطاق القانون الدولي العام ينشأ فيما بين الدول المختلفة لأسباب تتعلق بسيادتها وسلطانها السياسية العامة بما تتطوي تحت لواء الحقوق الدولية العامة فإن النوع الثاني الذي يسمى بالتحكيم في الحقوق الدولية الخاصة. أو التحكيم التجاري الدولي يختلف عنه والسبب في ذلك دخول الأشخاص الخاصة الطبيعية

* أستاذ القانون بجامعة القدس المفتوحة .

والاعتبارية طرفاً في التحكيم وعندها ينتقل التحكيم إلى مؤسسة جديدة تباين مؤسسة التحكيم بين الدول من نواح عدة. منها من حيث القانون الواجب التطبيق على النزاع ، وكذلك من حيث مكنه تنفيذ قرار المحكمين الصادر لمصلحة الأفراد ضد الدولة التي تنازعا معها أمام هيئة التحكيم ، فهذا التحكيم بين الدول والأفراد له صور ثلاث من حيث أساس اللجوء إليه وهي كالتالي :

١ - تحكيم يستمد أساسه من معاهدة ثنائية : عموماً معاهدة اقتصادية أو معاهدة إقامة بين دولتين تعطى فيها كل منها الحق لرعايا الدول الأخرى بأن يحتكموا إلى التحكيم الدولي " بدل القضاء الداخلي " عند تنازعه مع الدولة التي تعاقدا معها أو عملوا في إقليمها فهنا مظلة المعاهدة تعطى هذا الحق إلى رعايا الطرفين.

٢ - تحكيم يستمد أساسه من اتفاقية واشنطن ١٩٦٥ : وهي اتفاقية بنك الإنشاء والتعمير " باسم البنك الذي اقترحها " وأقام مؤسستها المركزية أي مركز التسوية الدولية للمنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (الأطراف في اتفاقية واشنطن) وهذه تجربة وحيدة فريدة على مستوى العالم.

٣ - تحكيم يستمد أساسه من العقد : فإقامة بند اللجوء إلى التحكيم ضمن العقد الذي يعقده الشخص الخاص مع الدولة التي اتفق معها للعمل في إقليمها ، وهنا يستمد حق اللجوء إلى التحكيم مباشرة من عقد الامتياز أو التوريد أو القرض أو البناء.. أو غيره من العقود الخاصة الأجنبية والدول المتعاقدة معهم.

والدول تختلف في قبول اللجوء إلى التحكيم ، فبعضها يمنع بنص تشريعي اللجوء إلى التحكيم بين الدول ، وتقرعاتها العامة ، وبين الأفراد المستثمرين الأجانب على إقليمها ، وبعضها يجيزه بإذن خاص وبعضها يجيزه بإطلاق. سنتكلم عن ذلك عند تعرضنا للصعوبات التي تعترض التحكيم الدولي فيما بعد وعلى الخصوص هذا النوع من التحكيم.

أما بالنسبة للنزاعات التي تتعدى في فضها نطاق الحالات الثلاث المذكورة أعلاه ، فإنها تنضوي تحت لواء التشريعات الدولية العامة. فهي من الخطورة لدرجة قد تنجم عنها الحروب والأزمات السياسية الحادة ، مما يجعل أمر فضها أكثر صعوبة ومشقة عن غيرها خاصة وأنه لا يمكن إلزام الدول المتنازعة باللجوء إلى المحاكم الدولية بصدد النزاعات القائمة فيما بينها ، نظراً لطبيعة هذه الأنواع من النزاعات وللصفة الخاصة التي يتمتع بها كل من أطراف النزاع ، ومع ذلك فإنه حتى في حالة اللجوء إلى المحاكم الدولية بهذا الشأن ، فإن قرارات هذه المحاكم تخلوا من القوة الإلزامية التي يمكن أن توضع بموجبها موضع التنفيذ الجبري إزاء أي من الخصوم ، لذلك يعتبر التحكيم السبيل السلمي الوحيد إلى حد ما لفض المنازعات الدولية التي تنضوي في طبيعتها تحت لواء قواعد القانون الدولي العام للأسباب المشار إليها أعلاه ، وأن المعاهدات في القانون الدولي الخاص والتي تحتوي في ثناياها على بنود للتحكيم ، ما هي إلا تنظيم للمصالح الخاصة بأفراد الدول المطلوب منها تأمين الانسجام بين الأنظمة القانونية للدول لمعالجة نقاط الخلاف التي تشوب تلك الأنظمة ، وتهدف إما إلى توحيد القواعد الموضوعية في مادة معينة ، وإما إلى توحيد قواعد الحل بمعزل عن القواعد الموضوعية في مادة أخرى.. والعلاقات التي يعالجها هذا القانون هي علاقات ذات طابع دولي، ترتبط بأكثر من قانون يتجاذب حكمها وتحتاج إلى قضاء متخصص على ضوء التقنية المتميزة لهذا القانون ، ونضيف إلى ما تقدم أن الهدف الأساسي لهذا القانون هو تحقيق الاستقرار لا تحقيق العدالة ، ويقتضي أن يضع تنظيماً ليس من الضروري أن يكون هو الأعدل والأنصف أو الأكثر تكلفة ، وإنما الذي يكون تطبيقه على المسألة المطروحة أكثر توافقاً مع توقعات الأفراد.

لذلك يعتبر التحكيم هو الأكثر شيوعاً بالنسبة لفض المنازعات التي تنشأ فيما بين الأشخاص أو المؤسسات أو الشركات الذين ينتمون لجنسيات مختلفة بصدد علاقاتهم

التعاقدية إذ نادرا ما نجد عقدا أو اتفاقية بين هؤلاء أو بينهم وبين الدول تخلو من شرط التحكيم.

خطة البحث :

- تعريف التحكيم ، وبيان أصوله التاريخية بإيجاز.
- مكان التحكيم بين الوسائل السلمية الأخرى والتفرقة بينه وبين القضاء.
- دور الإدارة وأثرها في التحكيم الدولي.

عناصر الاتفاق التحكيمي - موضوع التحكيم ، محكمة التحكيم وسلطاتها والإجراءات التي تتبع أمامها والقواعد التي يجب أن تراعى عند إصدار الحكم.

- الصعوبات التي تعترض التحكيم والحلول المقترحة.

أولا : تعريف التحكيم وتحديد ماهيته :

التحكيم في معناه العام هو أن يلجأ طرفان متنازعان إلى من يحكمانه في حل نزاعهما القائم بينهما مع التعهد عادة باحترام قرار الحكم وتنفيذه ، ويتم إختيار المحكم بمعرفتهما حيث يتفقان مقدما على قبول حكمه وارتضاء تنفيذه.

لذلك فهو تسوية سلمية يلجأ إليها الأفراد ، والدول لحل المنازعات بدلا من استخدام وسائل القوة لحل تلك المنازعات ، سعيا وراء تحقيق سيادة القانون أو النظام.

وفي العلاقات الدولية نجد أن أفضل تعريف قيل في التحكيم هو ما ذهب إليه المادة ٣٧ من إتفاق لاهاي (وإتفاق لاهاي هو الإتفاق الخاص بالتسوية السلمية للمنازعات الدولية الذي توصل إليه مؤتمر السلام الدولي الثاني الذي عقد بمدينة لاهاي عام ١٩٠٧) حيث جاء في هذه المادة " إن موضوع التحكيم هو تسوية المنازعات بين الدول بواسطة قضاة من إختيارها وعلى أساس من احترام القانون ، وأن الرجوع إلى التحكيم يتضمن تعهدا بالخضوع للحكم بحسن نية " .

وترجع الأصول التاريخية للتحكيم ، إلى الدول التي كانت سائدة في العصر القديم وهي دول الشرق القديم والتي كانت تمثل أكبر المجموعات الدولية في ذلك العصر . مثل بابل

ومصر وأشور ، كما عرفته أيضا المدن اليونانية القديمة حيث كانت تلجأ في بعض الأحيان إلى التحكيم لفض ما ينشأ من خلافات تجارية أو دينية^١ .

وقد عرف العرب التحكيم كوسيلة لفض المنازعات بالطرق السلمية وذلك على الصورة المشابهة لها الآن ... حيث كان يختار للقيام بدور المحاكم في المعاملات التي تثور شيخ قبيلة محايد ، أو هيئة مشتركة يختارها الطرفان المتنازعان .

ولما جاء الإسلام بدى أن التركيز على التصالح وحل الخلافات بين المسلمين بالوسائل السلمية من أهم الأسس التي يقوم عليها . ويتضح ذلك مما جاء في قوله تعالى من القرآن الكريم : ﴿وان طائفتان من المؤمنين اختلفتا فاصلحا بينهما ، فإن بغت إحداها على الأخرى فقاتلتا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله فإن فاءت فاصلحا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين ﴾ . " سورة الحجرات آية ٩ " ، وكان سيدنا محمد ﷺ يقوم بالتحكيم في كل ما يجد من نزاع بين المسلمين - حتى أنه قام بهذا التحكيم بين اليهود وبين المسلمين وكان يقوم بذلك أيضا بين المسلمين من جهة وبين نصارى نجران من جهة أخرى ... ولو عدنا إلى ما قبل الإسلام لوجدنا أن الرسول عليه الصلاة والسلام قبل بعثته قام بالتحكيم في مسألة وضع الحجر الأسود والذي اختلفت بصدده القبائل العربية وكادت أن تقوم الحرب بينها ، حيث ينال من كانت له الغلبة شرف وضع الحجر الأسود في مكانه.... وكان حكم الرسول عليه الصلاة والسلام بعد اختياره حكما لذلك والذي أشار إليه أحدهم عندما قال بأن يحكم بينهم أول داخل عليهم من باب السلام وهو أحد الأبواب التي حول الكعبة ، فتراضى الجميع على ذلك ، وإذ بأول داخل محمد بن عبد الله ، فقالوا هذا الأمين الذي لم نعرف عنه ريبة ، رضينا بحكمه ، فلما سمع منهم وعرف موضوع النزاع أتى ببردة وطرحها أرضا ووضع الحجر الأسود في وسطها ثم

^١ انظر رسالة الدكتور طلعت الغنيمي " التسوية القضائية للخلافات الدولية ص ٢١ وما بعدها حيث أورد عدة حالات للتحكيم كان قد أخذ بها الإغريق "اليونانيون" .

قال ليأخذ كبير كل قبيلة بطرف من أطراف هذا الثوب وحملوه جميعاً إلى ما يحاذي موضع الحجر من البناء ثم تناول عليه الصلاة والسلام الحجر فأرساه في مكانه...^٢.

ثانياً : التحكيم الدولي ومراحل تطوره :

لقد أشرنا في السابق إلى أن قضية التحكيم بين الدول قديمة قدم هذه الدول عندما بدأت الشعوب القديمة تأخذ شكلها السياسي في إطار دول ذات سيادة ، غير أن أكثر المؤرخين لا يرجعون إلى أبعد من الإغريق في تاريخ القضاء الدولي . بينما ذهب بعض الوثائق إلى أن ثمة علاقات سياسية كانت موجودة في الشرق القديم ومعاهدات رتيبة منظمة تحتوي على النذر اليسير من حالات التحكيم^٣ . وقد عرفت الجماعات الصينية وفي وقت معاصر للفيلسوف كونفوشيوس التحكيم في غضون القرن السادس قبل الميلاد حيث كانت الصين تتكون من عدة دول تجمعها عصبية تعمل على فرض التحكيم حتى بالقوة المسلحة إذا رفضت دولة التنفيذ .

ونظراً لعدم توافر ما يمكن إعتباره ذا بال في العلاقات القانونية الدولية قبل العهد الإغريقي نجد أن جل الكتاب يرون في العهد الإغريقي البداية للكلام عن التحكيم في

^٢ انظر علي علي منصور : الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام الكتاب الأول ١٣٨٤هـ — ص ٢٠٩ وما بعدها ، صبحي المحمصاني : مبادئ القانون الدولي على ضوء الفقه الإسلامي ١٩٦٦م ص ٢٧٢ وما بعدها . وهناك حالات أخرى في التحكيم - منها حالة المنافرة التي وقعت بين علقمة وعامر بن طفيل من بني عامر سنة ٦٢٠م ، حيث تنازعا على مشيخة القبيلة فاحتكما إلى شيخ قبيلة أخرى ، كذلك التحكيم الذي حصل بين حاتم الطائي وبين زيد الخيل في بداية القرن السابع الميلادي مشار إليه في كتاب الأستاذ علي علي منصور ، المرجع السابق .

^٣ أنظر الدكتور طلعت غنيمي - المرجع السابق ص ١٦ حيث ذكر أن ثمة معاهدات قد اكتشفت في يوزغازكي بسوريا تنص على أنه محرم على الأمراء والملوك الالتجاء للحرب في منازعاتهم ، بل يجب عليهم عرضها ليحكم فيها ملكهم الأكبر Grand Roi الذي لا يفصل في المنازعات التافهة إلا كهيئة استئناف أو كحكم مرجع ويقوم رجال الدين في مثل هذه المنازعات بمهمة محكم الدرجة الأولى وقد أخذ بهذا النظام في بلاد العجم وآسيا الصغرى ثم ورثة أمراء الإغريق في العهد الريادي .

علاقات كانت تحكم دولاً بالمعنى الفني. أي كانت تتوافر فيها مقومات الدولة بمعناه السياسي في العصر الراهن.

وإذا كان من الثابت لدينا الآن أن التحكيم قد عرفه الإغريق معرفة تامة ، إذ كان يطبق على المنازعات التي تنشأ بين مدن الإغريق ذات الوحدة الدينية والاجتماعية نجد عكس ذلك عند الرومان إذ كان التحكيم قاصراً على الدول الخاضعة لها. سمحت به روما من باب التفضل عندما دخلت العالم الإغريقي وكان في مجال ضيق يبعد كثيراً عن أن يكون تحكيمياً بالمعنى الذي تفهمه اليوم.

وفي العصور الوسطى تطورت فكرة التحكيم ، حيث وجد رجال الدين المسيحي في ذلك الوقت أن من واجبهم أن يعملوا من أجل الإنسانية والنظام وتخفيف آلام البشرية ودفعها إلى الأمام. وكان السلاح الذي أرادت به الكنيسة أن تحتكر توجيه العلاقات في إطار العائلة الدولية في أوروبا الغربية المسيحية هو سلطان الأخلاق والدين ممثلاً في شخص البابا. وهذا التطور في التحكيم كان نتيجة لعوامل ثلاثة - أولها يرجع إلى الدور الذي قامت به الكنيسة والبابا في الدعوى إلى انتهاج التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات. والثاني أن الجماعات المحلية والأوروبية قد مارست التحكيم كوسيلة لفض المنازعات بينها. مثل المعاهدة التي سميت بمعاهدة السلام التي قامت بين حاكمي هولندا والفلانور ، وتنص على تحديد تعويضات الحرب والمطالبات المالية المتبادلة بواسطة التحكيم. والثالث هو لجوء أمراء وحكام المقاطعات إلى التحكيم لحل الخلافات التي تنشأ بينهم وعلى الخصوص الخلافات حول الملكية الإقليمية. حتى أن بعض الفقهاء يرى أن الإقطاع قام بجانب البابوية عاملاً في تطور التحكيم.

ونجد تأييداً لما تقدم أن بعض حالات التحكيم قد حدثت فعلاً مثلاً في سنة ١٢٢٤م حيث قام برلمان فرنسا بدور محكمة تحكيم بين الإمبراطور فردريك والبابا انوسنت ، وفي سنة ١٢٧٦ التجأ ملكا هنغاريا وبوهيميا إلى شارل رانجو ملك نابولي محكماً في منازعه

خاصة بالحدود طبقا لمعاهدة تحكيم معقودة بينهما. كما حلت منازعة دولية كبرى في شرق أوروبا عن طريق التحكيم سنة ١٣٣٥م بين بولندا والتبتونيك.^٤ وقد ذهب الفقه في عومه إلى القول بأن التحكيم الدولي في معناه الدقيق قد عرف في العصور الوسطى^٤ حيث كان من المألوف أن تشكل لجنة التحكيم من رعايا الدول المتنازعة أو من أشخاص آخرين أو من محكم فرد يختاره طرفا المنازعة ، كما كان التحكيم يقوم على أساس قانوني خالص هو شرط الإحالة إلى التحكيم باتفاق الطرفين سواء كان ذلك في شكل وثيقة دبلوماسية خاصة أو مقترنا بشروط أخرى أو في بروتوكول مسألة أخرى.

وقد تميزت الفترة ما بين القرن الرابع عشر والثامن عشر بندرة التحكيم وضعفه ويعزى السبب في ذلك إلى ظهور الملكيات المطلقة التي ترفض الخضوع لحكم بشر ، فالعدالة في نظر حكام ذلك العهد خاصة من خصائص السيادة ، حيث السماح لمحكم بفرض حكمه هو بمثابة منحه سلطة من سلطات المحاكم وهذا ما لا يمكن قبوله.

ومنذ بداية القرن التاسع عشر وبالتحديد منذ توقيع معاهدة الصداقة والتجارة والملاحة بين الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا ، في ١٩ نوفمبر ١٧٩٤م والتي تسمى Jay Treaty ، والتي نصت على التحكيم في صور لجان مختلطة لتسوية الخلافات التي حددتها. منذ هذه البداية ظهر تطور واضح وكبير في العقلية الدولية حيث النظر إلى التحكيم كوسيلة ملائمة لفض المنازعات قصد تدعيم الأمن والسلام الدوليين. فنجد أن فكرة التحكيم بدأت تأخذ طابعها وتطورها الحديث في العلاقات الدولية بالمعنى الفني الصحيح... ونستطيع أن نذكر أن قضية الألباما Alabama التي ثارت بين الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا العظمى في الفترة ما بين ١٨٧٠ حتى ١٨٧١م ، والتي عرضت بمقتضى معاهدة واشنطن بين الطرفين في ٨ مايو ١٨٧٠م ، تعتبر من أبرز

^٤ أصول التحكيم الدولي : البارون ميشيل دي تاوي مقالته مجموعة محاضرات لاهاي ١٩٣٧

ص ٨٥ ، مشار في كتاب طلعت الغنيمي المرجع السابق ص ٣٢.

العوامل التي أظهرت فكرة التحكيم^٥ حيث صدر الحكم فيها لصالح الولايات المتحدة الأمريكية وإدانة بريطانيا وإلزامها بالتعويض في ١٤ سبتمبر ١٨٧٢م. وقد أشار الأستاذ لويس كافاري في كتابه القيم القانون الدولي العام^٦ إلى تزايد اللجوء إلى التحكيم في تلك الفترة حيث يذكر أنه منذ معاهدة ١٧٩٤ حتى صدور حكم الألباما قد تمت سبعون حالة لجوء إلى التحكيم ، ومنذ قضية الألباما حتى مؤتمر لاهاي ١٨٩٩ فقد تمت ٨٦ حالة لجوء إلى التحكيم.

ويمكننا القول أن القرن التاسع عشر قد تميز بنشاط فقهي واسع من أجل قبول فكرة التحكيم ووضعها في إطار منظم.. ونذكر في هذا الصدد الدراسات العلمية العظيمة التي قام بها مجمع القانون الدولي الذي أنشئ عام ١٨٧٣ بصدد التحكيم الدولي والتي أثمرت عن وضع مشروع لائحة لإجراءات التحكيم عام ١٨٧٥ غير أنه في نهاية القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين خبطت فكرة التحكيم الدولي خطوة تقدمية كبيرة ، إذ كان من أبرز الموضوعات التي قامت بدراستها مؤتمرات السلام الدولية التي عقدت في لاهاي عام ١٨٩٩ ، ١٩٠٧ هو موضوع التحكيم ، حيث بذلت محاولات جادة للأخذ بمبدأ اللجوء الإلزامي للتحكيم في خلال هذه المؤتمرات مما أثمر عنه مناقشات حامية حول المشروع

^٥ موضوع قضية الألباما حدثت أثناء حرب الانفصال الأمريكية ، حيث شجعت إنجلترا الجنوبيين على الانفصال وأمدتهم بالسلاح والعتاد ومنها سفينة تدعى الألباما صنعت وسلحت في ليفربول ، وأغرقت الكثير من سفن الشمال ، ولما انتهت الحرب بانتصار الشمال طالبت هذه إنجلترا بالتعويض عن الأضرار بدعوى أن موقف هذه الدولة مخالف لقواعد الحياد. ورفضت إنجلترا هذا الطلب وعرض أمرهما على التحكيم بمعاهدة أبرمت في واشنطن ١٨٧١ وتقرر فيه أن تشكل هيئة تحكيم من خمسة أعضاء تعين كل من بريطانيا والولايات المتحدة واحدا ويعين الثلاثة الآخرون بمعرفة ملك إيطاليا ورئيس الاتحاد السويسري ، وإمبراطور البرازيل فيما حددت المعاهدة ثلاث قواعد للحياد وتنقيد بها هيئة التحكيم — عند الفصل في النزاع وأصدرت الهيئة قرارها لصالح الولايات المتحدة الأمريكية وضد بريطانيا وألزمها بدفع التعويض.

^٦ لويس كافاري القانون الدولي العام ١٩٦٩م ص ٣٢٩.

الروسي الذي كان يهدف إلى تحقيق هذا المبدأ والذي قدم إلى المؤتمر الأول عام ١٨٩٩م. ونذكر هنا أن ثمة مشروعات مماثلة قد قدمت إلى المؤتمر الثاني عام ١٩٠٧م وكانت كلها تهدف إلى النص على هذا المبدأ في معاهدة جماعية.. إلا أن هذه المشروعات كانت تلقى اعتراضاً من بعض الدول وعلى الخصوص من جانب ألمانيا التي كانت وجهة نظرها تتحصر في أن معاهدة بهذا الشكل لن تكون لها الفاعلية المطلوبة بسبب كثرة التحفظات والخلافات التي قد تنشأ من جراء الإتفاق على التحكيم.. لذلك عجز المؤتمر عن إقرار المعاهدة الجماعية المقصودة وكل ما توصلت إليه تلك المؤتمرات هو توقيع اتفاقيتين للتسوية السلمية للمنازعات الدولية الأولى ١٨٩٩ والثانية سنة ١٩٠٧ فضلاً عن تشييد هيكل لمحكمة تحكيم دائمة تتضمن قائمة بأسماء محكمين.

ورغم ذلك فإننا نعتقد حتى مع وجود تلك الصعوبات أو النقائص أن ثمة فائدة كبيرة جنتها الدول من هذه المؤتمرات مثال ذلك نجده في الآتي :

أولاً : أن هذه المؤتمرات يعود إليها الفضل الأكبر في وضع مبدأ اللجوء إلى التحكيم في صورة اتفاقية دولية لحل الخلافات أو المنازعات بين الدول.

ثانياً : استطاعت هذه المؤتمرات أن تضع تنظيماً متكاملًا لإجراءات التحكيم بحيث يسهل على الدول الأخذ به عند عقد المعاهدات بينها.

ثالثاً : من أهم ثمرات هذه المؤتمرات ... قيام كثير من الدول بعقد اتفاقات التحكيم فيما بينها. أخذة في تنظيمها له ما وضعت تلك المؤتمرات من تنظيم متكامل للتحكيم وإجراءاته.

ومن أهم هذه الاتفاقات أو المعاهدات التي وقعت في تلك الفترة المعاهدة التي وقعت بين فرنسا وبريطانيا في ١٤ أكتوبر عام ١٩٠٣ والتي جددت لفترة أخرى عام ١٩٠٨ وقد ساعدت هذه المعاهدة على حل عدد كبير من الخلافات والمنازعات بينها بواسطة محكمة التحكيم الدائمة بمدينة لاهاي بهولندا.

والجدير بالذكر أنه في أعقاب الحرب العالمية الأولى بدأ العالم يتجه اتجاها من الممكن أن نسميه اتجاه البحث عن السلام والعدالة في العلاقات الدولية والعمل قدر المستطاع على وضع إطار عام للتنظيم الدولي ... فأنشئت عصابة الأمم كتتنظيم دولي يحكم العلاقات بين الدول. وكان اللجوء إلى التسويات السلمية ، وإلى القضاء أو التحكيم من أهم الأسس الذي يقوم عليها هذا التنظيم. ونلمح ذلك في الفقرة الأولى من المادة ١٣ التي تنص صراحة على إتفاق أعضاء العصابة على أنه كلما ثار نزاع فيما بينها يكون قابلا للحل أو التسوية بطريق التحكيم أو القضاء وعلى الخصوص إذا كان هذا النزاع لا يمكن تسويته بطريقة مرضية بالأسلوب الدبلوماسي ، أن يعرضوا موضوع هذا النزاع على التحكيم أو التسوية القضائية.

وأنشأت بذلك قضاء دوليا دائما متمثلا بمحكمة العدل الدولية الدائمة في عام ١٩٢٠، وهذا في حد ذاته يعد تطورا كبيرا في المجال القضائي الدولي حققت من خلاله عصابة الأمم نجاحا باهرا لم يكن ليتحقق من قبل.

وفي عام ١٩٢٨ وبالتحديد في ٢٦ من سبتمبر توصلت جمعية عصابة الأمم إلى وضع ميثاق عام للتحكيم في صورة اتفاقية عامة للتسوية السلمية للمنازعات الدولية وقد بدئ في تنفيذ هذا الميثاق بعد التصديق عليه في ١٦ من أكتوبر ١٩٢٩.

ويذكر الجميع أن دول العالم وبالذات الدول التي انتصرت في الحرب العالمية الثانية قد قررت إنشاء منظمة الأمم المتحدة قصد إقامة الأمن والسلام لجميع الشعوب والذي فشل في تحقيقه التنظيم الدولي السابق وهو عصابة الأمم. وقد كان من الأهداف الرئيسة لميثاق الأمم المتحدة هو تسوية المنازعات بين الدول بالطرق السلمية (المادة الأولى) فضلا عن ذلك ذهبت المادة الثانية من الميثاق إلى التأكيد على أن من بين أهم المبادئ التي يجب أن تعمل من أجلها المنظمة وكذلك الدول الأعضاء هو العمل قدر المستطاع على تسوية الخلافات والمنازعات بالطرق والوسائل السلمية.

وقد قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة تأكيداً لما تقدم وبناء على اقتراح من المندوب البلجيكي في عام ١٩٤٩، العمل بميثاق جنيف للتحكيم الذي أقرته عصبة الأمم من قبل مع إدخال بعض التعديلات عليه حتى يكون متلائماً مع الظروف الجديدة للمجتمع الدولي. والحث على ذلك بأن أوصت الدول الأعضاء في هيئة الأمم بضرورة الإذعان إليه والعمل به.

وقد أكدت ذلك الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٤٧ بتاريخ ٢١ من نوفمبر بقرار تشكيل لجنة للقانون الدولي وظيفتها تنحصر في تطوير وتقنين القانون الدولي، وكان التحكيم من بين أهم الموضوعات التي كانت لها الأولوية في الدراسة. وقد كان من أهم الأهداف التي سعت للجنة نحو تحقيقها هو العمل على تدعيم عملية اللجوء إلى التحكيم وتذليل الصعاب التي قد تقف أمام الدول عند تنفيذ التزاماتها نحو اللجوء إلى التحكيم. ويلاحظ أن الدول الأوروبية قد نظمت فيما بينها قضية التحكيم هذه باتفاقية سميت باتفاقية استراسبورغ في ٢٩ من إبريل ١٩٥٧ لتسوية المنازعات بالطرق السلمية... وقد أجرت هذه الاتفاقية تمييزاً يفصل بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية... حيث أخضعت الاتفاقية المنازعات السياسية مثلما فعل الميثاق العام للتحكيم ١٩٢٨م للتوفيق بواسطة لجنة وفي حالة عدم التوصل إلى حل للتسوية تنشأ محكمة تحكيم من خمسة أعضاء لإيجاد حل نهائي للنزاع^٧.

^٧ راجع كتاب القانون الدولي للأستاذ رينه جان دويوي، ترجمة الدكتور سموي فوق العادة منشورات عويدات بيروت الطبعة الثانية ١٩٨٠م ص ٩٢ وما بعدها.

نشير في هذا الصدد إلى آخر الاتفاقات التي تمت في العصر الحاضر والتي تكلمت عن التحكيم كوسيلة لحل المنازعات بالطرق السلمية.

أولاً: إتفاقية كامب ديفيد التي وقعت بين إسرائيل وبين مصر بتاريخ ٢٦/٣/١٩٧٩م، حيث ورد في المادة السابعة من الاتفاقية الآتي:

١- تحل الخلافات بشأن تطبيق أو تفسير هذه المعاهدة عن طريق المفاوضات.

٢- إذا لم يتيسر حل هذه الخلافات عن طريق المفاوضات فتحل بالتوفيق أو تحال إلى التحكيم. =

ونجد أن من أهم الهيئات الدولية المختصة بالتحكيم في العصر الحديث ما يعرف بالمركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية الذي أنشئ طبقاً لإتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات الإستثمارية بين الدول ومواطني الدول الأخرى .. والتي دعي إلى إبرامها البنك الدولي للإنشاء والتعمير ... حيث دخلت حيز التنفيذ بتاريخ ١٤ أكتوبر ١٩٦٦م.

والهدف من إنشاء هذا المركز هو العمل على إيجاد علاقة حسنة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة بحيث يتم التوفيق والتحكيم بينهما إذا ما حدث ما يؤدي إلى قيام المنازعة والتوتر في علاقاتهما. إذ المعلوم أن الاستثمارات الأجنبية الخاصة تخضع في الغالب

=ثانيا : كما ورد أمر التحكيم في المادة الواحدة والعشرون من اتفاق أوسلو بشأن تسوية الخلافات والنزاعات. وذلك بين كل من منظمة التحرير الفلسطينية وإسرائيل. تقول الفقرة (٣) من المادة (٢١) من اتفاق إعلان المبادئ أنه يمكن للطرفين أن يتفقا على الخضوع للتحكيم من أجل فض المنازعات المتعلقة بالمرحلة الانتقالية والتي لا يمكن تسويتها بالمصالحة لهذه الغاية ، وبناء على اتفاق الطرفين يمكن تشكيل لجنة تحكيم. " وهذا يعني أن التحكيم ليس إلزاميا بحسب الاتفاقية " .

ثالثا : معاهدة السلام الأردنية الإسرائيلية المادة (٢٩) (حل المنازعات)

١- تحل المنازعات الناتجة عن تطبيق هذه المعاهدة أو تطبيقها بالتفاوض.

٢- أية منازعات لا يمكن حلها بواسطة التفاوض ستحل بالتوفيق أو تحال إلى التحكيم.

رابعا : الاتفاق التحكيمي الذي تم بين اليمن وأرتيريا حول جزر حينش الكبرى والموجودة في البحر الأحمر .

بعد ما يقرب من ثلاث سنوات على إنفجار النزاع الارتيري اليمني وإقدام أرتيريا على احتلال جزر حينش بالقوة المسلحة في كانون أول عام ١٩٥٥، صدر الحكم الذي قبله الطرفان المختصمان تنفيذا لتعهد سابق (إتفاق التحكيم) بقبول نتائج التحكيم ، وقد أعلنت هيئة التحكيم الدولية قرارها الذي لم يقتصر فقط على الأرخييل محل النزاع وإنما امتد إلى كل جزر منطقة باب المنذب كمقدمة لإطفاء فتيل النزاع ومن ثم حسم الترسيم النهائي للحدود البحرية بين البلدين .

وبموجب حكم التحكيم آلت إلى السيادة اليمنية تسع وعشرون جزيرة متفاوتة المساحة أكبرها الأرخييل محل النزاع المكون من حينش الكبرى وحينش الصغرى وزقر ، كما آلت إلى السيادة الأرتيرية جزر المحبكة ، بما فيها سالبا وحربي وسلات وهاي وهايوكوك والجزء الجنوبي من جزيرة كوك فضلا عن تمتع صياديتها بحقوق الصيد في المنطقة.

للقواعد التي تنظم استثمار رؤوس الأموال الأجنبية الخاصة في الدول المضيفة ، سواء المنصوص عليها في الإتفاقات الدولية أو في القوانين الداخلية وإذا ما حدث خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة فقد لا تكفي الحماية الدبلوماسية لحماية المستثمر الأجنبي وعليه كان لا بد من البحث عن الأسباب التي توفر الثقة بين الطرفين عن طريق إنشاء جهاز مستقل قادر على تسوية الخلافات الإستثمارية بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة بهدف ترغيب الإستثمارات الأجنبية الخاصة على المساهمة في التنمية الاقتصادية للدول النامية.

ثالثا : مكان التحكيم بين الوسائل السلمية :

إن أي تسوية للمنازعات المتعلقة بالمسؤولية والتي تنشأ بين الدول ، وكذلك الحوول دون تحول وضع معين وخطير إلى مجابهة مسلحة فضلا عن تقدير التعويض عند توافر المسؤولية يتطلب تجنب المنازعات وتفادي حدوثها. والمعلوم أن تفادي اضطرابات النظام العام داخل الدولة يدخل ضمن اختصاصات الأجهزة العامة التي تملك السلطة على رعاياها الوطنيين أو القانونيين غير أن الأمر يختلف في مجتمع الدول فإذا نشأ نزاع بين أحد أطراف هذا المجتمع وغيره فإن تحقيق الأمن والسلام وتفادي المنازعة منوط بإرادة الدولة وحكمتها ، إذ لا يستطيع أي قاض أو أي محكمة أن تستدعي إليها الخصم المتماذي في غيه ، لذلك كانت الوسائل المستتبطة من الأصول الدبلوماسية هي التي تتولى وحدها احترام النظرية الإرادية المتجمعة في العلاقات الدولية ولا شك أن التحكيم هو المظهر الوحيد في هذا المجال للإجراء الذي يقتضي تدخل القاضي. غير أن البعض يحاول في هذا المجال اللجوء إلى إجراءات دبلوماسية تهدف إلى تأمين التقارب بين مصالح الدول المعنية دون أن يفرض عليها أي حل ، لذلك نجد أن الدول تتردد في تسليم هذه المنازعات إلى محكم ، حيث يكون للحكم الذي يصدره صفة إلزامية.

والتحكيم الدولي لا يرد إلا على الخصومات ذات الطابع القانوني لذلك فهو لا يعد وسيلة تسوية دبلوماسية Diplomatique مثل المساعي الحميدة ، أو الوساطة أو التحقيق أو التوفيق.. والسبب في ذلك أن دور طرق التسوية الدبلوماسية تقتصر فقط إما على إصدار توصية أو إبداء رأي أو إثبات واقعة أو مجرد التقريب بين الدول المتنازعة. والرأي في النهاية منوط بالآخرين إذ يظل لهم القول الفصل في إصدار القرار النهائي. وهذا كله بخلاف التحكيم حيث يكون الحكم نهائيا وملزما للأطراف ، لذلك كان الخلاف ذو الطابع القانوني والذي يرد عليه التحكيم دون الخلافات السياسية هو النزاع الذي ينشأ بين الدول ويمكن الفصل فيه طبقا لأحكام القانون الدولي العام السارية وقت الخصومة... وفيما عدا ذلك يكون الخلاف سياسيا لا يخضع في تسويته لمعايير مستمدة من القانون^٨.

إذن فالمساعي الحميدة هي التي يكون من شأنها أن تبذل دولة صديقة للطرفين جهودها لتقريب وجهات النظر المتباينة ، وكثيرا ما رفضت هذه الإقتراحات من قبل الطرفين المتنازعين كالإقتراح الذي قدمته الولايات المتحدة أثناء الحرب التي قامت بين فنلندا والإتحاد السوفيتي عام ١٩٣٩م. ولا تفترق الوساطة عن المساعي الحميدة إلا قليلا ، إذ تتضمن إقتراحا بإيجاد تسوية ولكن بأسلوب آخر يبتعد عن السياسة ، وذلك باللجوء إلى تعيين شخصية رسمية كوسيط دولي بدلا من اللجوء إلى إحدى الدول.

أما التحقيق فهو لا يؤدي أيضا إلى إيجاد تسوية مباشرة للنزاع بقدر ما يهدف إلى الوصول إلى الوقائع المادية للنزاع ، وقد اعتمد هذا الأسلوب بموجب إتفاق لاهاي عام ١٨٩٩م وسجل تقديما حقيقيا بفضل الولايات المتحدة التي وقعت عدة معاهدات بهذا الشئ والتي منها معاهدة بريان ، بحيث يعهد بمهمة التحقيق إلى لجنة مؤلفة من ممثلين عن الطرفين المتنازعين وبعض الدول الأخرى ويتم على أثره وضع تقرير يتضمن كافة التفاصيل والحوادث المتعلقة بالنزاع ولكن دون أن تبدي اللجنة أي رأي في تحديد

^٨ د. أحمد عشوش النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية ، رسالة دكتوراه ١٩٧٥ ص ٥٠٧ وما بعدها. وأنظر أيضا د. محمد حافظ غانم مبادئ القانون الدولي العام ص ٦٩٦ (١٩٦٧).

المسئولية ، ورغم ذلك كان للتحقيق بعض الفوائد الهامة في كثير من القضايا ومنها قضية (دوكربنك) عام ١٩٠٤ بين روسيا وبريطانيا ، حيث يشجع على إجراء التوفيق بين الدول المتنازعة.

التوفيق : هو أسلوب أنشئ بموجب معاهدات عقدت بعد عام ١٩١٩ ، مؤداه إحداث لجنة من ثلاثة أو خمسة أعضاء يرأسهم ممثل دولة ثالثة. تتحدد مهمتها في وضع تقرير يحتوي على إقتراح بتسوية معينة يقدم إلى الأطراف المتنازعة ، وقد بدأت أهمية التوفيق تظهر مع بداية الحرب العالمية الثانية ونذكر بعض اللجان التي أنشئت خصيصا للتوفيق ، كلجنة التوفيق الفرنسية التالينديية ١٩٤٦ – ولجنة التوفيق الإيطالية – السويسرية ١٩٥٦ م.

ويلاحظ أن عمل لجنة التوفيق لا يكون حجة على الطرفين المتنازعين طالما لا تفرض نفسها كقاض عليهم وأن التقرير الذي تقدمه لا يحمل صفة الحكم الصادر عن محكمة ، ويمكن القول أن هذا التقرير ما هو إلا ثمرة جهد مشترك قام به الأعضاء المعينون في اللجنة وممثلو الطرفين المتنازعين الذين يتكفلون بالدفاع عن وجهة نظرهم.

رابعا : التحكيم والقضاء :

لقد كانت مسألة التفرقة بين التحكيم والقضاء محل دراسة من قبل الهيئات الدولية ومن قبل الفقهاء فقد تعرض لها القسم القضائي لعصبة الأمم إذ ورد في المذكرة التفسيرية لمحكمة العدل الدولية الدائمة بأن خطوطا ثلاثة تميز إجراءات التحكيم عن إجراءات القضاء بالمعنى الصحيح ، وهي اختيار أطراف المنازعة للمحكمة وللقواعد التي يجب أن تتبعها المحكمة – والصفة الاختيارية للقضاء التحكيمي وذهب البعض إلى القول بأن ثمة فاصلا حقيقيا بين عمل القاضي وعمل المحكم. فالنظامان يقومان جنبا إلى جنب ، ولكن لا يحطم أحدهما الآخر أو يختلط به ، فكل منهما خصائصه من ناحية المصدر والمبدأ الاجتماعي المحرك والشكل. فالقضاء دائم لا يتغير والتحكيم متغير تحدده الظروف ويعتمد على اتفاق الطرفين.

ويرى البعض الآخر بأن الفارق بين النظامين يقوم أساسا في أن التحكيم يبنى على رضاه للطرفين فيما التسوية القضائية تفترض سلطة أعلى^٩. وعند البعض أن الفارق بين التحكيم والقضاء أساسه موضوع كل منهما ، ففي التحكيم يريد الأطراف من المحكم حكما مقنعا للطرفين لا مؤسسا على الحق الأقوى ولذلك لا يهتمون بأن يكون المحكم فيها بالمعنى العادي بل يختارون من يتقنون فيه ، على عكس القضاء إذ يستلزم محكمة دائمة وقضاة دائمين.

ويرى الأستاذ كوادري أن التحكيم يتميز عن القضاء من حيث الوضع المختلف الذي يوجد فيه القاضي قبل المتقاضين ، ففي القضاء يخضع المتقاضون أساسا لسلطان المحكمة ، وسلطة القاضي مستقلة عن اتفاق الطرفين في المنازعة ، والأمر على العكس في التحكيم حيث لا توجد أداة بالمعنى الصحيح^{١٠} فالتحكيم إذن وسيلة في متناول الأطراف المتنازعين جماعة ، أما القضاء ففي متناولهم فرادى أي أن القضاء هو إمكانية الطرف في أن يجبر الآخر على الخضوع للمحكمة وهذا يفترض سلطانا أعلى للمحكمة فهو يتوافر إذن في كل مرة يمكن فيها أن يكون الإلتجاء للقضاء من طرف واحد كما هو الحال مثلا في المادة ٣٦ من نظام محكمة العدل الدولية.

ونعتقد من جانبنا أن ثمة تقاربا يمكن أن يجمع ما بين التحكيم والقضاء ، من خلاله نستطيع أن ننظر إلى التحكيم على أنه وسيلة تسوية قضائية ... صحيح أن القاضي يتم تعيينه مسبقا ، والمحكم يتم تعيينه عن طريق الاتفاق لكن المحكم يستطيع أن يصدر قراره مبدئيا استنادا إلى القانون مثله في ذلك مثل القاضي ... ، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ كوادري أنه لا يمكن أن نصف المحكمة بأنها قضائية لمجرد أنها محكمة توجد من قبل

^٩ مقال للأستاذ سالدانا عن القضاء العقابي منشور لمجموعة لاهاي - عام ١٩٣١ ص ٣٧٩ مشار إليه في رسالة طلعت الغنيمي المرجع السابق ص ١١٥.

^{١٠} الأستاذ كوادري مقاله بمجلة Jus الإيطالية عدد ديسمبر ١٩٥٠م ص ٣٣٦ - ٣٣٩ مشار إليه رسالة طلعت الغنيمي المرجع السابق ص ١١٦.

مزودة بنظام تأسيسي ولائحة... إلخ وليست فكرة وجودها كأداة بفكرة تصلح للتمييز بين القضاء والتحكيم إذ يوجد مثلا في القوانين الداخلية محاكم تحكيم سابقة الوجود على المنازعات خصوصا بالنسبة للمسائل التجارية. ويزيد أن سبق وجود محكمة التحكيم قبل المنازعات لا يعني في الحقيقة أنها أداة قائمة فعلاً ذلك أنها شخصية معلقة لا سلطان لها اللهم إلا إذا دعيت بمناسبة منازعة معينة لتفصل فيها وعندئذ تنقلب إلى وحده حقيقية^{١١}.

ونقول أن التحكيم والقضاء يقومان بتأدية ذات الوظيفة، فكلاهما موضوعه تسوية المنازعات بين الدول على أساس من القانون أو النظام وإذا كان التحكيم الدولي يستمد قوته الملزمة من إرادة الأطراف إلا أن الواقع الدولي يثبت بوضوح أن كل قضاء دولي لا يتم إلا على رضا سابق وحر من الدول التي التجأت إليه، صحيح أن دور الأطراف يظهر واضحا في التحكيم عنه في القضاء حيث لهم الحرية الكاملة في اختيار المحكمين وبالتالي النظام المراد تطبيقه، إلا أن ذلك لا يعني أن هناك خلافا جوهريا بينهما، الاختيار المباشر للمحكمين عن طريق الأطراف مشابه لحد كبير لقبول تشكيل قضاة محكمة العدل الدولية "كجهاز قضاء". فضلا عن ذلك نجد أن الدول التي تريد عرض الأمر المتنازع فيه على محكمة العدل الدولية تمتلك الحق في تعيين مصادر القواعد التي سوف تقوم المحكمة بتطبيقها وذلك في اتفاق القبول أو إعلان قبول الشرط الاختياري. (م ٢/٣٦) من نظام محكمة العدل الدولية.

وبالرغم مما تقدم نقول أن واقع العلاقات الدولية الراهن يستبعد في كثير من الأحيان لفظ القضاء الذي يعني سلطة حقيقية مفروضة على المتقاضين فعلى الصعيد الدولي كل قضاء في حقيقته متوقف على رضا المتعاقدين. والتحكيم لا يتميز عن القضاء بمعناه المألوف

^{١١} المرجع السابق.

إلا بالنظر إلى كونه عرضا يتحقق عموما وبواسطة محكمة خاصة بهذا الغرض بينما الأخير قضاء دائم منظم^{١٢}.

ولا غرو أن التحكيم موجود في القانون الداخلي كوجوده في القانون الدولي وإن كان وجوده في القانون الداخلي بدرجة ثانوية لكنه في القانون الدولي يعد بديلا إراديا في حالة تعذر القضاء الإلزامي ، إذ هو في حقيقته يتضمن إدخال عنصر موضوعي في إدعاءات الطرفين ، وعليه فإن الدول المتنازعة تحاول جهدها أن يظل هذا الإجراء متمتعا بالصبغة التعاقدية وذلك نظرا لحرية تصرف المحكم والسلطات التي يتمتع بها.

أثر الإرادة في التحكيم الدولي :

لا توجد قاعدة عامة في العلاقات الدولية تلزم الدول باللجوء إلى التحكيم ، أو القضاء الدولي لتسوية ما يثور فيها من منازعات ، فالمبدأ العام هو أن أي خلاف يراد تسويته بواسطة القضاء أو التحكيم لا يتم إلا بعد رضاء سابق من الدول ذات الشأن في ذلك ، وهذا ما أكدته القضاء الدولي وذلك في الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بصدد قضية كارليا الشرقية في ٢٩ من يوليو ١٩٢٣م. فالتسوية بطريق التحكيم لأي خلاف دولي إنما يتأتى على أثر عمل إرادي Un Act Volontaire لأطراف الخلاف ، ويرد هذا العمل الإرادي في الاتفاق الذي ينص على تعهد الأطراف باللجوء إلى التحكيم لتسوية الخلاف سواء كان ذلك الاتفاق لاحقا لنشوء الخلاف بين الأطراف أو سابقا لنشوء أي خلاف بين هؤلاء الأطراف. فأبي تحكيم كان سواء لاحقا أو سابقا لنشوء الخلاف يستمد مصدره من الاتفاق فهذا الاتفاق في نظر القانون الدولي يعتبر بمثابة معاهدة دولية يشكل عملا قانونيا ملزما للأطراف ، وهو أيضا مصدر الصفة للحكم الذي يصدر في آخر مراحل التحكيم ، وهو

^{١٢} لقد كانت مسألة بحث الفصيل بين التحكيم والقضاء موضوع دراسة الهيئات الدولية والنقاه درسها القسم القضائي لعصبة الأمم عند كتابة المذكرة التفسيرية لمحكمة العدل الدولية الدائمة.

أيضا مصدر إلزام الأطراف بتنفيذ العقد أو المعاهدة المبرمة بينهما كل ما يخصه وبحسن نية ، وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المعروفة في الأنظمة الوضعية. ويبدو مما تقدم أن اتفاق التحكيم ما هو إلا اتفاق إرادي تقبل بمقتضاه دولتان عرض الخلاف الذي يفصلهما على محكم لتسويته ويشترط في هذا الاتفاق الذي يعد كمعاهدة دولية بصرف النظر عن الصورة التي يصاغ فيها اتفاق التحكيم، أو اتفاقية تحكيم ، ذات الشروط المطلوبة لصياغة المعاهدات الدولية والتي ينبغي البحث عنها في المبادئ العامة للنظام الدولي الخاص بالمعاهدات ، وكذلك في نصوص النظام العام الداخلي لكل من الدول المتعاقدة ، ومنها أهلية السلطة التي وقعت التحكيم والتي يجب أن تكون مختصة ، وكذلك القدرة على إلزام الطرف ذي الشأن وعلى التصالح فيما إذا حدث خلاف وفقا لقواعد النظام الدولي والنظام الداخلي.

ويشترط لصحة اتفاق التحكيم الدولي أن يتوافر الرضاء السليم للأطراف ، فإذا كانت إرادة الأطراف معيبة أي غير حرة لحظة إبرام الإتفاق ، فإن ذلك من شأنه بطلان وعدم إلزامية ما يتبع من إجراءات ، بما في ذلك الحكم ومن هذه العيوب ، الخطأ ، الغش أو التدليس ، والإكراه.

ومن أهم الشروط المتعلقة بصحة إتفاق التحكيم هو ما تقضي به المبادئ العامة للمعاهدات في النظام الدولي ، والتي يتطلب أن يوضح أطراف اتفاق التحكيم الموضوع محل الخلاف ، وأن يكون هذا الموضوع ممكنا من الناحية المادية والناحية القانونية أو النظامية.

وحيث أن اتفاق التحكيم هو عمل إرادي كما أسلفنا فإن للأطراف مطلق الحرية في أن يضمنوه من المسائل ما يرون ضرورة وجوده في الاتفاق وملاءمته له ويكون هذا الاتفاق هو العمل النظامي الوحيد الذي يستمد منه التحكيم أساسه ، فإنه يجب أن يضم كافة العناصر التي يقع عليها الاتفاق بين الأطراف ، وقد أوضحت ذلك اتفاقية لاهاي عام ١٩٠٨م للتسوية السلمية للمنازعات الدولية والتي بينت العناصر التي يمكن أن يحتويها

اتفاق التحكيم ، وذلك في المادة ٥٢ منها ، ويمكن أن نستخلص العناصر التي يجب أن يتضمنها كل اتفاق تحكيم ، من تلك المادة المذكورة.

١- تحديد موضوع الخلاف الذي سوف يعرض على هيئة التحكيم.

٢- تنظيم محكمة التحكيم وسلطاتها.

٣- الإجراءات التي يجب أن تتبعها في نظر القضية.

٤- القواعد التي يجب أن تراعى في إصدار الحكم ومداه ، فضلا عن ضرورة التعبير الواضح عن إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم الدولي ، حيث أنه بغير ذلك لن يكون للاتفاق أي أثر.

ونتكلم عن هذه العناصر بإيجاز حتى نعطي فكرة عامة عما يحتويه اتفاق التحكيم من أمور هامة ، يجدر أخذها بعين الاعتبار.

١ . موضوع التحكيم :

موضوع التحكيم هو دائما موضوع النزاع ، وقد جرى الفقه الدولي في مجموعه ، وكذلك الممارسة والعمل الدوليين إلى التمييز ما بين المنازعات القانونية على التحكيم أو القضاء الدولي^{١٣} وقد تعددت المعايير التي نودي بها كأساس للتفرقة بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية ، فذهب فريق إلى أن هذه التفرقة تجد أساسها في معيار موضوعي بينما ذهب فريق آخر إلى القول بأن المعيار الشخصي يقدم أفضل الحلول . وفريق ثالث يرى ضرورة وضع قائمة بالمنازعات كحل وسط بين المعيارين . ويقوم المعيار الموضوعي على فكرة مؤداها أن المنازعات القانونية هي تلك التي يصلح للفصل فيها تطبيق قواعد القانون الدولي ... أما في حالة غياب القاعدة القانونية التي تحكم

^{١٣} لقد تضمنت المادة ٢٥ من اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية ١٩٦٥ الفقرة الأولى على أن يشمل اختصاص المركز المنازعات ذات الصبغة القانونية التي تنشأ بين دول متعاقدة بشرط أن يكون لها علاقة بالاستثمار. انظر أحمد عشوش المرجع السابق ص ٥٠٧ وما بعدها.

النزاع يكون هذا النزاع سياسيا^{١٤} أي أن هذا المعيار يجد أساسه في طبيعة القواعد القانونية الواجبة التطبيق على النزاع ، وليس في طبيعة النزاع ذاته ، فالنزاعات القانونية هي التي يمكن حسمها بالرجوع إلى قواعد القانون الدولي المعمول بها... بينما لا يمكن حسم المنازعات السياسية إلا بتطبيق قواعد جديدة تخلقها المحكمة لتسوية النزاع. إلى جانب ما تقدم يفترض هذا المعيار وجود نقص في القانون الدولي وهو أمر لا يستقيم مع الاتجاه الفقهي الغالب الذي يقول بكمال القانون الدولي وأن هذا القانون يؤلف نظاما قانونيا كاملا.

أما المعيار الشخصي :

فالعبرة فيه ليست بطبيعة النزاع أو بوجود قاعدة قانونية تنطبق عليه ، بل بما يقرره الطرفان أو أحدهما في جعل النزاع قانونيا أو سياسيا ، أي بالمسلك الشخصي الذي يسلكه الطرفان في هذا النزاع ، فيكون النزاع قانونيا إذا دار حول مسألة قانونية لا وسيلة لحلها سوى عرضها على محكمة تنزل فيها حكم القانون ، ويكون سياسيا إذا استند الأطراف في تبرير المطالبة إلى مجرد المصلحة الخاصة سواء كانت هناك أحقية فيه من عدمه.

ويؤخذ على هذا المعيار أن صياغة ادعاءات الأطراف قد تكون في بعض الأحيان مبهمة وغير محدودة ، مما يصعب معه معرفة ما إذا كانوا يتنازعون حقوقا قانونية أم لا كما أن الأخذ بمعيار شخصي يفتح الطريق أمام المدعى عليه لاختيار الإجراء الأقل خطورة من حيث الإدانة ، وذلك بتأسيس مطالبته على أوجه غير قانونية أي سياسية للتخلص من إمكانية عرض الخصومة على القضاء والتحكيم.

^{١٤} انظر الكتاب السنوي لمعهد القانون الدولي ١٩٢٢ م ع ٢٩ ، ص ٣٦ ، وانظر كذلك د. إبراهيم العناني كتاب اللجوء إلى التحكيم ١٩٧٣ ص ٢٥٠ وما بعدها. انظر الآراء المختلفة التي عرضها د. طلعت الغنيمي حول، هذا الموضوع المرجع السابق ص ٧٨ وما بعدها.

وهناك معيار ثالث قال به الفقه وهو **طريقة التعدد** ، التي ذهبت إليها بعض الاتفاقيات والمواثيق القائمة على إيراد تعداد لهذا النوع من المنازعات أو ذلك ... منها على سبيل المثال ... ما أورده ميثاق عصبة الأمم في الفقرة الثانية من المادة الثالثة عشرة من تعداد للمنازعات القانونية التي يصلح نظام التحكيم والقضاء طريقاً لتسويتها... كما تضمنت الفقرة الثانية من المادة السادسة والثلاثين من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية تعداداً مماثلاً. وذلك بصدد إقرار أي دولة بالولاية الإلزامية للمحكمة في نظر كافة المنازعات القانونية التي تقوم فيها وبين دولة أخرى تقبل نفس الالتزام متى كانت هذه المنازعات (القانونية) تتعلق بالمسائل الآتية :-

أ. تفسير المعاهدات.

ب. أي مسألة من مسائل القانون الدولي.

ج. التحقيق في واقعة أثبت أنها خرقت التزاماً قانونياً.

د. نوع التعويض المترتب على ذلك الخرق ومداه.

غير أنه لوحظ على ذلك التصنيف بين منازعات قانونية وسياسية أن غالبية المنازعات تشمل إلى جانب العناصر القانونية عناصر سياسية ، وأن غالبية المنازعات السياسية تركز على أسس قانونية ، لذلك يصعب التمييز بينها حيث تمتزج العناصر القانونية مع العناصر السياسية ويتعذر فصلها.

وقد يحدث أن تتضمن بعض الاتفاقيات أمراً هاماً يطلق عليه بالتحفظات ... منها ما يكون متعلقاً بسيادة الدولة ومنها ما هو متعلق بمسائل موضوعية بحتة. والتحفظات في مضمونها تعني استبعاد مسائل معينة من نطاق التحكيم ، والغالب أن يتم ذلك في حالات التعهد باللجوء إلى التحكيم على نشوء الخلاف – وتكون التحفظات متعلقة بسيادة الدولة في الأحوال الآتية مثلاً – المسائل المتعلقة بالشرف والاستقلال والمصالح الحيوية. فيكون للدولة من خلالها الحق في مباشرة أوجه النشاط المختلفة واستبعاد تصرفات الدول الأخرى ، فإذا ما تضمنت اتفاقية تحفظ استبعاد المسائل المتعلقة بسيادة الدولة ، فيكون

لهذه الدولة إذا ما أثير نزاع حول أي من هذه المسائل أن تدفع بعدم قابليتها للعرض على التحكيم^{١٥}.

وبالنسبة للتحفظات القائمة على أسس ومعايير موضوعية ، فإنه لا يترك أمر تحديدها إلى الأطراف ، كذلك التي ترد في الاتفاقيات يكون بمقتضاها أن تستبعد المسائل المتعلقة بالحرب أو القوة القاهرة من نطاق التحكيم أو تلك التي تتعلق بمسائل دستورية أو التي تدخل في الاختصاص التشريعي للدولة^{١٦}.

٢ . تنظيم محكمة التحكيم وسلطاتها :

يخضع تشكيل وتنظيم محكمة التحكيم بحسب الأصل للقواعد الواردة في الاتفاقية (اتفاقية التحكيم) على افتراض أن النزاع حول قابلية الخلاف للعرض على التحكيم لن يظهر إلا بعد تحرير اتفاق التحكيم وقد يحصل في بعض الأحيان عندما لا تتوصل الأطراف إلى تشكيل المحكمة في خلال مدة معينة أن يعهد بهذا التشكيل إلى سلطة من الغير ، وقد تكون هذه السلطة إما هيئة دولية أو موظف دولي ، كما أنه من الممكن أن يؤخذ في اتفاق التحكيم بنظام الحكم الوحيد أو نظام هيئة التحكيم ، وقد يكون الحكم الوحيد شخصا طبيعيا كرئيس دولة أو ملك دولة أو رجل قانون مختار باسمه ، وقد يكون شخصا معنويا.

وفي حالة الأخذ بنظام هيئة التحكيم فإن الاتفاق هو الذي يحدد عدد أعضاء هذه الهيئة ، وكذلك العدد الذي يتولى كل طرف اختياره ، فضلا عن اختيار الحكم المرجح كما يتضمن هذا الاتفاق بياناً لما يتبع بشأن العوارض التي قد تؤثر في أهلية المحكم كوفاته أو فقدان أهليته ، وكذلك حالات السحب أو الإنسحاب أو الرد . لكن الغالب في

^{١٥} تضمنت المادة الخامسة من ميثاق جامعة الدول العربية هذا التحفظ فحولت مجلس الجامعة القيام بدور المحكم لتسوية ما قد يثور من منازعات ، واشترطت لذلك :

أولاً : عرض الخلاف عليه بواسطة الأطراف المتنازعة.

ثانياً : لا يمس الخلاف الاستقلال أو السيادة أو الاكتمال الإقليمي للدولة.

^{١٦} انظر د. العناني المرجع السابق ص ٢٣١ ، ٢٩١ ، د. أحمد عشوش المرجع السابق ص ٥١٩.

تشكيل أعضاء هيئة التحكيم أن يقوم كل طرف من طرفي النزاع بتسمية محكم خلال مدة محددة على أن يقوم هذان المحكمان باختيار ثالث لهما قبل البدء في إجراءات التحكيم.

ويطلق البعض لفظ المحكم الوطني على المحكم الذي يعينه أحد الأطراف والذي يستند إلى مهمة عرض وجهة نظر الطرف المعين من قبله داخل المحكمة ، ويقوم بالاشتراك مع الطرف الآخر في اختيار المحكم الثالث^{١٧}.

وتجنباً للصعوبات التي قد يثيرها عدم تعيين أحد المحكمين الوطنيين وما قد يتبعه من إعاقة لإجراءات التحكيم واستحالة تشكيل المحكمة رغم إمكانية تعيين المحكم المرجح. فقد جاء في كثير من تعهدات التحكيم النص صراحة على كيفية معالجة هذا الوضع وذلك بالنص على أن يعهد إلى رئيس محكمة العدل الدولية أو أي سلطة أخرى بحسب الحال مهمة اختيار المحكم الوطني إذا لم يقم الطرف المعني باختياره في خلال مدة معينة محدودة في النص نفسه ، وقد رأت بعض الدول أن تعهد بمهمة اختيار المحكم الوطني إلى المحكم المرجح عند عجز الأطراف ، بناء على طلب من جانب واحد. وإذا حدث أن امتنع أحد الأطراف عن تعيين ممثله الوطني ، فإن رئيس المحكمة (الحكم المرجح هو الذي يباشر هذه المهمة)^{١٨}.

ويشترط في الأشخاص المعينين للتحكيم أن يكونوا متمتعين برجحان الفكر فضلاً عن توافر الخبرة والعدالة والثقة والاطمئنان نحوهم ونحو الأحكام التي تصدر عنهم.

^{١٧} تنص المادة ٢/٣ من نموذج إجراءات التحكيم الذي وضعتة لجنة القانون الدولي التابع للأمم المتحدة "بأنه إذا لم يتم اختيار أعضاء المحكمة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ طلب عرض النزاع على التحكيم يقوم رئيس محكمة العدل الدولية بناء على طلب أي من الأطراف بمهمة هذا الاختيار" (الكتاب السوي للجنة القانون الدولي مجلد ٢ فقرة ٢٢ ص ٨٦ عام ١٩٥٨).

وانظر أحمد عشوش المرجع السابق ص ٥٢٩.

^{١٨} د. إبراهيم العناني المرجع السابق ص ٣٣٠.

ويشترط ممن يعينون من قبل الغير (سلطة من الغير) ألا يحملوا جنسية أي طرف من أطراف النزاع لضمان حيده أعضاء التحكيم وعدالتهم وعدم تحيزهم للطرف الذي يحملون جنسيته ، كما يشترط فيهم أن لا تكون لهم مصالح في النزاع ، وقد أوردت في هذا الصدد اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية عام ١٩٦٥ بياناً بالاشتراطات التي يتعين توافرها بالنسبة للمحكّمين الذين تدرج أسماؤهم في القوائم - منها ، أن يكونوا من ذوي المراكز الأدبية الممتازة ، ومن المنظور إليهم بعين الاعتبار ، والمعترف بهم بالكفاءة التامة من الناحية القانونية والتجارية والصناعية والمالية ، ومن الذين يعتمد عليهم في إصدار الأحكام بغير تحيز .

ومن جهة ثانية يحدد اتفاق التحكيم كذلك مدى اختصاص وسلطات هيئة التحكيم فيتضمن تعريفاً للخلاف الذي ستفصل فيه المحكمة وبيان المسائل المطلوب تقديرها . إلى جانب القواعد أو المبادئ التي ستسير عليها ، سواء كان ذلك بالتحديد أو كأن يقتصر الاتفاق عليها بالإشارة فقط ، أو تفصل هيئة التحكيم وفقاً لقواعد العرف والمعاهدات والمبادئ القانونية العامة .

وقد يقضى اتفاق التحكيم بتحويل المحكم سلطات واسعة بأن يكون له أن يقضي في النزاع مستوحياً جميع الاعتبارات من سياسية أو اقتصادية أو غير ذلك أو أن تكون له السلطة في وضع لائحة نظامية للمستقبل .. غير أنه يجب أن يذكر بوضوح طبيعة سلطة المحكم ومداهما ، هل هي إصدار حكم نهائي ، أم مجرد رأي استشاري ، كذلك المدة المحددة للفصل في النزاع مع جواز تمديدها إذا دعت الضرورة .

٣ . إجراءات التحكيم :

وهي مجموعة من القواعد التي يجب العمل بها في سير وإدارة وإصدار الحكم . وكقاعدة عامة يعود الأمر في وضع قواعد وإجراءات التحكيم إلى أطراف النزاع ، حيث يملكون إعمالاً لمبدأ الرضائية اختيار القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق ، والتي منها على سبيل المثال تحديد مكان انعقاد مجلس التحكيم واللغة المعتمدة وتبادل المراكز والدفاع

والطلبات الإضافية ونظام الجلسات والشهود والأدلة والمستندات والخبراء والمدة اللازمة لإصدار قرار التحكيم وعدد الأصوات اللازمة لإصداره وحجيته ونفقات التحكيم. ويلاحظ أن من أهم الإجراءات المطلوب إثباتها هي تحديد اللغة التي ستستعملها المحكمة في التحقيق والحكم.

وتبدأ إجراءات التحكيم عادة بطلب بوجهه أحد الطرفين إلى الطرف الآخر يحدد فيه موضوع النزاع الذي يرغب عرضه على التحكيم ويدعو إلى تسمية محكم له - ويقوم كل طرف بتسمية محكمه خلال فترة محددة ، على أن يقوم المحكمان بالاتفاق على تحديد شخص المحكم الثالث.. وفي حالة إخفاقهما في ذلك تسرى القواعد الواردة في الاتفاقية التي تعالج هذا الأمر. وبالنسبة لمكان التحكيم فيكون للأطراف حرية اختيار مكان مجلسه ، ولهذا الاختيار أمور هامة منها أن مكان التحكيم يحدد النظام الإجرائي الذي يحكم المنازعة عند غياب اتفاق الأطراف حول تنظيم هذه الإجراءات ، كما يتعين استئذان الدولة التي ستعقد على إقليمها جلسات التحكيم وأخذ موافقة في ذلك كي يباشر التحكيم في ظل حمايتها إلى جانب تسجيل حكم المحكمين حسبما تقضي به نظم الدولة التي جرى التحكيم على أرضها. وقد يكون مكان التحكيم إما إقليم الدول المضيفة أو دولة أجنبية ، وقد يترك أمر تحديدها إلى المحكم الثالث أو إلى محكمة التحكيم ذاتها. وبالنسبة للإجراءات المتبعة أمام المحاكم ، فالغالب أن يتم تحديدها وتنظيمها بواسطة اتفاق التحكيم نفسه ، كتبادل المذكرات والدفاع والشهود والأدلة والخبراء ونظام الجلسات واللغة المستعملة.

غير أنه يلاحظ في حالة غياب الاتفاق على تلك الإجراءات فإن الغالب في العمل أن تسري القواعد الإجرائية الخاصة بقانون محل انعقاد التحكيم.

٤ . القواعد التي تراعى في إصدار الحكم :

من الأمور الهامة التي يجب أن يهتم بها اتفاق التحكيم تحديدا وتنظيما (قرار الحكم) من حيث المواعيد التي يجب أن يصدر بها والشكل الذي يجب أن

يصاغ فيه وكذلك الأغلبية أو العدد اللازم لصدوره ، وتسببيه وتفسيره ثم بعد ذلك حجتيه وتنفيذه.

وبالنسبة للمواعيد أو المدة اللازمة لإصدار قرار التحكيم نجد أن الغالب في العمل ألا يحدد اتفاق التحكيم مدة معينة لإصدار الحكم – إذ بالرغم من أن هذا التحديد يسهم في حث المحكمة على سرعة حسم النزاع ، إلا أن ذلك من شأنه أن يقيد المحكمة في البحث والتقصي حول مجمل النزاع مما يخشى معه عدم تحقيق العدالة المطلوبة ... لذلك جرت اتفاقيات التحكيم إلى تحديد أجل معين لإصدار الحكم مع الجواز بمد هذه المدة لفترات أخرى إذا دعت الضرورة إلى ذلك.

أما فيما يتعلق بالأغلبية اللازمة لصدوره فإن الدارج في اتفاقيات التحكيم وذلك في الأحوال التي يعين فيها طرفا النزاع محكما وفيصلا أو مرجحا أن يملك هذا الأخير بالقضاء في النزاع في حالة عدم اتفاق المحكمين على ذلك ، أما إذا كان عدد المحكمين ثلاثة أو أكثر فإن الغالب في ذلك صدور الحكم بأغلبية الأصوات ، غير أن البعض يرى ضرورة إصدار القرار بأغلبية اثنين أحدهما يكون الرئيس.

وإذا كان المبدأ المستقر يقضي بتسبيب الأحكام ، إلا أنه ليس هو ذلك بالنسبة لاتفاقيات التحكيم الدولية... إذ يجوز للأطراف إذا رأوا عدم ضرورته النص على ذلك صراحة ويعزى ذلك إلى أن قرارات محاكم التحكيم في غالبيتها ، وخوفا من الخضوع للقضاء الأجنبي تكون نهائية وغير قابلة للطعن ، وإن كان تسبيب الحكم يساعد على تفسيره في الكثير من الأحيان. ومن بين الاتفاقيات التي أوجبت ذلك التسبيب ، الاتفاقية المبرمة بين المملكة العربية السعودية وشركة أرامكو ١٩٥٥ من وجوب صدور أحكام محاكم التحكيم متضمنة الأسباب الموجبة لها.

ومن جهة أخرى إذا تطلب الأمر بحث مسألة علانية أو سرية الجلسات وإصدار الحكم فإن ذلك مرهون بالاتفاق عليه بين الأطراف وكذلك إذا تطلب الأمر أن تصدر هيئة

التحكيم حكما تفسيريا بناء على طلب أحد الأطراف فإن ذلك يتوقف أيضا على النص عليه في اتفاق التحكيم.

وفيما يتعلق^{١٩} بمسألة نهائية قرار التحكم وهي مسألة لها أهميتها كما ذكرنا فلا بد من النص عليها في الاتفاق صراحة. إذ الغالب في اتفاقيات التحكيم أنها تحمل مضمونا واحدا وهو نهائية قرار التحكيم.. منها على سبيل المثال أن القرار نهائي أو أن القرار نهائي وملزم.

إلا أنه قد سمح في البعض منها على سبيل الاستثناء بالطعن في قرار التحكيم إذا كان مخالفا للنظام العام.

ويلاحظ أنه إذا صدر قرار التحكيم ، ولم يكن هناك طرق طعن ، أو أصبح نهائيا بعد استنفاد طرق الطعن ، فإن القرار يصبح واجب التنفيذ مما يدعو إلى اتخاذ الوسائل اللازمة دون عوائق.

وينبغي أخيرا أن نشير إلى أن من بين المسائل الهامة التي يجب الاتفاق عليها هي ... تعيين ممثلي الأطراف ووكلائهم ، وكذلك تعيين المحامين والمستشارين وبيان دورهم وسلطاتهم... فضلا عن مصاريف ونفقات إجراءات التحكيم وأجور المحكمين.

^{١٩} كما حدث للاتفاقية المبرمة بين إيران والكونسورتيديم ١٩٥٤، فقد جاء في المادة ٤٤ منها "على أن يكون لأي طرف خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إبلاغه بالحكم أن يطلب إلى مجلس التحكيم أو المحكم الفرد الذي أصدر القرار التحكيمي ، القيام بتفسير هذا القرار ، ويجب أن يصدر التفسير خلال شهر من تاريخ طلبه... ويوقف تنفيذ الحكم حتى إصدار التفسير أو إنهاء الأجل المحدد " وقد تضمنت المادة ٥٠ من إتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية ١٩٦٥ هذا الأمر حيث قضت بأن أي نزاع يثور بين الأطراف حول مدلول أو مدى الحكم يقدم بشأنه طلب إلى الأمين العام الذي يقوم بدوره بعرضه على المحكمة التي أصدرته ، وإذا تعذر ذلك تشكل محكمة جديدة كالسابق لتتولى هذا التفسير ، ولهذه المحكمة أن تأمر بإيقاف تنفيذ الحكم حتى يفصل في طلب التفسير .

٥ . ضرورة التعبير الواضح عن إرادة الأطراف باللجوء إلى التحكيم لحل خلافاتهم :

إذا أريد الاتفاق على التحكيم فلا بد كقاعدة أساسية أن يتوافر في هذا الاتفاق الوضوح والتحديد .. لكن لا يعني ذلك أن يبطل اتفاق التحكيم بمجرد عدم توافر ذلك الوضوح أو التحديد إذ يجوز لهيئة التحكيم أن تطلب من الأطراف تقديم ما تراه كافياً لتوضيح أي مسألة تحتاج إليها ... وإذا كان قد قيل أن الحكم إذا لم يكن مستندا على إتفاق تحكيمي سليم يكون باطلاً أي إذا لم يتوافر في هذا الاتفاق باعتباره معاهدة دولية شروط معينة لصحته فإنه يبطل وتبطل معه آثاره ، فإن ذلك ليس مطلوباً على الدوام ، فالقاعدة في هذا الخصوص غير مطلقة في التطبيق العملي للعلاقات الدولية ، بحيث يمكن استتفاذ الرضا ضمناً من مجرد وقوف الدولة أمام المحكمة واشتراكها في الإجراءات. ومن جهة ثانية إذا كان قد حدد لسريان اتفاق التحكيم مدة معينة فإن تعيين المحكم بعد ذلك يعتبر باطلاً وتبطل كذلك الإجراءات والحكم الذي يتخذه المحكم ... إذ المستقر في العلاقات الدولية أن اتفاق التحكيم ، يمثل معاهدة دولية إلزامية بالنسبة لأطراف العلاقة الموقعة عليه مما يستنتج أن يقع على الأطراف ضرورة تطبيقه وتنفيذه بحسن نية. والقاعدة العامة التي تبين بأن العقد شريعة المتعاقدين تجد لها في هذا المجال مكاناً واسعاً ، حيث الإلتزام بالخضوع لما يصدر عن هذا الاتفاق (باعتباره عقد) من حكم وتنفيذ ، بحيث إذا أحل أحد الأطراف بالتزامه تحمل المخالفة وأصبح مسئولاً ، والدولة باعتبارها أحد الأطراف الموقعة على اتفاق التحكيم تصبح مسئولة في حالة إخلالها بما ورد في هذا الاتفاق من أحكام ما عدا حالة القوة القاهرة ، كما لا يجوز لأحد الأطراف أن يعدل أو يفسخ اتفاق التحكيم بإرادته المنفردة. فالإتفاق على التحكيم يمثل بالنسبة لأطرافه وكذلك بالنسبة للمحكم القانون أو النظام الإلزامي ، فيلزم التقيد به في كل الأحوال... ونخص بالذكر المحكم ومدى تقيده باتفاق

التحكيم^{٢٠} فدور المحكم الدولي يستمد أصلاً من اتفاق التحكيم وينحصر في تسوية الخلاف الناشئ بين أطراف هذا الاتفاق فهو مقيد بما ورد في الاتفاق من قواعد وأسس وعليه أن يقضي في النزاع بناء على المبادئ القانونية التي أوضحها الأطراف في إنفاذهم... فالدول لا تلجأ إلى التحكيم من حيث المبدأ إلا بمحض إرادتها. وهيئة التحكيم ما هي إلا هيئة انبثقت عن هذا الاتفاق قصد تحقيق غرض معين فلا يكون لها من وجود خارج هذا الغرض.

وإذن فالمحكم مقيد كقاعدة عامة بما ورد في اتفاق التحكيم وعليه مراعاة حدوده غير أن ذلك لا يمنع من الاعتراف له بقدر من الحرية في تطبيقه لهذا الاتفاق إذا تطلبت ذلك طبيعة عمله وحسن سير وظيفته القضائية.

فالتطبيق المطلق لما ورد في اتفاق التحكيم من شروط وإجراءات من شأنه أن يعيق المحكم عن القيام بدوره وإنجاز مهمته على خير وجه... لذلك يجب الاعتراف له بهذا القدر من الحرية، فالمحكم قاض وليس وكيلاً... ونلمح تأكيداً لهذا الأمر ما وضعته لجنة القانون الدولي للأمم المتحدة. من نموذج اشتمل على قواعد وإجراءات التحكيم إذ منحت المادة الثالثة عشرة منه المحكمة (هيئة التحكيم) سلطة أن تضع بنفسها نماذج إجراءاتها في حالة ما إذا كانت الإجراءات التي وضعها الأطراف تجعل من المستحيل على المحكمة إصدار الحكم^{٢١}.

^{٢٠} د. العناني المرجع السابق ص ١٢٢ حيث أورد قولاً لأحد الفقهاء ويدعى سفريادس في قوله بأن التحكيم هو الاتفاقية التي يستمد منها المحكم حق الفصل في الخلاف المنصوص عليه، وأنه ميثاق منصبه القضائي المؤقت الذي يحدد صفته وحدود الاختصاص المخول له (كتاب المبادئ العامة للقانون الدولي للسلام ١٩٣٠ ص ٤٥٩).

^{٢١} د. العناني المرجع السابق ص ١٢٣، والهامش حيث أشار إلى مراسل في تقريره المقدم إلى لجنة القانون الدولي عام ١٩٥٨ بشأن التحكيم الدولي، إذ حث الأطراف أن يقدموا إلى المحكمة كافة التسهيلات والعناصر الضرورية بما في ذلك سلطة الفصل وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف، وذلك تجنباً لإضطرار المحكمة إلى رفض القضية لعدم كفاية الوقائع والقانون.

ومما أقرته المادة ٧٣ من اتفاقية لاهاي ١٩٠٧ القاعدة العرفية التي تعطي للقاضي والمحكم سلطة الفصل في اختصاصه الخاص... بحيث يقوم المحكم بمقتضاها بنفسه اتفاق التحكيم لأجل تطبيقه، فيكون له أن يفصل فيما إذا كانت مسألة معينة متنازع فيها تدخل في اختصاصه أم لا^{٢٢} وأخيرا يثار التساؤل الآتي: ما هي الآثار التي تترتب في حالة خروج المحكم عما ورد في اتفاق التحكيم ... ؟

الجواب على هذا السؤال نجده فيما أجمع عليه فقهاء القانون الدولي من أن البطلان هو الحكم عندما يخرج المحكم عن الحدود المرسومة لسلطاته في اتفاقية التحكيم .. ويعود السبب في ذلك إلى أن الأطراف عندما أبرموا اتفاق التحكيم وضعوا له من القواعد على أساس من الاحترام لها وتنفيذها بحيث لا يرضى الأطراف من عرضها على المحكم إلا مع ضمان ذلك الاحترام ، فإذا لم يحترم المحكم أثناء نظره لموضوع الخلاف هذه القواعد بأن حكم مثلا بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر منه ، فإن حكمه في هذه الحالة يكون مشوبا بالبطلان إذا كانت المخالفة كلية ، أو يكون باطلا فقط في الجزء المتجاوز .. وكذلك إذا ما خالف المحكم القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق في تسوية النزاع يعتبر مخالفا لاتفاق التحكيم أو متجاوزا السلطة مما يعرض حكمه للبطلان^{٢٣} كما تثار مسألة البطلان عند عدم مراعاة المحكم لقواعد وإجراءات الإثبات المنصوص عليها في اتفاق التحكيم.

^{٢٢} براون سكوت ، مؤتمر سلام لاهاي ٩٢٧ ، جزء ٣ ص ٥١ ، ولقد أقر القضاء الدولي شيئا فشيئا السير في هذا الاتجاه ، انظر محكمة العدل الدولية امبانيوس في ٨ نوفمبر ١٩٥٣ مجموعة أحكام محكمة العدل ٩٥٣ ، ص ١١٩ ، مشار إلى ذلك د. العناني ص ١٢٤ والهامش.

^{٢٣} راجع أمثلة لما تقدم د. العناني المرجع السابق ص ١٢٥ وما بعدها والهامش. وانظر على الخصوص القضية التي أثبتت بمقتضى اتفاق تحكيم بين الولايات المتحدة الأمريكية وفنزويلا ١٩٠٣ ، وكذلك النزاع الذي ثار بين هندوراس ونيكاراجوا اللتان وقعتا اتفاقا للتحكيم بينهما في أكتوبر ١٨٩٤م.

الصعوبات التي تعترض التحكيم الدولي والحلول المقترحة :

وبعد ما تكلمنا عن التحكيم الدولي من الناحيتين التاريخية والموضوعية يجدر بنا أن نتكلم عن الصعوبات التي تعترض نشر التحكيم بين الدول والحلول المقدمة لها مع إعطاء نماذج حيه للممارسات والتطبيقات الدولية في التحكيم حيث أن التجربة العالمية هي تراث إنساني وجب أخذه بعين الاعتبار في كثير من الأحوال.

لقد ذكرنا في السابق أن التحكيم الدولي نشط وازدهر أبان الحربين العالميتين وخلال تلك الفترة تعثرت خطوات التحكيم حيناً واستقامت في أحيان أخرى إذ استطاعت دول العالم ومنظماته أن تذلل بعض الصعوبات الإقليمية والدولية التي تعترض مسيرة التحكيم ولازالت تسعى إلى الآن بإخلاص لإزالة ما تبقى من العقبات واضعة في اعتبارها الأسباب والدواعي التي تملئها حاجة دول العالم في تجارتها الدولية وفي كافة أشكال روابطها الأخرى عبر حدودها الإقليمية.

ولعل أبرز تعبير عن حاجة الدول للتحكيم فيما بينها هو ما جاء في المؤتمر الذي عقد في كولمبو بسيرلانكا في شهر مايو ١٩٧٤م وحضره ممثلون عن الشركات والأنظمة القانونية في كل من الهند وأندونيسيا وماليزيا وسيرلانكا - " أنه وفي ضوء انتشار الأنشطة التجارية للشركات العامة والمهام العديدة التي تناط بالمؤسسات التي تعمل في هذه الأنشطة خارج نطاقها الإقليمي في الدول النامية ، تصبح مسألة تسوية الخلافات في الترتيبات التعاقدية معلما بارز الأهمية ، حيث أن اللجوء إلى إجراءات المحاكم في الدول النامية التي تطبق القوانين والأعراف السائدة هناك لا يساعد في حسم المنازعات مع المؤسسات الأجنبية ، كما أن اعتماد القضاء على السياسات الاقتصادية الحكومية وافتقاره للخبرة في المعالم الحديثة لصفقات الأعمال يجعل في الغالب اللجوء إلى التحكيم الدولي من أهم الوسائل الناجعة لتسوية الخلافات.

وهكذا فإن الأسباب الوجيهة التي ذكرها المؤتمر المذكور والدعاوى الأخرى التي استشعرتها وأحستها الدول في ممارساتها التجارية عبر حدودها الإقليمية ، أفتعت دول العالم بأن التحكيم هو الصيغة المنشودة لحسم المنازعات الناشئة عن الاتفاقات التجارية الدولية.

غير أن التحكيم الدولي هو الآخر لا يخلو من بعض الصعوبات التي تعرفل مسيرته والتي تحاول منظمات ودول العالم أن تضع لها حولا.

ولعل أبرز تلك الصعوبات التي تعترض اتفاقيات التحكيم بين الدول والتي تزعج بصفة خاصة المهتمين بالتحكيم هو ما يسمى في عرف الدول بالحصانة المطلقة وهي أفعال السيادة أي سيادة الدول داخل حدودها الإقليمية وإسباغ تلك السيادة على أي نشاط تقوم به الدولة خارج حدودها ويكون متعلقا بمصالحها العليا وموقف الحكومات تجاه تلك الحصانة متناقض ومختلف ، فبينما تغالي بعض الدول في تمسكها بحصانتها نجد دولا أخرى تتنازل عن تلك الحصانة وتفسح المجال واسعا أمام إلزامية وتنفيذ قرارات لجان التحكيم ، مثلا تجد أن بريطانيا تلزم نفسها بأي اتفاقية للتحكيم تكون طرفا فيها ، بينما تتخذ الحكومة الفيدرالية للولايات المتحدة الأمريكية موقفا مغايرا فهي لا تسمح باللجوء إلى التحكيم في غياب تفويض قانوني خاص بذلك^{٢٤} وعليه نجد أنه بسبب الحصانة المطلقة في كثير من الدول ، يجعل لجوء الهيئات الحكومية فيها إلى التحكيم مرتبط بموافقة التشريع الوطني أو لقرار خاص ، كما هو الحال في بعض قوانين الاستثمار كإسبانيا والمملكة العربية السعودية ، وأثيوبيا.

^{٢٤} في النزاع الذي ثار بين البحرية الأمريكية وبين الشركة السويدية "اكتيبولاجت بوقورس" جاء رفض التحكيم من جانب الحكومة الأمريكية بأنه وحيث أن الموظف بتلك الإدارة الحكومية الأمريكية لم يكن موفضا لتسوية مطالبات الخسارة غير المقدرة فإنه بالتالي لا يستطيع أن يمنح المحكمين بموجب العقد تلك الصلاحية التي لا يملكها غير أن الولايات المتحدة قد منحت الشركات المملوكة لها صلاحية التقدم للجان التحكيم الخاصة فقط تحت ظروف الحرب أبان الحرب العالمية الثانية.

ففي أثيوبيا لا يسمح للمصالح الحكومية بالاتفاق على التحكيم طبقا للقانون المدني المعدل سنة ١٩٦٥ وكذلك في فرنسا إذ بالرغم من أن التحكيم قطع فيها شوطا كبيرا ، فإن المصالح الحكومية بها لا زالت تحتاج لمرسوم لأي اتفاقية خاصة بالتحكيم متضمن ما هو مرتبط بالمصالح العليا للبلاد ولا زال قانونها الصادر عام ١٩٧٥م يتضمن الحاجة لذلك الترخيص.

ودعاوى حضانة الحكومات الأجنبية تنشأ غالبا بصدد المعاملات التجارية المنتظمة ذات الصفة التجارية كتشييد الطرق البرية وتقديم الخدمات الهندسية ، وبيع السلع وإيجار السفن ، وقد ترفع الحكومة نفسها دعوى قضائية عندما يثار دفع الحضانة المطلقة وتهدف من وراء ذلك إلى الاعتراض على صلاحية اتفاقية التحكيم أو لتنفيذ قرار صدر لصالحها ، كما حدث عندما رفضت إدارة حكومة بيرو فيه دعوى قضائية بموجب اتفاقية تسليم قمح ، ورفعت للتحكيم في لندن تحت أحكام اتحاد قمح الغذاء والتجارة واستطاعت تلك الدعوى القضائية إيقاف التحكيم الذي كان قيد النظر .

غير أنه وفي الأحوال التي تسمح فيها الدول بتقديم منازعاتها للتحكيم الخاص ، هل تمنع الحصانات المطلقة بعد إصدار قرار التحكيم القدرة على تنفيذه في بلد أجنبي...؟ الجواب بنعم أو لا يعود إلى تلك الدولة التي سينفذ فيها قرار التحكيم ، ونورد مثالا على ذلك قرار التحكيم السويسري الصادر في ٧ نوفمبر ١٩٧٥م ضد الحكومة اليوغسلافية بموجب عقدها مع شركة فرنسية ، فقد امتنعت المحكمة العليا الهولندية من تنفيذ القرار بالرغم من أن الشركة الفرنسية قد نجحت في النهاية في تنفيذ ذلك القرار بفرنسا - والصعوبة الأخرى التي تعترض التحكيم هو فيما إذا اشترطت الدول الأجنبية وكمقابل لقبولها ورضوخا للتحكيم أن يستنفذ في البداية كل الإجراءات القضائية والإدارية المحلية وذلك قبل اللجوء إلى التحكيم ، ومثال ذلك نجده في المادة ٦٥ من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ والتي تنص صراحة على حق الدول المشتركة في الاتفاقية في أن تطلب وبالتحديد استنفاد كل أو أي إجراءات معينة كشرط لقبولها التحكيم.

هذه هي المشكلات أو المعضلات التي تشغل أذهان المشتغلين والمهتمين بالتحكيم الدولي وهي مشكلات تتعلق فقط بالتحكيم الدولي وهي أمور متوقعة في ظل غياب قانون دولي ملزم يفرض إرادته وأحكامه على الدول. لذلك كان هم القائمين والمهتمين بالتحكيم أن يضمنوا لاتفاقيات التحكيم المشروعية والنفوذ دون أن ينكروا وجود تلك الصعوبات وعلى الخصوص ما يسمى بالحصانة المطلقة. فاتجهت الدول لتغيير تلك الحصانة ووضعت قرارات جريئة وحديثة لذلك ، منها تقيد حصانات البنوك المملوكة للحكومات عندما تواجه بالحجز على موجوداتها بالخارج ، كما حدث لقرارات المحاكم في بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية وألمانيا ضد البنك المركزي النيجيري ، وذلك عندما تم شحن كمية من الإسمنت إلى نيجيريا من الخارج ، لكن بسبب الاختناق في ميناء لاجوس استمر حوالي الشهر ، لم تتمكن من تفريغ الأسمنت مما دفع بالبائعين للمطالبة بالمبالغ غير المدفوعة من ثمن شراء الأسمنت علاوة على غرامات التأخير في تفريغ السفينة بناء على خطابات اعتماد صادرة من البنك غير قابلة للإلغاء ، وإزاء هذه المطالبة دفعت الحكومة النيجيرية بالحصانة ، وقالت بأن إرسالية الأسمنت كانت للقوات المسلحة النيجيرية ولتشديد منشآت عسكرية في الدولة ، فكانت تلك القرارات البريطانية والأمريكية والألمانية بالحجز على موجودات البنك المذكور في الخارج.

وفي عام ١٩٧٤م أصدرت محكمة التحكيم الدولية (أي.س.س) قراراً مؤقتاً ضد مدرسة عامة بإحدى الدول الأفريقية ، ورفضت المحكمة المذكورة دعوى الحصانة المقدمة من المؤسسة العامة وأيدت اختصاص محكمة التحكيم.

وكذلك نجد فيما تضمنته الاتفاقية الأوروبية المبرمة في ١٢/٥/١٩٧٢ عند كلامها عن حصانة الدولة ، حيث نصت الاتفاقية في مادتها الثانية عشرة على عدم إثارة الدفع بالحصانة عندما يتعلق الأمر بإجراءات الصلاحية ، أو تفسير اتفاقية التحكيم أو إلغاء القرار ما لم تنص الاتفاقية على خلاف ذلك.

وقد خطت لجنة الاستشارات القانونية الأسيو - أفريقية خطوة أكبر من ذلك ، عندما دعت في جلستها السابعة عشرة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بدراسة ما يمكن عمله حول إلزام الإدارات الحكومية بعدم التمسك بالسيادة عندما يتعلق الأمر باتفاقيات التحكيم طبقا لاتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٥٨م.

ونضيف إلى ما تقدم أن ثمة اتفاقيات ثنائية بين الدول وعلى الخصوص في المجال التجاري يمكن أن يتم فيها التنازل عن الادعاء بالحصانة المطلقة طالما كان النشاط الحكومي نشاطا تجاريا وأقرب مثال يمكن إيرادها هو الاتفاقية التجارية بين الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفيتي المبرمة في ١٨ أكتوبر ١٩٧٢م حيث نصت صراحة إلى حرمان الاتحاد السوفيتي من إثارة الدفع بالحصانة في الولايات المتحدة إذا ما تعلق الأمر بدعوى أو تنفيذ الحكم الصادر في معاملة تجارية.

ومن جهة ثانية نجد أن السنوات الأخيرة قد حفلت باتفاقيات حديثة تجاوزت مسألة حصانة الدول ، حيث أملت الحاجة لمشاركة المؤسسات الأجنبية لاكتشاف الموارد القومية وخاصة في مجال الصناعات الاستراتيجية ، فكان ضروريا تضمين شروط التحكيم في اتفاقيات الامتياز ، مثال ذلك الاتفاقية التي أبرمت بين بعض الدول الأفريقية (مدغشقر ، موريتانيا ، سيراليون) وكذلك الاتفاقية التي أبرمتها الشركة الإيرانية الوطنية للزيت مع الأطراف الأجنبية ، وأيضا اتفاقية الامتياز التي عقدها الشركة المصرية العامة للبترول في ١٤ من ديسمبر ١٩٧٤ مع شوكة (أي . اس . اس . أو) السويدية.

ويلاحظ أن إلزامية شروط التحكيم قد تنسحب على المستقبل ، وذلك عندما تدخل الدولة في اتفاقية تنص على التحكيم مستقبلا في حالة نشوء أي نزاع ، فضلا عن أن حصانة الدولة قد تنقيد أو يتنازل عنها عندما تدخل الدولة في اتفاقية وترتضي بشرط التحكيم صراحة أو ضمنا ، أو عندما تمارس الدولة أو أحد مصالحها ذات الصلة الرسمية نشاطا تجاريا محضا... كما حدث في قضية مالك سفن ألماني ضد الحكومة الباكستانية التي

انتقلت إليها موجودات الشركة الباكستانية والتي كانت قد تعاقد معها رجل أعمال ألماني ، فبالرغم من أن لجنة التحكيم بلندن قد حكمت لصالح الحكومة الباكستانية حيث أنها لم تكن طرفا في الاتفاقية بداءة إلا أنه قد جاء ضمن حيثيات الحكم بأن دخول الحكومة الأجنبية في معاملات تجارية تبيع وتشترى وتستأجر السفن وتؤجرها فإنها بهذا تكون قد دخلت السوق العالمي ، وعليها أن تلتزم بقواعد السوق وأن تفي بالتزاماتها على قدم المساواة مع التجار العاديين ، وأن فشلها في ذلك سيعرضها لنفس القوانين والمحاكم التي يخضع لها التجار العاديين ، حيث لا يوجد قانون دولي يخول تلك الدول والإدارات الحكومية الدفع بالحصانة.

وثمة مثال آخر في مجال المعاملات البحرية نجده عندما تجبر الحكومات الأجنبية على الإلتزام باتفاقيات التحكيم التي اشترطتها ، ففي قضية أمريكية دائرة ، أثارَت الحكومة الإسبانية الدفع بالحصانة ، وذلك من اتفاقية تحكيم تنص على التحكيم في نيويورك ، ولكن المحكمة وهي تباشر اختصاصها رفضت دفع الحكومة الأسبانية على أساس أن النص الصريح في اتفاقية التحكيم يعنى بداهة التسليم بتنفيذ تلك الاتفاقية والتمسك بخلاف ذلك سيجعل شرط التحكيم لاغيا.

وأخيرا يمكن القول أن هذا التوجه الذي بدا حديثا والذي خفف من فكرة الحصانة المطلقة بدا وكأنه إحلال جديد لمفهوم آخر يسمى بنظرية الحصانة النسبية Relative Immunity ومؤدى هذه النظرية أن الدولة لا تتمتع بالحصانة عند ممارستها أنشطة تجارية أي أن الدولة إذا ما مارست نشاطا تجاريا سواء بنفسها أو عن طريق إحدى مؤسساتها العامة ، فإنها لا تستطيع التمسك بالحصانة ، ويمكن أن تخضع في ذلك للقضاء الأجنبي ، وقد لاقت هذه النظرية قبولا متزايدا في القضاء^{٢٥}.

^{٢٥} الحصانة المطلقة عند البعض هي عدم جواز خضوع الدولة ذات السيادة لاختصاص محاكم أجنبية حتى في الحالات التي تشتغل فيها الدولة بالنشاط التجاري.

انظر د. أحمد عشوش النظام القانوني لاتفاقات البترول في البلاد العربية.

ومن الدول التي قامت حديثا بالحد من التمسك بالحصانة المطلقة أو بحصانة الدولة في المجال التجاري الولايات المتحدة الأمريكية وذلك على أثر الفتوى التي تحمل هذا المعنى والتي أصدرها المستشار القانوني لوزارة الخارجية الأمريكية... وقد ترتب على هذه الفتوى تغير اتجاه القضاء الأمريكي عما كان عليه إذ سبق أن ذكرنا أن الحكومة الفيدرالية للولايات المتحدة الأمريكية كانت لا تسمح باللجوء إلى التحكيم في غياب تفويض خاص... كما تضمنت معاهدة الصداقة والتجارة والملاحة التي عقدها الولايات المتحدة الأمريكية مع عديد من الدول هذا المعنى حيث نصت على أنه " ليس لأي جهة تابعة لأي من الأطراف بما في ذلك المؤسسات والوكالات الحكومية والوسائل الحكومية المملوكة ملكية عامة أو التي تسيطر عليها الدولة إذا كانت تشتغل بالتجارة أو التصنيع أو التنمية أو في صناعة السفن أو أي نشاط مهني آخر ، أن تدعي أو تتمتع داخل أقاليم الطرف الآخر ، سواء لنفسها أو لأموالها حصانة من فرض الضرائب أو من التقاضي ، أو تنفيذ الأحكام القضائية أو أي مسؤولية أخرى تخضع لها المشروعات المملوكة ملكية خاصة والسيطرة عليها سيطرة خاصة في هذه الأقاليم.

هذا وقد أسهمت الممارسة المتزايدة من جانب الحكومات للإشتغال بالنشاط التجاري ، في تبرير الأخذ بنظرية الحصانة النسبية ، كما دعت الضرورة العملية منح المتعاملين مع هذه الحكومات الحق في مباشرة دعواهم أمام المحاكم وعلى ذلك يكون في إمكان المستثمر الخاص أن يقيم دعواه ضد الدولة المضيئة أمام محكمة أجنبية تأخذ بنظرية الحصانة النسبية.

بيد أنه يلاحظ أن هذه النظرية لم تعتنقها كافة الدول ، وعليه لا بد لصاحب المصلحة ، أو المستثمر الذي يريد أن يتخذ الإجراءات القانونية ضد الدولة المضيئة أمام المحاكم الأجنبية ، أن يستوثق من إتجاه المحكمة في شأن نظرية حصانة الدولة. وإذا كان اعتناق بعض الدول نظرية الحصانة النسبية للدول الأجنبية ، وإعتناق البعض الآخر نظرية الحصانة المطلقة ، يشكل عدم مساواة بين المستثمرين الذين يرتبطون بنشاط

تجري مع الدول الأجنبية ، فإن معهد القانون الدولي الذي أسس عام ١٩٥٤م قد أوصى بالأخذ بنظرية الحصانة النسبية عندما قرر أنه يجب على الدول أو وكالاتها أن تخضع لاختصاص المحاكم الأجنبية عندما يكون أساس التصرف لا يتضمن عملا عاما. وهكذا نجد أن الاتجاه الدولي في الفقه والذي يؤيده السلوك الدولي هو الحد من نظرية الحصانة المطلقة للدول الأجنبية إذا تعلق النزاع بنشاط تجاري ، والأخذ بنظرية الحصانة النسبية في هذا المجال.

على ضوء هذا العرض الموجز لبعض وقائع التحكيم الدولي نخلص إلى أن المعاملات الدولية التجارية منها والبحرية التي لا تعرف وطنا أو حدودا إقليمية والتي أصبحت السمة المميزة لعالم اليوم تتطلب بالضرورة المناخ الطيب الذي يهيئ لها الازدهار والاستقرار ، ولعل أبرز عناصر ذلك الاستقرار هو التحكيم. إن اقتناع الدول والمنظمات والشركات العامة الدولية بجدوى التحكيم ، وتشابك المصالح والأنشطة التجارية الدولية حتى أصبح العالم كله عبارة عن سوق كبرى تلتقي فيه كل الجنسيات طوعا أو بمقتضى الضرورة القومية لكل دولة ، كل هذه الدواعي وغيرها ألهمت حماسة الدول في أن تستلهم كل ما من شأنه توطيد وترسيخ التحكيم ، وانطلاقا من هذا المفهوم تنادت دول العالم ومنظماته إلى التحكيم بوصفه الصيغة الدولية الواضحة للكافة ، ولم تأبه لتلك العقبات التي تعترض سبيل التحكيم ، فسعت جاهدة لتذليلها ، ولتوطيد أركان التحكيم بوصفه التطور الحقيقي في العلاقات الدولية ومحورها الأساسي.

الحق في وقف تنفيذ الالتزامات وحق الفسخ في حالة الإخلال المبتسر

*معن ادعيس

مقدمة :

بلغت التجارة الدولية في الوقت الحاضر مبلغاً لم تبلغه من قبل. فقد زادت العلاقات التجارية بين الدول ، وزادت حاجتها لبعضها البعض ، وللدخول في علاقات وصفقات تجارية كبيرة فيما بينها . ولم تقتصر هذه الصفقات على بيع الأشياء والحاجيات ، بل امتدت لتشمل بيع الخدمات المختلفة ، ونظراً لهذا التطور الهائل في نطاق التجارة الدولية ، ظهرت الحاجة الماسة إلى وجود قواعد ثابتة موحدة تحكم علاقات التجارة الدولية، وتوفّق قدر الإمكان ، بين الأنظمة القانونية المختلفة ، وذلك بوضع القواعد المتفق عليها بين الدول وصياغتها في اتفاقيات دولية تحكم علاقات التجارة الدولية، فيما تترك المسائل الخلافية دون تنظيم ، أو تنظمها بنصوص عامة مرنة تسمح بتوفير مرونة عالية في تطبيقها.

ومن أهم الاتفاقيات الموقعة في هذا الشأن ، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (C.I.S.G) لسنة ١٩٨٠ (اتفاقية فينا)، والتي جاءت بالأحكام المتعلقة بعقود بيع البضائع ، عندما تكون هذه العقود دولية، أو عندما تكون أماكن عمل الأطراف المتعاقدة في دول مختلفة .

وإن كانت هذه الاتفاقية قد نظمت معظم المسائل المتعلقة بهذا النوع من العقود ، إلا أنّها استثنت بعض المسائل من الخضوع لأحكامها لأسباب مختلفة .

ويشكل الإخلال المبتسر أحد أهم الموضوعات التي عالجتها اتفاقية فينا وبيّنت الحقوق التي بإمكان المتضرر الاستفادة منها في حالة وقوع هذا الإخلال.

* محامي .

ولما كانت درجة الإخلال المبتسر تختلف قوة وضعفاً، فقد أوجدت الاتفاقية حقيقتين للمتضرر بإمكانه ممارسة أحدها وفقاً لشروط تختلف من حق إلى آخر. فمنحت المتضرر حق وقف تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه بموجب العقد وفق شروط معينة، كما منحت حق فسخ العقد ولكن بشروط مختلفة عن شروط وقف التنفيذ.

وفي هذه الدراسة نتحدث في مبحثين مستقلين عن الحقوق المقررة للمتضرر في حالة الإخلال المبتسر، بحيث نتحدث في مبحث أول عن حق المتضرر في وقف تنفيذ التزاماته العقدية، فيما نتحدث في مبحث ثانٍ عن حق المتضرر في فسخ العقد. ونوجز في مبحث تمهيدي المقصود بالإخلال المبتسر والنصوص المتحدثة عنه. مراعين في معالجتنا لموضوع الدراسة إجمالاً الأحكام الواردة في اتفاقية فينا (C.I.S.G) والأحكام الواردة في مبادئ اليونيدروا (U.P).

مبحث تمهيدي

مفهوم الإخلال المبتسر

من الضروري التعرف على المقصود بالإخلال المبتسر، والنصوص المنظمة لهذا الموضوع في اتفاقية فينا (C.I.S.G) من جهة ومبادئ اليونيدروا من جهة أخرى، قبل التحدث عن الحقوق المقررة للمتضرر من هذا الإخلال.

فقد عرف جانب من الفقه¹ الإخلال المبتسر بالعقد على أنه: "أحداث تقع بعد إبرام عقد البيع وقبل حلول ميعاد تنفيذه تشير بوضوح إلى أن أحد الطرفين (البائع، أو المشتري) سوف لا يتمكن من تنفيذ التزاماته أو أنه سوف يرتكب مخالفة في التنفيذ". ولا يكون بالإمكان توقعها وقت التعاقد وتقع هذه الأحداث إثر ظروف عديدة، كأنهيار ائتمان أحد الطرفين أو تعرضه لأزمة اقتصادية خانقة، أو احتراق مصانعه، أو وقوع

¹ محسن شفيق. اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولية). الطبعة الأولى. القاهرة: دار النهضة العربية. ١٩٩٨. ص ٢٢٠ - ٢٢١.

خلاف بين الشركاء في الاستثمار ينشأ عنه اضطراب سير العمل في منشأتهم ، فتصير غير قادرة على الإنتاج بالكثافة أو الجودة المطلوبة^٢.

والإخلال المبتسر بهذه الصورة لم يقع بعد ، وإنما وجدت الظروف ، ووقعت أحداث بالإمكان أن يستشف منها احتمالية قوية لوقوع إخلال بالعقد في المستقبل هو في حقيقته " الإخلال المبتسر " . وهذا هو ما يميز الإخلال المبتسر عن الإخلال العادي الذي لا يعتبر إخلالا إلا إذا وقع بعد أن يكون الالتزام حال الأداء. إضافة إلى أن الإخلال المبتسر يظهر في العقود ذات الالتزامات المتبادلة والممتدة التنفيذ في المستقبل ، والتي لا تنفذ وقت التعاقد^٣.

وبالتالي ، فالإخلال المبتسر يعطي الحق لمتوقع حدوث الضرر المستقبلي ، بأن يقوم بإجراء وقائي تبرره الممارسة العملية ، وتفرضه مقتضيات التجارة الدولية ، التي لا تسمح بعدم الثقة وتذبذب الأوضاع ، وعدم استقرار تنفيذ الأداءات المتبادلة في عقد البيع الدولي^٤.

ويبدو أن اتفاقية فينا قد استعارت فلسفة وفكرة الفسخ المبتسر وأحكامه ، من نظام القانون المشترك (Common Law) الذي يأخذ بمفهوم الإخلال المتوقع (anticipatory breach) الناتج عن التمييز بين العقد المعد للتنفيذ فيما بعد (Executory Contract) من ناحية ، والعقد الذي تم تنفيذه من ناحية أخرى^٥.

^٢ المرجع السابق. ص ٢٢١.

^٣ Peter Schlechtriem. Commentary on the un convention on the International Sale of Goods (CISG).second Edition . Published in United States by Oxford University Press. Inc. New York. ١٩٩٨. p ٥٢٢ - ٥٢٣.

^٤ جمال عبد العزيز. الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع. بدون طبعة. القاهرة : النسر الذهبي للطباعة. ١٩٩٦ - ١٩٩٧. ص ٣٩٤.

^٥ المرجع السابق. ص ٣٩٥. وانظر كذلك : . ٥٣٤. Peter Schlechtriem, op, cit., p.

وفي اتفاقية فينا (CISG) لسنة ١٩٨٠، تم التطرق للأحكام المتعلقة بالإخلال المبتسر في الفرع الأول من الفصل الخامس من الجزء الثالث منها ، حيث عنون هذا الفرع بنسختيه العربية^٦ والإنجليزية^٧ ب : " الإخلال المبتسر وعقود التسليم على دفعات "، وتضمن هذا الفرع ثلاث مواد هي: المادة (٧١) ، المادة (٧٢) ، المادة (٧٣). حيث خصصت المادتان (٧٢+٧١) للحديث عن الإخلال المبتسر بقاعدته العامة ، فمنحت المادة (٧١) المتضرر (البائع أو المشتري) من الإخلال المستقبلي بالعقد الحق في وقف تنفيذ التزاماته (١/٧١) ، أو أن يعترض (إذا كان البائع) على تسليم البضاعة إذا كان قد أرسلها (٢/٧١) وفق شروط وفي ظروف محددة نبيها لاحقا. في حين زادت المادة (٧٢) من الحق المقرر للمتضرر في حالة الإخلال المستقبلي بأن منحه حق فسخ العقد وفق شروط وفي ظروف مختلفة عما نصت عليه م (٧١). أما المادة (٧٣) فقد تحدثت عن عقود التسليم على دفعات ، مع بعض الشيء عن الإخلال المبتسر .

ومع ذلك فهناك البعض الذي لم يسلم بأن المادة (٧١) تتحدث عن إخلال مبتسر مع اختلاف الحق الذي تقرره عن الحق المقرر في المادة (٧٢) ، ويرى بأن لا علاقة للمادة (٧١) بالإخلال المبتسر . وأن الإخلال المبتسر غير منصوص عليه سوى في المادة (٧٢) ، وفي الفقرة (٢) من المادة (٧٣).^٨

^٦ وهي النسخة المنشورة في كتاب محسن شفيق. المرجع السابق. ص ٤٨٩ - ٥١١ .

^٧ وهي النسخة المنشورة في كتاب :

Herber Benstein. Understanding the CISG in EUROPE. with out Edition. Published by Kluwer Law International. ١٩٩٧. P ١٥٣ - ١٨٢.

^٨ د. أمين دواس. محاضرة في جامعة بير زيت حول اتفاقية فينا. مايو / أيار / ١٩٩٩. وكذلك :

Peter Schlechtriem. op, cit, p. ٥٢٣.

حيث أنه ، وعندما أراد الحديث عن ما يشتمل عليه الفصل الخامس ذو الأحكام المشتركة من الجزء الثالث ، أخذ بالتعداد قائلا : أن هذا الفصل يشتمل على الإخلال السابق للتنفيذ (م ٧١) ، والإخلال المبتسر ، والإخلال بالتسليم على دفعات. أي أنه يعتبر الإخلال الواقع بموجب المادة (٧١) ليس من ضمن الإخلال المبتسر .

وبرأينا ، أن هذه النظرة غير دقيقة ، فالإخلال المبتسر ، هو الإخلال الذي لم يقع فعلا وإنما هناك احتمال كبير لوقوعه في المستقبل. ووفقا لهذا الفهم للإخلال المبتسر ، فإن المادة (٧١) هي أيضا تدرج ضمن مفهوم الإخلال المبتسر ، وكل ما في الأمر أن شروط تطبيق المادة (٧١) تختلف عن شروط تطبيق المادة (٧٢) ، كما أن الحق المقرر في المادتين متدرج من الأقل وطأة وخطورة إلى الأشد وطأة ، ففي حين تمنح المادة (٧١) حق وقف تنفيذ الالتزام فقط ، تمنح المادة (٧٢) حق الفسخ. وبالتالي فإن اختلاف الحقوق المقررة للمتضرر واختلاف شروط الحصول عليها لا يبرر القول باقتصار مفهوم الإخلال المبتسر على المادة (٧٢) فقط دون المادة (٧١).

وقد ظهر ، أيضا ، الترابط الواضح بين موضوع المادتين (٧١) و(٧٢) ، أثناء النقاشات التي دارت حولهما في مؤتمر فينا ، حيث اقترح الوفد المصري ، وعلى الأخص رئيس الوفد محسن شفيق دمج المادتين المذكورتين في مادة واحدة لكي تخضعا لذات الشروط^٩ ، وإن لم تتم الموافقة على هذا المقترح ، إلا أن بالإمكان أن نستشف منه الترابط الموضوعي بين المادتين وتعلقهما بموضوع واحد هو الإخلال المبتسر .

أما مبادئ اليونيدروا ، فقد تضمنت المادة (٧-٣-٣) منها الأحكام المتعلقة بالإخلال المبتسر ، غير أن هذه المادة لا تتحدث إلا عن حق واحد بإمكان المتضرر ممارسته وهو حق فسخ العقد ، دون حق وقف تنفيذ الالتزامات^{١٠} . ولم يرد أي نص صريح في مبادئ اليونيدروا يخول المتضرر من الإخلال المبتسر وقف تنفيذ التزاماته.

^٩ محسن شفيق. المرجع السابق. ص ٢٣٨. وانظر كذلك :

John, O, Honnold. United Nations Convention on Contracts for the International Sales under the ١٩٨٠. Second edition. ١٩٩١. P ٤٨٧.

وأيضا : جمال عبد العزيز . مرجع سابق . ص ٣٩٧ .

^{١٠} حيث نصت المادة (٧-٣-٣) تلك على أنه : " إذا تبين بوضوح قبل حلول ميعاد التنفيذ أنه سيكون هناك إخلال جوهرى من أحد الطرفين جاز للطرف الأخير أن ينهي العقد " . ونصت المادة (٧-٣-١/٢/د) من المبادئ المذكورة على أنه ولتحديد ما إذا كان الإخلال بتنفيذ الالتزام إخلالا جوهريا أم

ولكن هل يجوز للمتضرر ممارسة هذا الحق (حق وقف تنفيذ الالتزامات) رغم عدم وجود نص صريح ؟ سوف نجيب على هذا التساؤل في الفصول اللاحقة. وفي هذه الدراسة ، نقسم الحديث عن الإخلال المبتسر إلى مبحثين رئيسيين ، نتحدث في كل واحد منهما عن حق من الحقوق التي تمنحها الاتفاقية للمتضرر من هذا النوع من الإخلال. فنتحدث عن حق وقف تنفيذ الالتزامات في المبحث الأول ، فيما نتحدث عن حق الفسخ في مبحث ثان.

المبحث الأول

حق وقف تنفيذ الالتزامات

في حالة الإخلال المبتسر

نظمت المادة (٧١) من اتفاقية فينا (CISG) الأحكام المتعلقة بحق الطرف المتضرر من الإخلال المبتسر في وقف تنفيذ التزاماته ، حتى يتبين له حقيقة قدرة ورغبة الطرف الآخر في تنفيذ التزاماته المستقبلية وتقديم ما يؤكد هذه الرغبة. حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (٧١) المذكورة على المبدأ الأساسي لوقف التنفيذ بقولها : "يجوز لكل من الطرفين أن يوقف تنفيذ التزاماته إذا تبين بعد انعقاد العقد أن الطرف الآخر سوف لا ينفذ جانباً هاماً من التزاماته :

أ. بسبب وقوع عجز خطير في قدرته على تنفيذ هذا الجانب من التزاماته ، أو بسبب إفساره ، أو

ب. بسبب الطريقة التي يعدها لتنفيذ العقد أو التي يتبعها فعلاً في تنفيذه ."

أما الفقرة الثانية من ذات المادة فقد تضمنت صورة أخرى من صور عدم التنفيذ أو التراجع عنه ، فنصت على أنه : " إذا كان البائع قد أرسل البضاعة قبل أن تتضح

لا ، يؤخذ بعين الاعتبار " ما إذا كان عدم التنفيذ يعطي الطرف المضرور سبباً للاعتقاد أنه لا يمكن الاعتماد على تنفيذ الطرف الآخر المستقبلي ". وهذا النص يفترض أن العقد ينفذ على دفعات وليس على دفعة واحدة ، وهو يتقارب من المادة (٢/٧٣) من اتفاقية فينا (CISG) .

الأسباب المذكورة في الفقرة السابقة جاز له أن يعترض على تسليم البضائع إلى المشتري ولو كان المشتري يحوز وثيقة تجيز له استلام البضاعة. ولا تتعلق هذه الفقرة إلا بالحقوق المقررة لكل من البائع والمشتري على البضائع ."

وأوجبت الفقرة الثالثة من المادة (٧١) على المتضرر الذي يرغب في ممارسة حقه في وقف تنفيذ التزاماته سواء في الفقرة الأولى أو الفقرة الثانية ، أن يرسل إخطاراً بذلك للطرف الآخر. كما أن عليه أن يستأنف التنفيذ إذا قدم له الطرف الآخر ضمانات كافية تؤكد عزمه على تنفيذ التزاماته.

ومن النصوص السابقة يظهر أن شروط تطبيق الحالة الأولى (المتضمنة للمبدأ العام) في الفقرة الأولى والحالة الثانية في الفقرة الثانية من المادة (٧١) هي واحدة ، لذا سوف نعمل إلى توضيح هذه الشروط في معرض حديثنا عن الحالة الأولى الأساسية (المادة ١/٧١) ، ونكتفي في حديثنا عن الفقرة الثانية من ذات المادة عن الظروف الخاصة المتعلقة بهذه الفقرة دون إعادة الحديث عن الشروط ثانية.

ونؤكد هنا ، وقبل الحديث في الشروط تلك ، على أن مبادئ اليونيدروا لم تأت بنص واضح وصريح يسمح للمتضرر من الإخلال المبتسر بأن يوقف تنفيذ التزاماته ، واقتصر الحق الذي تحدثت عنه المادة (٧-٣-٣) من المبادئ على إمكانية الفسخ فقط. أما المادة (٧-١-٣/٢) من المبادئ التي نتحدث عن الامتناع عن التنفيذ ، فليس لها علاقة بالإخلال المبتسر ، وإنما مرتبطة فقط بالإخلال الفعلي. فعند عدم تنفيذ أحد الأطراف لالتزامه يجوز للطرف الآخر أن يتمتع هو الآخر عن تنفيذ التزامه.

ومع ذلك ، هل يجوز للطرف المتضرر من الإخلال المبتسر أن يوقف تنفيذ التزاماته وفقاً لمبادئ اليونيدروا ، رغم عدم وجود نص صريح على ذلك ؟

برأينا ، أن المادة (٧-٣-٣) من المبادئ سمحت للمتضرر بممارسة حق هو أعظم خطورة ووقعا من حق وقف تنفيذ الالتزام ، وهو حق فسخ العقد وإنهائه تماماً وليس مجرد وقف تنفيذ الالتزام فقط. فإذا كان بإمكان المتضرر أن يمارس حق الفسخ

أليس بإمكانه أن يمارس حقا أقل خطورة ، وأقل أثرا من فسخ العقد ، بان يوقف تنفيذ التزاماته فقط دون ممارسة حقه في الفسخ ؟

من هنا فإننا نرى أن بإمكان المتضرر أن يمارس حق وقف تنفيذ التزاماته كرد على الإخلال المبتسر المنتظر وقوعه من الطرف الآخر ، انطلاقا من قاعدة أن من يملك الأكثر (حق الفسخ) يملك الأقل (حق وقف تنفيذ الالتزامات) ، هذا فضلا عن أن مبادئ اليونيدروا غير ملزمة ويجوز للأطراف مخالفتها.

ومع ذلك ، وإذا ما رغب المتضرر في وقف تنفيذ التزاماته (وفقا للمبادئ)، فإنه من الضروري أن يخضع لذات الشروط المطلوبة لممارسة حق فسخ العقد بسبب الإخلال المبتسر ، والتي سوف نوضحها في حينه عند الحديث عن الإخلال المبتسر وحق فسخ العقد في المبحث الثاني من الدراسة.

والآن ، نشرع في بيان الشروط الواجب توافرها حتى يكون للمتضرر من الإخلال المبتسر الحق في وقف تنفيذ التزاماته ، أو الاعتراض على التسليم ، ونوضحها في مطلبين.

المطلب الأول : المبدأ العام لحق وقف تنفيذ الالتزامات العقدية وشروطه طبقا للمادة (١/٧١).

ابتداء ، فإن حق وقف تنفيذ الالتزامات بموجب الفقرة الأولى لم يقتصر على طرف واحد دون الآخر ، بل أنه يشمل كلا طرفي التعاقد (البائع والمشتري) ويظهر هذا الأمر بصراحة في النص الذي جاء بالصيغة التالية : " يجوز لكل من الطرفين " على خلاف نص الفقرة الثانية التي قصرت الحق الممارس بموجبها على البائع فقط^{١١}. ويظهر حق الأطراف في وقف تنفيذ التزاماتهم كرد على إخلال متوقع في المستقبل من الطرف الآخر في العقود التبادلية التي يكون فيها التزام الطرف المتضرر واجب التنفيذ قبل التزام

^{١١} Peter Schlechtriem, op, cit, p. ٥٢٥.

الطرف الآخر المههد بوقوع خطر عدم التنفيذ من جانبه^{١٢}. وتحدث في هذا الصدد عن شروط وقف تنفيذ الالتزامات ، وآثاره ، وطبيعة هذا الحق.
أولا : شروط وقف التنفيذ :

حتى يتسنى للمتضرر إعلان وقف تنفيذ التزاماته بموجب الفقرة الأولى من المادة (٧١) يجب أن تتوافر الشروط التالية :

١- وجود ظروف يمكن معها الاعتقاد بأن أحد طرفي العقد سوف لن ينفذ جانباً هاماً من التزاماته مستقبلاً ، وقد استخدم النص الإنجليزي عبارة " إذا أصبح واضحاً أن الطرف الآخر سوف لن ينفذ الجزء الهام من التزاماته ". وقد تكون هذه الترجمة أكثر دقة من الترجمة الواردة في النسخة العربية التي ترجمت الفقرة الأولى من المادة (٧١) بالقول "... إذا تبين ...". وفي هذا نرى أن المصطلح المستخدم في هذه المادة يختلف عن المصطلح المستخدم في المادة (٧٢) ، ففي حين استخدمت المادة (٧١) مصطلح "apparent" نجد أن المادة (٧٢) قد استخدمت مصطلح "clear". فالصيغة المستخدمة في المادة (٧١) هي أقل دقة وتشدداً من تلك المستخدمة في المادة (٧٢). وبالطبع فإن هذا يرجع إلى أن الحق المقرر في المادة (٧٢) هو أشد وقعا وخطرا من الحق المقرر في المادة (٧١) ، ودرجة احتمالية وقوع الخلل المستقبلي بموجب المادة (٧١) هو أقل درجة مقارنة بالمواد (٧٢ + ٧٣) . ولم يترك النص تحديد هذه الظروف لمطلق إرادة الأطراف المتعاقدة ، بل ذهب إلى حصرها ، بأن نص على أن تقدير وجود تلك الظروف من عدمه يجب أن يكون مستقياً من^{١٣} :

^{١٢} Op. cit. p. ٥٢٣.

^{١٣} محسن شفيق. المرجع. ص ٢٢٢. وانظر كذلك :

Fritz Enderlein. and Dietrich Maskow. International Sales Law (Convention, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. ١٩٩٢. P. ٢٨٥.

وكذلك المادة (٧١/١/أ)ب ، من اتفاقية فينا (CISG).

أ. وقوع عجز خطير في قدرة الطرف المدعى عليه على التنفيذ أو انهيار ائتمانه (م/١/٧١). ولا يشترط أن تبلغ خطورة العجز مبلغ الوقوف عن التنفيذ فعلا ، وإنما يكفي أن تجعل التنفيذ عسيرا لا يبشر بالفرج القريب. ويجب أن يتعلق العجز عن التنفيذ بالعقد محل النزاع ، حتى أنه إذا لم يظهر عجز في تنفيذ هذا العقد بالذات ، فلا يحق للطرف المدعي ان يوقف تنفيذ التزاماته حتى ولو ظهر من الطرف المدعى عليه عجز في تنفيذ عقود أخرى سابقة عليه. فإذا كان مشتريا ولم تظهر منه أي بادرة تكشف عن عجزه عن دفع الثمن ، فلا يجوز للبائع وقف تنفيذ التزاماته ، ولو تبين أن المشتري قد عجز عن الوفاء بمناسبة عقود أخرى مبرمة مع الغير أو حتى مع نفس البائع. والظروف التي ينشأ عنها العجز في التنفيذ قد تكون خاصة بالطرف المدعى عليه ، كإضراب عماله ، أو وقوع خلاف بينه وبين شريكه يختل معه سير العمل في منشأتهما. وقد تكون الظروف عامة ، كمنع التصدير إلى دولة المشتري ، أو تحريم إرسال النقد الأجنبي إلى دولة البائع. أما انهيار الائتمان فهو كمثل امتناع المصارف عن تمويل المنشأة أو عن فتح الاعتمادات لها أو عن إصدار ضمان لكفالتها ، أو إحجام التجار عن التعامل الآجل معها ، وغير ذلك من الظروف^{١٤}. وبصفة عامة فإن " العجز الخطير " غير متصور حدوثه في الإخلالات العامة في التنفيذ ، كتلك التي تحدث في خط الإنتاج بفعل ظاهرة طبيعية ، أو أية موانع قانونية فعالة وهامة^{١٥}.

ب. بسبب الطريقة التي يعدها المدعى عليه لتنفيذ العقد أو التي يتبعها فعلا في تنفيذه (م/١/٧١ ب). كما لو طلب المشتري من البائع صنع قطع غيار آلة سبق أن اشتراها منه واشترط استخدام مادة أولية معينة في صنع القطع المطلوبة ، ثم علم المشتري بعد ذلك من بعض التجار ممن تعاقدوا مع نفس البائع على شراء قطع غيار مماثلة ، إن البائع

^{١٤} محسن شفيق. المرجع السابق. ص ٢٢٢ - ٢٢٣. وانظر كذلك :

Fritz Enderlein, and Dietrich Maskow, op, cit. , p ٢٨٦.

^{١٥} Peter Schlechtriem, op, cit, p. ٥٢٥.

صار يستخدم في صنعها مادة أولية أقل جودة من الصنف المتفق عليه. فهذا العلم وحده لا يكفي لتوقف المشتري عن تنفيذ التزامه بدفع الثمن المستحق عليه ، بحجة أن البائع سوف لن ينفذ التزاماته العقدية مستقبلا. ولكن ، إذا تبين أن البائع سوف لن يستعمل في تنفيذ العقد المبرم بينهما المادة الأولية المتفق عليها في العقد لتحرير استيرادها في دولته ، وأنه لا سبيل للبائع إلا استعمال المادة البديلة الأقل جودة ، كان من حق المشتري في هذه الحالة وقف التنفيذ^{١٦}. فهذه الفقرة (٧١/ب) تحكم العوائق المستقبلية في التنفيذ المرتبطة بظروف المدعى عليه خلال الإعداد لتنفيذ العقد نفسه. وهنا أيضا من الضروري أن يكون هناك خطر محتمل الوقوع من المدعى عليه في تنفيذ العقد^{١٧}. وحيث أن المادة (٧١) تحمي الطرف المدعي من الاضطراب المالي للطرف المدعى عليه ، الأمر الذي سينتج عنه عدم قدرته على تنفيذ التزاماته العقدية ، فإن عبء إثبات الاضطراب المالي والعجز الخطير في القدرة على التنفيذ يقع على عاتق المدعي^{١٨}.

٢- أن تكون هذه الظروف قد " ظهرت " بعد إبرام العقد . والبعض^{١٩} يقول بأن تكون تلك الظروف قد " وقعت " بعد إبرام العقد ، إلا أننا نرى أن هذا القول غير دقيق ، وأن الأصح هو ظهور تلك الظروف للمتضرر بعد إبرام العقد أي أن المتضرر لم يكن على علم بوجودها وقت التعاقد ، فقد تكون موجودة وقت التعاقد غير أن المتضرر لم يعلم بها. فالمنطق يقتضي أن يستفيد المتضرر من هذه الظروف ويستند عليها في وقف تنفيذ التزاماته ، حتى وإن كانت هذه الظروف موجودة وقت التعاقد ولم يكن المتضرر يعلم بها لأنها تبقى مفاجأة له ، ويستحق معها الحماية المقررة في النص. أما إذا كانت هذه الظروف قائمة وقت انعقاد العقد وعلم بها الطرف المتضرر ورضي بإتمام العقد

^{١٦} محسن شفيق. المرجع السابق. ص ٢٢٣.

^{١٧} Peter Schlechtriem, op. cit. p. ٥٢٥.

^{١٨} عادل خير. عقود البيع الدولي للبضائع من خلال اتفاقية فينا وجهود لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي (Unictral). الطبعة الأولى. القاهرة : دار النهضة العربية. ١٩٩٤. ص ٦٧.

^{١٩} محسن شفيق. المرجع السابق. ص ٢٢٣.

رغم ذلك ، فلا مفاجأة هنا ، ولا محل لاستفادته من الحماية التي يقرها النص^{٢٠} ، وليس بإمكانه الاستناد الى تلك الظروف في وقف تنفيذ التزاماته .

وتقدير حالة إدراك المتضرر لوجود أسباب الوقف من عدمه ، يجب أن تكون وفقا للقواعد الموضوعية ، وأن يدخل في الاعتبار المسائل والمعلومات التي من المفترض على المتضرر أن يعلم بها في قطاع التجارة التي يمارسها بحسب خبرته في السوق . وفي هذه الحالة نعود للأخذ بقاعدة الشخص العادي وفقا للمادة ٢/٨ من الاتفاقية^{٢١} ، لتقدير امكانية افتراض وجود العلم من عدمه .

٣- أن يكون العجز المحتمل في التنفيذ المستقبلي متعلقا "بجانب هام" (Substantial Part) من التزامات الطرف المدعى عليه. ولم يحدد النص درجة الأهمية تلك ، إلا أن المنطق يقتضي أن لا تصل درجة الأهمية تلك إلى الإخلال الجوهرى بالعقد بمعناه الوارد في المادة (٢٥) من الاتفاقية ، وفي المقابل أن لا تصل إلى درجة من النفاهة التي يمكن وينبغي التغاضي عنها^{٢٢} . على أنه إذا وصل الإخلال إلى حد الإخلال الجوهرى ، فإن المتضرر مخير بين ممارسة حق وقف تنفيذ التزاماته بمقتضى المادة (٧١) من الاتفاقية ، أو أن يلجأ إلى فسخ العقد بموجب المادة (٧٢) من الاتفاقية^{٢٣} . وتحدد أهمية ذلك " الجزء " بالنظر إلى العقد في مجمله ، وحجم القسم الذي يتأثر في العقد عند عدم تنفيذ ذلك الجزء . وأيضا ، يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار أن الغاية من الحق المقرر للمتضرر هي الوصول إلى أكبر توازن ممكن بين حقوق الأطراف المتعاقدة^{٢٤} ، دون الانتقاص من حقوق طرف لحساب الطرف الآخر.

^{٢٠} Peter Schlectriem, op. cit, p. ٥٢٥ - ٥٢٦.

^{٢١} Op. cit, p. ٥٢٦.

^{٢٢} محسن شفيق. المرجع السابق. ص ٢٢٤. وانظر كذلك :

Peter Schlechtriem, op. cit, p. ٥٢٤.

^{٢٣} Fritz Enderlein, and Dietrich Maskow, op. cit., p. ٢٨٦.

^{٢٤} Peter Schlechtriem, op. cit., p. ٥٢٤.

٤- شرط الإخطار : حتى يكون للطرف المتضرر ممارسة حق وقف التنفيذ يتوجب عليه أن يرسل إخطارا بذلك إلى الطرف الآخر ، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة (٧١) على أنه : " يجب على الطرف الذي يوقف تنفيذ التزاماته قبل إرسال البضاعة أو بعد إرسالها أن يرسل مباشرة إلى الطرف الآخر إخطارا بذلك...^{٢٥} . وما يميز هذه الصيغة عن صيغة الإخطار المنصوص عليها في المادة (٢/٧٢) ، هو أن الإخطار بموجب المادة (٣/٧١) ينتج أثره بمجرد إرساله ويتوقف المخطر عن تنفيذ التزاماته دون انتظار رد من الطرف الآخر ، بل أن الأثر المترتب على رد الطرف الآخر قد يكون الرجوع عن وقف التنفيذ ، والاستمرار في التنفيذ وفقا لشروط المادة (٣/٧١) . أما الإخطار بموجب المادة (٢/٧٢) فهو لإعلام الطرف الآخر برغبته في فسخ العقد ، أي أنه لم يفسخ العقد بعد. ولذلك فقد استخدمت هذه المادة (٢/٧٢) عبارة " الذي يريد الفسخ " ، لأنه لم يفسخ بعد، على خلاف العبارة المستخدمة في المادة (٣/٧١) وهي " الذي يوقف تنفيذ التزاماته " ، لأنه يوقف تنفيذ التزاماته منذ إرساله الإخطار وليس بعد وصول الإخطار للطرف الآخر ومضي مدة على إرساله دون رد^{٢٦} . ويبقى الإخطار في هذه الحالة خاضعا لنص المادة (٢٧) من الاتفاقية فيما يتعلق بشكله ، ومخاطر انتقاله، والمسائل الأخرى المتعلقة به ، ويبقى المقصود منه العلم فقط^{٢٧} .

ثانيا : آثار وقف التنفيذ.

إذا مارس المتضرر حقه في وقف تنفيذ التزاماته بمقتضى المادة (١/٧١) بعد أن توافرت الشروط سالفة الذكر ، فإنه يصبح في حل من الالتزام المترتب عليه بموجب

^{٢٥} وجاء النص باللغة الإنجليزية على النحو الآتي :

"a party suspending performance, whether before or after dispatch of the goods, must immediately give notice of the suspension to the other party ...".

^{٢٦} Fritz Enderlein, and Dietrich Maskow, op, cit, p. ٢٨٨ - ٢٨٩. And see: Article ٢٧ in the CISG.

^{٢٧} Peter Schlechtriem, op, cit, p. ٥٢٧.

العقد ، ولا يكون ملزما بتنفيذه. على أن ما يميز هذا الحق أنه مؤقت ، ولا يستمر إلى الأبد بل لا بد له من أن ينتهي إما بتقديم المدعى عليه للضمانة الكافية المؤكدة للتنفيذ المستقبلي للالتزاماته ، أو حلول أجل التنفيذ دون تنفيذ فعلي للالتزاماته مما يعطي المتضرر الحق في فسخ العقد بناء على القواعد العامة التي تتيح له ذلك إذا ما توافرت شروط تطبيقها.

وفي هذه الحالة ، وإذا ما توقف المتضرر عن تنفيذ التزاماته العقدية بموجب المادة (١/٧١)، فإنه لا يمكن بأية حال اعتباره مخلا بالتزاماته العقدية ، لأنه يمارس حقا قانونيا.

وهنا يثور التساؤل الهام ، والمرتبط بالآثار المترتبة على هذا الوقف ، وهو أنه ، وفي حالة متابعة التنفيذ بعد التوقف القانوني عنه ، هل يعدل الوقت العقدي الواجب فيه التنفيذ ؟ فمثلا إذا كان التزام البائع بتنفيذ التزاماته (بتسليم البضاعة مثلا) يجب أن يتم في موعد أقصاه ١٩٩٩/٦/١. وكان قد استخدم حقه القانوني في وقف تنفيذ التزاماته في الفترة بين ١٩٩٩/٣/١ - ١٩٩٩/٤/١٥ ثم استأنف التنفيذ بعد ذلك فهل يبقى ملزما بالتنفيذ قبل ١٩٩٩/٦/١ ؟ أم أن المدة تمتد بمقدار انقطاعه عن التنفيذ ؟

إن المنطق يقتضي أن يمتد التنفيذ بقدر المدة التي توقفها البائع عن التنفيذ ، لأن توقفه عن التنفيذ كان نتيجة لممارسته حقا قانونيا منحتة إياه المادة (٧١) ، ومن غير المعقول أن يعاقب على ممارسته حقه القانوني بعدم تمديد مدة التنفيذ بالقدر الكافي لذلك ، أو على وجه التحديد بقدر المدة التي توقف فيها عن التنفيذ^{٢٨}. ولكن ما الأثر القانوني المترتب على الوقف غير القانوني الذي لم تتوافر شروطه ؟

إن الطرف المتوقف عن التنفيذ قد لا يكون عادلا في توقفه عن التنفيذ ، وذلك عندما يكون له دور في حدوث الأسباب التي أدت إلى التوقف. وبالتالي فإن توقفه عن

^{٢٨} Fritz Enderlein, and Dietrich Maskow, op, cit, ٢٩٠. And see: John, O, Honnold, op, cit, p. ٤٩٣.

وانظر كذلك: محسن شفيق. المرجع السابق. ص ٢٢٦.

تنفيذ التزاماته هو في ذاته إخلال من جانبه (م ٨٠)^{٢٩}. وفي هذه الحالة يكون بإمكان الطرف الآخر ممارسة حق الفسخ ، في مواجهة الطرف المتوقف عن التنفيذ توقفا غير قانوني على أساس المواد (٤٩ ، أو ٦٤) إذا توفرت شروط تطبيقها.

ثالثا : استئناف التنفيذ.

حيث أن حق وقف التنفيذ حق مؤقت ، فإنه قد ينقطع في حالة تقديم المدعى عليه للضمانة الكافية المؤكدة لعزمه على التنفيذ ، ويصبح لزاما على الطرف المتوقف استئناف التنفيذ. فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة (٧١) على أنه : " وعليه (أي المتوقف) أن يستأنف التنفيذ إذا قدم له هذا الطرف (أي المدعى عليه) ضمانات كافية تؤكد عزمه على تنفيذ التزاماته " .

وفي هذا الصدد تثار عدة تساؤلات : فما المقصود بالضمانة الكافية ؟ ومتى يجب على الطرف المتوقف عن التنفيذ استئناف تنفيذ التزاماته ؟ وماذا يحدث لو أن الطرف المخل بالتزاماته لم يقدم " ضمانا كافية " ، أو أنه قدم "ضمانة" غير أنها لم تكن " كافية " ؟ ومن الذي يقدر كفاية أو عدم كفاية الضمانة ؟ وما هو الأثر المترتب على عدم استئناف تنفيذ الالتزامات من المتوقف عن التنفيذ رغم تقديم " ضمانا كافية " ؟

نحاول ، وبإيجاز ، أن نجيب على هذه التساؤلات من خلال النقاط التالية :

١ - مقصود الضمانة الكافية :

لم تحدد الاتفاقية المقصود بالضمانة الكافية ، كما لم تضع معايير معينة تحدد على أساسها كفاية الضمانة المقدمة من عددها . لذا ، فإن تقدير كفاية الضمانة من عددها يبقى متروكا لتقدير المتوقف عن التنفيذ. وليس هناك صورة أو شكل خاص على وجه التحديد للضمانة المقدمة ، وبذلك قد تأخذ صورة محجوزات ، أو رهونات على أموال منقولة عن طريق تسليمها كضمانة للتنفيذ ، أو أن يتم تقديم كفالات أو اعتمادات

^{٢٩} Peter Schlechtriem, op. cit. p. ٥٢٨.

ضمان بنكية^{٣٠}. وبصفة عامة ، فإن كفاية الضمانة المقدمة تعتمد على الظروف التي تقود إلى وقف التنفيذ ، فمثلا لو منع البائع من إخراج البضاعة المباعة بقرار من الحكومة ، ثم وجد البائع مصادر جديدة للمواد المباعة ، وأثبت قدرته على تنفيذ التزامه المستقبلي ، أو انه عرض التنفيذ الفوري للالتزامات ، فهذا بذاته أحد صور الضمانة الكافية . وكذلك إذا قدم المدعى عليه بواسطة أحد البنوك - في حالة العجز الناتج عن الإعسار - ضمانات مختلفة كافية^{٣١}. ويرى بعض الفقه^{٣٢} انه ليس من شأن الضمانة حتى تكون كافية أن تشتمل على التنفيذ الكامل للالتزام .

٢- وقت استئناف التنفيذ :

لم تحدد الاتفاقية ، أيضا ، متى يجب على الطرف المتوقف عن التنفيذ استئنافه ، كما أنها لم توجب على الطرف المتوقف عن التنفيذ ، إبلاغ الطرف الآخر بكفاية الضمانة ، وبالتالي مباشرة التنفيذ^{٣٣}. ومع ذلك فقد يكون مبدأ حسن النية في التعاملات وضرورة قيام العلاقات التجارية على أساس من الثقة والسرعة ، تقتضي أن يخبر الطرف المتوقف الطرف الآخر بكفاية الضمانة المقدمة منه وباستئنافه تنفيذ التزاماته ، مباشرة بعد أن يكون قد وصل إلى علمه أو إليه الضمانة الكافية التي تقوي عزمه على تنفيذ التزاماته ، وتطمئنه على حقوقه الواجبة الأداء مستقبلا.

٣- الأثر المترتب على عدم استئناف التنفيذ رغم تقديم ضمانات كافية :

عندما يقدم الطرف المدعى عليه الضمانة الكافية ، يصبح لزاما على الطرف المتوقف استئناف التنفيذ ، لأن التنفيذ في هذه الحالة يصبح واجبا^{٣٤}، حتى إذا لم يقيم به

^{٣٠} Peter Schlechtriem, op, cit, p. ٥٣٠ - ٥٣١. And see: John, O, Honnold, op, cit, p. ٤٨٥.

^{٣١} Fritz Enderlein, and Dietrich Maskow, op, cit, p. ٢٨٩. And see: John, O, Honnold, op, cit, p. ٤٩٢.

^{٣٢} Op, cit, p. ٢٨٩.

^{٣٣} Op, cit, p. ٢٩٠.

^{٣٤} peter Shlechtriem, op, cit, p. ٥٣٠.

المتوقف عن التنفيذ ، اعتبر مخلا بالعقد ، وجاز للطرف الآخر أن يستخدم حقه في فسخ العقد مثلا ، لأن المتوقف عن تنفيذ التزاماته يكون ، في هذه الحالة ، معلنا صراحة رغبته في عدم تنفيذ التزاماته . وهذا بذاته يمكن اعتباره بمثابة الإخلال الجوهرى بالعقد الذي يتيح للمتضرر الفسخ على أساس المادة (٣/٧٢) ، إذا توافرت شروط تطبيقها .

٤- الأثر المترتب على عدم تقديم ضمانات، أو عدم كفاية الضمانة :

إذا لم يقدم المخالف ضمانات ، أو قدم ضمانات غير كافية فإن حق المتوقف عن التنفيذ في وقف التنفيذ يستمر بمقتضى المادة (٧١). ولا تسمح هذه المادة بالانتقال التلقائي لممارسة حق فسخ العقد ،^{٣٥} بل يجب الرجوع إلى شروط المادة (٧٢) للتأكد من توافرها بعد عدم تقديم الضمانة الكافية ، فإذا كانت كذلك أمكن للمتوقف عن التنفيذ أن يمارس حقه بالفسخ بمقتضى م (٧٢)، أو أن ينتظر حتى يصبح التزام الطرف الآخر حال الأداء ، فيمارس حق الفسخ بمقتضى المواد (٤٩ ، ٦٤) .^{٣٦} ويكون ذلك في الحالة التي يخشى فيها المتضرر من أن لا تكون شروط الفسخ قد توافرت بمقتضى المادة (٧٢) ، فيؤثر لذلك الانتظار حتى يصبح الالتزام حال الأداء فيستخدم حقه بالفسخ بمقتضى أي من المادتين ٤٩ أو ٦٤ .

المطلب الثاني : الاعتراض على تسليم البضاعة طبقا للمادة (٢/٧١).

تعالج الفقرة الثانية من المادة (٧١) الحالة التي لا تكتشف فيها الظروف المذكورة في الفقرة الأولى ، والتي تبين أن جانبا هاما من التزامات الطرف الآخر سوف لن تنفذ ، إلا بعد إرسال البضاعة إلى المشتري وقبل أن تصل إليه ويستلمها. فلم تشأ الاتفاقية أن تحرم البائع الذي أرسل تلك البضائع من أن يستفيد من الحق الذي تقرره الفقرة الأولى ، فوضعت الفقرة الثانية من المادة (٧١) التي سمح بموجبها للبائع الاعتراض على تسليم البضاعة التي أرسلها ، إذا ظهرت له الظروف المنصوص عليها

^{٣٥}Op, cit, p. ٥٣١.

^{٣٦} John, O, Honnold, op, cit, p. ٤٩٤.

في الفقرة الأولى من المادة (٧١) بعد إرساله للبضاعة ، فنصت الفقرة الثانية على الآتي : " إذا كان البائع قد أرسل البضائع قبل أن تتضح الأسباب المذكورة في الفقرة السابقة جاز له أن يعترض على تسليم البضائع إلى المشتري ولو كان المشتري يحوز وثيقة تجيز له استلام البضاعة. ولا تتعلق هذه الفقرة إلا بالحقوق المقررة لكل من البائع والمشتري على البضائع ". وتتسم هذه القاعدة مع ما جاء في المادة (٢/٧٣) من اتفاقية لاهاي . ويمكن أن يعزى هذا الأمر للقواعد المتشابهة في القانون الإنجليزي والأمريكي ، وقوانين الدول الاسكندنافية.^{٣٧}

وفي هذا المطلب ، نعالج طبيعة هذا الحق وحدوده من جهة ، والآثار المترتبة على ممارسته وانتهائه من جهة أخرى.

أولاً : طبيعة الحق الممنوح للبائع بموجب المادة (٢/٧١) وحدوده.

تخضع شروط الاستفادة من هذه الفقرة (٢/٧١) لذات شروط الفقرة الأولى^{٣٨} ، غير أنها محصورة في البائع فقط ، وليس بإمكان المشتري الاستفادة منها ، ويظهر هذا الأمر بوضوح من نص الفقرة الثانية التي بدأت بالقول " إذا كان البائع قد أرسل البضاعة ... ". ولو كان التزام المشتري هو الأول وبعد أن أرسل المبلغ اكتشف تلك الظروف المنصوص عليها في الفقرة الأولى فإنه لا يستطيع أن يأمر البنك مثلاً بعدم دفع قيمة المبلغ في خطاب الضمان. وان كان البعض يرى أنه كان ينبغي أن يمنح مثل هذا الحق للمشتري وعدم حصره في البائع ، وتمكين المشتري من استرجاع النقود التي أرسلها ، غير أن هذا الأمر كان مرفوضاً أثناء صياغة اتفاقية فيينا (CISG) خوفاً من الخطورة المترتبة على ذلك والتي تؤدي إلى انعدام الثقة في نطاق الصفقات

^{٣٧} Op. cit. p. ٥٢٩.

^{٣٨} Peter Shelechtriem, op. cit. p. ٥٢٩.

الدولية ، وعلى الأخص في الدفعات النقدية بحيث تصبح معرضة للخطر إذا ما سمح للمشتري بسحبها أو وقفها.^{٣٩}

ولا يتأثر حق البائع هنا في الاعتراض على تسليم البضاعة ، بكون أن المشتري يحوز الوثائق والمستندات التي تثبت ملكيته للبضاعة وتخوله استلامها كسندات الشحن وخلافه. غير أن حق البائع في الاعتراض يبقى محصور الأثر في علاقته مع المشتري فقط ، ولا يؤثر على حقوق الغير التي ترتبت لهم قبل الاعتراض ، كما لو باع المشتري البضاعة قبل وصولها إلى مشتر آخر وسلمه الوثائق والمستندات التي تخوله استلامها من الناقل ، فليس للبائع في هذه الحالة الاعتراض على استلام المشتري الثاني للبضاعة ، وفقا لأحكام الاتفاقية. ولكن بإمكانه الاستفادة من قواعد القانون المحلي بهذا الخصوص ، وما إذا كانت تسمح له بالاعتراض على التسليم للمشتري الثاني أم لا تسمح بذلك. مع الأخذ بعين الاعتبار القواعد العامة التي تحمي حق الملكية في البضاعة ، وعلى الأخص قاعدة حسن النية من المشتريين.^{٤٠}

وإن كانت الفقرة الثانية من المادة (٧١) قد أعطت البائع الحق في وقف تسليم البضاعة للمشتري ، إلا أنها لا تخوله الحق في الحصول عليها واسترجاعها. ويبقى التساؤل الهام الذي يثار في هذا الصدد ، وهو : هل هناك ما يجبر الناقل على الانصياع لأوامر البائع ، وأن يمتنع عن تسليم البضاعة للمشتري بناء على طلب البائع ؟

إن اتفاقية فينا (CISG) لم تبين الأحكام المتعلقة بذلك الأمر ، كما أن الناقل لم يكن طرفاً في عقد البيع المبرم بين البائع والمشتري وليس عليه أي التزام بموجبه ، وإذا قام

^{٣٩} Fritz Enderlein, and Dietrich Maskow, op. cit, p. ٢٨٧.

^{٤٠} John, O. Honnold, op. cit, p. ٤٩٠ - ٤٩١. And see: Fritz Enderlein, and Dietrich Maskow, op. cit, p. ٢٨٨.

وانظر كذلك : محسن شفيق. المرجع السابق. ص ٢٢٦ - ٢٢٧.

الناقل بتنفيذ أوامر البائع وامتنع عن تسليم البضاعة للمشتري ، فإن بعض الفقه^{٤١} ، يرى بأن الناقل يكون مسئولاً تجاه المشتري عن أي ضرر قد يلحق به نتيجة امتناعه ذلك ، وبإمكان المشتري أن يطالبه بالتعويض. وقد يمتنع الناقل، خوفاً من المسؤولية تجاه المشتري ، عن الالتزام بأوامر البائع . لذا يصبح لزاماً على البائع في هذه الحالة أن يلجأ إلى القانون المحلي ، والقضاء المحلي يطلب إليه إصدار الأمر الذي يقضي بمنع الناقل من تسليم البضاعة للمشتري ، أو بإلزام المشتري بتسليم الوثائق التي تخوله استلام البضاعة للناقل أو البائع ، حتى يتفادى الناقل أية مسؤولية تجاهه نتيجة لالتزامه بأوامر البائع^{٤٢} . وإمكانية إصدار المحكمة لأمر القاضي بتسليم الوثائق للبائع أو للناقل ، أو منع الناقل من تسليم البضاعة للمشتري ، تعتمد على تحقق أحد أمور ثلاثة : الأول ، أن تكون دولة تلك المحكمة مصادقة على اتفاقية فينا (CISG) . والثاني ، أن يكون القانون المحلي لتلك الدولة يسمح للبائع بوقف تسليم البضاعة للمشتري^{٤٣} . والثالث ، أن يكون هناك شرط في عقد البيع يسمح للبائع بطلب وقف تسليم البضاعة للمشتري دون أن تقع أي مسؤولية على الناقل .

ومن هذا يمكن أن نصل إلى حقيقة عملية مفادها أن البائع لا يكون بإمكانه - من الناحية العملية - أن يمارس حقه بموجب الفقرة الثانية من المادة (٧١) إلا بواسطة المحكمة ، لأن الناقل سوف يمتنع عن تنفيذ أوامره خوفاً من أن يصبح مسئولاً تجاه المشتري ، وسوف لن يلتزم بطلب البائع بعدم تسليم البضاعة للمشتري ، إلا إذا وجد ما يلزمه قانوناً بعدم التسليم دون أن يحمله مسؤولية أي ضرر قد يلحق بالمشتري من عدم التسليم . مما يستدعي أن يتقدم البائع إلى المحكمة المختصة بطلب فيها استصدار

^{٤١} Fritz Enderlein, and Dietrich Maskow, op, cit, p. ٢٨٨. And see: Peter Schlechtriem, op, cit, p.

٥٢٩. John, O, Honnold, op, cit, p. ٤٩١.

^{٤٢} John, O, Honnold, op, cit, p. ٤٩١.

^{٤٣} Fritz Enderlein, and Dietsch Maskow, op, cit, p. ٢٨٨.

قرار مؤقت يقضي بعدم تسليم البضاعة إلى المشتري إلى حين البت في أساس النزاع بينهم ، مع ضمان البائع لأي ضرر قد يلحق بالمشتري من عدم تسلمه للبضاعة في الحالة التي تكون فيها دعوى البائع غير محقة.

ويبقى القول أن البائع يفقد حقه في الاعتراض على تسليم البضاعة بمجرد استلام المشتري ، أو ممثله ، أو أي شخص مفوض من قبله للبضاعة. أو أنها ما زالت في يد الناقل إلا أنه كان قد سلمها للمشتري ، وأمره المشتري بنقلها إلى مكان آخر .^{٤٤}

ثانيا : الآثار المترتبة على ممارسة حق الاعتراض على تسليم البضاعة وانتهائه.

إذا توافرت شروط الاستفادة من هذا الحق (حق الاعتراض على التسليم) والتي سبق الحديث عنها في المطلب الأول ، واتبعت الإجراءات السليمة لممارسة هذا الحق ، ترتبت النتائج التالية :

١. يتمتع على الناقل تسليم البضاعة للمشتري حتى يؤمر ثانية من البائع بتسليمها ، إذا ما وفق المشتري أوضاعه مع البائع.
٢. يعفى البائع من أية مسؤولية ناتجة عن عدم تنفيذه لالتزامه بتسليم البضاعة ، طالما أنه يمارس حقا قانونيا منحه إياه الاتفاقية (CISG) ، ولا يعتبر مخلا بالتزاماته ، مع تحمله للمسؤولية إذا ظهر انه غير محق في ادعائه.
٣. يتمتع على المشتري المطالبة بتسليم البضاعة بناء على العقد ، حتى يتقدم بالضمانة الكافية التي تؤكد عزمه على تنفيذ التزاماته ، وتنفي أي شك أو رهبة قامت في نفس البائع ، وصورت له أن هناك احتمالية أكيدة لعدم تنفيذ المشتري لالتزاماته ، وفقا للفقرة الثالثة من المادة (٧١).
٤. يملك البائع الاستمرار في التوقف عن تنفيذ التزاماته إلى الوقت الذي يصبح فيه التزام المشتري حال الأداء . وعند ذلك يكون بإمكانه ممارسة حقه في فسخ

^{٤٤} Peter Schlechtriem, op, cit, p. ٥٢٩.

العقد وفقا للمادة (٦٤) من الاتفاقية . هذا ما لم تتوافر شروط تطبيق المادة (٧٢) قبل ذلك التاريخ .

٥. ينتهي حق البائع في وقف تسليم البضاعة إذا تقدم المشتري بالضمانة الكافية وفقا للمادة (٣/٧١) ، ويلتزم البائع برفع اعتراضه على التسليم تحت طائلة اعتبار امتناعه عن ذلك مخالفة للعقد قد تجيز للمشتري فسخ العقد.

٦. لا يملك البائع الحق في استرجاع البضاعة وإنما فقط الاعتراض على تسليمها ، إلا عندما يتم فسخ العقد ، فيتم استردادها على أساس المادة (٢/٨١) من الاتفاقية.

وفي نهاية هذا المبحث ، نعيد التأكيد على أن حق المتضرر في وقف تنفيذ التزاماته بموجب المادة (٧١) يبقى حقا مؤقتا ومحدود الأثر، مقارنة بالحق الممنوح له بموجب المادة (٧٢)، وهو حق فسخ العقد .

المبحث الثاني

حق فسخ العقد في حالة الإخلال المبتسر

لم تتوقف اتفاقية فيينا عند منح الطرف المتضرر ، في حالة الإخلال المبتسر ، الحق في وقف تنفيذ التزاماته ، بل سمحت له أن يفسخ العقد أيضا ، إذا وصل الإخلال المتوقع إلى درجة تنذر باحتمالية قوية لوقوع إخلال " جوهري " بتنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته المستقبلية ، وذلك وفق شروط وظروف حددتها المادة (٧٢) من الاتفاقية والتي نصت على الآتي :

" ١- إذا تبين بوضوح قبل حلول ميعاد تنفيذ العقد أن أحد الطرفين سوف يرتكب مخالفة جوهرية للعقد جاز للطرف الآخر أن يفسخ العقد ٢- يجب على الطرف الذي يريد الفسخ ، إذا كان الوقت يسمح له بذلك ، أن يوجه إلى الطرف الآخر إخطارا بشروط معقولة ، تتيح له تقديم ضمانات كافية تؤكد عزمه على تنفيذ التزاماته ٣- لا تسري أحكام الفقرة السابقة إذا أعلن الطرف الآخر انه سوف لا ينفذ التزاماته ."

وإن لم تكن مبادئ اليونيدروا قد منحت المتضرر من الإخلال المبتسر الحق في وقف تنفيذ التزاماته بنص صريح ، إلا أنها تضمنت نصا صريحا يسمح للمتضرر في حالة الإخلال المبتسر من أن يفسخ العقد إذا توافرت شروط معينة . فنصت في مادتها (٧-٣-٣) المعنونة بـ " الإخلال المبتسر " على أنه :

" إذا تبين بوضوح قبل حلول ميعاد التنفيذ أنه سيكون هناك إخلال جوهري من أحد الطرفين ، جاز للطرف الآخر أن يفسخ العقد ."

والملاحظ على هذه النصوص (في الاتفاقية والمبادئ) أنها تكاد تتطابق مع بعضها البعض حتى في الصياغة ، مع أن النسخة الإنجليزية للاتفاقية C ISG تستخدم مصطلح "avoid" ، في حين تستخدم النسخة الإنجليزية للمبادئ مصطلح " terminate " .

ونظرا لهذا التشابه في مضمون النصوص في الاتفاقية (CISG) ومبادئ اليونيدروا ، فإن شروط الفسخ في كلا النصين يمكن أن تكون متقاربة .

وكانت اتفاقية فينا قد أفردت نصا خاصا آخر سمحت بموجبه للأطراف في العقود التي تنفذ على دفعات بفسخ العقد بالنسبة للدفعات المستقبلية على أساس الإخلال المبتسر ، وذلك في المادة (٢/٧٣) منها^{٤٥} . في حين لم تتضمن مبادئ اليونيدروا نصا مشابها لذلك ، ولكن يمكن الوصول إلى ذات النتيجة التي يحققها لنا نص المادة (٢/٧٣)

^{٤٥} وقد نصت المادة (٧٣) من اتفاقية فينا على الآتي :

١- في العقود التي تقضي بتسليم البضاعة على دفعات ، إذا كان عدم تنفيذ الطرفين لالتزام من التزاماته المتعلقة بإحدى الدفعات يشكل مخالفة جوهرية للعقد بشأن تلك الدفعة جاز للطرف الآخر فسخ العقد بالنسبة لتلك الدفعة .

٢- إذا كان عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزام من التزاماته المتعلقة بإحدى الدفعات يعطي الطرف الآخر أسبابا جدية للاعتقاد بأنه ستكون هناك مخالفة جوهرية للعقد بشأن الالتزامات المقبلة جاز له أن يفسخ العقد مستقبلا على أن يتم ذلك خلال مدة معقولة ، للمشتري الذي يفسخ العقد بالنسبة لإحدى الدفعات أن يعلن في نفس الوقت فسخ العقد بالنسبة للدفعات التي تم استلامها أو بالنسبة للدفعات المقبلة إذا كان لا يمكن استعمال هذه البضائع للأغراض التي أرادها الطرفان وقت انعقاد العقد بسبب عدم قابليتها للتبويض .

في الاتفاقية ، من خلال عدد من النصوص الواردة في مبادئ اليونيدروا ، وعلى الأخص :

١- نصت المادة (٣-١٦) من المبادئ ، التي عنوانت بـ " الفسخ الجزئي " ، على انه :
" إذا انصب الفسخ على بعض بنود العقد فقط فإن اثر الفسخ يكون منحصرًا على هذه البنود إلا إذا كان ، مع مراعاة الظروف ، من غير المعقول التمسك ببقاء العقد ".
ونصت المادة (٧-٣-٢/٦) والمتحدثة عن الاسترداد بعد الفسخ على انه :
" ومع ذلك ، إذا كان تنفيذ العقد قد امتد أكثر من مدة من الوقت وكان العقد قابلاً للتجزئة ، فتتصب المطالبة بالرد على المدة التي تلي سريان إنهاء العقد ". ومن هذه النصوص ، يفهم أن من الجائز إيقاع الفسخ على جزء من العقد - كما لو كانت دفعة من الدفعات - عندما يكون معيباً بعبء يخول المتضرر الفسخ ، إلا إذا كان الإخلال بتلك الدفعة يؤدي إلى إخلال بكامل العقد ، وفي هذه الحالة يصبح " من غير المعقول التمسك ببقاء العقد " - كما صرحت المادة المذكورة (٣-١٦) - فيتم فسخ العقد بأكمله .

إن ، فكرة فسخ العقد بالنسبة لدفعة من الدفعات هي فكرة مقبولة وفقاً لمبادئ اليونيدروا ، رغم عدم وجود نص خاص بشروط خاصة متعلق بعقود التسليم على دفعات في المبادئ كالنص الذي جاءت به اتفاقية فينا .

٢- المادة (٧-٣-٣) من المبادئ المتحدثة عن الإخلال المبسر بقاعدته العامة التي تسمح بفسخ العقد كاملاً في حالة الإخلال المبسر .

٣- المادة (٧-٣-١/٢/د) وتحدثت هذه المادة عن حالة الفسخ بسبب الإخلال الجوهرى بالعقد في الفقرة الأولى منها ، وفي الفقرة الثانية عددت المسائل التي يمكن أن تدل على وجود إخلال جوهرى ، وفي البند (د) من الفقرة الثانية ، اعتبرت أنه يؤخذ بعين الاعتبار ، لتحديد وجود إخلال جوهرى من عدمه. " ما إذا كان عدم التنفيذ

يعطي الطرف المتضرر سببا للاعتقاد بأنه لا يمكن تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه المستقبلي".

وبالإمكان الاستناد إلى هذه النصوص في مجملها ، للاستدلال على جواز الفسخ الجزئي للعقد (مثلا : الفسخ الجزئي للدفعات اللاحقة) - وفقا للمبادئ - إذا كان هناك إخلال مبتسر ، ولكن وفقا لذات الشروط التي يتطلبها فسخ العقد كاملا ، وليس بشروط خاصة . وللتفصيل حول موضوع هذا المبحث نقسمه إلى مطلبين رئيسيين ، نتحدث في أولهما عن شروط تطبيق النص والاستفادة من الحقوق التي يقدمها ، فيما نتحدث في مطلب ثان عن وسيلة المدعى عليه في تقاضي الفسخ وأثر استخدام تلك الوسيلة على حق المتضرر في الفسخ .

المطلب الأول : شروط ممارسة حق الفسخ.

إن ممارسة المتضرر لحق الفسخ بسبب الإخلال المبتسر ، يختلف في شروطه عن شروط ممارسة حق وقف تنفيذ الالتزامات. وبالطبع فإن هذا نابع من أن حق فسخ العقد هو أشد وطأة وأثرا على العقد من وقف التنفيذ. إذ يؤدي الفسخ بالعقد إلى الانتهاء وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد ما أمكن ذلك ، على خلاف حق وقف تنفيذ الالتزامات الذي لا يؤثر على وجود العقد ، وإنما يرجى تنفيذه فقط .

وحتى يكون بإمكان المتضرر من الإخلال المبتسر فسخ العقد وفقا للمادة (٧٢) التي تكاد تتطابق مع المادة (٧-٣-٣) من مبادئ اليونيدروا إلى حد كبير ، وعلى الأخص مع فقرتها الأولى ، فإنه يجب أن تتوافر الشروط التالية:

أولا : وجود احتمال قوي بأن يرتكب الطرف الآخر إخلالا مستقبليا بالعقد ، وأن يبني هذا الاحتمال على قرائن وإمارات أو وقائع تجعل من الجلي والواضح بدرجة كبيرة ، وإلى درجة تقرب من اليقين ، أن الطرف الآخر المدعى عليه سوف يرتكب مخالفة وإخلالا فعليا بالعقد مستقبلا^{٤٦}. إضافة إلى أن نص المادة (١/٧٢) جاء

^{٤٦} محسن شفيق. المرجع السابق. ص ٢٢٧ - ٢٢٨.

بالقول : " إذا تبين بوضوح ... " وفي هذا تفرق الصيغة التي استخدمت في هذه المادة عن الصيغة التي استخدمت من المادة (٧١) حيث جاء صيغة هذه الأخيرة بـ : " إذا أصبح واضحا ... " أما مبادئ اليونيدروا فقد استخدمت ذات الصيغة الواردة في المادة (١/٧٢) من الاتفاقية ، فنصت في مادتها (٧-٣-٣) بقولها : " إذا تبين بوضوح ... " . ووجه الاختلاف بين صيغة كل من المادة (١/٧٢) " الاتفاقية ، والمادة (٧-٣-٣) من المبادئ من جهة ، وصيغة المادة (٧١) من جهة أخرى ، هو أن النصين الأولين لم يكتفيا باستخدام مصطلح "تبين" ، مع أن التبيين لا يكون إلا بإمارات ودلائل وبراهين قوية ، بل وأيضاً استخدمتا كلمة " بوضوح " زيادة في التشدد والتأكيد على ضرورة أن لا يستند المدعي على مجرد إمارات غير قوية الدلالة على احتمالية حدوث إخلال مستقبلي بالعقد ، لأجل فسخ عقده . فدرجة الاحتمالية في المادة (٧٢) والمادة (٧-٣-٣) أشد وأقوى منها في المادة (٧١) من الاتفاقية. ويبقى المعيار في تحديد درجة الاحتمالية هو معيار الشخص العادي وفقاً للمادة (٢/٨) من الاتفاقية^{٤٧}.

ثانياً : أن تصل درجة الإخلال المستقبلي المتوقع إلى درجة الإخلال الجوهرى ، بمعنى أن الإخلال البسيط لا يكفي في ذاته كشرط لممارسة حق الفسخ. وقد أوضحت المادة (١/٧٢) من الاتفاقية بهذا الأمر بقولها : إذا تبين أن أحد الطرفين " سوف يرتكب مخالفة جوهرية للعقد " . وكذلك الحال في المادة (٧-٣-٣) من المبادئ التي جاء نصها بالقول : " إذا تبين ... أنه سيكون هناك إخلال جوهرى ... " ، في حين نجد أن المادة (٧١) لم تشترط أن يصل الإخلال إلى درجة الإخلال الجوهرى ، واستخدمت صيغة أخرى بقولها : " إذا تبين ... أن الطرف الآخر سوف لا ينفذ جانباً هاماً من التزاماته ... " .

وانظر كذلك : Peter Schlechtriem, op. cit, p. ٥٣٤.

^{٤٧} Peter Schlechtriem, op. cit, p. ٥٣٤.

ويتحدد المقصود "بالإخلال الجوهرى" وفقا لمعناه الوارد في المادة (٢٥) من الاتفاقية^{٤٨} التي نصت على تعريف للإخلال الجوهرى بقولها: "تكون مخالفة العقد من جانب أحد الطرفين مخالفة جوهرية إذا تسببت في إلحاق ضرر بالطرف الآخر من شأنه أن يحرمه بشكل أساسي مما كان يحق له أن يتوقع الحصول عليه بموجب العقد، ما لم يكن الطرف المخالف لم يتوقع مثل هذه النتيجة، وما كان ليتوقعها أي شخص سوي الإدراك من صفة المخالف إذا وجد في نفس الظروف". وهذا النص يشترط لاعتبار المخالفة جوهرية توفر الشروط التالية:^{٤٩}

- ١- وقوع مخالفة للعقد، كعدم تنفيذ الالتزام أصلا، أو بتنفيذه على غير ما يوجبه العقد، كتسليم كمية من المبيع اقل من المتفق عليه.
 - ٢- حدوث ضرر ينتج عن مخالفة الطرف الآخر، ويجب أن يكون الضرر هاما، كما لو كان من شأنه أن يحرّم الطرف المتضرر من الحصول على المنفعة الأساسية التي كان من حقه أن يتوقع الحصول عليها من العقد. فالعبرة ليست بضخامة المخالفة، وإنما بضياح المنفعة التي كان يرجوها الطرف الآخر من العقد، فالتأخير ليوم واحد أو يومين في تسليم البضاعة قد لا يكون مخالفة جسيمة، ولكنه قد يحدث ضررا هاما إذا كانت تلك البضاعة التي تأخر في تسليمها معدة للعرض في معرض أو سوق لا يستمر سوى يوم أو يومين.
 - ٣- أن يكون الضرر الناتج عن المخالفة متوقعا يتوقعه الطرف المخالف، ويتوقعه كل شخص سوي الإدراك من صفة الطرف المخالف إذا وجد في نفس الظروف.
- وكانت مبادئ اليونيدروا قد أوردت تعريفا للإخلال الجوهرى مماثلا للتعريف السابق في المادة (٧-٣-٢/١) عندما جاءت بقولها: "٢- لتحديد ما إذا كان الإخلال بتنفيذ التزام ما إخلالا جوهريا أم لا، يؤخذ في الاعتبار على وجه الخصوص ما إذا

^{٤٨} Fritz Enderlein, and Dietrich Maskow, op, cit, p. ٢٩١.

^{٤٩} محسن شفيق . مرجع سابق . ص ١١٩-١٢٠ .

كان : أ- الإخلال يحرم ، بشكل جوهري ، الطرف المضار مما كان يحق له أن يتوقعه وفقا للعقد إلا إذا كان الطرف الآخر لم يكن يتصور أو لم يكن بإمكانه أن يتصور بصورة معقولة ، هذه النتيجة " . وأوردت في بنودها الأخرى ، من ب - هـ ، حالات أخرى يمكن معها تصور تقدير وجود الإخلال الجوهري من عدمه .

فالطرف المدعي ، وعندما أقدم على التعاقد كان يقصد الحصول على مسائل محددة من ذلك التعاقد ، وعدم حصوله عليها يعني أنه فقد الغاية الأساسية التي ابتغها من التعاقد ، مما يشكل إخلالا جوهريا بالعقد ، كمثل : فرض قيود على الدفع (عند تغيير الأحكام القانونية المتعلقة بالعملة) ، منع استخدام أو نقص المواد الأولية اللازمة في تصنيع البضاعة^{٥٠} ، أو قيام البائع ببيع البضاعة إلى مشتر آخر ، أو قيام البائع بتصفيته منشأته قبل تنفيذ العقد ، أو رفض المشتري تقديم ضمانات للوفاء بالثمن أو لجوئه إلى وسائل خطيرة للحصول على نقود للوفاء كعقد القروض بشروط باهظة^{٥١} ، وبخلاف ذلك من الأمثلة والحالات المشابهة . مع التأكيد على أن جوهرية أو عدم جوهرية الإخلال هي مسألة نسبية قد تتوافر في خلل معين في حالة ما ولا تتوافر في حالة أخرى رغم وقوع ذات الخلل الذي وقع في الحالة الأولى ، بحسب ظروف كل حالة .

وكانت المواد (٤٩ ، ٦٤)^{٥٢} قد تحدثت عن حق المشتري ، والبائع في فسخ العقد للإخلال الجوهري ، على أن هذه المواد مقصورة على الإخلال الجوهري الذي يكون قد

^{٥٠} Peter Schlechtriem, op, cit, p. ٥٣٤.

^{٥١} محسن شفيق. المرجع السابق. ص ٢٢٨.

^{٥٢} وكانت المادة (٤٩) من اتفاقية فينا قد نصت على الآتي :

١- يجوز للمشتري فسخ العقد :

(أ) إذا كان عدم تنفيذ البائع للالتزام من الالتزامات التي يرتبها عليه العقد أو هذه الاتفاقية يشكل مخالفة جوهرية للعقد .

(ب) في حالة عدم التسليم : إذا لم يقم البائع بتسليم البضائع في الفترة الإضافية التي حددها المشتري

وفقا للفقرة (١) من المادة (٤٧) أو إذا أعلن انه سوف لا يسلمها خلال تلك الفترة . =

وقع بالفعل أثناء تنفيذ العقد ، أو لعدم تنفيذه ، على خلاف الإخلال الجوهري في المادة (٧٢) الذي لم يحدث بعد ولكنه متوقع الحدوث مستقبلا. أي أن استخدام الحق الممنوح بموجب المادة (٧٢) يكون ممكنا قبل استخدام الحق المقرر بموجب المواد (٤٩ ، ٦٤)^{٥٣}.

٢- أما في الحالات التي يكون البائع فيها قد سلم البضائع ، فإن المشتري يفقد حقه في فسخ العقد ، إلا إذا وقع الفسخ :

- (أ) في حالة التسليم المتأخر ، في ميعاد معقول بعد أن يكون قد علم بأن التسليم قد تم .
- (ب) وفي حالات المخالفات الأخرى غير التسليم المتأخر ، إذا وقع الفسخ في ميعاد معقول :
- (١) بعد أن يكون المشتري قد علم أو كان من واجبه أن يعلم بالمخالفة ، أو
- (٢) بعد انقضاء أي فترة إضافية يحددها المشتري وفقا للفقرة (١) من المادة ٤٧ أو بعد أن يعلن البائع انه سوف لا ينفذ التزاماته خلال تلك الفترة الإضافية ، أو
- (٣) بعد انقضاء أي فترة إضافية يعينها البائع وفقا للفقرة (٢) من المادة ٤٨ أو بعد أن يعلن المشتري انه سوف لا يقبل التنفيذ.

أما المادة (٦٤) من الاتفاقية ذاتها فقد نصت على مايلي :

١- يجوز للبائع فسخ العقد :

- (أ) إذا كان عدم تنفيذ المشتري لالتزام من الالتزامات التي يرتبها عليه العقد أو هذه الاتفاقية بشكل مخالفة جوهرية للعقد ، أو
 - (ب) إذا لم ينفذ المشتري التزامه بدفع الثمن أو لم يتسلم البضائع في الفترة الإضافية التي حددها البائع وفقا للفقرة (١) من المادة (٦٣) ، أو إذا أعلن انه سوف لا يفعل ذلك خلال تلك الفترة.
- ٢- أما في الحالات التي يكون المشتري فيها قد دفع الثمن فلا يجوز للبائع فسخ العقد إلا إذا وقع الفسخ :
- (أ) في حالة التنفيذ المتأخر من قبل المشتري ، قبل أن يكون البائع قد علم بأن التنفيذ قد تم .
 - (ب) وفي حالات المخالفات الأخرى غير التنفيذ المتأخر ، إذا وقع الفسخ في ميعاد معقول وذلك :
 - (١) بعد أن يكون البائع قد علم بالمخالفة أو من واجبه أن يعلم بها ، أو
 - (٢) بعد انقضاء فترة إضافية يحددها البائع وفقا للفقرة (١) من المادة (٦٣) ، أو بعد أن يعلن المشتري انه سوف لا ينفذ التزاماته خلال تلك الفترة الإضافية .

^{٥٣} Fritz Enderlein, and Ditrich Maskow, op. cit. p. ٢٩٢.

هذا ، بالطبع ، على فرض توافر كامل الشروط التي تحتاجها ممارسة الحق في الفسخ بموجب المادة (٧٢).

على أن خوف المتضرر من أن لا يكون الإخلال المستقبلي قد وصل إلى درجة الإخلال الجوهرية قد يجعله يحجم عن الإقدام على فسخ العقد لكي لا تترتب عليه أية مسئولية عن تعويض الطرف الآخر ، وقد يلجأ إلى ممارسة الحق الممنوح له في المادة (٧١) الأقل تشددا في شروطها من المادة (٧٢) ، لأنه إذا أعلن عن فسخ العقد ولم يكن هناك إخلال جوهرية من الطرف الآخر ، فإن عمله هذا يعتبر بمثابة إخلال جوهرية بالعقد^{٤٤}.

ثالثا : ظهور تلك الظروف التي تقود إلى توقع احتمالية حدوث إخلال جوهرية في العقد مستقبلا ، بعد انعقاد العقد وقبل حلول ميعاد تنفيذه. ويبقى بإمكان الطرف المتضرر أن يمارس حق الفسخ خلال الفترة الواقعة بين ظهور دلائل على احتمالية وقوع الإخلال مستقبلا عند التنفيذ ، وحتى موعد التنفيذ الفعلي ، فليس هناك موعد محدد يتوجب عليه خلاله إعلان رغبته في الفسخ^{٥٥}.

رابعا : شرط الإخطار ، حتى يتسنى للمتضرر من الإخلال المبسر الحق في فسخ العقد ، أوجبت عليه اتفاقية فينا أن يخطر الطرف الآخر برغبته في الفسخ وفق شروط وضمن ظروف محددة. وكانت الاتفاقية قد اعتبرت أن الفسخ لا ينتج أثره ما لم يتم إخطار الطرف الآخر به وقد جاء النص على ذلك في المادة (٢٦) منها عندما نصت على أنه : "لا يحدث إعلان فسخ العقد أثره إلا إذا تم بواسطة إخطار موجه إلى الطرف الآخر". وهذا النص يتحدث عن الفسخ على وجه الإطلاق سواء فسحا للإخلال العادي (الوارد في المواد: ٤٩، ٦٤) ، أو فسحا للإخلال المبسر (المواد: ٧٢، ٧٣).

وأوجبت أيضا المادة (٢/٧٢) ضرورة أن يخطر الراغب في الفسخ الطرف الآخر برغبته تلك فنصت على أنه : " يجب على الطرف الذي يريد الفسخ ، إذا كان الوقت يسمح له

^{٤٤} Op. cit. p. ٢٩١.

^{٥٥} Op. cit. p. ٢٩٢. وانظر كذلك : شفيق محسن. المرجع السابق. ص ٢٢٨.

بذلك ، أن يوجه إلى الطرف الآخر إخطاراً بشروط معقولة ، تتيح له تقديم ضمانات كافية تؤكد عزمه على تنفيذ التزاماته . وفي الفقرة الثالثة من المادة (٧٢) سمحت بالفسخ دون إرسال ذلك الإخطار الوارد في الفقرة الثانية في حالة محددة بأن نصت على أنه : " لا تسري أحكام الفقرة السابقة إذا أعلن الطرف الآخر أنه سوف لن ينفذ التزاماته".

غير أن المادة (٧-٣-٣) من مبادئ اليونيدروا التي تكلمت عن الإخلال المبتسر لم تحتو سوى على فقرة واحدة تضمنت الحق في الفسخ والتي تتطابق مضمونها مع الفقرة الأولى من المادة (٧٢) ، ومع ذلك فإن واجب الإخطار نجده في المادة (٧-٣-٢) التي ألزمت من يفسخ العقد بأن يعلن الطرف الآخر بالفسخ بقولها : " ١- يمارس أي طرف الحق في فسخ العقد بإعلان يوجهه للطرف الآخر" . أي أن طريقة ممارسة حق الفسخ تكون بإعلان ، وإذا لم يرسل هذا الإعلان ، فإن فسخ الطرف المتضرر للعقد لا يكون معتبراً ، ولا ينتج أثره . وقد ورد هذا النص في القسم الثالث المتضمن الأحكام المتعلقة بإنهاء العقد من الفصل السابع من المبادئ الذي تحدثت عن "عدم التنفيذ" ، أي في نفس القسم الذي وردت فيه المادة (٧-٣-٣) المتحدثة عن الإخلال المبتسر.

وكانت المادة (٣-١٤) من المبادئ قد نصت أيضاً على إخطار الفسخ بقولها : "يمارس الحق في فسخ العقد من قبل أحد الطرفين بإخطار يوجهه للطرف الآخر". وحيث أن هذا النص جاء في الأحكام العامة من المبادئ فإنه يجعل من واجب إرسال " إخطار الفسخ " ممثداً ليشمل الإخلال المبتسر أيضاً ولا يقتصر فقط على الإخلال العادي . ولم تتضمن مبادئ اليونيدروا حالة مماثلة لما تضمنته اتفاقية فيينا من السماح للمتضرر بفسخ العقد للإخلال المبتسر دون حاجة إلى إخطار إذا أعلن المدعى عليه ، المتضرر بأنه سوف لن ينفذ العقد.

وقد يكون من الضروري هنا ، توضيح طبيعة الإخطار المتطلب بموجب المادة (٢/٧٢) وعلاقته بالإخطار في المادة (٢٦). إذ أن المادة (٢٦) من اتفاقية فيينا أوجبت على من يفسخ العقد إرسال إخطار بذلك للطرف الآخر، حتى ينتج الفسخ أثره. هذا النص

بالتأكيد ينطبق على جميع أنواع الفسخ ، وما دام كذلك فهل كان هناك حاجة للنص على الإخطار في المادة (٢/٧٢) ؟ وألم تكن هذه المادة مشمولة بحكم المادة (٢٦) من حيث واجب الإخطار ؟

نقول في هذا الصدد أن المادة (٢/٧٢) ونصفه الفسخ التي تمنحها تبقى مشمولة بحكم المادة (٢٦) و (٢٧) ، غير أن للإخطار الذي نصت عليه طبيعة وشروطا وظروفا خاصة تختلف عن الإخطار في المادة (٢٦). فقد كان المقصود بالإخطار في المادة (٢٦) هو إبلاغ الطرف الآخر بأن العقد قد فسخ . أما الإخطار بموجب المادة (٢/٧٢) فالمقصود منه ليس إبلاغ الطرف الآخر بالفسخ ، بل إبلاغه بان الطرف المتضرر "سوف" يفسخ العقد ، أي أنه لم يفسخه بعد. والغرض من هذا الإخطار - بهذه الحالة - يختلف عن غرض الإخطار في م (٢٦) ، إذ أنه هنا (م ٢/٧٢) يقصد منه منح الطرف الآخر فرصة لنفي الدلائل والقرائن التي خلقت في ذهن المتضرر احتمالية الإخلال الجوهري المستقبلي بالعقد ، بأن يقدم المدعى عليه الضمانة التي تؤكد عزمه على تنفيذ العقد مستقبلا ، أو أنه قد يعرض التنفيذ الفوري حتى ينفي الشك والريبة لدى المتضرر حول التنفيذ المستقبلي ، وتجنبه مغبة فسخ العقد^{٥٦} . على أنه إذا لم يقدم المدعى عليه تلك الضمانة أو أنه أعلن عدم رغبته في الوفاء بالتزاماته العقدية ، فإن الإخطار المعطى بموجب المادة (٢/٧٢) يغني عن الإخطار بموجب م (٢٦) ، فلا يحتاج إلى إعادة إبلاغ المدعى عليه بأنه فسخ العقد ، لأن إعطاء الإخطار السابق على الفسخ م (٢/٧٢) يؤدي وظيفة مشابهة لإعلان الفسخ ذاته. مع الأخذ في الاعتبار أن بإمكان الطرف المتضرر الاستمرار في العقد دون فسخه والانتظار حتى حلول تاريخ التنفيذ الفعلي^{٥٧} . فاتفافية فينا لم تأخذ بالفسخ التلقائي للعقد (الفسخ بحكم القانون)، خلافا لما أخذت به اتفاقية لاهاي ولاقت نتيجة لذلك انتقادات واسعة ، حرص واضعو اتفاقية فينا على تفاديها وترك أمر

^{٥٦} Peter Schlectriem. op, cit, p. ٥٣٤. Fritz Enderlein, and Dietrich Maskow, op, cit, p. ٢٩٣.

^{٥٧} Op, cit, p. ٥٣٩.

فسخ العقد لإرادة الأطراف تقررته وفقاً لتقديراتها الذاتية ، لما لذلك من أثر عظيم ، خاصة في نطاق عقود التجارة الدولية التي يجب أن لا يكون فيها تسرع نحو الفسخ لما له من نتائج وخيمة ، تظهر في نطاق عقود التجارة الدولية بشكل أكبر من العقود الداخلية^{٥٨} .

وأيضاً ، فإن إخطار الفسخ بموجب م (٢/٧٢) يجب أن يخضع للقيد التالين :

١. إن هذا الإخطار لا يكون إلا إذا كان الوقت يسمح للمتضرر بإرساله ، وقد عبرت الفقرة الثانية عن ذلك صراحة بقولها " يجب على الطرف الذي يريد الفسخ ، إذا كان الوقت يسمح له بذلك " . وتتحدد معقولية الوقت وفقاً للقواعد العامة في الاتفاقية ، مع مراعاة الطرق الحديثة للاتصالات التي تسمح ، وإلى حد كبير ، في جعل الوقت المعقول متوافراً^{٥٩} . وفي جميع الأحوال فإن الإخطار المسبق ، إذا كان الوقت يسمح به ، سوف يكون متفقاً وحسن النية والممارسة التجارية المعتادة^{٦٠} ، حتى مع عدم وجود نص .

٢. أن يكون الإخطار " بشروط معقولة " : إن المدة المعقولة لتقديم ضمانات ومؤكدات التنفيذ المستقبلي قد تكون من أهم " الشروط المعقولة " في الإخطار. وإذا كانت عبارة : " إذا كان الوقت يسمح له بذلك " الواردة في الفقرة الثانية من المادة (٧٢) قد تقرررت لمصلحة المتضرر ، فإن المدة المعقولة هنا مقرررة لمصلحة المدعى عليه أي المدة المعقولة التي تسمح للمدعى عليه بمواجهة الشك والريبة التي نشأت لدى المتضرر. والمدة المعقولة والكافية لإعطاء الفرصة للمدعى عليه لتوفير الضمانة المؤكدة عزمه على التنفيذ ، وبالتالي يكون من شأن هذا الإخطار أن يمد الفترة الواقعة بين لحظة اكتشاف القرائن والإمارات الدالة على الإخلال المبسر ، واللحظة

^{٥٨} جمال عبد العزيز . المرجع السابق . ص ٣٩٢ .

^{٥٩} John. O. Honnold, op, cit, p. ٤٩٧.

^{٦٠} Op. cit, p. ٤٩٧.

التي يفسخ فيها العقد. هذا رغم أن " معقولية " شروط الإخطار تبقى خاضعة لظروف كل حالة على حدة^{٦١}.

وفي المقابل يجب أن لاتصل درجة المعقولية ، والوقت الذي يسمح بإعطاء إخطار إلى حد حرمان الطرف المتضرر من ممارسة حقه بالفسخ بدون إخطار سابق. بحيث إذا لم يكن من المعقول الطلب من الطرف المتضرر إعطاء إخطار سابق على الفسخ ، عندئذ ، لا يكون عليه واجب إخطار مسبق ، وبإمكانه فسخ العقد دون تأخر. ويبقى الأمر خاضعا إلى المعيار الموضوعي ، معيار الشخص العادي^{٦٢}.

وانطلاقا من هذا الفهم فإن الإخطار المتطلب في المادة (٢/٧٣) هو فقط الإخطار اللاحق على الفسخ بموجب المادة (٢٦) ، وليس هناك التزام بالإخطار السابق . بخلاف الإخلال المبتر في القاعدة العامة (م ٧٢). وقد يتشابه هذا الحال مع ما جاءت به مبادئ اليونيدروا ، التي يبدو أنها تأخذ بالإخطار اللاحق فقط ، بحسب نصوصها الصريحة. ومع ذلك فإنه ليس هناك ما يمنع المتضرر ، حتى في المبادئ ، من أن يرسل إخطارا للمدعى عليه ، ليس بالفسخ ، بل بالرغبة في الفسخ. على أن ما تفرق فيه المبادئ عن اتفاقية فينا بهذا الخصوص ، هو أن الإخطار السابق إلزاميا في اتفاقية فينا ، بينما هو اختياري في مبادئ اليونيدروا.

أما ما يفرق فيه الإخطار في المادة (٢/٧٢) عن الإخطار بموجب المادة (٧١) هو أن الإخطار في المادة الأخيرة يجب أن يرسل في أسرع وقت ، ويظهر هذا بوضوح من استخدام المادة (٧١) لكلمة " مباشرة " " immediately " في حين تبنت الاتفاقية في مواضع كثيرة ضابط الميعاد المعقول في شأن أغلب الإخطارات^{٦٣}. وفي المادة (٧٢) يمتد إلى ما قبل ميعاد التنفيذ الفعلي للالتزام .

^{٦١} Peter Schlechtriem, op, cit, p. ٥٣٤.

^{٦٢} Op, cit, p. ٥٣٤.

^{٦٣} جمال عبد العزيز. المرجع السابق. ص ٤٢٠.

ونشير أخيراً إلى مسألة تبدو لنا على قدر من الأهمية التي تسمح لنا بالحديث عنها بإيجاز ، في نهاية حديثنا عن الإخطار وشروطه ، وهي المصطلح الذي استخدمته الاتفاقية للإخطار السابق واللاحق. فقد استخدمت ذات المصطلح " الإخطار " "notice" للدلالة على الإخطار اللاحق على الفسخ م (٢٦) ، والإخطار السابق عليه م(٢/٧٢) وكان ينبغي التفرقة في التسمية زيادة في وضوح النصوص. ففي المادة (٢٦) استخدمت لفظ "إخطار" ، رغم أن الإخطار بموجب تلك المادة لم يقصد منه إنذار وتهديد الطرف الآخر بضرورة التنفيذ ، بل إبلاغه وإعلامه بأن الطرف المتضرر قد فسخ العقد ، وكان من المناسب أن يستخدم في م(٢٦) مصطلح "إبلاغ" أو " إعلام " بدلا من " إخطار ". مع الإبقاء على مصطلح " إخطار " في م (٢/٧٢) لأن مقصودة هنا ليس إبلاغاً بالفسخ ، وإنما إنذار وتهديد بالفسخ .

وبالنتيجة ، ويتوافر الدلائل والإمارات القوية على احتمالية حدوث إخلال جوهري بالعقد بعد انعقاده وقبل موعد تنفيذه ، يكون من حق الطرف المتضرر أن يمارس حقه في إعلام الطرف الآخر برغبته في فسخ العقد.
المطلب الثاني : وسيلة المدعى عليه لتفادي فسخ العقد.

إن توافرت الشروط الثلاثة الأولى لممارسة حق فسخ العقد للإخلال المبستر، السالفة الذكر ، وإن كانت تعطي الطرف المتضرر إعلان رغبته في فسخ العقد ، إلا أنها لا تحرم الطرف الآخر من تفادي هذا الخطر الذي يتهدد عقده. فقد جاءت الفقرة الثانية من المادة (٧٢) من اتفاقية فينا بالوسيلة التي تكفل للمدعى عليه - إذا رغب - تفادي فسخ العقد، وسمحت له بتقديم الضمانات الكافية لتأكيد عزمه على الوفاء ، بأن نصت على توجيه إخطار للمدعى عليه بشروط معقولة تتيح له تقديم ضمانات كافية تؤكد عزمه على تنفيذ التزاماته. وفي هذا تتفق م (٧٢) مع م(٧١) في أن كلا المادتين تركتا فرصة للمدعى عليه لتفادي فسخ العقد أو لاستئناف التنفيذ ، بأن يقدم الضمانة الكافية التي تؤكد عزمه على التنفيذ مستقبلاً. غير أن الفرق بينهما يبدو في كون أن الضمانة المقدمة في م (٧٢)

هي لتفادي وقوع الفسخ ، بينما تكون الضمانة في م(٧١) ليس لمنع وقف التنفيذ ، لأن التنفيذ يتوقف بالإخطار ، بل هي لاستئناف التنفيذ. فإعطاء إخطار بموجب م (٧١) والمفاوضات التي تتم حول الضمان الكافي لا تؤخر تحقق الأثر المترتب على ممارسة حق الوقف ، لأنه متحقق ابتداء . ومع ذلك فإن مقصود الضمانة الكافية وتقديرها في م(٧٢) لا تختلف في الأغلب عما سبق وإن تطرقنا إليه في معرض الحديث عن م(٧١)^{٦٤}. لذا ، سوف لن نعيد التفصيل بشأن الضمانة الكافية ، إلا بالقدر الذي يخدم زيادة وضوح الفكرة.

وبخصوص مبادئ اليونيدروا فقد جاءت بالنص على تقديم الضمانة لتفادي الفسخ في مادتها (٧-٣-٤) وإن اختلفت في صياغتها عن نصوص اتفاقية فينا ، فقد نصت تلك المادة التي عنوانت بـ " ضمان كاف للتنفيذ " ، على أن : " الطرف الذي يعتقد على نحو معقول أنه سيقع إخلال جوهرى من الطرف الآخر ، يجوز له أن يطلب ضمانا كافيا للتنفيذ ، ويجوز له في هذه الأثناء أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته ، وإذا لم يتوافر هذا الضمان خلال وقت معقول فإنه يجوز لطالب هذا الضمان أن يفسخ العقد ". فمن هذا النص نجد أن بإمكان المدعى عليه أيضا ، بموجب نصوص مبادئ اليونيدروا أن يتفادى فسخ العقد للإخلال المبسر بتقديم الضمانة الكافية للتنفيذ ، غير أن ما يختلف فيه هذا النص عما ورد في نصوص اتفاقية فينا سألفة الذكر (المواد ٧١ ، ٧٢) هو ما يلي :

١. أن نص المبادئ يظهر بصيغة الجواز على خلاف نص الاتفاقية التي توجب على المتضرر حتى يكون له حق الفسخ أن لا يقدم الطرف الأخر أي ضمانة أو انه قدم ضمانة غير انها لم تكن كافية .

٢. أن المتضرر هو الذي يطلب الضمانة الكافية للتنفيذ بموجب المبادئ بحسب الصياغة المستخدمة في المادة (٧-٣-٤) سألفة الذكر، وقد يظهر أن المادة (٢/٧٢) لا تأمر المتضرر بطلب الضمانة ، غير أن هدف واضعي الاتفاقية هو ذات هدف واضعي

^{٦٤} Peter Schlechtriem, op. cit. p. ٥٣٧.

- المبادئ ، وإن اختلفوا في صياغة النص . فالزام المتضرر بالإخطار السابق لا يفترق عن اعلان المتضرر وقف تنفيذ التزاماته لتقديم ضمانه كافية تؤكد للتنفيذ .
٣. يظهر نص المبادئ أن بإمكان المتضرر وقف تنفيذ التزاماته خلال الفترة الواقعة بين طلب الضمانة وتقديمها ، غير أن هذا النص لا يمكن اعتباره متطابقاً مع الملة (٧١) من الاتفاقية ، لأن ظروف وشروط هذا النص مختلفة كثيراً ، ولم يقصد بها إعطاء المتضرر حق وقف تنفيذ التزاماته للإخلال المبتسر كحق مستقل عن حق الفسخ ويظهر هذا من الأثر المترتب على عدم تقديم الضمانة وهو فسخ العقد ، وليس الاستمرار في وقف التنفيذ. وقد يكون بإمكانه الامتناع عن تنفيذ التزاماته تلك دون حاجة إلى نص ما دام أنه يمنح حقاً أخطر من حق وقف تنفيذ الالتزامات. فمن غير المعقول أن يتبأ المتضرر بناء على إمارات قوية ، احتمالية أكيدة بوقوع إخلال جوهري في المستقبل ويطلب على أساسه الفسخ ، ويكون في نفس الوقت ملزماً بالتنفيذ خلال تلك الفترة. وفي هذا أيضاً يمكن القول باتفاق نصي الاتفاقية والمبادئ على الأقل من حيث المضمون.
٤. ألزم نص المبادئ تقديم الضمانة الكافية خلال "وقت معقول" ، في حين أعطى نص المادة (٧٢) صفة المعقولة لشروط الإخطار ، وهي بالنتيجة واحدة ، فالمعقولة في شروط الإخطار تتحدد بالدور الأساسي في المدة المناسبة والكافية للمدعى عليه لتقديم ضمانه.
٥. ومما تختلف فيه الأحكام الواردة في المبادئ ، عن الأحكام الواردة في اتفاقية فيينا ، هو أن المتضرر لا يكون بحاجة لإخطار المدعى عليه ، وبالتالي لا يكون من حق المدعى عليه نفاذي الفسخ بتقديم ضمانه كافية ، في الحالة التي يعلن فيها المدعى عليه أنه سوف لن ينفذ التزاماته المستقبلية ، ففي هذه الحالة يمارس المتضرر حقه في فسخ العقد مباشرة دون إخطار وفقاً لما أشارت إليه م (٣/٧٢) من اتفاقية فيينا.

وبالنتيجة ، فإن مضمون م (٧-٣-٤) يتطابق مضمونا على الأقل مع الفقرة الثانية من م (٧٢) ، فضلا عن أنه يمكن تفسير عبارة " إذا لم يتوافر هذا الضمان " الواردة في نص المبادئ سالف الذكر على أنه يشمل عدة صور كمثل عدم تقديم ضمانات ، أو عدم كفايتها . ولهذا، كان من المناسب أن تضاف المادة (٧-٣-٤) كفقرة ثانية للمادة (٧-٣-٣).

وبموجب النصوص سالفة الذكر ، إذا قدم المدعى عليه الضمانة الكافية ، وأقر المتضرر بكفاية الضمانة أو قبلها ، فإن حقه في فسخ العقد ينقضي. أما إذا لم يقدم ضمانات ، أو أنه قدم ضمانات غير كافية أو أنها قدمت بعد المدة المعقولة ، فإن للمتضرر - عندئذ - أن يفسخ العقد.

الخاتمة

تطرقنا في دراستنا هذه لموضوع الإخلال المبتسر بعقود التجارة الدولية من خلال اتفاقية فيينا للبيوع الدولية C.I.S.G ومبادئ التجارة الدولية (Unidroit) والحقوق المقررة للمتضررين من هذا النوع من الإخلال ، وهما حقان : حق وقف تنفيذ الالتزامات ، وحق فسخ العقد بمجمله ، أو فسخه بجزء منه .

واشتملت الدراسة على مبحث تمهيدي ، ومبحثين رئيسيين ، تطرقنا في المبحث التمهيدي لمفهوم الإخلال المبتسر ، وخصصنا المبحث الأول لحق وقف تنفيذ الالتزام ، وفي المبحث الثاني تحدثنا عن حق فسخ العقد . وفي ختام هذه الدراسة يمكن أن نخلص الى عدد من النتائج الهامة نوجزها على النحو الآتي :

١. أن فكرة الفسخ للإخلال المبتسر هي فكرة إنجليزية المنشأ ، وجدت في نظام القانون المشترك (common law) الذي يأخذ بمفهوم الإخلال المتوقع (anticipatory breach) والنتائج عن التمييز بين العقود التي تنفذ مباشرة ، وتلك التي تنفذ بعد فترة من انعقاد العقد.
٢. عرفت كل من اتفاقية فينا ، ومبادئ اليونيدروا فكرة الإخلال المبتسر ، ألا أنها اختلفت في طبيعة الحقوق المقررة للمتضرر فيها . ففي حين تعطي اتفاقية فينا حق وقف

تنفيذ الالتزامات وحق فسخ العقد ، نجد أن مبادئ اليونيدروا يقتصر نصها الصريح على نصفه فسخ العقد فقط.

٣. بالإمكان أن نستنتج جواز ممارسة حق وقف تنفيذ الالتزام بموجب مبادئ اليونيدروا رغم عدم وجود نص بهذا الخصوص وبذات شروط ممارسة حق الفسخ ، لأنه أقل خطورة من حق الفسخ . غير انه كان من الأنسب وضع نص صريح خاص بهذا الحق.

٤. تشددت الاتفاقية في الشروط اللازمة لممارسة حق فسخ العقد للإخلال المبتسر ، في حين كانت أقل تشددا في شروط ممارسة حق وقف تنفيذ الالتزام باعتباره أقل خطورة من حق الفسخ . هذا في الوقت الذي يجوز فيه للمتضرر ، بموجب المبادئ ، ممارسة أي من الحقين (وقف تنفيذ الالتزامات أو الفسخ) ولكن بذات الشروط المتشددة المقررة للفسخ.

٥. تشابهت نصوص كل من الاتفاقية والمبادئ المتحدثة عن الإخلال المبتسر ، المتيح لحق الفسخ ، إلى حد الاقتراب من التطابق حتى في الصياغة مما يعني تقارب في شروط تطبيق كلا النصين ، مع عدم تضمين نص المبادئ إمكانية تقاضي الفسخ من المدعى عليه بتقديم الضمان الكافي في ذات النص المتحدث عن حق الفسخ .

٦. اختلفت اتفاقية فينا في شروط ممارسة حق الفسخ بين عقود التسليم على دفعات وعقود التسليم على دفعة واحدة

٧. اقتصر شرط الاخلال الجوهري في الاتفاقية دون المبادئ على الحق في فسخ العقد دون حق وقف تنفيذ الالتزامات ، الذي اشترطت فيه الاتفاقية ان يقع الاخلال بجزء هام من الالتزام .

٨. وأخيرا يبقى المميز الأكثر أهمية للاتفاقية عن المبادئ هو أن الأولى أن تتمتع نصوصها بصفة الإلزام عندما تكون واجبة التطبيق ، في حين تبقى المبادئ بمثابة قواعد نموذجية يمكن أن تحكم عقود التجارة الدولية دون أن تفرض أي قوة إلزامية على الأطراف.

محكمة الاستئناف والمسئولية المدنية

عمر ياسين*

مقدمة :

في القضية الحقوقية رقم ٨٦/٧٠ قررت محكمة الاستئناف في رام الله مبدأ قانونياً يقضى بأنه " إذا تعددت العوامل التي أدت إلى حدوث الضرر وكان كل منها مستقلاً عن غيره وضرورياً لحدوث الضرر اعتبر كل منها - وفقاً لنظرية تعدد الأسباب - سبباً في حدوث الضرر بأكمله فإذا كان من بين هذه الأسباب ما هو خطأ وما ليس خطأ كانت الأسباب الخطأ وحدها هي الموجبة للمسئولية ."

والاستئناف هنا كان ضد قرار محكمة بداية نابلس الصادر بتاريخ ٨٦/١/١٨ في القضية الحقوقية رقم ٨٣ /٦٤٤ والمتضمن الحكم على شركة التامين (المؤسسة العربية للتأمين المساهمة المحدودة) بان تدفع للمستأنف عليه مبلغ ثمانية وثلاثين ألفاً واثنى عشر ديناراً. وقد كان قاضي البداية قد اعتبر أن نسبة عجز المصاب بحادث السير هو ٨٠% حيث أن ما نسبته ٥٠% من العجز كانت سابقة على الحادث حيث ورد في ضبط القضية " وأعطى نبيل الطاهر نسبة عاهة للانحناء في العمود الفقري بدون أي شيء أي بدون حادث سيارة حوالي خمسين بالمائة " وبالتالي يكون الحادث تسبب بعاهة للمستأنف عليه قيمتها ٣٠% .

وقد ذهبت محكمة الاستئناف هنا إلى أن قاضي الموضوع قد جانبه الصواب حين حكم بالنسبة لفقدان الدخل إلى نسبة العجز الكلية البالغة ٨٠% . فقررت المحكمة المبدأ المشار إليه أعلاه مستندة في ذلك إلى الفقيه الدكتور سليمان مرقص وما ورد في كتابه موجز أصول الالتزامات حيث ذهبت المحكمة استناداً إلى الفقرة المشار إليها إلى

* محام ومدرس قانون بكلية التجارة - جامعة بيرزيت.

أن " هذا ما يفرضه المنطق السليم إذ لا نجد وجها لإلزام المستأنفة بالتعويض عن نسبة عجز مقدارها ٥٠% مصاب بها المستأنف عليه منذ صغره دون أن ترتكب (أي شركة التأمين) خطأ من جانبها أو تتسبب في وقوعه ذلك لان مسئوليتها تتحدد بموجب عقد التأمين ولأن المسؤولية المدنية تقوم على أركان ثلاثة هي خطأ من المسؤول وضرر يصيب السائل ورابطة سببية تجعل الأول علة الثاني وحيث أن المستأنفة (أي شركة التأمين) لم تخطئ بالنسبة لمرض المستأنف عليه السابق على الحادث ولم تتسبب فيه فان مساءلتها بالتعويض عنه يكون في غير محله ."

ثم أوردت المحكمة قرارات لمحكمة التمييز الأردنية ذهبت إلى أنها تدعم ما جاء في القرار. والقرار المذكور نشر في مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة الاستئناف في الدعاوى الحقوقية لعامي ١٩٨٦ و ١٩٨٧ ولا يتضمن القرار كما هو منشور أي إشارة إلى وقائع الدعوى في محكمة البداية وبعد التحدث مع وكيل المستأنفة ووكيل المستأنف عليه تبين أن السيد نبيل الطاهر هو صاحب السيارة وهو الذي كان يسوقها عندما وقع الحادث الذي أدى إلى انقلابها وهو بطبيعة الحال طرف عقد التأمين والطرف الثاني هي شركة التأمين . بالتالي يكون بحث قرار محكمة الاستئناف المذكور في نقطتين :

الأولى : وتتعلق بالمسئولية المدنية مع التركيز بصفة أساسية على عنصر الخطأ .

الثانية: تتعلق بالحجج التي دعت فيها المحكمة قرارها وهي بالتحديد الفقرة التي أوردتها نقلا عن كتاب الدكتور سليمان مرقص وقرارات محكمة التمييز الأردنية .

أولا : المسئولية المدنية :

المسئولية المدنية هي صورة من المسئولية القانونية ومضمونها التزام المسؤول بتعويض الأضرار الحادثة للغير أي التزام شخص بتعويض الضرر الذي يسببه لشخص آخر نتيجة إخلاله بالتزام يقع عليه . فإذا كان مصدر هذا الالتزام السابق الذي تم الإخلال

به هو العقد فان المسؤولية المدنية تسمى هنا بالمسئولية العقدية ، أما إذا كان الالتزام السابق مصدره القانون فان المسؤولية المدنية تسمى هنا بالمسئولية التقصيرية.

والمسئولية العقدية تفترض وجود رابطة عقدية صحيحة بين طرفيه أي بين المضرور والمسؤول . كما وتفترض أن يتم الإخلال بالالتزام ناشئ عن هذا العقد من شخص يلتزم به . فعقد الإيجار مثلا يرتب مسؤولية عقدية على المستأجر إذا تخلف عن دفع الإيجار المتفق عليه . وكذلك على المؤجر إذا لم يقم بتنفيذ التزامه بتسليم العين المؤجرة . أما اعتداء أي من الطرفين على الآخر بالضرب ولو بمناسبة المطالبة بتنفيذ شروط العقد فانه لا يؤدي إلى قيام مسؤولية عقدية ، فهذا الالتزام مصدره القانون الذي يلقي واجبا عاما على الجميع بعدم اعتداء أحد على الآخر . لذلك فالمسئولية هنا لا تعتبر عقدية وإنما تقصيرية . (د. عبد المنعم فرج الصدة مصادر الالتزام ١٩٥٨ ص ٥١٢ - ٥١٦) . بالتالي يجب تحديد الالتزامات التي تنشأ عن أي عقد يتم إبرامه حتى يمكن اعتبار عدم تنفيذها سببا موجبا للمسئولية العقدية .

ويثور التساؤل عن إمكانية الجمع بين المسئوليتين أو الاختيار بينهما خاصة وانهما يتحدان في الأساس إذ أن أساس كل منهما هو الإخلال بالالتزام سابق مصدره إما القانون أو العقد . إلا أن الرأي استقر في الفقه الحديث على عدم جواز الجمع بينهما لان السماح بذلك يؤدي إلى جواز الحصول على تعويض مرتين عن الضرر الواحد . أما الخيرة بينهما فقد ذهب رأي إلى جوازها وذهب رأي قوي إلى منعها وذلك استنادا إلى العلاقة بين الخاص والعام فالمسئولية العقدية هي صورة خاصة للمسئولية المدنية تقوم إلى جانب الصورة الأصلية لهذه المسئولية وهي المسئولية التقصيرية " فالمسئولية العقدية هي مسئولية خاصة تنشأ إذا توافرت شروطها وأهمها حدوث الضرر نتيجة للإخلال بالالتزام عقدي ناشئ لمصلحة الشخص المضرور . وبالتالي فان استبعاد القواعد الخاصة التي تنظم هذه المسئولية الخاصة وتطبيق القواعد العامة للمسئولية المدنية لا يجوز " . (د. جميل الشرقاوي النظرية العامة للالتزام ١٩٧٦ ص ٤٤١) .

والتمييز بين المسئوليتين أمر يسلم به الفقه الحديث حيث أن هناك فروقا جوهرية تتعلق بالأهلية اللازم توافرها في من يرتكب الخطأ المسبب للضرر ففي المسؤولية التقصيرية تكتفي بعض التشريعات بالتمييز وهناك تشريعات أخرى لا تتطلب التمييز أما في المسؤولية العقدية فمعظم العقود تتطلب كمال الأهلية . كذلك التعويض ففي المسؤولية العقدية يترتب على الضرر المباشر المتوقع أما في المسؤولية التقصيرية فيترتب على الضرر المتوقع وغير المتوقع . وفي حالة تعدد المسئولين تعاقديا فلا يفترض الاشتراك إلا بناء على نص في العقد . أما في حالة تعدد المسئولين تقصيريا ولم يكن بالإمكان تحديد نصيب كل منهم في إحداث الضرر فيتم إزمامهم بالضمان بالتساوي . أما إذا كان بالإمكان تحديد نصيب كل منهم فلا يسأل أي منهم إلا عن الضرر الحادث بفعله . (د. سليمان مرقص المرجع السابق ص ٣٣١ - ٣٤٢ وكذلك د. أنور سلطان مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ١٩٨٧ ص ٢٨٥ - ٢٨٩) .

وإذا كانت أركان المسؤولية المدنية هي واحدة في المسئوليتين العقدية والتقصيرية حيث تقوم المسؤولية في كليهما على أركان ثلاثة وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بحيث تجعل حصول الضرر نتيجة للخطأ فان هناك فارقا يجب إبرازه بين معنى ركن الخطأ في كلا المسئوليتين وفقا للقواعد العامة . (القانون المدني عندنا وهو مجلة الأحكام العدلية وهي القانون الساري المفعول والواجب التطبيق) .

فالخطأ في المسؤولية العقدية يتوافر إذا لم يقم الشخص الذي يلتزم بالعقد بتنفيذ التزامه الناشئ عن هذا العقد ، سواء كان ذلك بالامتناع عن القيام بما يوجبه العقد أو بتنفيذ غير مطابق لما تم الاتفاق عليه ، سواء كان ذلك عن عمد أو عن إهمال والمعيار الذي يقاس به الخطأ هنا هو عناية الشخص المعتاد .

(د. صلاح الدين الناهي : الوجيز الوافي ، مصادر الحقوق الشخصية ١٩٨٤ عمان ص ١٥٨ - ١٦١) . ومعنى الخطأ أي عدم التنفيذ يختلف وفقا لما إذا كان الالتزام الناشئ عن العقد هو التزام بتحقيق نتيجة أو التزام ببذل عناية ففي الحالة الأولى فان الخطأ يتوافر

في مجرد عدم تحقق النتيجة . ففي عقد البيع مثلا يكفي أن يثبت المشتري عدم تسلم المبيع فان اثبت ذلك يفترض وقوع الخطأ من جانب البائع ويتعين على الآخر هنا إذا أراد نفي مسؤوليته أن يثبت السبب الأجنبي الذي ترتب عليه عدم تنفيذ الالتزام . أما في الحالة الثانية فان الخطأ يتوافر بعدم بذل الجهد المطلوب والذي يقاس بمعيار " الجهد الذي يبذله الرجل المعتاد " مثل عقد الوكالة حيث لا يكفي من الدائن بالالتزام إثبات عدم تنفيذ الالتزام لكي يفترض الخطأ بل يجب على الدائن إثبات أن المدين لم يبذل في تنفيذ التزامه العناية المطلوبة . (د. أنور سلطان المرجع السابق ص ٢٣٤) .

بالرجوع إلى المبدأ الذي قرره محكمة الاستئناف والمثبت أعلاه يتبين وبوضوح أن المحكمة تخلط بين قيام التزام الشركة بدفع مبلغ التأمين المتفق عليه في العقد أو في حدود الحد الأقصى أو القيام بتقديره وفقا للضرر وبين الخطر وتحققه والذي هو أمر لازم تحققه حتى يقوم التزام الشركة العقدي والناشئ عن عقد التأمين ، حيث أن المحكمة قررت وبحق أن مسؤولية الشركة هي مسؤولية عقدية " فعقد التأمين هو كالعقود الأخرى يجب أن تتوافر أركانه وهي التراضي والمحل والسبب . إلا أن هناك أمورا خاصة به تميزه عن باقي العقود ومنها مسألة " الخطر " أو كما يطلق عليه اصطلاحا الكارثة المؤمن منها . فالخطر هو حادثة محتملة لا تتوقف على إرادة أحد طرفي العقد وخصوصا إرادة المؤمن له . ويجب أن يكون الخطر بالمعنى السابق غير مؤكد الوقوع بحيث يتدخل عامل الصدفة في حدوثه أو أن يكون ناتجا عن حادث عرضي . (د. عبد القادر العطير : التأمين البري في التشريع الأردني ١٩٩٥ ص ١٤٢ - ١٥٠) . إلا أن الحادثة قد تكون مؤكدة الوقوع غير أن وقت وقوعها غير معروف كالتأمين على الحياة لحال الوفاة فهو تأمين من الموت والموت محقق إلا أن وقت وقوعه غير معروف . وهذا ما يجعل الخطر يختلف عن الشرط كوصف للالتزام حيث أن الشرط هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع والخطر في عقد التأمين أوسع من الشرط فهو يتضمن معنى الشرط إلا انه إذا كانت الحادثة مؤكدة الوقوع وتعلق الشك والاحتمال بتاريخ وقوعها خرجت الحادثة عن نطاق

الشرط لتصبح من قبيل الأجل غير المحدد. (د. عبد المنعم البدر اوي العقود المسماة عقد التأمين ١٩٦٣ ص ٦٠-٦٨) والحادثة التي تشكل الخطر في القضية محل البحث هي بمثابة شرط لان الاحتمال يتعلق بوقوعها . وبالتالي فإن شركة التأمين لم تخطئ عند وقوع الحادث الذي يشكل الخطر ومساءلتها مدنيا يجب أن يكون على أساس المسئولية العقدية كما قررت المحكمة بحق أي إذا تخلفت الشركة عن تنفيذ التزام من الالتزامات التي يلقيها عليه عقد التأمين يكون خطأها الذي يرتب مسئوليتها المدنية كما إذا لم تقم بدفع المبلغ المتفق عليه بعد تحقق الخطر . بالنتيجة فان قول المحكمة "وحيث أن المستأنفة لم تخطئ بالنسبة لمرض المستأنف عليه السابق على الحادث ولم تتسبب فيه فان مساءلتها بالتعويض عنه يكون في غير محله . " بمعنى المخالفة فان المحكمة ترى بان شركة التأمين أخطأت بالنسبة لـ ٣٠% ويجب أن تسأل عن تعويض هذا القدر فقط . هذا القول غير صحيح وخطئ لان الشركة لم تخطئ لا بالنسبة لـ ٥٠% ولا بالنسبة لـ ٣٠% الإضافية الناتجة عن الحادث وليس هذا هو الخطأ العقدي وفقا لما تم بيانه أعلاه . حيث أن وقوع الحادث هو بمثابة شرط لقيام التزام الشركة بدفع مبلغ التأمين الذي ينص عليه العقد أي أن التزام الشركة يكون موقوفا على شرط .

والحادث الذي وقع في القضية محل البحث وقع بخطأ المؤمن له حيث انقلبت السيارة نتيجة الحادث . والقانون لا يمنع التأمين من الخطأ الجسيم وإنما يمنع بطبيعة الحال التأمين من الخطأ العمد لأن الخطأ العمد ينفي صفة الاحتمال عن الخطر ويجعله مؤكدا ووقوعه وبالتالي يهدم فكرة التأمين من أساسها (وذلك في الحالات التي يكون الاحتمال متعلق بوقوع الحادثة نفسها) . (د. عبد الحي حجازي التأمين ١٩٥٨ ص ١١٠-١١٥ وكذلك د. عبد المنعم البدر اوي المرجع السابق ص ٦٧-٧١ و د. عبد القادر العطير المرجع السابق ص ١٤٥-١٤٧) . وحيث أن مسئولية شركة التأمين تتعين على قدر عقد التأمين فان ما ورد في العقد يجب الالتزام به اخذين بعين الاعتبار الضرر الواقع والخسارة اللاحقة فعلا . (قرار تمييز رقم ١١٩ / ٧٠ والقرار رقم ١٢٦ / ٧١) .

ويثور التساؤل في حالة عدم تضمن العقد نص يتعلق بمبلغ التأمين ذهب البعض في البداية إلى اعتبار أن محل التزام المؤمن غير معين وبالتالي فإن العقد باطل . إلا أن الصحيح هو أن التزام المؤمن يتم تحديده لاحقاً عند وقوع الكارثة أو تحقق الخطر . ولا يوجد في القواعد العامة ما يمنع نشوء مثل هذا الالتزام إذ انه يمكن تحديده في المستقبل عند تحقق الخطر . وشركات التأمين في مثل هذه الحالة تحدد قسط التأمين الذي هو محل التزام المؤمن له على أساس أعلى قدر من الضرر ينتظر حدوثه وبالتالي يكون مرتفعاً. (د. عبد المنعم البدر اوي المرجع السابق ص ٩٣).

ثانياً : الحجج التي استندت إليها محكمة الاستئناف :

استندت المحكمة في قرارها المذكور إلى حجج مستمدة فقرة مقتطفة من كتاب الدكتور سليمان مرقص والى قرارات محكمة التمييز الأردنية .
أولاً : الدكتور سليمان مرقص :

أثبتت المحكمة أن المسألة القانونية المطروحة هي مسألة دقيقة وبيئت أن هناك جدلاً فقهيًا وقضائياً في النقطة محل البحث ورغم أنني لم اطلع على قرار محكمة البداية الذي نقضته محكمة الاستئناف والتي قررت أنها تنحاز إلى الجهة الفقهية المعاكسة وأيدت وجهة نظرها بالفقرة المقتبسة من كتاب الدكتور سليمان مرقص فإن من الواضح أن المحكمة خلطت مرة أخرى بين الخطأ العقدي والخطأ التقصيري . إذ انه على الرغم من أن المحكمة بينت في البداية أن مسؤولية الشركة هي مسؤولية عقدية وهذا صحيح فقد اندفعت إلى تأييد وجهة نظرها في قصر التعويض على ما نسبته ٣٠% بعد الحادث وذلك ببحث الخطأ في المسؤولية التقصيرية من حيث اجتماع عدة أسباب في حصول النتيجة الضارة ووجوب اعتماد الأسباب الخطأ فقط . وهذا إذا صدق في القانون المصري فإن مجلة الأحكام العدلية وهي القانون المدني الساري المفعول تختلف اختلافاً بيناً في هذا الصدد . فالخطأ التقصيري في القانون المصري تم تعريفه على أنه " إخلال بالتزام قانوني مقترن بادراك المخل إياه " . (د. سليمان مرقص المرجع السابق

ص ٣٦٠-٣٧٠، و د.جميل الشرقاوي المرجع السابق ص ٤٥٢ - ٤٦٥ و د. عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الالتزام ١٩٦٤ ص ٨٨٩ - ٩١٣).
 أي أن الخطأ هنا يتكون من عنصرين عنصر مادي وهو الفعل أو الترك الذي يعتبر إخلال بالالتزام القانوني الذي يقع على عاتق من ينسب إليه الخطأ . والعنصر المعنوي أي إدراك المخل بالالتزام القانوني بأنه يخالف التزام يفرضه القانون. وبالتالي فإن الشخص المميز فقط هو الذي يسأل أما الشخص غير المميز مثل الصبي غير المميز والمجنون فلا يسألون لأنهم غير مميزين . ويكفي فقدان الشخص التمييز بصفة مؤقتة لأي سبب عارض مثل الحمى الشديدة والغيبوبة والمرض لانعدام المسؤولية. (د. سليمان مرقص المرجع السابق ص ٣٦٩ و د. عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ص ٩١٣). واستثناء تم تقرير مسؤولية الشخص غير المميز وذلك في حالة وقوع الضرر مع عدم وجود من هو مسؤول عنه أو في حالة تعذر الحصول على تعويض منه فتستطيع المحكمة إلزام من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم (م ١٦٤ مدني مصري).

أما مجلة الأحكام العدلية - القانون المدني - عندنا أو كما يقال القواعد العامة فإنها تقيم المسؤولية التقصيرية على أساس الضرر وليس الخطأ بالمعنى الوارد في القانون المصري فالخطأ عندنا هو عبارة عن الفعل أو الترك المفضي إلى الضرر . فالإضرار هو مناط المسؤولية ولو صدر عن غير مميز . وبالتالي فعنصر الإدراك في الخطأ غير موجود عندنا فيكفي وقوع فعل ضار من شخص وإمكانية نسبه إليه بحيث يكون هناك رابطة سببية بين الفعل والضرر وهذا يكفي لقيام المسؤولية ولو كان المسؤول غير مميز فالمادة ٩١٦ من المجلة تنص على انه " إذا اتلف صبي مال غيره فيلزم الضمان من ماله " وتنص المادة ٩٦٠ أيضا على أن " المحجورين الذين ذكروا في المواد السابقة وان لم يعتبر تصرفهم القولي لكن يضمنون حالا الضرر والخسارة اللذين نشأ عن فعلهم ، فيجب الضمان على الصبي إذا اتلف مال الغير وان كان غير مميز " .

أما طرق الإضرار فقد تكون أما بالمباشرة أو بالتسبب ويكون الإضرار بالمباشرة إذا انصب فعل الإلتلاف على الشيء نفسه فالمادة ٨٨٧ من المجلة تنص على أن " الإلتلاف مباشرة هو إلتلاف الشيء بالذات ويقال لمن فعله فاعل مباشر ". أما المادة ٨٨٨ فقد نصت على أن الإلتلاف تسببا هو " التسبب في تلف شيء يعنى أن يحدث في شيء ما يفضي عادة إلى تلف شيء آخر ويقال لفاعله متسبب...الخ". وتنص المادة ٩٢ على أن " المباشر ضامن وان لم يتعد " أما إذا كان متسببا فإنه لا يضمن إلا إذا كان متعمدا الضرر وفي شرح المجلة لعل حيدر انه " في التسبب يشترط التعمد والتعدي" فحتى يضمن المتسبب يجب أن يأتي عملا مفضيا إلى الضرر عمدا وبغير حق أي متعمدا. وتنص المادة ٩٠ على انه " إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر ".

- فلو حفر شخص بئرا في الطريق العام فألقى أحد حيوانا لشخص في تلك البئر ضمن الذي ألقى الحيوان ولا شيء على حافر البئر .
- لو امسك شخص بآخر وجاء ثالث فاغتصب ما مع الرجل من نقود فالضمان على المغتصب المباشر لاستلاب المال دون الآخر المتسبب بذلك .
- لو دل شخص لصا على مال لآخر ليسرقه فسرقه اللص فليس على الدال ضمان وإنما الضمان على اللص .
- لو فتح أحد باب دار آخر وفك فرسه من قيوده فجاء لص وسرق الفرس فالضمان على السارق .

(هذه أمثلة من الفقه الإسلامي الذي تقوم عليه المجلة وردت في المذكرات التحضيرية للقانون المدني الأردني الجزء الأول ص ٢٨٣ - ٢٨٥) .

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو أين موقع نظرية تعدد الأسباب في القواعد العامة عندنا أي في مجلة الأحكام العدلية ؟ . واضح أن المحكمة لم تلق أي اهتمام إلى القانون الساري المفعول واقتصررت على تطبيق الفقرة المقتبسة من كتاب الدكتور سليمان مرقص دون أي تبصر . كذلك فإن الفقه الإسلامي الذي تقوم عليه المجلة يقضى بأنه إذا

تعددت أسباب التلف بتعدد من أحدثها فان لم تختلف أفعالهم قوة وضعفا في إحداث الضرر أو لم يتبين اختلافها في إحداثه لزمهم الضمان على التساوي . أما إذا تبين ما لكل شخص اشترك من نصيب في الإلتلاف فكل فاعل يلزم بتبعة فعله مع مراعاة تقديم المباشر على المتسبب بطبيعة الحال. (المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني الجزء الأول ص ٢٩٥).

بالرجوع إلى الفقرة التي استندت إليها المحكمة من كتاب الدكتور سليمان مرقص وسأورها بأكملها هنا حيث ورد على الصفحة ٤٢٢ بند ٤١١ تحت عنوان الإلتزام بالتعويض في حالة تعدد الأسباب . " تقدم انه إذا تعددت العوامل التي أدت إلى حدوث الضرر وكان كل منها مستقلا عن غيره وضروريا لحدوث الضرر اعتبر كل منها وفق نظرية تعادل الأسباب سببا في حدوث الضرر بأكمله فإذا كان من بين هذه الأسباب ما هو خطأ وما ليس خطأ كانت الأسباب الخطأ وحدها هي الموجبة للمسؤولية . ففي مثل من ضرب شخصا مصابا بمرض القلب رأينا أن كلا من الضرب والمرض يعتبر سببا في حدوث الوفاة ولكن لان المرض ليس خطأ تبنى عليه المسؤولية يجب استبعاده عند تعيين الإلتزام بالتعويض وقصر هذا الإلتزام على من أتى من جانبه السبب الخطأ أي على الضارب " .

يمكن هنا إيراد ما يلي :

١- إن المحكمة كما خلطت بين الخطأ العقدي والخطر وتحققه كما ورد أعلاه واعتبرت أن شركة التأمين أخطأت فقط بالنسبة لنسبة عجز ال ٣٠% الناتجة عن الحادث وهذا غير صحيح كما ورد سابقا . اختلط عليها الأمر هنا أيضا بإيراد دليل على موقفها وهو الخطأ التقصيري أي وفقا للمسؤولية التقصيرية . وهذا بحد ذاته خطأ . لان مسؤولية الشركة هي عقدية والشركة كما تم توضيحه أعلاه لم تخطئ ولم تتسبب بالضرر لا بالنسبة لنسبة ال ٥٠% ولا بالنسبة لنسبة ال ٣٠% .

٢- إن الفقهاء المصريين يستندون إلى نصوص القانون المصري فالدكتور سليمان مرقص وعلى الصفحة ٤١٩ من كتابه المذكور وتحت بند تقدير التعويض يذهب إلى أن " القاعدة في تقدير التعويض النقدي أن يقدر بقدر الضرر مع مراعاة الظروف والملابسة ويشمل ما لحق المصاب من خسارة وما ضاع من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار (مادة ١٧٠ و ٢٢٠ مدني مصري) وبقطع النظر عما إذا كان الضرر متوقعا أم غير متوقع (م ٢٢١ فقرة ثانية مدني مصري) . وعلى الصفحة ٤٢٠ بورد النتائج التي تتفرع على هذه القاعدة ومنها النتيجة الثالثة حيث ورد ما يلي " أن التعويض يشمل كل الضرر سواء كان متوقعا أو غير متوقع (م ٢٢١ مدني) فإذا ضرب شخص آخر مريضا بالقلب فقتضت عليه هذه الضربة مع أنها لم تكن تؤدي إلى وفاته لولا إصابته بهذا المرض كان الضارب مسؤولا مدنيا عن الوفاة ولو كان بسبب جهله إصابة المجني عليه بهذا المرض لم يتوقع ولم يكن في وسعه أن يتوقع أن تؤدي هذه الضربة إلى حدوث الوفاة " . ومع إعادة التأكيد أن اندفاع المحكمة إلى مناقشة الخطأ التصيري للتدليل على وجهة نظرها في حصر التعويض في أُل ٣٠% الواقع بعد الحادث هو غير صحيح إلا أن النصوص القانونية الواجبة التطبيق لم تدخل في اعتبار المحكمة فنصوص مجلة الأحكام العدلية الواردة آنفا تذهب باتجاه معاكس للقانون المصري من حيث المباشر والمتسبب . وإذا اجتمع المباشر والمتسبب فإن المباشر يجب المتسبب . والمباشر يضمن ولو لم يعتمد أو يتعدى (قرار تمييز رقم ٦٨/١٥٢ صفحة ٥٨٢ لسنة ٦٨) وقرار رقم (٣٥٣ لسنة ٧٤ صفحة ٩٧٨ سنة ٧٥) .

كذلك في حالة اشتراك عدة فاعلين في إحداث الضرر فتقسم عليهم المسؤولية بالتساوي إذا لم يكن هناك إمكانية لتحديد فعل كل منهم أما إذا كان ذلك ممكنا فيتحمل كل واحد نتيجة فعله .

٣- ان المثل الذي ضربه الدكتور مرقص في الموقعين المشار إليهما أعلاه يتضمن مرض القلب (وهو سابق) والضرب أي اقتران الضرر بالقوة القاهرة والحادث الفجائي .

فالاقتباس الثاني للدكتور مرقص يذهب بوضوح إلى أن الضارب يكون مسؤولاً عن الوفاة ولو كان بسبب جهله إصابة المجني عليه بهذا المرض لم يتوقع ولم يكن في وسعه توقع أن تؤدي هذه الضربة إلى الوفاة . وهذه صفات القوة القاهرة . كذلك فإن الدكتور أنور سلطان يعتبر أن المرض هو من قبيل القوة القاهرة لأنه أمر لا يمكن نسبته إلى المدعى عليه ولا يد له فيه (المرجع السابق ص ٣٣٨) .

واثر القوة القاهرة إذا اقترنت مع خطأ المدعى عليه في إحداث الضرر كان المدعى عليه مسؤولاً ومسئولية كاملة لان خطأه كان سبباً في وقوع الضرر وليس هناك أحد يسأل إلى جانبه . (د . عبد المنعم فرج الصدة المرجع السابق ص ٦٠١ و ٦٠٢) . كذلك يذهب الدكتور أنور سلطان إلى انه إذا اشتركت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مع فعل المدعى عليه في إحداث الضرر فهنا لا محل لتوزيع المسؤولية لان القوة القاهرة لا يمكن نسبتها إلى شخص آخر حتى يشترك مع المدعى عليه في تحمل المسؤولية . ولذا يتحمل المدعى عليه المسؤولية كلها وحده .

ونشير بهذا الصدد إلى ما أورده الدكتور السنهوري في كتابه الوسيط في شرح القانون مصادر الالتزام الطبعة الثانية سنة ٦٤ على الصفحة ١٠٢٨ حيث أورد ما يلي : " فإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وقيام قوة القاهرة كان المدعى عليه مسؤولاً عن التعويض الكامل . لان خطأه كان سبباً في إحداث الضرر ولا نستطيع الرجوع على أحد . لان الحادث الذي اشترك مع خطأه في إحداث الضرر كان قوة القاهرة . فيتحمل وحده المسؤولية كاملة . فلو أن شخصاً لكم شخصاً آخر في صدره لكمة بسيطة وتصادف أن المصاب كان مريضاً بالقلب ولم يكن المدعى عليه يعلم ذلك فمات المصاب من جراء هذه اللكمة كان المدعى عليه مسؤولاً مسؤولية كاملة عن موت المصاب " .

بالنتيجة فإن المحكمة أخطأت في تأييد وجهة نظرها ببحث المسؤولية التقصيرية لان المسؤولية هنا مسؤولية عقدية . إضافة إلى انه حتى في بحثها للخطأ التقصيري لم تأخذ بما ورد في النصوص المتعلقة بهذا الخطأ عندنا .

ثانياً : قرارات محكمة التمييز :

مرة أخرى تخالف المحكمة ما قررته في البداية من أن مسؤولية الشركة هي مسؤولية عقدية وتستشهد بقرارات تتعلق بالمسئولية التقصيرية . فمحكمة التمييز تحرص في جميع قراراتها المتعلقة بالمسئولية التقصيرية على تبيان المباشر والمتسبب وهي لم تخرج عن القواعد التي تم توضيحها سابقا في هذا المجال ففي القرار رقم ٧٥/٣٣٤ ذهبت إلى أن " كون المدعى عليه قاد سيارة القلاب رغم أن الرخصة منتهية وانه مرخص بسوق سيارة صالون خصوصي لا يكفي للحكم عليه بالتعويض عن الضرر الناتج عن الحادث بل يجب أن يثبت مع هذه الوقائع أن الضرر الذي يقوم عليه طلب التعويض هو نتيجة مباشرة للمخالفة وليس لعوامل أخرى " .

وهذا تطبيق لقاعدة المباشر يضمن ولو لم يتعمد أو يتعد والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعمدا أو متعديا . ففي القرار رقم ١٥٢ / ٦٨ صفحة سنة ٦٨ ذهبت المحكمة إلى انه " إذا كان الضرر اللاحق بالضرور ومزروعاته قد نشأ عن فعل الشخص المباشر بفتح الطريق وإثارة الغبار فيعتبر المباشر ملزما بما لحق الضرور من ضرر جراء هذا الفعل . إن المباشر ضامن وان لم يتعمد ويكون مسؤولا عن الضرر الذي ألحقه بالضرور . "

وفي القرار رقم ٤٨٠ / ٦٦ صفحة ٤٩ سنة ٦٧ ذهبت محكمة التمييز إلى انه " إذا لم ينشأ الضرر عن فعل شخص وإنما نشأ عن مؤثر خارجي فلا يعتبر هذا الشخص مباشرا للفعل الذي أدى إلى الضرر ولا يضمن أن لم يتعمد . أن ضمان الضرر الناتج عن التعمد أو التسبب يتوقف على ثبوت العناصر التالية :-

- ١- صدور خطأ من المسؤول .
- ٢- لحوق ضرر بالسائل .
- ٣- وجود رابطة سببية تربط الخطأ بالضرر وتجعل الأمر الأول علة الثاني . إذا لم يصدر خطأ من المسؤول فان عدم توافر الخطأ ينفي المسئولية عن المسؤول " .

والمقصود بالخطأ هنا هو بطبيعة الحال التعدي أي الفعل الضار بحد ذاته دون تطلب توافر التمييز كما مر بيانه سابقا . ففي القرار رقم ٣٥٠ / ٧٣ صفحة ٤٢٠ سنة ٧٤ ذهبت المحكمة إلى انه " من شروط التعويض عن الأضرار الناشئة عن فعل ضار جرمي هي نفس أركان المسؤولية التقصيرية من خطأ على صورة التعدي وضرر وعلاقة سببية التي تربطهما .

ويمكن هنا إيراد الحكم التالي لمحكمة التمييز والذي لم تخرج عن مضمونه المحكمة في جميع قراراتها المتعلقة بالموضوع محل البحث إلى عام ١٩٧٦ أي إلى حين صدور القانون المدني الجديد حيث تقول " لقد استقر الاجتهاد على أن الحكم بعدم مسؤولية المشتكى عليه عن التهمة الجزائية لعدم ثبوت وقوع خطأ منه لا يؤثر على حق المضرور بالرجوع على الفاعل بالتعويض عن الضرر إذا كان الشخص الذي تقررت عدم مسؤوليته عن تهمة الصدم يعتبر بموجب المادة ٩١٢ من المجلة فاعلا مباشرا لا متسببا للضرر فانه يعتبر مسؤولا مدنيا سواء أكان متعمدا إيقاع الضرر أم غير متعمد على اعتبار أن المباشر ضامن وان لم يتعمد.

بالنتيجة فان القرارات التي أوردتها محكمة الاستئناف طوعتها لتأييد وجهة نظرها إذ أن تعدد العوامل يجب فهمه وفقا للقواعد القانونية التي احتوتها المجلة وهي القانون المدني الواجب التطبيق .

قرار محكمة التمييز رقم ٣٢٠ / ٧٣ :-

أوردت محكمة الاستئناف هذا القرار لتأييد وجهة نظرها وينص على ما يلي:
" ان القواعد الفقهية والقضائية المستقرة هو انه إذا كانت هناك علاقة سببية وثيقة بين الخطأ الذي اقترفه الموظف وبين وظيفته فان الحكومة هي المسؤولة عن تعويض الشخص الذي أصابه ضرر من جراء هذا الخطأ " .

هذا القرار بحاجة إلى توضيح لان الشخصية الاعتبارية لم يعرفها الفقه الإسلامي الذي لا يعترف بالشخصية القانونية إلا للإنسان وهذا مرده الارتباط الوثيق بين فكرة الذمة المالية

وأهلية الوجوب . وبين أهلية الوجوب والشخصية القانونية. فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات ومناطق هذه الصلاحية " الذمة " التي لا تكون إلا للإنسان عند الفقهاء الشرعيين . وموقف الفقه الإسلامي هذا أدى إلى صعوبات من الناحية العملية تغلب عليها الفقهاء بوسائل فنية ابتدعوها ورتبوا نفس النتائج التي تترتب على الاعتراف بالشخصية الاعتبارية " (د. صوفي أبو طالب " تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية " ص ٧٨ - ١٤٠) .

والقاعدة في مصر هي أن الشخص المعنوي مسؤول عن الأخطاء التي يرتكبها ممثلوه عند القيام بإدارة شؤونه . إلا أن هذه المسؤولية كثيرا ما تكون خاضعة لمسئولية المتبوع عن فعل التابع وذلك بسبب عدم إمكانية نسبة التمييز إليه وبالتالي يمكن عن هذه الطريق الوصول إلى تقرير المسؤولية بالتضامن بين الشخص المعنوي وممثليه . على انه إذا كان الخطأ الذي احدث الضرر هو قرار صادر من إحدى هيئات الشخص المعنوي مثل مجلس الإدارة أو الجمعية العامة فيجب هنا نسبة الخطأ مباشرة إلى الشخص المعنوي ذاته. (د. عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ص ٩١٣ ، ٩١٤ ، ٩١٥) .

والقواعد العامة عندنا (مجلة الأحكام العدلية) لا تعترف بمسئولية المتبوع عن فعل التابع وذلك نتيجة للقواعد القانونية التي احتوتها المجلة في هذا الموضوع والتي تمت الإشارة إليها سابقا وبالتالي فقد استقر اجتهاد محكمة التمييز على اعتبار الفعل الضار من الموظف هو صادر مباشرة من الشخص المعنوي التابع له سواء كان شخص معنوي عام أم خاص .

فمثلا في القرار رقم ٢٥١ / ٧٠ ذهبت المحكمة إلى ما يلي " حيث أن شركة التخليص مسؤولة عن نقل البضائع إلى ظهر السيارات وتنفيذا لالتزامها هذا قامت باستئجار الرافعة مع سائقها وبواسطة الموظف الذي يعمل لديها نقل المحمول الذي يزيد وزنه عن أقصى حمولة للرافعة مما يعتبر خطأ من جانبها يرتب المسؤولية عليها ولا يرد على ذلك القول بان الخطأ وقع من مستخدميها وان المجلة لا تعرف مسؤولية المتبوع عن فعل التابع .

ذلك أن القانون عندما يرتب مسؤولية الشخص المعنوي فإنه يقدر أن هذا الشخص لا وجود له ككيان مادي وان مسؤوليته تنشأ عن أفعال أشخاص طبيعيين يمثلونه .
كذلك فإن عدم اعتراف مجلة الأحكام العدلية بمسؤولية المتبوع عن فعل التابع كانت سببا في قيام المشرع بوضع نص المادة ١٠٤ من قانون النقل على الطرق التي جعلت بالإمكان مسائلة صاحب السيارة التي يؤمن عليها إذا قام سائقها بفعل ضار . فوفقا للقواعد العامة لا يمكن نسبة الخطأ إلى مالك السيارة إذا كان يعمل عليها سائق غير المالك . (قرار تمييز رقم ١٢٤ / ٦٩) .

الخاتمة

يتبين مما سبق أن محكمة الاستئناف لم تستطع :-

- ١ - أن تحدد ماهية الخطأ العقدي حيث أن مسؤولية شركة التأمين هي مسؤولية عقدية وبالتالي تحديد التعويض يجب أن يكون وفقا للعقد وما يرتبه القانون من التزام الشركة بتعويض المضرور الآخر في العقد بعد تحقق الخطر وبالتالي وقوع الضرر .
- ٢ - أن المحكمة أخطأت بشكل واضح في الانتقال إلى بحث الخطأ التقصيري للتدليل على وجهة نظرها .
- ٣ - بالإضافة إلى ما تقدم أخذت المحكمة تبحث في مبادئ لا يعرفها القانون الساري المفعول وقامت بتطبيق مبادئ غريبة عنه وحتى في تطبيقها لهذه المبادئ قامت بذلك دون تعمق أو دراسة جيدة .
- ٤ - ليست هذه هي القضية الوحيدة التي تقوم فيها محكمة الاستئناف بتطبيق القواعد القانونية بطريقة تفصل فيها القاعدة عن اصلها وتتضمن مبادئ غريبة ففي القضية رقم ٩٠ / ٨٦ ذهبت محكمة الاستئناف إلى إقرار عدة مبادئ قانونية منها المبدأ رقم ٤- حيث قررت ما يلي " الصغير قبل سن السادسة عشرة له أهلية إدارة كاملة بالنسبة إلى أعمال الاغتناء فان قبل هدية أو وصية كان قبوله نافذا وليس له أهلية أداء مطلقا بالنسبة إلى أعمال التبرع فان وهب ماله أو ابرأ مدينه وقع تصرفه باطلا بطلانا

مطلقا أما الأعمال التي تدور بين النفع والضرر فيملك بالنسبة لها أهلية أداء ناقصة ومعنى ذلك أن هذه الأعمال يقوم بها الولي أو الوصي نيابة عن الصغير تبقى قابلية للإبطال لمصلحته والمعنوه هو في حكم الصغير المميز .

مع أن المادة ٩٦٧ من مجلة الأحكام العدلية تنص على ما يلي . " يعتبر تصرف الصغير المميز إذا كان في حقه نفع محض ، وان لم يأذن به الولي ولم يجزه كقبول الهدية والهبة. ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض كهبة وان أذن بها الولي . أما العقود الدائرة بين النفع والضرر فتتعد موقوفة على إجازة وليه ، فهو مخير في الإجازة وعدمها فان رآها مفيدة في حق الصغير أجازها وإلا فلا الخ

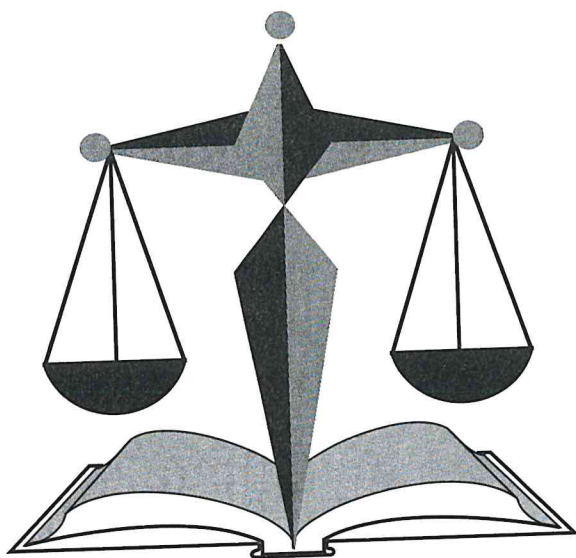
واضح أن هناك تأثرا من قبل محكمة الاستئناف بالقانون المصري عندما جعلت الجزاء على تصرفات الصغير المميز الدائرة بين النفع والضرر قابلية للإبطال لمصلحته بينما في القانون الواجب التطبيق هي موقوفة على إجازة الولي . وهناك فارق جوهري بين العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال ذلك أن العقد القابل للإبطال أو الباطل بطلانا نسبيا عقد يرتب آثاره إلى أن يقضى ببطلانه وإذا أجازته من له الحق في طلب البطلان تأيد نهائيا وثبتت الآثار التي رتبها . أما العقد الموقوف فانه إذا كان صحيحا إلا انه لا يرتب آثاره إلى أن يجيزه من له الحق في إجازته " (د . توفيق حسن فرج الأصول العامة للقانون ١٩٧٣ ص ٥٧٠) .

ويذهب الدكتور صلاح الدين الناهي في كتابه الوجيز الوافي (مصادر الحقوق الشخصية) ١٩٨٤ ص ١٦٦ ، ١٦٧ إلى أن " العقد الموقوف ينعد من الناحية التصورية انعقادا مجردا فلا تترتب عليه آثاره فور الانعقاد بل تتوقف فيبقى في معزل عن آثاره حتى تلحقه الإجازة وذلك بسبب أن آثار العقد في الشريعة الإسلامية هي " جعلية " أي أن الشارع هو الذي يجعلها آثارا وليست إرادية ولذا يتصور انفصالها عن الإرادة وتخلفها عنها حتى يأذن الشارع بانطلاقها ويرتبها على العقد الذي اكتسبته الإرادة وهو لا يأذن إلا إذا انعقد العقد بكمال شروطه وانتفاء موانعه" .

وقد ثارت هذه المشكلة بعد وضع القانون المدني الأردني عام ١٩٧٦ والذي كان أهم مصدر تاريخي له هو مجلة الأحكام العدلية حيث اخذ القانون بنظرية العقد الموقوف وليس الباطل نسبيا إلا انه تأثر بالقانون المصري في جزئيتين كانتا مثارا للانتقاد ففي المادة ١١٨ فقرة ٢ تنص على ما يلي " أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتعقد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها له التصرف ابتداء أو إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد "

أما المادة ١٣٤ فقرة ١ فقد نصت على انه " يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ". والتناقض بين النصين واضح ولا يحتاج إلى أي إبراز حيث أن كلمة " إبطال " تعنى بكل وضوح البطلان النسبي أي طلب البطلان من المحكمة وبالتالي المفروض هنا أن يكون تصرف القاصر صحيحا منتجا لآثاره إلى أن يطلب القاصر البطلان . أما المادة ١١٨ فقرة ٢ فهي واضحة في كون تصرف القاصر الدائر بين النفع والضرر موقوف على إجازة الولي أو القاصر بعد بلوغه سن الرشد . وحتى يمكن التوفيق بين النصين فان تصرف القاصر الدائر بين النفع والضرر إذا أجازه الولي واصبح نافذا يستطيع القاصر بعد بلوغه سن الرشد أن يطلب إبطال التصرف (د. أنور سلطان . مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية عمان ١٩٨٧ ص ٣٨). كما يذهب الدكتور صلاح الدين الناهي . المرجع السابق ص ٩٠ إلى أن البطلان النسبي هو شذوذ في خطة القانون المدني الأردني الذي اثر التمسك بنظرية توقف العقد .

في النهاية فان الهدف من هذه الكتابة هو لفت النظر إلى ضرورة الحاجة إلى النظر في القواعد العامة أي مجلة الأحكام العدلية أي القانون المدني والذي يحتاج وبدون شك إلى عمل كبير لإصلاحه اقتداء بالدول العربية المجاورة التي وضعت قوانين مدنية حديثة ، وبدون هذا الإصلاح لا يمكن إصلاح الفروع واقصد بذلك القوانين التي تعتمد على القانون المدني مثل قانون العمل والقانون التجاري .



وثائق

اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي (١)

إن حكومات :

المملكة الأردنية الهاشمية	دولة الإمارات العربية المتحدة
دولة البحرين	الجمهورية التونسية
الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية	جمهورية جيبوتي
المملكة العربية السعودية	جمهورية السودان الديمقراطية
الجمهورية العربية السورية	جمهورية الصومال الديمقراطية
الجمهورية العراقية	سلطنة عمان
فلسطين	دولة قطر
دولة الكويت	الجمهورية اللبنانية
الجمهورية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية	المملكة المغربية
الجمهورية الإسلامية الموريتانية	الجمهورية العربية اليمنية
جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية	

إيماناً منها بأن وحدة التشريع بين الدول العربية هدف قومي ينبغي السعي إلى تحقيقه انطلاقاً نحو الوحدة العربية الشاملة ، واقتناعاً منها بأن التعاون القضائي بين الدول

(١) وافق عليها مجلس وزراء العدل العرب بقراره رقم (١) بتاريخ ١٩٨٣/٤/٦م وقد تم إيداع وثائق التصديق عليها من :

فلسطين : بتاريخ ١٩٨٣/١١/٢٨ - الجمهورية العراقية : بتاريخ ١٩٨٤/٣/١٦ - جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية : بتاريخ ١٩٨٤/٤/١٣ - الجمهورية العربية اليمنية : بتاريخ ١٩٨٤/٦/١١

اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي

العربية ينبغي بأن يكون تعاوننا شاملا لكل المجالات القضائية على نحو يستطيع أن يسهم بصورة إيجابية وفعالة في تدعيم الجهود القائمة في هذا المجال. وحرصا منها على توثيق علاقات التعاون القائمة بين الدول العربية في المجالات القضائية والعمل على دعمها وتنميتها وتوسيع نطاقها ، وتنفيذا للإعلان الصادر عن المؤتمر العربي الأول لوزراء العدل المنعقد في الرباط عاصمة المملكة المغربية في الفترة من ١٤ - ١٦ ديسمبر / كانون أول ١٩٧٧ .
قد انفتحت على ما يأتي :

الباب الأول

" أحكام عامة "

مادة (١)

" تبادل المعلومات "

تتبادل وزارات العدل لدى الأطراف المتعاقدة بصفة منتظمة نصوص التشريعات النافذة والمطبوعات والنشرات والبحوث القانونية والقضائية والمجلات التي تنشر فيها الأحكام القضائية ، كما تتبادل المعلومات المتعلقة بالتنظيم القضائي ، وتعمل على اتخاذ الإجراءات الرامية إلى التوفيق بين النصوص التشريعية والتنسيق بين الأنظمة القضائية لدى الأطراف المتعاقدة حسبما تقتضيه الظروف الخاصة بكل منها.

مادة (٢)

" تشجيع الزيارات والندوات والأجهزة المتخصصة "

تشجع الأطراف المتعاقدة عقد المؤتمرات والندوات والحلقات لبحث مواضيع متصلة بالشريعة الإسلامية الغراء في مجالات القضاء والعدالة.
كما تشجع زيارة الوفود القضائية وتبادل رجال القضاء والعدل بقصد متابعة التطور التشريعي والقضائي في كل منها ، وتبادل الرأي حول المشاكل التي تعترضها في هذا المجال وتشجع أيضا تنظيم زيارات تدريبية للعاملين في كل منها.

اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي

وتدعم الأطراف المتعاقدة ماديا ومعنويا وبالأطر العلمية المؤهلة المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية ، ليقوم بدوره كاملا في توثيق وتنمية التعاون العربي في المجالين القانوني والقضائي.

وتجري المراسلات المتعلقة بكل هذه الأمور مباشرة بين وزارات العدل على أن تخطر كل منها وزارة الخارجية في بلدها بصورة من هذه المراسلات.

مادة (٣)

" ضمانات حق التقاضي "

يتمتع مواطنو الأطراف المتعاقدة داخل حدود كل منها بحق التقاضي أمام الهيئات القضائية للمطالبة بحقوقهم والدفاع عنها ، ولا يجوز بصفة خاصة أن تفرض عليهم أية ضمانات شخصية أو عينية بأي وجه كان ، لكونهم لا يحملون جنسية الطرف المتعاقد المعني أو لعدم وجود موطن أو محل إقامة لهم داخل حدوده.

وتطبق أحكام الفقرة السابقة على الأشخاص المعنوية المنشأ أو المصرح بها وفقا لقوانين كل طرف من الأطراف المتعاقدة.

مادة (٤)

" المساعدة القضائية "

يتمتع مواطنو الأطراف المتعاقدة داخل حدود كل منها بالحق في الحصول على المساعدة القضائية أسوة بمواطنيه ووفقا للتشريع النافذ فيه.

وتسلم الشهادة المثبتة لعدم القدرة المالية إلى طالبها من الجهات المختصة في محل إقامته المختار إذا كان يقيم في إقليم أحد الأطراف المتعاقدة ، أما إذا كان يقيم في بلد آخر فتسلم هذه الشهادة من قنصل بلده المختص أو من يقوم مقامه.

وإذا أقام الشخص في البلد الذي قدم فيه الطلب فيمكن الحصول على معلومات تكميلية من الجهات المختصة لدى الطرف المتعاقد الذي يحمل جنسيته.

مادة (٥)

" تبادل صحف الحالة الجنائية "

ترسل وزارة العدل لدى كل طرف متعاقد إلى وزارة العدل لدى أي طرف متعاقد آخر بيانات عن الأحكام القضائية النهائية الصادرة ضد مواطنيه أو الأشخاص المولودين أو المقيمين في إقليمه والمقيدة في صحف الحالة الجنائية (السجل العدلي) طبقا للتشريع الداخلي لدى الطرف المتعاقد المرسل.

وفي حالة توجيه اتهام من الهيئة القضائية أو غيرها من هيئات التحقيق والادعاء لدى أي من الأطراف المتعاقدة ، يجوز لأي من تلك الهيئات أن تحصل مباشرة من الجهات المختصة على صحيفة الحالة الجنائية (السجل العدلي) الخاصة بالشخص الموجه إليه الاتهام.

وفي غير حالة الاتهام يجوز للهيئات القضائية أو الإدارية لدى أي من الأطراف المتعاقدة الحصول من الجهات المختصة على صحيفة الحالي الجنائية (السجل العدلي) الموجود لدى الطرف المتعاقد الآخر ، وذلك في الأحوال والحدود المنصوص عليها في تشريعه الداخلي.

الباب الثاني

" إعلان الوثائق والأوراق القضائية وغير القضائية ، وتبليغها "

مادة (٦)

" في القضايا المدنية والتجارية والإدارية والجزائية وقضايا الأحوال الشخصية "

ترسل الوثائق والأوراق القضائية وغير القضائية المتعلقة بالقضايا المدنية والتجارية والإدارية وقضايا الأحوال الشخصية المطلوب إعلانها أو تبليغها إلى أشخاص مقيمين لدى أحد الأطراف المتعاقدة وذلك مباشرة من الهيئة أو الموظف القضائي المختص إلى المحكمة التي يقيم المطلوب إعلامه أو تبليغه في دائرتها.

اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي

وترسل الوثائق والأوراق القضائية وغير القضائية المتعلقة بالقضايا الجزائية مباشرة عن طريق وزارة العدل لدى كل طرف متعاقد وذلك مع عدم الإخلال بأحكام المواد الخاصة بتسليم المتهمين والمحكوم عليهم.

وفي حالة الخلاف حول جنسية المرسل إليه ، يتم تحديدها طبقا لقانون الطرف المتعاقد المطلوب الإعلان أو التبليغ في إقليمه.

ويعتبر الإعلان أو التبليغ الحاصل في إقليم أي من الأطراف المتعاقدة طبقا لأحكام هذه الاتفاقية كأنه قد تم في إقليم الطرف المتعاقد طالب الإعلان أو التبليغ.

مادة (٧)

" حالة عدم اختصاص الجهة المطلوب إليها الإعلان أو التبليغ "

إذا كانت الجهة المطلوب إليها إعلان الوثائق والأوراق القضائية وغير القضائية أو تبليغها غير مختصة تقوم من تلقاء نفسها بإرسالها إلى الجهة المختصة في بلدها وإذا تعذر عليها ذلك تحيلها إلى وزارة العدل وتخطر فورا الجهة الطالبة بما تم في الحالتين.

مادة (٨)

" مرفقات طلب الإعلان أو التبليغ والبيانات الخاصة بهذه المرفقات "

يجب أن ترفق الوثائق والأوراق القضائية وغير القضائية بطلب يحتوي على

البيانات التالية :

- أ. الجهة التي صدرت عنها الوثيقة أو الورقة القضائية وغير القضائية.
 - ب. نوع الوثيقة أو الورقة القضائية وغير القضائية المطلوب إعلانها أو تبليغها.
 - ج. الاسم الكامل لكل من المطلوب إعلانهم أو تبليغهم ومهنة كل منهم وعنوانه ، وجنسيته إن أمكن ، والمقر القانوني للأشخاص المعنوية وعنوانها ، والاسم الكامل لممثلها القانوني إن وجد وعنوانه.
- وفي القضايا الجزائية يضاف تكييف الجريمة المرتكبة والمقتضيات الشرعية أو القانونية المطبقة عليها.

مادة (٩)

" إعلان أو تبليغ الأشخاص المقيمين لدى طرف متعاقد "

لا تحول أحكام المواد السابقة دون حق مواطني كل طرف من الأطراف المتعاقدة المقيمين في إقليم أي من الأطراف الأخرى ، في أن يعلنوا أو يبلغوا إلى الأشخاص المقيمين فيه جميع الوثائق والأوراق القضائية وغير القضائية في القضايا المدنية أو التجارية أو الإدارية العدد أو الأحوال الشخصية.

وتطبق في هذا الشأن الإجراءات والقواعد المعمول بها لدى الطرف المتعاقد الذي يتم فيه الإعلان أو التبليغ.

مادة (١٠)

" حالة رفض تنفيذ طلب الإعلان أو التبليغ "

لا يجوز رفض تنفيذ طلب الإعلان أو التبليغ وفقا لأحكام هذه الاتفاقية إلا إذا رأى الطرف المتعاقد المطلوب إليه ذلك أن تنفيذه من شأنه المساس بسيادة أو بالنظام العام فيه.

ولا يجوز رفض التنفيذ بحجة أن قانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه ذلك يقضي باختصاصه القضائي دون سواه بنظر الدعوى القائمة ، أو أنه لا يعرف الأساس القانوني الذي يبني عليه موضوع الطلب .

وفي حالة رفض التنفيذ ، تقوم الجهة المطلوب إليها ذلك بإخطار الجهة الطالبة فوراً مع بيان أسباب الرفض .

مادة (١١)

" طريقة الإعلان أو التبليغ "

يجري إعلان أو تبليغ الوثائق والأوراق من قبل الجهة المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه ذلك ، وفقا للأحكام القانونية المرعية لديه ويجوز تسليمها إلى المطلوب إعلانها أو إبلاغه إذا قبلها باختياره.

ويجوز إجراء الإعلان أو التبليغ وفقا لطريقة خاصة تحددها الجهة الطالبة بشرط ألا تتعارض مع القوانين المرعية لدى الجهة المطلوب إليها القيام بذلك.

مادة (١٢)

" طريقة تسليم الوثائق والأوراق "

تقتصر مهمة الجهة المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه تسليم الوثائق والأوراق على تسليمها إلى المطلوب إعلانه أو إبلاغه.

ويتم إثبات التسليم بتوقيع المطلوب إعلانه أو إبلاغه على صورة الوثيقة أو الورقة وتاريخ تسلمه أو بشهادة تعدها الجهة المختصة يوضح بها كيفية تنفيذ الطلب وتاريخ التنفيذ والشخص الذي سلمت إليه ، وعند الاقتضاء السبب الذي حال دون التنفيذ. وترسل صورة الوثيقة أو الورقة الموقع عليها من المطلوب إعلانه أو إبلاغه أو الشهادة المثبتة للتسليم للطرف الطالب مباشرة.

مادة (١٣)

" الرسوم والمصروفات "

لا يرتب إعلان أو إبلاغ الوثائق والأوراق القضائية وغير القضائية للجهة المطلوب إليها الإعلان والتبليغ الحق في اقتضاء أية رسوم أو مصروفات.

الباب الثالث

" الإجابة القضائية "

مادة (١٤)

لكل طرف متعاقد أن يطلب إلى أي طرف متعاقد آخر أن يقوم في إقليمه نيابة عنه بأي إجراء قضائي متعلق بدعوى قائمة وبصفة خاصة سماع شهادة الشهود وتلقي تقارير الخبراء ومناقشتهم ، وإجراء المعاينة وطلب تحليف اليمين.

مادة (١٥)

" في القضايا المدنية والتجارية والإدارية والجزائية
وقضايا الأحوال الشخصية "

أ. ترسل طلبات الإنابة القضائية في القضايا المدنية والتجارية والإدارية وقضايا الأحوال الشخصية مباشرة من الجهة المختصة لدى الطرف المتعاقد الطالب إلى الجهة المطلوب إليها تنفيذ الإنابة لدى أي طرف متعاقد آخر ، فإذا تبين عدم اختصاصها تحيل الطلب من تلقاء نفسها إلى الجهة المختصة وإذا تعذر عليها ذلك تحيلها إلى وزارة العدل ، وتخطر فورا الجهة الطالبة بما تم في الحالتين ، ولا يحول ما تقدم دون السماح لكل من الأطراف المتعاقدة بسماع شهادة مواطنيها ، في القضايا المشار إليها آنفا ، مباشرة عن طريق ممثليها التفصيليين والدبلوماسيين ، وفي حالة الخلاف حول جنسية الشخص المراد سماعه ، يتم تحديدها وفق قانون الطرف المتعاقد المطلوب تنفيذ الإنابة القضائية لديه.

ب. ترسل طلبات الإنابة القضائية في القضايا الجزائية المطلوب تنفيذها لدى أي من الأطراف المتعاقدة مباشرة عن طريق وزارة العدل لدى كل منها.

مادة (١٦)

" تحديد وطلب الإنابة القضائية وبياناته "

يحرر طلب الإنابة القضائية وفقا لقانون الطرف المتعاقد الطالب ويجب أن يكون مؤرخا وموقعا عليه ومختوما بخاتم الجهة الطالبة هو وسائر الأوراق المرفقة به ، وذلك دون ما حاجة للتصديق عليه أو على هذه الأوراق.

ويتضمن طلب الإنابة القضائية نوع القضية والجهة الصادر عنها الطلب والجهة المطلوب إليها التنفيذ ، وجميع البيانات التفصيلية المتعلقة بوقائع القضية وبالمهمة المطلوب تنفيذها وخاصة أسماء الشهود ، ومحال إقامتهم والأسئلة المطلوب طرحها عليهم.

مادة (١٧)

" حالات رفض أو تعذر تنفيذ طلبات الإنابة القضائية "

- تلتزم الجهة المطلوب إليها بتنفيذ طلبات الإنابة القضائية التي ترد إليها وفقا لأحكام هذه الاتفاقية ، ولا يجوز لها رفض تنفيذها إلا في الحالات الآتية :
- أ. إذا كان هذا التنفيذ لا يدخل في اختصاص الهيئة القضائية لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ .
 - ب. إذا كان من شأن التنفيذ المساس بسيادة الطرف المتعاقد إليه ذلك ، أو بالنظام العام فيه.
 - ج. إذا كان الطلب متعلقا بجريمة يعتبرها الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ جريمة ذات صبغة سياسية.

وفي حالة رفض تنفيذ طلب الإنابة القضائية أو تعذر تنفيذه ، تقوم الجهة المطلوب إليها تنفيذ الطلب بإخطار الجهة الطالبة بذلك فورا مع إعادة الأوراق وبيان الأسباب التي دعت إلى رفض أو تعذر تنفيذ الطلب.

مادة (١٨)

" طريقة تنفيذ الإنابة القضائية "

يتم تنفيذ الإنابة القضائية وفقا للإجراءات القانونية المعمول بها في قوانين الطرف المتعاقد المطلوب إليه ذلك.

وفي حالة رغبة الطرف المتعاقد الطالب - بناء على طلب صريح منه - في تنفيذ الإنابة القضائية وفق شكل خاص ، يتعين على الطرف المتعاقد المطلوب إليه ذلك إجابة رغبته ما لم يتعارض ذلك مع قانونه وأنظمته.

ويجب إذا أبدت الجهة الطالبة رغبته - صراحة - إخطارها في وقت مناسب بمكان وتاريخ تنفيذ الإنابة القضائية حتى يتسنى للأطراف المعنية أو وكلائهم حضور التنفيذ ، وذلك وفقا للحدود المسموح بها في قانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ.

مادة (١٩)

" الأشخاص المطلوب سماع شهاداتهم "

يكلف الأشخاص المطلوب سماع شهادتهم بالحضور بالطرق المتبعة لدى الطرف المتعاقد المطلوب أداء الشهادة لديه.

مادة (٢٠)

" الأثر القانوني للإنابة القضائية "

يكون للإجراء الذي يتم بطريق الإنابة القضائية وفقا لأحكام هذه الاتفاقية الأثر القانوني ذاته كما لو تم أمام الجهة المختصة لدى الطرف المتعاقد الطالب.

مادة (٢١)

" رسوم أو مصروفات تنفيذ الإنابة القضائية "

لا يرتب تنفيذ الإنابة القضائية ، الحق في اقتضاء أية رسوم أو مصروفات فيما عدا أتعاب الخبراء ، إن كان لها مقتضى ، ونفقات الشهود التي يلتزم الطالب بأدائها ، ويرسل بيان مع ملف الإنابة .

وللطرف المتعاقد المطلوب إليه تنفيذ الإنابة القضائية أن يتقاضى لحسابه ووفقا لقوانينه الرسوم المقررة على الأوراق التي تقدم أثناء تنفيذ الإنابة.

الباب الرابع

" حضور الشهود والخبراء في القضايا الجزائية "

مادة (٢٢)

" حصانة الشهود والخبراء "

كل شاهد أو خبير - أي كانت جنسيته - يعلن بالحضور لدى الأطراف المتعاقدة ، ويحضر بمحض اختياره لهذا الغرض أمام الهيئات القضائية لدى الطرف المتعاقد الطالب ، يتمتع بحصانة ضد اتخاذ إجراءات جزائية بحقه أو القبض عليه أو حبسه عن أفعال أو تنفيذ أحكام سابقة على دخوله إقليم الطرف المتعاقد الطالب.

ويتعين على الهيئة التي أعلنت الشاهد أو الخبير إخطاره كتابة بهذه الحصانة قبل حضوره لأول مرة .

وتزول هذه الحصانة عن الشاهد أو الخبير بعد انقضاء (٣٠) يوما على تاريخ استغناء الهيئات القضائية لدى الطرف المتعاقد الطالب عن وجوده في إقليمه دون أن يغادر مع عدم قيام ما يحول دون ذلك لأسباب خارجة عن إرادته أو إذا عاد إليه بمحض اختياره بعد أن غادره.

مادة (٢٣)

" مصروفات سفر وإقامة الشاهد والخبير "

للشاهد أو الخبير الحق في نقاضي مصروفات السفر والإقامة وما فاتته من أجر أو كسب من الطرف المتعاقد الطالب ، كما يحق للخبير المطالبة بأتعابه نظير الإدلاء برأيه ويحدد ذلك كله بناء على التعريفات والأنظمة المعمول بها لدى الطرف المتعاقد الطالب. وتبين في أوراق الإعلان المبالغ التي تستحق للشاهد أو الخبير ويدفع الطرف المتعاقد الطالب مقدما هذه المبالغ إذا طلب الشاهد أو الخبير ذلك.

مادة (٢٤)

" الشهود والخبراء المحبوسون "

يلتزم كل طرف متعاقد بنقل الشخص المحبوس لديه - الذي يتم إعلانه وفقا لأحكام هذه الاتفاقية - للمثول أمام الهيئة القضائية لدى طرف متعاقد آخر يطلب سماع شهادته أو رأيه بوصفه شاهدا أو خبيرا ويحمل الطرف المتعاقد الطالب نفقات نقله. ويلتزم الطرف المتعاقد الطالب بإبقائه محبوسا وإعادته في أقرب وقت أو في الأجل الذي يحدده الطرف المتعاقد المطلوب إليه ، وذلك مع مراعاة أحكام المادة ٢٢ من هذه الاتفاقية.

ويجوز للطرف المتعاقد المطلوب إليه نقل الشخص المحبوس لديه وفقا لهذه المادة ، أن يرفض نقله في الحالات الآتية :

- أ. إذا كان وجوده ضروريا لدى الطرف المتعاقد إليه نقله بسبب إجراءات جزائية يجري اتخاذها.
- ب. إذا كان من شأن نقله إلى الطرف المتعاقد الطالب إطالة مدة حبسه.
- ج. إذا كانت ثمة اعتبارات خاصة أو اعتبارات لا يمكن التغلب عليها تحول دون نقله إلى الطرف المتعاقد الطالب.

الباب الخامس

" الاعتراف بالأحكام الصادرة في القضايا المدنية والتجارية والإدارية

وقضايا الأحوال الشخصية وتنفيذها "

مادة (٢٥)

" قوة الأمر المقضي به "

- أ. يقصد بالحكم في معرض تطبيق هذا الباب كل قرار - أيا كانت تسميته - يصدر بناء على إجراءات قضائية أو ولائية من محاكم أو أية جهة مختصة لدى أحد.
- ب. مع مراعاة نص المادة ٣٠ من هذه الاتفاقية ، يعترف كل من الأطراف المتعاقدة بالأحكام الصادرة عن محاكم أي طرف متعاقد آخر في القضايا المدنية بما في ذلك الأحكام المتعلقة بالحقوق المدنية الصادرة عن محاكم جزائية ، وفي القضايا التجارية ، والقضايا الإدارية وقضايا الأحوال الشخصية ، الحائزة لقوة الأمر المقضي به وينفذها في إقليمه وفق الإجراءات المتعلقة بتنفيذ الأحكام المنصوص عليها في هذا الباب ، وذلك إذا كانت محاكم الطرف المتعاقد التي أصدرت الحكم مختصة طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف أو التنفيذ أو مختصة بمقتضى أحكام هذا الباب ، وكان النظام القانوني للطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف أو التنفيذ لا يحتفظ لمحاكمه أو لمحاكم طرف آخر دون غيرها بالاختصاص بإصدار الحكم.

ج. لا تسري هذه المادة على :

- الأحكام التي تصدر ضد حكومة الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف أو التنفيذ أو ضد أحد موظفيها عن أعمال قام بها أثناء الوظيفة أو بسببها فقط.
- الأحكام التي يتنافى الاعتراف بها أو تنفيذها مع المعاهدات والاتفاقات الدولية المعمول بها لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ.
- الإجراءات الوقائية والتحفيزية والأحكام الصادرة في قضايا الإفلاس والضرائب والرسوم.

مادة (٢٦)

" الاختصاص في حالة النزاع حول أهلية

الشخص طالب التنفيذ أو حالته الشخصية "

تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذي يكون الشخص من مواطنيه وقت تقديم الطلب مختصة في قضايا الأهلية والأحوال الشخصية إذا كان النزاع يدور حول أهلية هذا الشخص أو حالته الشخصية.

مادة (٢٧)

" الاختصاص في حالة الحقوق العينية "

تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذي يوجد في إقليمه موقع العقار مختصة بالفصل في الحقوق العينية المتعلقة به.

مادة (٢٨)

" حالات اختصاص محاكم الطرف المتعاقد الصادر فيه الحكم "

في غير المسائل المنصوص عليها في المادتين ١٦ ، ٢٧ من هذه الاتفاقية تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذي صدر فيه الحكم مختصة في الحالات الآتية:

أ. إذا كان موطن المدعى عليه أو محل إقامته وقت النظر في الدعوى (افتتاح الدعوى) في إقليم ذلك الطرف المتعاقد.

- ب. إذا كان للمدعى عليه وقت النظر في الدعوى (افتتاح الدعوى) محل أو فرع ذو صبغة تجارية أو صناعية أو غير ذلك في إقليم ذلك الطرف المتعاقد ، وكانت قد أقيمت عليه الدعوى لنزاع متعلق بممارسة نشاط هذا المحل أو الفرع.
- ج. إذا كان الالتزام التعاقدى موضوع النزاع قد نفذ ، أو كان واجب التنفيذ لدى ذلك الطرف المتعاقد بموجب اتفاق صريح أو ضمني بين المدعي والمدعى عليه.
- د. في حالات المسؤولية غير العقدية ، إذا كان الفعل المستوجب للمسئولية قد وقع في إقليم ذلك الطرف المتعاقد.
- هـ. إذا كان المدعى عليه قد قبل الخضوع صراحة لاختصاص محاكم ذلك الطرف المتعاقد سواء كان عن طريق تعيين موطن مختار أو عن طريق الاتفاق على اختصاصها متى كان قانون ذلك الطرف المتعاقد لا يحرم مثل هذا الاتفاق.
- و. إذا أبدى المدعى عليه في موضوع الدعوى دون أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة المرفوع أمامها النزاع.
- ز. إذا تعلق الأمر بطلبات عارضة وكانت هذه المحاكم قد اعتبرت مختصة بنظر الطلب الأصلي بموجب هذه المادة.

مادة (٢٩)

" مدى سلطة محاكم الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف

بالحكم أو تنفيذه عند بحث الأسباب التي بني عليها

اختصاص محاكم الطرف المتعاقد الآخر "

تتقيد محاكم الطرف المتعاقد الآخر المطلوب إليه الاعتراف بالحكم أو تنفيذه ، عند بحث الأسباب التي بني عليها اختصاص محاكم الطرف المتعاقد الآخر ، بالوقائع الواردة في الحكم التي استند إليها في تقرير الاختصاص وذلك ما لم يكن الحكم قد صدر غيابيا.

مادة (٣٠)

" حالات رفض الاعتراف بالحكم "

يرفض الاعتراف بالحكم في الحالات التالية :

- أ. إذا كان مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية أو أحكام الدستور أو النظام العام أو الآداب في الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف.
 - ب. إذا كان غايبا ولم يعلن الخصم المحكوم عليه بالدعوى أو الحكم إعلانا صحيحا يمكنه من الدفاع عن نفسه.
 - ج. إذا لم تراعى قواعد قانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف الخاصة بالتمثيل القانوني للأشخاص عديمي الأهلية أو ناقصيها.
 - د. إذا كان النزاع الصادر في شأنه الحكم المطلوب الاعتراف به محلا لحكم صادر في الموضوع بين الخصوم أنفسهم ويتعلق بذات الحق محلا وسببا وحائزا لقوة الأمر المقضي به لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف أو لدى طرف متعاقد ثالث ، ومعترفا به لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف.
 - هـ. إذا كان النزاع الصادر في شأنه الحكم المطلوب الاعتراف به محلا لدعوى منظورة أمام إحدى محاكم الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف بين الخصوم أنفسهم ويتعلق بذات الحق محلا وسببا ، وكانت الدعوى قد رفعت إلى محاكم هذا الطرف المتعاقد الأخير في تاريخ سابق على عرض النزاع على محكمة الطرف المتعاقد التي صدر عنها الحكم المشار إليه.
- وللجهة القضائية التي تنتظر في طلب التنفيذ طبقا لنص هذه المادة أن تراعى القواعد القانونية في بلدها.

مادة (٣١)

" تنفيذ الحكم "

- أ. يكون الحكم الصادر عن محاكم أحد الأطراف المتعاقدة والمعترف به من الأطراف المتعاقدة الأخرى طبقاً لأحكام هذه الاتفاقية ، قابلاً للتنفيذ لدى ذلك الطرف المتعاقد الآخر متى كان قابلاً للتنفيذ لدى الطرف المتعاقد التابع له المحكمة التي أصدرته.
- ب. تخضع الإجراءات الخاصة بالاعتراف بالحكم أو تنفيذه لقانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف بالحكم ، وذلك في الحدود التي لا تقضي فيها الاتفاقية بغير ذلك.

مادة (٣٢)

" مهمة الهيئة القضائية المختصة لدى الطرف

المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف بالحكم أو تنفيذه "

تقتصر مهمة الهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف بالحكم أو تنفيذه ، على التحقق مما إذا كان الحكم قد توافرت فيه الشروط المنصوص عليها في هذه الاتفاقية وذلك دون التعرض لفحص الموضوع . وتقوم هذه الهيئة بذلك من تلقاء نفسها وتثبت النتيجة في قرارها.

وتأمر الهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف بالحكم - حال الاقتضاء - عند إصدار أمرها بالتنفيذ باتخاذ التدابير اللازمة لتسبغ على الحكم القوة التنفيذية نفسها التي تكون له لو أنه صدر من الطرف المتعاقد الذي يراد تنفيذه لديه.

ويجوز أن ينصب طلب الأمر بالتنفيذ على منطوق الحكم كله أو بعضه إن كان قابلاً للتجزئة.

مادة (٣٣)

" الآثار المترتبة على الأمر بالتنفيذ "

تسري آثار الأمر بالتنفيذ على جميع أطراف الدعوى المقيمين في إقليم الطرف المتعاقد الذي صدر فيه.

مادة (٣٤)

" المستندات الخاصة بطلب الاعتراف بالحكم أو تنفيذه "

يجب على الجهة التي تطلب الاعتراف بالحكم لدى أي من الأطراف المتعاقدة الأخرى تقديم ما يلي :

- أ. صورة كاملة رسمية من الحكم مصدقا على التوقيعات فيها من الجهة المختصة.
 - ب. شهادة بأن الحكم أصبح نهائيا وحائزا لقوة الأمر المقضي به ما لم يكن ذلك منصوصا عليه في الحكم ذاته.
 - ج. صرورة من مستند تبليغ الحكم مصدقا عليها بمطابقتها للأصل أو أي مستند آخر من شأنه إثبات إعلان المدعي عليه إعلانا صحيحا بالدعوى الصادر فيها الحكم وذلك في حالة الحكم الغيابي.
- وفي حالة طلب تنفيذ الحكم يضاف إلى الوثائق المذكورة أعلاه صورة مصدقة من الحكم القاضي بوجوب التنفيذ.

ويجب أن تكون المستندات المبينة في هذه المادة موقعا عليها رسميا ومختومة بخاتم المحكمة المختصة دون حاجة إلى التصديق عليها من أية جهة أخرى . باستثناء المستند المنصوص عليه في البند (أ) من هذه المادة .

مادة (٣٥)

" الصلح أمام الهيئات المختصة "

يكون الصلح الذي يتم إثباته أمام الهيئات القضائية المختصة طبقا لأحكام هذه الاتفاقية لدى أي من الأطراف المتعاقدة معترفا به وناظدا في سائر أقاليم الأطراف

المتعاقدة الأخرى بعد التحقق من أن له قوة السند التنفيذي لدى الطرف المتعاقد الذي عقد فيه. وأنه لا يشتمل على نصوص تخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو أحكام الدستور أو النظام العام أو الآداب لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف بالصلح أو تنفيذه.

ويتعين على الجهة التي تطلب الاعتراف بالصلح أو تنفيذه أن تقدم صورة معتمدة منه وشهادة رسمية من الجهة القضائية التي أثبتته تفيد أنه حائز لقوة السند التنفيذي.

مادة (٣٦)

" السندات التنفيذية "

السندات التنفيذية لدى الطرف المتعاقد التي أبرمت في إقليمه يؤمر بتنفيذها لدى الأطراف المتعاقدة الأخرى طبقاً للإجراءات المتبعة بالنسبة للأحكام القضائية إذا كانت خاضعة لتلك الإجراءات ، ويشترط إلا يكون في تنفيذها ما يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية أو الدستور أو النظام العام أو الآداب لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ.

ويتعين على الجهة التي تطلب الاعتراف بسند موثق وتنفيذه لدى الطرف المتعاقد الآخر أن تقدم صورة رسمية منه مختومة بخاتم الموثق أو مكتب التوثيق مصدقاً عليها ، أو شهادة صادرة منه تفيد أن المستند حائز لقوة السند التنفيذي. وتطبق في هذه الحالة الفقرة الثالثة من المادة (٣٤) من هذه الاتفاقية.

مادة (٣٧)

" أحكام المحكمين "

مع عدم الإخلال بنص المادتين ٢٨ ، ٣٠ من هذه الاتفاقية يعترف بأحكام المحكمين وتنفذ لدى أي من الأطراف المتعاقدة بنفس الكيفية المنصوص عليها في هذا الباب مع مراعاة القواعد القانونية لدى الطرف المتعاقد المطلوب التنفيذ لديه ولا يجوز

اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي

- للهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ أن تبحث في موضوع التحكيم ولا أن ترفض تنفيذ الحكم إلا في الحالات الآتية :
- أ. إذا كان قانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف وتنفيذ الحكم لا يجيز حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم.
- ب. إذا كان حكم المحكمين صادرا تنفيذا لشرط أو لعقد تحكيم باطل أو لم يصبح نهائيا.
- ج. إذا كان المحكمون غير مختصين طبقا لعقد أو شرط التحكيم أو طبقا للقانون الذي صدر حكم المحكمين على مقتضاه.
- د. إذا كان الخصوم لم يعلنوا بالحضور على الوجه الصحيح.
- هـ. إذا كان في حكم المحكمين ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العلم أو الآداب لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ.
- ويتعين على الجهة التي تطلب الاعتراف بحكم المحكمين وتنفيذه أن تقدم صورة معتمدة من الحكم مصحوبة بشهادة صادرة من الجهة القضائية تفيد حيازته للقوة التنفيذية. وفي حالة وجود اتفاق صحيح مكتوب قبل الأطراف بموجبه الخضوع لاختصاص المحكمين وذلك للفصل في نزاع معين أو فيما قد ينشأ بين الطرفين من منازعات في علاقة قانونية معينة. يجب تقديم صورة معتمدة من الاتفاق المشار إليه.

الباب السادس

" تسليم المتهمين والمحكوم عليهم "

مادة (٣٨)

" الأشخاص الموجه إليهم اتهام أو المحكوم عليهم "

يتعهد كل طرف من الأطراف المتعاقدة أن يسلم الأشخاص الموجودين لديه الموجه إليهم اتهام من الجهات المختصة أو المحكوم عليهم من الهيئات القضائية لدى أي من الأطراف المتعاقدة الأخرى وذلك وفقا للقواعد والشروط الواردة في هذا الباب.

مادة (٣٩)

" تسليم المواطنين "

يجوز لكل طرف من الأطراف المتعاقدة أن يمتنع عن تسليم مواطنيه ويتعهد في الحدود التي يمتد إليها اختصاصه ، بتوجيه الاتهام ضد من يرتكب منهم لدى أي من الأطراف المتعاقدة الأخرى جرائم معاقبا عليها في قانون كل من الدولتين بعقوبة سالبة للحرية مدتها سنة أو بعقوبة أشد لدى أي من الطرفين المتعاقدين ، وذلك إذا ما وجه إليه الطرف المتعاقد الآخر طلبا بالملاحقة مصحوبا بالملفات والوثائق والأشياء والمعلومات التي تكون في حيازته ويحاط الطرف المتعاقد الطالب علما بما تم في شأن طلبه .
وتحدد الجنسية في تاريخ وقوع الجريمة المطلوب من أجلها التسليم .

مادة (٤٠)

" الأشخاص الواجب تسليمهم "

يكون التسليم واجبا بالنسبة للأشخاص الآتي بيانهم :

أ. من وجه إليهم الاتهام عن أفعال معاقب عليها بمقتضى قوانين كل من الطرفين المتعاقدين - طالب التسليم والمطلوب إليه التسليم - بعقوبة سالبة للحرية مدتها سنة أو بعقوبة أشد في قانون أي من الطرفين - أيا كان الحدان الأقصى والأدنى في تدرج العقوبة المنصوص عليها .

ب. من وجه إليهم الاتهام عن أفعال غير معاقب عليها في قوانين الطرف المتعاقد المطلوب إليه التسليم أو كانت العقوبة المقررة للأفعال لدى الطرف المتعاقد طالب التسليم لا نظير لها لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التسليم . إذا كان الأشخاص المطلوبون من مواطني الطرف المتعاقد طالب التسليم أو من مواطني طرف المتعاقد آخر يقرر نفس العقوبة .

ج. من حكم عليهم حضوريا أو غيابيا من محاكم الطرف المتعاقد الطالب بعقوبة سالبة للحرية لمدة سنة أو بعقوبة اشد عن أفعال معاقب عليها بمقتضى قانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه التسليم.

د. من حكم عليه حضوريا أو غيابيا من محاكم الطرف المتعاقد الطالب عن فعل غير معاقب عليه في قوانين الطرف المتعاقد المطلوب إليه التسليم أو بعقوبة لا نظير لها في قوانينه ، إذا كان من مواطني الطرف المتعاقد طالب التسليم أو من مواطني طرف متعاقد آخر يقرر نفس العقوبة.

مادة (٤١)

" الجرائم التي لا يجوز فيها التسليم "

لا يجوز التسليم في الحالات الآتية :

أ. إذا كانت الجريمة المطلوب من أجلها التسليم معتبرة بمقتضى القواعد القانونية النافذة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التسليم جريمة لها صبغة سياسية.

ب. إذا كانت الجريمة المطلوب من أجلها التسليم تنحصر في الاخلال بواجبات عسكرية.

ج. إذا كانت الجريمة المطلوب من أجلها التسليم قد ارتكبت في إقليم الطرف المتعاقد المطلوب إليه التسليم. إلا إذا كانت الجريمة قد أضرت بمصالح الطرف المتعاقد طالب التسليم. وكانت قوانينه تنص على تتبع مرتكبي هذه الجرائم ومعاقبتهم.

د. إذا كانت الجريمة قد صدر بشأنها حكم نهائي (مكتسب الدرجة القطعية) لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التسليم.

ه. إذا كانت الدعوى عند وصول طلب التسليم . قد انقضت أو العقوبة قد سقطت بمضي المدة طبقا لقانون الطرف المتعاقد طالب التسليم.

- و. إذا كانت الجريمة قد ارتكبت خارج إقليم الطرف الطالب من شخص لا يحمل جنسيته وكان قانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه التسليم لا يجيز توجيه الاتهام عن مثل هذه الجريمة إذا ارتكبت خارج إقليمه من مثل هذا الشخص.
- ز. إذا صدر عفو لدى الطرف المتعاقد الطالب.
- ح. إذا كان قد سبق توجيه الاتهام بشأن أية جريمة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التسليم ، أو كان قد سبق صدور حكم بشأنها لدى طرف متعاقد ثالث.
- وفي تطبيق أحكام هذه الاتفاقية لا تعتبر من الجرائم ذات الصبغة السياسية المشار إليها في الفقرة (أ) من هذه المادة - ولو كانت بهدف سياسي - الجرائم الآتية :
- ١ . التعدي على ملوك ورؤساء الأطراف المتعاقدة أو زوجاتهم أو أصولهم أو فروعهم.
 - ٢ . التعدي على أولياء العهد أو نواب الرؤساء لدى الأطراف المتعاقدة.
 - ٣ . القتل العمد والسرقه المصحوبة بإكراه ضد الأفراد أو السلطات أو وسائل النقل والمواصلات.

مادة (٤٢)

" طريقة تقديم طلب التسليم ومرفقاته "

- يقدم طلب التسليم كتابة من الجهة المختصة لدى الطرف المتعاقد طالب التسليم إلى الجهة المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التسليم ، ويجب أن يرفق الطلب بما يأتي :
- أ. بيان مفصل عن هوية الشخص المطلوب تسليمه وأوصافه وجنسيته وصورته إن أمكن.
 - ب. أمر القبض على الشخص المطلوب تسليمه أو أية وثيقة أخرى لها نفس القوة صادرة من الجهات المختصة ، أو أصل حكم الإدانة الصادر طبقاً للأوضاع

المقررة في قانون الطرف المتعاقد الطالب أو صورة رسمية له مصدقا عليها من
الجهة المختصة لدى الطرف المتعاقد الطالب.

ج. مذكرة تتضمن تاريخ ومكان ارتكاب الأفعال المطلوب التسليم من
أجلها وتكييفها والمقتضيات الشرعية أو القانونية المطبقة عليها مع نسخة
معتمدة من هذه المقتضيات وبيان من سلطة التحقيق بالأدلة القائمة ضد
الشخص المطلوب تسليمه.

مادة (٤٣)

" توقيف الشخص المطلوب تسليمه توقيفا مؤقتا "

يجوز في أحوال الاستعجال وبناء على طلب الجهة المختصة لدى الطرف
المتعاقد الطالب القبض على الشخص المطلوب وتوقيفه مؤقتا وذلك إلى حين وصول طلب
التسليم والمستندات المبينة في المادة ٤٢ من هذه الاتفاقية. ويبلغ طلب القبض أو التوقيف
المؤقت إلى الجهة المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التسليم إما مباشرة بطريق
البريد أو البرق وإما بأية وسيلة أخرى يمكن إثباتها كتابة. ويجب أن يتضمن الطلب
الإشارة إلى وجود إحدى الوثائق المنصوص عليها في البند (ب) من المادة ٤٢ ، مع
الإفصاح عن نية إرسال طلب التسليم وبيان الجريمة المطلوب عنها التسليم والعقوبة
المقررة لها أو المحكوم بها ، وزمان ومكان ارتكاب الجريمة ، وأوصاف الشخص
المطلوب تسليمه على وجه الدقة ما أمكن ، ريثما يصل الطلب مستوفيا شرائطه القانونية
طبقا لأحكام المادة ٤٢ من هذه الاتفاقية.

وتحاط الجهة الطالبة دون تأخير بما اتخذ من إجراءات بشأن طلبها.

مادة (٤٤)

" الإفراج عن الشخص المطلوب تسليمه "

يجب الإفراج عن الشخص المطلوب تسليمه إذا لم يتلق الطرف المتعاقد المطلوب إليه التسليم خلال ٣٠ يوما من تاريخ القبض عليه ، الوثائق المبينة في البند (ب) من المادة ٤٢ من هذه الاتفاقية أو طلبا باستمرار التوقيف المؤقت .
ولا يجوز بأية حال أن تتجاوز مدة التوقيف المؤقت ٦٠ يوما من تاريخ بدئه .
ويجوز في أي وقت الإفراج عن الشخص المطلوب تسليمه على أن يتخذ الطرف المتعاقد المطلوب إليه التسليم جميع الإجراءات التي يراها ضرورية للحيلولة دون فراره .
ولا يمنع الإفراج عن الشخص المطلوب تسليمه ، من القبض عليه من جديد وتسليمه إذا ما استكمل طلب التسليم فيما بعد .

مادة (٤٥)

" الإيضاحات التكميلية "

إذا تبين للطرف المتعاقد المطلوب إليه التسليم أنه بحاجة إلى إيضاحات تكميلية ليحقق من توافر الشروط المنصوص عليها في هذا الباب ورأى من الممكن تدارك هذا النقص ، يخطر بذلك الطرف المتعاقد الطالب قبل رفض الطلب وللطرف المتعاقد المطلوب إليه التسليم تحديد ميعاد جديد للحصول على هذه الإيضاحات .

مادة (٤٦)

" تعدد طلبات التسليم "

إذا تعددت طلبات التسليم من أطراف متعاقدة مختلفة عن جريمة واحدة فتكون الأولوية في التسليم للطرف المتعاقد الذي أضررت الجريمة بمصالحه ثم للطرف المتعاقد الذي ارتكب الجريمة في إقليمه ، ثم للطرف المتعاقد الذي ينتمي إليه الشخص المطلوب تسليمه بجنسيته عند ارتكاب الجريمة .

فإذا اتحدت الظروف يفضل الطرف المتعاقد الأسبق في طلب التسليم أما إذا كانت طلبات التسليم عن جرائم متعددة فيكون الترجيح بينها حسب ظروف الجريمة وخطورتها والمكان الذي ارتكبت فيه .

ولا تحول هذه المادة دون حق الطرف المتعاقد المطلوب إليه التسليم في الفصل في الطلبات المقدمة إليه من مختلف الأطراف المتعاقدة بمطلق حريته مراعيًا في ذلك جميع الظروف.

مادة (٤٧)

" تسليم الأشياء المتحصلة عن الجريمة

أو المستعملة فيها أو المتعلقة بها "

إذا تقرر تسليم الشخص المطلوب تضبط وتسلم إلى الطرف المتعاقد الطالب - بناء على طلبه - الأشياء المتحصلة من الجريمة أو المستعملة فيها أو المتعلقة بها والتي يمكن أن تتخذ دليلاً عليها والتي توجد في حيازة الشخص المطلوب تسليمه وقت القبض عليه أو التي تكشف فيما بعد .

ويجوز تسليم الأشياء المشار إليها حتى ولو لم يتم تسليم الشخص المطلوب بسبب هربه أو وفاته ، وكل ذلك مع الاحتفاظ بالحقوق المكتسبة للطرف المتعاقد المطلوب إليه التسليم أو للغير على هذه الأشياء ، ومع عدم الاخلال بأحكام القوانين النافذة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التسليم ، ويجب ردها إلى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التسليم على نفقة الطرف المتعاقد الطالب في أقرب أجل متى ثبتت هذه الحقوق وذلك عقب الانتهاء من إجراءات الاتهام التي يباشرها الطرف المتعاقد الطالب .

ويجوز للطرف المتعاقد المطلوب إليه التسليم الاحتفاظ مؤقتاً بالأشياء المضبوطة إذا رأى حاجته إليها في إجراءات جزائية كما يجوز له عند إرسالها أن يحتفظ بالحق في استردادها لنفس السبب مع التعهد بإعادتها بدوره عندما يتسنى له ذلك .

مادة (٤٨)

" الفصل في طلبات التسليم "

تفصل الجهة المختصة لدى كل طرف من الأطراف المتعاقدة في طلبات التسليم المقدمة لها وفقا للقانون النافذ وقت تقديم الطلب.

ويخير الطرف المتعاقد المطلوب إليه التسليم الجهة المختصة لدى الطرف المتعاقد الطالب بقراره في هذا الشأن.

ويجب تسبب طلب الرفض الكلي أو الجزئي وفي حالة القبول يحاط الطرف المتعاقد الطالب علما بمكان وتاريخ التسليم.

وعلى الطرف المتعاقد الطالب أن يتسلم الشخص المطلوب بواسطة رجاله في التاريخ والمكان المحددين لذلك. فإذا لم يتم تسليم الشخص في المكان والتاريخ المحددين يجوز الإفراج عنه بعد مرور ١٥ يوما على هذا التاريخ ، وعلى أية حال فإنه يتم الإفراج عنه بانقضاء ٣٠ يوما على التاريخ المحدد للتسليم دون تمامه ، ولا تجوز المطالبة بتسليمه مرة أخرى عن الفعل أو الأفعال التي طلب من أجلها التسليم.

على أنه إذا حالت ظروف استثنائية دون تسليمه أو تسلمه وجب على الطرف المتعاقد صاحب الشأن أن يخبر الطرف المتعاقد الآخر بذلك قبل انقضاء الأجل ويتفق الطرفان المتعاقدان على أجل نهائي للتسليم يخلو سبيل الشخص عند انقضائه ، ولا يجوز المطالبة بتسليمه بعد ذلك عن نفس الفعل أو الأفعال التي طلب من أجلها التسليم.

مادة (٤٩)

" طلب تسليم الشخص قيد التحقيق أو المحاكمة "

عن جريمة أخرى لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التسليم "

إذا كان ثمة اتهام موجه إلى الشخص المطلوب تسليمه ، أو كان محكوما عليه لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التسليم عن جريمة خلاف تلك التي طلب من أجلها

اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي

التسليم ، وجب على هذا الطرف رغم ذلك أن يفصل في طلب التسليم ، وأن يخبر الطرف المتعاقد الطالب بقراره فيه وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة ٤٨ من هذه الاتفاقية. وفي حالة القبول يؤجل تسليم الشخص المطلوب حتى تنتهي محاكمته لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التسليم وإذا كان محكوما ، حتى يتم تنفيذ العقوبة المحكوم بها ، ويتبع في هذه الحالة ما نصت عليه المادة ٤٨ المشار إليها. ولا تحول أحكام هذه المادة دون إمكان إرسال الشخص المطلوب مؤقتا للمثول أمام الهيئات القضائية لدى الطرف المتعاقد الطالب على أن يتعهد صراحة بإعادته بمجرد أن تصدر الهيئات القضائية لديه قرارها في شأنه.

مادة (٥٠)

" وقوع تعديل في تكييف الفعل موضوع الجريمة

التي سلم الشخص المطلوب من أجلها "

إذا وقع أثناء سير إجراءات الدعوى وبعد تسليم الشخص المطلوب تسليمه تعديل تكييف الفعل موضوع الجريمة التي سلم الشخص المطلوب من أجلها فلا يجوز توجيه اتهام إليه أو محاكمته إلا إذا كانت العناصر المكونة للجريمة بتكييفها الجديد تبيح التسليم.

مادة (٥١)

" حسم مدة التوقيف المؤقت "

تحسم مدة التوقيف المؤقت (التوقيف الاحتياطي) الحاصل استنادا إلى المادة ٤٣ من هذه الاتفاقية من أية عقوبة يحكم بها على الشخص المسلم لدى الطرف المتعاقد طالب التسليم.

مادة (٥٢)

" محاكمة الشخص عن جريمة أخرى

غير التي سلم من أجلها "

لا يجوز توجيه اتهام إلى الشخص الذي سلم أو محاكمته حضوريا أو حبسه تنفيذًا لعقوبة محكوم بها عن جريمة سابقة على تاريخ التسليم غير تلك التي سلم من أجلها والجرائم المرتبطة بها أو الجرائم التي ارتكبها بعد التسليم إلا في الحالات الآتية :

أ. إذا كان الشخص المسلم قد أتيحت له حرية ووسيلة الخروج من إقليم الطرف المتعاقد المسلم إليه ولم يغادره خلال ٣٠ يوما بعد الإفراج عنه نهائيا أو خرج منه وعاد إليه باختياره.

ب. إذا وافق على ذلك الطرف المتعاقد الذي سلمه وذلك بشرط تقديم طلب مرفق بالمستندات المنصوص عليها في المادة ٤٢ من هذه الاتفاقية وبمحضر قضائي يتضمن أقوال الشخص المسلم بشأن امتداد التسليم ويشار فيه إلى أنه أتيحت له فرصة تقديم مذكرة بدفاعه إلى الجهات المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التسليم.

مادة (٥٣)

" تسليم الشخص إلى دولة ثالثة "

لا يجوز لطرف متعاقد تسليم الشخص المسلم إليه إلى دولة ثالثة ، في غير الحالة المنصوص عليها في البند (أ) من المادة ٥٢ من هذه الاتفاقية إلا بناء على موافقة الطرف المتعاقد الذي سلمه إليه ، وفي هذه الحالة يقدم الطرف المتعاقد المطلوب إليه التسليم طلبا إلى الطرف المتعاقد الذي تسلم منه الشخص مرفقا به نسخة من الوثائق المقدمة من الدولة الثالثة.

مادة (٥٤)

" تسهيل مرور الأشخاص المقرر تسليمهم "

توافق الأطراف المتعاقدة على مرور الشخص المقرر تسليمه إلى أي منها من دول أخرى عبر إقليمها وذلك بناء على طلب يوجه إليها ، ويجب أن يكون الطلب مؤيدا بالمستندات اللازمة لإثبات أن الأمر متعلق بجريمة يمكن أن تؤدي إلى التسليم طبقا لأحكام هذه الاتفاقية.

وفي حالة استخدام الطرق الجوية لنقل الشخص المقرر تسليمه تتبع القواعد الآتية :

أ. إذا لم يكن من المقرر هبوط الطائرة يقوم الطرف المتعاقد الطالب بإخطار الدولة التي ستعبر الطائرة فضائها بوجود المستندات المنصوص عليها في المادة ٤٢ من هذه الاتفاقية.

وفي حالة الهبوط الاضطراري يجوز للطرف المتعاقد الطالب طبقا لأحكام المادة ٤٣ من هذه الاتفاقية طلب إلقاء القبض على الشخص المقرر تسليمه ريثما يوجه طلبا بالمرور وفقا للشروط المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة إلى الدولة التي هبطت الطائرة في أراضيها.

ب. إذا كان من المقرر هبوط الطائرة وجب على الطرف المتعاقد الطالب أن يقدم طلبا بالمرور وفي حالة ما إذا كانت الدولة المطلوب إليها الموافقة على المرور تطالب هي الأخرى بتسليمه فلا يتم هذا المرور إلا بعد اتفاق الطرف المتعاقد الطالب وتلك الدولة بشأنه.

مادة (٥٥)

" تنفيذ الأحكام القاضية بعقوبة سالبة للحرية

لدى الطرف المتعاقد الموجود في إقليمه المحكوم عليه "

يجوز تنفيذ الأحكام القاضية بعقوبة سالبة للحرية لمدة نقل عن سنة في إقليم أحد الأطراف المتعاقدة الموجود فيه المحكوم عليه بناء على طلب الطرف المتعاقد الذي أصدر الحكم إذا وافق على ذلك المحكوم عليه والطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ.

مادة (٥٦)

" مصروفات التسليم "

يتحمل الطرف المتعاقد المطلوب إليه التسليم جميع المصروفات المترتبة على إجراءات التسليم التي تتم فوق أراضيه ويتحمل الطرف المتعاقد الطالب مصروفات مرور الشخص خارج إقليم الطرف المتعاقد المطلوب إليه التسليم. ويتحمل الطرف المتعاقد الطالب جميع مصروفات عودة الشخص المسلم إلى المكان الذي كان فيه وقت تسليمه إذا ثبت عدم مسؤوليته أو حكم ببراءته .

مادة (٥٧)

" تنسيق إجراءات طلب التسليم مع المكتب العربي للشرطة الجنائية "

تتولى الأطراف المتعاقدة تنسيق إجراءات طلب التسليم المنصوص عليها في هذه الاتفاقية فيما بينها وبين المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة (المكتب العربي للشرطة الجنائية) وذلك عن طريق شعب الاتصال المعنية والمنصوص عليها في اتفاقية إنشاء المنظمة. وعلى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التسليم إخطار مكتب المنظمة للشرطة الجنائية بصورة من القرار الصادر في شأن طلب التسليم.

الباب السابع

" تنفيذ عقوبات المحكوم عليهم لدى الدول التي ينتمون إليها "

مادة (٥٨)

" شروط التنفيذ "

يجوز تنفيذ الأحكام الجزائية المكتسبة الدرجة القطعية (النهائية) والصادرة لدى أحد الأطراف المتعاقدة في إقليم أي من الأطراف الأخرى الذي يكون المحكوم عليه من مواطنيه ، بناء على طلبه ، إذا توافرت الشروط الآتية :

أ. أن تكون العقوبة المحكوم بها سالبة للحرية لا تقل مدتها أو المدة المتبقية منها أو القابلة للتنفيذ عن ستة أشهر .

ب. أن تكون العقوبة من أجل إحدى الجرائم التي لا يجوز فيها التسليم طبقا للمادة (٤١) من هذه الاتفاقية.

ج. أن تكون العقوبة من أجل فعل معاقب عليه لدى الطرف المتعاقد المطلوب التنفيذ لديه بعقوبة سالبة للحرية لا تقل مدتها عن ستة أشهر .

د. أن يوافق على طلب التنفيذ كل من الطرف المتعاقد الصادر عنه الحكم والمحكوم عليه .

مادة (٥٩)

" الحالات التي لا يجوز فيها التنفيذ "

لا يجوز تنفيذ الأحكام الجزائية في الحالات الآتية :

أ. إذا كان نظام تنفيذ العقوبة لدى الطرف المتعاقد طالب التنفيذ لا يتفق ونظام التنفيذ لدى الطرف المتعاقد الصادر فيه الحكم .

ب. إذا كانت العقوبة قد انقضت بمضي المدة وفق قانون الطرف المتعاقد الصادر لديه الحكم أو الطرف المتعاقد طالب التنفيذ .

ج. إذا كانت العقوبة تعد من تدابير الإصلاح والتأديب أو الحرية المراقبة أو العقوبات الفرعية والإضافية وفقا لقوانين ونظام الطرف المتعاقد طالب التنفيذ.

مادة (٦٠)

" تنفيذ العقوبة "

يجري تنفيذ العقوبة وفي نظام التنفيذ المعمول به لدى الطرف المتعاقد طالب التنفيذ على أن تحسم منها مدة التوقيف الاحتياطي وما قضاه المحكوم عليه من أجل الجريمة ذاتها.

مادة (٦١)

" آثار العفو العام والعفو الخاص "

يسري على المحكوم عليه كل من العفو العام والعفو الخاص الصادرين لدى الطرف المتعاقد الذي أصدر الحكم.

ولا يسري عليه العفو الخاص الصادر لدى الطرف المتعاقد طالب التنفيذ.

أما إذا صدر عفو عام من الطرف المتعاقد طالب التنفيذ وكان يشمل المحكوم عليه ، اخطر بذلك الطرف المتعاقد الصادر عنه الحكم الذي له أن يطلب استعادة المحكوم عليه لتنفيذ ما تبقى من العقوبة المحكوم بها.

وإذا لم يتقدم بهذا الطلب خلال ١٥ يوما من تاريخ إبلاغه بهذا الإخطار يعتبر أنه صرف النظر عن استعادة المحكوم عليه ويطبق العفو العام على المحكوم عليه.

مادة (٦٢)

" تقديم طلب تنفيذ الحكم وإجراءاته والفصل فيه "

يقدم طلب تنفيذ الحكم ويبت فيه من قبل الجهة المختصة وفق الإجراءات المنصوص عليها في هذا الباب والقواعد المعمول بها لدى الطرف المتعاقد الذي أصدر الحكم.

مادة (٦٣)

" تطبيق العقوبات الفرعية والإضافية

المنصوص عليها في قانون الطرف المتعاقد طالب التنفيذ "

للطرف المتعاقد طالب التنفيذ أن يطبق على المحكوم عليه ما يناسب العقوبة المحكوم بها من عقوبات فرعية وإضافية طبقا لقانونه وذلك إذا لم ينص الحكم عليها أو على نظيرها.

مادة (٦٤)

" مصروفات النقل والتنفيذ "

يتحمل الطرف المتعاقد الذي صدر الحكم لديه مصروفات نقل المحكوم عليه إلى إقليم الطرف المتعاقد طالب التنفيذ ويتحمل هذا الطرف الأخير مصروفات تنفيذ العقوبة المحكوم بها.

وتراعى لتنسيق إجراءات طلب النقل مع المكتب العربي للشرطة الجنائية المقننات المنصوص عليها في المادة ٥٧.

الباب الثامن

" الأحكام الختامية "

مادة (٦٥)

" اتخاذ الإجراءات الداخلية اللازمة لوضع الاتفاقية موضع التنفيذ "

تعمل كل جهة معينة لدى الأطراف الموقعة على اتخاذ الإجراءات الداخلية لإصدار القوانين واللوائح (المراسيم) التنظيمية اللازمة لوضع هذه الاتفاقية موضع التنفيذ.

مادة (٦٦)

" التصديق والقبول والإقرار "

تكون هذه الاتفاقية محلا للتصديق عليها أو قبولها أو إقرارها من الأطراف الموقعة وتودع وثائق التصديق أو القبول أو الإقرار لدى الأمانة العامة لجامعة الدول

اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي

العربية في موعد أقصاه ٣٠ يوما من تاريخ التصديق أو القبول أو الإقرار وعلى الأمانة العامة إبلاغ سائر الدول الأعضاء والأمانة العامة للمنظمة العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة بكل إيداع لتلك الوثائق وتاريخه.

مادة (٦٧)

" سريان الاتفاقية "

تسري هذه الاتفاقية بعد مضي ٣٠ يوما من تاريخ إيداع وثائق التصديق عليها أو قبولها أو إقرارها من ثلث الدول الأعضاء في جامعة الدول العربية.

مادة (٦٨)

" الانضمام إلى الاتفاقية "

يجوز لأي دولة من دول الجامعة العربية غير الموقعة على الاتفاقية أن تنضم إليها بطلب ترسله إلى أمين عام الجامعة.

تعتبر الدولة طالبة الانضمام مرتبطة بهذه الاتفاقية بمجرد إيداع وثيقة تصديقها عليها أو قبولها أو إقرارها ومضي ٣٠ يوما من تاريخ الإيداع.

مادة (٦٩)

" أحكام الاتفاقية ملزمة لأطرافها "

أ. تكون أحكام هذه الاتفاقية ملزمة لجميع أطرافها المتعاقدة فلا يجوز لطرفين أو أكثر من الأطراف المتعاقدة الاتفاق على ما يخالف أحكامها.

ب. إذا تعارضت أحكام هذه الاتفاقية مع أحكام أية اتفاقية خاصة سابقة يطبق النص الأكثر تحقيقا لتسليم المتهمين والمحكوم عليهم.

مادة (٧٠)

" عدم جواز إبداء تحفظات مخالفة لأحكام الاتفاقية "

لا يجوز لأي طرف من الأطراف أن يبدي أي تحفظ ينطوي صراحة أو ضمنا على مخالفة لنصوص هذه الاتفاقية أو خروج عن أهدافها.

مادة (٧١)

" الانسحاب من الاتفاقية "

لا يجوز لأي طرف متعاقد أن ينسحب من الاتفاقية إلا بناء على طلب كتابي مسبب يرسله إلى أمين عام جامعة الدول العربية.
يرتب الانسحاب أثره بعد مضي ستة شهور من تاريخ إرسال الطلب إلى أمين عام جامعة الدول العربية.
تظل أحكام الاتفاقية نافذة بالنسبة إلى طلبات التسليم التي قدمت خلال تلك المدة ولو حصل هذا التسليم بعدها.

مادة (٧٢)

" إلغاء الاتفاقيات المعمول بها حاليا "

تحل هذه الاتفاقية بالنسبة للدول التي صادقت عليها محل الاتفاقيات الثلاثية المعقودة عام ١٩٥٢ في نطاق جامعة الدول العربية والمعمول بها حاليا بشأن كل من الإعلانات والانباء القضائية ، وتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين.
وتأييدا لما تقدم قد وقع المندوبون المفوضون المبينة أسماؤهم بعد هذه الاتفاقية نيابة عن حكوماتهم وباسمها.
حررت هذه الاتفاقية باللغة العربية بمدينة الرياض عاصمة المملكة العربية السعودية يوم الأربعاء الثالث والعشرين من شهر جمادي الثانية عام ١٤٠٣ هـ الموافق السادس من شهر إبريل / نيسان ١٩٨٣ ميلادية من أصل واحد يحفظ بالأمانة العامة لجامعة الدول العربية وتسلم صورة مطابقة للأصل لكل طرف من الأطراف الموقعة على هذه الاتفاقية أو المنضمة إليها.



تشریحات

قانون التحكيم

رقم (٣) لسنة ٢٠٠٠م

رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية

رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية

بعد الاطلاع على قانون التحكيم لسنة ١٩٢٦ وتعديلاته المعمول به في محافظات غزة، وعلى قانون قرارات التحكيم الأجنبية لسنة ١٩٣٠ وتعديلاته المعمول به في محافظات غزة،

وعلى أصول التحكيم لسنة ١٩٣٥ المعمول بها في محافظات غزة،

وعلى قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم ٨ لسنة ١٩٥٢ المعمول به في محافظات الضفة،

وعلى قانون التحكيم رقم ١٨ لسنة ١٩٥٣ وتعديلاته المعمول به في محافظات الضفة،

وعلى قانون محاكم الأراضي الصادر في ٨ نيسان ١٩٢١م ولا سيما المادة (٨) منه، المعمول به في محافظات غزة،

وبعد إقرار المجلس التشريعي في جلسته المنعقدة بتاريخ ٣/٢/٢٠٠٠م،

أصدرنا القانون التالي :

الفصل الأول

تعريف وأحكام عامة

مادة (١)

لغايات تطبيق أحكام هذا القانون يكون للكلمات والعبارات التالية المعاني المخصصة لها أدناه ما لم تدل القرينة على خلاف ذلك :

التحكيم : وسيلة لفض نزاع قائم بين أطرافه وذلك بطرح موضوع النزاع أمام هيئة التحكيم للفصل فيه .

المحكم : الشخص الطبيعي الذي يتولى مهمة التحكيم.

هيئة التحكيم : شخص أو أكثر يتولى مهمة الفصل في النزاع.

المرجح : المحكم الذي يتولى إصدار قرار التحكيم عند تعذر تحقق الأغلبية.
الخبير : شخص مؤهل في مجال معين يمكن الاستعانة به لتحديد مسائل فنية تتعلق بمجال عمله ، يصعب على غيره القيام بها.
المحكمة المختصة : المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع المعروض على هيئة التحكيم إذا كان التحكيم محلياً ، فإن كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين : فهي محكمة البداية التي يجري التحكيم ضمن اختصاصها المكاني ، وإن كان التحكيم أجنبياً فالمحكمة المختصة في تسجيل قرار التحكيم وتنفيذه هي محكمة البداية في القدس عاصمة دولة فلسطين أو في المقر المؤقت في غزة.

مادة (٢)

مع مراعاة أحكام المادة (٤) من هذا القانون تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أشخاص طبيعيين أو اعتباريين يتمتعون بالأهلية القانونية للتصرف بالحقوق أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع ، مع مراعاة الاتفاقيات الدولية التي تكون فلسطين طرفاً فيها.

مادة (٣)

لغايات هذا القانون يكون التحكيم :

أولاً - محلياً إذا لم يتعلق بالتجارة الدولية وكان يجري في فلسطين.

ثانياً - دولياً إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بمسألة من المسائل الاقتصادية أو التجارية أو المدنية وذلك في الأحوال الآتية :

١ - إذا كانت المراكز الرئيسة لأطراف التحكيم تقع في دول مختلفة وقت إبرام اتفاق التحكيم ، فإذا كان لأحد الأطراف أكثر من مركز أعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً باتفاق التحكيم ، أما إذا لم يكن لأحد الأطراف مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

٢ - إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم مرتبطاً بأكثر من دولة.

٣ - إذا كان المركز الرئيس لأعمال كل طرف من أطراف التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن الآتية يقع في دولة أخرى :

أ - مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

ب - مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو التعاقدية بين الأطراف.

ج - المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

ثالثاً - أجنبياً إذا جرى خارج فلسطين.

رابعاً - خاصاً إذا لم تقم بتنظيمه مؤسسة مختصة بالتحكيم .

خامساً - مؤسسياً إذا تم من خلال مؤسسة مختصة بتنظيم التحكيم والإشراف عليه سواء كانت داخل فلسطين أو خارجها.

مادة (٤)

لا تخضع لأحكام هذا القانون المسائل الآتية :

١ - المسائل المتعلقة بالنظام العام في فلسطين .

٢ - المسائل التي لا يجوز فيها الصلح قانوناً .

٣ - المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية .

الفصل الثاني

اتفاق التحكيم

مادة (٥)

١ - اتفاق التحكيم هو اتفاق بين طرفين أو أكثر يقضي بإحالة كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو اتفاق منفصل .

٢ - يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً .

٣ - يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو تضمنه ما تبادلاه من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة .

٤ - إذا تم الاتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع فيجب أن يتضمن الاتفاق موضوع النزاع وإلا كان باطلاً .

٥ - يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً ولا يتأثر ببطلان العقد أو فسخه أو انتهائه .

٦ - لا يجوز العدول عن اتفاق التحكيم إلا باتفاق الأطراف أو بقرار من المحكمة المختصة .

مادة (٦)

لا ينتهي اتفاق التحكيم بوفاة أحد أطرافه إلا إذا تعلق النزاع بشخص المتوفى .

مادة (٧)

١ - إذا شرع أحد أطراف التحكيم في اتخاذ أي إجراء قانوني أمام أية محكمة ضد الطرف الآخر بشأن أمر تم الاتفاق على إحالته إلى التحكيم ، فيجوز للطرف الآخر قبل الدخول في أساس الدعوى أن يطلب من المحكمة وقف ذلك الإجراء وعلى المحكمة أن تصدر قراراً بذلك إذا اقتنعت بصحة اتفاق التحكيم .

٢ - لا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم و الاستمرار فيه أو إصدار قرار التحكيم .

الفصل الثالث

هيئة التحكيم

مادة (٨)

١ - تشكل هيئة التحكيم باتفاق الأطراف من محكم أو أكثر .

٢ - إذا لم يتفق على تشكيل هيئة التحكيم يختار كل طرف محكماً ، ويختار المحكمون مرجحاً إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك .

مادة (٩)

يجب أن يكون المحكم أهلاً للتصرفات القانونية ومتمتعاً بحقوقه المدنية غير محكوم عليه في جنائية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو مفلساً ما لم يرد إليه اعتباره .

مادة (١٠)

بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون إذا عين اتفاق التحكيم مؤسسة تحكيم فإنه يتم في إطار قواعدها تنظيم إجراءات التحكيم بما في ذلك صلاحية تعيين هيئة التحكيم والإشراف عليها وتحديد النفقات اللازمة وكيفية توزيعها على الأطراف والبت في طلب رد هيئة التحكيم أو أحد أعضائها .

مادة (١١)

- ١ - بناء على طلب أحد الأطراف أو هيئة التحكيم تعين المحكمة المختصة محكما أو مرجحا من ضمن قائمة المحكمين المعتمدين من وزارة العدل وذلك في الحالات الآتية:
 - أ - إذا كان اتفاق التحكيم يقضي بإحالة النزاع إلى محكم واحد ولم يتفق الأطراف على تسمية ذلك المحكم .
 - ب - إذا كان لكل طرف الحق في تعيين محكم من قبله ولم يقم بذلك .
 - ج - إذا لم يقبل المحكم مهمته كتابة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ علمه باختياره محكما .
 - د - إذا اعتذر المحكم أو محكم أحد الأطراف في التحكيم المتعدد عن القيام بالتحكيم أو أصبح غير أهل لذلك أو غير قادر عليه ولم يعين الأطراف أو ذلك الطرف خلفا له .
 - هـ - إذا كان على المحكمين تعيين مرجحا ولم يتفقوا .
 - و - إذا رفض أو اعتذر المرجح عن القيام بالتحكيم ، ولم يتضمن اتفاق التحكيم كيفية تعيين خلف له ولم يتفق الأطراف على تعيين ذلك الخلف .
- ٢ - تصدر المحكمة قرارها بالتعيين خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغ الطرف الآخر بنسخة الطلب ، ويكون القرار غير قابل للطعن .

مادة (١٢)

- ١ - يثبت قبول المحكم لمهمته كتابة أو بتوقيعه على اتفاق التحكيم ، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله مهمة التحكيم عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاليته أو حيده .
- ٢ - لا يجوز للمحكم بدون عذر أن يتخلى عن إجراء التحكيم بعد قبوله مهمته .

مادة (١٣)

- ١ - لا يجوز طلب رد المحكم إلا إذا وجدت ظروف تشير شكوكا لها ما يبررها حول حيده أو استقلاله، ولا يجوز لأي من أطراف التحكيم رد محكم عينه هو أو اشترك في تعيينه إلا لأسباب اكتشفها بعد أن تم تعيين هذا المحكم .

٢ - مع مراعاة ما تضمنته الفقرة (١) أعلاه لا يجوز تقديم طلب رد هيئة التحكيم أو تحييتها بعد اختتام بينات الأطراف.

مادة (١٤)

- ١ - إذا نشأ لدى أحد أطراف النزاع سبب لطلب رد هيئة التحكيم أو أي من أعضائها فعليه أن يتقدم بطلب الرد كتابياً خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ العلم إلى هيئة التحكيم أو إلى مؤسسة التحكيم إذا كان التحكيم مؤسسياً .
- ٢ - إذا رفض طلب الرد يحق لطالبيه الطعن في القرار أمام المحكمة المختصة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره ويكون قرار المحكمة غير قابل للطعن.
- ٣ - يترتب على تقديم طلب الرد أو على الطعن فيه أمام المحكمة وقف إجراءات التحكيم لحين الفصل في الطعن .

مادة (١٥)

- ١ - إذا انتهت مهمة المحكم بوفاته أو برده أو تحييه أو لأي سبب آخر وجب تعيين خلف له بذات الطريقة التي تم فيها تعيين المحكم الأول ، أو طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في المادة (١١) من هذا القانون .
- ٢ - توقف إجراءات التحكيم لحين تعيين محكم جديد .

مادة (١٦)

تختص هيئة التحكيم بالفصل في الأمور التالية :

- ١ - المسائل المتعلقة بالاختصاص .
- ٢ - المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم .
- ٣ - الطلبات المتعلقة برد هيئة التحكيم أو أحد أعضائها .
- ٤ - الدفوع المتعلقة بالتحكيم المعروض أمامها .

مادة (١٧)

يحق لهيئة التحكيم الاستعانة برأي المحكمة المختصة في أية نقطة قانونية تنشأ خلال نظر النزاع.

مادة (١٨)

يجوز للأطراف الاتفاق على القواعد الإجرائية الواجب اتباعها من قبل هيئة التحكيم ، فان لم يتفقوا كان لهيئة التحكيم تطبيق الإجراءات المعمول بها في مكان إجراء التحكيم .

مادة (١٩)

- ١ . يجوز للأطراف في التحكيم الدولي الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، فان لم يتفقوا تطبق هيئة التحكيم القانون الفلسطيني.
- ٢ . إذا كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين ولم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق فتطبق القواعد الموضوعية التي تشير إليها قواعد تنازع القوانين في القانون الفلسطيني مع عدم تطبيق قواعد الإحالة إلا إذا أدت إلى تطبيق أحكام القانون الفلسطيني، وفي جميع الأحوال تراعي هيئة التحكيم الأعراف المطبقة على العلاقة بين أطراف النزاع.

الفصل الرابع

إجراءات التحكيم

مادة (٢٠)

تباشر هيئة التحكيم عملها فور إحالة النزاع إليها بعد قبولها مهمة التحكيم بين الأطراف.

مادة (٢١)

إذا لم يتفق أطراف التحكيم على مكان إجراءه فإنه يُجرى في المكان الذي تحدده هيئة التحكيم مع مراعاة ظروف النزاع وملاءمة المكان لأطرافه ، ويجوز لهيئة التحكيم عقد جلسة أو أكثر في أي مكان تراه مناسباً.

مادة (٢٢)

- ١ - يجرى التحكيم باللغة العربية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك ، ولهيئة التحكيم في حالة تعدد لغات أطراف النزاع أن تحدد اللغة أو اللغات التي تعتمدها.
- ٢ - لهيئة التحكيم أن تكلف أي طرف تقديم الوثائق المكتوبة مترجمة إلى اللغة أو اللغات المعتمدة أمامها.
- ٣ - لهيئة التحكيم الاستعانة بمترجم مرخص عند تعدد لغات أطراف النزاع.

مادة (٢٣)

١ - يجب على المدعي خلال المدة التي تحددها هيئة التحكيم أن يرسل إلى المدعى عليه وهيئة التحكيم بياناً خطياً شاملاً ادعاءاته وتحديد المسائل محل النزاع وطلباته مرفقاً به نسخاً عن المستندات التي يستند إليها.

٢ : أ - يجب على المدعى عليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ استلامه بيان المدعي ومشمولاته أن يتقدم بمذكرة جوابية وافية مرفقاً معها نسخاً عن المستندات التي يستند إليها ويرسل نسخاً من المذكرة والمستندات إلى المدعي وهيئة التحكيم .
ب - يجوز لهيئة التحكيم تمديد المدة المذكورة في الفقرة (أ) أعلاه وفق ما تراه مناسباً.

٣ - يحق لهيئة التحكيم في أي مرحلة أن تطلب من الأطراف تقديم أصول المستندات المبرزة أمامها إلا إذا اتفق أطراف التحكيم على الاكتفاء بصور عن تلك المستندات.

مادة (٢٤)

تحدد هيئة التحكيم موعداً لحضور الأطراف وتبلغهم بذلك قبل التاريخ المحدد بوقت كاف وتستمع للأطراف ، ويجوز لها الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق إذا اتفق الأطراف على ذلك.

مادة (٢٥)

يجري تبليغ الأوراق إلى المطلوب تبليغه شخصياً أو في مقر عمله أو محل إقامته المعتاد أو عنوانه البريدي المحدد في اتفاق التحكيم أو في العقد المنظم للعلاقة التي يتناولها التحكيم ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

مادة (٢٦)

١ - إذا لم يقدم المدعي دون عذر مقبول بياناً خطياً وفقاً للفقرة (١) من المادة (٢٣) من هذا القانون يجب على هيئة التحكيم بناء على طلب المدعى عليه أن تقرر رد ادعاء المدعي.

٢ - إذا لم يقدم المدعى عليه دون عذر مقبول مذكرته الجوابية وفقاً للفقرة (٢) من المادة (٢٣) المذكورة أعلاه فيجب على هيئة التحكيم بناء على طلب المدعي أن تستمر في

إجراءاتها دون أن يعتبر ذلك إقراراً من المدعى عليه بادعاء المدعي ، وحينئذ لهيئة التحكيم أن تصدر قرارها غيابياً استناداً إلى عناصر الإثبات المقدمة أمامها.

مادة (٢٧)

تستمع هيئة التحكيم إلى بينات الأطراف وتدون وقائع كل جلسة في محضر توقعه حسب الأصول وتسلم نسخة منه إلى كل طرف بناء على طلبه .

مادة (٢٨)

١- يحق لهيئة التحكيم بناء على طلبها أو طلب أي طرف من أطراف التحكيم أن تدعو أي شاهد للحضور للشهادة أو لإبراز أي مستند.

٢- يحق لهيئة التحكيم إذا رفض الشاهد المثل أمام هيئة التحكيم أن تطلب من المحكمة المختصة إصدار أمر بتأمين حضوره في التاريخ المحدد للطلب.

مادة (٢٩)

يحق لهيئة التحكيم أن تطلب من المحكمة المختصة إصدار قرار بالإنابة في سماع أقوال شاهد يقيم خارج دائرة اختصاص المحكمة وكان يتعذر مثل هذا الشاهد أمامها.

مادة (٣٠)

يحق لهيئة التحكيم بناء على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها تعيين خبير أو أكثر بشأن مسألة تحددها ، وعلى كل طرف أن يقدم إلى الخبير كل ما لديه من معلومات أو مستندات متعلقة بهذه المسألة.

مادة (٣١)

١ - ترسل هيئة التحكيم نسخة من تقرير الخبير إلى كل طرف مع إتاحة الفرصة لمناقشة الخبير أمام هيئة التحكيم في جلسة تحددها لهذا الغرض.

٢ - يجوز لكل طرف أن يقدم خبيراً أو أكثر من طرفه لإبداء الرأي في المسائل التي تناولها تقرير الخبير الذي عينته هيئة التحكيم.

مادة (٣٢)

١ - إذا طعن أمام هيئة التحكيم بالتزوير في مستند جوهري ومرتبب بموضوع النزاع فيكلف الطرف الطاعن بإثبات طعنه أمام الجهات المختصة.

٢ - توقف إجراءات التحكيم لحين الفصل في الطعن بالتزوير إذا أثبت الطاعن أنه تقدم بادعائه إلى الجهات المختصة خلال أسبوع من تاريخ تكليفه بذلك .

مادة (٣٣)

يجوز لهيئة التحكيم أثناء نظر النزاع أن تصدر أمرا باتخاذ أية إجراءات تحفظية أو مستعجلة تراها مناسبة بحق أحد أطراف التحكيم إذا نص اتفاق التحكيم على ذلك ويكون لهذا الأمر قوة الأمر الصادر عن المحكمة المختصة ، ويجري تنفيذه بذات الطريق الذي تنفذ به الأحكام والقرارات .

مادة (٣٤)

يجوز لهيئة التحكيم أن تقرر إلزام الأطراف بإداع أي مبلغ تراه مناسباً لتغطية المصاريف التي قد تنشأ عن التحكيم شريطة أن ينص اتفاق التحكيم صراحة على قبول هذا المبدأ فلذا لم يقم الأطراف أو أي منهم بدفع المبلغ يحق لهيئة التحكيم الطلب من المحكمة المختصة إصدار أمر بذلك.

الفصل الخامس

قرار التحكيم والطعن فيه

مادة (٣٥)

- ١- لكل من طرفي التحكيم تعديل طلباته أو أوجه دفاعه أو استكمالها خلال إجراءات التحكيم ما لم تقرر هيئة التحكيم عدم قبول ذلك منعا من تعطيل الفصل في النزاع.
- ٢- بعد اختتام بينات الأطراف تصدر هيئة التحكيم قرارا بحجز القضية للحكم مع السماح للأطراف بتقديم مذكرات ختامية لمن يرغب منهم خلال المدة التي تحددها الهيئة.

مادة (٣٦)

يحق لأطراف النزاع تفويض هيئة التحكيم بإجراء الصلح بينهم وفقا لقواعد العدالة ويجوز لهيئة التحكيم أن تعرض بناء على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها تسوية ودية للنزاع .

مادة (٣٧)

إذا اتفق الأطراف قبل صدور قرار التحكيم على تسوية النزاع فعندئذ على هيئة التحكيم أن تصدر قرارا بالمصادقة على التسوية بالشروط المنفق عليها واعتبارها قرارا صادرا عنها.

مادة (٣٨)

١ - أ - على هيئة التحكيم إصدار القرار المنهي للخصومة خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان .

ب - ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، يجب أن يصدر القرار خلال أثني عشر شهرا من تاريخ بدء إجراءات التحكيم ، وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد لمدة لا تزيد على ستة أشهر .

٢ - إذا لم يصدر قرار التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة (١) أعلاه جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من المحكمة المختصة أن تصدر أمرا لتحديد ميعاد إضافي أو لإنهاء إجراءات التحكيم ، ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعوى إلى المحكمة المختصة.

٣ - تصدر هيئة التحكيم قرارها الفاصل في موضوع النزاع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ حجز القضية للحكم ، ويجوز للهيئة تمديد هذه المدة إذا دعت الضرورة إلى ذلك .

٤ - يصدر قرار التحكيم بالإجماع أو بأكثرية الآراء بعد المداولة إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم واحد ، أو بقرار من المرجح عند تعذر الحصول على الأكثرية.

مادة (٣٩)

١ - يجب أن يشتمل قرار التحكيم على ملخص لاتفاق التحكيم وأطرافه وموضوعه والبيانات المستمعة والمبرزة والطلبات وأسباب القرار ومنطوقه وتاريخه ومكان صدوره وتوقيع هيئة التحكيم .

٢ - تضمن هيئة التحكيم قرارها كل ما يتعلق بالرسوم والمصاريف والأتعاب الناجمة عن التحكيم وكيفية دفعها .

مادة (٤٠)

تصدر هيئة التحكيم قرارها بحضور الأطراف ، فإذا تغيب أحدهم أو أكثر عن حضور جلسة النطق بالقرار على الرغم من تبليغه بذلك ، تصدر الهيئة قرارها في تلك الجلسة وتقوم بتبليغه للطرف الغائب ويعتبر القرار بمثابة الحضور في مواجهته ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك .

مادة (٤١)

بما لا يتعارض مع أحكام القانون لا يجوز نشر قرار التحكيم أو أجزاء منه إلا بموافقة أطراف التحكيم أو المحكمة المختصة .

مادة (٤٢)

- ١ - يجوز لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من أحد الأطراف شريطة أن يقدم خلال ثلاثين يوما من تاريخ تبليغه قرار التحكيم أو إعلان الطرف الآخر أن تصحح ما يكون قد وقع في قرارها من أخطاء حسابية أو كتابية أو أية أخطاء مادية ، ويجري هذا التصحيح على نسخة القرار الأصلية ويوقع عليها بواسطة هيئة التحكيم .
- ٢ - يجب إجراء التصحيح خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدور الحكم إذا كان التصحيح من تلقاء ذات الهيئة ، وخلال ثلاثين يوما من تاريخ طلب التصحيح إذا كان التصحيح بناء على طلب أحد الأطراف .
- ٣ - يجوز لهيئة التحكيم بناء على طلب يتقدم به أحد الأطراف خلال ثلاثين يوما من تاريخ تبليغه قرار التحكيم وبشرط إعلان الطرف الآخر تفسير نقطة معينة وردت في قرار التحكيم أو جزء منه ، فإذا اقتنعت هيئة التحكيم بطلب التفسير تصدر قرارها خلال ثلاثين يوما من تاريخ تسلم الطلب ، ويعتبر قرار التفسير متمما لقرار التحكيم الذي يفسره وتسري عليه أحكامه .
- ٤ - عند تعذر اجتماع هيئة التحكيم بسبب وفاة المحكم أو أصابته بمرض يعيقه عن أداء مهمته تحل المحكمة المختصة محل هيئة التحكيم ، ألا إذا اتفق صراحة على خلاف ذلك .

مادة (٤٣)

يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة ببناء على أحد الأسباب الآتية :

- ١ - إذا كان أحد أطراف التحكيم فاقدا الأهلية أو ناقصها وفقا للقانون الذي يحكم أهليته ما لم يكن ممثلا تمثيلا قانونيا صحيحا.
- ٢ - إذا كان قد أصاب هيئة التحكيم أو أحد أعضائها عارض من عوارض الأهلية قبل صدور قرار التحكيم .
- ٣ - مخالفته للنظام العام في فلسطين .
- ٤ - بطلان اتفاق التحكيم أو سقوطه بانتهاء مدته.
- ٥ - إساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم أو مخالفتها لما اتفق عليه الأطراف من تطبيق قواعد قانونية على موضوع النزاع أو خروجها عن اتفاق التحكيم أو موضوعه .
- ٦ - إذا وقع بطلان في قرار التحكيم أو كانت إجراءاته باطلة بطلانا أثر في الحكم.
- ٧ - إذا استحصل على قرار التحكيم بطريق الغش أو الخداع ما لم يكن قد تم تنفيذ القرار قبل اكتشاف الغش أو الخداع.

مادة (٤٤)

- ١ - يقدم طلب الطعن في قرار التحكيم إلى المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوما من اليوم التالي لتاريخ صدور قرار التحكيم إن كان وجاهيا وإلا فمن اليوم التالي لتاريخ تبليغه .
- ٢ - إذا بني الطعن في قرار التحكيم على الفقرة السابعة من المادة (٤٣) من هذا القانون فيبدأ ميعاد الطعن من تاريخ اكتشاف الغش أو الخداع.

مادة (٤٥)

- ١ - إذا انقضت المدة المنصوص عليها في المادة (٤٤) من هذا القانون دون الطعن في قرار التحكيم تصدر المحكمة المختصة " بناء على طلب أحد الأطراف قرارا بتصديقه وإكسابه الصيغة التنفيذية ، ويكون قرار المحكمة نهائيا وينفذ بالطريقة التي تنفذ بها قرارات المحاكم .

٢ - إذا قضت المحكمة المختصة برفض طلب الطعن فإنها تقرر صحته واكتسابه الصيغة التنفيذية .

٣ - إذا قضت المحكمة المختصة بفسخ قرار التحكيم يجوز لها إذا رأت ذلك ملائماً أن تعيد النزاع إلى هيئة التحكيم لإعادة النظر في النقاط التي تحددها المحكمة .

مادة (٤٦)

مع مراعاة أحكام المادة (٤٤) من هذا القانون بشأن المواعيد تسري على استئناف الحكم الصادر من المحكمة المختصة قواعد وإجراءات الاستئناف المعمول بها أمام المحكمة المستأنف إليها.

مادة (٤٧)

يكون لقرار التحكيم بعد تصديقه من المحكمة المختصة القوة والمفعول التي لقرارات المحاكم ويتم تنفيذه بالصورة التي ينفذ فيها أي حكم أو قرار صادر عن محكمة وفقاً للأصول المرعية .

مادة (٤٨)

مع مراعاة الاتفاقيات الدولية التي تكون فلسطين طرفاً فيها والقوانين المعمول بها في فلسطين ، يجوز للمحكمة المختصة ولو من تلقاء نفسها رفض تنفيذ قرار تحكيم أجنبي في إحدى الحالتين التاليتين :-

١ - إذا كان القرار مخالفاً للنظام العام في فلسطين .

٢ - إذا كان القرار لا يتفق والمعاهدات والاتفاقيات الدولية المعمول بها في فلسطين.

مادة (٤٩)

يجوز للمحكوم عليه في قرار تحكيم أجنبي أن يطلب من المحكمة المختصة الأمر بعدم تنفيذ قرار التحكيم استناداً إلى أحد الأسباب الآتية :

١ - إذا أثبت للمحكمة توافر سبب من الأسباب الواردة في المادة (٤٣) من هذا القانون.

٢ - إذا أثبت أن القرار قد أبطلته أو أوقفت تنفيذه إحدى المحاكم في البلد الذي صدر فيه.

٣ - إذا أثبت المحكوم عليه أن القرار المراد تنفيذه قد استؤنف في البلد الذي صدر فيه

ولم يفصل فيه بعد فعلى المحكمة المختصة وقف التسجيل لحين البت في الاستئناف.

قانون التحكيم

٤ - إذا كانت إحدى محاكم فلسطين قد أصدرت حكما يناقض ذلك القرار في دعوى أقيمت بين ذات الفرقاء وتناول الحكم نفس الموضوع والوقائع.

مادة (٥٠)

يجب على طالب الأمر بتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي أن يبرز للمحكمة المختصة ما يلي:

١ - قرار التحكيم الأجنبي مصدقا عليه من المعتمد السياسي أو القنصلي الفلسطيني في ذلك البلد إن وجد.

٢ - أن يكون القرار مترجما إلى اللغة العربية من مترجم قانوني معتمد لدى جهات الاختصاص ومصدق على صحة توقيع المترجم من المعتمد السياسي أو القنصلي للدولة التي ينتمي إليها طالب التسجيل ، أو أن يكون القرار مترجما بعد حلف اليمين من مترجم قانوني فلسطيني .

مادة (٥١)

يجري تبليغ المحكوم عليه نسخة من الأمر بالتنفيذ ومرفقاته حسب الأصول .

مادة (٥٢)

يجوز للمحكوم عليه متى تبلغ الأمر بالتنفيذ وفقا للأصول أن يقدم رده إلى المحكمة خلال ثلاثين يوما من تاريخ تبليغه ويبلغ المحكوم له نسخة عن هذا الرد حسب الأصول.

مادة (٥٣)

يكون قرار المحكمة المختصة بالأمر بتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي أو رفضه قابلا للطعن بالاستئناف خلال ثلاثين يوما من اليوم التالي لتاريخ صدوره إذا كان وجاهيا وإلا من اليوم التالي لتاريخ تبليغه إن كان غائبا.

الفصل السادس

أحكام ختامية

مادة (٥٤)

يصدر وزير العدل القرارات والتعليمات والأنظمة الخاصة بقوائم المحكمين المعتمدين المشار إليها في المادة (١١) من هذا القانون .

مادة (٥٥)

يصدر مجلس الوزراء اللوائح والقرارات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون في مدة أقصاها ستة أشهر من تاريخ نشره .

مادة (٥٦)

تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم قائم عند نفاذه ولم يكن قد حجز للحكم فيه.

مادة (٥٧)

يلغى كل ما يتعارض مع أحكام هذا القانون .

مادة (٥٨)

على جميع الجهات المختصة ، كل فيما يخصه ، تنفيذ أحكام هذا القانون ، ويعمل به بعد ثلاثين يوما من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

صدر بمدينة غزة بتاريخ ٥ / ٤ / ٢٠٠٠ ميلادية

الموافق ١ / محرم / ١٤٢٠ هجرية

ياسر عرفات

رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية

رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية



قضايا وأحكام

استئناف حقوق رقم ٨٦/٧٠

المستأنفة : شركة المؤسسة العربية للتأمين المساهمة المحدودة / نابلس وكيلها المحامي احمد سليمان .

المستأنف عليه : نبيل فضل الطاهر / يعبد .

الهيئة الحاكمة : برئاسة السيد / خليل السلواني وعضوية السيدين موريس زيادة وهشام القراعين .

القرار

هذا استئناف ضد قرار محكمة بداية نابلس الصادر بتاريخ ١٨/١/١٩٨٦ في القضية الحقوقية ٨٣/٦٤٦ والمتضمن الحكم على المستأنفة بأن تدفع للمستأنف عليه مبلغ ثمانية وثلاثين ألفاً وأثنى عشر ديناراً وإلزامها بالرسوم والمصاريف والفائدة القانونية وأربعين ديناراً أتعاب محاماة .

حيث أن الاستئناف مقدم ضمن المدة القانونية فقد تقرر قبوله شكلاً .
يستند الاستئناف إلى الأسباب التالية :

١- القرار المستأنف مخالف لأحكام الأصول القانونية وذلك لوقوع أخطاء في إجراءات الدعوى دون أن تقوم المحكمة بتصحيحها ودون اتباع الأصول القانونية في المحاكمة.

٢- القرار المستأنف لا يسنده اصل قانوني.

٣- أخطأت محكمة البداية في تعليل القرار المستأنف .

٤- أخطأت محكمة البداية في وزن البيانات المقدمة .

٥- القرار المستأنف تكفي لم يستند إلى نص قانوني ولا اجتهاد فقهي أيا كان نوعه .

٦- القرار المستأنف مجحف بحق المستأنفة وفيه خروج على ما استقرت عليه قرارات المحاكم.

وبالمحاكمة الجارية استمعت محكمتنا إلى شرح وكيل المستأنفة لأسباب الاستئناف كما جاءت بالمرافعة الخطية المقدمة منه والتي طلب فيها رد دعوى المستأنف عليه وبالتلويب

تعديل القرار المستأنف إلى الحد المقبول واقعا وقانونا في حين تقدم وكيل المستأنف عليه بمرافعة خطية تضمنت الرد على ما أثاره وكيل المستأنفة وطلب بنهايتها رد الاستئناف وتصديق القرار المستأنف .

وبالتدقيق نجد بالنسبة للسبب الأول أنه غير وارد ذلك أن عدم تلاوة الإجراءات السابقة عند تغيير الهيئة الحاكمة لا يجعل منها كما يقول وكيل المستأنفة إجراءات مخالفة للأصول والقانون إذ تنص الفقرة الرابعة المضافة للمادة ١٣٥ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية بموجب القانون رقم ٣٥ لسنة ٦١ على أنه إذا تغير تشكيل المحكمة تغييراً جزئياً أو كلياً فيجوز لهيئة المحكمة الجديدة أن تعتمد أية هيئة استمعتها الهيئة السابقة كما يجوز لها أن تسير في الدعوى من النقطة التي وصلت إليها سواء وافق الفرقاء على ذلك أم لا . أما فيما يتعلق بالسبب الرابع و والمنعي فيه على محكمة الموضوع أنها أخطأت في وزن البيانات فإننا نجد بالنسبة لما توصلت إليه أن دخل المستأنف عليه الشهري هو ثلاثماية دينار له ما يسنده ويؤيده في البيئة التي لقاضي الموضوع مطلق الحرية أن يستخلص منها ما يرتاح له ويطمئن إليه بغض النظر عن وجود عبارات قد تكون وردت على لسان شاهد أو أكثر لا تتسجم بالتمام مع ما ورد على لسان شاهد آخر لأن العبرة لما يستخلص من البيئة بمجموعها وحق القاضي في ترجيح ما يشاء منها واستبعاد ما عداه ما دام لهذا الترجيح ما يدعمه في البيئة ويؤدي إلى ما يستخلصه القاضي لأن المادة ٣٣ من قانون البيئات أتاحت لمحكمة الموضوع صلاحية تقدير شهادات الشهود من حيث عدالتهم وسلوكهم وتصرفهم وغير ذلك من ظروف القضية ولم تلزمها ببيان الأسباب التي جعلتها غير مطمئنة إلى الشهادات التي استمعتها وهذا يعني أن واضع القانون ترك أمر التقدير إلى وجدان المحكمة وضميرها وبالتالي فإن عدم ذكر أسباب عدم الاطمئنان لشهادة الشهود لا يجعل الحكم قاصرا عن التسبب ولا يستلزم نقضه (تمييز حقوق ٧٩/٤٣٢) .

وعليه ، وحيث يوجد في البيئة ما يؤدي إلى ما توصل إليه قاضي الموضوع بخصوص دخل المستأنف عليه وقد أشار إلى ذلك في قراره المستأنف فأنا لا تجد ما يبرر تدخلنا في مسألة تدخل في صميم سلطاته وصلاحيته التقديرية .

أما بالنسبة لمقدار نسبة العجز لدى المستأنف عليه فإننا نجد أن ما توصلت إليه المحكمة باعتبار نسبة العجز ٨٠% واقع في محله وهذا ثابت من أقوال الطبيب محمود صالح باعتباره كان أحد الأطباء المشرفين عليه وذلك على الصحيفتين ٣٩ و ٤٠ من الضبط بالتالي لا يرد قول وكيل المستأنفة أن نسبة العجز حسب أقوال الطبيب المذكور هي ٧٠% إذ بالرجوع إلى شهادته بهذا الخصوص على الصفحة ٤٠ نجده يقول " في شهادتي السابقة قلت بأن مجموع العاهات سبعون بالمائة وما قدرته الآن هو بسبب وضعية المصاب حالياً إذ لا أمل بشفاؤه. " كما أن قاضي الموضوع قد أصاب باعتبار ما نسبته ٥٠% عاهة سابقة لدى المستأنف عليه إذ ذكر نفس الطبيب على الصفحة ٤٠ " وأعطى نبيل الطاهر نسبة عاهة للانحناء في العمود الفقري بدون أي شيء أي بدون حادث سيارة حوالي خمسين بالمائة " وعليه فإن ما استخلصته المحكمة من أن الحادث تسبب بعاهة للمستأنف عليه نسبتها ٣٠% يكون في محله ونقره عليه .

لكننا نجد من جهة ثانية أن محكمة الموضوع عندما عمدت إلى حساب التعويضات في هذه القضية استندت في حساب التعويضات عن بدل الآلام والمعاناة على نسبة عجز ٣٠% بينما استندت بالنسبة لفقدان الدخل إلى نسبة العجز الكلية البالغة ٨٠% معللة قرارها بان نسبة العجز الأولى وهي ٥٠% التي كان يعاني المستأنف عليه منها قبل الحادث كان يتمكن رغم إصابته بها من ممارسة أعمال تجارية وأن ما لحقه من عجز إضافي نتيجة الحادث وهو ٣٠% كان السبب الرئيسي والمباشر والوحيد الذي أفقده عمله وحرمه من ممارسة حياته الطبيعية وجعلته عديم القدرة على الاتيان بأي عمل أو مهنة أو ممارسة عمله التجاري الذي كان يمارسه قبل الحادث (صفحة ٩٢) .

إننا وإن كنا لا نقلل من أهمية ووجاهة الاعتبارات التي ساقها قاضي الموضوع والتي لها ما يبررها في الجدل الفقهي والقضائي القائم بخصوص هذه المسألة القانونية الدقيقة إلا إننا نميل إلى الأخذ بالرأي الفقهي المعاكس لوجود ما يدعمه في قضاء محكمة التمييز ، وعليه فأنا نشير بهذا الخصوص إلى ما ذهب إليه الدكتور سليمان مرقص على الصفحة ٤٢٢ من كتابة موجز أصول الالتزامات حيث يقول " تقدم انه إذا تعددت العوامل

التي أدت إلى حدوث الضرر وكان كل منها مستقلاً عن غيره وضرورياً لحدوث الضرر اعتبر كل منها - وفق نظرية تعادل الأسباب - سبباً في حدوث الضرر بأكمله ، فإذا كلن من بين هذه الأسباب ما هو خطأ وما ليس خطأ كانت الأسباب الخطأ وحدها هي الموجبة للمسؤولية ، ففي مثل من ضرب شخصاً مصاباً بمرض القلب رأينا أن كلا من الضرب والمرض يعتبر سبباً في حدوث الوفاء وقصر هذا الالتزام على من أتى من جانبه السبب الخطأ أي على الضارب " وهذا برأينا ما يفرضه المنطق السليم إذ لا نجد وجهاً لإلزام المستأنفة بالتعويض عن نسبة عجز مقدارها ٥٠% مصاب بها المستأنف عليه منذ صغره أن ترتكب أي خطأ من جانبها أو تتسبب في وقوعه ذلك لأن مسؤوليتها تتحدد بموجب عقد التأمين ولأن المسؤولية المدنية تقوم على أركان ثلاثة هي خطأ من المسؤول وضرر يصيب السائل ورابطة سببية تجعل الأول علة الثاني وحيث أن المستأنفة لم تخطئ بالنسبة لمرض المستأنف عليه السابق على الحادث ولم تتسبب فيه فإن مساءلتها بالتعويض عنه يكون في غير محله . ونشير بهذا الصدد إلى ما قضت به محكمة التمييز بقرارها ٧٥/٣٣٤ حيث يدعم ما أشرنا إليه وقد جاء فيه " أن كون المدعي عليه قاد سيارة القلاب رغم أن رخصة اقتنائها منتهية وأنه مرخص بسوق سيارة صالون خصوصي لا يكفي للحكم عليه بالتعويض عن الضرر الناتج عن الحادث بل يجب أن يثبت مع هذه الوقائع أن الضرر الذي يقوم عليه طلب التعويض هو نتيجة مباشرة للمخالفة وليس لعوامل أخرى " والى قرارها ٧٢/٢٥٨ الذي تضمن " بأن مخالفة الأنظمة والتعليمات وان كانت تعتبر خطأ قائماً بذاتها إلا أنها لا تكفي وحدها للحكم بمسؤولية المخالف بل يجب أن يثبت معها أن الضرر الذي يقوم عليه طلب التعويض هو نتيجة مباشرة للمخالفة وليس نتيجة عوامل أخرى " كما قضت بقرارها ٧٣/٣٢١ " بأن القواعد الفقهية والقضائية المستقرة هو انه إذا كانت هناك علاقة سببية وثيقة بين الخطأ الذي اقترفه الموظف وبين وظيفته فإن الحكومة هي المسؤولة عن تعويض الشخص الذي إصابه ضرر من جراء هذا الخطأ " .

وعليه ، ولما بيناه ، فإننا نجد أن قاضي الموضوع يكون قد أخطأ في الاستناد

إلى نسبة عجز ٨٠% لدى حسابه لبعض التعويضات المطالب بها في هذه الدعوى .

كما أننا نجد أن قاضي الموضوع قد أخطأ بالحكم بالفائدة القانونية واعتباره سن الخامسة والستين عاماً هو سن الإحالة إلى المعاش والانتقاع عن العمل مستنداً إلى القول بأن هذا هو المبدأ المعمول به والمتعارف عليه بدون أن يبين السند القانوني للمبدأ الذي يقول بأنه معمول به ومتعارف عليه ولما في ذلك من مخالفة لما استقر عليه القضاء وأجملته محكمتنا بقرارها ٨٥/٤٥٠ الصادر بتاريخ ١٩٨٦/١/٢٨ والذي لا نجد فيما ذهب إليه قاضي الموضوع ولا بما أشار إليه وكيل المستأنف عليه ما يبرر الرجوع عما قضى به قرارنا المذكور بخصوص هاتين المسألتين .

أما فيما يتعلق بما يأخذه وكيل المستأنفة على قاضي الموضوع بأنه خصم فقط ٢٠% وليس ٣٠% عند رسملة المبلغ المحكوم به عن فقدان دخل المستأنف عليه فأنا نجد أن استناد وكيل المستأنفة لا يقوم على أساس قانوني مقبول ما دام قد تم بمنأى عما جاء بمؤلف المحامي يلينك الذي استرشدت به محكمتنا بقرارها ٨٥/٤٥٠ وطالما أن نسبة العشرين بالمائة التي اعتمدها قاضي الموضوع هي النسبة التي شهد بخصوصها نفس شاهد الشركة المستأنفة المحامي عبد الجواد يحيى علما بان هذا المبدأ يطبق فقط على المبالغ المحكوم بها عن فقدان الدخل مستقبلاً وليس كما ذهب وكيل المستأنفة عن كامل المبلغ .

وعليه ، وحيث أن ما بيناه من أخطاء وقعت بها محكمة الموضوع يؤثر على النتائج التي توصلت إليها ، وحتى تتمكن محكمتنا من معالجة باقي ما أثاره الوكيلان في هذا الاستئناف بدون أن يجرم أي من منهما درجة من درجات التقاضي فأنا نقرر عملاً بأحكام المادة ٢٢٥ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية إعادة الأوراق إلى مرجعها لإجراء المقتضى وفقاً لما بيناه ومن ثم موافقتنا بما نتوصل إليه محكمة البداية من استنتاجات على ضوء ذلك .

قرار صدر وتلي علنا بحضور وكليي الطرفين باسم القانون والعدل في
١٩٨٦/٥/٢٠ .

قاضي

قاضي

الرئيس

القضية رقم ٧١/٤٦

استئناف عليا جزاء *

برئاسة الأستاذ : رزق حلزون رئيس المحكمة العليا وعضوي المحكمة الأستاذين / زهير الصوراني وعيسى الصوراني .

المستأنف : النائب العام - وكيله الأستاذ / سامي سابا .

المستأنف ضده : ع. خ. م - وكيله الأستاذ / نور الدين بسيسو المحامي .

جلسة ١٩٧١/١٢/٨

جريمة التزوير : يعتبر الشخص بأنه قد ارتكب جريمة التزوير إذا غير بطريق الاحتيال والغش أية مسألة تختص في القيود ، فإذا أدخل شخص ما في أي اتهام أسماء اشخاص غير متهمين في حقيقة الأمر فيعتبر أنه ارتكب جريمة التزوير حتى لو كان الفعل لا يشكل التزوير (كتاب راسل الخاص بمواد الجنايات ص ١٢٧٣) . واستناداً إلى ذلك أن اعتبار التزوير او التغيير في أي مستند قضائي أو مسألة قضائية من شأنها أن تعرقل سير العدالة أو أن تتحدى السلطة القضائية .

المستندات القضائية : تنصرف إلى أي مستند رسمي مهما كان نوعه يختص في محكمة من المحاكم أو نظم صدر عن قاضي أو حاكم صلح أو موظف أو كاتب بتلك المحكمة .

المحكمة

بعد الإطلاع على الأوراق والاستماع للمرافعة والمداولة قانوناً.

وحيث أن الاستئناف استوفى أوضاعه الشكلية .

وحيث أن واقعة الاتهام تخلص في أن النيابة اتهمت المستأنف ضده بتهمتين الأولى التزوير في مستندات قضائية خلافاً للمواد ٣٣٢ ، ٣٣٤ ، ٣٣٥ ، ٣٣٨ ، والثانية الحصول على مال بطريق الغش خلافاً للمادة ٣٠١ عقوبات . وشرحت التهمة الأولى أنه بتاريخ ٧٠/٨/١٨ وبدائرة شرطة غزة ارتكب المستأنف عليه بقصد الاحتيال تزوير في

* راجع مجموعة أحكام المحكمة العليا لجميع الأستاذ وليد الحايك .

مستندات قضائية عبارة عن قرار الحكم الصادر في القضية ٧٠/٤١٤٧ محكمة بلدية غزة ضد المحكوم عليه د. ح. غ وقرار الحكم الصادر في القضية ٧٠/٤١٤٧ الصادر من نفس المحكمة ضد المتهم ر. م. ا هنا والتي قضت بمعاقبة كل واحد منهما بغرامة قدرها ليرة واحدة وذلك بأن غير في منطوق الأحكام المذكورة بأن أضاف إليها كلمة نصف بدلا من كلمة واحدة ليصبح الحكم ليرة ونصف خلاف الحقيقة وبموجه غير مشروع وشرحت التهمة الثانية بأن قالت ان المستأنف عليه حصل بقصد الاحتيال وبوسيلة من وسائل النصب والغش على مبلغ خمس ليرات اسرائيليه المملوكة لكل من المجني عليهم / ر. م. ا و د. ح. غ و غ. ا. د و ف. م. س. م و ف. م. ع. ع و ر. م. ح. ح. ت و م. ع. م. م و س. ص. أ. ع و ح. م. ز و ا. ي. ج بأن قام بوصفه محصلا للغرامات بمحكمة بلدية غزة بتحرير الإيصالات المبينة أرقامها في لائحة الاتهام موهما إياها كذبا بأن المبلغ المحكوم به على كل واحد منهم هو ليرة ونصف في حين أن المبلغ الصحيح هو ليرة واحدة فقط وقد استولى لنفسه على الفرق بين المبلغين وذلك بوجه غير مشروع وبعد أن استمعت محكمة أول درجة إلى البيئات التي ساقته النيابة إثباتا للاتهام قضت بجلسة ٧١/٩/١٩ على أن البينة التي ساقته النيابة إثباتا للاتهام في جريمة التزوير قد قصرت عن إثبات عناصر التزوير وكيفت التهمة بأنها منطبقة على المادة ١٤٠ من قانون العقوبات على اعتبار أنها من قبيل النصب والاحتيال لتحقيق منفعة خاصة من قبل موظف يعمل في الخدمة العامة الحق الضرر بمصلحة أفراد الشعب وانتهت بحبسة لمدة ستة أشهر وأمرت بتوقيف التنفيذ للعقوبة لمدة ثلاث سنوات .

ولما لم يرق هذا الحكم للنيابة بادرت برفع الاستئناف الراهن إلى هذه المحكمة فقالت أن محكمة أول درجة خلطت بين جريمة التزوير وجريمة استعمال المستند المزور فضمت عناصر الجريمة الثانية إلى الأولى وابتدعت عنصرا جديدا لا يمت إلى التزوير بصلة فكان أن خرجت بمجموعة من العناصر يصبح معها إثبات جريمة التزوير أمرا مستحيلا فعناصر التزوير وفقا لتعريف مادة التزوير وما جاء في كتب الفقه وأحكام المحاكم لا تعدو وأن تكون ركنا ماديا وركنا معنويا فضاف إلى ذلك شرط توافر الضرر أو احتمال

وهو ما ادخله بعض الشراح في الركن المادي ويكفي لتوافر هذا الركن الأخير أن يكون هناك مستند قضائي وأن يقع على هذا المستند تزوير بإحدى الطرق التي أوردتها المادة ٣٣٤ ع أما الركن المعنوي وهو القصد الجنائي فيقسم إلى قسمين قصد عام ويتحصل في علم الجاني بماهية المستند واتجاه ارادته إلى تزويره وقصد خاص وهو الاحتيال الذي عبر عنه المشرع المصري بنية الغش والذي فسرتة المادة ٣٣٥ من القانون الفلسطيني إذا كان قصده حمل شخص آخر على استعمال ذلك المستند بصورة تؤدي إلى الأضرار بذلك الشخص كما استرسلت بإسهاب في شرح أركان جريمة التزوير بما يتعارض مع ما انتهت إليه محكمة أول درجة في هذا الشأن وأما عن التهمة الثانية فقد أورد الاستئناف الخطأ الذي قام عليه الحكم المستأنف بأنه عدد الأركان المتوجب توافرها في إثبات هذه التهمة وقد أثبتتها البينة التي ساققتها النيابة على خلاف ما انتهت إليه محكمة أول درجة .

وحيث أن المحكمة وقد استمعت إلى مرافعة الطرفين واطلعت على أوراق الدعوى ترى في سبيل جلاء هذا الخلاف في أوجه النظر أن تعرض إلى القانون الذي يحكم هذه الواقعة فالواضح أن المستند الذي جرى تزويره وهو الحكم الصادر من محكمة البلدية والذي قضى بتغريم المتهم بغرامة قدرها ليرة واحدة فأصبحت ليرة ونصف إذا أضيف إليها هذا النصف على خلاف الحقيقة حصل المستأنف ضده على هذا النصف الزائد لمنفعته الخاصة فنصت المادة ٣٣٤ من قانون العقوبات على أنه يقال بأن الشخص وضع مستندا كاذبا :

أ. إذا وضع مستنداً يدل ظاهرة على غير حقيقته .

ب. إذا غير مستند بدون تفويض بحيث أنه أجاز التغيير الذي أجراه فيه لتغيير مفعول المستند .

ج. إذا دون في المستند بدون تفويض أثناء التحرير مادة أو أجاز تدوينها فيه لتغيير مفعولة .

وقد عرفت المادة ٣٣٢ التزوير بأنه تنظيم مستند كاذب بنية الاحتيال أو الخداع ولإيضاح هذه الناحية لابد من الرجوع إلى الفقه الإنجليزي طبقاً للمادة ٤ من قانون العقوبات التي تنص على أنه يفسر هذا القانون على أساس المبادئ المتبعة في تفسير القوانين في إنجلترا وتغيير الألفاظ والعبارات المستعملة فيه بأنها استعملت للدلالة على المعنى المقصود منها في الشرائع الإنجليزية وتفسر بالاستناد إلى تلك الشرائع بقدر ما يتفق ذلك مع سياق العبارة مما يقتضينا الرجوع في هذا المجال إلى كتاب (راسل) الخاص بمواد الجنايات فقد ورد في الصفحة ١٢٧٣ أنه طبقاً للقانون العام ، يعتبر الشخص بأنه قد ارتكب جريمة التزوير إذا غير بطريق الاحتيال والغش أية مسألة في القبول وأورد على ذلك مثلاً بأن قال : فإذا أدخل شخص ما في أي اتهام أسماء أشخاص غير متهمين في حقيقة الأمر فيعتبر قد ارتكب جريمة التزوير حتى لو كان الفعل لا يشكل التزوير . بيد أنه ولا في أية حال يمكن اعتبار التزوير أو التغيير في أي مستند قضائي أو مسألة قضائية أقل من الجرح الخطيرة التي من شأنها ان تعرقل سير العدالة أو أن تعدي أو تتحدى السلطة القضائية لأن التشويه أو الكشط دون إذن صريح يعتبر في نظر القانون العام جريمة يعاقب عليها بأقصى الغرامة والحبس .

At common law a person may be guilty of forgery by falsely and fraudulently making of altering any matter of record. If, therefore a man should insert in an indictment the names of persons against whom in truth it was not found, it would be forgery.

Even of the offence should not constitute a forgery. Yet in no instance can the counterfeiting or alteration of any judicial process or matter be less than a very high misdemeanour ad tending to stop or impede the course of justice or to encroach upon the judicial power . The defacing or reasure fo any record, without due authority , is an offence at common law highly [unishable by fine and imprisonment.

أما عن المستندات القضائية فقد ورد بالكتاب سالف الذكر في الصفحة ١٢٧٤ في تعريف المستندات القضائية أنها تنصرف إلى أي مستند رسمي مهما كان نوعه يختص في محكمة من المحاكم أو نظام أو صدر عن قاضي أو حاكم صلح أو موظف أو كاتب بتلك المحكمة.

Any official document whatsoever of or belonging to any court of justice , or made or issued or issued by any judge, magistrate , officer, or clerk of any such court.

وحيث أن المحكمة تخرج حماقات بسيطة أن القانون السالف ذكره فقد حدد العناصر الواجب توافرها في إثبات جرائم التزوير وعلى ذلك ترى أن ترجع إلى البينة التي سألقتها النيابة في مقام الإثبات فالثابت من الإطلاع على البينة أنها قد أثبتت بصورة تسمو عن الشك أن محكمة البلدية قضت بتغريم الأشخاص السالف ذكرهم في مستهل هذا الحكم بغرامة قدرها ليرة إسرائيلية واحدة وقد أضيف إليها نصف ليرة وأن المتهم أصدر وصلا بالليرة واحدة وأدخل الباقي في ذمته لمنفعته الخاصة الأمر الذي ينطوي على نية الاحتيال والخداع.

أما عن أركان جريمة الحصول على المال بطريق الغش فالواضح من الإطلاع على الحكم رقم ٤٢/١٥ س جزاء المنشور في الصفحة ١٦٤ من مجموعة الأحكام رقم ٩ لسنة ١٩٤٢ أنها تتحصل :-

أولا : أن يكون هناك إدعاء كاذب من قبل المتهم .

ثانيا : أن المتهم يعلم بأنه كاذبا.

ثالثا : الحصول على المال عن طريق الإدعاء الكاذب .

رابعا: نية الغش.

والثابت من الإطلاع على البينة أن المتهم قد ادعى كذبا بأن مبلغ الغرامة التي قضت بها المحكمة هي ليرة ونصف بينما يعلم أن المبلغ هو ليرة واحدة فقط وأنه بهذا الإدعاء الكاذب حمل المجني عليهم على دفع الزيادة التي أدخلها في ذمته لمنفعته الخاصة وتكون بينة النيابة قد أثبتت هذه العناصر .

وحيث أنه لما سلف تكون النيابة قد أثبتت التهمتين قبل المستأنف عليه مما يتعين معه إلغاء الحكم المستأنف وإدانة المستأنف عليه على التهمتين المسندتين إليه في لائحة الاتهام.

فلهذه الأسباب

وباسم القانون والعدالة

حكمت المحكمة بقبول الاستئناف شكلا وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف وإدانة المستأنف عليه على التهمتين في لائحة الاتهام والنظر لظروف الحادث حكمت بمعاقبة المتهم بالحبس مدة سنة عن التهمتين مع وقف التنفيذ لمدة ثلاث سنوات.



أخبار قانونية

◀ تحت رعاية رئيس الجمهورية التونسية زين العابدين بن علي انعقد في مدينة تونس في الفترة من ٢٨ - ٢٩ من إبريل ٢٠٠٠م الملتقى الدولي الثاني حول التحكيم والاستثمار ، وقد شارك في أعمال الملتقى أكثر من ١٥ عضوا حكوميا وممثلو مراكز تحكيم غير حكومية ، وقد مثل فلسطين في هذا الملتقى الدكتور سعدي الكرنز وزير الصناعة حيث أشار في كلمته إلى أهمية التحكيم باعتباره وسيلة من الوسائل الهامة التي تساعد على جذب الاستثمار ، وأن فلسطين قد خطت خطوات متقدمة في مجال إعداد تشريعات حديثة ومتطورة في مجال الصناعة والاقتصاد والتجارة والمال والاستثمار مما يعطي المستثمر فرصا أكثر للاستثمار .

كما تحدث وزير العدل التونسي مركزا على دور وزارات العدل العربية لدعم وإنشاء مراكز التحكيم ، وأشاد بدور السلطة الوطنية الفلسطينية لتقدمها في هذا المجال .

◀ بدأ ديوان الفتوى والتشريع منذ أوائل شهر يونيه الماضي بدورة تدريبية لموظفي الوزارات المختلفة الذين لهم صفة الضبطية القضائية وذلك من خلال مشروع تطوير الأطر القانونية ، حول طريقة تطبيق القوانين الخاصة بكل وزارة كقوانين الصحة ، التموين ، الزراعة والبيئة وغيرها من القوانين التي توضح الصلاحيات والإجراءات التي يجوز لهؤلاء الموظفين القيام بها فيما يتعلق بالمراقبة والتفتيش والمتابعة وأخذ العينات والفحص وضبط السلع المخالفة للمواصفات وغير ذلك .

ومن الجدير بالذكر ، أن هذه الدورة ستستمر لمدة ثلاثة أشهر ، ويحاضر فيها الأستاذ سليمان الدحوح المستشار في ديوان الفتوى والتشريع والعميد محمود عصفور نائب مدير عام الشرطة والأستاذ عدنان أبو وردة وكيل النائب العام .

◀ بدأت في شهر يونيه الماضي دورة تدريبية حول الصياغة التشريعية وإعداد البحوث والفتاوى القانونية بمجلس الدولة ومجلس الشعب في جمهورية مصر العربية لأعضاء ديوان الفتوى والتشريع بوزارة العدل والدائرة القانونية بالمجلس

التشريعي . ومن الجدير ذكره أن هذه الدورة جاءت ثمرة للجهود التي بذلها المستشار إبراهيم الدغمة رئيس ديوان الفتوى والتشريع مع الأخوة المسؤولين في مجلس الدولة المصري وعلى رأسهم الأستاذ المستشار حنا ناشد رئيس المجلس .

﴿ انعقد في الفترة من ١٤-١٦ من يونيو ٢٠٠٠ م المؤتمر الثالث لقضاة فلسطين في مدينة نابلس تحت إشراف برنامج الدراسات القضائية ، والذي نظمه معهد الحقوق بجامعة بير زيت بالتعاون مع مشروع تطوير الأطر القانونية في فلسطين ، وقد قدمت خلال جلسات المؤتمر أوراق عمل عديدة ناقشت كثيرا من الموضوعات القانونية الهامة ولا سيما ما يتعلق منها بالقانون التجاري وذلك بهدف تطوير وتحديث التشريعات التجارية وملاءمتها لما هو معمول به دوليا ، علما بأن ديوان الفتوى والتشريع قد شكل من خلال مشروع تطوير الأطر القانونية لجنة لإعداد مشروع قانون التجارة الفلسطيني ، مكونة من ممثلي العديد من الوزارات ذات العلاقة وبعده من الخبراء الفلسطينيين والعرب المتخصصين في هذا المجال .



أعلام في القانون والقضاء



المرحوم المستشار قصي عثمان العبادلة
رئيس المحكمة العليا - قاضي القضاة (سابقا)

- ولد بمدينة خان يونس في ١٦/٢/١٩٣٢ وأنهى تعليمه الابتدائي بمدارسها وحصل على الثانوية العامة من كلية غزة.
- التحق بكلية الحقوق بجامعة عين شمس وحصل على الليسانس في الحقوق سنة ١٩٥٤ ، وأثناء دراسته بكلية الحقوق حصل على دبلوم في العلوم العسكرية من مدرسة المشاة في القاهرة سنة ١٩٥٣.
- بعد تخرجه عمل وكيلا للنائب العام بغزة من الفترة ١٩٥٤ حتى سنة ١٩٥٨.
- شارك في حرب ١٩٥٦ ومن ثم عمل نائبا للأحكام العسكرية لمنطقة شمال سيناء حيث كان مقره مدينة القنطرة شرق.
- في سنة ١٩٥٨ عين قاضيا لمحكمة صلح غزة حتى سنة ١٩٦٤.
- عمل عضوا باللجنة التنفيذية الأولى لمنظمة التحرير الفلسطينية ورئيسا للدائرة العسكرية بها وعضوا بالمجلس الوطني الفلسطيني وعضوا بالمجلس المركزي لمنظمة التحرير وعضوا باللجنة القانونية بالمجلس الوطني

- الفلسطيني ، كما عمل رئيسا للجنة المراقبة والمحاسبة بالمجلس الوطني الفلسطيني.
- في الفترة من سنة ١٩٦٥ حتى العدوان الإسرائيلي سنة ١٩٦٧ عمل قاضيا بالمحكمة المركزية بغزة ثم رئيسا لها.
 - ساهم في تأسيس جمعية المحاربين القدماء وكان سكرتيرا عاما لها.
 - سنة ١٩٦٧ استدعى للخدمة العسكرية حيث تولى القيادة للدفاع عن مدينة غزة برتبة عقيد وشارك في الدفاع عنها.
 - غادر قطاع غزة بعد الاحتلال سنة ١٩٦٧ إلى القاهرة حيث التحق بوزارة العدل المصرية حتى ١٩٧٢ بإدارة التشريع.
 - عمل لدى دولة قطر في الفترة من سنة ١٩٧٢ حتى ١٩٩٠ كسكرتير علم لمجلس الشورى القطري ومستشارا قانونيا له ، ثم عاد إلى القاهرة والتحق بإدارة التشريع بوزارة العدل المصرية.
 - كان عضوا بمجلس إدارة الصندوق القومي الفلسطيني في الفترة من سنة ١٩٧٤ حتى سنة ١٩٩٤.
 - في سنة ١٩٩٤ عين من قبل فخامة رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية رئيسا للمحكمة العليا وقاضيا للقضاء في فلسطين حتى ١٩٩٨.
 - بتاريخ ١٤/٤/٢٠٠٠م وافته المنية بدولة الإمارات العربية المتحدة.
 - رحم الله الفقيد وأسكنه فسيح جناته.

مجلة القانون والقضاء

قسيمت اشتراك

أرجو قبول اشتراكي بـ () نسخة اعتبارا من / / ٢٠٠٠م ولمدة سنة .

مرفق طيه شيك رقم : _____ .

حوالة إلى حساب المجلة رقم ٨٣١١١٢ بنك الاستثمار الفلسطيني غزة .

نقدا .

الاسم : _____

العنوان : _____

التاريخ

التوقيع

الاشتراكات السنوية المحلية :

٢٠ دولار أمريكي سنويا للأفراد .

٣٠ دولار أمريكي سنويا للمؤسسات .

الاشتراكات السنوية الخارجية بما فيها أجور البريد :

٥٠ دولار أمريكي سنويا للأفراد .

٦٠ دولار أمريكي سنويا للمؤسسات .

توجه المراسلات باسم رئيس هيئة التحرير

غزة : صندوق بريد ١٤١٧ هاتف ٢٨٣٩٣١١ فاكس ٢٨٣٩٤١١

رام الله : صندوق بريد ٢٣٨٢ هاتف ٢٩٨٤٣٠٤ فاكس ٢٩٨٤٣٠٦



JOURNAL of LAW & JUDICIARY

Request from. _____ Date / /
From Annual Subscription
Enc. Chequ (_____) payable to the accountant of the
Journal at the Palestine Investment Bank - Gaza. for the account
#831112 in U.S \$

Name :

Address :

.....
Signature

Local Subscription

20\$ (per annum) for Ind.

30\$ (per annum) for Inst .

Extetal Subscription .

(per annunt postage and handling)

50\$ for Ind .

60\$ for Inst .

Address all correspondence to the chief editor and Judicial
Journal .

Diwan AL Fatwa Wal Tashri
P.O.Box 1417 . Gaza Palestine
Tel (07) 283 9311 Fax (07) 283 9411
Rammalah Diwan Al Fatwa Wal Tashri
P. O. Box 2382. Rammalah Palestine
Tel (02) 298 4304 Fax (02) 298 4306



شروط النشر في المجلة

١. ترحب المجلة بنشر الأبحاث والمقالات القانونية والقضائية التي تتوفر فيها الأصالة والمنهجية السليمة والملائمة باللغة العربية أو الإنجليزية من داخل فلسطين أو خارجها.
٢. يقدم الباحث نسخة مطبوعة من البحث مرفقا بها نسخة إلكترونية (ديسك كمبيوتر) مع ملخص باللغة العربية في حدود ١٠٠ كلمة ويفضل إرفاق ملخص باللغة الإنجليزية.
٣. ترحب المجلة من الكتاب أن يقرنوا مساهماتهم بتعريف عنهم .
٤. يعرض البحث المقدم للنشر في حال قبوله على متخصصين محكمين من الهيئة الاستشارية للمجلة لتقييم مدى صلاحيته للنشر ، ويجوز لهيئة التحرير أن تطلب إجراء أية تعديلات على البحث بناء على توصية الهيئة الاستشارية.
٥. يفضل ألا تزيد صفحات البحث عن أربعين صفحة بما في ذلك الملاحق والمراجع.
٦. تحتفظ المجلة بحقها في الحذف أو التعديل بما لا يخل بجوهر البحث ويتلاءم مع أسلوب المجلة في النشر .
٧. المجلة غير ملزمة بنشر أو إعادة أية مادة تصل إليها.
٨. الأبحاث والمقالات التي تنشرها المجلة تعبر عن آراء أصحابها وحدهم.
٩. تزود المجلة صاحب البحث بنسخة واحدة من العدد الذي نشر فيه البحث.
١٠. تمنح هيئة تحرير المجلة مكافأة نقدية رمزية للبحوث التي تنشرها.

توجه جميع المراسلات إلى رئيس هيئة التحرير

ديوان الفتوى والتشريع - وزارة العدل

غزة : صندوق بريد ١٤١٧ هاتف ٢٨٣٩٣١١ فاكس ٢٨٣٩٤١١

رام الله : صندوق بريد ٢٣٨٢ هاتف ٢٩٨٤٣٠٤ فاكس ٢٩٨٤٣٠٦

مجموعة التشريعات

الفلسطينية

من عام ١٩٩٤ إلى نهاية عام ١٩٩٩

إعداد ديوان الفتوى والتشريع

وزارة العدل

الطباعة والتوزيع : مشروع تطوير الأطر القانونية

البيع بقيمة التكلفة

المجموعة مكونة من ثلاث مجلدات

تحتوي على ١٥٠٠ صفحة تقريبا تجليد فني مذهب

ثمن المجلد الواحد (٤٠ شيكل)

للطلب الاتصال على الهاتف رقم ٢٨٤٢٧١٥ غزة

٢٩٨٤٣٠٢ رام الله

JOURNAL of LAW & JUDICIARY

Advisory Board

**Minister of Justice (Chairman)
Mr. Ibrahim AL Daghma (Vice Chairman)**

Members

1- Mr. Hasan Abu-Lubda	2- Prof. Dr. Mousa Abu Maloh
3- Dr. Seif Eddin Al Balaawi	4- Dr. Mohammad Abu Amara
5- Dr. Naf'e Al Hassan	6- Dr. Farid Al Jalad
7- Dr. Darwish Al Wuhaidi	8- Dr. Ahmed Moubark
9- Judge Khalil Al Shaiyah	10- Judge Isshaq Mhana
11- Mr. Mazen Sesalem	12- Dr. Hana Issa

**Chief Editor
Mr. Ibrahim AL Daghma
Head of Diwan AL Fatwa Wa al Tashri**

Editorial Board
Dr. Abd EL Kareem Alshami (Coordinator)
Mr. Omar Ebeid
Mr. Mohammad Jonena
Mr. Walid AL Zaini
Mr. Ouda Eriqat



JOURNAL **of** **LAW & JUDICIARY**

Specialized Periodical Publishing Legal, Judicial Researches and Legislations



Published By
Diwan Al Fatwa Wa al Tashri
Ministry of Justice

Issue No. (1)

August 2000