



المعهد العالي للقضاء
HIGHER JUDICIAL INSTITUTE

مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

مجلة علمية محكمة متخصصة (ربع سنوية)
يصدرها المعهد العالي للقضاء
سلطنة عُمان

ففيه هذا العدد:

● القانون الدولي الإنساني وحظر الأسلحة النووية

الأستاذ الدكتور / معمر رتيب محمد عبد الحافظ

● تنفيذ أحكام التحكيم في المنازعات الإدارية في فرنسا ومصر (دراسة مقارنة)

الدكتور / هيثم السيد عبد الواحد إبراهيم

● الأسلحة غير التمييزية بين الضرورة العسكرية ومقتضيات القانون الدولي الإنساني

الدكتور / عبد الله الحبيب عمار المحجوب

● ضمانات أداء الشهادة أمام القضاء الجنائي الدولي

الدكتور / عبد الحليم فؤاد عبد الحليم الفقيه

● مقدم خدمات التصديق الإلكتروني ومسئولياته المدنية

الدكتور / مصطفى راتب حسن علي

● الحماية الدولية الجنائية للمدنيين أثناء النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي

الدكتورة / فاتن علي أحمد بشينة

● تعريف «الاستثمار» في ضوء اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار (الأكسيد) (قضية ساليني)

وضاح بن طالب بن يحيى الهنائي

الدكتور / صالح بن حمد بن محمد البراشدي



مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

مجلة علمية محكمة متخصصة (ربع سنوية)
يصدرها المعهد العالي للقضاء - سلطنة عُمان

المراسلات

ترسل البحوث إلى
رئيس هيئة التحرير
على البريد الإلكتروني للمجلة:
hji.journal@hji.edu.om

العنوان

المعهد العالي للقضاء
ص.ب : 330
الرمز البريدي : 611
نزوى - سلطنة عُمان

أرقام الهواتف

هاتف : 25432601 (00968)
فاكس : 25431127 (00968)

الموقع الإلكتروني للمعهد:

www.hji.edu.om

ISSN

Print: 2706-882X
Online: 2789-3294

رئيس هيئة التحرير

الدكتور / نبهان بن راشد المعولي
عميد المعهد العالي للقضاء

مدير التحرير

الدكتور / أيمن مصطفى البقلي

هيئة التحرير

الدكتور/ عبد الرحيم بن سيف القصابي
الفاضل / أسعد بن راشد الريامي
الفاضلة / سائلة بنت سليمان الهنائية
الفاضلة / هالة بنت حمود الهشامية

منسق التحرير

الدكتور/ يوسف بن خليفة الحراصي

التدقيق اللغوي

الفاضل / منير بن راشد الخاطري
الفاضلة / نورة بنت سالم الخليلية

قواعد النشر في مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

أولاً- مواصفات البحوث المقدمة للنشر:

تقبل المجلة نشر البحوث التي تمتاز بالعمق والأصالة، والتي تقدم إسهاماً علمياً في مجال الشريعة أو القانون أو القضاء، سواء المكتوبة باللغة العربية أو الإنجليزية، وفي جميع الأحوال يجب مراعاة ما يأتي:

1. أن يرفق مع البحث ملخصين أحدهما باللغة العربية، والآخر باللغة الإنجليزية، بشرط ألا يزيد كل ملخص عن صفحة واحدة، وأن يُذيل بعدد خمس كلمات مفتاحية.
2. أن تحتوي الصفحة الأولى من البحث على عنوان البحث، واسم الباحث أو (الباحثين)، وجهة عمل الباحث أو (الباحثين) باللغتين العربية والإنجليزية.
3. ألا يكون البحث المقدم للنشر قد نُشر أو قُدم للنشر في مجلة أخرى أو في مؤتمر علمي أو في أي جهة أخرى، وألا يكون مستلاً من كتاب منشور أو رسالة ماجستير أو دكتوراه، وعلى الباحث أن يقدم إقراراً خطياً بذلك مرفقاً ببحثه مع الطلب الخاص بنشر البحث.
4. أن يتحلى الباحث بالأمانة العلمية أثناء كتابة بحثه، والمجلة غير مسؤولة عن أي مخالفة لأصول الأمانة العلمية في أي بحث منشور بها.
5. أن يلتزم الباحث بالأصول العلمية المتعارف عليها في إعداد البحوث والدراسات العلمية، ومن ذلك التقديم للبحث، وتحديد أهدافه، ومنهجيته، والخطة المتبعة في كتابته، وتنسيق أقسامه، والتوثيق الكامل للمراجع، وإدراج خاتمة تتضمن خلاصة ما توصل إليه الباحث من نتائج، وأهم التوصيات التي انتهى إليها، ويُذيل البحث بقائمة تشمل المصادر والمراجع التي استعان بها الباحث في إعداد البحث مرتبة أبجدياً.
6. أن يكون البحث مكتوباً بواسطة جهاز الحاسب الآلي بصيغة (Word Document)، وبصيغة (PDF).
7. ألا تقل عدد صفحات البحث عن 20 صفحة من حجم (A4)، وبحد أقصى 50 صفحة.
8. يشترط في البحوث المكتوبة باللغة العربية أن تكون بخط (Simplified Arabic)، بحجم (14) بالنسبة إلى المتن، وبالخط نفسه بحجم (12) بالنسبة إلى الإشارات المرجعية (الهوامش)، أما البحوث المكتوبة باللغة الإنجليزية فيشترط أن تكون بخط (Times New Roman)، بحجم (14) بالنسبة إلى المتن، وبالخط نفسه بحجم (12) بالنسبة إلى الإشارات المرجعية (الهوامش).
9. تثبت الإشارات المرجعية (الهوامش) في أسفل كل صفحة، وبتسلسل متصل.
10. لا تقبل البحوث غير المدققة لغوياً سواء المكتوبة باللغة العربية أو الإنجليزية.

ثانياً- إجراءات النشر:

1. يتم إرسال البحث على عنوان البريد الإلكتروني الخاص بالمجلة: hji.journal@hji.edu.om
2. جميع المراسلات الموجهة من الباحث إلى المجلة تكون باسم رئيس التحرير.
3. يرفق الباحث نبذة تعريفية عنه مع الطلب الخاص بنشر البحث.
4. تخضع البحوث الواردة إلى المجلة لفحص نسبة الاقتباس العلمي فيها، والتي يجب ألا تتجاوز (15%)، بحيث لا يقبل البحث إذا تجاوز الاقتباس هذه النسبة.
5. يحيل رئيس التحرير البحوث الواردة للمجلة إلى لجنة النشر العلمي؛ لفحصها والتأكد من عدم تعارضها مع أهداف المجلة، واتخاذ قرار بشأن إحالتها إلى التحكيم من عدمه، فإذا ارتأت اللجنة صلاحية البحث للعرض على المحكمين، عينت محكمين اثنين له، يكونان من ذوي الاختصاص بموضوع البحث.
6. تعامل البحوث الواردة إلى المجلة مع تقارير المحكمين المتعلقة بها بسرية تامة.
7. يرسل مدير التحرير إلى الباحث صورة من تقرير المحكمين مشفوعة بإشعار موجه إليه من رئيس التحرير بإجراء التعديلات المطلوبة على البحث إن وجد، وذلك طبقاً لما ورد في التقريرين، على أن يتضمن الإشعار تحديد مدة للباحث لتنفيذ هذه التعديلات لا تتجاوز شهراً من تاريخ استلامه للخطاب.
8. يرسل الباحث إلى رئيس التحرير نسخة من بحثه بعد إجراء التعديلات المطلوبة مشفوعة بتقرير منه، يبين فيه التعديلات التي أجراها على البحث، وذلك خلال المدة المحددة.
9. يحيل رئيس التحرير نسخة البحث بعد التعديلات التي أجراها الباحث إلى لجنة النشر العلمي، مشفوعة بصورة من تقرير الباحث، وصورة من تقرير المحكمين؛ للتأكد من إجراء الباحث للتعديلات المطلوبة كاملة، فإذا تيقنت اللجنة من ذلك، أحالت البحث إلى رئيس التحرير تمهيداً للقيام بإجراءات الطباعة والإصدار.
10. يتولى مدير التحرير مراسلة الباحث بإشعار موجه إليه من رئيس التحرير يفيد قبول البحث للنشر أو عدم قبوله، وذلك بناء على قرار لجنة النشر العلمي.
11. إذا قبل البحث للنشر، يحصل الباحث على إفادة معتمدة من المجلة بقبول البحث للنشر، ترسل له عبر البريد الإلكتروني.
12. يزود الباحث بنسخة ورقية واحدة من عدد المجلة المنشور فيه بحثه، إضافة إلى مستلة من بحثه ترسل له عبر البريد الإلكتروني.
13. البحث المنشور في المجلة لا يجوز إعادة نشره في أي مجلة أخرى، أو في أي مؤتمر علمي.
14. إضافة إلى إصدار أعداد المجلة في مطبوعات ورقية، يجوز لهيئة التحرير نشر هذه الأعداد على الموقع الإلكتروني للمعهد عبر شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت).



محتويات العدد

الصفحة	الموضوع
	كلمة العدد
5	الدكتور / نبهان بن راشد المعولي رئيس هيئة التحرير عميد المعهد العالي للقضاء
	البحوث والدراسات
6	القانون الدولي الإنساني وحظر الأسلحة النووية الأستاذ الدكتور / معمر رتيب محمد عبد الحافظ
62	تنفيذ أحكام التحكيم في المنازعات الإدارية في فرنسا ومصر (دراسة مقارنة) الدكتور / هيثم السيد عبد الواحد إبراهيم
130	الأسلحة غير التمييزية بين الضرورة العسكرية ومقتضيات القانون الدولي الإنساني الدكتور / عبد الله الحبيب عمار المحجوب
158	ضمانات أداء الشهادة أمام القضاء الجنائي الدولي الدكتور / عبد الحلیم فؤاد عبد الحلیم الفقي
210	مقدم خدمات التصديق الإلكتروني ومسئوليته المدنية الدكتور / مصطفى راتب حسن علي
248	الحماية الدولية الجنائية للمدنيين أثناء النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي الدكتورة / فاتن علي أحمد بشينة
282	تعريف «الاستثمار» في ضوء اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار (الأكسيد) (قضية سالييني) وضاح بن طالب بن يحيى الهنائي الدكتور / صالح بن حمد بن محمد البراشدي

* البحوث المنشورة في المجلة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن آراء هيئة التحرير أو المعهد ولا يجوز إعادة النشر أو الاقتباس إلا بإذن مسبق

كلمة العدد

الحمد لله وكفى والصلاة والسلام على النبي المصطفى، وعلى آله ومن وفى

وبعد،،،،،

القراء الأعزّة: هدفت مجلة الدراسات الفقهية والقانونية من أول عدد لها إلى تزويد قارئها بالبحوث المعمّقة مع مراعاة الأصالة والجِدّة في الطرح مع مواضع الساحة الفقهية والقانونية، مزينة بوشاح المنهجية البحثية المتبعة في المجالات الفقهية والقانونية وبما يتوافق مع رسالة المجلة وأهدافها.

ومن هذا المنطلق فإن المجلة تؤكد حرصها على الاختيار الأنسب والهادف للبحوث ذات الابتكار التي تخدم المجالات الفقهية والقانونية والقضائية من أجل نشر ثقافة قانونية مجتمعية؛ لتعميق دور البحث العلمي القانوني في المجتمع.

وفي هذا العدد الذي بين أيديكم تطالعنا بحوث علمية قانونية قام عليها باحثون متخصصون فلهم منا وافر الشكر وفائق التقدير والاحترام على مشاركتهم، لتسهم هذه البحوث في البناء المعرفي القانوني، ولتُرفد المكتبة الفقهية والقانونية بالجديد.

والحمد لله رب العالمين

د. نبهان بن راشد المعولي

رئيس هيئة التحرير

عميد المعهد العالي للقضاء



القانون الدولي الإنساني وحظر الأسلحة النووية

الأستاذ الدكتور/ معمر رتيب محمد عبد الحافظ

الملخص:

بدأ التفكير في وضع قواعد إنسانية تخفف من ويلات الحروب وأثارها المدمرة في أواخر القرن التاسع عشر نتيجة لما قاسته البشرية في حروبها السابقة من فضائع ارتكبتها القوات المتحاربة ضد المدنيين وأسرى الحرب.

ولما كان الهدف من الحرب هو تغلب احد الطرفين على الآخر وقهر قواته المسلحة لإرغامه على التسليم بما يطلب إليه، وجب أن لا تتجاوز وسائل وأساليب القتال هذا الهدف وألا تكون متسمة بالقوة والوحشية أو منافية للشرف وحسن النية، فالدول مع إدراكها بان الحرب لا يمكن محوها إلا أنها حاولت تهذيبها والحد من شرورها والتقليل من الخسائر والمعاناة في حالات نشوبها وذلك بعقد الاتفاقيات الدولية من اجل نزع أو الحد من استعمال الأسلحة المحظورة وقد تم الإعراب عن أحد أهم مبادئ هذا القانون في إعلان سان بيترسبورغ في عام ١٨٦٨م ألا وهو أن (استعمال الأسلحة التي تقام على نحو فعال من معاناة العاجزين أو تجعل من موتهم محتما ... يتنافى مع قوانين الإنسانية) وأصبح هناك منذ ذلك الحين اعتراف واسع النطاق انه في الحالات التي لم تشملها بشكل صريح الاتفاقيات الدولية (بظل المدنيون والمقاتلون تحت حماية وسلطة مبادئ القانون الدولي المشتق من العرف الراسخ ومبادئ الإنسانية وما يمليه الضمير العام) وذلك وفق شرط مارتنز والذي أصبح جزءاً لا يتجزأ من كل من فرعي القانون الدولي الإنساني وهما قانون جنيف وقانون لاهاي.

إن الاعتبار الإنسانية هي التي حفزت على التفاوض على اتفاقيات من أجل حظر استخدام أسلحة معينة في إطار القانون الدولي الإنساني تلك الأسلحة التي تكون عشوائية التأثير أو مفرطة الضرر أو التي تسبب الأماً لا مسوِّغ لها والتي تمثل في الأصل اتفاقيات ذات طبيعة موضوعية بشكل انتهاك أحكامها اعتداءً على المصلحة العامة لجميع الأطراف في احترام مبدأ الإنسانية، وبذلك يمكن لجميع الدول الأطراف الاحتجاج بمسؤولية الدول التي تنتهك أحكام هذه الاتفاقيات لأسباب المصلحة الجماعية، فهناك علاقة قانونية خاصة تنشأ بين كل دولة طرف ومجموع المتعاقدين خاصة وأن أغلب المعاهدات المحرمة لاستعمال أسلحة معينة تكون متعددة الأطراف وبالتالي فان هناك حقا قانونياً للشعوب، أي قاعدة يقبلها ويعترف بها المجتمع الدولي للدول كلها تتضمن عدم جواز استخدام الأسلحة المحرمة دولياً بما لا يمكن الخروج عليها وفقاً لمضمون الفقرة (٥) من المادة (٦٠) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩م التي كفلت حماية الأشخاص في المعاهدات ذات الطابع الإنساني حتى في حالة خرق قواعدهما من قبل أحد أطرافها.

الكلمات المفتاحية: دولي - إنساني - نووية - أسلحة - حرب.

*أستاذ ورئيس قسم القانون الدولي العام بكلية الحقوق جامعة أسيوط - جمهورية مصر العربية.



International Humanitarian Law and the Prohibition of Nuclear Weapons

Prof. Moamer Ratib Mohamed Abd El-hafez*

Abstract:

The establishment of humanitarian rules to mitigate the scourge of war and its devastating effects in the late nineteenth century began as a result of the human suffering of previous wars by the warring forces against civilians and prisoners of war.

Since the aim of the war is to overcome one side over the other and to subjugate its armed forces to force it to accept what is demanded of it, the means and methods of fighting must not exceed this objective and should not be strong and brutal or contrary to honor and good faith. States are aware that war can only be erased. It has tried to refine it and reduce its evils and minimize the losses and suffering in the event of their outbreak by signing international agreements to remove or limit the use of prohibited weapons. One of the most important principles of this law was expressed in the St. Petersburg Declaration of 1868: Effective way N the suffering of disabled or make their death inevitable ... is contrary to the laws of humanity

Since then, there has been widespread recognition that, in cases that are not explicitly covered by international conventions (civilians and combatants remain under the protection and authority of the principles of international law derived from established custom, the principles of humanity and dictates of the public conscience), in accordance with the Martens clause, Of the International Humanitarian Law, the Geneva Act and the Hague Act.

It is the humanitarian considerations that motivated the negotiation of conventions to prohibit the use of certain weapons under international humanitarian law. Such weapons are indiscriminate, excessively injurious or cause unjustified, which are originally conventions of an objective nature, the violation of which is an attack on The general interest of all parties to respect the principle of humanity and thus all States parties can invoke the responsibility of States which violate the provisions of these conventions for reasons of collective interest.

There is a special legal relationship that arises between each State Party and the total number of contractors, especially since most of the prohibited treaties for the use of certain weapons are multilateral and therefore there is a legal right of peoples, a rule accepted and recognized by the international community for all States, including the inadmissibility of the use of internationally prohibited weapons. In accordance with article 60, paragraph (5), of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, which guaranteed the protection of persons in treaties of a humanitarian nature even in the case of violation of its rules by one of its parties.

Keywords: International - Humanitarian - Nuclear - Weapons - War.

* Professor and Head of the Department of Public International Law at the College of Law, University of Assiut, Egypt.



المقدمة

إذا كان القرن العشرون هو قرن اكتشاف الذرة، والذي شهد مأساة الدمار الشامل لمدينتين يابانيتين هما هيروشيما وناجازاكي، جراء استخدام القنبلة الذرية لأول مرة في التاريخ من قبل الولايات المتحدة الأمريكية، وآثار الدمار والهلاك اللذان مازالا شاهدين على بشاعة الحرب النووية في إهلاك الحرث والنسل والضرع، فإن القرن الحادي والعشرين يجب أن يكون قرن التخلص من السلاح النووي ووقف السباق نحو حيازته وتصفية الترسانات النووية، التي مازالت تحنقظ بها الدول دون داع.

وقد تمثل الأسلحة النووية أحد الأمثلة على التكنولوجيا الخطرة التي صنعها الإنسان خلال القرن العشرين المنصرم، فهذه الأسلحة تشكل - بلا شك - قضية قائمة دوماً، وستبقى كذلك حتى تنتهي الصراعات بين البشر.

ومما لا شك فيه أن العالم يدرك مخاطر الأسلحة النووية والاتجاه العام، وإن كان بطيئاً هو التخلي عنها، وفي الفترة الأخيرة تصدرت قضية انتشار أسلحة الدمار الشامل، وخاصة الأسلحة النووية اهتمام دول العالم خاصة بعد تجديد معاهدة حظر انتشار الأسلحة النووية، وظهور قوى نووية أخرى مثل الهند وباكستان وكوريا الشمالية، وكذلك إعلان إيران عن برنامج طموح للطاقة النووية.

وحالياً يزداد الموقف تعقيداً بعد أن قامت الدول المالكة لهذه التكنولوجيا النووية بتسريبها لدول حليفة لها؛ لتستخدمها في إيقاع الظلم على دول أخرى ليست حليفة، ومن ثم أصبحت القدرة النووية أداة إرهاب وظلم وتعد خاصة إذا تم استخدامها في الحروب.

ومنذ نشأة الحياة والحرب سجال بين البشر، ولقد صحبت الحرب الإنسان في مسيرته عبر القرون، وحفل سجل البشرية بالحروب والصراعات حتى غدت الحرب سمة من أبرز سمات التاريخ الإنساني، وبدت صفحات ذلك التاريخ ملطخة بدماء الضحايا برهاناً على تلك الأهوال والفظائع التي جرتها الحروب على بنى الإنسان.

وقد اتسمت الحروب والصراعات في العصور القديمة بالوحشية والمغالاة في سفك الدماء، وتفاوتت قسوة الحروب وبشاعتها بتطور فكر الإنسان، وازدياد قدرته على اختراع أسلحة ووسائل الدمار التي يستخدمها في القتال، مما أدى إلى ظهور الحاجة إلى نوع من القواعد التي يتعين مراعاتها أثناء تلك الصراعات المسلحة، وهنا نستطيع أن نضع أيدينا على الجذور الأولى لقانون الحرب.

هذه الجذور الأولى لقانون الحرب وجدت في ظل الأديان السماوية رغم اختلاف مواقفها من الحرب حداً سمح لها بشيء غير قليل من النمو والازدهار، وأتيح للفقهاء الإسلامي أن يشيّد نظرية متكاملة في قانون الحرب، حتى عدّ الفقيه الإسلامي (محمد بن الحسن الشيباني) المؤسس الأول لقانون الحرب.

وأبدى فقهاء القانون الدولي العام - بمفهومه الحديث - منذ نشأته الاهتمام بقانون الحرب، وكانت المعالجة القانونية للحرب وتنظيم أبعادها المختلفة تمثل محوراً رئيساً للجهود الفقهية، ثم عرف القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين سلسلة من المؤتمرات والجهود الدولية استهدفت تقنين المبادئ التي استقر عليها الفقه والعرف الدوليين بشأن الحرب.

وكانت مؤتمرات "بروكسل" (١٨٧٤م)، و"لاهاي" في عامي (١٨٩٩م، ١٩٠٧م) من أبرز العلامات في هذا المجال.

وجاءت سلسلة مؤتمرات "جنيف"، التي قامت الحركة الدولية للصليب الأحمر الدولي بالإعداد لها منذ (١٨٦٤م)، تعبيراً عن الرغبة الأكيدة في إقامة صرح قانوني، يستهدف توفير أكبر قدر من الحماية لضحايا الحرب بصفة عامة.

وإذا نظرنا إلى أن مؤتمرات "بروكسل" و"لاهاي" كانت تستهدف تحقيق السلام، ولذلك سميت (مؤتمرات السلام)، فإن اهتمامها بقانون الحرب كان في الحقيقة تعبيراً عن الرغبة في إيراد بعض القيود على حق الدولة المطلق في شن الحرب وممارستها دون قيود.

وعندما واجه العالم فداحة أهوال الحربين العالميتين الأولى والثانية، واللتان كشفتتا عن الأبعاد الرهيبة لظاهرة الحرب الشاملة في ظل التطور العلمي والفني الهائل، وما يمكن أن يجره استخدام أسلحة التدمير الشامل من عواقب وخيمة تضع الجنس البشرى بأسره على حافة الهاوية، بدأ البحث الجاد عن الوسائل التي تكفل القضاء على حق الدولة في شن الحرب.

وعلى الرغم من إمكانية قتل ملايين من البشر باستخدام أسلحة تكنولوجية تقليدية، إلا أن أسلحة الدمار الشامل بأنواعها الثلاثة (النوية والكيميائية والجرثومية) تكون مختلفة؛ لقدراتها على قتل أعداد هائلة من الناس باستعمال قنبلة وحيدة، فعلى سبيل المثال: فإن القنبلة الذرية بالمقارنة بحجمها ووزنها لها القدرة على التدمير والهلاك حتى بعد تفجيرها، ويبقى تأثيرها لسنوات طويلة.

ولأن موضوع الأسلحة النووية يمس قطاعات كبيرة من شعبنا العربي المعرض للخطر الداهم؛ فإن هذا البحث المتواضع يتناول القانون الدولي الإنساني وحظر الأسلحة النووية، حيث نقلى الضوء على أنسنة قانون الحرب في مبحث تمهيدي، ثم نخصص المبحث الأول للمقصود بالقانون الدولي الإنساني ومصادره، وفي المبحث الثاني نتكلم عن مبادئ القانون الإنساني وحظر الأسلحة النووية، ونتوج هذا البحث المتواضع بخاتمة نلخص فيها وجهة نظرنا في ظاهرة الحرب من جهة ومدى الأضرار الناتجة عن استخدام الأسلحة النووية من جهة أخرى.

المبحث التمهيدي

أنسنة قانون الحرب

بعد ميثاق الأمم المتحدة وحينما أصبحت الحرب خارج إطار الشرعية الدولية، دعا المفكرون والفلاسفة إلى إنكار أن يكون للحرب قانون، طالما نص ميثاق الأمم المتحدة على تحريمها، فكيف ينظم القانون الحرب وقد حرمها منذ البداية، غير أن كثرة النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، والإفراط في استخدام القوة، وكذلك

التقدم التقني في السلاح وخاصة أسلحة الدمار الشامل، كل ذلك أدى إلى مواصلة الجهود الدولية لمزيد من التحريم لاستخدام الأسلحة النووية^(١)، ومن ثم حل مصطلح "النزاع المسلح" محل مسمى "الحرب"، وأضحى مصطلح "قانون النزاعات المسلحة" محل مصطلح "قانون الحرب"، وأصبح له المضمون نفسه، ولكن غلفته الإنسانية وغلب عليه البعد الإنساني، فكان مبدأ الإنسانية واحداً من المبادئ الأساسية التي قام عليها قانون النزاعات المسلحة (القانون الدولي الإنساني)^(٢).

ومفهوم "أنسنة قانون الحرب" ليس اختراعاً حديثاً، ولا نتاج حضارة واحدة، وإنما هو مفهوم ترجع جذوره العميقة إلى حضارات عديدة منها الحضارة الهندية والحضارة المسيحية والحضارة الإسلامية والحضارة الحديثة.

فعلى سبيل المثال: حظر قانون الحرب في الهند القديمة الأسلحة التي تسبب آلاماً لا مبرر لها، ومنها السهام المسمومة أو ذات الأشواك لا يجب استعمالها، وحظرت كذلك تلك القوانين الهجوم على المدن والبلدان وغير المقاتلين، فالحرب لا بد أن تكون محصورة في المقاتلين فقط^(٣).

(١) د. محمود شريف بسيوني: مدخل في القانون الدولي الإنساني والرقابة الدولية على استخدام الأسلحة، المرجع السابق، ص ٢٣٨-٢٣٩.

(٢) د. صلاح الدين عامر: مقدمة لدراسة القانون الدولي الإنساني، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة ١٩٧٦م، ص ٩٨.

(٣) وهناك أسطورة هندية قديمة توضح حظر المعتقدات الهندية القديمة للأسلحة التدميرية، وهي تسمى أسطورة Ramayana.

فقد كانت هناك حرب بين المدعو راما (أمير الأضحية في الهند)، ورافانا (حاكم سريلانكا)، وقد استخدم القائد لاکثمانا أخو راما وقائد جيوشه أسلحة حربية مكنته من تدمير السلالة الكاملة للعدو بما في ذلك التي لم تحمل سلاحاً، فقام "راما" بتوجيه النصح لأخيه "لاکثمانا" قائلاً: "أن هذا السلاح لا يمكن استعماله في الحرب، لأن التدمير ممنوع في قوانين الحرب القديمة، وذلك على الرغم من أن "راما" كان يحارب حرباً غير عادلة وغير مبررة".



وبالنسبة إلى الحضارة الإسلامية^(٤)؛ فقد نهي الإسلام عن قتل الرهائن والشيخ والنساء والأطفال، وحرّم محاربة المدنيين، وأوصى بحسن معاملة الأسرى ومنع قتلهم، وقد أوصى الرسول الكريم -صلى الله عليه وسلم- بمبادئ الإنسانية في الحروب بقوله: "لا تقتلوا امرأة، ولا صغيراً فرعاً، ولا كبيراً فانياً، ولا تحرقوا نخلاً، ولا تقلعوا شجراً، ولا تهدموا بيتاً".

وأيضاً أوصى "صلى الله عليه وسلم" بعدم المبالغة في القتل والانتقام فقال: "ما بال أقوام تجاوز بهم القتل حتى قتلوا الذرية، ألا تقتلوا الذرية". وقد نادى الفقيه "جروسيوس" بالرحمة لهؤلاء الذين لا يشتركون في العمليات الحربية، وهم طوائف "النساء والأطفال، والمسنون، وأسرى الحرب، ورجال الدين"، وذلك على أساس مبادئ الإنسانية^(٥).

== للمزيد حول المعتقدات الهندية القديمة انظر: القواعد المدونة والعرفية السارية في الهند القديمة، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد (٨)، يوليو/أغسطس سنة ١٩٨٩م، ص ٢٥٣ وما بعدها.

^(٤) أقامت الشريعة الإسلامية نظاماً إنسانياً متكاملًا لسير العمليات الحربية التي تخوضها الجيوش الإسلامية في حروبها ضد الأعداء، وقد سبقت الشريعة الإسلامية بذلك الحركة الإنسانية الحديثة بمئات السنين، ويعد كتاب "السير الكبير" للفقيه الإمام "محمد بن الحسن الشيباني" أول مؤلف فقهى في القانون الدولي الإنساني.

للمزيد من التفاصيل حول القانون الدولي الإنساني في الإسلام انظر: د. محمد أبو زهرة: نظرية الحرب في الإسلام، المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد ١٤، سنة ١٩٨٥م، ص ٢٣. د. جعفر عبدالسلام: القانون الدولي الإنساني، دليل التطبيق على الصعيد الوطني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، المستقبل العربي، ص ٧٧ وما بعدها.

^(٥) Singh (N): Armed conflict and international laws of ancient India, studies and essays on IHL and Red Cross principles, 1984, p.533.

المبحث الأول

المقصود بالقانون الدولي الإنساني ومصادره

المطلب الأول

تعريف القانون الدولي الإنساني

(قانون النزاعات المسلحة)

هناك اعتقاد سائد بشأن التطور التاريخي للقانون الدولي الإنساني، بأن القانون المتصل بتسيير الأعمال العدائية (المسمى قانون "لاهاي" Huge law) بدأ نشأته في مجموعة من المعاهدات، بينما القانون الذي يحمي الضحايا (المسمى قانون "جنيف" Geneva law) قد تطور بصورة منفصلة في اتفاقيات "جنيف"، وأن هذين الفرعين قد ترابطا معاً في وقت لاحق في البروتوكولين الإضافيين لعام (١٩٧٧م) ليكونا مجموعة قانونية واحدة، والواقع أنه لم يكن هناك مطلقاً تمييز بين "قانون لاهاي" و"قانون جنيف"، إذ يتضح من القراءة الدقيقة لقانون "ليبر" لعام (١٨٦٢م) ومؤتمر "بروكسل" لعام (١٨٧٤م)، والكتب القانونية الأولى أن "قوانين وأعراف الحرب" في تلك الفترة لم تتضمن أي قواعد لحماية الأشخاص الخاضعين لسلطة العدو، ولاسيما أسرى الحرب، وسكان الأراضي المحتلة، وفي المقابل تضمنت اتفاقيات "جنيف" جوانب القانون المتعلق بتسيير الأعمال العدائية، أي حظر مهاجمة الوحدات الطبية، وأفراد المهن الطبية والأشخاص الذين لا يشاركون في القتال بسبب المرض أو الجروح (وهذا العنصر الثاني هو أحد عناصر القاعدة العرفية التي تقضي بالإبقاء على حياة العدو) لذلك، فإن أثر البروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧م لم يكن إيجاد مجموعة موحدة للقانون الإنساني تتضمن هذين العنصرين للمرة الأولى، وإنما إزالة التمييز الذي كان دائماً اصطناعياً



وخاطباً، فالقانون الدولي الإنساني إنما هو مجرد مصطلح حديث يعبر عن "قانون الحرب"^(٦).

لذلك يجب التفرقة بين اللجوء إلى الحرب واستخدام القوة، وهو أمر تنظمه قواعد ومبادئ القانون الدولي العام وميثاق الأمم المتحدة، وبين سلوك الأطراف المتحاربة أثناء النزاع المسلح، وهو ما خضع دائماً لقواعد القانون الدولي الإنساني International Humanitarian law أو كما يطلق عليه البعض قانون النزاعات المسلحة The law of armed conflicts.

ولم يتفق الفقهاء على تعريف محدد وواضح للقانون الدولي الإنساني، فقد ذهب البعض في تعريفه للقانون الدولي الإنساني بأنه: "قوانين ولوائح جنيف التي تهتم بحماية العسكريين من غير المقاتلين أو خارج العمليات العسكرية، الجرحى المرضى، أسرى الحرب وما إلى ذلك، وكذلك التي تهتم بحماية المدنيين، وإبقائهم خارج إطار العمليات العسكرية"^(٧).

في حين ذهب بعضهم الآخر إلى أن القانون الدولي الإنساني يعد بديلاً لمصطلح قانون الحرب وقانون المنازعات المسلحة مما يقتضى أن يشتمل على القواعد القانونية كافة (اتفاقية أو عرفية) المنظمة لسير عمليات القتال، واللازمة لحماية الأشخاص والأموال في المنازعات المسلحة^(٨).

وذهب رأي ثالث إلى أن القانون الدولي الإنساني هو: "مجموعة الأعراف التي توفر الحماية لفئات معينة من الأفراد والممتلكات وتحرم أي هجمات يتعرضون لها أثناء الصراعات المسلحة سواء أكانت هذه الصراعات تتمتع بالصفة الدولية أو

(٦) انظر: لويوز دوسوالد بيك: المرجع السابق، ص ٣٠٧.

(٧) د. محمد مصطفى يونس: ملامح التطور في القانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٦م، ص ٦٢.

(٨) د. سعيد سالم جويلى: المدخل لدراسة القانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٣م، ص ١٠٧.

بالصفة غير الدولية، وهذه الأعراف مستمدة من القانون التعاهدي والقانون الدولي العرفي، والذي يشار إليه بالترتيب بقانون "جنيف" (القانون التعاهدي للصراعات المسلحة)، وقانون "لاهاي" (الذي لا يعد قانوناً عرفياً بكامله ولكنه في جزء منه قانون عرفي)، ومن ثم فإن الفرق التقليدي بين القانون التعاهدي والقانون العرفي يتلاشى^(٩).

واتجه رأي رابع إلى أن القانون الدولي الإنساني يتمثل في المعايير التي تطبق في حالة النزاعات المسلحة سواء أكان النزاع مشروعاً أم غير مشروع أم مسموحاً به أم حتى لم يكن من الممكن تحديد ذلك، حيث إن هذا القانون لا يبيح الاعتداء، ولا يذهب إلى إدانته، وإنما يوجد هذا القانون ويطبق بغض النظر عن أسباب النزاع^(١٠).

واتجه رأي خامس إلى أنه: "ذلك الفرع الذي يتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تكفل حماية حقوق الإنسان خلال النزاعات المسلحة، واحترام وتعميق مفهوم التعاون الدولي بهدف القضاء على الحرب والحفاظ على السلم والأمن الدوليين، وهو يقوم على محاولة الوصول إلى نوع من التوازن بين اعتبارات الإنسانية واعتبارات الضرورة العسكرية"^(١١).

بينما ذهبت اللجنة الدولية للصليب الأحمر - بحق - إلى تعريف القانون الدولي الإنساني بأنه: "مجموعة القواعد الدولية الاتفاقية والعرفية، التي تستهدف معالجة المشاكل الإنسانية المتعلقة مباشرة بالمنازعات الدولية وغير الدولية، والتي

(٩) د. محمود شريف بسيوني: المرجع السابق، ص ٦٥.

(10) The law of armed conflict represents standards applicable whether or not the use of force was prohibited, permissible.

- Charles (J) and Moxley (JR): Nuclear weapons and International law in the post cold war world, Austin, Winfield publishers, Ionham, New York, Oxford, 2000, p.217.

(١١) انظر: د. صلاح الدين عامر: مقدمة لدراسة القانون الدولي الإنساني، مرجع سابق، ص ١٣ وما بعدها.

تحد لأسباب إنسانية من حق الأطراف في النزاع، في اختيار طرق وأساليب الحرب التي يريدونها، وكذلك حماية الأشخاص والآمال التي تتأثر أو يمكن أن تتأثر بالنزاع"^(١٢).

وقد أنهت الفتوى الصادرة عن محكمة العدل الدولية بشأن التهديد باستخدام الأسلحة النووية الجدل الدائر حول المعنى الدقيق لمصطلح القانون الدولي الإنساني، فقد أوضحت المحكمة أن هذا الفرع من القانون الدولي "يتضمن القواعد المتصلة بتسيير الأعمال العدائية وكذلك القواعد التي تحمي الأشخاص الخاضعين لسلطة الطرف الخصم"^(١٣).

ويشتمل القانون الدولي الإنساني على القواعد العرفية أو القواعد الاتفاقية التي تضع القيود على تسيير العمليات الحربية أو استخدام الأسلحة، وغيرها من القواعد التي تقررت نزولاً على اعتبارات مبدأ الإنسانية، ومثال هذه القواعد: تلك الواردة في اتفاقيات "جنيف" الأربعة سنة (١٩٤٩م).

وإذا كان القانون الدولي الإنساني لم يتناول صراحة الأسلحة النووية، فليس معنى ذلك أن هذا القانون مجرد نصب تذكاري عديم النفع في مواجهة الخطر النووي، فهذا القانون يتألف من مبادئ عامة مرنة بما يكفي للتلاؤم مع التطور الذي لم يسبق له مثيل في التسليح، ومستقرة بما يكفي ليأتمر بها كل أعضاء المجتمع الدولي.

^(١٢) كريستوفر غرينوود: فتوى محكمة العدل الدولية بشأن الأسلحة النووية والإسهام في القانون الدولي الإنساني، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد ٥٣، السنة العاشرة، يناير/فبراير ١٩٩٧م، ص ٦٧.

^(١٣) The opinion of the court: op.cit, para 80.

المطلب الثاني

أهم مصادر القانون الدولي الإنساني

وقد نما القانون الدولي الإنساني في ظل رغبة الشعوب للتخفيف من ويلات الحرب، تحكمه وتطوره ثلاثة مبادئ أساسية، أولها: يخول للدول المحاربة استخدام وسائل الإجبار والقوة بجميع أنواعها بالقدر اللازم لتحقيق الغرض من الحرب واستسلام العدو الكامل في أقرب وقت مستطاع، بأقل خسائر ممكنة في الأرواح والممتلكات والأموال، وثانيها: مبادئ الإنسانية التي تحرم وسائل ودرجات من العنف لا يستلزمها تحقيق هذا الغرض، وثالثها مبادئ الفروسية التي تدعو إلى مراعاة الاعتدال والنبيل أثناء القتال في الهجوم والدفاع، كما تدعو إلى الاحترام المتبادل بين الجانبين المتحاربين، ويرمى هذا القانون إلى حماية المحاربين وضمان الحقوق الأساسية للإنسان عندما يقع في يد عدوه، خصوصاً إذا كان أسير حرب أو جريحاً أو مريضاً أو مدنياً، كما يهدف إلى تسهيل الإجراءات للعودة إلى حالة السلم⁽¹⁴⁾.

فالقانون الدولي الإنساني هو مجموعة قواعد تحكم الحروب، وهي ملزمة للأطراف المتنازعة وللدول المحايدة، ليس لحكوماتها فقط ولكن للمواطنين أيضاً وخاصة أفراد القوات المسلحة.

أولاً- المصادر المكتوبة:

وتشمل:

أ - المعاهدات الشارعة *Traité loi*:

مثل اتفاقيات "لاهاي" لعام 1907م واتفاقيات "جنيف" لعام 1949م التي قننت قواعد مهمة من القانون الدولي الإنساني وشاركت فيها مجموعة كبيرة من الدول.

(14) Sohin (D) and Toman: The law of armed conflicts, Geneva, 1973, p.95.

وعلى سبيل المثال: فقد اكتسبت محاكمات مجرمي الحرب شرعيتها من محاكمات نورمبرج وطوكيو بعد الحرب العالمية الثانية، وكان لحرب تحرير الكويت آثار واضحة في مجال التعاون الدولي؛ لمنع العدوان وممارسة مجلس الأمن لسلطاته المقررة طبقاً لميثاق الأمم المتحدة في هذا المجال من الناحية العملية^(١٥).

ب - اتفاق آراء الفقهاء:

حيث يمكن أن يعد إجماع آراء فقهاء القانون الدولي حول قاعدة من قواعد القانون الدولي الإنساني أو أكثر من بين المصادر المكتوبة.

ثانياً - المصادر غير المكتوبة:

وهي العادات والأعراف الخاصة بالقانون الدولي الإنساني التي حافظت عليها التقاليد العسكرية والفقهاء الدولي، واطراد احترام الدول لها وتطبيقها أثناء الحروب، وهذه العادات والأعراف اشتقت من العواطف الإنسانية، ومن مشاعر الشرف والمروءة، ومن اعتبارات الملاءمة العامة.

كما أن قوتها الملزمة تكمن في القبول العام الذي تحظى به من طرف الدول، ويرى (أوبنهايم OPPENHEIM) أن عادات الحرب (Usages) ليس لها قوة قانونية ملزمة بخلاف العرف^(١٦)، ولكن من الصعب موافقته على ذلك إذ إنه ليس من السهل فصل العادات عن القانون العرفي، وليس من السهل كذلك تحديد النقطة التي تعد عندها العادة عرفاً.

والاتفاقيات التي تشكل القانون الدولي الإنساني والتي شاركت فيها معظم الدول المعاصرة هي على التوالي^(١٧):

(١٥) د. ماجد إبراهيم علي: قانون العلاقات الدولية في السلم والحرب، المرجع السابق، ص ٢٦٣.
(١٦) Oppenheim (L): International law, vol (I), Mckay Company. Ing, Eighth Edition, New York, 1955, p. 418.

(١٧) انظر نصوص هذه الاتفاقيات كاملة في كل من:

- مطبوعات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف، سنة ١٩٨١م.
- مطبوعات جمعية الهلال الأحمر المصري، دار الكتاب العربي، القاهرة، سنة ١٩٧٩م.

- ١- إعلان باريس لعام (١٩٥٨م) بشأن الحرب البحرية.
- ٢- اتفاقية "جنيف" لعام (١٨٦٤م) بشأن جرحى ومرضى ميادين القتال والتي عدلت سنة (١٩٠٦م)، سنة ١٩٢٩م.
- ٣- إعلان "بترسبرج" لعام (١٨٦٨م) الخاص بتحريم استخدام الفذائف أقل من ٤٠٠ جرام
- ٤- إعلان "لاهاي" لعام (١٨٩٩م) الخاص بتحريم استخدام الغازات السامة والرصاص المتفجر.
- ٥- اتفاقية "لاهاي" الثالثة سنة (١٩٠٧م) الخاصة ببدء القتال.
- ٦- اتفاقية "لاهاي" الرابعة سنة (١٩٠٧م) الخاصة بقوانين وأعراف الحرب البرية.
- ٧- اتفاقية "لاهاي" الخامسة سنة (١٩٠٧م) الخاصة بحقوق وواجبات الدول المحايدة أثناء الحرب البرية.
- ٨- تصريح "لندن" لعام (١٩٠٩م) بشأن الحرب البحرية.
- ٩- اتفاقية "واشنطن" لعام (١٩٢٢م) الخاصة بحرب الغواصات وحرب الغازات.
- ١٠- اتفاقية "لاهاي" لسنة (١٩٢٣م) بشأن الحرب الجوية.
- ١١- بروتوكول "جنيف" سنة (١٩٢٥م) الخاص بالغازات السامة.
- ١٢- اتفاقية "جنيف" لعام (١٩٢٩م) الخاصة بجرحى ومرضى ميادين القتال.
- ١٣- اتفاقية "جنيف" لسنة (١٩٢٩م) الخاصة بأسرى الحرب.
- ١٤- اتفاقية "جنيف" لسنة (١٩٤٩م) الخاصة بجرحى ومرضى ميادين القتال.
- ١٥- اتفاقية "جنيف" لسنة (١٩٤٩م) الخاصة بالجرحى والمرضى والغرقى من القوات الجوية.
- ١٦- اتفاقية "جنيف" لسنة (١٩٤٩م) الخاصة بمعاملة أسرى الحرب.
- ١٧- اتفاقية "جنيف" لسنة (١٩٤٩م) الخاصة بحماية الأشخاص المدنيين وقت الحرب.

وتعد اتفاقيات "لاهاي" سنة (١٩٠٧م)، واتفاقيات "جنيف" لسنة (١٩٤٩م) أهم اتفاقيات القانون الدولي الإنساني^(١٨).

ومصادر القانون الدولي الإنساني - طبقاً لما جاء في محاكمات "نورمبرج" - لا توجد في المعاهدات الدولية فقط، ولكنها توجد في العرف الدولي الذي ينشأ من عادات وتصرفات الدول التي تتكرر فتكتسب صفة الإلزام العام فيما بينها، كما توجد أيضاً في مبادئ العدالة العامة، حيثما أقرها الفقهاء وطبقتها المحاكم العسكرية، ولا يبقى هذا القانون جامداً ولكنه يتطور لمقابلة حاجة العالم^(١٩).
وقد رتبت محكمة "نورمبرج" الخاصة بمحاكمة مجرمي الحرب في قرارها الصادر في نوفمبر سنة (١٩٤٦م) مصادر القانون الدولي الإنساني بالترتيب الآتي:

- ١- العرف والتكرار المقبول بمنزلة قانون قبلته الأمم المتحدة.
- ٢- المعاهدات والاتفاقيات العامة والخاصة بين الدول.
- ٣- أحكام المحاكم الدولية.
- ٤- أحكام المحاكم الوطنية في الموضوعات ذات الصبغة الدولية.
- ٥- آراء ومذاهب الفقهاء.
- ٦- الوثائق الدبلوماسية^(٢٠).

(١٨) د. مصطفى كامل الإمام شحاته: المرجع السابق، ص ٢٢، ٢٣.

(١٩) للمزيد من التفاصيل انظر:

- د. عبدالغني محمود: القانون الدولي العام، طبعة عام ٢٠٠٤م، ص ٤٧٠، ٤٧١.
- د. صلاح الدين عامر: مقدمة للتعريف بالقانون الدولي الإنساني، الندوة المصرية للقانون الدولي الإنساني بالاشتراك بين الجمعية المصرية للقانون الدولي واللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، نوفمبر ١٩٨٢م، ص ٦ وما بعدها.
(٢٠) د. محمود خيرى بنونه: المرجع السابق، ص ١٥٩.

ثم تبع ذلك العديد من الجهود الدولية المتواصلة من أجل الحد من استخدام القوة، وحماية المدنيين أثناء القتال، وتشجيع الحركات التحررية، ولمناهضة الاحتلال الأجنبي والتفرقة العنصرية، وقد أطلق على مجموعة القواعد المتعلقة بحقوق الإنسان وقت الحرب أو النزاعات المسلحة باصطلاح القانون الدولي الإنساني^(٢١)، وهو فرع وليد للقانون الدولي ويركز على الحقوق والحريات الإنسانية. ونؤيد أستاذنا الدكتور/ عبد الواحد الفار فيما ذهب إليه من أن الواقع التطبيقي يثبت إنه ما من حرب قامت إلا وخولفت تلك القواعد والأحكام بصفة مستمرة، تكاد أن تكون منظمة، وأن الأطراف المتحاربة قد تجاهلت أو أهملت هذه القواعد في ممارستها لأعمال القتال في البر والبحر والجو، فإذا كان هذا هو الحال في عصر الأسلحة التقليدية، فماذا سيكون عليه الحال بعد أن تطورت أسلحة القتال تطوراً رهيباً بعد الحرب العالمية الثانية؟

ويجب سيادته على هذا السؤال بالقول: إن الحاجة أصبحت ماسة لتعديل قانون النزاعات المسلحة الذي بات في وضع غير عملي بعد ظهور الأسلحة النووية، بل أصبح عاجزاً عن التحكم في استعمال هذه الأسلحة^(٢٢).

المطلب الثالث

مدى قوة إلزام القانون الدولي الإنساني

استقر معظم فقهاء القانون الدولي العام على أن قواعد هذا القانون وأحكامه ملزمة لجميع الدول المتمدنة، بينما أنكر البعض الآخر^(٢٣) عليها صبغتها القانونية، إذ لا تتوفر فيها - في نظرهم - شروط القواعد القانونية.

(21) Sohlin (D) and Toman: The law and Armed conflicts, op. cit. p.98.

(22) أستاذنا د.عبدالواحد الفار: القانون الدولي العام، المرجع السابق، ص٤٢٦، ص٤٢٧.

(23) ينكر هوبز وبوفندورف واستن الصفة القانونية لقواعد القانون الدولي.

والرأي الذي ينكر وجود القانون الدولي لفقدانه خصائص القانون الداخلي رأي يعوزه الأساس السليم، فلا سبيل إلى إنكار وجود القانون الدولي أو التهوين من شأنه، ونحن لو طرحنا الجدل الفقهي، ونظرنا إلى الواقع، لوجدنا أن القانون الدولي معترف بوجوده كقانون من جانب حكومات الدول جميعاً.

والقانون الدولي الإنساني وهو أول ما ظهر من قواعد القانون الدولي العام ثبت له بصفة قاطعة - لا تقبل الشك - استيفاء شكله القانوني، ورسخ في الأذهان أن قواعده ملزمة قانوناً للدولة في علاقاتها المتبادلة، وأصبح حداً فاصلاً بين الهمجية والمدنية، كما أن القصاص والثأر رادع مانع من الخروج عليه^(٢٤).

وتختلف قوة إلزام قواعد القانون الدولي الإنساني تبعاً لمصدرها، إذا كان عرفاً أو اتفاقاً أو مبدأ قانونياً أو حكماً قضائياً دولياً.

١- فإذا كان أصل أحكام القانون الدولي الإنساني عرفاً كان لها صفة العمومية، أي أنها تلزم جميع الدول المتحضرة حتى التي قامت بعد نشأة القاعدة القانونية واستقرارها في العرف الدولي، ويشترط لوجود العرف أن يجتمع في حكمه عنصران: عنصر مادي وآخر معنوي (نفسى)، والعنصر المادي: هو صدور تصرف معين في حالة معينة ولا يشترط أن يكون التصرف إيجابياً، بل يكفي التصرف السلبي أو الامتناع، أما العنصر المعنوي: فهو الذي يفيد أن ممارسة هذا التصرف في الحالات المماثلة بفرضها الاعتقاد بضرورته من حيث القانون^(٢٥).

٢- وإذا كان أصل أحكام القانون الدولي الإنساني الاتفاقيات أو المعاهدات، فتتوقف قوة إلزامها على الظروف التي أوجدت الاتفاق أو المعاهدة، والمبدأ العام أن القانون الاتفاقي يوجب القانون العرفي ويأخذ أسبقية عليه^(٢٦) وذلك كما جاء في

(٢٤) د. محمود خيرى بنونه: المرجع السابق، ص ١٦١.

(٢٥) د. حامد سلطان، د. عائشة راتب، د. صلاح الدين عامر: القانون الدولي العام، الطبعة الرابعة، سنة ١٩٨٧م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٥٠، ص ٥١.

(26) Kunz (J.I): The law of war, 1951, p.37.

حكم محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها في قضية Wembeldon سنة (١٩٢٣م)^(٢٧).

٣- أما القواعد الحربية التي تفرضها مبادئ الإنسانية: فتلتزم جميع الدول، وتأكيداً لذلك فقد نصت بعض الاتفاقيات على ضرورة التزام أطرافها بمبادئ الإنسانية والعدل في الأحوال التي لا تحكمها قواعد وردت في الاتفاقية.

وتعد مبادئ الإنسانية مصدراً مهماً من مصادر القانون الدولي الإنساني، ولها اعتبار ظاهر في القانون، يؤيد ذلك ما جاء في مقدمة المعاهدات والاتفاقيات الدولية الخاصة، وما جاء بنصوصها منذ تصريح سان بطرسبرج سنة (١٨٦٨م) وما بعده، تأكيداً ظاهراً لمبادئ الإنسانية، وضرورة مراعاة القواعد الإنسانية ومستلزمات المدنية، وحق المحاربين في التمتع بالحماية المستمدة من قوانين الإنسانية، واعتبارات الضمير العالمي^(٢٨).

مثال ذلك: اتفاقية "لاهاي" للحرب البرية (١٨٩٩م)، ولائحة الحرب البرية عام (١٩٠٧م)^(٢٩).

٤- وبخصوص قوة إلزام القانون الدولي الإنساني الواردة في القوانين والتعليمات الداخلية للدول المختلفة.

فقد جاء في قوانين خدمة الميدان التي أصدرتها وزارة الحرب في الولايات المتحدة الأمريكية سنة (١٩٤٠م) تحت عنوان قوة إلزام القانون أن "القواعد المكتوبة تلزم جميع الشعوب المتمدنة، ويجب اتباعها بدقة بواسطة قواتنا المسلحة، إلا في الأحوال الاستثنائية التي تحددها السلطات المختصة، وذلك لأجل القصاص

(27) (P.C.I-J): Reports, Series A, No. I, p.30.

(28) د. محيي الدين علي عشاوي: القانون الدولي العام واستخدام الطاقة النووية وقت السلم والحرب، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي الثاني عشر لكلية الحقوق، جامعة المنصورة، سنة ٢٠٠٨م، ص ١٦.

(29) د. محمود خيرى بنونه: المرجع السابق، ص ١٦٢.

المشروع من سلوك للعدو غير مشروع، كما جاء في التعليمات نفسها التي صدرت عام ١٩٥٦م أن "قانون الحرب (قانون النزاعات المسلحة)، لا يلزم الدول فقط ولكنه يلزم أيضاً أفراد القوات المسلحة".

كما جاء فيما يختص بقوة قانون النزاعات المسلحة نص في دستور الولايات المتحدة الأمريكية:

"أن معاهدات قانون الحرب (قانون النزاعات المسلحة) تعادل في قوة إلزامها القانون الذي يضعه الكونجرس، وأن ما جاء بها يجب تنفيذه بكل دقة نصاً وروحاً بواسطة المدنيين والعسكريين".

كما يعد القانون الدولي الإنساني العرفي جزءاً من قانون الولايات المتحدة الأمريكية، وهو ملزم لحكومة الولايات المتحدة الأمريكية، كما هو ملزم للأفراد المدنيين وأي أفراد آخرين يعملون في الولايات المتحدة الأمريكية^(٣٠).

جزاء مخالفة القانون الدولي الإنساني:

أ - الجزاءات العامة: وهي التي توقع على الدول المخالفة ذاتها في مجموعها؛ لإكراهها على الالتزام بما يقضى به القانون الدولي الإنساني، فهي نوع من القصاص أي مقابلة الفعل المخالف لقواعد الحرب بمثله لإرغام العدو على احترام هذه القواعد والتزام الأفعال المشروعة، وقد يغني أحياناً عن توقيع الجزاء ذاته مجرد التهديد به وإنذار العدو بالعزم على مقابلة المثل بالمثل، إن لم يكف عن أعماله غير المشروعة، ومثال ذلك: ما حدث أثناء الحرب العالمية الأخيرة من تهديد إنجلترا لإيطاليا بضرب روما من الجو إذا استمرت في إغارتها غير المشروعة على القاهرة^(٣١).

ب - الجزاءات الشخصية: وهي التي تطبق على الأفراد المسؤولين عن الجرائم التي تقع نتيجة الإخلال بهذا القانون، إذا ارتكب فعلاً مخالفاً لقانون وعادات

(٣٠) د. محيي الدين علي عشاوي: المرجع السابق، ص ١٩.

(٣١) د. علي صادق أبوهيف: المرجع السابق، ص ٧٩٢.

الحرب، وفي أن توقع عليه العقوبة المقررة لمثل فعله في قوانينها العسكرية (م ٢٢٨).

كما أنه قد أجريت محاكمات عديدة لمجرمي الحرب بعد الحرب العالمية الثانية، وفقاً للاتفاق الذي تم بين كل من بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية وروسيا وفرنسا وذلك في ٨ أغسطس سنة ١٩٤٥م، وفيه تقرر تشكيل محكمة عسكرية دولية لمحاكمة مجرمي الحرب، وخاصة كبار رجال الحكومة الألمانية والحزب النازي، وقد قدم منهم للمحكمة العسكرية الدولية في "دورة نورمبرج" أربع وعشرين شخصاً قضى على بعضهم بالإعدام، وعلى البعض الآخر بالسجن لمدد مختلفة^(٣٢).

المبحث الثاني

مبادئ القانون الدولي الإنساني وحظر الأسلحة النووية

من المعلوم أن القانون الدولي الإنساني قد نشأ في ظل مبادئ عامة ارتضتها الدول المتمدنة في سبيل تحقيق المصلحة المتبادلة بينها، ومن أجل التخلص من الأعمال الوحشية التي كانت ترتكب أثناء الحرب، وقد كان هذا القانون ثمرة لتطبيق هذه المبادئ على مر العصور، وهي تتضمن المبادئ الأساسية الآتية:

- ١- مبدأ الضرورة العسكرية.
- ٢- مبدأ حق الدفاع عن النفس.
- ٣- مبدأ الفروسية.
- ٤- مبدأ التمييز وحظر استخدام الأسلحة عشوائية الأثر.
- ٥- مبدأ التناسب.
- ٦- مبدأ حظر استخدام الأسلحة التي تسبب معاناة غير ضرورية.
- ٧- شرط مارتينز.

(٣٢) المرجع السابق، ص ٧٩٣، ص ٧٩٤.

ونقوم الآن بشرح هذه المبادئ وأثرها على شرعية استخدام الأسلحة النووية في الحرب:

أولاً- مبدأ الضرورة العسكرية والأسلحة النووية **Military Necessity**:

يقصد بالضرورة العسكرية: ضرورة كسب الحرب، ويرجع منشأ نظرية الضرورة العسكرية إلى إحدى المبادئ التي وضعها ميكافيلي إذ قال: "إن الحرب تكون عادلة عندما تكون ضرورية " وقد رفض فقهاء القانون الدولي هذا المبدأ، وللضرورة العسكرية تفسير آخر يتمشى مع قواعد القانون الدولي الإنساني دون أن يتعارض معها ويتوافق مع الأحكام والقواعد التي تنظم أعمال المحاربين ، وقد وافق عليه الكتاب والشرح وأخذت به المحاكم وتضمنته المعاهدات والاتفاقيات الخاصة بتنظيم الحرب، ومؤداه أن "الضرورة العسكرية كما تفهمها الدول المتمدنة تعنى ضرورة اتباع أساليب مشروعة طبقاً لعادات وقواعد الحرب المتمدنة"^(٣٣).

ولا يعترف القانون الدولي الإنساني بمفهوم الضرورة العسكرية المخالفة لنص القانون، فالضرورة العسكرية يجب تفسيرها بما يتمشى مع قواعد القانون الدولي الإنساني دون أن يتعارض معها، فالضرورة العسكرية ليست مسوغاً للخروج على قواعد القانون الدولي الإنساني تحت زعم "الضرورات الحربية"^(٣٤).

وقد أجمعت أحكام القضاء الدولي في محاكمات مجرمي الحرب العالمية الثانية على أنه: "إذا كان النصر ضرورة عسكرية تبرر للمحارب أن يفعل ما يشاء في سبيل كسب الحرب، فإن في ذلك قضاء على مبادئ الإنسانية، ومخالفة لجميع العادات المقبولة من الشعوب المتمدنة"^(٣٥).

(٣٣) د. محمود خيرى بنونه: المرجع السابق، ص ١٦٦.

(٣٤) هنرى ميروفيتز: حماية البيئة الطبيعية في فترة النزاع المسلح، دراسات في القانون الدولي الانساني، دار المستقبل العربي، القاهرة، ط ١، سنة ٢٠٠٠م، ص ٣٣١.

(35) Kalshoven (F): The soldier and his golf club, studies and essays on IHL and Red Cross principles in Honour, Martinus Nijhoff publisher, 1984, p.380.

ونظرية الضرورة العسكرية لها وجهان هما:

١- النصر العسكري.

٢- الخطر العسكري.

١- النصر العسكري **Military success**:

ومؤداه أن تحقيق الهدف الذي قامت من أجله الحرب يحتم عدم وضع قيود على أسلوبها أو الأسلحة المستعملة فيها، ومؤدى هذه النظرية كما يفهم من مدلولها يتعلق بالمنفعة أي أن "الضرورات تبيح المحظورات"، ولم يعضد الشراح في الدول المتمدنة نظرية النصر العسكري.

وفي مشروع المسؤولية الدولية الذي أعدته لجنة القانون الدولي رأت اللجنة أن "وجود حالة الضرورة التي يكون الغرض منها الحفاظ على الأهمية الماسة لنجاح العمليات العسكرية التي تنش على العدو والانتصار عليه في نهاية الأمر"، لا يكون من شأنه أن يسمح لدولة ما بعدم مراعاة إحدى قواعد القانون الدولي الإنساني المطبق في النزاعات المسلحة، فالتسليم بإمكانية عدم مراعاة الالتزامات التي تفرض تقييدات على أساليب تسيير الأعمال العدائية، كلما وجد المحارب نفسه مضطراً للجوء لهذه الوسيلة لضمان نجاح عملية عسكرية قد لا يعنى إقرار مبدأ يخالف تماماً غائية الصكوك الدولية^(٣٦).

كما أجمعت أحكام القضاء الدولي في محاكمات "نورمبرج" لمحاكمة مجرمي الحرب العالمية الثانية أن "الرغبة في النصر لا تبرر مخالفة القانون الدولي الإنساني وقاعدة القانون الدولي ملزمة حتى لو نتج عن ذلك خسارة المعركة".

وتفترض جرائم الحرب نشوب تلك الأخيرة فترة معينة من الزمن ولجوء كل من طرفيها إلى كثير من الطرق الوحشية لإحراز النصر وقهر العدو، ويعد النص على مثل هذه الجرائم سواء في العرف الدولي أو الاتفاقيات الدولية من قبيل القيود

(٣٦) هنرى ميروفيتز: المرجع السابق، ص ٣٣٣.

الواردة على استعمال حق الحرب بغية الحد من إطلاقه وإسباغ مسحة إنسانية عليه؛ حتى لا يباح لأحد أن يخوض غمارها مدفوعاً بصورة الغضب وأسيراً لغريزة الانتقام دون تعقل، بل يتعين أن يسير فيها الجيشان وفق قانون معين لضبط هذه الانفعالات وتنظيمها^(٣٧).

والضرورة العسكرية لا تبرر الآلام الناجمة عن استخدام الأسلحة النووية، فالتوازن بين الفائدة العسكرية المتوقعة من استخدام السلاح النووي، والآلام التي تعود من جراء استخدامه تتجاهل أن الضرورة ليست مطلقة، وإلا استحضرت الدول دائماً الضرورة العسكرية لتبرير السلاح الذي تختاره أياً كان.

فقواعد القانون الدولي الإنساني لا تميز بين القواعد التي يمكن نقضها للضرورة العسكرية وتلك التي لا يمكن نقضها، فالمبادئ المطبقة على استخدام الأسلحة النووية باعتبارها أسلحة دمار شامل لا يرد عليها أي استثناءات من أجل الضرورة العسكرية^(٣٨).

والحرب نصر في جانب وهزيمة في الجانب الآخر، وفي ظروف المعركة يصعب تحديد النتائج، فقد يتضارب التقدير فيصبح النصر هزيمة والهزيمة نصراً، وبذلك يختلط الأمر، ولا يمكن لأي طرف أن يحدد متى يلتزم بالقانون الدولي الإنساني ومتى لا يلتزم به، ويتضح من ذلك أن نظرية النصر العسكري صعبة التطبيق من الوجهة العسكرية؛ لأن تطبيقها سوف يؤدي إلى فوضى من الالتزام وعدم الالتزام، فإما حرباً تسود فيها قواعد القانون الدولي وأحكامه، وإما حرباً تسودها الوحشية والهمجية وفقاً لنظرية (النصر العسكري)^(٣٩).

(٣٧) د. حسن إبراهيم صالح عبيد: الجريمة الدولية - دراسة تحليلية تطبيقية، الطبعة الأولى، سنة ١٩٧٩م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٢٨.

(38) (I.C.J) Reports, 1996, op. cit.

(٣٩) د. محمود خيرى بنونه: المرجع السابق، ص ١٧١.

وكما ذهب بحق القاضي (Singh) الرئيس السابق لمحكمة العدل الدولية بأنه "لو حقيقة أن هزيمة العدو تصلح كمبرر قانوني لتجاهل قواعد الحرب فإن، السبب الرئيسي لوجود القانون الدولي الإنساني سيختفي، فهدف كل حرب هو التوصل للنصر، وإحراز هذا الهدف، الذي لم تنص عليه القواعد العرفية ولا التعاهدية، ستتحوّل كل الحروب إلى همجية، وستؤول إلى ما كانت عليه في مجتمع الأمم عندما كانت تسوده قوانين الغابة، فمثل هذا المفهوم لعقيدة النصر، سيمحو ما وصلت إليه الإنسانية في معاهدات "لاهاي" "جنيف"، وسيعيد ذكرى الخبرات السيئة للعصور الوسطى^(٤٠).

والتفسير السابق لنظرية (النصر العسكري) كما رفضه فقهاء القانون الدولي، وكبار كتابه، وعارضته أحكام المحاكم الدولية، يتعارض مع المبادئ الإنسانية، كما يتعارض تماماً مع اتفاقيات "جنيف" و"لاهاي"، ومن ذلك يتضح أن استخدام أسلحة غير مشروعة لا تبرره نظرية (النصر العسكري)، وإنه مهما كانت مستلزمات ذلك النصر بارزة، لا تكون في حقيقتها حجة لاستخدام سلاح غير مشروع، وإذا كان الغرض من الحرب هو قهر العدو واحتلال إقليمه لإملاء إرادة المنتصر عليه، فإنه من الواجب عدم استخدام القوة إلا بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض (الاقتصاد في القوة Economy of force)، واستخدام الأسلحة النووية ينتج عنه سحق العدو وتدمير إقليمه وتلويثه، مما يحول دون احتلال الإقليم، كما إنها تتعدى ما يلزم من القوة لكسب الحرب وإملاء إرادة المنتصر^(٤١).

(40) Singh (N): Nuclear weapons and International law, Dordrecht / Boston / London, Martinus Nijhoff, 1989, p.82.

(٤١) د. محمود خيرى بنونه: المرجع السابق، ص ١٧٢.

وأيضاً د. حنان أحمد الفولى: (الرأى الاستشارى لمحكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد باستخدام الأسلحة النووية، أو استخدامها الصادر في ٨ يوليو ١٩٩٦م) رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٤م، ص ٣٥٠.

٢ - أما فيما يتعلق "بالخطر العسكري" **Military Danager**:

ومؤداه أنه إذا كان الالتزام ببعض قواعد القانون الدولي الإنساني يعرض سلامة وأمن القوات المسلحة للخطر، فإنه يمكن تجاهل القيود التي تضعها مثل هذه القواعد ويتعلق بالخطر العسكري بالقوات المسلحة وتشكيلاتها ومنشآتها، ومن المعلوم أن الحرب كلها خطر عسكري، والتعرض للخطر في الحرب لا يبرر الخروج على القانون الدولي الإنساني، ومخالفة القانون الدولي الإنساني من أجل المنفعة أو النصر العسكري مبدأ غير مقبول.

وقد أكد إعلان "بترسبرج" أن الحرب تهدف - فقط - إلى وضع استراتيجية لوضع العدو خارج القتال، أما موت العدو أو التناقم اللاحق للأضرار، أو الهجوم على سلالات العدو بإحداث تغيير وراثي لا يعد أهدافاً مشروعة للحرب، فمثل هذه الآثار يمكن أن تنشأ من عملية عسكرية، لكن لا تكون نتيجة ضرورية لها، وبالنسبة إلى الأسلحة النووية، فهذه النتائج تنشأ بالفعل عن استخدامها^(٤٢).

وقد ذكرت لجنة القانون الدولي في مسودة المادة (٣٣) التي تناولت حالة الضرورة والتي تمنع عدم المشروعية الناتجة عن انتهاك القانون الدولي بقولها إن "هذا الاستثناء لا يفوض الدولة أن تتجاهل أوامر القانون الدولي الإنساني، فمن السخف أن نستحضر فكرة الضرورة العسكرية أو ضرورات الحرب لكي نتجنب واجب التعامل مع الالتزامات المصممة بدقة لمنع ضرورات الحرب من التسبب في الآلام"^(٤٣).

(42) Kwahwa: The International law of Armed conflict: personal material fields of application, Klener academic, 1992, pp 34 – 38.

(43) Singh (N): Nuclear weapons, op.cit. p.99.

وأيضاً انظر: هنرى ميروفيتز: مبدأ الآلام التي مبرر لها، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد ٣٧، مايو/يونيو سنة ١٩٩٤م، ص ٣٣١.

يتضح مما سبق أن الضرورة العسكرية التي أساسها النصر العسكري والخطر العسكري مبدأ غير مقبول، رفضه فقهاء القانون الدولي العام، كما رفضوا أن يكون مبرراً لاستخدام الأسلحة المحرمة؛ لأنه إذا ما استخدم سلاح محرم حتى من أجل الدفاع عن النفس فلا يستخدم بحجة الضرورة، فهي ليست مبرراً لمخالفة القانون الدولي الإنساني، ويتحتم تجاهل الضرورة العسكرية كلما كان التحريم يقيد حرية التصرف.

كما أن استخدام الأسلحة المحرمة مثل الأسلحة النووية من أجل ضرورة عسكرية فيه خروج على مبادئ الإنسانية، إذ إنه يكون مقترناً بالخطر، ويفضي إلى نتائج تجاوز مقتضيات النصر بكثير، ولا تقتصر آثاره التدميرية على المحاربين، بل تستطيل إلى المدنيين؛ لأن القنبلة النووية لا تلقى في ميدان القتال وحده، وإنما غالباً ما تلقى على المدن السكنية سواء كانت مفتوحة أم محصنة^(٤٤).

ولهذا السبب ارتفعت الأصوات قائلة بأن الحاجة أصبحت ماسة لتعديل القانون الدولي الإنساني، الذي بات في وضع غير عملي بعد ظهور الأسلحة النووية ذات القوة التدميرية التي تتعدى نطاق الخيال الإنساني، بل وبعد أن أصبح من السهولة توجيه تلك الأسلحة إلى أهدافها من قارة إلى أخرى في سرعة هائلة بواسطة الصواريخ عابرة القارات، فإذا أضفنا إلى ذلك دخول الإنسانية مرحلة غزو الفضاء الخارجي وإطلاق المركبات الفضائية لأمكننا أن نتخيل إلى حد ما الحال الذي سوف تكون عليه الحرب في المستقبل، وقد قيل أن حرباً نووية من شأنها أن تدمر الحضارة الإنسانية وتقضي على البشرية قضاءً تاماً^(٤٥).

(٤٤) د. حسن إبراهيم صالح عبيد: المرجع السابق، ص ٢٤٠.

(٤٥) أستاذنا الدكتور/ عبدالواحد الفار: القانون الدولي العام، المرجع السابق، ص ٤٢٦،

ثانياً- مبدأ حق الدفاع عن النفس Self – Defence والأسلحة النووية:

حق الدفاع عن النفس حق مسلم به في القانون، وهو مقبول حسب القواعد العرفية والمعاهدات الدولية، ومفهوم الدفاع الشرعي عن النفس استخدام القوة لصد عدوان مسلح، بشرط أن يكون لازماً لدرئه ومنتاسباً مع قدره، على أن يتوقف عندما يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدوليين، ولقد جاء في ميثاق الأمم المتحدة الصادر سنة (١٩٤٥م) النص على حق الدفاع عن النفس في المادة الحادية والخمسين، التي يجرى نصها على أنه: "ليس في هذا الميثاق ما يضعف أو ينتقص من الحق الطبيعي للدول فرادى أو جماعات في الدفاع عن أنفسهم إذا اعتدت قوة مسلحة على أعضاء الأمم المتحدة وذلك إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدوليين"^(٤٦).

فوفقاً للمادة (٥١) من الميثاق، فإن الدولة التي تتعرض لهجوم تحتفظ بحقها الطبيعي في الدفاع الشرعي لرد العدوان الواقع عليها، لذا فالدفاع الشرعي مقيد بالغرض منه، فالمادة (٥١) هي استثناء من القاعدة العامة التي تقضى بحظر اللجوء إلى القوة في العلاقات الدولية والاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع فيه^(٤٧)، فيجب أن يرتبط الاضطلاع بحق الدفاع الشرعي بتحقيق الغاية منه وهي درء العدوان حتى يكون مجلس الأمن قادراً على اتخاذ موقف^(٤٨).

وقد اختص ميثاق الأمم المتحدة مجلس الأمن بالإشراف على ممارسة حق الدفاع عن النفس، وإلى جانب مهمة مجلس الأمن بالمحافظة على السلم والأمن الدوليين، عليه إعادة السلم والأمن الدوليين إلى نصابهما، وتوقيع العقوبات على المعتدى، والسماح بالدفاع الشرعي للدول الأعضاء، ومن ثم نستطيع أن نخلص

(٤٦) د.حسنين إبراهيم صالح عبيد: المرجع السابق، ص ٤٤، ٥٧.

(47) Brownlie (I): International law and the use of force, op. cit. p.445.

(48) Pogany (I): Nuclear weapons and International law, Nuclear weapons and self defense in International law, 1986, p.78.

من ذلك إلى إنه حتى إذا لم يكن ميثاق الأمم المتحدة قد نص على مثل ذلك، فإن تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني بوسعها في النهاية أن تنسب إلى اختصاص مجلس الأمن^(٤٩).

ولما كان حق الدفاع عن النفس حقاً معترفاً به من جميع الدول، فإن ممارسته ترجع إلى الدول صاحبة السيادة، تقرر بدء مباشرة هذا الحق بمجرد وقوع العدوان، وتستمر في ذلك حتى يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة للمحافظة على السلم والأمن الدوليين.

ولما كان حق الدولة في ممارسة حق الدفاع عن النفس مرتبطاً بوقوع العدوان، لذا يلزم طبقاً للمادة (٥١) تحديد متى تبدأ الدولة في ممارسة هذا الحق على وجه التحديد، خصوصاً بالنسبة إلى استخدام الأسلحة النووية، إذ أصبح الوقت عاملاً حاسماً في مثل هذه الحروب، كما إنه في مجال استخدام الأسلحة النووية يكون لقدرة ونوع القوة المستخدمة في ممارسة حق الدفاع عن النفس أهمية خاصة، مما يقتضي أيضاً فحص القواعد والمبادئ التي تحكم تحديد هذه القوة. كما يقتضى ذلك أيضاً الرجوع إلى القواعد العرفية المقبولة التي تقضى بعدم استخدام القوة عند الدفاع عن النفس إلا بالقدر اللازم لرد العدوان، سواء كان الدفاع فردياً أم جماعياً^(٥٠).

ما مدى جواز اللجوء للأسلحة النووية في حالة الدفاع الشرعي؟
- إن القوة التدميرية التي لا مثيل لها لمثل هذه الأسلحة دفعت بعض القانونيين للتساؤل عما إذا كانت الدول يمكنها أن تلجأ إلى استعمال الأسلحة النووية في الدفاع الشرعي كحق مشروع؟.

(٤٩) د. محمد مصطفى يونس: ملامح التطور في القانون الدولي الإنساني، المرجع السابق، ص ٢٣٨.

(٥٠) د. محمد محمود خلف: حق الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٣م، ص ٢١٦.

للإجابة على هذا التساؤل نتناول العنصرين الآتيين:

١- اللجوء الأول لاستخدام الأسلحة النووية:

لم تتضمن المادة (٥١) من ميثاق الأمم المتحدة ما يفيد مقدار القوة التي يجب استخدامها لرد العدوان، وذلك يقتضي الرجوع إلى القواعد العرفية المقبولة التي تقضي بعدم استخدام القوة في الدفاع الشرعي إلا بالقدر اللازم لرد العدوان، وهذا يتفق مع روح ميثاق الأمم المتحدة.

ولقد انتقد كثير من فقهاء القانون الدولي فكرة اللجوء الأول إلى الأسلحة النووية، على أساس أن الانتقال من السلاح التقليدي إلى السلاح النووي يمثل طفرة كمية ونوعية خطيرة^(٥١)، وعلى النقيض عد البعض الآخر من الفقه أن مسألة عدم التناسب هي دائماً مسألة مفهوم أو نص، ومن ثم فمن المستحيل الحكم مسبقاً على عدم التناسب على الرد النووي، ومن هنا فإن الدور الدولي لا يستطيع أن يضع مانعاً فاعلاً أمام اللجوء الأول للأسلحة النووية^(٥٢).

فإذا تضمن العدوان أسلحة تقليدية، لزم رده بالأسلحة التقليدية؛ لأن رده بالأسلحة النووية سوف يؤدي إلى سحق الدولة المعتدية وليس رد عدوانها فقط وفي ذلك مخالفة للمبادئ العامة للقانون الدولي، أما إذا تضمن العدوان استخدام أسلحة نووية، فإن رده بأسلحة نووية يكون مشروعاً؛ حتى يكون لحق الدفاع عن النفس أثره الإيجابي في رد العدوان^(٥٣).

(51) Brownlie (I): op. cit. p.263.

(٥٢) وقد ذهب "هنري كيسنجر" وزير الخارجية الأمريكي الأسبق في تأكيده لإمكانية الرد النووي على هجوم تقليدي بأن: الأمر يتوقف على حجم الهجوم وخطورته حيث يجوز الدفاع الشرعي بالأسلحة النووية إن كان الهجوم بالأسلحة التقليدية واسع النطاق وذا قوة تدميرية كبيرة".

انظر: د. إبراهيم زهير الدراجي: جريمة العدوان ومدى المسؤولية القانونية الدولية عنها، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة ٢٠٠٢م، ص ٢٢٩.

(٥٣) د. محمود خيرى بنونه: المرجع السابق، ص ١٨٠، ص ١٨١.

وفي رأينا فإن استعمال الأسلحة النووية لصد هجوم تقليدي يتجاوز الحق في الدفاع الشرعي، فهذه الأسلحة النووية هجومية وليست دفاعية.

٢ - الرد على الهجوم النووي:

في هذه الحالة يفترض أن تكون الدولة قد تعرضت إلى هجوم نووي، فهل يجوز للدولة ضحية الهجوم النووي أن ترد باستخدام الأسلحة النووية؟ ذهب بعض الفقهاء إلى أن هذا اللجوء يبدو متفقاً مع حق الدفاع الشرعي، وبذلك فمن الشرعية الرد على هجوم نووي بأسلحة نووية، إذا كان الدفاع عن النفس يجب أن يكون فاعلاً^(٥٤).

وخلص رأي آخر إلى أنه: "لن يكون من العبث فقط، ولكن سيكون متناقضاً أيضاً مع المنطق ألا تتمكن دولة من استخدام أسلحة نووية للرد على هجوم نووي تقوم به دولة أخرى"^(٥٥).

وبذلك يمكن استخلاص أنه طبقاً للفكرة المشروعة لحق الدفاع عن النفس، فإن استخدام الأسلحة النووية لا يسمح به إلا في حالة العدوان بهذا النوع من الأسلحة دون اعتبار للوضع القانوني الخاص باستخدامها.

ثالثاً - مبدأ الفروسية واستخدام الأسلحة النووية:

نادى جرسوس بالرحمة لهؤلاء الذين لا يشتركون في القتال بين أطراف متنازعة، وهم النساء والأطفال والرجال المسنين ورجال الدين والتجار وأسرى الحرب على أساس مبادئ الإنسانية.

(54) Singh (N): op. cit. p.102.

(55) Stone (J): Legal controls of International conflicts, London, 1959, 244.

- Gary (D.S) :the law of armed conflict ,second editon,Cambridge, new york 2016 , p.89.

وأيضاً د. إبراهيم زهير الدراجي: المرجع السابق، ص ٢٣٠.

كما نهي الإسلام عن قتل الرهبان، والشيوخ، والنساء، والولدان، والعجزة ما داموا مسالمين، وحرّم محاربة المدنيين وأوصى بحسن معاملة الأسرى ومنع قتلهم، وقد أوصى النبي صلى الله عليه وسلم بعدم التخريب بقوله: (لا تقتلن امرأة، ولا صغيراً فرعاً، ولا كبيراً فانياً، ولا تحرقن نخلاً ولا تفلعن شجراً ، ولا تهدموا بيتاً)، وكل ذلك تمسكاً من الإسلام بمبادئ الإنسانية^(٥٦).

وقد ميز القانون الدولي العام بين فئات ثلاث بالنسبة إلى مبادئ القانون الدولي الإنساني هي:

١ - التمييز بين المحاربين وغير المحاربين:

يميز القانون الدولي الإنساني طبقاً لاتفاقية "لاهاي" (١٩٠٧م) بين المحاربين وهم المؤهلين للقيام بالأعمال الحربية والمعرضين للهجوم من قبل الخصم، ويتمتعون بمعاملة أسرى الحرب حال وقوعهم في الأسر، وغير المحاربين الذين لا يجوز لهم مباشرة الأعمال الحربية، وبالنسبة إلى المحاربين لا يجوز القتل غيلة بينهم، كما يحرم نكث الوعود أو بدء القتال دون إعلانه، ولو أن حيل الحرب وخداع القتال مسموح بها طبقاً لقواعد القانون الدولي الإنساني العرفية والاتفاقية، أما بالنسبة إلى غير المحاربين فيجب معاملتهم بنبل وعدم قتلهم^(٥٧).

٢ - بالنسبة إلى أسرى الحرب:

تعد الامتيازات والضمانات الواردة في اتفاقية أسرى الحرب الموقعة في "جنيف" في ١٢ أغسطس سنة ١٩٤٩م من أهم الإنجازات الدولية لتدعيم حقوق الأسرى والمحافظة عليهم وعلى كرامتهم الإنسانية، وباستعراض ما نصت عليه الاتفاقية من حقوق وضمانات أساسية يتضح أنها تتفق ونظرة المجتمع الدولي الحالي للأسرى الحربي، كما عبرت عنه محكمة نورمبرج بقولها:

(٥٦) أستاذنا د. عبدالواحد الفار: القانون الدولي العام، المرجع السابق، ص ٤٥٥.

(٥٧) د. ماجد إبراهيم على: المرجع السابق، ص ٢٧٣، ٢٧٤.

"إن الأسر الحربي ليس عقاباً أو انتقاماً ، وإنما هو مجرد اعتقال تحفظي
غرضه الوحيد منع الأسير من العودة للمساهمة في القتال"^(٥٨).

٣ - بالنسبة إلى المرضى والجرحى:

وقد ورد التنظيم القانوني الدولي لمرضى وجرحى الحرب في مختلف
الاتفاقيات الدولية المعقودة في "جنيف" وذلك بهدف تحسين وضع الجرحى
والمرضى أثناء العمليات الحربية ، ومن أبرز القواعد الواردة في تلك الاتفاقيات
واجب العناية بالجرحى واحترام العاملين بالإسعاف الصحي شريطة ألا يشتركوا في
القتال، واتخاذ التدابير اللازمة لحماية موظفي الهلال الأحمر، وكذلك موظفي
الصليب الأحمر الدولي^(٥٩).

ويعد مبدأ التمييز أحد مبادئ القانون الدولي الإنساني والذي يهدف إلى حماية
غير المقاتلين من الآثار غير المميزة للحرب، وهذا النوع من الحماية يشمل ما
يفرضه مبدأ التمييز من قيود على المحاربين فيما يتعلق باستهداف المدنيين أو
الأهداف المدنية و فيما يتعلق بعدم استخدام الأسلحة، ومنها بطبيعة الحال الأسلحة
النووية التي لا تستطيع التمييز بين الأهداف المشروعة وغير المشروعة، لأنها
تصيب بلا تمييز الأهداف العسكرية والمدنيين، لأنها لا تصوب إلى هدف عسكري
محدد^(٦٠).

وفي مجال استخدام الأسلحة النووية يبدو لمبدأ الفروسية أهمية خاصة؛ إذ أن
هذه الأسلحة لا تميز في الحرب بين المحاربين وغير المحاربين، فإذا استخدم
سلاح لا يميز بينهم ويعرض الأسرى والجرحى والمرضى والمسنين والعجزة
والأطفال إلى الدمار، فإن الوضع القانوني لاستخدام هذا السلاح يكون موضع

^(٥٨) أستاذنا د. عبدالواحد الفار: أسرى الحرب، المرجع السابق، ص ٢٠٥.

^(٥٩) د. ماجد إبراهيم على: المرجع السابق، ص ٢٧٥.

^(٦٠) Bassiouni (M.SH): Amanual on International Humanitarian law and Arms control Agreements, Transnational Publishers, INC, Ardsley 2000, p.278.



جدل؛ لأن هذه المبادئ حرمت استخدام أسلحة خاصة مثل السموم والغازات والرصاص المتفجر لأنها تسبب آلاماً لا لزوم لها.
رابعاً- مبدأ حظر استخدام الأسلحة عشوائية الأثر (العمياء) أو غير التمييزية (مبدأ التمييز):

لقد اشتمل القانون الدولي الإنساني في قواعده العرفية على مبدأ مهم هو "حظر الأسلحة العمياء" التي ليس لديها القدرة على التمييز بين المقاتلين والمدنيين أو بين الأهداف العسكرية والمدنية^(٦١)، ومن ثم فإن السلاح الذي يكون بطبيعته عشوائي الأثر، ومنه السلاح النووي بالطبع هو سلاح غير مشروع. والهدف من هذا المبدأ العرفي هو حماية السكان المدنيين من أهوال الحرب، وهو من المبادئ العتيقة التي ترجع بجذورها إلى القدم ، فنجد في "قانون مانو Code Manu" الذي أوجب على المحارب عدداً من القواعد التي تستند إلى مبدأ التمييز كحظر الهجوم على المنشآت الدينية، ومساكن الأشخاص الذين لا يشتركون في الحرب، والممتلكات التي لا تتبع القوات المسلحة، ولذلك فإن تخريب المدن أو القرى أثناء القتال أمر محظور^(٦٢).

وهذا المبدأ تم التأكيد عليه في المادة (٤٨) من البروتوكول الإضافي الأول لعام (١٩٧٧م) التي نصت على أن: "يعمل أطراف النزاع على التمييز بين السكان المدنيين والمقاتلين، وبين الأعيان المدنية والأهداف العسكرية، ومن ثم توجه

(61) Kwahwa: op. cit. p.48.

(٦٢) فلقد أشارت قوانين الحرب القديمة في الهند إلى ذلك المبدأ بقولها: "أن الفلاحين الذين يمارسون عملهم في الحقول، متأكدون من حمايتهم في مواجهة الغزاة المسلحين من قبل التقاليد التي تقصر الحرب على المقاتلين".

- للمزيد انظر: ريبا (ل): إدارة الحرب ومعاملة ضحايا النزاعات المسلحة، القواعد المدونة والعرفية التي كانت سارية في الهند القديمة، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد (٨) يوليو/أغسطس، ص ١٩٨٩، ص ٢٥٧ وما بعدها .

عملياتهم ضد الأهداف العسكرية دون غيرها، وذلك من أجل تأمين وحماية السكان المدنيين والأعيان المدنية^(٦٣).

وقد أدرجت محكمة العدل الدولية هذه القاعدة في الفتوى على النحو الآتي:
"يجب على الدول ألا تجعل المدنيين هدفاً للهجوم مطلقاً ولا بد بالتالي ألا تستخدم الأسلحة التي لا تستطيع التمييز بين الأهداف المدنية والعسكرية"^(٦٤).
وهكذا ساوت المحكمة بين استخدام الأسلحة عشوائية الأثر والهجوم المتعمد على المدنيين، وأهمية هذا البيان ليست بحاجة إلى تأكيد، **فأولاً**: من المهم تأكيد حظر الأسلحة عشوائية الأثر باعتباره قاعدة عرفية؛ نظراً لأن النص التعاهدي الوحيد لحظر الهجمات العشوائية لا نجده إلى في البروتوكول الإضافي الأول الذي لم تصدق عليه جميع الدول بعد، وفي تلك المعاهدة فقط يوجد بيان عام لأنواع الأسلحة التي تحظرها هذه القاعدة، **وثانياً**: فإنه بناء على منطوق المحكمة يعني الحظر المفروض على مهاجمة المدنيين عن قصد، الموجود في البروتوكول الإضافي الثاني، تلقائياً، أنه لا بد من الامتناع عن استخدام الأسلحة العشوائية في المنازعات المسلحة غير الدولية التي ينطبق عليها البروتوكول، **وثالثاً**: فإن هذا

(٦٣) د. محمد مصطفى يونس: ملامح التطور في القانون الدولي الانساني، المرجع السابق، ص ١٤٤.

(٦٤) قالت المحكمة (الفقرات ٧٨، ٧٩، ٨٢).

(The cardinal principles contained in the texts constituting the fabric of humanitarian law are the following: The first is aimed at the protection of the civilian population and civilian objects and establishes the distinction between combatants and non-combatants; States must never make civilians the object of attack and must consequently never use weapons that are incapable of distinguishing between civilian and military targets. According to the second principle, it is prohibited to cause unnecessary suffering to combatants: it is accordingly prohibited to use weapons causing them such harm uselessly aggravating their suffering. In application of that second principle, states do not have unlimited freedom of choice of means in the weapons they use).

- (I.C.J) opinion: op. cit, paragraphs 78, 79, 82.

البيان يعنى أن أي سلاح يمكن إخضاعه للتحليل على أساس هذه المعايير وإذا اتضح أنه يعد انتهاكاً لها ، فإنه يحظر استخدامه دون أن تكون هناك حاجة إلى معاهدة خاصة^(٦٥).

فما الذي قصده المحكمة على وجه التحديد بقولها "غير قادر على التمييز بين الأهداف المدنية والعسكرية"؟ وواضح أن أي سلاح باعتباره غير عاقل لا يستطيع بنفسه أن يحقق هذا التمييز.

وصياغة البروتوكول الإضافي الأول في الفصل الثاني الخاص بحماية المدنيين، حيث ورد نص المادة (٥١) منه تصف خصائص أساليب ووسائل القتال العشوائية على النحو الآتي:

(ب) لا يمكن أن توجه إلى هدف عسكري محدد، أو (ج) ... لا يمكن حصر آثارها على النحو الذي يتطلبه هذا البروتوكول ، ومن ثم فإن من شأنها أن تصيب في كل حالة كهذه، الأهداف العسكرية والأشخاص المدنيين أو الأعيان المدنية دون تمييز^(٦٦).

وقد اختلف الفقهاء حول عشوائية الأسلحة النووية إلى مذهبين: المذهب الأول- قرر أصحابه أن الأسلحة النووية ليست بالضرورة عشوائية بطبيعتها:

ومن بين هؤلاء القضاة حاولت القاضية "هيجنز Higgins" في رأيها المعارض أن تقدم تعريفاً للأسلحة العشوائية على النحو الآتي:
"يمكن استنتاج أن السلاح يكون غير مشروع بذاته، إذا كان من غير الممكن توجيهه إلى هدف عسكري فقط " حتى في حالة وجود أضرار جانبية.

^(٦٥) لوبز دوسوالد بيك: القانون الدولي الانساني وفتوى محكمة العدل الدولية، المرجع السابق، ص ٦.

^(٦٦) د. محمد مصطفى يونس: ملامح التطور في القانون الدولي الانساني، المرجع السابق، ص ١٤٥.

ويتطبيق ذلك على الأسلحة النووية قالت:

"على الرغم من الخصائص الفريدة والفائقة التدمير التي تتسم بها جميع الأسلحة النووية، فإن ذلك المصطلح نفسه يغطي مجموعة متنوعة من الأسلحة غير المتجانسة في تأثيراتها، وبالقدر الذي يكون فيه سلاح نووي محدداً غير قادر على هذا التمييز، يصبح استعماله غير مشروع"^(٦٧).

ولم يضيف القاضي "غليوم" Guillaume كثيراً إلى التعريف الذي قدمته المحكمة، ولم يقدم أي أسباب لاستنتاجه فيما يتعلق بالأسلحة النووية في رأيه المستقل على النحو الآتي: "... لا يتضمن القانون العرفي إلا حظراً مطلقاً واحداً: هو التعريف المتعلق باستخدام ما يسمى الأسلحة (العمياء) التي لا يمكنها التمييز بين الأهداف المدنية والعسكرية، لكن من الواضح أن الأسلحة النووية لا تقع بالضرورة ضمن هذه الفئة"^(٦٨).

أما القاضي الثالث، وهو نائب رئيس المحكمة "شوبيل" Schwebel فقد سلم بوجود صعوبة ما: "بينما لا يصعب استنتاج أن مبادئ القانون الدولي الإنساني التي تميز بين الأهداف العسكرية والمدنية. تحكم استخدام الأسلحة النووية، فإن ذلك ليس معناه أن تطبيق تلك المبادئ ... أمر سهل".

غير أن القاضي "شوبيل" Schwebel عندما تناول مختلف أنواع الاستخدام وأي منها يكون مشروعاً، وأي منها غير مشروع، اتضح أنه هو أيضاً قرر أن الأسلحة النووية ليست عشوائية بطبيعتها"^(٦٩).

المذهب الثاني - الأسلحة النووية تتسم بالطابع العشوائي:
ومبرراتهم على ذلك أن:

(67) (I.C.J) Report opinion of Judge (Higgins) para, 24.

(68) Declaration of judge (Guillaume) para. 5.

(69) Dissenting opinion FO vice-president Schwebel, para. 12.

١- فالأسلحة النووية أجهزة متفجرة تنتج طاقتها من اندماج أو انشطار الذرة، ولا تطلق هذه العملية، بطبيعتها، كميات هائلة من الحرارة والطاقة وحسب، ولكن أيضاً إشعاعات قوية وطويلة الأمد، وهذه الخصائص تجعل الأسلحة النووية تنطوي على آثار مأساوية، ولا يمكن احتواء القوة التدميرية التي للأسلحة النووية لا من حيث الحيز ولا من حيث الزمن، إذ إن لها القدرة على تدمير الحضارة كلها والنظام البيئي بأكمله على^(٧٠).

٢- إن من شأن الإشعاع المنطلق من التفجير النووي أن يؤثر في الصحة والزراعة والموارد الطبيعية في مساحة بالغة الاتساع، كما أن استخدام الأسلحة النووية سيشكل خطراً شديداً على الأجيال القادمة، والإشعاع المؤين له القدرة على الإضرار في المستقبل بالبيئة والغذاء والنظام البيئي والبحرى، وإحداث عيوب وراثية وأمراض في الأجيال القادمة.

وقد قيمت المحكمة في فتاها مشروعية الأسلحة النووية على النحو الآتي:
"بالنظر إلى الخصائص الفريدة للأسلحة النووية، فإنه يبدو أنه لا يمكن إلا بصعوبة بالغة التوفيق بين استخدام مثل هذه الأسلحة واحترام هذه المتطلبات، ومع ذلك، فإن المحكمة تعتبر إنه لا يمكن احتواء قوة هذه الأسلحة سواء من حيث الحيز أو الزمان"^(٧١).

وتجدر الإشارة بوجه خاص إلى آراء ثلاثة من القضاة الذين صوتوا تأييداً للفتوى: فقد ذكر القاضي فليشهاور Fleischhauer أن: "السلاح النووي هو من عدة نواح إنكار للاعتبارات الإنسانية التي تكمن وراء القانون المطبق في النزاع

(70) (I.C.J) Report opinion, op. cit, para 35.

(٧١) وقد أضافت المحكمة:

"The requirements referred to in this sentence were the prohibition of methods and means of warfare which would preclude any distinction between civilian and military targets or which result in unnecessary suffering to combatants".

- (I.C.J) opinion, op. cit, para. 95.

المسلح ... فالسلاح النووي لا يمكنه التمييز بين الأهداف المدنية والعسكرية⁽⁷²⁾، وذهب رئيس المحكمة بدجاوى Bedjaoui إلى أنه: "يبدو أن الأسلحة النووية على الأقل في الوقت الحاضر ذات صفات تجعلها تصيب الضحايا بطريقة عشوائية، وتخلط بين المقاتلين وغير المقاتلين ... والسلاح النووي سلاح أعمى، ولذلك فإنه بطبيعته يقوض القانون الإنساني، وهو القانون المعني بالتمييز في استخدام الأسلحة"⁽⁷³⁾.

وكتب القاضي "هيرزى" Herczegh أن: "المبادئ الأساسية للقانون الدولي الإنساني التي أبرزت عن حق في استنتاجات الفتوى، تحظر بشكل قاطع لا لبس فيه استخدام أسلحة التدمير الشامل، التي تشمل الأسلحة النووية"⁽⁷⁴⁾.

• ومن جانبنا فإننا إذا نحينا جانباً الأساليب التي تكمن وراء الطريقة التي صيغت بها الفتوى، واعتمدنا على بيانات القضاة أنفسهم، سنجد أن الأغلبية وجدت أن الأسلحة النووية عشوائية في طابعها، وهم لم يفعلوا ذلك من حيث إمكانية التحديد الأولي لهدف أي نظام للأسلحة النووية، ولكن بسبب آثارها المهلكة التي لا يمكن السيطرة عليها، مما يجعل من غير الممكن التمييز على نحو سليم بين الأهداف المدنية والمدنيين من ناحية، والأهداف العسكرية والمقاتلين من ناحية أخرى.

خامساً - مبدأ التناسب والأسلحة النووية:

هذه القاعدة تتصل بادئ ذي بدء بالسلاح المشروع، على أن يكون لهدف المختار للهجوم هدفاً عسكرياً في إطار معنى القانون الدولي الإنساني، وهي تحظر الهجوم إذا كانت الإصابات الجانبية المتوقعة مفرطة بالمقارنة مع قيمة الهدف العسكري.

(72) The opinion of judg Fleischhauer, para. 2. p.1.

(73) Declararion of Mr. Bedjaoui, para. 20 (ICRC).

(74) Declaration by judge Herczegh, page (1), second paragraph.

فمبدأ التناسب هو أحد المبادئ الرئيسية للقانون الدولي الإنساني، وهو يهدف إلى إقامة نوع من التوازن بين مصلحتين متعارضتين، تتمثل الأولى منهما فيما تمليه اعتبارات الضرورة العسكرية من استخدام أكثر الأسلحة العسكرية قدرة على تحقيق الأهداف العسكرية، وثانيهما تتمثل فيما تمليه الاعتبارات الإنسانية من ضرورة العمل على تقليل الخسائر والأضرار التي تلحق بغير المحاربين والأهداف المدنية^(٧٥).

وقد قضت اللائحة المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية لسنة ١٩٠٧م بما يأتي^(٧٦):

- "ليس للمحاربين حق مطلق في اختيار وسائل إلحاق الضرر بالعدو.
- علاوة على المحظورات المنصوص عليها في اتفاقيات خاصة، يمنع على وجه الخصوص:

(هـ) استخدام الأسلحة والقذائف والمواد التي من شأنها إحداث إصابات وآلام لا مبرر لها.

(و) تدمير ممتلكات العدو أو حجزها، إلا إذا كانت ضرورات الحرب تقتضي حتماً هذا التدمير أو الحجز".

ومبدأ التناسب ينبع بصفة أساسية من نص المادة (٣٥) من البروتوكول الأول لسنة (١٩٧٧م) والملحق باتفاقيات "جنيف"، والذي ينص على أنه:

- يحظر استخدام الأسلحة والقذائف والمواد ووسائل القتال التي من شأنها إحداث إصابات أو آلام لا مبرر لها.

(75) Fleck (D): The handbook of international humanitarian law, third edition, oxford, united kingdom, 2013, p.213.

(76) د. محمود حجازي محمود: (حيازة واستخدام الأسلحة النووية في ضوء أحكام القانون الدولي) مطبعة العشري، القاهرة، ٢٠٠٥م، ص ٥١.

- يحظر استخدام وسائل أو أساليب للقتال يقصد بها أو يتوقع منها أن تلحق بالبيئة الطبيعية أضراراً بالغة واسعة الانتشار وطويلة الأمد^(٧٧).
 مما سبق يتضح أن هناك مبدأً عاماً واجب التطبيق على النزاعات المسلحة هو (مبدأ التناسب) مفاده، حظر أو تحريم استخدام أي نوع من السلاح يترتب على استخدامه حدوث أضرار أو آلام مفرطة.

ومن الغريب أن الفتوى الصادرة عن محكمة العدل الدولية لم تشر بشكل مباشر إلى هذه القاعدة، لكن قضاة عديدين أكدوا طابعها العرفي، واستندت القضاة (هيجنز وشوبيل وجليوم) إلى هذا المبدأ في قولهم إن الآثار الجانبية للأسلحة النووية قد تكون غير مفرطة في حالات معينة^(٧٨)، واتسمت تصريحات القاضية "هيجنز" والقاضي "جليوم" بتقييد أكبر في هذا الصدد، فذكرا أن الأضرار التي تسببها الأسلحة النووية كبيرة لدرجة أن الأضرار الجانبية تكون غير مفرطة فقط في الأحوال القصوى التي يكون فيها الهدف العسكري بالغ الأهمية، غير أنهما لم يقدمتا أمثلة محددة لأنواع الأهداف، وإن كانت القاضية "هيجنز" قد تحدثت عن الأحوال الضرورية على النحو الآتي: "أن تكون الميزة العسكرية متصلة ببقاء الدولة نفسها أو تجنب وقوع معاناة واسعة النطاق وشديدة (سواء بسلاح نووي أو بأسلحة أخرى من أسلحة التدمير الشامل) بين سكانها، ولا توجد وسيلة أخرى متاحة للقضاء على هذا الهدف العسكري".

أما نائب الرئيس "شوبيل" فقد ساق الأمثلة الشائعة عن الجيش في الصحراء أو الغواصة في المحيط، وقد تكون مهاجمة هذه الأهداف متناسبة؛ لأن الإشعاع لن يؤثر في كثير من الناس، ومن ناحية أخرى، اعترف بأنه: على الرغم من أنه

(٧٧) د. عادل عبدالله المسدي: استخدام الأسلحة النووية في ضوء أحكام القانون الدولي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، بنى سويف، يوليو ٢٠٠٠م، ص ٢٨٧.

(78) The opinion of judge (Higgins), para. 21.

قد تكون هناك حالات محددة لا تنتهك فيها قاعدة التناسب فإن استخدام الأسلحة النووية لن يكون متفقاً في معظم الحالات مع القانون الدولي الإنساني^(٧٩).
غير أن قضاة آخرين لم يشيروا إلى مبدأ التناسب أو عدوه غير ذي صلة بالقضية؛ نظراً لأنهم عدوا الأسلحة النووية عشوائية الطابع.
سادساً - مبدأ حظر استخدام الأسلحة التي تسبب معاناة غير ضرورية (أذى مفرطاً):

وقد وصفت المحكمة القاعدة العرفية التي تقضى بحماية المقاتلين من أسلحة معينة بأنها مبدأ أساسي؛ نظراً لأن المجتمع الدولي اكتفي على مدى العقود الأخيرة بالكلمات في هذا الشأن، مركزاً على حماية المدنيين^(٨٠).
وفيما يتعلّق بالتفسير الفعلي لهذا المبدأ تذكر الفتوى أنه: "بناء على ذلك يحظر استخدام الأسلحة التي تسبب للمقاتلين قدراً من الأذى أو تزيد من شدة معاناتهم بلا فائدة... أكبر من القدر الذي لا يمكن تجنبه لتحقيق الأهداف العسكرية المشروعة"^(٨١).

ويشترط لتطبيق هذا المبدأ أن تكون الآثار والأضرار الناجمة عن السلاح المستخدم يمكن السيطرة عليها والتحكم فيها، وإلا تعذر قياس مدى تناسبها مع الأهداف المتوقع تحقيقها، وهو ما يعنى أن الأسلحة التي لا يمكن السيطرة على الأضرار الناشئة عن استخدامها، ومن بينها بالطبع الأسلحة النووية يخالف استخدامها هذا المبدأ^(٨٢).

(79) The opinion of judge (Schwebel) Vice- president, para. 23 and 24.

(٨٠) (ومن تلك الجهود اعتماد البروتوكول الخاص بحظر أسلحة الليزر المسببة للعمى).

- Doswald – Beck (L): New protocol on blinding laser weapons, IRRC, No. 313, May – June 1996, p.272.

(81) (I.C.J.) opinion, op. cit, para, 78.

(82) Charles (J) and Moxley (J.R): op. cit. p.44.

وكما هو الحال في مبدأ التناسب، يتطلب ذلك إجراء تقييم في ضوء الأحوال المختلفة، ولتبرير إحداث هذه المعاناة للجنود، أشار القاضي "غليوم" والقاضية "هيجنز" إلى الأحوال القصوى نفسها التي ذكرناها فيما يتعلق بالتناسب في الإصابات والأضرار المدنية الجانبية.

ويرى البعض أن من تطبيقات هذا المبدأ ما يأتي :

- تحريم استخدام الأسلحة والوسائل التي تسبب أضراراً زائدة للمدنيين.
- حظر اللجوء إلى أساليب تجويع المدنيين.
- حظر اللجوء إلى الغدر^(٨٣).

غير أنه على خلاف حالة التناسب، تفترض قاعدة المعاناة غير الضرورية مسبقاً تقييماً عاماً بشأن مشروعية السلاح المعنى، فإذا لم ينجح السلاح في الاختبار، فإنه لا يمكن استخدامه إطلاقاً، ومن الناحية النظرية، يمكن إجراء تقييم لأي استخدام، لكن ذلك غير واقعي بالمرّة، وهو ما لم يحدث في الواقع، ولم يتم الاتفاق من ناحية المبدأ بعد على ما إذا كان ينبغي أن يجرى التقييم على أساس الغرض المزمع "العادي" من السلاح، أو على أساس أي استخدام يمكن تصوره، وقد حظرت في الماضي أسلحة محددة في الواقع على أساس الاستخدام المزمع العادي؛ لأنه إذا كان هناك إصرار على الاختبار الآخر، فإنه لن يتم على الأرجح حظر أي سلاح^(٨٤)، وهناك عنصر آخر يأخذ طابع الاختبار المطلق هو البيان

(٨٣) د. سعيد سالم جويلى: (المدخل لدراسة القانون الدولي الإنساني)، المرجع السابق، ص ١٤٨.

(84) The difficulty is that the unnecessary suffering rule means that the weapon is prohibited without the need for a treaty. This deters states, especially those which had developed the weapon, from declaring such unlawfulness, but they may be willing to ban a weapon arguing that such a ban is purely treaty-based. There can be no doubt, however, that the==

الوارد في إعلان "سان بطرسبورج" في عام ١٨٦٨م (San Petersburg Declaration 1868) الذي ينص على أن الأسلحة التي تجعل الموت حتماً تتجاوز ضرورات الحرب^(٨٥).

فهذا المبدأ يقوم على أساس الموازنة الفعلية والمنطقية بين نتائج استخدام الأسلحة المختلفة، التي يعنى كل منها بتحقيق الأهداف العسكرية، واستبعاد الأسلحة، ومنها الأسلحة النووية التي يؤدي استخدامها إلى إحداث آلام مفرطة لا مبرر لها أو لا يمكن السيطرة على نتائج استخدامها Uncontrollable effects^(٨٦).

وللشريعة الإسلامية أروع الأمثلة في الدعوة إلى إحاطة الحرب بالقيود التي تجعلها أكثر رحمة ولا تتجاوز الغرض منها، فقد نهى الإسلام عن الإسراف في القتل عند رجحان كفة المسلمين، يظهر ذلك جلياً من وصية عمر بن الخطاب (رضى الله عنه) إلى أمراء الجيوش الإسلامية بقوله "ولا تسرفوا عند الظهور"، وعدم الإسراف معناه العمل على تجنب إحداث آلام ومعاناة لا مبرر لها^(٨٧).

==motivation for agreeing to a ban stems from an assessment that the normal military utility does not justify the weapon's adverse effects.
- (I.C.J) opinion, op. cit. para. 79.

^(٨٥) د. محمود خيرى بنونه: المرجع السابق، ص ١٨٩.

^(٨٦) Cassese (A): Weapons causing unnecessary suffering are prohibited, 1975, p.18.

^(٨٧) (ويؤيد ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن قتل النساء والصبيان والشيخ الكبير). للمزيد انظر: د. أحمد أبو الوفا: كتاب الإعلام بقواعد القانون الدولي والعلاقات الدولية في شريعة الإسلام، الجزء العاشر (الحرب في الشريعة الإسلامية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م، ص ١٤٨ وما بعدها.

ولم يتحفظ أغلبية القضاة، وإنما أيدوا هذا المبدأ، فالقاضي "فليشهاور" Fleischhauer قال إن مثل هذه (المعانة غير المحدودة) تعد إنكاراً للاعتبارات الإنسانية التي تكمن وراء القانون المطبق في النزاع المسلح، وذكر رئيس المحكمة بدجاوي Bedjaoui أن هذه الأسلحة تسبب علاوة على ذلك، معاناة غير ضرورية، وقال القاضي "هيرزي" Herczeh إن المبادئ الإنسانية للقانون الدولي الإنساني تحظر استخدام الأسلحة النووية، أما القاضي "شهاب الدين" Shahabuddeen فقد اعترف في رأيه المعارض بأن هذه القاعدة تقتضى إيجاد توازن بين الضرورة العسكرية ومعاناة المقاتلين، وأنه كلما زادت الميزة العسكرية، زاد الاستعداد لقبول مستويات أعلى من المعاناة، غير أن الوعي العام استطاع في بعض الحالات أن يعد أنه لا توجد ميزة عسكرية متصورة يمكن أن تبرر المعاناة، كما كان الحال مثلاً بالنسبة إلى الغازات السامة، التي كان يمكن أن يقال إن لها قدراً من الفائدة العسكرية، وقال القاضي "شهاب الدين" إنه ينبغي توسيع المبدأ ليشمل معاناة المدنيين أثناء الضرر الجانبى الذي يكون مشروعاً على نحو آخر، لكن حتى إذا اقتصر المبدأ بدقة على العسكريين، فإنه كان بوسع المحكمة أن تقرر أن استخدام الأسلحة النووية ينتهك هذه القاعدة، وقد ذكر القاضي "كورما" Koroma، بعد أن وصف آثار الأسلحة النووية في "هيروشيما وناجازاكي وجزر مارشال"، أن الآثار الإشعاعية كانت أسوأ مما تسببه الغازات السامة⁽⁸⁸⁾.

سابعاً - شرط مارتينز⁽⁸⁹⁾ والأسلحة النووية Martens Clause:

(88) (I.C.J) opinion, op. cit, para. 19- 21.

(89) يرجع هذا الشرط إلى بيان أولى به السيد (فريدريك دى مارتينز) والذي كان مندوب روسيا في مؤتمر السلام المنعقد في لاهاي 1899م.

- Miyazaki (S): The Martens clause and International Humanitarian law, studies and Essays on International Humanitarian law and Red Cross==

يتجسد إرساء مبادئ الإنسانية في القانون الدولي الإنساني في شرط مارتينز Martens Clause والذي يعد حجر الزاوية في هذا القانون، وقد ظهر لأول مرة في ديباجة اتفاقية "لاهاي" الثانية لقوانين وأعراف الحرب البرية لسنة (١٨٩٩م) والتي نصت على أنه: "حتى صدور مدونة بقوانين وأعراف الحرب أكثر اكتمالاً، ترى الأطراف الإنسانية السامية المتعاقدة من المناسب أن تعلن أنه في الحالات التي لا تشملها اللائحة التي اعتمدها، يظل السكان والمقاتلون تحت حماية قاعدة مبادئ قانون الأمم الناتجة عن العادات الراسخة بين الشعوب المتحضرة، وعن قوانين الإنسانية وما يمليه الضمير العام"^(٩٠).

ولقد وضع هذا الشرط أيضاً في ديباجة اتفاقية "لاهاي" الرابعة لعام (١٩٠٧م)، ودخل بعد ذلك في صلب نص البروتوكول الإضافي الأول لعام (١٩٧٧م)، وفي ديباجة البروتوكول الثاني، وينص شرط مارتينز (على أنه في حالة عدم وجود قاعدة معينة في القانون التعاهدي، يظل المحاربون "في حمى وتحت سلطة" القانون العرفي، ومبادئ الإنسانية وما يمليه الضمير العام).

وللتأكيد على أهمية الرجوع إلى شرط مارتينز ذهب الدول المناهضة للأسلحة النووية إلى القول بأن قواعد القانون الدولي الأكثر مباشرة وتتناسب مع مشروعية الأسلحة النووية هي المبادئ العامة للقانون الدولي الإنساني، والتي عرفتها المحكمة في قضية النشاطات العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا، ومضيق كورفو بالمبادئ المسماة "اعتبارات الإنسانية"^(٩١).

==principles in Honour of Jean pictet (ICRC), Martinus Nighoff. Publisher, 1984, p. 463.

^(٩٠) روبرت تيسهورست: شرط مارتينز والقانون الدولي الإنساني، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مارس/أبريل ١٩٩٧م، السنة العاشرة، العدد ٢٥٤، ص ١٢٩.

^(٩١) د. حنان أحمد الغولي: المرجع السابق، ص ٣٧٢.

وهناك جدل حول ما إذا كانت "مبادئ الإنسانية وما يمليه الضمير العام" مقاييس مستقلة وملزمة قانوناً يمكن بها في القانون قياس سلاح أو نوع معين من السلوك، أم أنها مبادئ أخلاقية؛ لذلك من المهم أن المحكمة أكدت أهمية شرط مارتنز، "الذي لا يمكن الشك في استمرار وجوده وقابليته للتطبيق"، وذكرت أنه "وسيلة فعالة لمواجهة التطور السريع في التكنولوجيا العسكرية"، وعلى هذا الأساس أكدت المحكمة أن المبادئ الأساسية للقانون الدولي الإنساني تظل مطبقة على جميع الأسلحة الجديدة بما فيها الأسلحة النووية، وذكرت أنه لا توجد دولة تجادل في ذلك^(٩٢).

وقد تواترت الجمعية العامة للأمم المتحدة على إصدار قرار كل عام في شأن عدم مشروعية الأسلحة النووية، ومنها على سبيل المثال: القرار (٧٥/٣٨) الصادر في ١٥ فبراير سنة ١٩٨٣م الذي ورد نصه أن: "الجمعية العامة تدين بحزم وبدون قيد أو شرط وإلى الأبد الحرب النووية باعتبارها منافية لضمير الإنسان وحكمته"^(٩٣).

وأورد القاضي "شهاب الدين" Shaabuddeen أن شرط مارتنز لا يقتصر على تأكيد القانون العرفي؛ لأن ذلك غير ضروري، وإنما سمح بمعالجة مبادئ الإنسانية وما يمليه الضمير العام باعتبارها مبادئ للقانون الدولي، ينبغي التأكيد عليها في ضوء الأحوال المتغيرة، واستشهد بالمحكمة العسكرية في نورمبرج في قضية كروب في عام (١٩٤٨م)، التي ذكرت عن شرط مارتنز أنه: "أكثر من

^(٩٢) وقد أشارت المحكمة إلى شرط مارتنز أيضاً بقولها (فقرة ٨٧):

- "Finally, the Court points to the Martens Clause. Who's continuing existence and applicability is not be doubted as an affirmation that the principles and rules of humanitarian law apply to nuclear weapons".

^(٩٣) روبرت تيسهورست: المرجع السابق، ص ١٣١.

إعلان و رع إنه شرط عام، يجعل العادات المستقرة بين الأمم المتحضرة ، وقوانين الإنسانية وما يمليه الضمير العام جزءاً من المقاييس القانونية التي يجب تطبيقها إذا لم وعندما لا تغطي أحكام الاتفاقية المحددة حالات معينة ...".

وأشار القاضي "شهاب الدين" إلى أن المحكمة استعملت "الاعتبارات الأولية للإنسانية" كأساس لحكمها في قضية قناة كورفو، واستنتج أنه فيما يتعلق بالأسلحة النووية، فإن المخاطر المرتبطة بها تعنى أن استعمالها غير مقبول في جميع الأحوال.

وذكر القاضي "ويرمانتري" Weeramantry أن "شرط مارتنز يبين بوضوح أنه توجد وراء هذه المبادئ المحددة التي تمت صياغتها بالفعل مجموعة من المبادئ العامة الكافية لتطبيقها على الأوضاع التي لم يسبق تناولها .."، ومضى يقول إن انتهاك المعايير الإنسانية أكثر تطوراً الآن مما كان عليه الحال عندما وضع شرط مارتنز، ولاسيما تطور قانون حقوق الإنسان والحساسية فيما يتعلق بضرورة المحافظة على البيئة، وهذه المبادئ أصبحت الآن متعمقة في البشرية بحيث أصبحت قواعد أساسية بوجه خاص في القانون الدولي الإنساني العام^(٩٤).

ومن جانبنا فإننا نؤيد ما ذهب إليه القاضيين شهاب الدين وويرمانتري، وأن نؤكد أن تأثير شرط مارتنز هو قلب الافتراض التقليدي للقانون الدولي؛ لأن مبدأ الإنسانية وما يمليه الضمير العام يمثلان عوامل تقييدية قانونية، ولا شك أن هذه العوامل هي التي منعت الدول في الواقع من استخدام الأسلحة النووية منذ عام (١٩٤٥م) ؛ لأنه ما من شك في أن هناك وصمة عار مرتبطة باستخدامها.

(94) (I.C.J) opinion: op. cit. p.84.

الخاتمة

لما كانت الحرب هي تحكيم القوة بدل القانون ومبادئ العدالة، فهل يمكن أن يتصور وجود قانون ينظمها وقواعد تخضع لها؟ قد يكون هناك تنافر ظاهر بين طبيعة الحرب (وهي تغليب القوة على القانون) وإخضاعها لقانون ما، غير إنه لما كانت الحرب ظاهرة اجتماعية قد لا يمكن تجنبها، يجب إذا ما قامت ألا تترك بدون تنظيم تسودها أعمال القسوة والهمجية، بل يجب بقدر المستطاع تنظيمها وتهذيبها بما يتفق مع الغرض ومع مبادئ الإنسانية.

ولما كان الغرض من الحرب هو توصل أحد الطرفين إلى التغلب على الآخر توطئه لإرغامه على التسليم بما يطلب إليه، فكل فعل لا يؤدي مباشرة إلى هذا الغرض ويكون مشوباً بالقسوة والهمجية يعد غير مشروع، ويتعين تحريمه، ومن أجل ذلك وجد القانون الدولي الإنساني.

ويستند القانون الدولي الإنساني كما بينا من قبل في القواعد التي يقرها إلى فكرتين أساسيتين هما:

١- فكرة الضرورة: وتبيح استعمال القوة ووسائل العنف والخداع، وإنما بالقدر اللازم فقط لتخفيف الغرض من الحرب، وهو إرهاب العدو وإضعاف مقاومته لحمله على التسليم.

٢- فكرة الإنسانية: تحتم حماية المحاربين من أهوال الحرب وقصرها على أفراد القوات المقاتلة لكل من الفريقين.

والقانون الدولي الإنساني كما بينا من قبل قانون دولي قائم يتضمن أحكاماً تنظم أسلوب الحرب ووسائلها، واستخدام الأسلحة الحديثة يخضع لهذه الأحكام؛ لأن إغفال النص عليها عندما وضعت هذه الأحكام لم يقصد به تركها المطلق لتصرف القائمين على أمور الجند، خصوصاً وأن المحاربون لا يتمتعون بحق مطلق في استخدام وسائل الخسائر للعدو.

وإذا كان القانون الدولي الإنساني يتضمن قواعد عرفية واتفاقية تحرم صراحة استخدام بعض الأسلحة مثل السموم والأسلحة البكتريولوجية، وكانت أخطر ما عرف وقت تحريمها، فمن البديهي أن إغفال أسلحة أخطر منها لم يحدث إلا لأنها كانت غير معروفة في هذا الوقت، وإذا كان سلاحاً يسبب تدميراً وآلاماً غير مشروع طبقاً لأحكام القانون الدولي، فإن سلاحاً آخر أشد تدميراً ويحدث آلاماً أكثر لا يمكن إلا أن يكون محرماً طبقاً لهذه الأحكام.

بالإضافة إلى ذلك فإن إباحة استخدام الأسلحة النووية فيه قضاء على أحكام القانون الدولي الإنساني، ما كان منها خاصاً بحماية المدنيين أو بتحريم إبادة الجنس البشري، أو بحماية المستشفيات والممتلكات الخاصة، ومن هذه الأحكام ما وضع بعد استخدام الأسلحة النووية، وهي تحرم إبادة الجنس البشري، كما تحرم تدمير وتخريب منشآت عديدة ولا يمكن تفادي ذلك، إذا استخدمت أسلحة نووية في الحرب.

أهم المقترحات للقضاء على استخدام الأسلحة النووية في الحرب:

من المعروف أن انتشار الأسلحة النووية كان وما يزال عاملاً مؤثراً في تهديد الأمن والسلام الدوليين، مما دعا العديد من الدول والمنظمات الدولية إلى البحث عن أسلوب يدرأ هذا الخطر عنها، ومن وجهة نظرنا أن القضاء على استخدام الأسلحة النووية في الحرب بمعناها في العصر الحديث يستلزم طرح عددٍ من المقترحات أهمها:

أولاً- عقد المعاهدات والاتفاقيات لتحريم استخدام الأسلحة النووية صراحة:

رغم أننا بينا في هذه الدراسة أن القانون الدولي الإنساني يحرم استخدام الأسلحة النووية في الحرب، إلا أننا نرى أن: عقد معاهدات لتحريم استخدام الأسلحة النووية صراحة سوف يكون لها آثار سياسية وأخرى معنوية وكذلك آثار فنية، فمن ناحية الآثار السياسية فإن هذه المعاهدات سوف تكون إثباتاً لحسن نية المتعاقدين، والآثار المعنوية لتقليل حدة التوتر بين الدول، والآثار الفنية لتحديد

أسلوب الرقابة والإشراف على منع استخدام أخطر أسلحة عرفت حتى الآن، أما من الناحية القانونية سوف لا تكون هذه المعاهدات إلا تأكيداً وتطبيقاً لأحكام قائمة الآن تقضى بأن "استخدام الأسلحة النووية محرم طبقاً للقانون الدولي العام". ويجب أن ينص في هذه المعاهدات على عدم استخدام السلاح النووي أو غيره من أجهزة التفجير النووي والغازات الحربية السامة القاتلة بالإضافة إلى المواد البيولوجية.

ثانياً- تطوير التشريع الدولي الملزم في هذا المجال:

(الاهتمام بصياغة قواعد قانونية جديدة ذات صفة إلزامية في مجال تحريم وفرض الجزاءات).

أثبتت الممارسة العملية عبر القرن الماضي عدم كفاية أحكام الاتفاقيات والمعاهدات الدولية لمواجهة الخطر النووي، الأمر الذي سوف يتبعه أزمة نووية حادة ونحن في بادية القرن الحادي والعشرون، كما هو الحال متمثلاً في القدرات النووية الباكستانية والهندية والقدرات الإسرائيلية تكمله للنادي الذري، حيث المعاهدات الدولية لم تكن كافية لكفالة كبح جماح الدول الراغبة في امتلاك السلاح النووي.

ومن ثم تكون قضية تطبيق القواعد القانونية والمبادئ وأحكام الاتفاقيات المبرمة في هذا المجال، ووضعها موضع التنفيذ أحد الجوانب المهمة التي تحتاج إلى معالجة تشريعية دولية حديثة ومواجهة قانونية متطورة ومواكبة للتطور التكنولوجي، الذي يجعل من الأخطار النووية أضراراً جديدة لم تكن في الحسبان طبقاً للقانون الدولي التقليدي، والتي تفجر مسؤوليات دولية جديدة يجب أن توضع في الأجندة الدولية لمكافحة الأخطار النووية واستحداث العديد من التدابير الوقائية لأساليب الرقابة والتفتيش تتمشى والسيادة الدولية للدولة، وكذلك إيجاد العديد من الآليات الحديثة للمسؤولية الدولية والمتابعة بالحكم في الدعاوي والشكاوي الخاصة بالانتهاك الدولي في هذا المجال.

ثالثاً- تدعيم القضاء الدولي الجنائي الدائم ممثلاً في المحكمة الجنائية الدولية:
والتي يجب أن تزود بدوائر قضائية ذات كفاءة عالية، وأن يوجد بها مجموعة من الخبراء الفنيين المتخصصين والمختصين دولياً في هذا المجال، ويراعى فيمن يحمل صفة الضبطية القضائية البيئية النووية أن يكون على مستوى علمي مدرب، وذا خبرة عالية في ضبط الواقعة وإثبات الحالة والتعرف إلى هوية الملوثة ومصادره، ويراعى أيضاً أن يكون مستخدماً للأجهزة الحديثة للرصد والرقابة والتفتيش على دراية كاملة مدرباً للتنفيذ والمتابعة لتحديد أركان الجريمة الدولية وتصنيفها فنياً وعلمياً وقانونياً على المستوى العالمي، وذلك لتحديد المسؤولية القانونية الدولية وفقاً للأفعال المنتهكة من قبل الدولة المخالفة.

رابعاً- إنشاء ما يسمى بعصبة الحياد المسلح ضد استخدام الأسلحة النووية:
في أواخر القرن الثامن عشر عندما كثر اعتداء المحاربين على أموال غير المحاربين وسفنهم، نشأت فكرة الدفاع عن الحياد بطريق القوة، فكونت كل من "روسيا والنرويج والسويد والدانمرك" سنة (١٨٧٠م) ما يسمى "بعصبة الحياد المسلح" لتواجه الاعتداءات التي تقع من "فرنسا وإنجلترا وأسبانيا" والمشتبكة في الحرب وقتئذ.

ومن المعروف أن الأضرار التي تصيب الدول المحايدة من جراء استخدام الأسلحة النووية في الحرب تسبب خسائر جسيمة لرعايا هذه الدول وممتلكاتها، كما تمس سيادتها وإقليمها بأضرار فادحة لم يعرف مداها حتى الآن، وتصل في نتائجها إلى مرتبة العدوان، مما يدعو إلى أن تستلهم دول العالم فكرة "عصبة الحياد المسلح ضد استخدام الأسلحة النووية".

ويقودنا إلى هذه الفكرة عدم قدرة دولة محايدة واحدة على الوقوف أمام دولة كبرى نووية، فاتفق عدة دول بينها دولة نووية على الالتزام بحياد موصوف منحاز ضد من يستخدم الأسلحة النووية في الحرب طبقاً لمعاهدة جماعية تنظم هذا الوضع، قد يكون عملاً رادعاً ضد من يفكر في استخدام هذه الأسلحة.

خامساً- إنشاء مناطق خالية من الأسلحة النووية:

إن السعى نحو نزع السلاح النووي وإنشاء مناطق خالية من الأسلحة النووية تمثل مدخلاً يستوجب دعمه، والبحث عن الإمكانيات العملية والفنية والدعم السياسي والقانوني من دول المنطقة، ومن دول السلاح النووي لخلق حالة من الاستقرار والأمن في تلك المناطق وفي العالم أجمع.

ويجب أن تتوفر الشروط الآتية للقول بأن هذه المناطق خالية من الأسلحة النووية:

- ١- عدم امتلاك دول المنطقة للأسلحة النووية.
 - ٢- عدم السماح لقوى خارجية عن المنطقة بوضع أسلحة نووية على أراضي دول المنطقة.
 - ٣- عدم استخدام الأسلحة النووية تجاه أهداف بالمنطقة من قبل دول تقع خارج المنطقة
 - ٤- اتباع إجراءات جماعية في حالة وقوع عدوان على أي دولة في المنطقة.
 - ٥- الالتزام بقبول إجراءات التفتيش والتحقق النووي.
- ولم يتفق العالم على تعريف محدد للمناطق الخالية من الأسلحة النووية، لكن يتم تحديد المعالم الجغرافية للمناطق المختلفة على أساس سياسى بحت. وبالنسبة إلى إنشاء منطقة خالية من الأسلحة النووية في الشرق الأوسط فإن الظروف الراهنة في المنطقة العربية مع وجود إسرائيل في قلبها وهي الدولة الوحيدة التي تمتلك ترسانة نووية، ورفضها الانضمام إلى معاهدة منع انتشار الأسلحة النووية قد لا تسمح بقيامها في الوقت الراهن.
- ## سادساً- النزع الشامل للأسلحة النووية:

مع انتهاء الحرب الباردة، وبينما العالم ينتظر أن تتحرك القوى النووية اتجاه نزع السلاح النووي؛ وذلك بعد أن انتفت المبررات المعلنة لاحتفاظ تلك الدول

بترسانتها النووية شرع أعضاء النادي الذري في تعديل عقائدهم النووية، بما يبرر إمكان استخدام تلك الأسلحة النووية في مواجهة غير نووية.

وللأسف الشديد فقد ضربت الدول النووية عرض الحائط برغبة المجتمع الدولي بأسره، وبتوجيهات قطاعات حيوية داخل تلك الدول ذاتها تطالب بنزع السلاح النووي، واستخدمت تلك الدول جميع الذرائع الممكنة لتكريس احتكارها للأسلحة النووية، وتصورت أن إغلاق أبواب النادي الذري ومنع دخول أعضاء جدد يشاركونهم العضوية هو السبيل لحظر الانتشار النووي.

ولم تضع الدول النووية في اعتبارها إنه مادامت الأغلبية الساحقة من دول العالم لا تملك أسلحة نووية، فإن على الأقلية التلخص من أسلحتها النووية، وإزالتها نهائياً، وذلك عبر جدول زمني.

وما دامت أسلحة الدمار الشامل موجودة بما لها من قوة تدميرية هائلة، فلن يشعر أي إنسان بالأمان على هذه الأرض، والأمن العالمي يكمن فقط في إزالة الأسلحة النووية وجميع أسلحة الدمار الشامل، ولن يكون بمقدور أي دولة أن تتمتع بالأمان مادامت عشرات الآلاف من الرؤوس النووية الكفيلة بسحق كل منجزات الحضارات الإنسانية موجودة في أيدي قلة من الدول بحجة ضمان أمن هذه الدول، بينما يتم تجاهل المتطلبات الأمنية لسائر الدول تجاهلاً كاملاً.

وأخيراً: فإن عملية نزع أسلحة الدمار الشامل وعملية ضبط وإزالة ومنع انتشار الأسلحة النووية والإزالة الكاملة للأسلحة البيولوجية والكيميائية يحتاج تحقيقها إلى جهود مكثفة ومنسقة على كل المستويات، وسواء على مستوى المجتمع الدولي ممثلاً في مؤتمر نزع السلاح التابع للأمم المتحدة .. أو على مستوى كافة الدول التي أبدت اهتماماً بهذا الموضوع.

قائمة المراجع

أولاً- المراجع العربية:

- ١) د. محمود خيرى بنونه: القانون الدولي واستخدام الطاقة النووية، مؤسسة دار الشعب، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٧١م
- ٢) هنرى ميروفيتز: حماية البيئة الطبيعية في فترة النزاع المسلح، دراسات في القانون الدولي الإنساني، دار المستقبل العربي، القاهرة، ط ١ سنة ٢٠٠٠م.
- ٣) د. حسن إبراهيم صالح عبيد: الجريمة الدولية، دراسة تحليلية تطبيقية، الطبعة الأولى، سنة ١٩٧٩م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٤) د. حنان أحمد الفولى: (الرأي الاستشارى لمحكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد باستخدام الأسلحة النووية، أو استخدامها الصادر في ٨ يوليو ١٩٩٦م) رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٤م.
- ٥) د. هنرى ميروفيتز: مبدأ الآلام التي مبرر لها، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد ٣٧، مايو/يونيو سنة ١٩٩٤م.
- ٦) الدكتور/ عبدالواحد الفار: القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٢م.
- ٧) د. محمد مصطفى يونس: ملامح التطور في القانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٦م.
- ٨) د. محمد محمود خلف: حق الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٣م.
- ٩) د. إبراهيم زهير الدراجى: جريمة العدوان ومدى المسؤولية القانونية الدولية عنها، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة ٢٠٠٢م.
- ١٠) د. عبدالواحد الفار: أسرى الحرب، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة ١٩٧٥م.

- (١١) ريبا (ل): إدارة الحرب ومعاملة ضحايا النزاعات المسلحة، القواعد المدونة والعرفية التي كانت سارية في الهند القديمة، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد (٨) يوليو/أغسطس، سنة ١٩٨٩م.
- (١٢) لويز دوسوالد بيك: القانون الدولي الإنساني وفتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد باستخدام الأسلحة النووية أو استخدامها، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد ٣١٦ لسنة ١٩٩٧م.
- (١٣) د. محمود حجازى محمود: (حيازة واستخدام الأسلحة النووية في ضوء أحكام القانون الدولي) مطبعة العشري، القاهرة، ٢٠٠٥ م.
- (١٤) د. عادل عبدالله المسدى: استخدام الأسلحة النووية في ضوء أحكام القانون الدولي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، بنى سويف، يوليو ٢٠٠٠م.
- (١٥) د. سعيد سالم جويلى المدخل لدراسة القانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٣م.
- (١٦) د. أحمد أبوالوفا: كتاب الإعلام بقواعد القانون الدولي والعلاقات الدولية في شريعة الإسلام، الجزء العاشر (الحرب في الشريعة الإسلامية)، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠١م.
- (١٧) روبرت تيسهورست: شرط مارتينز والقانون الدولي الإنساني، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مارس/أبريل ١٩٩٧م، السنة العاشرة، العدد ٢٥٤.

ثانياً- المراجع الأجنبية:

- 1) Kalshoven (F): The soldier and his golf club, studies and essays on IHL and Red Cross principles in Honour, Martinus Nijhoff publisher, 1984.
- 2) (I.C.J) Reports, 1996، 2- N.



- 3) Singh (N): Nuclear weapons and International law, Dordrecht / Boston/ London, Martinus Nijhoff.
- 4) Kwahwa: The International law of armed conflict: personal material fields of application, Kluwer academic, 1992.
- 5) Brownlie (I): International law and the use of force by states, Oxford, London, 1988.
- 6) Pogany (I): Nuclear weapons and International law. Nuclear weapons and self defense in International law, 1986.
- 7) Stone (J): Legal controls of International conflicts, London, 1959.
- 8) Bassiouni (M.SH): A manual on International Humanitarian law and Arms Control Agreements, Transnational Publishers, INC, Ardsley 2000.
- 9) Singh (N): Armed conflict and international laws of ancient India, studies and essays on IHL and red cross principles, 1984.
- 10) Charles (J) and Moxley (JR) Nuclear weapons and International law in the post cold war world, Austin, Winfield publishers, Ithaca, New York, Oxford, 2000.
- 11) Doswald – Beck (L): New protocol on blinding laser weapons, IRRC, No. 313, May – June 1996.
- 12) Miyazaki (S): The Martens clause and International Humanitarian law, studies and Essays on International Humanitarian law and Red Cross principles in Honour of Jean Pictet (ICRC), Martinus Nijhoff. Publisher, 1984.
- 13) Cassese (A): Weapons causing unnecessary suffering are prohibited, 1975.
- 14) Gary (D.S): the law of armed conflict, second edition, Cambridge, New York 2016.
- 15) Fleck (D): The handbook of international humanitarian law, third edition, Oxford, United Kingdom, 2013.
- 16) Sohin (D) and Toman: The law of armed conflicts, Geneva, 1973.



تنفيذ أحكام التحكيم في المنازعات الإدارية في فرنسا ومصر

(دراسة مقارنة)

الدكتور/ هيثم السيد عبد الواحد إبراهيم*

المخلص:

التحكيم نظام قانوني مركب فهو يبدأ ببناء على إرادة الأطراف، ثم تأتي المرحلة الثانية وهي مرحلة خصومة التحكيم ففيها تلتقي الإجراءات مع الموضوع، وينحصر دور الإرادة في تحديد إطار النزاع أو التنازل عن التحكيم أو عزل المحكم أو رده ثم تأتي المرحلة الأخيرة من مراحل التحكيم وهي مرحلة تنفيذ الحكم الذي يصدره المحكم وهذه المرحلة تحاط بحماية قضاء الدولة في صورتها التنفيذية ومرحلة التنفيذ لاحقة ومتميزة عن مرحلة القضاء وهي تتم تحت إشراف القضاء، وإذا كان الثابت أن حكم المحكم يحوز حجية الأمر المقضى بمجرد صدوره إلا أنه لا يكون قابلاً للتنفيذ الجبري إلا بعد صدور الأمر بالتنفيذ من القاضي المختص .

الكلمات المفتاحية: التنفيذ - التحكيم - الإداري - المنازعات - الأحكام.

* دكتوراه في القانون العام - كلية الحقوق - جامعة بنها.



Implementation of Arbitration Rulings in Administrative Disputes in France and Egypt (Comparative Study)

Dr. Haitham Elsayed AbdelWahed Ibrahim*

Abstract:

Arbitration is a complex legal system. It starts at the will of the parties and then comes the second stage, the stage of litigation. This stage is surrounded by the protection of the state judiciary in its executive form and the implementation phase is later and distinct from the judicial stage. Over the implementation of the competent judge.

Keywords: Implementation - Arbitration - Administrative - Disputes – Judgments.

* PhD in Public Law - Faculty of Law, Benha University.

المقدمة

إذا كان للتحكيم هذه الأهمية الفائقة لحسم المنازعات التي تثور بين الأفراد والدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة بصفة خاصة فإن تنفيذ حكم التحكيم يُعد بمنزلة لحظة الحقيقة بالنسبة إلى نظام التحكيم كله فلحظة التنفيذ مثل الوقت الحرج أو وقت الوفاء بالدين، فنجاح التحكيم أو القضاء يقاس بمدى إمكانية تنفيذ أحكامه، ولن يكون له من قيمة قانونية أو عملية، إذا ظل مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ^(١)، فتنفيذ حكم التحكيم يمثل أساس مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ فتنفيذ حكم التحكيم يمثل أساس مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ فتفيد حكم التحكيم يمثل أساس ومحور نظام التحكيم نفسه وتتحدد به فاعليته لفض وتسوية المنازعات^(٢)، ويقوم منهج الدراسة في هذا البحث، المنهج الاستقرائي الاستنباطي المقارن فضلاً عن المنهج النقدي لقانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة (١٩٩٤م) المعدل بالقانون رقم (٩) لسنة (١٩٩٧م) المقارن بمرسوم التحكيم الفرنسي لعام (١٩٨٠، ١٩٨١) وما ورد من قواعد عامة من قوانين المرافعات المدنية والتجارية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم وتطبيقها على نقاط البحث المختلفة^(٣).

وإذا كان الفقه قد أهتم بدراسة كيفية تنفيذ أحكام القضاء الإداري، وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في مجال القانون الخاص، فإن تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الإدارية لم تحز على اهتمام فقه القانون العام سواء في فرنسا أو مصر لانشغاله بأشكاله مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات تلك العقود، الأمر الذي أدى إلى ندرة الدراسات المتخصصة بتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في منازعات التحكيم الصادرة في منازعات تلك العقود، الأمر الذي حدا بنا إلى اختيار هذا الموضوع لإعداد هذه الدراسة؛ نظراً لعدم تناول الباحثين لهذا الموضوع من قبل سوى في جزئيات صغيرة في مؤلفات متنوعة لا تضع قاعدة عامة في شأن تنفيذ أحكام التحكيم في المنازعات الإدارية، ومن ثم يرى الباحث تقسيم البحث على النحو الآتي:

(١) انظر: د/ مصطفى المتولى قنديل، "دور الأطراف في نسوية المنازعات العقدية"، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠٠٥م، ص ٢١، ٢٠.

(٢) Gilles Pellissier: Pour un revelation de la specificite des recours administratifs, R.F.D.A, 1998, P.324

(٣) انظر: د/ خليل عبد المنعم خليل "العدالة في نظام القيم السياسية الإسلامية"، مكتبة الآداب، سنة ٢٠١١م، ص ٦٨.

خطة البحث:

الفصل الأول: الرقابة على حكم التحكيم.

المبحث الأول: طرق الطعن على حكم التحكيم.

المبحث الثاني: مدى جواز اللجوء إلى التحكيم للفصل ف. المنازعات الإدارية

الفصل الثاني: الرقابة القضائية من خلال تنفيذ حكم التحكيم في المنازعات الإدارية.

المبحث الأول: أساس سلطة القضاء في الرقابة في مرحلة تنفيذ حكم التحكيم.

المبحث الثاني: مظاهر الرقابة القضائية في مرحلة تنفيذ حكم التحكيم.

الفصل الأول

الرقابة القضائية على حكم التحكيم

يعبر اتفاق الأطراف على التحكيم - بلا شك - عن اتجاه إرادتهم إلى استبعاد كل أشكال تدخل القضاء الوطني بصدد النزاع المثار بينهم والمتفق على حله بطريق التحكيم، غير أن ذلك لا يعني التخلي عن حقهم في الرجوع إلى قضاء الدولة من أجل إصلاح ما شاب حكم التحكيم من أخطاء، فحسن سير العدالة في المجتمع يتطلب دائماً أن تتاح الفرصة كاملة أمام المحكوم عليه في اللجوء إلى قضاء الدولة؛ لتدارك ما وقع فيه حكم التحكيم من أخطاء؛ لذا فقد عنى المشرعون في مختلف الدول بتنظيم طرق الطعن المتاحة لمراجعة حكم التحكيم أمام القضاء الوطني.

ولما كان موضوع الدراسة في هذا الفصل ينصب على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، فإنه من الأهمية التعرض لطرق الطعن التي قررتها الشريعة العامة للتحكيم في الدول محل الدراسة لبيان مدى توافقها مع طبيعة تلك المنازعات من جهة، ومع الطبيعة الخاصة لنظام التحكيم والمستندة في أساسها إلى إرادة الأطراف من جهة أخرى، أو بعبارة أخرى تكمن الغاية الأساسية من هذا المبحث في إجراء تعادل أو توازن بين خصوصية المنازعات الإدارية من ناحية، وذاتية نظام التحكيم من ناحية أخرى، بحيث لا تطغى إحداها على الأخرى (مبحث أول).

ولا تقتصر الغاية فقط على ذلك، وإنما تمتد أيضاً إلى تحديد جهة القضاء الوطني التي ينبغي عقد الاختصاص لها بإجراء الرقابة على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، إذ إنه بالرغم من تمتع النزاع الصادر بشأنه حكم التحكيم بالطابع الإداري، إلا أن جانباً من الدول محل الدراسة قد اتجهت إلى عقد الاختصاص بشأن إجراء تلك الرقابة للقضاء العادي؛ الأمر الذي يشكل اعتداءً على مبدأ ازدواجية القضاء La dualité des juridictions، ذلك المبدأ الذي يقوم على وجود جهتين

قضائيتين؛ إحداهما: جهة القضاء العادي، وتختص بنظر المنازعات التي تثور بين الأفراد بعضهم البعض، والأخرى: جهة القضاء الإداري، وتختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الإدارة والأفراد ويكون لها الطابع الإداري (مبحث ثان).

المبحث الأول

طرق الطعن المقررة لأحكام التحكيم

إن الطعن - بصفة عامة - هو وسيلة قانونية تسمح لمن صدر الحكم ضده بأن يطالب بإعادة النظر فيما قضى به عليه بغرض استصدار حكم جديد في صالحه سواء عن طريق تعديل الحكم الصادر ضده أو إلغائه كلياً أو جزئياً^(٤).

وبما أن حكم التحكيم كغيره من الأحكام القضائية يصدر عن بشر، فإنه من المتصور حدوث خطأ فيه، سواء تعلق هذا الخطأ بالإجراءات التي بني عليها الحكم أو بالأوضاع التي لا بدت صدوره، أو تعلق بالحكم ذاته عن طريق الخطأ في تطبيق القانون على ما ثبت من الوقائع أو في تقديرها واستخلاص النتائج منها، ومن أجل ذلك، عني المشرعون بتنظيم طرق الطعن في أحكام المحكمين حتى تتاح الفرصة أمام المحكوم عليه لإصلاح هذا الخطأ^(٥).

ولا تختلف طرق الطعن المقررة بالنسبة إلى أحكام التحكيم عن تلك المقررة للأحكام القضائية، وإن كانت هناك بعض الطرق يفضل استبعادها من نظام التحكيم بسبب ذاتية هذا النظام؛ لذا فإنه من المتعين التعرض لمختلف الطرق التي قررتها الشريعة العامة للتحكيم في الدول محل الدراسة حتى نتمكن من تحديد الطرق المثلى للطعن في أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية.

أولاً- الاستئناف L'appel:

الاستئناف - بصفة عامة - هو الطريق العادي ordinaire للطعن في أحكام محكمة أول درجة أمام محكمة أعلى منها (محكمة الدرجة الثانية) بغرض مراجعة الحكم وإبطاله، ويعد هذا النظام تطبيق لمبدأ التقاضي على درجتين، يهدف إلى تدارك أخطاء

(٤) انظر: د/ عيد محمد القصاص، "حكم التحكيم"، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٣م، ص ٢٢٠.

(٥) انظر: في القرب من هذا المعنى د/ أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، دون ذكر دار النشر، ٢٠٠٢م، ص ٢١٥.

القضاء وإتاحة الفرصة للخصوم لاستدراك ما فاتهم تقديمه من دفوع وأدلة أمام محكمة أول درجة^(١).

ولقد أخذ المشرع الفرنسي بنظام الاستئناف^(٧) كإحدى الوسائل التي يمكن من خلالها الطعن في أحكام التحكيم الوطنية بشرط عدم تنازل طرفي التحكيم عن سلوك هذا الطريق في اتفاق التحكيم، أو أن يكون التحكيم على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف، وتختص بنظره محكمة الاستئناف الصادر في نطاقها حكم التحكيم، على أن يقدم خلال مدة الشهر الذي يلي إعلان حكم التحكيم المزيل بالصيغة التنفيذية^(٨).

ووفقاً للمادة (١٤٨٣) من قانون الإجراءات المدنية، فإنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على التنازل عن حق الاستئناف، أو إذا احتفظوا بهذا الحق صراحة في حالة التحكيم الطليق، فإن طريق الاستئناف يعد الطريق الوحيد الذي يمكن من خلاله الطعن في أحكام التحكيم الوطنية، بحيث لا يستطيع الأطراف سلوك طريق آخر من طرق الطعن المقررة بالنسبة لأحكام التحكيم (كالطعن بالبطلان).

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض في حكمها الصادر بتاريخ ١٤ من مارس عام ٢٠٠٦ بالآتي: "في مادة التحكيم الداخلي، فإن حكم التحكيم يقبل الطعن فيه بطريق

(١) انظر: د/ وجدي راغب فهمي، د/ أحمد ماهر زغلول، الوجيز في المرافعات، دون ذكر الناشر أو تاريخ النشر، ص ١١٦٣.

(٧) ومن الجدير بالذكر أن المشروع التمهيدي لقانون الإجراءات المدنية الذي أعد في عام ١٩٨٠م كان ينص على أن الحكم الصادر عن المحكمين يعتبر نهائياً إذا لم يتفق الأطراف على غير ذلك، ولكن عدل هذا الاتجاه في المشروع النهائي الذي أخذ - في الأساس - بطريق الاستئناف مع جواز التنازل عنه.

E. Loquin, Perspectives pour une réforme des voies de recours, Rev. arb. 1992, p.321, spéc, p.325.

(٨) فقد نصت المادة ١٤٨٢ من قانون الإجراءات المدنية على أنه: "حكم التحكيم يقبل الاستئناف ما لم يكن الأطراف قد تنازلوا عن سلوك هذا الطريق في اتفاق التحكيم. غير أن حكم التحكيم الصادر عن المحكم الطليق لا يكون قابلاً للاستئناف ما لم يكن الأطراف قد اتفقوا صراحة على الاحتفاظ بحق الاستئناف في اتفاق التحكيم".

الاستئناف ويعد الطريق الوحيد متاح لتعديل أو لإلغاء حكم التحكيم، إذا لم يتفق الأطراف في اتفاق التحكيم على التنازل عن هذا الطريق^(٩).

أما بالنسبة إلى لمشرع المصري^(١٠) فقد اتبع المسلك الرامي إلى حظر الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية. وإذا كان تقرير الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم يشكل ضماناً مهمة لحسن سير عدالة قضاء التحكيم، وأن من شأن استبعاده - على حد تعبير بعض الفقهاء - يجعل من التزام المحكمين بتطبيق قواعد القانون الموضوعي مجرد التزام نظري^(١١)، فإن التساؤل الذي يمكن أن يثار في هذا الصدد: هل يحتل نظام الطعن بالاستئناف دوراً بارزاً في المنازعات الإدارية، أو بمعنى آخر هل يعد نظام التقاضي على درجتين من المبادئ الأساسية التي أولاها القانون الإداري عناية خاصة، ومن ثم لا يجوز استبعاده من طرق الطعن المتاحة بالنسبة إلى أحكام التحكيم الإداري؟ أم أن الفلسفة التي يقوم عليها نظام التحكيم تستلزم استبعاد هذا الطريق كلياً؟

١ - مدى إمكانية استبعاد الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم الإداري:

بادئ ذي بدء نود الإشارة إلى أن نصوص القانون في فرنسا التي أجازت لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم لم تتضمن بين طياتها نصاً يبين النظام القانوني المطبق عليها، ولعل الاستثناء الوحيد في هذا المضمار، ذلك المتعلق بقانون ١٧ من إبريل عام ١٩٠٦م وتعديلاته والذي أحال - صراحة - بشأن تنظيم إجراءات التحكيم الخاصة

(٩) تنص المادة ١٤٨٦ من قانون الإجراءات المدنية على أنه: "الاستئناف والطعن بالبطلان يرفعان أمام محكمة الاستئناف الصادر في نطاقها حكم التحكيم، ولا يقبل الاستئناف أو دعوى البطلان إلا إذا قدما خلال الشهر الذي يلي إعلان حكم التحكيم المزيل بالصيغة التنفيذية".

C. Cass. 1re ch.c, 14 mars 2006, Worm c/sté Laboratoires Theramex, Rev.arb. 2007, p.71, note J.-Y. Garaud, Ch.-H.

وفى ذات الاتجاه:

Paris 1re ch. suppl, 26 mai 1987, Baraudon c/ G.A.N.-Vie, Rev.arb. 1987, p.509, note Ch. Jarrosson.

C. Cass. 2e ch.c, 27 mai 2004, sté Sablières Pires c/ SCI Ferme de la Malmaison, Rev.arb. 2004, p.611, note M.-C

(١٠) فقد نصت المادة ٥٢ من قانوني التحكيم المصري على عدم قابلية خضوع أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذين القانونين للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية.

(١١) انظر: د/ على سالم إبراهيم ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية ١٩٩٧م، ص ٣٤٥.

بالمنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريدات إلى نصوص قانون الإجراءات المدنية.

وترتب على ذلك وجود نوعين من التحكيم الإداري، الأول: التحكيم الإداري الذي يجد مرجعيته بشأن تنظيم إجراءاته في نصوص قانون الإجراءات المدنية. والنوع الثاني: التحكيم الإداري الذي أنشئ دون وجود مرجعية في أية نصوص قانونية، مما ترتب على ذلك عدم وضوح النظام القانوني المطبق على هذا النوع الأخير من التحكيمات⁽¹²⁾.

وإذا كانت المنازعة المطروحة على التحكيم من طبيعة خاصة يختص بها - في الأساس - القاضي العادي، فإن مسألة تطبيق أحكام قانون الإجراءات المدنية فيما يتعلق بالطعن في أحكام التحكيم لا تكون محل شك، ومن ثم فإن حكم التحكيم يقبل الطعن فيه بالاستئناف مع جواز اتفاق الأطراف على استبعاده، غير أنه إذا تعلق الأمر بعقد إداري والذي يدخل في الاختصاص المقرر للقاضي الإداري، فإن استبعاد طريق الطعن بالاستئناف في حكم التحكيم الصادر بشأنه يبدو أمراً دقيقاً ومعقداً للغاية، سواء تعلق الأمر بتحكيم يجد مرجعيته في نصوص قانون الإجراءات المدنية، أو بتحكيم لا يجد مرجعية في أية نصوص قانونية.

فالالاتجاه الذي اتبعته المادة (١٤٨٢) من قانون الإجراءات المدنية بشأن جواز الاتفاق على استبعاد الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم قد رفضه مجلس الدولة، فالقاعدة العامة في فقه قضاء هذا المجلس قوامها أن الطعن بالاستئناف في حكم التحكيم أمام القاضي الوطني يعد أمراً متاحاً دائماً حتى لو لم يوجد نص قانوني يقر ذلك⁽¹³⁾، أو وجد نص قانوني يجيز للأطراف الاتفاق على التنازل عن هذا الطريق من طرق الطعن.

(12) J.-M. Auby, L'arbitrage en matière administrative, AJDA 1955, p.81, spéc, p.88.

(13) بل أكثر من ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي قد قرر جواز الطعن في أحكام التحكيم حتى لو نص القانون على أن الحكم الصادر عن هيئة التحكيم يعتبر بمثابة حكم صادر عن محكمة أول وآخر درجة. فعلى سبيل المثال: فإن المادة ٤٥ من قانون ٨ من ابريل عام ١٩٤٦ - السابق بينها - قد أعطت للمجلس الأعلى للكهرباء والغاز حق الفصل في المنازعات التي تعرض عليه بحكم يعتبر صادراً عن محكمة أول وآخر درجة، وعلى الرغم من نص المادة السابقة، فإن مجلس الدولة قد تبني حلاً مخالفاً، إذ أجاز للأطراف اللجوء إلى القضاء للطعن بالاستئناف في هذه الأحكام.

راجع في تفاصيل ذلك:

J.-M. Auby, L'arbitrage en matière administrative, art. Préc, p.88.

ويمكن أن نلمس هذا الاتجاه من خلال حكمه الصادر في قضية "Lamborot" بتاريخ ٤ من يناير عام ١٩٥٧م، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد "Lamborot" كان يملك حصة كبيرة من أسهم شركة "Mines d'Aniche" التي تم تأميمها بموجب قانون ١٧ من مايو عام ١٩٤٦م الذي أكمل بقانون ٢٣ من أغسطس عام ١٩٤٨م، وأنشأ بمقتضاه لجنة تحكيم تختص بنظر النزاعات المتعلقة بتعويض الأشخاص الذين تم تأمين أموالهم، ثم صدر بعد ذلك مرسوم ٢٧ من ديسمبر عام ١٩٤٨م الذي عدل بعض أحكام مرسوم ٢٧ من يونيو عام ١٩٤٧م ونص في المادة الثالثة منه على أن الأحكام التي تصدرها لجنة التحكيم تعد أحكاماً نهائية.

وبالرغم من نص هذه المادة، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد قرر عقد اختصاصه بنظر الطعن بالاستئناف في حكم التحكيم الصادر عن لجنة التحكيم المذكورة متبعاً في ذلك رأي مفوض الحكومة Chardeau الذي ذهب في تقريره المقدم في هذه القضية إلى أن مرسوم ٢٧ من ديسمبر عام ١٩٤٨م والذي استبعد نظام الطعن بالاستئناف يكون قد تعدى على المجال المحفوظ للمشرع؛ ذلك أن القانون وحده هو الذي يستطيع إنشاء الهيئات القضائية ويخالف قواعد توزيع الاختصاص^(١٤)، فقد قضى المجلس بأن: "المنازعات [الخاضعة للجنة التحكيم] لا يمكن عقد الاختصاص بشأنها لمجلس الدولة إلا بمناسبة الطعن فيها بطريق الاستئناف، دون أن تحول ذلك المادة (٣) من مرسوم ٢٧ من ديسمبر عام ١٩٤٨م، وذلك بسبب غياب النص التشريعي الصريح الذي يستبعد هذا الطريق من طرق الطعن"^(١٤).

ويستفاد من الحكم السابق أن مجلس الدولة الفرنسي قد عد أن مبدأ التقاضي على درجتين من إحدى المبادئ العامة في الإجراءات ولا يمكن اغفاله، ويشكل بهذه المنزلة

(14) J. Chardeau, concl. Sur C.E., 4 janvier 1957, Lamborot, AJDA 1957, p.108, spéc, p.109. "Que les litiges ne peuvent plus être portés devant le Conseil d'Etat que par le moyen d'un appel formé contre la décision arbitrale éventuellement intervenue, sans que puissent faire obstacle à un tel appel les dispositions de l'article 3 du décret du 27 décembre 1948, lesquelles en l'absence de toute disposition législative expresse, ne sauraient légalement exclure cette voie de recours". C.E., 4 janvier 1957, Lamborot, AJDA 1957, p.108, concl. J. Chardeau.

وانظر أيضاً الحكم الصادر عن مجلس الدولة في قضية Le Secteur Electrique de Reuilly بتاريخ ٢ من مارس عام ١٩٥٦م والذي رفض فيه المجلس الفصل في النزاع قبل لجوء الأطراف إلى التحكيم المنصوص عليه في المادة ١٨ من قانون ٨ من ابريل عام ١٩٤٦م. C.E., 2 mars 1956, Le Secteur Electrique de Reuilly, Rec., p.102.

ضمانة أساسية لمصلحة المتقاضين ولمصلحة سير العدالة⁽¹⁵⁾، وأن القواعد التي تعارض ذلك دون وجود نص تشريعي صريح تشكل اعتداءً على ذلك المبدأ⁽¹⁶⁾.

وهذا ما حرص المجلس على التأكيد عليه في فتوى والت "ديزني" الصادرة عام ١٩٨٦م، حيث قرر أن الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية يعد من الآثار المترتبة بقوة القانون، ولا يمكن استبعاده إلا بموجب نص تشريعي صريح⁽¹⁷⁾.

وهكذا فإن التنازل عن حق الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية سوف يظل من الأمور الإشكالية – في فرنسا – على الأقل في الوقت الراهن، وذلك بسبب مسلك مجلس الدولة الفرنسي الراض لمبدأ جواز الاتفاق على استبعاد الطعن بالاستئناف⁽¹⁸⁾، وتطلبه ضرورة وجود نص تشريعي صريح يستبعد هذا الطريق من طرق الطعن⁽¹⁹⁾.

فقد ذهب الفقيه Auby إلى أنه إذا كان يمكن استبعاد نظام الطعن بالاستئناف من نظام التحكيم، وذلك في الحالات التي يكون فيها القاضي العادي مختصاً بنظره، فإن هذا الأمر يكون محل شك بالنسبة إلى الحالات التي ينعقد الاختصاص بشأنها لمجلس الدولة؛ وذلك بسبب اتجاهه نحو رفض جواز التنازل عن حق الاستئناف⁽²⁰⁾.

(15) "D'autre part, la règle de la double juridiction est un principe général de procédure qui consacre une garantie essentielle aux intérêt des plaideurs et a l'intérêt supérieur de la justice".

B. Chenot, concl. Sur C.E., 4 février 1944, Vernon, RDP 1944, p.176, spéc, p.179.

(16) "Les règles de contentieux administratif s'opposent à la mise en oeuvre d'une prescription qui porterait atteinte au principe du double degré de juridiction".

J. Puisoye, Les juridictions arbitrales dans le contentieux administratif, AJDA 1969, p.277, spéc, p.283.

(17) E. Guillaume, concl. Sur C.E., 3 mars 1989, A.R.E.A, Rec., p.69, spéc, pp.76-77.

(18) ولعل الاستثناء الوحيد الذي قرره المشرع الفرنسي بشأن استبعاد الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، تلك الذي قرره قانون ١٩ من أغسطس عام ١٩٨٦م الخاص بالمنازعات الناشئة عن بعض العمليات المبرمة مع الشركات الأجنبية، إذ نص هذا القانون صراحة على استبعاد الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم الصادرة وفقاً له.

(19) A. Patrikios, op.cit, p.285.

(20) J.-M. Auby, L'arbitrage en matière administrative, art. Préc, p.88.

وهذا ما عبر عنه أيضاً الفقيه "Foussard" فقد ذهب إلى القول إنه: "على الرغم من أن المادة (١٤٨٢) من قانون الإجراءات المدنية قد أعطت الحرية للأطراف في استبعاد الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم، فإن هذا الحل يعد أمراً مشكوكاً فيه في ظل الوضع الحالي للقانون الوضعي، تأسيساً على القاعدة التي وضعها مجلس الدولة، بقوة القانون، فالاستئناف أمر مقرر بقوة القانون"^(٢١).

وعلى هذا الأساس يمكن القول على ضوء الوضع المقرر في فقه القضاء الإداري الفرنسي إنه طالما لا يوجد نص تشريعي صريح ينص على استبعاد الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم الإداري، فإن هذا الطريق من طرق الطعن يعد - دائماً - متاحاً للأطراف حتى لو اتفقوا على خلاف ذلك تطبيقاً للقاعدة التي وضعها مجلس الدولة والتي مفادها أن الطعن بالاستئناف أمر مقرر بقوة القانون، وأن المشرع هو الوحيد الذي يملك الخروج عن هذه القاعدة بموجب نص قانوني صريح، وإذا كان الأمر كذلك، فإن هذا يقودنا إلى التساؤل عن مدى إمكانية وملاءمة استبعاد تطبيق نظام الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم الإداري؟

في الواقع إنه بالرغم من أن الطعن بالاستئناف يمثل ضماناً مهمة للمتقاضين، ويتيح للقضاء إجراء رقابة فاعلة على حكم التحكيم، إلا أنه ينبغي استبعاده بالرغم من ذلك - كقاعدة عامة - من طرق الطعن المقررة لأحكام التحكيم الإداري سواء تعلق الأمر بتحكيم وطني أم دولي، وذلك للأسباب التالي ذكرها.

٢- أسباب استبعاد نظام الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم الإداري:

١- إن الدور الذي يلعبه الطعن بالاستئناف في المنازعات الإدارية، ومنها ذات الطبيعة التعاقدية - وفقاً لرأي البعض - يبدو ضئيلاً ويحتل مكانة متواضعة، فليس هناك مبدأ أو قاعدة عامة في القانون الإداري يكرس مبدأ التقاضي على درجتين ويعطيه عناية خاصة، فالاستئناف لا يشكل سوى وسيلة فنية للطعن في الأحكام القضائية^(٢٢).

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن مبدأ التقاضي على درجتين له قيمة تشريعية^(٢٣) وليس دستورية^(٢٤)، ومن ثم لا توجد عقبات تحول بين سلطة المشرع العادي

(21) D. Foussard, L'arbitrage en droit administratif, art. Préc, p.45.

(22) M. Deguerge, Le double degré de juridiction, AJDA 2006, p.1308, spéc, p.1309.

A. Patrikios, op.cit, p.281.

(23) C.E., 4 février 1944, Vernon, RDP 1944, p.180, concl. B. Chenot p.176., note G. Jèze p.175

(24) M. Deguerge, art. Préc, pp.1310 et s.

في استبعاده من بعض المنازعات، والاعتراف لبعض الأشكال من القضاء الخاص بسلطة الفصل في النزاع القائم أمامه كمحكمة أول وآخر درجة^(٢٥).

وهذا ما أفصح عنه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في قضية "Faveret" بتاريخ ٦ من يونيو عام ١٩٤٩م، حيث قرر أن من شأن غياب القواعد التي تنص على قابلية الطعن في الأحكام القضائية بطريق الاستئناف أن يؤدي ذلك إلى اعتبار هذه الأحكام كأنها صادرة عن محكمة آخر درجة، ولا يمكن - على إثر ذلك - أن تكون محلاً للطعن فيها إلا عن طريق الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة^(٢٦).

٢- إن استئناف أحكام التحكيم الإداري ينطوي على سلبيات تنعكس بشكل مباشر على الهدف الرئيس الذي يسعى التحكيم إلى تحقيقه وهو سرعة الفصل في المنازعات، كما أن من شأن تطبيق هذا الطريق من طرق الطعن على الأحكام الصادرة في ظل التحكيم الإداري أن يؤدي - بلا شك - إلى نقل الإجراءات مرة أخرى إلى درجات المحاكم المختلفة، وهذا يتعارض مع إرادة الأطراف المتمثلة في استبعاد القضاء الرسمي للدولة من نظر المنازعات المثارة بينهم.

٣- إن فكرة استئناف أحكام التحكيم الوطنية - التي تجد مهادها في القانون الفرنسي - وما ينتج عنها من إمكانية تعديل هذه الأحكام بواسطة القضاء قد لاقت معارضة شديدة من بعض الفقهاء^(٢٧)، مما حدا بجانب منهم إلى التساؤل عن مدى احتياج نظام التحكيم لهذا الطريق من طرق الطعن.

فقد ذهب الفقيه "Loquin"^(٢٨) نظام التقاضي على درجتين يجب أن يتلاشى عند الحديث عن التحكيم؛ ذلك أن الطعن بالاستئناف يتعارض مع روح نظام التحكيم المتمثلة في سرعة الفصل في المنازعات، والسرية، وحرية الأطراف في اختيار قضاتهم، لذا فإنه من الأفضل - وفقاً لرأيه - اقتصار نظام الطعن بالاستئناف على المنازعات المدنية دون التجارية حتى يحقق التحكيم الأهداف المرجوة منه^(٢٩).

(25) B. Pacteau, Contentieux administratif, op.cit, p.291.

(26) "Qu'en l'absence de toute disposition prévoyant que les décisions desdits conseils statuant sur les contestations dont s'agit sont susceptibles d'appel, ces décisions, rendues en dernier ressort, ne peuvent faire l'objet que d'un recours en cassation devant le Conseil d'Etat".

C.E., 6 juin 1949, Faveret, Rec., p.288.

(27) J. Loussouarn, Les voies de recours dans le décret du 14 mai 1980, Rev.Arb. 1980, p.671, spéc, pp.683 et s.

(28) E. Loquin, Perspectives pour une réforme des voies de recours, art. préc, p.326.

(29) E. Loquin, Ibidem., p.327.

وإذا طبقنا هذا الرأي على أحكام التحكيم الإداري يتبين أنه إذا كان صحيحاً أن نشاط الدولة يهدف في الأساس إلى إشباع الحاجات العامة للمواطنين، إلا أنها تمارس في الوقت ذاته نشاطاً يتشابه إلى حد كبير مع النشاط التجاري⁽³⁰⁾، مما يبني على ذلك أن الإدارة نفسها سوف تحتاج إلى عنصر السرعة في الفصل في بعض الأنواع من المنازعات، مما يكون من الملائم معه استبعاد الطعن بالاستئناف من التحكيم الإداري. لذا فإنه من الأفضل - على ما يبدو - أن يكون الأصل هو عدم استئناف أحكام التحكيم الصادرة في منازعات العقود الإدارية⁽³¹⁾ مع إعطاء الأطراف حق الاتفاق على استخدام هذه الوسيلة كأثر طبيعي لمبدأ سلطان الإرادة، ذلك المبدأ الذي يقوم عليه نظام التحكيم برتمته.

وقريب من هذا المعنى ما عبرت عنه الدراسة التي أعدها مجلس الدولة الفرنسي عام (١٩٩٣م) حول الطرق البديلة لحل المنازعات في المواد الإدارية، إذ انتهت مجموعة العمل إلى تفضيل الحلول المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والمتعلقة

(30) J.-M. Jaquet, L'État, opérateur du commerce international, JDI 1989, pp.621-690.

(31) وهذا الاتجاه يؤيده أمران؛ الأول: إن غالبية التشريعات المقارنة التي نظمت عملية التحكيم لم تتضمن بين طياتها نصاً يسمح من خلاله الطعن في أحكام التحكيم بالاستئناف، ومن هذه التشريعات على سبيل المثال: القانون الأسباني الصادر بتاريخ ٢٣ من ديسمبر عام ٢٠٠٣م، والقانون اليوناني الصادر بتاريخ ١٨ من أغسطس عام ١٩٩٩م، والقانون السويدي الصادر بتاريخ ٤ من مارس عام ١٩٩٩م، والقانون الإيطالي الصادر بتاريخ ١ من ديسمبر عام ١٩٨٦م، والقانون الألماني المعدل في عام ١٩٩٧م.

أما الأمر الثاني: فإن الممارسات العلمية في فرنسا تكشف عن تفضيل أطراف خصومة التحكيم - دائماً - استخدام طريق الطعن بالبطلان عن طريق الطعن بالاستئناف، إذ يشير الفقيه Crépin إلى أنه من بين الطعون التي قدمت إلى محكمة استئناف باريس والمحاكم الاستئنافية الأخرى والتي بلغت ٥٣٧ طعناً كان نصيب نظام الاستئناف منهم ١٥١ طعناً فقط بالمقابل لـ ٣٨٦ طعناً عن طريق دعوى البطلان.

راجع:

S. Crépin, Les sentences arbitrales devant le juge français. Pratique de l'exécution et du contrôle judiciaire depuis les réformes de 1980-1981, préface de Ph. Fouchard, L.G.D.J. 1995, p.137 .

بإعطاء الحرية للأطراف في التنازل عن حق الاستئناف لسلوك طريق الطعن بالبطلان لتوافق ذلك مع روح التحكيم⁽³²⁾.

ثانياً- الطعن بالبطلان **Le recours en annulation**

١- **الوضع المقرر في فرنسا:** إذا تنازل الأطراف صراحةً عن حق الطعن بالاستئناف، أو إذا لم يتفقوا في حالة التحكيم الطليق على الاحتفاظ بهذا الحق في اتفاق التحكيم، ينغلق أمامهم طريق الاستئناف ويبقى لهم فقط طريق الطعن بالبطلان وفقاً للحالات التي أوردها المشرع على سبيل الحصر في المادة (١٤٨٤) من قانون الإجراءات المدنية⁽³³⁾.

وتعد القواعد الإجرائية التي تحكم الطعن بالبطلان، وكذلك المدة التي يتعين تقديمه في خلالها هي ذاتها المقررة للطعن بطريق الاستئناف، كما أن الطعن بالبطلان والاستئناف يخضعان لذات الإجراءات المتبعة أمام محكمة الاستئناف⁽³⁴⁾.

(32) Conseil d'Etat, Section du rapport et des études, Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, op.cit., p.99.

(33) وهذه الحالات هي:

- إذا فصل المحكم في النزاع دون وجود اتفاق تحكيم أو بناء على اتفاق باطل أو انتهت مهمته.
- إذا شكلت محكمة التحكيم بصورة غير شرعية، أو إذا تم تعيين المحكم الوحيد بطريقة مخالفة للقانون.
- إذا فصل المحكم في النزاع دون التقيد بحدود المهمة التي عهد بها إليه.
- إذا لم يتم احترام مبدأ المواجهة.
- في جميع حالات البطلان المنصوص عليها في المادة (١٤٨٠) (وهذه الحالات تتعلق ببيانات حكم التحكيم وتسببها).
- إذا خالف المحكم قاعدة متعلقة بالنظام العام ."

انظر في شرح هذه الحالات بالتفصيل والأحكام القضائية الصادرة في شأنها:

M. de Boissésou, Le droit français de l'arbitrage, op.cit., pp.367 à 384.

(34) L'appel et le recours en annulation sont formés, instruits et jugés selon les règles relatives à la procédure en matière contentieuse devant la cour d'appel. ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن المادة ١٤٨٧/٢ من قانون الإجراءات المدنية كانت تعطي لمحكمة الاستئناف الحق في تعديل أو تحديد الوصف الذي أعطاه الأطراف لطريق الطعن في حكم التحكيم لدى تقديمه وحتى نظر القضية، إلى أن جاء المرسوم رقم ١٤٢٠-٢٠٠٤ الصادر بتاريخ ٢٣ من ديسمبر عام ٢٠٠٤م وألغى هذه الفقرة.

راجع في تفاصيل ذلك:

L. Degos, L'abrogation de l'article 1487 alinéa 2 NCPC par le décret du 23 décembre 2004, Rev.arb. 2005, pp. 226-227.

فضلاً عن ذلك، فإن الآثار المترتبة على الطعن بالبطلان هي ذاتها نفس الآثار المترتبة على الطعن بطريق الاستئناف، إذ تنص المادة (١٤٨٨) من قانون الإجراءات المدنية على أنه: "لا يقبل القرار الصادر بمنح الصيغة التنفيذية أي طعن فيه، غير أن استئناف حكم التحكيم أو الطعن ببطلانه يترتب عليه بقوة القانون، في حدود اختصاص المحكمة، طعناً ضد قرار قاضي التنفيذ أو رفعاً ليد هذا القاضي.

غير أنه من الملاحظ من جهة أخرى أن المادة (١٤٨٥) من القانون ذاته قد رتبته أثراً مهماً على قبول الطعن بالبطلان لم ترتبه بالنسبة إلى الاستئناف، ويتمثل هذا الأثر في إمكانية قيام القاضي الوطني - في حالة قضاءه ببطلان حكم التحكيم - بالفصل في موضوع النزاع، شريطة أن يكون ذلك في حدود المهمة التي كانت ممنوحة للمحكم وعدم وجود اتفاق بين الأطراف يخالف ذلك.

ولقد أخذ المشرع الفرنسي أيضاً بطريق الطعن بالبطلان - دون سواه - بالنسبة إلى أحكام التحكيم الصادرة في ظل التحكيم الدولي شريطة أن يكون حكم التحكيم قد صدر في فرنسا، فقد نصت المادة (١٥٠٤) من قانون الإجراءات المدنية على أن حكم التحكيم الصادر في فرنسا في إطار تحكيم دولي يمكن أن يكون محلاً للطعن فيه بطريق الإبطال، وفقاً للحالات المنصوص عليها في المادة (١٥٠٢).

ولقد نصت المادة (١٥٠٢) على خمس حالات، تعد الأربع حالات الأولى منها صورة طبق الأصل من الأربع حالات الأولى المنصوص عليها في المادة (١٤٨٤) الخاصة بالتحكيم الوطني والسابق بيانها، أما الحالة الخامسة فتتعلق بجواز الطعن في حكم التحكيم بطريق الإبطال، إذا كان من شأن الاعتراف بهذا الحكم أو تنفيذه يشكل اعتداءً على النظام العام الدولي.

٢- **الوضع المقرر في مصر:** في الفترة ما قبل صدور قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م كان المشرع المصري يسير على ذات نهج نظيره الفرنسي، فقد كانت المادة (٨٤٧) من مجموعة المرافعات سنة (١٩٤٩) تجيز الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم بجانب الطعن بالتماس إعادة النظر (م ٨٤٨)، بالإضافة إلى إجازة رفع دعوى أصلية ببطلان الحكم (م ٨٤٩).

ولما صدرت مجموعة المرافعات الحالية (١٩٦٨م)، نصت المادة (٥١٠) منها على عدم جواز الطعن في حكم التحكيم بالاستئناف، وأبقت على طريق الطعن بالتماس إعادة النظر (م ٥١١).

ولما صدر قانون التحكيم الحالي، حضرت الفقرة الأولى من المادة (٥٢) منه الطعن في حكم التحكيم بأي طريق من طرق الطعن المقررة في قانون المرافعات المدنية

والتجارية، سواء كان من الطرق العادية كالاستئناف، أم من الطرق غير العادية كالتماس إعادة النظر أو النقض أو حتى الاعتراض الخارج عن الخصومة.

وإذا كان المشرع المصري قد حظر الطعن في أحكام التحكيم بأي طريق من طرق الطعن العادية وغير العادية، إلا أنه أجاز من ناحية أخرى مراجعة الحكم من خلال رفع دعوى بطلان أصلية ترفع خلال التسعين يوماً التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه، إما أمام محكمة الدرجة الثانية (محكمة القضاء الإداري، إذا كانت قيمة المنازعة لا تتجاوز ٥٠٠ جنيه أو المحكمة الإدارية العليا، إذا تجاوزت قيمة النزاع حدود هذا النصاب)، وذلك إذا تعلق الأمر بتحكيم وطني، وإما أمام محكمة استئناف القاهرة أو أي محكمة استئناف أخرى يتفق عليها الطرفان وذلك في حالة التحكيم الدولي.

وترفع دعوى البطلان بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، ولا تقبل إلا ممن كان طرفاً في الخصومة التي صدر فيها حكم التحكيم، وتقبل هذه الدعوى حتى لو نزل المدعى عن حقه في الطعن بالبطلان^(٣٥).

ويجب أن توجه دعوى البطلان - كقاعدة عامة - إلى أحكام التحكيم المنهية للخصومة، فلا يجوز رفع دعوى البطلان ضد القرارات التي يصدرها المحكمون والمتعلقة بإجراءات الإثبات أو بسير الخصومة، وذلك تطبيقاً لنص المادة (٢١٢) من قانون المرافعات^(٣٦) باعتبار أن نصوص هذا القانون تعد نصوصاً إجرائية عامة تنطبق على كافة الدعاوي، إلا ما استثني بنص خاص، واستثناءً من هذه القاعدة، يجوز رفع دعوى البطلان ضد الأحكام الوقتية والجزئية التي تصدرها هيئة التحكيم، إذ نصت المادة (٤٢) من قانون التحكيم على أنه: "يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاماً وقتية أو في جزء من الطلبات وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها".

وتتميز دعوى البطلان - كما ذهب بعض الفقهاء - بأنها: "تتوجه إلى الحكم كعمل قانوني بصرف النظر عما يتضمنه الحكم من خطأ في التقدير، ولهذا فإن العيوب التي يجوز التمسك بها بدعوى البطلان يجب أن تكون عيوباً إجرائية، إذ هذه وحدها هي التي تؤدي إلى بطلان الحكم، أما الخطأ في التقدير، أي مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه

(٣٥) فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥٤ من قانون التحكيم على أنه: "(....) ولا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعي البطلان عن حقه في رفعها قبل صدور حكم التحكيم".

(٣٦) تنص المادة ٢١٢ من قانون المرافعات على أنه: "لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها (....)".

أو في تأويله، فإنه مهما كانت جسامته لا يؤدي إلى بطلان الحكم، وبالتالي لا يجيز رفع دعوى ببطلانه^(٣٧).

وفي الواقع إن هذا الرأي السابق مردود عليه بأنه غير صحيح على إطلاقه، حيث إنه إذا كان من الصحيح أن الخطأ في تطبيق القانون، أو في تفسيره، أو في تأويل نصوصه لا يعد من أسباب دعوى البطلان الواردة على سبيل الحصر في نص المادة (٥٣) من قانون التحكيم، إلا أنه ينبغي ملاحظة أن المسخ أو إهمال المحكم في تطبيق القانون أو تشويبه لنصوصه يعادل استبعاد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، ويعد في هذه الحالة من الأسباب التي يمكن الارتكان عليها لطلب بطلان حكم التحكيم، وهذا ما انتهى إليه تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشؤون الاقتصادية عندما قررت أنه: "كما استحدثت اللجنة البند (د) لتضيف إلى حالات قبول دعوى بطلان حكم التحكيم حالة استبعاد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع ويدخل في مفهوم نطاق استبعاد القانون الواجب التطبيق الخطأ في تطبيقه إلى درجة مسخه"^(٣٨).

ولأن دعوى البطلان - كما يذهب بعض الفقهاء - ليست طريقاً من طرق الطعن المقررة في الأحكام القضائية، لذلك فإنها لا تشكل جزءاً من هيكل خصومة التحكيم أو مرحلة من مراحلها، ومن ثم فهي طريق استثنائي يجب قصره على أسباب وشروط محددة^(٣٩)، لذا فقد حصر المشرع أحوالها في ثلاث حالات الأولى: حالات البطلان المتعلقة باتفاق التحكيم، والثانية: حالات البطلان المتعلقة بخصومة التحكيم، والثالثة: إذا تضمن حكم التحكيم ما يخالف النظام العام في مصر، وفي هذه الحالة الأخيرة تستطيع المحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها^(٤٠).

(٣٧) د. فتحي والي: دعوى بطلان حكم التحكيم، بحث مقدم إلى ندوة التحكيم والوسائل البديلة لحسم منازعات التجارة والاستثمار التي عقدت بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في الفترة من ٤ إلى ٦ من ديسمبر عام ٢٠٠٤م.

(٣٨) انظر: تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشؤون الاقتصادية، مرجع سابق، ص ٥١٣.

(٣٩) انظر: د. محمد محمد بدران: مذكرات في حكم التحكيم (صياغته، بطلانه، حججه وتنفيذه)، دار النهضة العربية ١٩٩٩م، ص ١٤١.

(٤٠) انظر: بالتفصيل في شرح حالات بطلان حكم التحكيم وفقاً لأحكام القانون المصري: د. حفيظة السيد حداد: الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، ==

- وفي ذلك تنص المادة (٥٣) من قانون التحكيم على أنه: "١- لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية:
- (أ) إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاج مدته.
- (ب) إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.
- (ج) إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته.
- (د) إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.
- (هـ) إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين.
- (و) إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها.
- (ز) إذا وقع بطلان في حكم التحكيم، أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثار في الحكم.
- ٢- وتنقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم، إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية".

== مرجع سابق، ص ١١١ وما بعدها، د. أحمد السيد صاوي: المرجع السابق، ص ٢٢٤ وما بعدها، د. علي بركات: الطعن في أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣م، ص ٤٧ وما بعدها، د. سيد أحمد محمود: نظام التحكيم، مرجع سابق، ص ٣٧٨ وما بعدها، د. عيد محمد القصاص: حكم التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٤٤ وما بعدها، د. محمود مختار أحمد بريري: المرجع السابق، ص ٢١٦ وما بعدها، د. محمد أحمد عبد النعيم: حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية، "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية ٢٠٠٢م، ص ١٩٤ وما بعدها، د. محمد أبو العنين: دور القضاء في القضايا التحكيمية، بحث مقدم إلى الملتقى العربي الثالث الذي عقد بجامعة الدول العربية، ١٩ من يناير ٢٠٠٤م، ص ١١ وما بعدها.

ويترتب على بطلان حكم التحكيم زوال هذا الحكم وما يترتب عليه من آثار، دون أن تتعرض المحكمة لموضوع النزاع لكي تفصل فيه، وذلك لغيب النص القانوني الذي يقر هذه السلطة للمحكمة، إذ لا يمكن تقرير هذه السلطة، إلا إذا وجد نص قانوني صريح يعطي للمحكمة التي تقضي ببطلان حكم التحكيم مكنة التعرض لموضوع النزاع والفصل فيه كما هو الشأن في فرنسا وبعض دول مجلس التعاون الخليجي^(٤١).

وإذا كانت غالبية تشريعات الدول محل الدراسة، قد جعلت من الطعن بالبطلان القاعدة العامة لمراجعة حكم التحكيم، فإنه لا يوجد ما يمنع من نقل هذا الطريق من طرق الطعن إلى التحكيم الإداري، خاصة أن القضاء الرسمي للدولة سوف يمارس رقابة فاعلة على حكم التحكيم، سواء من الناحية الشكلية أم من الناحية الموضوعية.

فمن الناحية الشكلية: فإن القضاء سوف يتحقق أولاً من أن حكم التحكيم قد صدر طبقاً لاتفاق صحيح، وأن هيئة التحكيم قد تم تشكيلها على وجه غير مخالف للقانون، وأنها راعت القواعد الإجرائية الأمرة التي ينص عليها القانون والتزمت بمراعاة المبادئ الأساسية في النفاضي لاسيما مبدأي حق الدفاع والمواجهة.

أما من الناحية الموضوعية، فإن القضاء سوف يتأكد من احترام المحكم لحدود مهمته وأنه لم يفصل في مسائل لا يجوز فيها التحكيم، أو في مسائل لم يشملها اتفاق التحكيم، وأنه (أي المحكم) قد طبق القواعد الموضوعية للقانون الإداري على المنازعة ذات الطبيعة الوطنية محل التحكيم، حيث إن الفقرة الثانية من المادة (٥٣) من قانون التحكيم المصري قد نصت على أن للمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضي ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام، ومما لا شك فيه أن معظم قواعد القانون الإداري واجبة التطبيق على المنازعة محل التحكيم، تعد من القواعد الأمرة التي تتعلق بالنظام العام، والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ومن ثم فإن هيئة التحكيم سوف تكون ملزمة بتطبيق هذه القواعد على النزاع القائم أمامها، وإذا لم تقم بذلك، فإن الحكم الصادر عنها سوف يقع في دائرة البطلان، ومن ثم لا يجوز صدور أمر بتنفيذه^(٤٢).

(٤١) واتفق مع ما قرره بعض الفقهاء من ضرورة تدخل المشرع بنص قانوني يعطي للخصوم حق الاتفاق على منح القاضي المختص بنظر دعوى البطلان حق الفصل في موضوع النزاع إذا قضى ببطلان حكم التحكيم توكيلاً لما تم إنفاقه من مصروفات وما تم استهلاكه من وقت وجهد طوال فترة عملية التحكيم.

راجع في هذا الرأي: د. محمد محمد بدران: المرجع السابق، ص ١٦٦.

(٤٢) انظر في هذا المعنى: د. يسرى محمد العصار: التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية ٢٠٠١م، ص ٢٤١.

صفوة القول إن الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الإداري يعد أكثر الطرق اتفاقاً مع الفلسفة التي يقوم عليها نظام التحكيم، ويتبقى لنا في هذا المضمار أن نشير إلى المدة التي يتعين فيها رفع دعوى البطلان، فقد أوجب المشرع المصري في المادة (١/٥٤) من قانون التحكيم رفع تلك الدعوى خلال التسعين يوماً التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه، ومما لا شك فيه أن هذه المدة تعد طويلة نسبياً، إذ إنه من الممكن أن ينتظر المحكوم عليه حتى آخر يوم من ميعاد رفع دعوى البطلان ثم يقوم بعد ذلك برفعها، وهذا ما يتعارض مع الفلسفة التي يقوم عليها نظام التحكيم والمتمثلة في سرعة إنهاء المنازعات. لذا فإنه من الأوفق أن يتم تقصير تلك المدة إلى أقل من ذلك، ولتكن ستين يوماً، وخاصة أن هذه المدة الأخيرة ليست بغريبة عن المنازعات الإدارية، إذ إنها تعد المدة المقررة لاستئناف الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر^(٤٣).

ثالثاً- التماس إعادة النظر *Le recours en revision*

وفقاً للمادة (١٤٩١) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، فإن حكم التحكيم يقبل الطعن فيه بطريق التماس إعادة النظر طبقاً للحالات والشروط المعمول بها بالنسبة على الأحكام القضائية، ويقدم هذا الطعن إلى محكمة الاستئناف التي صدر حكم التحكيم في دائرتها.

ويستفاد من هذا النص أن المشرع الفرنسي قد أجاز الطعن بالتماس إعادة النظر في أحكام التحكيم حال توفر إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة (٥٩٥) من قانون الإجراءات المدنية^(٤٤)، على أن يتم تقديم هذا الالتماس خلال شهرين من تاريخ علم الملتمس بأسباب التماسه، وذلك بالإجراءات والأوضاع المقررة لالتماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة عن القضاء الوطني بنفسها.

وباستقراء نصوص قانون التحكيم المصري يتبين عدم أخذه بطريق التماس إعادة النظر مثلما فعل القانون الفرنسي، على الرغم من أن هذا الطريق من طرق الطعن غير العادية في الأحكام يمثل ضماناً مهمة ضد كل حكم يصدر بناء على غش أو تزوير، ويأخذ لو أعاد المشرع المصري النظر في موقفه هذا وأخذ بهذا الطريق، على أن يقصره على ما إذا كان حكم التحكيم مبنياً على غش، أو أدلة إثبات ثبت تزويرها، أو لمن يعد

^(٤٣) انظر: في هذا الرأي: د. محمود مختار أحمد بريي التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة ٢٠٠٤، ص ٢٣٧.

^(٤٤) S. Crépin, op.cit., p.142.

الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد ادخل في الخصومة، واستبعاد ما عدا ذلك من حالات الالتماس المقررة في المادة (٢٤١) من قانون المرافعات؛ لأنها تعد من حالات دعوى البطلان، وعلى أن يرفع الالتماس إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع بالإجراءات ذاتها والأوضاع المقررة لالتماس إعادة النظر في أحكام المحاكم الوطنية كما كان مقرراً من قبل في المادة (٥١١) من قانون المرافعات (الملغاة)^(٤٥)؛ وذلك لصعوبة اجتماع هيئة التحكيم التي أصدرت الحكم الملتمس فيه - بعد صدوره - في أعم الحالات.

المطلب الثاني

تحديد القضاء المختص بإجراء الرقابة على حكم التحكيم

"توجد قواعد يأبى العقل الإذعان لها، إلا إذا أجبرته قوة البراهين على ذلك، وهناك على العكس قواعد أخرى سهلة الإدراك، وتفرض نفسها اختصاص القاضي الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بأحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الإدارية تدرج تحت إطار النوع الثاني من تلك القواعد".

هذه العبارة البليغة التي قالها الفقيه "Foussard" تعبر بطريقة واضحة عن أن جهة القضاء الإداري هي الجهة المنوط بها إعمال الرقابة على أحكام التحكيم الصادرة في منازعات العقود الإدارية باعتبارها الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع حال غياب الاتفاق على التحكيم، فاستناداً لمعيار طبيعة المنازعة الذي يشكل المعيار العام في توزيع الاختصاصات القضائية، يعد القاضي الإداري هو القاضي الطبيعي لنظر الطعون التي توجه ضد أحكام التحكيم الإداري.

فقد ذكرت الفقيه "Bruce" بأنه إذا كانت طبيعة المنازعة في ظل الشريعة العامة تشكل المعيار العام الذي يتحدد على أساسه اختصاصات جهات القضاء المختلفة، فإن طبيعة المنازعة المطروحة على التحكيم ينبغي أن تكون أيضاً المعيار الذي يستند إليه

(٤٥) فقد كانت المادة (٥١١) من قانون المرافعات التي ألغيت بمقتضى قانون التحكيم الحالي تنص على أنه: "فيما عدا الحالة الخامسة من المادة (٢٤١) يجوز الطعن في أحكام المحكمين بالتماس إعادة النظر طبقاً للقواعد المقررة لذلك فيما يتعلق بأحكام المحاكم. ويرفع الالتماس إلى المحكمة التي كان من اختصاصها أصلاً نظر الدعوى".

لتحديد جهة القضاء المختصة عندما يتطلب منها التدخل لإجراء الرقابة على حكم التحكيم الصادر بشأنها^(٤٦).

وقد أخذ بهذا المعيار غالبية مشرعي دول مجلس التعاون الخليجي، حيث اتجهت إرادتهم إلى عقد الاختصاص بشأن إجراء الرقابة القضائية على حكم التحكيم لجهة القضاء المختصة أصلاً بنظر النزاع في حالة غياب الاتفاق على التحكيم^(٤٧)، وهذه أيضاً حالة المشرع المصري فيما يتعلق بأحكام التحكيم الصادرة في المجال الداخلي^(٤٨). وعلى الرغم من سهولة هذا المعيار ووضوحه، فضلاً عن قوة منطقته القانوني، إلا أن جانباً من الفقه الفرنسي قد اتجه إلى المناداة بضرورة عقد الاختصاص بإجراء الرقابة على أحكام التحكيم الصادرة بشأن منازعات العقود الإدارية لجهة القضاء العادي^(٤٩)، ويستند في ذلك إلى حجة رئيسة تتمثل في الطبيعة الخاصة لاتفاق التحكيم وارتباطه بالقانون الخاص^(٥٠).

فقد ذهب الفقيه الفرنسي "Level" إلى القول إنه: "في مادة التحكيم الدولي، فإن اتفاق التحكيم، ذا الطبيعة الخاصة، ينبغي أن تخضع المنازعات المتعلقة به لاختصاص جهة القضاء العادي"^(٥١).

(46) "Or si c'est bien la nature du litige qui détermine la compétence de la juridiction administrative dans le droit commun, c'est, de même, la nature du litige soumis à l'arbitre qui doit déterminer la compétence de la juridiction administrative, lorsque celle-ci est appelée à intervenir en matière arbitrale. La compétence du juge étatique en matière arbitrale sera donc liée au fond du litige".

E. Bruce, art.préc, p.71.

(٤٧) انظر: المادة ١٩ من نظام التحكيم السعودي، والمادة ٢٠٨ من قانون المرافعات القطري، والمادة ١٨٧ من قانون المرافعات الكويتي، المادة ٢/٥٤ من قانون التحكيم العماني (بالنسبة للتحكيم الوطني).

(٤٨) تنص المادة ٢/٥٤ من قانون التحكيم على أنه: "تختص بدعوى البطلان (...). وفي غير التحكيم التجاري الدولي يكون الاختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع".

(49) P. Stillmunkes, L'arbitrage en droit administratif, thèse, Paris, 1960, cité par J.-D. Dreyfus, op.cit., p.469.

(٥٠) انظر: بالتفصيل حول موضوع الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم وارتباطه بالقانون الخاص:

A. Patrikios, op.cit, pp.166-169.

(51) P. Level, note sous C.E., 3 mars 1989, A.R.E.A, JCP 1989., II, n° 21323.

ولعل وجهة النظر هذه هي التي دفعت كل من المشرع المصري^(٥٢) إلى عقد الاختصاص لجهة القضاء العادي لإجراء الرقابة على أحكام المحكمين الصادرة في إطار التحكيم الدولي دون الأخذ في الاعتبار الطبيعة الخاصة أو الإدارية للنزاع الصادر بشأنه حكم التحكيم.

في الواقع إن هذا الرأي الذي اتجه إلى عقد الاختصاص للقضاء العادي بنظر المنازعات المتعلقة بأحكام التحكيم الصادرة في المجال الدولي يمكن التسليم به - سريعاً - ولكن في حالة ما إذا كانت الإدارة الطرف في العقد الإداري الخاضع للتحكيم من جنسية أجنبية، على اعتبار أن جهة القضاء العادي هي المختصة أصلاً بنظر تلك المنازعات في حالة غياب الاتفاق على التحكيم^(٥٣)، أما إذا كانت الإدارة الوطنية هي الطرف الآخر في النزاع، فإن هذا الاتجاه يصعب التسليم به؛ ذلك من منطلق أن القضاء الإداري هو القاضي الطبيعي للعقود الإدارية حال غياب اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم بشأن المنازعات الناشئة عنها.

وعلى ذلك فإن مسلك المشرع المصري - ومن اتبعه - بشأن عقد الاختصاص في مادة التحكيم الدولي لجهة القضاء العادي لإجراء الرقابة على أعمال المحكمين عموماً، وعلى الأحكام الصادرة عنهم خصوصاً - في الواقع - يعد مسلكاً عشوائياً ولا يستند إلى أي أساس أو معيار يدعمه، ويؤدي إلى نتائج غير مقبولة على الصعيد العملي، أهمها عقد الاختصاص للقاضي العادي للفصل في المسائل التي تخرج عن ولاية هيئة التحكيم

^(٥٢) تنص المادة (٢/٥٤) من قانون التحكيم المصري على أنه: " تختص بدعوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون ". وبالرجوع إلى نص المادة (٩) تبين أن هذه المحكمة هي محكمة استئناف القاهرة أو أية محكمة استئناف أخرى في مصر يتفق عليها الطرفان.

^(٥٣) انظر: على سبيل المثال الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بباريس بتاريخ ١٠ من يوليو عام ١٩٧٩، إذ قررت:

"(...) que par suite les travaux, dont il s'agit, qui ne sont exécutés ni pour le compte d'une collectivité publique française, ni pour assurer le fonctionnement d'un service public français, n'ont pas le caractère de travaux publics ; qu'en outre les marchés passés à cet effet, dès lors que l'administration française n'intervient pas pour son propos compte et bien qu'ils se réfèrent à des clauses exorbitantes du droit commun, ne peuvent être regardés comme des contrats administratifs ; que dès lors la juridiction administrative est incompétente à l'égard de toutes les parties en cause".

Trib. Adm. de Paris, 2 juillet 1979, Banque populaire de l'Ouest, Rec., p.523.

وفقاً لنص المادة (٤٦) من قانون التحكيم^(٥٤)، وقد تكون هذه المسائل متعلقة بمشروعية القرارات الإدارية التي تدخل في المجال المحفوظ دستورياً للقاضي الإداري. ولا يمكن أن نفسر هذا المسلك إلا من خلال القول إن المشرع المصري كان يقصد من وراء نصه في المادة (٢/٥٤) من قانون التحكيم على اختصاص محكمة الاستئناف بنظر دعوى بطلان أحكام التحكيم الصادرة في المجال الدولي هو اقتصارها فقط على حالة ما إذا كانت المنازعة الإدارية محل التحكيم طرفها دولة أجنبية، على اعتبار أن القاضي العادي في هذه الحالة هو المختص بنظر ذلك النزاع حال غياب الاتفاق على التحكيم، أما إذا كان مقصده غير ذلك، فإنه من الأوفق أن يتدخل ويعيد النظر مرة أخرى في هذا الأمر، وينص على اختصاص القضاء الإداري بنظر كافة المنازعات المتعلقة بأحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الإدارية التي يكون طرفها الإدارة الوطنية، حتى تكون النصوص القانونية أكثر اتفاقاً وتناسقاً مع النظام القانوني السائد حالياً في الدولة والذي يقوم على مبدأ ازدواجية القضاء.

وقد كنا نأمل من المحكمة الدستورية العليا في مصر باعتبارها محكمة تنازع، أن تفصل في مسألة تحديد جهة القضاء المختصة بإجراء الرقابة على حكم التحكيم الصادر بصدد المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية تحت مظلة التحكيم الدولي، وذلك بمناسبة الدعوى المقامة من شركة "ماليكورب" ليمتد ضد وزير الطيران المدني وآخرين والتي طلبت في ختامها بتعيين جهة القضاء المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم التجاري الدولي الصادر عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بتاريخ ٧ من مارس عام ٢٠٠٦م، وذلك في الدعويين المتداولتين، الأولى : برقم ١٧٤٦٤ لسنة ٥٢ ق.ع أمام المحكمة الإدارية العليا المقامة من وزير الطيران المدني وآخر بطلب الحكم بوقف تنفيذ حكم التحكيم وفي الموضوع ببطلانه، والثانية : برقم ٤٨ لسنة ١٢٣ أمام محكمة استئناف القاهرة المقامة أيضاً من وزير الطيران المدني وآخر بطلب الحكم بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ حكم التحكيم المشار إليه وفي الموضوع ببطلانه.

وبالرغم من أن دائرة فحص الطعون بالمحكمة الإدارية العليا قد أصدرت حكماً بجلسة ٣٠ من مايو عام ٢٠٠٦م بوقف تنفيذ حكم التحكيم المطعون فيه وإحالة الطعن

^(٥٤) تنص المادة (٤٦) من قانون التحكيم على أنه: "إذا عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن ولاية هيئة التحكيم (....)، جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في نظر موضوع النزاع إذا رأت أن الفصل في هذه المسألة (....) ليس لازماً للفصل في موضوع النزاع، وإلا أوقفت الإجراءات حتى يصدر حكم نهائي في هذا الشأن، ويترتب على ذلك وقف سريان الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم".

إلى هيئة مفوضي الدولة لتحضيره وإعداد تقرير بالرأي القانوني، ومن جهة أخرى قامت محكمة استئناف القاهرة بتأجيل الدعوى المقامة أمامها من جلسة ٢٠٠٦/٨/٥م إلى جلسة ٢٠٠٦/١٢/٧م، إلا أن المحكمة الدستورية العليا قد رأت في حكمها الصادر بتاريخ ١٠ من يونيو عام ٢٠٠٧م أن هذا الإجراء وحده الذي اتخذته محكمة الاستئناف لا يكشف عن تمسكها بنظر دعوى البطلان، وانتهت إلى عدم قبول الدعوى؛ لعدم وجود ثمة تنازع ايجابي على الاختصاص مما يستتبع ولاية المحكمة الدستورية للفصل فيه طبقاً للمادة ٢/٢٥ من قانونها الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م^(٥٥).

وعلى أية حال فإن تحديد جهة القضاء المختصة بإجراء الرقابة على حكم التحكيم ينبغي أن يكون بالنظر إلى الجهة التي كان من المفترض عقد الاختصاص لها بنظر النزاع حال غياب الاتفاق على التحكيم، فإذا كانت المنازعة ذات طبيعة خاصة، أو إدارية وطرفها إدارة أجنبية، فإن القاضي المختص بإجراء الرقابة على حكم التحكيم الصادر بشأنها سيكون - بلا شك - القاضي العادي على اعتبار أنه المختص أصلاً بنظر النزاع في حالة غياب الاتفاق على التحكيم، أما إذا كانت المنازعة المطروحة على التحكيم من طبيعة إدارية وطرفها الإدارة الوطنية، فإن القاضي الإداري - بلا منازع - هو القاضي الطبيعي لنظر المنازعات المتعلقة بحكم التحكيم الصادر بشأنها، وهذا ما انتهى إليه رأي جمهور الفقه الفرنسي^(٥٦)، وكذلك الأحكام الصادرة عن جهات القضاء الفرنسي^(٥٧)،

^(٥٥) راجع: الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٤ لسنة ٢٨ ق "تنازع"، جلسة ٢٠٠٧/٦/١٠، غير منشور.

⁽⁵⁶⁾ G.M.-Dawance, L'arbitrage en droit public, Gaz.Pal. 1er sem. 1987, doct. p.470, spéc, p.471.

J.-M. Auby, L'arbitrage en matière administrative, art.préc, p.88.

D. Foussard, L'arbitrage en droit administratif., art.préc., pp.41et s; note sous C.E., 28 décembre 2005, Union syndicale des magistrats administratifs, préc, pp.648 et s.

J. Puisoye, Les juridictions arbitrales dans le contentieux administratif, art.préc, p.283.

E. Guillaume, concl.préc, p.76.

⁽⁵⁷⁾ - C.E., 2 mars 1956, Le Secteur Electrique de Reuilly, Rec., p.102.

- C.E., 13 février 1959, Compagnie des chemins de fer du Midi, Rec., p.113.

- C.E., 4 janvier 1957, Lamborot, AJDA 1957, p.108 ; Rec., p.12.

- C.E., 5 novembre 1986, Rajaonarison, Rec., p.439.

- C.E., 3 mars 1989, A.R.E.A., Rec., p.69.

- C.E., 28 octobre 2005, Caisse centrale de réassurance, Rec., t. p.1074.

- T.C., 16 octobre 2006, Caisse centrale de réassurance, RFDA 2007, p.290.

وأكدت عليه الدراسة التي أعدها مجلس الدولة الفرنسي عام ١٩٩٣م^(٥٨)، وأيضاً تقرير مجموعة العمل الصادر بتاريخ ٢٧ من مارس عام ٢٠٠٧م بشأن وضع التصور النهائي لمشروع القانون المزمع إصداره بشأن التحكيم في المواد الإدارية^(٥٩).

وإذا انتهيت إلى ضرورة عقد الاختصاص لجهة القضاء الإداري بشأن إجراء الرقابة على أحكام التحكيم الإداري، فإنه يتبقى لنا في هذا المضمرة تحديد المحكمة المختصة التي يجب أن ينعقد لها الاختصاص في هذا الشأن، وبخاصة في النظام المصري.

يبدو أنه من الأفضل أن تكون المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع - بحسب قيمة المنازعة - هي الجهة المنوط بها أعمال الرقابة على أحكام التحكيم، بحيث ترفع الطعون أمام المحكمة المختصة التي يقع ضمن نطاقها مكان صدور حكم التحكيم، وذلك إذا ما تعلق الأمر بتحكيم وطني، أما إذا كان التحكيم دولياً، سواء جرى في مصر أو في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام قانون التحكيم المصري، فيكون الاختصاص لمحكمة القضاء الإداري بالقاهرة ما لم يتفق الأطراف على اختصاص محكمة قضاء إداري أخرى في مصر، وبذلك تتاح الفرصة أمام طرفي التحكيم في الطعن في حكم التحكيم بطريق التماس إعادة النظر - في حالة فتح المشرع المصري هذا الطريق من طرق الطعن - أمام محكمة القضاء الإداري^(٦٠)، وفي الطعن على الأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الإداري في دعوى البطلان أمام المحكمة الإدارية العليا.

وبذلك، يكتمل تناول المبحث الثاني المخصص لدراسة الرقابة القضائية على حكم التحكيم، ويتبقى لكي يكتمل الفصل الثاني المخصص لدراسة حكم التحكيم، أن نتناول النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم وإشكالية تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة والحلول التي وضعها القانون الوضعي لاسيما الفرنسي للقضاء على هذه الإشكالية.

(58) Conseil d'Etat, Section du rapport et des études, Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, op.cit., p.95.

(59) Le Rapport, n° 2.1.

(٦٠) إذا كان من المستقر عليه في فقه قضاء المحكمة الإدارية العليا أن الطعن بطريق التماس إعادة النظر جائز في الأحكام الصادرة عن محاكم مجلس الدولة عدا الأحكام الصادرة عنها، ومن الأحكام التي عبرت عن هذا المعنى الحكم الصادر في الطعن رقم ١٩٩٣ لسنة ٤٧ ق.ع، جلسة ٢٠٠٠/٢/٦، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا، الدائرة الأولى، مرجع سابق، ص ١٣٨، فإنه يستفاد من ذلك أنه لا يجوز الطعن في حكم التحكيم بطريق التماس إعادة النظر أمام المحكمة الإدارية العليا.

الفصل الثاني

الرقابة القضائية في مرحلة تنفيذ حكم التحكيم

إذا لم يتم الطعن ببطلان حكم التحكيم وإنتهت المدة المحددة قانوناً يصبح الحكم ملزماً قابلاً للتنفيذ، ولكنه لا ينفذ إلا بعد استصدار أمر من المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع^(٦١)، وحيث إن المحكم يعد شخصاً خاصاً يستمد سلطاته من إرادة أطراف التحكيم واتفاقهم على منحه الاختصاص بالفصل في المنازعات المعروضة عليه، إلا أنه عند ممارسته لهذه المهمة يعد بمنزلة قاض خاص يؤدي الوظيفة ذاتها المنوطة للقاضي القيام بها ألا وهي الفصل في المنازعة المعروضة أمامه بحكم ملزم للخصوم وقابل للتنفيذ^(٦٢).

فالمحكم لا يملك سلطة إجبار وتنفيذ الحكم، إنما يملك ذلك قضاء الدولة المختص بمنحه قوة التنفيذ المستمدة من سلطاته، وذلك بعد التحقق من انتفاء أية موانع تعيق ذلك، ومن هذه الموانع أن تكون مدة الطعن بالبطلان قد أنقضت دون صدور حكم بطلان حكم التحكيم، حيث لا بد من استصدار أمر بالتنفيذ ويتيح هذا الأمر للقضاء بالرقابة على حكم التحكيم المطلوب تنفيذه وهي رقابة لاحقة على صدور الحكم ويختلف مضمونها من تشريع إلى آخر^(٦٣).

ويمارس القضاء الوطني - بصفة عامة - سلطة الرقابة القضائية على الأحكام القضائية من خلال طرق الطعن العادية وغير العادية، وقد عارضت بعض الأنظمة القانونية إمكانية الطعن على أحكام التحكيم بالاستئناف طلباً للسرعة المنشودة في خصومة التحكيم، وقد ألغى المشرع المصري الطعن بهذا الطريق على أحكام التحكيم في ظل القانون رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م، كما حضرت أحكام قانون التحكيم الجديد الطعن بالاستئناف على أحكام التحكيم، فقد نصت المادة (١/٥٢) على أنه لا تقبل أحكام

(٦١) انظر: د. أحمد محمد حشيش: القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار الفكر الجامعي ٢٠٠١، ص ٩٢.

(٦٢) انظر: د/ رفعت محمد عبد المجيد "دور القضاء الداعم والمعاون لتحقيق فاعلية التحكيم"، المرجع السابق، ص ٢٩، د/ علي بركات "الرقابة على دستورية نصوص التحكيم"، المرجع السابق، ص ١٢٢. ومشار إليه

David(R), "L'arbitrage dans le commerce intentionnel", op.cit, P.503.

(٦٣) انظر: د/ شعبان أحمد رمضان، "حدود الرقابة القضائية على التحكيم"، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١٠م، ص ٢١٧.

Dolve (J-C); L'intervention du juge dans le decret 14 mai 1981, Rev-arb, op.cit, P.619.

التحكيم الطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية^(٦٤)، ويمتد هذا الحظر على التحكيم الوطنى والدولى على السواء، ونظراً لوضوح الدور الرقابى الذى تمارسه المحاكم الوطنية بمناسبة نظر الطعن بالتماس إعادة النظر أو بالاستئناف أو اعتراض الخارج عن الخصومة الذى لا يختلف في جوهره بالنسبة إلى خصومة التحكيم عن خصومة القضاء^(٦٥).

وبالنظر إلى حظر هذه الطرق من طرق الطعن على حكم التحكيم في غالبية الأنظمة الوطنية ومنها مصر في ظل قانون التحكيم الجديد وفي هذا السياق، فسوف نتحدث عن الرقابة القضائية في مرحلة تنفيذ حكم التحكيم باعتبارها من المراحل المهمة التى يمر بها حكم التحكيم ويتميز بها عن الحكم القضائى واستنادا إلى ما سبق وسنتناول في دراستنا للرقابة القضائية في مرحلة تنفيذ حكم التحكيم في مبحثين، وذلك على النحو الآتى:

المبحث الأول: أساس سلطة القضاء في الرقابة في مرحلة تنفيذ حكم التحكيم.
المبحث الثانى: مظاهر الرقابة القضائية في مرحلة تنفيذ حكم التحكيم.

المبحث الأول

أساس سلطة القضاء في الرقابة في مرحلة تنفيذ حكم التحكيم

أقر المشرع في قانون المرافعات المصرى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م على أن حكم المحكمين لا يكون قابلاً للتنفيذ إلا بإذن يصدره قاضى التنفيذ بالمحكمة التى أودع أصل وثيقة التحكيم قلم كتابها بناءً على طلب أى من ذوي الشأن وذلك بعد الإطلاع على الحكم ووثيقة التحكيم وبعد التثبيت من أنه لا يوجد ما يمنع تنفيذه^(٦٦)، وقد ألغيت هذه

^(٦٤) انظر: المادة (١/٥٢) من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م التى تنص على أنه: "لا تقبل أحكام التحكيم التى تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأى طريقة من طرق الطعن المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية".

^(٦٥) انظر: د/ على سالم إبراهيم، "ولاية القضاء على التحكيم"، المرجع السابق، ص ٢٨٨، د/ محمود السيد التحيوى، "التحكيم فى المواد المدنية والتجارية ومدى جوازه فى العقود الإدارية"، دار الثقافة الجامعية، سنة ١٩٩٩م، ص ٢٢٢.

^(٦٦) انظر: المادة (٥٠٩) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م.

المادة بمقتضى صدور قانون التحكيم الجديد لسنة ١٩٩٧م وحلت محلها المادة (٥٦)^(٦٧).

وقد حددت المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك الواجبة التنفيذ في مصر الأسباب التي تجيز للقضاء الوطنى رفض الاعتراف بحكم التحكيم أو طلب تنفيذه وفرقت بين الأسباب التي يتعين تمسك الأطراف بها وبين الأسباب التي تمك المحكمة من تلقاء نفسها رفض التنفيذ بناء عليها^(٦٨).

وحيث أن جمهورية مصر العربية قد انضمت إلى اتفاقية نيويورك سنة ١٩٥٨م سائلة البيان طبقاً لقرار رئيس الجمهورية رقم (١٧/١٩٥٩)، وأصبحت نافذة في مصر باعتبارها من قوانين الدولة^(٦٩)، وقد ألزمت المادة الثالثة من هذه الاتفاقية الدول المتعاقدة بالاعتراف بحجية حكم التحكيم الذى يصدر خارج إقليمها وأوجبت عليها تنفيذه طبقاً لقواعد المرافعات المعمول بها في إقليمها^(٧٠)، وفي الوقت نفسه حظرت على الدول الأطراف رفض الاعتراف بحكم المحكمين الأجنبي أو رفض تنفيذه، إلا إذا قدم الخصم الذي يحتج به عليه الدليل على أن الحكم المطلوب الاعتراف به أو تنفيذه لم يصبح ملزماً للخصوم أو ألغته، أو أوقفته السلطة المختصة في الدولة التي صدر في إقليمها أو طبقاً لقوانينها، وبذلك ربطت هذه الاتفاقية أحكام التحكيم الأجنبية بالنظام القانونى للدولة التي صدرت فيها وقررت قاعدة اختصاص محاكم هذه الدولة وحدها بدعاوى بطلان تلك الأحكام^(٧١).

ومؤدى ذلك كله ولازمه أن محاكم الدولة التي صدر حكم التحكيم داخل إقليمها تكون هي المختصة - دون غيرها - بنظر دعوى بطلانه، أما محاكم الدول الأخرى

(٦٧) انظر: المادة (٥٦) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٧م.

(٦٨) وهذه الأسباب التي أوردتها الاتفاقية تخاطب غالبية الأنظمة القانونية الوطنية، مفاده ممارسة القضاء الوطنى لرقابة قضائية فعالة تضمن تحقيق الأهداف الأساسية لعملية التحكيم والتي حرص واضعو هذه الاتفاقية على تقريرها مكتفين من أوجه الرقابة بالحد المعقول الذي يكفل صحة أحكام التحكيم، ويحقق في ذات الوقت أغراض التوحيد التي تتشدها الاتفاقية الدولية.

(٦٩) انظر: قرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة رقم (١٧١) لسنة ١٩٥٩م، منشور بالجريدة الرسمية، العدد ٢٧، بتاريخ ١٤/٢/١٩٥٩م.

(٧٠) انظر: المادة (الثالثة) من اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨م.

(٧١) انظر: المادة (٥) من اتفاقية نيويورك سنة ١٩٥٨م التي تنص على أنه: (١) لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على:

فليس لها أن تعيد النظر في ذلك الحكم من ناحية صحته أو بطلانه وليس أن تراجع قضاؤه في موضوع النزاع وكل مالها - أن طلب منها الاعتراف به أو تنفيذه - أن ترفض ذلك استناداً إلى أحد الأسباب التي تجيز لها ذلك في القانون المعمول به في إقليمها أو للأسباب الواردة في الاتفاقية سألقة البيان حسب الأحوال دون أن يكون لمثل هذا الرفض أي أثر على حجية الحكم موضوع الطلب ولا نزاع في أن أحكام هذه الاتفاقية واجبة التطبيق لو تعارضت مع نصوص قانونى المرافعات والتحكيم وبذلك تعد قاعدة عدم اختصاص المحاكم المصرية دولياً بدعاوى بطلان أحكام المحكمين الأجنبية بالولاية ومن ثم تقضى به تلقاء من نفسها وفقاً لنص المادة (١٠٩) من قانون المرافعات^(٧٢).

ولا شك أن القضاء الوطنى يمارس دوراً رقابياً فاعلاً من خلال الأمر بالتنفيذ وتتضاعف أهمية هذا الدور الرقابى بالنسبة إلى الأسباب التى تمكن القضاء من فرض رقابته على أحكام التحكيم وفيها يجد نطاقه وهذه الأسباب تتمثل في:

(١) الأسباب التى توجب رفض التنفيذ بناء على طلب أحد الأطراف:

- عدم صحة اتفاق التحكيم أو نقص أهلية أحد الأطراف.

- إهدار حقوق الدفاع.

- تجاوز الحكم لاتفاق الأطراف.

- مخالفة القواعد الإجرائية التى اتفق عليها الأطراف.

- عدم صيرورة الحكم ملزماً عند طلب التنفيذ.

(٢) الأسباب التى تجيز للمحكمة رفض تنفيذ الحكم من تلقاء نفسها^(٧٣):

- عدم قابلية موضوع النزاع للتحكيم فيه.

- تعارض تنفيذ الحكم مع النظام العام.

(٧٢) انظر: حكم محكمة استئناف القاهرة، الدعوى رقم ١٢، لسنة ١٢٣ ق. تحكيم، جلسة ٢٨/٦/٢٠٠٦م، حكم استئناف القاهرة (دائرة ٦٣ تجارى)، الدعوى رقم (٧٦)، لسنة ١١٥ ق، جلسة ١٧/٢/١٩٩٩م، حكم محكمة استئناف القاهرة من الدائرة (٩١ تجارى)، الدعوى رقم (٧)، لسنة ١٢٠ ق. تحكيم، جلسة ٢٧/٧/٢٠٠٣م، حكم محكمة استئناف القاهرة من الدائرة (٩١ تجارى)، أشار إلى هذه الأحكام د/ فتحى والى، "دور القاضى فى منح القوة التنفيذية لأحكام التحكيم"، بحث منشور بمجلة التحكيم العربى، أغسطس ٢٠٠٦م، العدد التاسع، ص ٢١٨.

(٧٣) انظر: د/ حفيظة السيد الحداد، "الموجز فى النظرية العامة للتحكيم التجارى الدولى"، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة ٢٠٠٦م، ص ٥٠٥، د/ أحمد محمد غنيم، "التحكيم فى العقود الإدارية"، المرجع السابق، ص ٢٥١.

وقد أقر المشرع المصري في قانون التحكيم الحالي على أن المحكمة التي تنتظر دعوى البطلان تقضي من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم، إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية^(٧٤)، ومثال لذلك أن يرفض المحكم تطبيق نص متعلق بالنظام العام يجب عليه تطبيقه كالنص الخاص بتسعير بعض السلع أو حظر تصديرها أو استيرادها، أو حدثت مخالفة للنص الذي يوجب اتخاذ إجراءات شهر الشركات ففي كل هذه الحالات يصطدم الحل الذي وصل إليه الحكم مع اعتبارات النظام العام ومن ثم يبطل الحكم بناء على طلب خصم أو من تلقاء نفس المحكمة^(٧٥).

إلا أنه يجب أن نوضح في هذا الصدد أن نص المادة (٢/٥٣) المشار إليها يقصر سلطة المحكمة على مخالفة حكم التحكيم لقواعد تتعلق بالنظام العام في مصر وهو ما لا يمتد إلى مخالفة قواعد لا تتعلق بالنظام العام، وإن كانت آمرة^(٧٦).

ويحقق الأخذ بفكرة تعارض حكم المحكم مع النظام العام كسبب لرفض تنفيذه الحفاظ على المصالح الأساسية للمجتمع وتوجيه السياسة القضائية لخدمته من خلال الوقوف في وجه الأحكام التي تنتهك المبادئ الأساسية أو تتعارض مع مصالحه الجوهرية والعبارة في نفي أو تقرير تعارض الحكم مع النظام العام بمفهوم النظام العام في دولة القاضي ومن ثم يتعين على القاضي الأمر بالتنفيذ أن يراجع حيثيات الحكم ومنطوقه ليتأكد من عدم مخالفة النظام العام في دولته هو وليس في أي مكان آخر، فالسلطات التي تمنح للمحكم مشروطة باحترامه لما يفرضه قانون دولة التنفيذ من قيود تتعلق بالنظام العام، ويخضع لرقابة القضاء اللاحقة على صدور الحكم ليمارس القضاء سلطات واسعة

(٧٤) انظر: المادة (٢/٥٣) من قانون التحكيم المصري سالف الذكر.

(٧٥) انظر: د/ فتحى والى، "التنفيذ الجبرى وفقا لقانون المرافعات المدنية والتجارية"، مطبعة جامعة القاهرة، سنة ١٩٩٣م، ص ١٠٦، د/ عزمى عبد الفتاح، "التحكيم والقانون"، بحث منشور بمجلة الدكتور عادل خير "القانون والتحكيم"، الطبعة الثالثة، يوليو ١٩٩٧م، ص ١٠٤ - ١٠٥.

(٧٦) انظر: د/ وجدي راغب، "النظرية العامة للعمل القضائى"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٧٥م، ص ٣٨١، د/ أحمد شرف الدين، "سلطة القاضى المصرى إزاء أحكام التحكيم"، دار النسر الذهبى للطباعة، الطبعة الثانية، سنة ١٩٩٧م، ص ١٠.

في الرقابة من خلال فكرة النظام العام التي يثيرها من تلقاء نفسه ولا تتوقف على تمسك الخصوم بها^(٧٧).

ويحمد للمشرع المصري أنه لم يساير هذا الاتجاه في التفرقة بين النظام العام الداخلي والدولي فيما تطلبته أحكام قانون التحكيم الجديد من شروط لقبول تنفيذ حكم التحكيم في مصر، واكتفي المشرع بتحديد أوجه رفض تنفيذ الحكم، وأورد النظام العام كسبب لرفض تنفيذ الحكم، وأوضح أن العبرة في ذلك بالنظام العام في مصر ليحسم بذلك الخلاف الذي ثار في الفقه بشأن مفهوم النظام العام وفكرة النظام العام الدولي. وبذلك يتفق الباحث مع الرأي الفقهي الذي يرى أنه لا يجب الزج باعتبارات التجارة الدولية أو تشجيع الاستثمارات وجذب المتعامل الأجنبي كمبرر لاستبعاد قواعد النظام العام عندما يكون التحكيم أجنبياً أو دولياً، إذ يقتضي تطبيق المفهوم السليم لفكرة النظام العام الدولي استبعاد تنفيذ الأحكام التي تتعارض مع النظام العام في الدولة ولا مجال للتطبيق العكسي لهذه الفكرة باستبعاد أحكام القانون الوطني تنفيذ هذه الأحكام وهذا لا يحول دون استخدام فكرة النظام العام بحكمة واعتدال، وفي الحدود التي تقتضيها المصلحة العليا للجماعة عند وجود تعارض مع الأفكار الأساسية في الدولة على نحو يبرر رفض تنفيذ الحكم في الحدود اللازمة للحفاظ على مقتضيات النظام العام^(٧٨).

المبحث الثاني

مظاهر الرقابة القضائية في مرحلة تنفيذ حكم التحكيم

التحكيم نظام قانوني مركب فهو يبدأ ببناء على إرادة الأطراف، ثم تأتي المرحلة الثانية وهي مرحلة خصومة التحكيم ففيها تلتقى الإجراءات مع الموضوع وينحصر دور الإرادة في تحديد إطار النزاع أو التنازل عن التحكيم أو عزل المحكم أو رده، ثم تأتي المرحلة الأخيرة من مراحل التحكيم وهي مرحلة تنفيذ الحكم الذي يصدره المحكم، وهذه المرحلة تحاط بحماية قضاء الدولة في صورتها التنفيذية ومرحلة التنفيذ لاحقة ومتميزة

(٧٧) انظر: د/ عز الدين عبد الله، "القانون الدولي الخاص"، مكتبة النهضة العربية، سنة ١٩٦٥م، ص ٨٢٢، د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، "تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية"، المجلة المصرية للقانون الدولي، سنة ١٩٨١م، ص ٥٢.

(٧٨) انظر: د/ توفيق حسن فرج، "مدخل العلوم القانونية"، مؤسسة الثقافة الجامعية، سنة ١٩٧٥م، ص ٧٧، د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، "تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية"، المجلة المصرية للقانون الدولي، سنة ١٩٨١م، ص ٥٩.

عن مرحلة القضاء، وهي تتم تحت إشراف القضاء، وإذا كان الثابت أن حكم المحكم يحوز حجية الأمر المقضى بمجرد صدوره، إلا أنه لا يكون قابلاً للتنفيذ الجبري، إلا بعد صدور الأمر بالتنفيذ من القاضي المختص وهو ما أقره القانون المصري^(٧٩).

وقد أورد المشرع المصري القواعد المنظمة لتنفيذ أحكام التحكيم في الباب السابع من قانون التحكيم المصري الحالي المواد (٥٥ - ٥٨) وهي تسرى بالطبع على كافة أحكام التحكيم التي تجرى في مصر إياً كانت أطرافه (أشخاص القانون الخاص أو العام) وأياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع^(٨٠).

ومن ثم فسوف نتناول في دراستنا لمظاهر الرقابة القضائية في مرحلة التنفيذ، من خلال التعرف على طبيعة الأمر بالتنفيذ وكيفية التظلم منه، وهل الأمر بتنفيذه مطلباً سابقاً لثبوت الحجية لحكم المحكمين أم أنه مطلب سابق لإجراء وضع الصيغة التنفيذية عليه، ثم التعرف على دور القضاء في تنفيذ أحكام التحكيم، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: طبيعة الرقابة القضائية على حكم التحكيم.

المطلب الثاني: دور القضاء في تنفيذ أحكام التحكيم.

المطلب الأول

طبيعة الرقابة القضائية على حكم التحكيم

السائد لدى جمهور الفقه والقضاء أن الحكم الصادر عنه المحكم يعد عمل قضائي بالمعنى الفني، ومن ثم تكون له أهم الآثار التي تكون للحكم القضائي الصادر عن قضاء الدولة العام سواء من حيث الحجية والثبوت، وكذلك تمتع الحكم بقوة تنفيذية^(٨١).

(٧٩) انظر: د/ محمد أحمد عبد النعيم، "حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية"، المرجع السابق، ص ٢٥٦، د/ عصمت عبد الله الشيخ "التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي"، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٨م، ص ٧٠.

(٨٠) انظر: د/ محمد نور شحاتة "الرقابة على أعمال المحكمين"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٣م، ص ٣٥٦، د/ علي سالم إبراهيم، "ولاية القضاء على التحكيم"، المرجع السابق، ص ٢٨٨.

(٨١) انظر: د/ أحمد أبو الوفاء، "التحكيم الاختياري والإجباري"، منشأة المعارف، الطبعة الخامسة، سنة ١٩٨٨م، ص ٢٦، د/ عبد المنعم الشراوى، "المرافعات المدنية والتجارية"، المرجع السابق، ص ٦٣٣.

- حكم محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ٢١٨٦، لسنة ٥٢ ق، جلسة ١٩٨٦/٢/٦م، منشور بمجلة القضاء، السنة ٢١، العدد الأول، يناير ١٩٨٨م، ص ٢٣٤، مجموعة المكتب الفني، الجزء ٣٧، القاعدة ٤٢، ص ١٧٨.

ومن المقرر بحق أن حكم المحكمين الحائز لحجية الشئ المقضي به يتمتع بقرينة الصحة التي تتزايد بمرور الوقت، ولكون حجية الشئ المقضي به تتعلق في القانون المصرى بالنظام العام فإنه لا يجوز في جميع الاحوال لأي من الخصمين أن يلجأ إلى قضاء الدولة العام أو إلى قضاء تحكيم آخر لإعادة عرض النزاع الذي سبق صدور حكم المحكمين فيه ومن يخالف ذلك يواجه بالدفع بعدم القبول لسبق الفصل في الموضوع^(٨٢). والجدير بالذكر أنه في القانون المصري لكون أحكام المحكمين لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف (المادة ٥١٠ مرفعات)^(٨٣)، فإنها تكون نهائية بطبيعتها وتحوز قوة الأمر المقضي به بمجرد صدورهما وعلى هذا يكون لحكم المحكمين في القانون المصري حجية الأمر المقضي وقوة الأمر المقضي معا بمجرد صدوره، وفي هذا الصدد تتميز أحكام المحكمين في القانون المصري عن أحكام القضاء، إذ يستقر فقه المرافعات على وجوب التمييز في صدد أحكام القضاء بين حجية الأمر المقضي وقوة الأمر المقضي على أساس حجية الامر المقضي تثبت للقرار القضائي بمجرد صدوره أما قوة الأمر المقضي فإنها لا تثبت له إلا اذا كان لا يقبل الطعن فيه بطريق غير عادي سواء كان النقض أو إلتماس إعادة النظر^(٨٤).

وقد أكد فقه المرافعات على أن التفرقة بين حجية الأمر المقضي وقوة الأمر المقضي ليست تفرقة في الدرجة وإنما الأمر يتعلق بفكرتين متباينتين تخدم كل منهما غرضا مختلفا فحجية الأمر المقضي التي يرتبها الحكم القضائي تمثل حالة أو صفة للمضمون الداخلى للحكم القضائي أى في الأمر المقضي تبدو فاعليتها خارج الإجراءات، وتعمل في الإجراءات المستقبلية، أما قوة الأمر المقضي فإن أهميتها تكون داخل الخصومة للدلالة على مدى ما يتمتع به القرار من إمكانية أو عدم إمكانية الطعن فيه بطريق معين^(٨٥).

(٨٢) انظر: د/ عزمى عبد الفتاح، "قانون التحكيم الكويتي"، المرجع السابق، ص ٣٣٠، د/ فتحى والى، "الوسيط فى قانون القضاء المدنى"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٣م، ص ٧٠٤ وما بعدها.
(٨٣) انظر: المادة (٥١٠) من قانون المرافعات المصرى التى تنص على أنه "أحكام المحكمين لا تقبل الطعن بالاستئناف".

(٨٤) انظر: د/ محمد عبد الخالق عمر، "مبادئ التنفيذ"، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، سنة ١٩٧٨م، ص ١٣٩، د/ فتحى والى "التنفيذ الجبرى"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٩م، ص ٩٦.
(٨٥) انظر: د/ نبيل إسماعيل عمر، "الطعن بإلتماس إعادة النظر فى المواد المدنية والتجارية"، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٣م، ص ٥١-٥٢، د/ فتحى والى، "التنفيذ الجبرى"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٩م، ص ٩٦.

وجدير بالذكر أنه، إذا قدم حكم المحكمين للتنفيذ مشمولاً بأمر التنفيذ، فلا يكون لقم الكتاب سلطة تقديرية في صدد وضع الصيغة التنفيذية والعكس صحيح بمعنى أنه، إذا قدم حكم المحكمين لقم الكتاب للتنفيذ دون أن يكون مشمولاً بأمر التنفيذ فيكون على قلم الكتاب في هذه الحالة الامتناع عن إجراء التنفيذ^(٨٦).

وبعبارة مختصرة فالأمر بالتنفيذ يقتصر دوره على منح حكم المحكم القوة التنفيذية، وهذا الأمر لا يشكل دليلاً على صلاحية حكم المحكم للتنفيذ الفوري، وإنما هو مطلب سابق لوضع الصيغة التنفيذية عليه وهذه وحدها الصيغة التنفيذية دليل هذه الصلاحية، ولم ترد بقانون المرافعات المصري نصوص تنظم شمول حكم المحكمين بالنفاذ المعجل، وذلك لكون أحكام المحكمين - في القانون المصري - لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف^(٨٧). ويتجه الرأي إلى أن الحكم في التظلم من الأمر بالتنفيذ الصادر أو برفضه هو حكم وقتي ينفذ معجلاً بقوة القانون عملاً بالمادة (٢٨٨) من قانون المرافعات^(٨٨).

المطلب الثاني

دور القضاء في تنفيذ أحكام التحكيم

يحوز حكم التحكيم بمجرد صدوره على حجية الشيء المقضي به - كما أشرنا إلى ذلك في أكثر من موضع في هذه الدراسة - ولكن من الملاحظ أن هذه الحجية ليست كافية بمفردها لكي يمكن تنفيذ حكم التحكيم، إذ إن الطبيعة الخاصة لقضاء التحكيم تتطلب ضرورة تدخل القاضي الوطني لإعطاء القوة التنفيذية للأحكام الصادرة عنه، فالمحكم وإن كان يملك إقرار الحق وتقريره، إلا أنه شخص عادي لا يملك سلطة الأمر أو الجبر التي يملكها القاضي الوطني لكي يسبغها على حكم التحكيم، فصدور الأمر بالتنفيذ هو الذي يعطي لحكم التحكيم القوة التنفيذية، ويسمح بتنفيذه جبراً حال عدم امتثال المحكوم ضده لتنفيذه طواعية واختياراً.

وإذا كانت إشكالية عدم امتثال المحكوم ضده لتنفيذ حكم التحكيم قد تبدو محدودة الأبعاد، إذا ما ظلت في إطار النظام القانوني الداخلي، فإن جوانبها قد تتنامى وتتعاظم،

^(٨٦) انظر: د/ أحمد أبو الوفا، "التحكيم الاختياري والإجباري"، المرجع السابق، ص ٢٩٢، د/ فتحى والى، "التنفيذ الجبرى"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٩م، ص ٩٦.

^(٨٧) انظر: المادة (٥١٠) من قانون التحكيم فى المرافعات المدنية والتجارية سالف الذكر.

^(٨٨) انظر: د/ عزمى عبد الفتاح، "قانون التحكيم الكويتي"، المرجع السابق، ص ٦٧، د/ أحمد أبو الوفا، "التحكيم الاختياري والإجباري"، المرجع السابق، ص ٣٠٤.

إذا ما تعلق الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ومرجع ذلك أن هذه الأحكام – الأخيرة – تصدر عن أشخاص تابعين لدول أخرى، وطبقت بشأنها قواعد قد تتغير وتباين تلك التي يطبقها القاضي الوطني، وهذا ما يستدعي التعرض للنظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية والأجنبية في (الفرع أول).

ولعل الطبيعة الأجنبية لحكم التحكيم لا تشكل مصدر الصعوبة الوحيد في إطار تنفيذ أحكام التحكيم، إذ إن حضور الإدارة كطرف في إجراءات التحكيم يثير أيضاً الكثير من المشاكل، خاصة فيما يتعلق بفاعلية أحكام التحكيم الصادرة ضدها التي رفضت الانصياع لها أو احترامها، ومن ثم يثار التساؤل عن ما إذا كان نظام الأشخاص المعنوية العامة يسمح بخضوعها لقواعد التنفيذ الجبري حال امتناعها عن تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضدها؟ وإذا كانت الإجابة بلا، فما هي إذن الوسائل التي يمكن اللجوء إليها لتحقيق الفاعلية اللازمة لهذه الأحكام؟ الإجابة عن هذين التساؤلين ستكون من خلال (الفرع الثاني).

الفرع الأول

النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم الإداري

نعرض في هذا الفرع النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية والأجنبية على ضوء ما ورد في الشريعة العامة للتحكيم وذلك على النحو الآتي:

أولاً- إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية:

لقد أحال المشرع الفرنسي بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية إلى النصوص الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية، فقد نصت المادة (١٥٠٠) من قانون الإجراءات المدنية في الباب المتعلق بالتحكيم الدولي على أنه: "تتطبق أحكام المواد من (١٤٧٦) إلى (١٤٧٩) على حكم التحكيم".

ونظراً للطبيعة الخاصة لأحكام التحكيم الأجنبية، فقد وضع المشرع الفرنسي بعض القواعد التي تستلزمها طبيعة تلك الأحكام، فيجب ألا يتضمن حكم التحكيم ما يخالف النظام العام الدولي على نحو ظاهر حتى يمكن الاعتراف به، وتنفيذه في فرنسا بواسطة قاضي التنفيذ^(٨٩)، ويجب إثبات صدور الحكم عن طريق تقديم أصله مرفقاً به اتفاق التحكيم، أو عن طريق صورة من هذين المستنديين تتمتع بالشروط المتطلبة لاعتبارها

(٨٩) انظر: نص المادة (١٤٩٨) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

مستندات رسمية، مع إلزامية ترجمتها من قبل مترجم مسجل في قائمة الخبراء إذا لم تكن محررة باللغة الفرنسية^(٩٠).

ووفقاً لنص المادة (١٥٠١) من قانون الإجراءات المدنية، فإنه يجوز استئناف القرار الصادر برفض الاعتراف بحكم التحكيم أو منحه الصيغة التنفيذية أمام محكمة الاستئناف التي يقع في نطاقها القاضي الذي أصدر القرار على أن يكون ذلك خلال مهلة شهر تبدأ من تاريخ إعلان قرار القاضي^(٩١)، أما القرار الصادر بمنح الصيغة التنفيذية، فلا يجوز استئنافه إلا في الحالات المحددة على سبيل الحصر في نص المادة (١٥٠٢) من قانون الإجراءات المدنية^(٩٢).

أما بالنسبة إلى موقف التشريع المصري، فإنه يتعين التفرقة بين أحكام التحكيم الأجنبية التي تخضع في تنفيذها لأحكام قانون التحكيم وتلك التي تخضع لأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية، فإذا اتفق الأطراف على سريان أحكام قانون التحكيم المصري على التحكيم الصادر بشأنه الحكم المراد تنفيذه، فإن قواعد التنفيذ الواردة في ذلك القانون هي التي تكون واجبة التطبيق في هذه الحالة دون أن يخل ذلك بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في مصر، ومع مراعاة ما تنص عليه المادة السادسة من قانون التحكيم من أنه إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو وثيقة أخرى، وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة

(٩٠) انظر: نص المادة (١٤٩٩) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

(٩١) انظر: نص المادة (١٥٠٣) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

(٩٢) انظر: ولقد نصت المادة (١٥٠٢) على خمس حالات، تعد الأربع حالات الأولى منها صورة طبق الأصل من الأربع حالات الأولى المنصوص عليها في المادة (١٤٨٤) الخاصة بالتحكيم الوطني وهي وهذه الحالات هي:

- إذا فصل المحكم في النزاع دون وجود اتفاق تحكيم أو بناء على اتفاق باطل أو انتهت مهمته.
- إذا شكلت محكمة التحكيم بصورة غير شرعية، أو إذا تم تعيين المحكم الوحيد بطريقة مخالفة للقانون.
- إذا فصل المحكم في النزاع دون التقيد بحدود المهمة التي عهد بها إليه.
- إذا لم يتم احترام مبدأ المواجهة.
- أما الحالة الخامسة فتتعلق بجواز الطعن في حكم التحكيم بطريق الإبطال إذا كان من شأن الاعتراف بهذا الحكم أو تنفيذه يشكل اعتداءً على النظام العام الدولي.

بالتحكيم، فالخاص يقيد العام، أي يتعين في هذه الحالة الالتزام بتنفيذ الحكم طبقاً للاتفاقية الدولية أو لما أحال إليه اتفاق الطرفين بشرط عدم إخلال ذلك بالنظام العام الداخلي^(٩٣). أما إذا لم يتفق الطرفان على إخضاع أحكام التحكيم الأجنبية لأحكام قانون التحكيم المصري، فإن تلك الأحكام سوف يتم تنفيذها طبقاً للقواعد الواردة في نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية التي لم يلغها قانون التحكيم المصري بشرط أن يكون الحكم صادراً في مسألة يجوز فيها التحكيم وفقاً للقانون المصري، وأن يراعي التقيد بالاتفاقيات الدولية التي ترتبط بها مصر كاتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية^(٩٤). وطبقاً لنصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، فإنه يلزم لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية توفر شروط عدة وهي:

- (١) شرط المعادلة بالمثل، أي أن أحكام التحكيم الصادرة في بلد أجنبي يجوز تنفيذها بالشروط نفسها المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ أحكام وأوامر التحكيم الصادرة في مصر.
- (٢) التأكد من أن المحاكم المصرية غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها حكم التحكيم، والتحقق من اختصاص هيئة التحكيم التي أصدرت الحكم المراد تنفيذه.
- (٣) التأكد من أن الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كلفوا الحضور، ومثلوا تمثيلاً صحيحاً.
- (٤) أن يكون حكم التحكيم المراد تنفيذه قد حاز على قوة الأمر المقضي به، طبقاً لقانون البلد التي صدر فيها الحكم.
- (٥) عدم تعارض حكم التحكيم مع حكم أو أمر سبق صدوره من محاكم جمهورية مصر العربية، وعدم تضمنه ما يخالف النظام العام أو الآداب في مصر. ويختص بنظر أمر التنفيذ المحكمة الابتدائية التي يراد تنفيذ حكم التحكيم في دائرتها، وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعاوى^(٩٥).

(٩٣) انظر: د/ أحمد السيد صاوي، "التحكيم طبقاً للقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م وأنظمة التحكيم الدولية"، المرجع السابق، ص ٢٧١.

(٩٤) انظر نص المادة (١/١) من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الموقع بتاريخ ١٠/٦/١٩٥٨م والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ ٧/٦/١٩٥٩م.

(٩٥) انظر: المواد من (٢٩٧ - ٣٠١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م.

وإذا كانت الأحكام الواردة في الشريعة العامة للتحكيم لا تتضمن ما يتعارض مع طبيعة المنازعات الإدارية، فإنه لا يمنع من الأخذ بها في مجال أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية على أن ينعقد الاختصاص لمحاكم القضاء الإداري بنظر أمر التنفيذ.

ثانياً - إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية:

فيما يتعلق بأحكام التحكيم الدولية في فرنسا يجب التفرقة بين نوعين منها، أولهما: حكم التحكيم الدولي الصادر في فرنسا والذي يختص بإصدار الأمر بتنفيذه قاض التنفيذ بالمحكمة الاستئنافية التي صدر حكم التحكيم في دائرتها وذلك طبقاً للمادة (١٤٧٧) من قانون المرافعات الفرنسي بعد الإحالة إليها من المادة (١٥٠٠) في هذا الشأن، وثانيهما: حكم التحكيم الدولي الصادر خارج فرنسا، فنظراً لأن المشرع الفرنسي لم يحدد القاضي المختص بإصدار الأمر بالتنفيذ، فقد اختلف الفقه على ثلاثة آراء^(٩٦).

الرأي الأول: يذهب هذا الرأي إلى وجوب تقديم طلب أمر التنفيذ إلى قاضي التنفيذ في محكمة استئناف باريس؛ لأن المشرع جعل الاختصاص لها دون غيرها من محاكم الاستئناف بالمعونة في تدليل المصاعب التي تنشأ بمناسبة تشكيل هيئة التحكيم.

الرأي الثاني: يذهب إلى إعطاء الاختصاص بإصدار أمر التنفيذ للمحكمة الاستئنافية التي يختارها المدعى طالب التنفيذ بشرط أن يرتبط مكان الإجراءات بالإقليم الفرنسي.

الرأي الثالث: يذهب إلى إعطاء الاختصاص لقاضي التنفيذ الذي يقع في دائرته موطن المطلوب التنفيذ ضده، فإذا لم يكن له موطن، فالعبرة بالمكان الذي توجد فيه الأموال المراد التنفيذ عليها.

ولكن بعد تعديل نصوص قانون المرافعات الفرنسي المتعلقة بالتحكيم بموجب المرسوم رقم (٤٨) لعام (٢٠١١م) فقد أشار إلى تلك المسألة بشكل واضح، إذ نصت المادة (١٥١٦) منه على أنه (لا يكون الحكم التحكيمي قابلاً للتنفيذ الحبري إلا بموجب أمر يقضي بمنحه الصيغة التنفيذية صادر عن المحكمة الابتدائية التي صدر الحكم التحكيمي في نطاقها، أو عن المحكمة الابتدائية في باريس عندما يكون الحكم التحكيمي صادراً في الخارج).

(٩٦) انظر: د. عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م، ص ٦٩٨.

ويجب على طالب التنفيذ أن يودع حكم التحكيم ونسخة من اتفاق التحكيم بقلم كتاب المحكمة كما يجب عليه ضرورة ترجمة الحكم والاتفاق، إذا لم يكونا محددان باللغة الفرنسية وأن سلطة قاضي التنفيذ تتوقف على التأكد من وجود حكم التحكيم أو اتفاق التحكيم فلا يتطرق إلى فحص موضوع الحكم، وإنما يراقب الشروط الشكلية فقط وهو إما أن يوافق على إصدار أمر التنفيذ أو أن يرفضه^(٩٧).

أما بشأن الطعن على حكم قاضي التنفيذ من عدمه (فكما في القانون المصري) نفرق بين حالتين^(٩٨):

الحالة الأولى: الطعن على الحكم الصادر برفض الاعتراف والتنفيذ، حيث تنص المادة (١/١٥٢٣) من قانون المرفعات الفرنسي بعد تعديلها في عام (٢٠١١) على أنه (القرار الذي يرفض الاعتراف بحكم تحكيمي دولي صادر في فرنسا أو الذي يرفض منحه الصيغة التنفيذية يقبل الاستئناف)، على أن يقدم الاستئناف ضمن مهلة شهر من تاريخ تبليغ قرار المحكمة وفقاً للفقرة الثانية من المادة ذاتها.

الحالة الثانية: الطعن على الحكم الصادر بمنح الصيغة التنفيذية، حيث تنص المادة (١/١٥٢٤) من قانون الفرنسي بعد تعديلها في عام (٢٠١١) على (إن القرار الذي يمنح الصيغة التنفيذية لايقبل أي طريق من طرق الطعن، إلا في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ١٥٢٢).

أما بشأن أحكام التحكيم الدولية الصادرة خارج فرنسا فقد أشارت المادة (١/١٥٢٥) من القانون ذاتة بعد تعديلها في عام (٢٠١١) على أنه (القرار الذي يتعلق بطلب يرمي إلى الاعتراف بحكم تحكيمي صادر في الخارج أو إلى منحه الصيغة التنفيذية يكون قابلاً للإستئناف).

وبذلك فإن المشرع الفرنسي قد فرّق بشأن الطعن على حكم القاضي الصادر بالاعتراف والتنفيذ بين احكام التحكيم الدولية الصادرة في فرنسا وخارجها. فبالنسبة إلى أحكام التحكيم الدولية الصادرة خارج فرنسا، فإن طريق الطعن بالبطلان مغلق أمامها، ومن ثم فليس هناك ما يمنع من الطعن بالاستئناف على حكم القاضي

(٩٧) انظر: د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩م، ص٣١٠.

(٩٨) انظر: د. هشام خالد، جدوى اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٦م، ص١٣١-١٣٢.

الصادر بالموافقة والتأكد من عدم مخالفة الحكم لأسباب الخمسة المنصوص عليها في المادة (١٥٢٠).

وبالنسبة إلى أحكام التحكيم الدولية الصادرة في فرنسا، فإنه يمكن الطعن بها بالبطلان؛ لذا قرر المشرع الفرنسي عدم جواز الطعن بالاستئناف على حكم قاضي التنفيذ الصادر بالموافقة على تنفيذ الحكم؛ لأن القول بغير ذلك يعني ازدواجية الطعن ضد هذه الأحكام^(٩٩).

وطبقاً لقانون الإجراءات المدنية الفرنسي، فإن حكم التحكيم الوطني لا يكون قابلاً للتنفيذ الجبري بمجرد صدوره، وإنما يستلزم الأمر اللجوء إلى القضاء الوطني لوضع الصيغة التنفيذية عليه، وينبغي على طالب التنفيذ أن يودع أصل حكم التحكيم مرفقاً به نسخة من اتفاق التحكيم قلم المحكمة الابتدائية التي صدر في دائرتها حكم التحكيم^(١٠٠)، كما يجب أن توضع الصيغة التنفيذية على أصل حكم التحكيم، وفي حالة رفض منح هذه الصيغة فينبغي على القاضي أن يعطي الأسباب المبررة لهذا الرفض^(١٠١).

واشترط اللجوء إلى القاضي الوطني من أجل استصدار أمراً بتنفيذ حكم التحكيم هو أمر أجمعت عليه تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي كافة^(١٠٢)، وكذلك المشرع المصري، إذ نص الأخير في المادة (٥٦) من قانون التحكيم على أنه: "يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون أو من يندبه من قضاتها بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين، ويقدم طلب تنفيذ الحكم مرفقاً به ما يأتي:

١- أصل الحكم أو صورة موقعة منه.

^(٩٩) انظر: د/ عبد المجيد سليمان محمد، الرقابة القضائية على أحكام المحكمين في منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٧م، ص ١٠٢ وما بعدها.

^(١٠٠) انظر: المادة (١٤٧٧) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

^(١٠١) تنص المادة (١٤٧٨) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

J. Thieffry, L'exécution des sentences arbitrales, "Éléments de droit comparé", Rev.arb. 1983, p.423, spéc, pp.425 et s.

Ph. Bertin, Le rôle du juge dans l'exécution de la sentence arbitrale, Rev.arb. 1983, p.281-293.

^(١٠٢) انظر: المادة (٢١٥) من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، والمادة (١٨٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، وكذلك المادة (٩) من قانون التحكيم القضائي الكويتي، والمادة (٢٠٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري، والمادة (٢٤١) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية البحريني، والمادة (٢٠) من نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، والمادة (٥٦) من قانون التحكيم العماني.

٢- صورة من اتفاق التحكيم.

٣- ترجمة مصدق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية لحكم التحكيم، إذا لم يكن صادراً بها.

٤- صورة من المحضر الدال على إيداع الحكم وفقاً للمادة (٤٧) من هذا القانون". ووفقاً للمادة (٥٧) من قانون التحكيم المصري^(١٠٣)، لا يمكن قبول طلب التنفيذ إلا بعد انقضاء ميعاد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم (تسعون يوماً من تاريخ إعلان الحكم إلى المحكوم له)، ولا يترتب على رفع هذه الدعوى وقف تنفيذ حكم التحكيم، ومع ذلك يجوز للمحكمة المختصة - إذا طلب المدعي وقف تنفيذ الحكم في صحيفة دعوى البطلان - أن تأمر بوقف التنفيذ إذا كان طلب الوقف مبنياً على أسباب جدية، على أن يكون ذلك خلال ستين يوماً من تاريخ أول جلسة محددة لنظر طلب الوقف، وإذا رأت المحكمة إيقاف تنفيذ حكم التحكيم، جاز لها أن تأمر بتقديم كفالة أو ضمان مالي، ويجب عليها في هذه الحالة الفصل في دعوى البطلان خلال ستة أشهر من تاريخ صدور هذا الأمر.

وطبقاً لنص المادة (٢/٥٨) من القانون ذاته، لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم إلا بعد أن يتحقق القاضي من أن حكم التحكيم لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع، وأنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام الداخلي، وأنه أعلن إعلاناً صحيحاً للمحكوم عليه^(١٠٤).

ويرى جانب من الفقه أن القاضي المعروض أمامه الأمر بالتنفيذ لا يتمتع بسلطة النظر في الحكم من الناحية الموضوعية، أي من حيث صحته أو بطلانه، أو سلامة

(١٠٣) قد جرى نص هذه المادة كالتالي: "لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ إذا طلب المدعي ذلك في صحيفة الدعوى وكان الطلب مبنياً على أسباب جدية وعلى المحكمة الفصل في طلب وقف التنفيذ خلال ستين يوماً من تاريخ أول جلسة محدودة لنظره، وإذا أمرت بوقف التنفيذ جاز لها أن تأمر بتقديم كفالة أو ضمان مالي، وعليها إذا أمرت بوقف التنفيذ الفصل في دعوى البطلان خلال ستة أشهر من تاريخ صدور هذا الأمر".

(١٠٤) قد جرى نص هذه الفقرة كالتالي: "لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقاً لهذا القانون إلا بعد التحقق مما يأتي: (أ) أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع. (ب) أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية. (ج) أنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلاناً صحيحاً".

وصحة تفسيره للقانون أو الوقائع^(١٠٥)، فالرقابة التي يمارسها قاضي التنفيذ على حكم التحكيم تعد رقابة محدودة تقتصر فقط على التحقق من أنه أمام حكم تحكيم بالمعنى الفني الدقيق تتوفر فيه الشروط التي تتطلبها القانون لتنفيذه^(١٠٦).

ولقد أتاح المشرع المصري التظلم من الأمر الصادر برفض تنفيذ حكم التحكيم أمام المحكمة المختصة المنصوص عليها في المادة (٩) من قانون التحكيم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره، أما الأمر الصادر بالتنفيذ فلا يجوز التظلم منه، إذ نصت المادة (٣/٥٨) من قانون التحكيم على أنه: "ولا يجوز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم، أما الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة وفقاً لحكم المادة (٩) من هذا القانون خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره".

هذا وقد قضت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر بتاريخ ٦ من يناير عام ٢٠٠١م كما بينا سابقاً بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة السابقة فيما نصت عليه من عدم جواز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم، تأسيساً على أنها تتعارض مع مبدأ المساواة بين المواطنين أمام القانون ويخل بحق النقاضي بالمخالفة لأحكام المادتين (٤٠، ٦٨) من دستور ١٩٧٢^(١٠٧).

وبذلك يكتمل تناول الفرع الأول والمخصص لدراسة النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية والأجنبية، وننتقل من ذلك إلى عرض الصعوبات التي تعترض تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضد الإدارة والحلول التي يمكن من خلالها التغلب على هذه الصعوبات.

(١٠٥) انظر: د/ أحمد محمد حشيش، "القوة التنفيذية لحكم التحكيم"، دار الفكر الجامعي، سنة ٢٠٠١م، ص ٩٢، د/ أحمد السيد صاوي، "التحكيم طبقاً للقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م وأنظمة التحكيم الدولية"، المرجع السابق، ص ٢٧٦ وما بعدها.

(106) - S. Crépin, Les sentences arbitrales devant le juge français. Pratique de l'exécution et du contrôle judiciaire depuis les réformes de 1980-1981, préface de Ph. Fouchard, L.G.D.J. 1995. p.119 .

(١٠٧) انظر: حكم المحكمة الدستورية العليا القضية رقم (٩٢)، لسنة ٢١ ق دستورية، جلسة ١/٦/٢٠٠١م، موسوعة النقض والدستورية العليا، إعداد: د/ أحمد مليجي، الطبعة الأولى، الجزء ١، سنة ٢٠٠٤م، ص ٥٠٩.

الفرع الثاني

صعوبات تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضد الإدارة وحدودها

إذا كان الأمر الصادر من القضاء بتنفيذ حكم التحكيم هو الذي يسمح للطرف الصادر لصالحه الحكم بأن يلجأ إلى وسائل التنفيذ المنصوص عليها في القانون الخاص من أجل إجبار الطرف الممتنع عن التنفيذ باحترام الحكم الصادر عن قضاء التحكيم، فإن التساؤل الذي يثار في هذا الصدد: هل يجوز اللجوء إلى تلك الوسائل من أجل إجبار الإدارة على تنفيذ حكم التحكيم الذي رفضت أو تراخت في تنفيذه؟

في الواقع إن تطبيق وسائل الإجمار المنصوص عليها في القانون الخاص على الإدارة بهدف تنفيذ حكم التحكيم الصادر ضدها هو أمر لا يمكن تصوره، ذلك أن استخدام تلك الوسائل ضد الإدارة من شأنها الاصطدام بالمبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون العام، وبخاصة حصانة الدولة ضد التنفيذ، تلك الحصانة المعترف بها منذ زمن بعيد. ومن الجدير بالذكر أن إشكالية تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضد الإدارة تدخل في إطار مشكلة أخرى أكثر عمومية، وهي تنفيذ الأحكام الإدارية، تلك المشكلة التي استحوذت على اهتمام فقه القانون العام⁽¹⁰⁸⁾، وعقدت بشأنها كثير من الدراسات التي هدفت إلى إيجاد حل لها⁽¹⁰⁹⁾.

فما لا شك فيه إنه في إطار الدولة القانونية تكون الإدارة ملزمة بتنفيذ الأحكام الصادرة ضدها، ولكن يلاحظ في هذا الشأن أن هذا الإجمار - في الحقيقة - إجبار أخلاقي وليس واقعي، بمعنى أنه لا يوجد في القانون من الوسائل الجبرية التي يمكن استخدامها ضد الإدارة حال امتناعها عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها، ومرجع ذلك أن طبيعة نشاط الإدارة يأبى ويتتافر مع إمكانية استخدام وسائل التنفيذ العادية ضدها والمنصوص عليها في القانون الخاص.

وعلى هذا الأساس، فإن الصيغة التنفيذية التي توضع على حكم التحكيم الصادر في منازعة إدارية لا تنتج أثرها بالنسبة إلى كل الأشخاص الذين رفضوا الانصياع أو الخضوع لهذا الحكم، ذلك أنه إذا كانت القاعدة هي جواز لجوء الإدارة إلى قواعد التنفيذ

(108) P.- L. Josse, L'exécution forcée des décisions du juge administratif par la mise en jeu de la responsabilité pécuniaire du service public, EDCE 1953, pp.50-51.

P. Delvolvé, L'exécution des décisions de justice contre <<L'administration >>, EDCE 1983-1984., pp.111-137 .

(109) - Rapport du Conseil d'Etat sur l'exécution des juridictions administratives, RFDA 1990, pp. 481-514 .

العادية من أجل إجبار المحكوم ضده على تنفيذ حكم التحكيم الصادر لصالحها⁽¹¹⁰⁾، فإن هذه القاعدة يتعطل مجال أعمالها إذا كان هذا الحكم صادراً ضد الإدارة ورفضت تنفيذه؛ لأن الإدارة تستطيع أن تدفع بحصانتها ضد طرق التنفيذ العادية⁽¹¹¹⁾.

وإذا كانت الإدارة تملك أن تعطل تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضدها عن طريق التمسك بحصانتها ضد التنفيذ، إلا أن القانون الوضعي، لاسيما القانون الفرنسي، قد نص على بعض الطرق والوسائل التي يمكن من خلالها الحد من هذه الحصانة سواء على المستوى الوطني أم الدولي، وذلك بهدف ضمان الفاعلية اللازمة لأحكام التحكيم الصادرة ضد الأشخاص المعنوية العامة، وسوف نقوم بتوضيحها على النحو الآتي:

أولاً- وسائل الحد من الحصانة ضد التنفيذ المنصوص عليها في القانون الداخلي:
إن عدم تنفيذ الأحكام الإدارية أمر لا يتعلق فقط بالمجال الدولي، ولكن نلمس أثره كذلك في المجال الداخلي، فالأشخاص المعنوية العامة - كما سبق القول - تستطيع أن ترفض تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها والحائزة على حجية الشيء المقضي به دون أن يستطيع المحكوم له استخدام طرق التنفيذ المنصوص عليها في القانون الخاص كالحجوز بكافة أنواعها التحفظية والتنفيذية سواء كانت على المنقول أم على العقار.

هذا الوضع الذي وصفه جانب من الفقه الفرنسي بأنه غير عادي، ومؤلم⁽¹¹²⁾ قد تواترت عليه جهة الإدارة بشكل ملفت للنظر⁽¹¹³⁾ وأقرها في ذلك - منذ القدم - الأحكام الصادرة عن جهات القضاء الفرنسي.

فقد قضت محكمة التنازع في حكمها الصادر بتاريخ 9 من ديسمبر عام 1899م بأن طرق التنفيذ المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية المتعلقة بتحصيل الديون التي على الأفراد لا تسري أحكامها على الأشخاص المعنوية العامة⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹¹⁰⁾ الطعن رقم 1502، لسنة 6 ق.ع، جلسة 24/11/1962م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثامنة، الجزء الأول، من أول أكتوبر سنة 1962م إلى آخر يناير سنة 1963م، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية 1964م، ص95.

⁽¹¹¹⁾ J. Puisoye, Les juridictions arbitrales dans le contentieux administratif, art. Préc, p.283 .

⁽¹¹²⁾ J.-P. Costa, L'exécution des décisions de justice, AJDA 1995, numéro spécial, p.227, spéc, p.228.

⁽¹¹³⁾ J.-P. Costa, Ibidem.

M. Dreifuss, A. Bompard, Du pouvoir comminatoire au pouvoir de sanction: la liquidation de l'astreinte, AJDA 1998, p.3, spéc, p.4.

⁽¹¹⁴⁾ T.C., 9 décembre 1899, Association syndicale du Canal de Gignac, in GAJA, op.cit., p.43.

وهذا ما أفصح عنه أيضاً مجلس الدولة^(١١٥)، ومحكمة النقض، إذ قضت الأخيرة في حكمها الصادر بتاريخ ٢١ من ديسمبر عام ١٩٨٧م بأن أموال الأشخاص المعنوية العامة غير قابلة للحجز عليها، ويستبعد بشأنها تطبيق طرق التنفيذ المنصوص عليها في القانون الخاص^(١١٦).

وهذا ما أخذ به القانون المدني المصري، حيث نصت المادة (٨٧) منه على أنه: "تعتبر أموالاً عامة، العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص، وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها باللقادم".

وذات الاتجاه المادة (١٨) من القانون المالي لسلطنة عمان الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٨/٤٧)، فقد نصت على أنه: "الأموال المملوكة للدولة ملكية عامة، لا يجوز الحجز عليها، أو التصرف فيها بأي نوع من التصرفات".

ويترتب على ذلك أن تنفيذ الأحكام الإدارية يعتمد في الأساس على إرادة جهة الإدارة، بحيث إذا رفضت تنفيذ الحكم الصادر ضدها، فإن المحكوم له لا يستطيع - كما سبق أن بينا - أن يتخذ ضدها إجراءات التنفيذ المنصوص عليها في القانون الخاص.

وإزاء هذا الوضع الذي يعد مجافياً للعدالة، ويتعارض مع أبسط قواعد الديمقراطية كما ورد في كتاب رئيس الوزراء الفرنسي الموجه إلى نائب رئيس مجلس الدولة بتاريخ ١٣ من أكتوبر عام ١٩٨٨م بمناسبة دعوته إلى اقتراح بعض الإجراءات لضمان تنفيذ الأحكام القضائية^(١١٧)، فقد تدخلت السلطة التشريعية واللائحية في فرنسا على فترات زمنية مختلفة ووضعت بعض التدابير التي من شأنها حث الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية واحترام حجية الشيء المقضي به.

ففي النصف الثاني من القرن العشرين، وتحديداً في ٣٠ من يوليو عام ١٩٦٣م صدر المرسوم رقم (٧٦٦) ونص في مادته الثالثة على أن يقدم مجلس الدولة تقريراً

(115) C.E. Avis, 6 février 1979, Offices publics d'H.L.M. et aux offices publics d'aménagement et de construction, EDCE 1979-1980, p.216.

(116) C. Cass. 1re ch.c, 21 décembre 1987, Bureau de Recherches Géologiques et Minières, RFDA 1988, p.771, concl. L. Charbonnier, note B. Pacteau.

(117) Rapport du Conseil d'Etat sur l'exécution des juridictions administratives, op.cit., p.482.

سنوياً على الحكومة حول نشاطه الإداري والقضائي، على أن يشير هذا التقرير إلى الصعوبات التي تعترض تنفيذ الأحكام الصادرة عن جهة القضاء الإداري^(١١٨).
وبتاريخ ٣ من يناير عام ١٩٧٣م صدر القانون رقم (٦) الذي جاء بنظام وسيط الجمهورية (Médiateur de la République)^(١١٩)، وأناط به عدة اختصاصات، أهمها تذليل الصعوبات التي تعترض تنفيذ الأحكام الإدارية، وأضاف له قانون ٢٤ من أغسطس عام ١٩٧٦م مكنة تحديد موعد للإدارة لكي تنفذ الأحكام القضائية الحائزة على قوة الأمر المقضي حال امتناعها عن تنفيذها^(١٢٠).

ثم أصدر المشرع الفرنسي بعد ذلك القانون رقم (٥٣٩) بتاريخ ١٦ من يوليو عام ١٩٨٠م بشأن الغرامات التهديدية في المواد الإدارية وتنفيذ الأحكام القضائية، والذي تم إدخال تعديل عليه بموجب القانون رقم (٥٨٨) بتاريخ ٣٠ من يوليو عام ١٩٨٧م وأجاز للقاضي الإداري بأن يقضي بغرامات تهديدية ضد الأشخاص المعنوية العامة أو الأشخاص الخاصة المكلفة بإدارة مرفق عام، وذلك في حالات عدم تنفيذ الأحكام القضائية أو التأخير في تنفيذها^(١٢١).

وأخيراً - وعلى منوال تطوره ذاته - أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم (١٢٥) بتاريخ ٨ من فبراير عام ١٩٩٥م الذي يعد مكملاً لأحكام قانون ١٦ من يوليو عام ١٩٨٠م، وأعطى للقاضي الإداري سلطة توجيه الأوامر إلى الإدارة لتنفيذ الأحكام الصادرة ضدها^(١٢٢).

(118) M. Carraud, Le rôle du président de la section du contentieux de Conseil d'Etat, RDP 1980, p.1403, spéc, p.1431.

(119) P. Verrier, Le Médiateur, Loi de 3 janvier 1973, RDP 1973, pp. 941-977. M. Guillaume-Hofnung, Les modes alternatifs de règlement des litiges. La médiation, AJDA 1997, p.30, spéc, p.35.

(120) Ph. Georges, Droit public "concours administratifs", Sirey 1986, 6e éd, p.262.

(121) ومن الجدير الإشارة إليه أنه وفقاً لقانون (١٦) من يوليو عام ١٩٨٠م فإن مجلس الدولة هي الجهة الوحيدة المنوط بها القضاء بغرامات تهديدية على الإدارة حال امتناعها عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها، ويستفاد ذلك من نص المادة (٢) من القانون المذكور التي جرى نصها كالتالي:
ولكن هذا الاختصاص عدل بمقتضى نص المادة ٦٢ من قانون ٨ من فبراير عام ١٩٩٥م والتي أجازت للمحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية الاستئنافية بأن تقضي هي الأخرى بغرامات تهديدية ضد الإدارة حال امتناعها عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها.

(122) P. Fraisseix, La réforme de la juridiction administrative par la loi 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, RDP 1995, pp.1053-1080.

D. Chabanol, Un printemps procédural pour la juridiction administrative? AJDA 1995, pp. 388-396.

وإذا كانت القوانين السابق بيانها تخص الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة، فإن التساؤل الذي يثار في هذا الصدد: هل تسري هذه القوانين أيضاً على أحكام التحكيم الإداري أو أن مجال إعمالها يقتصر فقط على أحكام القضاء الإداري؟ الإجابة على هذا التساؤل تتطلب إجراء تحليل لكل قانون على حده لبيان ما إذا كان يمكن سريان أحكامه على أحكام التحكيم الإداري من عدمه.

ففيما يتعلق بمرسوم ٣٠ من يوليو عام ١٩٦٣م المتعلق بتدارك عدم تنفيذ الأحكام القضائية والحث على تنفيذها، فإن اختصاص لجنة التقرير بمجلس الدولة وفقاً للمادة الثالثة منه يتعلق فقط بالأحكام الصادرة عن القضاء الإداري، وبما أن محاكم التحكيم لا تعد من ضمن محاكم القضاء الإداري فإن النظر في صعوبات تنفيذ أحكام التحكيم - وفقاً لهذا المرسوم - لا يمكن أن تخضع للقاضي الإداري، على اعتبار أنه يختص فقط بالنظر في صعوبات تنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري دون الأحكام الصادرة عن القضاء العادي أو قضاء التحكيم^(١٢٣).

وبالمقابل فإن الطبيعة الخاصة لنظام وسيط الجمهورية في التدخل لحث الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية تسمح بإعماله في مجال تنفيذ أحكام التحكيم الإداري^(١٢٤)، وإن كان ذلك النظام لا يشكل ضماناً فاعلة في هذا الصدد، ومرجع ذلك أن تدخل وسيط الجمهورية في فرنسا لحث الإدارة على تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها لا يتم بطريقة آلية، وإنما بناء على شكوى تقدم إليه، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى فإن اللجوء إلى وسيط الجمهورية لا يتم بصورة مباشرة^(١٢٥)، إذ ينبغي على المحكوم له أن يتوجه بشكواه أولاً إلى أحد أعضاء البرلمان الذي يقوم بدوره بفحصها وتقدير مدى أهمية إحالتها إلى وسيط الجمهورية، وقد يترأى له عدم ضرورة ذلك، ومن ثم لا يتصل علم الوسيط بها، وحتى على فرض إحالة الشكوى إلى الوسيط، فإن سلطته في توجيه الأوامر للإدارة من أجل إرغامها على تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها تعد سلطة محدودة؛ لأنه لا يملك حق توقيع الجزاءات عليها حال امتناعها عن تنفيذ الأحكام الإدارية^(١٢٦)، مما يترتب على ذلك أن تظل مسألة تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضد الإدارة - في العموم - معتمدة على الإرادة الصريحة للإدارة.

(123) D. Foussard, L'arbitrage en droit administratif, art. Préc, p.51.

(124) D. Foussard, Ibidem.

(125) P. Verrier, art. Préc, p.970.

(126) Ph. Georges, op.cit, p.262.

وعلى العكس فإن قانون ١٦ من يوليو عام ١٩٨٠م أجاز للقاضي الإداري فرض غرامة مالية على الإدارة حال امتناعها عن تنفيذ الأحكام القضائية الحائزة على قوة الأمر المقضي به^(١٢٧)، ويرى جمهور الفقه أن هذا القانون يمكن تطبيقه على الأحكام كافة ومنها أحكام التحكيم الإداري^(١٢٨).

وبالإضافة إلى وسائل الجبر السابق بيانها، فإن المحكوم له يستطيع أن يلجأ إلى قاضي الإلغاء من أجل إجبار الإدارة على تنفيذ حكم التحكيم، فإذا أفصحت الإدارة عن إرادتها الصريحة بعدم تنفيذ حكم التحكيم أو تمثل هذا الامتناع في شكل ضمني، فإن من وسع المحكوم له أن يطعن بالإلغاء في قرار الإدارة الايجابي أو السلبي - بحسب الأحوال - بعدم تنفيذ حكم التحكيم، ويستفيد بذلك من أحكام قانون ٨ من فبراير عام ١٩٩٥م، ويطلب من القاضي توجيه الأوامر إلى الإدارة لتنفيذ حكم التحكيم^(١٢٩).

وهكذا فإن وسائل الجبر السابق بيانها يمكن أن تشكل سلاحاً بيد المحكوم له يستطيع أن يستخدمها لكي يجبر الإدارة على الامتثال لحكم التحكيم الصادر ضدها واحترام حجية الشيء المقضي به، ويبدو أنه لا يوجد مانع، بل إنه من الأفضل أن يحذو المشرع المصري حذو نظيره الفرنسي ويقرر إمكانية تدخل القاضي الإداري لكي يكفل تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة، ومنها أحكام التحكيم الإداري؛ وذلك للقضاء على ظاهرة امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها وتزايدها في الآونة الأخيرة، خاصة أن مشروعية تدخل القاضي الإداري في هذه الحالة تعد امتداداً طبيعياً لمهمته في إرساء العدالة في المجتمع، وأن ذلك لا يتسنى إلا إذا وكل للقاضي الإداري مهمة الرقابة على كافة المسائل المتعلقة بالتحكيم الإداري، سواء كان تحكيمياً وطنياً أم دولياً.

ومن الجدير بالملاحظة أن المشرع المصري قد أخذ بنظام المسؤولية الجنائية للموظف حال امتناعه عن تنفيذ الأحكام القضائية، بحيث يترتب على انعقادها فقدانه حريته وعزله من وظيفته، إذ نصت المادة (١٠٠) من دستور ٢٠١٤م على أنه: "تصدر الأحكام وتنفذ باسم الشعب، ويكون الامتناع عن تنفيذها أو تعطيل تنفيذها من جانب الموظفين العموميين المختصين جريمة يعاقب عليها القانون، وللمحكوم له في هذه الحالة

(127) P. Lalive, Assurer l'exécution des sentences arbitrales, in Arbitrage international, 60 ans après regard sur l'avenir CCI, 1984., p.331., spéc, p.333. J. Puisoye, Les juridictions arbitrales dans le contentieux administratif, art. Préc, p.282 .

(128) P. Delvolvé, Communication au coll. de l'AFA, op.cit., pp.33 et s.

D. Foussard, L'arbitrage en droit administratif, art. Préc, pp.51 et s.

(129) P. Delvolvé, Ibidem., p.33 .

حق رفع الدعوى الجنائية مباشرة إلى المحكمة المختصة"، وهو نفس ما جاءت به المادة (١٢٣) من قانون العقوبات التي جرى نصها على النحو الآتي: "يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته في (...). أو وقف تنفيذ حكم أو أمر صادر من المحكمة أو من أية جهة مختصة، كذلك يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي امتنع عمداً عن تنفيذ حكم أو أمر مما ذكر بعد مضي ثمانية أيام من إنذاره على يد محضر، إذا كان تنفيذ الحكم أو الأمر داخلاً في اختصاص الموظف".

وعلى الرغم من وجود هذا الحكم في القانون الوضعي المصري، إلا إنه لا يسهم في مشكلة عدم تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضد الإدارة، ومرجع ذلك أن نص المادة (١٢٣) من قانون العقوبات تخص فقط الأحكام الصادرة عن القضاء الوطني دون الأحكام الصادرة عن قضاء التحكيم الذي لا يدخل في مفهوم محاكم الدولة، ومن ثم لا يمكن الاستناد إلى هذه المادة لتحريك المسؤولية الجنائية ضد الموظف الممتنع عن تنفيذ حكم التحكيم الصادر ضد الإدارة من أجل إرغامه على تنفيذ هذا الحكم، وذلك تطبيقاً للمبدأ القائل "لا جريمة ولا عقوبة بدون نص".

ثانياً - تمسك الدولة بحصانتها ضد التنفيذ في المجال الدولي وحدودها:

تمسك الدولة بحصانتها ضد التنفيذ عبارة عن إجراء تسعى الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة من خلاله إلى عرقلة إجراءات التنفيذ التي اتخذها أو يريد أن يتخذها لمن في يده حكم تحكيمي أو قضائي صادر ضدها، وتستطيع بذلك أن تمنع السلطة القضائية من اتخاذ أية إجراءات ضدها.

ويرى فريق من الفقه بأن حصانة الدولة ضد التنفيذ تعد حصانة مطلقة^(١٣٠) تستطيع الدولة التمسك بها بصرف النظر عن نوع العقد الذي أبرمته (أي حتى لو كان من طبيعة تجارية خالصة)، وقد أرجع الفقه السبب في ذلك إلى أن التنفيذ الجبري للأحكام الصادرة ضد الدولة يؤدي إلى إحداث خلل جسيم في العلاقات الدولية^(١٣١)، ويشكل انتهاكاً شديداً لسيادتها^(١٣٢).

ولقد استند هذا الاتجاه إلى الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي، والتي اتجهت فيها إلى رفض الربط بين الحصانة القضائية والحصانة ضد التنفيذ، وإضفاءها على

(130) I. P.- Lenuzza, Les immunités des Etats en droit international, Bruylant 1998, pp.137-145 .

(131) M. Cosnard, La soumission des Etats aux tribunaux internes, préface de B. Stern, A. Pedone 1996, pp.61 et s.

(132) Ph. Leboulanger, Les contrats entre États et entreprises étrangères, préface de B. Goldman, Economica 1985, p.305.

الأخيرة الطابع المطلق الذي يجب تطبيقه حتى لو تعلق الأمر بتصرفات تستند إلى القانون الخاص^(١٣٣).

وينتهي هذا الفقه إلى أنه إذا كانت الدولة تستطيع أن تتنازل عن حصانتها القضائية، أو كانت لا تستطيع التمسك بتلك الحصانة عندما تكون الدعوى الموجهة ضدها تتعلق بنشاطاتها الخاصة، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة إلى حصانتها ضد التنفيذ التي تستطيع الدولة أن تتمسك بها في أعمالها الإدارية والخاصة كافة^(١٣٤).

وإذا كان المفهوم المطلق الذي تتمتع به حصانة التنفيذ على هذا النحو يشكل عقبة أمام التنفيذ الجبري لأحكام التحكيم في المجال الدولي، فإن هذا يقودنا إلى طرح التساؤل عن جدوى قضاء التحكيم الدولي، إذا كانت أحكامه لا تحترم، وهل يجب في هذه الحالة أن تعد أن كل دعاوى التحكيم الموجهة ضد الإدارة غير مجدية؟

في الواقع إنه وفقاً لمبادئ القانون الدولي العام، فإن من حق الدولة التدخل دبلوماسياً لحماية شخص أو أموال رعاياها التي تقع في إقليم دولة أجنبية من الأضرار التي قد تلحق بها نتيجة إجراءات اتخذتها، أو قد تتخذها حكومة الدولة الأجنبية، ومن ثم إذا رفضت حكومة الدولة الأجنبية تنفيذ حكم التحكيم الصادر ضدها، فإن من وسع المحكوم له أن يطلب من دولته الوطنية التدخل دبلوماسياً؛ لإجبار الدولة الأجنبية على تنفيذ حكم التحكيم الصادر ضدها.

وإذا كان مبدأ الحماية الدبلوماسية يعد من إحدى الوسائل التي يمكن استخدامها لتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضد الأشخاص المعنوية العامة، إلا أن هذه الوسيلة غير فاعلة ولا تتفق مع احتياجات التجارة الدولية، ومرجع ذلك أن إجراءات طلب الحماية الدبلوماسية تنسم بأنها إجراءات شاقة ومعقدة^(١٣٥)، فضلاً عن إمكانية اتفاق الدول على

(133) C.A. de Rouen 1re et 2e ch. réunies, 10 février 1965, Soc. Bauer-Marchal et Cie c/ ministre des Finances de Turquie, Rev.crit. DIP 1965, p.565, note Y.L. C.A. de Aix-en-Provence 1re ch., 14 février 1966, Statni Banka et Banque d'Etat tchécoslovaque c/ Englander, JDI 1966, p.846, note Ph. Kahn.

(١٣٤) وهذا الاتجاه أخذت به معاهدة فيينا بشأن العلاقات الدبلوماسية الصادرة عام ١٩٦١م، حيث نصت المادة (٤/٣٢) منها على أن تتنازل عن الحصانة القضائية للدولة في دعوى مدنية أو إدارية لا يفيد ضمناً التنازل عن حصانتها ضد إجراءات التنفيذ.

(١٣٥) يشترط لممارسة الدولة حمايتها الدبلوماسية لرعاياها وأموالهم في الخارج شرطان، الأول: الجنسية أي أن تكون بينها وبين الشخص الذي تحميه دبلوماسياً رابطة حقيقية وجوهرية، والثاني: وجوب استنفاد طالب الحماية الدبلوماسية طرق التقاضي الداخلي. انظر: د/ عبد الحميد الأحمد، "موسوعة التحكيم التحكيم الدولي"، دون ذكر الناشر، الجزء الثاني، دون ذكر دار النشر، ص ٣١.

استبعادها⁽¹³⁶⁾، ومن ثم يظل هذا المبدأ غير قادر على اختراق حصانة الدولة ضد التنف، ويبقى حكم التحكيم فارغاً من أي معنى له في حالة عدم تنفيذه طواعية من جانب الدولة، مما يعوق عملية تطور نظام التحكيم على الصعيد الدولي كإحدى الوسائل الودية للفصل في المنازعات بين الدول والأشخاص الخاصة، وعدم تحقق الاستقرار اللازم للاستثمارات الأجنبية.

ولذلك إذا ما أريد للتحكيم أن يتنامى على الصعيد الدولي ويصبح من الوسائل الفاعلة لحسم المنازعات الدولية، فإنه ينبغي أن يصاحب ذلك تطور في القواعد التي تحكم حصانة الدولة ضد التنفيذ.

ولعل ذلك ما حدا بالقضاء الفرنسي إلى محاولة التلطيف من حدة المفهوم المطلق لحصانة الدولة ضد التنفيذ وتكييفها بما يتلاءم مع احتياجات التجارة الدولية، وذلك عن طريق التفرقة بين الأموال المخصصة للمنفعة العامة وتلك المخصصة لأغراض تجارية أو خاصة، بحيث يجوز الحجز على النوع الثاني من الأموال دون الأول.

وقد ظهرت إرهابات هذا الاتجاه في حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 11 من فبراير عام 1969م، إذ إنها بالرغم من رفضها تأييد حجز ما للمدين لدى الغير الموقع على أموال إحدى البنوك التشيكوسلوفاكية لدى بنك شمال أوروبا التجاري؛ لأنها وجدت صعوبة في التفرقة بين الأموال العامة والخاصة في هذا النزاع، إلا أن هذا الحكم يستنتج منه أن محكمة النقض الفرنسية قد بدأت في وضع مبدأ عاماً مفاده عدم جواز الدفع بالحصانة ضد التنفيذ إذا كانت الأموال المحجوز عليها، أو المراد إجراء الحجز عليها تأخذ شكل الأموال الخاصة⁽¹³⁷⁾.

ثم بدأت محكمة النقض الفرنسية في تكريس مبدأها السابق في أحكامها الصادرة في هذا الشأن، معلنة أن حصانة الدولة ضد التنفيذ ليست ذات طابع مطلق⁽¹³⁸⁾، ولعل أوضح أحكامها التي أعلنت فيها صراحة الحجز على أموال الدولة المخصصة لأغراض خاصة، تلك الصادر في قضية "يورودف" بتاريخ 14 من مارس عام 1984م⁽¹³⁹⁾، حيث

(136) A. Zahi, L'Etat et l'arbitrage, préface de J. - L. de Grandcourt, Alger, Office des publications universitaires 1979, p.165.

(137) C. Cass., 11 février 1969, Englander c/ Statni Banka Ceskoslovenska, JDI 1969, p.923, note Ph. Kahn.

(138) C. Cass. 1re ch.c, 2 novembre 1971, Clerget c/ Représentation commerciale de République démocratique du Viêt-Nam, JDI 1972, p.267, note R. Pinto.

(139) C. Cass. 1re ch.c, 4 mars 1984, 1° sté E.U.R.O.D.I.F. et autre c/ République Islamique d'Iran. 2° République Islamique d'Iran c/ Commissariat à l'énergie atomique et autre, Rev.arb. 1985, p.69, note G. Couchez ; Rev.crit. DIP 1984, p.644, note J.-M. Bischoff ; JDI 1984, p.598, note B. Oppetit.

أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكمين في إطار النزاع الذي نشب ما بين شركتي "سوفيدف"، "يورودف" و حكومة إيران.

إذ إنه على أثر حركة التغيير التي طرأت على النظام السياسي في دولة إيران عام ١٩٧٩م، والتي نتج عنها فسخ الاتفاقات التي كانت مبرمة مع شركتي "يورودف"، "سوفيدف" في مجال الطاقة النووية، أن قامت الشركتان المذكورتان بتحريك إجراءات التحكيم ضد الحكومة الإيرانية وفقاً لاتفاق التحكيم المنصوص عليه في العقود المبرمة بينهما، ثم أعقب ذلك قيام هاتان الشركتان بتقديم طلب إلى رئيس محكمة باريس الابتدائية لتوقيع حجز تحفظي Une saisie conservatoire على الأموال الموجودة تحت يد إدارة الطاقة الذرية (C.E.A.) بصفتها مقترضة وتحت يد الحكومة الفرنسية - على سبيل الاحتياط - بصفتها ضامنة للقرض^(١٤٠)، وبالفعل حصلت هاتان الشركتان على الأمر بتوقيع الحجز التحفظي وفاءً للمبالغ المستحقة لهما.

ولما طعن في هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف، قررت هذه المحكمة في حكمها الصادر بتاريخ ٢١ من ابريل عام ١٩٨٢م أن الأموال التي تدين بها الحكومة الإيرانية إدارة الطاقة الذرية والدولة الفرنسية تتعلق بأموال عامة، ومن ثم فهي تتمتع بالحصانة ضد التنفيذ.

ولما عرض الأمر على محكمة النقض الفرنسية استهلكت قضائها بالإشارة إلى المبادئ السائدة في القانون الدولي والمنظمة لموضوع الحصانات التي تتمتع بها الدول الأجنبية مؤكدة على أن حصانة الدولة الأجنبية ضد إجراءات التنفيذ مقررّة كمبدأ عام، ثم أعلنت صراحة أن هذه الحصانة ليست مطلقة بل يمكن استبعادها على سبيل الاستثناء، إذا كانت الأموال المحجوزة عليها مخصصة لنشاطات اقتصادية أو تجارية، وانتهت إلى أن الأموال المحجوز عليها مخصصة لأغراض اقتصادية وتجارية، ومن ثم يجوز الحجز عليها^(١٤١).

والجدير الإشارة إليه إنه إذا كان القضاء الفرنسي قد اعتمد - من أجل التخفيف من حدة تمسك الدولة بحصانته ضد التنفيذ - على إجراء تفرقة ما بين الأموال العامة

^(١٤٠) إذ إنه بتاريخ ٢٧ من يونيو عام ١٩٧٤م، ٢٣ من ديسمبر من نفس العام أبرمت الحكومة الفرنسية مع الحكومة الإيرانية معاهدين بغرض التعاون بينهما في المجالات العلمية والفنية والصناعية، وتنفيذاً لهذا الغرض قامت الحكومة الإيرانية بتاريخ ٢٣ من فبراير عام ١٩٧٥م بإبرام عقداً مع إدارة الطاقة الذرية متضمناً إقراض الأولى للثانية مبلغاً وقدره مليار دولار وقد ضمنت الحكومة الفرنسية الوفاء به. (141) C. Cass. Ire ch.c, 14 mars 1984, sté E.U.R.O.D.I.F. et autre c/ République Islamique d'Iran, préc.

والأموال الخاصة^(١٤٢)، إلا أن القضاء المصري لم يكن بمعزل عن هذا الاتجاه ، بل كان اسبق منه في هذا الشأن، إذ ذهبت محكمة الاستئناف المختلطة في حكمها الصادر بتاريخ ٢٢ من يناير عام ١٩٣٠م إلى أنه منذ اللحظة التي تمارس فيها الدولة الأجنبية أعمالاً تخضع للقانون الخاص، فإنه لا يوجد ما يمنع من تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها على الأشياء التي تمتلكها والتي تتمتع بصفة تلك الأعمال ذاتها، كما أن محكمة الإسكندرية (الدائرة التجارية) قد قررت في حكمها الصادر بتاريخ ٢٩ من مارس عام ١٩٤٣م أن أموال الدولة الأجنبية الموجودة على الأراضي المصرية والمخصصة لأغراض تجارية يجوز الحجز عليها^(١٤٣).

وترتيباً على ما تقدم فإن مفهوم حصانة الدولة ضد التنفيذ قد تحول من المفهوم المطلق إلى المفهوم النسبي، وهذا ما أكد عليه القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه الصادرة في هذا الشأن^(١٤٤)، ومن ثم يمكن لمن صدر لصالحه حكم التحكيم أن ينفذه جبراً عن طريق استصدار أمر من القضاء بتوقيع حجز على أموال الدولة المخصصة لنشاطات اقتصادية أو تجارية مادامت هذه الأموال لا تتوفر فيها صفة الأموال العامة، ومن ثم لا يصطدم هذا الإجراء مع النظام العام الدولي^(١٤٥).

(142) H. Synvet, Quelques réflexions sur l'immunité d'exécution de l'Etat étranger, JDI 1985, pp.865-887.

F. Joly, États-Unis : une réforme de 1988 restreint le domaine des immunités des États étrangers en matière d'arbitrage, Rev.arb. 1990, pp. 607-616.

Ph. Leboulanger, Les contrats entre États et entreprises étrangères, op.cit, pp. 312-317.

(143) I. P.- Lenuzza, "Les immunités des Etats en droit international", op.cit., p.153.

(144) C.A. de Rouen, 20 juin 1996, sté Bec Frères c/ office des céréales de Tunisie, Rev.arb. 1997, p.263, note E. Gaillard.

كما أن محكمة استئناف باريس قد سبق وأن تبنت في حكمها الصادر بتاريخ ٩ من يوليو عام ١٩٩٢م ذات اتجاه محكمة استئناف (Rouen) إذ ذهبت إلى أن لجوء الدولة إلى التحكيم وفقاً لقواعد غرفة

التجارة الدولية بباريس يحمل بالضرورة تعهد بتنفيذ حكم التحكيم الصادر تطبيقاً لقواعد تلك الغرفة.
Paris 1re ch.c, 9 juillet 1992, Norbert Beyrard France c/ République de Côte d'Ivoire, Rev.arb. 1994, p.133, note Ph. Théry.

للمزيد:

I. P.- Lenuzza, Observations sur la convention du 17 janvier 2005 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, JDI 2005, pp.1045-1066.

(145) G. Flécheux, Les difficultés d'exécution en France des sentences rendues contre des États ou leurs émanations, Rev-arb. 1985, p.675, spéc, pp. 680 et s.

ونتيجة لذلك، ذهب جانب من الفقه المصري إلى القول إن: "العقبة الرئيسية والجوهرية التي كانت تعترض المحكوم له في الحجز على أموال الدولة تكون قد زالت، ولا يبقى أمامه سوى مراعاته عندما يقوم بتوقيع هذا الحجز، بألا يكون المال مخصصاً للمنفعة العامة"^(١٤٦).

في الواقع إنه يمكن التسليم - سريعاً - بهذا الرأي السابق ، وذلك إذا ما اقتصرنا على جوانب تلك المشكلة على شقها القانوني ، أما إذا تعدت هذا النطاق ، فإن جوانبها قد تنتمي وتصيح أكثر تعقداً ، ذلك أنه إذا كان من الصحيح أن الحصانة ضد التنفيذ لم تعد ذات مفهوم مطلق ، إلا أن المسألة لن تنتهي عند هذا الحد ، ومرجع ذلك أن حصانة الدولة ضد التنفيذ - كما يشير بعض الفقهاء وبحق^(١٤٧) - تعد مسألة سياسية أكثر منها قانونية ، وتدخل في مجال حساس للغاية ، وهو مجال العلاقات الدولية، إذ إن التنفيذ الجبري لحكم التحكيم وما ينتج عنه من إمكانية قيام المحكوم له باستصدار أمر من قضاء الدولة بالحجز على أموال الدولة الأجنبية يمكن أن يفسر من جانب هذه الدولة (الأخيرة) على أنه يشكل عملاً عدوانياً صادراً ضدها ، وقد تقوم باتخاذ إجراءات مماثلة وتقوم بالحجز على أموال الدولة التي تم توقيع الحجز فيها ، مما قد يؤثر على العلاقات الدبلوماسية القائمة بينهما .

وإذا كانت مسألة العلاقات الدبلوماسية بين الدول قد يشكل عائقاً أمام التنفيذ الجبري لحكم التحكيم الصادر ضد الأشخاص المعنوية العامة، إلا أنه ينبغي على الدولة أن تحترم تعهداتها والتزاماتها التعاقدية، وتقبل تنفيذ حكم التحكيم الصادر ضدها طواعية واختياراً، طالما ارتضت سلفاً الخضوع لقضاء التحكيم وما يصدر عنه من أحكام، حتى تكفل الثقة في التعامل معها، ويجنبها إجحام الشركات الكبرى عن الدخول في علاقات تعاقدية معها، مما يحقق الاستقرار اللازم لاقتصادها الداخلي.

وبانتهاء عرض إشكالية تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة والحلول التي وضعها القانون الوضعي للقضاء على ظاهرة امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها، يكتمل تناول البحث وننتهي من عرض الدراسة بحمد الله.

(١٤٦) انظر: د/ أحمد مخلوف، "اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية"، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١م، ص ٣٢٢.

(147) P. Bourel, note sous C. Cass. 1re ch.c, 7 décembre 1977, Rev.crit. DIP 1978, p.534, spéc, p.538.

الخاتمة والتوصيات

وبعد أن رأينا في الفصلين السابقين الأهمية الفائقة لحسم المنازعات التي تثور بين الأفراد والدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة بصفة خاصة فإن تنفيذ حكم التحكيم يعد بمنزلة لحظة الحقيقة بالنسبة إلى نظام التحكيم كله فلحظة التنفيذ مثل الوقت الحرج أو وقت الوفاء بالدين فنجاح التحكيم أو القضاء يقاس بمدى إمكانية تنفيذ أحكامه ولن يكون له من قيمة قانونية أو عملية، إذا ظل مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ، فتنفيذ حكم التحكيم يمثل أساساً مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ، فنقيد حكم التحكيم يمثل أساس ومحور نظام التحكيم نفسه وتتحدد به فاعليته لفض وتسوية المنازعات وفي خاتمة ما استعرضناه يجدر بنا أن نوصي بما يأتي:

أولاً: لا بد من سن تشريع خاص لتنظيم التحكيم في المواد الإدارية أسوة بما هو قائم بشأن المواد المدنية والتجارية.

ثانياً: معالجة العيوب التي جاءت بقانون التحكيم رقم (٩) لسنة ١٩٩٧م عن طريق أمرين وهما:

- **الأمر الأول:** تعميم الأخذ بالتحكيم في جميع العقود الإدارية دون تقييد أو استبعاد بعض هذه العقود كما ذهب إلى ذلك القانون الفرنسي.

- **الأمر الثاني:** نوصى بتدخل المشرع المصري بإلغاء الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم المصري التي تتعلق بضرورة موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة، أو أن يقتصر تطبيقها على التحكيم الداخلي دون التحكيم الدولي ونحن في انتظار هذا التعديل التشريعي ، كما يمكن أن يتدخل قضاؤنا الواعي لصياغة مفهوم جديد للعقد الإداري الذي يلحق بأطرافه أو بموضوعه عنصر أجنبي ولا تطبق الفقرة الثانية من المادة الأولى على مثل العقد الدولي سواء كان العقد دولياً طبقاً للمعيار الاقتصادي أم طبقاً للمعيار القانوني ويمكن في هذا الصدد الاستفادة من القضاء الفرنسي في مجال التحكيم التجاري الدولي الذي تمكن من علاج العديد من القصور في التشريع الفرنسي حتى جعل من الجمهورية الفرنسية واحدة من أكثر الدول الجاذبة للتحكيم على أرضها .

ثالثاً: ضرورة الأخذ في قانون التحكيم المصري بما هو مطبق في فرنسا من تسجيل حكم التحكيم، إذ إنه في القانون الفرنسي يجب تسجيل حكم التحكيم خلال شهر من تاريخ صدور أمر التنفيذ بموجب المواد (٦٣٥ ، ١٧٠٥ ، ١٧٠٧) من قانون التنظيم القضائي؛ وذلك للتأكد من أن العقود المبرمة بين الخصوم التي تم التحكيم لفض منازعاتها قد تم تسجيلها ودفع الرسوم عنها فإذا تبين عدم دفع هذه الرسوم فإن إدارة التسجيل تطلب

من قلم الكتاب رفض تسليم حكم التحكيم مزيلاً بالصيغة التنفيذية إلى طالبة؛ وذلك حتى يتم سداد كامل حقوق الخزنة العامة .
رابعاً: يتعين أن يكون نطاق تدخل القضاء في التحكيم قائماً على اعتبارين يقعان على قدم المساواة ويجب التوازن بينهما قدر الإمكان وهما:
الأول: الحرص على أن تكون الكلمة العليا لقضاء الدولة في شأن الإلزام والإجبار لحكم التحكيم.
الثاني: ألا يكون من شأن تدخل القضاء إطالة أمد إجراءات التحكيم وتعقيدها؛ لأن في ذلك هدم لنظام التحكيم من أساسه حيث إن اللجوء إليه يكون بدافع السرعة في الفصل في المنازعات والبساطة في إجراءات النقاضى.

المراجع

أولاً- المراجع العربية:

(أ) المراجع العامة:

- ١) د/ إبراهيم عبد العزيز شيحا، "القضاء الإدارى - ولاية القضاء الإدارى ودعوى الإلغاء"، دار أبو العزم للطباعة، سنة ٢٠٠٢م.
- ٢) د/ أحمد السيد صاوى، "الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية"، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٩م.
- ٣) د/ أحمد يسرى، "أحكام المبادئ فى القضاء الإدارى الفرنسى"، ط١٠، دار الفكر الجامعى، سنة ١٩٩٥م.
- ٤) د/ أحمد محمد محرز، "النظام القانونى للخصخصة"، منشأة المعارف، سنة ٢٠٠٣م.
- ٥) د/ أنور رسلان، "وسيط القضاء الإدارى"، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٣م.
- ٦) د/ توفيق حسن فرج، "مدخل العلوم القانونية"، مؤسسة الثقافة الجامعية، سنة ١٩٧٥م.
- ٧) د/ حسن السيد البسيونى، "دور القضاء فى المنازعة الإدارية"، عالم الكتب، القاهرة، سنة ١٩٨٨م.
- ٨) د/ حسام فاضل حشيش، "موسوعة أحكام المحكمة الدستورية"، الجزء الاول، سنة ٢٠٠١م.
- ٩) د/ حسام مرسى، "أصول القانون الإدارى"، دار الفكر الجامعى، سنة ٢٠١٢م.
- ١٠) د/ خليل عبد المنعم خليل، "العدالة فى نظام القيم السياسية الإسلامية"، مكتبة الآداب، سنة ٢٠١١م.
- ١١) د/ سعاد الشرقاوى: "العقود الإدارية"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٠م.

- (١٢) د/ سليمان الطماوى: "الأسس العامة للعقود الإدارية"، دار الفكر الجامعة، سنة ١٩٨٤م.
- (١٣) د/ سليمان الطماوى: "النظرية العامة للقرارات الإدارية"، ط ٦، مطبعة جامعة عين شمس، سنة ١٩٩١م.
- (١٤) د/ سليمان الطماوى: "الإلغاء"، ط ٣، دار الفكر العربي، سنة ١٩٨٦م.
- (١٥) د/ سامي جمال الدين "الرقابة على أعمال الإدارة"، دار منشأة المعارف، الاسكندرية، دون ذكر سنة نشر.
- (١٦) د/ عبد الناصر على عثمان، "استقلال القضاء الإداري"، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٧م.
- (١٧) د/ عبد الرزاق السنهورى، "الوسيط فى شرح القانون المدنى - (مصادر الالتزام)"، سنة ١٩٨١م (طبعة منقحة) بمعرفة المستشار/ مصطفى الفقى، والدكتور/ عبد الباسط جميعى.
- (١٨) د/ فتحى والى، "الوسيط فى قانون القضاء المدنى"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٣م.
- (١٩) د/ فتحى والى، "الوسيط فى قانون القضاء المدنى"، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١م.
- (٢٠) د/ محمد مرغنى خيرى، "القضاء الإدارى ومجلس الدولة"، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة، سنة ١٩٩١م.
- (٢١) د/ محمد مرغنى خيرى، "قضاء التعويض"، دن، سنة ١٩٩٤م.
- (٢٢) د/ محمد فؤاد عبد الباسط، "القضاء الإدارى-مبدأ المشروعية"، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة ٢٠٠٥م.
- (٢٣) د/ محمد عبد العزيز بكر، "فكرة العقد الإداري عبر الحدود"، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٠م.
- (٢٤) د/ محمد عبد العزيز بكر، "أثر شرط التحكيم على المفهوم المنفرد للعقد الإداري"، دن، سنة ٢٠٠١م.
- (٢٥) د/ محمود محمد هاشم، "قانون القضاء المدنى"، دار الفكر الجامعى، الجزء الثانى، سنة ١٩٨١م.
- (٢٦) د/ محمود محمد هاشم، "قواعد التنفيذ الجبرى"، دار الفكر العربى، الطبعة الثانية، سنة ١٩٩١م.
- (٢٧) د/ محمد جمال جبريل، "الوسيط فى القضاء الإدارى - قضاء الإلغاء"، دن.د.ت.

- ٢٨) م.د/ محمد ماهر أبو العنين، "الوسيط في شرح اختصاصات مجلس الدولة"، الجزء الثاني، سنة ٢٠٠٠م.
- ٢٩) م.د/ محمد ماهر أبو العنين، "المفصل في شرح اختصاص مجلس الدولة وفقاً للأحكام والفتاوى حتى ٢٠٠٥"، الجزء الأول، الثالث، طبعة ٢٠٠٥م.
- ٣٠) م.د/ محمد ماهر أبو العنين، "إجراءات المرافعات أمام القضاء الإداري"، دن، د.ت.
- ٣١) د/ محمود هاشم، "النظرية العامة للتحكيم"، دار الفكر الجامعي، سنة ١٩٩٠م.
- ٣٢) د/ محمود هاشم، "قانون القضاء المدني"، دن، د.ت، سنة ١٩٨٩م.
- ٣٣) د/ مجدي محب، "موسوعة أحكام الإدارية العليا في ٦١ عاماً"، الجزء الأول.
- ٣٤) د/ مصطفى عبد المقصود سليم، "معيان العقد الإداري وأثره على اختصاص مجلس الدولة"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٥م.
- ٣٥) د/ محمود إبراهيم الوالي "نظرية التفويض الإداري"، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، سنة ١٩٧٩م.
- ٣٦) د/ محسن شفيق، "التحكيم التجاري الدولي"، دار النهضة، سنة ١٩٩٧م.
- ٣٧) د/ هشام صادق على "القانون الدولي الخاص"، دار الفكر الجامعي، سنة ١٩٩٩م.
- ٣٨) د/ وجدي راغب "مبادئ القانون المدني"، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية، سنة ١٩٩٧م.
- ٣٩) "النظرية العامة للعمل القضائي"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٧م.
- ٤٠) "مبادئ الخصومة المدنية"، ط٢، دار الفكر العربي، سنة ١٩٨٧م.
- ٤١) د/ يسرى محمد العصار "مبدأ الشرعية وتنظيم القضاء الإداري واختصاصه"، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١م.

(ب) المراجع والمؤلفات المتخصصة:

- ١) د/ أحمد السيد صاوي، " التحكيم طبقاً للقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية"، دون ذكر دار النشر، ٢٠٠٢م.
- ٢) د/ أحمد محمد حشيش، "القوة التنفيذية لحكم التحكيم"، دار الفكر الجامعي، سنة ٢٠٠١م.
- ٣) د/ أحمد جمال موسى وآخرون، "الآثار الاقتصادية والقانونية والاجتماعية المترتبة على الخصخصة"، مطبعة جامعة المنصورة، سنة ٢٠٠٤م.

- (٤) د/ أحمد مخلوف، "اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية"، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١م.
- (٥) د/ أحمد محمد مليجي، "قواعد التحكيم في القانون الكويتي"، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٦م.
- (٦) د/ أحمد شرف الدين، "سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم"، دارالنسر الذهبي للطباعة، الطبعة الثانية، سنة ١٩٩٧م.
- (٧) د/ أشرف خليل حماد، "التحكيم في المنازعات الإدارية"، دار الفكر الجامعي، سنة ٢٠١٠م.
- (٨) د/ أبو زيد رضوان، "الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي"، دار الفكر العربي، سنة ١٩٨١م.
- (٩) د/ أحمد أبو الوفا، "التحكيم الاختياري والإجباري"، منشأة المعارف، الطبعة الخامسة، سنة ١٩٨٨م.
- (١٠) د/ جورجى شفيق، "التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه في مجال العقود الإدارية"، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٥م.
- (١١) "طرق ومعايير تميز العقد الإداري في القانون المصري والفرنسي"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٦م.
- (١٢) "قواعد وأحكام القضاء الإداري"، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٢-٢٠٠٣م.
- (١٣) د/ جمال عثمان جبريل، "العقود الإدارية"، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٥م.
- (١٤) د/ حفيظة السيد الحداد، "الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي"، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة ٢٠٠٧م.
- (١٥) "الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية"، دار الفكر العربي، دون ذكر تاريخ النشر.
- (١٦) "مدى اختصاص القضاء الوطنى باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية على التحكيم"، دار الفكر الجامعي، سنة ١٩٩٦م.
- (١٧) "الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية"، دار المطبوعات، سنة ٢٠٠١م.
- (١٨) د/ سامية راشد "دور التحكيم في تدويل العقود"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٠م.
- (١٩) "التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصري"، منشأة المعارف، سنة م.

- ٢٠) د/ عبد الحميد الأحذب "موسوعة التحكيم - (التحكيم في البلاد العربية)"، الجزء الأول، دار المعارف، سنة م.
- ٢١) م/ عبد الحميد المنشاوي، "التحكيم الدولي والداخلي"، منشأة المعارف، سنة م.
- ٢٢) د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، "التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية"، منشأة المعارف، سنة م.
- ٢٣) د/ عصمت عبد الله الشيخ "التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي"، دار النهضة العربية، سنة م.
- ٢٤) د/ على بركات، "الرقابة على دستورية نصوص التحكيم - (دراسة تحليلية لموقف المحكمة الدستورية العليا من النصوص المنظمة للتحكيم)"، دار النهضة العربية، سنة م.
- ٢٥) "الطعن في أحكام التحكيم"، دار النهضة العربية، سنة م.
- ٢٦) د/ عزمي عبد الفتاح عطية، "قانون التحكيم الكويتي"، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، سنة م.
- ٢٧) د/ مصطفى المتولى قنديل، "دور الأطراف في نسوية المنازعات العقدية"، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠٠٥م.
- ٢٨) د/ فتحى وإلى، "قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق"، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، سنة م.
- ٢٩) د/ محسن شفيق، "التحكيم التجارى الدولى"، دار النهضة العربية، سنة م.
- ٣٠) د/ محمد نور شحاتة، "الرقابة على أعمال المحكمين"، دار النهضة العربية، سنة م.
- ٣١) د/ محمود مصطفى يونس، "قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة"، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٩م.
- ٣٢) د/ محمود السيد التحيوى، "التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختيارى فى العقود الإدارية"، دار المطبوعات الجامعية، سنة م.
- ٣٣) "طبيعة شرط التحكيم وجزء الإخلال به"، دار الفكر الجامعى، سنة ٢٠٠٢م.
- ٣٤) م.د/ محمد ماهر ابو العنين، "العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات فى قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى ٢٠٠٤"، دراسة تحليلية لأراء الفقه وأحكام وفتاوى مجلس الدولة، الكتاب الأول، إبرام العقد، دون ذكر الناشر وتاريخ النشر.
- ٣٥) د/ محمد على راتب، "قضاء الأمور المستعجلة"، دار عالم الكتب، الطبعة السابعة، سنة ١٩٨٥م.

- ٣٦) د/ محمود مختار بريرى، "التحكيم التجارى الدولى"، دار النهضة العربية، طبعة م.
- ٣٧) د/ محمد محمد بدران، "مذكرات في حكم التحكيم (صياغته، بطلانه، حجيته وتنفيذه)"، دارالنهضة العربية، سنة ١٩٩٩م.
- ٣٨) د/ محمود السيد التحيوى، "التحكيم فى المواد المدنية والتجارية ومدى جوازه فى منازعات العقود الإدارية"، دار الجامعة الجديدة، سنة ١٩٩٩م.
- ٣٩) د/ مصطفى المتولى قنديل، "دور الأطراف فى نسوية المنازعات العقدية"، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠٠٥م.

(ج) الرسائل العلمية:

- ١) د/ أحمد صالح مخلوف، "اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة ٢٠٠١م.
- ٢) د/ رأفت الميقاتى، "تنفيذ أحكام المحكمين الوطنية"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ١٩٩٦م.
- ٣) د/ على سالم إبراهيم، "ولاية القضاء على التحكيم"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة ١٩٩٥م.
- ٤) د/ عماد قميناسى، "سلطة القاضى إزاء القوة التنفيذية للأحكام"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ٢٠٠٥م.
- ٥) د/ محمد عبد العزيز بكر، "فكرة العقد الإدارى عبر الحدود"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، سنة ٢٠٠٠م.
- ٦) د/ أمل لطفي حسن، "الرقابة القضائية على قرارات الضبط الخاصة بالجانب"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، سنة ٢٠٠٤م.
- ٧) د/ حسين أحمد مقداد، "رقابة القضاء الإدارى على اختصاص الإدارة بالرقابة الذاتية فى المجال الضريبي"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، سنة ٢٠١١م.

(د) الأبحاث والمقالات والمحاضرات:

- ١) د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، "تطبيقات عملية لقضايا التحكيم"، بحث منشور بمجلة التحكيم العربى، العدد الثالث، أكتوبر ٢٠٠٠م.
- ٢) د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، "تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية"، بحث منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٣٧، لسنة ١٩٨١م.

- ٣) م.د/ إبراهيم على حسن، "تأملات فى اختصاص التحكيم بمنازعات العقود الإدارية"، بحث منشور بمجلة قضايا الدولة، العدد الثانى، سنة ١٩٩٧م.
- ٤) أ/ أحمد الشلقانى، "التحكيم فى عقود التجارة الدولية"، بحث منشور بمجلة هيئة قضايا الدولة، السنة العاشرة، العدد الأول، سنة ١٩٩٦م.
- ٥) م.د/ أحمد هانى مختار، "لجان التوفيق (فض المنازعات) على ضوء القانون رقم ٧"، ط٢، دار دون، سنة ٢٠٠٤م.
- ٦) د/ أحمد ماهر زغول، "الأوامر على عرائض وأوامر الأداء فى ضوء التعديلات المستحدثة بالقانون رقم ٢٣/١٩٩٢"، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، السنة السادسة والثلاثون، العدد الاول، سنة ١٩٩٤م.
- ٧) د/ حسام الدين ناصف، "قابلية محل النزاع للتحكيم فى عقود التجارة الدولية"، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الثالثة والأربعون، يناير ٢٠٠١م.
- ٨) د/ حسام الأهوانى، "المسائل التي يجوز حلها بالتحكيم"، ورقة عمل مقدمه لمؤتمر الاتجاهات الحديثة فى التحكيم، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مارس ٢٠٠٠م.
- ٩) د/ حفيظة السيد الحداد، "شرط التحكيم بالإشارة بين منهج تنازع القوانين ومنهج القواعد المادية ودراسة تحليلية وانتقادية لأحكام القضاء الفرنسى"، مقال منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية حقوق جامعة الإسكندرية، العدد الأول والثانى، سنة ١٩٥٥م.
- ١٠) د/ حفيظة السيد الحداد، "الاتفاق على التحكيم وأثره على القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية ذات الصبغة الإدارية"، بحث منشور بالمجلة اللبنانية للتحكيم التجارى العربى والدولى، العدد الخامس والعشرون، سنة ٢٠٠٣م.
- ١١) د/ حسن بغدادى، "القانون الواجب التطبيق فى شأن صحة شرط التحكيم"، بحث منشور بمجلة القضاة، العدد ١٩، سنة ١٩٨٦م.
- ١٢) د/ حمزة أحمد الحداد، "دور المحكمة فى التحكيم"، بحث منشور بمجلة التحكيم العربى، العدد التاسع، أغسطس ٢٠٠٦م.
- ١٣) د/ رفعت محمد عبد المجيد، "دور القضاء الداعم والمعاون لتحقيق فاعلية التحكيم فى التشريع المصرى والمقارن"، بحث منشور بمؤتمر شرم الشيخ حول الدور الحيوى للقضاء فى التحكيم، الفترة من ١١/١٢ - ١١/١٩/٢٠٠٥م.

١٤) د/ عبد الحميد الأحذب، "التحول ما بين القضاء الوطنى والتحكيم الموازنة بين سلطات الإدارة والرقابة القضائية"، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الدولى عن (الدور الفعال لقضاء فى التحكيم) فى الفترة من ١٩-٢١ نوفمبر ٢٠٠٧م، الذى نظمه مركز القاهرة الإقليمى، مدينة شرم الشيخ.

١٥) د/ عبد الحميد الأحذب، إجراءات التحكيم، "بحث مقدم إلى المؤتمر العلمى السنوى السادس عشر، مؤتمر التحكيم التجارى الدولى بعنوان (أهم الحلول لحل المنازعات التجارية) الذى نظمه مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية"، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة فى الفترة من ٢٨ - ٣٠ ابريل ٢٠٠٨م منشور على الموقع الإلكتروني.

<Http://sloconf.uaeu.ac.ae/Arabic-research.asp>

١٦) د/ عزمى عبد الفتاح عطية، "قانون التحكيم الكويتى"، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٠م.

١٧) د/ عبد الباسط جمعى "سلطة القاضى الولائية"، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثانى، السنة الحادية عشر.

١٨) عبد العزيز ملا جمعة، "الإجراءات الوقتية والتحفظية فى التحكيم والعلاقة بين التحكيم والقضاء"، بحث منشور بمجلة المحامى الكويتية، يوليو ١٩٩٠م.

١٩) د/ فتحى والى، "دور القاضى فى الحد من دعاوى بطلان أحكام التحكيم"، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر العلمى السنوى، مؤتمر التحكيم التجارى الدولى عن (الدور الفعال لقضاء فى التحكيم) فى الفترة من ١٩-٢١ نوفمبر ٢٠٠٧م، الذى نظمه مركز القاهرة الإقليمى، مدينة شرم الشيخ.

٢٠) د/ مصطفى كمال وصفى، "مجلس الدولة القاضى العام للمنازعات الإدارية"، مجلة العلوم الإدارية، السنة ١٤، العدد ٣، سنة ١٩٧٢م.

٢١) د/ وجدي راغب، "طبيعة الدفع بالتحكيم"، مقال منشور بمؤتمر التحكيم فى القانون الدولى، الفترة من ٢٠ - ٢٥/٩/١٩٩٣م، مدينة العريش.

٢٢) د/ وليم سليمان قلادة، "مجلس الدولة تاريخه ودوره فى المجتمع المصرى"، مجلة مجلس الدولة، السنة ٢٧، سنة ١٩٨٠م، ص ١٢١.

٢٣) د/ يوسف أبو زيد "إجراءات تنفيذ أحكام الاختيارى"، ورقة عمل مقدمة إلى الدورة المتعمقة لإعداد المحكم، مركز تحكيم حقوق عين شمس، يونيو ٢٠٠٦م.



ثانياً- المراجع الأجنبية:

II] Bibliographie en langue française

1- Ouvrages généraux

- 1) Auby (J.-M.), Drago (R.),
-Traité de contentieux administratif, L.G.D.J. 1975., 2^e éd, t.I.
-Traité des recours en matière administrative, Litec 1992.
- 2) A.D Laubader & F.Moderne & P. Delvolve,
-Traite des contrats administratifs , L.G.D.J., paris, 2^e ed, 1984.
- 3) Andre de Laubader Trait aux contrats administrative, Tome 3, 1956 .
- 4) Chapus (R.),
- Droit du contentieux administratif, Montchrestien 1991., 3^e éd.
- Droit administratif général, Montchrestien 1996., 10^e éd, t.
- Droit du contentieux administrative, 6 ed, montchreestien, 1995.
- 5) Chales DEBBASCH
- Contentieux Administratif, Dalloz, 3 ed, 1981.
- 6) Dupuis (G.), Guédon (M.-J.), Chrétien (P.),
- Les contrats de l'Administration, Armad Colin 1998., 6e éd.
- 7) Dupuy (P.-M.),
- Les grands textes de droit international public, Dalloz 2004, 4e éd, t.I.
- 8) Guorg VEDEL & (D) DEVOLVE,
- Droit administrative, PVE, 1992.
- 9) Gilles
- Pour un revelation de la specificite des recours administratifs, R.F.D.A, 1998.
- 10) G.Peiser
- Contentieux Administratif, 14 ed, M.D, 2006.
- 11) Jean RIVERO,
- Droit administratif, 10 ed, D. 1983.
- 12) Jean Deveze,
- Contentieux et Expertise, 4 ed, Litec, Paris,1996.
- 13) Philippe FOUCHARD,
- La levee par la France de sa reserve de commercialite pour l'application de laconvention de new York , Rev- arb . n 3, 1990.
- 14) Laubadère (A. de),
-Traité théorique et pratique des contrats administratifs, L.G.D.J. 1956, T.III.
- Traité élémentaire de droit administratif, L.G.D.J. 1953.
- 15) Laubadère (A. de), Venezia (J.-C.), Gaudemet, (Y.),

- Traité de droit administratif, L.G.D.J. 1994, t.I, 13^e éd.
- 16) Richer (L.),
- Droit des contrats administratifs, L.G.D.J., 1999, 2^e éd.
- 17) Rivero (J.), Waline (J.),
- Droit administratif, Dalloz 1998., 17^e éd.

2- Ouvrages spéciaux et thèses

- 1) Apostolos PATRIKIOS,
- L'arbitrage en matière administrative these, Paris 11, 1996,
Aussi, L.G.D.J.
- 2) Chapus (Rene),
- Droit du contentieux administrative, 6 ed, montchrestien, 1995.
- 3) Dominique FOUSSARD,
- L'arbitrage en droit administrative Rev- arb, 1990.
- 4) David (R.),
- L'arbitrage dans le commerce international, Economica 1982.
- 5) Fouchard (Ph.), Gaillard (E.), Goldman (B.),
- Traité de l'arbitrage commercial international, Litec 1996.
- 6) Jean RoBERT
- L'arbitrage droit interne droit international prive, Dalloz, 1983.
- 7) Jean RoBERT & Bertrand MOREAU
- L'arbitrage droit interne , droit international prive, Dalloz ,
1993 .
- 8) Pierre LALIVE
- L'influencable des clauses arbitrales, R.B.D.I, 1975.
- 9) Henry (M.),
- Le devoir d'indépendance de l'arbitre, préface de P. Mayer, avant-
propos de J.-D. Berdin, L.G.D.J., 2001.
- 10) Henry vatten,
- The law of oil concessions in the middle est and north Africa.
- 11) Leboulanger (Ph.),
- Les contrats entre États et entreprises étrangères, préface de B.
Goldman, Economica 1985.
- 12) Lenuzza (I. P.-),
- Les immunités des Etats en droit international, Bruylant 1998.
- 13) Marcel Walien,
- Le controle juridictionnel De L'administration, 1949.
- 14) Robert (J.),
- Traité de l'arbitrage civil et commercial en droit interne, Sirey
1937.



3- Articles, Chroniques, Notes, Conférences, Rapports, Cours, Conclusions, Observations

- 1) Bertin (Ph.),
- Le rôle du juge dans l'exécution de la sentence arbitrale, Rev.arb. 1983.
- 2) Bourel (P.),
- Note sous C. Cass. 1^{re} ch.c, 7 décembre 1977, Rev.crit. DIP 1978.
- 3) Chapus (R.),
- Le service public et la puissance publique, RDP 1968.
- 4) Courteault (P.), Flécheux (G.),
- La notion d'ordre public international dans la jurisprudence de la Cour de Cassation française, Rev.arb. 1978.
- 5) Delvolvé (J.-L.),
- Essai sur la motivation des sentences arbitrales, Rev.arb. 1989.
- Une véritable révolution... Inaboutie (remarques sur le projet de réforme de l'arbitrage en matière administrative), Rev.arb. 2007.
- 6) Delvolvé (P.),
- De nouveaux contrats publics. 1. Les contrats globaux, RFDA.
- L'exécution des décisions de justice contre <<L'administration >>, EDCE 1983-1984.
- Communication au coll. de l'AFA, Paris le 17 septembre 1990.
- "Rapport général", in Les solutions alternatives aux litiges entre les autorités administratives et les personnes privées.
- 7) Foussard (D.),
- Le juge administratif et l'arbitrage (Remarques à propos de l'arrêt A.R.E.A. du 3 mars 1989), Rev.arb. 1989.
- L'arbitrage en droit administratif, Rev.arb. 1990.
- Le décret n° 2000-764 du 1^{er} août 2000 fixant les conditions dans lesquelles les établissements publics d'enseignement supérieur peuvent transiger et recourir à l'arbitrage, Rev.arb. 2000.
- Note sous C.E., 29 octobre 2004, C.C., 2 décembre 2004, Rev.arb. 2005.
- Retour sur l'excès de pouvoir en matière d'arbitrage : vers une consolidation des règles ?, Rev.arb. 2004.
- Note sous C.E., 28 décembre 2005, Union syndicale des magistrats administratifs, Rev.arb. 2006.
- 8) Guillaume (E.),
- Concl. sous C.E., 3 mars 1989, A.R.E.A., Rec.
- 9) Guillaume-Hofnung (M.),
- Les modes alternatifs de règlement des litiges, La médiation, AJDA 1997.
- 10) Henry (M.),

- Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente, Rev.arb. 1999.

11) Kahn (Ph.),

- Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française, JDI 1965.

- Contrat d'Etat et nationalisation. Les apports de la sentence arbitrale du 24 mars 1982, JDI 1982.

12) L'arbitrage en droit public,

- Étude rédigée par : Groupe de travail sur l'arbitrage, préside par D. Labetoulle, JCP 2007.

13) Lalive (P.),

- Observations, Travaux préparatoires, Les accords entre un Etat et une personne privée étrangère, Genève, le 12 avril 1976, in Annuaire de l'IDI 1977.

- Assurer l'exécution des sentences arbitrales, in Arbitrage international, 60 ans après regard sur l'avenir CCI, 1984., p.331.

- Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international, Rev.arb. 1986.

14) Leboulanger (Ph.),

- Etat, politique et arbitrage. L'affaire du Plateau des Pyramides, Rev.arb. 1986.

15) Lenuzza (I. P.-),

- Observations sur le convention du 17 janvier 2005 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, JDI 2005.

16) Oppetit (B.),

- Arbitrage et Contrat d'Etat, L'arbitrage Framatome et autres c/ Atomic Energy Organization of Iran, JDI 1984.

- Arbitrage, médiation, conciliation, Rev.arb. 1984.

- Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international, JDI 1987.

- Justice étatique et justice arbitrale, in Etudes offertes à P. Bellet, Litec 1991.

17) Vedel (G.),

- Le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé, (travaux du Congrès International de 1961) Rev.arb. 1961.

- Doctrine et jurisprudence constitutionnelles, RDP 1989.



الأسلحة غير التمييزية بين الضرورة العسكرية

ومقتضيات القانون الدولي الإنساني

الدكتور/ عبدالله الحبيب عمار المحجوب *

الملخص:

هذا البحث بعنوان: "الأسلحة غير التمييزية بين الضرورة العسكرية ومقتضيات القانون الدولي الإنساني"، يهدف بالأساس إلى مناقشة واختبار مدى مطابقة تلك الأسلحة لمعايير القانون الدولي الإنساني ومبادئه الأساسية المطبقة وقت النزاع المسلح الدولي أو غير الدولي؛ وذلك من خلال تحديد المعيار الذي يمكن بناء عليه وصف أسلحة معينة بأنها ذات طابع غير تمييزي أو عشوائي، ومن ثم يمكن أن تكون مناقضة لمتطلبات القانون الدولي الإنساني الذي يعتمد في وصفه وتكييفه للأسلحة من حيث شرعيتها ومشروعيتها على جملة من المعايير والمبادئ التي تعدُّ حجر الأساس التي يقوم عليها. عند مناقشة موضوع هذا البحث تبرز نظريتان على طرفي نقيض: أحدهما تبرر استخدام الأسلحة غير التمييزية أو العشوائية وقت النزاع المسلح لمبررات عسكرية (النظرية العسكرية)، وأخرى تمنع وتحرم استخدامها لمبررات قانونية إنسانية (النظرية الإنسانية)، فالإي أي حدٍ وعلى أي أساس يمكن تصنيف أسلحة معينة بأنها غير تمييزية؟ وهل ذلك الوصف المتسق مع المعيار الذي يمكن تبنيه يتعارض مع قواعد القانون الدولي الإنساني؟ ولماذا؟ وما النتيجة المترتبة على ذلك التعارض الذي يسعى البحث إلى إثباته؟

الكلمات المفتاحية: النزاع المسلح - الأسلحة غير التمييزية - القانون الدولي الإنساني - الضرورة العسكرية - مبدأ الإنسانية.

* أستاذ القانون الدولي المساعد - بكلية الحقوق جامعة السلطان قابوس.



Indiscriminate Weapons between Military Necessity and the Requirements of International Humanitarian Law

Dr. Abdullah Elhabeeb Ammar Almahjoub*

Abstract:

This research entitled "indiscriminate weapons between military necessity and the requirements of international humanitarian law" is primarily intended to discuss and test the extent to which these weapons meet the standards and basic principles of international humanitarian law applicable at the time of international or non-international armed conflict by defining the criterion on which specific weapons can be considered as indiscriminate and may have been contrary to the requirements of international humanitarian law, which in its description and adaptation of weapons in terms of legality and legitimacy depend on a set of criteria and principles that constitute the cornerstone upon which it is based. When discussing the subject of this research, two contradicted theories will be under consideration. One of them justifies the use of indiscriminate weapons at the time of armed conflict for military reasons (military theory) and the other prohibit and deny their use for humanitarian and legal justifications. To what extent and on what basis can certain weapons be classified as non-discriminatory? Does that description conflict with the rules of international humanitarian law? When and why? What is the result of such analysis?

Keywords: Armed Conflict - Indiscriminate Weapons - International Humanitarian Law - Military Necessity - Principle of Humanity.

* Assistant Professor of International Law at the Law College, Sultan Qaboos University.

المقدمة

من أهم الجوانب التي لم تحظ بقدرٍ وافٍ من الدراسة في مجال القانون الدولي الإنساني هو ذلك الجانب المتعلق بالأسلحة والذخائر التي تشكّل العنصر الأساس والفاعل في النزاعات المسلّحة الدولية وغير الدولية. وبالرغم من أن القانون الدولي الإنساني غير معني بموضوع شرعية استخدام القوة المسلّحة من عدمه في النزاع المسلّح الذي ينظّمه فرع آخر من فروع القانون الدولي وهو قانون استخدام القوة أو قانون الحرب (Jus ad bellum)، إلا أن استخدام الأسلحة غير التمييزية في النزاع المسلّح كعنصر من عناصر القوة يؤدي إلى نتائج كارثية على مستوى الحقوق والمصالح والأشخاص والأعيان المحمية بموجب قواعد أمرة (Jus Cogens) للقانون الدولي الإنساني الذي هو القانون الواجب الانطباق وقت النزاع المسلّح (أي وقت الحرب) (Jus in bello).

تبرر النظرية العسكرية - تحت بند الضرورة العسكرية - استخدام الأسلحة بوجه عام أي كانت طبيعتها أو نوعها، وتجعلها مشروعة لتحقيق الهدف الأساس من النزاع المسلح الدولي أو غير الدولي وهو التغلب على الخصم وتحقيق الأهداف المتوخاة من الأعمال العدائية، لكن استخدام الأسلحة غير التمييزية يجعل التناقض واضحاً بين استخدامها من جهة واحترام قواعد القانون الدولي الإنساني العرفية أو المكتوبة من جهة أخرى، ويوصف ذلك الاستخدام ليس بعدم الشرعية فقط، بل بعدم المشروعية أيضاً، هذا البحث يناقش هذه الفكرة في إطار الإشكالية المطروحة.

إشكالية الموضوع:

القاعدة الأساسية التي يقف عليها القانون الإنساني في مجمله هي تلك المتعلقة بالتمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين من جهة، والأهداف العسكرية وغير العسكرية من جهة أخرى، هذه القاعدة الأساسية العرفية الأصل التي تم تدوينها في اتفاقيات دولية هي المقياس - التي من خلال احترامها أو عدمه - للحكم على سلوك طرف النزاع المسلح بأنه مخالف للقانون الدولي الإنساني أم لا، مع ما يستتبع ذلك من نتائج قانونية.

السؤال المتعلق بمدى احترام القاعدة المذكورة في استخدام الأسلحة غير التمييزية يطرح قضايا جدية ليس حول مدى شرعية (Legality) أو مشروعية (Legitimacy)

تلك الأسلحة فقط، وإنما حول مدى صمود مبررات النظرية العسكرية أمام نظيراتها التي تقدمها النظرية الإنسانية كما بلورتها قواعد القانون الدولي الإنساني. مناقشة هذه الإشكالية في إطار من الموازنة الموضوعية هي جوهر موضوع هذا البحث.

نطاق البحث:

هذا البحث المتعلق بالموازنة بين النظرية الإنسانية من جهة، والنظرية العسكرية من جهة أخرى فيما يتعلق بتحريم أو إباحة الأسلحة غير التمييزية من منظور مقتضيات القانون الدولي الإنساني في مواجهة الضرورة العسكرية يبحث الموقف سواء أكانت طبيعة النزاع المسلح دولياً أم غير دولي؛ لأن الأسلحة موضوع البحث هي وسائل قتال يمكن استخدامها في أي نزاع مسلح، وإن كان هذا البحث في تحليله قد يستدعي نصوصاً وردت بشأن النزاعات المسلحة الدولية أو قضايا دول، فإن ذلك لا يعني عدم انطباق التحليل على المنازعات غير الدولية، وإنما فقط لتوضيح المسألة.

من المهم جداً أن نشير في سياق تأطير هذا البحث إلى أن تقييم الأسلحة غير التمييزية أو العشوائية لا يتناول استخدامها فقط وإنما تصنيعها وامتلاكها وتخزينها ونقلها وكل العمليات السابقة للاستخدام.

هيكلية البحث:

ستكون مناقشة موضوع هذا البحث مناقشة جدلية تحليلية من خلال خطة منهجية تتضمن المباحث الآتية:

المبحث الأول: الأسلحة غير التمييزية ونظامها في القانون الدولي.

المبحث الثاني: الأسلحة غير التمييزية بين الإباحة والحظر.

المبحث الثالث: الأسلحة غير التمييزية في ميزان القانون الدولي الإنساني.

وينتهي هذا البحث بخاتمة مذيلة بأهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

الأسلحة غير التمييزية ونظامها في القانون الدولي

يُعبّر عن الأسلحة غير التمييزية بمصطلح الأسلحة العشوائية في ترجمة عربية لمصطلح "Indiscriminative" الذي يعني "غير تمييزي"، وبغض النظر عن مدى دقة التعبير، فإنه قد شاع استخدام مصطلح الأسلحة العشوائية بدلاً من غير التمييزية في كثير من الأدبيات ذات العلاقة بموضوع هذه الدراسة، وذلك في إشارة إلى معياري القدرة على توجيه السلاح من جهة، وآثاره من جهة أخرى، ومهما يكن الأمر، فإن هناك عدة تعابير للدلالة على الأسلحة غير التمييزية أو العشوائية وردت في كثير من كتيبات الدليل العسكري للدول وبياناتها الرسمية مثل: فرنسا، وسويسرا وألمانيا وإيران تؤدي جميعها إلى المعنى ذاته دون الكشف عن تعريف محدد لها، ومن ذلك مثلاً تعبير الأسلحة التي لها آثار غير تمييزية *Weapons that have indiscriminate effects* وتعبير *Weapons that never make a distinction between military and civilian objects* أو تلك التي تصيب أهدافاً عسكرية أو مدنيين دون تمييز *Weapons that can indiscriminately hit military or civilian objects*^(١).

وفي سياق تحديد مفهوم الأسلحة غير التمييزية (أو العشوائية) في القانون الدولي، فإنه على الرغم من عدم وجود تعريف محدد لها كما سبق القول، إلا أن الطبيعة غير التمييزية أو العشوائية للسلاح تظل هي الأساس في استنباط أو إيجاد أي تعريف أو مفهوم له، وفي هذا السياق هناك معياران يشار إليهما أو إلى أحد منهما لتحديد الأسلحة غير التمييزية في القانون الدولي الإنساني سواء على مستوى القواعد العرفية أم الاتفاقية أم الممارسة الدولية أم على المستويين القانوني والقضائي: المعيار الأول وهو: (معياري القدرة)، ويتعلق بمدى القدرة على توجيه السلاح إلى هدف عسكري، أما المعيار الثاني وهو: (معياري الأثر) ويتعلق بمدى إمكانية حصر آثار السلاح وفق مقتضيات القانون

(١) جون - ماري هنكرتس ولويس دوزوالد-بك، القانون الدولي الإنساني العرفي: المجلد الأول (القواعد) (اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، ٢٠٠٧م)، ص ٢٢٠.

الدولي الإنساني، والجدير بالذكر أن هذين المعيارين (القدرة و الآثار) المنصوص عليهما في المادة (٥١ - ٤ - ب، ج) من البروتوكول الإضافي الأول لعام (١٩٧٧م) الملحق باتفاقيات جنيف الأربع لعام (١٩٤٩م) والمتعلق بالنزاعات المسلحة الدولية يعكسان قاعدة دولية عرفية تحظر الهجمات العشوائية غير محددة الهدف، أو التي لا يمكن توجيهها إلى هدف عسكري يحقق الهدف من الحرب^(٢)، وهو إضعاف القوة العسكرية للخصم، ومن ثم التغلب عليه كقاعدة عرفية تم تدوينها في إعلان بطرسبرغ Petersburg (Declaration) منذ عام (١٨٦٨م)^(٣).

موضوع هذا المبحث المتعلق بالأسلحة غير التمييزية ونظامها في القانون الدولي سيتم التركيز فيه على المعيارين المذكورين، وذلك بتخصيص مطلب لكل منهما على النحو الآتي:

المطلب الأول

معييار القدرة على توجيه السلاح إلى هدف عسكري

بالنسبة إلى هذا المعيار الوارد في المادة (٥١ - ٤ - ب) من البروتوكول المشار إليه، فقد تم بموجبه حظر الأسلحة التي لا يمكن توجيهها إلى هدف عسكري محدد خلافاً للمعيار الثاني الوارد في المادة (٥١ - ٤ - ج) من البروتوكول ذاته - الذي سيتم تناوله في المطلب الثاني من هذا المبحث - والذي تم بموجبه حظر الأسلحة التي لا يمكن حصر آثارها على النحو الذي يتفق ومتطلبات البروتوكول الأول (ألا تمتد الآثار إلى غير المقاتلين والأهداف غير العسكرية).

وقد جاءت صياغة المادة (٤ / ٥٤) من البروتوكول الإضافي الأول لعام (١٩٧٧م) الملحق باتفاقيات جنيف الأربع عام (١٩٤٩م) متضمنة للمعيارين المذكورين على النحو الآتي:

(٢) القاعدة ١٢، المرجع السابق، ص ٣٦.

(٣) 1868 Petersburg Declaration (Geneva Academy's Weapons Laws Encyclopaedia) at www.weaponslaw.org, P.2. (Visited on 28-08-2019).

تحظر الهجمات العشوائية، وتعد هجمات عشوائية:

أ- التي لا توجه إلى هدف عسكري محدد.

ب- التي تستخدم طريقة أو وسيلة للقتال فلا يمكن أن توجه إلى هدف عسكري محدد.

ج- التي تستخدم طريقة أو وسيلة للقتال فلا يمكن حصر أثارها على النحو الذي يتطلبه هذا البروتوكول، ومن ثم فإن من شأنها أن تصيب في كل حالة كهذه: الأهداف العسكرية، والأشخاص المدنيين، والأعيان المدنية دون تمييز".

بالنسبة إلى المعيار المتعلق بالقدرة على توجيه السلاح إلى هدف عسكري محدد أو عدم إمكانية ذلك، فقد عبّرت عنه الممارسة الدولية القانونية عند إقراره في كثير من كتيبات الدليل العسكري للدول مثل: استراليا ونيوزيلندا، والإكوادور، والولايات المتحدة^(٤) بأن الأسلحة التي لا يمكن توجيهها إلى هدف عسكري محدد هي أسلحة عشوائية يحظرها القانون الدولي الإنساني، كما عبّرت القاضيّة (Higgins) في رأيها المخالف Dissenting Opinion أمام محكمة العدل الدولية بمناسبة قضية الأسلحة النووية عام (١٩٩٦م) (Nuclear Weapons Case) عن المعيار ذاته عند محاولة تحديد الأسلحة غير التمييزية بقولها: إن السلاح يكون غير تمييزياً (أي عشوائياً) "إذا كان بطبيعته غير مؤهل لتوجيهه إلى هدف عسكري"^(٥).

وفي القضية ذاتها تجدر الإشارة إلى أن محكمة العدل الدولية كانت قد استعملت المعيارين في تقييمهما للأسلحة النووية (معيار القدرة ومعيار الآثار) من حيث شرعية أو عدم شرعية استخدامها، ولم تكن المحكمة حاسمة بشأن مشروعية استخدام الأسلحة النووية استناداً إلى المعيار الأول (معيار القدرة)، على عكس موقفها الحاسم عند استعمالها للمعيار الثاني (معيار الآثار) كما سيتضح فيما بعد في المطلب الثاني.

(٤) جون هنكرتس، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٠.

(٥) "A weapon is indiscriminate in nature will be unlawful *per se* if it is incapable of being targeted at a military objective only, even if collateral harm occurs" ICJ, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Legality of the Use by State of Nuclear Weapons in Armed Conflict (Nuclear Weapons Case), Advisory Opinion of 8 July 1996, *Dissenting Opinion of Judge Higgins*, P.588.

وفيما يتعلق بمعيار القدرة، ذكرت محكمة العدل الدولية أنه "بالنظر إلى الخصائص الفريدة للأسلحة النووية، التي أشارت إليها المحكمة آنفاً، فإنه يبدو أنه لا يمكن إلا بصعوبة بالغة التوفيق بين استخدام هذه الأسلحة، واحترام مثل هذه المتطلبات "متطلبات القانون الدولي الإنساني المتعلقة بوسائل وأساليب الحرب التي لا تقيم أي تمييز بين الأهداف المدنية والعسكرية، أو التي تنتج آلاماً مفرطة لا ضرورة لها"⁽⁶⁾.

فهذه الجملة تقيد عدم المشروعية، ومع ذلك جاءت المحكمة بجملة أخرى مناقضة للأولى، الأمر الذي يؤدي إلى القول بأن المحكمة لم تكن حاسمة بشأن المعيار الأول (وهو معيار القدرة) فقد ذكرت المحكمة: "ومع ذلك، فإن المحكمة تعتبر أنه لا يتوافر لديها عناصر كافية تمكنها من الاستنتاج بشكل مؤكد بأن استخدام الأسلحة النووية يخالف بالضرورة مبادئ وقواعد القانون المنطبق في النزاع المسلح في أي حال".

من المهم أن نلاحظ هنا أن هذا القول لمحكمة العدل الدولية مناقض لما تم تقريره من المحكمة ذاتها في الجملة السابقة، وهو تناقض لا يمكن تفسيره إلا بالقول إن الجملتين تمثلان وجهتي نظر مختلفتين للقضاة وليس فكراً واحداً بشأن المسألة المطروحة على المحكمة، ويمكن التذليل على ذلك من حيثيات حكم المحكمة التي جاء فيها: "ولا يمكن للمحكمة أن تقرر صحة الرأي القائل بأن اللجوء إلى الأسلحة النووية هو أمر غير قانوني في أي ظرف من الظروف بسبب عدم توافرها الأصيل والكامل مع القانون الواجب التطبيق في النزاع المسلح بالتأكيد، وكما أوضحت المحكمة فإن مبادئ وقواعد القانون الواجبة التطبيق على النزاع المسلح - والتي تشكل في جوهرها تقوم على الاعتبار الأسمى للإنسانية - تجعل سلوك الأعمال العدائية المسلحة يخضع لعدد من المتطلبات الصارمة وهكذا، فإن أساليب الحرب ووسائلها التي من شأنها أن تحول دون أي تمييز بين الأهداف المدنية والعسكرية، أو التي قد تؤدي إلى معاناة غير ضرورية للمقاتلين تعتبر محظورة. وبالنظر إلى الخصائص الفريدة للأسلحة النووية التي أشارت إليها المحكمة آنفاً، فإنه يبدو أنه لا يمكن إلا بصعوبة بالغة التوفيق بين استخدام هذه الأسلحة واحترام مثل هذه

(6) The original text in English "In view of the unique characteristics of nuclear weapons, to which the Court has referred above, the use of such weapons in fact seems scarcely reconcilable with respect for such requirements". *Ibid*, P.262, Para.95.



المتطلبات "متطلبات القانون الدولي الإنساني المتعلقة بوسائل وأساليب الحرب التي لا تقيم أي تمييز بين الأهداف المدنية والعسكرية، أو التي تنتج آلاماً مفرطة لا ضرورة لها، ومع ذلك، فإن المحكمة تعتبر أنه لا يتوافر لديها عناصر كافية تمكنها من الاستنتاج بشكل مؤكد بأن استخدام الأسلحة النووية يخالف بالضرورة مبادئ وقواعد القانون المنطبق في النزاع المسلح في أي حال"^(٧).

المطلب الثاني

المعيار المتعلق بعدم إمكانية حصر آثار السلاح بعد استخدامه

هذا هو المعيار الثاني لتصنيف ما إذا كان السلاح عشوائياً وغير تمييزي أو لا، وينصرف في معناه إلى عدم إمكانية حصر آثار السلاح بعد استخدامه على النحو الذي يتطلبه القانون الدولي الإنساني (البرتوكول الأول تحديداً)، وقد وردت الإشارة إليه في كثير من كتيبات الدليل العسكري للدول مثل: الصين، وأستراليا، والسويد ورومانيا^(٨). وفي قضية الأسلحة النووية (Nuclear Weapons Case) أمام محكمة العدل الدولية عام (١٩٩٦م) المشار إليها في أعلاه فقد ذكرت العديد من الدول في مرافعاتها المحالة إلى المحكمة بأن السلاح يكون عشوائياً، إذا كانت آثاره لا يمكن التحكم بها،

(7) The Court said "Nor can the Court make a determination on the validity of the view that the recourse to nuclear weapons would be illegal in any circumstance owing to their inherent and total incompatibility with the law applicable in armed conflict. Certainly, as the Court has already indicated, the principles and rules of law applicable in armed conflict - at the heart of which is the overriding consideration of humanity - make the conduct of armed hostilities subject to a number of strict requirements. Thus, methods and means of warfare, which would preclude any distinction between civilian and military targets, or which would result in unnecessary suffering to combatants, are prohibited. In view of the unique characteristics of nuclear weapons, to which the Court has referred above, the use of such weapons in fact seems scarcely reconcilable with respect for such requirements. Nevertheless, the Court considers that it does not have sufficient elements to enable it to conclude with certainty that the use of nuclear weapons would necessarily be at variance with the principles and rules of law applicable in armed conflict in any circumstance" ICJ, Ibid, Para.95, P.262.

(٨) جون هنكرتس، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٠.

وفي الآراء الانفرادية Individual Opinions لعدد من القضاة في القضية ذاتها فقد تم التعبير على أن الأسلحة تكون غير تمييزية، إذا كانت بطبيعتها لا يمكن التحكم في آثارها، وهذا ينطبق على الأسلحة النووية التي بإمكانها الانتشار الواسع في الزمان والمكان مخلفة آثاراً تحول دون إمكانية التحكم فيها أو حتى حصرها على الأقل، فتلك الأسلحة لا تصيب الأهداف العسكرية الموجهة إليها فحسب، وإنما تمتد لتشمل غير تلك الأهداف كالمدنيين وغير المقاتلين والأعيان والممتلكات غير العسكرية، بل حتى البيئة في معناها الواسع التي تشمل الإنسان والحيوان والنبات والهواء، وجميع هذه الأهداف هي جوهر حماية القانون الإنساني وقت النزاع المسلح.

وعند استخدام المحكمة للمعيار الثاني المتعلق بآثار السلاح فإنها كانت حاسمة وواضحة لتقرير عدم مشروعية استخدام الأسلحة النووية على عكس موقفها عند التعرض للمعيار الأول (وهو معيار القدرة)، فقد قرر القاضي (Flieschhauer) في رأيه المستقل في القضية المذكورة ذاتها بأن: "السلاح النووي هو من عدة نواح إنكار للاعتبارات الإنسانية التي تكمن وراء القانون الواجب التطبيق في النزاع المسلح ومبدأ الحيادية... فالسلاح النووي لا يمكنه التمييز بين الأهداف المدنية والعسكرية ويسبب آلاماً لا يمكن حصرها"⁽⁹⁾.

وقد كان معيار عدم التحكم في آثار السلاح لوصفه غير تمييزي وراء الاستتكار والإدانة للأسلحة الكيميائية والبيولوجية في العديد من قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة، ومنها القرار (٢٦٠٣) لعام (١٩٦٩م) المتعلق بالأسلحة الكيميائية والبيولوجية⁽¹⁰⁾، حيث جاء في القرار ما يأتي: "باعتبار أن أساليب الحرب الكيميائية

⁽⁹⁾ The original text reads: "The nuclear weapon is, in many ways the negation of humanitarian considerations underlying the law applicable in armed conflict and of the principle of neutrality, the nuclear weapon cannot distinguish between civilian and military targets. It causes immeasurable suffering" ICJ, Nuclear Weapons Case, Ibid, *Separate Opinion of judge Flieschhauer*, P.306.Para.2.

⁽¹⁰⁾ The text of the resolution said "Considering that the chemical and biological methods of warfare have always been viewed with horror and been justly condemned by international community. Considering that the methods of warfare are inherently responsible because their effects are often uncontrollable and unpredictable and may be injurious without distinction to combatants and="



والبيولوجية كانت دائماً ما يُنظر إليها على أنها مرعبة، ومحلا للإدانة من قبل الجماعة الدولية... لأن آثارها غالباً ما تكون غير قابلة للتحكم بها، ولا يمكن التنبؤ بها، وقد تكون ضارة دون تمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين....".

وفي المعنى نفسه، فإن كل أسلحة التدمير الشامل (Mass Destruction Weapons) كغيرها من الأسلحة العشوائية الأخرى غير الوصف ذاته تقع في خانة الأسلحة المناقضة لمقتضيات القانون الدولي الإنساني الذي يقوم أساساً على مبدأ ضرورة التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين وبين الأهداف العسكرية وغير العسكرية فالأسلحة الكيميائية والبيولوجية وكذلك النووية لا تفرق عند استخدامها بين هذا وذاك، وتمتد آثارها إلى أبعد من الأهداف المشروعة بموجب القانون الإنساني، ومن ثم فهي في تناقض تام مع أهم قواعده ومبادئه.

خلاصة القول: إنه بالرغم من وجود اتفاق على أن الأسلحة غير التمييزية تعد محظورة الاستخدام بموجب القواعد العرفية للقانون الدولي الإنساني التي تدعمها بعض القواعد الاتفاقية، إلا أن الخلاف ما زال قائماً حول ما إذا كانت تلك الأسلحة غير التمييزية محظورة؛ لأنها كذلك، أم أنه لا بد من وجود قاعدة محددة تقضي بأن سلاح معين بذاته محظور بموجب قاعدة عرفية أو اتفاقية صريحة بشأنه؟ وبعبارة أخرى، ألا يكفي الاعتداد بالآثار التي تنجم عن استخدام السلاح غير التمييزي لتقرير التحريم أو الحظر حتى في ظل غياب قاعدة صريحة بذلك؟

وبالإشارة إلى قضية الأسلحة النووية المذكورة في أعلاه فإن كل الدول تمسكت في مرافعاتها بالقاعدة التي تحظر الأسلحة غير التمييزية، ولكنها اختلفت حول ما إذا كان الأمر يتطلب وجود قاعدة محددة تحظر استخدام الأسلحة النووية أم لا، فالدول التي تريد الاحتفاظ وربما استخدام تلك الأسلحة تدفع بضرورة وجود القاعدة والعكس صحيح، إلا أن قضاة المحكمة الدولية في آرائهم الانفرادية استندوا إلى القاعدة التي تحظر استخدام

=non-combatants and because any use of such methods would entail a serious risk of escalation”, UNGA Resolution 2603 (XXIV) of 1969 on the question of Chemical and Bacteriological Weapons adopted in its 24th session on 16-12-1969.

الأسلحة غير التمييزية، ومن ثم عدم شرعية استخدام الأسلحة النووية بالنظر إلى عدم شرعية أثارها^(١١).

ومن الملاحظ أن هذه المواقف المتباينة للدول بشأن مفهوم وتعريف واضح للأسلحة العشوائية نجدها كذلك متباينة عند مناقشة مشروع اتفاقية تقييد أسلحة تقليدية معينة عام (١٩٨٠م)^(١٢)، ومن أمثلة الأسلحة غير التمييزية استنادا إلى المعيارين السابق ذكرهما: (الأسلحة النووية، والبيولوجية، والكيميائية والألغام، والإشراك الخداعية، والقنابل العنقودية والمتجرات الملقاة عن بعد بالطائرات أو المناطيد) فكل هذه الأسلحة وغيرها هي إما بطبيعتها غير تمييزية ومن ثم وصفت بأنها عشوائية الأثر، أو أنها كذلك بسبب أثارها غير التمييزية، ومن هنا فهي في تعارض تام مع قواعد القانون الدولي الإنساني التي تقوم على مبدأ التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين، وبين الأهداف العسكرية وغير العسكرية، هذا وقد أجمع الفقه الدولي على أن الأسلحة غير التمييزية تشمل تلك التي ينطبق عليها المعيارين السابق الإشارة إليهما (القدرة والآثار) أو أحدهما سواء تلك التي كانت موضوعاً لحظر اتفاقي كتلك الواردة باتفاقية الأمم المتحدة لحظر، أم تقييد أسلحة تقليدية معينة عام (١٩٨٠م)، أم بموجب اتفاقيات تناولت الأسلحة الكيميائية أو البيولوجية أو الذخائر المتفجرة، أم تلك التي لم تحظر بعد بموجب القانون الدولي الاتفاقي مثل: الأسلحة النووية، والأسلحة الحارقة^(١٣).

وحتى يكون استخدام سلاح أو وسيلة قتال معينة متوافقة مع ما يتطلبه القانون الإنساني على الدول أن تتخذ تدابير وطنية تحقق ذلك كما هو في الدليل العسكري

^(١١) على سبيل المثال انظر الرأي الانفرادي للقاضي فليسشوير في قضية الأسلحة النووية أمام محكمة العدل الدولية لدى:

ICJ, Nuclear Weapons Case (Separate Opinion of Judge Flieschhauer, Op Cit, P.306, Paragraph 2.

^(١٢) ICRC, Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects. Available at www.icrc.org (June 2005), (Visiting date 21-8-2019).

^(١٣) Weapons Law Encyclopedia, Indiscriminate weapon (Geneva Academy of IHL and HR, Geneva 2019) P.1 at www.weaponlaw.org. (Visiting date 21-08-2019).



الروسي - مثلاً - الذي أُلزم الجيش الروسي ببعض الإجراءات التي تضمن توجيه السلاح، وحصر آثاره على المقاتلين والأهداف العسكرية قدر الإمكان.

المبحث الثاني

الأسلحة غير التمييزية بين الإباحة والحظر

نتناول هذا المبحث من خلال التعرض لنظريتين مهمتين تتنازعان شرعية ومشروعية الأسلحة غير التمييزية، فأحدهما تبرر وتبيح استخدامها لضرورتها العسكرية (النظرية العسكرية)، وأخرى تحظر استخدامها لمبررات قانونية دولية وإنسانية لضرورة تقتضيها مصلحة أكبر من المصلحة العسكرية (النظرية القانونية الإنسانية)، وسيتم تناول النظريتين المذكورتين في مطلبين مستقلين، فيخصص الأول منهما لمناقشة النظرية العسكرية ومبرراتها بشأن إباحة استخدام الأسلحة غير التمييزية، أما المطلب الثاني فهو لمناقشة النظرية الإنسانية القانونية ومبرراتها بشأن حظر تلك الأسلحة، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

النظرية العسكرية ومبررات استخدام الأسلحة غير التمييزية

هناك عدد من المبررات التي تقف وراء النظرية العسكرية لاستخدام الأسلحة غير التمييزية أو العشوائية أهمها ما يأتي:

١. مبررات الدفاع (Defense Justifications):

تمتلك معظم الوحدات العسكرية للدول ترسانة من الأسلحة غير التمييزية التقليدية مثل: الألغام المضادة للأفراد أو المركبات، والقنابل، وكذلك بعض من منظومات الصواريخ التقليدية حتى تلك التي تتمتع بقوة تدميرية كبيرة وذات مداً متوسطاً أو بعيداً، وعلى سبيل المثال فإن اللغم بوصفه العام الذي يمكن تعريفه بأنه (أداة متفجرة أو قابلة للانفجار مصمم لتدمير الأفراد أو السفن أو المركبات عندما يحدث تماس لأي منها معه) يمكن أن يكون مضاداً للأفراد أو الآليات أو السفن، كما يمكن أن يكون أرضياً أو بحرياً، كما يمكن نثره وزرعه من الجو بواسطة الطائرات، وأثناء مناقشات مؤتمر الأمم المتحدة

حول اتفاقية لحظر أو تقييد أسلحة تقليدية معينة التي يمكن أن تسبب آلاما مفرطة ولا ضرورة لها أو تلك التي تكون عشوائية الأثر عام (١٩٨٠م) (اتفاقية الأمم المتحدة لحظر أو تقييد أسلحة معينة)^(١٤)، فإن الدول التي لا ترغب في أن تكون أطرافا بهذه الاتفاقية وتريد الاحتفاظ بالأسلحة غير التمييزية واستخدامها تذرعت بالضرورة العسكرية ومقتضيات الدفاع، الأسباب والمبررات ذاتها كانت حاضرة عند تبني البروتوكول المعدل لعام (١٩٩٦م)^(١٥)، والمعدل للبروتوكول الثاني الخاص بالألغام من اتفاقية الأسلحة التقليدية عام (١٩٨٠م).

٢. مبررات الردع (Deterrence Justifications):

الردع كمفهوم في العلاقات الدولية يعني في أبسط معانيه إظهار القوة العسكرية اللازمة لإخافة الخصم وجعله يتراجع عن أي قرار بالعدوان واستخدام القوة؛ نظراً لما ينطوي عليه ذلك من تبعات مدمرة وكارثية عليه من الخصم الآخر^(١٦).

وتطورت تلك السياسة من مفهومها التقليدي إلى الاستراتيجي لتشمل أسلحة التدمير الشامل وخاصة الأسلحة النووية، والصواريخ الاستراتيجية القادرة على حمل رؤوس نووية بعيدة المدى كالعابرة للقارات مثلاً، فالدول النووية تتذرع بمبررات الضرورة العسكرية المبنية على سياسة الردع في امتلاكها وتطويرها للأسلحة النووية؛ وذلك لإخافة الخصم وثنيه عن المغامرة، أو حتى مجرد التفكير في هجوم مسلح.

٣. مبررات الضرورة العسكرية (Military Necessity Justifications):

تمثل الضرورة العسكرية أهم المبررات وراء استخدام الأسلحة غير التمييزية، فهي بالمفهوم الواسع تستوعب كل المبررات التي تستند إليها النظرية العسكرية، ولكن بمفهومها الضيق هي كل الإجراءات التي يمكن للدولة أو السلطة السياسية والعسكرية القيام بها

(14) Adam Roberts and Richard Guelff, Documents on the Laws of War (Oxford University Press, 3rd edition, 1998) P.536.

(١٥) المرجع السابق، ص ٥١٥.

(16) Martin Griffiths and Terry O, Callaghan, International Relations: Key Concepts (Routledge, London and NY, 2002) P.73.



لضمان الأمن والاستقرار، أو القيام بعمل عسكري ما لأغراض الدفاع والهجوم، فالضرورة العسكرية كانت وما زالت ليست وراء الحروب فحسب، بل وراء استخدام ما هو محظور من أسلحة وذخائر بما في ذلك الأسلحة غير التمييزية.

وفي الفقه والقانون الدولي التقليدي والمعاصر فإن الضرورة العسكرية لا تخرج عن كونها إجراءات ضرورية لا مناص من اتخاذها لمواجهة ظروف معينة.

وبالرغم من أن الضرورة العسكرية وردت في كثير من كتيبات الدليل العسكري لبعض الدول بمعنى الظروف التي تبرر اتخاذ إجراءات تنطوي على عمل عسكري كاستثناء، إلا أنها مع ذلك يجب أن تكون تلك الإجراءات مشروعة بموجب قانون النزاعات المسلحة، ففي مدونة ليبير عام ... هي: "كل الإجراءات التي لا غنى عنها لتحقيق الهدف العسكري المشروع طبقاً لقانون وأعراف الحرب"^(١٧)، وهي في دليل بريطانيا العسكري لعام (٢٠٠٤م) بأنها: "تخول الطرف المحارب الذي يخوض نزاع مسلح استخدام طرق ووسائل قتالية لم تُحظر من قبل قانون النزاعات المسلحة، ويؤدي استخدامها إلى تحقيق أهداف مشروعة في النزاع، مع التأكيد من إنجاز المهمة المطلوبة كلياً أو جزئياً ضد العدو في وقت مبكر قدر الإمكان، وبأقل خسائر في الأرواح والممتلكات"^(١٨).

وجاء في مشروع لجنة القانون الدولي حول المسؤولية الدولية بأنه لا يمكن اللجوء إلى الضرورة العسكرية "إلا إذا لم تتجاوز أو لم تستطع الدولة إنجاز أهدافها العسكرية إلا باتخاذ أسلوب طارئ وضروري لتحقيق ذلك الهدف الذي يحمي مصلحة عليا للبلد"^(١٩). فالضرورة العسكرية بالرغم من أنها لا تعدو أن تكون ظرفاً تبرر اتخاذ إجراءات عسكرية في إطار مشروع للحرب كما ورد في إعلان "بيترسبرغ" لعام (١٨٦٨م) بأن:

(17) Heneri Megrawitz, The Principle of Superfluous Injury or Unnecessary Suffering from st. Petersburg declaration of 1868 to Additional Protocol I of 1977(IRRC, Vol 34, Issue 299, April 1994) pl07

(١٨) المرجع السابق.

(١٩) تعليق لجنة القانون الدولي حول المادة (٣٣) من مشروع المسؤولية الدولية (الأمم المتحدة، تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة ٥٣ لعام ٢٠٠١م، الوثيقة A/56/10) ص١٠٣. منشور على الموقع الإلكتروني www.legal.un.org تاريخ الزيارة (٢٩-٨-٢٠١٩م).

"الهدف المشروع الوحيد الذي يجب أن تسعى الدول في تحقيقه أثناء الحرب هو إضعاف القوات العسكرية للعدو".

فالدول التي تدافع وتؤيد استخدام الألغام الأرضية المضادة للأفراد وامتلاكها مثلاً تحتج بالضرورة العسكرية، بل إنها تنتزع أساساً بعدم وجود بديل لها في أغراضها التكتيكية، وقد أكدت دراسات اللجنة الدولية للصليب الأحمر على بطلان تلك الحجج والذرائع؛ لأن الألغام الأرضية المضادة للأفراد ليس لها فاعلية كبرى في تحقيق هدف الحرب، بل إن التطور في مجال الأسلحة أكد بأنه يمكن الاستغناء عنها واستبدالها بأسلحة أخرى تحقق هدفاً عسكرياً دون استهداف الأهداف غير العسكرية^(٢٠).

المطلب الثاني

النظرية القانونية الإنسانية التي تحظر الأسلحة غير التمييزية

قواعد القانون الدولي الإنساني العرفية والاتفاقية التي تحظر استخدام الأسلحة غير التمييزية تقف وراءها نظرية مستندة إلى مبدأ الإنسانية، الذي يعني في أبسط معانيه جعل الهدف المشروع والوحيد للحرب هو إضعاف القوة العسكرية للخصم، ومن ثم وجب التمييز بين الأهداف وتوجيه العمل العسكري ضد المقاتلين والأهداف العسكرية دون المدنيين، وغير المقاتلين، والأهداف غير العسكرية^(٢١)، وعلى أساس مبدأ التمييز النابع من الاعتبارات الإنسانية عملت قواعد القانون الإنساني العرفية والاتفاقية على حصر النزاع المسلح وأثاره على المتحاربين دون غيرهم، بل إن قواعد خاصة نابعة من الإنسانية حرصت على تحريم التعرض للمقاتلين الذين أصبحوا غير مقاتلين وفي حكم المدنيين بفعل المرض، أو الجوع، أو الأسر، أو الغرق، أو الموت^(٢٢).

(20) ICRC, Anti-Personnel Landmines: Friends or Foe? (ICRC, Geneva, March 1996), P.72.

(٢١) إعلان بيتر سبرغ ١٨٦٨م، مرجع سبق ذكره.

(٢٢) اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩م وبروتوكولاتها الإضافيان لعام ١٩٧٧م (اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف ١٩٧٧م).

وعلى أساس تلك القواعد أهتم القانون الدولي الإنساني بالأسلحة وأثارها، وتقع في دائرة الحظر تلك التي لا تميز بين المقاتلين وغير المقاتلين، والأهداف العسكرية والأهداف المدنية، وذلك بحكم طبيعتها وتصميمها وخصائصها الذاتية أو بحكم آثارها^(٢٣)، حيث إنها بعد الاستخدام يمكن أن تطل البيئة الإنسانية ومكوناتها البشرية والتربة والنبات والهواء والماء والإنسان والحيوان من غير تمييز^(٢٤)، أو تكون مفرطة الضرر، فتسبب آلاماً لا ضرورة لها^(٢٥)، ومن كل تلك المبررات تنطلق النظرية الإنسانية إلى حظر الأسلحة غير التمييزية.

المبحث الثالث

الأسلحة غير التمييزية في ميزان القانون الدولي الإنساني

عرضنا فيما سبق تحديد مفهوم الأسلحة غير التمييزية أو العشوائية ونظامها في القانون الدولي وكذلك النظريات المبررة للإباحة والحظر، وفي سياق هذا المبحث نعرض لأهم قواعد القانون الدولي الإنساني التي تحظر تلك الأسلحة وتجعلها في حالة من التعارض، الأمر الذي يُظهر ضعف النظرية العسكرية أمام النظرية الإنسانية المدعومة بقواعد دولية عرفية واتفاقية، وبوضع الأسلحة غير التمييزية في ميزان القانون الدولي الإنساني تظهر أهمية الموازنة بين نظريتي الإباحة والحظر فيما يتعلّق بالأسلحة غير التمييزية، ويمكن تناول موضوع هذا المبحث من خلال مطلبين، فيتناول الأول منهما حالة اختبار تلك الأسلحة أمام مبدأ وقاعدة ضرورة التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين، أما المطلب الثاني فيُخصّص لإجراء اختبار آخر لتلك الأسلحة أمام مبدأ وقاعدة حظر الهجمات العشوائية، وذلك على النحو الآتي:

(٢٣) حول موضوع وسائل القتال المحظورة بموجب القانون الدولي الإنساني راجع اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القانون الدولي الإنساني: مقدمة شاملة (الجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف، ٢٠١٦م) ص ١٠٦-١١٩. منشور على الموقع الإلكتروني www.icrc.org، (تاريخ الزيارة ٢٩-٨-٢٠١٩م).

(٢٤) المثال على ذلك: الأسلحة النووية والكيميائية والبيولوجية.

(٢٥) المثال على ذلك أسلحة الليزر المسببة للعمى.

المطلب الأول

الأسلحة غير التمييزية ومبدأ التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين

مبدأ التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين يجسد قاعدة عرفية توجب على المقاتلين أو أطراف النزاع المسلح سواء أكان دولياً أم غير دولي التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين بأن توجه الهجمات والأعمال العسكرية ضد المقاتلين فحسب دون غيرهم، ومن ثم فاستهداف المدنيين أو الذين أصبحوا غير مقاتلين بسبب الجرح أو المرض أو الغرق أو الأسر هو عمل غير قانوني، يتعارض مع قاعدة أساسية يقف عليها القانون الدولي الإنساني.

ففي النزاعات المسلحة الدولية ورد مبدأ ضرورة التمييز لأول مرة بموجب إعلان "بيترسبرغ" عام (١٨٦٨م) الذي أفصح صراحة بأن: "الهدف المشروع الذي يتعين على الدول أن تسعى إلى تحقيقه أثناء الحرب هو إضعاف القوات العسكرية للعدو"^(٢٦)، ومن خلال ذلك يتضح عدم قانونية ومشروعية توجيه الهجمات والأعمال العسكرية إلى غير الأهداف العسكرية كالأشخاص والأعيان؛ لأنها ببساطة لا تحقق الهدف المشروع للحرب. وبموجب المادة (٢٥) من اتفاقية لاهاي الرابعة بشأن قوانين وأعراف الحرب البرية لعام (١٩٠٧م) فإنه قد تم حظر "مهاجمة المدن والقرى السكنية والمباني المجردة من وسائل الدفاع أياً كانت الوسيلة المستخدمة في ذلك"^(٢٧)، ولا شك أن عملاً كذلك يعد مخالفة صريحة لمبدأ التمييز، وعملاً غير قانوني وغير مشروع، يستهدف أعياناً وأهدافاً غير عسكرية.

وجاء في المواد (٢/٥١) و(٢/٥٢) من البروتوكول الإضافي الأول لعام (١٩٧٧م) الملحق باتفاقات جنيف الأربع لعام (١٩٤٩م) والخاص بالنزاعات المسلحة الدولية، ما يدعم ذلك الاتجاه، فنصت المادة (٢/٥١) على ما يأتي:

(٢٦) ديباجة إعلان "بيترسبرغ" لعام ١٨٦٨م، مرجع سبق ذكره.

(٢٧) المادة (٢٥) من اتفاقية لاهاي الرابعة لعام ١٩٠٧م الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية، منشورة على الموقع الإلكتروني www.ircr.org (تاريخ الزيارة ٢٨-٨-٢٠١٩م).

"لا يجوز أن يكون السكان المدنيون بوصفهم هذا، وكذلك الأشخاص المدنيون محلاً للهجوم، وتحظر أعمال العنف أو التهديد به الرامية أساساً إلى بث الذعر بين السكان المدنيين"^(٢٨).

أما المادة (٢/٥٢) فقد جاء فيها ما يأتي:

"تقتصر الهجمات على الأهداف العسكرية فحسب، وتتحصر الأهداف العسكرية فيما يتعلق بالأعيان التي تسهم بفاعلية في العمل العسكري سواء أكان ذلك بطبيعتها أم بموقعها أم بغايتها أم باستخدامها والتي يحقق تدميرها التام أو الجزئي أو الاستيلاء عليها أو تعطيلها في الظروف السائدة حينذاك ميزة عسكرية أكيدة"^(٢٩).

وبموجب المادة (١/ب/٤٩) من البروتوكول ذاته فإن مصطلح الهجمات يعنى "أعمال العنف الهجومية والدفاعية ضد الخصم"^(٣٠).

وفي تطور لاحق بموجب اتفاقية الأمم المتحدة لحظر وتقييد أسلحة تقليدية معينة لعام (١٩٨٠م) فقد تم التأكيد على حظر توجيه الهجمات ضد المدنيين كتطبيق لمبدأ التمييز، وذلك في البروتوكولين الثاني والثالث من الاتفاقية ذاتها، وفي البروتوكول الثاني بصيغته المعدلة عام (١٩٩٦م)^(٣١)، وبتاريخ ٢٥ يونيو عام (١٩٩٧م) بمناسبة اعتماد اتفاقية أوتواو الخاصة بالحظر الشامل للألغام الأرضية، فقد تم النص في الديباجة على مبدأ التمييز وأهميته للحظر الشامل للألغام الأرضية^(٣٢).

^(٢٨) المادة (٢/٥١) من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧م (اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف ١٩٧٧م) ص ٤١.

^(٢٩) المادة (٢/٥٢) من البروتوكول الأول، المرجع السابق، ص ٤٣.

^(٣٠) المادة (١/ب/٤٩) (تعريف الهجمات ومجال التطبيق)، المرجع السابق، ص ٤٠.

^(٣١) البروتوكول الثاني من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن حظر وتقييد أسلحة تقليدية معينة المتعلقة بالألغام الأرضية والذخائر (المادة ٢/٣) والمادة ٧/٣) من ذات البروتوكول بصيغته، أما البروتوكول الرابع من ذات الاتفاقية فهو متعلق بأسلحة الليزر المسببة للعمى (المادة ١/٢).

^(٣٢) ديباجة اتفاقية أوتواو لحظر استعمال وتخزين وإنتاج ونقل الألغام المضادة للأفراد وتدمير تلك الألغام بتاريخ ١٨-٩-١٩٩٧م. (اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف ١٩٩٨م).

وفى الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها بتاريخ ١٦/٣/١٩٦٦م (قضية الأسلحة النووية) ذكرت المحكمة بأن مبدأ التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين والأهداف العسكرية وغير العسكرية "يستهدف حماية السكان المدنيين والأعيان المدنية ويقوم التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين"^(٣٣).

ولأن فتوى المحكمة المذكورة معنية بمسألة محددة (شرعية استخدام الأسلحة النووية) فإن مبدأ التمييز لم يُنظر إليه في القضية المطروحة أمامها إلا من حيث تأثير تلك الأسلحة، وهذا جانب مهم يلقي الضوء على عدم شرعية الأسلحة غير التمييزية ومنها النووية، هذا وقد أكدت المحكمة بأن: "مبدأ التمييز هو مبدأ أساسي من مبادئ القانون الدولي الإنساني ذو طابع عرفي"، ولم يظهر ذلك المبدأ في صيغته التعاقدية إلا بموجب المادة ٤٨ من البروتوكول الإضافي الأول لعام (١٩٧٩م) التي كان عنوانها "قاعدة أساسية"، والتي جاء فيها بأن: "تعمل أطراف النزاع على التمييز بين السكان المدنيين والمقاتلين، وبين الأعيان المدنية والأهداف العسكرية... ومن ثم توجه عملياتها ضد الأهداف العسكرية دون غيرها؛ وذلك من أجل تأمين احترام وحماية السكان المدنيين والأعيان المدنية"^(٣٤)، وفي آثار تأكيد أهمية مبدأ التمييز بين القانون الدولي الإنساني وضرورة احترامه في النزاعات المسلحة الدولية، فقد نص ميثاق روما الأساسي لمحكمة الجنايات الدولية على تجريم انتهاكه وذلك باعتبار تعمد "توجيه هجمات ضد السكان المدنيين، بصفتهم هذه، أو ضد مدنيين لا يشاركون مباشرة في الأعمال الحربية" جريمة حرب وهذا التجريم شمل أيضا ذات هجمات بمناسبة النزاعات المسلحة غير الدولية^(٣٥)،

(33) ICJ, Nuclear Weapons Case 1966, Op Cit, the ICJ Opinion, Para.78.

(٣٤) المادة ٤٨- من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧م.

(٣٥) ميثاق روما الأساسي لمحكمة الجنايات الدولية لعام ١٩٩٨م (اللجنة الدولية للصليب الأحمر، نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمد في روما بتاريخ ١٧-٧-١٩٩٨م) منشور على الموقع الإلكتروني: www.icrc.org. (تاريخ الزيارة ٢٩-٨-٢٠١٩م).

وليس هذا فحسب، بل أنه وتطبيقاً لذات المبدأ نص عليه الكثير من كتيبات الدليل العسكري للدول مثل: السويد، وفرنسا، وبريطانيا، والولايات المتحدة، وروسيا^(٣٦).

وبشأن المنازعات غير الدولية فقد ورد النص على ضرورة احترام مبدأ التمييز بين البروتوكول الإضافي الثاني لعام (١٩٧٧م) الملحق باتفاقات جنيف الأربع لعام (١٩٤٩م) وذلك في المادتين (٢/١٣) و(٧)، وقد جاء في نص المادة (٢/١٣) بأنه: (لا يجوز أن يكون السكان المدنيون بوصفهم هذا ولا الأشخاص المدنيون محلاً للهجوم، وتحظر أعمال العنف أو التهديد به الزامية أساساً إلى بث الذعر بين السكان المدنيين)^(٣٧) (١) أما المادة (٧) من البروتوكول ذاته فقد جاء فيها النص على احترام التمييز بشأن الذين أصبحوا غير مقاتلين بسبب الجرح والمرض والغرق (الجرحى والمرضى والمنكوبون في البحار) وهؤلاء ليسوا مدنيين، لكنهم أصبحوا خارج القتال منهم يتمتعون بالحماية ذاتها؛ إعمالاً لمبدأ التمييز "يجب أن يعامل هؤلاء في جميع الأحوال .. معاملة إنسانية وأن يلقوا جهد الإمكان دون إعطاء الرعاية والعناية الطبية التي تقتضيها حالتهم، ويجب عدم التمييز بينهم لأي اعتبار سوى الاعتبارات الطبية"^(٣٨)، وفي البروتوكول الثالث (م ١/٢) من اتفاقية الأمم المتحدة للأسلحة التقليدية عام (١٩٨٠م) ورد مبدأ التمييز بأهم المبادئ والقواعد الحاكمة الذي يجب احترامه في كل المنازعات الدولية بما في ذلك غير الدولية منها^(٣٩)، والأمر ذاته تم تقريره في ديباجة اتفاقية أوتاوا لعام (١٩٩٧م) بشأن الحظر الشامل للألغام الأرضية^(٦).

^(٣٦) جون-ماري هنكرتس ولويس دوزوالديك، القانون الدولي الإنساني العرفي (المجلد الأول: القواعد) (اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، ٢٠٠٧م)، ص ٤.

^(٣٧) المادة (٢/١٣) (حماية السكان المدنيين) من البروتوكول الإضافي الثاني لعام ١٩٧٧م، (اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف، ١٩٧٧م)، ص ١٠١.

^(٣٨) المادة (٧) (الحماية والرعاية) من البروتوكول الإضافي الثاني، المرجع السابق ص ٩٩.

^(٣٩) المادة (٢-١) من البروتوكول الثالث لاتفاقية الأمم المتحدة للأسلحة التقليدية عام ١٩٨٠م، مرجع سبق ذكره.

المطلب الثاني

الأسلحة غير التمييزية ومبدأ حظر الهجمات العشوائية

في القانون الدولي العرفي هناك قاعدتان تحكمان استخدام الأسلحة غير التمييزية كوسيلة من وسائل القتال، القاعدة الأولى: تتعلق بحظر استخدام أساليب ووسائل القتال التي من شأنها إحداث إصابات أو آلام لا مبرر لها، وهنا نتحدث عن الأسلحة المفرطة الضرر (Weapons that causes unnecessary suffering)، أما القاعدة الثانية: فهي متعلقة بحظر الأسلحة التي تُعد عشوائية الأثر، أي أنها غير تمييزية من حيث أثارها بعد الاستخدام (Weapons that of indiscriminate effect).

القاعدة الأولى المتعلقة بالأسلحة المفرطة الضرر والتي تسبب آلاماً لا ضرورة لها تخرج من نطاق هذا البحث لسبب بسيط وهو أن هذه الأسلحة لا تُعد غير تمييزية أو عشوائية، وإنما هي أسلحة يمكن توجيهها إلى هدف عسكري ولا تخل من حيث الأصل من مبدأ التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين وبين الأهداف العسكرية وغير العسكرية، ولكنها تسبب آلاماً وإصابات لا ضرورة أو مبرر لها، فهي أسلحة مفرطة الضرر كالرصاصة المتفجرة في الجسم مثلاً.

أما القاعدة الثانية المتعلقة بالأسلحة غير التمييزية من حيث أثارها بعد الاستخدام (أو ما يطلق عليها بالأسلحة العشوائية) (Indiscriminate Weapons) فهي موضوع هذا البحث، وذلك لسببين:

السبب الأول: أن تكون طبيعتها وبحكم خصائصها الفنية الذاتية لا يمكن توجيهها إلى هدف عسكري محدد، وذلك بحكم احتمالية إصابتها الهدف الذي تم استخدامها من أجله، ومن ثم فهي غير تمييزية مثل الألغام المضادة للأفراد أو الآليات التي يتم زراعتها لأغراض عسكرية بالأساس، ولكن احتمال ألا تحقق هدفها بأن تصيب هدفاً ليس عسكرياً هو احتمال كبير جداً، فهي تنفجر بمجرد ملامستها للضحية سواء أكان عسكرياً، أم مدنياً، أم طفلاً، أو شيخاً، أم حيواناً أم آلية مدنية، أم طبية، ومن هنا فهي عشوائية وغير تمييزية من حيث طبيعتها الذاتية.

السبب الثاني: لعشوائية بعض الأسلحة فهو متعلق بالآثار الناجمة عن استخدامها، فقد تكون هذه الأنواع من الأسلحة التي يمكن توجيهها وبدقة إلى هدف عسكري محدد وبحكم طبيعتها الفنية هناك قدرة على ذلك عند الاستخدام، ولكن بعد استخدامها وتوجيهها من الممكن في كثير من الأحيان أن تمتد آثارها إلى أكثر من الهدف الذي وجهت إليه، فهي بهذا المعنى، ومن حيث الأثر الناجم عن استخدامها تعد أسلحة غير تمييزية أو عشوائية وتخل بمبدأ التمييز الذي يعدُّ مبدأً أساسياً في القانون الدولي الإنساني بين الأهداف العسكرية وغير العسكرية وبين المقاتلين وغير المقاتلين، والمثال الأوضح على ذلك أسلحة التدمير الشامل ومنها: النووية أو الكيميائية أو البيولوجية، فالأسلحة النووية مثلا يمكن توجيهها بدقة متناهية إلى هدف عسكري محدد، لكن آثارها تصيب المقاتلين وغير المقاتلين، والأعيان المدنية والأعيان العسكرية، وتصيب المدنيين، والبيئة..... ومن هنا فهي من حيث الآثار تعد أسلحة غير تمييزية تتعارض مع أهم مبادئ القانون الدولي الإنساني القاضي بضرورة التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين، وبين الأهداف المدنية والأهداف العسكرية... وهكذا هو شأن الأسلحة الأخرى عشوائية الأثر.

وعلى المستوى القضائي الدولي عملياً، فإن مبدأ حظر الأسلحة عشوائية الأثر كقاعدة في القانون الدولي الإنساني لم يتم تناولها بالتحليل العميق والمفصل في أي دعوى قضائية دولية بالخصوص، وربما القضية الوحيدة التي تناولت الهجوم بالأسلحة النووية قبل محكمة العدل الدولية كانت من محكمة طوكيو الابتدائية عام (١٩٦٤م) والتي تناولت مسألة التعويضات، فهذه المحكمة لم تتناول قاعدة الحظر بحد ذاتها، وإنما نظرت في مدى قانونية القصف العشوائي كأسلوب حرب، ومع ذلك فإنها أشارت إلى القانون الواجب التطبيق في الوقت المناسب الذي يتطلب أعمال مبدأ التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين وبين الأهداف العسكرية وغير العسكرية^(٤٠).

وفي قضية الأسلحة النووية أمام محكمة العدل الدولية عام (١٩٦٦م) حاولت القاضية Higgins أن تقدم تعريفاً للأسلحة العشوائية في "أن السلاح يكون غير مشروع بذاته،

(40) R. Frank, The Shimonda Case: A Legal Appraisal of the Atomic Attacks Upon Hiroshima and Nagasaki (AJIL, Vol 59, 1965) P759.

إذا كان من غير الممكن توجيهه إلى هدف عسكري فقط، حتى في حالة وجود أضرار جانبية" ^(٤١)، والأهم من ذلك أن كل هيئة المحكمة لم تعد قاعدة (حظر استخدام الأسلحة العشوائية الأثر) هي قاعدة عرفية فحسب، بل إن القاضي محمد بيجاوي رئيس المحكمة اعدها قاعدة أمرة ^(٤٢) Jus Cogens، وذهب القاضي Guillaume إلى أنها قاعدة مطلقة Absolute rule ^(٤٣)، وجاء في فتوى المحكمة بأنه "يجب على الدول ألا تجعل المدنيين هدفاً للهجوم مطلقاً، وبالتالي ألا تستخدم الأسلحة التي لا تميز بين الأهداف المدنية والعسكرية" ^(٤٤).

بطبيعة الحال فإن كل الأسلحة تعدُّ أشياءً غير عاقلة لا يمكنها التمييز، ولكن المحكمة أدركت بأن الطبيعة غير التمييزية للأسلحة التي تجعلها محظورة متأية من طبيعة تلك الأسلحة وآثارها، والحكم الوارد بشأنها في المادة (١/٥١، ب) بموجب البروتوكول الإضافي الأول لعام (١٩٧٧م) هي معايير يمكن استخدامها لوصف السلاح بأنه غير تمييزي، وهو تعريف لتلك الأسلحة بأنها تلك التي "ب- لا يمكن توجهه إلى هدف عسكري محدد" أو التي "ج- لا يمكن حصر آثارها على النحو الذي يتطلبه هذا البروتوكول"، بمعنى أن الآثار لا تنتهك مبدأ التمييز على نحو آخر، وهذا هو النص الدولي الاتفاقي الوحيد المتعلق بالأسلحة غير التمييزية (العشوائية). وباستخدام هذا المعيار الأخير توصلت محكمة العدل الدولية في فتاها بأن الأسلحة النووية هي أسلحة محظورة الاستخدام؛ لأنها غير تمييزية.

(41) ICJ, Nuclear Weapons Case 1966, Op Cit, Dissenting Opinion of Judge Higgins, Para.24.

(42) Ibid, Declaration of Judge Mohammed Bedjaoui, the President, Para.21.

(43) Ibid, NWC of 1966, Separate Opinion of Judge Guillaume, Para.5.

(44) Ibid, the ICJ Opinion, Para.78.

الخاتمة

هذا البحث بعنوان: (الأسلحة غير التمييزية بين الضرورة العسكرية ومقتضيات القانون الدولي الإنساني)، طرح إشكالية جدلية بين نظريتين تتنازعان الموقف من الأسلحة غير التمييزية، أو ما يطلق عليها في كثير من الأحيان بالأسلحة العشوائية من حيث الشرعية Legality أو المشروعية Legitimacy، هذا وقد تم اختبار كل من حجج ومبررات الإباحة بالنسبة إلى النظرية العسكرية من جهة، وحجج ومبررات الحظر بالنسبة إلى النظرية الإنسانية المدعومة بقواعد عرفية واتفاقية دولية التي تشكل منظومة القانون الدولي الإنساني فيما يخص الأسلحة غير التمييزية، ومن خلال الموازنة الموضوعية بين النظريتين وبوضع الأسلحة المذكورة في ميزان القانون الدولي الإنساني، خلص هذا البحث إلى جملة من النتائج المهمة ذيلت بعدد من التوصيات، ويمكن بيان ذلك كما يأتي:

أولاً- النتائج:

أهم النتائج التي توصل إليها هذا البحث هي:

(أ) الأسلحة غير التمييزية أو العشوائية في مفهومها القانوني هي التي لا يمكن توجيهها إلى هدف عسكري بحكم طبيعتها الذاتية أو أن آثارها تمتد إلى غير المقاتلين أو الأهداف العسكرية عند الاستخدام.

(ب) الأسلحة غير التمييزية تنتهك بشكل صريح أهم المبادئ الأساسية للقانون الدولي الإنساني وفي مقدمتها مبدأ التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين، وبين الأهداف العسكرية وغير العسكرية، وكذلك المبدأ العرفي القاضي بحظر الهجمات العشوائية.

(ج) أظهرت الممارسة الدولية أن النظرية العسكرية تستند إلى حجج ومبررات تقوم على فكرة الضرورة العسكرية التي تعدُّ هي المبرر الأكبر لإباحة إنتاج وحيازة واستخدام الأسلحة غير التمييزية، وذلك لأسباب عديدة منها السياسية، والاستراتيجية، والأمنية، والدفاعية، والاقتصادية.

(د) النظرية الإنسانية مسندة بقواعد ومبادئ القانون الدولي الإنساني تقدم حججاً ومبررات قوية لحظر الأسلحة غير التمييزية تضعف من مبررات وحجج النظرية

العسكرية فيما يتعلق بالأسلحة المذكورة والتي هي في تناقض تام مع قواعد ومبادئ القانون الدولي الإنساني العرفية والاتفاقية.

هـ) هناك معياران حاسمان تم النص عليهما في القانون الدولي الإنساني، وتم إقرارهما في العرف الدولي قبل التدوين في اختبار مدى قانونية الأسلحة غير التمييزية من وجهة نظر القانون الدولي الإنساني. المعيار الأول: هو معيار القدرة أو إمكانية توجيه السلاح إلى أهداف عسكرية محددة سواء أكانت أشخاصاً أم أعياناً، أما المعيار الثاني: فهو متعلق بالآثار التي يسفر عنها استخدام الأسلحة غير التمييزية ما إذا كانت تمتد إلى غير الأهداف العسكرية المشروعة الاستهداف أو لا، فالسلاح الذي لا يمكن التحكم به من حيث القدرة على توجيهه إلى هدف عسكري محدد، أو من حيث آثاره فيمتد ليشيب أهدافاً غير عسكرية وغير مشروعة لا يعد مناقضاً لمبادئ وقواعد القانون الدولي الإنساني فحسب، بل لمبادئ إنسانية وأخلاقية أيضاً، ومن ثم فيمكن وصفه بالسلاح اللاشعري Illegal واللامشروع Illegitimate.

ثانياً- التوصيات:

أ) يوصي الباحث المؤسسات المتخصصة بإعداد المزيد من الدراسات والبحوث في مجال الأسلحة، وخاصة غير التمييزية منها، والتركيز على بيان تعارض هذه الأخيرة مع القانون الدولي الإنساني، ومن ثم التأكيد على أهمية حظرها والرقابة عليها خدمة للسلام والأمن والبيئة وحقوق الإنسان في زمني السلم والحرب كقضايا دولية كبرى تستحق الاهتمام.

ب) يوصي الباحث بإقامة المؤتمرات والندوات وورش العمل والنقاشات المفتوحة بين المؤسسات العلمية والمهنية ذات العلاقة، وإشراك الفاعلين الدوليين السياسيين في تلك الأعمال.

قائمة المراجع

أولاً- المراجع العربية: أ- الكتب:

- ١) جون - ماري هنكرتس ولويس دوزوالد-بك، القانون الدولي الإنساني العرفي: المجلد الأول (القواعد) (اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، ٢٠٠٧م).
- ٢) الأمم المتحدة، مشروع المسؤولية الدولية، تعليق لجنة القانون الدولي حول المادة (٣٣) من مشروع المسؤولية الدولية.

ب- الاتفاقيات الدولية:

- ١) اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩م (اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف ١٩٨٢م).
- ٢) البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف لعام ١٩٧٧م (اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف ١٩٧٨م).
- ٣) البروتوكول الإضافي الثاني الملحق باتفاقيات جنيف لعام ١٩٧٧م (اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف ١٩٧٨م).
- ٤) إعلان نتر سدرغ ١٨٦٨م (المجلة الدولية للصليب الأحمر، السنة السادسة، العدد ٣٤، نوفمبر-ديسمبر ١٩٩٣م).
- ٥) اتفاقية لاهاي الرابعة لعام ١٩٠٧م على الرابط الإلكتروني:
<https://www.icrc.org/ara/resources/documents/misc/62tc8a.htm>
- ٦) اتفاقية الأمم المتحدة بشأن حظر وتقييد أسلحة تقليدية معينة لعام ١٩٨٠م مكتبة الأمم المتحدة للقانون الدولي
http://legal.un.org/avl/pdf/ha/cprccc/cprccc_ph_a.pdf
- ٧) البروتوكول الثاني من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن حظر وتقييد أسلحة تقليدية معينة المتعلقة بالألغام الأرضية والذخائر، اللجنة الدولية للصليب الأحمر:
[https://www.icrc.org/ar/resources/documents/treaty/protocol-ii-\(additional-to-the-geneva-conventions\)](https://www.icrc.org/ar/resources/documents/treaty/protocol-ii-(additional-to-the-geneva-conventions))
- ٨) اتفاقية أوتاوا لحظر استعمال وتخزين وإنتاج ونقل الألغام المضادة للأفراد وتدمير تلك الألغام بتاريخ ١٨-٩-١٩٩٧م، اللجنة الدولية للصليب الأحمر:
<https://www.icrc.org/ara/resources/documents/misc/5ntd7w.htm>
- ٩) البروتوكول الرابع من ذات الاتفاقية المتعلقة بأسلحة الليزر المسببة للعمى لعام ١٩٩٥م (وثيقة الأمم المتحدة A/conf.1/16، الجزء الأول، ص ١٤-١٥).
- ١٠) ميثاق روما الأساسي لمحكمة الجنايات الدولية لعام ١٩٩٨م (الأمم المتحدة، ٢٠٠١م).

١١) البروتوكول الثاني للأغلام الأرضية بصيغته المعدلة لعام ١٩٩٦م، اللجنة الدولية للصليب الأحمر:

<https://www.icrc.org/ara/resources/documents/misc/62tbyh.htm>

ثانياً- المراجع الأجنبية:

First: Books:

- 1) Adam Roberts and Richard Guelff, Documents on the Laws of War (Oxford University Press, 3rd edition, 1998)
- 2) Martin Griffiths and Terry O, Callaghan, International Relations: Key Concepts (Routledge, London and NY, 2002)

Second: Court Decisions:

- 1) International Court of Justice, Nuclear Weapons Case (1996)

Third: UN Resolutions:

- 2) UNGA Resolution 2603 (XXIV) of 1969, the Question of Chemical and Bacteriological Weapons.

Forth: Articles:

- 1) Heneri Megrawitz, The Principle of Superfluous Injury or Unnecessary Suffering from St. Petersburg Declaration of 1868 to the Additional Protocol I of 1977(ICRC, NO.2299.March – April 1994).
- 2) ICRC, Anti-Personnel Landmines: Friends or Foe? (ICRC, Geneva, March 1996).
- 3) R. Frank, the Shimonda Case: A Legal Appraisal of the Atomic Attacks upon Hiroshima and Nagasaki (AJIL, Vol 59, 1965).
- 4) TMC. Military Necessity (Assen Institute/ NL Red Cross. 7 Dec 2006).

ثالثاً- المواقع الإلكترونية:

- 1) <https://www.icrc.org/ara/resources/documents/misc/62tc8a.htm>
- 2) <http://legal.un.org>
- 3) <https://www.icrc.org>
- 4) <https://www.weaponslaw.org>



ضمانات أداء الشهادة أمام القضاء الجنائي الدولي

الدكتور/ عبد الحليم فؤاد عبد الحليم الفقي *

الملخص:

إنه من أجل إقامة عدالة جنائية دولية في مواجهة المسؤولين عن ارتكاب الجرائم الدولية والانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني، لا بد أن تتم المحاكمات على نحو يكفل سلامة الإجراءات القانونية، ويوفر كافة ضمانات المحاكمة العادلة سواء بالنسبة للمجني عليهم والشهود أم للمتهم.

ولذلك قسمنا بحثنا (ضمانات أداء الشهادة أمام القضاء الجنائي الدولي) إلى ثلاثة مباحث، حيث تناولنا في المبحث الأول: آليات ضمان حق المجني عليهم والشهود في الحماية، وفي المبحث الثاني، أهمية تعاون الدول من أجل ضمان اتخاذ تدابير الحماية للمجني عليهم والشهود، وأخيراً في المبحث الثالث، مسؤولية المحكمة في حماية المعلومات المتعلقة بأمن الدولة الوطني وخصوصية عمل المنظمات الدولية.

الكلمات المفتاحية: الشهادة - الضمانات - القاضي - المحكمة - القضاء الجنائي الدولي.

*دكتوراه في القانون الجنائي.



Guarantees to Deliver the Testimony before International Criminal Judiciary

Dr. Abdel Halem Fouad Abdel Halem Elfeky*

Abstract:

In order to apply International Criminal Justice on those persons and officials responsible for committing International crimes and severe violations for Human International Law, it is necessary to hold the trials in a manner ensuring the integrity of the legal procedures and providing all guarantees of the fair trial – whether for the victims, witnesses or the accused.

Therefore, I divided my thesis (Guarantees to deliver the testimony before International Criminal Judiciary) into three parts. In the first part, I discussed the mechanisms of guaranteeing the right of the victims and witnesses to have protection. In the second part, I discussed the importance of countries' cooperation in order to ensure taking the protection procedures for the victims and the witnesses. Finally, and in the third part, I discussed the liability of the court to protect the information related to State National security and the privacy of the work of the international organizations.

Keywords: The Testimony - The Guarantees - The Judge - The Court - International Criminal Judiciary.

*PhD in Criminal Law.

المقدمة

موضوع البحث وأهميته:

إن الشهادة الجنائية تحتل مركز الصدارة بين أدلة الإثبات الجنائي الأخرى، كونها الدليل الحي الناطق بكلمة الحق في أغلب الحالات، ويمكن مناقشة مؤداها من أجل الإلمام بجوانب الحقيقة في مراحل التحقيق والمحاكمة كافةً.

وما زاد من أهمية الشهادة أنها دليل للإثبات في القضايا الجنائية الدولية هو العدد الكبير من الضحايا التي سقطت نتيجة لارتكاب هذه الجرائم، حتى أصبحت شهادة الضحايا الناجين منها في سياق إجراءات التحقيق مهمة جداً لكشف تلك الجرائم والتوصل إلى مرتكبيها؛ لأن هذه الشهادات تنصب على وقائع مادية حصلت أمامهم بشكل مباشر وغير متوقع، وباتت تعد دليل الإثبات الرئيس في كشف حقيقة هذه الجرائم في معظم القضايا التي جرى التحقيق فيها.

بيد أن الشهادة الجنائية في المحاكمات الجنائية الدولية السابقة، والمتمثلة بمحكمتي (نورمبرج وطوكيو) لم تحظ بالاهتمام الذي حظيت به الأدلة المادية؛ لأنها اعتمدت بالدرجة الأولى على الأدلة التي تم ضبطها أثناء الحرب من جهة دول الحلفاء التي أنشأت هاتين المحكمتين وأشرفت على إجراءاتهما.

لكن الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني^(١) التي حصلت في أواخر القرن العشرين بسبب الصراعات المسلحة التي وقعت بين الصرب من جهة والمسلمين والكروات من جهة أخرى في جمهوريات "يوغسلافيا" السابقة، والتي راح ضحيتها آلاف من المسلمين في تطهير عرقي منظم، وفي جمهورية "رواندا" الأفريقية التي حصلت فيها نزاعات عرقية أيضاً بين قبائل "التوتسي" و "الهوتو"^(٢)،

(١) القانون الدولي الإنساني: هو مجموعة القواعد الدولية التعاقدية أو العرفية التي يقصد بها حل المشكلات الإنسانية الناشئة مباشرة من النزاعات المسلحة، دولية كانت أم غير دولية، وتعد اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩م وبروتوكولاتها الإضافية لعام ١٩٧٧م، الصكوك الرئيسية للقانون الدولي الإنساني، راجع، القانون الدولي الإنساني: إجابات عن أسئلتك، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف، ط٢، مايو / ٢٠٠٤م، ص٤، ص١١.

(٢) يتكون النسيج الاجتماعي "لرواندا" بشكل أساسي من قبيلتين هما: (الهوتو ٨٥%، والتوتسي ١٤%) ويتحريض من إحدى الدول المجاورة مارست الجبهة "الرواندية" أسلوب التفرقة بينهما فرصة لإشعال حرباً أهلية، في غضون ثلاث أشهر ونيف قتل المتطرفون "الهوتو" حوالي =

التي قتل فيها حوالي مليون شخص نتيجة لهذه الصراعات وعمليات الإبادة الجماعية التي ارتكبتها متطرفو الهوتو، وهذه الانتهاكات التي اهتز لها ضمير الإنسانية قد أثارت حفيظة المجتمع الدولي، ودفعت مجلس الأمن في الإسراع إلى إصدار قرار إنشاء المحكمة الجنائية الدولية الخاصة "ببوغسلافيا السابقة" برقم (٨٢٧) في عام (١٩٩٣م) لمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن هذه الأفعال الوحشية المخالفة لقواعد القانون الدولي الإنساني، وأصدرت القرار رقم (٩٥٥) في عام (١٩٩٤م) الذي يقضي بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية الخاصة "برواندا" لتحقيق الهدف ذاته عن الانتهاكات التي حصلت في "رواندا".

وقد ازدادت أهمية الشهادة الجنائية في محاكمات هاتين المحكمتين، واعتمدتها بشكل رئيس؛ لأنهما قد شكلتا بعد أن حصلت انتهاكات خطيرة تمثل جرائم حرب، وجرائم ضد الإنسانية، ارتكبت من قبل عصابات إجرامية مرتبطة بالسلطات الحكومية ويقودها مسؤولون كبار في الدولة؛ لذلك كانت تسعى دائماً إلى إتلاف وإخفاء الأدلة المادية التي تثبت تورطها بارتكاب هذه الجرائم، فضلاً عن الظروف الجوية التي هي الأخرى قد أسهمت في اضمحلال ما تبقى منها، ولم يبق إلا ما اختزنته ذاكرة الناجين من ضحايا هذه الجرائم من الأشخاص الذين يُعدون الشهود الرئيسيين إن لم يكونوا الوحيديين في كشف ملابسات هذه الوقائع الإجرامية المرتكبة.

وبالنظر إلى التحديات الكبيرة التي واجهت هاتين المحكمتين في سعيهما إلى مساعدة ضحايا جرائم الحرب؛ لتجاوز هول الصدمات المريعة التي تعرّضوا لها، ومحاولة اقناعهم للإدلاء بشهاداتهم أمام المحكمة عن المجازر التي مورست بحقهم

= ٨٠٠ ألف مواطن من "التوتسي" ومعتدلي "الهوتو"، وقد أرتكبت خلال هذه الحرب جرائم اغتصاب جماعي على نطاق واسع، وقد فر الملايين من قبيلة "التوتسي" إلى الدول المجاورة بسبب الإبادة الجماعية، وقد تسبب هذا النزوح الجماعي إلى حصول أزمة كبيرة لكل من "زائير وتنزانيا"؛ كون هذه البلاد أصلاً تعاني من أزمة اقتصادية حادة، راجع د. براء منذر كمال عبد اللطيف: النظام القضائي للمحكمة الجنائية الدولية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ٢٠٠٨م، ص٣٤، هامش ٢. وانظر كذلك:

Taylor P.Seyloiot - Eyes Wide Open: Ruanda And The Dficeulty Of Worthy Military Intervention – Stokholm International Peace Research Inut - Signalisgatan – Sweden - October 1999, p.(2-3).

وتحديد هوية فاعليها ومدى مسؤوليتهم عنها، فقد برز دور قضاة المحكمة في الاجتهاد في وضع قواعد إثبات وإجراءات رصينة تكفل طمأنة هؤلاء الشهود، وتشجيعهم للإدلاء بشهاداتهم ببسر وسهولة، حيث ابتكر قضاة المحكمة الجنائية الدولية " ليوغسلافيا" أساليب جديدة تسهل إجراءات الحصول على الشهادة وتشجع الشهود والضحايا على الإقدام للإدلاء بأقوالهم أمام المحكمة، فضلاً عن إقرار العديد من الإجراءات التي تجيز القبول بالشهادة الخطية بقسم، والإدلاء بالشهادة عبر وسائل التقنية الإلكترونية عن بُعد، بوصفها أدلة معتبرة في الإثبات، ومنح الضحايا والشهود تدابير الحماية الكافية لضمان أدانهم للشهادة من غير تردد أو خوف في إطار تعاون بناء مع الدول المعنية والمنظمات الإنسانية ذات العلاقة.

وإن المحكمة الجنائية الدولية الدائمة قد استقادت من المحاكمات التي تمت أمام المحكمة الجنائية الدولية "ليوغسلافيا" والمحكمة الجنائية الدولية "لرواندا" في تطوير قواعدها وإجراءاتها، بل أقرت في نظامها الأساسي قواعد للإثبات ملزمة لقضاتها، بما يخدم العدالة الجنائية الدولية المتوازنة التي يراعى فيها ضمان أداء الشهادة وعدم المساس بحقوق المتهمين على وفق مبدأ المساواة في الوسائل بين الخصوم في الدعوى الجنائية الدولية، وأنه من أجل إقامة عدالة جنائية دولية في مواجهة المسؤولين عن ارتكاب الجرائم الدولية والانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني، لا بد أن تتم المحاكمات على نحو يكفل سلامة الإجراءات القانونية، ويوفر كافة ضمانات المحاكمة العادلة سواء بالنسبة إلى المجني عليهم والشهود أو إلى المتهمين.

وليس كل المجني عليهم سيدلون بأقوالهم كشهود، وليس بالضرورة أن يكون جميع الشهود ضحايا لهذه الجرائم، إلا أنهم جميعاً يشكلون مجموعة ضعيفة، تستحق حماية خاصة لضمان الإقدام إلى الإدلاء بشهاداتهم^(٣) خلال المراحل المتعاقبة لتعاملهم مع القضاء الجنائي الدولي، وتزداد الحاجة إلى هذه الضمانات عندما يكون النزاع لايزال قائماً^(٤)، ومرتكبو هذه الجرائم يحتلون مواقع قيادية رفيعة في السلطة، لذلك

(٣) د. براء منذر كمال عبد اللطيف: المرجع السابق، ص ٣٢٤.

(٤) وهذا ما حصل في يوغسلافيا السابقة ورواندا الأفريقية، في حين حصل العكس في المحاكمات الجنائية الدولية بعد الحرب العالمية الثانية، حيث ان الحرب قد وضعت أوزارها=

فإن الشهود والضحايا وأفراد أسرهم قد يتعرّضون إلى خطر أعمال التخويف والترويع والأفعال الانتقامية، التي تجعلهم يترددون في الإدلاء بشهاداتهم عما لديهم من معلومات عن الوقائع الإجرامية المرتكبة^(٥).

منهج ونطاق البحث:

لقد اعتمدنا في هذه الدراسة (ضمانات الشهادة أمام القضاء الجنائي الدولي) على المنهج التحليلي المقارن من خلال استقراء النصوص المتعلقة بأداء الشهادة للمحكمتين المؤقتتين (المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا، المحكمة الجنائية الدولية لرواندا)، والمحكمة الجنائية الدولية الدائمة، والتي تمثل التطبيق العملي لقواعد القضاء الجنائي الدولي الحديث، وذلك فيما يتعلق بالشهادة كأحد أدلة الإثبات الهامة والرئيسية في دعاوى المنظورة أمام هذه المحاكم.

خطة البحث:

بناءً على ما سبق نقسم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث كالآتي:

المبحث الأول: آليات ضمان حق المجني عليهم والشهود في الحماية.

المبحث الثاني: أهمية تعاون الدول من أجل ضمان اتخاذ تدابير الحماية للمجني عليهم والشهود.

المبحث الثالث: مسؤولية المحكمة في حماية المعلومات المتعلقة بأمن الدولة الوطني، وخصوصية عمل المنظمات الدولية.

=لصالح الحلفاء، وإن المتهمين تم وضعهم رهن الاعتقال، وجرت المحاكمات في ظروف أمنية مستقرة، أما في يوغسلافيا فقد كان الصراع مستعراً والوضع على الأرض غير مستقر، مما يزيد من احتمال التعرض للخوف والترويع والانتقام قبل وأثناء الإدلاء بالشهادة أو بعدها، راجع د. محفوظ سيد عبد الحميد محمد: دور المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة في تطور القانون الدولي الإنساني (دراسة تطبيقية وتأصيلية للأحكام) ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٩م، ص ٥١٢.

(٥) د. سعد عبدالله محمود: الإثبات بالشهادة في القضاء الجنائي الدولي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ٢٠١٥م، ص ٢٣٤.

المبحث الأول

آليات ضمان حق الضحايا والشهود في الحماية^(٦)

لقد حرصت المحكمة الدولية على تشكيل هيئات ترتبط بالمحكمة، وتتبنى مهمة تنفيذ تدابير الحماية اللازمة للمجني عليهم والشهود، وفي مقدمة هذه الهيئات وحدة المجني عليهم والشهود، فضلاً عن مسؤولية المدعي العام تجاه المجني عليهم والشهود.

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأول، إنشاء وحدة حماية المجني عليهم والشهود، ونتناول في المطلب الثاني، مسؤولية المدعي العام في حماية المجني عليهم والشهود.

(٦) لقد عرف الإعلان الخاص بالمبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة، الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة عام (١٩٨٥م) في مادتيه الأولى والثانية بأن الضحايا "هم الأشخاص الذين أصيبوا فردياً أو جماعياً بضرر، وخاصة الذين انتهكت سلامتهم الجسدية أو العقلية، وأصيبوا بألم معنوي وخسائر مادية، أو الذين انتهكت حقوقهم الأساسية بشكل خطير، من جراء أعمال واعتقالات متعارضة مع القوانين الجنائية....."، وتعد الأسرة المقربة من الشخص التي تعرضت للضرر ضحية أيضاً، إذ تعرضت لضرر بسبب تدخلها لمساعدة الضحية، د. سعد عبدالله محمود: المرجع السابق، ص ٢٣٤.

وقد اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة على الإعلان المذكور بخصوص الضحايا بأنه (ينبغي معاملة الضحايا برأفة واحترام لكرامتهم...)، ولمزيد من التفصيل راجع د. براء منذر كمال عبد اللطيف: المرجع السابق، ص ٣١٩، هامش ٣، أمير فرج يوسف: المحكمة الجنائية الدولية والطابع القانوني لها ونشوء عناصر فوق وطنية في القضاء الجنائي الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨م، ص ٨٧.

وعرفت القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا الضحية تعريفاً محدداً ومقتضياً وهو "كل شخص طبيعي ارتكب بحقه جرم يكون من اختصاص المحكمة"، راجع القاعدة ٢/أ من لائحة الإجراءات والإثبات للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا. وقد جاء في مشروع لائحة الإجراءات والإثبات للمحكمة الجنائية الدولية بأن الضحية: "كل شخص طبيعي أصيب بضرر ما من جراء جرم يقع في إطار اختصاص المحكمة"، راجع القاعدة ٨٥ من قواعد الإجراءات والإثبات للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

ولابد أن نشير إلى أن تعبير الضحية في الجرائم الدولية يعني المجني عليه، وإن مصطلح الضحايا ورد ضمن وثائق الأمم المتحدة باللغة العربية، وإن هذا المصطلح أدبي، والمصطلح القانوني الأصح هو المجني عليهم، راجع بالتفصيل د. بصائر علي محمد البياتي: حقوق المجني عليه أمام المحكمة الجنائية الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠٠٣م، ص ١٩٤.

المطلب الأول

إنشاء وحدة حماية المجني عليهم والشهود

لقد ظهر حق الضحايا والشهود في الحماية على المستوى الدولي في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية "يوغسلافيا"^(٧)، وتبلور هذا الحق في صكوك دولية متعددة، حتى أصبح يمثل أحد المبادئ التي تكفل ضمانات المحاكمة العادلة والمنصفة؛ لأن تدابير الحماية والسلامة البدنية والنفسية واحترام كرامة وخصوصية المجني عليهم والشهود وأسرهم^(٨) تعد عوامل رئيسة لدعم مصداقية المحكمة وشرعيتها، فضلاً عن كونها ضمانات مهمة لتشجيع من لديهم معلومات مفيدة عن الوقائع الإجرامية المرتكبة بحقهم كضحايا لهذه الجرائم أو شهداء جانباً منها، وأصبحت حماية المجني عليهم والشهود مطلباً وضرورة دولية؛ لأنهم قد لا يستطيعون أن ينطقوا بالحقيقة دائماً، فقد يخضعون لضغوط وتأثيرات من مختلف الجهات، أو يخشون التعرض لأعمال تأرية بحقهم وأفراد أسرهم.

لذلك لا بد من توفير الأجواء الملائمة والأمن التي تشجعهم للإدلاء بشهادتهم من غير خوف أو تردد، ولأن أهمية حق الشهود والمجني عليهم في الحماية تكمن بدورهم في الوصول إلى الحقيقة في مجال الإجرام على المستوى الوطني والدولي، لاسيما وأن التشريعات الوطنية في بعض الدول المتطورة قد تضمنت نصوصاً تقضي بحماية الشهود المطلوبين للإثبات أمام المحاكم الوطنية^(٩).

(٧) من الجدير بالذكر أن ميثاق محكمة نورمبرج وطوكيو لم يتضمن أي تصريح إلى مسألة حماية المجني عليهم والشهود، كما أن آليات تلك الحماية لم تكن واردة في هاتين المحكمتين، لأن الشهادة أصلاً لم يكن لها الدور الواضح في الإثبات في محاكماتها لأنها كانت تعتمد بالدرجة الأولى على الأدلة المادية، راجع د. محفوظ سيد عبد الحميد محمد: المرجع السابق، ص ٥١٢، هامش ٢.

(٨) د. براء منذر كمال عبداللطيف: المرجع السابق، ص ٣٢٥.

(٩) تعد الولايات المتحدة الأمريكية من أولى الدول التي شرعت قانوناً يتعلّق بالبرنامج "الفيدرالي" لحماية الشهود في تسعينات القرن الماضي، وتبعتها في مراحل لاحقة دول غربية أخرى مثل كندا، ودول أخرى أدرجت التدابير اللازمة لحماية الشهود بموجب قانونية، ضمن قوانينها الإجرائية مثل قانون الإجراءات الفرنسي، راجع د. حلا محمد سليم زوده: الشاهد في الدعوى الجزائية، =

ونظراً لأهمية حماية الشهود والمجني عليهم، فقد حرص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا في تناوله مسألة حمايتهم في نص المادة (٢٢) من النظام الأساس^(١٠)، بشكل مستقل عن حقوق المتهم التي نصت عليها م (٢١) من النظام الأساسي للمحكمة.

وبالنظر لطبيعة الجرائم التي ارتكبت في "يوغسلافيا" السابقة، أصبح من الضروري أن تتكفل المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا حماية الضحايا والشهود، والنص في لائحة الإجراءات والإثبات على تدابير الحماية اللازمة لهؤلاء الشهود والضحايا، ولاسيما في حالات الاغتصاب والعنف الجنسي، وقد تكفلت القواعد (٦٤، ٦٩، ٧٥) من قواعد الإجراءات في المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا بيان طريقة وتدابير تلك الحماية التي يمكن تقريرها للضحايا والشهود^(١١)، وطالما أن إجراءات حماية الشهود تقتضي وجود أجهزة لتنفيذ هذه الإجراءات وتطبيقها بشكل يوفر الأمن اللازم لهم، فقد جاء بنص القاعدة (٣٤) من قواعد الإجراءات والإثبات للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا وجوب إنشاء وحدة المساعدة للمجني عليهم والشهود^(١٢)، التي تعد أهم حكم تضمنته القواعد الإجرائية لحماية الشهود وأكثرها ابتكاراً في القانون الدولي.

وبدأت وحدة مساعدة المجني عليهم والشهود عملها في أبريل ١٩٩٥م، وهي

=دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، كلية الحقوق، ٢٠٠٨م، ص ٣٩٣.

في حين - للأسف - لم يحظ المجني عليهم والشهود بالاهتمام ذاته في تشريعاتنا العربية، على الرغم من أن معظم التشريعات العربية مصدرها الرسمي للتشريع هو الشريعة الإسلامية، التي يعد الأساس الشرعي فيها عدم جواز الإضرار بالشاهد أو إلحاق الأذى به، كما في قوله تعالى: "ولا يضار كاتب ولا شهيد". الآية (٢٨٢) سورة البقرة.

^(١٠) تنص المادة (٢٢) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا على أن: "تنص المحكمة الدولية في لائحة الإجراءات والأدلة الخاصة بها، على تدابير حماية الضحايا والشهود، وتشمل تدابير الحماية هذه على سبيل المثال لا الحصر عقد جلسات مغلقة وحماية هوية الضحية".

^(١١) راجع القواعد (٦٤، ٦٩، ٧٥) من قواعد الإجراءات والإثبات للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا.

^(١٢) راجع ق (٣٤) من قواعد الإجراءات والإثبات أمام المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا.

أول وحدة من نوعها أنشأتها الأمم المتحدة؛ لتوفير الرعاية والدعم والحماية للشهود الذين يمثلون للشهادة أمام المحكمة، وهي تعبر عن الإدراك الذي ترسخ لدى مجلس الأمن والمحكمة ذاتها تجاه المشاكل الخاصة التي يواجهها الأشخاص الذين شهدوا أحداثاً مسببة للصدمات النفسية، وتعبر عن الاهتمام الذي حظي به المجني عليهم والشهود من قضاة المحكمة من أجل حماية حقوقهم^(١٣).

وترتبط وحدة المجني عليهم والشهود بقلم المحكمة، وتحرص على وضع المعايير لدعم المجني عليهم والشهود وحمايتهم، ولتوفير الرعاية المتميزة للأطفال، وتحديد الظروف التي يجوز فيها اصطحاب شخص معهم إلى مقر المحكمة في "لاهاي"، وعدم تحميل الشهود والمجني عليهم الأعباء المالية التي تقتضي للإدلاء بشهاداتهم أمام المحكمة في الذهاب والعودة، فضلاً عن تعويضهم عن الكسب الضائع بحدود معقولة^(١٤)، واهتمت الوحدة اهتماماً خاصاً للضوابط التي يجري بموجبها تعيين الموظفين فيها في أن يكون المرشح من ذوي الخبرة والكفاءة في الاختصاصات التي تحتاجها الوحدة للنهوض بواجباتها على النحو السليم، فقد اهتمت في تعيين النساء المؤهلات لمعالجة ضحايا عمليات الاغتصاب والاعتداء الجنسي، والاستفادة من الخبراء والمستشارين عند حاجة المحكمة لمشورتهم ومساعدتهم^(١٥)، ولم تقتصر تدابير الحماية التي تسعى إلى توفيرها وحدة المجني عليهم والشهود على شهود الإثبات فقط، وإنما تمتد لتشمل شهود الإثبات والدفاع معاً والشهود الخبراء، ومحققى الشرطة ومسؤولي الأمن والسجناء والشهود الذين يجري الاستماع إلى شهاداتهم عن طريق التقنية الإلكترونية في العرض المرئي والسمعي أو السمعي فقط عن بُعد^(١٦).

(١٣) لقد منحت المادة ١٥ من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا قضاة المحكمة سلطة وضع قواعد الإجراءات والإثبات التي تحكم سير الإجراءات السابقة للمحاكمة ومرحلة المحاكمات وطعون الاستئناف، ولقبول الأدلة، وحماية الضحايا والشهود، والمسائل الأخرى الملزمة.

(١٤) د. محفوظ سيد عبد الحميد: المرجع السابق، ص ٥١٥.

(١٥) د. أحمد محمد المهندي بالله: النظرية العامة للقضاء الدولي الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٢٠١٠م، ص ١٤٩، د. براء منذر كمال عبد اللطيف: المرجع السابق، ص ٣٢٥.

(١٦) د. محفوظ سيد عبد الحميد: المرجع السابق، ص ٥١٥.

وقامت المحكمة الجنائية الدولية لرواندا بتوثيق وسماع أقوال الشهود، حيث اعتمدت على منح إجراءات الحماية للشهود والضحايا استناداً إلى المادة (٢١) من النظام الأساس للمحكمة، على وفق ما سارت عليه المحكمة الجنائية الدولية "ليوغسلافيا" في قواعد الإجراءات والإثبات بضرورة توفير تدابير الحماية للمجني عليهم والشهود، على أن تتبنى تنفيذ وتطبيق هذه الإجراءات والتدابير وحدة حماية المجني عليهم والشهود في المحكمة^(١٧)، وحرصت وحدة مساعدة المجني عليهم والشهود في المحكمتين على توشي السرية التامة في الترتيبات التي تجريها مع المنظمات والخبراء، وتلتزم جانب الحياد في التعامل بين الادعاء والدفاع، وقد سعت إلى فصل شهود الدفاع فصلاً كاملاً عن شهود الإثبات في أماكن إقامة مستقلة، فضلاً عن وجودهم في المحكمة في قاعتي انتظار منفصلتين لكل منهما، وتقوم الوحدة بمهام إبداء المشورة لتأمين سلامة المجني عليهم والشهود وحمايتهم وتقديم العون والمساعدة لهم، فضلاً عن ترتيبات السفر والإقامة وتنقلات الشهود ومثولهم أمام المحكمة وأفراد أسرهم^(١٨).

وقسم مساعدة الشهود والمجني عليهم يتكون من ثلاث وحدات، وهي: وحدة الدعم المعنوي التي تقدم النصح والإرشاد للشهود خلال فترة وجودهم قريبين من المحكمة، وتتكون من مستشارين اجتماعيين ونفسيين، ووحدة الحماية وتشكل أساساً من رجال الشرطة، ووحدة العمليات التي يعمل موظفوها على تقديم الخدمات في كل ما يتعلق بتنقلات الشهود والتعاون مع موظفي الجمارك وتأمين إحصار الشهود إلى قاعة المحكمة، وتقديم كافة الخدمات اللوجستية^(١٩)، ولكن ضعف الموارد المالية الذي عانت منه المحكمة الجنائية الدولية لرواندا وقف عائقاً، أمام تقسيم وحدة مساعدة الضحايا والشهود إلى وحدتين، إحداهما تختص برعاية شهود الادعاء والأخرى تختص بشهود الدفاع عام (٢٠٠٠م)، وإنما قد اضطرت إلى دمجها بعد

(17) Othman, M.Th., Protections of Refugee Witnesses by The International Criminal Tribunal of Rawanda, International of Refugee Law, Vol. 14, No .4, 2003. p.495 -508.

(١٨) د. أمين مصطفى محمد: حماية الشهود في قانون الإجراءات الجنائية (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠م المرجع السابق، ص ٧٩، د. سعد عبدالله محمود: المرجع السابق، ص ٢٢٩.

(١٩) المرجع السابق نفسة، ص ٧٦، هامش ٣.

أن شرعت في فتحها لضغط النفقات المالية لعدم استطاعتها تغطية نفقات الوجدتين معاً^(٢٠)، ولقد قامت وحدة المجني عليهم والشهود في المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا بالتنسيق مع الشرطة الهولندية بشأن الاستجابة المستعجلة لأي تهديد أمني، بما في ذلك تعيين مسؤول اتصال هولندي للمحكمة؛ ليقوم بالتعاون المطلوب إذا تطلب الأمر اتخاذ إجراء يضمن سلامة الشهود للإدلاء بشهاداتهم، وقد أسفر تقديم الخدمات اللازمة لهم إلى جعل الكثير منهم يعبرون عن ارتياحهم بعد الإدلاء بشهاداتهم، وأشادوا بالجهود التي بذلها القائمون على إدارة هذه الوحدة في المساعدة لتمكينهم من الإدلاء بأقوالهم^(٢١).

وإن خدمات الوحدة تتعدد وتتنوع، كلما يستجد من أمور تستوجب اتخاذ تدابير معينة، كما أنها تستخدم التقنيات الإلكترونية، التي تسهم في توفير الحماية بشكل أكثر تطوراً من خلال سماع أقوال الشهود عبر الوسائل الإلكترونية^(٢٢).

هذا ويمكن تحديد أهم الخدمات التي تقوم بها الوحدة كما يأتي:

أولاً: توفير الحماية وتأمين حضور الشاهد أمام المحكمة وإعادته بأمان إلى مقر إقامته، خاصة أن جميع شهود المحاكم الجنائية الدولية هم ليسوا من أبناء دولة المقر سواء أكان في لاهاي مقر المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا، أم في أروشا ببنزانيا مقر المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، مما تقتضي إمكانات مادية وإجراءات معقدة لضمان تحقيقها^(٢٣).

ثانياً: تهيئة طاقم مراقبة مستمر للشهود طيلة فترة إقامتهم في أروشا ولاهاي.

ثالثاً: مرافقة الشاهد من جهة عناصر وحدة المساعدة الى قاعة المحكمة.

رابعاً: تهيئة أماكن إقامة آمنة للشهود المشمولين بالحماية^(٢٤).

(٢٠) انظر التقرير السنوي الخامس للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا لعام ٢٠٠٠م بالوثيقة رقم A/55/432/2002/927.

(٢١) د. أحمد ثابت عبد الرحيم: المحكمة الجنائية الدولية، دراسة موضوعية إجرائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٢م، ص ١٩٣.

(٢٢) د. سعد عبدالله محمود: المرجع السابق، ص ٢٣١.

(٢٣) د. أحمد ثابت عبد الرحيم: المحكمة الجنائية الدولية، المرجع السابق، ص ١٩٥.

(٢٤) كانت تهيئة الأماكن الآمنة للشهود تعتمد على المساعدات التي تحصل عليها المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا، مما أدى إلى عدم فاعليتها=

خامساً: استخدام الأسماء المستعارة، وإخفاء الهويات للشهود المشمولين بالحماية، وتخصيص أماكن جلوس للشهود بعيدة عن الجمهور داخل قاعة المحكمة^(٢٥).
وقد تستمر الوحدة في عرض خدماتها للمجني عليهم والشهود إلى ما بعد الانتهاء من إجراءات الإدلاء بالشهادة أمام المحكمة، وتبقى الوحدة تتابع الشاهد وأفراد أسرته في الأماكن التي يقيمون فيها حسبما تراه ضرورياً، وبما أن الهدف من الخدمات التي تقدمها هذه الوحدة هو لتوفير الحماية للشاهد، فإن إجراءاتها غير ملزمة للشاهد، إذا أعلن عن رغبته التخلي عن هذه الحماية، كونه يستطيع توفير وسائل الحماية لنفسه من غير الحاجة إلى خدمات الوحدة^(٢٦).

وراعى النظام الأساسي لمحكمة الجناية الدولية الدائمة تجارب المحاكم الدولية الحالية المؤقتة، المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا، والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا، وما أفرزه تطور القانون الجنائي الدولي من اعتبارات، ووضعت مجموعة من الأحكام الهادفة إلى حماية الضحايا والشهود، والتأكيد على التدابير التي من شأنها ضمان الأمان والسلامة البدنية والنفسية واحترام الكرامة والخصوصية لهم ولأسرهم، وهي عوامل أساسية لدعم مصداقية المحكمة الجنائية

=بالمستوى المطلوب، وفي ١٩٩٨م زادت الحصة المالية لقسم الضحايا والشهود لتتلافى هذه المشكلة، راجع د. حسام علي عبد الخالق الشيخه: المسؤولية والعقاب على جرائم الحرب، مع دراسة تطبيقية على جرائم الحرب في البوسنة والهرسك، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠٠١م، ص ٥٢١.

^(٢٥) راجع القاعدة ٧٥/أ- ب من قواعد الإجراءات والإثبات للمحكمة الجنائية الدولية "ليوغسلافيا" والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا، وحسبما جاء في موقع المحكمة الجنائية الدولية "ليوغسلافيا" على الشبكة العالمية "الإنترنت" فقد تم وضع برنامج لتحديد مكان الشهود وبعضهم بأسماء مستعارة بالتعاون مع الدول المعنية، للمزيد من المعلومات يمكن الاطلاع على موقع المحكمتين:

www.ictt.org

www.icty.org

^(٢٦) بناءً على رغبة الشاهد R وطلب الدفاع وافقت المحكمة الجنائية الدولية لرواندا على إعفاء وحدة دعم الضحايا والشهود من وضع الشاهد في المكان الأيمن المخصص له في أروشا، مع الاستمرار على اسمه مجهولاً، وإلزام الوحدة بإحضاره عند الاقتضاء.

See Case, ICTR -98-44-C-T. 29/ November/2005

الدولية وشرعيتها^(٢٧)، حيث نصت المادة (٦/٤٣) من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة على تأسيس وحدة المجني عليهم والشهود في قلم المحكمة^(٢٨)، يقع على عاتقها توفير تدابير وقائية وترتيبات أمنية كالمشورة والمساعدات المناسبة الأخرى للمجني عليهم والشهود والذين يمثلون أمام المحكمة وغيرهم من أفراد أسرهم الذين يتعرضون للخطر بسبب هذه الشهادة^(٢٩)، وخولت المادة (٦٨) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة هيئة الوحدة تقديم المشورة للمدعي العام وهيئة المحكمة بشأن هذه التدابير^(٣٠)، وتضم الوحدة موظفين متمرسين ومدربين على التعامل مع المجني عليهم والشهود الذين يعانون من الصدمات بمن فيهم ضحايا العنف الجنسي من النساء والأطفال.

وألزمت المادة (٥٤/أ-ب) المدعي العام خلال التحقيق والمقاضاة، باحترام مصالح المجني عليهم وأوضاعهم الشخصية^(٣١)، بما في ذلك السن والجنس والحالة الصحية، وأن يأخذ بالاعتبار طبيعة الجريمة، لاسيما إذا انطوت على عنف جنسي، أو عنف ضد النساء والأطفال، والماد (٥/٦٨) من نظام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، فقد نصت على أن: "يجوز للمدعي العام أن يحجب إلى حين المحاكمة الأدلة والمعلومات التي قد يؤدي الكشف عنها إلى تعريض أمن الشهود وأسرهم إلى أخطار جسيمة، وذلك بتقديم ملخص بها".

كما وضع النظام الأساسي على عاتق الدائرة التمهيديّة "دائرة ما قبل المحاكمة" والدوائر الابتدائية "دوائر المحاكمة"، مهام ومسؤوليات إزاء المجني عليهم والشهود، حيث تقضي المادة (٣/٥٧) من النظام بأنه يجوز للدائرة الابتدائية عند الاقتضاء أن توفر الحماية والخصوصية للمجني عليهم وشهود الإثبات^(٣٢)، وتجزئ المادة (١/٦٨) للدائرة الابتدائية اتخاذ تدابير وقائية بهذا الخصوص، وفي الفقرة

(27) Mackarel ,M. Fiona Raitl And Susan Moodg, Briefing Paper On Legal Issues And Witness Protection In Criminal Cases ,The Sco Hish Executive Central Research .2001.P. 1o

(28) راجع المادة ٦/٤٣ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

(29) د. احمد ثابت عبد الرحيم: المرجع السابق، ص ٣١٦.

(30) راجع المادة ٦٨ من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

(31) راجع المادة ٥٤/أ-ب من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

(32) راجع المادة ٣/٥٧ من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

(٣) من المادة ذاتها يجوز للمحكمة أن تحجب هوية المجني عليهم والشهود من الصحافة والجمهور بإجراء جزءاً من المحاكمات بأسلوب كاميرا الفيديو، أو السماح بتقديم الأدلة بالوسائل الإلكترونية، أو أية وسائل أخرى^(٣٣).

والإدلاء بالشهادة أمام المحكمة الجنائية الدولية ليس بالأمر السهل لمن وقع ضحية جريمة دولية خطيرة، لا تقتصر آثارها السلبية على الضحية فقط، وإنما تمتد لتهدد عائلته وأقاربه، وهذا ما أفرزته تجربتنا المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا، والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا، حيث إن جلسات المحاكمة قد تترك آثار عميقة على الصعيد النفسي، لا سيما في قضايا العنف الجنسي، وخاصة عندما يوجد فيها الضحية وجهاً لوجه مع من اعتدى عليها^(٣٤)، فقد حرصت المحكمة الجنائية الدولية الدائمة في قواعد الإجراءات والإثبات فيها على النص في القاعدة (٨٧) المعنونة "تدابير الحماية" بأنه: "يجوز لدائرة المحاكمة.... أن تأمر باتخاذ تدابير لحماية الضحية أو الشاهد أو أي شخص آخر معرض للخطر نتيجة شهادة أدلى بها شاهد.....".

ومن خلال النصوص ذات الصلة المتعلقة بحماية الشهود والمجني عليهم، الواردة في قواعد الإجراءات والإثبات للمحاكم الجنائية الدولية، إنها وردت على نحو يتسم بطابع غير حصري، وإن هذه التدابير يمكن أن تتعدد وتتنوع على نحو يواكب ما يستجد من تقنيات إلكترونية في هذا الصدد، وتتخذ هذه التدابير الأشكال الآتية:

(٣٣) راجع المادة ٦٨/٣،١ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

(٣٤) تقول القاضية "برتايشيا. أم. ولد" حول تجربتها السابقة كقاضية في محكمة (المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا) ICTY، بخصوص ردود أفعال بعض المتهمين، بأن بعضهم في حالة حزينه وهو يسمع الاتهامات الموجهة إليه عما ارتكبه من فضائح، في حين قسم آخر متغطرس وغير مبال، ويتحدث بوجه الشهود بصلافة، ويعظم كانوا يضحكون ويسخرون من الضحايا عند إدلائهم بشهاداتهم عن تعرضهم للاغتصاب والاعتداءات الجنسية، وكان بعضهم يتباهى وكأنه بطل وطني، في حين كان الضحايا يكون أثناء أدائهم لشهادتهم، انظر:

Patricia M. Wald – The Internional Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia comes of Age: Some Observations on Day - To - Day Dile Mmasof An International Court –Journal Of Law & Policy – Vol.5 – 2001- p.50.

- ١- عقد جلسات مغلقة (سرية)^(٣٥).
- ٢- حماية هوية المجني عليه أو الشاهد.
- وقد تتمثل هذه الحماية بإحدى الوسائل الآتية:
- أ- أن يمحي اسم المجني عليه أو الشاهد أو أي معلومات قد تفضي إلى معرفة هوية أي منهما في سجلات المحكمة^(٣٦).
- ب- اتخاذ التدابير اللازمة لمنع الإفصاح علناً عن أي سجلات تتعلق بهوية المجني عليه أو الشاهد^(٣٧).
- ج- أن تقدم الشهادة بالوسائل الإلكترونية أو أي وسائل أخرى، منها استخدام التقنية العلمية في تحويل الصورة والصوت، واستخدام التكنولوجيا المرئية السمعية في الرؤيا عن بُعد عبر دوائر مغلقة^(٣٨).
- د- أن يستخدم اسم مستعار للمجني عليه أو الشاهد^(٣٩).
- مما تقدم يتضح أن قواعد الإجراءات والإثبات في المحكمة الجنائية الدولية الدائمة قد راعت مصالح الضحايا وخاصة الأطفال من خلال عقد الجلسات المغلقة وإمكانية استجواب الشهود بواسطة جهاز الفيديو والتقنيات الأخرى، لا سيما عندما
-
- ^(٣٥) راجع المادة ٢٢ من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا، والمادة ٢١ من النظام الأساس لمحكمة المحكمة الجنائية الدولية "لرواندا"، والمادة ٦٨ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.
- ^(٣٦) راجع القاعدة ٧٥/أ، ب من قواعد المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، والمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا، والقاعدة ٨٧/٣-أ من قواعد الإجراءات والإثبات للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.
- ^(٣٧) راجع القاعدة ٧٥/ب-١ من قواعد الإجراءات والإثبات للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا والمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا، والقاعدة ٨٧/٣ من قواعد الإجراءات والإثبات في المحكمة الجنائية الدولية الدائمة.
- ^(٣٨) راجع القاعدة ٧٥/ب-ج من قواعد الإجراءات والإثبات للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا، وق ٨٧/٣-ج من قواعد الإجراءات والإثبات للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.
- ^(٣٩) راجع القاعدة ٧٥/ب-د من قواعد الإجراءات والإثبات للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا، والقاعدة ٨٧/٣-د من قواعد الإجراءات والإثبات للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

تكون سلامة الضحايا والشهود وأسرهم مهددة بالخطر، إذ يجوز للمدعي العام التحفظ على اثباتات معينة والاكتفاء بالإفادة عن خلاصة منها فقط، كما يجوز له إزالة أسماء، وهويات بعض الشهود من الملف، وأن يستخدم اسماً مستعاراً للضحية أو الشاهد أو أي شخص آخر يتعرض للخطر بسبب شهادة أدلى بها، شريطة أن تتماشى هذه التدابير مع حق المتهم في محاكمة عادلة^(٤٠).

وقد أغفل نظام روما الأساسي شريحة مهمة من الأشخاص الذين يُعدون مصادر مهمة في كشف غموض العديد من القضايا التي تعرض أمام المحكمة، وهم المبلغون أو الشهود المحتملون الذين من الممكن أن تستفيد المحكمة من خدماتهم، ونرى أن شمولهم بالحماية يُعد حافزاً يدفع من توفرت لديه معلومة مفيدة ومهمة في كشف الحقيقة إلى الإقدام للإدلاء بها أمام المحكمة من غير خوف أو تردد^(٤١)، خاصة وأن الأداء الفاعل لوحدة المجني عليهم والشهود يتطلب من موظفيها الحفاظ على السرية واحترام مصالح الشهود ومراعاة الحياد في التعامل مع الأطراف، مما يتطلب تدريباً مستمراً للموظفين بخصوص أمن الشهود وسلامتهم، وبموجبه يتم التعاون مع المنظمات الحكومية وغير الحكومية^(٤٢).

ولكن توجد عوائق حقيقية تعترض الجهود الكبيرة التي تبذلها وحدة مساعدة الضحايا والشهود وقلم المحكمة من أجل توفير المستلزمات للأشخاص الذين يحتمل مثلهم أمام المحكمة كشهود، ومن أهم هذه المشاكل فقدان الأمن في الدول التي يوجد فيها الشهود، وصعوبة الوصول إليهم في ظل ظروف أمنية سيئة، وإذا تم الوصول إليهم، تبرز معضلة التقاهم معهم وبناء جسور الثقة بينهم وبين أجهزة المحكمة، وهنا تبرز قابلية وقدرة موظفيها على إقناع هؤلاء الشهود بعد الفطائع التي عاشوها، وكيفية طمأننتهم بأنهم جاءوا لحمايتهم وهذا أمراً ليس هيناً؛ لأن ضحايا الجرائم الدولية شديدة الخطورة، عادة ما يفقدون الثقة بكل من حولهم ويخافون التعامل معهم، وقد يكون الجهل أحد العوامل التي تعرقل مهمة الوصول إلى الشهود، ولاسيما أن القضايا التي نظرتها المحكمة الجنائية الدولية وبدأت بها،

(٤٠) راجع القاعدتان ٨٧، ٨٨ من قواعد الإجراءات والإثبات للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة، د.

سعد عبدالله محمود: المرجع السابق، ص ٢٣٧.

(٤١) د. بصائر علي محمد البياتي: المرجع السابق، ص ١٦٤.

(٤٢) د. حلا محمد سليم زودة: المرجع السابق، ص ٦٦٠.

تتعلق بحوادث وقعت بمناطق قبلية من أفريقيا كأوغندا والكونغو، وهكذا قد لا يكون سكان تلك المناطق على دراية بالمسائل القانونية المتبعة أمام المحكمة، ومن ثم فمن الصعب تغيير قناعاتهم وأفكارهم؛ مما يتطلب جهوداً استثنائية وخبرة عالية للحصول على المعلومات المفيدة^(٤٣).

ولقد حددت المادة (٦/٤٣) من النظام الأساسي والقاعدة (١٧) من قواعد الإجراءات والإثبات مهام وحدة الضحايا والشهود في مهمتين رئيسيتين^(٤٤):
أولهما: مهمة النهوض باتخاذ تدابير الحماية الأمنية والوقائية؛ لأن المحكمة لا تملك أجهزة تنفيذية كالشرطة مثلاً للقيام بهذه الأعمال الضرورية لإدارة عمل المحكمة وتسهيل مهمة إحضار الضحايا والشهود للإدلاء بشهاداتهم ببسر وسهولة وأمان.

وثانيهما: تقديم المساعدة والإسناد والدعم لضمان سير الإجراءات اللازمة لتحقيق العدالة الجنائية الدولية؛ لأن المهام لا تقتصر على مرحلة معينة من مراحل سير الدعوى الجنائية أمام المحكمة، وإنما تشمل جميع مراحل سير الإجراءات، وجمع المعلومات والأدلة والوثائق وصولاً إلى المحاكمة وانتهاء بصدر قرار الحكم، وتمتد إلى ما بعد صدور الحكم حيث أقرت المحكمة ضرورة متابعة المجني عليهم والشهود وتوفير الحماية لهم إلى ما بعد حسم الدعوى، وحسب سلطة المحكمة التقديرية في الحاجة لهذه التدابير.

وأخيراً يتضح من مضمون المادتين (٦/٤٣ و ٤/٦٨) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة أن المسؤولية تضامنية بين كل من الادعاء العام والمحكمة ووحدة الضحايا والشهود من أجل توفير الحماية اللازمة لمستحقيها، فالوحدة هي هيئة مساعدة لكل من الادعاء والمحكمة^(٤٥).

(٤٣) د. سعد عبدالله محمود: المرجع السابق، ص ٣٤٠.

(٤٤) راجع المادة ٦/٤٣ من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة، والقاعدة ١٧ من قواعد الإجراءات والإثبات للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

(٤٥) Eikel, M., Witness Protection Measures at the International Criminal Cour, Legal Framwork and Emerging Practice, Criminal Law Forum, 29, 2012, p.2.

المطلب الثاني

مسؤولية المدعي العام في حماية المجني عليهم والشهود

ظهر دور المدعي العام في المساهمة الفاعلة في تهيئة الوسائل الضرورية في اتخاذ تدابير الحماية للمجني عليهم والشهود في المحكمة الجنائية الدولية "ليوغسلافيا"، والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا وتطور هذا الاهتمام في تعزيز مسؤولية المدعي العام، كراعي للبحث عن حقيقة الواقعة الإجرامية من خلال جمع أدلة الإثبات والنفي على قدم المساواة في نظام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، وستتناول دراسة هذا المطلب في فرعين، نتناول في الفرع الأول، مسؤولية المدعي العام في حماية المجني عليهم والشهود أمام المحكمتين المؤقتتين (المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا، والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا)، ونتناول في الفرع الثاني مسؤولية المدعي العام في حماية المجني عليهم والشهود أمام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

الفرع الأول

مسؤولية المدعي العام في حماية المجني عليهم والشهود

أمام محكمتي يوغسلافيا ورواندا

إن الشاهد الذي عاش أحداث الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب يحتاج إلى رعاية خاصة تعيد إليه ثقته بنفسه وتمنحه الأمان والطمأنينة؛ لكي يدلي بحقيقة ما شهدته من أحداث ووقائع بعيداً عن التأثيرات الخارجية التي قد يتعرض لها من جهات مختلفة، وتهيئة الأجواء الملائمة والمريحة له ولأفراد أسرته؛ لكي يفيد بالمعلومات التي لديه عن الوقائع الإجرامية التي حصلت أمامه من غير خوف أو تردد، وتقديم كافة المساعدات التي يحتاجها الشاهد ورعاية أحواله في الفترة التي تحتاجه المحكمة فيها^(٤٦)؛ لأن هذه المعلومات سيكون لها الدور الكبير في كشف ملامسات هذه الجرائم والوصول إلى مرتكبيها ومقاضاتهم، على وفق المبدأ القائل: "بأن العدالة الفعلية تتحقق عندما تسمع أصوات المجني عليهم وتصلح

(٤٦) د. محمد حسني علي شعبان: القضاء الدولي الجنائي، مع دراسة تطبيقية معاصرة للمحكمة الجنائية الدولية (التطور التاريخي - النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ودورها في ظل التحديات المعاصرة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م، ص ٤٧١.

معاناتهم"^(٤٧)، ولضمان أداء الشهادة والمحافظة على من يؤديها منحت المحكمتان المدعي العام سلطات واسعة في مباشرة التحقيق أمامها ، فهو يعمل كجهاز مستقل ومنفصل عن منظومة المحكمة ويمارس سلطته في استجواب المتهمين والاستماع إلى أقوال الشهود وجمع الأدلة^(٤٨) وله أن يطلب من المحكمة اتخاذ تدابير حماية الشهود والضحايا، وله طلب مساعدة السلطات الوطنية والمنظمات الدولية، ومنها المنظمة الدولية للشرطة الجنائية "الإنتربول" لتوفير الحماية لشهود الادعاء^(٤٩).

ولقد نصت القاعدة (٧٥/ أ) من قواعد الإجراءات والإثبات للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا، والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا على أنه "يجوز لدائرة المحكمة بناءً على طلب من المدعي العام أو الدفاع أو أحد المجني عليهم أو الشهود أو وحدة مساعدة المجني عليهم والشهود أو من تلقاء نفسها، أن تأمر باتخاذ تدابير لحماية المجني عليه أو الشاهد".

وبناءً على ذلك تقدم المدعي العام في المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا بطلب إلى دائرة المحاكمة في قضية "تاديتش" لإصدار قرار يتعلق بحماية الضحايا والشهود من خلال عدم الكشف عن أسمائهم، ومنحهم أسماء مستعارة في عريضة الاتهام، وحصلت موافقة المحكمة في ١٠/٨/١٩٩٥م على عدم الكشف عن أسماء ستة شهود، وقضت بأن يتم الإدلاء بأقوالهم في جلسة مغلقة بعيداً عن الجمهور^(٥٠).

وللمدعي العام أن يقوم بتكليف أحد موظفي مكتب الادعاء المختصين بممارسة المهام والواجبات المسندة إليه، بما في ذلك تدابير الحماية للمجني عليهم

(٤٧) د. عبد الحميد محمد عبد الحميد: المحكمة الجنائية الدولية (دراسة لتطور النظام القضائي الدولي الجنائي والنظام الأساسي للمحكمة في ضوء القانون الدولي المعاصر)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م، ص ٧١٤.

(٤٨) د. حامد سيد محمد حامد: سلطة الاتهام، والتحقيق بالمحكمة الجنائية الدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط١، القاهرة، ٢٠١٠م، ص ٢٦.

(٤٩) راجع القاعدة (٢٩) من قواعد الإجراءات والإثبات للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا، المحكمة الجنائية الدولية لرواندا.

(٥٠) قرار المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا في ١٠/٨/١٩٩٥م في قضية المتهم تاديتش - القضية رقم ICTY-94-1-TP-1995.

والشهود، ويمارس الدور الذي يضطلع به المدعي العام نفسه^(٥١)، كما يجوز للمدعي العام خلال جلسات المحاكمة التدخل لحماية الشهود من التجاوزات والإزعاجات التي قد يتعرضون لها، خاصة في جلسات الاستجواب المضاد، حيث يمارس المحامون في بعض الأحيان أساليب غير مقبولة من أجل زعزعة الثقة بالشاهد^(٥٢).

وفي نطاق الإجراءات التي وُضعت طبقاً للقاعدة (٦٩) من قواعد الإجراءات والإثبات للمحكمة الجنائية الدولية "ليوغسلافيا"، والمحكمة الجنائية الدولية "لرواندا"، يجوز للمدعي العام أن يطلب عدم كشف هوية الشاهد قبل استدعائه أمام المحكمة، وتسري الأحكام ذاتها في المحكمة الجنائية الدولية "لرواندا"^(٥٣).

وحرصاً من المدعي العام على ضمان حسن سير التحقيقات على وفق ما تقتضيه العدالة، له أن يطلب من دائرة المحاكمة استعمال السرية، وعدم الكشف عن المعلومات الواردة بخصوص بعض القضايا التي يجري التحقيق فيها من أجل حماية الشهود والحفاظ على الأدلة^(٥٤).

ففي قضية "تاديتش" أمام المحكمة الجنائية الدولية "ليوغسلافيا" قد أدلى ما يزيد عن (٤٠) شاهداً إثبات بأقوالهم التي طلب بموجبها المدعي العام باتخاذ تدابير الحماية لعدد من هؤلاء الشهود تضمنت عدم الكشف عن أسمائهم أمام الجمهور، والتعقيم على الصور المنقولة عبر وسائل الاتصال المرئية، وإبقاء هوياتهم طي الكتمان فضلاً عن إخفاء المستندات والوثائق المادية والإلكترونية، وقد أقرت المحكمة منح تدابير الحماية لهؤلاء الشهود (٢٨/١١/١٩٩٦م)، وصدر الحكم

(٥١) د. حلا محمد سليم زوده: المرجع السابق، ص ٥٧١، هامش ١.

(٥٢) قامت المدعي العام السيدة "كارل أول يونتي" بتنظيم حلقة دراسية لممثلي الادعاء العام لتمكنهم من التدخل أثناء المحاكمة لحماية الشهود، بعد أن لاحظت تجاوزات من محامي الدفاع ضد الشهود، راجع د. حلا محمد سليم زوده: المرجع السابق، ص ٥٧١.

(٥٣) أمير فرج يوسف: المحكمة الجنائية الدولية والطابع القانوني لها ونشوء عناصر فوق وطنية في القضاء الجنائي الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨م، ص ١٠٥، وراجع القاعدة رقم ٦٩ من قواعد الإجراءات والإثبات للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا، والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا.

(٥٤) د. براء منذر كمال عبد اللطيف: المرجع السابق، ص ١٦٦.

النهائي في القضية (٧/٥/١٩٩٧م)^(٥٥).

وعلى الرغم من المصاعب والإشكالات الناجمة عن اشتراك المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا في المدعي العام ذاته لفترة طويلة قبل أن يجري الفصل بينهما، فإن هذه التشكيلة قد أسهمت في توحيد الجهد الدولي المشترك من أجل التعاون وعدم التعارض بين المحكمتين، وهذا التنسيق والتناغم قد أسهم في ابتكار وسائل جديدة ومتطورة في مجال حماية المجني عليهم والشهود، إلا أن هذه الصعوبات التي رافقت اشتراكهما في مدع عام واحد، قد تحملت العبء الأكبر منها المحكمة الجنائية الدولية لرواندا بالرغم من تشكيلها بعد مرور سنة تقريباً على تشكيل المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا^(٥٦).

الفرع الثاني

مسؤولية المدعي العام في حماية المجني عليهم والشهود أمام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة

لا يملك المدعي العام سلطات واسعة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة مثل التي يتمتع بها المدعي العام في المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا، والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا، وإنما فرض عليه أن يبدأ بالتحقيق بناءً على إحالة حالة من جهة دولة طرف في النظام الأساس، أو إحالة حالة من جهة مجلس الأمن، ولم يعط الضحايا والمنظمات غير الحكومية الحق في الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية؛ حتى لا يتقل كاهل المحكمة بأعداد هائلة من الدعاوى قليلة الأهمية، بيد أن النظام قد أعطى للمدعي العام إمكانية الاستفادة من المعلومات والأدلة التي تتقدم بها الضحايا وهذه المنظمات^(٥٧)، وعلى المدعي العام إذا تأكدت لديه جدية المعلومات المقدمة إليه بأنه هناك أساساً معقولاً لبدء

^(٥٥) د. حسام علي عبد الخالق الشيخه: المرجع السابق، ص ١٠٤، د. سعد عبدالله محمود:

المرجع السابق، ص ٣٤٧.

^(٥٦) د. عبد الحميد محمد عبد الحميد: المرجع السابق، ص ١٩٤، د. سعد عبدالله محمود:

المرجع السابق، ص ٣٤٩.

^(٥٧) د. أحمد محمد المهدي بالله: المرجع السابق، ص ٦١١.

التحقيقات^(٥٨)، يجب أن يأخذ الإذن من الدائرة الابتدائية للمباشرة بالتحقيق. وما يميز دور المدعي العام في تحمل مسؤوليته أمام المحكمة الجنائية الدولية بوصفه ممثلاً للمجتمع الدولي في ملاحقة مرتكبي الجرائم الدولية من أجل معاقبتهم على ما ارتكبه من جرائم، فهو يُعد خادماً للعدالة، لذلك نجده يحرص في دعواه أمام المحكمة بتقديم كافة الأدلة التي تقع بين يديه لإثبات الواقعة الإجرامية في عريضة الاتهام^(٥٩)، وفي الوقت ذاته يقع على عاتقه الالتزام بالبحث من أجل التوصل إلى الحقيقة والحرص على إظهار الأدلة سواء كانت أدلة إثبات أم براءة؛ لأن هدفه هو البحث عن الحقيقة من أجل تحقيق العدالة الجنائية الدولية، وليس من أجل أشخاص معينين^(٦٠).

ولقد ألزمت المادة (١/٥٤-ب)^(٦١) من النظام الأساس المدعي العام خلال التحقيق أو المقاضاة باحترام مصالح المجني عليهم والشهود وظروفهم الشخصية، بما في ذلك السن والجنس والحالة الصحية، وأن يأخذ بالاعتبار طبيعة الجريمة خاصة إذا انطوت على عنف جنسي أو عنف ضد المرأة أو ضد الأطفال، فضلاً عن ذلك فقد التزمت المادة (١/٦٨)^(٦٢) من النظام الأساس أيضاً باتخاذ التدابير المناسبة خلال التحقيق وعمليات الملاحقة القضائية لمرتكبي الجرائم ولحماية المجني عليهم والشهود وسلامتهم النفسية والبدنية وكرامتهم وخصوصيتهم^(٦٣)، ويجوز للمدعي العام حسب المادة (٥/٦٨) أن يحجب إلى حين المحاكمة الأدلة والمعلومات التي قد يؤدي الكشف عنها إلى تعريض أمن المجني عليهم والشهود وأسرهم إلى أخطار جسيمة، وأن يقدم بدلاً عن ذلك موجزاً لهذه الأدلة أو المعلومات، على أن تجري ممارسة هذه التدابير بطريقة تحافظ على حقوق المتهم ولا تتعارض مع مقتضيات إجراء المحاكمة العادلة والمنصفة^(٦٤)، ويجوز للدائرة

^(٥٨) راجع المادة ١/٥٣ (أ، ب) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

^(٥٩) راجع المادة ٣/١٥ من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

^(٦٠) د. أحمد محمد المهدي بالله: المرجع السابق، ص ٦٨٠.

^(٦١) راجع المادة ١/٥٤-ب من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

^(٦٢) راجع المادة ١/٦٨ من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

^(٦٣) د. أحمد ثابت عبد الرحيم " المرجع السابق، ص ٣١٧.

^(٦٤) د. منتصر سعيد حمودة: المحكمة الجنائية الدولية، النظرية العامة للجريمة الدولية، أحكام القانون الدولي الخاص، (دراسة تحليلية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦م، ص ٢٥٥.

التمهيدية أن تتخذ عند الضرورة الترتيبات اللازمة لحماية المجني عليهم والشهود وخصوصيتهم وفقاً لنص المادة (٣/٥٧ - ج) ^(٦٥)، كما يجوز لها أيضاً بناءً على طلب المدعي العام والدفاع أو أحد الشهود أو المجني عليهم أو ممثله القانوني أو من تلقاء نفسها، بعد التشاور مع وحدة المجني عليهم والشهود، أن تأمر باتخاذ تدابير الحماية للمجني عليه أو الشاهد أو أي شخص آخر معرض للخطر نتيجة لشهادة أدلى بها أمام المحكمة، وتسعى الدائرة، كلما كان ذلك ممكناً إلى الحصول على موافقة الشخص المطلوب اتخاذ تدابير الحماية من أجله قبل إصدار الأمر باتخاذ هذه التدابير ^(٦٦).

ويجوز للمحكمة إجراء جلسات سرية، إذا كان هناك خطر على المجني عليهم أو الشهود نتيجة الإفصاح عن هذه الجلسات للجمهور أو الصحافة، وأن تتلقى الشهادة بالوسائل الإلكترونية أو أي وسائل أخرى بهدف حماية الشهود وخاصة قضايا العنف الجنسي، والعنف ضد الأطفال الذين أصبحوا ضحايا وشهود في هذه الجرائم ^(٦٧).

ولضمان حماية الشهود وعدم تعرضهم للملاحقة أو الأذى من المتهم أو جهات أخرى قد يطلب المدعي العام تقديم الشهود بأسماء مستعارة، وتطبيقاً للالتزام المنصوص عليه في النظام الأساسي ^(٦٨)، قد يستعين المدعي العام بأشخاص معروفين لدى القضاة؛ للحصول على الشهود وبعض الأدلة في بعض الأحيان، غير أن هذه الطريقة في التحقيق والتحري لاقت معارضة شديدة من القضاة، مما دعا قضاة الدائرة الابتدائية في قضية المتهم "لوبانكا" - أحد المتهمين في قضية الكونغو الديمقراطية - إلى رفض جميع الشهود الذين قدمهم المدعي العام عن

^(٦٥) راجع المادة ٥٧ / ٣ - ج من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

^(٦٦) د. أحمد ثابت عبد الرحيم: المرجع السابق، ص ٣١٨.

^(٦٧) راجع المادة ٦٨ / ٢ من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

^(٦٨) والحماية تمتد لتشمل الضحايا أيضاً فقد يكون الضحية هو شاهد أيضاً حيث لا يوجد ما يمنع أن يكون الضحية شاهداً أيضاً في الدعوى نفسها، ينظر قضية المتهم (توماس لوبانكا ديالو) حيث كان الشهود من الضحايا الجنود الذين جندهم المتهم للقتال في الأعمال الحربية الدائرة هناك، الوثيقة رقم:

ICC-01/04-01/06-T-29-EN [03Nov2006 ET WT] 7/45 SZ PT > p 7.

طريق الوسطاء، وتسرب الشك في تورط الوسطاء أنفسهم في أعمال إجرامية وتحكمهم في الشهود وممارسة ضغوط عليهم للإدلاء بشهادتهم^(٦٩).

وإذا قرر المدعي العام عدم الشروع بالتحقيق بسبب الخوف على مصالح الضحايا، فللدائرة التمهيدية أن تستعرض هذا القرار سواء بطلب من أحد الأطراف أم بمبادرة منها، وفي هذه الحالة يكون قرار المدعي العام غير نافذ إلا إذا اعتمده الدائرة التمهيدية، وجدير بالإشارة أن مسألة حماية الشهود والضحايا من المسائل المهمة التي أشغلت المدعي العام بخصوص إجراء عمليات التحقيق المتعلقة بقضية دارفور، وهي أحد الأسباب التي دعت المكتب إلى إجراء عمليات التحقيق خارج دارفور لضمان حماية الضحايا والشهود من المخاطر الإضافية، حيث تم استدعاء مئات الشهود المحتملين، وجرت مقابلة رسمية لأكثر من مائة شاهد معظمهم من ضحايا الجرائم المرتكبة في دارفور^(٧٠).

ولا يمكن التصور بأن واجب حماية المجني عليهم والشهود هو من اختصاص هيئة معينة تعمل ضمن إطار المحكمة الجنائية الدولية، وإنما هو مسؤولية الجميع بلا استثناء بمن فيهم قضاة المحكمة والادعاء العام والدفاع والدول والمنظمات الدولية^(٧١).

(٦٩) د. سعد عبدالله محمود: المرجع السابق، ص ٣٦٤.

(٧٠) راجع التقرير الرابع للمدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية السيد لويس مورينو أوكامبو الى مجلس الأمن عملاً بقرار المجلس رقم ١٥٩٣ / ٢٠٠٥ بتاريخ ١٤ / ١٢ / ٢٠٠٦م.

(٧١) ولمزيد من التفصيل راجع د. حلا محمد سليم زوده: المرجع السابق، ص ٦٥٧، د. سعد عبدالله محمود: المرجع السابق، ص ٣٧٠، وراجع المواد ٥٤ - ٥٧ - ٦٤ - ٩٣ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

المبحث الثاني تعاون الدول من أجل ضمان اتخاذ تدابير الحماية للمجني عليهم والشهود

لا تستطيع وحدة المجني عليهم والشهود والمدعي العام النهوض بمهمة تأمين وتنفيذ تدابير الحماية المطلوبة للشهود في نقلهم إلى المحكمة وإعادتهم منها بعد الانتهاء من أداء الشهادة من غير تعاون الدول المعنية^(٧٢).
ولذلك سنتناول هذا المبحث في مطلبين، نتناول في المطلب الأول، تعاون الدول لتوفير وسائل الحماية للشهود أمام المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا، والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا، ونتناول في المطلب الثاني، تعاون الدول لتوفير وسائل الحماية للشهود أمام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

المطلب الأول تعاون الدول لتوفير وسائل الحماية للشهود أمام المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا

إن نجاح الوحدة في أداء عملها بشكل فاعل يتوقف على التعاون والمساعدة التي تسهم بها الحكومات والأوساط المهنية والمنظمات الحكومية وغير الحكومية والمؤسسات، خاصة وإن المحاكم الدولية لا توجد تحت تصرفها أجهزة تنفيذية كما هو الحال في المحاكم الوطنية، فلا يمكنها إجبار الشهود والمجني عليهم على الإدلاء بشهاداتهم أمام المحكمة الدولية، ولا يمكنها القيام بأي مهمة من غير رغبة في التعاون من قبل الدول المعنية؛ لذلك يُعد تعاون الدول واستعدادها المسبق الضمانة الحقيقية لعمل المحاكم الجنائية الدولية^(٧٣).

ولكن الأمر مختلف فيما يتعلّق بالمحاكم الجنائية الدولية السابقة؛ لأن الدول الحلفاء هي التي أنشأت محكمتي نورمبرج وطوكيو الدوليتين، بعد فرض سيطرتها

(٧٢) د. علي عبد القادر القهوجي: القانون الدولي الجنائي، أهم الجرائم الدولية الجنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠١م، ص٢٨٦.
(٧٣) د. محفوظ سيد عبد الحميد محمد: المرجع السابق، ص٥١٦.

الكاملة على الأراضي الألمانية واليابانية، كما أنها قد اعتقلت معظم المتهمين قبل المباشرة بالمحاكمات، ومن ثم فهي لا تحتاج إلى تعاون السلطات الوطنية التي يتبع لها المتهمون، أو أي دولة أخرى، فيما يخص المساعدة بالتحقيق وجمع الأدلة؛ لأنها قد عثرت على كل الأدلة والوثائق التي تكفي لإحالة هؤلاء المتهمين إلى المحاكم المختصة بمحاكمة مجرمي الحرب في ألمانيا واليابان^(٧٤).

ويلاحظ أن التسمية التي أطلقت على هاتين المحكمتين بوصفهما للمتهمين "بمجرمي الحرب" يعد حكماً مسبقاً بإدانتهم قبل البدء بمحاكمتهم لأن صفة الإجرام تطلق على الأشخاص الذين يثبت ارتكابهم الجرم بعد محاكمتهم وصدور قرار الحكم بالإدانة بحقهم، فيصبح الذي كان متهماً بارتكاب الجريمة مجرماً، وتحدد العقوبة المقررة لجريمته تمهيداً لتنفيذها بحقه^(٧٥).

وإن المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا، والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا قد استندتا في طلب التعاون من الدول على نص المادة (٢٩) من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا والمادة (٢٨) من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا اللتين تحددان أوجه التعاون الواجب مع الدول تجاه المحكمتين^(٧٦).

وقد مُنحت المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا، والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا سلطة أعلى من سلطة الدول؛ لأن إنشائهما قد استند على قراري مجلس

(٧٤) د. حسام علي عبد الخالق الشيخه: المرجع السابق، ص ٤٩٤، د. سعد عبدالله محمود: المرجع السابق، ص ٣٧١.

(٧٥) د. سعد عبدالله محمود: المرجع السابق، ص ١٨١.

(٧٦) تنص المادة (٢٩) من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا بأن (١- تتعاون الدول مع المحكمة الدولية في التحقيق والمقاضاة مع الأشخاص المتهمين بارتكاب انتهاكات جسيمة للقانون الدولي الإنساني ٢- تمتثل دون تأخير لا مبرر له، لأي طلب للمساعدة أو أمر صادر عن دائرة المحكمة، متضمنة، ليس محصوراً على: أ- تحديد هوية الأشخاص وأماكن وجودهم. ب- الاستماع إلى أقوال الشهود وتقديم الأدلة. ج- تقديم المستندات. د- إلقاء القبض على الأشخاص واحتجازهم. هـ - تسليم أو نقل المتهمين إلى المحكمة الدولية)، وتتضمن المادة ٢٨ من نظام المحكمة الجنائية الدولية لرواندا النص نفسه.

الأمن بموجب البند السابع من ميثاق الأمم المتحدة^(٧٧)، لذلك يتعين على الدول أن تمتثل لأي طلب يصدر من الدائرة التمهيدية للمحكمتين^(٧٨)، لكن النظام الأساس لكلا المحكمتين لم يحدد ما يترتب من إجراء تجاه الدول التي تمتنع عن إبداء المساعدة المطلوبة لعمل هاتين المحكمتين^(٧٩).

وإن بعض الدول لم تتعاون مع المحكمة، إما لأسباب سياسية أو لوجستية، وهذا يشكل عائق وصعوبات كبيرة أمام عمل المحكمة الجنائية الدولية، وهذه الصعوبات كانت تعاني منها المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا، والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا نتيجة عدم تعاون الحكومات في يوغسلافيا ورواندا معهما^(٨٠)، لذلك لجأت المحكمتان إلى إبرام اتفاقيات مع بعض الدول صاحبة

^(٧٧) راجع قرار مجلس الأمن رقم (٨٢٧) الفقرة (٤) منه المتعلق بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا، والقرار رقم ٩٥٥ الخاص بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية لرواندا.

^(٧٨) د. حميد رجب عطية: المحكمة الجنائية الدولية وعلاقتها بالقضاء الوطني، مطابع جامعة المنوفية، ٢٠٠٩، ص ١٤٤، د. عبد الحميد محمد عبد الحميد: المرجع السابق، ص ٣٠٥.

^(٧٩) لقد واجهت المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا العديد من حالات عدم التعاون من الدول التي نشأت بعد تفكك "يوغسلافيا السابقة"، وخاصة جمهورية يوغسلافيا الاتحادية، مما سبب مشاكل للمحكمة للفترة من ١٩٩٨/٧/٢٨ م والى ١٩٩٩/٧/٣١ م، وقد بلغت رئاسة المحكمة رسمياً مجلس الأمن بعدم تعاون يوغسلافيا الاتحادية معها في خمس مناسبات منفصلة، ولكن من غير جدوى، وكان عدم الالتزام يأخذ أشكالا عدة، كعدم تنفيذ اعتقال ثلاثة من القادة المتهمين بارتكاب مجزرة "فوكوفار"، وعدم إصدار تأشيرات دخول لمحقيقي المحكمة الى إقليم "كوسوفو"، وقد أصدر مجلس الأمن قرارات عدة يؤكد فيها على ضرورة قيام المدعي العام في التحقيق بالأحداث التي حصلت في "كوسوفو"، وفيما بعد أصدر المجلس قراراً برقم (١٢٠٧) تناول فيه عدم تعاون جمهورية يوغسلافيا الاتحادية مع المحكمة، وأمرها بوجوب تسليم المتهمين الثلاثة، وتسهيل السبل لتمكين المدعي العام من الوصول إلى "كوسوفو"، ولكن من غير جدوى، إلى أن حصلت مذبحة "داتشاك" في إقليم "كوسوفو" في عام (١٩٩٩م)، فأصدر رئيس مجلس الأمن بياناً يشجب فيه قرار جمهورية يوغسلافيا الاتحادية بعدم التعاون، وعدم إتاحة الفرصة للمدعي العام بالدخول إلى إقليم "كوسوفو"، وطالب الجمهورية المذكورة بالتعاون التام والكامل مع المحكمة في إجراء التحقيق في هذا الإقليم، الأمم المتحدة: مجلس الأمن تقرير المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا عن الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني المرتكبة في إقليم يوغسلافيا السابقة منذ ١٩٩٩م إلى شهر (٩) ١٩٩٩م، S/1999/846,P27-29

^(٨٠) لم تتمكن المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا من اعتقال الرئيس "سلوبودان ميلو سوفيتش" إلا بعد خسارته في الانتخابات الرئاسية في يوغسلافيا رغم المطالبات الدولية بتسليمه إلى =

الشأن بهدف التعاون والمساعدة، وهكذا جرى اتفاق مع الحكومة الألمانية على تبني مسؤولية سلامة الشهود في لاهاي، ومنحت الحكومة البريطانية هويات جديدة ووثائق لجوء للضحايا والشهود^(٨١)، كما قامت المحكمة الجنائية الدولية لرواندا بعقد اتفاق خاص مع حكومة "تنزانيا" بشأن إجراءات الهجرة ونقاط الدخول والخروج لتمكين الشهود من القدوم إلى المحكمة من غير الكشف عن هوياتهم^(٨٢).

وقد أخذت العديد من الدول على عاتقها وبمبادرة منها مهمة تأمين الحماية اللازمة للشهود الذين يمثلون أمام المحكمة الجنائية الدولية، وذلك بإدراجهم ضمن برنامج حماية الشهود الوطنية لديها، أو من خلال توفير أماكن إقامه آمنة لهم فوق أراضيها^(٨٣).

وللدول دور فاعل بعد حسم القضية في تقديم العون اللازم للشهود؛ لتسهيل عودتهم إلى أوطانهم أو أماكن إقامتهم، بعد الفراغ من الإدلاء بشهاداتهم أمام المحكمة الدولية^(٨٤).

ولقد أبرمت المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا متمثلة بالمدعي العام فيها مع الأمين العام لمنظمة حلف شمال الأطلسي والقائد الأعلى للقوات الحليفة في أوروبا في (٩ / ٥ / ١٩٩٦م) الذي سمي باتفاق "دايتون"^(٨٥)، بقصد تقديم العون

=المحكمة في لاهاي، ولم يتم تسليمه إلا بعد ضغوط دولية شديدة، راجع د. أحمد محمد المهتدي بالله: المرجع السابق، ص ٢٩٩.

(٨١) د. حلا محمد سليم زوده: المرجع السابق، ص ٥٧١-٥٧٢.

(٨٢) د. بصائر علي محمد البياتي: المرجع السابق، ص ٢٠١.

(٨٣) على سبيل المثال، قانون التحقيق الجنائي البلجيكي الصادر في ٧ / ٧ / ٢٠٠٢م وفي المادة ١٠٢ منه التي منحت الحماية للأشخاص المهنيين بسبب الشهادة التي يؤدونها سواء أمام القضاء البلجيكي أم القضاء الدولي. وقانون حماية الشهود الكندي ١٩٩٦م الذي منح المدعي العام في كندا حق إبرام ترتيبات تبادلية مع المحكمة الجنائية الدولية، لقبول الشاهد لدى المحكمة في برنامج الحماية الوطني الكندي. راجع الفقرة ٢،٣ من المادة ١٤ من قانون حماية الشهود الكندي.

(٨٤) د. حلا محمد سليم زوده: المرجع السابق، ص ٥٧٢.

(٨٥) هو الاتفاق الخاص بإحلال السلام في البوسنة والهرسك تم التوقيع عليه نهائياً في ١٤ / ١٢ / ١٩٩٥م، الموقعون عليه هم كرواتيا ويوغسلافيا الاتحادية باسميها ونيابة عن جمهورية صربيا وجمهورية البوسنة، وتضمنت المادة ١٣ من هذا الاتفاق "بشأن حقوق الإنسان" على أن تتعاون جميع السلطات المختلفة مع المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافياً أو أية منظمات أخرى=

والدعم للمحكمة، وعلى ضوء هذا الاتفاق دخلت فرق التحقيق إلى المناطق الخاصة بإقليم صرب البوسنة وقامت بجمع الأدلة واستمعت إلى أقوال الشهود، ويتضح من تجربة المحكمتين (المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا) أن أغلب الدول وخاصة المتقدمة منها قد أبدت استعدادها للتعاون مع المحاكم الجنائية الدولية من أجل توفير تدابير الحماية للشهود وضحايا انتهاكات القانون الدولي الإنساني، أما الدول المتورطة في هذه الانتهاكات فهي دائماً ترفض التعاون معها بهدف التغطية على الجرائم المرتكبة من كبار مسؤوليها، الذين لا يزالون على رأس السلطة في بلادهم والتي شكَّلت المحاكم الدولية من أجل محاكمة من يثبت تورطه فيها على وفق مبدأ المسؤولية الجنائية الفردية ومن غير أي حصانة تحميهم^(٨٦).

المطلب الثاني

تعاون الدول في توفير وسائل الحماية للشهود أمام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة

إن للدول دوراً بارزاً ومهماً في مجال التعاون الدولي والمساعدة القضائية لكي تستطيع المحكمة الجنائية الدولية الدائمة النهوض بمهامها، وأداء وظيفتها بشكل صحيح، فلقد أكدت المادة (٨٨) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة على ضرورة تعاون الدول الأطراف مع هذه المحكمة تعاوناً تاماً وبناءً، وقد حددت المادة (٨٧) الأحكام العامة المتعلقة بطلبات التعاون، وأشارت المادة ٨٨ إلى ضرورة اتخاذ التدابير اللازمة على وفق القانون الوطني للدولة الطرف، وأوردت المادة (٨٩) من النظام الأساس أيضاً الآلية التي يتم بموجبها تقديم الأشخاص إلى المحكمة، وبيَّنت المادة (٩٠) من النظام حكم تعدد الطلبات وكيفية التعامل معها^(٨٧).

ومن حق المجتمع الدولي ضمان الدفاع الجماعي عن نفسه من الاعتداءات

=تحصل على ترشيح من مجلس الأمن، وتتاح لها فرصة الدخول من دون قيود، راجع د. حسام علي عبد الخالق الشيخه: المرجع السابق، ص ٥١٤-٥١٥.

^(٨٦) د. سعد عبدالله محمود: المرجع السابق، ص ٣٧٦.

^(٨٧) راجع المواد ٨٧، ٨٨، ٨٩، ٩٠ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

التي يرتكبها المارقون، والذين تسفر أعمالهم عن جرائم دولية شديدة الخطورة ضد أفراد هذا المجتمع، خاصة أن هذه الجرائم تهدد أمن الشعوب وحريتهم والسلامة الجسدية لأفرادهم، ويستمد المجتمع حقه في الدفاع عن مصالحه وأمنه واستقراره من خلال وجود التزام قانوني دولي يقع على عاتق دول العالم بأجمعها، ويجب أن تراعي - بمقتضاه - هذه الدول في بذل الجهود للإسهام في الحد من الجرائم الخطيرة، وتعاقب مرتكبيها بإحالتهم إلى القضاء الجنائي؛ لإنزال العقاب المناسب لهم^(٨٨)، وإن تعاون الدول من أجل تمكين المحكمة الجنائية الدولية على النهوض بمهامها على الوجه الأكمل سيؤدي في نهاية المطاف إلى تحقيق الأهداف التي أنشئت من أجلها هذه المحكمة^(٨٩).

ويجوز للمحكمة فيما يتعلّق بطلب المساعدة أن تتخذ التدابير اللازمة المتعلقة بحماية المعلومات وكفالة أمان المجني عليهم والشهود المحتملين وأسرهم وسلامتهم البدنية والنفسية، وللمحكمة أن تطلب تقديم المعلومات المتاحة على نحو يحمي أمان المجني عليهم والشهود وأسرهم^(٩٠).

وإنه لا يجوز للدول أن تحجب الشهادات التي تحصّلت عليها هيئاتها الوطنية بحجة حماية الشهود، وتطبيقاً لذلك ففي قضية سيف الإسلام القذافي - بخصوص الحالة في ليبيا - قد طلبت ممثلة مكتب المدعي العام "السيدة كرسيتيلي"، أن تكون القضية من اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، كون المحاكم الليبية فقدت أولويتها بنظر القضية، إذ أوضحت بأن السلطات الليبية لا تسمح لهم بالإطلاع على تسجيلات مقابلة الشهود والمشاركة في الأدلة، وإن مكتب المدعي العام لديه من الشهادات والوثائق ما يكفي لتعزيز الثقة بمقبولية الدعوى أمام المحكمة، وأن العبء يقع على عاتق السلطات الليبية؛ لإثبات عدم مقبولية الدعوى وتقديم الدليل المقنع للمحكمة على وجود تحقيقات جدية وحقيقية تقوم بها السلطات الليبية^(٩١).

(٨٨) د. منتصر سعيد حمودة: المرجع السابق، ص ٣١٣.

(٨٩) د. منتصر سعيد حمودة: الجوانب القانونية لظاهرة الإرهاب الدولي ووسائل مكافحتها، دراسة مقارنة، بالفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥م، ص ٣٥٩.

(٩٠) راجع المادة ٤/٨٧ من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

(٩١) The Office Of Public Counsel Of The Defense (OPCD)-ICC-2013, p.58.

وفي المقابل دفعت الحكومة الليبية بأحقيتها بمحاكمة سيف الإسلام القذافي مستندة في ذلك إلى مبدأ التكامل، إلا أن دفع الحكومة الليبية بمبدأ التكامل قد لا يسعها في النزاع على أحقية محاكمة سيف الإسلام القذافي، ومؤخراً ردت الدائرة التمهيدية طعن الحكومة الليبية وبررت الدائرة بأن الحكومة الليبية تواجه صعوبات في ممارسة سلطاتها القضائية ممارسة كاملة في كل أنحاء إقليمها، أو فيما يتعلق بجوانب ذات صلة بهذه القضية مما يجعل نظامها القضائي لا ينطبق عليه المعنى الوارد في المادة (٣/١٧) من النظام الأساسي، وأشارت الدائرة إلى أن ليبيا لم تتمكن من كفالة نقل سيف الإسلام من مكان احتجازه في "الزنتان" إلى عهدة الحكومة، وعدم القدرة على الحصول على أقوال الشهود، وعدم القدرة على السيطرة سيطرة كاملة على بعض مراكز الاحتجاز، وتوفير الحماية الكافية للشهود، فضلاً عن وجود عقبات عملية تعترض الحصول على تمثيل قانوني للمشتبه به وفقاً لما يتطلبه القانون الليبي، وخلصت الدائرة إلى فشل ليبيا في تقديم الأدلة الكافية والمقنعة في كون أن التحقيقات التي تجريها تشمل القضية عينها المعروضة أمام المحكمة الجنائية الدولية، وهذا ما ذهبت إليه دائرة الاستئناف في الحكم الذي أصدرته في (٢١/٥/٢٠١٤م) حيث أيدت الحكم الأولي الذي صدر عن الدائرة التمهيدية الأولى القاضي بمقبولية الدعوى أمام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة^(٩٢)، وإن الحكومة الليبية الجديدة قد أصرت على عدم تسليم سيف الإسلام القذافي رغم المصادقة على قرار الدائرة التمهيدية من جهة دائرة الاستئناف وحوكم أمام المحاكم الوطنية الليبية وحكم عليه بالإعدام مؤخراً^(٩٣).

وبناءً على نص المادة (١/٩٣) يجب على الأطراف الالتزام بأحكام التعاون الدولي والامتنال للطلبات التي تتقدم المحكمة للمساعدة فيما يتعلق بالشهود، بما يتصل بالتحقيق والمحاكمة، على وفق قانونها الوطني وكما يأتي:
أولاً: تحديد هوية ومكان الأشخاص ومواقع الأشياء.

^(٩٢) د. سعد عبدالله محمود: المرجع السابق، ص ١٧٩.

^(٩٣) أصدرت محكمة طرابلس في العاصمة الليبية في ٢٨/٧/٢٠١٥م حكماً بالإعدام على سيف الإسلام القذافي وعبدالله السنوسي، اللذين أحيلوا مع أكثر من ٣٠ آخرين من المسؤولين السابقين في ليبيا في اتهامات على رأسها قمع الانتفاضة الليبية، بالرغم من رفض المحكمة الجنائية الدولية لهذه المحاكمة في قرار لها صدر في ٢١/٥/٢٠١٤م. للمزيد من التفاصيل يرجع الموقع الإلكتروني:

ثانياً: جمع الأدلة بما فيها آراء وتقارير الخبراء اللازمة للمحكمة.

ثالثاً: استجواب أي شخص محلاً للتحقيق أو المحاكمة.

رابعاً: تيسير مثل الأشخاص طوعية كشهود أو خبراء أمام المحكمة، على أن تراعي في تقديم طلب مثل الشاهد، بيان التعليمات المتعلقة بتجريم النفس، لكي يكون الشاهد على علم بها، وبلغة يجيد الشاهد فهمها والتكلم بها تمام الإجابة^(٩٤).

خامساً: النقل المؤقت للأشخاص على النحو المنصوص عليه في الفقرة (٣) من المادة (٩٣) من النظام الأساس.

سادساً: حماية أمن الشهود والمجني عليهم والمحافظة على الأدلة.

وللمحكمة سلطة تقديم الضمانات للشاهد والخبير الذي يمثل أمامها، بأن لا يخضع للمقاضاة أو الاحتجاز أو لأي قيد على حريته الشخصية من جانب المحكمة فيما يتعلّق بفعل أو امتناع عن فعل سابق لمغادرته الدولة الموجّه إليها الطلب^(٩٥)، ويجوز لدائرة المحاكمة التي تنظر في الدعوى أن تصدر قراراً بالضمانات اللازمة للشاهد بمبادرة منها، أو بناءً على طلب من المدعي العام أو الدفاع أو الشاهد نفسه أو الخبير المعني، وذلك بعد الأخذ بنظر الاعتبار رأي المدعي العام والشاهد والخبير^(٩٦)، وللمحكمة أن تطلب النقل المؤقت لشخص متحقّط عليه؛ لغرض الإدلاء بشهادته أو للحصول على مساعدة أخرى، كأن يكون الغرض من النقل تدبير وقائي للحفاظ على أمنه وسلامته، على أن يتم النقل على وفق شرطين، أولهما: أن يجري النقل بموافقة الشخص وبمحض إرادته الحرة، ثانيهما: أن تحصل موافقة الدولة الموجّه إليها الطلب في نقل الشخص على وفق الضوابط التي سبق الاتفاق عليها مع المحكمة^(٩٧).

وتتحمل الدولة الموجّه إليها الطلب التكاليف العادية لتنفيذ الطلبات في إقليمها، أما التكاليف المادية المرتبطة بسفر الشهود والخبراء وأمنهم ونقل الأشخاص قيد التحفظ، فإن المحكمة تتحمل النفقات، فضلاً عن تكاليف الترجمة

^(٩٤) راجع المادة ٩٣ / ١ - هـ من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة ICC. وق

١٩٠ من قواعد الإجراءات والإثبات للمحكمة.

^(٩٥) راجع المادة ٩٣ / ٢ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

^(٩٦) راجع القاعده ١٩١ من قواعد الإجراءات والإثبات للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

^(٩٧) راجع المادة ٩٣ / ٧ - أ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

التحريرية والشفوية^(٩٨)، ولا يجوز للدولة الطرف أن ترفض طلب المساعدة كلياً أو جزئياً، إلا إذا كان الطلب يتعلّق بتقديم وثيقة أو دليل يتصل بأمنها الوطني، وذلك وفقاً لمبدأ حماية المعلومات التي تمس الأمن الوطني المنصوص عليها في المادة (٧٢) من النظام الأساسي^(٩٩)، والتي سنتناولها في المبحث التالي.

المبحث الثالث

مسؤولية الحكمة في حماية المعلومات المتعلقة بأمن الدولة وخصوصية عمل المنظمات الدولية الإنسانية

نظراً لأهمية حماية أمن المعلومات المتعلقة بالأمن الوطني وحسن سير عمل المنظمات الدولية الإنسانية، لا بد من إحاطتها بمجموعة من الإجراءات من جهة المحكمة للحفاظ على سرّيتها وضمان عدم إفشائها، لضمان استمرار التعاون الجاد والمثمر لهذه الدول والمنظمات مع المحكمة، والتي تكون سبباً في حجب شهادات مهمة في كشف ملامسات بعض الجرائم التي تقع تحت أنظار رعاياها. وبناءً على ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأول حماية أمن المعلومات الوطنية للدولة المعنية، ونتناول في المطلب الثاني خصوصية المعلومات والوثائق المتعلقة بعمل المنظمات الإنسانية والمحافظة على سر المهنة لدى بعض الشهود.

المطلب الأول

حماية أمن المعلومات الوطنية للدولة

إن المحكمة الجنائية الدولية تتمتع بحرية الحصول على الأدلة بشتى أنواعها، من وثائق ومستندات ومعلومات بالطرق المشروعة التي تتسجم ونظامها الأساسي، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة، ففي بعض الحالات لا يجوز للمحكمة الكشف عن هذه الأدلة، ويجب أن تحاط هذه الأدلة بسياج من السرية، لا سيما عندما تتعلّق بأمن الدولة المعنية الوطني، وقد لا تتعاون الدول مع المحاكم الجنائية

^(٩٨) راجع المادة ١٠٠ / ١ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

^(٩٩) راجع المادة ٧٢ والمادة ٩٣ / ٤ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

الدولية في إعطاء المعلومات المتعلقة بالأمن الوطني؛ نظراً لما يترتب على ذلك من إضرار بالمصالح العليا للدولة المعنية^(١٠٠).

فمن خلال التحري وجمع المعلومات والأدلة وما يقع تحت يد المدعي العام من وثائق وأدلة نتيجة لسير التحقيق في القضية، قد يجد أنواعاً من هذه الوثائق يجب أن تحاط بالسرية، وأن الكشف عنها قد يسبب تهديداً لأمن دولة معنية، يحق له في هذه الحالة الطلب من المحكمة، عقد جلسة سرية، لإعفائه من واجب إطلاع الدفاع على هذه الوثائق ذات الطابع السري، وأن يكون الاطلاع عليها قاصراً على المحكمة المختصة فقط^(١٠١).

وقد عالجت القاعدة (٧٠) من قواعد الإجراءات والإثبات للمحكمتين (المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا) موضوع سرية المعلومات التي يحصل عليها المدعي العام، حيث أجازت له تقديم هذه المعلومات كدليل أمام المحكمة، ومنعت الدائرة الابتدائية من استدعاء مصدر المعلومات أو ممثل عن هذا المصدر للمثول أمام المحكمة^(١٠٢)، وبهذا المعنى قد أخذت الدائرة الابتدائية للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا في قضية "بلاسكيتش" بنظر الاعتبار المطالب الشرعية للدولة في حماية الوثائق المتعلقة بأمنها الوطني، واقرحت اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية سرية هذه الوثائق، ومن ضمن هذه الإجراءات عقد الجلسات السرية ومباشرة الإجراءات من جانب واحد، فإذا اتضح للمحكمة بأن هذه الوثائق المتعلقة بالأمن القومي بعد فحصها لا تفيد في الدعوى التي تنظرها المحكمة، فيجب على المحكمة إعادتها مباشرة إلى الدولة المعنية بها

(١٠٠) د. سعد عبدالله محمود: المرجع السابق، ص ٣٦٦.

(١٠١) راجع المادة (١٨ / ١ - ٢ -) من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا، والمادة (١٧ / ١ - ٢ - ٤) من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا، والقاعدة ٦٦ من قواعد الإجراءات والإثبات للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا، والمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا.

(١٠٢) رفضت المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا الطلب المقدم من قبل أحد المتهمين بمناقشة اثنين من ممثلي الحكومة الأمريكية بشأن بعض المعلومات السرية، وذلك بعد أن أعلنت الحكومة الأمريكية صراحة رفضها الإعلان عن تلك المعلومات، لمزيد من التفصيل راجع د. أحمد محمد المهندي بالله، المرجع السابق، ص ٧١٧.

من غير حاجة إلى إيداع نسخة منها في قلم المحكمة^(١٠٣).
 وإذا قررت الدولة أن مصالحها العليا تتطلب عدم تقديم الوثائق المتعلقة بالأمن الوطني إلى المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا على الرغم من ثبوت تعلقها بالدعوى الجنائية الدولية المنظورة أمامها، يتعين على الدولة في هذه الحالة أن تقدم للمحكمة "شهادة خطية بقسم" من الوزير المختص تتضمن ما يأتي^(١٠٤):
أولاً: أن يجري فحص الوثائق المطلوبة من الوزير المختص بنفسه.
ثانياً: وأن تحدد بشكل دقيق الأسس التي اعتمدها الدولة في تقييم هذه الوثائق بوصفها ليست ذات علاقة مهمة في إجراءات التقاضي، مع الإشارة إلى الأسباب الرئيسية التي تمنع الدولة المعنية من تقديم هذه الوثائق.
 وإننا نرى أن فحص الوثائق يجب أن يتم من جهة لجنة مختصة بأمر من الوزير وبإشرافه الشخصي؛ لأن فحصها من الوزير نفسه قد لا يخدم العدالة بشيء؛ لأنه ليس بالضرورة أن يكون الوزير خبيراً في فحص الوثائق وتقييم قيمتها في المسائل الجنائية.

ولقد تعرضت الدائرة الابتدائية للمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا في وقت لاحق في قضية "بلاسكينتش" أيضاً إلى موضوع المحافظة على سرية المعلومات المتعلقة بالأمن الوطني، بمناسبة استدعاء الجنرال "فيليب موريلون" أحد ضباط قوات الحماية التابعة للأمم المتحدة للشهادة أمام المحكمة، حيث وضح الجنرال بأنه أحد مواطني فرنسا، وأنه ليس بإمكانه الإدلاء بالشهادة استناداً إلى القانون الفرنسي بشأن سرية الدفاع القومي والتزام السلطة التقديرية للموظفين العموميين، وادّعى بأن شهادته من شأنها أن تهدد سلامته وسلامة المدنيين والعسكريين الفرنسيين الذين يعملون على أراضي "يوغوسلافيا السابقة"، فضلاً عن تهديد المصالح الأساسية لفرنسا، إلا أن الدائرة الابتدائية أمرته بالإدلاء بشهادته شريطة أن تكفل المحكمة المحافظة على سرية المعلومات التي يدلي بها^(١٠٥)، من خلال اتخاذ التدابير الآتية:

(103) See ICTY Case No. IT-95-14-Ar, 29 October 1997.

(١٠٤) د. أحمد محمد المهدي بالله، المرجع السابق، ص ٦٣٤، د. سعد عبدالله محمود: المرجع السابق، ص ٣٦٩.

(105) See Case No. ICTY, IT-95-14-T, 12 May 1999.

- ١- أن يتم الإدلاء بالشهادة في جلسة مغلقة.
 - ٢- أن يقتصر نطاق الأسئلة الموجهة من المدعى العام والدفاع على الشهادة التي أدلى بها الشاهد فقط، وبإشراف الدائرة الابتدائية التي لها سلطة الفصل في أي خلاف يثور بهذا الشأن.
 - ٣- تسمح المحكمة للشاهد بأن يوضح لقضاة المحكمة الذين يسمعون شهادته، إلى أن المعلومات كلها أو بعضها محاطة بالسرية.
 - ٤- تسمح المحكمة لممثلين من الأمم المتحدة والحكومة الفرنسية في الحضور إلى قاعة المحكمة أثناء إدلاء الشاهد بشهادته بحد أدنى اثنين من كل جهة.
- ويلاحظ أن النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية قد استفاد من ممارسات المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا، فقد أورد نظاماً متوازناً بشأن حماية المعلومات والوثائق التي تمس الأمن الوطني للدولة المعنية في المادة (١/٧٢، ٢) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا بعدم جواز الكشف عن الوثائق أو المعلومات المتعلقة بالأمن الوطني في الحالات الآتية:
- أ- إذا كان الكشف عن الوثائق والمعلومات في نظر الدولة قد يضر بمصالحها العليا.

ب- إذا كان الشخص المطلوب منه تقديم الوثائق أو الأدلة قد رفض القيام بذلك، أو أحال المسألة إلى دولته، على أساس أن الكشف عنها من شأنه أن يمس مصالح الأمن الوطني للدولة، وأكدت الدولة المعنية ذلك بأنها ترى أن هذا الكشف من شأنه المساس بمصالح أمنها الوطني^(١٠٦).

وقد نصت المادة (٣/٥٤-و)^(١٠٧) من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة على أنه يمكن للمدعي العام أن يطلب اتخاذ التدابير اللازمة لكفالة سرية المعلومات أو لحماية أي شخص أو للحفاظ على الأدلة، كما ألزمت المادة (٣/٥٧-ج) الدائرة الابتدائية أن تتخذ عند الضرورة الترتيبات اللازمة لحماية

(١٠٦) د. سعد عبدالله محمود: المرجع السابق، ص ٣٨١، وراجع المادة ١/٧٢، ٢ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

(١٠٧) راجع المادة ٣/٥٤- ومن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

المعلومات التي تتعلق بالأمن الوطني^(١٠٨).

وإضافة إلى ما تقدم، فقد سمحت المادتين (٤/٩٣ و ٥/٩٩) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة للدول الأطراف أن ترفض طلبات المساعدة القضائية التي تتقدم بها المحكمة إذا كانت تتطوي على تقديم وثائق أو الكشف عن أسرار تمس أمنها الوطني^(١٠٩)، وقد أتاح النظام الأساس للمحكمة فرصة للتشاور بينها والدولة المعنية من أجل التوصل إلى حل توافقي يخدم مصالح الطرفين باستعمال الوسائل المعقولة بالتعاون مع المدعي العام أو محامي الدفاع أو الدائرة التمهيدية أو الدائرة الابتدائية من أجل السعي إلى حل المسألة بالتعاون المثمر والجاد الذي يحافظ على الكتمان ويخدم العدالة الجنائية الدولية من خلال الخطوات الآتية^(١١٠):

أ - تعديل الطلب أو توضيحه بشكل يحافظ على عدم الكشف عن المعلومات التي تتعلق بالأمن الوطني.

ب- الحصول على قرار من المحكمة يوضح مدى علاقة المعلومات والأدلة المطلوبة بالقضية المنظورة أمام المحكمة الجنائية الدولية، أو الحصول على قرار من المحكمة يوضح بأن هذه المعلومات بالرغم من صلتها بالقضية المعنية، إلا أنه بالإمكان الحصول عليها من مصدر ثالث غير الدولة المطلوب منها تقديم هذه الأدلة.

ج- الاتفاق على الشروط التي بموجبها يمكن تقديم المساعدة اللازمة، كتقديم

^(١٠٨) راجع المادة ٥٧/٣-ج من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

^(١٠٩) راجع المادتين ٤/٩٣ و ٥/٩٩ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة، وراجع القاعدة ٨١/٤ من قواعد الإجراءات والإثبات للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

^(١١٠) راجع المادة ١٧٢/٥-٦ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة، ونعتقد أنه يجب أن يكون هناك نوع من التوازن بين التزام الدول الأطراف بالتعاون مع المحكمة الجنائية الدولية الدائمة من جانب، والحفاظ على سرية المعلومات التي تمس أمنها الوطني من جانب آخر، ويجب على الدول أن لا تنتزع بالمعلومات التي تتعلق بالأمن الوطني كحجة من أجل إنقاذ قادتها السياسيين المنورطين بارتكاب الجرائم الدولية من الملاحقة القضائية، ونرى وضع ضوابط محددة من قبل المحكمة على وفق نظامها الأساسي وقواعد إجراءاتها، وأن يرجع تحديد قيمة هذه المعلومات ومدى تأثيرها على الأمن الوطني إلى السلطة التقديرية للمحكمة وحدها.

الملخصات أو الصيغ المنقحة أو تحديد المعلومات التي يجوز الكشف عنها، أو عقد جلسات مغلقة من جانب واحد، أو اتخاذ أي إجراءات أخرى للحماية على وفق النظام الأساس، وقواعد الإجراءات والإثبات.

وإن لم تقتنع الدولة المعنية بالخطوات التي أُتخذت في سبيل المحافظة على سلامة المعلومات المتعلقة بالأمن الوطني، وقررت في الوقت نفسه أن هذه المعلومات لها علاقة بالتحقيق بإدانة المتهم أو براءته، جاز للمحكمة أن تطلب المزيد من المشاورات، وإذا لم تسفر هذه المشاورات عن نتائج إيجابية، يجوز للمحكمة على وفق النظام الأساس، أن تُحيل المسألة إلى جمعية الدول الأطراف أو إلى مجلس الأمن، إذا كانت الحالة قد تم إحالتها من مجلس الأمن، ويمكن للمحكمة في حالة عجزها من الكشف عن المعلومات المتعلقة بالأمن الوطني التي لها علاقة بالقضية التي تنظرها، أن تخلص إلى تقرير مصير المتهم من وجود واقعة ما أو عدم وجودها وفقاً لما توفر لديها من أدلة أخرى وحسب الظروف المحيطة^(١١١).

وإننا نرى من جانبنا بما أن تقدير قيمة الدليل ومدى صلاحيته وقبوله في القضاء الجنائي بشكل عام، هو من اختصاص محكمة الموضوع على وفق سلطتها التقديرية، وكذا الحال في القضاء الجنائي الدولي، لذلك نعتقد أن منح الدولة المعنية الحق في عدم الكشف عن الوثائق والمعلومات التي ترى أن فيها مساس لأمنها الوطني يضر بمصلحة العدالة الجنائية الدولية، وقد يشجع الدول المارقة إلى التعسف في استعمال هذا الحق من أجل انتهاز الفرصة لإفلات العديد من الجناة من قبضة العدالة الجنائية الدولية، لا سيما أن المسؤولين الكبار في الدولة الذين تدور الشبهات حول تورطهم في ارتكاب الجرائم الدولية يسعون إلى انتهاز هذه الفرصة للتغطية عما ارتكبوه من جرائم، التي تعد الأخطر على أمن المجتمع الدولي كله، ونرى تعديل الفقرة (٦) من المادة (٦٨) من النظام الأساس من خلال تحديد الأمور التي يُعد الكشف عنها يمثل انتهاكاً للأمن الوطني للدولة المعنية، وبما

(١١١) راجع المادة ٧/٢٢ من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة، وللمزيد راجع : د. منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص ٢٨٥ وما بعدها. ود. أحمد ثابت عبد الرحيم: المرجع السابق، ص ٣٢٠ وما بعدها. د. أحمد محمد المهدي بالله، المرجع السابق، ص ٦٣٣ وما بعدها.

أن المحكمة الجنائية الدولية الدائمة هي من صنع الإرادة الدولية، فهذه الإرادة قادرة على تحديد ما تقتضيه السرية، وما يجوز الكشف عنه؛ لأن الدول التي أجمعت على أنشائها تشترك في ثوابت المحافظة على الأمن الوطني لكل دولة منها.

المطلب الثاني

خصوصية المعلومات والوثائق المتعلقة بعمل المنظمات الدولية الإنسانية

إن طبيعة العمل الذي تمارسه بعض المنظمات الإنسانية في المناطق التي تعاني من أوضاع أمنية غير مستقرة، كاللجنة الدولية للصليب الأحمر، يجعل استدعاء أي من موظفيها للشهادة أمراً فيه خطورة على الموظف، كما أن الكشف عن الوثائق والأدلة التي تحصل عليها اللجنة من خلال قيامها بمهامها الإنسانية قد تعرّض طاقم اللجنة التي تعمل في هذه المناطق إلى الخطر الذي يهدد حياة العاملين فيها^(١١٢).

ولذلك تضمنت قواعد الإجراءات والإثبات للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا مجموعة من الأحكام التي تخوّل المدعى العام في الحفاظ على أمن المعلومات التي يحصل عليها من الأطراف الثالثة وعدم إفشائها، وأجازت له الحفاظ على سرية الشهادة التي يتقدم بها أشخاص لا يجوز للمحكمة إجبارهم على الكشف عن أسرار مهنتهم^(١١٣).

وقد أوضح إعلان الأمم المتحدة لعام (١٩٨٥م) بأن الأشخاص الذين قد يتعرضون إلى الضرر بسبب إقدامهم لإبداء العون والمساعدة للضحايا، ويتحولون إلى ضحايا بسبب عملهم الإنساني، خاصة ممثلو المنظمات الإنسانية^(١١٤)، لذلك

(١١٢) د. براء منذر كمال عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ٣٤٤، د. سعد عبدالله محمود: المرجع السابق، ص ٣٨٧.

(١١٣) د. محفوظ سيد عبد الحميد محمد، المرجع السابق، ص ٥٢٠، وراجع القواعد ٥٣/ج، ٦٦، ٧٠ من قواعد الإجراءات والإثبات المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا، المحكمة الجنائية الدولية لرواندا.

(١١٤) ينص المبدأ رقم ٢ من الإعلان بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة، الذي أعتد بقرار الجمعية العامة رقم A/40/34-1985 في ١٩٨٥/١١/٢٩ على أن: (...ويشمل مصطلح الضحية أيضاً الأشخاص الذين أصيبوا بضرر =

يتطلب عملهم السرية التامة، وإن إفشاء السرية قد يؤدي إلى الإضرار بالعاملين في هذه المنظمات والمؤتمنين عليها، وقد يمتد هذا الضرر ليشمل زملاءهم العاملين معهم في إطار هذه المنظمة، وقد يتوسع هذا الضرر ليشمل المنظمة الإنسانية ذاتها، وينعكس سلباً على سمعتها وعملها الإنساني.

لذلك فإن الأطباء والموظفين الآخرين التابعين لهذه المنظمات الإنسانية يجب أن يحاط عملهم بسرية عالية لضمان حماية أمنهم وأمن وسمعة المنظمات التي يعملون فيها؛ لأن أي إفشاء لهذه السرية قد يعرض هؤلاء إلى الخطر، لذا يقتضي الأمر أن تشمل السرية المعلومات التي ترد من المواطنين للمنظمات الإنسانية، والتي تتعلق بسير عملهم في المناطق التي تحتاج إلى خدمات هذه المنظمات^(١١٥). هذا ولم يتطرق النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا لهذا الموضوع، إلا أن قضاء المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا قد عالجه، عندما قررت الدائرة الابتدائية بوجوب تقديم الأدلة التي بحوزة اللجنة الدولية للصليب الأحمر إلى المحكمة عند طلبها منها^(١١٦).

فقد تقدم المدعى العام بطلب إلى دائرة المحاكمة في قضية المتهم "ميلان سميتش" وآخرين، يطلب فيه إحضار أحد موظفي اللجنة الدولية السابقين، للإدلاء ببعض المعلومات المتعلقة بالقضية بصفة شاهد، الأمر الذي اعتبرته اللجنة الدولية للصليب الأحمر، لا ينسجم ومركزها القانوني، كمنظمة غير حكومية مستقلة عن التبعية لأي دولة، وإن ما تمارسه من أعمال إنسانية يستند على الحياد وعدم التحيز، فضلاً عن إنها ترى الحفاظ على سرية المعلومات يمهد الطريق للوصول إلى الضحايا، ونتيجة لاستئناف القرار من اللجنة الدولية للصليب الأحمر أمام الهيئة الاستئنافية المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا، فقد جاء القرار لصالح اللجنة الدولية المذكورة، مشيراً إلى أن القانون الدولي العرفي قد منح اللجنة الدولية للصليب الأحمر حق مطلق في الاحتفاظ بسرية المعلومات وانتهى القرار إلى أن

=من جراء التدخل لمساعدة الضحايا في محتهم أو لمنع الإيذاء عنهم)، راجع: د. محمود شريف بسيوني، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، مج ١، الوثائق العالمية، دار الشروق، ط ٢، القاهرة، ٢٠٠٥م، ص ٤٤٤.

(١١٥) د. محفوظ سيد عبد الحميد محمد، المرجع السابق، ص ٥٢١.

(١١٦) د. براء منذر كمال عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ٣٤٤.

اللجنة الدولية للصليب الأحمر ذات كيان ونظام فريد، ولها شخصية قانونية دولية ووضع خاص في القانون الدولي، وأن اختصاصها حماية الضحايا في النزاعات المسلحة بمقتضى اتفاقيات جنيف والبروتوكولين الإضافيين، وعلى وفق النظام الأساس للحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر يمثل مصلحة عامة قوية، وأن فاعلية عمل اللجنة الدولية للصليب الأحمر على ممارسة اختصاصها مرتبط بالاستعداد الذي يجب أن يبديه الأطراف المتنازعة في منحها فرصة للوصول إلى الضحايا، وأن هذا الاستعداد مرهون بمدى تمسك اللجنة الدولية بالمبادئ المتعلقة بالحياد وعدم التحيز وكتمان السر^(١١٧).

وقد أشار قرار الهيئة الاستئنافية إلى أن التصديق على اتفاقيات جنيف من قبل (١٨٨) دولة، واعتراف السكرتير العام للأمم المتحدة بالدور الخاص للجنة الدولية في العلاقات الدولية، وتأكيد الدول على حماية بعض المعلومات والبيانات والمحافظة على سريتها والتي تقع في متناول أيدي موظفي هذه اللجنة، يمنحها حقاً مطلقاً في الكتمان وعدم إفشاء المعلومات المتعلقة بعملها^(١١٨).

وقد أكد القرار إمكانية اللجنة الدولية بمنع موظفيها السابقين من تقديم الأدلة التي بحوزتهم الحاصلين عليها من خلال عملهم في اللجنة الدولية، وليس بإمكان المحكمة إلزامهم في تقديم هذه الأدلة.

والى جانب قرار المحكمة فقد أقرت دولة المقر احترام سرية عمل اللجنة الدولية للصليب الأحمر، وحقها في عدم الإدلاء بالشهادة، المتعلقة بخصوصية عملها الإنساني، لاسيما أن المركز القانوني المتميز للجنة الدولية للصليب الأحمر، يسهم بشكل فاعل في تعزيز قدراتها في الوفاء في التزاماتها في ظل القانون الدولي الإنساني من أجل حماية الضحايا والشهود في المنازعات المسلحة، من خلال الاعتراف بحق اللجنة النابع من القانون الدولي العرفي في الامتناع عن تقديم الأدلة، ويمثل هذا القرار

(١١٧) د. سعد عبدالله محمود، المرجع السابق، ص ٣٨٩.

(١١٨) صدر قرار المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا في ١٧/٧/١٩٩٩ بناءً على طلب المدعي العام في قضية المتهم "ميلان سميثش" وجماعته مستنداً على القانون الدولي العرفي في أحقية اللجنة الدولية للصليب الأحمر المطلقة في الاحتفاظ بسرية المعلومات التي بحوزتها وقد جاء قرار هيئة الاستئناف مؤيداً للطلب وناقضاً لقرار دائرة المحاكمة، راجع: د. محفوظ سيد عبد الحميد محمد، المرجع السابق، ص ٥٢٣.

القضائي سناً قانونياً يعتمد في إجراءات المحاكمات الدولية اللاحقة، فيما يخص عمل اللجنة الدولية في المحاكمات الدولية التي جاءت بعدها.

وهذا ما أخذت به قواعد الإجراءات والإثبات للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة في القاعدة (٤/٧٣) المعنونة "سرية الاتصالات والمعلومات"، في حق اللجنة الدولية للصليب الأحمر في عدم الإفشاء بالمعلومات والوثائق حيث نصت على أن: "تعتبر المحكمة في عداد الأمور المشمولة بالسرية أي معلومات أو وثائق أو أدلة أخرى تحصل عليها لجنة الصليب الأحمر في أثناء أدائها لمهامها، أو بحكم أدائها لها بموجب النظم الأساسية لحركة الصليب الأحمر والهلال الأحمر الدولية، ولا يجوز بالتالي إفشاؤها ولو بشهادة يدلي بها مسؤول أو موظف حالي أو سابق لدى لجنة الصليب الأحمر الدولية إلا إذا لم تعترض لجنة الصليب الأحمر الدولية كتابياً على هذا الإفشاء، بعد إجراء مشاورات وفقاً للقاعدة الفرعية (٦)، أو تنازلت عن هذا الحق، أو إذا كانت المعلومات أو الوثائق أو غيرها من الأدلة واردة في البيانات العلنية والوثائق العامة للجنة الصليب الأحمر الدولية".

وتنص الفقرة (٦) من القاعدة في أعلاه على أنه: "إذا قررت المحكمة أن معلومات لجنة الصليب الأحمر الدولية أو وثائقها أو أدلتها الأخرى بالغة الأهمية في قضية معيّنة، تعقد مشاورات بين المحكمة ولجنة الصليب الأحمر الدولية سعياً إلى تسوية المسألة بالوسائل التعاونية، مع مراعاة ظروف القضية، ومدى أهمية الأدلة المطلوبة وما إذا كان بالإمكان الحصول على هذه الأدلة من مصدر آخر غير لجنة الصليب الأحمر الدولية، ومراعاة مصالح العدالة والضحايا، وأداء مهام المحكمة ولجنة الصليب الأحمر الدولية".

ويتبين من خلال القاعدة (٧٣) من قواعد الإجراءات والإثبات أن المحكمة الجنائية الدولية الدائمة قد اعتمدت إلى حد كبير في صياغة النص على ما جاء في الحكم القضائي الصادر عن المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا في قضية "ميلان سميتش"، وهذا ما يعزز أهمية السوابق القضائية في تطور القضاء الجنائي الدولي، فضلاً عن اهتمام واضعي نصوص قواعد الإجراءات والإثبات في المحكمة الجنائية الدولية، بما تقدم به ممثلو اللجنة الدولية للصليب الأحمر الذين شاركوا في المفاوضات المتعلقة بأعمال النظام الأساس وأركان الجريمة، فيما يخص اللجنة الدولية للصليب الأحمر.

وأن الاعتراف باستثناء اللجنة الدولية المذكورة من الإدلاء بالشهادة أمام المحكمة الجنائية الدولية، يعد أول وثيقة دولية في مجال القانون الدولي أقرت الأولوية للجنة الدولية للصليب الأحمر حسب القانون الدولي الإنساني، لاسيما وأن القاعدة (٦/٧٤) قد ألزمت المحكمة بأن تستشير اللجنة الدولية للصليب الأحمر، عندما ترى أن المعلومات التي بحوزة اللجنة ذات أهمية بالغة في قضية معينة وللجنة القرار في الإدلاء بالمعلومات ذات العلاقة في هذه القضية من عدمه^(١١٩).

وقد مُنح هذا الامتياز للجنة الدولية للصليب الأحمر فقط، ولم يمنح لأية منظمة دولية أخرى، سواء أكانت حكومية مثل المفوضية السامية لشؤون اللاجئين التابعة للأمم المتحدة، أم غير حكومية مثل منظمة أطباء بلا حدود.

ولكننا نرى من جانبنا، أنه على الرغم مما يعكسه هذا الامتياز عن مدى تقدير الدول للدور الذي تلعبه هذه المنظمة الإنسانية، إلا أن المنظمات الإنسانية الأخرى الحكومية منها وغير الحكومية، وعلى رأسها منظمات أطباء بلا حدود والمفوضية السامية لشؤون اللاجئين التابعة للأمم المتحدة، إن دورهما لا يقل أهمية عن الدور الذي تنهض به اللجنة الدولية للصليب الأحمر على المستوى الدولي، خاصة في ظل الحروب الأهلية الحالية والحرب ضد الإرهاب التي تعيشها العديد من دول العالم، وخاصة في سوريا والعراق وجنوب إفريقيا والبيرو، وما أسفر عنها من نزوح جماعي، وما رافقها من انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، من قتل جماعي عبر البراميل المتفجرة، وجرائم ضد الإنسانية يندى لها الجبين الإنساني، ولأهمية الدور الذي تلعبه هذه المنظمات في تخفيف معاناة هؤلاء الضحايا يلزم منحها الامتيازات ذاتها التي مُنحت للجنة الدولية للصليب الأحمر.

ولكن يرى جانب من الفقه أن المزايا المتعلقة بالشهادة المتمثلة بحق رفض تقديم الأدلة، لا ينسجم وقواعد القانون؛ لأنها تتعارض وأهداف العدالة الجنائية التي تقتضي تقديم الأدلة بأفضل صورة، ويعد هذا الأمر ضرورياً أكثر في إطار العدالة الجنائية الدولية؛ لأن الجرائم الدولية هي الأكثر جسامة والأشد خطورة في طبيعتها، وقد يحصل في بعض القضايا التي تنظرها المحكمة الدولية، بأن الدليل الوحيد في الإثبات في براءة أو إدانة المتهم، هو الذي بحوزة اللجنة الدولية، وخصوصاً الأمور

(١١٩) د. محفوظ سيد عبد الحميد محمد، المرجع السابق، ص ٥٢٤-٥٢٥، د. سعد عبدالله محمود، المرجع السابق، ص ٣٩٢.

المتعلّقة بضرورات السرية والكتمان في المعلومات المتعلّقة بالأمن الوطني، ولاسيما أن حماية الشهود والمجني عليهم هي موجودة بالفعل في الحالات التي يقتضيها هذا الإجراء في نصوص النظام الأساس وقواعد الإجراءات والإثبات لهذه المحكمة^(١٢٠).

وبناءً عليه نعتقد أن الحق المطلق والامتياز الممنوح للمنظمة الدولية للصليب الأحمر والذي حرّمت منه المنظمات الإنسانية الأخرى، يجب أن يقترن بتقدير السلطة القضائية الدولية على وفق محددات معينة تراعى فيها خصوصية المنظمات الإنسانية ومقتضيات العدالة الجنائية الدولية بشكل متوازن، على وفق السلطة التي منحها النظام الأساسي وقواعد الإجراءات والإثبات لقضاة المحكمة والمدعى العام في مراعاة السرية اللازمة لحماية المعلومات والكتمان، وعدم الكشف عنها بهدف التوصل الى مرتكبي الجرائم الدولية التي تمس أمن وسلامة المجتمع الدولي كله في الحالات التي حددها النظام الأساس في المحكمة الجنائية الدولية الدائمة^(١٢١).

الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوع البحث (ضمانات أداء الشهادة أمام القضاء الجنائي الدولي) توصلنا إلى النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً- النتائج:

١- يُعد النص على إنشاء وحدة حماية المجني عليهم والشهود في المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا أحد أوجه الابتكار والإبداع في القانون الدولي، ويعبّر عن الاهتمام المشترك من قبل مجلس الأمن وقضاة المحكمة لحماية الشهود والمجني عليهم الذين يمثلون أمام المحكمة، واعترافاً صريحاً بحجم الخطر الذي قد يعترضهم بسبب شهادتهم أمام المحكمة، وضماناً لحقوقهم إلى جانب حقوق المتهم التي كفلها النظام الأساس والصكوك الدولية، ولاسيما

(١٢٠) د. براء منذر كمال عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ٣٤٧.

(١٢١) د. سعد عبدالله محمود، المرجع السابق، ص ٣٩٤.

حالات الاغتصاب والاعتداء الجنسي التي يقع ضحيتها النساء والأطفال وكبار السن.

٢- إن المحكمة الجنائية الدولية الدائمة تعد نتاج ما توصل إليه فقهاء القانون في العالم في مجال تطوير القضاء الجنائي الدولي، من أجل أن تصبح النموذج الذي يجب أن تهتدي على هديه التشريعات الوطنية في مجال إجراءاتها الجنائية، فلقد أكد نظام روما الأساسي على المشاركة الفاعلة للضحايا في جميع مراحل الدعوى الجنائية الدولية، ابتداءً من التحقيق وانتهاءً بالمحاكمة وما بعدهما، حيث ألزمت المادة (٣/٦٨) من النظام الأساسي المحكمة بالسماح للمجني عليهم لعرض آرائهم والنظر فيها خلال المراحل المناسبة أثناء إجراءات الدعوى على نحو لا يتعارض مع حقوق المتهمين، ولا يمس بعدالة المحاكمة ونزاهتها، ولقد ازداد اهتمام الضحايا في المشاركة في المحاكمات التي تجريها المحكمة الجنائية الدولية في المجتمعات المتضررة، بعد أن رفعت القيود التي كانت تقف عائقاً أمام مشاركتهم في الإجراءات القضائية الدولية، وتولي وحدة المجني عليهم والشهود مهمة اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية الشهود، وإرشادهم لتحقيق المشاركة الفاعلة في المحاكمات التي تجريها المحكمة.

٣- لقد اتفقت المحاكم الجنائية الدولية الثلاث (المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا، والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا والمحكمة الجنائية الدولية الدائمة) على الضمانات التي يجب أن يحظى بها المجني عليهم والشهود، لكي يتمكنوا من الإدلاء بشهادتهم أمام هذه المحاكم عما لديهم من معلومات عن الوقائع الإجرامية من غير خوف أو تردد وضمان أمنهم وسلامتهم واحترام خصوصيتهم وكرامتهم، من خلال تبني تدابير حماية الشهود والمجني عليهم بإجراءات متشابهة إلى حد كبير، كاستثناء مبدأ العلانية، والاعتماد على السرية والكتمان من خلال إخفاء أسماء الشهود أو رفعها من سجلات المحكمة

باستعمال أسماء مستعارة والسماح بسماع أقوالهم عبر جلسات مغلقة، واستخدام تقنية الوسائل الإلكترونية في سماع أقوال الشهود خارج قاعة المحكمة عن بُعد.

٤- لقد تميّز دور المدعي العام في المحكمة الجنائية الدولية الدائمة من حيث جمع الأدلة عن دوره في المحاكم التي سبقتها؛ لكون هذه المحكمة قد أخذت بالأسلوب المتبع في القانون المدني الذي بموجبه يكون المدعي العام ملزماً بجمع أدلة الإثبات وأدلة البراءة معاً، في حين أن تلك المحاكم قد أخذت بالنظام القانوني العام الذي يكون المدعي العام بموجبه ملزماً بجمع أدلة الاتهام فقط، وبذلك فإن المدعي العام في المحكمة الجنائية الدولية الدائمة لم يكن خصماً في الإجراءات، وإنما يمارس وظيفة قانونية هدفها البحث عن الحقيقة وإقرار العدالة في العملية القضائية الدولية؛ لأن الهدف في المحاكمة هو إقامة العدالة على الصعيد الدولي

٥- لقد تميز القضاء الجنائي الدولي عن القضاء الجنائي الوطني في كونه لم يتقيد بقواعد الإثبات الفنية الصارمة، وإنما انتهج مسلكاً جديداً يتمتع بقدر من المرونة، مسترشداً بالمبادئ العامة للأدلة عوضاً عن القواعد الجامدة، وبهذه الخاصية قد سلك طريقاً خاصاً مستقلاً عن كافة الأنظمة القانونية السائدة في المجتمع الدولي من خلال اعتماد الشهادة الخطية كدليل للإثبات، وإن لم تجر مناقشتها من قبل أطراف الدعوى، فضلاً عن تعامله الخاص مع الشهادات التي يدلي بها ضحايا جرائم العنف الجنسي من النساء والأطفال.

ثانياً- التوصيات:

١- إن المحكمة الجنائية الدولية الدائمة في نص المادة (٧/٦٩) لم تضع معياراً دقيقاً وواضحاً للدليل المشروع الذي يتم الاعتراف به أمامها، حيث إنها اشترطت في الانتهاك ضرورة أن يؤدي إلى إثارة الشك الكبير في موثوقية الدليل كي يصبح غير معترف به أمام المحكمة، وهذا الأمر يفتح الباب أمام

الانتهاكات التي لا تثير شكاً كبيراً، أن تكون مقبولة كأدلة إثبات أمام المحكمة؛ لعدم وضع معايير دقيقة لتحديد طبيعة الأمور التي تثير الشك الكبير وبذلك تصبح المشروعية محط انتقاد، ولذلك نوصي بضرورة وضع ضوابط دقيقة في تحديد الأدلة الموثوقة؛ لأن الشك يفسر لصالح المتهم وهذا مبدأ قد أقرته أغلب التشريعات الوطنية في دول العالم، وأقره نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

٢- يجب الاستفادة من التقنية الإلكترونية في سماع أقوال الشهود في مباشرة إجراءات الدعوى الجنائية بوصفها وسيلة طبيعية تتسجم والتطور الإيجابي للإجراءات الجنائية الدولية، كنتيجة لمتطلبات التطور العلمي الحديث، وليس إجراءً استثنائياً لشفوية المحاكمة؛ لأنها لا تنال من شروط الشفوية، ونوصي القائمين على تطوير التشريعات الوطنية بضرورة استثمار التطور العلمي الحديث في حسم القضايا وحماية الشهود أسوة بالتشريعات الأجنبية المقارنة وانسجاماً مع ما أخذت به المحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

٣- نوصي بضرورة تعديل نص المادة (٦/٦٨) من النظام الأساسي وتحديد الأمور التي يُعد الكشف عنها انتهاكاً للأمن الوطني للدولة المعنية؛ وذلك لقطع الطريق أمام الدول المارقة التي تحاول التهرب من المسؤولية الجنائية الدولية، والتي تتعسف في استعمال الحق في عدم الكشف عن المعلومات والوثائق التي ترى فيها مساساً لأمنها الوطني، من أجل انتهاز الفرصة لإفلات العديد من الجناة من قبضة العدالة الجنائية الدولية، خاصة المسؤولين الكبار في الدولة الذين تثار الشبهات حول تورطهم في ارتكاب جرائم دولية.

المراجع

أولاً المراجع العربية:

(١) الكتب والرسائل الجامعية:

- ١) أحمد ثابت عبد الرحيم: المحكمة الجنائية الدولية، دراسة موضوعية إجرائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠١٢م.
- ٢) أحمد محمد المهدي بالله: النظرية العامة للقضاء الدولي الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٢٠١٠م.
- ٣) أمير فرج: المحكمة الجنائية الدولية والطابع القانوني لها ونشوء عناصر فوق وطنية في القضاء الجنائي الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨م.
- ٤) أمين مصطفى محمد: حماية الشهود في قانون الإجراءات الجنائية (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٠م.
- ٥) براء منذر كمال عبد اللطيف: النظام القضائي للمحكمة الجنائية الدولية، دار الحامد العربية للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧م.
- ٦) بصائر محمود علي البياتي: حقوق المجني عليه أمام المحكمة الجنائية الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠٠٣م.
- ٧) حامد سيد محمد حامد: سلطة الاتهام والتحقيق بالمحكمة الجنائية الدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط ١، القاهرة، ٢٠١٠م.
- ٨) حسام علي عبد القادر الشيخه: المسؤولية والعقاب على جرائم الحرب، مع دراسة تطبيقية على جرائم الحرب في البوسنة والهرسك، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠٠١م.
- ٩) حلا محمد سليم زوده: الشاهد في الدعوى الجزائية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، كلية الحقوق، ٢٠٠٨م.
- ١٠) حميد رجب عطية: المحكمة الجنائية الدولية وعلاقتها بالقضاء الوطني، مطابع جامعة المنوفية، ٢٠٠٩م.

- ١١) سعد عبدالله محمود: الإثبات بالشهادة في القضاء الجنائي الدولي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ٢٠١٥م.
- ١٢) عبد الحميد محمد عبد الحميد: المحكمة الجنائية الدولية (دراسة لتطور النظام القضائي الدولي الجنائي والنظام الأساسي للمحكمة في ضوء القانون الدولي المعاصر)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م.
- ١٣) علي عبد القادر القهوجي: القانون الدولي الجنائي، أهم الجرائم الدولية الجنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠١م.
- ١٤) محفوظ سيد عبد الحميد محمد: دور المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة في تطور القانون الدولي الإنساني (دراسة تطبيقية وتأصيلية للأحكام)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م.
- ١٥) محمد حسني علي شعبان: القضاء الدولي الجنائي، مع دراسة تطبيقية معاصرة للمحكمة الجنائية الدولية (التطور التاريخي - النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ودورها في ظل التحديات المعاصرة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م.
- ١٦) محمود شريف بسيوني: المحكمة الجنائية الدولية، نشأتها ونظامها الأساسي، دراسة لتاريخ لجان التحقيق الدولية والمحاكم الجنائية الدولية السابقة، مطابع روز اليوسف، القاهرة، ٢٠٠٢م.
- ١٧) منتصر سعيد حمودة: المحكمة الجنائية الدولية، النظرية العامة للجريمة الدولية، أحكام القانون الدولي الخاص، (دراسة تحليلية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦م.
- ١٨) منتصر سعيد حمودة: الجوانب القانونية لظاهرة الإرهاب الدولي ووسائل مكافحتها، دراسة مقارنة للفقهاء الإسلاميين، رسالة دكتوراه، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥م.

(٢) مواقع الإنترنت:

(١) منظمة العفو الدولية: دليل للمحاكمات العادلة.

www.almnesty-arapac.org/ftm

(٢) المحكمة الجنائية الدولية لرواندا والمحكمة الجنائية ليوغسلافيا: حول موضوع تحديد أماكن إقامة الشهود بالتعاون مع بعض الدول.

www.ictr.org.

www.icty.org

(٣) المحكمة الجنائية الدولية لرواندا: قرارات الحكم الأخيرة بحق المتهمين بارتكاب الجرائم ضد الإنسانية

www.-un ictr.org cases

(٤) المجازر التي يتعرض لها المسلمين في بورما.

Ar.wikipedid-org/wiki

(٥) المحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

<http://www.icc-cpi.int/en.menu>

(٦) الحكم الصادر بحق سيف الدين القذافي من قبل محكمة طرابلس الليبية بالإعدام.

www.bbc.com,150728.libya-saif-tria

(٣) الوثائق والقرارات:

(١) النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة.

(٢) النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا.

(٣) النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

(٤) قرارات المحاكم الجنائية الدولية (المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا والمحكمة الجنائية الدولية الدائمة).

ثانياً) المراجع الأجنبية:

- 1)Eikel, M., Witness Protection Measures at the International Criminal Court, Legal Framework and Emerging Practice, Criminal Law Forum, 29, 2012.
- 2)Mackarel, M., Fiona Raitl and Susan Moody, Briefing Paper on Legal Issues and Witness Protection in Criminal Cases, the Sco Hish Executive Central Research, 2001.
- 3)Othman, M., the Protections of Refugee Witnesses By the International Criminal Tribunal of Rawanda, International J. of Refugee Law, Vol. 14, No.2003.
- 4)Patricia M. Walb_ The International Criminal Tribunal for the Former Yagoslavia Comes of Age: Some Observations On Day – To – Day Dile Mmasof an International Court – Journal of Law & Policy – Vol. 5-2001.
- 5)Tayior P. Seyliot – Eyes Wide Open: Ruanda and the Dfficeulty of Worthy Military Intervnational - Stokholm International Peace Research. Inut – Signalisgatan – Sweden Octobar 1999.

مقدم خدمات التصديق الإلكتروني ومسئوليته المدنية

الدكتور/ مصطفى راتب حسن علي *

المخلص:

نظراً لأهمية ودور الوسائل الإلكترونية في إثراء التجارة الإلكترونية ظهرت الحاجة لوجود طرف ثالث مستقل عن أطراف العلاقة القانونية، يبعث الثقة والأمان للمتعاملين بالإنترنت، وهذه الجهة تدعى بجهة التصديق الإلكتروني، ونظراً لأهمية هذه الجهة قام المشرع بتنظيمها من قانون متعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين الذي اتبع فيه نهج التوجيهات الدولية وبعض القوانين الوطنية المتعلقة بهذا المجال. ولإضفاء الشفافية على المعاملات الإلكترونية أقر المشرع بعض الشروط التي يجب توافرها في الشخص الذي يؤدي خدمات التصديق الإلكتروني كما بين الالتزامات التي تقع على عاتقه والمتمثلة في الالتزام بالتحقق من صحة البيانات، الالتزام بإصدار شهادة التصديق الإلكتروني، الالتزام بالسرية، إضافة إلى الالتزام بتعلق العمل بشهادة التصديق الإلكتروني أو إلغائها إذا توفر سبب لذلك، وأي إخلال بهذه الالتزامات يؤدي إلى قيام المسؤولية المدنية لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بنوعيتها، تتمثل الأولى في المسؤولية العقدية التي تنشأ عن الإخلال بالالتزامات عقدية بين مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني وصاحب شهادة التصديق الإلكتروني، أما الثانية فتتمثل في المسؤولية التقصيرية التي تنشأ عن الإخلال بالالتزام قانوني بين مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني والغير.

كلمات مفتاحية: التجارة الإلكترونية - التوقيع الإلكتروني - المحرر الإلكتروني - شهادة تصديق إلكترونية - مقدم خدمات التصديق - مراقب خدمات التصديق - مسؤولية خدمات التصديق.

* أستاذ القانون المدني المساعد بكلية البريمي الجامعية - سلطنة عُمان.



E-Certification Service Provider and His Civil Responsibility

Dr. Mustafa Ratib Hassan Ali *

Abstract:

Due to the importance and role of electronic means in enriching e-commerce, the need for a third party independent of the parties to the legal relationship has emerged, which inspires confidence and security for internet customers, and this entity is called the electronic certification body, and due to the importance of this entity organized by the legislator of the law Related to electronic signature and certification in which the approach of international directives and some other national laws relating to this area has been followed.

To make electronic transactions transparent, the legislator has approved some of the conditions that must be met in the person performing electronic certification services, as well as between the obligations of the obligation to verify the validity of the data, the obligation to issue the electronic certification certificate, and the obligation Confidentiality, in addition to the obligation to suspend or cancel the electronic certification certificate if a reason arises, and any breach of these obligations leads to the civil liability of the provider of electronic certification services of both types, the first being the contractual liability arising from breach of contractual obligations.

Between the electronic certification service provider and the holder of the electronic certification certificate, the second is the default liability arising from a breach of a legal obligation between the performers of electronic certification services and others.

Keywords: E-commerce - Electronic Signature - Electronic Editor - Electronic Certification - Certification Service Provider - Certification Services Controller - Certification Services Liability.

* Assistant Professor of Civil Law, Al-Buraimi University College, Sultanate of Oman.

المقدمة

إن المعاملات التي تجري عن بعد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، تتم في الغالب بين أشخاص لا يعرف بعضهم بعضاً^(١).

لذا فإن الأمر يستوجب إيجاد ضمانات قادرة على تحديد هوية المتعاملين، والتأكد من نسبة المعاملة إلى صاحبها؛ لتوفير عنصري الثقة والأمان لدى المتعاملين عبر تقنيات الاتصال الحديثة^(٢)، ومن ثم تتمو المعاملات الإلكترونية التي تتم عن بعد، وتزدهر التجارة الإلكترونية^(٣).

ولتحقيق ذلك الهدف بات الاستعانة بطرف ثالث محايد سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً؛ ليقوم بدور الوسيط بين المتعاملين إلكترونياً^(٤)، أمراً ضرورياً ليقوم بالتحقق من سلامة مضمون المعاملة من العيوب وصحة صدورها ممن تنسب إليه، وذلك من خلال طريقتين:

الطريق الأول: يتمثل في إصدار المفاتيح الإلكترونية الخاصة بالتوقيع الإلكتروني الرقمي سواء المفتاح الخاص الذي بمقتضاه يقوم الموقع بتشفير المحرر الإلكتروني أو المفتاح العام الذي يستخدم لفك التشفير، والتحقق من هوية الموقع.

الطريق الثاني: يتمثل في إصدار شهادات تصديق إلكترونية لإثبات صحة التوقيع الإلكتروني ونسبته إلى من صدر عنه؛ لأن احتمال التوقيع من شخص

(١) انظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية، دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٣م، ص ١٧٧.

(٢) انظر: د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م، ص ٣٢٠.

(٣) انظر: نص المادة (١/١) من مشروع القانون العربي الاسترشادي على أن التجارة الإلكترونية تعني المعاملات التجارية التي تباشر بواسطة وسال الكترونية.

(٤) انظر: د. إبراهيم دسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية، دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة، مرجع سابق، ص ١٧٨.

آخر شبه، منعدم طالما لم يتمكن ذلك الشخص من الحصول على المفتاح الخاص بهذا التوقيع^(٥).

انطلاقاً مما تقدم اهتمت التشريعات المتعلقة بإثبات المعاملات الإلكترونية بالنص على ضرورة تدخل طرف ثالث محايد يحظى بثقة المتعاملين، يطلق عليه القانون المصري اسم "جهة التصديق الإلكتروني"، ويطلق عليه القانون الفرنسي والتوجيه الأوربي رقم (٩٣) لسنة (١٩٩٩م) بشأن التوقيع الإلكتروني وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقعات الإلكترونية لعام (٢٠٠١م) اسم "مقدم خدمات تصديق"، ويطلق عليه القانون الإماراتي والتونسي اسم "مزود خدمات تصديق"، ويطلق عليه القانون البحريني اسم "مزود خدمة الشهادات"، لتوثيق التوقيع الإلكتروني والتأكد من هوية صاحبه، وإصدار شهادة بذلك.

ولبيان المزيد عن مقدم خدمات التصديق الإلكتروني سوف نتناول بالدراسة، ماهية مقدم خدمات التصديق من حيث تعريفه والشروط الواجب توفرها فيه، والرقابة عليه، ومسئوليته عند الإخلال بأي من الالتزامات الملقاة على عاتقه، وذلك من خلال تقسيم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية مقدم خدمات التصديق الإلكتروني.

المبحث الثاني: الرقابة على مقدم خدمات التصديق الإلكتروني.

المبحث الثالث: مسؤولية مقدم خدمات التصديق في ظل القواعد العامة والقواعد الخاصة.

(٥) انظر: د. عايض راشد عايض، مدى حجية الوسائل الإلكترونية في إثبات العقود التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٩٨م، ص ١٠١.

المبحث الأول

ماهية مقدّم خدمات التصديق

لبيان ماهية مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني نرى ضرورة التعرض بالدراسة للتعريفات التي قيلت بشأنه، سواء من الفقه أم من التشريعات التي تناولته بالتنظيم، ثم نوضح بعد ذلك الشروط الواجب توفرها في مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني. لذا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: يتناول تعريف مقدّم خدمات التصديق.

المطلب الثاني: يتناول الشروط الواجب توفرها في مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني.

المطلب الأول

تعريف مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني

تعددت التعريفات التشريعية والفقهية التي قيلت بشأن مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني، لذا سوف نتناول تعريف مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني على النحو الآتي:

أولاً: التعريفات التشريعية لمقدّم خدمات التصديق الإلكتروني.

ثانياً: التعريفات الفقهية لمقدّم خدمات التصديق الإلكتروني.

أولاً- التعريفات التشريعية لمقدّم خدمات التصديق الإلكتروني:

تعددت التعريفات التشريعية التي أعطيت لمقدّم خدمات التصديق الإلكتروني، حيث عرفه التوجيه الأوروبي رقم (٩٣) لسنة (١٩٩٩م) بشأن التوقيع الإلكتروني في المادة (١١/٢) بأنه: "كل كيان أو شخص طبيعي أو معنوي يقدم شهادات توثيق التوقيع الإلكتروني أو يتولى تقديم خدمات أخرى مرتبطة بذلك".

وعرّفه قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الصادر في يوليو ٢٠٠١م في المادة (٢/هـ) بأنه: "شخص يصدر شهادات، ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية".

وعرّفه المرسوم الفرنسي رقم (٢٧٢) لسنة (٢٠٠١م) في المادة (١١/١) بأنه: "كل شخص يصدر شهادات تصديق إلكترونية أو يقدم خدمات أخرى تتعلّق بالتوقيع الإلكتروني"^(٦).

وعرفه القانون التونسي رقم (٨٣) لسنة (٢٠٠٠م) بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية في الفصل الثاني بأنه: "كل شخص طبيعي، أو معنوي يحدث ويسلم ويتصرف في شهادات المصادقة، ويسدي خدمات أخرى ذات علاقة بالإمضاء الإلكتروني".

وعرفه القانون البحريني رقم (٢٨) لسنة (٢٠٠٢م) بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية في المادة (١) بأنه: "الشخص الذي يصدر شهادات إثبات الهوية لأغراض التوقيعات الإلكترونية، أو الذي يقدم خدمات أخرى تتعلق بهذه التوقيعات".

هذا وتجدر الإشارة إلى أن القانون الإماراتي رقم (٢) لسنة (٢٠٠٢م) بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، والقانون الأردني رقم (٨٥) لسنة (٢٠٠١م) بشأن المعاملات الإلكترونية لم يضعاً تعريفاً لمقدّم خدمات التصديق الإلكتروني.

أما اللائحة التنفيذية للقانون المصري رقم (١٥) لسنة (٢٠٠٤م) بشأن التوقيع الإلكتروني، فقد عرّفته في المادة (٦/١) بأنها: "الجهات المرخص لها بإصدار شهادة التصديق الإلكتروني وتقديم خدمات تتعلّق بالتوقيع الإلكتروني".

(6) Art. 1/11. "Prestataire de services de certification électronique", tout personne qui deliver des certificats électroniques ou fournit d'autres services en matière de signature électronique.

حيث تم إنشاء هيئته عامه بموجب المادة (٢) تسمى "هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات" ولها شخصية اعتبارية، ونص القانون على أهداف الهيئة، ومنها: تنظيم نشاط خدمات التوقيع الإلكتروني، وغيرها من الأنشطة في مجال المعاملات الإلكترونية وصناعاته تكنولوجيا المعلومات، وتباشر الهيئة مجموعة من الاختصاصات، منها: إصدار وتجديد التراخيص اللازمة لمزاولة أنشطته خدمات التوقيع الإلكتروني، وغيرها من الأنشطة في مجال المعاملات الإلكترونية وصناعة تكنولوجيا المعلومات، وذلك وفقاً لأحكام القوانين واللوائح المنظمة لها وتحديد معايير منظومة التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية.

ثانياً- التعريفات الفقهية لمقدم خدمات التصديق الإلكتروني:

تباينت التعريفات الفقهية التي قيلت في شأن مقدم خدمات التصديق الإلكتروني حيث يعرفه جانب من الفقه^(٧) بأنه: هيئة عامة أو خاصة تسعى إلى ملء الحاجة الملحة إلى وجود طرف ثالث موثوق، يقدم خدمات أمنية في التجارة الإلكترونية بأن يصدر شهادات تثبت صحة حقيقة معينة متعلقة بموضوع التبادل الإلكتروني لتوثيق هوية الأشخاص المستخدمين لهذا التوقيع الرقمي، وكذلك نسبة المفتاح العام المستخدم إلى صاحبه.

ويعرفه جانب من الفقه^(٨) بأنه: شخص أو جهة أو منظمة عامة أو خاصة تقوم بإصدار شهادات إلكترونية تؤمن الصلاحية المخولة للموقع وحجية توقيعه، فضلاً عن التأكد من هويته وتوقع هذه الشهادة من شخص له الحق في مزاولة هذا العمل.

^(٧) انظر: د. عايض راشد عايض، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية، مرجع سابق، ص ١٠٠.

^(٨) Valerie Sedallian, Preuve et signature électronique, p.5, sur le site: <http://www.juriscom.net>.

ويعرّف جانب من الفقه^(٩) بأنه: كل من يقدّم خدمات التصديق إلى الجمهور، ويخضع في عمله لأحكام التشريع الوطني الموضوعة لتنظيم المسؤولية. ويعرّفه جانب من الفقه^(١٠) بأنه: أي شخص أو جهة معتمدة أو معترف بها تقوم بإصدار شهادات تصديق الكترونية، أو أية خدمات، أو مهمات متعلّقة بها وبالتوقيعات.

ويعرّفه جانب من الفقه^(١١) بأنه: شخص طبيعي، أو معنوي يستخرج الشهادات الإلكترونية ويقدم الخدمات الأخرى المرتبطة بالتوقيعات الإلكترونية، ويضمن تحديد هوية الأطراف المتعاقدة والاحتفاظ بهذه البيانات لمدة معينة، ويلتزم باحترام القواعد المنظمة لعمله التي يتم تحديدها بمعرفة السلطة المختصة.

ويعرّفه جانب من الفقه^(١٢) بأنه: هيئة أو مؤسسة يتولّى إدارتها شخص طبيعي أو معنوي، تعمل بترخيص من إحدى مؤسسات الدولة وظيفتها إصدار شهادات تصديق الكتروني تربط ما بين شخص (طبيعي أو معنوي) ومفتاحه العام، أو أية مهمة أخرى تتعلّق بالتوقيع الإلكتروني.

ونرى تعريف مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني بأنه: شخص طبيعي أو معنوي مرخّص له من قبل مؤسسات الدولة بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني، أو بتقديم أية خدمات أخرى تتعلّق بالتوقيع الإلكتروني.

(٩) Eric Caprioli, Réglement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, Paris, Litec, edition du juris-classeur, 2002, no.70, p.56.

(١٠) انظر: د. حسين محمد أحمد، التوقيع الإلكتروني وأهميته في المعاملات التجارية الالكترونية، حلب، سوريا، ٢٤ من فبراير ٢٠٠٤م، ص٢، والمنشور عبر الإنترنت على الموقع التالي: <http://www.avokato.com/ksa/details.asp?id=1279>.

(١١) انظر: د. سمير حامد عبدالعزيز، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، مرجع سابق، ص٣٢٢.

(١٢) انظر: د. عيسى غسان عبدالله، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠٠٦م، ص١٢٩.

المطلب الثاني

الشروط الواجب توافرها في مقدم خدمات التصديق

يتعيّن على كل طبيعي أو معنوي يرغب في الحصول على ترخيص لمزاولة أنشطة خدمات التوقيع الإلكتروني وغيرها من الأنشطة المختلفة في مجال المعاملات الإلكترونية وصناعة تقنية المعلومات أن يستوفي الشروط اللازمة لذلك. وتنقسم الشروط الواجب توافرها في مقدّم خدمات التصديق إلى شروط فنية أو تقنية، وأخرى شخصية، وذلك على النحو الآتي:

أولاً- الشروط الفنية أو التقنية:

تطلب كل من المرسوم الفرنسي رقم (٢٧٢) لسنة (٢٠٠١م) الصادر بتاريخ ٢٠٠١/٣/٣٠م بشأن تطبيق المادة (٤/١٣١٦) من التقنين المدني، واللائحة التنفيذية لقانون التوقيع المصري رقم (١٥) لسنة (٢٠٠٤م) والصادرة بتاريخ ٢٠٠٤/٥/١٥م ضرورة توفر بعض الشروط الفنية أو التقنية في مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني.

فوفقاً للمادة (٢/٦) من المرسوم الفرنسي سالف البيان، فإنه يتعيّن على مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني استيفاء الشروط الآتية:

- ١- تقديم دليل على موثوقية خدمات التصديق الإلكتروني التي يقدمها.
- ٢- ضمان الأداء الوظيفي لخدمة إعداد دليل سنوي يحصي شهادات التصديق الإلكتروني التي يجري استصدارها.
- ٣- ضمان الأداء الوظيفي لخدمة تسمح لمن تصدر له شهادة تصديق إلكتروني بإلغاء هذه الشهادة دون فترة محددة وعلى نحو مؤكد قاطع.
- ٤- الحرص على التحديد الدقيق لتاريخ وقت إصدار شهادة التصديق وإلغائها.
- ٥- استخدام المتخصصين المؤهلين لتقديم خدمات التصديق الإلكتروني.
- ٦- تطبيق منظومة أمن ملائمة.
- ٧- استعمال أنظمة وأجهزة تكفل الأمان التقني للوظائف التي يؤديها.

- ٨- اتخاذ الإجراءات التي من شأنها تجنب تزوير شهادات التصديق الإلكتروني.
- ٩- اتخاذ الإجراءات التي تكفل المحافظة على سرية بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني، والامتناع عن إعادة نسخها.
- ١٠- التحقق من مطابقة بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني لبيانات التحقق من صحتها.
- ١١- حفظ المعلومات المتعلقة بشهادة التصديق الإلكتروني كافة، ربما بشكل الكتروني والتي قد يتضح أنها لازمة لإقامة الدليل أمام القضاء على التصديق الإلكتروني.
- ١٢- استخدام أنظمة حفظ شهادات التصديق الإلكتروني، التي تضمن:
 - أ- أن يكون تقديم البيانات وتعديلها خاصاً فقط بالأشخاص الذين أجاز لهم مقدّم الخدمة ذلك.
 - ب- أن يكون دخول الجمهور إلى شهادة التصديق الإلكتروني شريطة رضا مسبق صادر من صاحب الشهادة.
 - ج- أن يسهل اكتشاف كل تعديل من شأنه تعريض سلامة النظام للخطر.
- ١٣- التحقق من هوية الشخص الذي صدرت له شهادة تصديق الكتروني عن طريق اشتراط تقديمه مستند رسمي يثبت هويته، هذا من جهة، والتحقق من الصفة التي يتمسك بها هذا الشخص وحفظ خصائص ومصادر المستندات المقدّمة لإثبات هذه الهوية وتلك الصفة، من جهة أخرى.
- ١٤- التأكد لحظة تسليم شهادة التصديق الإلكتروني من أن المعلومات التي تتضمنها صحيحة، وأن صاحب التوقيع المبيّنة هويته فيها حائز على بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني المطابقة لبيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني الممهورة به الشهادة.

- ١٥- ينبغي -قبل إبرام عقد متعلق بتقديم خدمات التصديق الإلكتروني-إبلاغ الشخص الذي يطلب تسليمه شهادة تصديق الكترونية بطرق وشروط استخدام هذه الشهادة وطرق المنازعة وأساليب تسويتها.
- ١٦- تزويد الأشخاص الذين يعولون على شهادة التصديق الإلكتروني بكافة المعلومات الواردة في البند السابق، طالما كانت مفيدة له.
- ووفقاً للمادة (١٢) من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري فإنه يتعين على مقدم خدمات التصديق استيفاء الشروط الآتية:**
- ١- توفير نظام تأمين للمعلومات، وحماية البيانات وخصوصيتها بمستوى حماية لا يقل عن المستوى المذكور في الفقرة (د) من الملحق الفني والتقني لللائحة.
 - ٢- توفير دليل إرشادي يتضمن ما يأتي:
 - أ- إصدار شهادات التصديق الإلكتروني.
 - ب- إدارة المفاتيح الشفوية.
 - ج- إدارة الأعمال الداخلية.
 - د- إدارة التأمين والكوارث.
- وذلك وفقاً للمعايير الفنية والتقنية المذكورة في الفقرة (هـ) من الملحق الفني والتقني لللائحة.
- ٣- توفير منظومة بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني مؤمنة وفقاً للضوابط الفنية والتقنية المنصوص عليها في المواد (٢، ٣، ٤) من هذه اللائحة.
 - ٤- توفير نظام لتحديد تاريخ وقت إصدار الشهادات وإيقافها وتعليقها، وإعادة تشغيلها وإلغائها.
 - ٥- توفير نظام للتحقق من الأشخاص المصدر لهم شهادات التصديق الإلكتروني، والتحقق من صفاتهم المميزة.
 - ٦- توفير نظام لإيقاف الشهادة في حالة ثبوت توفر حالة من الحالات الآتية:

أ- العيب ببيانات الشهادة أو انتهاء مدة صلاحيتها.
ب- سرقة أو فقد المفتاح الشفري الخاص، أو البطاقة الذكية أو عند الشك في حدوث ذلك.

ج- عدم التزام الشخص المصدر له شهادة تصديق الكتروني ببنود العقد المبرم مع المرخص له.

٧- توفير نظام يتيح وييسر للهيئة التحقق من صحة بيانات التوقيع الإلكتروني، خاصة في إطار أعمال الفحص والتأكد من جانب الهيئة.

ثانياً- الشروط الشخصية:

اشترط القانون التونسي رقم (٨٣) لسنة (٢٠٠٠م) بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية أن يكون مزود خدمات المصادقة الإلكترونية، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم ممثلاً قانونياً لشخص معنوي، حاصلاً على الجنسية التونسية منذ خمسة أعوام على الأقل، وأن يكون حاصلاً على الأقل على شهادة الأستاذية أو ما يعادلها، وأن يكون مقيماً في البلاد التونسية، وأن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية والسياسية، وليست له سوابق جنائية، وألا يمارس نشاطاً مهنياً آخر^(١٣).

في لبنان قُدِّم مشروع قانون ينظم الأحكام الإلكترونية العامة بتاريخ ٢٠٠٤/٤/٢٢م بإنشاء هيئة التوقيع والخدمات الإلكترونية، فإنها تقترح هيئة لتنظيم عملية إصدار التوقيع والخدمات الإلكترونية عموماً، وهي هيئة ذات شخصية معنوية تتمتع بالاستقلال الإداري والمالي، ومهامها تشمل اقتراح قواعد تنظيم وترخيص الرقابة على كل مقدّم خدمات المصادقة للتوقيع الإلكتروني.

(١٣) انظر: الفصل ١١ من القانون التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠م.

المبحث الثاني

الرقابة على مقدم خدمات التصديق الإلكتروني

لا شك أن مقدم خدمات التصديق الإلكتروني يؤدي دوراً مهماً في مجال الإثبات الإلكتروني؛ لذا فرضت التشريعات التي تناولت بالتنظيم الإثبات الإلكتروني، رقابة على مقدم الخدمة لمتابعة تنفيذه للالتزامات الواردة في القانون والترخيص الصادر له، على نحو يتفق والصالح العام وسياسة الدولة في هذا الشأن.

وانطلاقاً مما تقدم، سوف نتناول بالدراسة نظام الرقابة على مقدم خدمات التصديق الإلكتروني في بعض التشريعات التي تناولت بالتنظيم الإثبات الإلكتروني، نذكر منها ما يأتي:

أولاً- الرقابة على مقدم خدمات التصديق الإلكتروني في القانون الفرنسي:

تتولى الإدارة المركزية لأمن نظم المعلومات نظام مراقبة مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني للتقنين من استمرار التزامهم بالشروط المنصوص عليها في المادة (٦) من المرسوم رقم (٢٧٢) لسنة (٢٠٠١م) الصادر بتاريخ ٣٠ مارس ٢٠٠١م^(١٤).

وفي حالة إخلال مقدم خدمات التصديق بأي شرط من الشروط المشار إليها، تعد الإدارة المركزية تقريراً في هذا الخصوص، وتقوم بإرساله إلى الهيئة المعتمدة (إذا كان مقدم الخدمات معتمداً) التي يحق لها وقف الاعتماد أو الغاؤه وفقاً لحكم المادة رقم (٩) من قرار وزير الصناعة الفرنسي الصادر في ٢٦ من يوليو ٢٠٠٤م^(١٥).

(١٤) انظر: المادة رقم (٩) من المرسوم الفرنسي رقم ٢٧٢ لسنة ٢٠٠١م.

(15) Articlé du 26 juillet 2004 relatif à la reconnaissance de la qualification des prestataires de services de certification électronique et à l'accréditation des organismes qui precedent à leur evaluation.

ثانياً- الرقابة على مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني في القانون الفرنسي:
يتعيّن على أي شخص طبيعي أو معنوي يرغب في أن يعمل مزوداً (مقدّماً) لخدمات المصادقة الإلكترونية بتونس أن يحصل على ترخيص بذلك من الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية^(١٦)، وهي مؤسسة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي ومقرها تونس العاصمة.

وتتولّى الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية القيام بمهام عديدة، منها: الرقابة على مزود خدمات المصادقة الإلكترونية للتقنين من تنفيذه للالتزامات المقررة بموجب القانون أو قراراته التنفيذية أو الترخيص الصادر له^(١٧).

وفي حالة إخلال مزود خدمات المصادقة الإلكترونية لأي من التزاماته المشار إليها تقوم الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية بسحب الترخيص الصادر له، وإيقاف نشاطه بعد الرجوع إليه وسماع مبرراته^(١٨).

ثالثاً- الرقابة على مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني في القانون البحريني:
وفقاً لنص المادة (١٦) من القانون البحريني رقم (٢٨) لسنة (٢٠٠٨م) الصادر بتاريخ ١٤ من سبتمبر ٢٠٠٢م بشأن السجلات والتوقعات الإلكترونية يتعيّن على كل من يرغب في اعتماده كمزود (مقدّم) خدمة شهادات معتمد أن يتقدم بطلب إلى وزارة التجارة والصناعة، وأن يقوم بأداء الرسوم المقرر لذلك^(١٩).
ثم تقوم وزارة التجارة والصناعة بالتحقق من استيفاء مقدّم طلب الاعتماد للاشتراطات والمعايير المقررة في هذا الشأن، بما في ذلك معايير التفتيش الواجب استعمالها، وفي حالة التحقق من ذلك يقوم وزير التجارة والصناعة بإصدار قرار باعتماد مزود خدمة الشهادات المعتمد، ويتم نشره في الجريدة الرسمية.

(١٦) انظر: الفصل ١١ من القانون التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠م.

(١٧) انظر: الفصل ٩ من القانون التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠م.

(١٨) انظر: الفصل ٤٤ من القانون التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠م.

(١٩) انظر: المادة (١/١٦) من القانون البحريني رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٢م.

وتتولّى وزارة التجارة والصناعة أعمال التفتيش والرقابة على مزود خدمات الشهادات المعتمدة، وفي حالة فقدانه لأي من الاشتراطات والمعايير المقررة، يقوم وزير التجارة والصناعة بإصدار قرار بإلغاء الاعتماد الممنوح له، وينشر ذلك القرار في الجريدة الرسمية، بعد إخطاره كتابياً بذلك، ورفض الاعتراض المقدم منه^(٢٠).

رابعاً - الرقابة على مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني في قانون إمارة دبي:

تكون الرقابة على مزود (مقدّم) خدمات التصديق وفقاً لقانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم (٢) لسنة (٢٠٠٢م)، من خلال مراقب خدمات التصديق الذي يصدر بتعيينه قرار من رئيس سلطة منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الإلكترونية والإعلام^(٢١).

ووفقاً لنص المادة (٢٣) من القانون المشار إليه يتولّى مراقب خدمات التصديق النظر في الطلبات المقدّمة إليه للموافقة على منح التراخيص أو تجديد تراخيص مزودي خدمات التصديق نظير أداء الرسم المقرر لذلك، كما يتولى (مراقب خدمات التصديق) التفتيش والرقابة على أعمال مزودي خدمات التصديق للتحقق من تنفيذ التزاماتهم المقررة بموجب أحكام القانون أو التراخيص الصادرة لهم.

ويقوم مراقب خدمات التصديق بممارسة مهام عمله في ضوء القواعد المعتمدة من رئيس سلطة منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الإلكترونية والإعلام^(٢٢).

(٢٠) انظر: نص المادة (٣/١٦) من القانون البحريني.

(٢١) يُعد مراقب خدمات التصديق ومن يفوضه للقيام ببعض مسؤولياته من الموظفين العموميين، انظر في هذا الشأن: نص المادة (٣/٢٣) من قانون إمارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢م.

(٢٢) انظر: المادة (٢٥) من قانون إمارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢م.

خامساً- الرقابة على مقدمّ خدمات التصديق الإلكتروني في القانون المصري:

أنشأ المشرّع المصري بمقتضى المادة الثانية من القانون رقم (١٥) لسنة (٢٠٠٤م) هيئة عامة تسمى "هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات"، تكون لها الشخصية الاعتبارية العامة وتتبع وزير الاتصال وتكنولوجيا المعلومات. وتهدف تلك الهيئة إلى تحقيق أغراض كثيرة، منها: تنظيم نشاط خدمات التوقيع الإلكتروني، وغيرها من الأنشطة في مجال المعلومات الإلكترونية وصناعة تكنولوجيا المعلومات، ولتحقيق ذلك الغرض تختص الهيئة دون غيرها بالترخيص لأية جهة ترغب في مزولة أنشطة خدمات التوقيع الإلكتروني وغيرها من الأنشطة في مجال المعاملات الإلكترونية وصناعة تكنولوجيا المعلومات^(٢٣)، سواء أكان هذا النشاط متمثلاً في إنشاء منظومة التوقيع الإلكتروني أو خلافه نظير مقابل يحدده مجلس إدارة الهيئة^(٢٤).

وتقوم هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات بالرقابة المستمرة على الجهة المرخص لها بتقديم خدمات التصديق الإلكتروني، إعمالاً لأحكام قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية، من خلال أساليب عدة تتمثل في الآتي:

- ١- تلقي الشكاوى المتعلقة بأنشطة التوقيع الإلكتروني والمعلومات الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات من الأشخاص الذين يتعاملون مع الجهات المرخص لها بتقديم خدمات التصديق الإلكتروني، واتخاذ ما يلزم بشأنها^(٢٥).
- ٢- تقييم الجهات المرخص لها بتقديم خدمات التصديق الإلكتروني وتحديد مسؤوليتها الفنية بحسب نتائج هذا التقييم، وتقديم المشورة الفنية إليها أو تدريب العاملين بها إذا لزم الأمر^(٢٦).

(٢٣) انظر: المادة (٤/أ) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري.

(٢٤) انظر: المادة (١٩/١) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري.

(٢٥) انظر: المادة (٤/ج) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤م.

(٢٦) انظر: المادة (٤/د و) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤م.

٣- التفطش على أعمال الجهات المرخص لها بتقديم خدمات التصديق الإلكتروني، للتحقق من تنفيذها للالتزامات الواردة بالتريخيس الصادر له، والتي لا تخرج في مضمونها عن أحكام القانون ولائحته التنفيذية والقرارات الصادرة من مجلس إدارة الهيئة^(٢٧).

٤- وقف أو إلغاء سريان التريخيس الصادر للجهة المختصة بتقديم خدمات التصديق الإلكتروني، إذا خالف أحد أحكامه، أو توقف عن مزاوله النشاط المرخص به، أو اندمج في جهة أخرى، أو تنازل عن التريخيس الصادر له من غير الحصول على موافقة كتابية من الهيئة، إلى حين إزالة أسباب المخالفة^(٢٨).

المبحث الثالث

مسئولية مقدم خدمات التصديق الإلكتروني

تثور مسؤولية مقدم خدمات التصديق ومدى ضمانه للأضرار التي تلحق بالغير من جراء تقديمه لخدمات تتعلق بالتوقيع الإلكتروني المرخص له بها عند إخلاله بأحد التزاماته الواردة في القانون أو الناشئة عن العقد الذي يربطه بعملائه^(٢٩). وفي هذا الصدد ذكر دليل اشتراع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام (٢٠٠١م) إلى أنه: لدى تقرير مسؤولية مقدم خدمات التصديق، ينبغي أن توضع في الاعتبار العوامل الآتية، على سبيل المثال لا الحصر:

(٢٧) انظر: المادة (١٦) من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤م.

(٢٨) انظر: المادة (٢٦) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري والمادة (٢٣) من لائحه التنفيذية.

(٢٩) انظر: د. سمير حامد عبدالعزيز، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، مرجع سابق، ص ٣٤٦.

أ- تكلفة الحصول على الشهادة.

ب- طبيعة المعلومات التي يجري التصديق عليها.

ج- وجود ومدى أي قيد على الغرض الذي يمكن أن يستخدم الشهادة من أجله.

د- وجود أي بيان يحد من نطاق أو مدى مسؤولية مقدّم خدمات التصديق.

هـ- أي سلوك إسهامي من جانب الطرف المعول^(٣٠).

وقد تباين موقف المشرّع في الدول المختلفة بشأن كيفية تنظيم مسؤولية مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني عن الأضرار التي يلحقها بالغير من جراء تقديمه لخدمات تتعلّق بالتوقيع الإلكتروني، فبينما اكتفت التشريعات بالقواعد العامة في المسؤولية المدنية، فقد قامت بعض التشريعات بإفراد نصوص مستقلة لقواعد قيام هذه المسؤولية وطرق التخلص منها؛ والأضرار التي يعرض عنها^(٣١).

لذا سوف نتناول هذا المبحث من خلال ثلاثة مطالب، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: التزامات مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني.

المطلب الثاني: مسؤولية مقدّم خدمات التصديق في ظل القواعد العامة للمسؤولية المدنية.

المطلب الثالث: مسؤولية مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني.

المطلب الأول

التزامات مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني

اختلفت الالتزامات الملقاة على عاتق مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني بقدر تعدد التشريعات التي تناولت بالتنظيم نشاط مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني، إلا أن هذه التشريعات قد اشتركت في بعض الالتزامات، أهمها:

^(٣٠) راجع: دليل اشتراع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، ص ٧٩.

^(٣١) انظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مرجع سابق،

أولاً- إصدار أدوات إنشاء وتثبيت التوقيعات الإلكترونية:

يؤدي مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني الدور الرئيس والمهم في منظومة التوقيع الإلكتروني، من خلال إصدار أدوات إنشاء وتثبيت التوقيعات الإلكترونية إلى مستخدم الخدمة حتى يتمكن من التوقيع إلكترونياً.

ووفقاً لنص المادة (١٩/١) من اللائحة التنفيذية للقانون المصري رقم (١٥) لسنة (٢٠٠٤م) بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، فإن أدوات إنشاء وتثبيت التوقيعات الإلكترونية عبارة عن: مجموعة عناصر مترابطة ومتكاملة، تحتوي على وسائط الكترونية وبرامج حاسب آلي، يتم بواسطتها التوقيع إلكترونياً على المحرر الإلكتروني، وذلك باستخدام بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني وشهادة التصديق الإلكتروني، كما يتم بواسطتها وضع وتثبيت المحرر الموقع إلكترونياً على دعامة الكترونية.

ثانياً- التحقق من صحة البيانات التي يذكرها في شهادة التصديق الإلكتروني:

في الواقع العلمي عندما يقوم شخص بإرسال محرر الكتروني إلى شخص آخر، بعد تشفيره بالمفتاح الخاص، فإنه يرفق به المفتاح العام الذي يحدد هويته، ويمكن المرسل إليه من فك تشفير الرسالة بنجاح، فيقوم المرسل إليه بإرسال نسخه من المفتاح العام إلى مقدّم خدمات التصديق الذي أصدره طالباً معرفة هوية صاحبه، فيقوم مقدّم الخدمات بإصدار شهادة تصديق الكتروني تحتوي على كثير من البيانات التي تمكن المرسل إليه من التأكد من هوية مرسل المحرر وصلاحيه توقيعه^(٣٢).

لذا ينبغي على مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني التحقق من صحة البيانات التي يوردها في شهادة التصديق الإلكتروني؛ لأن الغير سيعوّل عليها في تعاملاته

(32) Gobert Didier, Cadre juridique pour les signature électronique et les services de certification, analyses de la loi du 9 juillet 2001, p.3, sur le site: www.droit-technologie.org.

الإلكترونية، ومن ثم فإن وجود أي خطأ في هذه الشهادة قد يوقعه في مسؤولية تجاه ذلك الغير حسن النية، ومن أجل ذلك ألزمت التشريعات التي نظمت الإثبات الإلكتروني مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني بالتحقق من صحة البيانات التي يوردها في شهادة التصديق، ومن هذه التشريعات نذكر.

١- القانون التونسي: يضمن مزود خدمات المصادقة الإلكترونية صحة المعلومات التي تضمنها شهادة المصادقة في تاريخ تسليمها^(٣٣).

٢- قانون إمارة دبي: يتعيّن على مزود خدمات التصديق أن يمارس عناية معقولة؛ لضمان دقة واكتمال كل ما يقدمه من بيانات جوهرية ذات صلة بشهادة التصديق الإلكتروني أو مدرجة فيها طيلة سريانها^(٣٤).

٣- القانون البحريني: فإن مزود خدمة الشهادات المعتمد يكون مسؤولاً قبل أي شخص استند بشكل معقول على شهادة أصدرها هذا المزود، من حيث دقة المعلومات الواردة بالشهادة المعتمدة وقت إصدارها، وأن الشخص المسمى بالشهادة المعتمدة كان وقت إصدارها حائزاً لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني وليبيانات التحقق من صحة هذا التوقيع^(٣٥).

ولما كان ما تقدّم وكان مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني يعتمد في كتابة بيانات شهادة التصديق الإلكتروني على الوثائق المقدّمة إليه من ذوي الشأن لإنشاء التوقيع الإلكتروني، فإنه ينبغي عليه التحقق من مطابقة هذه البيانات للوثائق الدالة عليها.

ثالثاً- الحفاظ على السرية:

لقد أوصى التوجيه الأوربي رقم (٩٣) لسنة (١٩٩٩م) بشأن التوقيعات الإلكترونية بضرورة التزام مقدّم خدمات التصديق بالحفاظ على سرية كل البيانات

(٣٣) انظر: الفصل (١٨) من القانون التونسي رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٠م.

(٣٤) انظر: المادة (١/٢٤/ب) من قانون إمارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢م.

(٣٥) انظر: المادة (١/١٨/أ، ب) من القانون البحريني رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٢م.

ذات الطابع الشخصي^(٣٦)، وأن يقتصر استخدامه للبيانات الشخصية المسلمة له في الحدود الضرورية لإصدار الشهادة وحفظها^(٣٧).
وقد تبنت بعض التشريعات العربية ما تضمنه التوجيه الأوربي بشأن الحفاظ على السرية وذلك على النحو الآتي:

١- القانون التونسي:

يلتزم مزودو خدمات المصادقة الإلكترونية وأعاونهم بالمحافظة على سرية المعلومات التي عهدت إليهم، بسبب مباشرتهم لأنشطتهم، باستثناء تلك المعلومات التي رخص صاحبها كتابياً أو إلكترونياً بنشرها أو الإعلام عنها، أو في الحالات المنصوص عليها في التشريع الجاري العمل به، ويعاقب كل شخص يخالف ذلك طبقاً للفصل (٢٥٤) من المجلة الجنائية التونسية^(٣٨).

٢- القانون الأردني:

يعاقب مقدّم خدمة التوثيق، إذا قام بإفشاء أسرار عملائه بعقوبة الغرامة التي لا تقل عن (٥٠٠٠٠) دينار^(٣٩).

٣- قانون إمارة دبي:

يعاقب كل شخص تمكن -بموجب أية سلطات ممنوحة له في القانون- من الاطلاع على معاملات في سجلات أو مستندات أو مراسلات الكترونية، وأفشى متعمداً أياً من هذه المعلومات بالحبس وبغرامة لا تتجاوز (١٠٠٠٠٠) درهم، أو

^(٣٦) انظر: المادة رقم (١/٨) من التوجيه الأوربي.

^(٣٧) انظر: المادة (٢/٨) من التوجيه الأوربي.

^(٣٨) انظر: الفصل (٥٢) من القانون السابق.

^(٣٩) انظر: المادة (٤١) من القانون الأردني رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١م بشأن المعاملات الإلكترونية.

بإحدى هاتين العقوبتين، وتكون العقوبة الغرامة التي لا تتجاوز (١٠٠٠٠٠) درهم في حالة تسببه بإهماله في إفشاء هذه المعلومات^(٤٠).

٤- القانون المصري:

تُعد بيانات التوقيع الإلكتروني والوسائط الإلكترونية والمعلومات التي تقدم إلى الجهة المرخص لها بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني سرية، ولا يجوز لمن قدّمت إليه أو اتصل بها بحكم عمله إفشاؤها إلى الغير أو استخدامها في غير الغرض الذي قدّمت من أجله^(٤١)، ويعاقب كل شخص يخالف ذلك بالحبس والغرامة التي لا تقل عن (١٠٠٠٠) جنيه، ولا تتجاوز (١٠٠٠٠٠) جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين^(٤٢).

المطلب الثاني

مسئولية مقدم خدمات التصديق

في ظل القواعد العامة للمسئولية المدنية

تتال المسؤولية المدنية قدرًا كبيرًا من الأهمية في توفير الحماية القانونية؛ إذ عن طريقها يثبت الحق في التعويض للمضرور، لذا غالباً ما يرى الأخير أن مصلحته في المسؤولية المدنية دون غيرها من أنواع المسؤولية القانونية الأخرى؛ لأن حقه يتمثل في جبر الضرر الذي حاق به، وهو ما تحققه المسؤولية المدنية،

(٤٠) انظر: المادة (٣١) من قانون إمارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢م بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية.

(٤١) انظر: المادة (٢١) من القانون المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤م بشأن التوقيع الإلكتروني.

(٤٢) انظر: المادة (٢٣) من القانون المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤م بشأن التوقيع الإلكتروني.

في حين أن العقوبة الجنائية التي تتحقق عن طريق المسؤولية الجنائية هي حق للمجتمع ولا تفيد المضرور^(٤٣).

وتتنوع المسؤولية المدنية ما بين مسؤولية عقدية تثار عند إخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية ومن ثم فإن المسؤولية تتحقق عند الإخلال بأي التزام سابق ناشئ عن عقد، ومسؤولية أخرى تفصيلية تثار عند إخلال المتعاقد بأي التزام قانوني، وبالآتي فإنها تتحقق دون أن يكون هناك تعاقد سابق بين المضرور والمسئول^(٤٤). وترتيباً على ذلك فإن مسؤولية مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني قد تكون عقدية عند إخلاله بإحدى التزاماته العقدية التي تربطه بعملائه، وقد تكون تفصيلية عند إخلاله بإحدى التزامات الواردة في القانون.

لذا سوف نتناول مسؤولية مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني في ظل القواعد العامة للمسؤولية المدنية في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: المسؤولية العقدية لمقدّم خدمات التصديق الإلكتروني وحالات الإعفاء منها.

الفرع الثاني: المسؤولية التفصيلية لمقدّم خدمات التصديق الإلكتروني.

^(٤٣) انظر: د. محمد عبدالظاهر حسين، المسؤولية القانونية في مجال شبكات الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص ٦٨.

^(٤٤) انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة لالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة، دون ناشر، ٢٠٠٠ / ٢٠٠١م، ص ٢٥٥، د. محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، ١٩٩٢م، ص ٣٥٧.

الفرع الأول

المسئولية العقدية لمقدم خدمات التصديق الإلكتروني

وحالات الإعفاء منها

تنص المادة (٢١٥) من القانون المدني المصري على أنه: إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً، حكم عليه بالتعويض؛ لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه.

وترتيباً على ذلك فإنه يتعين على مقدم خدمات التصديق الإلكتروني تنفيذ العقد المبرم مع مستخدم الخدمة، ومضمونه تقديم خدمات التوقيع الإلكتروني نظير مقابل مادي يحصل عليه على أكمل وجه طواعية واختياراً (وهو ما يسمى بالتنفيذ العيني الاختياري)، أما إذا نكل عن ذلك، كان للمستخدم أن يجبره على هذا التنفيذ، طالما كان ذلك ممكناً (وهو ما يسمى بالتنفيذ العيني الجبري)، أما إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن فيتم التنفيذ عن طريق التعويض، ويشترط لقيام المسؤولية العقدية واستحقاق التعويض ثلاثة أركان^(٤٥):

الركن الأول- الخطأ العقدي:

ويتمثل في عدم تنفيذ مقدم خدمات التصديق لالتزاماته الواردة في العقد المبرم مع المستخدم، أو التأخير في تنفيذها جزئياً، أو تنفيذها بشكل معيب، ويقع على المستخدم عبء إثبات خطأ مقدم خدمات التصديق الإلكتروني^(٤٦) (ما لم يحدد العقد من يلقي على عاتقه عبء إثبات الخطأ).

^(٤٥) لمزيد من التفاصيل عن شروط قيام المسؤولية العقدية وفقاً للنظرية العامة، انظر: د. سهير منتصر، مصادر الالتزام، الجزء الثاني، دون ناشر، ٢٠٠٤/٢٠٠٥م، ص ١٤١ وما بعدها.

^(٤٦) انظر: نص المادة الأولى من قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م على أنه: على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه.

وتعد الالتزامات الملقاة على عاتق مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني، التزام ببذل عناية أو وسيلة وليس نتيجة^(٤٧)، ويعني ذلك عدم قيام المسؤولية العقدية لمقدّم الخدمة، طالما أنه يبذل في عمله العناية الواجبة وفقاً لأصول مهنته، ويقع على المستخدم المضرور إثبات عدم قيام مقدّم الخدمة ببذل العناية اللازمة وفقاً لأصول مهنته لدى قيامه بأداء التزاماته المتعلقة بتقديم خدمات التوقيع الإلكتروني^(٤٨).

الركن الثاني - الضرر:

لا يكفي لاستحقاق التعويض أن يقع من مقدّم خدمات التصديق خطأ، بل لابد أن يصاب مستخدم الخدمة بضرر محقق (أي حصل فعلاً) أو مؤكد (أي يتأكد حصوله في المستقبل مؤكداً)، ويقتصر التعويض على الضرر المتوقع دون الضرر غير متوقع وقت إبرام العقد، ويعد الضرر متوقعاً، إذا كان بإمكان الرجل العادي توقّعه، ولو لم يتوقّعه مقدّم الخدمة، ويقع على عاتق المستخدم عبء إثبات الضرر الذي أصابه.

الركن الثالث - علاقة السببية:

يجب لاستحقاق التعويض أن يكون الخطأ الواقع من مقدّم خدمات التصديق هو سبب الضرر الذي حاق بمستخدم الخدمة، أي يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر، فإذا انتفت هذه العلاقة لا يلتزم مقدّم الخدمة بتعويض

^(٤٧) انظر: د. وفاء حلمي جميل، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دون ناشر، ٢٠٠٤/٢٠٠٥م، ص ١٥.

^(٤٨) انظر: د. أيمن سعد سليم، التوقيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م، ص ٨٦، د. عيسى غسان عبدالله الرضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص ١٧٦.

الضرر الذي أصاب المستخدم^(٤٩)، فقد يوجد خطأ من مقدّم خدمات التصديق إلا أن هذا الخطأ لم يكن سبباً مباشراً للضرر الذي أصاب المستخدم. ولا يلتزم الدائن بإثبات قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر، ولكن يكون للقاضي وفقاً لقرائن الأحوال تقدير توفر السببية المباشرة أو عدم توفرها^(٥٠).

* حالات إعفاء مقدّم خدمات التصديق من المسؤولية العقدية:

يُعفى مقدّم خدمات التصديق من المسؤولية العقدية بالرغم من توفر جميع أركانها في حالتين هما:

الحالة الأولى: إذا استحال على مقدّم خدمات التصديق تنفيذ التزاماته تجاه مستخدم الخدمة لسبب أجنبي، طالما لم يتم الاتفاق على عكس ذلك، إذ يجوز الاتفاق على أن يتحمل مقدّم خدمات التصديق بالتعويض عن عدم تنفيذه لالتزامه حتى ولو كان ذلك راجعاً إلى سبب أجنبي^(٥١).

الحالة الثانية: الاتفاق على إعفاء مقدّم خدمات التصديق من مسؤوليته عن الأضرار التي تلحق بمستخدم الخدمة، تعد القواعد التي وضعها المشرع المصري لتنظيم المسؤولية العقدية قواعد مكملة، فمن ثم يجوز للمتعاقدين أن ينظّموا المسؤولية التي تترتب على إخلال أحدهما بالعقد تنظيمياً يخالف التنظيم القانوني سواء بتشديد أحكام المسؤولية أم تخفيفها أم الإعفاء منها كلية^(٥٢)، مع الأخذ في الاعتبار أنه لا يجوز الاتفاق على إعفاء مقدّم الخدمة من المسؤولية في حالتي العمد والخطأ الجسيم الصادرين منه.

(٤٩) انظر: د. محمد حسام محمود لطفى، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢١٣.

(٥٠) انظر: د. سهير منتصر، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٨٣.

(٥١) انظر: نص المادة (١/٢١٧) من القانون المدني.

(٥٢) انظر: د. محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣١٣.

الفرع الثاني

المسئولية التقصيرية لمقدم خدمات التصديق الإلكتروني

تنص المادة (١٦٣) من القانون المصري على أن: كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض^(٥٣).

وترتيباً على ذلك يلتزم مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني بتعويض الغير - الذي لا يرتبط معه بعلاقة عقدية - عن الأضرار التي لحقت به من جراء اعتماده على شهادة تصديق إلكترونية صادرة منه، ويشترط لاستحقاق ذلك التعويض توفر ثلاثة أركان بيانها فيما يأتي:

الركن الأول- ركن الخطأ:

ويتحقق عند إخلال مقدّم خدمات التصديق بأي التزام قانوني^(٥٤)، سواء تعمد حصوله أم لم يتعمده^(٥٥)، ويقع على غير المضرور عبء إثبات خطأ مقدّم خدمات التصديق، وذلك بطرق الإثبات كافة؛ لأن الخطأ يُستخلص من وقائع مادية إيجابية وسلبية، وإن كان ذلك أمر فني في غاية الصعوبة والتعقيد؛ لأن الغير ليس لديه القدرة على الوصول إلى نظام المعلوماتي لمقدم خدمات التصديق^(٥٦).

وفي هذا الشأن ثار خلاف في الفقه فقد ذهب رأي إلى أن مسؤولية مقدّم خدمات التصديق التقصيرية تقوم؛ لأنه ملتزم قبل الغير بتحقيق نتيجة قوامها أنه يضمن صحة البيانات الواردة في شهادة التصديق التي بناء عليها دخل في معاملات إلكترونية رتبت آثار مالية وقانونية.

^(٥٣) يقابلها المادة (١٣٨٢) من التقنين المدني الفرنسي.

^(٥٤) د. سهير منتصر، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٠٦ وما بعدها.

^(٥٥) انظر: د. عبدالفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م، ص ٢٢٠، ٢٢١.

^(٥٦) انظر: د. تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠٠٨م، ص ٣٧٨.

بينما ذهب الرأي الغالب في الفقه^(٥٧)، (وهو ما نؤيده) إلى أن مسؤولية مقدّم خدمات التصديق التقصيرية تقوم؛ لأن الغير أصيب بضرر من جراء خطئه وليس لأنه ملتزم قبل الغير بالتزام بوسيلة أو بتحقيق نتيجة، إذ إن هذه الالتزامات لا تثور إلا في نطاق العلاقات العقدية.

الركن الثاني - هو ركن الضرر:

يعد الضرر ركناً أساسياً في قيام المسؤولية التقصيرية، إذ لا بد من إصابة الغير بضرر من جراء اعتماده على شهادة تصديق الكترونية معينة صادرة من مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني أو أن الضرر محقق الوقوع في المستقبل، أما إذا انتفى الضرر أو كان محتمل، فلا يكون هناك تعويض، ويقع على الغير عبء إثبات الضرر الذي أصابه.

الركن الثالث - ركن علاقة السببية:

يجب أن تكون هناك علاقة سببية مؤكدة بين خطأ مقدّم خدمات التصديق والضرر الذي أصاب الغير، فإذا انتفت هذه العلاقة، فإن مقدّم الخدمة لا يلتزم بتعويض الضرر الواقع على الغير^(٥٨).

ومن جماع ما تقدم يتبين لنا: أن القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية غير كافية لحماية الغير الذي اعتمد بحسن نية على شهادة تصديق الكترونية معيبة، لأنه يصعب عليه إثبات خطأ مقدّم خدمات التصديق، وذلك على النحو السالف ذكره، لذا أفردت بعض النظم القانونية نصوصاً خاصة لتنظيم مسؤولية مقدّم خدمات التصديق بقدر من الحسم، لاعتبارات تشجيع التعاملات الإلكترونية وبث الثقة فيها^(٥٩).

^(٥٧) انظر: د. أيمن سعد سليم، التوقيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٩٠.

Julien Esnault, La signature électronique, Mémoire de DESS de droit du multimedia et de l'informatique, Université Paris 11 (Panthéon - Assas), Année universitaire 2002-2003, p.47, sul site: <http://www.signelec.com>.

^(٥٨) انظر: د. سهير منتصر، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣١٦.

^(٥٩) انظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مرجع سابق،

المطلب الثالث

القواعد الخاصة بمسئولية مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني

نظراً لعدم كفاية القواعد العامة للمسئولية المدنية (التقصيري) لتنظيم مسئولية مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني على نحو يحمي مصالح الغير الذي اعتمد بحسن نية على شهادة تصديق الكترونية معيبة، فقد أفردت بعض التشريعات نصوصاً قانونية خاصة لتنظيم مسئولية مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني من حيث شروط قيام هذه المسئولية وطرق التخلص منها والأضرار التي يعرض عنها، من أجل إقامة نظام الكتروني يتمتع بدرجة عالية من الأمان والثقة؛ حتى تزدهر المعاملات والتجارة الإلكترونية التي تتم عبر تقنيات الاتصال الحديثة.

أولاً- مسئولية مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني وفقاً للتوجيه الأوربي:

تناولت المادة السادسة من التوجيه الأوربي الصادر في ١٣ من ديسمبر سنة (١٩٩٩م) بشأن التوقيعات الإلكترونية القواعد الخاصة بمسئولية مقدّم خدمات التصديق عن الأضرار التي تلحق بأي شخص طبيعي أو معنوي من جراء تعويله على شهادة تصديق مؤهلة، وهي الشهادة التي تستوفي الضمانات الواردة بالملحق الأول للتوجيه.

فالتوجيه الأوربي لم يعالج سوى القواعد التي تنظم مسئولية مقدّم خدمات التصديق عن شهادة التصديق المؤهلة، أما الشهادات غير المؤهلة فتخضع للقواعد العامة للمسئولية المدنية في قوانين الدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي.

فقد قررت الفقرة الأولى من المادة السادسة سالفه البيان مسئولية مقدّم خدمات التصديق عن الأضرار التي تلحق بأي شخص من جراء تعويله على شهادة تصديق أصدرها، إذا خالف الأحكام الآتية:

- ١- التأكد من صحة كافة البيانات الواردة في الشهادة المؤهلة في تاريخ إصدارها، واشتمالها على البيانات المقررة في هذا الشأن كافة.
- ٢- التحقق من ارتباط التوقيع الإلكتروني بشخص صاحبه المحدد هويته في الشهادة المؤهلة عند إصدار تلك الشهادة.

٣- التحقق من أن بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني تتكامل مع بيانات التحقق من صحته، أي أن بيانات المفتاح العام ترتبط ببيانات المفتاح الخاص. ومن جميع ما تقدم يتبين لنا أن التوجيه الأوربي قد أدرك أن مسؤولية مقدّم خدمات التصديق التقصيرية عن الأضرار التي تلحق بأي شخص من جراء تعويله على البيانات الواردة بشهادة التصديق، غير كافية لإقامة منظومة تصديق الكتروني تتمتع بدرجة عالية من الأمان، إذ من الصعب على أي شخص إثبات خطأ مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني؛ لصعوبة الوصول إلى نظامه المعلوماتي.

ثانياً- مسؤولية مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني في القانون التونسي:

ينص الفصل (٢٢) من القانون التونسي رقم (٨٣) لسنة (٢٠٠٠م) بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية على أنه: "يكون مزود خدمات المصادقة الإلكترونية مسؤولاً عن كل ضرر حصل لكل شخص وثق عن حسن نية في الضمانات المنصوص عليها بالفصل (١٨) من هذا القانون".

ويكون مزود خدمات المصادقة الإلكترونية مسؤولاً عن الضرر الحاصل لكل شخص نتيجة عدم تعليق أو إلغاء شهادة طبقاً للفصلين (١٩، ٢٠) من هذا القانون.

ويكون مزود خدمات المصادقة الإلكترونية مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عدم احترام صاحب الشهادة لشروط استعمالها أو شروط إحداث إمضائه الإلكتروني. وترتيباً على ما تقدم، فإن مزود خدمات المصادقة الإلكترونية يكون مسؤولاً في القانون التونسي عن الأضرار التي تلحق بالغير من جراء إخلاله بإحدى الضمانات الآتية^(٦٠):

١- صحة البيانات التي يتم تدوينها في شهادة المصادقة الإلكترونية، سواء من حيث هوية صاحب الشهادة، أم هوية الشخص الذي أصدرها، أم مدة صلاحية الشهادة، أم مجالات استعمال الشهادة، أم من حيث عناصر التدقيق في صحة التوقيع، وذلك عند إصدار الشهادة.

(٦٠) انظر: الفصل ١٨ من القانون التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠م.

٢- التحقق من هوية وصفة الشخص الطبيعي الذي يطالب بإصدار شهادة لشخص معنوي، إذ يتعيّن التحقق من البيانات الشخصية للشخص الطبيعي وكونه ممثلاً قانونياً للشخص الطبيعي وكونه ممثلاً قانونياً للشخص المعنوي.

كما يكون مزود خدمات المصادقة الإلكترونية مسئولاً عن الضرر الذي يلحق بالغير من جرّاء عدم تعليق أو إلغاء شهادة التصديق وفقاً لأحكام القانون.

ثالثاً- مسؤولية مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني في قانون إمارة دبي:

تناولت المادة (٢٤) من قانون إمارة دبي رقم (٢) لسنة (٢٠٠٢م) بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية القواعد الخاصة بمسؤولية مزود خدمات التصديق عن الأضرار التي تترتب من جرّاء عدم صحة شهادة المصادقة أو وجود عيب فيها، حيث نصت الفقرة الرابعة منها على أنه: "إذا حدثت أية أضرار نتيجة لعدم صحة الشهادة أو لأي عيب فيها، يكون مزود خدمات التصديق مسئولاً عن الخسائر التي يتكبدها.

أ- كل طرف تعاقد مع مزود خدمات التصديق حول تقديم الشهادة.

ب- أي شخص اعتمد بصورة معقولة على الشهادة التي أصدرها مزود خدمات التصديق".

كما نصت الفقرة الخامسة من المادة ذاتها على أنه: "لا يكون مزود خدمات التصديق مسئولاً عن أي ضرر: أ- إذا أدرج في الشهادة بياناً يقيد نطاق ومدى مسؤوليته اتجاه أي شخص ذي صلة، ومدى ذلك القيد. ب- إذا أثبت بأنه لم يقترف أي خطأ أو إهمال أو أن الضرر نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه".

ويتضح مما تقدم أنه ينبغي على مزود خدمات التصديق، وفقاً لأحكام قانون إمارة دبي، التحقق من صحة البيانات التي يوردها في شهادة التصديق عنه، وأن يبذل في عمله العناية المعتادة وفقاً لأصول مهنته التي يمكن لأي مزود تصديق أن يبذلها^(٦١)، وإلا كان مخطئاً.

(٦١) انظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية، مرجع سابق،

وتتعدّد مسؤولية مزود خدمات التصديق، إذا ارتكب خطأً ألحق ضرراً بمستخدم الخدمة الذي تعاقد معه للحصول على شهادة تصديق (وهنا تكون المسؤولية عقدية لوجود عقد)، أو الغير الذي عول بصورة معقولة على شهادة تصديق (وهنا تكون المسؤولية تقصيرية؛ لعدم وجود عقد بين مزود الخدمات والغير)، ومن ثم تنقسم مسؤولية مزود خدمات التصديق المدنية إلى مسؤولية عقدية وأخرى تقصيرية. ولا يسأل مزود خدمات التصديق عن الأضرار التي تلحق بمستخدم الخدمة الذي تعاقد معه، أو الغير الذي عول على شهادة تصديق في معاملاته، إذا أثبت أنه لم يقترف أي خطأ أو إهمال، أو أن الضرر نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه. كما يحق لمزود خدمات التصديق أن يدرج في شهادة التصديق الصادرة عنه بياناً يحدد فيه نطاق ومدى المسؤولية التي يتحملها اتجاه المتعاقد معه، أو الغير الذي عول على البيانات الواردة في الشهادة، ومن ثم يجوز تشديد، أو تقييد هذه المسؤولية بوضع حد أقصى للتعويض أيّاً كانت قيمة الضرر الواقع أو ربط شهادة التصديق بنوع معين من المعاملات أو وضع حد أقصى لقيمة المعاملات التي تتم من خلالها.

وفي هذا الخصوص ذهب جانب من الفقه^(٦٢) إلى أنه: يجوز الاتفاق على إعفاء مزود خدمات التصديق من مسؤوليته عن الأضرار التي تلحق بمستخدم الخدمة، وهو الأمر الذي يتخوف منه جانب من الفقه^(٦٣).

رابعاً - مسؤولية مزود خدمة الشهادات وفقاً للقانون البحريني:

تناولت المادة (١٨) من القانون البحريني رقم (٢٨) لسنة (٢٠٠٢م) الصادر في ١٤ من سبتمبر ٢٠٠٢م بشأن المعاملات الإلكترونية المذكور القواعد الخاصة بمسؤولية مزود خدمة الشهادات المعتمد عن الأضرار التي تلحق بأي شخص يستند بشكل معقول على شهادة أصدرها ذلك المزود.

(٦٢) انظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص ٢٣٤.

(٦٣) انظر: عيسى غسان عبدالله، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص ١٦٨.

ووفقاً لنص المادة الأولى من المادة (١٨) سألقة البيان تتعقد مسؤولية مزود خدمة الشهادات المعتمدة عند إخلاله بإحدى الضمانات الآتية:

- أ- دقة البيانات الواردة بالشهادة المعتمدة وقت إصدارها.
- ب- ضمان أن الشخص المسمى في الشهادة المعتمدة كان وقت إصدارها حائزاً لبيانات التوقيع الإلكتروني والتحقق من صحته.
- ج- ضمان أن بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني تتوافق مع البيانات التي تتحقق من صحته، وذلك إذا كان مزود خدمة الشهادات المعتمد هو ذاته منشئ كل من البيانات المشار إليها.

د- تسجيل أو نشر بيان بانتهاء أو إلغاء أو تعليق العمل بالشهادة المعتمدة طبقاً لقرارات التي تصدر في هذا الشأن تنفيذاً لأحكام هذا القانون.

خامساً- مسؤولية مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني وفقاً للقانون الفرنسي:

لا يعالج القانون الفرنسي رقم (٢٣٠) لسنة (٢٠٠٠م) الصادر في ١٣ من مارس ٢٠٠٠م مسؤولية المكلفين بخدمات التصديق الإلكتروني، لذا كان لابد من تطبيق أحكام القواعد العامة في المسؤولية المدنية الواردة في المادتين (١١٤٧)، (١٣٨٢) من التقنين المدني الفرنسي على هؤلاء المكلفين.

إلا أن المشرع الفرنسي قد أدرك فيما بعد أن القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية غير كافية لبث روح الثقة والأمان في المعاملات الإلكترونية، إذ من الصعب على مستخدم الخدمة أو الغير إثبات خطأ مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني لصعوبة الوصول إلى نظامه المعلوماتي.

لذا أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم (٥٧٥) لسنة (٢٠٠٤م) بتاريخ ٢١ من يونيو ٢٠٠٤م، بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي، وتناول في المادة (٣٣) منه القواعد الخاصة بمسؤولية مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني عن الأضرار التي تلحق بمن يعوّل على شهادات التصديق الصادرة عنه، وقد جاءت هذه القواعد على غرار القواعد الواردة في نصوص التوجيه الأوربي الصادر في ١٣ من ديسمبر ١٩٩٩م بشأن التوقيعات الإلكترونية، حيث قصر القانون الفرنسي المذكور

الأحكام الخاصة بمسئولية مقدّم خدمات التصديق على شهادات التصديق المؤهلة أم الشهادات الغير مؤهلة، فتخضع للقواعد العامة للمسئولية المدنية⁽⁶⁴⁾.
ووفقاً لحكم الفقرة الأولى من المادة (33) المشار إليها، فإن مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تلحق بمن يعول على شهادات التصديق الصادرة عنه في حالة توفر إحدى الحالات الآتية:

- 1- عدم صحة المعلومات الواردة في شهادة التصديق في تاريخ صدورها.
- 2- عدم اكتمال البيانات التي ينبغي النص عليها في شهادة التصديق المؤهلة.
- 3- عدم التحقق من ارتباط المفتاح العام الذي تم توضيحه في شهادة التصديق، مع المفتاح الخاص بالموقع.
- 4- إذا لم يتم مقدّم خدمات التصديق بسجل إلغاء لشهادة التصديق في القائمة الخاصة بذلك.

وقد افترض القانون الفرنسي - سالف الذكر - مسئولية مقدّم خدمات التصديق عن الأضرار التي تلحق بمن يعول على شهادة التصديق الصادرة عنه، سواء أكان مستخدم الخدمة أم الغير، إذا توفرت إحدى الحالات السابق ذكرها بناء على خطأ مفترض في جانبه، وليس على خطأ واجب الإثبات، كما هو الحال في القواعد العامة للمسئولية المدنية، إلى أن يقوم مقدّم خدمات التصديق بدحض هذه المسئولية.

وفي مقابل مبدأ المسئولية المفترضة الذي قرره الفقرة الأولى من المادة (33) فقد أجازت الفقرة الثانية من تلك المادة لمقدّم خدمات التصديق أن يورد في شهادة التصديق حدود استخدامها أو الحد الأقصى لقيمة المعاملات التي يتم استخدامها فيها، ومن ثم تنفي مسئولية مقدّم خدمات التصديق عن الأضرار التي تلحق بمن يعول على شهادة التصديق الصادرة عنه، إذا تم استخدام تلك الشهادة في غير الحدود الواردة بها.

(64) Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

الخاتمة

لقد تناولنا في هذا البحث موضوع مقدّمي خدمات التصديق الإلكتروني في حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، كونها الطرف الثالث المحايد الذي يقوم بدور الوسيط بين المتعاملين إلكترونياً ليتحقق من سلامة مضمون المعاملة من العيوب وصحة صدورهما ممن تنسب إليه، وقد أوضحنا ماهية مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني من حيث تعريفه والشروط اللازم توفرها فيه.

ثم تعرضنا لنظام الرقابة على مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني في بعض التشريعات المقارنة لمتابعة تنفيذه للالتزامات الملقاة على عاتقه، سواء في القانون أم الترخيص الصادر له بتقديم خدمات التوقيع الإلكتروني.

كما تحدثنا عن مسؤولية مقدّم خدمات التصديق عن الأضرار التي تلحق بالغير من جرّاء تقديمه لخدمات التوقيع الإلكتروني، وانتهينا إلى أن القواعد العامة للمسئولية المدنية (التقصيرية) غير كافية لحماية الغير الذي اعتمد بحسن نية على شهادة تصديق معيبة؛ لأنه ملزم طبقاً لأحكام تلك القواعد بإثبات خطأ مقدّم الخدمة، وهو أمر فني في غاية الصعوبة، لذا أفردت بعض التشريعات التي نظّمت الإثبات الإلكتروني نصوصاً قانونية خاصة لتنظيم مسؤولية مقدّمي خدمات التصديق الإلكتروني، من حيث شروط قيام هذه المسؤولية وطرق التخلص منها والأضرار التي يعرض عنها، وذلك من أجل إقامة نظام إلكتروني يتمتع بدرجة عالية من الأمان والثقة.

وقد خلصنا من دراستنا لهذا الموضوع للنتائج والتوصيات الآتية:

أولاً- النتائج:

- 1- نظراً لاختلاف طبيعة المحررات الورقية عن الإلكترونية، فهناك شروط يجب توفرها في المحررات الأخيرة حتى تتمتع بحجية الدليل الكامل في الإثبات.
- 2- ضرورة وجود طرف ثالث لتوفير عنصر الثقة والأمان لدى المتعاملين عبر تقنيات الاتصال الحديثة التي تنسم بغياب العلاقة المباشرة لأطرافها.

ثانياً- التوصيات:

- ١- اتخاذ الإجراءات اللازمة لإنشاء محرر رسمي على دعامة إلكترونية، ومن هذه الإجراءات:
 - أ) تعديل القانون رقم (٦٨) لسنة (١٩٤٧م) بشأن التوثيق على نحو يسمح بتوثيق المعاملات الإلكترونية في محرر رسمي.
 - ب) إنشاء بنية أساسية بين مكاتب التوثيق؛ ليتمكن الأفراد من إبرام محررات رسمية إلكترونية عن بعد، دون أن يضطروا إلى الوجود أمام موثق واحد.
 - ج) وضع نظام لحفظ المحررات الإلكترونية الرسمية.
- ٢- وضع قواعد خاصة لمسئولية مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني تفترض قيام مسؤوليته عن الأضرار التي تلحق بالغير من جرّاء تعويلهم على الشهادات الصادرة منه؛ حتى يثبت عدم إخلاله بالالتزامات الملقاة على عاتقه؛ لأن القواعد العامة للمسئولية المدنية تفترض نجاح الغير في الوصول إلى النظام المعلوماتي لمقدّم خدمات التصديق وإثبات خطئه، وهو أمر في غاية الصعوبة.
- ٣- اتخاذ الإجراءات اللازمة لسرعة الفصل في المنازعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية، ومن هذه الإجراءات:
 - أ- إنشاء دوائر قضائية متخصصة للنظر في المنازعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية والفصل فيها.
 - ب- عقد دورات تدريبية لرجال القضاء، أعضاء الدوائر المذكورة في البند السابق للتعرف إلى الجانب التقني من مجال الإثبات الإلكتروني بالقدر الكافي لأن تصدر أحكامهم معبرة عن الحقيقة.
- ٤- نهيب بجامعة الدول العربية سرعة إصدار قانون عربي استرشادي خاص بالإثبات عن طريق الوسائل التقنية الحديثة، وآخر خاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية؛ حتى لا تضيع الهوية العربية وسط التكتلات الدولية.

قائمة المراجع

أولاً- مراجع باللغة العربية:

- ١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٣م.
- ٢) د. أيمن سعد سليم، التوقيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م.
- ٣) د. تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠٠٨م.
- ٤) د. حسين محمد أحمد، التوقيع الإلكتروني وأهميته في المعاملات التجارية الإلكترونية، حلب، سوريا، ٢٤ من فبراير ٢٠٠٤م.
- ٥) د. سمير حامد عبدالعزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م.
- ٦) د. عايض راشد عايض، مدى حجية الوسائل الإلكترونية في إثبات العقود التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٩٨م.
- ٧) د. عبدالفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م.
- ٨) د. عيسى غسان عبدالله، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠٠٦م.
- ٩) د. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة، دون ناشر، ٢٠٠٠ / ٢٠٠١م.
- ١٠) د. محمد عبدالظاهر حسين، المسؤولية القانونية في مجال شبكات الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م.
- ١١) د. محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، ١٩٩٢م.
- ١٢) د. وفاء حلمي جميل، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دون ناشر، ٢٠٠٤م.

ثانياً- مراجع باللغة الأجنبية:

- 1) Valerie Sedallian, Preuve et signature électronique, sur le site: Eric Caprioli, Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, Paris, Litec, édition du juris-classeur, 2002.
- 2) Gobert Didier, Cadre juridique pour les signature électronique et les services de certification, analyses de la loi du 9 juillet 2001.
- 3) Julien Esnault, La signature électronique, Mémoire de DESS de droit du multimedia et de l'informatique, Université Paris 11 (Panthéon – Assas), Année universitaire 2002-2003.

ثالثاً- الإنترنت:

- 1) <http://www.avokato.com/ksa/details.asp/id=1279>.
- 2) <http://www.droit-technologie.org>.
- 3) <http://www.juriscom.net>.
- 4) <http://www.signelec.com>.



الحماية الدولية الجنائية للمدنيين أثناء النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي

الدكتورة/ فاتن علي أحمد بشينة*

المخلص:

لقد تزايد عدد النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي في السنوات الأخيرة، مما ترتب عليها وقوع جرائم خطيرة تشكل انتهاكات صارخة لأحكام القانون الدولي الإنساني، هذه الجرائم غالباً ما يكون أكثر ضحاياها المدنيين العزل، لذلك أصبحت مسألة البحث في موضوع الحماية الدولية الجنائية للمدنيين أثناء النزاعات المسلحة الداخلية من المسائل المهمة التي تشغل فكر العديد من الباحثين بصفة عامة، وعلى الأخص الحقوقيين؛ لبيان مدى فاعلية الأحكام والآليات المقررة لتوفير الحماية الدولية الجنائية للمدنيين، وذلك لضمان عدم إفلات مرتكبي تلك الجرائم البشعة من العقاب. وموضوع البحث هو: الحماية الدولية الجنائية للمدنيين أثناء النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، ويقتصر نطاق بحثنا في هذا الموضوع على بيان الحماية الدولية الجنائية للمدنيين أثناء النزاعات المسلحة غير الدولية المقررة في إطار النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

عليه، تناولت دراسة هذا الموضوع من خلال تقسيمه إلى مبحثين: خصصت المبحث الأول لبيان: الإطار القانوني للحماية الدولية الجنائية للمدنيين أثناء النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، وأفردت المبحث الثاني: لعرض العقوبات التي تعرقل سعي المحكمة الجنائية الدولية في ملاحقة المسؤولين عن جرائم الحرب.

الكلمات المفتاحية: الحماية الدولية الجنائية - المدنيين - النزاعات المسلحة غير الدولية - المحكمة الجنائية الدولية.

* أستاذ مساعد بقسم القانون في جامعة ليبيا المفتوحة، وأستاذ متعاون بقسم القانون في الأكاديمية الليبية للدراسات العليا.



International Criminal Protection of Civilians in Non-International Armed Conflicts

Dr. Faten Ali Ahmed Bshena*

Abstract:

The number of armed conflicts of non-international character has increased in recent years, which has resulted in serious crimes that constituted flagrant violations of the provisions of international humanitarian law. In these crimes most of the victims are often defenseless civilian, so the issue of research on the topic of international criminal protection of civilians during the interior armed conflicts has become an important issue that occupies the minds of many researchers in general, and in particular jurists, to demonstrate the effectiveness of the provisions and mechanisms established to provide international criminal protection to civilians, in order to ensure that the perpetrators of those heinous crimes do not escape punishment.

The research topic is: International criminal protection of civilians during armed conflicts non-international character, and the scope of my research on this topic is limited to a statement of international criminal protection of civilians during non-international armed conflicts established within the framework of the statute of the International Criminal Court. Therefore, this topic has been studied by dividing it into two subjects : The first one was devoted to a statement: The legal framework for international criminal protection of civilians during armed conflicts not of an international character, and the second one was devoted: to present Obstacles that hinder the International Criminal Court's pursuit of those responsible for war crimes.

Keywords: International Criminal Protection - Civilians - Non-International Armed Conflicts - The International Criminal Court.

*Assisted Professor at Law Department of the Libyan Open University, Adjunct Professor at Law Department of the Libyan Academy for Graduate Studies.

المقدمة

شهدت العديد من الدول العربية مؤخراً نشوب نزاعات عدة مسلحة غير دولية (داخلية)، ارتكبت فيها جرائم خطيرة، تشكل انتهاكات صارخة لأحكام القانون الدولي الإنساني، ويُعد المدنيون هم الأكثر تضرراً من هذه النزاعات، وخاصة النساء والأطفال مما يؤكد لنا أن توفير الأمن الإنساني بات يشكل قيمة ومصلحة عليا في ظل هذه الانتهاكات الخطيرة، التي غالباً ما يفلت مرتكبوها من العقاب، ولقد سعى المجتمع الدولي منذ زمن إلى ترسيخ فكرة الحماية الدولية الجنائية للمدنيين وإقرارها، وذلك باعتماد النظم الأساسية للمحاكم الجنائية الدولية المؤقتة، أبرزها محكمتي يوغسلافيا السابقة ورواندا^(١)، وكذلك ما ورد في نظام روما الأساسي^(٢)، مما يمكن معه القول بوجود نظام دولي، يكفل توفير الحماية الجنائية للمدنيين، لذلك نتناول دراسة هذا الموضوع، والذي وضعنا له العنوان الآتي: (الحماية الدولية الجنائية للمدنيين أثناء النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي)

ضبط المصطلحات:

لعله من المفيد بيان دلالة المصطلحات الوارد ذكرها في عنوان البحث، وذلك لإزالة ما قد يكتنفها من غموض، وتجنباً لأي خلط أو لبس قد يثور في ذهن القارئ، وهي على الآتي بيانه:

١- الحماية الدولية (الجنائية):

(١) أنشئت المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة بموجب قرارات صادرة عن مجلس الأمن بالخصوص، للاطلاع انظر قراره رقم: ٨٢٧ (١٩٩٣) بإنشاء محكمة جنائية دولية ليوغسلافيا السابقة، الذي اتخذه في جلسته ٣٢١٧، المعقودة بتاريخ ٢٥/٥/١٩٩٣م، الوثيقة رقم: S/RES/827(1993)، وأيضاً قراره رقم: ٩٥٥ (١٩٩٤) بإنشاء محكمة جنائية دولية لرواندا، الذي اتخذه في جلسته ٣٤٥٣، المعقودة بتاريخ ٨/١١/١٩٩٤م، الوثيقة رقم: S/RES/955(1994)

(٢) نظام روما الأساسي بشأن المحكمة الجنائية الدولية، الذي اعتمده مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين المعنى بإنشاء محكمة جنائية دولية، روما، الفترة من ٦/١٥ إلى ١٧/٧/١٩٩٨م، وثائق الأمم المتحدة، الوثيقة رقم: (A/CONF.183/9).

الحماية الجنائية هي أحد أنواع الحماية القانونية، بل أهمها وأخطرها أثراً على كيان الإنسان وحرياته، ووسيلتها القانون الجنائي الذي يمتاز بخاصيتين أساسيتين، تتعلق الأولى بطبيعة الجزاء المقرر الذي يتسم بالشدة والقسوة، والثانية مرتبطة بطبيعة المصلحة المحمية قانوناً، حيث يحمي القيم الجوهرية والمصالح الأساسية للفرد من كل عدوان يهددها بخطر الإضرار.

ويقصد بالحماية الدولية الجنائية مجموعة القواعد القانونية المتصفة بالعمومية والتجريد، والتي وضعتها الجماعة الدولية في صورة معاهدات ملزمة وشارعة لحماية حقوق الإنسان في حال انتهاكها في إطار من المساواة وعدم التمييز تحت إشراف ورقابة دولية^(٣).

٢ - المدنيين:

ينصرف مدلول السكان المدنيين إلى كافة الأفراد من غير أفراد القوات المسلحة النظامية، أو القوات غير النظامية، أي: الأفراد الذين لا يشتركون في القتال^(٤). ولقد نصت المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف لعام (١٩٤٩م)، في فقرتها الأولى على أن: "الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية، بمن فيهم أفراد القوات المسلحة، الذين ألقوا عنهم أسلحتهم، والأشخاص العاجزون عن القتال بسبب المرض، أو الجرح، أو الاحتجاز - لأي سبب آخر - يعاملون في جميع الأحوال معاملة إنسانية، دون أي تمييز ضار، يقوم على العنصر، أو اللون، أو الدين، أو المعتقد، أو الجنس، أو المولد، أو الثروة، أو أي معيار مماثل آخر"^(٥).

(٣) رمزي حوحو، الحماية الجنائية الدولية لحقوق الإنسان، بحث منشور ضمن مجلة المفكر بالجزائر، العدد الخامس، بدون ذكر تاريخ النشر، ص١٩٦-١٩٨، وأيضاً: عبدالله رخور، الحماية الدولية الجنائية للأفراد وفقاً لنظام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، كلية القانون، جامعة الجزائر، رسالة ماجستير غير منشورة، ٢٠٠٣م، ص٧.

(٤) عصام عبدالفتاح مطر، القانون الدولي الإنساني، مصر - الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١م، ص١٤١.

(٥) اتفاقيات جنيف الأربع، اعتمدت وعرضت للتوقيع، والتصديق والانضمام من قبل المؤتمر الدبلوماسي لوضع اتفاقيات دولية لحماية ضحايا الحروب، المعقود في جنيف من ٢١/٤ إلى ١٢/٨/١٩٤٩م، تاريخ بدء النفاذ ٢١/١٠/١٩٥٠م، منشورة على الرابط الإلكتروني التالي:

<https://www.icrc.org/ar/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>

وباستعراض نص المادة، يتضح لنا بأنها قد فرقت بشكل ضمنى بين المدنيين والمقاتلين، حيث إنها حظرت توجيه أي عمل عدائي ضد الأشخاص غير المقاتلين، واعتمدت في تحديد فئة المدنيين على المعيار الوظيفي الذي يقوم على فكرة المشاركة في العمليات القتالية من عدمه، وبذلك فإن وصف الفرد بالمقاتل أو المدني، يتوقف على مشاركته، أو عدم مشاركته المباشرة في العمليات القتالية^(١).

٣- النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي:

على الرغم من اتفاق الفقهاء على خطورة النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، إلا أنهم لم يتفقوا على تعريف محدد لهذا المصطلح، يعتمد كأساس للترقية بين النزاعات المسلحة الدولية وغير ذات الطابع الدولي.

ودون الدخول في تفاصيل لا يسمح لنا المقام بسردها^(٢)، فإنه ووفقاً لما يرى البعض، ينصرف مدلول النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي إلى تلك النزاعات التي تثور بين طرفين داخل الدولة، ويحتكما فيها إلى القوة المسلحة، وتتميز هذه الصراعات بالعمومية والاستمرار، ويترتب عليها آثار إنسانية وسياسية، تعجز سلطة الدولة عن السيطرة عليها مع إمكانية امتداد آثارها إلى الدول المجاورة.

وبناء على ما تقدم ذكره، فإن النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، تكون بين أطراف محلية داخل إطار الدولة الواحدة، ويستمر الصراع في نطاق إقليمها، وتخضع لأحكام القانون الداخلي، خاصة في مرحلة الاضطرابات والتوترات الداخلية، وإذا استمرت هذه النزاعات، وأخذت تنتشر بصورة تؤدي إلى عجز السلطة عن السيطرة

(١) عبد علي محمد سوادي، حماية المدنيين أثناء النزاعات المسلحة (دراسة مقارنة بين القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية)، مصر - القاهرة، المركز العربي للنشر والتوزيع، ٢٠١٧م، ص ٣٧ وما بعدها.

(٢) نظراً لغموض هذا المصطلح وارتباطه بالخلفية السياسية لكل فقيه أدى إلى تعدد الأساليب المتبعة للوصول إلى تعريف واضح ومحدد له، وظهر بذلك اتجاهان رئيسيان: اتجاه شمولي يوسع من مفهومه وآخر حصري يضيق من مفهومه للمزيد حول ذلك انظر: رقية عواشريه، حماية المدنيين والأعيان المدنية في النزاعات المسلحة غير الدولية، كلية القانون - جامعة عين شمس، رسالة دكتوراه غير منشورة، ٢٠٠١م، ص ١٩. ضياء الدين عمر الشويرف، حماية المدنيين في حالة المنازعات المسلحة الداخلية، الأكاديمية الليبية للدراسات العليا، رسالة ماجستير غير منشورة، ٢٠١٥م، ص ١٠. سهيل حسين الفتلاوي، جرائم الحرب وجرائم العدوان، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠١١م، ص ٢٨.

عليها، ففي هذه الحالة فقط، يمكن التعامل مع هذه الصراعات دولياً من خلال إعمال أحكام المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف، والبروتوكول الثاني لعام (١٩٧٧م)، المعني بالحماية الإنسانية في ظروف النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي^(٨).

ثانياً- أهمية البحث:

يكتسي هذا الموضوع أهمية من الناحيتين النظرية والعملية، فمن الناحية النظرية تظهر أهمية دراسة هذا الموضوع في بيان الثغرات الموجودة في نظام روما الأساسي التي تحد من قدرة المحكمة الجنائية الدولية في توفير الحماية الدولية؛ لتحقيق العدالة الجنائية المنشودة على الصعيد الدولي، بينما تكمن الأهمية العملية للبحث في موضوع الحماية الدولية الجنائية للمدنيين أثناء النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي؛ لتزايد عدد النزاعات المسلحة غير الدولية في وقتنا الراهن، حيث أصبحت مسألة البحث في هذا الموضوع محل اهتمام العديد من المنظمات الحقوقية والباحثين على حد سواء؛ وذلك لبيان وتوضيح القواعد القانونية وآليات الحماية الدولية الجنائية المقررة؛ لضمان عدم إفلات مرتكبي هذه الجرائم البشعة من العقاب، وتعد ليبيا إحدى الدول التي تشهد مؤخراً نزاعات مسلحة داخلية، ارتكبت فيها انتهاكات صارخة لأحكام القانون الدولي الإنساني، راح ضحيتها أعداداً كبيرة من المدنيين العزل^(٩).

ثالثاً- نطاق البحث:

يقتصر نطاق البحث على الحماية الدولية الجنائية المقررة للمدنيين أثناء النزاعات المسلحة غير الدولية فحسب، وذلك في إطار النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

رابعاً- إشكالية البحث:

تكمن الإشكالية الرئيسة للبحث في تقصي مدى فاعلية الأحكام والآليات المقررة في إطار نظام روما الأساسي في توفير الحماية الدولية الجنائية للمدنيين أثناء

^(٨) مسعد عبدالرحمن زيدان، تدخل الأمم المتحدة في النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، مصر - القاهرة، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٨م، ص ٥٥-٥٦.

^(٩) من بين الدراسات السابقة في هذا الموضوع أطروحة دكتوراه تركزت على الحالة الليبية، لمعرفة المزيد عنها راجع: نعيمة محمد سليمان الجدي، الحماية الجنائية للمدنيين أثناء النزاعات المسلحة الداخلية (دراسة عن الثورة الليبية)، كلية القانون - جامعة عين شمس، رسالة دكتوراه غير منشورة، ٢٠١٩م.

النزاعات المسلحة الداخلية، وما مدى قدرة المحكمة الجنائية الدولية على ملاحقة ومقاضاة المسؤولين عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني (مرتكبي جرائم الحرب)، فهل تمارس المحكمة دورها المنوط بها على الوجه الأكمل أم أن هناك عقبات تحول دون قدرتها على ممارسة مهامها على الوجه المطلوب لتحقيق الهدف المنشود من وراء إنشائها وهو القضاء على ظاهرة الإفلات من العقاب؟

خامساً- منهج البحث:

اعتمدت في دراسة موضوع البحث على المنهجين الآتيين:

- ١- المنهج التحليلي: سنستخدم المنهج التحليلي في بيان الأفعال والتصرفات التي تشكل جرائم حرب في إطار النزاعات المسلحة الداخلية، وأيضاً عرض الأحكام والآليات المقررة لتوفير الحماية الدولية، وفقاً لما هو وارد في نظام روما الأساسي.
- ٢- المنهج النقدي: سنوظفه لتقييم بعض نصوص نظام روما الأساسي ذات العلاقة، وأيضاً لتقييم دور مجلس الأمن بالخصوص.

سادساً- خطة البحث:

قمت بتقسيم خطة البحث إلى مبحثين، تناولت في المبحث الأول: الإطار القانوني للحماية الدولية الجنائية للمدنيين أثناء النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، أفردت المطلب الأول: لبيان الحماية الدولية الجنائية للمدنيين من الناحية الموضوعية، وفي المطلب الثاني: تناولت الحماية الدولية الجنائية للمدنيين من الناحية الإجرائية، بينما خصصت المبحث الثاني: لعرض العقبات التي تعرقل سعي المحكمة الجنائية الدولية في ملاحقة المسؤولين عن جرائم الحرب، تناولت في المطلب الأول: العقبات القانونية، بينما خصصت المطلب الثاني: لبيان العقبات الفعلية (الواقعية).

المبحث الأول

الإطار القانوني للحماية الدولية الجنائية للمدنيين

أثناء النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي

على الرغم من أن المدنيين لا يشاركون في العمليات العسكرية المسلحة، إلا أنه لا تخلو أي نزاعات مسلحة على مر التاريخ إلا ويتضرر المدنيون من آثارها، حيث إنهم كثيراً ما يتعرضون للقصف، والحصار، والنزوح من مساكنهم.

لذلك سعى أعضاء المجتمع الدولي من بداية القرن الماضي إلى وضع أحكام ونصوص، تقرر الحماية الدولية للأفراد، خصوصاً أثناء النزاعات المسلحة، بدءاً من اتفاقيات لاهاي لعام 1899م-1907م، وصولاً إلى اتفاقيات جنيف لعام (1949م)، والبروتوكولات الإضافية لاتفاقيات جنيف عام (1977م)، وهو ما يطلق عليه في الوقت الراهن تسمية القانون الدولي الإنساني.

تم تطور هذا المسعى إلى إقرار حماية دولية جنائية للأفراد زمني السلم والحرب، وذلك بإعتماد نظام روما الأساسي عام (1998م)، الذي نتج عنه إنشاء المحكمة الجنائية الدولية، وهذا ما يعد تطوراً مهماً فيما يتعلق بتقنين جرائم الحرب (انتهاكات القانون الدولي الإنساني)، لاسيما تلك المرتكبة في إطار النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، وإقرار أحكام وضوابط لملاحقة ومعاقبة مرتكبيها جنائياً، نتناول توضيح ذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص المطلب الأول لبيان: الحماية الدولية الجنائية للمدنيين من الناحية الموضوعية، بينما تم تخصيص المطلب الثاني لتناول: الحماية الدولية الجنائية للمدنيين من الناحية الإجرائية.

المطلب الأول

الحماية الدولية الجنائية للمدنيين من الناحية الموضوعية

تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن كل من القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي الجنائي - باعتبارهما فرعين من فروع القانون الدولي العام - يشتركان في توفير الحماية الدولية للمدنيين أثناء النزاعات المسلحة.

فقد نشأ القانون الدولي الجنائي - في بعض جوانبه - في كنف القانون الدولي الإنساني، ويهدف كلاهما إلى تحقيق الأمن والسلام للإنسان على الصعيد الدولي، إلا

أنهما يختلفان في نطاق ونوعية الحماية، حيث ينحصر نطاق القانون الدولي الإنساني في حماية المصالح الجوهرية للمجتمع الدولي أثناء اندلاع النزاعات المسلحة، بينما يطبق القانون الدولي الجنائي، لحماية المصالح الجوهرية للمجتمع الدولي أثناء السلم والحرب، كما يقتصر دور القانون الدولي الإنساني على تحريم وحظر جميع الأفعال التي تشكل انتهاكات جسيمة وخطيرة لقوانين وأعراف الحرب (اتفاقيات لاهاي وجنيف)⁽¹⁰⁾، بينما يكمن دور القانون الدولي الجنائي في بسط الحماية الدولية الجنائية من خلال تجريم هذه الأفعال باعتبارها جرائم حرب⁽¹¹⁾، وتحديد عقوبات جنائية رادعة لها، سعياً لتحقيق عدالة جنائية دولية.

بناءً على ذلك، فإن القانون الدولي الجنائي - من خلال نصوصه الواردة في نظام روما الأساسي، والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات بالإضافة إلى وثيقة عناصر وأركان الجرائم؛ لكونها أهم مصادره المكتوبة في الوقت الراهن⁽¹²⁾ - هو المسؤول عن توفير الحماية الدولية الجنائية للمدنيين أثناء النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، وتعد المحكمة الجنائية الدولية الجهاز القضائي الفعال على المستوى الدولي، الذي يسعى لملاحقة مرتكبي جرائم الحرب، فهي تمثل الشق الإجرائي للقانون الدولي الجنائي.

(10) William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Second Edition, Cambridge University Press, 2004, p.2.

(11) إن الأفعال التي يمكن اعتبارها جرائم حرب، هي تلك الأفعال التي ترتكب من قبل الأفراد المحاربين أو المدنيين إبان فترة النزاع المسلح، التي تشكل مخالفة لقوانين وأعراف الحرب المذكورة في اتفاقيات لاهاي لعامي (1899-1907م)، واتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949م، والبروتوكولين الملحقين بها عام 1977م، وغيرها من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، والتي تستمد مصدرها من القانون العرفي الدولي. يحيى عبدالله طعيمان، جرائم الحرب في نظام المحكمة الجنائية الدولية، الجمهورية اليمنية، مكتبة خالد بن الوليد للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2010م، ص 277.

-Antonio Cassese. *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p p.47-48

(12) يمكن للقارئ الاطلاع على الوثيقة الخاصة بأركان الجرائم التي تختص بها المحكمة الجنائية الدولية، منشورة ضمن منشورات جامعة منيسوتا، مكتبة حقوق الإنسان على الموقع الإلكتروني: hrlibrary.umn.edu/arab/iccelements.html

وأيضاً القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات المعتمدة من قبل جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، الوثيقة رقم: (ICC-ASP/1/3)

ولقد أورد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية تعداداً للأفعال والتصرفات التي تشكل جرائم حرب، تستوجب العقاب عليها، وذلك بموجب نص المادة الثامنة، ما يهمننا منها في هذا البحث المادة (٨/٢/ج/هـ) المتعلقة بالنزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، وهي على الآتي بيانه:

"٢. لغرض هذا النظام الأساسي تعني جرائم الحرب:

ج_ الانتهاكات الجسيمة للمادة (٣) المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع المؤرخة في ١٢ أغسطس ١٩٤٩، في حالة وقوع نزاع مسلح غير ذي طابع دولي، وهي من الأفعال التالية المرتكبة ضد أي أشخاص غير مشتركين اشتراكاً فعلياً في الأعمال الحربية، بما في ذلك أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا سلاحهم، وأولئك الذين أصبحوا عاجزين عن القتال بسبب المرض، أو الإصابة، أو الاحتجاز أو لأي سبب آخر.

١- استعمال العنف ضد الحياة والأشخاص، وبخاصة القتل بجميع أنواعه، والتشويه، والمعاملة القاسية، والتعذيب.

٢- الاعتداء على كرامة الشخص، وبخاصة المعاملة المهينة والحاطة بالكرامة.

٣- أخذ الرهائن.

٤- إصدار أحكام وتنفيذ إعدامات دون وجود حكم سابق صادر من محكمة مشكلة تشكلاً نظامياً، تكفل جميع الضمانات القضائية المعترف عموماً بأنه لا غنى عنها".

إن هذه الجرائم لكي تعد إحدى جرائم الحرب الداخلة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية يشترط - بالإضافة إلى توفر الأركان الخاصة بكل جريمة على حد - توفر أركان تشترك فيها كل هذه الجرائم^(١٣)، وتتمثل الأركان المشتركة التي تم تكرارها بشأن كل جريمة من الجرائم السابق ذكرها في الآتي بيانه:

(١٣) يشترط مثلاً لقيام جريمة القتل العمد قيام الجاني بأي تصرف، أو عمل إيجابي، أو سلبي، يكون من شأنه أن يؤدي إلى وفاة شخص أو أكثر من الأشخاص العاجزين عن القتال، أو المدنيين، أو رجال الدين، ممن لم يشتركوا بشكل فعلي في الأعمال العسكرية مع علمه بالظروف الواقعية المثبتة لوضع هؤلاء، كما يشترط أن يكون تصرف الجاني قد تم في إطار نزاع مسلح غير دولي، وأن يكون مرتبطاً به، وأن يكون الجاني على علم بالظروف التي تثبت وجود هذا النزاع، وهذا ما ينطبق على باقي الجرائم الوارد ذكرها بالمتن، للمزيد يمكن الاطلاع على: بدر الدين محمد شبل، القانون الدولي الجنائي الموضوعي، الأردن- عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠١١م، ==

- ١- أن يكون الشخص أو الأشخاص المجني عليهم خارج نطاق دائرة القتال، ولم يشاركوا في الأعمال القتالية، إما لكونهم مدنيين (من الذين يعملون في المجال الطبي أو الديني على سبيل المثال)، أو لعجزهم عن القتال.
- ٢- أن يكون مرتكب الجريمة على علم تام بالظروف الواقعية التي تثبت صفتهم وحالتهم.
- ٣- أن يقع السلوك في سياق نزاع مسلح^(١٤) غير ذي طابع دولي.
- ٤- أن يكون مرتكب الجريمة على علم بالظروف الواقعية التي تفيد بقيام نزاع مسلح^(١٥).

هـ - الانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف السارية على المنازعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي في النطاق الثابت للقانون الدولي، أي فعل من الأفعال التالية:

- ١- تعمد توجيه هجمات ضد السكان المدنيين بصفتهم هذه، أو ضد أفراد مدنيين لا يشاركون مباشرة في الأعمال الحربية.
- ٢- تعمد توجيه ضربات ضد المباني، والمواد، والوحدات الطبية، ووسائل النقل، والأفراد من مستعملي الشعارات المميزة المبينة في اتفاقيات جنيف طبقاً للقانون الدولي.
- ٣- تعمد شن هجمات ضد موظفين مستخدمين، أو منشآت، أو مواد، أو وحدات، أو مركبات مستخدمة في مهمة من مهام المساعدة الإنسانية أو حفظ السلام، عملاً بميثاق الأمم المتحدة ماداموا يستحقون الحماية التي توفر للمدنيين، أو للمواقع المدنية بموجب القانون الدولي للمنازعات المسلحة.
- ٤- تعمد توجيه هجمات ضد المباني المخصصة للأغراض الدينية، أو التعليمية، أو الفنية، أو العلمية، أو الخيرية، والآثار التاريخية، والمستشفيات، وأماكن تجمع المرضى والجرحى، شريطة ألا تكون أهدافاً عسكرية.

==ص١٧٣ وما بعدها. وأيضاً: عادل عبدالله المسدي، المحكمة الجنائية الدولية، مصر - القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ص٢٠٤ وما بعدها.

⁽¹⁴⁾ Mirko Bagaric and Dr. John Morss, In Search of Coherent Jurisdiction for International Criminal Law: Correlating Universal Human Responsibilities with Universal Human Rights, Suffolk Transnational Law Review, summer 2006, pp. 165-170.

^(١٥) الوثيقة الخاصة بأركان الجرائم التي تختص بها المحكمة الجنائية الدولية، مرجع سبق ذكره.

- ٥- نهب أي بلدة أو مكان، حتى وإن تم الاستيلاء عليه عنوة.
- ٦- الاغتصاب، أو الاستعباد الجنسي، أو الإكراه على البغاء، أو الحمل القسري على النحو المعرف في الفقرة ٢ (و) من المادة (٧)، أو التعقيم القسري، أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي، يشكل أيضاً انتهاكاً خطيراً للمادة (٣) المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع.
- ٧- تجنيد الأطفال دون الخامسة عشر من العمر إلزامياً أو طوعياً في القوات المسلحة، أو في جماعات مسلحة، أو استخدامهم للمشاركة فعلياً في الأعمال الحربية.
- ٨- إصدار أوامر بتشريد السكان المدنيين لأسباب تتصل بالنزاع، ما لم يكن ذلك لداعٍ من دواعي أمن المدنيين المعنيين، أو لأسباب عسكرية ملحة.
- ٩- قتل أحد المقاتلين من العدو أو إصابته غدرًا.
- ١٠- إعلان أنه لن يبق أحد على قيد الحياة.
- ١١- إخضاع الأشخاص الموجودين تحت سلطة طرف آخر في النزاع؛ للتشويه البدني، أو لأي نوع من التجارب الطبية أو العلمية التي لا تبررها المعالجة الطبية، أو معالجة الأسنان، أو المعالجة في المستشفى للشخص المعني، والتي لا تجرى لصالحه، وتتسبب في وفاة ذلك الشخص، أو أولئك الأشخاص، أو في تعريض صحتهم لخطر شديد.
- ١٢- تدمير ممتلكات العدو أو الاستيلاء عليها، ما لم يكن هذا التدمير أو الاستيلاء مما تحتمه ضرورات الحرب^(١٦).
- وهذه الجرائم مثل سابقتها، تتطلب توفر أركانها لكي تُعد جرائم حرب^(١٧)، فبالإضافة إلى الأركان الخاصة بكل جريمة من هذه الجرائم على حدٍ، تنطوي هذه الجرائم على ركنين مشتركين، يتكرران بالنسبة إلى كل جريمة منها، وهما:
- ١- أن يقع السلوك المجرم في سياق نزاع مسلح غير ذي طابع دولي.

(١٦) المادة (٨/٢/ج/هـ) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وثيقة رقم: (A/CONF.183/9)

(١٧) لمعرفة المزيد من التفاصيل حول أركان جرائم الحرب يمكن الاطلاع على: عزالدين عمر الدولي، الجرائم التي تختص بنظرها المحكمة الجنائية الدولية، كلية القانون - جامعة طرابلس، رسالة ماجستير غير منشورة، ٢٠١٠م، ص ٥٧.

٢- أن يكون مرتكب الجريمة على علم بالظروف الواقعية التي تثبت وجود نزاع مسلح^(١٨).

المطلب الثاني

الحماية الدولية الجنائية للمدنيين من الناحية الإجرائية

تضمن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية العديد من الأحكام والإجراءات التي يجب مراعاتها والتقيد بها حتى تتمكن المحكمة من ممارسة اختصاصها، ولكي تباشره على جريمة من الجرائم المنصوص عليها في نظامها الأساسي، لا بد من إحالة هذه الجريمة إليها من جانب من له الحق قانوناً في ذلك، طبقاً لأحكام المواد من (١٢-١٤) من النظام الأساسي للمحكمة، كما أن هناك ضوابط وشروط أخرى لا بد من توافرها أيضاً، لتمارس المحكمة اختصاصها بالنظر في جرائم الحرب المرتكبة السابق ذكرها.

تفصيل ما تقدم ذكره أنه يتم تحريك الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية الدولية بإحدى الوسيلتين التالية:

١- إحالة حالة إلى المحكمة:

يجوز لدولة طرف في نظام روما الأساسي أن تحيل إلى المدعي العام أية حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة قد ارتكبت، وأن تطلب من المدعي العام التحقيق في الحالة بغرض البت فيها، إذا كان يتعين توجيه الاتهام لشخص معين، أو أكثر بارتكاب تلك الجرائم إلى أن تحدد الحالة قدر المستطاع الظروف ذات الصلة، وتكون مشفوعة بما هو في متناول الدولة المحيلة من مستندات مؤيدة^(١٩).

ووفقاً لنص المادة (٣/١٢) من نظام روما الأساسي يجوز لأي دولة غير طرف في نظام روما الأساسي أن تحيل حالة إلى المحكمة الجنائية الدولية للتحقيق فيها، إذا قبلت تلك الدولة اختصاص المحكمة بموجب إعلان يودع لدى مسجل المحكمة بنظر الجريمة قيد البحث، وتتعاون الدولة القابلة مع المحكمة دون أي تأخير أو استثناء وفقاً للباب التاسع.

^(١٨) الوثيقة الخاصة بأركان جرائم المحكمة الجنائية الدولية، مرجع سبق ذكره.

^(١٩) المادة (١٤) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

كما أجازت المادة (١٣/ب) من نظام روما الأساسي لمجلس الأمن أن يحيل إلى المدعي العام للمحكمة أي حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة قد ارتكبت، شريطة أن يكون مجلس الأمن متصرفاً في ذلك؛ وفقاً لأحكام الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة.

وعند إحالة مجلس الأمن لحالة معينة إلى المحكمة، وفقاً للفصل السابع من الميثاق، فإن المحكمة لا تحتاج إلى التقيد بالشروط المذكورة في المادة (٢/١٢) من نظام روما الأساسي، وهي ارتكاب الجريمة بمعرفة أحد مواطني دولة طرف، أو على إقليم تلك الدولة^(٢٠)، ولكن يجب أن تتضمن تلك الحالة تهديداً للسلم والأمن الدوليين^(٢١)، حيث يستند مجلس الأمن سلطته في الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية من نصوص ميثاق الأمم المتحدة^(٢٢).

(20) John D. Haskell, The Complicity and Limits of International Law in Armed Conflict, Boston College Third World Law Journal, Winter 2009, p.66.

(٢١) راجع في ذلك:

- محمود شريف بسيوني، مدخل لدراسة القانون الجنائي الدولي، مصر - القاهرة، دار الشروق، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م، ص ٣٥٠، ٣٥١.

- عبدالحاميد محمد عبدالحاميد، المحكمة الجنائية الدولية، مصر - القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م، ص ٦٧١، ٦٧٢.

(٢٢) انقسم الفقه الدولي بشأن سلطة مجلس الأمن في الإحالة بين مؤيد ومعارض، حيث يرى أنصار الرأي المعارض أن سلطة الادعاء التي تتمتع بها الدول الأطراف في نظام روما الأساسي والمدعي العام للمحكمة تنتم بكونها ادعاءات قانونية، أما السلطة التي يمارسها مجلس الأمن تأسيساً علي الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة تنتم بكونها ادعاءات سياسية، بينما يرى أنصار الرأي المؤيد لمنح مجلس الأمن سلطة الإحالة وفقاً لنص المادة ١٣/ب أن ذلك سوف يقلل من ممارسة حقه في تعليق الإجراءات أمام المحكمة تطبيقاً لنص المادة (١٦) من نظامها الأساسي. انظر بخصوص ذلك كلا من:

-Bergsmo, M., The Jurisdictional Regime of the International Criminal Court (Part II, Articles 11-19), E.J.CI&C.J., vol. 6, 1998, pp.351 ff.

-McCormack, T., Jurisdictional Aspects of the Rome Statute for the New International Criminal Court, M.U.L.R., vol. 23, 1999, pp. 640 ff.

-Nsereko, D., The Relationship between the International Criminal Court and the united Nations Security Council, Z.I.S, vol. 13, 2007, p. 501.

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن الإحالة سواء أكانت عن طريق مجلس الأمن، أم دولة طرف، أم من قبل دولة غير طرف لا تمثل التزاماً على المدعي العام بالمحكمة الجنائية الدولية لمباشرة إجراءات التحقيق، وهذه المصادر الثلاثة فقط، تلتفت انتباه المدعي العام للمحكمة إلى وجود وقائع، قد تستلزم إجراء التحقيق، وما يقدمه ذلك التحقيق من أدلة كافية هو ما يشكل أساساً معقولاً للمحاكمة^(٢٣).

٢. تحريك الدعوى من قبل المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية:

للمدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية أن يباشر التحقيقات من تلقاء نفسه على أساس المعلومات المتعلقة بجرائم تدخل في اختصاص المحكمة^(٢٤).

ويقوم المدعي العام بجمع المعلومات، وتحليل مدى جديتها، ويجوز له تحقيقاً لهذا الغرض التماس معلومات إضافية من الدول، أو أجهزة الأمم المتحدة، أو المنظمات الحكومية الدولية، أو غير الحكومية، أو أية مصادر أخرى موثوق بها، يراها ملائمة، ويجوز له تلقي الشهادة التحريرية أو الشفوية في مقر المحكمة^(٢٥).

وإذا استنتج المدعي العام أن هناك أساساً معقولاً للشروع في إجراء تحقيق، عليه أن يقدم طلباً للإذن بإجراء التحقيق للدائرة التمهيدية^(٢٦)، فالمدعي العام ملزم بأخذ الإذن لمباشرة التحقيق، وللدائرة التمهيدية سلطة تقديرية في إعطاء الإذن بالبدء في التحقيق من عدمه، وفي حالة رفض الدائرة التمهيدية منح الإذن بإجراء التحقيق، للمدعي العام تقديم طلب لاحق للإذن، يستند إلى وقائع وأدلة جديدة، تتعلق بالحالة ذاتها^(٢٧).

وقبل أن تمارس المحكمة اختصاصها بشأن جريمة من الجرائم الوارد ذكرها في هذا البحث، يجب مراعاة قواعد الاختصاص الأخرى، حيث إنه استناداً إلى نص المادة (٢/١٢)، لا بد أن تكون الجريمة محل الاتهام قد ارتكبت في إقليم دولة طرف، أو

(٢٣) محمود شريف بسيوني، مرجع سبق ذكره، ص ٣٥٣.

(٢٤) المادة (١/١٥) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(٢٥) المادة (٢/١٥) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(٢٦) المادة (٣/١٥) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(٢٧) المادة (٥/١٥) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

بمعرفة أحد رعاياها^(٢٨)، يستثنى من ذلك إذا تمت الإحالة من قبل مجلس الأمن، متصرفاً بموجب الفصل السابع من الميثاق كما سبق أن أشرنا.

كما أن اختصاص المحكمة من حيث الزمان مستقبلي، فلا يسرى على الجرائم التي ارتكبت قبل نفاذ نظامها الأساسي، حيث نصت المادة (١٢٦) من نظام روما الأساسي على: "يبدأ نفاذ النظام الأساسي في اليوم الأول من الشهر الذي يعقب اليوم الستين من تاريخ إيداع الصك الستين للتصديق، أو القبول، أو الموافقة، أو الانضمام لدى الأمين العام للأمم المتحدة" بناءً على ذلك فإن ٢٠٠٢/٧/١م هو تاريخ دخول نظام روما حيز النفاذ، أما بخصوص الدول التي تنضم بعد بدء نفاذه، فإن التاريخ الفعلي لسريان اختصاص المحكمة بالنسبة إلى تلك الدول هو اليوم الأول من الشهر، الذي يعقب اليوم الستين من تاريخ إيداع تلك الدول وثائق التصديق الخاصة بها^(٢٩).

ومن حيث الأشخاص، فقد حصرت المادة (١/٢٥) من نظام روما الأساسي اختصاص المحكمة على الأفراد الطبيعيين فحسب، بناءً على ذلك ليس للمحكمة اختصاص على الدول والهيئات الاعتبارية.

كما اشترطت المادة (٢٦) من نظام روما الأساسي بأن لا يكون للمحكمة اختصاص على أي شخص يقل عمره عن ثمانية عشر عاماً وقت ارتكابه للجريمة، علاوة على ذلك لا يستثنى أي شخص من المسؤولية الجنائية بسبب صفته الرسمية، وذلك وفقاً لصريح نص المادة (٢٧)^(٣٠).

^(٢٨) حسبنا أن نشير أنه وفقاً لما نصت عليه المادة (٣/٢/١٢) للمحكمة ممارسة اختصاصها إذا ارتكبت الجريمة في إقليم دولة غير طرف، أو من أحد رعاياها، إذا قبلت اختصاص المحكمة بموجب إعلان يودع لدى مسجل المحكمة.
^(٢٩) راجع بخصوص ذلك:

William A. Schabas, An Introduction to the International Criminal Court, op. cit., p.69.

^(٣٠) تنص المادة (٢٧) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على: "١- يطبق هذا النظام الأساسي على جميع الأشخاص بصورة متساوية دون أي تمييز بسبب الصفة الرسمية، وبوجه خاص فإن الصفة الرسمية للشخص سواء أكان رئيسياً لدولة أم حكومة، أم عضواً في حكومة أم برلمان، أم ممثلاً منتخباً، أم موظفاً حكومياً، لا تعفيه بأي حال من الأحوال من المسؤولية الجنائية بموجب هذا النظام الأساسي، كما أنها لا تشكل في حد ذاتها سبباً لتخفيف العقوبة. ٢- لا تحول الحصانات أو =

وتمارس المحكمة الجنائية الدولية اختصاصها بالتكامل مع اختصاص نظم القضاء الوطني للدول الأعضاء، إذ إن الاختصاص الجنائي الوطني دائماً يكون له الأولوية على اختصاص المحكمة الجنائية الدولية^(٣١).

فبموجب نص المادة (١٧/أ/ب/ج/٣) تستطيع المحكمة ممارسة اختصاصها في حالتين فقط، وهما، الأولى: عند انهيار النظام القضائي الوطني، والثانية: عند رفض أو فشل النظام القضائي الوطني في القيام بالتزاماته القانونية بالتحقيق ومحاكمة الأشخاص المشتبه بهم (كأن يجرى الاضطلاع بإجراءات التحقيق أو المحاكمة بغرض حماية الشخص المعنى من المسؤولية الجنائية عن ارتكابه إحدى الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة، أو أن إجراءات المحاكمة لم تجر مباشرة بشكل مستقل أو نزيه).

ومن ثم، فقد تقرر المحكمة استناداً على مبدأ التكامل عدم قبول الدعوى في الحالات الآتية:

١- إذا كانت تجرى التحقيق أو المقاضاة في الدعوى دولة لها ولاية عليها، ما لم تكن هذه الدولة غير راغبة في الاضطلاع بالتحقيق أو المقاضاة، أو غير قادرة على ذلك.

٢- إذا كانت قد أجرت التحقيق في الدعوى دولة لها ولاية عليها، وقررت الدولة عدم مقاضاة الشخص المعنى، ما لم يكن القرار ناتجاً عن عدم رغبة الدولة، أو عدم قدرتها حقاً على المقاضاة.

٣- إذا كان الشخص المعنى قد سبق أن حوكم على السلوك موضوع الشكوى، ولا يكون من الجائز للمحكمة إجراء محاكمة طبقاً للفقرة ٣ من المادة (٢٠).

٤- إذا لم تكن الدعوى على درجة كافية من الخطورة، تبرر للمحكمة اتخاذ إجراء آخر^(٣٢).

=القواعد الإجرائية الخاصة التي قد ترتبط بالصفة الرسمية للشخص سواء أكانت في إطار القانون الوطني أم الدولي دون ممارسة المحكمة اختصاصها على هذا الشخص".

^(٣١) سالم الأوجلي، العلاقة بين المحكمة الجنائية الدولية والمحاكم الوطنية، بحث قدم ضمن أعمال الندوة الدولية حول المحكمة الجنائية الدولية (الطموح - الواقع - وآفاق المستقبل)، غير منشور، الأكاديمية الليبية للدراسات العليا، طرابلس/ليبيا، ٢٠٠٧م، ص ٩.

^(٣٢) المادة (١٧/أ/ب/ج/د) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

ووفقاً لما ورد في نص المادة (١/٣٠) من نظام روما الأساسي، التي جرت صياغتها على النحو التالي: "ما لم تنص على غير ذلك، لا يسأل الشخص جنائياً عن ارتكاب جريمة تدخل في اختصاص المحكمة، ولا يكون عرضة للعقاب على هذه الجريمة إلا إذا تحققت الأركان المادية مع توفر القصد والعلم" يتبين بوضوح أن جرائم الحرب الوارد ذكرها في المادة الثامنة من نظام روما الأساسي لا عقاب عليها إلا إذا ارتكبت بصورة عمدية، أي مع توافر القصد الجنائي، ويستوي الأمر سواء وقعت الجريمة بشكل تام أم توقفت عند حد الشروع لأسباب خارجة عن إرادة الشخص الجاني^(٣٣)، كما أن هذه الجرائم لا تسقط بالتقادم^(٣٤).

ويسأل الشخص جنائياً، ويكون عرضة للعقاب سواء ارتكب الجريمة بصفته الفردية، أم بالاشتراك مع آخر، أم عن طريق شخص آخر، بغض النظر عما إذا كان ذلك الشخص الآخر مسؤولاً جنائياً^(٣٥).

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن العقوبات التي تطبقها المحكمة الجنائية الدولية على الشخص المدان تنقسم إلى:

١- عقوبات أصلية (سالبة للحرية) وتتمثل في السجن لمدة محددة من السنوات لفترة أقصاها ٣٠ سنة، أو السجن المؤبد المبرر بالخطورة البالغة للجريمة، وبالظروف الخاصة للشخص المدان.

٢- عقوبات تكميلية (عقوبات مالية)، وتتمثل في فرض الغرامات، ومصادرة العائدات، والممتلكات، والأصول المتأتية بصورة مباشرة أو غير مباشرة من ارتكاب تلك الجرائم^(٣٦).

^(٣٣) حيث تنص المادة (٣/٢٥) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على: "وفقاً لهذا النظام الأساسي يسأل الشخص جنائياً، ويكون عرضة للعقاب عن أية جريمة تدخل في اختصاص المحكمة في حالة في قيامها الشخص بـ: و- الشروع في ارتكاب الجريمة عن طريق اتخاذ إجراء يبدأ به تنفيذ الجريمة بخطة ملموسة، ولكن لم تقع الجريمة لظروف غير ذات صلة بنوايا الشخص".

^(٣٤) المادة (٢٩) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

^(٣٥) المادة (٣/٢٥) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

^(٣٦) المادة (٧٧) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

المبحث الثاني

العقبات التي تعرقل سعي المحكمة الجنائية الدولية في ملاحقة المسؤولين عن جرائم الحرب

لقد تناولنا في المبحث السابق بيان الإطار القانوني الذي يضمن توفير الحماية الدولية الجنائية للمدنيين أثناء النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، إلا أن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو: ما مدى فاعلية هذا النظام القانوني في توفير الحماية الدولية الجنائية للمدنيين؟

بعبارة أخرى: هل المحكمة الجنائية الدولية قادرة على ملاحقة الجناة (مجرمي الحرب) المسؤولين عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني أم أن هناك عقبات قد تحول دون ذلك؟

في حقيقة الأمر، ومن خلال الاطلاع على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، يتضح لنا بجلاء أنه تضمن عدداً من النصوص التي تشكل ثغرات تحد من فاعلية وقدرة المحكمة عن ملاحقة مرتكبي جرائم الحرب التي تدخل في إطار اختصاصها، وإيقاع العقوبات اللازمة حيالهم؛ تحقيقاً للردع المطلوب لتوفير الحماية الدولية الجنائية.

كما أنه من خلال التجارب العملية، تواجه المحكمة عقبات واقعية، هذه العقبات مصدرها قرارات مجلس الأمن بالدرجة الأولى، بالإضافة إلى تصرفات العديد من الدول الأطراف في نظام روما الأساسي.

لبيان تفاصيل ما تقدم ذكره، تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، خصص المطلب الأول: لعرض العقبات القانونية، ونتناول في المطلب الثاني: العقبات الفعلية (الواقعية).

المطلب الأول العقبات القانونية

تتمثل العقبات ذات الطبيعة القانونية في الثغرات التي تحد من قدرة المحكمة الجنائية الدولية على ممارسة اختصاصها، والتي تجد أساسها ومصدرها في عدة نصوص وردت في نظام روما الأساسي، ويتمثل أهمها في الآتي بيانه:

أولاً- المادة (١٢٤) من نظام روما الأساسي:

وفقاً لنص المادة (١٢٤)، يجوز للدولة عندما تصبح طرفاً في نظام روما الأساسي أن تعلن عدم قبولها اختصاص المحكمة لمدة سبع سنوات من بدء سريان النظام الأساسي عليها فيما يتعلق بفئة جرائم الحرب التي ينصب موضوع اهتمامنا في هذا البحث على جزء منها، وذلك عند حصول ادعاء بأن مواطنين من تلك الدولة قد ارتكبوا جريمة من تلك الجرائم، أو أن الجريمة قد ارتكبت في إقليمها، وهذا ما يشكل استثناء من القاعدة العامة الواردة في المادة (١٢٠) من نفس النظام التي تنص على عدم جواز إبداء أية تحفظات على نظام روما الأساسي.

مفاد ذلك أن أي دولة تقرر التصديق أو الانضمام إلى نظام روما الأساسي، يجوز لها أن تتحفظ مؤقتاً لمدة سبع سنوات من تاريخ صيرورة نظام روما نافداً بالنسبة لها على واحدة أو أكثر من جرائم الحرب الوارد ذكرها في المادة (٨) من نظام روما الأساسي.

والتحفظ بشكل عام هو "إعلان من جانب واحد يصدر عن الدولة عند توقيعها أو تصديقها أو انضمامها إلى معاهدة، تهدف به إلى استبعاد الأثر القانوني لأحكام معينة في المعاهدة من السريان عليها"^(٣٧)، أي أنه للدولة المصدقة أو المنظمة إلى الاتفاقية أن تعلن عدم قبولها الالتزام بالتعاون التام مع المحكمة فيما تجرّبه من تحقيقات أو محاكمات تتعلق بجرائم الحرب المتحفظ عليها من قبلها، وذلك لمدة سبع سنوات من

(٣٧) علي ضوي، القانون الدولي العام، ليبيا - بنغازي، دار الكتب الوطنية، الطبعة الخامسة،

تاريخ تقديم صك التصديق أو الانضمام، متى تعلق الأمر بأحد مواطنيها أو ارتكبت الجريمة في إقليمها^(٣٨).

إن هذا التحفظ يُعدّ دون أدنى شك عقبة تحول دون إمكانية ممارسة المحكمة لاختصاصها حيال مجرمي الحرب الذين أعلنت دولتهم عدم قبول اختصاص المحكمة بالخصوص.

وفي أغلب الأحيان إن طول مدة السبع سنوات كفيل بأن يترتب عليه ضياع الأدلة، ووفاة الشهود، أو اختفائهم واختفاء معالم الجريمة، مما سيؤدي إلى إعطاء فرصة كبيرة للجناة للهروب، وتمكينهم بذلك من الإفلات من العقاب.

ولقد تضمنت المادة (١٢٤) النص على أن يعاد النظر في أحكامها في المؤتمر الاستعراضي الذي يعقد طبقاً للفقرة (١) من المادة (١٢٣)^(٣٩).

وفي المؤتمر الاستعراضي الأول الذي عقد بكمبالا عام ٢٠١٠م، تقرر الاحتفاظ بنص المادة بشكلها التي هي عليه، على أن يتم مواصلة استعراض أحكامها أثناء الدورة الرابعة عشرة لجمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي^(٤٠).

وبتاريخ ٢٦/١١/٢٠١٥م، اعتمدت جمعية الدول الأطراف في الجلسة الحادية عشرة قراراً ينص على إلغاء المادة (١٢٤) من نظام روما الأساسي^(٤١)، كما ينص

^(٣٨) محمد هاشم ماقورا، ضوابط المسؤولية الجنائية الدولية عن جرائم الحرب والإشكاليات ذات الصلة، بحث منشور ضمن مجلة الندوة لدراسات القانون الدولي والعلاقات الدولية، مجلة دورية إلكترونية محكمة تصدر عن فريق بحث يتبع كلية الحقوق/جامعة تبسة بالجزائر، العدد الأول، ٢٠١٩م، ص ٢٢.

^(٣٩) تنص المادة (١/١٢٣) من نظام روما الأساسي على: "بعد انقضاء سبع سنوات على بدء نفاذ هذا النظام الأساسي، يعقد الأمين العام للأمم المتحدة مؤتمراً استعراضياً للدول الأطراف للنظر في أية تعديلات على هذا النظام الأساسي. ويجوز أن يشمل الاستعراض قائمة الجرائم الواردة في المادة (٥)، دون أن يقتصر عليها، ويكون هذا المؤتمر مفتوحاً للمشاركين في جمعية الدول الأطراف وبنفس الشروط".

^(٤٠) وثائق المحكمة الجنائية الدولية، جمعية الدول الأطراف، الجلسة الحادية عشرة المعقودة بتاريخ

١٠/٦/٢٠١٠م، الوثيقة رقم: RC/Res.4

^(٤١) وثائق المحكمة الجنائية الدولية، جمعية الدول الأطراف، الجلسة الحادية عشرة المعقودة بتاريخ

٢٦/١١/٢٠١٥م، الوثيقة رقم: ICC-ASP/14/Res.2

القرار على أن هذا التعديل بإلغاء المادة يخضع للتصديق، أو القبول، ويبدأ نفاذه بالنسبة إلى جميع الدول الأطراف بعد سنة واحدة من إيداع صكوك التصديق أو القبول لدى الأمين العام للأمم المتحدة من قبل سبعة أثمانها، وذلك استناداً لأحكام الفقرة (٤) من المادة (١٢١) من نظام روما الأساسي.

إن هذا القرار في حقيقة الأمر، يعد تقدماً ملحوظاً وخطوة مهمة في سبيل تفعيل اختصاص المحكمة حيال جرائم الحرب، من شأنه تدليل الصعوبات، وإزالة العقبات التي من الممكن أن تحول دون تمكن المحكمة الجنائية الدولية كجهاز قضائي جنائي دولي من ملاحقة ومعاقبة مجرمي الحرب.

وتبقى الإشكالية قائمة فقط فيما يتعلق بمحاسبة المسؤولين عن هذه الجرائم المرتكبة قبل تاريخ صدور هذا القرار، إذا كان هؤلاء الأشخاص ينتمون إلى إحدى الدول المتحفظة على نص المادة (١٢٤)، حيث إنه كما سبق أن أشرنا أن طول مدة السبع سنوات قد يؤدي في أغلب الأحيان إلى ضياع الأدلة وهروب الجناة.

ثانياً- المادة (١٦) من نظام روما الأساسي:

تنص المادة (١٦) على: "لا يجوز البدء أو المضي في تحقيق أو مقاضاة بموجب هذا النظام الأساسي لمدة اثني عشر شهراً، بناء على طلب مجلس الأمن إلى المحكمة بهذا المعنى يتضمنه قرار يصدر عن المجلس بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، ويجوز للمجلس تجديد هذا الطلب بالشروط ذاتها".

من خلال استقراء نص هذه المادة، فإنه يتضح لنا بموجبها يملك مجلس الأمن سلطة طلب إيقاف بدء إجراءات التحقيق أو المحاكمة أمام المحكمة، أو وقف تلك الإجراءات في حالة كونها قد بدأت بالفعل بخصوص القضية المعروضة عليها، والتي قد تتعلق بطبيعة الحال بإحدى جرائم الحرب موضوع البحث، وذلك بموجب قرار صادر عنه، وفقاً للفصل السابع لمدة اثني عشر شهراً قابلة للتجديد.

ويتطلب ذلك توفر الشروط الآتية:

- ١- أن يكون قرار مجلس الأمن بطلب التأجيل أو الإيقاف بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، وهو الفصل المتعلق بالإجراءات التي يتخذها مجلس الأمن من أجل الحفاظ على السلم والأمن الدوليين.
- ٢- أن يكون الطلب مقدماً إلى المحكمة بناءً على قرار يصدره المجلس، وأن يكون القرار متضمناً صراحة النص على طلب التأجيل.

٣- أن يكون قرار التأجيل محدداً بمدة اثني عشر شهراً، قابلة للتجديد لعدد غير محدد من المرات وفقاً لأحكام المادة (١٦)^(٤٢).

من وجهة نظري إنه وبمنح مجلس الأمن هذه السلطة، وبالنظر إلى تركيبته، ونظام صنع القرار فيه الذي تتحكم فيه عدد محدود من الدول الأعضاء الدائمين التي سوف لن تتردد في استخدام هذه السلطة وفقاً لمصالحها، وهذا ما يكرس ويعمق سياسة الكيل بمكيالين (العدالة الانتقائية)، التي يمارسها مجلس الأمن في معالجته للنزاعات والقضايا الدولية، والواقع المعاش خير دليل على ذلك، الأمر الذي من شأنه ليس أن يشكل عقبة تعيق نشاط المحكمة فحسب، وإنما يسد الطريق أمامها، ويمس باستقلاليتها، ويؤكد تبعيتها كهيئة قضائية إلى جهاز سياسي (مجلس الأمن)^(٤٣).

ثالثاً- المادة (٨٦) من نظام روما الأساسي:

يتوجب على الدول الأطراف استناداً إلى نص المادة (٨٦) من نظام روما الأساسي تقديم العون والمساعدة الكاملة إلى المحكمة فيما تجريه من تحقيقات أو أية إجراءات جنائية أخرى تطلبها، حيث نصت المادة المذكورة على الآتي: "تتعاون الدول الأطراف، وفقاً لأحكام هذا النظام الأساسي تعاوناً تاماً مع المحكمة فيما تجريه في إطار اختصاص المحكمة من تحقيقات في الجرائم والمقاضاة عليها".

^(٤٢) يعتبر قرار مجلس الأمن رقم (١٤٢٢) لعام ٢٠٠٢م، مثلاً عملياً لتطبيق المادة (١٦)، حيث لجأ مجلس الأمن بموجبه إلى ممارسة سلطته في تأجيل التحقيق، استناداً لأحكام المادة المذكورة في أي قضية تتعلق بالمسؤولين أو الموظفين التابعين لدولة ليست طرف في نظام روما الأساسي مساهمة في العمليات التي تنتهئها الأمم المتحدة بالبوسنة والهرسك، يمكن الاطلاع على نص القرار في وثائق الأمم المتحدة، قرار مجلس الأمن رقم (١٤٢٢) لعام ٢٠٠٢م بتاريخ ١٢/٧/٢٠٠٤م، الوثيقة رقم: S/RES/1422(2002)

^(٤٣) لقد عارض عدد من فقهاء القانون الدولي تضمين نظام روما الأساسي لهذه المادة معتبرين أنها تهدد بشكل سلبي جميع سلطات المحكمة، كما رأي البعض أن إصدار مجلس الأمن لهذه القرارات يشكل تعديلاً لنظام روما الأساسي، وهو ما يعد مخالفة صريحة لنص المادة (٤٠) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي تنص على إمكانية تعديل المعاهدات الجماعية، وفقاً لما هو وارد بها من أحكام. راجع في ذلك:

- Chibueze, R., The International Criminal Court Bottlenecks to Individual Criminal Liability in the Rome Statute, A.S.I.C.L., vol. 12, 2006, pp.199-200.
- Jain, N., A Separate Law for Peacekeepers: the Clash between the Security Council and the International Criminal Court, E.J.I.L., vol. 16, 2005, p.250.

كما تنص المادة (٨٨) من نظام روما الاساسي على: "تكفل الدول الأطراف إتاحة الإجراءات اللازمة بموجب قوانينها الوطنية؛ لتحقيق جميع أشكال التعاون المنصوص عليها في هذا الباب".

غير أن الأمور قد لا تسير وفق المجرى العادي لها، بمعنى أنه قد يتصور أن تمتنع الدولة الطرف عن تقديم المساعدة والتعاون اللازمين للمحكمة لأداء المهام المنوطة بها، فالتساؤل الذي يثور في الذهن هنا: ما آلية إلزام هذه الدولة الطرف في حالة امتناعها عن التعاون وعدم امتثالها لطلبات التعاون المقدمة لها من قبل المحكمة؟ بالاطلاع على المادة (٧/٨٧) من نظام روما الأساسي التي تنص على: "في حالة عدم امتثال دولة طرف لطلب تعاون مقدم من المحكمة بما يتنافى وأحكام هذا النظام الأساسي، ويحول دون ممارسة المحكمة وظائفها وسلطاتها بموجب هذا النظام، يجوز للمحكمة أن تتخذ قرار بهذا المعنى وأن تحيل المسألة إلى جمعية الدول الأطراف أو إلى مجلس الأمن إذا كان مجلس الأمن قد أحال المسألة إلى المحكمة".

من ذلك يتضح لنا بجلاء، إنه في حالة عدم امتثال الدولة الطرف لطلبات التعاون المقدمة لها من قبل المحكمة وبما يتنافى وأحكام النظام الأساسي، مما يؤدي إلى الحيلولة دون ممارسة المحكمة لاختصاصها، جاز للمحكمة أن تتخذ قراراً بإحالة تلك المسألة إلى مجلس الأمن إذا كان هو من أحال هذه الحالة إلى المحكمة الذي بدوره له فرض جزاء على الدولة التي ترفض الامتثال لطلبات التعاون، استناداً إلى سلطاته التي يتمتع بها بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة (المادتين ٤١، ٤٠)، حيث يكون له سلطة تقديرية في فرض جزاء عسكري، أو اقتصادي، أو غيره، هذا الحكم ينطبق أيضاً في حالة عدم امتثال دولة غير طرف لطلبات التعاون المقدمة من قبل المحكمة إذا كان مجلس الأمن هو من أحال المسألة إليها^(٤٤)، لكنه لا ينطبق على الحالات التي تتم فيها الإحالة من قبل دولة طرف وفقاً للمادة (١٣/أ)، أو قام المدعي العام للمحكمة بمباشرة التحقيق من تلقاء نفسه، وفقاً للمادة (١٣/ج)، ففي هاتين الحالتين لم يتضمن نظام روما الأساسي النص على أي جزاء يجب أن تتحمله الدولة الطرف في حالة عدم امتثالها لطلبات التعاون.

(44) Condorelli, L., and Ciampi, A., Comments on the Security Council Referral of the Situation in Darfur to the ICC, J.I.C.J., vol. 3, 2005, p. 593.

إن هذا النقص الذي اعترى نظام روما الأساسي من شأنه أن يؤثر سلباً على قدرة المحكمة على تنفيذ ولايتها، ويحول دون تمكنها من ممارسة اختصاصها في ملاحقة المسؤولين عن جرائم الحرب؛ لأن عدم وجود الجزاء على رفض الدولة الطرف الامتثال لطلبات التعاون التي تقدمها المحكمة، سيؤدي حتماً إلى تماديها في عملية رفض التعاون، وهذا ما يمثل تحدي رئيسي في مكافحة ظاهرة الإفلات من العقاب.

المطلب الثاني

عقبات فعلية

تواجه المحكمة الجنائية الدولية تحديات فعلية (واقعية)، تشكل عقبات تعيق قدرتها على أداء مهامها على الوجه الأكمل، هذه التحديات تجد أساسها ومصدرها في مواقف مجلس الأمن الدولي، وفي تصرفات العديد من الدول، منها أطراف، وأخرى غير أطراف في نظام روما الأساسي.

أولاً- مواقف مجلس الأمن الدولي:

١- العدالة الانتقائية التي يتبناها مجلس الأمن في مواجهة جرائم الحرب المرتكبة:

شهدت بعض الدول العربية من بينها (ليبيا، سوريا) العديد من النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي التي ما زالت مستمرة حتى تاريخ إعداد هذا البحث، ولقد ارتكبت فيها العديد من الانتهاكات الصارخة والخطيرة لأحكام القانون الدولي الإنساني، والقانون الدولي لحقوق الإنسان، نتيجة للاشتباكات الدائرة والمستمرة فيما بين الأطراف المتنازعة التي راح ضحيتها أعداداً كبيرة من المدنيين بين قتلى وجرحى، وفي الوقت الذي اتخذ فيه مجلس الأمن قراراً حاسماً من جرائم الحرب، والجرائم ضد الإنسانية التي ارتكبت في ليبيا بعد ٢٠١١/٢/١٥م، حيث أصدر بتاريخ ٢٠١١/٢/٢٦م قراره رقم ١٩٧٠(٢٠١١)^(٤٥)، الذي قرر فيه إحالة الوضع القائم في ليبيا إلى المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية، نجده من ناحية أخرى لم يحرك ساكناً، ولم يتخذ أي قرار

^(٤٥) وثائق الأمم المتحدة، قرارات مجلس الأمن، القرار رقم ١٩٧٠(٢٠١١) الذي اتخذته مجلس الأمن

في جلسته ٦٤٩١، المعقودة في ٢٦/٢/٢٠١١م، الوثيقة رقم: S/RES/1970(2011)

مثيل له في سوريا فيما يتعلق بالجرائم الدولية الخطيرة التي ارتكبت من قبل الأطراف المتحاربة، وهذا وفقاً لتقارير دولية صادرة من قبل منظمة هيومن رايتس ووتش، ومنظمة العفو الدولية.

فعلى سبيل المثال، وفقاً للتقرير العالمي لمنظمة هيومن رايتس ووتش لعام ٢٠١٩م، استمرت أطراف النزاع باستخدام الأسلحة المحظورة بالإضافة إلى الهجمات العشوائية التي أدت إلى مقتل الآلاف من المدنيين^(٤٦)، وأفاد تقرير منظمة العفو الدولية لعام ٢٠١٨م عن الوضع في سوريا أيضاً، بأن أطراف النزاع المسلح ما زالت مستمرة في ارتكاب انتهاكات خطيرة للقانون الدولي الإنساني، بما فيها جرائم الحرب، وانتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان، ولازال مرتكبها بمنأى عن العقاب^(٤٧).

والسؤال الذي يطرح نفسه بإلحاح في هذا المقام هو: لماذا لم يتخذ مجلس الأمن قراراً بإحالة الوضع في سوريا إلى المحكمة الجنائية الدولية مثلما فعل في ليبيا وخصوصاً أن الانتهاكات المرتكبة تشكل دون أدنى شك جرائم حرب أو جرائم ضد الإنسانية تدخل في اختصاص المحكمة؟

إن مواقف مجلس الأمن المتناقضة حيال الوضع في ليبيا، والوضع في سوريا، يعدّ ترسيخاً للعدالة الانتقائية وسياسة الكيل بمكيالين التي يمارسها المجلس، وهذا الموقف السلبي لمجلس الأمن جاء نتيجة لضغوطات تمارسها بعض الدول دائمة العضوية في مجلس الأمن (روسيا - والصين)^(٤٨)؛ لأجل خدمة مصالحها السياسية في المنطقة.

^(٤٦) تقرير منظمة هيومن رايتس ووتش العالمي ٢٠١٩م، منشور على الموقع الرسمي للمنظمة على الرابط الإلكتروني التالي:

<https://www.hrw.org/ar/world-report/2019/country-chapters-325524>

^(٤٧) تقرير منظمة العفو الدولية عن سوريا لعام ٢٠١٨م، منشور على الموقع الرسمي للمنظمة على الرابط الإلكتروني:

<https://www.amnesty.org/ar/cauntries/middle-east-and-north-africa/syria/report-syria>

^(٤٨) أعاققت روسيا والصين ثلاث محاولات لإصدار قرارات عن مجلس الأمن، مستخدمة حق الاعتراض، اثنان من هذه القرارات كانا هدفهما إدانة النظام السوري، وفرض عقوبات عليه.

٢- منح مجلس الأمن الحصانة لبعض الأفراد بالمخالفة لأحكام نظام روما الأساسي:

تنص المادة (٢٧/١) من نظام روما الأساسي على: "يطبق هذا النظام الأساسي على جميع الأشخاص بصورة متساوية دون أي تمييز بسبب الصفة الرسمية، وبوجه خاص فإن الصفة الرسمية للشخص سواء أكان رئيساً لدولة أم حكومة، أم عضواً في حكومة، أم برلمان، أم ممثلاً منتخبا، أم موظفاً حكومياً، لا تعفيه بأي حال من الأحوال من المسؤولية الجنائية بموجب هذا النظام الأساسي، كما أنها لا تشكل في حد ذاتها سبباً لتخفيف العقوبة".

استناداً لنص المادة المذكورة، فإن الصفة الرسمية للشخص لا تعفيه من المسؤولية الجنائية، مما يعني أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لا يعتد بالحصانات^(٤٩)، ومما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام أن مجلس الأمن بموجب الفقرة (٦) من قراره رقم ١٩٧٠ (٢٠١١)، بشأن ليبيا، وأيضاً الفقرة (٦) من قراره رقم ١٥٩٣ (٢٠٠٥)^(٥٠)، بشأن دارفور، قرر منح الحصانة من المثل أمام المحكمة الجنائية الدولية لمواطني الدول غير الأطراف في نظام روما الأساسي في جميع ما يزعم وقوعه من تصرفات أو أعمال تقصير ناجمة من العمليات التي ينشئها مجلس الأمن في ليبيا ودارفور، وأن يخضعوا في الدعاوى الناتجة عن ما يرتكبونه من جرائم في هاتين الدولتين إلى المحاكم الوطنية في دولهم، وهذا ما يشكل مخالفة واضحة وصريحة لنص المادة (٢٧) من نظام روما الأساسي.

في واقع الأمر، إن إضافة مثل هذه الفقرات للقرارات الصادرة عن مجلس الأمن من شأنه أن يعيق دور المحكمة الجنائية الدولية في تحقيق العدالة الجنائية، ويمكن العديد من المسؤولين عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني من الإفلات من العقاب،

^(٤٩) للمزيد بخصوص نص المادة (٢٧) يمكن الاطلاع على:

Gallant, K., Jurisdiction to Adjudicate and Jurisdiction to Prescribe in International Criminal Courts, Vill.L.R., 2003, pp. 802 ff.

^(٥٠) وثائق الأمم المتحدة، قرارات مجلس الأمن، القرار رقم ١٥٩٣ (٢٠٠٥) الذي اتخذته مجلس الأمن

في جلسته ٥١٥٨، المعقودة في ٣١/٣/٢٠٠٥م، الوثيقة رقم: S/RES/1593(2005)

فمجلس الأمن كجهاز سياسي، يفترض به أن يعمل في إطار الأحكام التي تقرها نصوص الاتفاقيات الدولية؛ لكونها أهم مصادر القانون الدولي في وقتنا الراهن.

ثانياً- اتفاقيات التحصين الثنائية:

اتفاقيات التحصين الثنائية، ويطلق عليها أيضاً اتفاقيات المادة الثامنة والتسعين (م٩٨)، أو اتفاقيات عدم التسليم: هي اتفاقيات ثنائية، أحد أطرافها الولايات المتحدة الأمريكية، سعت هذه الأخيرة لعقدها مع دول أطراف، ودول غير أطراف في نظام روما الأساسي؛ للحيلولة دون مثول مواطنيها أمام المحكمة الجنائية الدولية^(٥١)، فبموجب هذه الاتفاقيات تمنع الدول من تسليم رعاياها إلى المحكمة الجنائية الدولية^(٥٢).

ولقد استندت الولايات المتحدة الأمريكية في إبرام هذه الاتفاقيات إلى نص المادة (٢/٩٨) من نظام روما الأساسي، والتي تنص على: "لا يجوز للمحكمة أن توجه طلب تقديم، يتطلب من الدولة الموجه إليها الطلب أن تتصرف على نحو لا يتفق مع التزاماتها بموجب اتفاقيات دولية، يقتضي موافقة الدولة المرسلة كشرط لتقديم شخص تابع لتلك الدولة إلى المحكمة، ما لم يكن بوسع المحكمة أن تحصل أولاً على تعاون الدولة المرسلة لإعطاء موافقتها على التقديم".

وفي تقديري، إن إبرام مثل هذه الاتفاقيات يشكل تحدياً رئيسياً يواجه المحكمة، ويعرقل سعيها في ملاحقة المسؤولين عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني من رعايا الولايات المتحدة الأمريكية، وهذا ما يعكس لنا هيمنة قانون القوة على قانون في عمل المحكمة الجنائية الدولية^(٥٣).

(٥١) رانيا يحيى جابر معترماوي، المؤتمر الاستعراضي لنظام روما الأساسي عام ٢٠١٠ ومستقبل المحكمة الجنائية الدولية، الأكاديمية الليبية، رسالة ماجستير غير منشورة، ٢٠٠٨م، ص ١٦٨.

(٥٢) من بين الدول التي وقعت مع الولايات المتحدة الأمريكية اتفاقيات تحصين ثنائية هي: أفغانستان، وموريتانيا، وبالو، والجزائر، والبحرين، والإمارات، وإسرائيل (مؤكدة)، ومصر، والكويت، والمغرب، واليمن، وتونس، وسلطنة عمان (غير مؤكدة). المرجع السابق، ص ١٧٠.

(٥٣) لمعرفة المزيد عن اتفاقيات التحصين الثنائية يمكن الاطلاع على: عزة كامل المقهور، الولايات المتحدة الأمريكية والمحكمة الجنائية الدولية (اتفاقيات التحصين الثنائية)، بحث قدم ضمن أعمال الندوة الدولية حول المحكمة الجنائية الدولية (الطموح - الواقع - وآفاق المستقبل)، غير منشور، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس/ليبيا، ٢٠٠٧م.

الخاتمة

من خلال دراسة موضوع البحث، توصلت إلى بعض النتائج والتوصيات، تتمثل في التالي بيانه:

أولاً- النتائج:

- ١- يشترك كل من القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي الجنائي في توفير الحماية الدولية للمدنيين، ففي الوقت الذي يقتصر فيه دور القانون الدولي الإنساني على حظر وتحريم جميع الأفعال التي تشكل انتهاكات خطيرة لقوانين وأعراف الحرب، يكمن دور القانون الدولي الجنائي في بسط الحماية الدولية الجنائية من خلال تجريم هذه الأفعال وتحديد عقوبات جنائية رادعة لها.
- ٢- أشرنا في المقدمة العامة للبحث إلى ضرورة استقصاء مدى فاعلية الأحكام والآليات المقررة في إطار نظام روما الأساسي في ملاحقة المسؤولين عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني (مجرمي الحرب)، ولقد توصلنا إلى أن هذه الأحكام غير كافية؛ لوجود عدة ثغرات في نصوص نظام روما الأساسي، أهمها نصوص المواد (٨٦، ١٦، ١٣) التي من شأنها أن تمثل تحديات رئيسة تحول دون قدرة المحكمة الجنائية الدولية على ممارسة مهامها المنوطة بها على الوجه الأكمل، وتعمل أيضاً على تسييس دورها، وجعلها مجرد ذيل تابع لمجلس الأمن.
- ٣- إن الجرائم التي تدخل في الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية لا تسقط بالتقادم، وفقاً لأحكام المادة (٢٩) من نظام روما الأساسي، مما يعني أن مرتكبي جرائم الحرب سوف لن يفلتوا من العقاب مهما طال الزمن.
- ٤- اعتمدت جمعية الدول الأطراف بتاريخ ٢٦/١١/٢٠١٥م قرار بإلغاء المادة (١٢٤) من نظام روما الأساسي، التي تجيز إبداء التحفظات على واحدة أو أكثر من جرائم الحرب لمدة سبع سنوات، وهذا يعد تطوراً مهماً، وخطوة إيجابية وجادة لتفعيل دور المحكمة الجنائية الدولية نحو تحقيق الحماية الجنائية المنشودة على الصعيد الدولي.
- ٥- من بين أهم التحديات الواقعية التي تواجه المحكمة الجنائية الدولية مواقف مجلس الأمن المتمثلة في العدالة المزدوجة المعايير، التي يتبعها في مواجهة جرائم الحرب

المرتكبة، ففي الوقت الذي اتخذ فيه قراراً حاسماً من جرائم الحرب التي ارتكبت في ليبيا بعد ١٥ / ٢ / ٢٠١١، وذلك بإصداره قراره رقم ١٩٧٠ (٢٠١١) الذي بموجبه قرر إحالة الوضع القائم في ليبيا إلى المحكمة الجنائية الدولية، نجده لم يحرك ساكناً، ولم يتخذ أي قرار مثيل له فيما يتعلق بالجرائم الدولية الخطيرة التي ترتكب في سوريا هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى قيامه بمنح الحصانة للأفراد العاملين ضمن قوات حفظ السلام الدولية بالمخالفة لأحكام المادة (٢٧) من نظام روما الأساسي، ولعل قراره ١٩٧٠ (٢٠١١) بشأن ليبيا من أبرز الأمثلة على ذلك، كل هذه المواقف من شأنها أن تؤدي بطبيعة الحال إلى إفلات العديد من مرتكبي جرائم الحرب من العقاب.

ثانياً- التوصيات:

- ١- أوصي كافة الجهات والأجهزة المختصة بمقاضاة مرتكبي جرائم الحرب، كما أوصي الجهات المعنية بحقوق الإنسان وحقوق ضحايا النزاعات المسلحة، أن تحرص على توثيق كافة جرائم الحرب المرتكبة وبكل الوسائل المتاحة لديها؛ لضمان ملاحقة ومحكمة ومعاقبة مجرمي الحرب مهما طال الزمن، خصوصاً وأن تلك الجرائم لا تسقط بالتقادم، وفقاً لما نصت عليه المادة (٢٩) من نظام روما الأساسي.
- ٢- أوصي المؤتمر الاستعراضي القادم لنظام روما الأساسي تضمين الأخير نصاً يقرر جزاءً تتحمله الدولة الطرف في حالة عدم امتثالها لطلبات التعاون المقدمة من قبل المحكمة الجنائية الدولية، إذا كانت الإحالة من قبل دولة طرف، أو قام المدعي العام للمحكمة بمباشرة التحقيق من تلقاء نفسه لضمان تعاونها التام مع المحكمة في أداء مهامها.
- ٣- دعوة الدول الأطراف إلى إجراء تعديل في تشريعاتها الوطنية، وذلك لضمان توفر كل صور التعاون المنصوص عليها في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وكذلك يفترض على الدول الأطراف إدخال تعديلات دستورية، تضمن عدم منح أي حصانة لمرتكبي جرائم الحرب.

قائمة المصادر والمراجع

المراجع باللغة العربية:

أولاً- الكتب:

- ١) بدرالدين محمد شبل، القانون الدولي الجنائي الموضوعي، الأردن - عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠١١م.
- ٢) سهيل حسين الفتلاوي، جرائم الحرب وجرائم العدوان، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠١١م.
- ٣) عادل عبدالله المسدي، المحكمة الجنائية الدولية، مصر - القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠١٤م.
- ٤) عبد علي محمد سوادى، حماية المدنيين أثناء النزاعات المسلحة (دراسة مقارنة بين القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية)، مصر- القاهرة، المركز العربي للنشر والتوزيع، ٢٠١٧م.
- ٥) عبدالحميد محمد عبدالحميد، المحكمة الجنائية الدولية، مصر - القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م.
- ٦) عصام عبدالفتاح مطر، القانون الدولي الإنساني، مصر - الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١م.
- ٧) علي ضوي، القانون الدولي العام، ليبيا - بنغازي، دار الكتب الوطنية، الطبعة الخامسة، ٢٠١٣م.
- ٨) محمود شريف بسيوني، مدخل لدراسة القانون الجنائي الدولي، مصر- القاهرة، دار الشروق، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م.
- ٩) مسعد عبدالرحمن زيدان، تدخل الأمم المتحدة في النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، مصر- القاهرة، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٨م.
- ١٠) يحيى عبدالله طعيمان، جرائم الحرب في نظام المحكمة الجنائية الدولية، الجمهورية اليمنية، مكتبة خالد بن الوليد للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م.

ثانياً- الرسائل العلمية:

- ١) رانيا يحيى جابر معتزماوي، المؤتمر الاستعراضي لنظام روما الأساسي عام ٢٠١٠ ومستقبل المحكمة الجنائية الدولية، الأكاديمية الليبية للدراسات العليا، رسالة ماجستير غير منشورة، ٢٠٠٨م.
- ٢) رقية عواشرية، حماية المدنيين والأعيان المدنية في النزاعات المسلحة غير الدولية، كلية القانون - جامعة عين شمس رسالة دكتوراه غير منشورة، ٢٠٠١م.
- ٣) ضياء الدين عمر الشويرف، حماية المدنيين في حالة المنازعات المسلحة الداخلية، الأكاديمية الليبية للدراسات العليا، رسالة ماجستير غير منشورة، ٢٠١٥م.

- ٤) عبدالله رخور، الحماية الدولية الجنائية للأفراد وفقاً لنظام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، كلية القانون - جامعة الجزائر، رسالة ماجستير غير منشورة، ٢٠٠٣م.
- ٥) عزالدين عمر الدولوي، الجرائم التي تختص بنظرها المحكمة الجنائية الدولية، كلية القانون - جامعة طرابلس رسالة ماجستير غير منشورة، ٢٠١٠م.
- ٦) نعيمة محمد سليمان الجدي، الحماية الجنائية للمدنيين أثناء النزاعات المسلحة الداخلية (دراسة عن الثورة الليبية)، كلية القانون - جامعة عين شمس، رسالة دكتوراه غير منشورة، ٢٠١٩م.

ثالثاً- البحوث:

- ١) رمزي حوجو، الحماية الجنائية الدولية لحقوق الإنسان، بحث منشور ضمن مجلة المفكر بالجزائر، العدد الخامس، بدون ذكر تاريخ النشر.
- ٢) سالم الأوجلي، العلاقة بين المحكمة الجنائية الدولية والمحاكم الوطنية، بحث قدم ضمن أعمال الندوة الدولية حول المحكمة الجنائية الدولية (الطموح - الواقع - وآفاق المستقبل)، غير منشور، الأكاديمية الليبية للدراسات العليا، طرابلس/ليبيا، ٢٠٠٧م.
- ٣) عزة كامل المقهور، الولايات المتحدة الأمريكية والمحكمة الجنائية الدولية (اتفاقيات التحصين الثنائية)، بحث قدم ضمن أعمال الندوة الدولية حول المحكمة الجنائية الدولية (الطموح - الواقع - وآفاق المستقبل) غير منشور، الأكاديمية الليبية للدراسات العليا، طرابلس/ليبيا، ٢٠٠٧م.
- ٤) محمد هاشم ماقورا، ضوابط المسؤولية الجنائية الدولية عن جرائم الحرب والإشكاليات ذات الصلة، بحث منشور ضمن مجلة الندوة لدراسات القانون الدولي والعلاقات الدولية، مجلة دورية إلكترونية محكمة تصدر عن فريق بحث يتبع كلية الحقوق/جامعة تبسة بالجزائر، العدد الأول، ٢٠١٩م.

رابعاً- الوثائق الدولية:

أ. الاتفاقيات والبروتوكولات الدولية:

- ١) اتفاقيات جنيف الأربع والبروتوكول الإضافي الأول، منشوران على الرابط الإلكتروني:

<https://www.icrc.org/ar/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>

ب. المواثيق والأنظمة الأساسية:

- ١) ميثاق الأمم المتحدة المعتمد عام ١٩٤٥ بمؤتمر سان فرانسيسكو.
- ٢) النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، الوثيقة رقم: (A/CONF.183/9)

ج. الوثائق الرسمية:

١) الوثيقة الخاصة بأركان الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، منشورة على الموقع الإلكتروني:

arab/iccelelements.html/hrlibrary.umn.edu

٢) القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات المعتمدة من قبل جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، الوثيقة رقم: (ICC-ASP/1/3)

٣) وثائق المحكمة الجنائية الدولية، جمعية الدول الأطراف، الوثيقة رقم: RC/Res.4

٤) وثائق المحكمة الجنائية الدولية، جمعية الدول الأطراف، الوثيقة رقم:

ICC-ASP/14/Res.2

٥) قرار مجلس الأمن رقم (٨٢٧) لعام ١٩٩٣ بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة، الوثيقة رقم: S/Res/827(1993)

٦) قرار مجلس الأمن رقم (955) لعام 1994 بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، الوثيقة رقم: S/Res/955(1994)

٧) قرار مجلس الأمن رقم (١٤٢٢) لعام ٢٠٠٢ بشأن بعثة الأمم المتحدة في البوسنة والهرسك، الوثيقة رقم: S/Res/1422(٢٠٠٢)

٨) قرار مجلس الأمن رقم ١٥٩٣ (٢٠٠٥) بشأن السودان، الوثيقة رقم: S/Res/1593(2005)

٩) قرار مجلس الأمن رقم ١٩٧٠ (٢٠١١) بشأن ليبيا، الوثيقة رقم: S/Res/1970(2011)

د. التقارير الدولية:

١) تقرير منظمة العفو الدولية عن سوريا لعام ٢٠١٨، منشور على الموقع الرسمي للمنظمة على الرابط الإلكتروني:

<https://www.amnesty.org/ar/countries/middle-east-and-north-africa/syria/report-syria>

٢) تقرير منظمة هيومن رايتس ووتش العالمي ٢٠١٩، منشور على الموقع الرسمي للمنظمة على الرابط الإلكتروني:

<https://www.hrw.org/ar/worldreport/2019/countrychapters/325524>

المراجع باللغة الإنجليزية:

A- BOOKS:

1) Antonio Cassese. International Criminal Law, Oxford University Press, 2003.

- 2) Gallant, K., Jurisdiction to Adjudicate and Jurisdiction to Prescribe in International Criminal Courts, Vill.L.R. 2003.
- 3) William A. Schabas, an Introduction to the International Criminal Court, Second Edition, Cambridge University Press, 2004.

B-ARTICLES & RESEARCHES:

- 1) Bergsmo, M., the Jurisdictional Regime of the International Criminal Court (Part II, Articles 11-19), E.J.CI&C.J., vol. 6, 1998.
- 2) Chibueze, R., The International Criminal Court Bottlenecks to Individual Criminal Liability in the Rome Statute, A.S.I.C.L., vol. 12, 2006.
- 3) Condorelli, L., and Ciampi, A., Comments on the Security Council Referral of the Situation in Darfur to the ICC, J.I.C.J., vol. 3, 2005.
- 4) Jain, N., A Separate Law for Peacekeepers: the Clash between the Security Council and the International Criminal Court, E.J.I.L., vol. 16, 2005.
- 5) John D. Haskell, The Complicity and Limits of International Law in Armed Conflict, Boston College Third World Law Journal, Winter 2009.
- 6) McCormack, T., Jurisdictional Aspects of the Rome Statute for the New International Criminal Court, M.U.L.R., vol. 23, 1999.
- 7) Mirko Bagaric and Dr. John Morss, In Search of Coherent Jurisdiction for International Criminal Law: Correlating Universal Human Responsibilities with Universal Human Rights, Suffolk Transnational Law Review ,Summer 2006.
- 8) Nsereko, D., The Relationship between the International Criminal Court and the United Nations Security Council, Z.I.S, vol. 13, 2007.







- 20) International Centre for Settlement of Investment Disputes
Case No. ARB/05/10, Malaysian Historical Salvors (note 100).
- 21) International Centre for Settlement of Investment Disputes
Case No. ARB/10/7, Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay (Decision on Jurisdiction).
- 22) International Centre for Settlement of Investment Disputes
Case No. ARB/98/2, Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile (Award of May 8 2002 in French) 41 §113.
- 23) International Centre for Settlement of Investment Disputes
Case No. ARB/03/08, L.E.S.I. (note 96) §14.
- 24) International Centre for Settlement of Investment Disputes
Case No. ARB/07/20, Saba Fakes v. Republic of Turkey (Award of July 14 2010) 36 §111.
- 25) International Centre for Settlement of Investment Disputes
Case No. ARB/06/5, Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic (Award of April 15 2009) 34 §85.
- 26) International Centre for Settlement of Investment Disputes
Case No. ARB/06/5, Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic (Award of April 15 2009).
- 27) International Centre for Settlement of Investment Disputes
Case No. ARB/97/4, Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S.(CSOB) v. The Slovak Republic (Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of May 24 1999).
- 28) International Centre for Settlement of Investment Disputes
Case No. ARB/03/11, Joy Mining (note 97).

- 11) International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/05/18, Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia (Decision on Jurisdiction of July 6 2007) 32-33 §116,117.
- 12) International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/03/08, Consortium Groupement L.E.S.I.-DIPENTA v. République algérienne démocratique et populaire (Award of January 10 2005) §13,14 and 15.
- 13) International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/03/11, Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt, (Award of August 6 2004) (2004) 19 ICSID Review, 486.
- 14) International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/03/29, Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan (Decision on Jurisdiction of November 14 2005) 35 §130 and 37 §138.
- 15) International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/05/10, Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia (Award on Jurisdiction of May 17 2007) 23 §73-74, 35 §107 and 49 §146.
- 16) International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/08/8, Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine (Decision on Jurisdiction of March 8 2010) 59 §129.
- 17) International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/07/16, Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine (Award of November 8 2010).
- 18) International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/05/22, Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania (Award of July 24 2008).
- 19) International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/06/2, Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia (Decision on Jurisdiction of September 27 2012).



• **Cases:**

- 1) International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/96/3, Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela (Decision on Objection to Jurisdiction of July 11 1997) (1998) 37 International Legal Materials, 1378.
- 2) International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/00/4, Salini Costruttori S.p.A., and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco (Decision on Jurisdiction of July 23 2001) (2003) 42 International Legal Materials, 609.
- 3) International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/99/7, Mr. Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo (Decision on the Application for Annulment of the Award of November 1st 2006).
- 4) International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/00/4, Salini (note 32).
- 5) International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/96/3, Fedax (note 31).
- 6) International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/97/4, Ceskoslovenska Obchodni Bank, A.S. (CSOB) v. The Slovak Republic, (Decision of Objection to Jurisdiction of May 24 1999) (1999) ICSID Review, 251.
- 7) International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/00/06, Consortium RFCC v. Kingdom of Morocco (Award of December 22 2003) (2003) ICISD Review, 391.
- 8) International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/03/11, Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt, (Award of August 6 2004) (2004) 19 ICSID Review, 486.
- 9) International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/00/4, Salini (note 32).
- 10) International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/04/13, Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt (Decision on Jurisdiction of June 16 2006) 29-29 §91,92.



- 21) Mavluda Sattorova, 'From Expropriation to Non-Expropriatory Standards of Treatment: Toward a Unified Concept of an Investment Treaty Breach' (Dphil thesis, University of Birmingham 2010) 13.
- 22) Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge: Cambridge University Press 2010).
- 23) Noah Rubbins, "The Notion of Investment in International Investment Arbitration", in ed. *Arbitration Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspect*, (Kluwer Law International, 2004).
- 24) Obianuju Chioma Ezejiolor, 'Domestic courts and international investment arbitral tribunals: nurturing a profitable and symbiotic relationship' (Dphil thesis, Queen Mary University of London 2014).
- 25) Omar E. Garcia-Bolivar, 'Defining an ICSID Investment : Why Economic Development Should be the Core Element' (Investment Treaty News, 13 April 2012).
- 26) Peter Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law* (2nd Ed, Oxford University Press 2007).
- 27) Rudolph Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (Oxford: Oxford University Press, 2012) 13.
- 28) Shokouh Hossein Abadi, 'Power in Investor-State Arbitration' (Dphil thesis, King's College London, University of London 2014).
- 29) UNCTAD, *World Investment Report 2016* (United Nations 2016) xii.
- 30) Velimir Zivkovic, 'Contractual Rights As Protected Investments In International Investment Law' SSRN Electronic Journal, 25.
- 31) World Bank, *ICSID Convention, Regulations and Rules* (Washington: ICSID 2006) 43 §22.



- 10) Fenghua Li, 'The Divergence and Convergence of ICSID and Non-ICSID Arbitration' (Dphil thesis, University of Glasgow 2014).
- 11) Jacob Viner, *International Economic: Studies* (Glencoe, Illinois: Free Press 1951).
- 12) Jean Ho, 'The Meaning Of 'Investment' In ICSID Arbitrations' (2010) 26 *Arbitration International*, 634.
- 13) Jean-Pierre Harb, 'Definition Of Investments Protected by International Treaties : An On-Going Hot Debate' (2011) 26 *Mealey's International Arbitration Report*, 3.
- 14) Jonathan Law (ed) *A dictionary of Law*, 8th edition (Oxford: Oxford University Press, 2013) 348.
- 15) Joseph M. Boddicker, 'Whose Dictionary Controls?: Recent Challenges to the Term "Investment" in ICSID Arbitration' (2010) 25 (5) *American University International Law Review*, 1033.
- 16) Julian Davis Mortenson, 'The Meaning of "Investment": ICSID's *Travaux* and the Domain of International Investment Law' (2010) 51 *Harvard International Law Journal*, 259.
- 17) Julien Fouret and Dany Khayat, 'International Centre For Settlement Of Investment Disputes (ICSID) Case Law Review' (2013) 12 *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 113-161 cited in den Outer (note 20) 11.
- 18) Krista Nadakavukaren Schefer, *International investment law: text, cases and materials* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016).
- 19) Lise Johnson, 'International Investment Agreements: Are their policy aims served by their broad definitions of covered "investors" and "investments"?' [2014] *European International Business Academy*, 13.
- 20) Lorenzo Cotula, 'Property rights, negotiating power and foreign investment: An international and comparative law study on Africa' (Dphil thesis, University of Edimburgh



References List

• Books and Articles:

- 1) Alex Grabowski, 'The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini' (2014) 15 Chicago Journal of International Law, 297.
- 2) Andrew Newcombe, 'General Exceptions in International Investment Agreements' (2008) Draft Discussion Paper prepared for BIICL Eight Annual WTO Conference, 1.
- 3) Campbell McLachlan, Laurence Shore and Matthew Weiniger, International Investment Arbitration: Substantive Principles (Oxford: Oxford University Press, 2007).
- 4) Christoph Schreuer, The ICSID Convention: A Commentary (Cambridge: Cambridge University Press, 2009).
- 5) Cornélie Marianne den Outer, 'ICSID Jurisdiction over Sovereign Bonds' (Master's Thesis for the Master International Trade and Investment Law of the University of Amsterdam 2015) 8.
- 6) Devashish Krishan, 'A Notion of ICSID Investment' (2008) 1 Transnational Dispute Management, 5-7 cited in den Outer (note 20) 11.
- 7) Emmanuel Gaillard, '“Bewater”, Classic Investment Bases: Input, Risk, Duration' (2008) 240 New York Law Journal, 3.
- 8) Emmanuel Gaillard and Yas Banifatemi, 'Introductory notes to ICSID: Salini Costruttori SPA and Italstrade SPA v. Kingdom of Morocco (Proceeding on jurisdiction)' (2003) 42 International Legal Materials, 606.
- 9) Felix Okpe, 'Endangered Element of ICSID Arbitral Practice: Investment Treaty Arbitration, Foreign Direct Investment, and the Promise of Economic Development in Host States (2014) 13 (2) Richmond Journal of Global Law and Business, 258.



jurisprudence”; indeed, “upsetting decades old doctrine would create unnecessary uncertainty in the area of international investment”.⁽¹⁴¹⁾

Therefore, this paper recommends that:

- 1- It is crucial for tribunals to use the “Salini criteria” as an objective test that fixes the outer limits of the meaning of an “investment” because it is the most faithful to both the spirit and letter of the ICSID Convention.⁽¹⁴²⁾
- 2- This paper also recommends the adoption of the deductive method by the ICSID arbitrators because it avoids the risk of “rendering superfluous” the definition of an “investment” under the Washington Convention.⁽¹⁴³⁾
- 3- Finally, this paper recommends to not replace the “Salini criteria” with the “double-barrelled test” because the preamble of the Washington Convention is in favour of the fourth element of the objective test that is “a contribution to the host State’s economic development”, bearing in mind that the objective method would help the Centre to further its objectives and to implement an efficient culture of precedence into its jurisprudence.⁽¹⁴⁴⁾

⁽¹⁴¹⁾ Grabowski (note 93) 309.

⁽¹⁴²⁾ See Gaillard (note 137) 3.

⁽¹⁴³⁾ Ibid

⁽¹⁴⁴⁾ See Grabowski (note 93) 308-309.

Indeed, its Article 25(1) –which is related to the Centre’s jurisdiction *ratione materiae*– made the term “investment” a cornerstone of the mechanism of protection related to the investment treaty. However, an objective definition of the concept of “investment” was not given by the Convention’s drafters and signatories. This paper concludes that, in practice, the “Salini criteria” constitute an objective test fixing the outer boundaries of the meaning of the term “investment”. However, the following must be noted:

- 1- This test was first introduced in the Fedax case, consecrated in the Salini case, and has been followed in many ICSID arbitration cases. However, this objective test is also considered by tribunals to not be sufficient to cover the broad range of economic activities that investors and States consider to be worth of treaty protection because its application depends on the arbitrators’ subjectivity. In other words, the “Salini criteria” are not unanimously adopted by ICSID arbitrators. Thus, they were rejected in many ICSID arbitral cases.
- 2- Moreover, this objective test is also sometimes replaced with another test: the “the double-barrelled test” by ICSID tribunals. This other test puts the burden on the definition of “investment” included within the relevant BITs and does not rely on some objective criteria of “investment”. Notwithstanding, replacing the “Salini criteria” with the “double-barrelled test” is considered by a certain number of scholars as a mistake. As Grabowsky noted, consistent adoption of the “Salini criteria” would allow ICSID to



Also, Harb argued that a harmony between the subjective definition of the relevant BIT and the objective definition of the Washington Convention is difficult to find.⁽¹³⁷⁾ That is why a part of academia does not agree with this subjective test. Indeed, for Grabowski, attempting to replace the “objective test” is a mistake because: (1)the ICSID Convention’s preamble is in favour of the fourth element of the “Salini criteria” that is “a contribution to the host State’s economic development” and (2)the “Salini criteria” would help ICSID to further its goals and to introduce a stronger culture of precedence into its jurisprudence⁽¹³⁸⁾.

Grabowski’s approach is particularly relevant: the “Salini criteria” contribute more in favour of the enhancement of the security and predictability of the jurisprudence of ICSID than the “double-barrelled test”. Also, Gaillard argued that the objective test consecrated by the “Salini criteria” is the most faithful to both the spirit and letter of the Washington Convention.⁽¹³⁹⁾ The scholar added that, on the opposite to the subjective test, the objective test avoids the risk of “rendering superfluous” the qualification of an “investment” under the ICSID Convention.⁽¹⁴⁰⁾

4. Conclusion

It is clear that –within the practice of international investment– the “Salini criteria” strongly contributed as a deductive method attempting to give a true and objective definition of “investment” and responding to the silence of the Washington Convention.

⁽¹³⁷⁾ Harb (note 57) 13.

⁽¹³⁸⁾ Grabowski (note 93) 308-309.

⁽¹³⁹⁾ Emmanuel Gaillard, ‘Biwater’, *Classic Investment Bases: Input, Risk, Duration* (2008) 240 *New York Law Journal*, 3.

⁽¹⁴⁰⁾ *Ibid.*

Washington and the BIT; thus, the Centre’s jurisdiction *ratione materiae* lied “on the intersection of two definitions”.⁽¹³¹⁾

It is noteworthy, however, that the case *CSOB v The Slovak Republic*⁽¹³²⁾ was the first illustration of a clear adoption of the subjective approach in ICSID jurisprudence. In this case – which was brought under the Czechoslovakia-Slovakia BIT – the arbitrators pointed out that because of the choice of the Convention’s drafters to not introduce any limits on the definition of an investment as a concept, “it should be interpreted broadly”.⁽¹³³⁾ However, this subjective test was also subject to criticisms from ICSID arbitrators. Indeed, in the case *Joy Mining v. Egypt*⁽¹³⁴⁾, the arbitrators pointed out that it is not because the Washington Convention has not defined “investment” that anything agreed to by the parties might constitute – under the Convention – an “investment”.⁽¹³⁵⁾ As Krishan noted, the “double-barrelled test” puts the burden on the definition of the term “investment” included within the relevant BIT; hence, without any boundary to the concept of “investment” in the Washington Convention, the outer limits set by the Convention are *de facto* very broad.⁽¹³⁶⁾

⁽¹³¹⁾ *Ibid* 29 §74.

⁽¹³²⁾ International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/97/4, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S.(CSOB) v. The Slovak Republic* (Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of May 24 1999).

⁽¹³³⁾ *Ibid* 273 §64.

⁽¹³⁴⁾ International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/03/11, *Joy Mining* (note 97).

⁽¹³⁵⁾ *Ibid* 11 §49.

⁽¹³⁶⁾ Devashish Krishan, ‘A Notion of ICSID Investment’ (2008) 1 *Transnational Dispute Management*, 5-7 cited in den Outer (note 20) 11.



particular test constitutes the second step of the subjective test. The combination of these two steps constitutes the “double-barrelled test” as theorised by Schreuer. According to this theory, the tribunal must verify cumulatively (1)if the jurisdiction of the Centre is to be grounded on a treaty including “an offer of consent” from the parties and (2)if the activity constitutes an “investment” under the Article 25(1) of the Convention of Washington.⁽¹²⁸⁾ The existence of the subjective approach is justified by the fact that the term “investment” remains ambiguous because of (1) the absence of generally accepted objective criteria of this concept from ICSID jurisprudence; and, (2)the evident dissimilarities between the subjective definitions of this concept provided by BITs.

For Fouret and Khayat, the “double-barrelled test” should be understood as a rule in which “the investment must fit within both definitions of the Convention and BITs” and not as “one definition that constitutes the outer boundaries in which the other definition needs to fit”.⁽¹²⁹⁾ This approach was adopted in particular ICSID cases. Indeed, in the *Phoenix v. The Czech Republic*⁽¹³⁰⁾ case, the arbitrators adopted the subjective approach and found that the contract constituted an “investment” under the Convention of

⁽¹²⁸⁾ Schreuer (note 43) 117.

⁽¹²⁹⁾ Julien Fouret and Dany Khayat, 'International Centre For Settlement Of Investment Disputes (ICSID) Case Law Review' (2013) 12 *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 113-161 cited in den Outer (note 20) 11.

⁽¹³⁰⁾ International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/06/5, *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic* (Award of April 15 2009).



Thus, the criterion of the “contribution of the host State’s economic development” consecrated in the Salini case is more and more disregarded by ICSID arbitrators.⁽¹²⁴⁾ Therefore, even though the jurisprudence attempted to establish, in a concrete manner, an “objective” definition of the term “investment” with the adoption of the objective test; the “Salini criteria” are still considered as non-binding indications by ICSID tribunals.

3.2. The “Double-barrelled test”, a subjective test and possible alternative to the “Salini criteria” for the ICSID arbitrators

Den Outer explained that, before the quantitative growth of BITs, tribunals usually admitted that the insertion of an ICSID arbitration clause in an international investment contract established – in an implicit manner – the parties’ consent on the existence and presence of an “investment” as defined and covered by the Washington Convention’s Article 25(1).⁽¹²⁵⁾ This way of establishing the parties’ consent by only the inclusion of an ICSID arbitration clause forms the first step of the subjective test. Later, with the proliferation of BITs containing both a subjective definition of the term “investment” and an ICSID arbitration clause, the parties’ consent to ICSID arbitration was established only when recognising that the dispute was related with an “investment” as defined in the relevant BIT.⁽¹²⁶⁾

In other words, ICSID’s competence *ratione materiae* became dependent upon the establishment of investment under both the respective BIT and the Washington Convention.⁽¹²⁷⁾ This

⁽¹²⁴⁾ Harb (note 57) 13.

⁽¹²⁵⁾ den Outer (note 19) 10.

⁽¹²⁶⁾ Ibid.

⁽¹²⁷⁾ Harb (note 57) 13.



case.”⁽¹¹⁶⁾ Nevertheless, even if all the items are present, the Centre will still assess their degree as well as nature in consideration of concluding whether, on an examination of a holistic nature, the economic activity in question is an “investment” in accordance with the Washington Convention.⁽¹¹⁷⁾

Furthermore, in *Pey Casado v. Chile*⁽¹¹⁸⁾ and *L.E.S.I – Dipenta v. Algeria*⁽¹¹⁹⁾, the arbitrators took into consideration the fact that is not required to prove that the economic transaction satisfies the condition of “a contribution to the host State’s economic development”, such prerequisite being implied already in an implicit manner by the three other elements from the “Salini criteria”.⁽¹²⁰⁾ Nevertheless, in other cases such as *Saba Fakes v. Republic of Turkey*⁽¹²¹⁾ and *Phoenix Act. Ltd. v. Czech Republic*⁽¹²²⁾, the Centre argued that the condition “contribution to development” was not possible to satisfy.⁽¹²³⁾

⁽¹¹⁶⁾ Ibid 67 §206.

⁽¹¹⁷⁾ Ibid.

⁽¹¹⁸⁾ International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/98/2, *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile* (Award of May 8 2002 in French) 41 §113. For the English version of the excerpt and award, see Emmanuel Gaillard and Yas Banifatemi, *Precedent In International Arbitration* (1st edition, Juris Publishing, Inc 2008) Annex 4.

⁽¹¹⁹⁾ International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/03/08, *L.E.S.I.* (note 96) §14.

⁽¹²⁰⁾ Harb (note 57) 12.

⁽¹²¹⁾ International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/07/20, *Saba Fakes v. Republic of Turkey* (Award of July 14 2010) 36 §111.

⁽¹²²⁾ International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/06/5, *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic* (Award of April 15 2009) 34 §85.

⁽¹²³⁾ *Ezejiófor* (note 12) 59.

“consequence” of a “prosperous and successful investment” but not a “mandatory condition” of an “investment”.⁽¹¹¹⁾

Also, in the case *Malaysia Historical Salvors v. Malaysia*⁽¹¹²⁾, the tribunal – before declining its competence *ratione materiae* over the foreign investor’s economic activity in an operation of marine salvage – made an explicit reference to the “Salini criteria” and argued that the usual objective test consecrated by the “Salini criteria” should not be considered as a “checklist of items” which, if all its boxes are ticked, will immediately qualify an economic activity as “investment.”⁽¹¹³⁾ Otherwise, in case of an absence of these items, it would be uncertain to declare whether the economic activity constitutes an “investment” pursuant to the Washington Convention’s Article 25(1) or not.⁽¹¹⁴⁾

In *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Uruguay*⁽¹¹⁵⁾, the Tribunal viewed that “the four constitutive elements of the Salini list do not constitute jurisdictional requirements to the effect that the absence of one or the other of these elements would imply a lack of jurisdiction. They are typical features of investments under the ICSID Convention, not “a set of mandatory legal requirements”. As such, they may assist in identifying or excluding in extreme cases the presence of an investment but they cannot defeat the broad and flexible concept of investment under the ICSID Convention to the extent it is not limited by the relevant treaty, as in the present

⁽¹¹¹⁾ Ibid 76 §220.

⁽¹¹²⁾ International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/05/10, *Malaysian Historical Salvors* (note 100).

⁽¹¹³⁾ Ibid 35 §106(e).

⁽¹¹⁴⁾ Ibid.

⁽¹¹⁵⁾ International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/10/7, *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay* (Decision on Jurisdiction).



Furthermore, it is noteworthy that in some other cases, the arbitrators have explicitly rejected the adoption of the objective test. Indeed, in the case *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*⁽¹⁰⁵⁾, the Centre pointed out that the components of the so-called “Salini criteria” – which some arbitrators have put into use cumulatively and mandatorily – are nowhere to be “found” within the Washington Convention’s Article 25(1).⁽¹⁰⁶⁾ In this particular case, it was even considered that by applying the test in such a fashion, the previous tribunals have aimed at a “universal definition” of “investment” under the Washington Convention’s Article 25(1) despite the fact that the Convention’s signatories (as well as drafters) “chose to not have one”.⁽¹⁰⁷⁾ Besides, in the *Biwater Gauff v. Tanzania*⁽¹⁰⁸⁾ case, the tribunal considered that it is preferable to adopt a more pragmatic and flexible approach to the definition of the term “investment” that takes into consideration the criteria consecrated in the Salini case but also every other circumstance of the case.⁽¹⁰⁹⁾

In addition, in the *Quiborax v. Bolivia*⁽¹¹⁰⁾ case, it was stated by the tribunal that the fourth element of the “Salini criteria” (which is “a contribution to the host State’s development”) can be the

⁽¹⁰⁵⁾ International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/07/16, *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine* (Award of November 8 2010).

⁽¹⁰⁶⁾ *Ibid* 109 §311.

⁽¹⁰⁷⁾ *Ibid*.

⁽¹⁰⁸⁾ International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/05/22, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania* (Award of July 24 2008).

⁽¹⁰⁹⁾ *Ibid* 87 §316.

⁽¹¹⁰⁾ International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/06/2, *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia* (Decision on Jurisdiction of September 27 2012).

3. The insufficiency of the “Salini Criteria” as non-binding indications depending on the arbitrators’ subjectivity

The “Salini criteria” are non-binding indications because they stand as an objective test that is not unanimously adopted by ICSID tribunals (3.1) and that is sometimes replaced by a subjective test known by arbitrators and scholars as the “double-barrelled test” (3.2).

3.1. The “Salini criteria”, an objective test not unanimously adopted by the ICSID arbitrators

The reliability of the “Salini criteria” was massively disapproved by ICSID arbitrators although they have been explicitly referred to in many cases⁽¹⁰¹⁾. Indeed, there have been irregularities in ICSID arbitration’s case-law on the adoption of the “Salini criteria” – in order to define objectively an “investment” under the Washington Convention’s Article 25(1).⁽¹⁰²⁾ The following examples clearly illustrate these irregularities within ICSID jurisprudence. In the case *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and others v. Ukraine*⁽¹⁰³⁾, the “Salini criteria” were implicitly rejected by the Centre because it considered that it was not “appropriate” to impose – through jurisprudence – such a compulsory meaning while the Contracting States to the Washington Convention chose not to specify one.⁽¹⁰⁴⁾

⁽¹⁰¹⁾ Harb (note 57) 11.

⁽¹⁰²⁾ Ezejiofor (note 12) 59.

⁽¹⁰³⁾ International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/08/8, *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine* (Decision on Jurisdiction of March 8 2010) 59 §129.

⁽¹⁰⁴⁾ *Ibid* 59 §129.



de Nul v. Egypt⁽⁹⁵⁾, Kardassopoulos v. Georgia⁽⁹⁶⁾, L.E.S.I.-DIPENTA v. Algeria⁽⁹⁷⁾, Joy Mining v. Egypt⁽⁹⁸⁾, Bayindir v. Pakistan⁽⁹⁹⁾, and Malaysian Historical Salvors v. Malaysia⁽¹⁰⁰⁾. Therefore, the Salini case is a significant milestone in the evolution of the jurisprudence of the Centre concerning foreign investments' protection and the outer boundaries of the term "investment" under the Washington Convention. Notwithstanding, despite this important contribution, the "Salini criteria" remain insufficient to contain the broad range of economic activities that investors and States consider to be worth of treaty protection because they only constitute non-binding indications toward ICSID tribunals.

⁽⁹⁵⁾ International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/04/13, Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt (Decision on Jurisdiction of June 16 2006) 29-29 §91,92.

⁽⁹⁶⁾ International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/05/18, Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia (Decision on Jurisdiction of July 6 2007) 32-33 §116,117.

⁽⁹⁷⁾ International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/03/08, Consortium Groupement L.E.S.I.- DIPENTA v. République algérienne démocratique et populaire (Award of January 10 2005) §13,14 and 15.

⁽⁹⁸⁾ International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/03/11, Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt, (Award of August 6 2004) (2004) 19 ICSID Review, 486.

⁽⁹⁹⁾ International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/03/29, Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan (Decision on Jurisdiction of November 14 2005) 35 §130 and 37 §138.

⁽¹⁰⁰⁾ International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/05/10, Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia (Award on Jurisdiction of May 17 2007) 23 §73-74, 35 §107 and 49 §146.

– that were observed in the Salini case – which, for him, were “typical to most of the (investment) operations”.⁽⁸⁸⁾ For Schreuer, these features are the following: a certain “regularity of return and profit”, a certain “duration” of the projects, the “risk assumption” by both sides, and a “substantial” commitment.⁽⁸⁹⁾ He added, regarding the feature as to the significance of the operation “for the host State’s development”, that it should be understood as a part of both the “purpose” and “object” of the Convention.⁽⁹⁰⁾ Also, Zivkovic argued that most of the features introduced by the academia as well as Fedax were considered and followed by the Centre in the Salini case, excepted the one requiring “certain regularity of return and profit”.⁽⁹¹⁾

In addition, Den Outer noted that three elements were extrapolated by the arbitrators from the case law after having looked at past international investment law decisions.⁽⁹²⁾ For Grabowski, it is after analysis of the preamble of the Washington Convention which mentions the importance of “the role of international investment in the host States’ economic development” that the arbitrators added the fourth criterion.⁽⁹³⁾ In practice, “The Salini criteria” have been adopted in a great number of ICSID arbitral cases. Indeed, according to the academia⁽⁹⁴⁾, this test has been applied consistently by arbitrators and was referred to explicitly in numerous decisions such as Jan

⁽⁸⁸⁾ Schreuer (note 43) 128.

⁽⁸⁹⁾ Ibid.

⁽⁹⁰⁾ Ibid.

⁽⁹¹⁾ Zivkovic (note 72) 25.

⁽⁹²⁾ den Outer (note 19) 13-14.

⁽⁹³⁾ Alex Grabowski, ‘The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini’ (2014) 15 Chicago Journal of International Law, 297.

⁽⁹⁴⁾ Harb (note 57) 9.



ICSID lacked *ratione materiae* jurisdiction for the reason that, under Moroccan law – which was the applicable law under the BIT – a construction contract for a highway could not constitute an investment but a contract for services (*contrat d’entreprise*).⁽⁷⁹⁾

The tribunal, in order to establish its competence *ratione materiae*, decided to develop explicitly an objective test that could qualify the Italian companies’ work as an “investment”. ICSID’s ruling brought four criteria of the concept of “investment” covered by the Washington Convention’s Article 25(1): “(1)a contribution of money or assets⁽⁸⁰⁾, (2)a certain duration of performance of the contract⁽⁸¹⁾, (3)an element of risk⁽⁸²⁾ and (4)a contribution to the economic development of the host State⁽⁸³⁾.” This approach consecrated the so-called “Salini criteria”. The arbitrators considered them to be cumulative⁽⁸⁴⁾. However, they stated that for this specific case, the tribunal assessed them individually.⁽⁸⁵⁾

The Salini case was very commented on by the academia. Indeed, with respect to the reasoning of the tribunal, Mortenson argued that the arbitrators followed Schreuer’s approach that was elaborated in the first edition⁽⁸⁶⁾ of its seminal treatise on the ICSID Convention.⁽⁸⁷⁾ Indeed, Schreuer mentioned some features

⁽⁷⁹⁾ Emmanuel Gaillard and Yas Banifatemi, ‘Introductory notes to ICSID: Salini Costruttori SPA and Italstrade SPA v. Kingdom of Morocco (Proceeding on jurisdiction)’ (2003) 42 *International Legal Materials*, 606.

⁽⁸⁰⁾ International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/00/4, Salini (note 32) 622 §52.

⁽⁸¹⁾ *Ibid.*

⁽⁸²⁾ *Ibid.*

⁽⁸³⁾ *Ibid.*

⁽⁸⁴⁾ den Outer (note 19) 14.

⁽⁸⁵⁾ International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/00/4, Salini (note 32) 622 §52.

⁽⁸⁶⁾ See Schreuer (note 41) 140.

⁽⁸⁷⁾ Mortenson (note 38) 271-272.

Professor Schreuer's writings.⁽⁷²⁾ Furthermore, in practice, the definition of "investment" contained within the United States 2012 Model BIT took up the features of "investment" posited in the Fedax case, although without directly referring to the case.⁽⁷³⁾ These basic features of "investment" introduced in Fedax will be consecrated in the Salini⁽⁷⁴⁾ case as the "Salini criteria".

2.2.2. The consecration of the objective test in the Salini case

It is in the case *Salini v. Morocco*⁽⁷⁵⁾ that ICSID jurisprudence consecrated a four-element objective test. The facts of this important case were the following: Two companies from Italy, Salini Costruttori and Italstrade (hereinafter Salini), jointly submitted and won a bid issued by the Société Nationale des Autoroutes du Maroc, a state-controlled body for the construction of a fifty kilometres highway.⁽⁷⁶⁾ Thirty-six months later, the two companies completed the highway, going four months beyond the schedule stipulated and agreed in their contract.⁽⁷⁷⁾ The Moroccan authorities refused to pay for the highway.⁽⁷⁸⁾ As a consequence, after exhausting the domestic channels, Salini submitted the dispute to ICSID arbitration claiming that "the contract constituted an investment pursuant the stipulations of the 1990 BIT between Italy and Morocco". The government of Morocco alleged that

⁽⁷²⁾ Velimir Zivkovic, 'Contractual Rights As Protected Investments In International Investment Law' SSRN Electronic Journal, 25. This article is also available in Oxford Student Legal Studies Paper No. 08/2011.

⁽⁷³⁾ McLachlan, Shore and Weiniger (note 42) 172.

⁽⁷⁴⁾ International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/00/4, *Salini* (note 32).

⁽⁷⁵⁾ *Ibid.*

⁽⁷⁶⁾ *Ibid* 610 §2.

⁽⁷⁷⁾ *Ibid* 610 §4.

⁽⁷⁸⁾ *Ibid* 610 §5.



Netherland-Venezuela BIT as well as ICSID Convention – as they did not constitute portfolio investments or FDIs.⁽⁶⁵⁾ Indeed, the respondent affirmed that investments in an economic context mean “the laying out of property or money in business projects/ventures, so that it can generate an income or revenue”, a feature that the financial instruments did not have.⁽⁶⁶⁾ The tribunal concluded that “the promissory notes stand as a proof of a loan”, for the reason that the commitment of capital was for “a certain duration”⁽⁶⁷⁾, “relatively substantial”⁽⁶⁸⁾, and involving an “element of risk” as well as “regular profit and return by means of interest payments”⁽⁶⁹⁾. In other words, the tribunal introduced for the first time an objective test related to the meaning of “investment” in a form of a set of “basic features”.

Ezejiófor noted that a significant connection between “the host State’s development and the economic transaction” was also established by the arbitrators in this case.⁽⁷⁰⁾ In addition, according to Zivkovic, the arbitrators have followed⁽⁷¹⁾ in their decision

⁽⁶⁵⁾ Ibid 1381 §18-19.

⁽⁶⁶⁾ Ibid 1381 §19.

⁽⁶⁷⁾ Ibid 1387 §43.

⁽⁶⁸⁾ Ibid.

⁽⁶⁹⁾ Ibid.

⁽⁷⁰⁾ Ezejiófor (note 12) 58. The scholar noted as well that there were similar findings with respect to this significant connection in some other cases such as International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/97/4, Ceskoslovenska Obchodni Bank, A.S. (CSOB) v. The Slovak Republic, (Decision of Objection to Jurisdiction of May 24 1999) (1999) ICSID Review, 251; International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/00/06, Consortium RFCC v. Kingdom of Morocco (Award of December 22 2003) (2003) ICISD Review, 391 and International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/03/11, Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt, (Award of August 6 2004) (2004) 19 ICSID Review, 486.

⁽⁷¹⁾ Schreuer (note 41) 140.



in their BITs as they wish. However, to provide a more uniform and predictable rule to them, hallmarks on the definition of “investment” had to be established by ICSID tribunals. Most precisely, it is the important *Salini v Morocco*⁽⁶³⁾ case that consecrated these outer limits of the term “investment” along with an objective test: the “Salini criteria”.

2.2. The consecration of the “Salini-criteria” by ICSID jurisprudence as an objective test fixing the outer boundaries of the definition of “investment”

Before consecrating the “Salini Criteria” in the *Salini* case (2.2.2), the objective test with respect to the definition of “investment” was first introduced by ICSID jurisprudence in the *Fedax* case (2.2.1).

2.2.1. The introduction of the objective test in the *Fedax* case

For the first time, ICISID arbitration dealt with the notion of “investment” using an objective view in the *Fedax*⁽⁶⁴⁾ case. The facts of this case were the following: *Fedax*, a Dutch company, was operating in the Republic of Venezuela. In 1996, a claim was filed by the company before ICSID because of a dispute over promissory notes issued by the Venezuelan government and assigned by means of endorsement to the corporation. Consequently, objections were raised by the Republic of Venezuela to the jurisdiction of the Centre on the ground that the financial instruments were not “investments” under both the

⁽⁶³⁾ International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/00/4, *Salini* (note 32).

⁽⁶⁴⁾ International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/96/3, *Fedax* (note 31).



“immovable and movable property” or “every kind of assets”) may cause confusion on whether the transaction qualifies within one of the categories of investments protected by the treaty.⁽⁵⁷⁾ In addition, some other BITs include a limited list of investments and exclude certain forms of assets from this list. By way of illustration, one may cite the provisions concerning the notion of “investments” contained within the Canada 2004 Model BIT.⁽⁵⁸⁾ A scholar noted that this method reduces the risk of the “demeaning” of the term “investment” by the express exclusion of all assets that do not constitute “authentic” investments.⁽⁵⁹⁾

Also, it is noteworthy that the term “investment” may also be drafted in a detailed manner. It is the case of the provisions related to the notion of “investments” included within the United States 2012 Model BIT⁽⁶⁰⁾. This Model BIT chose a different approach to other models currently used⁽⁶¹⁾: the definition is itemized and accompanied by explanatory references that give information on the type of authorisation, licences, and debt that may form an “investment”. In addition, this Model BIT also stipulates that the notion of “investment” does not involve any judgement or order entered in administrative or judicial action.⁽⁶²⁾ Therefore, in practice, the parties are free to define the notion of “investment”

⁽⁵⁷⁾ Jean-Pierre Harb, ‘Definition Of Investments Protected by International Treaties : An On-Going Hot Debate’ (2011) 26 Mealey’s International Arbitration Report, 3.

⁽⁵⁸⁾ See Section A – Article 1 (Definitions) of the Agreement between Canada and [...] for the Promotions and Protection of Investments (2004 Canada Model BIT) 4-5.

⁽⁵⁹⁾ Harb (note 57) 4.

⁽⁶⁰⁾ See the Treaty between the Government of the United States of America and the Government of [Country] concerning the Encouragement and Reciprocal protection of Investments (United States Model BIT) 3-4.

⁽⁶¹⁾ McLachlan, Shore and Weiniger (note 42) 171.

⁽⁶²⁾ Harb (note 57) 3.

One may admit that the current practice of international investment confirms the theory of these scholars. Indeed, the definition of the term “investment” can take various forms within BITs.⁽⁵¹⁾ It may be defined by the parties in a very broad way as in the France 2006 Model BIT⁽⁵²⁾, United Kingdom 2008 Model BIT⁽⁵³⁾, Germany 2008 Model BIT⁽⁵⁴⁾, or the Netherlands 2004 Model BIT⁽⁵⁵⁾. These treaties provide a very wide definition of the term “investment” – by starting with a broad sentence and then giving a list of nearly five specific classifications of “rights”.⁽⁵⁶⁾ Harb, who commented on these Model BITs, argued that the use of broad generic notions in the French BIT (for example

⁽⁵¹⁾ According to Noah Rubbins, the notion of "investment" in international investment arbitration could be classified into three categories for the purposes of defining investment: those that contain an "illustrative list" of assets (broad definition of investment); an "exhaustive list" (which sets out elements that are not to be considered investment); and "hybrid list" (which defines investment broadly, and include non-exhaustive list of forms an investment may take). See Noah Rubbins, "The Notion of Investment in International Investment Arbitration", in ed. Arbitration Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspect, (Kluwer Law International, 2004).

⁽⁵²⁾ See Article 1 (1) of the Draft Agreement between the Government of the Republic of France and the Government of the Republic of [...] on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (2006 France Model BIT) 2.

⁽⁵³⁾ See Article 1 of the Draft Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of [...] for the Promotion and Protection of Investments (2008 UK Model BIT).

⁽⁵⁴⁾ See Article 1 of the Treaty between the Federal Republic of Germany and [...] concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments (2008 Germany Model BIT) 2-3.

⁽⁵⁵⁾ See Article 1 of the Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between [...] and the Kingdom of the Netherlands (2004 Netherlands Model BIT) 2.

⁽⁵⁶⁾ McLachlan, Shore and Weiniger (note 42) 171.



word “investment”.⁽⁴³⁾ This sentence states: “the need for international co-operation for economic development and the role of private international investment therein”.⁽⁴⁴⁾

Furthermore, this theory on the interpretation of the ICSID Convention’s preamble was cited in the case *Patrick Mitchell v Democratic Republic of Congo*⁽⁴⁵⁾. Indeed, for the tribunal, the “only possible indication” of “an objective meaning”⁽⁴⁶⁾ related to the term “investment” was “the contribution to economic development”.⁽⁴⁷⁾ In addition, Schreuer noted as well that Rule 2 of the “Institution Rules” confirmed that “investment” has an “objective definition” that does not depend on “the disposition of the parties”.⁽⁴⁸⁾ Indeed, the Schreuer pointed out that even though the parties have a lot of “freedom” in defining their business relationship as “investment”, they cannot describe as “investment” an activity that is “squarely out of the concept’s objective meaning”.⁽⁴⁹⁾ Notwithstanding, certain scholars do not agree with Schreuer. Indeed, for McLachlan, Shore, and Weiniger, the limits of what qualifies as an “investment” fall to be given by the consent of the parties within a broad area of discretion.⁽⁵⁰⁾

⁽⁴³⁾ Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009) 116-117.

⁽⁴⁴⁾ See the first sentence of the preamble of the ICSID Convention (note 17).

⁽⁴⁵⁾ International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/99/7, *Mr. Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo* (Decision on the Application for Annulment of the Award of November 1st 2006).

⁽⁴⁶⁾ *Ibid* 13 §31.

⁽⁴⁷⁾ Felix Okpe, ‘Endangered Element of ICSID Arbitral Practice: Investment Treaty Arbitration, Foreign Direct Investment, and the Promise of Economic Development in Host States (2014) 13 (2) *Richmond Journal of Global Law and Business*, 258.

⁽⁴⁸⁾ Schreuer (note 43) 117.

⁽⁴⁹⁾ *Ibid*.

⁽⁵⁰⁾ McLachlan, Shore and Weiniger (note 42) 164.



Indeed, for the drafters and the signatories of the Convention, an economic activity, enterprise, or asset will be subject to the jurisdiction of the Centre only if it qualifies as an “investment” under the Washington Convention’s Article 25(1).⁽³⁸⁾ Therefore, the claimants’ procedural as well as substantive guarantees under multilateral and bilateral treaties solely depend on this qualification.⁽³⁹⁾ However, the precise scope of the term “investment” is not provided by the Convention’s Article 25(1). Indeed, according to the Executive Directors’ Report: “Given the means by which the Member States can make known in advance, if they so want, the types of disputes that they would (or not) consider bringing before ICSID, and the important condition related to consent by the parties; no attempt was made to define the notion of investment”.⁽⁴⁰⁾

It is noteworthy that Schreuer demonstrated⁽⁴¹⁾ that many distinct views with respect to the meaning of “investment” were debated by the Executive Directors; however, no decision was unanimously adopted at the end.⁽⁴²⁾ Nevertheless, Schreuer also argued that a “possible indication” was given by the first sentence of the Convention’s preamble on “an objective meaning” of the

⁽³⁸⁾ Julian Davis Mortenson, ‘The Meaning of “Investment”: ICSID’s Travaux and the Domain of International Investment Law’ (2010) 51 Harvard International Law Journal, 259.

⁽³⁹⁾ Sattorova (note 36) 13.

⁽⁴⁰⁾ For the exact and detailed wording of the Report related to this matter; see World Bank (note 34) 44 §27.

⁽⁴¹⁾ Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001) 121-125.

⁽⁴²⁾ Campbell McLachlan, Laurence Shore and Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford: Oxford University Press, 2007) 164.



“Salini-criteria” –as a response to the silence of the Convention of Washington– developed an objective test fixing the outer boundaries of the legal definition of the term “investment” (2.2).

2.1. The absence of a definition of “investment” in the ICSID Convention and the presence of various definitions of “investment” in BITs

Usually, the legal notion of “jurisdiction” is defined by academia as “the competence of a court to make a certain order or decide and hear a case”⁽³³⁾. Moreover, according to the Executive Directors’ Report on the Washington Convention, the notion of “jurisdiction of the Centre” introduced within the ICSID Convention should be understood as “the limits” within which the Centre’s facilities will be available and the Convention’s provisions will apply for the proceedings of arbitration and conciliation.⁽³⁴⁾ Most precisely, it is the Convention’s Article 25(1) that limits the jurisdiction *ratione materiae* of ICSID to “any legal disputes arising directly out of an investment”⁽³⁵⁾. In other words, the term “investment” forms the cornerstone of the mechanism of protection related to investment treaties.⁽³⁶⁾ Hence, if there is no “investment”, the ICSID arbitrators will not have the competence to address the case.⁽³⁷⁾

⁽³³⁾ Jonathan Law (ed) *A dictionary of Law*, 8th edition (Oxford: Oxford University Press, 2013) 348.

⁽³⁴⁾ See World Bank, *ICSID Convention, Regulations and Rules* (Washington: ICSID 2006) 43 §22.

⁽³⁵⁾ Boddicker (note 15) 1034.

⁽³⁶⁾ Mavluda Sattorova, ‘From Expropriation to Non-Expropriatory Standards of Treatment: Toward a Unified Concept of an Investment Treaty Breach’ (Dphil thesis, University of Birmingham 2010) 13.

⁽³⁷⁾ Schefer (note 3) 69.



Republic of Venezuela⁽³¹⁾ case (hereinafter Fedax case) and then consecrated by the *Salini v Morocco* ⁽³²⁾ case (hereinafter Salini case).

The third section will try to show that despite this contribution, the “Salini criteria” only constitute –for ICSID tribunals– non-binding indications related to the outer boundaries of the term “investment”. This section will explain that the objective test (with the so-called “Salini criteria”) is still not unanimously adopted by ICSID tribunals; hence, it is also sometimes replaced by a subjective test (known as the “double-barrelled test”) by ICSID arbitrators. This section will then be followed by concluding remarks.

2. The contribution of the “Salini Criteria” as a deductive method aiming at an objective definition of “investment”

The legal notion, as well as the concept of “investment”, is referred to, within the Washington Convention, as an investor-State claim’s *ratione materiae* element. Therefore, trying to show that the “Salini criteria” contribute as a deductive method aiming at an objective definition of the concept of “investment” implies, first, to explain that the legal definition of the notion of “investment” – which is absent from the Convention of Washington – has various forms in BITs (2.1); and, secondly, to demonstrate that the consecration by ICSID arbitrators of the

⁽³¹⁾ International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/96/3, *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela* (Decision on Objection to Jurisdiction of July 11 1997) (1998) 37 International Legal Materials, 1378.

⁽³²⁾ International Centre for Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/00/4, *Salini Costruttori S.p.A., and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco* (Decision on Jurisdiction of July 23 2001) (2003) 42 International Legal Materials, 609.



commentators and arbitrators.⁽²⁹⁾ With this problem in mind, this paper seeks to show that the development of the objective approach (with the so-called “Salini criteria”) on a definition of “investment” is considered by ICSID arbitrators to not be sufficient to cover the economic activities that investors and States deem to be worth of treaty protection.

1.2 Scope of this paper:

The scope of this paper will cover the analysis of certain Model BITs, ICSID case-law, and scholarly contributions in respect of the legal meaning as well as interpretation of the notion of “investment” within the range of international investment law and provisions of the ICSID Convention.

Thus, this paper will be organised into three main parts. Following the introduction, the second section will try to show that the “Salini criteria” constitute – for ICSID tribunals – a deductive method⁽³⁰⁾ aiming at an objective definition of the concept of “investment”. In this section, the absence of an objective definition of the term “investment” in the Convention of Washington and the presence of various subjective definitions of the notion of “investment” within BITs will be explained.

Then, the contribution of the “Salini criteria” as an objective test fixing the outer boundaries of the definition of the term “investment” will be discussed. It will be shown that this test was first introduced by ICISD’s arbitrators in the *Fedax N.V. v The*

⁽²⁹⁾ Jean Ho, ‘The Meaning Of ‘Investment’ In ICSID Arbitrations’ (2010) 26 *Arbitration International*, 634.

⁽³⁰⁾ The concept of “deductive method” can be understood as “a method of reasoning by which (1) theorems (or general principles) are deduced from postulates and definitions or (2) concrete consequences or applications are deduced from general principles (as well as theorems)”.

“international investment treaties” such as BITs⁽²⁴⁾, by allowing the foreign investor to directly bring claims against the host State by way of conciliation or arbitration procedures. Usually, it is a panel of three arbitrators that constitutes ICSID arbitral tribunals; most precisely, the disputing parties appoint these arbitrators on an “ad hoc⁽²⁵⁾ basis”.⁽²⁶⁾

Moreover, the Convention restricts the jurisdiction of the Centre to “any legal disputes arising directly out of an “investment” between a Contracting State [...] and a national of another Contracting State”.⁽²⁷⁾ Nevertheless, it is noteworthy that a clear and precise definition of an “investment” is nowhere to be found within the Washington Convention. Indeed, Garcia-Bolivar argued that an express decision was made by the drafters of the Convention to not introduce such a definition.⁽²⁸⁾ As result, an objective approach of the term “investment” (composed by a set of hallmarks known as the “Salini criteria”) was consecrated by ICSID jurisprudence.

1.1 The problem of the study:

The adoption of the above-mentioned criteria related to an objective meaning of “investment” by ICSID tribunals keeps producing opposing views and divergent opinions from both

⁽²⁴⁾ Boddicker (note 15) 1033-1034.

⁽²⁵⁾ The Latin notion of ad hoc is understood as “Done or created for a particular purpose as necessary”.

⁽²⁶⁾ Lise Johnson, ‘International Investment Agreements: Are their policy aims served by their broad definitions of covered “investors” and “investments”?’ [2014] European International Business Academy, 13.

⁽²⁷⁾ See ICSID Convention (note 17), Article 25 (1).

⁽²⁸⁾ Omar E. Garcia-Bolivar, ‘Defining an ICSID Investment : Why Economic Development Should be the Core Element’ (Investment Treaty News, 13 April 2012).



disputes between host States and foreign investors.⁽¹⁵⁾ The Centre was established under a multilateral treaty⁽¹⁶⁾ – the ICSID Convention⁽¹⁷⁾ (or Washington Convention) dating back to 1965 and ratified by 154 Contracting States⁽¹⁸⁾ – which came into force in 1966.⁽¹⁹⁾ Nevertheless, this international instrument does not contain substantive standards of protection for investments; hence, “participating” in the Washington Convention does not equal “consenting” to arbitration.⁽²⁰⁾ In other words, consent to arbitration under the Washington Convention is given by the host State (or State entity) and the foreign investor in the form of an agreement between them.⁽²¹⁾ Thus, ICSID is just a procedural framework provided by the “Convention on the Settlement of Investment Disputes” within which the investment disagreements between foreign investors and host States can be resolved by conciliation⁽²²⁾ or arbitration⁽²³⁾. This framework facilitates the “settlement of disputes” that arise “out of investments” covered by

⁽¹⁵⁾ Joseph M. Boddicker, ‘Whose Dictionary Controls?: Recent Challenges to the Term “Investment” in ICSID Arbitration’ (2010) 25 (5) American University International Law Review, 1033.

⁽¹⁶⁾ Dolzer and Schreuer (note 11) 13.

⁽¹⁷⁾ The Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (adopted on March 18th 1965 and entered into force on October 14th 1966) (1975) 575 United Nations Treaty Series, 159 (The ICSID Convention or the Washington Convention).

⁽¹⁸⁾ See the Centre’s website:

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/ICSID-Convention.aspx>
accessed 03 March 2020.

⁽¹⁹⁾ Cornélie Marianne den Outer, ‘ICSID Jurisdiction over Sovereign Bonds’ (Master’s Thesis for the Master International Trade and Investment Law of the University of Amsterdam 2015) 8.

⁽²⁰⁾ Dolzer and Schreuer (note 11) 13.

⁽²¹⁾ Ibid 13, 254.

⁽²²⁾ See ICSID Convention (note 17), Chapter III: Article 28 to 35.

⁽²³⁾ See ICSID Convention (note 17), Chapter IV: Article 36 to 55.

agreements and treaties provides significant protection to foreign investors⁽¹⁰⁾.

Indeed, these international instruments (1) restrain the host States' incentives to nationalise or expropriate by the means of an "explicit engagement" from them stating that nationalisation or expropriation would be followed by a "payment of an effective, adequate and prompt compensation", and (2) subject the host States to international investment arbitration".⁽¹¹⁾ It is noteworthy that this dispute settlement mechanism takes away the disagreement between "host States and foreign investors" from the jurisdiction of domestic courts.⁽¹²⁾

In particular, the World Bank – with the objective to promote investment in developing States and to assure the protection of the foreign investors' rights⁽¹³⁾ – operates the "International Centre for Settlement of Investment Disputes" (hereinafter the Centre or ICSID). It is recognised as one of the principal fora⁽¹⁴⁾ for settling

⁽¹⁰⁾ Fenghua Li, 'The Divergence and Convergence of ICSID and Non-ICSID Arbitration' (Dphil thesis, University of Glasgow 2014) 1.

⁽¹¹⁾ For more details on the various provisions included within BITs, see Rudolph Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (Oxford: Oxford University Press, 2012) 13.

⁽¹²⁾ Obianuju Chioma Ezejiofor, 'Domestic courts and international investment arbitral tribunals: nurturing a profitable and symbiotic relationship' (Dphil thesis, Queen Mary University of London 2014) 30.

⁽¹³⁾ For more details on the aims of the World Bank toward foreign investment, see "Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, Volume II: Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment" prepared by the World Bank Group in 1992.

⁽¹⁴⁾ The Latin notion of "fora" is the plural form of "forum" which means a Tribunal or Court.



direct investments (FDIs)⁽⁴⁾ and portfolio investments⁽⁵⁾ and are protected through international investment treaties. The parties of these treaties are generally represented by two different actors: (1) public actors that hold political power and pursue public interest (which are embodied by host States or State entities), and (2) private actors that hold economic power and pursue private interests (which are principally embodied by multinational enterprises).⁽⁶⁾ The relationship between these two different actors is governed by bilateral investment treaties⁽⁷⁾ (hereinafter BITs), international investment agreements⁽⁸⁾ (hereinafter IIAs), and other international instruments. This “network”⁽⁹⁾ of international

⁽⁴⁾ The concept of “FDI” is understood as a transfer of assets (that may be intangible or tangible) “from one State to another” for use in the recipient State in order to “create wealth under the owner of the assets’ partial or total control”; see Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge: Cambridge University Press 2010) 8.

⁽⁵⁾ The concept of “portfolio investment” is understood as a movement of money from one State for the aim of purchasing shares in a business functioning or established in another State; see Sornarajah (note 4) 8.

⁽⁶⁾ Shokouh Hossein Abadi, ‘Power in Investor-State Arbitration’ (Dphil thesis, King’s College London, University of London 2014) 11.

⁽⁷⁾ BITs are international instruments – that are legally binding – between two States in which they each agree reciprocally to abide by the terms stipulated by the treaty in their relationships with the other State’s investors; see Peter Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law* (2nd Ed, Oxford University Press 2007), 117.

⁽⁸⁾ Certain scholars use IIAs as a reference to specific multilateral and sectoral agreements (such as the Energy Charter Treaty) “that include investment obligations” and to regional and bilateral Free Trade Agreements (FTAs) “that include foreign investment obligations” as well as Bilateral Investment Treaties (BITs); see Andrew Newcombe, ‘General Exceptions in International Investment Agreements’ (2008) Draft Discussion Paper prepared for BIICL Eight Annual WTO Conference, 1.

⁽⁹⁾ Statistically, according to the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), the end of 2015 was marked with a total number of 3,304 concluded international investment agreements; also, nearly “150 economies were engaged in negotiating at least 57 new international investment agreements” by the end of May 2016; see UNCTAD, *World Investment Report 2016* (United Nations 2016) xii.



1. Introduction

In 1951, Viner wrote: “As I read the evolution of international law under modern capitalism, as revealed from 1600 to 1914 in the detailed provisions of international treaties, one of its outstanding characteristics was its attempt to build legal protection for property and for private enterprise from the power activities of foreign states both in times of peace and in times of war”.⁽¹⁾ Certainly, the scholar described the significance – through time and history– of the protection of foreign investments (particularly, the foreign investors’ property rights⁽²⁾) in a specific area of law recognised as “international investment law”.

Indeed, according to the literature, one of the principal objectives of this important field of law is to ensure the “foreign property’s protection by the government of the State in which it is found (understood as “host State” in opposition to the notion of “home State” that covers the State of which the foreign investor is the national)”.⁽³⁾ These foreign properties are comprised of foreign

⁽¹⁾ Jacob Viner, *International Economic: Studies* (Glencoe, Illinois: Free Press 1951) 218 cited in Nicolàs Marcelo Perrone, ‘The International Investment Regime and Foreign Investor’s Rights: Another View of a Popular Story’ (Dphil thesis, The London School of Economics and Political Science 2013) 12.

⁽²⁾ It is noteworthy that “property rights” are defined as “legal relations among persons with respect to the control of valued resources”; See Lorenzo Cotula, ‘Property rights, negotiating power and foreign investment: An international and comparative law study on Africa’ (Dphil thesis, University of Edimburgh 2009) 8.

⁽³⁾ Krista Nadakavukaren Schefer, *International investment law: text, cases and materials* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016) 2.



تعريف "الاستثمار" في ضوء اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار (الأكسيد)

(قضية سالييني)

وضاح بن طالب بن يحيى الهنائي*

الدكتور/ صالح بن حمد بن محمد البراشدي*

الملخص:

اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار "اتفاقية الأكسيد" لم تعرف المقصود بالاستثمار، وك محاولة لتفسير المقصود بها ظهرت هناك ما يسمّى "بمعايير سالييني" والتي تم التطرق إليها في القضية القضائية المشهورة والمعروفة باسم "سالييني". إلا أن السوابق القضائية للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار والاتفاقيات الثنائية للاستثمار تشير إلى أن "معايير سالييني" قد لا تكون كافية لتغطية مجموعة واسعة من الأنشطة الاقتصادية التي تعتبرها الدول والمستثمرون جديرة بالحماية من قبل اتفاقية الأكسيد. وفي ضوء غياب تعريف واضح للاستثمار في الاتفاقية، اتبع محكمي مركز الأكسيد في تناولهم للمنازعات المعروضة عليهم أحد اتجاهين: الأول يحدد مسألة الاستثمار وفقاً لمعايير موضوعية (أصول المستثمر، مدة المشروع، المخاطر التي يتحملها المستثمر)، والآخر يحدد اتجاهه وفقاً لمعايير ذاتية بناءً على اتفاق الطرفين الذي يُبين نطاق الأنشطة الاقتصادية الاستثمارية. تسعى هذه الورقة إلى تحليل معنى الاستثمار في ضوء الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، وقضايا مركز الأكسيد، والاتجاهات الفقهية في هذا الشأن، وكذلك في ضوء ما ورد باتفاقية تسوية منازعات الاستثمار.

الكلمات المفتاحية: اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار – الاستثمار – قضية سالييني.

* باحث قانوني بدائرة الشؤون القانونية – جامعة السلطان قابوس.

* أستاذ مشارك بكلية الحقوق – جامعة السلطان قابوس.



The Path Towards Defining "Investment" under the ICSID Convention: The Salini Criteria

Wadhah Talib Yahya ALHINAI *
Dr. Saleh Hamed Mohammed ALBARASHDI *

Abstract:

The problem of the lack of a definition of 'investment' in the ICSID Convention has been partially solved through the development of the so-called 'Salini criteria'. However, the ICSID case-law and the most recent BITs show that the 'Salini criteria' may no longer be sufficient to cover the wide range of economic activities that States and investors deem to be worth of treaty protection. In the absence of a definition of "investment" in the Convention, the cases decided by ICSID arbitrators have followed one of two trends: objective, which determines the investment question according to objective criteria (investor assets, project duration, risk borne by the investor), and subjective, based on the parties' agreement to qualify an economic operation as an investment. This paper provides a certain assessment of the Model BITs, ICSID case law, and scholarly contributions in respect of the legal meaning as well as interpretation of the notion of "investment" within the range of international investment law and provisions of the ICSID convention.

Keywords: ICSID Convention – Investment – Salini Case.

* Legal Researcher at Legal Affair Department, Sultan Qaboos University.

* Associate Professor at Law College, Sultan Qaboos University.





المعهد القضائي
HIGHER JUDICIAL INSTITUTE

Journal Of Jurisprudence And Legal Studies

Specialized & Refereed Scientific Journal (Quarterly)
Issued by the Higher Judicial Institute
Sultanate of Oman

In This Issue:

- **International Humanitarian Law and the Prohibition of Nuclear Weapons**
Prof. Moamer Ratib Mohamed Abd El-hafez
- **Implementation of Arbitration Rulings in Administrative Disputes in France and Egypt (Comparative Study)**
Dr. Haitham Elsayed AbdelWahed Ibrahim
- **Indiscriminate Weapons between Military Necessity and the Requirements of International Humanitarian Law**
Dr. Abdullah Elhabeeb Ammar Almahjoub
- **Guarantees to Deliver the Testimony before International Criminal Judiciary**
Dr. Abdel Halem Fouad Abdel Halem Elfeky
- **E-Certification Service Provider and His Civil Responsibility**
Dr. Mustafa Ratib Hassan Ali
- **International Criminal Protection of Civilians in Non-International Armed Conflicts**
Dr. Faten Ali Ahmed Bshena
- **The Path Towards Defining «Investment» under the ICSID Convention: The Salini Criteria**
Wadhah Talib Yahya ALHINAI
Dr. Saleh Hamed Mohammed ALBARASHDI