



مجلة الحقوق والعلوم السياسية

العدد الثاني والعشرون:

مجلة فصلية تصدر عن
كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية

مجلة الحقوق والعلوم السياسية

هيئة التحرير

العميد د. كميل حبيب
د. إيلي داغر
د. خالد الخير
د. رفيق رحيمة
د. خليل خيرالله
د. عيسى بيرم

الهيئة الاستشارية العليا

معالي الرئيس د. عدنان السيد حسين
العميد د. كميل حبيب
د. ماري الحلو
د. دينا المولى
د. محمد عيسى عبدالله

المدير المسؤول

د. عصام إسماعيل

رئيس التحرير

العميد د. كميل حبيب

ترحبُ عمادة كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية بالمساهمات
الفكرية في مجالي القانون والسياسة.
للإستفسار أو لمزيدٍ من التفاصيل زيارة الموقع (droit.ul.edu.lb)
أو لدى عمادة الكلية على الرقم:

00961 1 384133 – 00961 1 384114
00961 3 700209 – 00961 70 814915

أو مراسلتنا على عنوان البريد الإلكتروني:

camille_habib@hotmail.com
Issam.ismail@ul.edu.lb - droit@ul.edu.lb

◆ قواعد النشر:

يراعى في نشر الأبحاث في المجلة، القواعد الآتية:

- ١- يشترط لقبول البحث أن يكون مراعيًا للشروط الآتية:
 - أ- في موضوعات القانون أو العلوم السياسية والإدارية
 - ب- لا تقل عدد صفحات البحث عن ٢٠ صفحة.
 - ج- ممنهجاً مراعيًا الحداثة ومعتمداً الأصول العلمية في كتابة البحث.
 - د- منسقاً شكلاً ومدققاً لغوياً بحيث يردّ البحث غير مستوفي هذا الشرط.
 - هـ- المراجع موثقة ومدرجة في هوامش صفحات البحث (وليس في آخر البحث) وبشرط أن تقتصر الهوامش على ذكر المراجع أما الحواشي المطوّلة المذكورة في الهوامش فهي تحذف حكماً.
 - و- غير مقتبس عن بحث آخر.
 - ز- لم يسبق نشره في مجلة أو موقع الكتروني.
 - ح- ليس جزءاً من أطروحة الدكتوراه أو رسالة الماجستير، أو جزءاً من كتاب للباحث سبق نشره.
- ٢- فور ورود البحث إلى عمادة الكلية، يصبح ملكاً للمجلة ولا يجوز إعادة نشره إلا بعد موافقة هيئة التحرير.
- ٣- إن قبول نشر البحث لا يعني أنه سينشر في العدد اللاحق، لهيئة التحرير أن تقرر تاريخ النشر مراعاةً لمبادئ تراكم الأبحاث وتنسيق الموضوعات.
- ٤- تُذكر صفة الكاتب إذا لم يكن من أفراد الهيئة التعليمية في كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية- الجامعة اللبنانية.
- ٥- بعد إدراج المجلة على الموقع الإلكتروني للكلية يمكن إعادة استخدام ونشر الدراسات الواردة فيها شرط الإشارة إلى المصدر.

محتويات المجلة

٧	• كلمة رئيس التحرير
---	---------------------

١٥	• القسم الأول: دراسات في العلوم السياسية
١٧	د. يوسف فندي شباط، اصلاح مجلس الأمن الدولي خطوة في سبيل تعزيز مصداقية الأمم المتحدة.
٥٧	د. احمد عقيل الزقبييه و د. ديالا علي الطعاني، الحماية الدولية للصحفيين عن الانتهاكات المرتكبة ضدهم أثناء النزاعات المسلحة".
٨٤	د. أنور عبد الوهاب مساعد الجزاف، تناول الإعلام الإلكتروني لقضايا الفساد ودوره في تعزيز النزاهة والشفافية بدولة الكويت.
١١٩	د. محمد حسن دخيل، إشكالية الارهاب والتطرف بين العوامل المسببة والنتائج المؤثرة والحلول الفاعلة.
١٤٨	أ. ولد يوسف مولود، ضمان حقوق الضحايا والشهود أمام المحكمة الجنائية الدولية: نحو عدالة تصحيحية.

١٦٥	• القسم الثاني: دراسات في القانون
١٦٧	د. شنة زاوي، الالتزام بكتمان السر الطبي، المفهوم، الحدود، والجزاء.
٢٠٠	د. أحمد بلحاج جراد، ضرر الولادة المنبوذة اللاحق بالمولود: دراسة مقارنة.

٢٤٨	د. سليم سمير خصاونة ود. عبد السلام علي الفضل، موقف المشرع الأردني من شرط الاختصاص القضائي الدولي في ضوء قانون النقل متعدد الوسائط لعام ٢٠١٨.
٢٩٣	د. عبد السلام علي الفضل، قواعد الاسناد ذات الطبيعة المادية، دراسة تأصيلية نقدية.
٣٣٦	د. يونس صلاح الدين علي، حق الشريك المتضامن الباقي على قيد الحياة في الملكية الشائعة في القانون الإنكليزي دراسة مقارنة بالقانونين اللبناني والعراقي.
٣٦٩	أ. جبر غازي شطناوي، تأثير البنك المسحوب عليه على الشيك (أحكامه وحالاته)، (دراسة مقارنة).

دور الجامعات في تعزيز ثقافة حقوق الإنسان

كلمة رئيس التحرير

العميد د. كميل حبيب

في سببينية الاعلان العالمي لحقوق الانسان لا يزال الرهان قائماً على الدور الذي يمكن ان تلعبه الجامعات في تعزيز ثقافة حقوق الانسان. فالجامعات مؤهلة للقيام بهذا الدور وذلك للأسباب التالية:

١- لأرتباط نسبة كبيرة من أبناء المجتمع، وبخاصة فئة الشباب، بالجامعة. وعليه، فالجامعة تعتبر "المصنع" لتخريج أجيال واعية ومؤمنة بقيم الديمقراطية والتسامح وحرية الرأي والتعبير والاختلاف والعبادة... الخ. وكل ذلك يتطلب توفر شروط وآليات عمل تجسد تلك القيم، نذكر منها:

- أ- توفير فرص تعليمية لجميع المواطنين بدون استثناء او تمييز او تمييز.
- ب- تجسيد قيم العدالة والمساواة في التعامل اليومي.
- ج- تشجيع الطلاب على ممارسة حقوقهم الدستورية عبر مشاركتهم في انتخاب مجالسهم التمثيلية التي من واجبها حماية حقوقهم، وأهمها حقهم في الوصول الى المعلومات.
- د- تمكين الطلاب، ليس فقط من التعرف الى حقوقهم المنصوص عليها في الدستور، بل ايضاً في دراسة القوانين وتسلط الضوء على الثغرات التي تبرز من خلال آليات التنفيذ وطرق تطبيقها.

٢- قدرة الجامعة على مواكبة تعاضم الاهتمام العالمي بموضوعات حقوق الانسان والتي لا يمكن ان تتحقق بدون وطنيتها، لأنه فقط من خلال التشريعات المحلية يمكن لأي دولة ان تظهر التزامها بالاعلانات العالمية لحقوق الانسان. والمطلوب من الجامعة في هذا السياق ان تقوم بدورها كمركز قانوني لتدريب الافراد على مطالبة السلطة بالامتثال او

التوقف عن القيام بأي عمل يشكّل انتهاكاً أو تعرضاً للحقوق في كل النواحي المادية. طبعاً هناك صور عديدة لانتهاكات حقوق الانسان، وهي تبدأ من مستوى العائلة لناحية ظلم ذوي القربى، او لناحية انتهاك رب العمل لحقوق العمال.... إلا أن هذه الانتهاكات لا تصل الى درجة الخطورة والجسامة التي تسببها انتهاكات حقوق الانسان التي ترتكبها السلطة. فاستبداد السلطة يترك أثراً على المجتمع ككل، وقد تصل هذه الانتهاكات الى حدّ تهديد الأمن والسلم العالمي، اذ قد لا يقتصر اثرها على الواقع المجتمعي للدولة. وعلى الجامعة التوجه بخطابها نحو السلطة قبل مخاطبة افراد الشعب، لأن الاصلاح يبدأ أولاً من قمة الهرم. وهذا الكلام لا يعني الدكتاتوريات بقدر ما يعني أية سلطة، حتى الأكثر ديمقراطية منها، عندما تخل بالتوازن بين ضرورات الأمن ومقتضيات العدالة.

لم أرد من وراء هذه العجالة ان احمل الجامعات أكثر مما تحتمل في مضمار حقوق الانسان، لكنني على قناعة تامة بأن التثقيف على الحقوق لا يكفي، كما ان النظريات المثالية لطالما هي الأخرى قد تشظت على أرض الواقع. فمهمة مؤسسة التعليم العالي الأساسية تكمن في التعليم والعمل على ربط طلابها بسوق العمل تبعاً للتطورات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية. وإننا نلاحظ انه في القرن الواحد والعشرين ابتعاد عدد كبير من الطلاب عن التخصصات في العلوم الانسانية والتي تشكّل دراسة حقوق الانسان احدى اركانها. أضف الى كل ذلك ان الادبيات الأكاديمية الخاصة بحقوق الانسان تركز على عمل المحاكم والمجالس التشريعية والسلطة الاجرائية، دون الامعان في دراسة النغر التي تعتبر القوانين النافذة. وعلى المستوى الدولي فإن الاقرار بعالمية حقوق الانسان وعدم قابليتها للتصرف او التنازل او التجزأة لا يزال يعد من أهم اولويات الانسانية. فعادة دول العالم هو التعهد (Pledge) وليس الالتزام بتنفيذ الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية حقوق الانسان، وطبعاً من دون التكفل بوضع تاريخ محدد للتنفيذ. وحتى الدساتير هي مخادعة، لأن كل الدول، حتى اعلى الدكتاتوريات، تدعي سهرها على حماية الحقوق والحريات الأساسية للإنسان في اطار من العدالة والمساواة.

يبقى ان نشير الى ان دور الجامعة في تعزيز ثقافة حقوق الانسان لا يزال كلاسيكياً، ويقتصر على النواحي التربوية والبحثية والمعرفية. فعلى سبيل المثال، لا الحصر، كان قد أصدر الرئيس السابق للجامعة اللبنانية الدكتور زهير شكر تعميماً رقم ٦ وبتاريخ ٢٠١٠/١/١٠ يطلب فيه من جميع الوحدات الجامعية ادراج مقرر حقوق الانسان في مناهجها وذلك وفقاً للمواصفات المرفقة ربطاً والتي تحدد عدد أرصدة المقرر وعدد ساعاته وتوصيفه (انظر المستند رقم ١). هذا، وقد تضمن المقرر المذكور العناوين التالية:

١- مفهوم حقوق الانسان وأهميته

٢- مصادر حقوق الانسان

٣- اشكالية حقوق الافراد والجماعات

٤- الحقوق المدنية والسياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية.

ومع تقديرنا لهذا التطور الأكاديمي الهام، الا ان تدريس حقوق الانسان بقي اسير الاطار النظري ولم يلج الى دراسة حالات تطبيقية يعود اختيارها لأساتذة المقرر وللطلاب على حد سواء. كما وجدنا انه في الآونة الأخيرة قد برز عدد لا يستهان به من الجمعيات التي تعنى بحماية حقوق الانسان وبحماية الافراد من تسلط الدولة ومن تسلط ارباب العمل. ولكن هذه الجمعيات ما زالت مبادرات فردية لم ترقى الى المستوى الوطني العام. لذلك، وبناء على ما تقدّم سوف نسلط الضوء على ثلاث تحديات تعيق الجامعة عن القيام بدورها في تعزيز ثقافة حقوق الانسان، اضافة الى طرح ثلاثة حلول قد تمثل بحد ذاتها جدول عمل للجامعة في المستقبل.

• حقوق الانسان: تحديات وحلول

يجب ان نعي تماماً ان دور الجامعة في تعزيز ثقافة حقوق الانسان ليس ترفاً فكرياً، بل هي من أهم الشؤون القانونية، وذلك لأرتباطها بكافة العلوم الاخرى، وهي التي ينبثق منها كافة الحلول للمشاكل الاجتماعية، وهي الحامي للحريات الاساسية. ولذلك يجب على الجامعات ان تعنى أكثر بهذه المادة وبطريقة تدريسها وكيفية تطبيقها على المجتمعات في

علاقة المواطنين ببعضهم البعض وفي علاقة الدول ببعضها البعض. لكن علينا واجب الاعتراف ان تدريس مادة حقوق الانسان في الجامعات يواجه العديد من الصعوبات والعوائق نذكر أهمها:

١- التحدي الاول: نقص التوجيه والتدريب وسبل الرصد والمراقبة.

أ- كما أشرنا سابقاً، فإن التركيز على الاطار النظري في دراسة مادة حقوق الانسان لم يعد يفي بالغرض المرجو تحقيقه، أي في خلق مجتمع واعٍ لحقوقه ولكيفية حمايتها من أي انتهاك، أكان الانتهاك يأتي من جهة رسمية ام غير رسمية. اما الصعوبات التي تعترض تعزيز ثقافة حقوق الانسان في الجامعات فنوجزها على الشكل التالي:

- غياب ذوي الاختصاص
- مادة لإكمال النصاب الاكاديمي: اعطاء تدريس المادة لأساتذة معينين حديثاً على اعتبار انها مادة ثانوية.
- غياب منهج حقوق الانسان الموحد
- طرق تقليدية في تدريس مادة حقوق الانسان وعدم استخدام التقنية الحديثة والاستمرار في اتباع اسلوب التلقين الشفهي.

ب- الحل: العيادات القانونية

على الجامعات اعداد العيادات القانونية تكون مؤلفة من الجسم الأكاديمي، مدرسين وطلاب، يقدمون العون الى طالبي الحاجة من الارشاد والتوجيه بشأن حقوق الانسان. العيادات القانونية تعني انه من واجب الجامعة الاهتمام بالدراسات الميدانية لأنها التي تعطي الطالب القدرة على معرفة مدى تطبيق حقوق الانسان في كافة القطاعات العامة والخاصة، كما انها تساعد على تطوير قدراته التحليلية وتمكنه من استنباط الحلول التي تساعد الفرد في حل المعضلة التي يعاني منها.

إن أهمية العيادات القضائية تكمن فيما يلي:

- ١- مشاركة الطلاب لتعزيز استيعابهم للإجراءات القضائية وآليات تحقيق العدالة.
- ٢- توفير التدريب والتكوين المناسب للأساتذة والطلاب قصد تقوية قدراتهم واكتساب مهارات حديثة على مستوى التدريس والدراسة.
- ٣- تضمن حق الأفراد الذين لا يملكون الموارد المالية الكافية للحصول على تغطية تكاليف الدعوى القضائية او التمثيل القانوني.
- ٤- تعزز ولوج الفئات المهمشة الى خدمات قانونية لا يمكن للدولة ان توفرها. والفئات المهمشة تتضمن موقوفين في السجون، احدث، نساء معنفات، عمال وعاملات أجنب، نازحين، الخ...
- ٥- تبني شراكة بين الجامعة والدولة ونقابة المحامين والمجتمع المدني.

٢- التحدي الثاني: غياب التمويل

أ- لا نذيع سراً ان قلنا ان الجامعات، بشكل عام، تستثمر أكثر بكثير في أبحاث العلوم التطبيقية والتكنولوجية من استثماراتها في العلوم الانسانية. وهذا التوجه عند الجامعات فرضته ضرورات مواكبة ظاهرة العولمة وما افرزته من مؤشرات دفعت بالطلاب الى امتلاك الخبرات التكنولوجية تمكنهم من دخول سوق العمل وتحقيق الاستقلالية على المستوى المادي بطريقة سريعة. ولقد ترسخت قناعة عند جيل الشباب ان التعمق في دراسة حقوق الانسان لا تكفل الدخول الى سوق العمل لتأمين المستلزمات الحياتية والمعيشية. إن الجامعة تحتاج الى انشاء مراكز متخصصة لقيام الندوات والمحاضرات حول أهمية حقوق الانسان اضافة الى القيام بأنشطة تعزز هذه الحقوق وتنشرها في المجتمع.

ب- الحل: الحوافز الضريبية

يكمن الحل هنا في تقديم حوافز ضريبية للمؤسسات الخاصة للإستعانة بالطلاب من حملة الإجازة في حقوق الانسان. تستفيد المؤسسة من الحوافز الضريبية تتناسب مع عدد

المتدربين المقبولين لديها، وذلك وفق معايير تحدد بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزيرى المالية والتعليم العالى. من جهتها تلتزم المؤسسة بتدريب الطلاب خلال فترة دراسته الجامعية، على ان يتضمّن العقد بندا بتوظيف الطالب بعد انتهاء فترة التدريب لمدة خمس سنوات. من جهتها تحتسب الوحدة الجامعية (الكلية) ساعات التدريب التي يؤديها الطالب من ضمن ساعات الاعمال التطبيقية والمهنية، على ان تتم معادلتها بقرار من مجلس الجامعة.

لا بأس ان تقوم الجامعة والمؤسسات من التعاون مع منظمات المجتمع المدني التي تقوم بدور فعال في النهوض بواقع المجتمع. في الكثير من دول العالم، هناك العديد من المنظمات الناشطة في مجال حقوق الانسان التي تمتلك معلومات وخبرات كثيرة ومستعدة للتعاون مع الجامعات. الفكرة الرئيسية هنا هو ان اكتساب العلوم والخبرات التطبيقية في مجال حقوق الانسان هي مكلفة جداً وتتطلب مشاركة كل من الدولة والجامعة والمؤسسات الخاصة ومنظمات المجتمع المدني المتخصصة. إن تخرج الطالب الخبير في الشؤون الحقوقية يعتبر بداية مسار طويل لا بدّ من متابعته لأنه يقع عليه مهمة تنمية الشخصية الانسانية وازدهارها بأبعادها الوجدانية والفكرية والاجتماعية، وتجذير الاحساس بالكرامة والحرية والمساواة والعدالة الاجتماعية والممارسة الديمقراطية.. انها استراتيجية طويلة الأمد.

٣- التحدي الثالث: النظام القبلي وغياب الدولة الحديثة

أ- ان دراسة حقوق الانسان وتطبيقاتها في بلد ديمقراطي تختلف عن دراستها في ظل نظام سياسي واجتماعي متخلف. وتجدر الاشارة الى ان تعزيز ثقافة الحقوق في الانظمة الاستبدادية قد يفيد على المدى البعيد لأن السياسة هي في جوهر طبيعتها حركية دائمة. فالهدف الاساسي من تدريس مادة حقوق الانسان هو ليس في حصول الطالب على شهادة تثبت دراسته للمادة المذكورة، بل إن دراسة حقوق الانسان هو نمط حياة يساعد الطالب الى الخروج من معتقله الطائفي او المذهبي او القبلي الذي يعيش فيه والانخراط في مجتمع يحترم الحقوق الانسانية ويجلها.

المشكلة لا تكمن في تعدد الجامعات وتتنوعها، لكن الجامعات الخاصة تجذب طلاباً ينتمون الى طائفة او طبقة اجتماعية معينة. اما الجامعة الرسمية فهي بطبيعتها جامعة وطنية لأنها تجمع في صفوفها طلاباً من كافة الفئات والطبقات. ان وظيفة الجامعة، أية جامعة، هي التعليم، اما الجامعة الوطنية فعليها ان تتكبد مهمة تأصيل الروح الانسانية في نفوس المواطنين. وهذا يشكل تحدي كبير امام أي جامعة تحاول ولوج العالمية علماً وثقافة ومعرفة.

إن العالم العربي في بناه السياسية المعاصرة انما ينتمي الى العالم القديم حيث الاستبداد امتداد للدولة السلطانية التاريخية والتي، رغم المظاهر المدنية والهياكل السياسية، تبقى تقليدياً سطحياً للمؤسسات الغربية دون منظومة سياسية عقلانية كالتي قامت عليها الدولة الحديثة والتي تتجلى اولاً وأخيراً بسيادة القانون.

ب- الحل: دولة المواطنة

لا يمكن للجامعة ان تعزز ثقافة حقوق الانسان الا من خلال بناء دولة متحررة من اغلال الطائفية والمذهبية والعائلية والاقطاعية. إن بناء دولة المؤسسات والقانون هو المدخل للموازنة بين صحة التمثيل وفعالية الحكم، وفتح المجال امام تطور الآليات والبنى في النظام الديمقراطي. وفي رأينا، ان تحقيق دولة المواطنة يعتبر خطوة متقدمة نحو بناء دولة أكثر عدالة، وأكثر انسانية، وأكثر منعة.

وللوصول الى دولة المواطنة، لا بد من الاشارة الى الجانب التربوي التوجيهي لإكتساب المواطنة. ومن أبرز القيم المرتبطة بالتنشئة المدنية نذكر: الحرية في مواجهة الاستبداد، والمساواة في مواجهة التمييز، وتطبيق القانون في مقابل الفوضى، والالتزام بالمصلحة العامة او الشأن العام في مواجهة الانانية، والمشاركة الايجابية في خدمة المجتمع في مقابل السلبية والانعزال. ان أبناء الوطن ليسوا رعايا بل مواطنين متساويين مع اقرانهم في الحقوق والواجبات. والمواطن، فطرياً، مستعد لتقديم الولاء للدولة، اذا كانت الدولة مستعدة لتقديم الحماية والأمن الاجتماعي والصحي والتربوي له اسوة بباقي المواطنين.

• خاتمة:

تواجه دراسة حقوق الانسان على المستوى الأكاديمي العديد من التحديات لا بد من معالجتها على كافة المستويات السياسية والأكاديمية والاجتماعية. إن التعليم التقليدي المعتمد على التلقين، اي تلقين الطلاب النظريات الخاصة بالحقوق والحريات العامة، لم يعد يجدي نفعاً في عصر التطورات المتسارعة. بل ان حماية الحقوق تتطلب تطبيقات عملية تمكن الطالب من وضع النظريات موضع التطبيق العملي. فطالب الحقوق هو من يعمل على تطبيق القانون في المستقبل، سواء عمل بالمحاماة او القضاء او التشريع، او كان مسؤولاً في الادارات القانونية، اي في الاجهزة والمؤسسات العامة. وبالتالي فإنه هو من يقع على عاتقه احقاق الحق واعطاء كل ذي حق حقه. ويبقى ان دراسة مقرر حقوق الانسان تؤدي الى تطور فكرة العدالة من مجرد تطبيق النص القانوني بحرفيته الى الدخول بروح القانون ودراسة كل مشكلة على حدة، واعطاء الحل القانوني المناسب لها حتى يمارس الانسان حياته بشكل طبيعي وحرّ. كل هذا دفعنا في هذه العجالة الى ايجاد حلول علمية على الصعد الأكاديمية، والمالية، والاجتماعية- السياسية. واذا كانت الثقافة تعرّف على كونها مسيرة حياة، فإن تعزيز ثقافة الحقوق هي الطريق الفضلى لجعل الحياة أكثر سعادة وهناء.

القسم الأول: دراسات في العلوم السياسية

- اصلاح مجلس الأمن الدولي خطوة في سبيل تعزيز مصداقية الأمم المتحدة.
- الحماية الدولية للصحفيين عن الانتهاكات المرتكبة ضدهم أثناء النزاعات المسلحة".
- تناول الإعلام الإلكتروني لقضايا الفساد ودوره في تعزيز النزاهة والشفافية بدولة الكويت.
- إشكالية الارهاب والتطرف بين العوامل المسببة والنتائج المؤثرة والحلول الفاعلة.
- ضمان حقوق الضحايا والشهود أمام المحكمة الجنائية الدولية: نحو عدالة تصحيحية.

اصلاح مجلس الأمن الدولي خطوة في سبيل تعزيز مصداقية الأمم المتحدة

د. يوسف فندي شباط⁽¹⁾

ان منهجية عمل المجلس جعلت وتيرة الانتقادات الموجهة اليه تتصاعد، والنظرة السلبية اليه ليست بالشيء الغريب عنه وهو الذي واجه العديد من الاعتراضات منذ أن كان ميثاق الأمم المتحدة مشروعاً يتم تدارسه في المؤتمرات التحضيرية السابقة على نشوء المنظمة الدولية.

مضى أكثر من سبعين عاماً على رؤية منظمة الأمم المتحدة النور وبقيت المنظمة وبقي معها مجلس الأمن حتى الآن، لكن بقاءها لا يعني أبداً أنها حققت النجاح في عملها بل ربما الرغبة في المحافظة عليها مدفوعة بدوافع مختلفة، فالدول ذات النفوذ فيها تحرص كل الحرص على الحفاظ عليها وبالتالي على الامتيازات التي توفرها لها هذه المنظمة على الصعيد الدولي، بينما ترى دول أخرى أنها السبيل لتعزيز وجودها وطرح قضاياها دولياً حتى ولو كانت في معظم الأحيان لا تنتظر من الأمم المتحدة أن تكون الوسيلة الفعالة في استرجاعها لحقوقها، لذلك تزايدت الدعوات الى اصلاح الأمم المتحدة وهي مسألة قديمة حديثة لتعزيز دورها وسد الثغرات التي ينطوي عليها ميثاقها وتفعيل بعض نصوصه التي عانت من الجمود.

ولعل الصلاحيات الواسعة التي يتمتع بها مجلس الأمن الدولي والأخطاء الكثيرة في مسيرة عمله تجعل منه صاحب الصدارة في أي عملية اصلاحية تستهدف النهوض بالأمم المتحدة.

(1) استاذ القانون العام في جامعة ظفار.

وقد كان الدافع الأساسي لهذا البحث هو تسليط الضوء على هذه الفكرة الهامة التي تطرح نفسها بقوة على صعيد القانون الدولي وتجد لها مكاناً في جدول أعمال العديد من المنظمات والمؤتمرات الدولية وفي أذهان الباحثين في القضايا القانونية الدولية. فخيبة أمل كبيرة تترسخ يوماً بعد يوم من عمل المجلس، الذي يبدو أنه لن يكف على المدى المنظور عن لعب دور الأداة التي تستخدمها الدول المهيمنة عليه، تحقيق أغراضها، خاصة عندما يكون سلوكه هذا في مواجهة دول تأخذ على عاتقها احترام كل ما تصدره المنظمة الدولية والالتزام بتنفيذه، ولا تقابل من المجلس إلا بقرارات تقتصر على الأساس القانوني السليم.

لقد اظهرت المشكلات التي يعانيتها الواقع الحالي لمجلس الأمن الدولي أن حاجة المجلس لعملية إصلاحية أضحت ملحة، بل وتعتبر عنصر رئيسي في عملية اصلاح الأمم المتحدة ككل، ولا غنى عنها لزيادة فاعلية المنظمة الدولية.

وحول أولوية إصلاح مجلس الأمن الدولي ظهر اتجاهان رئيسيان، الأول يرى أن صعب إصلاح هو الذي سيتم في مجلس الأمن لذلك يجب تأجيل بحثه والمباشرة به والاهتمام بإصلاحات أخرى، بينما رأى اتجاه آخر ان السلطة الحقيقية والفعالة في الأمم المتحدة تتركز في مجلس الأمن لذلك يجب البدء منه في اصلاح المتحدة.

الا انه يمكن القول بوجود وعي على الصعيد الدولي بضرورة معالجة أوجه الخلل المختلفة التي تحول دون تحقيق صورة افضل للمجلس وتجسد ذلك بوجود شبه اجماع دولي حول هذه الحقيقة ويوجد تحديد للعناوين التي ستشكل المحور الرئيسي لأي عملية اصلاح منتظرة تجعل مجلس الأمن قادراً على مواكبة التطورات التي طرأت في العقود الأخيرة من حياة المنظمة الدولية ورغم تحديد العناوين العريضة للإصلاح لتشمل مسألة حق النقض وإمكانية ايجاد آلية رقابية لضمان مشروعية القرارات الصادرة عن المجلس إلا ان التفاصيل تتباين وتختلف الى درجة قد يصعب الإحاطة بها.

أما عن مصادر المقترحات الإصلاحية فيفرق فيها بين المصادر الرسمية والمصادر غير الرسمية أما المقترحات الرسمية فهي تلك المقدمة من الدول الأعضاء في الأمم المتحدة

بشكل رسمي ضمن نطاق المنظمة أو الصادرة عن لجان مشكلة وفقاً لقرارات أجهزة الأمم المتحدة أو المقترحات الصادرة عن الأمين العام بمبادرة منه أو بتكليف من جهاز في المنظمة الدولية أو عن اللجان التي يشكلها الأمين العام في حدود صلاحياته كرئيس للجهاز الإداري للمنظمة الدولية.

أما المقترحات غير الرسمية فهي عبارة عن أبحاث وتقارير ومؤلفات صادرة عن الأوساط الأكاديمية والجمعيات والروابط الأهلية والشخصيات العامة ذات الاهتمام بنشاط الأمم المتحدة.

كما لا بد من التنويه بداية أن بعض هذه المقترحات قد تكون قابلة للتنفيذ وبعضها قد يكون غير قابل للتنفيذ خاصة أن تعديل ميثاق الأمم المتحدة أو إعادة النظر فيه مرهوناً بموافقة الدول دائمة العضوية في مجلس الأمن التي لن تتخلى بسهولة عن امتيازاتها. فالاعتبارات السياسية بشكل خاص قد تحول دون تحقيق أي إصلاح منشود وتمنع إنجاز تغيير مذهل في هيكلية وعمل المجلس.

وهذا البحث سيعرض على التوالي للتصورات التي وضعت في سبيل النهوض بالهيكل الداخلي لمجلس الأمن وذلك من خلال البحث في إعادة النظر في تشكيل العضوية في المجلس وإعادة النظر في حق الفيتو، ثم سننقل لإلقاء الضوء على مفهوم برز كردة فعل على الخروقات التي تشهدها عملية اتخاذ القرارات في المجلس وتؤدي إلى وجود قرارات غير مشروعة، ومع ذلك يتم إضفاء الطابع الإلزامي عليها والسعي نحو تنفيذها وهذا المفهوم هو الرقابة على قرارات مجلس الأمن الدولي سواء أكانت ذات طابع سياسي أم ذات طابع قضائي. وسيأخذ هذا الشكل التالي:

المبحث الأول: الإصلاح في إطار الهيكل الداخلي لمجلس الأمن الدولي.

المبحث الثاني: الرقابة المحتملة على مشروعية قرارات مجلس الأمن الدولي.

المبحث الأول

الإصلاح في إطار الهيكل الداخلي لمجلس الأمن الدولي

المحاور التي تضمنها هذا الشق حازت على تأييد واسع النطاق ضمن الأفكار المقدمة في سبيل إصلاح مجلس الأمن الدولي بل قد احتلت موقعا مركزياً في إصلاح منظمة الأمم المتحدة الى الدرجة التي اصبحت معها وكأنها محور الأساسي لهذه القضية. فلقد نظر إليها على أنها وسيلة لتحقيق الطابع الديمقراطي المنشود للمنظمة. والمقترحات والمشاريع التي تضمنها هذا الشق الإصلاحية كثيرة ومتباينة الا ان هذا المبحث سيعمل على اظهار ابرز الاتجاهات المتعلقة بمسألة عضوية المجلس وحق النقض بحيث يظهر تنوع هذه الأفكار ومدى فاعليتها وإمكانية تحقيقها وذلك عبر المطالبين التاليين:

المطلب الأول: إعادة النظر في تشكيل مجلس الأمن الدولي

المطلب الثاني: إعادة النظر في حق النقض

المطلب الأول: إعادة النظر في تشكيل مجلس الأمن الدولي

لعل مسألة توسيع عضوية مجلس الأمن كانت صاحبة النصيب الأكبر من المناقشات الدائرة حول عملية إصلاحه خاصة انه قد تم النظر إليها على انها سبيل لجعل الأمم المتحدة أكثر ديموقراطية.

وان كان هناك ادراك لضرورة توسيع العضوية فإن المشكلة تكمن في الخلاف حول المعايير التي ستمنح على اساسها المقاعد الجديدة في المجلس، اضافة الى تباين وجهات النظر حول وضع الأعضاء الجدد، وهل سيقصر الأمر على زيادة عدد الأعضاء الدائمين أو غير الدائمين ام سيتم ابتكار أشكال جديدة للعضوية الى جانب الموجودة حالياً.

وبموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٦/٤٨ الصادر في الثالث من كانون الأول عام ١٩٩٣^(١). تم انشاء الفريق العامل المفتوح باب العضوية ليكون مختصاً بدراسة

(١) راجع نص قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٦/٤٨ رقم ٣

" مسألة التمثيل العادل في عضوية مجلس الأمن وزيادة هذه العضوية والمسائل المتصلة بذلك "، وذلك ادراكاً من الجمعية العامة لضرورة رفع كفاءة مجلس الأمن، واصبحت أعمال هذا الفريق مكاناً لعرض وجهات نظر الدول المختلفة حول مسألة العضوية في المجلس. هذا المطالب سيبحث في أشكال العضوية المقترحة في مجلس الأمن الدولي ثم في المعايير المقترحة لتوزيعها.

أولاً: اشكال العضوية المقترحة في مجلس الأمن الدولي:

عضوية دائمة يتمتع اصحابها بحق النقذ وعضوية غير دائمة تستمر لمدة سنتين غير قابلة للتجديد مباشرة، هذا هو الحال في مجلس الأمن وفق ميثاق الأمم المتحدة بشكله الحالي، وهناك اتجاه يذهب الى يتم توسيع عضوية مجلس الأمن الدولي عن طريق زيادة المقاعد التي تشملها كل من الفئتين السابقتين^(١).

لكن هناك أشكال جديدة للعضوية اقترحت الى جانب تلك التي يشملها المجلس حالياً

وهي التالية:

١. عضوية دائمة بدون حق النقض Permanent membership without veto power

٢. عضوية شبه دائمة Semi-permanent membership

حيث تشكل عدة قوائم تضم كل قائمة منها عدد من الدول تقوم بالتناوب على شغل المقعد أو المقاعد المخصصة لها في المجلس لمدة زمنية محددة (ثلاث سنوات مثلاً)، دون أن يكون هنالك حاجة لإجراء انتخابات، حيث يكون التناوب تلقائياً وفق ترتيب معين، مثلاً بحسب الترتيب الأبجدي لأسماء هذه الدول وفق لغة معينة^(٢).

٣. عضوية ممتدة extended membership

(١) د. ياسين الشيباني، مواجهة العدوان في القانون الدولي وفي سلوك الدول، كلية الحقوق، جامعه القاهرة، ١٩٩٧، ص

٣٥٦

(٢) د. حسن نافع، اصلاح الامم المتحدة مركز البحوث والدراسات السياسية، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، القاهرة،

١٩٩٥، ص ٢٢٨

وتحقق اذا ما تم السماح للدول غير دائمة العضوية في المجلس بإعادة ترشيح نفسها لفترة تالية إذا ما انتهت مدة السنتين المقررة لشغل المقاعد غير الدائمة^(١).
بالمقابل نجد ان دولة مثل كوبا تطالب بإلغاء العضوية الدائمة أو على الأقل التأكد من استمرار ثقة المجتمع الدولي بالدول التي تتمتع بهذه العضوية ورغبته في استمرارها أم لا، والطريقة المقترحة لطرح الثقة بهؤلاء الأعضاء هي وضع اسمائهم على قوائم المرشحين لعضوية المجلس كل سنتين أو ثلاثة، فالتواجد الدائم في مجلس الأمن ليس حقاً مقدساً وفق وجهة النظر الكوبية.

وفي هذا المجال يمكن ذكر ما قاله مندوب نيجيريا في مناقشات الجمعية العامة في دورتها الخامسة والثلاثين عام ١٩٨٠ " نريد أن نشكل جزءاً من عملية صنع القرار لابد أن نكون مدعويين الى طاولة السيد " وذلك في اشارة الى ضرورة إعادة النظر في العضوية الدائمة وامتيازاتها والمعايير التي تمنح على أساسها^(٢).

ومن استعراض وجهات النظر حول شكل العضوية في مجلس الأمن يظهر مدى تنوع المقترحات التي تم تقديمها حول التصور الجديد لهذه العضوية، وعرض بعض كنها يكفي للدلالة على مقدار الاختلاف القائم بينه.

فدولة أنتيجو وبربودا وضعت تصوراً لمجلس الأمن يحتوي على العضوية الدائمة بشكلها الحالي، يضيف اليها ثلاثة مقاعد جديدة تخصص بمعدل مقعد واحد لكل من آسيا وأفريقيا وأمريكا اللاتينية، الى جانب سبعة عشر مقعداً غير دائم - يخصص اثنا عشر منها للدول النامية وخمسة للدول الصناعية - وبذلك يكون عدد اعضاء مجلس الأمن وفقاً لذلك هو خمسة وعشرين عضواً^(٣).

أما تركيا فقد عارضت إضافة مقاعد دائمة جديدة بل رأت ان التوسيع يمكن أن يتم عن طريق العضوية غير الدائمة التي يقترح أن تزيد الى خمسة عشر مقعد إضافة الى انشاء

(١) د. حسن نافعة، اصلاح الامم المتحدة، مرجع سابق، ص ٢٢٩

(٢) ناهد طلاس العجة، الامم المتحدة: بين الأزمات والتجديد، ترجمة محمد عرب صاصيلا، دار طلاس للدراسات والترجمة، دمشق، ١٩٩٦، ص ٧٣.

(٣) اصبحت هذه الدولة عضواً في الأمم المتحدة في ١١/ تشرين الثاني / ١٩٨١.

فئة جديدة من العضوية وهي العضوية شبه الدائمة والتي - يخصص لها عشرة مقاعد يتم شغلها بين عدد محدد من الدول تسمى وفقاً لمعايير محددة وتنظم اسمائها في قوائم تضم كل منها خمسة وعشرين دولة، أي ان مجلس الأمن وفق الاقتراح التركي سيضم ثلاثين عضواً.

ومجلس الأمن لدى تشيلي سيكون افضل اذا كان عدد اعضاؤه يتكون من اربعة وعشرين عضواً يتوزعون على الفئات التالية:

١. أعضاء دائمون يتمتعون بحق النقض وهم الاعضاء السابقين دون تغير.
 ٢. أعضاء دائمون لا يتمتعون بحق النقض بمعدل مقعدين أحدهما لآسيا والآخر لأوروبا.
 ٣. فئة تسمى بالممثلين الإقليميين الذي يخدمون بولاية طويلة الأجل دون تقديم مقترحات تفصيلية حول كيفية التمثيل في هذه الفئة.
 ٤. الأعضاء غير الدائمين
- أما عن ماليزيا فقد رأت عدم اضافة اي مقاعد جديدة دائمة والاقتصار على اضافة عشر مقاعد غير دائمة توزع كالتالي:
- أربعة لآسيا ومثلها لأفريقيا، اثنان لأمريكا اللاتينية، الى جانب إنشاء فئة ثالثة هي العضوية شبه الدائمة التي تنتخب الدول فيها لمدة خمس الى ست سنوات.
- نيجيريا رأت مجلساً للأمن يتكون من واحد وثلاثين عضواً عن طريق إضافة سبعة مقاعد جديدة دائمة (اثنان لكل من آسيا وأفريقيا، وواحد لكل من أمريكا اللاتينية وأوروبا الشرقية وأوروبا الغربية) وتسعة مقاعد أخرى غير دائمة توزع على الشكل المعمول به حالياً بخصوص هذه الفئة.
- أما أبرز المقترحات الاردنية فكانت التالية:
- زيادة مقاعد العضوية الدائمة مع منح حق النقض، لكن دون تحديد للعدد أو لطريقة الاختيار الا فيما يتعلق باليابان وألمانيا.

- زيادة عدد المقاعد المخصصة للعضوية غير الدائمة من عشرة الى خمسة عشر عضواً (أربعة مقاعد لآسيا ؛ بواقع مقعد احد لكل من شرق وجنوب شرق آسيا، غرب آسيا، جنوب ووسط آسيا، دول الباسيفيك واستراليا ونيوزلندا خمسة مقاعد لأفريقيا ؛ ثلاثة من شمال خط الاستواء، اثنان من جنوبه، ثلاثة مقاعد للأمريكيتين؛ اثنان من شمال امريكا ووسطها وواحد من جنوبها. ثلاثة مقاعد لأوروبا بواقع مقعد لكل من شرق وشمال وغرب اوروبا) ويلاحظ ان الاقتراح الاردني يتميز بما يلي:

- تأكيده على ضرورة كفالة المساواة التامة في صلاحيات وحقوق الأعضاء الدائمين في المجلس.

- تبنيه لتقسيم غير تقليدي للأقاليم وكيفية تمثيلها بمقاعد غير دائمة في مجلس الأمن^(١).

دولة موريشيوس رأّت ان واحداً وعشرين مقعداً ستكون جيدة لكفالة مجلس امن فعال وديموقراطي يضم في عضويته اثنا عشر مقعداً دائماً (أربعة لأوروبا الغربية ودول اخرى، ثلاثة لآسيا، اثنان للأمريكيتين، اثنان لأفريقيا، واحد لأوروبا الشرقية) مع عدم تمتع الدول دائمة العضوية الجديدة بحق الفيتو، وتسعة مقاعد غير دائمة (أربعة لأفريقيا وآسيا، اثنان لأمريكا اللاتينية والكاريبي، اثنان لأوروبا الشرقية، واحد لأوروبا الغربية ودول اخرى) أي ان هذا الاقتراح يتميز بمطالبته بتخفيض عدد المقاعد غير الدائمة لتصبح تسعة^(٢).

هولندا ممكن تلخيص موقعها كالتالي:

- مقعد دائم لكل من اليابان والمانيا (دون تحديد للموقف من الفيتو)
- زيادة مقعد غير دائم لكل مجموعة اقليمية
- فتح المجال لإعادة انتخاب بعض الدول لفترتين متتاليتين بالنسبة للعضوية غير الدائمة^(٣).

(١) د. حسن نافعة، اصلاح الامم المتحدة، مرجع سابق ص ٢٣٧-٢٤٠

(٢) أصبحت هذه الدولة عضواً في الامم المتحدة بتاريخ ٢٤ نيسان / ١٩٦٨

(٣) د. حسن نافعة، اصلاح الامم المتحدة، مرجع سابق ص ٢٣٩

سلوفاكيا رأت ان خمسة وعشرين مقعداً كافية لتحقيق الطابع التمثيلي الجيد والمرونة العلمية للمجلس في نفس الوقت وضرورة أن تشمل الزيادة فئتي العضوية الدائمة وغير الدائمة^(١).

اما حركة عدم الانحياز فكان موقفها واضحاً في رسالتها الموجهة الى الفريق العامل مفتوح باب العضوية السابق ذكره في ١٣/٢/١٩٩٥، حيث ساندت توسيع عضوية مجلس الأمن ليصبح عدد اعضائه ستة وعشرين عضو، مؤكدة ان بلدان عدم الانحياز ممثلة تمثيل شديد النقض في المجلس وهذا التمثيل المنخفض جدير بالتصحيح من خلال توسيع مجلس الأمن مما سيعزز من مصداقية المجلس^(٢).

وهذا ما تنبته المجموعة الافريقية في الامم المتحدة في رسالتها الموجهة الى الفريق السابق ذكره في ٢٥/٤/١٩٩٦ حيث طالبت بمقعدين دائمين بكل امتيازاتهما لصالح افريقيا دون المساس بحقها في المقاعد غير الدائمة حيث رأت المجموعة الافريقية ان زيادة عدد أعضاء مجلس الأمن اصبحت أمراً ضرورياً لإضفاء الطابع الديموقراطي عليه، هذه الديموقراطية التي يدعى لتطبيقها في كل البلدان يجب ان تسود المنظمة الدولية أولاً. وهذا ما ايده الدول العربية في الامم المتحدة حيث طالبت بستة وعشرين عضواً في المجلس، الى جانب مطالبتها بمقعد دائم واحد يكون من نصيبها الى جانب مقعدين غير دائمين على الاقل لدول هذه المجموعة^(٣).

وقد رأت كوريا أن زيادة عدد المقاعد غير الدائمة في المرحلة الحالية هي الخيار الصحيح الوحيد في حال عدم التوصل الى اتفاق بشأن توسيع المجلس^(٤)، الا ان جانباً من الفقه يرى ان توسيع العضوية غير الدائمة في المجلس لن يكون الا اصلاح هامشي

(١) مناقشات الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة السادسة والخمسون، الجلسة العامة ٣٥، الاربعاء ٣١ تشرين الاول / ٢٠٠١

(٢) قصي الضحاك، مجلس الامن الدولي ودوره في الحفاظ على السلم والامن الدوليين بين النصوص والتطبيق، جامعه الجزائر، ٢٠٠١، ص ١٦٧.

(٣) قصي الضحاك، المرجع السابق، ص ١٦٨

(٤) مناقشات الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة السادسة والخمسون

مجرد ويجب أن يكون مرفقاً بإصلاحات أخرى تستهدف طبيعة واختصاصات ودور هذه العضوية فضلاً عن الإصلاحات الأخرى المتعلقة بعملية اتخاذ القرار ومسألة حق النقض وغيرها. وعندها فقط سيكون لعملية توسيع مجلس الأمن معنى ايجابي واضح ولن تكون مجرد ارقام.

إذاً فالمقترحات تنوعت واختلفت فبعضها ذهب الى توسيع عضوية مجلس الامن بالاقطار على زيادة عدد مقاعد الفئات الحالية التي يحتويها المجلس، والبعض رأى الغاء العضوية الدائمة أو على الأقل التأكد بشكل متواتر من استمرار ثقة المجتمع الدولي بأحقية هذه الدول بالتمتع بها.

ثانياً: معايير توزيع العضوية في مجلس الامن الدولي:

طالما ان الاعضاء الدائمين محددين بشكل اسمي في الميثاق فإن معايير الاختيار الواردة فيه اقتصرت بطبيعة الحال على العضوية غير الدائمة فكانت تلك المعايير كما اوردها المادة (٢٣):

- مدى مساهمة الدولة في حفظ السلم والامن وفي تحقيق مقاصد الامم المتحدة الأخرى
 - مراعاة التوزيع الجغرافي العادل بما يكفي تمثيل مختلف مناطق العالم^(١).
- ويبرر تبني هذين المعيارين بأنهما يوفران لمجلس الأمن أكبر قدر من الفعالية في الأداء والمصادقية فالفاعلية تتجلى في حصر عضوية المجلس بأضيق نطاق ممكن من الدول ذات المؤهلات التي يتطلبها المعيار الأول والمصادقية تأتي من عدالة توزيع العضوية غير الدائمة على مناطق العالم المختلفة فتكون قرارات المجلس معبرة عن ارادة المجتمع الدولي كله^(٢).

وبالنسبة للمعيار الأول فقد فسرتة الدول دائمة العضوية على انه امتلاك الوسائل العسكرية والقدرة على المساهمة في العمليات العسكرية بشكل أساسي هذا التفسير رأى

(١) فؤاد البطانية، الامم المتحدة: منظمه تبقي ونظام يرحد، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، ٢٠٠٣، ص ٣٣٧.

(٢) د. ياسين الشيباني، المرجع السابق، ص ٣٥٣

جانب من الفقه أنه ضيق " فالمساهمة في السلم والأمن الدوليين قد تأخذ شكل جهود تبذل من أجل دعم عملية التفاوض والتوصل لحل النزاعات الدولية سلمياً وبالتالي فإن دولاً صغيرة أو متوسطة ممكن ان تلعب دوراً أكبر وأهم من دور الدول الكبرى أحياناً^(١). لكن الحقيقة المؤكدة هي أن الجمع بين هاتين الميزتين، القوة العسكرية والقدرة على المساهمة في الحل السلمي للمنازعات الدولية سيجعل من أي دولة تمتلكهما ذات مركز مميز على الصعيد الدولي. اما المعيار الثاني فقد بين قرار الجمعية العامة رقم ١٩٩١ / ١ الصادر بين ١٧ / كانون الأول ١٩٦٢ كيفية توزيع المقاعد العشرة غير الدائمة بين المجموعات الجغرافية المختلفة فنص على أن يكون لدول آسيا وإفريقيا خمسة مقاعد، والدول أميركا اللاتينية مقعدان، والدول شرق أوروبا مقعد واحد أما دول غرب أوروبا والدول الأخرى فنص عليها مقعدان^(٢)، وحتى لو برر هذا المعيار على أنه يكفل تمثيل دولي في عملية صنع القرار في مجلس الأمن إلا أن دور الأعضاء غير الدائمين يبقى محدوداً لدرجة كبير مقارنة مع دور الأعضاء الدائمين.

وعلى الرغم من تنوع المعايير التي يمكن على أساسها منح العضوية في مجلس الأمن بمختلف فئاتها والتي وردت في سياق وجهات النظر والمشاريع المقدمة في سبيل إنجاز عملية إصلاح المجلس إلا أنها تصب بشكل أساسي في مجموعتين، الأولى تركز على عناصر القوة المختلفة (عسكرية، سياسية، اقتصادية) والثانية تركز على الإسهام في نشاطات الأمم المتحدة وخاصة في مجال عمليات حفظ السلم والأمن الدوليين العسكرية أو في جهود التسوية السلمية^(٣)، فمثلاً الاقتراح المقدم من دولة أنيجوا وبربودا تضمن إمكانية توزيع المقاعد الدائمة والتي ستصبح (ثمانية وفق هذا الاقتراح) بشكل يتم تقاسمها مناصفة " بين الدول الصناعية والدول النامية. (أربعة لكل منها) أما المقاعد غير الدائمة (والتي عددها سبعة عشر) خصص اثني عشر منها للدول النامية وخمسة للدول الصناعية وبذلك يتحقق التوازن في التمثيل بين هاتين المجموعتين.

(١) د. حسن نافعة، إصلاح الأمم المتحدة، مرجع سابق، ص ٢٢٩

(٢) د. ياسين الشيباني، المرجع السابق، ص ٣٥٢

(٣) د. حسن نافعة، إصلاح الأمم المتحدة، مرجع سابق، ص ٢٣٠

وتركيا التي اقترحت وجود عضوية شبه دائمة رأت أن المقاعد التي ستدرج تحت هذه الفئة يكمن توزيعها وفق معايير محددة تتجلى بعدد السكان، الوضع الجغرافي والسياسي، القدرة العسكرية، الإمكانات الاقتصادية، سجل العمل في إطار الأمم المتحدة، وسجل المساهمات في حفظ السلم والأمن الدوليين وفي مقاصد المنظمة الأخرى مع مراعاة التوزيع الجغرافي العادل.

حركة عدم الانحياز قدمت صيغة رياضية يمكن من خلالها - وفق وجهة نظرها - تحقيق التمثيل الجغرافي العادل على النحو التالي:

العضوية المقترحة لكل منطقة = (عدد الأعضاء بكل منطقة جغرافية / عدد أعضاء الأمم المتحدة × المجموع المقترح للعضوية).

والمناطق الجغرافية التي ذكرها هذا الاقتراح هي التالية: مجموعة الدول الأوروبية والدول الأخرى، مجموعة أوروبا الشرقية، المجموعة الآسيوية، المجموعة الإفريقية، مجموعة أميركا اللاتينية ومنطقة البحر الكاريبي^(١). المجموعة العربية في الأمم المتحدة رأت أن المقعد الدائم الذي طالبت به سيتم شغله وفق معايير منبثقة عن جامعة الدول العربية، وكذلك المجموعة الإفريقية فالمقعدين الدائمين المنشودين سيكون التناوب عليهما وفق المعايير المعمول بها في منظمة الوحدة الإفريقية^(٢).

وقد أكد مندوب ليبيا في الأمم المتحدة على أنه " إذا ما كانت هنالك حاجة حقيقية لأعضاء دائمين جدد فيجب ألا يتم ذلك على نحو انتقائي أو استناداً إلى معايير من قبيل منح الأولوية لمن يتحمل أعباء أكبر في ميزانية الأمم المتحدة، أو من له القدرة على توفير قوات ومعدات أكثر لعمليات حفظ السلام، إن العمل بهذه المعايير لن يؤدي إلا إلى تقوية قبضة الأقوياء.

والأغنياء في مجلس الأمن وبالتالي فإن المهم والأساسي في شأن زيادة العضوية في هذه الفئة هو تطبيق مبدأ التوزيع الجغرافي العادل وبالدرجة الأولى مراعاة وضع الدول

(١) قصي الضحاك، المرجع السابق، ص ١٦٧

(٢) قصي الضحاك، المرجع السابق، ص ١٦٨

النامية في إفريقيا وآسيا وأميركا اللاتينية التي لا يمثل بعضها في هذه الفئة على الإطلاق^(١).

ومن المفيد هنا عرض رؤية أحد الباحثين وهو جوزيف شوارتز برغ J.Schwartzberg أستاذ الجغرافيا في جامعة مينيسوتا الذي قام باقتراح مجموعة من المعايير الموضوعية، ووضع نظام متكامل للعضوية في مجلس الأمن تنتقي معه الحاجة لأن يحدد الميثاق أي دولة بالاسم حتى كعضو دائم في مجلس الأمن أو حتى الاتفاق مسبقاً على ماهية الأقاليم التي يتعين أن يكون لها تمثيل في المجلس، ووفقاً لما رآه شوارتز برغ كل دولة عضو في الأمم المتحدة لها وزن نسبي هو عبارة عن حاصل جمع عناصر ثلاثة:

- نسبة مجموع سكانها إلى سكان العالم
- نسبة مساهمتها المالية في ميزانية الأمم المتحدة
- نسبتها إلى مجموع أعضاء الأمم (وهي نسبة ثابتة محددة إلى كل الدول) ويسمى هذا الوزن النسبي مقياس الاستحقاق (eq) entitlement quotient

وقام الباحث نفسه بعدد من المحاولات التطبيقية لهذه المعايير انتهى بعدها إلى تصور أمثل - من وجهة نظره - لمجلس أمن مكون من ثمانية عشرة مقعداً على سبيل المثال واعتبر أن الحد الأدنى للتمثيل هو ٦٤%، أي النسب السابقة الذكر تكون حصيلتها ٤٤%، وبالتالي تبين له أن هنالك أربع دول قابلة لعضوية المجلس منفردة دون تكتلها مع دول أخرى (الولايات المتحدة الأمريكية، الهند، اليابان، الصين)، ثم يوجد ثلاث عشرة مجموعة إقليمية أخرى متجانسة تستطيع أن تحصل كل منها على مقعد في المجلس ويبقى اثنتان وعشرون دولة غير متجانسة إطلاقاً تنتمي إلى أقاليم جغرافية متعددة خصص لها مقعد واحد تمثل فيه. ويتابع شوارتز برغ في تصورات له ليصل على أن اتفاق الدول فيما بينها على تشكيل مجموعاتها الخاصة لتمثيلها في المجلس يجعل من السهل أن يتم تمثيل كل مجموعة بأشخاص يتم الاتفاق عليهم، لكن لدى تعيينهم سيصبح لهم استقلالية عن دولهم وذلك وفق وجهة نظر شوارتزبرغ - سيجعل مجلس الأمن في منأى عن التقلبات السياسية في الدول

(١) مناقشات الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة السادسة والخمسون، الوثيقة (A/56/pv.35) مرجع سابق

غير المستقرة، أي أنه أضاف فكرة جديدة وهي إمكانية وجود أفراد يتم اختيارهم من بين مواطني الدول والمجموعات الإقليمية التي تتوافر فيها شروط التمثيل دون أن يمثلوا دولهم بالضرورة^(١)، وربما هذا الاتجاه ينسجم مع الأفكار التي برزت لتنادي بالألا يكون الأمم المتحدة منظمة دول وحكومات فقط بل لابد من إدخال عنصر التمثيل الشعبي إلى المنظمة الدولية شأنها في ذلك شأن الاتحاد الأوروبي حيث يمكن أن ينشأ برلمان دولي أو عالمي ضمن المنظمة ليكون المؤثر والضابط على غيره من أجهزة الأمم المتحدة^(٢).

كما تقدمت أكاديمية السلام الدولية international peace academy بالتعاون مع مؤسسة ستانلي " Stanley foundation " عام ١٩٩٤ مجموعة اقتراحات حول توزيع المقاعد الجديدة في مجلس الأمن في تقريرها المرفوع إلى رئيس الجمعية العامة للأمم المتحدة آنذاك وتتضمن هذه الاقتراحات أربعة خيارات هي التالية:

- **الخيار الأول:** إضافة خمسة مقاعد جديدة دائمة يختار اثنان منها على أساس عالمي والثلاثة الباقية على أساس إقليمي، بحيث يصبح لكل من إفريقيا وآسيا وأميركا اللاتينية مقعد دائم، كما تضاف خمسة مقاعد يتم شغلها بالتناوب كل سنتين ويراعى عند اختيار من يشغلها تحقيق التوازن بين الأقاليم بعد شغل المقاعد الدائمة.

- **الخيار الثاني:** هو ما يسمى بصيغة (٣+٢+١) ومعناها منح ألمانيا واليابان مقعدين دائمين بدون حق الفيتو، وثلاثة شبه دائمة تختار على أساس إقليمي بحيث يكون لكل من إفريقيا وآسيا وأميركا اللاتينية أحد هذه المقاعد، إضافة إلى مقعد آخر يتم شغله بالانتخاب العام على أساس عالمي، إضافة إلى أربعة مقاعد يتم شغلها بالتناوب كل سنتين.

- **الخيار الثالث:** هو صيغة (٢+٦+٢) أول مقعدين هما من نصيب اليابان وألمانيا وهما دائمين دون حق الفيتو، ثم ستة مقاعد شبه دائمة توزع بمعدل اثنين لكل من آسيا وإفريقيا وأميركا اللاتينية، أما المقعدين الأخيرين فسيتم شغلها على أساس

(١) د. حسن نافعة، إصلاح الأمم المتحدة، مرجع سابق، ص ٢٣٠-٢٣٤

(٢) د. كاظم حطييط، المرجع السابق، ص ٨٤

عالمي من بين قائمة محددة من الدول تسمى وفقاً لمعايير موضوعية (لم يتم تحديد هذه المعايير).

- **الخيار الرابع:** استحداث خمسة مقاعد يتم شغلها بالتناوب وتوزع كما يلي: مقعدين وفقاً لنظام انتخابي عالمي، ثلاثة مقاعد وفقاً لنظام انتخابي إقليمي على أساس مقعد لكل من القارات الثلاث (آسيا، إفريقيا، أميركا اللاتينية) ويتم تحديد أسماء الدول التي يمكن أن تتناوب على هذه المقاعد ويمكن أن يتم ذلك عن طريق النص على هذه الدول في ميثاق الأمم المتحدة، كما تضاف خمسة مقاعد جديدة يتم شغلها أيضاً بنظام التناوب ولكن لفترة محدودة سنتين مثلاً^(١)، فهذا الاقتراح يرى إمكانية توسيع مجلس الأمن ليصبح عدد أعضائه خمسة وعشرين عضواً مع الاختلاف في شكل هذه العضوية، فتارة يسعى لإيجاد مقاعد دائمة جديدة دون حق الفيتو وتارة يقترح عضوية شبه دائمة وتارة يسعى لإيجاد عضوية بالتناوب مع تنبيه لطرق اختيار مختلفة أحياناً عالمية وأحياناً إقليمية مع عدم ذكره للأسس التي يتم عليها هذا الاختيار.

ويبدو أن اليابان وألمانيا هما أبرز المرشحين للحصول على عضوية المجلس الدائمة، فاليابان برزت كقوة اقتصادية رئيسية يمكنها الإسهام بصورة ملموسة في عدة مجالات على المستوى الدولي وعلى صعيد أنشطة الأمم المتحدة وخاصة في ميادين التنمية الاقتصادية والتكنولوجيا. أما ألمانيا فقد أصبحت قوة سياسية اقتصادية متميزة في أوروبا إضافة إلى حجم مساهمتها المرتفع في ميزانية الأمم المتحدة^(٢).

وحصول هاتين الدولتين على العضوية الدائمة يلقي قبول العديد من الدول وفي مقدمتها الولايات المتحدة الأميركية حيث رأت أن منح هذه العضوية من شأنه أن يخفف الأعباء المالية والعسكرية التي تتحملها، أما روسيا الاتحادية فهي تتحفظ على عضوية اليابان نظراً

(١) د. حسن نافعة، إصلاح الأمم المتحدة، مرجع سابق، ص ٢٣٤-٢٣٥ + د. ياسين الشيباني، المرجع السابق، ص

٢٥٦

(٢) فؤاد البطانية، المرجع السابق، ص ٣٣٦

للخلاف القائم بين الدولتين حول جزر الكوريل^(١). إيطاليا بدورها شنت حملة معارضة لحصول ألمانيا على عضوية مجلس الأمن الدائمة، فإذا حققت ألمانيا ذلك فإن إيطاليا ستكون الدولة الأوروبية الرئيسية الوحيدة التي لا تحتل مقعد دائم في مجلس الأمن^(٢). ورداً على الدعم الدولي الذي تلقاه ألمانيا لحصولها على العضوية الدائمة تطرح إيطاليا أفكار كثيرة منها أن تتناوب مع ألمانيا على هذا المقعد أو أن تترك فرنسا وبريطانيا مقعديهما ليحل محلها الاتحاد الأوروبي"

ويرى جانب من الفقه أن التوسع في العضوية الدائمة لصالح هاتين الدولتين سيزيد من نقل الدول الغنية اقتصادياً على حساب غيرها من الدول في الأمم المتحدة ويجعل مجلس الأمن مماثلاً لنادي الدول السبعة الصناعية^(٣)، وقد أكد الأمين العام للأمم المتحدة كوفي عنان رداً على سؤال وجه له حول توسيع عضوية المجلس بما يلي: " أنه أمر يعود للدول الأعضاء اتخاذ القرار فيه، ولكنني اتفق مع الرأي القائل بأن مجلس الأمن في تركيبته الحالية يعكس عموماً الحقائق السياسية والاقتصادية لعام ١٩٤٥، وأنه يجب تكييفه مع حقائق اليوم، وفي حين أنه من المتفق عليه بشكل عام أن اليابان وألمانيا يجب أن تنضم للمجلس فإنه لا يمكنهم توقع أنهما سينضمنا وحدهما، فهناك دول أخرى حول العالم في مناطق أخرى لها طموحاتها المشروعة وإن كنا متجهين لمحاولة جعل المنظمة أكثر ديموقراطية فسوف تحتاج إلى توسيع المجلس كي يعكس حقائق اليوم^(٤)، إضافة إلى ألمانيا واليابان يُلاحظ أن كل من مصر ونيجيريا ترشيحان عن قارة إفريقيا كما ترشح مصر من الدول العربية والهند وإندونيسيا عن آسيا والبرازيل والمكسيك عن أميركا اللاتينية للحصول على مقاعد دائمة (مع أو بدون حق الفيتو)^(٥).

(١) قصي الضحاك، المرجع السابق، ص ١٦٩

(٢) د. سعيد اللاوندي، وفاة الأمم المتحدة: أزمة المنظمات الدولية في زمن الهيمنة الأميركية، دار فضاء، مصر، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٢٤٦

(٣) ناهد طلاس العجة، المرجع السابق، ص ٧٠

(٤) قصي الضحال، المرجع السابق، ص ١٧٠

(٥) د. ياسين الشيباني، المرجع السابق، ص ٣٥٨

وينطلق طموح مصر لحصولها على مقعد دائم في مجلس الأمن من امتلاكها لمجموعة من المؤهلات التي تخولها ذلك، فهي عضو مؤسس في الأمم المتحدة وساهم في صياغة الميثاق بفعالية وملتزم بمبادئه وأهدافه، إضافة إلى تمتعه بثقل سياسي في الشؤون الدولية سواء على الصعيد العربي أم الإفريقي.

ومصر حريصة على المشاركة الفعالة في مختلف أنشطة الأمم المتحدة وتم انتخابها أكثر من مرة كعضو غير دائم في مجلس الأمن إلى جانب دورها الفعال في دبلوماسية المؤتمرات الدولية والهيئات والوكالات المتخصصة التابعة للأمم المتحدة، عدا عن ترشيحها من قبل بعض الشخصيات و الهيئات الدولية^(١). وفي البيان الختامي الصادر عن القمة العربية السابعة عشرة المنعقد في الجزائر - إعلان الجزائر - أكد القادة العرب على دعم مساعي جمهورية مصر العربية للحصول على مقعد دائم في مجلس الأمن في حالة توسيع عضويته الدائمة وذلك في إطار تأكيدهم على أهمية إصلاح منظمة الأمم المتحدة ككل^(٢). وأخيراً لا بد من استعراض وجهة نظر الأمين العام للأمم المتحدة السيد كوفي عنان في تقريره الصادر مؤخراً تحت عنوان " في جو من الحرية أفسح: صوب تحقيق التنمية والأمن وحقوق الإنسان للجميع " فقد أعرب من خلال هذا التقرير أنه ومنذ توليه صلاحياته عام ١٩٩٧ كأمين عام للمنظمة كان من أولوياته الرئيسية إصلاح الهياكل الداخلية للأمم المتحدة ثقافة المنظمة لجعلها أجدى وأنفع للدول الأعضاء ولشعوب العالم، وأكد أن مبادئ ومقاصد الأمم المتحدة تبقى ثابتة وراسخة وملائمة مثلما كانت عام ١٩٤٥ لكن الممارسة والتنظيم ينبغي أن يساير العصر، كما جدد تأكيده على أن إصلاح الأمم المتحدة لن يكتمل دون إصلاح مجلس الأمن الدولي، ورأى أنه من الضرورة أن يترتب على هذا الإصلاح أن يشارك في اتخاذ القرارات الصادرة عن المجلس الدول التي تقدم أكبر مساهمات في الأمم المتحدة مالياً وعسكرياً وديبلوماسية، خصوصاً في الميزانيات المقررة في الأمم المتحدة

(١) د. سعيد اللاوندي، وفاة الأمم المتحدة: أزمة المنظمات الدولية في زمن الهيمنة الأميركية، مرجع سابق، ص ٢٨٢-

٢٨٣

(٢) راجع " إعلان الجزائر " البيان الختامي للقمة العربية التي عقدت في ٢٢-٢٣ آذار ٢٠٠٥ في العاصمة الجزائرية

الجزائر، الجزائر

للمشاركة في عمليات حفظ السلام والأنشطة التنموية والديبلوماسية للمنظمة. كما رأى أن الإصلاح يجب أن يؤدي إلى مشاركة البلدان التي تمثل القاعدة الأوسع لعضوية المنظمة - خاصة من العالم النامي في عملية اتخاذ القرار. بحيث يزيد ذلك من الطابع الديمقراطي للمجلس ويجعله أكثر خضوعاً للمساءلة دون الإخلال بفاعليته. وقدم الأمين العام في تقريره نموذجين حول توسيع العضوية في المجلس وحث الدول الأعضاء على النظر فيهما وتقديم أي اقتراحات إضافية.

• النموذج الأول:

يقضي هذا النموذج بإنشاء ستة مقاعد دائمة جديدة ليس لها حق النقض، وثلاثة مقاعد غير دائمة جديدة لمدة سنتين، مع تقسيم تلك المقاعد على المناطق الإقليمية الرئيسية كما يلي:

المجموعة	المقاعد الجديدة المقترحة لمدة سنتين (غير القابلة للتجديد)	المقاعد الدائمة الجديدة المقترحة	المقاعد الدائمة (المستمرة)	عدد الدول	المنطقة الإقليمية
٦	٤	٢	صفر	٥٣	أفريقيا
٦	٣	٢	١	٥٦	آسيا ومنطقة المحيط الهادي
٦	٢	١	٣	٤٧	أوروبا
٦	٤	١	١	٣٥	الأمريكتان
٢٤	١٣	٦	٥	١٩١	مجاميع النموذج الأول

• النموذج الثاني:

يقضي هذا النموذج بعدم إنشاء أي مقاعد دائمة جديدة، ولكن بإنشاء فئة جديدة من ثمانية مقاعد قابلة للتجديد مدتها ٤ سنوات، و مقعد جديد غير دائم مدته سنتان (وغير قابل للتجديد).

مع تقسيم هذه المقاعد على المناطق الإقليمية الرئيسية كما يلي:

المجموعة	المقاعد الجديدة المقترحة لمدة سنتين (غير القابلة للتجديد)	المقاعد الدائمة الجديدة المقترحة القابلة للتجديد التي مدتها ٤ سنوات	المقاعد الدائمة (المستمرة)	عدد الدول	المنطقة الإقليمية
٦	٤	٢	صفر	٥٣	أفريقيا
٦	٣	٢	١	٥٦	اسيا ومنطقة المحيط الهادي
٦	١	٢	٣	٤٧	اوروبا
٦	٣	٢	١	٣٥	الامريكيتان
٢٤	١١	٨	٥	١٩١	مجاميع النموذج الاول

فمجلس الأمن وفق اقتراحات الأمين العام للأمم المتحدة السيد كوفي عنان سيتألف من ٢٤ عضو يتوزعون وفق النموذج الأول على مقاعد دائمة وغير دائمة (غير قابلة للتجديد) والمقاعد الدائمة الجديدة لن يمنح أصحابها حق النقض، ووفق النموذج الثاني ستبقى المقاعد الدائمة على حالها الراهن وسيتم إحداث مقاعد مدتها أربع سنوات قابلة للتجديد وإضافة مقعد غير دائم واحد (غير قابل للتجديد).

يبدو أن عملية توسيع عضوية مجلس الأمن الدولي قد أضحت ضرورة حقيقة بحيث تكون وسيلة لإضفاء الطابع الديمقراطي على المنطقة الدولية ككل، على ألا تخل بفعالية المجلس.

إن التوسع في العضوية الدائمة يجب أن يسفر عن وجود مقعد دائم لكل منطقة إقليمية، على أن يشمل ذلك منح هؤلاء الأعضاء الدائمين الجدد كل ميزات العضوية الدائمة " حق النقض " لأن وجود أعضاء دائمين يتمتعون بحق النقض وآخرين لا يتمتعون به لن يكون له ما يبرره خاصة" في ظل تغير الظروف الدولية التي نشأت في ظلها المنظمة، فإما منح حق النقض للأعضاء الدائمين الجدد وإما إلغاء هذا الحق نهائياً. كما يبدو أن نموذج

العضوية بالتناوب " rotating membership " الذي ينطوي على تشكيل قوائم بأسماء الدول وفق ترتيب معين، ثم التناوب وفق هذا الترتيب على مقاعد تخصص لهذه الفئة سيوفر تواجد دولي متنوع وواسع في المجلس لكن على الرغم من أن توسيع العضوية يشكل جزءاً هاماً في إطار إصلاح مجلس الأمن إلا أن إنجازه بشكل مجرد لن يكون له إلا أثر محدود، وسيكون مجرد عملية كمية إن لم يكن مرفقاً بحملة إصلاحات فعالة على صعيد اتخاذ القرارات.

المطلب الثاني: إعادة النظر في حق النقض

أثارت مشكلة حق النقض منذ مؤتمر سان فرانسيسكو جدلاً واسعاً لذلك فمن الطبيعي أن يكون لها مكانها الهام ضمن المشاريع والمقترحات المقدمة في سبيل إصلاح مجلس الأمن الدولي وتفعيل عمله وقد تعددت الأفكار في هذا الصدد وتتنوعت إلا أنها تركزت في ثلاثة اتجاهات رئيسية.

- **الاتجاه الأول:** ينادي بإلغاء حق النقض منطلقاً في ذلك من السلبيات العديدة التي يثيرها وجود هذا الحق والتي تمت مناقشتها سابقاً في إطار الفصل الأول من هذا البحث. لذلك يرى أصحاب هذا الاتجاه ضرورة إلغاء حق النقض والبحث عن صيغة جديدة لعملية صنع القرار في مجلس الأمن تعكس المتغيرات الدولية وتحقق مشاركة عالمية حقيقية في هذه العملية^(١)، ليبيناً مثلاً هي من بين الدول التي تعارض الإبقاء على هذا الامتياز اقتناعاً منها بأنه يتعارض مع مبدأ المساواة في السيادة بين الدول الذي كفله الميثاق ومع قيم العدالة ويقوض مبدأ الديمقراطية، وترى أنه لا معنى لعملية إصلاح لمجلس الأمن تبقى على امتياز مفتوح تتمتع به قلة من الدول وتستعمله لغرض هيمنتها على مصير العالم والتحكم بسلطة القرار الدولي^(٢)، إلا أن هذا الاتجاه يصطدم بحقيقة أن إلغاء حق النقض

(١) د- ياسين الشيباني، المرجع السابق، ص ٣٦٣.

(٢) هذا ما عبر عنه المندوب الليبي في الأمم المتحدة، مناقشات الجمعية العامة الدورة السادسة والخمسين الوثيقة A/56/PV.35 مرجع سابق

يحتاج إلى تعديل الميثاق وبالتالي موافقة الدول الخمس دائمة العضوية، وهذه الدول لن تتخلى عن هذا الحق مطلقاً وسيصعب تصور موافقة إحداها على التخلي عن مركز القوة داخل المنظمة الدولية والذي يمنحها إياه تمتعها بحق النقض.

- **الاتجاه الثاني:** يكتفي بعدم توسيع نطاق حق النقض وينطلق هذا الاتجاه من الاعتبارات العملية التي تتجلى بعدم إمكانية تحقيق إلغاء حق النقض بشكل نهائي لما ذكر سابقاً من تحكم الدول دائمة العضوية بهذا الخيار، لذلك فإن الحكمة تقتضي الاكتفاء بعدم التوسع في منح حق النقض للدول التي تقبل كأعضاء دائمين في المجلس وجعله مقصوراً على الدول التي تحوزه حالياً. لكن هذا الاتجاه من شأنه تكريس مشكلة عدم المساواة الناجمة عن وجود مثل هذا الحق لأنه إذا تم توسيع نطاق العضوية الدائمة دون منح هذه الميزة إلى الأعضاء الدائمين الجدد سينشأ عن ذلك نوعين من هذه العضوية أحدها يتمتع بحق النقض والآخر لا يتمتع به لأسباب لا يمكن أن تكون مبررة^(١). وهذا ما أبدته فيتنام إذ رأت أن أعضاء مجلس الأمن الدائمين الجدد يجب أن يتمتعوا بهذا الامتياز وفقاً لمبدأ تساوي الدول في السيادة. نيجيريا كذلك أكدت على ضرورة منح أعضاء المجلس الدائمين الجدد حق النقض لأن عدم فعل ذلك لن يكون تمييزاً فحسب بل سينشأ فئتين مختلفتين من العضوية الدائمة^(٢)، لذلك رأى جانب من الفقه أنه في حالة عدم رغبة الدول دائمة العضوية الحالية في التخلي عن حق النقض مع وجود رغبة في عدم مد نطاقه إلى دول أخرى فإنه من الأفضل عدم توسيع نطاق العضوية الدائمة والاكتفاء بصيغتها الحالية^(٣). وربما أن هذا الاتجاه لا ينتج حلاً فعالاً في مواجهة آثار حق النقض وإساءة استخدامه، بل إن كل ما سينتج عن هذا الاتجاه هو عدم اقتصار اللا مساواة على نطاق الأعضاء الدائمين وغيرهم بل ستمتد لتكون بين أعضاء المجلس الدائمين أنفسهم.

- **الاتجاه الثالث:** تقييد نطاق استخدام حق النقض ووضع ضوابط لهذا الاستخدام، ينطلق هذا الاتجاه من أن الخطورة لا تكمن في وجود حق الاعتراض بقدر ما تكمن في

(١) د. حسن نافعة، إصلاح الأمم المتحدة، مرجع سابق، ص ٢٤٤

(٢) مناقشات الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة السادسة والخمسون، الوثيقة A/56/PV.35 مرجع سابق

(٣) د. حسن نافعة، إصلاح الأمم المتحدة، مرجع سابق، ص ٢٤٦

عدم إيضاح الميثاق لكل الجوانب المتعلقة بتطبيقه. مما جعل الدول صاحبة هذا الحق تستخدمه بحرية كاملة لخدمة مصالحها ومصالح حلفائها ولعل عدم تمييز الميثاق بين المسائل الإجرائية والموضوعية وعدم تمييزه بين النزاع والموقف ساهم في إطلاق يد الدول دائمة العضوية في استخدام هذا الحق^(١).

لذلك يرى أنصار هذا الاتجاه أن الجهد الإصلاحى يجب أن يتجه إلى وضع مجموعة ضوابط أو معايير تقيد استخدام هذا الحق وتجعله موضوعياً وتبتعد به عن الاستخدام المدفوع بالمصالح الذاتية البحتة الدول صاحبة هذا الحق بحيث يكون وسيلة لحماية وتفعيل نظام الأمن الجماعى^(٢).

ومن بين المقترحات العديدة في هذا الإطار العمل على تضيق نطاق استخدام حق النقض بحيث تقتصر إمكانية ذلك على القرارات المتخذة في إطار الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة وكان هذا مما اقترحتة كولومبيا^(٣)، كما أكدت فيتنام على هذا الاتجاه فحق النقض وفي انتظار إلغائه نهائياً يجب ألا يستخدم إلا بتحفظ شديد وفي إطار المسائل المندرجة في هذا الفصل^(٤).

كما يوجد اقتراح آخر بتعديل شرط إجماع الدول الدائمة العضوية بحيث يلزم أن تمارس دولتين مثلاً من هذه الدول لحق النقض للحيلولة دون صدور قرار من مجلس الأمن في مسألة موضوعية وهذا ما اقترحتة هولندا^(٥) كما رأت ليبيا التي تدعو للإلغاء النهائي لحق النقض أنه وكمرحلة أولية في سبيل هذا الإلغاء لا بد من تضيق استخدام هذا الحق إلى أقصى الحدود بحيث لا يعتبر ذو آثار إلا بتوافر شروط معينة مثل وجود ما لا يقل عن

(١) د. حسن نافعة، إصلاح الأمم المتحدة، مرجع سابق، ص ٢٤٧

(٢) د. ياسين الشيباني، المرجع السابق، ص ٢٦٤. تم التأكيد في إعلان الجزائر السابق ذكره وعلى ضرورة الحد من استخدام حق النقض إلى أضيق الحدود

(٣) د. حسن نافعة، إصلاح الأمم المتحدة، مرجع سابق، ص ٢٤٨

(٤) مناقشات الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة السادسة والخمسون الوثيقة A/56/PV.35، مرجع سابق

(٥) د. حسن نافعة، إصلاح الأمم المتحدة، مرجع السابق، ص ٢٤٨ وهذا الاقتراح ينظر إليه من قبل جانب من الفقه على أن هدفه الحقيقي هو حرمان الصين وروسيا الاتحادية من إمكانية الاعتراض المنفرد على قرارات مجلس الأمن في مواجهة التحالف القائم بين الدول الغربية والولايات المتحدة الأمريكية د. ياسين الشيباني، المرجع السابق، ٢٦٤

عضوين دائمين يستخدمانه. نيجيريا دعمت هذا الاتجاه أيضاً وأقرت بأنه في حال الإبقاء على حق النقض فلا بد من تضييق نطاق استخدامه ليقصر على المسائل ذات الطبيعة الحيوية - دون أن تحدد نيجيريا طبيعة هذه المسائل - لكن الجديد في الاقتراح النيجيري هو المطالبة بأن يذكر من يستخدم هذا الحق كتابة وفي كل حالة الأسس التي يرى طبقاً لها أن شروط استخدام هذا الحق متوفرة^(١). ويرى جانب من الفقه إمكانية الحد من سلطات حق النقض باستبعاده من التوصيات التي يتخذها المجلس وفقاً للمواد (٤-٥-٦-٩٧) من ميثاق الأمم المتحدة المتعلقة تباعاً بالقبول في عضوية المنظمة أو وقف هذه العضوية أو الفصل منها وتعيين الأمين العام^(٢)، كما يقترح جانب من الفقه تعديل نظام التصويت الخاص باتخاذ قرارات متعلقة بمسائل معينة، مثل المسائل المتعلقة بالتدخل الإنساني فمثلاً مشروع القرار في هذه المسائل يجب أن يحصل على أغلبية ١٢ عضو وليس تسعة مع إسقاط حق النقض^(٣).

إذا فإعادة النظر في حق النقض ظهرت فيها ثلاثة افكار رئيسية:

الفكرة الاولى: تنطوي على الاكتفاء بعدم توسيع نطاقه وذلك سيؤدي الى ابقاء الحال كما هو عليه بل سيكرس مساواه بين الاعضاء الدائمين انفسهم في حال قبول اعضاء دائمين جدد دون تمتعهم بهذا الحق.

اما الفكرة الثانية: حول الالغاء النهائي لحق النقض فيمكن بصعوبة تحقيقها على المدى المنظور.

اما ثالث الأفكار المتعلقة بوضع قيود على استخدام حق النقض فيمكن اعتبارها حلا توافقيا بحيث يبقى على امتيازات الدول دائمة العضوية لكنه يضع قيودا على ممارسة هذه الامتيازات. وفي كل الاحوال يبقى التساؤلات قائمة امكانية موافقة الدول الدائمة العضوية على تقييد هذا الحق اما انها ستبقي مصره على ان يكون مطلقا مستغله قدرتها على باي تعديل قد يطراً على الميثاق.

(١) مناقشات الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة السادسة والخمسون، الوثيقة A/56/PV3٥، مرجع سابق

(٢) قصي الضحاك، المرجع السابق، ص ١٧٢

(٣) د. إبراهيم الدراجي، جريمة العدوان ومدى المسؤولية القانونية الدولية عنها، مرجع سابق، ص ٣٢٠

المبحث الثاني

الرقابة المحتملة على مشروعية قرارات مجلس الدولي

سبقنا الإشارة الى ان مجلس الأمن الدولي في اصداره لقراراته محكوم بضوابط قانونية يتوجب عليهم مراعاتها حتى تتسم قراراته بالمشروعية وتلقى قبولا لدى الدول المعنية بتنفيذها هذه الضوابط في فئتين موضوعية وجزائية بحيث ينسجم عمله مع نصوص ميثاق الامم المتحدة وقواعد القانون الدولي بشكل عام ولضمان هذا الالتزام تضمن جانب من الاقتراحات والمشاريع المقدمة بصدد اصلاح مجلس الأمن الدولي وضرورة خضوع قرارات المجلس لنوع من الرقابة تضع حدا للاتجاه الذي يسلكه لبعض هذه القرارات خارجا فيه عن دائرة المشروعية.

هذه الرقابة المنشودة جاء تصورهما وفق صيغتين الاولى سياسية تتم مباشرتها عن طريق الجمعية للأمم المتحدة والثانية قضائية من خلال محكمة العدل الدولية. وهذا المبحث سيوضح كل من هاتين الصيغتين والاساليب المقترحة لتحقيقها عبر المطالبين التاليين:

المطلب الاول: الرقابة السياسية على مشروعية قرارات مجلس الامن الدولي.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على مشروعية قرارات مجلس الامن الدولي.

المطلب الأول: الرقابة السياسية على مشروعية قرارات مجلس الامن الدولي

هذه الرقابة السياسية المقترحة ستكون من خلال الجمعية العامة للأمم المتحدة التي ينظر اليها على انها الجهاز الأكثر تعبيرا عن ارادة المجتمع الدولي سواء من حيث عضويتهم ام من حيث طرق التصويت فيها (كل الاعضاء ممثلين فيها ومتساويين في التصويت) والعلاقة بين هذين الجهازين كانت محل جدل ونقاش حاد ثار منذ مؤتمر دومبارتون اوكس ومؤتمر سان فرانسيسكو حول طبيعة هذه العلاقة خاصة " حول حق

الجمعية العامة في الرقابة والاشراف على اداء مجلس الأمن وذلك لدى اقتراح نص المادة (١٥)^(١) التي تتضمن وجوب قيام مجلس الأمن - شأنه شأن بقية اجهزة المنظمة - بإرسال تقارير دورية عن أعماله إضافة الى التقارير الخاصة التي يرسلها في حالات معينة والنقاش الاساسي تركز حول طبيعة هذه التقارير هل غرضها مجرد العلم والاحاطة ام ان الجمعية العامة ستكون لها الموافقة او الاعتراض كلياً او جزئياً على ما يرد في هذه التقارير وان توجه للمجلس ما تراه مناسباً من توصيات وملاحظات في هذا الشأن من اجل ضمان قيامه بواجباته على اكمل وجه. سلطة الجمعية هذه نظرت اليها (الدول الكبرى) على انها ضد منطق الميثاق فمنح الجمعية سلطة رفض او قبول مضمون تقارير المجلس سيكون من شأنه ان يؤدي الى خضوع المجلس عملياً الى الجمعية العامة والميثاق جعل من الجمعية العامة ومجلس الامن فرعين متكاملين ولكن مستقلين قانوناً^(٢).

اضافة الى مناقشة ماهية الاثر الذي يمكن ان يترتب على ممارسة الجمعية العامة لهذه السلطات تجاه تقارير المجلس وكيفية التوفيق بين ممارسة هذه السلطات وما يقرره الميثاق من وجوب امتناع الجمعية العامة عن تقديم توصيات تتعلق بمسائل لا تزال محل نظر من جانب المجلس.

وقد رفضت الولايات المتحدة الامريكية والاتحاد السوفيتي اي صيغة تتيح للجمعية العامة ممارسة نوع من الرقابة والاشراف اللاحق على اداء المجلس وهذا الموقف كان مبنياً على دوافع سياسية ذاتية بحتة.

اما على الصعيد العملي فقد كانت تقارير مجلس الأمن الى الجمعية العامة تناقش خلال السنوات الاولى من قيام المنظمة وكان ذلك يتم في بعض اللجان التابعة للجمعية العامة كاللجنة السياسية واحياناً كانت يتم اعتراض الدول على فقرات بعينها او على اسلوب

(١) تنص المادة (١٥) من ميثاق الامم المتحدة على ما يلي:

تتلقى الجمعية العامة تقارير سنوية واخرى خاصة من مجلس الأمن وتتنظر فيها وتتضمن التقارير بياناً التدابير التي يكون مجلس الامن قد قررها واتخذها لحفظ السلم والامن الدولي تتلقى الجمعية العامة تقارير من الفروع الاخرى للأمم المتحدة وتتنظر فيها.

(٢) د. حسن نافعة، اصلاح الامم المتحدة، مرجع سابق، ص ٢١٦

كتابة التقرير بل وكانت تصل بعض الدول في مناقشاتها الى تشكيك في انسجام بعض القرارات مع نصوص الميثاق لكن الامر استقر بعد ذلك على اكتفاء الجمعية بأخذ العلم بتقرير المجلس دون التعمق في مناقشته.

وبالتالي فان نصوص الميثاق والممارسة العملية قد صبا في اتجاه واحد هو عدم وجود اي نوع من الرقابة من قبل الجمعية العامة على المجلس الامن.

خاصة بعد تفسير كلمة (تنظر) الواردة في المادة (١٥) السابق ذكرها المقابلة لكلمة To consider في النص الانجليزي Etudier في النص الفرنسي على انها لا تخول الجمعية العامة اي سلطة من هذا النوع^(١).

وقد اكد جانب من الفقه على انه لا بد من ان يتضمن الاصلاح المنشود لمجلس الأمن تخويل الجمعية العامة سلطة التدخل في مضمون هذه التقارير وتقييمها والا فإن تقارير المجلس ستبقى روتينية وبلا فائدة مالم يكن باستطاعة الجمعية العامة مناقشتها وتقرير سلامة مضمونها وتوافقه مع الميثاق ولا بد ان تكون هذه التقارير ادق تحليلا واعمق مضمونا لا ان تكون مجرد تقارير وصفية^(٢)، فيجب اعدادها بطريقة تتيح للجمعية العامة قدرا اكبر من المعلومات حول ما يجري من مناقشات في كواليس مجلس الامن^(٣)، بحيث تكون هذه الرقابة وسيلة لجعل عمل المجلس اكثر شفافية خاصة انه كثيراً ما يعتمد المجلس على الاجتماعات المغلقة والمشاورات الجانبية والجمعية لا تدري شيئا حول المساومات الدائرة داخل المجلس وذلك ضمن مشاوراته غير الرسمية هذه الآلية غير المذكورة في الميثاق والتي اوجدها المجلس من خلال عمله^(٤)، وخلالها تتم المناقشات المؤدية لاتخاذ القرار دون اتاحة الفرصة لمشاركة او اطلاع الاعضاء خارج المجلس وركزت العديد من الاتجاهات الفقهية او المواقف الدولية على ضرورة تضيق نطاق هذه المشورات لجعل

(١) د. حسن نافعة اصلاح الامم المتحدة، مرجع سابق، ص ٢١٧

(٢) د. فؤاد بطانية المرجع السابق، ص ٣٤٤

(٣) د. سعيد اللاندي وفاة الامم المتحدة: ازمة المنظمات الدولية في زمن الهيمنة الأمريكية، دار نهضة مصر، القاهرة، ٢٠٠٤ ص ٢٧٢

(٤) د حسن نافعة اصلاح الامم المتحدة مرجع سابق ص ٢٢٢

عمل المجلس اكثر شفافية وانفتاحا على المنظمة الدولية ككل ولعل الرقابة السياسية ستكون وسيلة لتحقيق ذلك^(١).

ومن هنا شبه جانب من الفقه هذه الرقابة المفترضة للجمعية العامة على مجلس الامن بدور السلطة التشريعية في مواجهة السلطة التنفيذية في النظم الداخلية. ويبدو ان الاساس الذي تم الانطلاق منه في المطابقة بمنح الجمعية العامة هذه السلطة الرقابية هو ان المجلس يباشر مهامه في حفظ السلم والامن الدوليين نيابة عن الدول الاعضاء ومن ثم يتعين على الجهة التي فوضت المجلس القيام بهذه المهمة ان تباشر رقابة عليه تضمن عدم خروجه عن حدود هذا التفويض والجمعية العامة - كما ذكر سابقا - تضمن كافة الدول الاعضاء وبالتالي عن طريقها يمكن توفير هذه الرقابة^(٢).

اذا فإن كان هنالك من رقابة متصورة من قبل الجمعية العامة على اعمال مجلس الامن فإنها ستكون من خلال التقارير التي توجه الى الجمعية العامة بشكل سنوي او في حالات معينة ويضمنها المجلس التدابير التي يقرها او يتخذها خاصة في مجال حفظ السلم والامن الدوليين كذلك لا بد من تفعيل دور هذه التقارير لتتمكن الجمعية العامة من التأكد ان اعمال مجلس الامن تحكمها ضوابط ومعايير تخدم مصلحة المجتمع الدولي ككل ولا تحكمها الصفقات السياسية والحلول الوسط التي تلبى بشكل خاص مصالح الدول دائمة العضوية وحلفائها.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على مشروعية قرارات مجلس الأمن الدولي

كما ذكر سابقا ان مجلس الامن الدولي يلتزم بمجموعة من الضوابط الموضوعية والاجرائية في اصداره لقراراته جاعلاً من ميثاق الامم المتحدة ومبادئ العدل والقانون الدولي اطاراً لعمله هذا بحيث ينجم عن خروجه عن هذه الحدود فقدان قراراته لصفة المشروعية وبالتالي بطلانها وعدم انتاجها لآثار او التزامات قانونية. ولكن ذلك لم يكن ما تم التعامل

(١) فؤاد بطانية المرجع السابق ص ٣٣٣

(٢) د حسن نافعة الامن الجماعي بين الواقع الأسطورة مرجع سابق ص ٥٩

به من بعض قرارات مجلس الامن الدولي التي انطوت على خرق التزاماته المذكورة مما أثار التساؤل حول ما اذا كان المجلس مطلق اليد وكامل الحرية في تطبيقه وتفسيره للقواعد القانونية المرتبطة بممارسته لاختصاصاته خاصة نصوص ميثاق الامن المتحدة ام انه لابد من خضوع المجلس لنوع من الرقابة القضائية على مشروعية اعماله. اصبحت هذه المسألة بارزة بشكل اوضح بعد ان طويت صفحة الحرب الباردة واصبح مجلس الامن اكثر انطلاقا في اصداره لقرارات مثيرة للجدل من ناحية مشروعيته^(١). لقد عبر جون فوستر دالاس وزير خارجية الولايات المتحدة الأمريكية السابقة في كتابه حرب ام سلام عن وجهة نظره بالمكانة التي يحتلها مجلس الأمن الدولي اذ قال: (ان مجلس الامن الدولي ليس جهاز تقتصر مهمته على مجرد تطبيق القانون المتفق عليه بل انه القانون بذاته) وما ذلك الا تعبيراً عن الرغبة في جعل المجلس في درجة تعلو على نصوص الميثاق فهل مجلس الامن سيد قانونه فعلاً وفق لما رآه دالاس خاصة ان انصار هذا الاتجاه قد ذهبوا الى ان عدم اكرثات المجلس في تحديد المواد التي يستند اليها في اصداره لقراراته بشكل دقيق ما هو الا تأكيداً لصحة رؤيتهم^(٢).

وبمراجعة النظام القائم داخل منظمة الامم المتحدة كونه نظام مؤسسي يتضمن مجموعة من الاجهزة يلاحظ وجود مجموعة من المبادئ التي تحكمه وهي التالية:

- **مبدأ التخصص:** ووفقاً له كل جهاز أنشئ بموجب الميثاق يعهد اليه بمهمة أو مجموعة من المهام الخاصة ويتم تزويده بمجموعة من السلطات الصريحة او الضمنية.

- **مبدأ المساواة:** وبشكل ادق يمكن ان يعبر هذا المبدأ بمفهوم عدم التبعية فلا يكون لجهاز ما التدخل فيما يقع ضمن اختصاص الجهاز الآخر فالتخصص يؤدي الى نشوء نوع من الاستقلال بين الاجهزة.

(١) د. صلاح الدين عامر، مرجع سابق، ص ١٨٨

(٢) د. صلاح الدين عامر، دور محكمه العدل الدولية على ضوء المتغيرات الدولية: هل يمكن ان تقوم المحكمة بدور الرقابة على مشروعيه قرارات مجلس الامن ورد ضمن كتاب الامم المتحدة في ظل التحولات الراهنة تحرير حسن نافع مركز البحوث والدراسات السياسية كلية الاقتصاد والعلوم السياسية القاهرة ١٩٩٤، ص ١٨٩-١٩٠

- مبدأ اختصاص الاختصاص: ويعتبر هذا المبدأ نتيجة طبيعية للمبدأين السابقين فمهمة تفسير اختصاص كل جهاز موكله الى الجهاز نفسه شريطة الا يؤدي ذلك الى عرقلة العمل سواء في الجهاز نفسه ام على صعيد المنظمة ككل.
- مبدأ التنسيق بين الاجهزة المختلفة: بحيث تكون المنظمة قادرة على الاضطلاع بمهامها وتحقيق اهدافها.

ان مفهوم اختصاص الاختصاص الذي اعطي بموجبه كل جهاز من اجهزة الامم المتحدة الحق في تفسير نصوص الميثاق التي تتصل باختصاصه وسير عمله ادى الى وجود نوع من التوزيع لسلطة التفسير بحيث يكون لكل جهاز حق تفسير بعض نصوص الميثاق ويمكن تصور الاختلاف الذي سينشأ عن هذا المبدأ في عملية التفسير هذه باختلاف طبيعة كل جهاز وطريقة تكوينه. مما يستدعي وجود رقابة على مشروعية اعمال الاجهزة الرئيسية للأمم المتحدة خاصة مجلس الأمن الدولي نظرا للسلطات الهامة والخطيرة التي يتمتع بها هذا المجلس والآثار الجسمية التي يمكن ان تنشأ عن اساءة استعماله لها⁽¹⁾.

ويبدو ان محكمة العدل الدولية كونها الجهاز القضائي الرئيسي للأمم المتحدة قد توجهت آمال العديد من الدول نحوها ليكون لها دور في الرقابة على مشروعية قرارات مجلس الامن الدولي خاصة الدول التي هي بحاجة الى الحماية التي يوفرها وجود هذه الرقابة لذلك برزت دعوات تنادي بتطوير دور المحكمة بشقيه الافتائي والقضائي.

وتعزيزه لتتلاءم مع هذه المهمة التي تمثل في نظر العديد من الدول والاتجاهات الفقهية ملاذا للتخلص من تسلط الدول المسيطرة على مجلس الامن الدولي وتسخيرها المجلس وقراراته لخدمة مصالحها الذاتية ومصالح حلفائها.

اذ يرى انصار الرقابة القضائية على مشروعية قرارات مجلس الامن انها اصبحت امرا ضروريا وملحا تبرره عدة اعتبارات والقول بعدم خضوع هذه القرارات لأي نوع من الرقابة واعتبار انه سيد قراره هو قول مشكوك بسلامته منطقيا وقانونيا فغياب هذه الرقابة سيقطع

(1) ممدوح علي محمد مينع، مشروعيه قرارات مجلس الامن الدولي في ظل القانون الدولي المعاصر، كلية الحقوق، جامعه القاهرة، ١٩٩٦، ص ١٩٨ - ١٩٩.

يد مجلس الأمن الى درجة يمكن معها أن يسيء استخدام سلطاته^(١)، مما سيجعل قراراته تتناقض حتى مع الاسس التي تقوم عليها الامم المتحدة ونهج العمل الذي تلتزم به الامر الذي سيمس بمصداقيتها كمنظمة انشأت لخدمة المجتمع الدولي ككل وهذه الرقابة ستسعى الى فرض احترام المجلس للاطار العام للشرعية الدولية بحيث لا يخرج في اعماله عن هذا الاطار^(٢).

وإذا كانت الدول التي انشأت منظمة الامم المتحدة قد تعهدت باحترام وتنفيذ ما تضعه من قرارات وقواعد قانونية فإن ذلك مشروط بأن تخضع تلك القرارات والقواعد للقانون الدولي فالأمم المتحدة في نهاية المطاف ليست منظمة فوق الدول^(٣).

لكن فكرة الرقابة القضائية على قرارات مجلس الأمن الدولي لم تلقى تأييدا واسعا بل اتجه معارض كان لها بالمرصاد مزودا بالحجج التي يبني عليها موقفه هذا حيث اظهرت المناقشات الدائرة في مجلس الامن والمرافعات الكتابية والشفوية امام محكمة العدل الدولية بشأن بعض القضايا التي نظرتها والآراء الاستشارية الصادرة عنها ان الاغلبية كانت من نصيب الاتجاه المعارض لهذه الرقابة^(٤) وتم تأسيس هذا الموقف على عدة حجج اهمها: الخوف من وقوع مجلس الامن في مصيدة الاعتبارات القانونية فالإجراءات ذات الطابع القانوني التي يتطلبها اللجوء الى المحكمة قد يسفر عنها عرقلة او اعاقا عمل المجلس وما يتطلبه من سرعة وفاعلية خاصة لدى ممارسة اختصاصه باتخاذ تدابير القمعية^(٥) كما رأى هؤلاء ان هناك خشية حقيقية في وضع اختصاص مجلس الامن الدولي الذي هو سياسي

(١) د ياسين الشيباني المرجع السابق ص ٣٧٥

(٢) د صلاح الدين عامر، المرجع السابق ص ١٩٤

(٣) د ياسين الشيباني المرجع السابق ص ٣٧٦. د صلاح الدين عامر، المرجع السابق ص ١٩٤. وقد اشار بعض اعضاء معهد القانون الدولي عام ١٩٥٢ في تقريره حول مسألة رقابة قرارات مجلس الامن الى ما يلي: (لا يجوز ان تبقى قرارات مجلس الأمن غير قابلة للرقابة الى الابد ان التطور اللاحق للنظام الحقوقي الدولي قد يقود بالفعل الى حل مختلف) انمي شاويس المرجع السابق ص ٦٣.

(٤) ممدوح علي محمد مينع المرجع السابق ص ٢٠٠

(٥) د. ياسين الشيباني مرجع سابق ص ٢١٦

بطبيعته تحت تقدير جهاز قضائي في حين ان طبيعة عمل المجلس واختصاصه ترفض الرقابة ذات الطابع القانوني^(١).

ويرى جانب من الفقه المعارض لهذا النوع من الرقابة الى ان القبول بقيامها ينطوي في حد ذاته على تجاوز للنظام القانوني الذي يقوم عليه الميثاق وما يتضمنه من احترام لمبدأ سيادة الدول الأعضاء في الامم المتحدة اذ انه بمثابة قبول اعضاء الأمم المتحدة للولاية الجبرية لمحكمة العدل الدولية للنظر في قرارات المجلس الأمر الذي يتناقض صراحة مع النظام الأساسي للمحكمة في مادته (٣٦/٢) والذي يشكل جزءا من الميثاق^(٢).

وبالانتقال الى الشكل الذي يمكن ان تكون عليه الرقابة القضائية على قرارات مجلس الأمن في حال كتب لهذه الخطوة الجريئة والحاسمة في حياة منظمة الامم المتحدة ان تتحقق يلاحظ انه قد تم وضع تصور مزدوج لها بحيث يتم الاستفادة من امكانيات محكمة العدل الدولية في كلا الاختصاصين اللذين تملكهما في اما ان تكون سابقة عن طريق الاختصاص الاستشاري- الافتائي واما ان تكون لاحقة من خلال اختصاصها التنازعي القضائي.

أولاً- الرقابة القضائية السابقة على قرارات مجلس الأمن الدولي:

هذه الرقابة كما ذكر سابقا ستكون عن طريق الاختصاص الاستشاري لمحكمة العدل الدولية وبشكل سابق على اتخاذ القرار، فمجلس المن له الحق في طلب رأي المحكمة الاستشاري فيما يعرضه عليه من مسائل قانونية بموجب المادة /٩٦/ من ميثاق الامم المتحدة.

وبذلك تكون الرقابة السابقة الوقائية ممكنة في ظل النصوص الحالية لميثاق الامم المتحدة والنظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية وقد تنبعت الجمعية العامة للأمم المتحدة باكرا الى اهمية اللجوء بشكل متواتر الى محكمة العدل الدولية من قبل اجهزة المنظمة

(١) د صلاح الدين عامر المرجع السابق ص ٣٧٤.

(٢) د.ياسين الشيباني المرجع السابق ص ٣٧٤.

المخولة مثل هذه الصلاحية وبدا ذلك جليا في قرار الجمعية العامة رقم /١٧١/ الصادر عام ١٩٤٧ حيث اوصت في هذا القرار اجهزة الامم المتحدة ووكالاتها المتخصصة بطلب اراء المحكمة الاستشارية بشأن المسائل القانونية التي تصادفها لدى ممارستها لاختصاصاتها والتي تتطلب نوعا من الايضاح والحسم بما في ذلك المسائل القانونية المتفرعة عن تفسير نصوص ميثاق الامم المتحدة او موثيق وكلاتها المتخصصة ووفقا لذلك يمكن لمجلس الامن للجوء بشكل متواتر للمحكمة لطلب الرأي الاستشاري لدى مواجهته لمسائل قانونيه تستدعي ذلك^(١).

لكن على الرغم من هذه السلطة المباشرة التي يمتلكها مجلس الامن فانه لم يتقدم الى المحكمة الا بطلب راي استشاري واحد بصدد قضيه الاثار القانونية لاستمرار وجود جنوب افريقيا غير المشروع في جنوب غرب افريقيا (ناميبيا) عام ١٩٧١.

فيما عدا ذلك لم يتقدم المجلس بطلب ايه اراء استشارية حتي مع وجود العديد من المسائل القانونية والتي برزت العديد من الاقتراحات بضرورة ان يقوم المجلس باستفتاء المحكمة بشأنها كي يكون ذلك بمثابة دافع للتوصل الى قرار بشأنها مثل المسألة الإندونيسية عام ١٩٤٦ مسأله كشمير ١٩٥٧ مسألة الوضع الدولي لفلسطين بعد انتهاء الانتداب البريطاني ١٩٤٨.

ومجلس الامن لم يحجم عن طلب الآراء الاستشارية لنفسه فقط تطبيقا لنص المادة (٩٦١١) من الميثاق بل ولم يفعل ذلك حتي نيابة عن اجهزة دوليه اخري مثلما فعل نظيره مجلس عصبة الامم من قبل وحتى لو تقدم المجلس بطلب الراي الاستشاري فان هذا الرأي

(١) د. احمد حسن الرشيدى المرجع السابق ص ٣١٧ وفي تقريره المعنون ب الدبلوماسية وصنع السلام وحفظ السلام والمعروف بخطة السلام اكد الامين العام السابق للأمم المتحدة السيد بطرس غالي في البنود الخاصة بمحكمة العدل الدولية على الدور الذي يمكن ان يقوم به مجلس الامن بموجب المادتين (٣٦-٣٧) من الميثاق في تعزيز وتنمية دور المحكمة عن طريق استخدام حقه في توصية الدول الاطراف في أي دولة بالتماس حلة عن طريق اللجوء الى محكمة العدل الدولية واوصى الامين العام لمجلس الامن ان يعمل على الاكثار من مثل هذه التوصيات خاصة بعد انتهاء فترة الحرب الباردة د. صلاح الدين عامر المرجع السابق ص ١٨٠-١٨١ ومن هنا يمكن ملاحظة الدور التبادلي الذي يمكن ان ينشأ بين المحكمة ومجلس الامن فمجلس الأمن قادر على تعزيز دور المحكمة والمحكمة قادرة على المساهمة في جعل قرارات المجلس اكثر مصداقية

سيبقى ذو طبيعة غير ملزمة كما ان هذا الاجراء الوقائي يبقى معلقا الى حد كبير على الاعتبارات السياسية التي تحكم عمل مجلس الامن ككل والتي تسير بشكل اساسي مع مصلحة الدول دائمه العضوية فيه

لكن يبقى لهذه الرقابة السابقة انصارها الذين يؤمنون بفعاليتها ويقترحون تضمين اي تعديل للميثاق بعض الوسائل التي من شأنها تفعيل هذا الدور مثل انشاء دوائر خاصة بالإفتاء في المحكمة تبسيط اجراءات طلب الرأي الاستشاري تقصير الوقت الذي يستغرقه ابداء هذا الراي بحيث لا يتجاوز اكثر من خمسة عشر يوما.

وكتقييم لجدوي هذه الرقابة يمكن القول انها لا تمثل رقابه للمشروعية بحد ذاتها بقدر ماهي توضيح لبعض المسائل القانونية التي يمكن ان تواجه المجلس خلال عمله فهي في جوهرها لا نجدي نفعا في معالجه مشكله لا مشروعيه قرارات مجلس الامن والتي تظهر في المرحلة اللاحقة لصدور هذه القرارات والتوجه نحو تنفيذها مع ذلك تبقي المحكمة بما تحويه من قضاة على درجة عالية من الخبرة والمعرفة في العمل القانوني قادرة على ان تكون وسيلة لتفادي فرض التفسير اذا ما ترك لكل جهاز مهمة تفسير النصوص المرتبطة بعملة مما سيسهل ويضبط عمل هذه الأجهزة.

ثانياً- الرقابة القضائية اللاحقة على قرارات مجلس الامن الدولي:

يمكن لمحكمة العدل الدولية ان تلعب دورا اخر في الرقابة على مشروعية قرارات مجلس الامن وذلك بشكل لاحق على صدور هذه القرارات عن طريق اختصاصها القضائي ومن المعروف ان اللجوء الى هذا الاختصاص هو من حق الدول فقط (م ١٤٣ من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية)

اي ان اطراف الدعوي امام المحكمة هم من الدول حصرا دون بقية اشخاص القانون الدولي وولاية المحكمة بموجب هذا الاختصاص اختيارية اساسا حتي تقبل بها الدول الاطراف المعنية وفق ما تبينه المواد(٣٦-٣٧) من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية.

ان توفير مثل هذه الرقابة القضائية اللاحقة يتطلب تعديل المادة (٣٤) من النظام الاساسي للمحكمة كي تتمكن الدول من اللجوء الى المحكمة في منازعاتها مع المنظمة وتبدو هذه الرقابة ضرورية لتفادي الانحرافات المحتملة للسلطة التنفيذية الغير مراقبة متمثلة في مجلس الامن.

والنظر في مشروعية القرار سيكون في المرحلة اللاحقة لاتخاذ في حال وجود اعتراض يوجه نحوه وقد تتيح هذه الرقابة لدي تقرير عدم مشروعية القرار امكانية سحب هذا قرار او وقف اثره وفي حال تنفيذ القرار غير المشروع قد يؤدي ذلك الى اثاره مسؤولية المنظمة الدولية بالتعويض عن الاضرار الناجمة عن هذا التنفيذ.

حرصا على تفادي اللجوء التعسفي الى المحكمة للماطلة في تنفيذ قرارات مجلس الامن الامر الذي سيشكل عائقا امام وضع هذه القرارات في حيز التنفيذ يقترح جانب من الفقه ايجاد قيود معينة للجوء الى محكمة العدل الدولية للنظر في مشروعية قرار معين مثل ان يكون هنالك نسبة معينة من الاعتراضات تبدي على القرار، لكن الرقابة القضائية اللاحقة المفترضة من قبل محكمة العدل الدولية على مشروعية قرارات مجلس الامن كانت بدورها محلا للرفض من قبل جانب من الفقه وتجلي ذلك في نقطتين اساسيتين:

١ - الطابع السياسي لمجلس الامن وقراراته:

حيث يري جانب من الفقه بان قرار مجلس الامن الدولي هو سند سياسي صادر عن هيئة سياسية والمحكمة ترفض النظر في المسائل غير القانونية او التي لا يضع القانون لها حلا وتقتصر على مناقشة المسائل القانونية.

لكن يرد على هذا الاتجاه بأن نظر المحكمة مشروعية قرار صادر عن مجلس الامن ليس له الا الطابع القانوني فالمحكمة ستبحث فيما اذا كان الجهاز المعني "مجلس الامن" قد بقي في حدود صلاحياته في اصداره لقراراتها، وان محتوى هذا القرار يتوافق مع الضوابط القانونية التي تحكم اتخاذ المجلس لقراراته وهذا ما يشكل سؤال قانوني حتى لو كان الجهاز ذو الشأن له طبيعة سياسية.

٢ - مسألة فصل السلطات بين الأجهزة الرئيسية للأمم المتحدة:

اي ان المحكمة بموجب سلطة الرقابة اللاحقة عندما تنتظر في مشروعية قرار مجلس الامن فإنها ستبحث في نزاع ينظره مجلس الامن او عندما تقرر عدم مشروعية القرار وبالتالي عدم تأثيره على الاطراف فإنها تتدخل في عمل المجلس.

لكن مبدا فصل السلطات المقصود به ليس الا منح الاستقلال النسبي لأجهزة الامم المتحدة المختلفة لتجنب اية هيمنة او تشابك لكن عندما يمرق مجلس الامن في قراراته ضوابط عمله القانونية وتتدخل المحكمة بموجب سلطتها الرقابية المفترضة فان ذلك لن يشكل اي اعتداء على صلاحيات مجلس الامن بل على العكس ستقوم المحكمة هنا بوظيفة محددة لها وبشكل دقيق وهي النظر في مشروعه قرارات المجلس.

ولتفعيل هذا الدور المفترض لمحكمة العدل الدولية يجب ان لا يظل حكمها الصادر بعدم مشروعية القرار الصادر عن مجلس الامن والذي قد يتضمن الحكم بالتعويض عن ما ترتبه اثاره للدولة او الدول المتضررة - حبيس الحيز النظري بل لأبد من العمل على تنفيذه وهذا ما سيوصل الى مشكلة تنفيذ احكام محكمة العدل الدولية حيث يلعب مجلس الامن دور الأداة التنفيذية لها والبحث يجب ان يكون عن صيغة توفق بين الحكم بعدم مشروعية قرار صادر عن مجلس الامن من قبل محكمة العدل الدولية ثم العمل على ضمان تنفيذ هذا الحكم على ارض الواقع ولعل مثل هذه التساؤلات تفترض تطورا كبيرا في النظام القانوني الدولي ينأى به الى حد ما عن الاعتبارات السياسية ويجعل من كلمة القانون هي العليا في المجتمع الدولي وهذا ما يبتعد عنه كثيرا الواقع الراهن لهذا النظام.

إذا فالرقابة على مشروعية قرارات مجلس الامن الدولي يمكن تويرها عن طريق الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب التقارير التي يوجهها مجلس الامن الدولي اليها وفق المادة ١٥ من ميثاق الامم المتحدة حيث يجب تفعيل دور هذه التقارير وجعلها اكثر دقة واعمق مضمونا بحيث تكون وسيلة لجعل المجلس اكثر شفافية وانفتاحا في اتخاذه لقراراته على الدول الاعضاء في المنظمة الدولية ويمكن ان تكون عن طريق محكمه العدل الدولية فمن المفيد لجوء المجلس بشكل متواتر الى المحكمة لطلب رأيها الاستشاري لتوضيح بعض

المسائل ذات الطابع القانوني التي تعترضه ازاء ممارسته لاختصاصه لكن الرأي الاستشاري هنا لا يعتبر بمثابة رقابة لمشروعية القرارات بقدر ما هو توضيح للمسائل القانونية المذكورة اما الرقابة التي ستكون فعالة وحاسمة في حال وجودها هي رقابه محكمه العدل الدولية اللاحقة والتي ستوفر لدي تبينها من قبل النظام القانوني الدولي امكانية النظر في مشروعية القرار وفي حال انتفاء هذه المشروعية يمكن الحكم بسحب القرار او وقف اثاره كما يمكن الحكم بالتعويض عما احدثته اثاره من ضرر بدولة او بعض الدول ووجود هذه الرقابة يتطلب تعديل النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية وامكانية التعديل يوفرها الفصل الخامس منه في مادته /٩٦/ والتي تنص على امكانية تعديل هذا النظام الاساسي بنفس الطريقة المرسومة في ميثاق الامم المتحدة لتعديل الميثاق على ان يراعي ما قد تتخذه الجمعية العامة بناء على توصية مجلس الامن من احكام بشأن اشتراك الدول التي تكون من اطراف النظام الاساسي ولا تكون من اعضاء الامم المتحدة وبالتالي فتوفير هذه الرقابة محكوم بما تشترطه المادة (١٠٨) من ميثاق الامم المتحدة من ضرورة موافقة الدول دائمة العضوية وتصديقها على هذا التعديل ليظهر من جديد ان الأولوية في اي اصلاح يمكن اجراؤه في نطاق مجلس الامن بل ومنظمة الامم المتحدة ككل غالبا ما تتجلى في التحرر من قيد هذه المادة وعدم جعلها عقبة امام تطوير وتعديل عمل منظمة الامم المتحدة.

ان استعراض جوانب من عمل مجلس الامن الدولي وبعض العناوين المطروحة في سبيل اصلاحه توصل الى نتيجة حتمية تتجلى في ان استمرار المجلس في الوضع الذي هو عليه الآن من شأنه جعل غيابه افضل من وجوده ان الطريقة التي استخدم فيها المجلس وما قامت به الدول دائمة العضوية من استغلال لنفوذها فيه يجعل منه بعيدا عن مهمته في حفظ السلم والامن الدوليين بل ان بعض تصرفاته تصل الى حد دعم مصادر تمس بالسلم والامن الدوليين والمتجسدة في سلوك بعض الدول على الصعيد الدولي.

فهناك حاجة فعلية ملحة لإعادة تشكيل مجلس الامن الدولي بصورة تجعله اكثر استجابة للظروف الدولية الراهنة ويعكس معها التطورات الاقتصادية والسياسية ويضمن تمثيل مختلف التوجهات الحضارية والمناطق الجغرافية العالمية ويحقق الديمقراطية والمساواة

على صعيد المنظمة الدولية ومن هنا تبدو اي صيغة جديدة للعضوية في مجلس الامن محكومة بالتوفيق بين مطلبين اساسيين تحسين الطابع التمثيلي للمجلس دون ان يكون ذلك عائقا امام ديناميكيته وسرعته في مواجهة ما قد يهدد السلم والامن الدوليين وهي الصفات التي يفترض تمتعه بها.

وقصور نصوص ميثاق الامم المتحدة عن النص صراحة على وجود قوات عسكرية تشترك بها الدول الأعضاء في الامم المتحدة وتكون لها صفة الجاهزية الدائمة وترك ذلك لاتفاقيات لاحقة دون ايجاد وسائل معينة لضمان انعقاد مثل هذه الاتفاقيات حرم مجلس الامن من تفعيل نص المادة (٤٢) لذلك فإن اي قرار قد يقدم عليه المجلس ممارسا لصلاحياته الواردة في هذا السياق سيكون بدون اية فعالية. كذلك فإن عدم التمييز بين المسائل الموضوعية والاجرائية واقتصار نطاق الامتناع الإلزامي على المسائل المندرجة في الفصل السادس من الميثاق والمادة (٣/٥٢) كان له اثر سلبي كبير في عمل المجلس. ان الاقتصار على توسيع عضوية مجلس الامن الدولي لن يكون له الا اثر محدود وستكون هذه الخطوة ذات صفة كمية ان لم تكن مرفقة بجملة اصلاحات فعالة على صعيد اتخاذ القرارات. فعملية اتخاذ القرارات في مجلس الامن الدولي تعاني من خلل كبير بحيث اصبح اتخاذ قرار سليم متفق والضوابط القانونية التي تقيد عمل المجلس امرا غير متواتر الحدوث ناهيك عن الصعوبات في عملية التنفيذ وتطبيق هذه القرارات على ارض الواقع وان كان هنالك تنفيذ لبعض قرارات مجلس الامن الدولي فإنه غالبا ما يكون غير نابع من قناعة الدولة او الدول المخاطبة بهذه القرارات بمشروعيتها شكلا او مضمونا بل نتيجة ضغوط سياسية خاصة من الدول المهيمنة على المجلس.

فممارسات مجلس الامن الدولي ابرزت اهمية وجود رقابة على قراراته وسواء اكانت سياسية عبر الجمعية العامة ام قضائية عبر محكمة العدل الدولية فغياب سلطة رقابة فعالة في مواجهة المجلس جعلته يستطرد في استخدامه لصلاحياته وينحرف في سلطاته عن اهدافه واختصاصاته والضوابط الاجرائية التي تحكم ممارسته لهذه السلطات مما يبرز اهمية وجود رقابة على اتخاذه لهذه القرارات.

ولعل ابرز النقاط التي يجب مراعاتها للوصول الى صيغة افضل لمجلس الامن الدولي هي التالية:

١- تعزيز دور مجلس الامن الدولي في نطاق الدبلوماسية الوقائية اي السيطرة على النزاعات الدولية قبل نشوئها وذلك بتعزيز وظيفته بالتسوية السلمية للمنازعات الدولية.

٢- ان مجلس الامن الدولي يجب ان يأخذ بعين الاعتبار تغيير المفهوم التقليدي للأمن الجماعي ليشمل مجالات عديدة تتعلق بالبيئة والتنمية ومعالجة مشكلات الفقر والمديونية وغيرها من المسائل الاجتماعية والاقتصادية التي اصبحت معالجتها خطوة جوهرية على درب تحقيق الأمن الجماعي الدولي.

٣- لابد من جعل مجلس الأمن الدولي مركزا للعمليات العسكرية الهادفة لتطبيق نظام الامن الجماعي الدولي بتفعيل نصوص المواد (٤٣ حتى ٤٧) من الميثاق عوضا عن تفويضه باستخدام القوة المسلحة لبعض الدول وما يرافق هذا التفويض عادة من اساءة استخدام هذه الدول للصلاحيات المرسومة لها.

٤- عضوية مجلس الأمن الدولي لابد ان تتوسع ولا تبقى على حالها ليكون المجلس اكثر تعبيراً عن ارادة المجتمع الدولي بصورته الراهنة ونموذج العضوية بالتناوب والذي سبق ايضاحه عبر هذا البحث سيوفر تواجد دولي متنوع وواسع النطاق في المجلس على ان تعمل الدول التي تصل الى عضوية المجلس بفضل هذا النموذج وفق معايير موضوعية توفق بين الاختلاف في الاتجاهات والافكار التي تحملها هذه الدول والعضوية الدائمة يجب ان لا تستمر كما هي فلا بد من وجود مقعد دائم يمثل كل مجموعة إقليمية.

٥- اما عن حق النقض فإما ان يتم الغاؤه نهائياً وإما ان تحصل عليه كل الدول التي تكتسب العضوية الدائمة وحتى في هذه الحالة لابد من العمل على وضع ضوابط معينة لاستخدامه كاستنصاء بعض المسائل من نطاق استخدامه او ضرورة استخدام اكثر من عضو دائم لهذا الحق ليكون نافذاً

٦- يجب تفعيل تقارير مجلس الأمن الدولي الموجهة الى الجمعية العامة حتى لا تبقى هذه التقارير روتينية وعديمة الفائدة ولا بد ان تكون اكثر دقة واعمق مضمونا حتى تتأكد الجمعية العامة من ان اعمال مجلس الأمن تحكمه ضوابط ومعايير تخدم مصلحة المجتمع الدولي ككل.

٧- ومن الضروري تعزيز دور محكمة العدل الدولية في مواجهة مجلس الأمن الدولي عن طريق لجوء المجلس بشكل متواتر الى المحكمة لاستفتائها في المسائل ذات الطبيعة القانونية المتصلة بسير عمله لذلك يجب ان يتضمن اي تعديل للميثاق ما يضمن تبسيط اجراءات طلب هذا الرأي وتقصير الوقت اللازم لإبدائه مما سيساهم في ضبط عمل مجلس الأمن الدولي وتوضيح حدود صلاحياته.

٨- اما الخطوة الحاسمة ستكون في توفير امكانية مواجهة مجلس الأمن الدولي بعدم مشروعية قرارته امام محكمة العدل الدولية من قبل الدول التي صدر القرار المعيب شكلا او مضمونا في مواجهتها لتتمكن من الحكم على مشروعية القرار والامر في حال انتقائها بسحب القرار او وقف اثره والحكم بالتعويض عما احدثته اثاره من اضرار مما يتطلب ان تكون محكمة العدل الدولية متمتعة بقدر كبير من الاستقلال لتكون ليس فقط الجهاز القضائي الرئيسي في منظمة الامم المتحدة بل الجهاز القضائي الاعلى على الصعيد الدولي.

وختاماً نرى أن الاقتراحات والمشاريع الإصلاحية المقدمة في سبيل النهوض بمجلس الأمن الدولي و تعزيز دوره تعددت وتنوعت و حمل بعضها منها حلولاً فعالة، لكن عملية الاصلاح تبقى معلقة على مدى توافر الإرادة السياسية الدولية الصادقة واللازمة لإنجازها. والمشكلة هي أن نصوص ميثاق الأمم المتحدة جعلت من مسألة تعديل الميثاق أو إعادة النظر فيه رهناً بإرادة الدول دائمة العضوية في مجلس الأمن الدولي، مما يجعل كل المشاريع المقدمة في سبيل النهوض بالمجلس عديمة الفعالية ما لم تحظى بموافقة هذه الدول التي ليس من المتصور على المدى المنظور تخليها عن ما توفره لها هذه النصوص

من ميزات. لكن يجب ألا تبقى هذه النصوص عقبة تحول دون تطوير أداء أجهزة الأمم المتحدة و منها مجلس الأمن، فإن كانت هذه النصوص قد اعترفت ضمنا أن الظروف التي جاء فيها الميثاق لن تبقى على حالها بل ستتغير و سيتطلب ذلك مجارة الميثاق لهذه التطورات فكيف لها أن تقف بحد ذاتها في وجه ذلك.

ومن أجل ذلك من الضروري أن تتلاقى الجهود على صعيد المجتمع الدولي للضغط على الدول دائمة العضوية لإلزامها بالخضوع لرغبة الأكثرية في انجاز الإصلاح الذي سيعود بالفائدة على الجميع.

فأي عملية إصلاح من المأمول إنجازها في نطاق منظمة الأمم المتحدة يجب أن يكون مجلس الأمن الدولي محورها ليكون ذلك خطوة في سبيل تعزيز مصداقية الأمم المتحدة وثقة شعوب العالم ككل فيها.

الحماية الدولية للصحفيين عن الانتهاكات المرتكبة ضدّهم أثناء النزاعات المسلحة"

د. احمد عقيل الزقبيبه

د. ديابا علي الطعاني^(١)

"إن إي تراجع في العنف بحق الصحفيين، وطواقم وسائل الإعلام هو دائماً أمر مرحب به، لكن الإحصاءات الكبيرة لقتلى الصحفيين والجرحى والأسرى منهم لا توحى بانتهاء الأزمة الأمنية في قطاع وسائل الإعلام، إذ يجب ألا تمر هذه الجرائم دون محاسبة"^(٢).
مرت البشرية خلال تاريخها الطويل بحروب متلاحقة، وقد كان لها آثار سلبية على الأبرياء وخاصة المدنيين والصحفيين، حيث كانت ترتكب بحقهم أبشع الجرائم والانتهاكات، فتنتهت بعض الحكومات والمنظمات الدولية لإيجاد قواعد تحميهم من بطش الحروب وآثارها المدمرة ولكن ضمن شروط معينة، بدونها ترفع الحماية عنهم، مستندةً في ذلك إلى قواعد ومبادئ القانون الدولي الإنساني.

• أهمية البحث:

يُعتبر هذا البحث مهماً نظراً لكثرة الحروب والصراعات المحلية والإقليمية والدولية في العالم ونتيجةً لعدم فاعلية القوانين الدولية في ملاحقة ومعاقبة المجرمين الدوليين الذين

(١) كلية القانون - جامعة اليرموك - اربد - المملكة الأردنية الهاشمية.

(٢) حمد. محمد عمر جمعة، حماية الصحفيين والمؤسسات الإعلامية أثناء الحروب والنزاعات المسلحة في ضوء القانون الدولي، دراسة تطبيقية للعدوان على قطاع غزة في شهر ١١/٢٠١٢، رسالة مكملة لمتطلبات الحصول على شهادة الماجستير في القانون الدولي العام، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، ٢٠١٤، ص. ٦٥.

يرتكبون المخالفات والجرائم بحق الصحفيين في مناطق الصراع في العالم، ونظراً لزيادة المطالبات من المنظمات الحقوقية وبعض الهيئات الدولية لحماية الصحفيين من الانتهاكات المرتكبة ضدهم وعلى رأسها مجلس الأمن الدولي، وعدد من المنظمات الدولية غير الحكومية في معظم دول العالم.

• إشكالية البحث:

تتحدّد إشكالية البحث في عدم وجود موثيق دولية خاصة تعنى بالصحفيين أثناء النزاعات والحروب التي تحصل بالعالم، بالإضافة إلى إمكانية إيجاد معايير محددة لتقرير متى يمكن إعطاء الصحفيين الحماية الدولية ومتى يمكن وقفها؟

- فهل الاتفاقيات والأجهزة الدولية الموجودة توفر الحماية الكافية لهم؟
- ما هي أهم صور الانتهاكات المرتكبة ضدهم؟
- كيف تصنف هذه الجرائم من قبل الفقه والقضاء الدولي؟
- ما هي الحالات التي يمكن على أساسها سحب أو وقف الحماية عنهم؟
- كيف يعامل الصحفي إذا رفعت عنه الحصانة المقررة للمدنيين؟

• أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى الإجابة على التساؤلات التي تم طرحها في مشكلة البحث بالإضافة إلى إبراز القواعد القانونية لحماية الصحفيين أثناء قيامهم بمهامهم وواجباتهم وبيان مدى تكاملها وتعميمها على الصحفيين في دول العالم حتى يتم احترامها والتقييد بها في مناطق الصراع، والتنبية إلى بعض الفراغات القانونية بخصوص تلك الحماية. كما يركز هذا البحث على بيان الحالات التي يفقد فيها الصحفي صفته المدنية ويعامل كالمقاتل العسكري.

• منهجية البحث:

اعتمد الباحث على الأسلوب الوصفي والتحليلي لقواعد القانون الدولي الإنساني المتعلقة بحماية الصحفيين أثناء الصراعات المسلحة، وذلك من خلال استخراج النصوص التي توفر الحماية القانونية لهم من كافة الوثائق الدولية المعنية بحماية المدنيين والصحفيين، والتحليل لتلك النصوص للوصول إلى الحالات المانعة من توفير الحماية لهم.

• خطة البحث:

- المبحث الأول: الصحفيون والانتهاكات الدولية المرتكبة ضدهم.
- المطلب الأول: عدد القتلى من الصحفيين وصور الانتهاكات المرتكبة بحقهم.
- المطلب الثاني: التكيف القانوني للانتهاكات ضد الصحفيين.
- المبحث الثاني: الحماية الدولية بين المنح والوقف.
- المطلب الأول: الآليات الدولية لحماية الصحفيين.
- المطلب الثاني: وقف الحماية الدولية للصحفيين.

المبحث الأول

الصحفيون والانتهاكات الدولية المرتكبة ضدهم.

إن عمل الصحفي في النزاعات المسلحة ينطوي على أهمية كبيرة ومخاطر جمة، فهو يعمل على تغطية الخبر من قلب الحدث، ويعتبر الشاهد على ما يرتكب خلال النزاعات من انتهاكات من قبل الأطراف، فما هي أشكال الانتهاكات المرتكبة ضدهم؟ وكيف تصنف؟

المطلب الأول: عدد القتلى من الصحفيين وصور الانتهاكات المرتكبة بحقهم

مما لا شك فيه أن واجبات الصحفيين⁽¹⁾، من البحث عن الحقيقة والأسباب التي تؤدي للنزاعات والحروب، ومن جمع المعلومات الصحيحة ونشرها في الصحف والمجلات ووسائل

(1) لجنة حماية الصحفيين في المهمة الخطرة، دليل للتغطية الصحفية في الأوضاع الخطرة، ترجمة أيمن حداد، ص.

الإعلام المرئية والمسموعة من إذاعة وتلفزيون، ليشاهدها الناس في كافة أقطار العالم، وبيان الخسائر المادية والبشرية التي تنتج عنها، وتوثيقها ونشرها، وحصر أعداد القتلى من الصحفيين، والمدنيين، والمقاتلين من جميع أطراف النزاعات المسلحة، تجعلهم عرضة لخطر جسيم قد يصل إلى القتل.

فقد شهد العام الماضي ٢٠١٧ قُتل 65 صحفياً، (بين محترف وغير محترف ومعاون إعلامي (في مختلف أنحاء العالم. حيث لقي 26 منهم حتفهم أثناء ممارسة عملهم الصحفي، منهم من كانوا ضحايا جانبيين في سياق دموي (إما جزءاً عمليات القصف أو التفجير أو غيرها من الأسباب)، بينما تم اغتيال 39 آخرين باستهدافهم عمداً، وذلك على خلفية تحقيقاتهم المزعجة التي من شأنها أن تقوّض مصالح السلطات السياسية أو التيارات الدينية أو الدوائر الاقتصادية أو الجماعات الإجرامية في هذا البلد أو ذلك^(١) وكما كان الحال العام الماضي، فإن الصحفيين المستهدفين يشكلون أكبر نسبة (٦٠%) من حصيلة القتلى، حيث يُعتبر إسكاتهم هو الشغل الشاغل لملاحقيهم.

ومع ذلك، يُلاحظ انخفاض نسبي (١٨%) خلال عام ٢٠١٧ الماضي في عدد الصحفيين القتلى مقارنة بحصيلة العام الذي سبقه ٢٠١٦ (٧٩) صحفياً. ويمكن تفسير هذا الاتجاه التنازلي، من بين أمور أخرى، بالحملة العديدة التي تطلقها المنظمات الدولية ومؤسسات إعلامية أيضاً، وذلك بهدف التأكيد على ضرورة حماية الصحفيين أكثر فأكثر. وبدورها، ساعدت الدورات التدريبية في السلامة الجسدية على إعداد الصحفيين بشكل أفضل، وخاصة أولئك الذين يتم إيفادهم إلى مناطق محفوفة بالخطر. كما أصبح وضع الصحفيين العاملين لحسابهم الخاص يؤخذ بعين الاعتبار أكثر من أي وقت مضى، حيث أُطلقت مبادرات في هذا الصدد حتى يتسنى لهؤلاء التمتع بنفس شروط الحماية التي يحظى بها زملاؤهم المدعومون من المؤسسات الإعلامية التي يعملون لها. ولهذا الغرض تم إنشاء ائتلاف أكوس في عام 2015، وهو يضم بعض كبريات شركات الصحافة وجمعيات

(١) أنظر تقرير مراسلون بلا حدود لحرية الإعلام لعام ٢٠١٧ حصيلة للصحفيين القتلى والمحتجزين والرهائن والمفقودين في مختلف أنحاء العالم، ٢٠١٧.

الصحفيين والعاملين لحسابهم الخاص، حيث يهدف الائتلاف إلى وضع واعتماد معايير لحماية هذه الفئة من الإعلاميين في جميع أنحاء العالم^(١). وقد نجحت أيضاً الجهود الحثيثة التي بذلتها منظمات معنية بالدفاع عن الصحفيين وحمايتهم، مثل مراسلون بلا حدود، وذلك من خلال مبادرات المناصرة أمام الحكومات والمؤسسات الدولية. وفي هذا السياق، تقدمت منظمة (مراسلون بلا حدود لحماية الإعلام) بعدة توصيات لدى الجمعية العامة للأمم المتحدة^(٢) ومجلس الأمن الدولي^(٣) ومجلس حقوق الإنسان ومجلس أوروبا بشأن سلامة الصحفيين، وهي التوصيات التي تجسدت في قرارات مختلفة^(٤)، كان آخرها القرار المعتمد في الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 تشرين الثاني 2013^(٥)، والذي يتطرق في جوهره إلى قضية الصحفيات والشواغل المتعلقة بالاعتداءات المحددة على الصحفيات في سياق ممارسة عملهن، بما في ذلك التمييز والعنف الجنسيان والقائمان على نوع الجنس والترهيب والمضايقة على شبكة الإنترنت وخارجها.

كما يمكن تفسير هذا الاتجاه التنازلي أيضاً بما تشهده بعض الدول من نزيف حاد على مستوى الصحفيين، الذين لا يجدون بديلاً عن الفرار أمام الخطر المتزايد في بلدانهم، كما هو الحال في سوريا والعراق على وجه التحديد. وفي المقابل، يضطر بعض الصحفيين إلى التخلي عن ممارسة النشاط الإعلامي، مفضلين امتهان عمل آخر أقل خطورة. ولكن يبدو أن استحالة تغطية الأحداث الجارية دون مخاطرة جسيمة لا تقتصر فقط على البلدان التي تعيش حالة حرب. ففي المكسيك، حيث عصابات المخدرات والساسة المحليون لا

(١) قرارات مجلس حقوق الإنسان (٨/٢٠ تاريخ ٥ / تموز ٢٠١٢ و ١٢/٢١ المؤرخ ٢٧) بشأن تعزيز وحماية حقوق الإنسان على الإنترنت والتمتع بها والقرار رقم (١٥/٢٤) تاريخ ٢٧ / أيلول سبتمبر ٢٠١٣) والقرار رقم (١٥/٤) تاريخ ٢٧ / أيلول ٢٠١٣) والقرار رقم (١١٦/٢٤) تاريخ ٢٦ ايلول ٢٠١٣) بشأن البرنامج العالمي للتعريف في مجال حقوق الإنسان.

(٢) قرار الجمعية العامة ٦٨/١٣٦ لعام ٢٠١٣ بشأن سلامة الصحفيين ومسألة الإفلات من العقاب.

(٣) قرار مجلس الأمن (2015) 2222 بشأن حماية المدنيين في النزاعات المسلحة (حماية الصحفيين والعاملين في وسائط الإعلام والأفراد المرتبطين بها).

(٤) إعلان باريس للمؤتمر العالمي لحرية الصحافة لعام ٢٠١٤.

(٥) تقرير الأمين العام للأمم المتحدة بشأن سلامة الصحفيين ومسألة الإفلات من العقاب (A/72/290).

يتوانون عن بث الرعب، يختار العديد من الصحفيين أيضاً مغادرة البلد أو ترك هذه المهنة جملة وتفصيلاً.

أما سوريا، فلا تزال في صدارة البلدان الأكثر فتكاً بالصحفيين، للعام السادس على التوالي^(١)، (فمنذ العام ٢٠١١ ولغاية الآن ما تزال سوريا تشهد صراعاً مركباً) حيث شهدت مصرع 12 شخصاً من الفاعلين الإعلاميين في العام ٢٠١٧، علماً أنهم استُهدفوا جميعاً بشكل متعمد. ذلك أن الخطر حاضر بقوة في كل مكان على الميدان، إذ يجد الصحفيون، المحترفون منهم وغير المحترفين، أنفسهم معرضين باستمرار لنيران القناصة أو القذائف أو الصواريخ أو لانفجار عبوة ناسفة أو لهجوم انتحاري، علماً أن الصحفيين المحليين هم الأكثر عرضة للخطر، خاصة في ظل انخفاض أعداد المراسلين الأجانب بشكل حاد خلال السنوات الأخيرة، وإن كانت وسائل الإعلام الدولية قد بدأت في التدفق مرة أخرى، في شمال البلاد على وجه الخصوص، ولاسيما بالمناطق الكردية، سعياً منها إلى تغطية معركة الرقة أو الاشتباكات التي تشنها في دير الزور القوات العربية-الكردية ضد مقاتلي ما يُطلق عليه ب (تنظيم الدولة الإسلامية).

أما في العراق، فالعنف ضد الصحفيين يُعتبر امتداداً منذ العام ٢٠٠٣ إبان الاحتلال الأمريكي البريطاني للعراق^(٢)، فقد لقي ثمانية صحفيين مصرعهم العام الماضي ٢٠١٧. وهنا أيضاً، كان الصحفيون المحليون أكبر الضحايا، حيث فقدت قناة (هنا صلاح الدين) الموالية للحكومة اثنين من صحفييها، حيث استهدفتهم نيران مقاتلي ما يُطلق عليه ب (تنظيم الدولة الإسلامية). وفي يونيو/حزيران 2017، أتت عبوة ناسفة على حياة الكردي العراقي بختيار حداد وزميليه الفرنسي ستيفان فيلنوف والسويسرية فيرونك روبرير.

ووصل عدد القتلى من الصحفيين خلال عام ٢٠١٤ إلى (٦٠) صحفي، وتصدرت سوريا الحصيلة الكبرى من قتلى الصحفيين، حيث أشارت التقارير لمقتل (١٧) صحفي عام ٢٠١٤ على أرضها، وكان من بين الصحفيين الذين قتلوا الأمريكي جيمس فوللي،

(١) تقرير لجنة حماية الصحفيين (مراسلون بلا حدود لحماية الصحفيين) لعام ٢٠١٧. مرجع سابق تم الإشارة إليه.

(٢) المرجع نفسه

وستيفن سوتولوف اللذان قُتلا بقطع رأسيهما من قبل تنظيم الدولة، وقد لقي قتلهما استنكاراً من كافة دول العالم^(١). ونشر الاتحاد الدولي للصحفيين أن العراق يُعتبر على رأس القائمة بالنسبة لأعداد القتلى من الصحفيين على مستوى العالم خلال عام ٢٠١٥، حيث بلغ عدد القتلى منهم (٢٩) صحفي من شهداء الصحافة العراقية لوحدها. وأكدت نقابة الصحفيين العراقيين بأن عدد القتلى من الصحفيين وصل إلى (٤٣٥) حالة منذ عام ٢٠٠٣ وحتى عام ٢٠١٥، ويعتبر هذا الرقم من قتلى الصحفيين عدداً كبيراً ونتاجاً عن عدم اهتمام الدول والحكومات باتخاذ الإجراءات والتدابير الضرورية لحماية الصحفيين. كما أشار بيان النقابة إلى أن الصحفيين في العراق ما زالوا عرضةً للكثير من الاعتداءات في ظل غياب القانون، وجهل بعض مؤسسات الدولة للدور الإيجابي نحو الصحفيين، وطالبت النقابة بكشف الأخطاء ووضع المعالجات الصحيحة لهذه الأخطاء^(٢).

وقد صرح سكرتير عام الحملة الدولية لشارة حماية الصحفي (بليز ليمان) أن سنة ٢٠١١ كانت من السنوات الخطيرة للغاية بالنسبة للصحفيين نظراً للأعداد الكبيرة من الصحفيين الذين تم اعتقالهم أو قتلهم، وخاصة بدول ما يُسمى (دول الربيع العربي) حيث قُتل أكثر من (٢٠) صحفي أثناء تغطيتهم للأحداث وأن حوالي (١٠٠) صحفي واجهوا الترهيب والتخويف والتهديد بالقتل، وهوجمت العديد من الصحفيات وتم التحرش بهن جنسياً وخاصةً بمصر وليبيا. كما أعلنت رئيسة حملة الشارة الدولية (هدايث عبد النبي) بأنه لم يطرأ أي تحسن في الميدان في المنطقة العربية على أوضاع الصحفيين، وألمحت إلى أن الأجهزة الأمنية ما زالت تعمل بعقلية العقود السابقة للانقلابات بدول الربيع العربي، وأن الشباب عندما يقومون بالمظاهرات ليطالبوا بحكوماتهم ببعض المطالب التي تهمهم، يواجهون باستخدام القوات الأمنية لأساليب وحشية ومفرطة بالقوة^(٣).

(١) سرحان، عبد العزيز، القانون الدولي العام، ط ٦، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، ص. ١٥٦.

(2) انظر موقع نقابة الصحفيين العراقيين بتاريخ http://iraqijs.org/read_news.php?id=2658

٢٠١٨/٩/١٠ تاريخ الاسترجاع ٢٠١٥/١٢/١٥

(3) انظر تقرير حملة الشارة السنوي: ١٠٥ ضحايا النزاعات من الصحفيين. <http://ainnews.net/?p=142540>.

٢٠١٨/٨/٢٣ تاريخ الاسترجاع

يتضح لنا من الإحصائيات والأعداد السابقة أن النهج العام للانتهاكات ضد الصحفيين هي في جعل ظروف ممارستهم لعملهم في أوقات النزاع المسلحة سيئة وصعبة جداً، حيث مخاطر الحرب المعتادة ومخاطر الهجمات غير المتوقعة، ناهيك عن كفاءة تأهيل الصحفيين وحمائيتهم إزاء التطورات المتزايدة، واهتمام الأطراف المتحاربة بإحراز النصر في "معركة الصور" أكثر من اهتمامها باحترام أمن رجال الإعلام: كلها عوامل تزيد من مخاطر التغطية الإعلامية للحرب^(١). وبشكل عام إن جميع المدنيين (ومنهم الصحفيين) عرضة للقتل والتعذيب والضرب والجرح والاعتصام والحبس خلال النزاعات المسلحة، ولكن الصحفيين الأكثر عرضة للانتهاكات التي تؤدي بحياتهم، وذلك لتواجدهم المباشر في مناطق النزاع لتغطية الأحداث، وقد يكون ذلك بشكل متعمد، أي يتم اغتيالهم أو خطفهم وحبسهم عن قصد وذلك من أجل منعهم من تغطية الأحداث لصالح أحد أطراف النزاع، أو من أجل الحصول على معلومات محددة أو المساومة ضد جهات معينة. فقد تم اغتيال مراسلة قناة العربية (أطوار بهجت) على مشارف مدينة سامراء في عام ٢٠٠٦، واغتيال المراسلة الكردية لقناة روادو (شفاء كردي) في العراق، ومساعد المصور تيمور عباس والصحفي محمد جان في باكستان في عام ٢٠١٧^(٢).

وقد يكون إيذائهم أو جرحهم أو قتلهم بشكل غير متعمد، أي عن طريق القصف أو الهجمات الحربية، وهنا لا يتم التفرقة بين العسكريين أو المدنيين أو حتى الصحفيين، بمعنى آخر لا يتم استهدافهم بشكل مباشر، فعلى الرغم أنه في بعض الأحيان يرتدي الصحفيون الشارة أو البطاقة الخاصة بهم والملابس التي تميزهم، إلا أنهم يكونوا عرضة للانتهاكات وبشكل مستمر، ونذكر مثال على ذلك، اغتيال مراسل قناة رويترز الصحفي

(1) Reporters Without Borders, 2003 Report, p.8. <<http://www.rsf.org>> تاريخ الاطلاع على

التقرير ٢٠١٨/٧/٢٣

(٢) سجي عبد الكريم عبد الستار، حماية الصحفيين في القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير في القانون العام،

جامعة الشرق الأوسط، ص. ٥٤

الفلسطيني (مازن دعنا) من قبل القوات الأمريكية عام ٢٠٠٣ بالقرب من سجن أبو غريب في العراق بحجة عدم المعرفة بأنه صحفي^(١).

ونذكر هنا أيضًا الصحفيين الذين استهدفوا عن عمد في الأراضي المحتلة في الشرق الأوسط، وفي قصف حلف شمال الأطلسي لإذاعة وتلفزيون صربيا في بلجراد سنة 1999، وكذلك في قصف الجيش الأمريكي لكابول وبغداد، وقصفه لمحطة تلفزيون الجزيرة القطرية^(٢).

ولا ننسى في هذا المقام ذكر بعض الانتهاكات المعنوية التي يتعرض لها الصحفي، كالتهديد وإشاعة الرعب في نفوسهم وإهانتهم لأجل أسباب مختلفة، كإكراههم على ترك عملهم والامتناع عن القيام بواجبهم، أو تغطية الأحداث بصورة مغايرة أو حتى كتمها بحيث تخدم مصلحة أحد أطراف النزاع دون غيره. وقد يتم اللجوء أحياناً إلى المصادرة، حيث يتم مصادرة معدات الصحفي التي يستخدمها في تغطية الحدث، وعمل التقارير والتحقيقات.

المطلب الثاني: التكيف القانوني للانتهاكات ضد الصحفيين.

إن دراسة هذا العنوان يستوجب منا بعد معرفة التوصيف القانوني لما يتعرض له الصحفيون من انتهاكات واعتداءات أثناء تأديتهم لواجباتهم ومهامهم خلال عمليات الصراع المسلح، القيام بإيضاح المفهوم العام للمسؤولية الدولية^(٣).

صنف المختصون بالقانون الدولي الانتهاكات ضد الصحفيين على أنها جرائم حرب، أو جرائم ضد الإنسانية، وتُعرف جرائم الحرب بأنها المخالفة التي يعاقب عليها القانون الدولي، والتي يتم اقترافها أثناء العمليات الحربية ضد أفراد مدنيين كالصحفيين، أو ضد المجتمع الدولي ككل. وتُصنّف جرائم الحرب إلى نوعين، جرائم ضد المجتمع الدولي: وتُعرف بأنها جرائم احتلال الأقاليم الخاصة بالدول الأخرى، وباستعمال القوة ضد أمن

(١) سجي عبد الكريم عبد الستار، مرجع سابق، ص. ٥٣-٥٤

(2) Reporters Without Borders, 2003 Report, p.8. <<http://www.rsf.org>> مرجع سابق.

(٣) مبطوش، حاج، لجنة حماية الصحفيين أثناء النزاعات المسلحة، دار الجامعة الجديدة، الجزائر، ٢٠١٤، ص ٣٤٣

وسلامة أقاليم الدولة المعتدى عليها، وذلك بممارسة عمليات القتل العمد سواء كان ذلك بالاستهداف المباشر أو التعذيب، أو المعاملة ألالإنسانية، والترحيل والإبعاد غير القانوني للأشخاص المحميين كالصحفيين والمدنيين، والتدمير الشامل للممتلكات أو الاستيلاء عليها بدون ضرورة وبكيفية غير مشروعة، ومن الأمثلة على ذلك تدمير المدارس والمساجد من قبل إسرائيل في فلسطين، وكذلك تدمير الدولة المعتدية لمقرات التلفزة في لبنان أثناء العدوان الإسرائيلي على لبنان^(١). وجرائم ضد الأشخاص: وهي الجرائم التي ترتكب ضد حق الإنسان، ومن أهم هذه الحقوق حق الإنسان في الحياة، وتنقسم إلى جرائم تتعلق بسلوك المحاربين، وبكيفية معاملة أسرى وجرحي الحرب، وباستخدام الأسلحة المحرمة دولياً^(٢). حيث نصت المادة ٨ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أن "الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩" ومنها "تعمد توجيه هجمات ضد السكان المدنيين بصفتهن هذه أو ضد أفراد مدنيين لا يشاركون مباشرة في الأعمال الحربية". تعد جريمة حرب تدخل في اختصاص المحكمة.

وقد نصت المادة ٨٥ فقرة ٥ من البروتوكول الأول الملحق باتفاقيات جنيف على أن "تعد الانتهاكات الجسيمة للاتفاقيات ولهذا الملحق (البروتوكول) بمثابة جرائم حرب" بعد أن وضحت نفس المادة فقرة ٣ على أن "تعد الأعمال التالية بمثابة انتهاكات جسيمة إذا اقترفت عن عمد...١. جعل السكان المدنيين أو الأفراد المدنيين هدفاً للهجوم. ب. شن هجوم عشوائي، يصيب السكان المدنيين..."

نستج مما سبق أن الانتهاكات المرتكبة ضد المدنيين كالصحفيين وعمليات استهدافهم بشكل مباشر تعتبر بمثابة جريمة حرب شريطة أن لا يشاركوا بالأعمال العدائية وهو ما سنوضحه في المبحث الثاني.

أما الصنف الثاني من الجرائم فهو الجرائم ضد الإنسانية، وقد عرفها إعلان الأمم المتحدة المنبثق عن محكمة (نورمبرغ) لسنة ١٩٥٠ بأنها الأفعال التي تشمل (القتل

(١) هندي، إحسان، مبادئ القانون الدولي في السلم الحرب، دار الجيل، دمشق، ١٩٨٤م، ص ٣٠٥

(٢) العساف، باسم خلف، حماية الصحفيين أثناء النزاعات المسلحة، ط١، دار زهران للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص

العمد، والإبادة، والاسترقاق، والإبعاد، وغيرها من الأفعال غير الإنسانية والتي تُرتكب ضد السكان المدنيين ومنهم الصحفيون لأسباب سياسية أو عرقية أو دينية))، وقد تكرر هذا النص في لائحة محكمة طوكيو (المادة ٥ فقرة ج)، وفي قانون مجلس الرقابة على ألمانيا (رقم ١٠ المادة ٢ / ف ج، وكذلك تم ذكره بمشروع الجرائم ضد أمن وسلامة البشرية المادة ٢/ف (١). ومن الآثار المترتبة على ذلك أن تجريمها يعود لكونها أعمالاً تقوم على نفي وإنكار الحقوق للإنسان سواء جرمها القانون أم لا، وسواء كان النزاع دولي أو غير دولي^(١). وحتى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية اتخذ نفس الموقف من تعريف الجرائم ضد الإنسانية، حيث نصت المادة ٧ " يشكل أي فعل من الأفعال التالية جريمة ضد الإنسانية متى ارتكب في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين... ا. القتل العمد. ب. الإبادة. ج. الاسترقاق. د. إبعاد السكان أو النقل القسري للسكان. هـ. السجن أو الحرمان الشديد على أي نحو آخر من الحرية البدنية بما يخالف القواعد الأساسية للقانون الدولي." بالتمتع بهذا النص يتبين لنا أن الشروط الأساسية لاعتبار الانتهاكات المرتكبة ضد الصحفيين جريمة ضد الإنسانية وبالتالي تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية هي أن تكون تلك الانتهاكات جزءاً من اعتداء واسع النطاق ومنظم ويستهدف المدنيين بشكل عام وواسع.

والجريمة الدولية تعتبر واقعة إجرامية إذا كانت مخالفة لقواعد القانون الدولي، وتضر بمصالح الدول التي يحميها القانون الدولي، وبالتالي لا بد من أن تطبق وتنفذ عقوبتها باسم الجماعة الدولية^(٢). أما شروط الجريمة ضد الصحفيين والمدنيين حسب ما جاء بمقررات الدائرة الاستئنافية للمحكمة الجنائية الدولية بيوغسلافيا السابقة فهي تتلخص بالآتي:

- ١- أن يُشكل الفعل الإجرامي خرقاً لقاعدة من قواعد القانون الدولي الإنساني.
- ٢- أن يتسم الفعل الإجرامي بالخطورة الشديدة بالنسبة للضحايا.

(١) سليمان، عبدالله سليمان، المقدمات الأساسية في القانون الدولي الجنائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٠، ص ٢٨٤

(٢) باية، سكاكي، العدالة الدولية ودورها في حماية حقوق الإنسان، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، ٢٠٠٤، ص

٣- أن يترتب على هذا الفعل الإجرامي تقرير المسؤولية الجنائية الفردية للشخص والمنسوب إليه هذا الفعل^(١).

فالمسؤولية الدولية هي الضمانة الأساسية لحماية قواعد القانون الدولي من الانتهاك، والذي بموجبه يلتزم الطرف المخل، أي الذي يقوم بفعل غير مشروع دولياً على تعويض الطرف الذي لحقه ضرر. وقد خلصت آراء الفقه وأحكام المواثيق الدولية إلى أن المسؤولية الدولية تُبنى على الأركان التالية: - وقوع فعل غير مشروع دولياً^(٢).

- أن يكون الفعل أو الخطأ منسوباً إلى احد أشخاص القانون الدولي كالدول والمنظمات الدولية، ويمتد هذا الأمر وفقاً للاتجاه الفقهي الحديث ليشمل في مضمونه الفرد الطبيعي.

- أن يترتب على هذا العمل غير المشروع أو الخطأ ضرر يلحق بالدولة، أو أحد أشخاص القانون الدولي أو حتى الأفراد العاديين، شرط أن يكون هذا الضرر مباشراً، لأن الضرر غير المباشر لا تترتب عليه مسؤولية دولية^(٣).

ومن أهم الآثار المترتبة على انتهاك حقوق الصحفيين الالتزام بالتعويض لهم عما لحقهم، ومن أشكال التعويض المعروفة للصحفيين حسب القانون الدولي:

- دفع تعويضات مالية لهم وبشكل مباشر.
- تقديم اعتذار أو ترضية ذات طابع معنوي كإبداء الأسف.
- إعادة الشيء إلى أصله، وهي صورة قليلة الاستعمال.

وبذلك يكون من حق الصحفيين في حالة تعرضهم إلى انتهاكات أثناء النزاعات المسلحة، مطالبة مرتكبي هذه الانتهاكات مباشرة أمام القضاء، كون التشريعات الدولية أعطتهم الحق بذلك بوصفهم من الأشخاص المحميين في النزاعات المسلحة وفق أحكام القانون الدولي^(٤).

(١) مطر، عصام عبد الفتاح، القانون الدولي الإنساني (مصادره، مبادئه، أهم قواعده)، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٨، ص ٢٣٦

(٢) مبطوش، مرجع السابق، ص ٣٤٨

(٣) المرجع نفسه، ص ٣٤٨

(٤) العساف، مرجع السابق، ص ٣٢٤

وكذلك بإمكان الجهات المتضررة جزاء القصف الذي يقع على مقرات الصحافة سواء كانت دولاً أم أفراد أن تطالب بجبر الضرر الذي أصابها والحصول على التعويض المناسب، ومساءلة المتسببين جنائياً على اعتبار أن الاعتداءات على الصحفيين أثناء النزاعات المسلحة يُعد جريمة حرب، كما جاء في الميثاق والأعراف الدولية المعمول بها دولياً^(١).

ويتضح أمام هذه المعطيات أن الآثار المترتبة على قتل الصحفيين والمدنيين عامة بدافع ديني أو سياسي أو عرقي أو قومي في دخولها ضمن الجرائم الدولية^(٢). ولا شك بأن المدنيين ومن ضمنهم الصحفيين يُعتبرون من الفئات المحمية بموجب القانون الدولي الإنساني، ويأتي دور المحكمة الجنائية الدولية في حمايتهم بتوقيع العقوبة الجنائية الرادعة ضد من يرتكب تلك الجرائم، وهذا يُسهم في تطبيق القانون الدولي الإنساني^(٣).

المبحث الثاني

الحماية الدولية بين المنح والوقف

يتمتع الصحفيون بحماية القانون الدولي، باعتبارهم مدنيين لا يشاركون في الأعمال العدائية، فما هي أهم الآليات التي قررها القانون الدولي لهم، وهل جاءت لحمايتهم بشكل مباشر أم مع الفئات الأخرى؟ وهل توجد حالات يتم فيها حجب الحماية عنهم واعتبارهم عسكريين مستهدفين؟

(١) المرجع نفسه، ص ٣٢٥

(٢) القهوجي، علي عبد القادر، القانون الدولي الجنائي، أهم الجرائم الدولية، المحاكم الدولية الجنائية، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٤، ص. ١٢

(٣) المطيري، غنيم قنص، آليات تطبيق القانون الدولي الإنساني، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في قسم القانون الدولي العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، (د.م)، ٢٠١٠، ص. ٨٣

المطلب الأول: الآليات الدولية لحماية الصحفيين

تنوعت وسائل القانون الدولي لحماية الصحفيين، ولعل أبرزها اتفاقيات جنيف الأربعة المتعلقة بالقانون الدولي الإنساني، ولكن دون تجاهل دور بعض الأجهزة والمنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية

الفرع الأول: الاتفاقيات الدولية التي نادت بحماية الصحفيين.

تدرج التطور التاريخي لحماية الصحفيين منذ بداية القرن العشرين، حيث نصت المادة ١٣ من اتفاقية لاهاي المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية لعام ١٩٠٧ على أن يعامل الأشخاص الذين يرافقون الجيش دون أن يكونوا جزءاً منه كالمراسلين الصحفيين، ومتعهدي التموين الذين يقعون في قبضة العدو، ويعلن عن حجزهم كأسرى حرب، معاملة المدنيين شريطة أن يكون لديهم تصريح من السلطة العسكرية للجيش الذي يرافقونه أثناء الحرب^(١). فيتضح أن هذه المادة قصرت الحماية على الصحفيين المرافقين للجيش فقط، ولم تشمل بالحماية غيرهم من الصحفيين المستقلين وعلى ضرورة معاملتهم كأسرى معاملة حسنة، ومنع تعذيبهم والمحافظة على كرامتهم^(٢).

وبذلك تكون اتفاقية لاهاي قد أرست ونظمت الوضع القانوني للصحفيين باعتبارهم أفراداً مدنيين يرافقون القوات المتحاربة دون أن يكونوا جزءاً منها، وبذلك لا تنطبق عليهم صفة المحارب وعلى كلا الطرفين المتحاربين حمايتهم بوصفهم أشخاصاً مدنيين شريطة أن يحملوا تصريحاً صادراً من الطرف أو السلطة العسكرية التي يرافقونها^(٣).

وخلال الحرب العالمية الثانية ونتيجة للخسائر الكبيرة التي وقعت أثناء الحرب من جميع الأطراف المتحاربة، جاءت اتفاقية جنيف الثالثة لعام ١٩٤٩م بشأن معاملة الأسرى والتي أخذت بالاعتبار حالة البطاقة الموجودة مع المراسل الحربي، فهو يعتبر أسير حرب

(١) الشلالده، محمد فهاد، القانون الدولي الإنساني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥م، ص. ٢٢٠.

(٢) سعدالله، عمر، تطور القانون الدولي الإنساني، ط١، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٧م، ص. ١٠١.

(٣) مبطوش، المرجع السابق، ص ١٦٠٦/٥٩.

وعلى القوة المعادية معاملته معاملة إنسانية طبقاً للمادة ١٣ من نفس الاتفاقية^(١). حيث نصت المادة ٤ البند ٤/أ على اعتبار "الأشخاص الذين يرافقون القوات المسلحة دون أن يكونوا في الواقع جزءاً منها كالأشخاص المدنيين الموجودين ضمن أطقم الطائرة الحربية، والمراسلين الحربيين، ومتعهدي التموين....شريطة أن يكون لديهم تصريح من القوات المسلحة التي يرافقونها" من أسرى الحرب. أي اشترطت كسابقتها الحصول على تصريح من القوات التي يرافقها حتى يتمتع بالحماية القانونية اللازمة^(٢). بالإضافة إلى قصرها على المراسلين الحربيين المرافقين للقوات المسلحة. كما نصت المادة ٥ من نفس الاتفاقية على أنه " تنطبق هذه الاتفاقية على الأشخاص المشار إليهم في المادة ٤ ابتداء من وقوعهم في يد العدو إلى أن يتم الإفراج عنهم وإعادتهم إلى أوطانهم بصورة نهائية، وفي حالة وجود أي شك بشأن أشخاص قاموا بعمل حربي وسقطوا في يد العدو، فإن هؤلاء الأشخاص يتمتعون بالحماية التي تكفلها لهم هذه الاتفاقية لحين البت في وضعهم بواسطة محكمة قانونية خاصة تشكل للنظر بأوضاعهم"^(٣).

لم تقف حماية الصحفيين عند هذا الحد بل تطورت أكثر، كما جاء في أحكام البروتوكول الإضافي الأول والثاني لعام ١٩٧٧، فقد نصت المادة ٧٩ من البروتوكول الأول على الآتي:

- ١- يعد الصحفيون الذين يباشرون مهمات مهنية خطيرة في مناطق النزاعات المسلحة أشخاصاً مدنيين حسب ما جاء في الفقرة الأولى من المادة (٥٠).
- ٢- يجب حماية الصحفيين بمقتضى أحكام الاتفاقيات وكما جاء بهذا البروتوكول شريطة أن لا يقوموا بأي أعمال تسيء إلى وضعهم كأشخاص مدنيين، وذلك دون

(١) نعيبي معمر، حماية الصحفيين أثناء النزاعات المسلحة، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماجستير في الحقوق، قانون دولي، جامعة محمد خنصر، بسكرة، الجزائر، ٢٠١٥، ص. ٣٠.

(٢) البزور، عمر فايز، الحماية الدولية لبعض الفئات في القانون الدولي الإنساني (أطفال، نساء، صحفيين)، دراسة مكملة للحصول على درجة الماجستير في القانون العام، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ٢٠١٢ م، صفحة. ٧٠.

(٣) المادة ٥ من اتفاقية جنيف الثالثة، المتعلقة بمعاملة أسرى الحرب، المؤرخة في ١٢/آب/١٩٤٩.

الإخلال بحق المراسلين الحربيين المعتمدين لدى القوات المسلحة من الاستفادة من الوضع المنصوص عليه في المادة ٤ من الاتفاقية الثالثة.

٣- يجوز لهم الحصول على بطاقة هوية وفقاً لما جاء بهذا البروتوكول^(١).

كما أشارت المادة ٥١ من البروتوكول الأول على أن " يتمتع السكان المدنيون والأشخاص المدنيون بحماية عامة ضد الأخطار الناجمة عن العمليات العسكرية" و" يتمتع الأشخاص المدنيون بالحماية ما لم يقوموا بدور مباشر في الأعمال العدائية وعلى مدى الوقت الذي يقومون خلاله بهذا الدور"

وبناءً على ما تقدم من أحكام البروتوكول الإضافي الأول أعلاه يحق للصحفيين أن يحصلوا على نفس الحماية المكفولة للجماهير غير المشاركة في الأعمال العدائية^(٢). أي يتمتعوا بالحماية على اعتبارهم مدنيين، فإذا شاركوا بأي شكل من الأشكال بالأعمال العدائية ترفع عنهم الحماية المقررة لهم ويكونوا محلاً مشروعاً للاستهداف. وهنا يتوجب علينا عرض المقصود بالأعمال العدائية والتي أفردنا لها الجزء الثاني من المطلب الثاني لهذا البحث. كذلك فإن البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف الأربع، والمعتمد في شهر ٧ / ١٩٧٧ نص على أنه لا تسري بنود هذا البروتوكول إلا إذا صادقت عليه الدولة، مع مراعاة الحد الأدنى لحماية المدنيين ومن ضمنهم الصحفيين^(٣). كما نصت المادة ١٣ من هذا البروتوكول على أن "يتمتع السكان المدنيون والأشخاص المدنيون بحماية عامة من الأخطار الناجمة عن العمليات العسكرية... يتمتع الأشخاص المدنيون بالحماية ما لم يقوموا بدور مباشر في الأعمال العدائية وعلى مدى الوقت الذي يقومون خلاله بهذا الدور" أي أنه أكد على حماية المدنيين بما فيهم الصحفيين بنفس الصيغة المذكورة في البروتوكول الأول.

(١) المادة (٧٩) من البروتوكول الإضافي الأول، المتعلقة بحماية الصحفيين في النزاعات الدولية لعام ١٩٧٧م، المؤرخة في ١٢ / أغسطس ١٩٤٩م.

(٢) البزور، مرجع السابق، ص. ٧٣.

(٣) جبالة، عمار، مجال تطبيق الحماية الدولية لضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية، مذكرة ماجستير تخصص قانون دولي إنساني، كلية الحقوق، جامعة باتنة، الجزائر، ٢٠٠٩، ص ص ٤٢-٤٣.

ومن أهم الجهود الدولية للعالم العربي في مجال حماية الصحفيين هو إعلان القاهرة ((الحماية والإنصاف والدفاع عن الصحفيين في العالم العربي والشرق الأوسط)) الذي تم بعد اجتماع أكبر عدد من الصحفيين، وممثلي نقابات صحفية من (١٣) دولة عربية هي: ((فلسطين، الأردن، لبنان، العراق، البحرين، اليمن، الصومال، السودان، الإمارات، مصر، ليبيا، الجزائر، المغرب))، بالإضافة إلى ممثلي عائلات صحفيين قُتلوا أثناء تأديتهم لواجبهم المهني، وقد صدر هذا الإعلان من ٤-٥ نيسان / ٢٠١٢م. فعلى الرغم من الإعلان لم يصدر على شكل اتفاقية ملزمة لكنها مبادرة جيدة، فقد نص وأكد على العديد من الحقوق للصحفيين والتي يجب مراعاتها واحترامها من قبل جميع الدول والحكومات في العالم ومن أهم هذه الحقوق: "تدعيم الحق في حرية التعبير وجمع المعلومات وفقاً للإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وتوفير الحماية العملية والفورية للصحفيين والإعلاميين الذين يتعرضون للخطر أثناء تأديتهم لعملهم، التأكيد على احترام القوات المتحاربة وقوات الأمن لسلامة الصحفيين ودعمهم ضمن مناطق سيطرتهم العسكرية والأمنية، والتزام الدول والحكومات بقرار اليونسكو رقم ٢٩ وغيره من المواثيق الدولية لتعزيز التشريعات التي تكفل التحقيق في حوادث قتل الصحفيين والإعلاميين، والإفراج عن جميع الصحفيين الذين يكونون رهن الاعتقال بسبب عملهم، وإلغاء تجريم العمل الصحفي، وتخصيص موازنات كافية من قبل جميع الحكومات لتنظيم تدريبات تكفل سلامة الصحفيين والعاملين في الإعلام المملوك لهذه الدول، والاستمرار في تطوير برامج سلامة الصحفيين بالشراكة مع الاتحاد الدولي للصحفيين، وتوفير الأدوات الخاصة بحماية الصحفيين مثل الآليات والمدركات التي تقيهم من نيران الأسلحة الخفيفة كحد أدنى أثناء العمليات العسكرية من قبل الأطراف المتنازعة"^(١).

وقد شكر المجتمعون جهود الإتحاد الأوروبي وكافة الجهات والمنظمات التي أبدت دعماً قوياً لإعلان القاهرة، وأهابت بالدول العربية التي شارك مندوبوها بالاجتماعات، بدعم

(١) إعلان القاهرة، الحماية والإنصاف: الدفاع عن الصحفيين في العالم العربي والشرق الأوسط، القاهرة، ٢٠١٢، ص.

حرية الصحافة ودعم حق الصحفيين وفقاً للإعلان العالمي لحقوق الإنسان، كما دعت جامعة الدول العربية إلى إيلاء اهتمام خاص بسلامة الصحفيين في منطقة الشرق الأوسط وكافة أقطار العالم العربي^(١).

الفرع الثاني: الأجهزة الدولية

لم تقتصر حماية الصحفيين على الاتفاقيات الدولية وإنما قامت بعض الأجهزة بإصدار القرارات والتوصيات للمناداة بحمايتهم، سنحاول في هذا المطلب تسليط الضوء على جهود أهم المنظمات الدولية الحكومية (مجلس الأمن) وغير الحكومية. يُعتبر مجلس الأمن الدولي أهم أجهزة الأمم المتحدة المكلفة بحفظ السلم والأمن الدوليين، حسب ميثاق الأمم المتحدة، ونتيجةً للانتهاكات العديدة والصارخة من قبل جميع أطراف النزاع المسلح سواء الدولية أو الإقليمية أو المحلية تجاه المدنيين والصحفيين، أصبح لزاماً على مجلس الأمن الدولي التدخل لحماية الصحفيين والمدنيين لذا فإنه أصدر قراراً في شهر ١/١٩٩٢ اعتبر جميع هذه الانتهاكات خرقاً لقواعد القانون الدولي، وتهديداً للسلم والأمن الدوليين، وسمح باتخاذ التدابير اللازمة وفقاً للفصل السابع والتي تصل لاستخدام القوة لحماية المدنيين والصحفيين^(٢). حيث أكد القرار رقم ٧٣٣ والمؤرخ في ٢٣ كانون الثاني لعام ١٩٩٢ على ضرورة اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الأفراد.. ومساعدتهم على أداء مهامهم وكفالة احترام قواعد القانون الدولي المتعلقة بحماية المدنيين.

كما كان لمجلس الأمن الدولي دور كبير في حماية الصحفيين من خلال قراره رقم ١٧٣٨/٢٠٠٦ والذي أدان فيه الاعتداءات التي تطال الصحفيين والإعلاميين ومقراتهم، ودعا جميع أطراف النزاعات المسلحة إلى احترام الوضع المدني للصحفيين وأطقمهم ومنشآتهم والذي أقرته اتفاقيات جنيف وبروتوكولاتها، واعتبر مجلس الأمن الدولي أن هذه الانتهاكات التي تطال المدنيين والصحفيين خرقاً صارخاً لقواعد القانون الدولي الإنساني.

(١) المرجع نفسه، ص. ٢-٣.

(٢) جويلي، سعيد سالم، تنفيذ القانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٤٩.

كما أكد المجلس بموجب البند التاسع من هذا القرار على استعداده للتدخل إذا اقتضى الأمر لاتخاذ الإجراءات المناسبة للحد من الانتهاكات الصارخة التي تطال الصحفيين والمدنيين بموجب الاختصاصات الموكلة إليه^(١). وقد تطور الأمر من خلال مجلس الأمن الدولي لحماية الصحفيين إلى أكثر من ذلك، حيث أكد في بيانه الرئاسي الصادر بتاريخ ١٢ فبراير ٢٠١٤ المعنون بـ: ((حماية المدنيين في النزاعات المسلحة)) على جميع النقاط الواردة في القرار السابق رقم ١٧٣٨/٢٠٠٦، ودعا جميع الدول في العالم وكافة أطراف النزاع إلى اتخاذ جميع الوسائل والتدابير اللازمة للامتثال إلى قواعد القانون الدولي الإنساني، بما في ذلك احترام الوضع المدني الذي أقرته اتفاقيات جنيف للصحفيين والإعلاميين ومنشأتهم^(٢).

كذلك الأمر في قرار ٢٢٢٢ والذي أصدره في ٢٧ أيار من عام ٢٠١٥، حيث أكد فيه على ضرورة اعتبار الصحفيين أشخاص مدنيين يجب احترامهم شريطة أن لا يقوموا بعمل يضر بوضعهم كمدنيين، ودون أن يؤثر ذلك على حق مراسلي الحرب المعتمدين لدى القوات المسلحة في أن يعاملوا كأسرى حرب. كما بين أن عمل الصحفيين في النزاعات المسلحة ينطوي على كثير من المخاطر والعنف، وأن على أطراف النزاع تحمل المسؤولية لكفالة حماية المدنيين المتضررين، بما فيهم الصحفيين، ويطلب من جميع الدول الالتزام بقواعد القانون الدولي المتعلقة بحماية المدنيين بمن فيهم الصحفيون والإعلاميون، وذلك من أجل وضع حد للانتهاكات والتجاوزات المرتكبة ضدهم، ووضع حد لإفلات الجناة من العقاب.

لم يكتف مجلس الأمن بإصدار القرارات فقط، بل تعدى ذلك لتشكيل محكمة يوغسلافيا السابقة، وعلى الرغم من أنها محكمة مؤقتة تنتهي بزوال القضية التي تفصل فيها إلا أنها ما زالت قائمة وحاكمت القادة الصرب على الجرائم التي ارتكبوها ضد الإنسانية في البوسنة والهرسك، وكوسوفو ضد المسلمين وكان من أبرزها جرائم التطهير العرقي، وجرائم الإبادة

(١) قرار مجلس الأمن ١٧٣٨/٢٠٠٦، وثيقة رقم ١٧٣٨/٢٠٠٦، s/res

(٢) قرار مجلس الأمن، S/PRST/٢٠١٤/٣. كذلك انظر ألى قرارته ١٢٦٥ لعام ١٩٩٩ و١٢٩٦ لعام ٢٠٠٠ و١٦٧٤ لعام ٢٠٠٦ و١٨٩٤ لعام ٢٠٠٩ بشأن حماية المدنيين في النزاعات المسلحة.

الجماعية^(١). كما وشكل العديد من المحاكم الجنائية الخاصة الأخرى كالمحكمة الجنائية الدولية لرواندا لعام ١٩٩٤، والمحكمة الجنائية الدولية لسيراليون لعام ٢٠٠٥. ومن خلال ما تم ذكره من قرارات نستخلص أن حقوق المدنيين وخاصة الصحفيين منهم قد حظيت باهتمام كبير من قبل مجلس الأمن الدولي.

بالإضافة إلى المنظمات الدولية الحكومية ظهرت العديد من المنظمات الدولية غير الحكومية مثل اللجنة الدولية للصليب الأحمر، والمنظمة الدولية للهلال الأحمر ومنظمة أطباء بلا حدود، لتكون متواجدة في أي نزاع مسلح دولي أو محلي، حيث تقوم بتقديم تقاريرها عن الانتهاكات المتعلقة بالقانون الدولي الإنساني، والمطالبة بمحاسبة الذين قاموا بارتكاب جرائم حرب، وجرائم ضد الإنسانية بعد إدانتهم قانونياً من قبل هذه المحاكم والمنظمات^(٢).

ومن أهم التقارير لهذه المنظمات، دراسة للجنة الدولية للصليب الأحمر عن القواعد العرفية للقانون الدولي الإنساني ٢٠٠٥، والذي أكد فيه على ما جاء في اتفاقيات القانون الدولي الإنساني حيث نصت الدراسة في المادة ٣٤ من الفصل العاشر على وجوب " احترام وحماية الصحفيين المدنيين العاملين في مهام مهنية بمناطق نزاع مسلح ما داموا لا يقومون بجهود مباشرة في الأعمال العدائية" كما خصصت اللجنة الدولية خط ساخن يمكن الصحفيين وأسرههم والوكالات التي يعملون بها من طلب المساعدة في حال إصابتهم أو قدهم أو احتجازهم^(٣).

وقد تابعت المنظمات غير الحكومية جهودها لحماية الصحفيين مما أسفر عن نشوء منظمة غير حكومية تسمى ((حملة شعار الصحافة)) لتطرح على الصعيد الدولي مشروع اتفاقية دولية لحماية الصحفيين في مناطق النزاع المسلح عام ٢٠٠٤. ولم تتوقف جهود

(١) نعي، مرجع السابق، ص. ٥٦.

(٢) المطيري، مرجع سابق، ص. ٢٠.

(3) <https://www.icrc.org/ar/publication/assistance-for-journalists-on-dangerous-assignments>.

انظر الموقع الرسمي للجنة الدولية للصليب الأحمر، تاريخ الاسترجاع ٢٠١٨/٩/٢

الحملة الدولية لشارة حماية الصحفي عند هذا الحد بل أيدت، وأهابت باهتمام بعض الدول والحكومات على اتخاذ الإجراءات المناسبة لحماية الصحفيين والإعلاميين. كما أيدت عقد عدد من المؤتمرات لحماية الصحفيين وأهمها:

١- مؤتمر باريس لليونسكو في سبتمبر من عام ٢٠١٢.

٢- مؤتمر فينا بدعم من الحكومة الاسترالية في يناير ٢٠١٢.

وأعرب مدير البرامج بالمركز الخاص بحماية الصحفيين عن تأييده لفكرة الشارة المُعترف بها دولياً وضرورة التوصل إلى معاهدة دولية لحماية الصحفيين في كافة أقطار المعمورة^(١). وما زالت الجهود مستمرة لحماية الصحفيين حتى يومنا هذا ولكن بصورة متدرجة. وقد دفع هذا الوضع العالمي الذي يشغل الأذهان كثيراً، منظمة "صحفيون بلا حدود" إلى إصدار إعلان بشأن أمن الصحفيين ووسائل الإعلام في أوضاع النزاع المسلح^(٢). وتم فتح باب التوقيع على الإعلان في 20 يناير / كانون الثاني 2003 وتمت مراجعته في ٨ كانون الثاني 2004 في ضوء أحداث العراق. ويهدف هذا الإعلان إلى التذكير بمبادئ وقواعد القانون الدولي الإنساني التي تحمي الصحفيين ووسائل الإعلام في أوقات النزاع المسلح، مع اقتراح إدخال تعديلات على القانون حتى يوائم مع المتطلبات الحالية.

المطلب الثاني: وقف الحماية الدولية للصحفيين

بعد بيان أهم الوثائق الدولية المتعلقة بحقوق الصحفيين أثناء النزاعات المسلحة، سوف نقوم ببيان الحالات التي يتم سحب تلك الحماية منهم. كما أشرنا سابقاً أن أهم الاتفاقيات

(1) <http://ainnews.net/?p=142540>.

انظر تقرير حملة الشارة السنوي: ١٠٥ ضحايا النزاعات من الصحفيين. تاريخ الاسترجاع ٢٣/٨/٢٠١٨

(٢) صيغ هذا الإعلان أثناء الحلقة الدراسية التي عقدت في 20 يناير / أنون الثاني. 2003 وقد شارك في أعمال الحلقة ممثلون عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر، وعن منظمات غير حكومية، منظمة العفو الدولية، ومنظمة "محامون بلا حدود"، ومنظمة "أطباء بلا حدود"،... إلخ، ومجموعة البحث والمعلومات بشأن السلام والأمن، وخبراء في القانون الدولي الإنساني، ومنظمات مهنية إعلامية، والناطق باسم حلف شمال الأطلسي، والناطق باسم وزارة الدفاع الأمريكية ونص الإعلان متوافر على الموقع التالي: <http://www.justice.rsf.org> تاريخ الاسترجاع ٢٥/٩/٢٠١٨

والقرارات الدولية أكدت على حماية الصحفيين باعتبارهم أشخاص مدنيين، واشترطت لذلك عدم مشاركة الصحفي بشكل مباشر بالأعمال العدائية، فما هو تعريف الأشخاص المدنيين؟ وما هي الأعمال العدائية التي إذا قام بها الصحفي يفقد فيها حمايته؟

الفرع الأول: تفرقة الأشخاص المدنيين عن العسكريين

نصت المادة ٤٨ من البروتوكول الإضافي الأول على " تعمل أطراف النزاع على التمييز بين السكان المدنيين والمقاتلين. وذلك من أجل تأمين احترام وحماية السكان المدنيين" يعتبر مبدأ التمييز بين المدنيين والمقاتلين من أهم مبادئ القانون الدولي الإنساني، والذي يترتب عليه أن المقاتلين هم من يحق لهم المشاركة المباشرة في الأعمال العدائية وبالتالي يكونون محل استهداف بينما غير المقاتلين كالصحفيين أو الأسرى والجرحى لا يشاركون في الأعمال العدائية، ولهم حصانة من الهجمات والعمليات الحربية^(١).

كما يترتب على هذا المبدأ أن يلتزم المقاتلون بتمييز أنفسهم عن المدنيين، وذلك بارتداء الزي العسكري (للمقاتل النظامي) أو بارتداء علامة مميزة يمكن تمييزها بشكل واضح من مسافة ليست بعيدة (للمقاتل غير النظامي)^(٢). كما يجب عليهم عدم التواجد عند المدنيين أثناء الاشتباك العسكري. وبمفهوم المخالفة يفقد الصحفي الحماية إذا ارتدى زي عسكري

(١) للاعتبارات الإنسانية يفضل استخدام عبارة التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين لأن مصطلح غير المقاتلين يشمل إلى جانب المدنيين الأسرى والجرحى والمرضى والغرقى وهو ما يمكن إسقاطه على المفهوم الواسع للمدنيين الذي يدل على غير المشاركين في القتال بالأصل أو لسبب معين كالأسر مثلاً، أي أنه لا تفسر المادة بمفهوم المدنيين على جواز استهداف الأشخاص الآخرين كغير المقاتلين من الأسرى والجرحى. انظر: ساعد العقون، ضوابط سير الأعمال العدائية في القانون الدولي الإنساني، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم القانونية، تخصص القانون الدولي الإنساني، جامعة الحاج خضر - باتنة، ٢٠١٤/٢٠١٥ ص. ٨٦-٨٧

(2) "le signe distinctif doit pouvoir etre reconnu par celui qui ne se trouve pas a une distance trop grand pour pouvoir reconnaitre un uniform" Jean De Preux et al, commentaire de Convention III de Geneve du 12 aout 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre, Comite international de la Croix Rougem Geneve, 1952, p. 68.

أو يشبه الزي العسكري لدرجة كبيرة، أو تواجد في مناطق الاشتباك العسكرية أي المناطق التي يجوز استهدافها^(١).

بالإضافة إلى ذلك يلتزم المقاتل بموجب هذا المبدأ بحمل السلاح علناً، فقد نصت المادة ٤٤ من البروتوكول الإضافي الأول " وهناك من مواقف المنازعات المسلحة ما لا يملك فيها المقاتل المسلح أن يميز نفسه على النحو المرغوب، فإنه يبقى عندئذ محتفظاً بوصفه كمقاتل شريطة أن يحمل سلاحه علناً في مثل هذه الظروف:

١. أثناء أي اشتباك عسكري.

٢. طوال ذلك الوقت الذي يبقى خلاله مرئياً للخصم على مدى البصر أثناء انشغاله بتوزيع القوات في مواقعها استعداداً للقتال قبيل شن هجوم عليه أن يشارك فيه" بمعنى آخر إذا قام الصحفي بحمل السلاح علناً، فإنه يكون عرضة للاستهداف نتيجة لسقوط حقه في الحماية.

نستنتج مما سبق ذكره أن الصحفي يفقد حصانته في الحماية إذا تشبه بالعسكريين سواء من ناحية الزي أو حمل السلاح أو التواجد في مناطق الاشتباك.

الفرع الثاني: المشاركة المباشرة في الأعمال العدائية

لم تذكر الاتفاقيات السابقة أي تعريف واضح للمشاركة المباشرة في الأعمال العدائية، حيث أكتفت اتفاقيات جنيف الأربعة المتعلقة بالقانون الدولي الإنساني لعام ١٩٤٩ على ذكر " الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية، ولكن هذه المسألة لم تغب عن أذهان اللجنة الدولية للصليب الأحمر التي قامت بدعوة العديد من الخبراء القانونيين لإعداد دليل تفسيري حول تلك المشاركة ما بين الأعوام ٢٠٠٣-٢٠٠٨، والتي انتهت بإصدار الدليل التفسيري للمشاركة المباشرة للمدنيين في الأعمال العدائية. ومن أهم العناصر التي يجب أن تتوفر في هذا العمل حتى يعتبر عدائياً:

(١) سجي عبد الكريم عبد الستار، مرجع سابق، ص. ٦١

١. **حصول الضرر:** أي أن يحدث العمل ضرر مادي للأشخاص أو الممتلكات العسكرية أو المحمية بموجب القانون، كالقبض أو السيطرة أو القتل أو الإصابة للمقاتلين العسكريين أو تعطيل مركبة أو منشأة عسكرية أو حتى الاتصالات، بالإضافة إلى أعمال التشويش والقرصنة والتصنت على الأنظمة المعلوماتية والشبكات الالكترونية. أما فيما يخص الاعتداء على غير العسكريين، أي على الأشخاص المدنيين والأعيان المدنية، فيعتبر استهدافهم بالقصف والتدمير والقتل عملاً مباشراً من الأعمال العدائية.

٢. **العلاقة السببية:** أي ينتج الضرر عن ذلك العمل العدائي، ومن أجل عدم التوسع في رفع الحماية عن الصحفيين، اشترط الدليل التفسيري أن يكون العمل هو السبب الوحيد والمباشر للضرر، فإذا كان يحدث ضرر بشكل غير مباشر يستبعد من الأعمال العدائية. مثال: تدريب القوات المسلحة، فإذا كان العمل يدخل ضمن التدريبات العادية للقوات المسلحة، فهو مشاركة غير مباشرة، بينما إذا كان التدريب على عملية عسكرية خاصة تستهدف جهة معينة، فإنه يعتبر مشاركة مباشرة. ومثال على ذلك بينه الدليل التفسيري، سياقة مدني (كالصحفي) لشاحنة ذخيرة، فإذا كانت وجهته إلى موقع الاشتباك للتزويد الفوري للقوات على الجبهة، يعد ذلك مشاركة مباشرة في العمليات العدائية، ويؤدي إلى سقوط الحصانة عنه، أما إذا كانت سياقة الشاحنة إلى مرفأ عسكري لشحنها على مركب، فهذا يعد مشاركة غير مباشرة في العمليات العدائية، وتبقى الحماية والحصانة قائمة معه. وإذا كان عمل الصحفي مشترك مع أعمال عدائية أخرى، فإنه يعتبر عمل عدائي ويفقد على إثره الحصانة إذا كان يشكل جزء من عملية تكتيكية وملموسة ومنسقة وتسبب مباشرة الضرر المطلوب، مثال: عملية القصف من قبل الطائرة بدون طيار، فهي تحتاج إلى أخصائي حاسوب، وفنيو إضاءة، وعاملو راديو... الخ فهي عملية متكاملة وكل جزء مرتبط بالآخر وتسبب مع بعضها ضرر مباشر، أي لا يشترط هنا أن يكون العمل بنفس الوقت أو بنفس المكان، بمعنى آخر إن التزامن الزمني والمكاني ليس ضرورياً لتحقيق السببية المباشرة مع الضرر.

٣. العمل الحربي: أي ارتباط العمل بالمجهود الحربي لأحد أطراف النزاع ضد الآخر والتسبب بأضرار للخصم وإضعاف لقدرته العسكرية، فهناك أعمال تسبب أضرار للطرف الآخر ولكن لا تعتبر مشاركة مباشرة في الأعمال العدائية، كالأعمال المسلحة للدفاع عن النفس، أو فرض السيطرة على أشخاص أو مناطق من أجل منع عمليات السلب والنهب. وبعد توافر الشروط الثلاث في العمل العدائي، يفقد الصحفي بموجبه الحماية المقررة له، ويمكن أن يصبح محلاً للاستهداف، ولكن التساؤل الذي يثار الآن، إذا توقف الصحفي عن ذلك العمل العدائي، فهل تعود له الحماية، بمعنى آخر إلى أي مدى يفقد الصحفي حصانته. نصت المادة ٥١ فقرة ٣ على ما يلي: "يتمتع الأشخاص المدنيون بالحماية التي يوفرها هذا القسم ما لم يقوموا بدور مباشر في الأعمال العدائية وعلى مدى الوقت الذي يقومون فيه بهذا الدور" وبالتمعن بالنص نجد أن الصحفي ترفع عنه الحصانة طوال الفترة التي يقوم فيها بالعمل العدائي، منذ بدايته حتى نهايته، أي أثناء الأعمال التحضيرية والتمهيدية وحتى عمليات الانتشار أو الانسحاب يفقد الصحفي حمايته. إذا كانت مشاركة الصحفي في العمل العدائي متقطع، فإنه يفقد الحصانة عن وقت المشاركة فقط، ولكن إذا كان تابع لمنظمة مسلحة تقوم بعمليات مستمرة، فإنه يفقد الحصانة الفترة التي يبقى عضو فيها^(١).

خلاصة القول، إن الصحفي يفقد الحماية والمعاملة التفضيلية والامتيازات المقررة له كمدني عند المشاركة المباشرة في الأعمال العدائية، أو بسبب انتسابه للجماعات المسلحة، ويصبح هدف مشروع كالمقاتل العسكري، لكن مع ذلك تبقى له الحماية الممنوحة بموجب القانون الدولي الإنساني (أي التي تعطى للمقاتلين) وتطبق عليه كافة القواعد المتعلقة بالحرب من مبدأ الإنسانية، والتناسب، والضرورة، كما يجب تطبيق التدابير الوقائية والتي من أهمها التحقق بأن الشخص المستهدف ليس مدنياً، وإذا تبين أنه مدني التأكد بأنه لا

(١) القانون الدولي الإنساني وتحديات النزاعات المسلحة المعاصرة، تقرير أعدته اللجنة الدولية للصليب الأحمر في شهر أكتوبر ٢٠١١، مقدم للمؤتمر الدولي الواحد والثلاثون للصليب الأحمر والهلال الأحمر، وثيقة رقم (31 IC/11/5.1.2) ص. ٥٠.

يشارك بالأعمال العدائية. وبكل الأحوال عند الشك في شخصه يعتبر محمياً بوصفه مدني حتى يظهر خلاف ذلك.

الخاتمة:

نستنتج بعد هذه الدراسة الموجزة:

١. أن فئة الصحفيين هي الأكثر تضرراً وتعرضاً للأخطار الناجمة عن النزاعات المسلحة، إذا ما قورنت مع الفئات الأخرى من المدنيين، وذلك نظراً لما تتطلبه هذه الفئة من وجوب الاقتراب من ميادين القتال والصراع بين الأطراف المتحاربة بهدف نقل الأخبار وتغطية الأحداث إعلامياً.
٢. تم تصنيف الاعتداء على الصحفيين والمدنيين بالجرائم الدولية " جرائم الحرب وجرائم ضد الإنسانية"، والتي جاءت المحكمة الجنائية الدولية أساساً لمعاقبة كل من يرتكب هذه الجرائم. وبالتالي نرى أن ظهور المحكمة نتج عنه وجود عقوبات دولية رادعة التي كان لها الدور الفعال في التطبيق السليم للقانون الدولي الإنساني.
٣. يستطيع الصحفيون الاستفادة من الحماية الدولية بوصفهم أشخاص مدنيين، لكن هذه الحصانة ليست مطلقة، فالصحافي مشمول بالحماية ما دام لا يشارك مباشرة في الأعمال العدائية، وتزول الحماية عنه إذا شارك بهذه الأعمال بشكل مباشر، ويكون محلاً للاستهداف كالعسكري ومع ذلك تبقى له المعاملة الإنسانية كأسير حرب وغيرها من قواعد القانون الدولي الإنساني المطبقة على المقاتلين.
٤. إن الحماية المكفولة للصحفيين في ظل القانون الدولي الإنساني غير كافية وغير ناجعة. فعلى الرغم من أن معظم دول العالم قد خطت خطوات كبيرة لصالح حماية الصحفيين، إلا أنهم ما زالوا معرضين لشتى أنواع الأذى والقتل في مناطق الصراع الدائرة في بعض دول العالم وخاصة منطقة الشرق الأوسط.

وعلى ضوء هذه الاستنتاجات يمكن الخروج بالتوصيات التالية:

١. تدعيم وتطوير القواعد التي تحمي الصحفيين ضد الهجمات والتأكيد على إلزامية قواعد القانون الدولي الإنساني المتعلقة بحمايتهم وتطبيقها الفعال خلال النزاعات المسلحة والتي تعصف ببعض دول العالم.
٢. السعي الحثيث من قبل الحكومات والجهات المعنية، لإنشاء وإيجاد قواعد جديدة خاصة بالصحفيين، والعمل على تطويرها من خلال البحث عن آليات أكثر فعالية وإلزامية.
٣. وضع آليات لتحميل أطراف النزاع المسلح المسؤولية الدولية والمسؤولية الجنائية الدولية اتجاه الصحفيين لتعزيز حمايتهم من الأخطار التي يتعرضون لها أثناء نقلهم للأخبار وتصويرهم للأحداث الجارية في كافة مناطق الصراع.

تناول الإعلام الإلكتروني لقضايا الفساد ودوره في تعزيز النزاهة والشفافية بدولة الكويت

د. أنور عبد الوهاب مساعد الجراف

مقدمة:

للإعلام الإلكتروني دوراً هاماً فهو نظام إتصالي فرضته معطيات الحتمية التكنولوجية، والضغط نحو الإصلاح السياسي والأقتصادي، والكشف عن الفساد، والشفافية في نقل الخبر، واتساع مستوى حرية الطرح، وهو ما حول الإعلام الى شبكة إتصال تفاعلية متشابكة سريعة جدا.

فقد جعلت التكنولوجيا وسائل الاتصال الجماهيرية تتسم بالطابع الدولي أو العالمي بسرعة نقل الخبر وتداوله، وشبكة المعلومات والإنترنت وتطور التكنولوجيا وتزايد تطبيقاتها في مجال الإعلام، والاتصال ساهم في ظهور نوع جديد من الإعلام وهو الإعلام الإلكتروني المقروء والمسموع، والذي يعتبر بحق ظاهرة إعلامية حديثة، وبما يتميز به من سرعة الانتشار والوصول إلي شريحة كبيرة من الجماهير وخلال فترة زمنية قصيرة وبأقل تكلفة مقارنة مع الوسائل التقليدية، وبات يشكل نافذة مهمة لنشر المعلومات والبيانات والحصول عليها، ومحاربة الفساد وتعزيز الشفافية بمعالجة القضايا الحساسة.

الإعلام الإلكتروني أصبح أحد محاور الحياة المعاصرة لما له أهمية بالغة في القضايا الفكرية والثقافية والسياسية والاقتصادية، والمتتبع لها يشهد ان مستخدمو شبكة الانترنت في تزايد مستمر في ظل الكم الهائل من المعلومات، وامكن بسهولة لكل وسائل الاعلام والاتصال أن تثبت برامجها ومعلوماتها عبر أجهزة الهواتف المحمولة، وبات واضحا أن الإعلام الإلكتروني فرض واقعا مختلفا على الصعيد الإعلامي، والاقتصادي، والسياسي

وهو لا يعد تطويرا لوسائل الاعلام التقليدية وإنما هو بحد ذاته وسيلة إعلامية من خلالها انتشرت الصحف والمجلات الالكترونية.

الملاحظ ان الإعلام الإلكتروني أخذ حيزا هاما على الساحة الإعلامية في دولة الكويت، ومن خلال تتبع التشريعات المنظمة وجد القانون رقم ٨ لسنة ٢٠١٦؟ بتنظيم الإعلام الإلكتروني حيث تضمن القانون ٢٧ مادة. وضحت نصوص القانون فلسفة إصدار هذا القانون، والقاعدة الأساسية أن حرية الاستخدام مكفولة للجميع وفقا لأحكام القانون. والمواقع أو الوسائل الإعلامية الإلكترونية التي يسري عليها القانون رقم ٨ لسنة ٢٠١٦ بتنظيم الإعلام الإلكتروني هي دور النشر، وكالات الأنباء الإلكترونية، الصحافة الإلكترونية، الخدمات الإخبارية، مواقع الصحف الورقية، والقنوات الفضائية المرئية والمسموعة، وأخيرا المواقع الإعلانية التجارية الإلكترونية^(١).

• أولاً: أهمية الدراسة

أهمية الدراسة تكمن في دور المواقع الإخبارية الكويتية الإلكترونية في مكافحة الفساد وتعزيز الشفافية بمعالجتها لقضايا الفساد بدولة الكويت، وخاصة ما ترتب عليه مؤخرا بحصول دولة الكويت على تصنيف مرتفع بالفساد بحسب مؤشر مدركات الفساد الدولية، ففي عام ٢٠١٦ تخلفت الكويت ٢٠ مركزا في مؤشر مدركات الفساد، أي من المركز ال ٥٥ الى المركز ال ٧٥، وفي عام ٢٠١٨ وتخلفت ١٠ مراكز أخرى الى المركز ال ٨٥، محققة ٣٩ نقطة من أصل ١٠٠، لتصبح خامسة في مستوى الفساد على نطاق دول الخليج العربي، والثانية على المستوى العربي وفقا لتقرير منظمة الشفافية الدولية الصادر في ٢٢ فبراير ٢٠١٨^(٢).

فالكويت تختلف عن سائر الأقطار الخليجية بأن هناك من يتابع ويراقب من لجان برلمانية وتحقيقات صحفية^(٣)، ولديها الى جانب ادارة الفتوى والتشريع ديوان للمحاسبة، وهيئة لمكافحة الفساد (نزاهة)، ومراقبون ماليون، ولديها لجان عامة وخاصة لحماية الأموال العامة، ورغم ذلك يستفحل الفساد سنة بعد أخرى.

ذلك يعني أن الكويت، ربما تكون البلد الوحيد الذي ترتفع فيه تكلفة أجهزة مكافحة الفساد البشرية والمالية، في الوقت الذي تتصاعد تكلفة الفساد بمعدلات أسرع، والأسوأ هو عدم قيام جهة حكومية بنفي ما ينسب لها من اعترافها بغياب أي استراتيجية لمواجهة الفساد، ذلك يعني غياب أي سياسة وقائية تحد من استشرائه^(٤). وفي خطوة واسعة نحو الشفافية والأعلان على التجاوزات صدر بياناً وافياً ورسمي من قبل وزير العدل موجهه الي رئيس مجلس الأمة وزع على الصحف الرسمية يؤكد بوجود ١٨١ قضية اعتداء على المال العام بتكلفة وقدرها ٤.٢ مليار دينار كويتي^(٥).

وما يثير الاستغراب في قضايا الفساد بالكويت ما اشار إليه ديوان المحاسبة عن مخالفات في مكافآت هيئة مكافحة الفساد وهي صرف بعض المكافآت دون اقرار قواعد وظوابط تنظمها من قبل مجلس الأمناء أو بيان استحقاق الموظفين لها بلغ ٦٧٨ الف دينار بنسبة ٦٤% من اجمالي المعتمد من ميزانية السنة المالية ٢٠١٦/٢٠١٧ وجاء التقرير ليوضح بأن بلغ حجم المعاملات بالحاسب الختامي أكثر من ٢٠٠ معاملة سجل عليها ٥ مخالفات مالية و ٤ حالات امتناع مرر من قبل رئيس الجهة^(٦).

محاربة الفساد لا يمكن أن يطرح بعيداً عن منظومة كاملة من الإجراءات أهمها الحرية، والديموقراطية، وحقوق الإنسان، لأن محاربة الفساد تأتي ضمن هذه المنظومة ولا يمكن لها أن تتجح خارجها^(٧).

ومن منطلق ظهور المواقع الإخبارية الإلكترونية في توقيتات متزامنة نقل بها الإعلام الي آفاق غير مسبوقه، وأعطى مستخدميه فرصاً أكبر للتأثير والانتقال عبر الحدود بلا قيود ولا رقابة إلا بشكل نسبي محدود. كما أعطى قنوات للتعاطي المباشر والحي والفوري والتفاعلي وهذه ساهم بوقف احتكار صناعة الرسالة الإعلامية لينقلها إلى مدى أوسع وأكثر شمولية، وبقدرة تأثيرية وتفاعلية^(٨).

ومن هنا تعد الشفافية أمراً ضرورياً لسلامة الفعاليات الحكومية والقطاعات الأخرى المهمة في المجتمع وفي حسن الإدارة والنزاهة في المجالات المختلفة، إذ ترتبط الشفافية الحكومية أو السياسية بالانفتاح على الجمهور فيما يتعلق بأهداف السياسات العامة

والقرارات المهمة للمواطنين، ويمكن للإعلام أن يقوم بوظيفته في هذا الجانب، لا سيما مع توجه العديد من دول العالم إلى إصدار قوانين تعالج مسألة الحرية^(٩). وعلي الرغم من ان انتشار التكنولوجيا والاعلام الالكتروني الا ان دورها لا يزال غير واضح فعلياً بما يتعلق بقضايا الفساد^(١٠).

• ثانياً: مشكلة الدراسة

مشكلة الدراسة تحدد في دور المواقع الإخبارية الإلكترونية بالكويت بمعالجة قضايا الفساد، ومعرفة الأدوار الإصلاحية من خلال نشر ومعالجة كل ما يخص الفساد، وتركز أيضاً مشكلة الدراسة على دور هيئة مكافحة الفساد في الكشف عن قضايا الفساد وإرساء قيم الشفافية عبر وسائل الإعلام ومدى ثقة المواطن بهيئة مكافحة الفساد.

• ثالثاً: أهداف الدراسة

- ١- التعرف على مقياس اتجاهات الجمهور نحو المواقع الإخبارية بما يتعلق بمعالجتها لقضايا الفساد.
- ٢- التعرف على مدى تأثير انتماءات وتوجهات ملاك المواقع الإخبارية الإلكترونية على قرار النشر بما يخص قضايا الفساد.
- ٣- التعرف على أهم قضايا الفساد التي تحضي بأهتمام عينة الدراسة.
- ٤- التعرف على مستوى تأثير الحرية الإعلامية عند تناولها لقضايا الفساد.
- ٥- التعرف على مدى مساهمة المواقع الإخبارية في تنمية وعي الجمهور بظاهرة الفساد.
- ٦- التعرف على أهداف اعتماد الجمهور على المواقع الإخبارية الإلكترونية بما يخص قضايا الفساد.
- ٧- مامدى المتابعة لقضايا الفساد التي تقدمها المواقع الإخبارية الإلكترونية.
- ٨- التعرف على دور هيئة مكافحة الفساد (نزاهة) في محاربة الفساد بدولة الكويت.

٩- التعرف على اسباب تراجع الكويت في مؤشر مدركات الفساد ٢٠١٨

• رابعاً: تساؤلات الدراسة

- ١- ماهو مقياس اتجاهات الجمهور نحو المواقع الإخبارية بما يتعلق بمعالجتها لقضايا الفساد.
- ٢- ما مدي تأثير انتماءات وتوجهات ملاك المواقع الإخبارية الإلكترونية على قرار النشر بما يخص قضايا الفساد.
- ٣- ماهي أهم قضايا الفساد التي تحظى بأهتمام عينة الدراسة.
- ٤- ما مدى مساهمة المواقع الإخبارية في تنمية وعي الجمهور بظاهرة الفساد.
- ٥- ماهي أهداف اعتماد الجمهور على المواقع الإخبارية الإلكترونية بما يخص قضايا الفساد.
- ٦- مامدى المتابعة لقضايا الفساد التي تقدمها المواقع الإخبارية الإلكترونية.
- ٧- هل تتأثر الحرية الاعلامية عن تناولها لقضايا الفساد.
- ٨- ماهو دور هيئة مكافحة الفساد(نزاهة) في مواجهة ومحاربة الفساد.
- ٩- ماهي اسباب تراجع الكويت في مؤشر مدركات الفساد ٢٠١٨.

• خامساً: فرضيات الدراسة

- ١- توجد فروق ذات دلالة إحصائية بأن انتماءات وتوجهات ملاك المواقع الإخبارية الإلكترونية تؤثر على قرار النشر بما يخص قضايا الفساد.
- ٢- توجد فروق ذات دلالة إحصائية من مصداقية الأخبار والمعلومات المنشورة في المواقع الإلكترونية فيما يخص قضايا الفساد.
- ٣- توجد فروق ذات دلالة إحصائية بثقة المواطنين بدور هيئة مكافحة الفساد بمحاربة والكشف عن الفساد.

• سادساً: الإجراءات المنهجية للدراسة

- **نوع الدراسة:** تنتمي هذه الدراسة ومنهجها إلى الدراسات الوصفية التي تستهدف تصوير وتحليل وتقويم خصائص معينة أو موقف معين يغلب عليه صفة التحديد، أو دراسة الحقائق الارهنة المتعلقة بطبيعة ظاهرة أو موقف أو مجموعة من الأحداث أو مجموعة من الأوضاع، وذلك بهدف الحصول على معلومات كافية ودقيقة عنها دون الدخول في أسبابها أو التحكم فيها كما تستهدف تقدير عدد مرات تكرار حدوث ظاهرة معينة ومدى ارتباطها بظاهرة أخرى من الظواهر^(١١).

- **منهج المسح:** ويتم استخدامه بشقيه الوصفي والتحليلي باعتباره منهجاً علمياً منظماً يسمح برصد طبيعة الاستخدامات الإعلامية لشبكة الإنترنت وتطبيقاتها، ورصد معالم التعرض لشبكة الإنترنت وشبكات التواصل.

- **مجتمع الدراسة:** يضم مجتمع الدراسة العاملين في الوزارات الحكومية بدولة الكويت والمؤسسات الإعلامية والعاملين في الصحف الكويتية ووكالة الأنباء الكويتية (كونا)، وذلك للتعرف على استخداماتهم للمواقع الإخبارية والإشباعات المتحققة من كل ما ينشر عن قضايا الفساد.

- **عينة الدراسة:** هي النماذج المادية أو البشرية التي تسحب من الكم أو المجتمع الكلي وفقاً لشروط وظوابط علمية، على ان تحمل هذه النماذج مواصفات الكل وتمثله^(١٢). تم اختيار مفردات عينة الدراسة بأسلوب العينة العشوائية البسيطة، كعينة ممثلة لمجتمع الدراسة لغايات الحصول على البيانات المتعلقة بأهداف وتساؤلات الدراسة.

وتم اختيار (٣٠٠) مفردة من مختلف الوزارات الحكومية والعاملين في الصحف والمؤسسات الإعلامية، وقد تم استرجاع (٢٧٠) استبياناً، فيما تم استبعاد (٢٠) لعدم صلاحيتها للتحليل، فاستقرت العينة على (٢٥٠) مفردة.

• سابعاً: أداة جمع البيانات:

صحيفة الاستبانة: استخدمنا بهذه الدراسة اسلوب واحد لجمع البيانات وهي أحد الأساليب التي تستخدم في جمع بيانات أولوية أو أساسية أو مباشرة من العينة المختارة أو من جميع مفردات مجتمع البحث عن طريق توجيه مجموعة من الأسئلة المحددة المعدة تحتوي على مجموعة الأسئلة المترابطة والمتسلسلة إلي أن يتم الإجابة عليها وتعبئتها من قبل المتخصصين لجمع المعلومات والبيانات حول الظاهرة أو مشكلة البحث. كما يعرف بأنه أداة لجمع البيانات المتعلقة بموضوع بحث محدد عن طريق استمارة يجري تعبئتها من قبل المستجيب^(١٣).

وقد قام الباحث بإعداد أسئلة الاستبانة بشكل تتوافر فيه الشروط العلمية، وتم مراجعة الاستبانة قبل عرضها على مجموعة من الخبراء والمحكمين للتعرف على مدى مصداقية الأداة، ومدى ملاءمتها لقياس الهدف الذي صممت من أجله^(*) انظر ملحق الدراسة

وقد استجاب الباحث لإقتراحات المحكمين حول الاستبانة، وتمثلت في مجموعة من الملاحظات أخذ الباحث بها جميعاً، وتم إجراء التعديلات المطلوبة لتأخذ الاستبانة الشكل النهائي للتطبيق، وقد تم تقسيم صحيفة الاستبانة إلى أربعة أقسام على النحو التالي:

- **القسم الأول:** يحتوي على معلومات ديمغرافية خاصة لعينة الدراسة.
- **القسم الثاني:** يحتوي على أسئلة متعلقة لقياس اتجاهات الجمهور نحو المواقع الإخبارية.
- **القسم الثالث:** مقياس ثقة عينة الدراسة بسماهمة ودور هيئة مكافحة الفساد (نزاهة) بمواجهة ومحاربة الفساد.
- **القسم الرابع:** أسئلة تتعلق بأهداف وتساؤلات وفرضيات الدراسة.

صدق الأداة وثباتها:

- **صدق الأداة:** وقد استخدم الباحث معاملات ارتباط بيرسون لقياس العلاقة بين بنود الاستبانة، بالدرجة الكلية للمحور المنتمية إليه، وتم إجراء الاختبار الإحصائي

المناسب لاستخراج معاملات الارتباط للعبارات بالدرجة الكلية محمور من محاور البحث للتأكد من الاتساق الداخلي لجميع عبارات الاستبانة.

- **ثبات الأداة:** قام الباحث بالتأكد من مدى ثبات الاستبانة، وأن الإجابة ستكون واحدة تقريباً لو تكرر تطبيقها أكثر من مرة على الأشخاص ذاتهم، وذلك من خلال استخراج معامل الثبات، كما اعتمد الباحث على التناسق الداخلي بين عناصر وفقرات الاستبانة، ومن ثم بينت درجة جوده من الثبات، بلغت قيمة معامل ألفا كرونباخ(٨٥,٠)، وهي نسبة ثبات جوده، الأمر الذي يعزز من ثبات وإمكانية التطبيق الميداني.

المعالجة الإحصائية للبيانات:

بعد الانتهاء من جمع البيانات الدراسة الميدانية، تم ترميز البيانات وإدخالها في الحاسب الآلي، ثم معالجتها وتحليلها واستخراج النتائج الإحصائية باستخدام برنامج "الحزمة الإحصائية للعلوم الإجتماعية"، وتم اللجوء إلى المعاملات والاختبارات الإحصائية التالية في تحليل بيانات الدراسة: التكرارات البسيطة والنسب المئوية - المتوسطات الحسابية والانحرافات المعيارية - معامل ارتباط بيرسون للعلاقة الخطية بين متغيرين، ولدراسة الدلالة الإحصائية للعلاقة بين متغيرين من المتغيرات الأسمية اختبار كا^٢.

• ثامناً: مقاييس الدراسة المستخدمة:

- **مقياس اتجاهات الجمهور وإشباعاتهم نحو استخدام المواقع الإخبارية بما يتعلق بمعالجتها لقضايا الفساد:** ويتكون هذا المقياس من مجموعة من الأسئلة حول الإشباعات التي يستخلصها المبحوث من تناول المواقع الإخبارية لقضايا الفساد.

- **قياس ثقة الجمهور بدور هيئة مكافحة الفساد (نزاهة) في مواجهة ومحاربة الفساد:** ويتكون هذا المقياس من مجموعة من الأسئلة حول دور هيئة مكافحة الفساد بجهودها لمحاربة والفساد، ودورها في التوعية والتثقيف من ظاهرة الفساد.

- نظرية الإستخدامات والإشباعات:

محور اهتمام نظرية الإستخدامات والإشباعات يتعلق بالفروق الفردية بين الجمهور وتأثيرها على استخداماتهم لوسائل الإعلام من أجل تحقيق إشباعات معينة تختلف من شخص إلى آخر. هذه النظرية أحدثت تحولاً في رؤية المتخصصين إلى جمهور وسائل الإعلام التي كانت تقول إن هذه الجمهور سلبي، وأنه يتلقى المضمون الإعلامي دون تفاعل في إنتقاء ما يريد وما يُشبع حاجاته من التعرض للوسيلة الإعلامية.

وعلى الرغم من أن الباحثين قد أسسوا لعلاقة تفاعلية جديدة بين الجمهور ووسائل الإعلام ظهرت على إثرها نظريات جديدة منذ عقد الثمانيات الميلادية من القرن المنصرم وما بعده، إلا أن نظرية الاستخدامات والإشباعات تبدو أكثر نظريات التأثير الإعلامي رسوخاً في عصر الإعلام الجديد، حيث الفضاء الممتلئ بالقنوات التلفزيونية، والإنترنت الذي يعرض الصحف الإلكترونية، والنسخ الإلكترونية من الصحف، وغير ذلك من (سوق الرسائل الإعلامية) تنتقي منها ما تشاء، وتتفاعل مع ماتريد، وكل ذلك يتم وفق رغبات الجمهور وميولهم، والفروق الفردية بينهم. وبناء على ذلك، يمكن صياغة مفهوم عام لنظرية الاستخدامات والإشباعات على النحو التالي:

استخدامات الجمهور لوسائل الإعلام للبحث عن إشباعات في الرسالة الإعلامية ويتحكم في ذلك عوامل الفروق الفردية بين الجمهور^(١٤).

وهذه المفهوم يتضمن العناصر الأساسية التي بُنيت عليها الدراسات الإعلامية التي تناولت النظرية وهي:

١- **الاستخدامات:** ويعني ذلك أن الجمهور هو الذي يستخدم الوسيلة الإعلامية، وليس العكس. فهو الذي يشاهد المضمون الإعلامي، أو يقرأه، أو يسمعه، وكل ذلك يتم بإرادته واختياره.

٢- **الفروق الفردية:** وهي الاختلافات الفردية التي تكون بين الجمهور. قد تكون فروقاً شخصية، مثل العمر، والجنس، والمستوى الإجتماعي، والتفاوت الاقتصادي،

والتباين التعليمي، وإما أن تكون فروقاً في الميول والاتجاهات بين الجمهور، كالفروق السياسية، والثقافية وغيرها.

هذه الفروق الشخصية والاختلافات في الميول والاتجاهات بين فئات الجمهور تؤثر إلى حد كبير في طبيعة المضمون الذي يتعرضون له، ونوع الرسالة الإعلامية التي يبحثون عنها.

٣- **الإشباعات:** هي النتيجة التي يتلقاها الجمهور من مضمون وسائل الإعلام استجابة لحاجاته ودوافعه من التعرض لهذه الوسائل. إذ الجمهور له دوافع وحاجات من تعرضه الانتقائي لوسائل الإعلام، ويبحث عن إشباعات لهذه الدوافع وتلك الحاجات. وهذه الإشباعات إما تكون كلية أو جزئية، فإذا كانت الإشباعات متحققة فهي كلية، وأن تكون الإشباعات ناقصة فهي جزئية.

- **فروض النظرية:** قامت نظرية الاستخدامات والإشباعات على عدد من الفروض العلمية التي أخضعها دراسات المتخصصين للبحث والتحليل. ولعل الفروض الخمسة التي ذكرها (كاتز وزملاؤه) هي أفضل من ذكر في التراكم النظري ويمكن تخليصها في الآتي:
 - أن جمهور وسائل الإعلام مشاركون فاعلون في عملية الاتصال الجماهيري، ويستخدمون وسائل الاتصال لتحقيق أهداف مقصودة تلبى توقعاتهم.
 - يُعبر استخدام وسائل الاتصال عن الحاجات التي يبحث عنها الجمهور، ويتحكم في ذلك عوامل الفروق الفردية.
 - التأكيد على أن الجمهور هو الذي يختار المضمون الذي يشبع حاجاته.
 - يستطيع الجمهور أن يحدد حاجاته ودوافعه، ومن ثم يختار الوسائل التي تُشبع حاجاته.
 - يمكن الاستدلال على المعايير الثقافية السائدة من خلال استخدامات الجمهور لوسائل الاتصال، وليس من خلال محتوى الرسائل فقط^(١٥).

• تاسعاً: مصطلحات الدراسة

- ١- **الفساد:** تعرف "منظمة الشفافية الدولية" الفساد بأنه "إساءة استعمال السلطة الموكلة لتحقيق مكاسب خاصة. وهذا لا يتضمن فقط المكاسب المالية لكن أيضاً المكاسب غير المادية، مثل تعزيز السلطة السياسية. وتشير معظم تعريفات الفساد الي سوء استخدام السلطة أو الوظيفة أو المنصب لتحقيق مكاسب فردية"^(١٦).
- ٢- وجاء تعريف الأمم المتحدة للفساد بأنه "سوء استخدام السلطة العامة لتحقيق مكسب خاص"^(١٧).
- ٣- **اعلام اصلاحي:** هو إعلام توعوي وإرشادي وتثقيفي وتحريضي، يشجع على اتباع الأصول في ادارة شؤون المجتمع، والإشارة الي حالات الصبح من جهة والتنبيه الي حالات الفساد من جهة ثانية، وذلك إنطلاقاً من أن للإعلام دوراً إخبارياً توعوياً الي جانب دوره الإجماعي والنقدي الذي يقوم على إرتكاز المقارنة التي تفسر الفروقات"^(١٨).
- ٤- **إعلام الإلكتروني:** وسائل نقل المعلومات للجمهور عن طريق شبكات الأنترنت بأشكاله المختلفة والمتعدده"^(١٩).
- ٥- **الشفافية:** وضوح التشريعات وسهولة فهمها واستقرارها وانسجامها مع بعضها وموضوعيتها ووضوح لغتها ومرونتها وتطورها وفقاً للتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والإدارية وبما يتناسب مع روح العصر، إضافة إلى تبسيط الإجراءات ونشر المعلومات بحيث تكون متاحة للجميع. كما أنها وجود قنوات مفتوحة بين أصحاب المصلحة من المواطنين والمسؤولين في الدولة"^(٢٠).
- ٦- **الحرية:** لغوياً معناها القدرة على قيام الفرد بأداء ما يريد وما يشاء دون أي موانع تحد من ذلك، وأيضاً هي مجموعة الحقوق التي يتمتع بها الأفراد أو الجماعات ويلتزم الأفراد بصونها. فالحرية لما تقتضيه من الروية والمسؤولية والاختيار والتنفيذ، هي ميزة الإنسان عن سائر المخلوقات"^(٢١).

- ٧- **القياس:** وهو تقدير قيمة الأشياء وقياس الرأي العام مرتبط بالسؤال والجواب، ولكن مع اختلاف الوسيلة التي يتم بها عرض الأسئلة وطريقة التعامل معها، ويتم بطريقتين: الطريقة الكمية، والكيفية^(٢٢).
- ٨- **التأثير:** هو محاولة إحداث أثر في الجمهور المتلقي للرسالة للإعلامية فالتأثير هو الهدف الأول والأخير من العملية الإعلامية^(٢٣).
- ٩- **الفساد السياسي:** استخدام الموارد العامة بشكل غير مشروع لغرض مصالح خاصة قد تكون فردية أو جماعية^(٢٤). أو التلاعب في السياسات والمؤسسات والنظام الداخلي لصالح تمويل الجهات المتنفذة وصانعي القرار السياسي الذين يسيئون استخدام مواقعهم ومناصبهم للحفاظ على مكتسباتهم الشخصية^(٢٥).
- ١٠- **الفساد المالي والاقتصادي:** أخذ بصورة غير مشروعة الأموال والممتلكات المخولة بشكل قانوني إلى شخص ما بحكم منسبة. أو الاستخدام الغير المناسب للموارد العامة المالية والبشرية وموارد البنية الأساسية^(٢٦). أو استخدامات المعلومات الداخلية للشركات والأستفادة من ارتفاع أسهم الشركات في البورصات وتحقيق مكاسب مالية كبيرة.
- ١١- **المواقع المتخصصة:** هي مواقع ذات أهمية كبيرة لزوارها كونها تقدم المعرفة المتجددة والمعلومة المحدثة في سياق تخصصي^(٢٧).
- ١٢- **المواقع الإخبارية:** هي التي تقدم أحداث وآخر الأخبار من موقع الحدث، وتهتم بالخبر الصحفي حين حدوثه وتجدد هذه المواقع، وتحديث أخبارها على ضوء المستجدات التي تحدث بالعالم^(٢٨).

• عاشرًا: الدراسات السابقة

- ١- دراسة "خيرالله" بعنوان معالجة الصحافة الالكترونية لقضايا الفساد في المجتمع المصري دراسة تحليلية ميدانية" - وتأثيره على المشاركة السياسية للشباب الجامعي^(٢٩).

تهدف هذه الدراسة على التعرف على الملامح المختلفة لاعتماد الشباب الجامعي على الصحف الإلكترونية للحصول على المعلومات عن قضايا الفساد، كما تهدف الدراسة إلى التعرف على كثافة وأبعاد اعتماد الشباب الجامعي على الصحف الإلكترونية، والتعرف على مدى تحقق الآثار المعرفية، الوجدانية والسلوكية للاعتماد على الصحف الإلكترونية، والتعرف على العلاقة بين مدى ثقة المبحوثين في الصحف الإلكترونية ومدى الاعتماد عليها كمصدر للمعلومات عن قضايا الفساد.

وخلصت الدراسة أهم النتائج وهي:

- أ- أثبتت الدراسة وجود علاقة ارتباطية بين حجم تعرض المبحوثين لقضايا الفساد في الصحف الإلكترونية ومستويات المشاركة السياسية لديهم.
- ب- أثبتت الدراسة أن درجة اعتماد الشباب الجامعي على الصحف الإلكترونية عبر الإنترنت تزداد بزيادة سنوات خبرة المبحوثين باستخدام الإنترنت.
- ج- وكلما ازد مستوى ثقة المبحوثين بالمعلومات الموجودة على الصحف الإلكترونية على الإنترنت تزداد درجة الاعتماد عليها كمصدر للمعلومات.

٢- دراسة "المجالي" بعنوان اتجاهات الصحفيين الأردنيين نحو قضايا الفساد الإداري دراسة ميدانية" (٣٠)

هدفت هذه الدراسة إلى قياس اتجاهات الصحفيين الأردنيين نحو أسباب الفساد الإداري وأشكالهم من وجهة نظر الصحفيين الأردنيين والضعفوطات التي تؤثر على دورهم. وانطلقت الدراسة من التساؤل الآتي، كيف ينظر الصحفيون الأردنيون لقضايا الفساد المنشورة في الصحافة الأردنية.

وخلصت الدراسة أهم النتائج وهي:

- أ- وجود درجة مرتفعة من اتفاق العينة المبحوثة حول أسباب الفساد الإداري وعازها المبحوثون إلى النفقات غير المقننة، التي تسهم في تفشي الفساد الإداري وعدم العدالة.

ب- بينت الدراسة إلى أن السبب الثاني في الفساد الإداري هو تغليب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة نتيجة عدم الشعور بالعدالة في الوظيفة العامة والترقيات الإدارية وفق مبدأ الكفاءة.

ج- بينت الدراسة إلى أن أكثر مظاهر الفساد الإداري في الأردن هو استغلال بعضهم لنفوذه السياسي.

٣- دراسة **John C. Bertot, Paul T. Jaeger, Justin M. Grimes** بعنوان " استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات لخلق ثقافة شفافية الحكومة الإلكترونية ووسائل الإعلام الاجتماعية أدوات الانفتاح ومكافحة الفساد للمجتمعات" (٣١)

هدفت هذه الدراسة الوصفية لعرفة فاعلية الحكومة الالكترونية ووسائل الاعلام في تعزيز ثقافة الشفافية والحد من الفساد، ومعرفة قدرتها على خلق تغيير اجتماعي موضوعي في المواقف تجاه الشفافية.

وخلصت الدراسة أهم النتائج وهي:

- أ- يجب تطوير مبدأ الشفافية وتعزيز مشاركة وسائل الاتصال الحديثة بشكل اوسع.
- ب- يجب على حكومات الدول الأوروبية تطوير وتعزيز مشاركة وسائل الاتصال بتفيذ وطرح استراتيجيات التنمية والحد من الفساد.
- ج- وضحت الدراسة بأن بعض دول اوروبا لا يمكنها تنفيذ وتطبيق مبدأ الشفافية بنطاق واسع مما قد يعيق الحد من الفساد وهذه ما يتطلب كثير من الدراسات الاستكشافية.
- د- يجب على الحكومات الألكترونية مد وسائل الاتصال بكل ما يتعلق بالمعلومات بسهولة مم ينتج عنه تعزيز الشفافية والحد من الفساد.

٤- دراسة **Andrew D. Kaplan** بعنوان " المواقف والتصورات والخبرات لصحفيي التحقيق بقضايا الفساد في عصر الإنترنت " دراسة ميدانية (٣٢)

هدفت هذه الدراسة إلى التعرف على صحافة التحقيقات في عصر الإنترنت من خلال تحليل وتصورات وتجارب المحققين الصحفيين في الصحف التي يعملون بها والكشف عن مدى تغيرها بالمقارنة مع وضع الصحافة الاستقصائية في العقدين الماضيين، كما اختبرت مدى تأثير نوع الملكية في دعم الأخبار، ودرجة الرضا الوظيفي والالتزام لدى الصحفيين. وتنتمي وتنتمي هذه الدراسة إلى البحوث الوصفية، واستخدام الباحث منهج الدراسات المسحية، وفي إطاره تم استخدام مسح أساليب الممارسة، واستخدمت الدراسة أداة الاستبيان الإلكتروني على عينة غير احتمالية قوامها ٢٨١ من الصحفيين في مئة صحيفة أمريكية مطبوعة، كما استخدمت أداة المقابلة المتعمقة بالتطبيق على ١٠ صحفيين استقصائيين ينتمون لصحف (USA Today , New York Times , new Orleans Times)

وخلصت أهم نتائج الدراسة وهي:

- أ- لا تؤثر نوعية الملكية في دعم الأخبار أو درجة الرضا الوظيفي.
- ب- يعتقد معظم المحررين الصحفيين في مجال التحقيق الصحفي أن عملهم يتمتع بنفوذ كبير في الإصلاح السياسي.

٥- دراسة **RickStapenhurst** بعنوان "دور وسائل الإعلام في القضاء على الفساد (٣٣)"

تعرضت الدراسة إلى الدور الذي تقوم به وسائل الإعلام في تقوية الحكومات ومساندتها لممارسة دورها في كبح الفساد، اعتمدت الدراسة على المنهج المسحي الوصفي، واختبرت الدراسة الدور الذي تؤديه وسائل الإعلام في هذا المجال على مستوى فساد الأجهزة الرسمية للدولة، والقطاع الخاص، وتدعيمها للأجهزة الرقابية في كشف الممارسات الفاسدة.

وخلصت أهم نتائج الدراسة وهي:

- أ- أن دور وسائل الإعلام لا يقتصر على رفع وعي الجمهور بخطورة الفساد، بل يتطور إلى البحث عن الأسباب والتداعيات والنتائج ووسائل العلاج.

- ب- أهمية دور وسائل الإعلام في مكافحة الفساد
ج- الحاجة إلى المزيد من الشفافية وتدقيق المعلومات.
د- ودعم حرية الصحافة.

٦- دراسة Bettina Peters بعنوان "دور وسائل الإعلام في تغطية أو كشف الفساد" (٣٤)

تعرضت هذه الدراسة للضغوط التي تعوق دور وسائل الإعلام في كشف الفساد ومحاربه والحد من خطورته، وأشارت إلى خطورة الممارسات والضغوط التي تقوم بها الشركات الاستثمارية الكبرى في فك استقلالية وسائل الإعلام عن طريق الإعلانات ومدى خطورة الخلط بين المادة التحريرية والإعلانية في الممارسات الصحفية، وأشارت الدراسة إلى أن العوامل التي تساعد الصحف ووسائل الإعلام في كشف الفساد تتمثل في: حيازة المعلومات، والتمييز بين دوائر التحرير والإعلان، ووجود قوانين تدعم حرية الوصول للأخبار، وتوافر الإمكانيات المادية للإعلاميين.

التعليق على الدراسات السابقة:

- استفادت هذه الدراسة من الدراسات السابقة من الناحيتين النظرية والعملية حيث اطلع الباحث على الدراسات السابقة واستفاد منها على النحو الآتي:
- استفادت الدراسة من الدراسات السابقة في بلورة مشكلة الدراسة وأضافت العديد من التعديلات عليها وفقا للنتائج التي توصل إليها الباحثون والأساليب التي انتهجوها في إجراء دراساتهم.
 - عمقت الدراسات السابقة المسؤولية بأهمية موضوع الدراسة وسهلت من عملية تحديد أهداف الدراسة.
 - بناء أدوات الدراسة المناسبة الاستبانة.
 - بناء الإطار النظري وتقسيم فصول الدراسة.

الاطار النظري

◆ مفهوم الفساد

الفساد ظاهرة عرفتها كافة المجتمعات في كل الأزمنة والعصور، فظاهرة الفساد ظاهرة عالمية ومستمرة، لأنها لا تخص مجتمعاً بذاته أو مرحلة تاريخية بعينها ومع ذلك فقد ثبت بالدليل القاطع إن حجم هذه الظاهرة أخذ بالتفاقم والانتشار إلى درجة أصبحت تهدد مجتمعات ونظم كثيرة بالجمود وربما بالإهيار^(٣٥).

يعرف الفساد بأنه إساءة استعمال الوظيفة العامة عندما يقبل مسؤول أو يطلب رشوة، أو من خلال ممارسات المحاباة والمراوغة والرشوة والرعاية، وغيرها من الممارسات للحصول على فوائد محددة. ويشمل هذا سلوك الأشخاص أو الشركات الخاصة التي تقدم رشاًوى للتهرب من السياسات والإجراءات العامة. يتم النظر إلى أسباب الفساد في مجموعة متنوعة من العوامل التي تؤدي إليه، بالإضافة إلى تحفيزه. ومن بين هذه العوامل، تمتع المسؤولين بالحرية المفرطة والارتجال الإداري والمركزية المفرطة والنظم الإدارية العتيقة والتضليل العام وعدم ملائمة الإطار القانوني وتدهور القيم الأخلاقية وضعف المجتمع المدني والخدمة المدنية غير الكافية.

ينطوي الفساد على تكاليف اجتماعية وسياسية واقتصادية وبشرية عالية. ويقلل بشكل كبير من القدرة على الاستثمار الخاص والإنفاق العام، بل ويضر بالمالية العامة ويؤثر سلباً على خطط التنمية الوطنية والإقليمية، وتخفض تغطية الخدمات الاجتماعية مما يؤدي إلى تفاقم ندرة الفرص المتاحة للتنمية البشرية، وبالتالي تعميق وتوسيع نطاق الفقر. أجبرت الاتهامات والتحليلات بشأن الفساد الدولي المنظمات متعددة الأطراف مثل الأمم المتحدة والبنك الدولي ومصرف التنمية لبلدان الأمريكية على وضع وتنفيذ إستراتيجية دولية لمكافحة الفساد^(٣٦).

إن وسائل الإعلام الإلكترونية بوصفها تمثل سلطة شعبية تعبر عن ما بداخل المجتمع وتحافظ على مصالحه الوطنية، وبذلك تقع عليها مسؤولية كبرى في مكافحة الفساد

والتصدي لهذه الظاهرة الخطيرة والتي لا بد في سبيل تحقيق هذه الغايات والأهداف، أن يكون لديها حس المسؤولية لترصد وتكشف وتتابع أية مخالفات وممارسات فاسدة، بعيداً عن التشهير والتحيز ولا يخفى القدرة التأثيرية لوسائل الإعلام في تعديل سلوكيات وانطباعات الأفراد داخل المجتمع، وبالتالي هذا يعطيها أهمية خاصة في قدرتها على التصدي للفساد وحاربة المفسدين كون الإعلام تأثيره مباشرة على افراد المجتمع.

◆ أشكال الفساد وتصنيفاته

تعدد الأشكال والصور التي يظهر فيها الفساد في حياة المجتمعات، ولا يمكن حصر هذه المظاهر بشكل كامل ودقيق، إذ تختلف باختلاف الجهة التي تمارسه أو المصلحة التي يتم السعي إلى تحقيقها. فقد يمارس الفساد فرد، وقد تمارسه جماعة، أو مؤسسة خاصة، أو مؤسسة رسمية أو أهلية، وقد يهدف إلى تحقيق منفعة مادية أو مكسب سياسي أو اجتماعي.

وقد يكون الفساد فردي يمارسه الفرد بمبادرة شخصية ودون تنسيق مع أفراد آخرين أو جهات أخرى. وقد تمارسه مجموعة بشكل منظم ومنسق، ويشكل ذلك أخطر أنواع الفساد؛ فهو يتغلغل في كامل بنيان المجتمع سياسيا واجتماعيا واقتصاديا. إذ أن التحليل الموضوعي لظاهرة الفساد يقتضى بيان جانبين أساسيين لتلك الظاهرة وهما:

- **الجانب الأخلاقي:** المرتبط بظاهرة الفساد والذي يعد معياراً لمدى التزام المجتمع بالعادات والتقاليد واحترامها، وبخلافه فإن الفساد الأخلاقي يتمثل بمجمل الانحرافات الأخلاقية والسلوكية والمتعلقة بسلوك الموظف الشخصي وتصرفاته^(٣٧).

- **الجانب المادي:** الذي يعد المحرك والدافع القوي لممارسة الفعل الفاسد، إذ ينشأ شعور داخلي لدى الأفراد والجماعات من فكرة تستند إلى أن من يملك المال يملك السلطة، مستغلين بذلك مواقع المسؤولية لتحقيق مزايا وكاسب تخالف القوانين والأعراف السائدة في المجتمع^(٣٨).

وتأخذ ظاهرة الفساد وتنتشر في ثلاثة أشكال رئيسية تمثل تحولا هابطا في الأسس من المستوى الأدنى وهي:

١- الفساد السياسي:

تختلف ماهية الفساد السياسي وتتعدد مظاهره بين بلد وآخر، إلا أنه وفي كل الأحوال فهو يعني فساد طبقة الساسة والحكام وقادة الأحزاب وأعضاء الحكومات وأعضاء مجالس النواب، أي كان موقعهم أو انتماءاتهم السياسية، حتي يقوم هؤلاء بالتواطؤ باستغلال مواقع النفوذ السياسي لتوجيه القرارات والسياسات والتشريعات، لتحقيق مصالح خاصة بهذه الطبقة، وفي كثير من الأحيان تتجح هذه النخب الفاسدة في السيطرة على مراكز اتخاذ القرار في معظم مؤسسات الدولة، بما فيها ضمان احتواء قرار الأغلبية البرلمانية، وتصويبه لصالحها، وتوجيه قرارات بعض القضاة أو مسؤولي أجهزة الرقابة العامة، ويواكب الفساد السياسي غالبا استخدام السلطة التعسفية للصلاحيات الممنوحة لأي طرف من أطراف النظام السياسي^(٣٩). ويترتب على الفساد السياسي العديد من النتائج المدمرة، وعلى كافة المستويات السياسية الاقتصادية والاجتماعية ومنها تراجع دور الشعب ومشاركته في الشؤون العامة؛ وهو ما يؤدي بدوره إلى تراجع مفهوم المواطنة وما يترتب عليها من حقوق وواجبات^(٤٠).

٢- الفساد الاقتصادي:

يعتبر الفساد الاقتصادي ظاهرة عامة، أو ربما مجموعة من الظواهر المرتبطة مع بعضها بطرق مختلفة، ولا يوجد تعريف تحليلي واحدا له^(٤١)، فالتعريف حسبما يراه ماكس ويبر **Max Weber** ينبغي ان يتشكل بصورة تدريجية من الاجزاء المختلفة التي تؤخذ من الواقع التاريخي كي تكون في مجموعها تعريفا وهكذا، فالمفهوم النهائي الحاسم لايمكن الوصول اليه مع بداية البحث والاستقصاء، ولكن ينبغي ان يتبلور في النهاية^(٤٢). وبالرغم

من اختلاف الساسة والباحثون الاكاديميون على تعريف الفساد الاقتصادي الا انهم يتفقون على اثاره ونتائجه.

٣- الفساد الإداري:

يرتبط الفساد الإداري بالانحرافات الإدارية والوظيفية أو التنظيمية وتلك المخالفات التي تصدر عن الموظف العام أثناء تأديته لمهام وظيفته في إطار منظومة التشريعات والقوانين والضوابط ومنظومة الفرد القيمية، وهنا تتمثل مظاهر الفساد الإداري في الامتناع عن اداء العمل أ والتراخي وعدم تحمل المسؤولية وإفشاء أسرار الوظيفة والخروج عن العمل الجماعي^(٤٣).

♦ ظهور وتطور الإعلام الإلكتروني:

ظهر مفهوم الإعلام الجديد (New Media) في نهاية القرن العشرين وبداية القرن الواحد والعشرين، وأكثر ما يثير في هذا الإنتاج الإعلامي أنه قرب حدود الاتصال. فمفهوم الإعلام الجديد وتطور وسائله في سياقات تاريخية وتكنولوجية مختلفة. فإيراه Pavlik من خلال مدخلي الثروة الرقمية والإنترنت ومايليهما من تطبيقات، أما Davis و Owen فيراه كلاهما أن انطلاقة من خلال مجموعة من الأشكال الإعلامية الجديدة التي غيرت تماماً نمو ج الإعلام التقليدي. كما بيني Gitelman و pingree نظرتهما للإعلام الجديد على مبدأ الحالة الإنتقالية للإعلام^(٤٤).

وقد نتج عن هذا التعدد في المداخل النظرية تنوع في المسميات والتي تشير في النهاية إلى مفهوم واحد، تولد من التشابك بين تكنولوجيات الاتصال مع الكمبيوتر وشبكاته، وهو الإعلام الجديد. فيطلق عليه البعض الإعلام الرقمي لإعتماده على التكنولوجيا الرقمية، وهو الإعلام الشبكي باعتبار أن أهم تطبيقات هذا الإعلام توظف بالشبكات، ولعل أهم وعاء شبكي لهذا الإعلام هو شبكة الإنترنت^(٤٥). ولعل من أهم مايميز الإعلام الجديد أو الإلكتروني سحب الإعلام من إحتكار المؤسسات الإعلامية الكلاسيكية^(٤٦).

فظهر الإعلام الجديد يشير إلى المحتوى الإعلامي الذي يبث أو ينشر عبر الوسائل الإعلامية التي يصعب إدراجها تحت أي من الوسائل التقليدية وذلك بفعل التطورات الكبيرة في إنتاج وتوزيع المضامين الإعلامية^(٤٧)، وتقوم فلسفة على مبدأ الدمج بين الوسائل الحاسوبية والشبكات الإلكترونية وتكنولوجيا الاتصالات.

♦ ظهور المواقع الإخبارية الإلكترونية:

إن بروز ظاهرة الصحافة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت حفزت الناس لأطلاق شكل آخر جديد من الصحافة أطق عليها المواقع الإخبارية الإلكترونية ورغم دلالات هذا الأسم إلا أنها لم تخرج عن كونها صحيفة متكاملة من حيث مضامينها وتخضع لذات المحددات الإلكترونية تبويماً وكذلك عرضها لموضوعاتها واسلوب تحرير موادها وقد عرف عن هذه المواقع استقلاليته وعدم تبعيتها لأي صحيفة أخرى وهي ثمرة من ثمرات الفضاء التفاعلي^(٤٨).

إن هذه المواقع أثبتت نجاحاً وحضوراً فاعلاً مما شجع الكثير باتجاه إصدار مجلات أو نشرات أو صحف الإلكترونية وهذه ما أطلق عليه البعض بالهجرة المعاكسة عن الوسائل التقليدية^(٤٩).

♦ مراحل تطور بناء المحتوى الإخباري لصحافة الإنترنت:

بناء المحتوى الإخباري لصحافة الإنترنت فقد تطور حسب Parikh عبر مرحلتين وهي^(٥٠):

- المرحلة الأولى: كانت صحيفة الإنترنت تعيد نشر معظم أو كل جزء من محتوى الصحيفة الأم وهذا النوع ما زال سائداً.
- المرحلة الثانية: يقوم الصحفيون بإنتاج محتوى خاص بصحيفة الإنترنت يتم التركيز على تنظيمات النشر الشبكي ويطبّقوا فيه الأشكال الجديدة للتعبير عن الخبر.

أما فيما يخص تطور صحافة الإنترنت يرى Peru أنها مرت بثلاث موجات رئيسية في مسيرة الوصول إلى الواقع الحالي:

- **الموجة الأولى:** سادت بين الفترة (١٩٨٢-١٩٩٢) عدة تجارب للنشر الإلكتروني الشبكي من نوع الفيديو تيكس، ثم آلت الأمور في النهاية إلى شبكات ضخمة كمبيوتر سيرف.
- **الموجة الثانية:** ابتداء من ١٩٩٣ أخذت المؤسسات الإعلامية علماً بأن الإنترنت فبدأت بالتواجد فيها.
- **الموجة الثالثة:** القوائم البريدية هي مجموعة من الأخبار المحلية والأقليمية.

المجموعات الإخبارية أو مجموعات الحوار: وهي خدمات تقدمها الصحيفة للقراء للتعبير عن الآراء التي حضى بأهتماماتهم.

◆ سمات الإعلام الإلكتروني:

- اتسم الإعلام الإلكتروني بعدد من السمات المهمة التي تميزه وهي:
- **التفاعلية: (interactivity)** وتطلق على درجة المشاركة في عملية الاتصال وتأثيرها على أدوار الآخرين حيث باستطاعتهم تبادل الآراء والأفكار، ويطلق على ممارستهم الممارسة المتبادلة أو التفاعلية حيث يستطع المرسل استقبال وإرسال الرسائل في الوقت نفسه، وتدخل في هذه العملية مصطلحات جديدة مثل تبادل وتحكم ومشاركين، مثال ذلك التفاعلية في بعض النصوص المتلفزة، ويرى البعض أن التفاعلية ليست عملية اتصالية مجردة ويشترط فيها إحداث تفاعل وأثر ومشاركة.
 - **اللاجماهيرية: (Demassification)** وتعني أنّ الرسالة يمكن أن تتوجه إلى فرد أو إلى جماعة معينة وليس إلى جماهير ضخمة وتعني كذلك درجة التحكم في نظام الاتصال بحث تصل الرسالة من منتج الرسالة إلى مستهلكها.

- **اللاتزامنية: (asynchronization)** وتعني امكانية إرسال الرسالة واستقبالها في أي وقت مناسب للفرد المستخدم ولا تتطلب من كل المشاركين أن يستخدموا النظام في الوقت نفسه، مثل البريد الإلكتروني عندما ترسل الرسالة مباشرة من منتج الرسالة الى مستقبلها في أي وقت ودونما حاجة لتواجد المستقبل للرسالة.
- **قابلية التوصيل: (Connectivity)** وتعني توصيل الاجهزة الاتصالية بتتويعة كبرى من أجهزة اخرى بغض النظر عن الشركة الصانعة لها أو البلد الذي تم فيه الصنع.
- **الشيوع والانتشار: (Ubiquity)** ويعني به الانتشار المنهجي لنظام وسائل الاعلام والاتصال حول العالم وفي داخل كل طبقة من طبقات المجتمع، وكل وسيلة تظهر تبدو على أنها ترف ثم تتحول إلى ضرورة مثل التلفزيون والفاكسميل ومع كل زيادة لهذه الاجهزة تزداد قيمة النظام لكل الاطراف المعنية، وفي رأي "توفلر": إن من مصلحة أصحاب السلطة أن يجدوا طرقا لتوسيع النظام الجديد للاتصال ليشمل من هم أقل ثراء ودعمهم بصورة غير مباشرة.
- **الكونية: (Globalization)** البيئة الأساسية لوسائل الاتصال هي في تتبع المسارات المعقدة والتي يتدفق إليها رأس المال الكترونيا عبر الحدود الدولية جيئة وذهابا إلى جانب تتبعها مسار الأحداث الدولية في أي مكان في العالم^(٥١).

◆ الإعلام الإلكتروني والكشف عن الفساد

تساعد حرية الإعلام المدعمة بوسائله الإلكترونية الحديثة في التوعية بمكافحة الفساد والكشف عن أوجه القصور والخلل في مؤسسات الدولة والمجتمع وهو شيء لا يمكن تحقيقه إلا بوجود مبادئ المحاسبة والمراقبة والشفافية التي تتيحها تلك الوسائل الحديثة بما يسهم في الصالح العام للمجتمع، إذ أن الحرية الكاملة أو شبه الكاملة التي توفرها شبكية المعلومات الدولية لحصول الجمهور على المعلومات وتبادلها أمر في غاية الأهمية

في تنمية الوعي والإدراك ونشر المعرفة والتثقيف ومن ثم تسهم في إحداث التنمية المطلوبة للمجتمع^(٥٢).

ورغم التقدم التقني والتكنولوجي واستحداث وسائل الاتصال التفاعلية مثل الفيس بوك وتويتر وغيرها من التطبيقات الحديثة، وبفضل الثورة الهائلة في تكنولوجيا الاتصال والحاسبات وشبكات المعلومات، اتسع نطاق مفهوم وسائل الإعلام، وأصبح ما يعرف بوسائل الإعلام الجديدة التي تعتمد على الإنترنت والتداخل والتكامل بين شبكات المعلومات والحاسبات، وظهور كتابات عديدة لخبراء وباحثين في مجال الإعلام والاجتماع والثقافة تتحدث عن الصحافة والإذاعة والتلفاز باعتبارها وسائل قديمة، وقد طرأ في أواخر القرن العشرين دمج كبير لوسائل الإعلام التقليدية مع القدرات التفاعلية للتقنيات المرتبطة بالكمبيوتر، إلا انه بطبيعة الحال لا تزال وسائل الإعلام الجماهيرية التقليدية تحتفظ بمميزاتها وإمكانياتها التواصلية في نقل الأخبار والمعلومات وإمكانية عرض الموضوعات بشكل تفصيلي، وعدم إغفال دورها في التوعية والتثقيف بمختلف قضايا المجتمع وخاصة ما يتعلق بالفساد المؤسسي^(٥٣). فمثلاً التلفاز لا زال له أهمية خاصة لما يؤديه من وظائف اجتماعية وسياسية واقتصادية وغيرها من الموضوعات والقضايا التي لها صلة مباشرة بحياة الأفراد^(٥٤). فبيئة الاتصال والاتصال أصبحت بيئة متكاملة نتيجة التشابك بين الكمبيوتر وشبكة الإنترنت ووسائل الإعلام التقليدية^(٥٥).

ومن وجه نظر شخصية أرى أن وسائل الإعلام التقليدية لازالت عليها بعض القيود خاصة بمعالجة القضايا المتعلقة بالفساد، والسبب هو تنفيذ توجهات ملاك وسائل الإعلام سواء كانت صحف أم محطات تلفزيونية. وفيما يخص أجهزة ووسائل الإعلام الحكومية المتمثلة بقنواتها التلفزيونية والإذاعية وكالة الأنباء يغلب على معالجتها الطابع الرسمي المبالغ فيه في كثير من الأحيان، والتأخير في طرح القضايا ومناقشتها، وهذه ساعد بشكل كبير في توجه كثير من الجمهور لإشباع رغباتهم المعرفية وتتبع الأخبار من وسائل الإعلام الحديث ومن أهمها المواقع الإلكترونية.

فتشير الدراسات أن تكنولوجيا المعلومات والاتصالات تقدم للبلدان نهجا جديدا من الشفافية وتعزيز مكافحة الفساد^(٥٦). ويمكن أن تقلل تكنولوجيا المعلومات والاتصالات من الفساد من خلال تعزيز الإدارة الحكيمة للحكومات، وتعزيز المبادرات الموجهة نحو الإصلاح، والحد من إمكانات السلوكيات الفاسدة^(٥٧). فالإعلام الإلكتروني ومن خلال المبادرات التكنولوجية المتطورة تساعد وبشكل كبير بالحد من الفساد بصورة عامة، وتساعد الجمهور بالحصول والوصول إلى المعلومات المتعلقة بالفساد من غير قيود^(٥٨).

◆ الهيئة العامة لمكافحة الفساد (نزاهة) الكويت:

الهيئة العامة لمكافحة الفساد، هي هيئة مستقلة محايدة أنشأت بموجب القانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٦ والصادر بتاريخ ٢٤/١/٢٠١٦ وقد جاء إنشاء هذه الهيئة كإستجابة لمتطلبات إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والتي نصت في المادة السادسة على أن "تكفل كل دولة طرف، وفقاً للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني، وجود هيئة أو هيئات، حسب الإقتضاء، تتولى منع الفساد، كما كان من الدوافع الرئيسية لإنشاء هذه الهيئة ما كشف عن التطبيق من ضرورة الحاجة إلى وجود الهيئة العامة لمكافحة الفساد في المنظومة التشريعية لكونها استحقاقاً وطنياً حتمياً تقتضيه المصلحة العليا للبلاد^(٥٩).

كانت أولى خطوات الكويت في المشاركة مع المجتمع الدولي لمحاربة ظاهرة الفساد هي توقيعها ٩ / ١٢ / ٢٠٠٣ على انضمامها إلى إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي اعتمدها الجمعية العمومية في قرارها رقم ٤/٥٨ المؤرخ ٣١ أكتوبر ٢٠٠٣، ومن ثم مصادقة مجلس الأمة على الانضمام إلى تلك الإتفاقية بموجب القانون رقم ٤٧ لسنة ٢٠٠٦، وانسجاماً مع المادة ٦ من إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد قد جرت أن تكفل كل دولة طرف وفقاً للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني وجود هيئة أو هيئات حسب الإقتضاء تتولى منع الفساد صدر القانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٦ بإنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بالكشف عن الذمة المالية^(٦٠).

♦ استراتيجية التوعية والتثقيف بمخاطر الفساد بين هيئة مكافحة الفساد ووسائل الإعلام في الكويت

لوسائل الإعلام دوراً أساسياً في رفع مستوى وعي الجمهور نحو مخاطر الفساد وسبل التصدي لهذه الظاهرة وهي تمثل أحد أهم مصادر المعلومات لدى الجماهير والتي تبني عليها المواقف وأنماط السلوك لدى الأفراد بالمجتمعات من خلال المضامين القيمة للرسائل الإعلامية.

إضافة للمسئولية التي تتحملها وسائل الإعلام في دورها بنشر المعلومات وتوضيح الحقائق وبالتالي تصبح من أهم الأدوات الفعالة في أي مجتمع تساهم في تغيير القيم والاتجاهات وتعزيز السلوك الإيجابي وتكريسه، ومن هذا المنطلق تتحقق التوعية الوقائية والتثقيف الأخلاقي بين أفراد المجتمع من خلال الوسائل الإعلامية بعداً هاماً في خطوات مكافحة الفساد والوقاية منه، بالتزامن مع اطلاق حملات إعلامية توعوية للرأي العام لإعادة توجيهه ايجابياً مع سبل مكافحة الفساد وتعزيز قيم النزاهة والشفافية لدى المجتمع.

وتفعيلاً لهذه الأهداف والاختصاصات شرعت إدارة التوعية والتثقيف بالهيئة اتخاذ كافة السبل الوقائية اللازمة من خلال التعاون مع المؤسسات الحكومية ذات الصلة بالدولة حيث قامت الهيئة بإبرام مذكرة تفاهم مع وزارة الإعلام في جمال التوعية والتثقيف لتفعيل البنود التالية:

- تنظيم حملات توعية للرأي العام لدعم مكافحة الفساد ونشر ثقافة الإبلاغ عن وقائع الفساد.
- نشر وتعميم مدونة سلوك للموظفين تكون أساساً لتثقيف المجتمع نحو سلوك يهدف لمكافحة الفساد وتعزيز حماية المال العام.
- توجيه وسائل الإعلام لاتباع أسلوب منهجي في جمال التخطيط الإعلامي لمنع جرائم الفساد قبل ارتكابها والوقاية منها.
- تسليط الضوء على دور الهيئة في ضبط أعمال الفساد والتصدي له ونشر التقارير الصادرة عنها وحث الخاضعين على تقديم إقرارات الذمة في مواعيدها.

- الدعوة لاتباع سياسة الإصلاح الإداري في كافة أجهزة الدولة واتخاذ وسائل فعالة للقضاء على الفساد.
- العمل على استضافة وسائل الإعلام وأهل الرأي والاختصاص في المجتمع للتبصرة بالفساد ومخاطره وكيفية محاربهه والوقاية منه ومنع أسبابه.
- تدريب وتأهيل العاملين في الحقل الإعلامي نحو معايير ومفاهيم النزاهة والشفافية ومكافحة الفساد وتوظيف الرسائل الإعلامية في إطار المسؤولية المجتمعية للتوعية بمخاطر الفساد والوقاية منه.
- إنتاج الفقرات التوعوية والبرامج الإعلامية التي تساهم في نشر ثقافة الحد من الفساد وتعزيز سبل الوقاية منه وترسخ مفاهيم وقيم النزاهة والشفافية بالمجتمع^(١١).

نتائج الدراسة الميدانية

♦ صحيفة الاستبيان:

- القسم الأول: المتغيرات الديمغرافية لعينة الدراسة

١- الجنس:

○ ذكر ○ أنثي

٢- العمر:

○ ٢٩-١٨ ○ ٣٩-٣٠

○ ٤٩-٤٠ ○ ٥٠-وما فوق

٣- جهة العمل:

○ دوائر حكومية ○ القطاع الخاص ○ مؤسسات إعلامية

٤- المستوى التعليمي:

○ ثانوي ○ جامعي ○ ماجستير ○ دكتوراه

- القسم الثاني: يحتوي على أسئلة متعلقة لقياس اتجاهات الجمهور نحو المواقع الإخبارية

معارض	محايد	مؤيد	العبارات
			المواقع الإخبارية الإلكترونية الخاصة أفضل من الوسائل الإعلامية الحكومية في تناول قضايا الفساد.
			المواقع الإخبارية الإلكترونية تتحاشي ذكر أسماء المتورطين بقضايا الفساد.
			تتأثر الحرية الإعلامية عند معالجتها لقضايا الفساد.
			تؤثر انتماءات وتوجهات ملاك المواقع الإخبارية الإلكترونية على قرار النشر بما يخص قضايا الفساد.
			المواقع الإخبارية الإلكترونية تقدم أفضل ما لديها للتوعية من ظاهرة الفساد.
			المواقع الإخبارية الإلكترونية متحيزة وغير شفافة في عرضها لقضايا الفساد.
			ضعف مستوى المضمون المقدم وغير المدعم بحقائق وإحصائيات عن حجم الفساد.
			مساعدتك لتفسير الأحداث والمعلومات المتعلقة بقضايا الفساد
			المساعدة في إطلاع الرأي العام عما يطرح بالمواقع الأخرى.
			تعرض الوقائع والأحداث المتعلقة بالفساد بموضوعية وتوازن
			تراجع معدلات المصدقية والموضوعية بالطرح والمعالجة.
			مجهولية مصادر المعلومات والأخبار الواردة بها.

- القسم الثالث: مقياس ثقة عينة الدراسة بمساهمة ودور هيئة مكافحة الفساد (نزاهة) بمواجهة ومحاربة الفساد.

معارض	محايد	مؤيد	العبارات
			تعالج قضايا الفساد بشكل سطحي وغير مؤثر
			انخفاض مصداقيتها في التعامل مع وسائل الإعلام
			تطبيق القانون على الجميع دون تمييز
			تعمل وفق استراتيجيات عمل واضحة ترتبط بمستوى عالي من الجودة والشفافية.
			يتم التواصل مع الجمهور عبر القنوات المختلفة والمتنوعة بسهولة
			يوجد إلتزام باداء واجباتهم نحو مجتمعاتهم بالحد والكشف عن قضايا الفساد والمفسدين.
			يوجد تمييز بالكشف والتشهير عن قضايا الفساد بين فئة واخرى
			يتم تطبيق إجراءات المساءلة والمحاسبة دون تمييز أو تفرقة
			تحرص على تنفيذ الالتزامات الواردة في الاتفاقيات الدولية في مكافحة الفساد.
			يوجد تدابير وقائية كافية لحماية المبلغين عن قضايا الفساد
			انخفضت قضايا الفساد بعد انشاء هيئة مكافحة الفساد (نزاهة)
			التوظيف وتقلد المناصب الاشرافية في هيئة مكافحة الفساد يتم وفق القانون والكفاءة.
			يتم نشر كل المعلومات والبيانات عن القضايا المتعلقة بالفساد على صفحاتها عبر الموقع الإلكتروني.
			يوجد ثقة من قبل المواطنين بدور هيئة مكافحة الفساد (نزاهة)

- القسم الرابع:

- ماهي أهم قضايا الفساد التي تحظى بأهتمام عينة الدراسة.
 - فساد سياسي
 - فساد إداري
 - فساد إقتصادي
 - فساد إجتماعي.
- مدى مساهمة هيئة مكافحة الفساد(نزاهة) في مواجهة ومحاربة الفساد من وجهة نظر العينة.
 - لا تساهم
 - تساهم أحيانا
 - تساهم دائما
- ماهي اسباب تراجع الكويت في مؤشر مدركات الفساد ٢٠١٨ من وجهة نظر العينة.
 - اسباب سياسية
 - اسباب اقتصادية
 - اسباب تتعلق بضعف التشريع من قبل مجلس الأمة
 - اسباب تتعلق بضعف تطبيق قانون العقوبات والجزاءات

الهوامش:

- ١- قانون الاعلام الالكتروني دولة الكويت رقم (٨) لسنة ٢٠١٦، الكويت اليوم، العدد ١٢٧٤، السنة ال ٦٢، ٦/٢/٢٠١٦، ص ١٢.
- ٢- تقرير منظمة الشفافية الدولية ٢٠١٨.
- ٣- زياد حافظ، ابتسام الكتبي، واخرون، البنية الاقتصادية في الأقطار العربية وأخلاقيات المجتمع، المنظمة العربية لمكافحة الفساد، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، ص ١٠٣.
- ٤- تقرير الشال الاقتصادي الأسبوعي، مركز الشال للدراسات الاقتصادية، الكويت، ٢٠١٨، ص ٣.
- ٥- وزارة العدل، بيان رسمي منشور بصحيفة النهار الكويتية، الاحد ٢٤، يونيو، ٢٠١٨، ص ١.

- ٦- ديوان المحاسبة، تقرير لجنة الميزانيات والحساب الختامي لمجلس الامة، منشور بصحيفة القبس الكويتية، ١٤/يونيو/٢٠١٨، العدد ١٦١٧٨. ص ١.
- ٧- جمعية الشفافية الكويتية، كتاب ضد الفساد، الكويت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، ص ١٧.
- ٨- خالد وليد محمود، شبكات التواصل الاجتماعي وديناميكية التغيير في العالم العربي، دار مدارك للنشر، بيروت، ٢٠١١، ص ١٤-١٥.
- ٩- محمد العموري، العلاقة بين البيروقراطية والفساد وأثرها على التنمية الاقتصادية، بغداد، منشورات جامعة بغداد كلية الإدارة والاقتصاد، ٢٠٠٥، ص ١٩.
- ١٠- Maximo torero&Joachim von braun, information and communication technologies for development and poverty reduction,2006,p2.
- ١١- سمير حسين، بحوث الأعلام، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٦، ص ١٣١.
- ١٢- مصطفى حميد الطائي، خير ميلاد ابوبكر، مناهج البحث العلمي وتطبيقاته في الاعلام والعلوم السياسية، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الطبعة الأولى، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٢٠٩.
- ١٣- منال هلال مزاهرة، بحوث الأعلام الأسس والمبادئ، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠١١، ص ١١٨.
- ١٤- محمد بن سعود البشر، نظريات التأثير الإعلامي، العبيكان للنشر، الرياض، الطبعة الأولى، ٢٠١٤، ص ١٣٢-١٣٣.
- ١٥- محمد بن سعود البشر، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٤-١٣٥.
- ١٦- جورج كلاس، على رمال، الصحافة الأصلحية دور وسائل الاعلام في مكافحة الفساد، المركز اللبناني للتربية المدنية، الطبعة الأولى، ٢٠١٢، ص ٧.
- ١٧- Nielsen ,R,P , corruption networke and implication for ethical corruption reform, journal of business ethics ,2003,p125.
- ١٨- جورج كلاس، على رمال، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣.

- 19- Marcel Danesi, Dictionary media and communications, M. E sharpe Armonk New York ,2009. p. 192.
- 20- جمعية الشفافية الكويتية، كُتاب ضد الفساد، الكويت، الطبعة الأولى، ديسمبر ٢٠١٠، ص ٣٨.
- 21- محمد أبو سمرة، فهم الحريات "دراسة مقارنة في النظم السياسية والاقتصادية والاجتماعية والدينية المعاصرة، دار الرؤية للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة: الأولى ٢٠١٢، ص ٣٠.
- 22- محمد أبو سمرة، مرجع سبق ذكره، ص ٣٠.
- 23- محمد بن سعود البشر، نظريات التأثير الإعلامي، العبيكان للنشر، الرياض، الطبعة الأولى، ص ٨٩.
- 24- محمد جمال مظلوم، نشوة نشأت عبدالمنعم، الفساد الأسباب والتداعيات وطرق المعالجة، دراسات إستراتيجية خليجية، مركز الخليج للدراسات الإستراتيجية، العدد ٣٨، ٢٠٠٠، ص ٥.
- 25- Transparency international ,the anti corruption plain language guide ,2009,p35
- 26- Roger Duthie(2008), Toward a Development-sensitive Approach to Transitional Justice, nternational Journal of Transitional Justice, P. 292–309.
- 27- ياسر بكر، الإعلام البديل، مطابع حواس للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٣٤.
- 28- اليسد بخيت، الصحافة والإنترنت، العربي للنشر، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٦.
- 29- هشام رشدي خير الله، معالجة الصحافة الإلكترونية لقضايا الفساد في المجتمع المصري وتأثيرها على المشاركة السياسية للشباب الجامعي: دراسة تحليلية ميدانية، أطروحة دكتوراة غير منشورة مصر، جامعة المنصورة، كلية التربية ٢٠١٣.
- 30- عبد الله محمود المجالي، اتجاهات الصحفيين الأردنيين نحو قضايا الفساد الإداري دراسة ميدانية، رسالة ماجستير غير منشورة، ٢٠١٢.

- 31- Using ICTs ،John C. Bertot, Paul T. Jaeger, Justin M. Grimes to create a culture of transparency: E-government and social media as openness and anti-corruption tools for societies ،2010 University of Maryland, College Park, MD, USA
- 32- Andrew D. Kaplan; Investigating the Investigators: Examining the attitudes, perceptions, and experiences of investigative journalists in the internet age, Unpublished Dissertation Doctor of Philosophy (PHD), The University of Maryland, College Park, 2008.
- 33- Rick Staphenurst “The Media’s Role in Curbing Corruption,2000.
- 34- Bettina Peters. “Media’s Role: Covering Or Covring Up Corruption,2003.
- 35- حسن نافعة، دور المؤسسات الدولية ومنظمات الشفافية في مكافحة الفساد، مجلة المستقبل العربي، العدد 310، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت 2004.
- 36- المجلس الوطني لمكافحة الفساد، الاستراتيجية الوطنية لمكافحة الفساد، هنداروس، فبراير 2002.
- 37- شريف أحمد الطباخ، أثر الفساد الحكومي في انتشار الجريمة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2012، ص 123.
- 38- كمبيرلى أن إليوت، الفساد والاقتصاد العالمي، ترجمة: محمد جمال إمام، مركز الأهرام للترجمة والنشر، الطبعة الأولى، 2000، ص 11.
- 39- الجمعية اللبنانية لتعزيز الشفافية وآخرون، الفساد السياسي في العالم العربي حالة دراسية، منشورات الائتلاف من أجل النزاهة والمساءلة (أمان)، فلسطين، 2014، ص 4-5.
- 40- مايكل جونستون، متلازمات الفساد الثروة، والسلطة، والديمقراطية، ترجمة نايف الياسين، مكتبة العبيكان، الرياض، 2008، ص 60-65.
- 41- Global Dynamic of Corruption , The Role of the United Nations, Helping Member State Build Integrity to Curb Corruption, U. N. , CICIP-3 , Vienna, October 2002, P2.

- ٤٢- روبرت كليتجارد ، السيطرة على الفساد ، ترجمة على حسين حجاج ، دار البشير للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٤ ، ص٤٦ .
- ٤٣- ياسر خالد بركات، الفساد الإداري مفهومه ومظاهره وأسبابه، مجلة النبأ، العدد ٨٠، يناير ٢٠٠٦ .
- ٤٤- عباس مصطفى صادق، الإعلام الجديد المفاهيم والوسائل والتطبيقات، دار السروق للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨، ص٢٩ .
- ٤٥- رابح عمار، الصحافة الإلكترونية وتحديات الفضاء الإلكتروني، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، الجزائر، ٢٠١٧، ص٥٢ .
- ٤٦- نصر الدين العياضي، الاتصال والإعلام والثقافة، دائرة الثقافة والإعلام، الشارقة، الطبعة الأولى، ٢٠١٥، ١٦٢ .
- ٤٧- حسين شفيق، الإعلام الجديد الإعلام البديل تكنولوجيات جديدة في عصر مما بعد التفاعلية، دار فكر وفن للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١٠، ص٥٢ .
- ٤٨- ماجدة عبدالفتاح الهلباوي، الإعلام الدولي والإلكتروني، دارالتعليم الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى ٢٠١٥، ص٧٣ .
- ٤٩- عبدالرزاق الدليمي، الصحافة الإلكترونية والتكنولوجيا الرقمية، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الطبعة الأولى، ٢٠١٤، ص٢١٤ .
- ٥٠- معاوية محمد حمد، تناول الإعلام الإلكتروني لقضايا الفساد الإداري والمالي، رسالة ماجستير، كلية علوم الاتصال، السودان، ٢٠١٨، ص٤٦ .
- ٥١- حسن عماد مكاوي، محمود سليمان علم الدين، تكنولوجيا المعلومات والاتصال، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، ص ٢٢٠-٢٢١ .
- ٥٢- محمد سيد العريان، الإعلام الجديد، مركز الأهرام للنشر والترجمة والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١٢، ص١٦ .

- 53- Peyton Paxson ,mass communication and media studies, the continuum international publishing group inc,New York ,2010 ,p. 5.
- 54- Cobley , the media an " ,Daniele Albertazzi&Paul introduction ,3rded,longman: pearson education limited ,England ,2010 ,p. 188.
- 55- عبدالمحسن حامد عقيلة، الإعلام الجديد وعصر التدفق الإعلامي، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٥، ص٤٧.
- 56- Perceptions of transparency of ")2009(Relly & Sabharwal government policymaking: A cross-national study Government Information Quarterly, pp. 148-157.
- 57- E-government and anti-corruption:)"2008(Shim & Eom, Empirical analysis of international data International Journal of Public Administration, 31 (2008), pp. 298-316.
- 58- E-government and access to information ")2003(Bhatnagar, Global Corruption Report Transparency International, Washington DC.
- 59- أنظر الموقع الرسمي للهيئة العامة لمكافحة الفساد(نزاهة) .
[http: //www. nazaha. gov](http://www.nazaha.gov)
- 60- الهيئة العامة لمكافحة الفساد (نزاهة)، ثقافة مكافحة الفساد، منشورات هيئة مكافحة الفساد، الكويت، بدون سنة، ص٣٧.
- 61- الهيئة العامة لمكافحة الفساد (نزاهة)، نظام التوعية والوقاية، منشورات هيئة مكافحة الفساد، الكويت، بدون سنة، ص١٤-١٥.

إشكالية الإرهاب والتطرف بين العوامل المسببة والنتائج المؤثرة والحلول الفاعلة

د. محمد حسن دخيل^(١)

الإرهاب هو ظاهرة العصر، إذ رغم جذوره القديمة فقد اتسع كماً وكيفاً، وأصبح الارهابيون يمتلكون السلاح والمال، ويستخدمون الوسائل التكنولوجية الحديثة، فهو ظاهرة خطيرة تهدد حياة المجتمعات واستقرارها، وتؤثر على الحياة الاقتصادية وخطط التنمية، وتعرقل السياحة وتقلص الاستثمارات الأجنبية^(٢).

إن ما يميز الإرهاب عن غيره من أشكال العنف هو أن الإرهاب يتضمن أفعالاً تُرتكب بطريقة دراماتيكية لجذب الانتباه العام، وخلق مناخ من الرعب يتجاوز الضحايا الذين تعرضوا له. والحقيقة إن هوية الضحايا تكون ثانوية أو غير مهمة للارهابيين، لأن عنفهم يتجه إلى الناس الذين يشاهدون ذلك العنف^(٣).

ويمثل الارهاب الاستعمال المنظم للعنف من قبل أفراد أو جماعات أدنى من الدولة، خدمة لأغراض سياسية أو اجتماعية أو دينية يتجاوز وقعه النفسي المقصود النتائج المادية إلى حد بعيد^(٤).

(١) كلية العلوم السياسية - جامعة الكوفة - العراق

(٢) أحمد أبو الروس، الإرهاب والتطرف والعنف الدولي، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠١، د. قحطان الحمداني، الأساس في العلوم السياسية، دار مجدلاوي، عمان، ٢٠٠٤.

(3) The Christian Science Monitor Website, <http://www. CS monitor.

com/speicals/terrorism/Lite/expert. html>

ترجمة ياسمين حداد، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، الدوحة، ٢٠١٥.

(٤) د. محمد عزيز شكري، الإرهاب الدولي، دار الفكر، دمشق، ٢٠٠٢.

يعدّ الإرهاب أحد أخطر الظواهر الإجرامية التي عرفتھا المجتمعات الحديثة لما يمثله من تهديد خطير للفكر والعقيدة والكيان السياسي والحضاري للشعوب. ويعدّ الإرهاب، كذلك، واحداً من المتغيرات المؤثرة في طبيعة العلاقات الدولية اليوم. وقد شكّلت التنظيمات الارهابية عنصراً مؤثراً في حياة الدول واستقرارها. وانطلاقاً من ذلك، تُطرح في هذه الدراسة بعض الإشكاليات المثارة حول مفهوم الإرهاب ودوافعه ومسبباته وأنواعه وعلاقة الإرهاب بالعنف السياسي ومدى إسهام التطرف بالإرهاب وعوامل زيادة التطرف والتعصب وعلاقتها بالإرهاب. لذا، يمكن التساؤل عن دور التطرف في دفع أصحابه لمزيد من الإرهاب، وبالتالي ما الأسباب الموضوعية والمنطقية للتطرف. وتعالج هذه الدراسة، أيضاً، أهداف الإرهاب والسبل الكفيلة لمواجهته ومكافحة نتائجه والتقليل من أضراره.

أولاً

مفهوم الإرهاب وإشكالية تعريفه

عُرّف الإرهاب بأنه محاولة نشر الذعر والفرع لأغراض سياسية. والإرهاب وسيلة تستخدمها حكومة استبداد لإرغام الشعب على الخضوع والاستسلام لها. والإرهاب وسيلة تتخذها دولة تفرض سيادتها على شعب من الشعوب لإشاعة روح الانهزامية والرضوخ لمطالبها التعسفية. أو تستخدم الإرهاب جماعة لترويع المدنيين لتحقيق أطماعها حتى تفرض الأقلية حكمها على الأكثرية^(١).

وقد حرص القانون الدولي من خلال عدد كبير من اتفاقاته الشارعة، على إدانة أعمال الإرهاب الدولي ووجوب ملاحقتها، وركز على ثمة موجبين أساسيين على الأقل، يقتضي أن تلتزمهما جميع الدول، هما:

- أن لا تشجع ولا تتورط على إقليمها أو خارجه، بأيّ نشاط إرهابي ذي أغراض سياسية.

(١) أحمد عطية الله، القاموس السياسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨.

- أن تقوم بكل ما يساعد في منع أي نشاط إرهابي أو معاقبته يقع ضمن إقليمها أو يكون مرتكبه ضمن هذا الاقليم^(١).

وفي هذا الاطار، عرّفت «الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب» الإرهاب بأنه «كل فعل من أفعال العنف أو التهديد به أياً كانت بواعثه أو أغراضه، يقع تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي، يهدف إلى إلقاء الرعب بين الناس، أو ترويعهم بإيذائهم أو تعريض حياتهم أو حريتهم أو أمنهم للخطر، أو إلحاق الضرر بالبيئة أو بأحد الموارد أو الأملاك العامة أو الخاصة، أو إحتلالها أو الاستيلاء عليها، أو تعريض أحد الموارد الوطنية للخطر».

إن الإرهاب نمط من أنماط الفعل السياسي. لذا، فإن اختيار حركة ما الإنتقال إلى استخدام أحد أشكال العنف أو رفضها له لا يمكن إختزاله في محتواها الايديولوجي. ومن ركائز هذا التحليل معرفة الظروف التي اختار كل طرف في ظلها استخدام تكتيكات العنف والظروف السياسية التي دفعت إلى هذه الاستجابة^(٢).

وهناك من يعتقد بضرورة الفصل بين الدين والعنف، كذلك فإن عملية التحول إلى التطرف العنيف ضعيفة الصلة بالممارسات الدينية، ولا يؤدي منهج ديني متطرف إلى العنف بالضرورة. من هنا، فإن «الفقزة إلى الإرهاب» لا يكون بدفعة دينية، بل الأقرب إلى الحقيقة أنها تشترك في «عوامل كثيرة مع غيرها من أشكال التمرد السياسي، أو السلوكي»^(٣).

إن الإشكالية الأساسية التي يواجهها المجتمع الدولي في سياق مواجهته للإرهاب تدور حول تعريف الإرهاب وتحديد ماهيته وعناصره بالأساس، لأن غياب هذا التحديد يجعل من قضية الإرهاب قضية سياسية بالدرجة الأولى، يحاول كل طرف أن يوظفها

(١) هيثم مناع، الامعان في حقوق الإنسان، دار الأهالي، دمشق، ٢٠٠٠، ج ١.

(٢) فتوح هيك، التدخل الدولي لمكافحة الإرهاب وانعكاساته على السيادة الوطنية، مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، أبو ظبي، ٢٠١٤.

(٣) نعوم تشومسكي، الإرهاب سلاح الأقوياء، لوموند ديبلوماتيك، (ديسمبر ٢٠٠١).

لتسوية سياساته وتصرفاته، أو لتحقيق مصالحه الأساسية، بإتهام خصومه بالإرهاب، حتى لو كانوا غير إرهابيين، وتشجيع حلفائه وأنصاره حتى لو كان سلوكهم ينطوي، بشكل واضح، على استخدام أساليب إرهابية، وهذا ما يجعل قواعد القانون الدولي ومبادئه عرضة للتلاعب. فكثيراً ما انتهكت القواعد الأساسية للقانون الدولي بحجة مكافحة الإرهاب الدولي، وعلى رأس هذه القواعد مبدأ حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية، ومبدأ ضمان استقلال الدول وسيادتها^(١).

إن من يملك القوة هو من يحدّد ماهية الأعمال المشروعة وتلك غير المشروعة. وقد عبر نعوم تشومسكي، المفكر الأمريكي، عن هذا الأمر بوضوح قائلاً: «من الخطأ الاعتقاد أن الإرهاب هو سلاح الضعفاء. بل هو، وكبقية الأسلحة الفتاكة، سلاح الأقوياء أيضاً. نحن نعتقد أن الإرهاب ليس سلاح الضعفاء فقط، لأن الأقوياء يهيمنون أيضاً على الأجهزة الأيديولوجية والثقافية التي تسمح لإرهابهم أن يعدّ شيئاً آخر غير الإرهاب. ومن الوسائل الشائعة التي يستخدمها الأقوياء للوصول إلى هذه النتيجة، محو ذكرى الحوادث المزعجة، فلا يعود أحد يتذكرها»^(٢).

ثانياً

أسباب الإرهاب والعوامل المؤثرة فيه

تشير الحركات الإرهابية توتراً كبيراً في أوساط الناس، خصوصاً عندما تتحد الحكومات ووسائل الإعلام في خلق جو من الفرغ لخدمة أهدافهم الخاصة عن طريق إعطاء هذه الحركات أكبر مساحة للإعلان عن عملياتها. وتعكس الحركات الإرهابية التقلبات الاجتماعية الكبرى التي جاء بها على كل المستويات أسرع تحوّل مفاجيء في الحياة

(١) إيريك هوبزباوم، العولمة والديمقراطية والإرهاب، ترجمة أكرم حمدان ونزهت طيب، مركز الجزيرة للدراسات، قطر، ٢٠٠٩.

(٢) محمد نعمة السماوي، الخلايا النائمة، دار الكتب التاريخية، بيروت، ٢٠١٥.

البشرية شهده الناس خلال عمر إنساني واحد. كما يبدو أنها تعكس أزمة في الأنظمة التقليدية للسلطة والهيمنة والشرعية في الغرب وإنهيارها في الشرق، وكذلك أزمة في الحركات التقليدية التي ادّعت أنها تشكل بديلاً عن هذه. وقد فاقمتها إخفاقات تفكيك المستعمرات في أنحاء من العالم ونهاية بعض الأنظمة الدولية المستقرة^(١).

وقد ساعد الإعلام، بشكل مقصود، في تهويل صور الإرهابيين، وعرضهم بوصفهم أصحاب قوى خارقة. كما أن إجراءات قوى الأمن في المطارات وغيرها، عززت الشعور بالخوف وتصعيد وتأثره بين المدنيين من هؤلاء الإرهابيين المتخفين. كما أن عرض بعض الصور البشعة التي يقوم بها الإرهابيون في بعض وسائل الإعلام والسماح بنشرها من قبل المتطرفين في بعض المواقع الالكترونية دون ملاحقة جديّة قد يراد منه إرسال رسالة تبين ما يمكن أن يقدم عليه هؤلاء من أعمال وحشية إذا ما أُتيحت لهم الفرصة لذلك. وبذلك، فإن هذا الإعلام يعطي شرعية مواجهة الإرهابيين بأقصى الوسائل وأشدّها ردعاً وشنّ حروب مقابلة عليهم قد تطال الأبرياء أيضاً^(٢).

إلى ذلك، تعدّ العلاقة بين الإرهابيين والسكان «المضيفين» الذين ينشطون في نطاقهم، أحد أهم العوامل التي تساعد على نجاح هذه الجماعات وبقاءها. وتزدهر الجماعة الإرهابية عندما تحظى بدعم جمهور السكان، إلا أنه يمكنها البقاء في حالة من اللامبالاة الإيجابية أو الخوف من العقاب إذا قاموا بنقل معلومات إلى الحكومة. ويمكن أن يمثل النضال الدعائي لكسب قلوب كتلة سكانية وعقولها لا تتمتع بأي توجهات سياسية أمراً حاسماً أيضاً^(٣).

وهناك دوافع عدّة للإرهاب، ومنها **الدوافع السياسية** التي تأتي نتيجة أسباب معينة،

منها:

(١) ستيفن دي تانسي، علم السياسة، ترجمة رشا جمال، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، ٢٠١٢.

(٢) د. محمد العميري، موقف الإسلام من الإرهاب، دار الحامد، عمان، ٢٠١٤.

(٣) د. عقيل الخزعلي، الإرهاب والتطرف وبياء العصر في مجلة اغتراب، بغداد، العدد ١، حزيران، ٢٠١٦.

- السياسات غير العادلة التي تتخذها الدولة ضدّ مواطنيها والكبت السياسي الذي تمارسه عليهم وتهميش دور المواطن وتغييبه عن المشاركة السياسية.
 - الصراعات المحلية الداخلية سواء كانت بين طبقات الشعب المختلفة أو بينهم وبين السلطة.
 - مقاومة الاحتلال الأجنبي والرغبة في الحصول على حق تقرير المصير حيث يتولد في نفوس أبناء الشعب حبّ الوطن والرغبة في تخليصه من المحتل الاجنبي الذي يمارس الاضطهاد والقهر.
 - محاولة الإفراج عن مجموعة من المساجين السياسيين، أو إجبار الدولة على تغيير سياستها في إقليم معين من أقاليمها.
 - الإنتقام من دولة معينة والإضرار بمصالحها نظراً للمواقف السياسية التي تنتهجها في قضية معينة وإنحيازها إلى جانب دون آخر^(١).
- ومن مسببات الإرهاب، كذلك، هو:
- **النكوص الحضاري**، إن تراجع الشعوب في أخذ دورها الريادي في الفعل الحضاري، والتطور العمراني والتكنولوجي، يتسبب في توليد فرص غير عادلة ولا متكافئة في كل المجالات، ويجعل الدول مصنّقة إلى بلدان فقيرة وغنية، ونامية ومتطورة، الأمر الذي يؤدي إلى تصنيف شعوب هذه الدول بالوصف ذاته، ما يسبّب نشوب الحقد المتبادل والصراع.
 - **هشاشة الولاء والانتماء**، إن الخلل المتكشّف في آليات التربية والتوجيه وبناء المعتقد الإنساني والوطني السليم سيؤدي بالنتيجة إلى فقدان الحافز الذاتي في التغيير والاصلاح، وفقدان النزعة القيمية للإيجابية والحماس، وارتباك الشعور بالمسؤولية تجاه كل ما هو متعلق بالوطن ومصيره، والدولة ومؤسساتها.

(١) آرون كوندناني، المسلمون قادمون، ترجمة شكري مجاهد، منتدى العلاقات العربية والدولية، قطر، ٢٠١٦.

- استثناء الفساد المالي والاداري والقيمي والسلوكي، وهذا الخطر يحتل أسبقية قصوى في أسباب العنف والإرهاب، إذ أنه يساهم بتبديد الثروات المخصصة للتنمية، ويوسع من رقعة الجهل والتخلف والمرض، ويدفع إلى مزيد من الشعور بالظلم والحيث الذي يترجم أحياناً على أشكال من الإستجابة العنيفة الحادة^(١). وفي هذا الاطار، يعتقد بعضهم أنه كلما قلت استجابة الفضاء السياسي الأصولي لمطالب المستبعبدين منه، اقتربت تلك المطالب من اتخاذ صورة مَرَضِيَّة، فتدمر الساحة العامة التي كانت تسعى إلى أن يسمع فيها صوتها. فبعض الإرهاب رد فعل لنوع من السياسات زاد فيه تحكم العنصر الاداري الأجوف^(٢). وهناك من يعتقد أن الإرهابيين لا يولدون كذلك. ولا يوجد من يحتاج إلى أن يموت إرهابياً. ومن المرجح أن يصبح الارهابي الميت شهيداً، ويصبح إلهاماً للمزيد من العنف. وهذه هي الاستراتيجية المركزية التي تشكل أساس استخدام الانتحاريين الذين كثيراً ما يتم تجنيدهم عندما يكونون في حالة إحباط أو مزاج انتحاري أو يفورون غضباً نسبة إلى ظلم متصور من نوع ما أو فظاعة ارتكبتها الطرف الآخر^(٣). إنَّ أحد العوامل التي تؤدي إلى تنامي ظاهرة الإرهاب هو وجود حكومات قمعية وغير ديمقراطية، لأن ظاهرة الإرهاب التي تتمثل بالعنف والقتل لا يمكن لها أن تتعايش أو تتواءم في يوم من الأيام مع الديمقراطية^(٤). ومن دوافع الإرهاب الأسباب الجغرافية، وتكون بسبب ضعف الدول وإنتماءاتها الطائفية ما يؤدي إلى عجزها عن فرض الرقابة على حدودها فيؤدي إلى تسلل التنظيمات الارهابية إلى داخل حدودها، وتحقيق أهداف العناصر والدول والجماعات المضادة لها.

(١) د. محمد خاتمي، في: التنمية الإنسانية أبعادها الدينية والاجتماعية والمعرفية، مركز الإمام موسى الصدر للأبحاث والدراسات بيروت، ٢٠٠٦.

(٢) د. كواكب الفاضلي، عصمة الدم في التشريع الإسلامي وإشكالية الإرهاب، دار الرافدين، بيروت، ٢٠١٦.

(٣) د. سهيل الفتلاوي، جامعة الدول العربية في مواجهة تحديات العولمة، دار الحامد، عمان، ٢٠١١.

(٤) إبراهيم الحيدري، سوسيولوجيا العنف والإرهاب، دار الساقى، بيروت، ٢٠١٥.

كما تؤدي التضاريس دوراً هاماً لبعض الدول فتساعد على الإرهاب من خلال استعمالها مخابىء للإرهابيين^(١).

وفي هذا الإطار، تتمثل بعض أسباب الإرهاب بـ:

- **التعبير عن نزعة عنصرية**، قد يقوم الإرهاب على أسباب عنصرية عندما تلجأ دولة ما إلى منح بعض الأقليات حقوقاً لا ترضي بعض شرائح المجتمع.
- **تهجير شعب**، قد يستخدم الإرهاب ضد شعب يعيش على أرض معينة من أجل دفعه على الهجرة من هذه الأرض.
- **النزعة الطائفية**، قد ينشأ الإرهاب داخل الدين الواحد بسبب التطرف الديني أو الشعور بأن طائفة تهيمن على الأخرى، وخصوصاً عندما يحاول المتطرفون القيام بأعمال إبادة^(٢).

وأما **دوافع الانخراط في الحركات الإرهابية**، فلعل ذلك يكمن في:

- **حبوب الهلوسة**، وهي نوع من أنواع المخدرات التي تجعل الدماغ غير قادر على الاستيعاب، ومن بين آثارها أن الأشياء تبدو أكثر لمعاناً. وقد يؤدي تناول هذه الحبوب إلى تكوّن ارتباط نفسي، أي إدمان استعمالها ليس من السهولة تركه. وقد أثبتت دراسات طبية أن الجرأة والذهول الذي تخلّفه عادةً أنواع معينة من المخدرات يحوّل المسلحين إلى آلات قتل. وقد أثبتت كثير من الوقائع والشواهد أن عدداً من المنتحرين بالسيارات المفخخة أو بالأحزمة الناسفة وغيرها، كان يهلوس ويضحك بشكل هستيري ويغني قبل قيامه بعملية التفجير بساعات محدودة أملاً بالذهاب إلى الجنة^(٣).

(١) رضا حرب، الأمن الاستراتيجي، في: مجلة أبحاث استراتيجية، مركز بلادي للدراسات، بغداد، العدد ١، كانون الثاني ٢٠١٦.

(٢) اندرياس فيرايكة وآخرون، أطلس العلوم السياسية، ترجمة د. سامي أبو يحيى، المكتبة الشرقية، بيروت، ٢٠١٢.

(٣) د. عبد الستار قاسم، حرية الفرد والجماعة في الإسلام، مركز شرق المتوسط للدراسات والاعلام، بيروت، ٢٠٠٨.

ثالثاً

أنواع الإرهاب وأساليبه وأنماطه

إنّ هناك ثلاثة أنواع أساسية معاصرة من الإرهاب: الإرهاب الثوري، والإرهاب شبه الثوري، والإرهاب الذي ترعاه الدولة. إذ يحاول الإرهاب الثوري إسقاط الدولة، بينما يستخدم الإرهاب شبه الثوري العنف السياسي في تغيير الأنظمة الحالية. أما الإرهاب الذي ترعاه الدولة فيتضمن أحداثاً أخرى، إذ يمكن أن ترعى بعض الدول الإرهاب على أراضيها أو حتى خارجها^(١).

وثمة ملاحظة يمكن إيرادها في هذا الإطار، إذ لم يعد الإرهاب عبارة عن مجموعات من خلايا نائمة متخصصة بالتفجير هنا وهناك، وتمارس التدمير المتنقل، بفضل التكنولوجيا الحديثة، والدعم اللامحدود، ورعاية بعض الدول له، وإعطاءه الشرعية الدينية من قبل رجال الدين المتطرفين، فقد تطوّر عمله إلى جيوش متعدّدة الجنسيات قادرة على القيام بعمليات غزو واسعة للسيطرة على الأرض^(٢).

إن الميزة الجوهرية الهامة للإرهاب العابر للدول فهي بنيته الشبكية: خلايا لا مركزية ذات تنظيم شبه مستقل، وهي ترتبط مع بعضها بعضاً بشكل وثيق متباين وتنتشر في جميع أنحاء العالم ولها مراكز ثقل محلية. وتراهن الاستراتيجية الإرهابية على تلقي مساعدة من العدو بصورة غير طوعية، بهدف تعبئة المتعاطفين وتجنيد مقاتلين جدد مستعدين للتضحية بحياتهم من أجل القضية الخيرة المزعومة: فيراد من خلال قسوة الهجمات بلا هوادة تحدّي العدو وجعله يقوم باتخاذ إجراءات مضادة مفرطة، لتتيح بدورها تقديم أساس المسوّغ المعنوي للإرهابيين، وإظهار ضرورة مكافحة العدو بكل الوسائل^(٣).

(١) أحمد سويدان، الإرهاب الدولي في ظلّ المتغيرات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥.

(٢) د. محمود يعقوب، المفهوم القانوني للإرهاب، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١.

(٣) د. محمد الحسيني مصيلحي، الإرهاب مظاهره وأشكاله، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ٢٠٠٤.

ومن أنواع الإرهاب كذلك، **الإرهاب الفكري**، لذا يختلف المحللون والسياسيون حول تعريف هذا النوع من الإرهاب لكنهم يتفقون على أنه نوع من التهديد باستعمال العنف أو الحرمان من الوظيفة أو التأثير سلباً على مصدر الرزق أو الأمن الشخصي بصورة عامة بهدف الحيلولة دون التعبير عن رأي أو موقف أو تأييد أو معارضة رأي أو موقف. تتعدد أشكال التهديد وتتنوع، وقد تكون مستترة أو صريحة وقد تصدر عن حكومات أو أحزاب أو أشخاص أو جماعات. المهم أن يشعر المرء أنه تحت ضغط من أي نوع كان يمنعه من حريته في التعبير عما يجول في خاطره من أفكار ويضعه تحت شعور التهديد فيما إذا عبّر عن نفسه. وبهذا يعيش المرء حبيس أفكاره وآرائه التي تعبر عن قراءته للواقع الذي يعيشه، ما يجعل من نفسه رقيباً على ذاته ومحاسباً لها قبل أن يحاسبه الآخرون^(١).

ومن أنواع الإرهاب، أيضاً:

- **الإرهاب الإلكتروني أو المعلوماتي**، وهو نوع جديد من الإرهاب يتمثل في استخدام شبكات المعلومات والانترنت والحواشيب، من أجل أغراض التخريب والتدمير أو الإرغام، لأغراض سياسية. ويرتبط هذا الإرهاب إلى حد كبير، بالدور الحيوي الذي باتت تكنولوجيا المعلومات تؤديه في كل مجالات الحياة. وعليه، فإن العبث بأي من هذه الأنظمة قد يتسبب بأضرار كارثية^(٢).

ومن سمات الإرهاب:

- انتقاء الأهداف بدقة، فعادةً ما يقع إختيار الأماكن والضحايا ووسائل المواصلات المقصودة بعناية فائقة، واختيار أكثرها أهمية للرأي العام وأكثرها إخراجاً للنظام السياسي.

(١) د. أحمد العموش، مستقبل الإرهاب في هذا القرن، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠١٤.

(٢) ستيفن د. تانسلي، ونايجل جاكسون، أساسيات علم السياسة، ترجمة محيي الدين حميدي، دار الفرق، دمشق، ٢٠١٦.

- استخدام عنصر المفاجأة، تستغل التنظيمات الإرهابية الثغرات الأمنية وتفاجيء الجهات الأمنية بتنفيذ الجرائم الإرهابية.
- استخدام أحدث الأسلحة وأكثرها فتكاً وتدميراً، إذ يلاحظ ذلك من نوعية المتفجرات وحجمها التي تستخدم في العمليات أو التي تتمكن السلطات من ضبطها قبل تنفيذها.
- استخدام أحدث وسائل الاتصالات وتوظيف أحدث التقنيات، عبر الأجهزة اللاسلكية المشفرة وأجهزة الهواتف المتنقلة والتي تعمل على نطاق إقليمي أو عالمي، وما توفره شبكة الانترنت من خدمات^(١).
- ومن جانب آخر، يمكن أن تُلخص الأساليب الإرهابية بما يأتي:
- عمليات الاختطاف وحجز الرهائن والمساومة بهم، وغالباً ما تستخدم هذه الوسيلة في عمليات القرصنة الجوية والبحرية واستهداف وسائل النقل البرية مثل القطارات والحافلات.
- العمليات الإرهابية التي ترتكب ضد الأشخاص بشكل مباشر.
- الإعتداء على الأشخاص بشكل غير مباشر، وذلك من خلال العمليات التي تستهدف المنشآت الاقتصادية مثل البنوك والمؤسسات العامة والخاصة وإلقاء القنابل على الأحياء السكنية.
- أساليب العنف الطائفي التي تستهدف دور العبادة وخلال مناسبات دينية.
- التفجيرات، وهي العمليات الأكثر شيوعاً في الآونة الأخيرة، وذلك لسهولة استخدام المتفجرات وسعة تأثيرها المادي والمعنوي في إزهاق الأنفس أولاً، وإثارة الرأي العام ثانياً، وأمان مستخدميها على أنفسهم ثالثاً، والتحكم في التوقيت الذي يريده منفذوه رابعاً^(٢).

وفي هذا السياق، يتكون شكل الجماعة الإرهابية من العناصر التالية:

(١) د. عماد الحفيظ، الإرهاب بين المفهوم واللامعلوم، دار المنهجية، عمان، ٢٠١٦.

(٢) د. أحمد حوامدة، قضايا قانونية معاصرة، دار الحامد، عمان، ٢٠١٠.

- القيادة Command؛ وهي التي تضع السياسة وتخطط أثناء تقديمها التوجيهات العامة.
 - الكادر النشط Active Cadre؛ وهم الإرهابيون الذين يتولون مسؤولية تنفيذ المهام التي توكل إليهم من المنظمة.
 - المؤيدون النشطون Active Supporters؛ وهم أكبر المجموعات الداخلية. وأكبرها أهمية يقومون بمدّ الإرهابيين بالسكن والمعلومات والاحتياجات التموينية.
 - المؤيدون السلبيون Passive Supporters؛ حيث يصعب التعرف إليهم. ولكنهم يمثلون عنصراً ميدانياً في المناخ السياسي^(١).
- لذلك، يعتمد الإرهابيون، غالباً، نمطاً مشابهاً من التنظيم تعمل فيه خلايا صغيرة من الناشطين بمعزل عن بعضها بعضاً وغالباً ما تكون مصادر التجنيد هي المؤسسات التربوية، وعائلات أولئك الذين التزموا مسبقاً بالقضية^(٢).

رابعاً

أهداف الإرهاب وآثاره

يمثل الإرهاب وسيلة لتحقيق أهداف سياسية، وأداة للتعامل بين الدول، وينطوي على رسالة موجّهة إلى الضحايا المحتملين الآخرين، بحيث يوقع الرعب في القلوب. وعندما تقوم الجماعات الإرهابية بارتكاب أعمال عنف ذات طبيعة إجرامية، تعتمد الحكومة المستهدفة إلى القيام بردّ فعل عنيف لقمع هذه الجماعات، وذلك بتفتيش المنازل مثلاً، واعتقال المواطنين وسجنهم من دون محاكمة، وسنّ قوانين الطوارئ التي تحدّ من الحريات، وغير ذلك من الوسائل التي قد تؤدي إلى المزيد من الإرهاب والعنف، ومن

(١) محمد عوض، الإرهاب، أعمال ندوة: تشريعات مكافحة الإرهاب في الوطن العربي، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ١٩٩٩.

(٢) د. سويم العزي، علم النفس السياسي، مكتبة الجامعة، الشارقة، ٢٠١٠.

ثم تعيش البلاد في سلسلة لا تنقطع من الإرهاب والإرهاب المضاد، بين إرهاب الأفراد والجماعات من ناحية، وإرهاب الدول والحكومات من ناحية أخرى^(١).

يهدف الإرهاب إلى تحقيق ما يأتي:

- **الإعلان والتمهيد بظهور حركة**، إذ تعمل بعض الحركات على القيام بأعمال إرهابية من أجل الإعلان عن نشوء حركة معينة لها صفة عسكرية قادرة على تنفيذ أعمال تعبّر عن قوتها. حيث تعلن الحركة بعملها الإرهابي بأنها موجودة على أرض الواقع.
- **التخلّص من العناصر المعادية**، قد يهدف العمل الإرهابي للتخلّص من بعض الأشخاص غير المتعاطفين مع القضية فتلجأ الحركة إلى تصفية العناصر التي يستند إليها النظام القائم أو العناصر النشطة التي تهدّد الحركة.
- **الإنفصال**، تعدّ الدوافع الانفصالية من دوافع الإرهاب المعاصر، فحيث توجد بعض الأقليات التي تحمل أفكاراً قومية أو دينية تختلف عن الغالبية من أبناء الشعب حيث تعمل الحركات الانفصالية على الاستقلال عن الدولة.
- **ضعف الحركة المسلحة في مواجهة الخصم**، إن العمل الإرهابي غير قادر على تحقيق الأهداف المطلوبة وإن كانت العمليات الإرهابية من القوة والشدة فإن الإرهاب يدل على حالة الضعف. ومن هنا، تلجأ هذه الحركات في بداية عملها إلى استخدام الإرهاب بوصفه وسيلة للتعبير عن أهدافها من أجل تقوية موقفها وضمّ المؤيدين لها^(٢).

ومن أهداف الإرهاب، تهديد السلطات وابتزازها، وذلك لإجبارها على الخضوع والتفاوض وبالتالي التأثير على قرارها لإتخاذ ما ترغبه الجماعة الإرهابية سواء إلغاء القرار أو تبديله، الأمر الذي ينتج عنه إظهار هذه السلطات بمظهر العاجز عن حماية

(١) د. سفير الجراد، ظاهرة التطرف الديني، دار العصماء، دمشق، ٢٠١٤.

(٢) د. عزت سيد اسماعيل، سيكولوجيا التطرف والإرهاب، حوليات كلية الآداب، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، الرسالة ١١٠، ١٩٩٦.

مواطنيها والمقيمين على أراضيها أو دفعها إلى اتخاذ إجراءات أمنية مشددة تحدّ من الحريات العامة أو التوسع في عمليات الاشتباه والقبض والتفتيش والاحتجاز، ما يدفع بالرأي العام في الدولة أو خارجها إلى الضغط على السلطات العامة للحد من إجراءاتها أو العدول عن مواقفها.

وتستغل الجماعة الإرهابية الإجراءات الانتقامية من قبل الدولة ضدّها في استفزاز الجماهير ضد الدولة وتسويغ أعمالها وأهدافها وكسب اتباع جدد متعاطفين معها والقيام بأعمال إرهابية جديدة ما يترتب عليه المزيد من الاجراءات المضادة، وبالتالي النيل من حقوق الإنسان وإضعاف الديمقراطية وسيادة القانون في الدولة^(١).

ولعلّ آثار الإرهاب تتمثل بالآتي:

- حلول الدمار وتهديم البنى التحتية للفرد والدولة، فيهتز الاقتصاد بسبب ذلك التدمير، فبدل أن تصرف الأموال في مجالات الاستثمار والأعمال والخدمات يُعاد وضعها في إعادة بناء ما تم تدميره، وبذلك تضيع الأموال هدرًا وتتأخر مسيرة البناء.

- التدخل الأجنبي لحماية المصالح الخاصة، إذ ربما تدخلت بعض الدول في شؤون الدول الأخرى في أمورها وأوضاعها الداخلية إنطلاقاً من منطق حماية مصالحهم الخاصة والعامة^(٢).

خامساً

التطرف: أسبابه، علاقته بالإرهاب، والتعصب

يعني التطرف تجمد آليات الإبداع الفكري لفرد ما أو مجموعة على نمط معين وفكر معين وإنغلاقها على مصادر هذا الفكر. فالتطرف هو قبل كل شيء تعبير عن حالة

(١) د. عبد المجيد النجار، مراجعات في الفكر الإسلامي، دار الغرب الإسلامي، تونس، ٢٠٠٨.

(٢) محمد يونس هاشم، ميزان الحق، مكتبة مدبولي، القاهرة، ٢٠٠٥.

الغموض في المواقف التي يعيشها فرد ما أو مجموعة معينة نتيجة لتداخل عوامل متعددة أثرت على الأرضية النفسية للفرد وكانت وراء تزايد درجات مشاعر التوتر والقلق والشعور بالإحباط. وهذه الوضعية هي وراء حالة غياب الإستقرار النفسي التي تمهد لقبول الفرد وتبنيه لأي فكرة من الأفكار يتصور بأن التعلق بها هي مفتاح التخلص من حالة غموض المواقف وتساعده على إيجاد منفذ لإسقاط مشاعره العدائية على الآخرين^(١).

ويرتبط التطرف بمعتقدات وأفكار بعيدة عما هو متعارف عليه سياسياً واجتماعياً وثقافياً ودينيّاً، دون أن ترتبط تلك المعتقدات والأفكار بسلوكيات فعلية مادية متطرفة أو عنيفة في مواجهة المجتمع أو الدولة، أما إذا ارتبط التطرف بالعنف المادي، أو التهديد بالعنف.. فإنه يتحول إلى إرهاب.

وغالبا ما يكون التطرف في دائرة الفكر، وقد ينعكس هذا الفكر على السلوك، وذلك في أشكال متعددة قد يأخذ بعضها شكل القول أو الكتابة أو غيرها من وسائل التعبير عن الرأي، وقد يتجسد الفكر المتطرف في أنماط أخرى مثل ارتداء زي معين، أو الامتناع عن سلوك معين.. أما عندما يتحول الفكر المتطرف إلى أنماط عنيفة من السلوك من اعتداء على الحريات أو الممتلكات أو الأرواح، فيتحول عندئذٍ إلى إرهاب^(٢). يختلف التطرف عن الإرهاب، بمعنى أن الإرهابي قد يكون مهووساً عقائدياً، إلا أن هناك متطرفين ليسوا إرهابيين. وعادةً ما يكون لدى المتطرف فكرة معينة عما حوله من منظور معين، إلا أن وجهة النظر تكون على غاية من التطرف، وتشكل القاعدة التي يفسر من خلالها كل شيء وتحدّد سلوكه، وعادةً ما تكون متعلقة بقضايا أخلاقية أو اجتماعية أو سياسية أو دينية^(٣).

(١) د. عبد اللطيف الهميم، إدارة الصراع مع التطرف والإرهاب في الشرق الأوسط، ديوان الوقف السني، بغداد، ٢٠١٦.

(٢) ماجد الغريابوي، تحديات العنف، العارف للطبوعات، بيروت، ٢٠٠٩.

(٣) د. طارق عبد الرؤوف عامر، العولمة: مفهومها، أهدافها، خصائصها، <http://alaloom.com/?p:641>.

لذلك، قد يشارك المتطرف الإرهابي بعضاً من خصائصه، إذ غالباً ما يدّعي الإرهابي - شأنه شأن المتطرف - سموه الأخلاقي. ومع ذلك، فإن الأبرياء هم غالباً ضحايا العدوان الإرهابي والتطرف. وهذا التناقض الواضح بين إدعاءات الإرهابي والمتطرف بالسمو الأخلاقي، وبين العدوان على الأبرياء، يتم حلّه بأحد اسلوبين: يتمثل أحدهما في إعادة تفسير خصائص الضحايا وصفاتهم، والآخر في إنكار المسؤولية وإلقاءها على هيئات أخرى^(١).

إلى جانب ذلك، هناك أسباب عدّة للتطرف، إذ أن استبداد طرف من الأطراف بحق من الحقوق دون من له فيه نصيب منه من شأنه أن يحدث في نفس المستبد عليه شعوراً بالقهر والمظلومية، وذلك الشعور يوّد فيه استعداداً للمقاومة من أجل رفع الاستبداد عنه ليظفر بحقه. ولعلّ كثيراً مما يقع اليوم من أعمال عنف راجع إلى هذا السبب النفسي الذي ولّده الاستبداد السياسي ونتائجه من التعسف والتسجين والظلم والتعذيب. فبعض الجماعات المتطرفة نشأت عندها الأفكار الانتقامية في سجون الاستبداد، إذ قد دخلت إلى تلك السجون وهي سوية التفكير مستقيمة في فهمها الديني، ولكنها بما اكتوت به فيه من تكيل إعوّجت مفاهيمها باحتقانات نفسية شديدة، وتبنّت من الأفكار ما هو الأقصى من التطرف والغلو^(٢).

من هنا، يرتبط التطرف إلى حد كبير ببعض المتغيرات والعوامل، ومنها: السن والجنس والمهنة والدخل والحالة الزوجية والحالة الصحية والحالة التعليمية والجانب الديني والبطالة والادمان. فبالنسبة للسن، يرى بعض الباحثين أن غالبية حوادث التطرف يقوم بها أفراد في سنّ الشباب. أما عن الجنس، فالمعروف أن معظم الحوادث الخاصة بالتطرف يقوم بارتكابها أفراد ذكور. ومن جانب آخر، يرتبط التطرف المؤدي إلى العنف ارتباطاً وثيقاً بأصحاب المهن اليدوية عنه من المهن الذهنية. وترتبط، كذلك، الحالة

(١) د. هشام الهاشمي، تجنيد الشباب في الحركات المتطرفة، في: مجلة أبحاث استراتيجية، بغداد، العدد التاسع، أيار ٢٠١٥.

(٢) هشام الهاشمي، التطرف أسبابه وعلاجه، دار ومكتبة عدنان، بغداد، ٢٠١٦.

الزوجية بالتطرف بمعنى أن الأعزب يميل إلى حد كبير نحو التطرف عن نظيره المتزوج حيث إن الأخير قد يخشى عواقب العنف حفاظاً على زوجته وأولاده. وهناك ارتباط وثيق بين البطالة والتطرف، حيث إن البطالة آفة اقتصادية واجتماعية ونفسية بالنسبة للفرد والمجتمع، وهي تولد العدوان والاحباط والتطرف^(١).

ومن أسباب التطرف، كذلك:

- الفراغ السياسي، يفتقد كثير من الشباب أي فرصة للممارسة السياسية بمعناها الواسع التي تنمي لديه القدرة على إبداء الرأي والحوار حول مسائل عامة أو اجتماعية وتعوده على تقبل الرأي الآخر بعد تحليله ونقده والتنازل عن رأيه إذا اقتنع بغيره.

- أزمة التعليم، تتمثل أزمة النظام التعليمي بأنه نظام تلقيني، والتلقين مرتبط دائماً بالسلطوية، أي تقبل كل ما تمليه سلطة المعلم. وبذلك يصبح من السهل على مثل هذا التلميذ أن يتقبل كل ما تمليه سلطة أمير الجماعة دون تحليل أو نقد أو معارضة^(٢).

وهناك أسباب نفسية للتطرف، حيث تعدّ الأسباب النفسية عاملاً من عوامل التطرف والإرهاب، فهي نوع من التعبير عن رفض الواقع والتبرم منه. وهذه العوامل هي:

- البحث عن الشهرة، في كثير من الأحيان، يبحث بعض الأفراد عن أداء دور في الشأن العام يدفعهم للقتل وتدمير الأمن الاجتماعي للوصول إلى هذا الهدف.
- الإحباط النفسي، عندما يشعر بعض الأفراد بالقهر والظلم وعدم قدرة الدولة والمجتمع على فهم هذه الحقوق، فيلجأ إلى الإرهاب للتعبير عن هذه الحقوق.
- عوامل التنشئة، يكتسب الفرد السلوك الإرهابي أحياناً من خلال بيئته ومحيطه سواء على مستوى الأسرة والقبيلة أم المجتمع.

(١) غيلان الجبوري، صناعة ثقافة التعايش، ديوان الوقف السني، بغداد، ٢٠١٣.

(٢) د. مصطفى زيور، في النفس: بحوث في التحليل النفسي، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٦.

- **الفشل التعليمي**، يشكل الفشل في الحياة العلمية أحد العوامل في شعور الإنسان بالنقص وعدم تقبل المجتمع له، وهذا الإحساس يدفعه لسلوك الإرهاب انتقاماً من المجتمع.

- **الفشل الحياتي**، قد يكون الإخفاق أسرياً أو معيشياً أو اجتماعياً، الأمر الذي يدفع بعض الأشخاص لممارسة سلوك إرهابي تغطية لهذا الفشل^(١).

ومن عوامل التطرف أيضاً الأسباب الفكرية والعقدية، إذ، يتصف النص الديني بثرائه الدلالي ومرونته واستجابته لكل القراءات والتفسيرات، الأمر الذي دفع الاتجاهات السياسية لتوظيف النص لإثبات شرعيتها، أو لنفي الآخر المخالف والمعارض، حتى تشابهت الأدلة واستدل كل طرف بالأدلة نفسها التي استدلّ بها خصمه السياسي والفكري، بعد قراءتها وتفسيرها وفق توجهاته الفكرية والعقدية والسياسية. وقد كُرس النص الديني لصالح السلطة الحاكمة، وكان له دور في إقصاء المعارضة السياسية وتهميشها والتكيل بها^(٢).

ولعلّ من أسباب التطرف، أيضاً الفقر والتفاوت الاجتماعي، وشعور بعض الشرائح بالظلم وغياب العدالة، الأمر الذي يؤدي إلى حالات نقمة وإحباط تشكل مرتعاً خصباً لنشوء توجهات متطرفة ليست متعلقة بالضرورة ببعد ديني... والتطرف في الانحلال الأخلاقي، والسكوت الرسمي على المظاهر الصارخة للفساد الخلقي، بل وربما تشجيعه بمسوّغ الانفتاح، يوّلّد ردّات فعل مضادّة عند مواطنين عاديين وأصحاب توجهات وقناعات دينية. لذلك يمكن القول: إن التطرف اللاديني (العلماني) قد يؤدي إلى تصاعد تطرف ديني مقابل^(٣).

أما أسباب إنضمام الشباب إلى الجماعات المتطرفة، فيكمن في بعض النقاط التي منها:

(١) د. طلال عترسي، الأبعاد الاجتماعية لظاهرة التكفير، في: مجلة الغدير، بيروت، العدد ٦٨، ربيع ٢٠١٥.

(٢) ماجد الغريابوي، التسامح ومناخ اللاتسامح، العارف للمطبوعات، بيروت، ٢٠٠٨.

(٣) عبد الناصر حريز، الإرهاب السياسي، مكتبة مدبولي، القاهرة، ١٩٩٦.

- استغلال مناطق الحرمان، والفقر، والبطالة. فيتم إغراء الشباب برواتب تقيهم شر العوز، والفقر، وإن الانخراط في صفوف هذه المنظمات يؤمن لهم رواتب يعودون بها إلى أهاليهم.

- إغلاق الطريق أمام التغيير، والإصلاح بالطرق السلمية، والمبالغة في قمع من يفكر بالإصلاح سلمياً. ومن المسلم به تاريخياً ومنطقياً أن إغلاق الطريق السلمي في التغيير يدفع تلقائياً لاستخدام القوة، سواء بطريقة منظمة منهجية، أم بطريقة فوضوية عشوائية.

- مبالغة بعض الأنظمة في القمع، والتعذيب، والقهر، والحرمان من العدالة، وتغييب المعتقلين، وإغلاق طرق التظلم. هذا القمع الشديد الذي تُغلق فيه أبواب التظلم ويُحاصر فيه المطلوب إجتماعياً وهو يرى نفسه على الحق يصنع حالة من النزعة الانتقامية لا يمكن أن يُشبعها إلا التفكير باستخدام القوة^(١).

أما علاقة التطرف بالتعصب، فإنَّ ثمة عوامل مؤثرة ومتبادلة فيما بينهما، لذلك يعرف علم النفس الحديث التعصب بأنه «اتجاه نفسي لدى الفرد يجعله يدرك موضوعاً معيناً أو فرداً آخر غيره أو جماعة من الناس أو طائفة أو مذهباً إدراكاً إيجابياً محباً، أو إدراكاً سلبياً كارهاً، دون أن يكون لطبيعة هذا الإدراك ما يسوّغه من المنطق أو الأحداث أو الخبرات الواقعية».

ويرتبط التطرف عادةً بالانغلاق والتعصب للرأي، ورفض الآخر وكراهيته وإزدرائه وتسفيه آرائه وأفكاره. والمتطرف، فرداً كان أم جماعة، ينظر إلى المجتمع نظرة سلبية سوداوية، لا يؤمن بتعددية الآراء والأفكار ووجهات النظر، ويرفض الحوار مع الآخر أو التعايش معه ومع أفكاره، ولا يبدي استعداداً لتغيير آرائه وقناعاته، وقد يصل به الأمر إلى تخوين الآخرين وتكفيرهم دينياً أو سياسياً، وربما إباحة دمهم.

(١) د. يحيى عبد المبدي، مفهوم الإرهاب بين الأصل والتطبيق، مجلة المعهد، معهد الدراسات العربية والإسلامية، لندن، العدد الرابع، آذار ٢٠٠٣.

ويزداد خطر التطرف حين ينتقل من طور الفكر والاعتقاد والتصوير النظري، إلى طور الممارسة والتطرف السلوكي، الذي يعبر عن نفسه بأشكال مادية من أعمال قتل وتفجيرات وتصفيات واستخدام لوسائل العنف المادي المختلفة لتحقيق بعض الأهداف. وعادة ما يكون التطرف السلوكي والمادي نتيجة وانعكاساً لتطرف سابق في الفكر والقناعات والاعتقادات^(١).

ينتج عن التعصب حالة الكراهية التي تقوم على أساس خاطيء ومتصلب، وهو ما يشعر به صاحبه ويعبر عنه، حيال جماعة معينة كلها أو حيال شخص في تلك الجماعة. فالتعصب بمعنى الإنحراف عن معيار العقلانية ومعيار العدالة ومعيار المشاعر الإنسانية. ويؤدي هذا الانحراف إلى سلوكيات متباينة تتراوح من اللامبالاة من خلال الرفض إلى العداوة النشطة^(٢).

من هنا، إن المتطرف شخص يتصف بالصلب والتعصب. فالتصلب هو حالة من الاحتفاظ باتجاه أو رأي، أو التمسك بأسلوب للعمل على الرغم من أن الشواهد العديدة تؤكد أن مثل هذا التمسك ليس صواباً. ويؤدي التعصب وظيفية نفسية تتلخص في التنفيس عما يثور في النفس من عوامل الكراهية والعدوان. والتعصب بهذا نوع من الدفاع عن الذات بحيث تبدو صورة المرء مقبولة لنفسه، كما يعتقد أنها مقبولة من الآخرين^(٣).

لذلك، يستند التعصب عموماً والتعصب الديني خصوصاً في مسوغاته إلى الأسباب التالية:

- إن الاعتقاد الذي يؤمن به، وكما يفهمه من النصوص المقدسة، هو وحده الحق المطلق دون سواه.
- إن الآخرين متساهلون بشأن العقيدة.

(١) د. عدنان السيد حسين، العرب في دائرة النزاعات الدولية، مطبعة سيكو، بيروت، ٢٠٠١.

(٢) د. عبد الرزاق الدليمي، الدعاية والإرهاب، دار جرير، عمان، ٢٠١٠.

(٣) د. محمود يعقوب، المفهوم القانوني للإرهاب، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١.

- إن العقيدة مهددة: من المنتسبين إليها، أو من قوة أخرى خارجية أو داخلية تستهدف النيل من هذه العقيدة وأصحابها^(١).

لذلك، فإن الارتكاز على العنف بشكل مستمر يعمق صفة التعصب، ويغري الإنسان لفرض آرائه والتعصب لها. أي أن العنف يدخل عنصراً أساساً في تشكيل المواقف المتعصبة. ولولا القدرة على ممارسة العنف لكانت مواقف الناس أقل صرامة وأكثر ليونة، وربما كانت خالية من التعصب. كما أن التعصب ذاته يحرض الإنسان على العنف، ولولا تعصبه لما لجأ إليه. لذا، فالتعصب تارة يكون ناتجاً عن العنف وأخرى يكون مولداً له. وفي كلا الحالتين فإن عدم اللجوء للعنف سيحول دون التعصب بأي شكل كان^(٢).

سادساً

الإرهاب والعنف السياسي

يختلف الإرهاب عن أعمال العنف السياسي في بعض الجوانب التالية:

- يكون هدف الإرهاب في الغالب، إبراز قضية ما والدعاية لها وجذب إنتباه الناس لها بخلاف ما يسعى إليه مرتكبو العنف السياسي حيث يهتمهم في الغالب تحقيق ما يسعون إليه فقط دون الإثارة والبروز.
- يأخذ العمل الإرهابي في كثير من الأحيان بعداً دولياً بحيث يشمل أكثر من دولة، أما العنف السياسي فلا يتجاوز عادة النطاق المحلي.
- يعتمد العمل الإرهابي على وسائل الإعلام اعتماداً جوهرياً وذلك لإيصال الرسالة التي يريدتها الإرهابيون، بخلاف أعمال العنف السياسي التي لا ينظر القائمون عليها إلى وسائل الإعلام تلك النظرة التي يراها الإرهابيون^(٣).

(١) د. ملحم قريان، قضايا الفكر السياسي: القوة، المؤسسة الجامعية، بيروت، ١٩٨٣.

(٢) د. فواز جرجس، القاعدة الصعود والأفول، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ٢٠١٢.

(٣) رونالد كريلينستن، مكافحة الإرهاب، ترجمة أحمد التيجاني، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، أبو ظبي، ٢٠١١.

من هنا، يعرّف الإرهاب بأنه نوع من العنف غير المسوّغ وغير المشروع بالمقياسين الأخلاقي والقانوني الذي يتخطى الحدود السياسية، ويختلف الإرهاب عن ممارسة العنف السياسي الداخلي الذي قد تنتهجه بعض القوى الثائرة أو الحركات المتمردة داخل الدولة الواحدة للنيل من السلطة الشرعية القائمة. والإرهاب عادة ما يصطبغ بالصبغة السياسية كما أن الجماعات التي تمارسه هي في الغالب جماعات غير حكومية، وإن كان هذا في ذاته لا يمثل حائلاً بينها وبين الحصول على التشجيع المادي والمعنوي لبعض الدول والحكومات^(١).

وكثيراً ما يختلط مفهوم العنف السياسي بمفهوم الإرهاب. فالعنف الذي يشمل، فيما يشمل، الإكراه والشغب والتظاهر والانتقام والتهديد.. ليس دائماً عملاً إرهابياً. والإرهاب الدولي، الذي لم يجد له القانون الدولي بعد تحديداً مقبولاً على رغم المجهودات المتصلة في هذا الصدد، ينطوي على مصالح وغايات سياسية^(٢). بطبيعة الحال، ينطوي الإرهاب على ممارسة العنف، لكن ليس كل عمل عنفي هو عمل إرهابي. لذلك، يصعب والحال هذه، وضع تعريفات جامعة حول الإرهاب والعنف لأسباب عدّة: اعتبارات المصالح والأهداف السياسية وغير السياسية للدول، وارتباط العنف والإرهاب بخلفيات اجتماعية إنسانية. فما يجده طرف ما عملاً إرهابياً، يجده طرف آخر عملاً مقاوماً مشروعاً^(٣).

ويمكن تمييز العنف السياسي عن الإرهاب، بما يلي:

- لا يعتمد العنف السياسي على المؤثرات النفسية من خلال الدعاية عبر وسائل الإعلام، بينما يركز الإرهاب على التأثير على عقول الجماهير وعواطفها.

(١) د. أحمد عز الدين، وآخرون، تحديات العالم العربي في ظل المتغيرات الدولية، مركز الدراسات العربي - الأوروبي باريس، ١٩٩٨.

(٢) انظر: د. عبد الجبار الرفاعي، الكتاب التذكاري، مجلة الموسم، هولندا، العدد ١٠٥، السنة السادسة والعشرون، ٢٠١٤.

(٣) زكي الميلاد، الإسلام والإصلاح الثقافي، دار أطياف، السعودية، ٢٠٠٧.

- للعنف السياسي أهداف ذات بعد داخلي وإقليمي في أوسع مده، بينما الإرهاب في أكثر الأحيان يأخذ بعداً دولياً.
- الطابع القيمي الذي يحمله الإرهاب يختلف حسب وجهات النظر، فما يعدّه بعضهم إرهاباً في حين ينظر إليه آخرون على أنه نضال مشروع من أجل الحرية. أما الطابع القيمي للعنف السياسي فلا يحظى بمثل هذا التقييم^(١).
- ولعلّ الاختلاف الجوهرى بين العنف السياسى والإرهاب هو فى كون العنف السياسى وسيلة أو أداة، بينما الإرهاب هو غاية بحدّ ذاته. فاغتيال شخصيات سياسية أو إجتماعية مهمة هو نوع من العنف السياسى إذا كان بسبب هدف سياسى واضح، فى حين يكون إرهاباً إذا كان قصد الاغتيال زرع الذعر والرعب فى نفوس القادة السياسيين أو إثارة وضع من عدم الإستقرار الاجتماعى والسياسى^(٢).

سابعاً

سبل مكافحة الإرهاب والتطرف

لا يزول الإرهاب إلاّ بالاعتراف بالحقوق السياسية والمعاملة الإنسانية. على أن حكومات كثيرة فضلت أن تستعمل الوسائل العسكرية والقهرية. وليس ثمة دليل تاريخى يشير إلى أن سياسة القمع والبطش استطاعت يوماً أن تضع حدّاً للإرهاب، والبديل كان دوماً إتباع سياسة تزييل أسباب الإرهاب الأساسية. لذلك، تتوقف السيطرة على الإرهاب بقانون فعال على الطريقة التى ينظر بها إلى المشكلة. فهناك من يحاول تفحص الأمور السطحية من دون أن يغوص فى الأعماق للبحث عن الأسباب الأساسية^(٣).

(١) جان - لوك ماريه، تقنيات الإرهاب، ترجمة يوسف ضومط، المكتبة الثقافية، بيروت، ٢٠٠٤.

(٢) فتحي الجوارى، الجريمة المنظمة عبر الوطنية، مطبعة العدالة، بغداد، ٢٠١٥.

(٣) منير أديب، التطرف الفكرى، فى: مجلة اغتراب، بغداد، العدد ١، حزيران ٢٠١٦.

ويتمثل التحدي الأكبر لمواجهة الإرهاب في كيفية إيجاد طريقة للتحويل السلمي من الاستبداد السياسي وحكم الحزب الواحد أو الأسرة الواحدة، إلى سياسة ديمقراطية منفتحة يكون فيها جميع المواطنين متساوين أمام القانون. إن عملية خفض التطرف عملية ممكنة باتجاه الحد من التشدد لدى الأفراد والجماعات بما يحول دون وصول التطرف إلى مرحلة العنف. ويتضمن برنامج خفض هذا ثلاثة أبعاد:

- بعد سلوكي: نبذ العنف.

- بعد عقائدي: نزع شرعية استخدام العنف.

- بعد عملائي: إحداث تغييرات جذرية داخل قيادات الجماعات الإرهابية^(١).

وقد أصدرت منظمة التعاون الإسلامي بياناً حول «مواجهة الإرهاب والتطرف العنيف»، في ١٥ فبراير ٢٠١٥، وقد أقرّ الإجتماع بأن التصدي للإرهاب لا يمكن أن يتحقق بالوسائل الأمنية والعسكرية وحدها، مؤكداً ضرورة إيلاء الاهتمام الواجب والخطط العملية لمعالجة الأبعاد التالية لظاهرة الإرهاب:

- السياقات السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي توفر الظروف المواتية لانتشار الإرهاب والتطرف العنيف، ومن ضمنها الحرمان الاقتصادي، والإقصاء، والإستلاب والفصل بين الناس وتهميشهم، والتفكك القسري للمؤسسات السياسية والقانونية والاجتماعية والثقافية.

- الأثر العميق للظلم التاريخي الموروث الذي لحق بالشعوب المستعمرة أو التي تزرع تحت الإحتلال، ومعاناتها، والتدمير القسري لمؤسساتها الوطنية، وثقافتها، وهويتها، وحرمانها من حقّها في تقرير مصيرها.

- الحاجة إلى مواجهة كل أشكال الخطاب الراديكالي المتطرف من أجل نزع الشرعية عن أعمال العنف والتضليل التي تقترفها باسم الدين، أو الايديولوجيا أو مزاعم التفوق الثقافي..

(١) د. علي الجحني، الإرهاب، دار الحامد، عمان، ٢٠١٤.

وهناك نماذج وصور عدّة لمكافحة الإرهاب، لعلّ منها:

أنموذج الحرب، يتعامل أنموذج الحرب في مكافحة الإرهاب مع الإرهاب وكأنه عمل حربي أو حركة تمرد. ولأن الحروب تندلع عادة بين الدول، فإن مكافحة الإرهاب عبر هذا الانموذج تعني ضمناً أن الجماعة الإرهابية تمثل ما يعادل دولة. وعليه، فإن التعامل مع الإرهاب بوصفه حرباً يجنح نحو إضفاء وضع الشريك المساوي على الإرهابي في نزاع صفري.

وثمة فوائد ونتائج مفترضة تتمخض عن المقاربة العسكرية، تتمثل في تقوية المعنويات في الداخل، حيث إن توجيه ضربات قاسية للعناصر الإرهابية في الخارج من شأنه أن يعزز شعور الرأي العام المحلي بالرضا والارتياح، ويخلق انطباعاً بأن الحكومة جادة فيما تعتمزم فعله، إضافة إلى إمكانية التحرك بشكل إنفرادي دون حاجة للتعاون مع دول أخرى.

وبالمقابل، فإن هناك من يشكك في ذلك، منطلقاً من أنه لا يبدو واضحاً أن بإمكان القدرات والفعاليات العسكرية بحد ذاتها تقليل المخاطر الإرهابية في الحال. وفي واقع الأمر، فإن الإرهاب وهذه الفعاليات يرتبطان، عادة، بعلاقة متبادلة. ويمكن تأويل هذه الاستنتاجات بطريقتين: فإما أن العمليات العسكرية هي التي تذكي نار الإرهاب، وإما أن هذه العمليات العسكرية هي في الغالب، ردة فعل على الإرهاب^(١).

وهناك مقاربات لمكافحة الإرهاب، منها:

- **المدى القصير مقابل المدى الطويل**، هل تركز جهود مكافحة الإرهاب على المدى القصير ما يعني النظر بشكل أساسي إلى الجماعات الراهنة، ودوافعها، وأهدافها وتكتيكاتها المفضّلة، وبنيتها التنظيمية، أم تركز على المدى الطويل ما يقتضي ليس فقط التفكير في الصورة الأكبر - السياق الاجتماعي، والديني، والسياسي، والاقتصادي الذي تعمل فيها الجماعات المعروفة - ولكن أيضاً التفكير

(١) هشام الهاشمي، التطرف أسبابه وعلاجه، دار ومكتبة عدنان، بغداد، ٢٠١٦.

في الكيفية التي قد تحل بها هذه الجماعات أنفسها استجابة إلى إجراءات مكافحة الإرهاب.

- **القوة الصلبة مقابل القوة الناعمة**، أي نوع من المعرفة ضروري لدعم إجراءات مكافحة الإرهاب التي تعتمد على إحتكار الدولة لاستخدام العنف - تحديداً الشرطة والمحاكم والجيش - وجعلها أكثر فاعلية، وأي نوع من المعرفة ضروري لدعم الأشكال الأكثر إقناعاً من السيطرة مثل العقوبات الاقتصادية، والتعليم العام، والمبادرات الدبلوماسية⁽¹⁾.

إنّ ظاهرة الإرهاب في دولة من الدول، قد يكون لها دوافعها وأسبابها النابعة من الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية لتلك الدولة، والتي قد تتفق أو تختلف عن الظروف في دولة أخرى تعاني من الظاهرة نفسها، لذا كان من الضروري أن تبدأ عملية مكافحة الإرهاب بدراسة الظاهرة في مجتمع ما دراسة علمية تأصيلية واسعة بحيث يمكن التوصل إلى تشخيص للظاهرة ومعرفة الجذور والأسباب التي أدت إليها.

وهناك رؤى ومقترحات إصلاحية قد تساهم في مكافحة الإرهاب، ومنها:

- تشدّد رسالة الدين ومقاصده الكلية على إشاعة السلم والتراحم والمحبة بين الناس، والسعي لتجفيف منابع العنف والعدوانية والتعصب. ولكن طالما تم طمس هذه الرسالة ونقض تلك المقاصد، بنشوء جماعات وفرق، لا تقتصر على إعلان إنتمائها للدين، وإنما تصر على إحتكار تمثيله، وحرص على مخاصمة أية جماعة غيرها تقدم فهماً مختلفاً للدين. من هنا، ينبغي إنقاذ النزعة الإنسانية في الدين، والإعلان عن أبعاده المعنوية والعقلانية والجمالية والرمزية.

- الدعوة لبناء مجتمع مدني تعدّدي، تسود حياته قيم العيش المشترك، والعمل على تكريس حقّ الاختلاف، والتثقيف على أن الوطن يتسع للجميع. وللجميع الحقّ

(1) Donatella della Porta, Social Movement studies and Political Violence, Centre for Studies in Islamism and Radicalisation, Department of Political Science, Aarhus University, Denmark, 2009.

في الحياة والعيش الكريم. وما داموا متساوين في إنتمائهم للوطن فإنهم متساوون في حقوقهم.

- التثقيف على نفي الإكراه، وتعميم مبدأ لآكزراه في الدين [البقرة: ٢٥٦] والاستناد إليه بوصفه مرجعية ومعياراً قيمياً في التعاطي مع الآخر، وإشاعة العفو، والسلام، والعدل، والإحسان، والتراحم، والحوار، والحكمة، والموعظة الحسنة، والمجادلة بالتالي هي أحسن، والمحبة، والصبر، والمداراة، والصفح الجميل^(١).

ونحتاج إلى التسامح لمعالجات كثيرة، منها الحاجة إلى التسامح لكي لا يكون التعصب بديلاً، ولكي لا يكون قمع الرأي وهيمنة الرأي الواحد ممكناً، ولكي لا يكون العنف سبيلاً، ولكي لا يكون التكفير خياراً، والقاعدة أن التعصب لا يواجه بالتعصب وإنما بالتسامح، والكرهية لا تواجه بالكرهية وإنما بالتسامح، وينبغي أن لا يفهم التسامح بوصفه موقف الضعيف، ولا هو موقف التردد والاضطراب واللاحسم، وإنما هو الموقف الذي يظهر قوة الضمير، وشفافية النزعة الانسانية، وعظمة الروح الأخلاقية^(٢).

لذلك، فإن كل مجموعة سياسية تلجأ للإرهاب مدعوة للزوال في لحظة أو أخرى، إما لأنها نجحت في تحقيق أهدافها وإما لأن قوى الأمن والنظام قضت عليها. وعليه، يمكن التمييز بين النهايات المختلفة التالية لها:

- تشمل السلطات العامة قدرة المجموعات الإرهابية على التحرك ويمكن القضاء على أفرادها جسدياً أو إعتقالهم.

- الإدماج السياسي أو القبول بقواعد الديمقراطية، تتخذ المجموعة الإرهابية القرار بالتخلي المؤقت أو الدائم عن الإرهاب لصالح أنماط أخرى من السلوك السياسي، وذلك أثناء مسيرة سلام أو الاعتراف السياسي بالعدو.

(1) Anne Speckhard, "Defusing Human Bombs: Understanding Suicide Terrorism," in Victoroff (ed). Tangled Roots.

(2) Schuttz, Richard, Responding to the Terrorist Threat: Security and Crisi Management, New York: Pergamon, 1980.

- قد يؤدي التفكك وتردد الأعضاء في التضحية بالنفس حتى الموت، في بعض الأحيان، إلى زوال المجموعات الإرهابية. وهذه الظاهرة تدل على نوع من وهن القوى واستنفاد لطاقتها حيث يخف تلاحم الأعضاء مع المجموعة وأهدافها.
- يمكن لمجموعة إرهابية أن تزول من الوجود إذا غاب عنها الدعم السياسي والمالي واللوجستي.
- قد يؤدي التطور العميق في أحد المجتمعات إلى إسقاط مجموعة إرهابية بالطريقة ذاتها التي تؤول إلى زوال أحزاب سياسية.
- أخيراً نجاح المجموعة، قد يؤدي بلوغ الأهداف ونجاح الهجمات إلى نهايتها من خلال حلّ ذاتها⁽¹⁾.

الخاتمة

اتسمت الظاهرة الإرهابية في الوقت الراهن باستخدام وسائل التقدم العلمي واستخدام وسائل الاتصال الحديثة. إذ تحاول أن تخلق المزيد من الأضرار والخسائر المادية والبشرية، مستعينة بالتطور العلمي في صناعة المتفجرات، واستخدام الأسلحة المتطورة، وتلجأ لعرض ما تقوم به من عمليات إرهابية عبر الفضائيات لخلق المزيد من الرعب والخوف⁽²⁾. وهناك فروق واضحة بين الإرهاب والعنف والتطرف. وداخل هذا التطرف يكمن التطرف الفكري والذي يعدّ مقدمة لصور التطرف الأخرى والتي تبدأ بفكرة، كما أن التطرف عموماً مقدمة للإرهاب. والإرهاب والعنف صورة من صور التطرف، فالإرهاب نابع من الثقافة التي يتلقاها النشء.

(1) Taylor, M. and Ryan, H. Fanaticism, Political Suicide and Terrorism, U.K, Crame, Russak and Co.1988.

(2) George Lopez and Michael stole, International Relations: Contemporary Theory and Practice, Washington, D.C. Congressional Quarterly, 1989.

إن مآل التطرف ومرجعه إلى الفكر، فالفكر هو الركيزة الأساسية للتطرف، وهو مقسم لفروع عدة وتندرج تحته أنواع أخرى، حتى أشكال التطرف الأخرى مثل التطرف السلوكي والنفسي وغيرها عند التأمل يتضح أن بدايتها قد تكون عند الفكر أيضاً، فالفكر يعدّ قاسماً مشتركاً عنده تبدأ صور التطرف وإليه تعود أيضاً⁽¹⁾.

هناك وسائل متعددة لمعالجة التطرف، يأتي في مقدمتها مسؤولية الآباء والأمهات ورجال الدين والاعلام والمدرسين. فعلى هؤلاء جميعاً يقع عبء التكاتف لعلاج هذه الظاهرة كلٌّ في موقعه وحدود تخصصه وإمكانياته وقدرته.

ومن عوامل معالجة التطرف وخصوصاً لدى فئة الشباب، عبر:

- تدريب الشباب على مهارات التشاور والتعاون ومهارات الاتصال والانصات، وعلى استخدام التفكير الناقد في مواجهة التيارات الفكرية المتطرفة، وعلى دراسة الظواهر الغامضة قبل قبولها، وتحليل الحقائق والآراء والاستنتاج، وحل المشكلات واتخاذ القرار المناسب.
- ضرورة علاج مشكلة بطالة الشباب وتوفير فرص عمل مناسبة لهم، تستنهض همهم، وتستثمر طاقاتهم، وتحفزهم على الإخلاص والإتقان وخلق مناخ للحوار على جميع المستويات الأسرية والاجتماعية والاقتصادية والدينية تشارك فيه جميع فئات الشعب والتعرف على مشاكلهم بهدف توجيههم وتدريبهم وبناء الثقة في أنفسهم.
- تحقيق تكافؤ الفرص بين الشباب في التعليم والتوظيف والرعاية والإهتمام والتخلص من المحسوبية، والمحاباة، والواسطة، بهدف نشر الاطمئنان والعدالة بينهم وتعظيم قيم التماسك والتكافل الاجتماعي.

(1) Christopher Hewitt, The Effectiveness of Anti – Terrorist Policies, New York: University of America, 1984.

ضمان حقوق الضحايا والشهود أمام المحكمة الجنائية الدولية: نحو عدالة تصحيحية

أ. ولد يوسف مولود^(١)

تحققت رغبة المجتمع الدولي في إنشاء هيئة قضائية جنائية دولية دائمة^(٢) تطبق القواعد القانونية الدولية الخاصة بالجرائم الدولية وتضعها موضع التنفيذ، من خلال إيقاع الجزاء على كل من ينتهك القواعد التي تحظر ارتكاب الجرائم الدولية^(٣)، متجاوزا بذلك جوانب القصور والنقائص التي اعترت المحاكم العسكرية الدولية^(٤) والمحاكم الجنائية الدولية المؤقتة^(٥).

(١) كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري - تيزي وزو-

(2) Gilles Cottreau, « Statut en vigueur, la Cour pénale internationale s'installe », in: Annuaire français de droit international, volume 48, 2002, p. 130.

(3) «La cour pénale internationale est une innovation hardie...La création de la cour pénale internationale correspond au mouvement contemporain en faveur d'une juridiction criminelle interétatique, mouvement qui...est destiné à l'évolution subie par le droit dans tous les groupements humains.... La cour pénale internationale est la réalisation de l'idéal d'une juridiction pénale internationale permanente, ouvrant des voies nouvelles au droit pénal international. », Voir: Luigi Condorelli, « La Cour Pénale Internationale: Un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...) », Revue Générale de Droit International Public, Tome 103, N°1,1999, p.7.

(٤) أنشأت المحكمة العسكرية الدولية لنورمبرغ بموجب اتفاق لندن في ٨ أوت ١٩٤٥، وأنشأت المحكمة العسكرية الدولية لطوكيو بموجب الإعلان الصادر عن القائد العام لقوات الحلفاء في اليابان "مارك آرثر" في ٢٦ أبريل ١٩٤٦، انظر: عبد الله سليمان سليمان، "الأزمة الراهنة للعدالة الدولية الجنائية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء ٢٣، العدد ٠١، ديوان المطبوعات الجامعية، مارس ١٩٨٦، ص ٦٧.

- إن محكمتي نورمبرغ وطوكيو المشكلتان من أعضاء ممثلين لدول الحلفاء طبقت قوانين وإجراءات وضعتها هذه الدول المنتصرة، ومن ثم فإنها محاكمات تسوية حسابات أكثر منها محاكمات عادلة، انظر:

- Robert Badinter, « De Nuremberg à La Haye », Revue internationale de droit pénal, Vol. 75, 2004/3, p. 70٢, in: <http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2004-3-page-699.htm>

Voir aussi: Stéphanie Tacheau, « Quelles victimes pour quels auteurs ? », in: Les Juridictions pénales internationales, sous la direction de Yves -Pierre LE ROUX, Colloque du 19 novembre 1999, Ecole Nationale de la Magistrature, pp.108-109.

(٥) أنشأت المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا سابقا، بموجب قرار مجلس الأمن رقم ٨٢٧ المؤرخ في ٢٥ ماي ١٩٩٣، والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا بموجب قرار مجلس الأمن رقم ٩٥٥ المؤرخ في ٨ نوفمبر ١٩٩٤.

ومن المؤكد أن التهديد الذي تحمله الجرائم الدولية ينصرف إلى البشرية جمعاء، فلا شك أيضا أن هناك تفاوتاً كبيراً بين مختلف الفئات من حيث الأضرار التي تلحقها بهم الجرائم الدولية، ونستطيع الجزم أن الفئة الأكثر تضرراً من وقوع وارتكاب الجرائم الدولية هي فئة الضحايا، وتبعاً لذلك كان من المنطقي أن لا تقتصر العدالة الجنائية الدولية على حق المجتمع الدولي في محاكمة المتهمين بارتكاب الجرائم الدولية وضمان حقوقهم في محاكمة عادلة دون أن تخاطب هذه العدالة فئة ضحايا الجرائم الدولية^(١)، ذلك أن حقوق ضحايا الجرائم الدولية ترتبط أشد الارتباط بمحاكمة مرتكبي الجرائم الدولية خاصة بعد إقرار العديد من الاتفاقيات الدولية لمبدأ المسؤولية الجنائية الفردية عن ارتكاب الجرائم الدولية^(٢)، وعليه في ما تتمثل الضمانات التي كرسها نظام روما الأساسي للضحايا والشهود؟ إن الاهتمام بالضحايا يرجع إلى المؤتمر الدبلوماسي لحماية ضحايا الحرب بجنيف عام ١٩٤٩ حيث عقد المؤتمر الدبلوماسي خلال الفترة من ٢١ أبريل إلى ١٢ أوت ١٩٤٩، وحضرته وفود من ٦٣ دولة من بينها ١٣ دولة، أرسلت ضمن وفودها ممثلين عن الجمعيات الوطنية وكان لهم دور هام في إقرار اتفاقيات جنيف الأربعة لعام ١٩٤٩^(٣).

- Selon Lison Néel, «Cette justice ad hoc ressemble à un geste symbolique afin de satisfaire les intérêts politiques des États ne voulant pas assumer leur rôle de «respecter et faire respecter» le droit international humanitaire.», voir Lison Néel: «Échecs et compromis de la justice pénale internationale», in: Études Internationales, vol. 29, n° 1, 1998, p.105.

(1) « Il faudra attendre la création de la CPI et des juridictions pénales «internationalisées», plus particulièrement des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (CETC) et du Tribunal spécial pour le Liban (TSL), pour voir les victimes acquérir le statut de sujet du droit international pénal », Voir: Edith-Farah Ellassal, « Le regime de reparation de la Cour penale internationale: Analyse du mecanisme en faveur des victimes», Revue québécoise de droit international, Volume 24, Issue1, 2011, p.264.

(٢) بن خديم نبيل، استيفاء حقوق الضحايا في القانون الدولي الجنائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون الدولي العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، ٢٠١٢، ص ٤.

(٣) للتفصيل أكثر راجع: محمد حمد العسيلي، "دور الجمعيات الوطنية للهلال الأحمر والصليب الأحمر في تطوير ونشر القانون الدولي الإنساني"، دراسات قانونية، العدد الأول، جانفي ٢٠٠٨، ص ص ٩٢-٩٣.

- ورد تعريف الضحية في المادتين الأولى والثانية من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٣٤/٤٠ المتضمن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة المؤرخ في ٢٩ نوفمبر ١٩٨٥، حيث جاء في المادة الأولى منه أنه يقصد بمصطلح الضحايا: "الأشخاص الذين أصيبوا بضرر، فردياً أو جماعياً، بما في ذلك الضرر البدني أو العقلي أو المعاناة النفسية أو الخسارة الاقتصادية، أو الحرمان بدرجة كبيرة من التمتع بحقوقهم الأساسية، عن طريق أفعال أو حالات

ولابد من معاملة الضحايا برأفة واحترام لكرامتهم، ويحق لهم الوصول إلى آليات العدالة والحصول على الإنصاف الفوري وفقا لما تنص عليه التشريعات الوطنية فيما يتعلق بالضرر الذي أصابهم^(١)، انطلاقا من هذا المبدأ، كرس نظام روما الأساسي جملة من الإجراءات والتدابير لضمان حقوق المتهمين وعدالة ونزاهة المحاكمات، وأن مصالح العدالة ومصالح الضحايا متكاملة، والمهم هو السعي لإجراء تحقيقات فعالة في الجرائم وإقامة العدل، بحيث تشير ديباجة النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، إلى أن ضمان العدالة للضحايا يكمن في صلب النظام الأساسي، حيث يركز على حقيقة أن ملايين الأطفال والنساء والرجال قد وقعوا خلال القرن الحالي ضحايا الفظائع لا يمكن تصورها، قد هزت ضمير الإنسانية بقوة^(٢).

إهمال تشكل انتهاكا للقوانين الجنائية النافذة في الدول الأعضاء، بما فيها القوانين التي تحرم الإساءة الجنائية لاستعمال السلطة".

- كما ورد في المادة الثانية أنه: " يمكن اعتبار شخص ما ضحية بمقتضى هذا الإعلان، بصرف النظر عما إذا كان مرتكب الفعل قد عرف أو قبض عليه أو قوضي أو أدين، وبصرف النظر عن العلاقة الأسرية بينه وبين الضحية ويشمل مصطلح الضحية أيضا حسب الاقتضاء، العائلة المباشرة للضحية الأصلية أو معاليها المباشرين والأشخاص الذين أصيبوا بضرر من جراء التدخل لمساعدة الضحايا في محتهم أو لمنع الإيذاء "

- ويتضح من هاتين المادتين أنهما وضعتا معايير عامة في تحديد تعريف الضحية، تسمح بإدراج أكبر عدد ممكن من الأشخاص الذين ينطبق عليهم وصف الضحية، ويركز التعريف بشكل أساسي على طبيعة الأضرار التي تصيب الضحايا، وقد تضمن في هذا الشأن أنواعا كثيرة من الأضرار التي يعاني منها الشخص نتيجة السلوك الإجرامي، ما بين إصابات جسدية، نفسية، ومادية، وهو ما من شأنه أن يرفع من نسبة الضحايا كلما تحقق ضرر من الأضرار المشار إليها في التعريف، ويشترط فقط أن تكون هناك علاقة سببية ما بين الضرر الحاصل والجريمة المرتكبة، وذلك بغض النظر عما إذا كانت الأفعال المشككة للجريمة الدولية تمثل سلوكا إيجابيا أو سلوكا سلبيا، راجع: بن خديم نبيل، المرجع السابق، ص ٦١ .

(١) المبدأ الرابع من إعلان بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٣٤، المؤرخ في 29 نوفمبر 1985/40.

(٢) حوجة عبد الرزاق، ضمانات المحاكمة العادلة أمام المحكمة الجنائية الدولية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص: القانون الدولي الإنساني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ٢٠١٣، ص ١٦٨.

إن تحقيق العدالة لا يتوقف عند إدانة المتهم وتوفير مختلف الضمانات^(١)، بل يجب العناية بالضحايا^(٢)، الأشخاص الذين انتهكت حقوقهم، فعلى خلاف المحاكم الجنائية السابقة، كمحكمة نورمبرغ وطوكيو^(٣)، والمحكمة الخاصة بيوغسلافيا سابقا والمحكمة الخاصة برواندا^(٤)، والمحكمة الخاصة بالسيراليون^(٥)، حاول نظام روما الأساسي إجراء نوع من الموازنة^(٦) بين حقوق جميع الأطراف الذين لهم صلة بالإجراءات القضائية التي تباشر

(١) انظر: المادة ٦٧ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(٢) يشمل لفظ الضحايا صنفين من الأشخاص:

- الأشخاص الطبيعيين المتضررين بفعل ارتكاب أي جريمة تدخل في نطاق اختصاص المحكمة.
- المنظمات والمؤسسات التي تتعرض لضرر مباشر في أي من ممتلكاتها المكرسة للدين أو التعليم أو الفن أو العلم أو الأغراض الخيرية، والمعالم الأثرية والمستشفيات وغيرها من الأماكن والأشياء المخصصة لأغراض إنسانية، انظر: نصر الدين بوسماحة، المحكمة الجنائية الدولية شرح اتفاقية روما مادة مادة، الجزء الثاني، دار هومة، ٢٠٠٨، ص ٦٩، وراجع أيضا: Jean-Baptiste Jeangéne Vilmer, Réparer l'irréparable, les réparations aux victimes devant la cour pénale internationale, Presses Universitaires de France, Paris, 2009, pp. 23-24.

(3) «Lors des procès de Nuremberg et de Tokyo qui se sont tenus de 1945 à 1948, le rôle des victimes était limité à celui de témoins. La notion de victime était alors totalement absente des statuts de ces tribunaux militaires internationaux chargés de juger les grands criminels de guerre européens et japonais de la Seconde Guerre mondiale. À l'instar des systèmes nationaux de tradition accusatoire, le rôle des victimes de la Shoah se limitait à apporter des éléments de preuve à titre de témoin», Voir: Edith-Farah Ellassal, op.cit., p.263.

(٤) إن الضحايا أمام المحكمتين الجنائيتين الدوليتين الخاصتين بيوغسلافيا سابقا ورواندا يستعملون كأدلة إثبات من طرف المدعي العام، فلا يمكن للضحية أن تتأسس كطرف مدني وتوكيل محامي للدفاع عن حقوقها، ولا يمكن لها المشاركة في الإجراءات والمطالبة بالتعويضات، انظر:

- Stéphanie Maupas, Juges, Bourreaux, Victimes, Voyage dans les prétoires de la justice internationale, Editions Autrement, Paris, 2008, pp. 20-21.

- وراجع أيضا: لوك والين، "ضحايا وشهود الجرائم الدولية: من حق الحماية إلى حق التعبير" المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من أعداد ٢٠٠٢، ص ص ٥٧-٥٨.

(5) «Le statut de la toute première instance « internationalisée », le Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL) créé le 16 janvier 2002 suite à l'accord intervenu entre le Conseil de sécurité et le gouvernement sierra léonais, précise que les dispositions réglementaires du TPIR s'appliquent mutatis mutandis à la conduite de ses procédures. Ainsi, à l'instar des instances ad hoc, le régime du TSSL n'offre aucune forme de participation active aux victimes», Voir: Edith-Farah Ellassal, op.cit., p.265.

(6) Il s'agit de « parvenir à un équilibre entre les droits des victimes et les droits de la personne accusée ». Voir, Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Affaire n° ICC-02/05-01/09, Decision on Applications a/0011/06 to a/0013/06, a/0015/06 and a/0443/09 to a/0450/09 for Participation in the Proceedings at the Pre-Trial Stage of the Case, 10 décembre 2009, par. 6.

أمام المحكمة الجنائية الدولية^(١)، وتعد فئة الضحايا والشهود^(٢) من الأطراف الأساسية التي روعيت حقوقها والمتمثلة في حق الحماية وحق المشاركة وحق التمثيل وحق التعويض.

♦ أولاً: حق الضحايا والشهود في الحماية:

تتمثل حماية الضحايا والشهود في اتخاذ مجموعة من التدابير من طرف أجهزة المحكمة، يكون الغرض منها تقادي تعرضهم لأي ضرر قد يهدد حياتهم أو سلامتهم الجسدية، أو النفسية أو قد يضر بمصالحهم أو مساعدتهم على تجاوز آثار الجرائم التي وقعوا ضحية لها، وقد أسندت هذه المهمة إلى وحدة المجني عليه والشهود التابعة لقلم المحكمة^(٣).

كما أن جميع أجهزة المحكمة تشترك للعمل على توفير الحماية للضحايا بالتنسيق مع وحدة المجني عليهم والشهود، وذلك وفقاً للنظام الأساسي والقواعد الإجرائية للمحكمة الجنائية الدولية، وبالتشاور - عند الاقتضاء - مع دائرة المحكمة والمدعي العام والدفاع^(٤). ويجوز لدائرة المحكمة، بناء على طلب من المدعي العام أو الدفاع أو أحد الشهود أو الضحية أو ممثله القانوني إن وجد، أو من تلقاء نفسه، وبعد التشاور مع وحدة الضحايا والشهود حسب الاقتضاء، أن تأمر باتخاذ تدابير لحماية الضحية^(٥) أو الشاهد أو أي شخص آخر معرض

(١) أنظر: نصر الدين بوسماحة، حقوق ضحايا الجرائم الدولية على ضوء أحكام القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٣٢.

(٢) أنظر: المادة (٤٣) فقرة ٦ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(٣) أنظر: المادة ٦٨ فقرة ١ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

- نبيل صقر، وثائق المحكمة الجنائية الدولية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ٢٠٠٧، ص ص ١٤٥-١٤٦.

(٤) القاعدة ١٧ من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

(٥) « Il est probable que ne seront autorisées à participer sous couvert d'anonymat que quelques victimes, voire aucune. En outre, la Chambre tiendra compte de l'anonymat d'une victime lorsqu'elle déterminera l'étendue de sa participation, protégeant ainsi l'équité de la procédure. Si la victime reste anonyme, cette participation sera sans doute très limitée, s'agissant des questions qui permettent de se prononcer sur les charges. Dans ce contexte, la possibilité pour des victimes de participer à la procédure sous couvert d'anonymat dans des circonstances exceptionnelles ne constitue pas une question susceptible d'affecter de manière appréciable le déroulement équitable ou rapide de la procédure ou l'issue du procès. Il n'ya donc pas lieu de croire que cette question fera sensiblement progresser la procédure. La Chambre rejette donc la demande d'autorisation d'interjeter appel concernant cette question ». Voir: Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Affaire n° ICC-01/04-01/06, Décision

للخطر نتيجة شهادة أدلى بها شاهد عملاً بالفقرتين ١ و ٢ من المادة ٦٨، وتسعى الدائرة، كلما كان ذلك ممكناً إلى الحصول على موافقة الشخص المطلوب اتخاذ تدابير الحماية من أجله قبل إصدار أمر باتخاذ هذه التدابير^(١).

وخلال إدلاء الضحية أو الشاهد بشهادته يمكن لدائرة المحكمة أن تعقد جلسة سرية^(٢) أو مع طرف واحد إذا اقتضى الأمر لكي تأمر بالسماح بحضور محام أو ممثل قانوني أو طبيب نفساني أو أحد أفراد الأسرة وعليها أيضاً التحكم في طريقة استجواب الشاهد أو الضحية لتجنب أي مضايقة أو تخويف مع إيلاء اهتمام خاص للاعتداءات على ضحايا جرائم العنف الجنسي^(٣).

relative aux requêtes, introduites par la Défense et l'Accusation, aux fins d'autorisation d'interjeter appel de la « Decision on Victims' Participation » Rendue le 18 janvier 2008, 26 février 2008, par. 11, et question E. de la requête « Les victimes qui participent à la procédure peuvent-elles demeurer anonymes ? », pars. 33 à 38.

(١) أنظر: القاعدة (٨٧ فقرة ١) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

(٢) إن اللجوء إلى السرية في الإجراءات يعدّ من الأمور التي أكدّ عليها نظام روما الأساسي، وكذلك أنظمة المحاكم الجنائية الدولية الأخرى، والسرية التي نحن بصدها تتمثل في السرية الكلية، والتي تعني إقصاء العامة والصحافة عن حضور المرافعات، راجع: محمد رشيد الجاف، الإطار القانوني لمشاركة المجني عليهم في الإجراءات الجنائية الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ص ١٤٢-١٤٣.

- استثناء من مبدأ علنية الجلسات المنصوص عليه في المادة ٦٧ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، لدوائر المحكمة أن تقوم، حماية للمجني عليهم والشهود أو المتهم بإجراء أي جزء من المحاكمة في جلسات سرية أو بالسماح بتقديم الأدلة بوسائل إلكترونية أو بوسائل خاصة أخرى، وتنفيذ هذه التدابير بشكل خاص في حالة ضحية العنف الجنسي أو الطفل الذي يكون مجني عليه أو شاهداً، ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك، مع مراعاة كافة الظروف ولا سيما آراء المجني عليه أو الشاهد، انظر: محمود شريف بسيوني، وثائق المحكمة الجنائية الدولية، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١٧٣.

(٣) أنظر: القاعدة ٨٨ من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

- وأثيرت هذه النقطة من قبل المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا سابقاً في قضية " تاديش"، حيث قبلت ثلاثة شهادات بناء على طلب المدعي العام مع إخفاء هوية الشاهد بناء على وجود اعتبارات خاصة، انظر: نصر الدين بوسماحة، حقوق ضحايا الجرائم الدولية على ضوء أحكام القانون الدولي، المرجع السابق، ص ٣٧.

♦ ثانياً: حق الضحايا والشهود في المشاركة في الإجراءات:

من الحقوق الأساسية التي منحت للضحايا وفقاً للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، حق المشاركة في الإجراءات القضائية التي تباشر أمامها⁽¹⁾، نظراً لكونه حق معترف به في الكثير من الدول⁽²⁾، والهدف من المشاركة هو تمكين الضحايا من تقديم وجهات نظرهم حول الوقائع وتقديم الطلبات المرتبطة بالقضية⁽³⁾، فالمصلحة الشخصية للضحية هي التي تسمح بوجود علاقة بين قضية معينة وحق الضحية في المشاركة في الإجراءات⁽⁴⁾.

(1) لقد نصت لائحتي المحكمتين العسكريتين الدوليتين لنورمبرغ وطوكيو على إمكانية اشتراك ضحايا الجرائم الدولية التي وقعت في الحرب العالمية الثانية بصفة شهود فقط، كما هو متبع في نظام القانون العام، ففي ظل هذا النظام تكون الحاجة إلى الضحية كمصدر للمعلومات فقط، ولا حاجة لظهوره بصفة الضحية، فالمدعي العام هو الذي يمثل الضحايا في الدعوى، وبالتالي فمن ليست لديهم شهادات مؤثرة لا يشاركون في الإجراءات، وكذلك الحال من باب أولى بالنسبة لذويهم، انظر:

- Arnaud M. Houédjissin, Les victimes devant les juridictions pénales internationales, Thèse Pour obtenir le grade de Docteur, Spécialité: Droit Privé, Université de Grenoble, 03/10/2011, p.45.

(2) Le droit de participer en qualité de victime est reconnu dans de nombreux pays, mais ce droit: « N'a aucun parallèle ou lien direct avec la participation des victimes aux procédures pénales, que ce soit dans le système juridique de la *common law*, tel qu'il s'est développé en Angleterre et aux Pays de Galles, où les victimes ne jouent aucun rôle et n'ont que le droit d'engager des poursuites privées, ou dans le système romano-germanique, où les victimes qui se constituent parties civiles ou procureurs auxiliaires ont des prérogatives très larges en matière de participation aux procédures pénales ». Voir: Opinion individuelle de M. le juge Georghios M. Pikis, Situation en République démocratique du Congo, Affaire le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06 OA8, Décision de la Chambre d'appel sur la demande conjointe des victimes a/0001/06 à a/0105/06 du 2 février 2007, relative aux Prescriptions et Décision de la Chambre d'appel, 13 juin 2007, par.11.

(3) « Il n'existe dans le cas de la CPI ni un droit de plainte ni un droit de se constituer partie civile. La participation des victimes aux procès, bien qu'elle soit codifiée et acceptée dans le Statut de Rome, est un régime plutôt permissif. L'appréciation de la recevabilité des demandes de participation est laissée à l'entière discrétion des juges. », Voir: Alain-Guy Tachou Sipowo, « Les aspects procéduraux de la participation des victimes à la répression des crimes internationaux », Les Cahiers de droit, vol. 50, n° 3-4, 2009, p. 718, in: <http://id.erudit.org/iderudit/039338ar>

(4) C'est l'intérêt personnel de la victime qui permet de faire le lien entre une affaire donnée et le droit de la victime d'y participer. Comme a relevé M. le juge Georghios M. Pikis: « A la question 'concernés par quoi?', il convient naturellement de répondre par 'la procédure menée devant la Cour', à laquelle la victime souhaite participer, parmi celles des victimes qui entrent dans le champ de la définition, quelles sont celles dont les intérêts sont concernés

وذلك أمام أجهزة المحكمة، كل حسب اختصاصاته، سواء تمت المشاركة بصفة شاهد^(١) أو ضحية^(٢)، وتمتد مشاركة الضحية في الإجراءات طيلة مراحل الدعوى، ابتداء من إمكانية تقديم المعلومات للمدعي العام لفتح تحقيق^(٣) إلى غاية الاستئناف في الأوامر التي تصدر

par une procédure donnée ? Il s'agit nécessairement des victimes qui ont subi des préjudices à la suite de la commission du ou des crimes qui font l'objet de l'enquête, de la confirmation des charges, du procès, de l'appel, de la révision ...ou de la procédure de réduction de la peine ... ». Voir: Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo , Affaire n° ICC-01/04-01/06 OA8 , Décision de la Chambre d'appel sur la demande conjointe des victimes a/0003/06 et a /0105/06 du 2 février 2007 , relative aux Prescriptions et Décision de la Chambre d'appel , 13 juin 2007 ,Opinion individuelle de M. le juge Georghios M. Pikis , par. 13.

(1) En revanche ,c'est une tout autre approche qui a été préconisée par le Président de la Chambre de première instance II , M. le juge Bruno Cotte en soumettant la possibilité des victimes de témoigner à trois conditions:

« a. La Chambre ne saurait permettre que la participation des victimes empiète sur le droit des accusés à être jugés sans retard excessif, tel que consacré à l'article 67-1-c.

b. La Chambre n'autorisera les représentants légaux de victimes à citer des témoins que dans la mesure où cela n'en fait pas des Procureurs auxiliaires.

La Chambre n'autorisera en aucun cas les victimes à déposer anonymement vis-à-vis de la Défense.

En outre, la Chambre doit s'assurer que la Défense dispose de suffisamment de temps pour se préparer, ce qui implique que la participation d'une victime ne saurait causer à la Défense de surprise injuste, à laquelle elle ne serait pas en mesure de réagir ». Voir: Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui, Affaire n° ICC-01/04-01/07, Instructions pour la conduite des débats et les dispositions conformément à la règle 140 , 1er décembre 2009, pars. 21,22.

(2) La CPI admet la participation des personnes possédant le double statut de victime témoin dans la mesure où il n'en résulte pas des effets adverses sur les droits de la défense. Voir: Procureur c. Katanga et Ngudjolo Chui, Décision relative a la demande de participation du témoin 166, 23 juin 2008, Doc. off. ICC-01/04-01/07-632-tFRA (09-02- 2009), par. 10 (CPI – Chambre préliminaire I) ; Procureur c. Lubanga Dyilo, Décision relative a la participation des victimes, 18 janvier 2008, Doc. off. ICC-01/04-01/06-1119- tFRA (13-02-2008), par. 132-135 (CPI – Chambre de première instance I).

(3) « Il n'est pas question d'un droit de plainte des victimes. Toutefois, dans la pratique, les victimes sont la mesure du caractère approprié ou nécessaire de la décision du Procureur d'ouvrir une enquête. C'est a partir du moment où il établit des bases raisonnables de poursuivre l'enquête qu'il peut demander l'autorisation de la Chambre préliminaire», Voir: Alain-Guy Tachou Sipowo, op.cit.p. 719.

- إن معيار خطورة الجريمة ومصالح المجني عليه يعدّ من أهم الأسس الذي ينطلق منه الادعاء العام في مهمته، وعليه يأخذ الادعاء العام في الحسبان وضع المجني عليه عند قراره في الشروع في التحقيق، أضف إلى ذلك أن القاعدة (١٦) من قواعد تنظيم عمل جهاز الادعاء العام أوجبت عليه وبالتنسيق مع وحدة المشاركة وجبر الأضرار التابعة للتسجيل - حسب المقتضى - أن يقيّم ويستلم وجهات نظر المجني عليه خلال جميع مراحل المقاضاة لكي يتم أخذ مصالحهم بعين الاعتبار، انظر: محمد رشيد الجاف، المرجع السابق، ص ١٥٤-١٥٥.

عن دوائر المحكمة المختصة^(١)، مما يجعل مشاركة الضحايا فعالة وتساهم في اظهار الحقيقة دون التأثير في إنصاف ونزاهة الإجراءات^(٢).

- في قرار المحكمة الجنائية الدولية الصادر في ١٧/٠٦/٢٠٠٦، والذي يعدّ أول وأهم قراراتها، منحت المحكمة للمجني عليهم حق الاشتراك في إجراءات التحقيق، راجع:

-See: PTCI, Situation in the Democratic Republic of the Congo, Decision on the Application for participation in the proceedings of VPRs 1.2.3.4, January 2006, Case No. ICC-011-04.

-David Lounici et Damien Scalia, « Première décision de la cour pénale internationale relative aux victimes: état des lieux et interrogations », Revue internationale de droit pénal, Vol. 76, N° 3, 2005, pp. 377-378-379, in: <http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2005-3-page-375.htm>

- Emile Matignon, « Le droit des victimes au procès équitable », Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique et Scientifique, Volume LXII, Janvier –Mars 2009, p.44.

- ولقد استند هذا الاجتهاد القضائي للدائرة التمهيدية إلى جملة من العوامل من أهمها: أن المحكمة كانت ترى أن هذه المشاركة وفي هذه المرحلة يتوافق وأغراض تبني فكرة المشاركة ذاتها في النظام الأساسي، والتي كانت غاية أساسية لوضعها، والذي كان انعكاسا لتطور الدور الإجرائي للمجني عليهم في القانون الدولي لحقوق الإنسان، وفي نطاق القانون الدولي الإنساني كذلك، وفي رأي المحكمة (الدائرة التمهيدية) فإن النظام الأساسي أعطى للضحايا دورا وصوتا مستقلا، وهذا يعني ضرورة تمتعهم بممارسة هذا الحق في جميع مراحل الإجراءات، راجع:

- William A. Schabas, An introduction to the International Criminal Court, Cambridge University Press, 2nd Edition, 2004, p. 172.

(١) أنظر: القاعدة ٨٩ من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

- وتتمثل مشاركة الضحايا من خلال تقديم معلومات للمدعي العام بموجب الفقرة الأولى من المادة ١٥ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أو تقديم شهادات شفوية أو خطية بموجب الفقرة الثانية من نفس المادة، ويلتزم المدعي العام بالمحافظة على سرية هذه المعلومات والشهادات وتخذ كافة الإجراءات الضرورية بحكم واجباته المنصوص عليها في النظام الأساسي، ويشارك أيضا الضحايا في إجراءات التحقيق ويخضع اشتراك الضحايا في جميع الإجراءات من حيث المبدأ إلى القاعدة ٨٩ من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

- ويتضح مما تقدم، بأن النظام الأساسي لم يمنح للمجني عليه حق الطعن بالاستئناف في قرارات الإدانة والبراءة والعقوبة الصادرة من الدائرة الابتدائية، وبإمكاننا أن نرجع هذا الأمر إلى سببين:

- السبب الأول: أن النظام الأساسي لم يخول للمجني عليه حق تحريك الدعوى ابتداء، وبصورة مباشرة بل أجاز له ذلك فقط بصورة غير مباشرة.

- السبب الثاني: المستنتج أن النظام الأساسي لم يعترف للمجني عليه بصفة الخصم أمام المحكمة الجنائية الدولية، نقلا عن: محمد رشيد الجاف، المرجع السابق، ص ٢٢٠.

(2) Voir: Le Procureur c. Germain Kantanga et Mathieu Ngudjolo Chui, Affaire n° ICC-01/04-01/07, Décision relative aux modalités de participation des victimes au stade des débats sur le fond ,22 janvier 2010, par. 67.

كما أن مشاركة الضحايا في الإجراءات لا يتعارض مع الحقوق المعترف بها للمتهم والمحددة في المادة ٦٧ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية^(١).
أما بالنسبة لمشاركة الشهود في الإجراءات فتشمل كل شخص يتم تكليفه بالحضور أمام القضاء، أو سلطة التحقيق لكي يدلي بما لديه من معلومات في شأن واقعة ذات أهمية في الدعوى الجنائية^(٢)، وينقسم الشهود إلى شهود الإثبات وشهود النفي، حيث يتم استجوابهم من طرف قضاة المحكمة ومن طرف المدعي العام بالإضافة إلى المتهم، وقبل الإدلاء بالشهادة يتعهد كل شاهد، بالتزام الصدق في تقديم الأدلة إلى المحكمة، وتكون بصفة شخصية، ويجوز للمحكمة أيضا أن تسمح بالإدلاء بإفادة شفوية أو مسجلة من الشاهد بواسطة تكنولوجيا العرض المرئي أو السمعي، فضلا عن تقديم المستندات أو المحاضر المكتوبة، بشرط ألا تمس هذه التدابير حقوق المتهم أو تتعارض معها^(٣)، ويكون الإدلاء بشهادة الزور بعد التعهد بالتزام الصدق، من الأفعال الجرمية المخلة بإقامة العدل، التي تعاقب عليها المحكمة بموجب المادة 70 من نظام روما الأساسي.

♦ ثالثا: حق الضحايا في التمثيل القانوني:

إن ممارسة الضحايا لحقوقهم في إطار أية دعوى قضائية، حتى على المستوى الوطني يحتاج إلى الإلمام بالحد الأدنى من المفاهيم القانونية، وهو أمر لا يتوفر غالبا لدى الضحايا ونظرا لكثرة تعقيد الإجراءات القضائية أمام المحكمة الجنائية الدولية، والتي تحتاج إلى كفاءة عالية في مجال المحاكمات الجنائية الدولية، هذه الأمور تجعل من

(1) La participation des victimes à la procédure « n'est pas, en soi, incompatible avec les droits que l'article 67 confère à l'accusé », toutefois la Chambre s'assurera que: « Le moment et les modalités souhaitées dans la demande de participation d'une victime à la procédure n'empiètent pas sur les droits consacrés par l'article 67, et que l'accusé bénéficie d'un procès équitable et rapide dont le champ ne dépasse pas le cadre fixé par les charges qui ont été retenues contre lui ». Voir: Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Affaire n° ICC-01/04-01/06 OA8, Décision relative à la participation des victimes, 18 janvier 2008, pars. 26-27.

(٢) محمد صالح العدلي، استجواب الشهود في المسائل الجنائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ص ١٧.

(٣) انظر: المادة ٦٩ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

الضروري تمتع الضحايا بحق التمثيل بواسطة خبراء قانونيين للدفاع عن مصالحهم طوال سير إجراءات المحاكمة^(١). وحرصا على حق الضحايا في التمثيل القانوني وضمان المساهمة الفعالة له في سير إجراءات المحاكمة العادلة أمام المحكمة^(٢). وإن كانت هذه الآلية الإجرائية لم تأتي على سبيل الإلزام فالمجني عليه له الخيار في ذلك، ويشكل هذا الحق أهم تحدي للمحكمة في ضوء النظام الإجرائي المتبع^(٣)، وقد أكدت في إحدى قراراتها على ما يوفره التمثيل القانوني من تحقيق الفعالية لإجراءاتها^(٤). وإعتمد في إطار المحكمة الجنائية الدولية نظام فريد من شأنه تدعيم عملية التمثيل القانوني للضحايا من خلال إنشاء مكتب عمومي لمحامي المجني عليهم من طرف مسجل المحكمة^(٥)، يشرف على تقديم المساعدة والدعم الضروريين لممثلي المجني عليهم القانونيين

(١) أنظر: الفصل الثامن من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

(2) « La prise en compte de la victime en tant qu'acteur au procès pénal devant la CPI constitue un progrès remarquable quand bien même des questions demeurent en suspens quant à la mobilisation et à la représentation de ces droits », Marie-Astrid Ponsolle, op.cit., p.8.

(٣) محمد رشيد الجاف، المرجع السابق، ص ١٢٤.

(4) Situation in Uganda in the Case of the Prosecutor V. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odiambo, Dominic Ongwen, 10 August 2007, Decision on Victim's Application for participation, No ICC 02/04, Uganda situation in Uganda, p.55.

(٥) يشكل إنشاء المكتب العمومي لمحامي الدفاع بتاريخ ١٩ سبتمبر ٢٠٠٥، الذي يكرس جهوده لتعزيز حقوق الدفاع وتمثيلها بإجراء الأبحاث بشأنها، وإبراز أهمية المسائل المتعلقة بالدفاع والسعي إلى تحقيق "تكافؤ الإمكانيات" للدفاع طوال جميع مراحل التحقيق والمحاكمة، ابتكارا هاما في البنية القضائية للمحاكم الجنائية الدولية، ويتألف موظفو المكتب من محامين متخصصين دائمي الاطلاع على المحكمة واجتهادها القضائي وبإمكانهم تقديم المساعدة القانونية الموضوعية الفورية إلى جميع المدعي عليهم وإلى فرق الدفاع، والمكتب مستقل تماما في ما يتعلق بمهامه الموضوعية، لكنه يتبع قلم المحكمة لأغراض إدارية فقط، ويتصرف المحامون والمساعدون العاملون في المكتب بصورة مستقلة. وتتمثل مهام المكتب العمومي لمحامي الدفاع في:

- تمثيل حقوق الدفاع وحمايتها في المراحل الأولية للتحقيق.
- تقديم الدعم والمساعدة إلى المحامي الدفاع والأشخاص الذين يستحقون المساعدة القانونية إما بتوفير المشورة القانونية أو بالمشول أمام دائرة من دوائر في إطار قضايا معينة.
- العمل محاميا مخصصا إذا عينته الدائرة أو محاميا مناوبا إذا اختاره مشتبته به لم يعين بعد محاميا دائما.
- في حالات نشوء نزاع بين الشخص الذي يستحق المساعدة القانونية والمحامي المكلف للدفاع عنه، يجوز للمسجل أن يعرض التوسط، ويمكن أن يطلب إلى المكتب العمومي لمحامي الدفاع أن يعمل كوسيط والمكتب العمومي لمحامي الدفاع

ومنها البحوث والمشورة القانونية، كذلك المثل أمام دائرة من الدوائر في إطار قضايا معينة ويكون المكتب تابع من الناحية الإدارية فقط لمسجل المحكمة ويعمل بصفة مستقلة تماما، أما بالنسبة للمحامين ومساعدتهم الذي يشكلون المكتب، فيجب أن تتوفر فيهم الكفاءة والخبرة ويتمتعون باستقلال تام في أداء وظائفهم^(١).

♦ رابعا: جبر الأضرار للمجني عليهم:

إن توفير الوسائل القانونية لنيل الحقوق ووسائل الجبر عن الأضرار التي لحقت بضحايا الجرائم الدولية يعتبر من أساسيات العدالة التصحيحية^(٢)، فلم يسبق لأية وثيقة دولية أن تطرقت لعملية جبر أضرار المجني عليهم بنفس الضمانات والإجراءات المنصوص عليها في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية^(٣)، ولا يمكن تحقيق الهدف الرئيسي من الاعتراف بالحقوق

في حد ذاته ليس مكتبا للمحامين العموميين، نظرا لأن نظام روما الأساسي يضمن حق المشتبه بهم والمتهمين في اختيار محاميهم، ولا يحدد المكتب إستراتيجية فرق الدفاع أو يتدخل فيها، إنما يساعدها على تمثيل موكلها تمثيلا جيدا وسريعا، فعلى سبيل المثال يزود المكتب العمومي لمحامي الدفاع فرق الدفاع الجديدة بالأدلة العملية والمذكرات البحثية، ويمكن لفرق الدفاع أن تطلب لاحقا إلى المكتب إجراء أبحاث تتعلق بالمسائل القانونية والإجرائية التي تنشأ في إطار القضايا التي تتولى الدفاع فيها.

- ويسعى المكتب العمومي لمحامي الدفاع باعتباره جزء من المحكمة الجنائية الدولية إلى تكوين ذاكرة مؤسسة للدفاع وإقامة مركز للموارد لفرق الدفاع، وقد قام المكتب من خلال اطلاعه على جميع القرارات ومحاضر الجلسات العلنية بإصدار موجزات قانونية شتى في مختلف المواضيع من قبيل القرارات الشفهية بشأن إجراءات المحاكمة ومشاركة المجني عليهم، ومعايير الاستئناف وما إلى ذلك، وتوزع هذه الموجزات التي تحدث بانتظام على جميع فرق الدفاع، ويتمثل أحد الأهداف الرئيسية للمكتب العمومي لمحامي الدفاع في نصرته المصالح العامة للدفاع، ويتولى المكتب الاتصال بالشركاء الخارجيين من أجل تعزيز الوعي إلى دور الدفاع وأهمية مبدأ تكافؤ الإمكانات بالنسبة إلى مفهوم العدالة الجنائية الدولية، للتفصيل أكثر، راجع: الدفاع أمام المحكمة الجنائية الدولية، في الموقع الإلكتروني: www.icc-cpi.int

(١) أنظر: القاعدة ٢٢ من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

(٢) محمود شريف بسيوني، النزاعات الدولية والحاجة إلى عدالة ما بعد النزاعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠،

ص ٦٩.

(٣) لم يشر النظامين الأساسيين للمحكمتين الجنائيتين الدوليتين الخاصتين بيوغسلافيا سابقا ورواندا إلى أي دور للضحايا أو الحقوق التي يمكنهم المطالبة بها، واكتفيا في إطار القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات بإحالة الضحايا على المحاكم الوطنية المختصة للمطالبة بالتعويضات، وكانت هذه هي النقطة الوحيدة التي تطرقت فيها المحكمتين إلى مكانة الضحايا

السابقة وهو تمكين الضحايا من الحصول على أكبر قدر من الإنصاف دون جبر الأضرار^(١)، ويستفيد الضحايا من هذا الحق طبقاً لنظام روما الأساسي بعد إدانة المتهم^(٢)، إذ يجوز للمحكمة إلى جانب توقيعها عقوبة سالبة للحرية وفرضها غرامات مالية على الشخص المدان أن تصدر أوامر مباشرة ضد نفس الشخص تحدد فيه أشكالاً ملائمة من أشكال جبر أضرار المجني عليهم أو فيما يخصهم بما في ذلك رد الحقوق والتعويض، ورد الاعتبار^(٣).

١ - رد الحقوق:

يقصد برد الحقوق أن يعيد المجرم أو الشخص المدان إلى الضحية الحقوق التي انتهكها الفعل الإجرامي، وينصب رد الحق على الممتلكات أو الأموال التي تم الاستيلاء عليها بصورة مباشرة أو غير مباشرة، نتيجة السلوك الإجرامي الذي يحاكم عليه الشخص، أما إذا اقتصر السلوك الإجرامي على ارتكاب أفعال تحدث أضراراً مادية ونفسية بالضحية

بعد اعتماد لوائح إجرائية مقتبسة من النظام الأنجلوساكسوني، باعتبارها تهدف إلى حماية الضحايا بوصفهم شهوداً، لا بوصفهم متضررين من الجرائم الدولية المرتكبة، انظر:

- Philippe Expert, «La voix des victimes», in: le Tribunal Pénal International de La Haye: le droit à l'épreuve de la "purification ethnique", (ouvrage collectif), sous la direction de Gérard Marcou, L'Harmattan, 2000, p. 184.

- Voir aussi: J'espère Imembe Koyoronwa, La réparation devant la Cour Pénale Internationale, Editions Universitaires Européennes, Allemagne, 2001, p.3.

(١) إذا أخذنا على سبيل المثال إعلان الأمم المتحدة بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة واستعمال السلطة، نجد أنه لم يتجاوز حد التأكيد على المبادئ الأساسية التي ينبغي أن تستند عليها حقوق الضحايا بما فيها جبر الأضرار، وإن الاكتفاء بإقرار المبادئ دون تحديد الإجراءات والآليات القانونية التي تسمح بتجسيدها على الواقع يجعل منها مبادئ وهمية، انظر: نصر الدين بوسماحة، حقوق ضحايا الجرائم الدولية على ضوء أحكام القانون الدولي، المرجع السابق، ص ٤٨.

(2) « Obtenir réparation ,être autorisées à , participer à la vérification des faits et établir la vérité, veiller à ce qu'il ne soit pas porté atteinte à leur dignité au cours du procès et à ce que leur sécurité ne soit pas mise en danger, ou se voir reconnaître la qualité de victime dans le contexte de l'affaire,... ». Voir: Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Affaire n° ICC-01/04-01/06, Décision relative a la participation des victimes, 18 janvier 2008, par. 97.

(٣) انظر: المادة ٧٥ فقرة ٢ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

كأفعال القتل والتعذيب وغيرها، فإن المطالبة برد الحقوق يصبح بمثابة إجراء غير مناسب مقارنة بالتعويض ورد الاعتبار^(١).

٢ - التعويض:

يقصد به دفع مبلغ مالي للضحية عن الإصابات الجسدية أو النفسية أو غيرها من الأضرار المتكبدة جراء الجريمة المرتكبة، ويمثل التعويض حقا أساسيا ينبغي أن يعترف به للضحايا في إطار عملية جبر الأضرار^(٢)، حيث يوفر لهم المزيد من الثقة في نظام العدالة لما يمثله من اعتراف بالأذى الذي يحل بهم نتيجة الفعل الإجرامي^(٣)، وتقدر المحكمة نطاق الضرر^(٤) ومقداره أو الخسارة أو الأذى بناء على طلب المتضررين أو بمبادرة منها^(٥)، وتصدر على ضوء ذلك أوامر بدفع التعويضات المناسبة التي يمكن أن تشمل التعويض النقدي^(٦).

(١) نصر الدين بوسماحة، حقوق ضحايا الجرائم الدولية، حقوق ضحايا الجرائم الدولية، المرجع السابق، ص ٥٠.
- ورد حق الضحايا في رد الحقوق في المادة ٧٥ فقرة ٢ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والمادة ٢١ من النظام الأساسي للمحكمة الخاصة بيوغوسلافيا سابقا، والمادة ٢٣ من النظام الأساسي للمحكمة الخاصة برواندا، والمادة ١٩ من النظام الأساسي لمحكمة سيراليون، وكذا الفقرة ٨ من إعلان الجمعية العامة للأمم المتحدة لعام ١٩٨٥.
(2) « Le régime de réparation de la CPI est un régime « mixte » à cheval entre l'approche de la question des réparations en matière d'action civile et l'approche administrative des réparations initiée dans les contextes de la justice transitionnelle.», Rachele Kouassi, « Le système de réparation de la CPI: Analyse à la lumière de l'ordonnance de réparation dans l'affaire Thomas Lubanga Dyilo », in: Vingt ans de justice internationale pénale, Sous la direction de Diane Bernard et Damien Scalia, p.173.

(٣) نصر الدين بوسماحة، حقوق ضحايا الجرائم الدولية على ضوء أحكام القانون الدولي، المرجع السابق، ص ٥٢.
(٤) تجدر الإشارة إلى أنه لم يتم تعريف مصطلح الضرر في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ولا في القواعد الإجرائية والإثبات، والمألوف قانونا وفقها وقضاءا، يشترط في الضرر أن يكون حقيقيا ومؤكدا ومباشرا أو غير مباشر ناتج عن نشاط غير قانوني، وقد يتمثل هذا الضرر بضرر جسدي أو عقلي أو ضرر معنوي (أدبي، عاطفي)، أو خسارة اقتصادية، انظر: محمد رشيد الجاف، المرجع السابق، ص ٩٨.

(٥) محمود شريف بسيوني، وثائق المحكمة الجنائية الدولية، دار الشروق، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥، ص ١٩٦-١٩٧.

(٦) تراعي المحكمة قبل إصدار أمر التعويض، حالة المدان أو المجني عليه أو الأشخاص الثالثة الحسني النية. وللمحكمة أن تصدر أمرا بالتعويض للمجني عليهم وأسرهم من صندوق التأمين الذي يغذي بأموال الغرامات والمصادرات، انظر: القاعدة ٩٨ من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

٣- رد الاعتبار:

يقصد برد الاعتبار مساعدة الضحايا على الاستمرار في العيش في ظروف عادية قدر المستطاع، عن طريق توفير جملة من الخدمات والمساعدات في مختلف مجالات الحياة وقد اعترف بهذا الحق للضحايا باعتباره أحد أشكال جبر الضرر^(١). وبالنظر إلى طبيعة المساعدات التي تحصل عليها الضحايا في إطار عملية رد الاعتبار، فإنه يصعب من الناحية العملية على الأقل أن يحكم بها كجزء من العقوبة على الشخص المدان، بحيث يضاف إلى العقوبة السالبة للحرية وأوامر المصادرة والتغريم ودفع المستحقات، الحكم عليه بتقديم خدمات طبية أو نفسية أو اجتماعية، وقد روعي هذا الجانب من طرف واضعي اتفاقية روما في الفقرة الثانية من المادة ٧٥، إذ نصت فيما يتعلق بتنفيذ جميع أوامر جبر الضرر على إمكانية التنفيذ حيثما كان مناسباً، عن طريق الصندوق الإستئماني^(٢).

- تجدر الإشارة إلى أن المحكمة لا تستطيع فرض أمر التعويض على الدولة حتى لو تمكنت من إسناد أفعال الفرد الإجرامية إلى الدولة، وذلك من دون المساس بحقوق المجني عليه النابعة من القانون الوطني أو الدولي حيث له أن يدعي بهذه الحقوق أمام محكمة أخرى، انظر: قيدا نجيب حمد، المحكمة الجنائية الدولية، نحو العدالة الجنائية الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص ١٩٦.

(١) انظر: نصر الدين بوسماحة، حقوق ضحايا الجرائم الدولية على ضوء أحكام القانون الدولي، المرجع السابق، ص ٥٦.

- لكن ولسوء الحظ، لا ينص النظام الأساسي على إمكانية الحكم على الشركاء في الجرم أو على الذين أصدرت تعليمات لتنفيذهم وهم قد يكونون أشخاصاً معنويين أو حتى دولاً، مع العلم أن المشروع الأساسي كان قد نظر في إمكانية صياغة حكم من هذا القبيل، ولقي تأييداً من قبل العديد من الدول ومعظم المنظمات غير الحكومية، راجع: لوك والين، المرجع السابق، ص ص ٦٤-٦٥.

(٢) راجع: نصر الدين بوسماحة، المحكمة الجنائية الدولية شرح اتفاقية روما مادة مادة، المرجع السابق، ص ١٠٧.

- تنفيذاً لما ورد في الفقرة ١ من المادة ٧٩ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أنشئ الصندوق الإستئماني بموجب القرار رقم ٦ الصادر عن جمعية الدول الأطراف في دورتها الأولى المنعقدة بتاريخ ٩ سبتمبر ٢٠٠٢، يشرف عليه مجلس إدارة مكون من خمسة أفراد من جنسيات مختلفة، يراعي فيهم التوزيع الجغرافي العادل، إضافة إلى تمثيل عادل للرجال والنساء على حد سواء تنتخبهم جمعية الدول الأطراف لفترة ثلاثة سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة، يجتمع مجلس الإدارة مرة واحدة على الأقل في السنة بمقر المحكمة، إضافة إلى عقد اجتماعات أخرى كلما دعت الحاجة إلى ذلك، ويجوز للمجلس المشاركة في اجتماعات مجلس الإدارة لتقديم المساعدة الإدارية والقانونية اللازمة لضماناً لحسن التسيير، ويشارك بصفته مستشاراً لا يحق له التدخل ضماناً لحسن التسيير، ويشارك بصفته مستشاراً لا يحق له التدخل في اتخاذ قرارات مع مجلس الإدارة.

ويحتاج تنفيذ أوامر المحكمة الخاصة برد الاعتبار للضحايا إلى الاستعانة بموظفين وخبراء على كفاءة عالية من الخبرة في مجالات تخصصاتهم، سواء كانوا معتمدين من قبل المحكمة مباشرة كالأخصائيين النفسانيين والاجتماعيين، أو عن طريق الاستعانة بمنظمات تقدم خدمات لفائدة الضحايا^(١).

◆ خاتمة:

إن مقتضيات العدالة والإنصاف لضحايا الجرائم الدولية لا تقف عند حدّ إدانة المتهم وتوقيع عقوبات سالبة للحرية، بل تتعداها إلى تعويض هؤلاء الضحايا عن الأضرار التي لحقت بهم جراء الجرائم المرتكبة، فالمسؤولية الجنائية الفردية قد تتخذ إما صورة عقوبات سالبة للحرية أو عقوبات مالية كالغرامات ومصادرة الممتلكات وجبر الأضرار، أو كلاهما معاً، ويمثل النوع الثاني من العقوبات الجانب الإصلاحية أو التعويضية بالنظر إلى كونه يتعلق أكثر بحقوق الضحايا والشهود وليس بحق المجتمع الدولي في المحاكمة والعقاب.

-
- أما عن طرق تمويل الصندوق الإستئماني فقد حددتها الفقرة ٢ من قرار جمعية الدول الأطراف رقم ٦ في:
- الهبات أو الاشتراكات الطوعية المقدمة من الحكومات أو المنظمات الدولية أو الخواص والشركات وهيئات أخرى طبقاً للمعايير التي تحددها جمعية الدول الأطراف.
- الأموال المتأتية من الغرامات والمصادرات التي تدفع للصندوق بناء على أمر من المحكمة عملاً بالفقرة ٢ من هذه المادة.
- الأموال المدفوعة للصندوق تنفيذاً لأوامر جبر الضرر.
- أي موارد أخرى قد تحددها جمعية الدول الأطراف لتمويل الصندوق، وللتفصيل أكثر، انظر: نصر الدين بوسماحة، حقوق ضحايا الجرائم الدولية على ضوء أحكام القانون الدولي، المرجع السابق، ص ص ٦٢-٦٣-٦٤.
- (١) انظر: محمود شريف بسيوني، وثائق المحكمة الجنائية الدولية، المرجع السابق، ص ٩٩.
- لقد أولت مسألة نوعية الخدمات التي تقدم للضحايا، وكذا الأشخاص المكلفين بالإشراف عليها، قيمة عالية من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة، جعلتها من بين المبادئ الأساسية التي ينبغي مراعاتها في مساعدة الضحايا ورد الاعتبار لهم، هو ما يجعل الأخذ بها ضمن آليات عمل المحكمة مسألة ضرورية، انظر: نصر الدين بوسماحة، حقوق ضحايا الجرائم الدولية على ضوء أحكام القانون الدولي، المرجع السابق، ص ٥٧.

إن حرص المجتمع الدولي الشديد على عدم إفلات مرتكبي الجرائم الدولية من العقاب يساهم بطريقة مباشرة في استيفاء ضحايا هذه الجرائم الدولية لحقوقهم، حيث عرف المركز القانوني لضحايا الجرائم الدولية تطورا كبيرا في إطار المحكمة الجنائية الدولية. لكن المحكمة الجنائية الدولية كهيئة قضائية دولية تجد صعوبة في اصدار أحكام قضائية منصفة للضحايا والشهود، بالاضافة الى محدودية موارد المحكمة، يجعلها غير قادرة على تعويض جميع الضحايا المتضررين من الجرائم الدولية⁽¹⁾.

(1) Selon McCarthy: « (...) an international institution is not necessarily best placed to reach finely balanced judgments on the polycentric and often very controversial issues to which the provision of victim redress gives rise. Furthermore, resources will be limited. It will be entirely unrealistic for the Court to provide reparations to all those who are potentially eligible (...)», Voir: Rachele Kouassi, op.cit., pp. 185-186.

القسم الثاني: دراسات في القانون

- الالتزام بكتمان السر الطبي، المفهوم، الحدود، والجزاء.
- ضرر الولادة المنيوذة اللاحق بالمولود: دراسة مقارنة.
- موقف المشرع الأردني من شرط الاختصاص القضائي الدولي في ضوء قانون النقل متعدد الوسائط لعام ٢٠١٨.
- قواعد الاسناد ذات الطبيعة المادية، دراسة تأصيلية نقدية.
- حق الشريك المتضامن الباقي على قيد الحياة في الملكية الشائعة في القانون الإنكليزي دراسة مقارنة بالقانونين اللبناني والعراقي.
- تأشير البنك المسحوب عليه على الشيك (أحكامه وحالاته)، (دراسة مقارنة).

الإلتزام بكتماؤ السر الطبي

المفهوم، الحدود، والجزاء

د. شنة زواوي^(١)

إن الحفاظ على السر قد ارتبط منذ تاريخ البشرية بالحياة الاجتماعية للأدمي فمن منا لا يذكر قصة سيدنا يوسف عليه السلام، حينما رأى في منامه، أنه قال لأبيه يعقوب: ﴿...يا أبتِ إنِّي رأيتُ أحدَ عشرَ كوكباً والشمسَ والقمرَ رأيتُهُم لي ساجدين﴾ وحينما قصَّ هذه الرؤيا على أبيه يعقوب، لِنَتَذَكَّرَ جميعاً ماذا قال له..؟! قال له: ﴿يا بني لا تَقْصُصْ رُؤْيَاكَ عَلَى إِخْوَتِكَ فَيَكِيدُوا لَكَ كَيْدًا...﴾^(٢)، إذا هنا يخبرنا القرآن الكريم، مدى ما يمكن أن يوقعه هذا الإفشاء لسيدنا يوسف من الأذى والضرر.

وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه: (سرك أسيرك فإذا تكلمت به صرت أسيره. فأمناء الأسرار أقل وجوداً من أمناء الأموال وإن محافظتك على الأموال هو أيسر عليك من المحافظة على الأسرار وحمل الأسرار هو أثقل على الإنسان من حمل الأموال). كما قيل في الأثر: (انفرد بسرك لا تودعه حازماً فيزل ولا جاهلاً فيخون)^(٣).

إذا كان هذا هو الإطار المفاهيمي للسر في الحياة الاجتماعية فإنه إذا ارتبط بمهنة الطب اتخذ مفهوماً مقارباً بحيث قال أحد الأطباء بمناسبة مداخلة ألقاها في الأكاديمية

(١) أستاذ محاضر في كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس (الجزائر)

(٢) الآيتان ٠٤ و ٠٥ من سورة يوسف.

(٣) أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري، الماوردي، أدب الدنيا والدين، دار الكتب العامة، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٨٧، ص ٢٦٦.

الفرنسية لعلوم الأخلاقيات والعلوم السياسية بتاريخ ٠٥ جوان ١٩٥٠ أنه: "لا طب بدون ثقة ولا ثقة بدون سرية ولا سرية بدون سر طبي"^(١).

« Il n'y a pas de médecine sans confiance, de confiance sans confidence et de confidence sans secret ».

لهذا كان الطبيب منذ ما يزيد عن ٤٠٠ سنة قبل الميلاد يؤدييمين أبو قراط "Le serment d'Hippocrate"^(٢) بحيث أن كتمان السر وعدم جواز إفشائه ليس التزاما ضروريا فحسب، بل شرطا للالتحاق بمهنة الطب.

فلا شك أن علاقة المريض بطبيبه المعالج سواء اختاره المريض بنفسه أو اضطر إلى العلاج لديه، كما هو حال الطبيب في المستشفى العام يقوم على أساس الثقة المتبادلة، والتي تتضح من خلال بوح المريض بالكثير من الأسرار للطبيب ليأتمنه عليها، كالمرض الوراثي المزمن أو الخطير والتي تعد ضرورية في تشخيص الداء وتحديد العلاج المناسب له.

ولا شك أن هناك أقوالا كثيرة في المحافظة على السر الطبي قد تجعل القارئ يظن أن هذا الموضوع قديما مستهلكا، ولكن المتتبع للتطورات التي عرفها الطب والمجتمع جعلت من السر الطبي موضوعا قديما جديدا؛ بحيث أن ممارسة الطب في إطار فريق طبي أسفر عن ظهور مفهوم جديد للسر يدعى "السر المشترك أو المجزأ بين أعضاء الفريق الطبي"، كما أن استعانة الطبيب في عمله بالأخصائيين في علوم الطب المختلفة كالبيولوجيين وأطباء وتقنيو التصوير بالأشعة وأطباء وتقنيو إعادة التأهيل الوظيفي وإعادة تربية الأعضاء جعل السر الطبي يتجاوز حدود العلاقة بين الطبيب المعالج والمريض، كما أن اختصاص الطبيب بتحرير الوصفات الطبية والشهادات الطبية التي تثبت سلامة الجسم أو مرضا

(1) Lucien ACCAD et Maryse CAUSSIN-ZANTE, Les nouvelles obligations juridiques du médecin ; éd. Alexandre Lassagne et ESKA, 2000, p 57.

(2) «Admis dans l'intérieur des maisons, mes yeux ne verront pas ce qui s'y passe, ma taira les secrets qui ne seront confiés, et mon état ne servira pas à comprendre les mœurs, ni à favoriser le crime... ». Lucien ACCAD et Maryse CAUSSIN-ZANTE, op.cit., p 59.

معينا أو عجزا عن العمل للاستفادة من أدوات نقدية أو عينية أو عطلة مرضية أو تأمين عن المرض... الخ جعلت السر الطبي يتجاوز غاية العلاج إلى أغراض اجتماعية أخرى. كما أن انتشار الأمراض الخطيرة التي يستعصى أو لا يرجى شفاؤها جعلت السر الطبي مرتبطا بحق المريض في الإعلام وحقه في رفض الإفشاء إلا للأشخاص الذين يحدددهم مسبقا. في ذلك كله لم تقف نصوص القانون وأحكام القضاء الفرنسي مكتوفة الأيدي أمام تلك المستجدات وتبعه في ذلك القانون والقضاء الجزائريين. كما أن اختيار هذا الموضوع بالدراسة يهدف إلى:

- تسليط الضوء على أهم التزام من التزامات الطبيب وهو كتمان السر الطبي الذي يعد جوهر ممارسة مهنة الطب بحيث جعل الطبيب من أهل الثقة الاضطرارية دون محض اختيار المريض.
- محاولة إيجاد حلول لأهم الإشكالات القانونية التي يطرحها السر الطبي على أرض الواقع كمشكلة مدى أحقية ورثة المريض في التمسك بالسر الطبي لمورثهم في مواجهة الطبيب والحلول الممكنة لمسألة التعارض بين السر الطبي والشهادة أمام القضاء وقبل ذلك كله رضا المريض وأثره على المسؤولية القانونية للطبيب إضافة إلى إشكالات أخرى مدرجة في ثنايا البحث.
- إبراز أهمية السر الطبي في رفعة مكانة الأطباء وعلو مقامهم في المجتمع فوصفوا بأصحاب المآزر البيضاء التي على يدها وليس بيدها الشفاء ومستودع أسرار المرضى مما انعكس بدوره على مهنة الطب والدليل على ذلك اشتراط كليات الطب في كافة دول العالم على من يختار الدراسات الطبية أن يكون من حاملي المعدلات المرتفعة في شهادات البكالوريا.
- جلب نظر الأطباء إلى أهمية التزامهم بالحفاظ على السر الطبي وعواقب إفشائه.
- تبصير المرضى بحقهم في متابعة الطبيب المنتهك للسر جزائيا وتأديبيا والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي سببه لهم الإفشاء.

فقد حاولت البحث في بيان مضمون التزام الطبيب وغيره من خلال البحث في بيان مضمون التزام الطبيب وغيره ممن لهم علاقة بالعمل الاستشفائي بالحفاظ على السر الطبي وحدود هذا الالتزام والجزاء المترتب عن الإخلال به ؛ بحيث جاء في المبحث الأول ماهية كتمان السر الطبي من خلال المطالب المدرجة فيه ممثلة في الحماية التشريعية للسر المهني ومدى علاقته بالحياة الخاصة للمريض ونطاق التزام الطبيب بكتمان السر الطبي قاصداً بذلك النطاق الموضوعي والذي فيه بيان شروط الواقعة أو المعلومة محل السر الطبي ومفهوم الإفشاء الخاطئ والنطاق الشخصي وفيه السر الطبي الفردي والسر الطبي المشترك أو الجزأ والنطاق الزمني للسر الطبي معالجا إشكالية ما إذا كان السر الطبي ينهي بشفاء المريض أو بموته أو بموت الطبيب. أما المبحث الثاني فخصص لدراسة الإفشاء المباح من خلال بيان الحالات التي لا يشكل فيها الإفشاء خطأ من جانب الطبيب أو كل من كانت له علاقة بالعمل الطبي سواء بحكم المهنة أو الواقع.

المبحث الأول

ماهية السر الطبي

لا مرية أن كتمان السر الطبي قد تقرر أخلاقيا وقانونيا لمصلحة المريض بحيث أنه يفرض على الطبيب وكل متدخل في العمل الطبي بحكم المهنة أو الواقع لذلك لم تتوان النصوص القانونية لحظة في تدوينه بحيث قررت جزاءا جنائيا لمنتهكيه فضلا عن الجزاء التأديبي الذي تقرره أخلاقيات مهنة الطب وقوانين الوظيف العمومي إذا كان العمل ممارسا في مرفق عام استشفائي⁽¹⁾.

غير أنه رغم ارتباط السر بالحياة الخاصة للمريض وإعادة النص عليه بنصوص خاصة إنما يدل على الأهمية-فوق العادة- التي يمتاز بها هذا المفهوم في إطار ممارسة المهنة.

(1) لمزيد من التفاصيل حول العمل الاستشفائي العام راجع طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، الجزائر، دار هومة، ط1، 2002.

وعليه يصبح ضروريا البحث في تحديد مفهوم السر الطبي وشروط الوقائع والمعلومات التي تشكل محلا له ومتى يكون الإفشاء خاطئا يوجب مسؤولية المفشي به وهل اشترط القانون كيفيات يتحقق بها الإفشاء وهل الباعث النبيل على الإفشاء يشفع للمفشي بالسر أمام أحكام القانون والقضاء . وهل يمتد السر الطبي ليشمل كل من علم به بحكم العمل مع الطبيب أو علاقته المهنية به أم أن مسؤولية الطبيب تقوم على أساس المسؤولية عن عمل الغير وهل السر الطبي أبدي بحيث لا يزول بموت الطبيب أو من في حكمه أو المريض، وهل لورثة المريض حق مساءلة الطبيب أو من في حكمه عن الإفشاء بعد الوفاة؟

المطلب الأول: الحماية القانونية للسر الطبي

عادة المشرعين في قانون العقوبات عدم تجريم الفعل مرتين بحيث يكتفون ببيان الحق المحمي قانونا والعقوبة المقررة للاعتداء عليه وأن حدث ذلك في نصوص التجريم فإن ذلك قد يفسر على أنه تكرار بلا معنى كما يحدث عادة في نصوص التجريم الخاصة - بحيث يعيد المشرع النص العام المقنن في قانون العقوبات في القانون الخاص - كما هو الحال تماما في قانون مكافحة الفساد، وإما أن التجريم بنص خاص قد عمد المشرع للفت الانتباه إلى أهمية الحق المراد حمايته وغلق باب التأويل والاجتهاد حول التكييف القانوني والدفع بعدم التجريم لانعدام الركن الشرعي للجريمة. وذلك ما حدث فعلا في قانون العقوبات الجزائري الفرنسي والمصري بحيث أن القانون جرم فعل الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة التي يعد السر المهني عموما والسر الطبي بشكل خاص جزءا لا يتجزأ منها وجرم إفشاء السر المهني بموجب نص آخر. فهل كان ذلك نتيجة عجز النص المجرم لفعل الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة على احتواء السر الطبي أم أن غاية القانون تبصير الأشخاص عموما وأصحاب الوظائف والمهن بأهمية الحق المراد حمايته.

كما أن تحديد شروط الواقعة محل السر الطبي والكيفيات التي يتحقق بها الإفشاء قد حضي باهتمام الفقه والقضاء .

♦ الفرع الأول: السر الطبي وعلاقته بالحياة الخاصة للمريض.

أولاً: النصوص المرجعية الحمائية للسر الطبي.

جرّم المشرع الجزائري إفشاء السر المهني - لم يسم المشرع في قانون العقوبات السر الطبي بـ(الطبي) ولكن المثال النموذجي للسر المهني في النص هو السر الطبي - وقرر لفعل الإفشاء عقوبة الحبس والغرامة بحيث نصت المادة ٣٠١ من ق.ع.ج على أنه: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من ٢٠,٠٠٠ إلى ١٠٠,٠٠٠ دج الأطباء والجراحون والصيادلة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك.

ومع ذلك فلا يعاقب الأشخاص المبينون أعلاه رغم عدم التزامهم بالإبلاغ عن حالات الإجهاض التي تصل إلى علمهم بمناسبة ممارسة مهنتهم بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا هم أبلغوا عنها فإذا دعوا للمثول أمام القضاء في قضية إجهاض يجب عليهم الإدلاء بشهادتهم دون التقيّد بالسر المهني.

يلاحظ أن استعمال المشرع لعبارة - جميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة - تفيد أن الطبيب والجراح والصيادلة والقابلة ذكروا على سبيل المثال لا الحصر كما أنه لتطبيق هذه المادة يشترط أن يتم الإفشاء في غير الحالات التي يأمر فيها القانون صراحة بالإفشاء.

أما من حيث الجزاء التأديبي فإن قانون الوظيفة العامة الجزائري قد كيف إفشاء السر المهني من طرف الموظف خطأً تأديبياً من الدرجة الثالثة وقرر له عقوبة تتراوح بين التوقيف عن العمل من ٠٤ أربعة أيام إلى ٠٨ ثمانية أيام والتنزيل من درجة إلى درجتين والنقل الإجمالي^(١)، كما نص قانون حماية الصحة وترقيتها^(٢) على ضرورة كتمان السر

(١) راجع نصوص المواد ١٦٠-١٨٥ من القانون رقم ٠٦-١٢ المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة، ج.ر.ج.ع.

عدد ٧٢، المؤرخ في ١٥-١١-٢٠٠٦.

(٢) القانون رقم ٨٥-٠٥ المؤرخ في ١٦-٠٢-١٩٨٥، ج.ر.ج.ع. عدد ٠٨، المؤرخة في ١٧/٠٢/١٩٨٥، المعدل

والمتتم.

الطبي بحيث نصت المادة ٢٠٦/٠١ منه على أنه: "يضمن احترام شرف المريض وحماية شخصيته بكتمان السر المهني الذي يلزم به كافة الأطباء وجراحو الأسنان والصيدالدة". كما نصت المادة ٢٣٥ منه على انه تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة ٣٠١ من قانون العقوبات على من لا يراعي إلزامية السر المهني المنصوص عليه في المادتين ٢٠٦ و٢٢٦ من هذا القانون. "كما نظمت أخلاقيات مهنة الطب^(١) السر الطبي في المواد من ٣٦ إلى ٤١ بحيث نصت المادة ٦٣ منها على أنه: " يشترط في كل طبيب أو جراح أسنان أن يحتفظ بالسر المهني المفروض لصالح المريض والمجموعة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك". أما من حيث العقوبات المقررة من طرف المجلس الجهوي لأخلاقيات مهنة الطب فإنها مقصورة على الإنذار والتوبيخ إلا أنه بإمكان المجلس أن يقترح على السلطة الإدارية المختصة منع ممارسة المهنة^(٢).

أما من حيث الجزاء المدني فإن انتهاك السر الطبي بالإفشاء يترتب عنه قيام المسؤولية المدنية سواء عقدية-في حالة وجود العقد الطبي-أو تقصيرية في حالة انعدام العقد الطبي- كطبيب المستشفى العمومي- أو انتهائه وإن كان الأساس الذي تقوم عليه مختلفا بحيث يكون المفشي مسؤولا عن خطئه الشخصي كما قد يكون مسؤولا عن خطأ الغير متى توافرت شروط مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه^(٣) وقد تكون المسؤولية مشتركة فيكون المفشون بالسر متضامنين في تعويض صاحب السر كما سيأتي بيان ذلك في حينه.

ثانيا: مدى إمكانية الاستعاضة بالحماية التشريعية المقررة للحياة الخاصة للاستغناء عن الحماية القانونية للسر الطبي.

لا شك أن السرية ترتبط ارتباطا وثيقا بخصوصية الإنسان فحرمة الحياة الخاصة تقتضي أن يكون للإنسان حق في إضفاء نوع من السرية على مشتملاتها التي لم تكن محل إجماع من طرف الفقه والقضاء لاختلافها باختلاف الزمان، المكان، ومستوى الأخلاق السائدة في

(١) المرسوم التنفيذي ٩٢-٢٧٦، المؤرخ في ٠٦/٠٧/١٩٩٢، ج.ج.ج.ج. عدد ٥٢، المؤرخة في ٠٨/٠٧/١٩٩٢.

(٢) راجع المادة ٢١٧ من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية، سألقة الذكر.

(٣) عشوش كريم، العقد الطبي، الجزائر، دار هومة، ط١، ٢٠٠٧، ص ٠٧.

المجتمع، طبيعة النظام السياسي، درجة شهرة الشخص، ومستواه العلمي والثقافي والاجتماعي... الخ^(١)، ومن ثمة يشكل الحق في السرية جوهر الحياة الخاصة ولما كان الأمر كذلك فهل بالإمكان القول بامتداد الحماية القانونية بكافة صورها المقررة للحياة الخاصة إلى السر الطبي؟ وهل بالإمكان الاستعاضة بتلك الحماية عن الحماية المقررة للسر الطبي؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل يكون بالنفي لعدة أسباب منطقية تتمثل في أن السر المهني عموماً بدأ كالالتزام أخلاقي وتحول إلى التزام قانوني، في حين أن حرمة الحياة الخاصة لم تفرضها أخلاقيات المهنة وإنما فرضتها نصوص القانون كما أن السر المهني والطبي بشكل خاص لا يحضى بحماية القانون إلا إذا ارتبط بمهنة معينة كالمحاماة أو الطب أو الصيدلة لذلك فهو لا ينشئ التزاماً كأصل عام، إلا بالنسبة للمهني على خلاف الحياة الخاصة التي يتوجب احترامها من قبل الكافة دون تمييز بين صاحب المهنة وغيره، ناهيك عن الوقائع التي يحميها السر المهني بحيث يشترط فيها الارتباط بينها وبين المهنة بل أكثر من ذلك قد تكون تلك الواقعة معلومة لدى الكافة في شكل إشاعة فلا تكون محلاً للحماية القانونية ولكن سرعان ما تصبح تكتسي وصف السر ويتحقق بها الإفشاء؛ إن تم إفشاؤها من طرف المهني بحيث يحول إفشاؤه المعلومة أو الواقعة من مجرد إشاعة إلى خبر يقيني. وهذا ما سيتم بيانه من خلال الفرع الثاني عند تحديد مفهوم السر الطبي وشروط المعلومة أو الواقعة محل السر الطبي.

♦ الفرع الثاني: شروط الواقعة والمعلومة محل السر الطبي ومفهوم الإفشاء الخاطئ.

أولاً: تعريف السر الطبي وشروط الواقعة والمعلومة محل السر الطبي.

أ- تعريف السر الطبي:

ظهر السر الطبي بظهور الطب والعلاج، حتى أن أبوقراط قال: "ليس أثقل في الطب من المحافظة على السر، وأن المحافظة عليه صعبة جداً، وأنها أصعب من تحمل الجمر

(١) لمزيد من التفاصيل حول فكرة الحياة الخاصة، راجع على وجه الخصوص د. محمود عبد الرحمن محمد، نطاق الحق في الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، مصر، ط١، ١٩٩٤.

على اللسان، وذلك لأن السر في مجال الطب مرتبط بالحياة الشخصية للمريض، مما قد يؤثر الإفشاء به على سمعته وعائلته، لذلك وجب على الطبيب كتمان السر الذي تعهد به له بصفته طبيبا⁽¹⁾.

إن الفقه والقضاء قد واجها مشكلة تعريف السر كونه يختلف باختلاف الأشخاص والزمان والمكان، فما قد يعد سرا بالنسبة لشخص قد لا يعد كذلك بالنسبة لشخص آخر وما كان سرا في زمن معين لم يعد كذلك في الزمن الحاضر، وما يعتبر سرا في مكان معين قد لا يكون كذلك في مكان آخر. ومع ذلك حاول الفقه إيجاد تعريف شامل لفكرة السر. فعرف السر على أنه: "كل واقعة ينبغي أن تظل بعيدة عن علم الكافة، بحيث ينحصر العلم بها في شخص أو أشخاص يحضر عليهم البوح بها، وليس بلازم لاعتبار الواقعة سرا أن ينحصر العلم بها في شخص واحد أو عدة أشخاص، بل قد يعلم بها عدة أشخاص ومع ذلك تبقى لها صفة السر، إذا كان العلم بها محصورا في عدد من الأشخاص تجمعهم رابطة معينة تبرر إطلاعهم على السر، وتنفي عن الواقعة صفة السر إذا صارت معلومة للكافة، أو لعدد من الناس بغير تمييز على سبيل القطع واليقين"⁽²⁾.

فما يمكن قوله، هو أن وصف الواقعة بأنها سرية تثبت بالنسبة للوقائع التي أفضى بها صاحب السر للطبيب، وكذلك كل واقعة استطاع الموظف رؤيتها أو سماعها أو استنتاجها بمقتضى خبرته أثناء ممارسة المهنة. وتظل للواقعة صفة السر بالنسبة للمهني ولو كان يعلم بها عدد كبير من الناس علما غير مؤكد باعتبارها إشاعة تتردد، وكان إفشاء المهني لها يضيف عليها صفة التأكيد فيحولها من مجرد إشاعة إلى خبر يقيني.

فالسر الطبي هو كل ما عرفه الطبيب أثناء وبمناسبة ممارسة مهنة الطب وبسببها وكل ما أفضى به المريض إلى طبيبه باعتباره طبيبا لا اعتباره شخصا عاديا، ولا يشترط أن يكون صاحب السر هو الذي أودعه لدى الطبيب بل قد يكون بفعل شخص آخر كزوج أو قريب، فعلى الطبيب كتمان السر إلا في الحالات التي يرخص فيها بالاستثناء سواء كان

(1) Raymon Villey, Histoire du secret médical, éd. SEGHERS, France, 1986, pp 67- 68.

(2) د. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، التزام المحامي بالحفاظ على أسرار العميل، مصر، دار النهضة العربية، ط ١، ٢٠٠٥، ص ١٩ - ٢٧.

ذلك بالاتفاق أو بنص القانون. ولا يمكن اعتبار سرا الوقائع المعلومة للناس كواقعة قطع اليد لأن هذه الواقعة معلومة لدى الجميع^(١).

ب- شروط الواقعة والمعلومة محل السر الطبي:

يشترط في الوقائع أو المعلومات محل السر الطبي ثلاثة شروط أساسية تتمثل في ما يلي:

- أن تكون قد وصلت إلى علم الطبيب أو من في حكمه عن طريق ممارسة المهنة أو بمناسبةها:

إن وصف الواقعة بأنها سرية تثبت بالنسبة للوقائع التي أفضى بها صاحب السر للطبيب، وكذلك كل واقعة استطاع الطبيب أو من في حكمه رؤيتها أو سماعها أو استنتاجها بمقتضى خبرته أثناء ممارسة المهنة. فالسر الطبي محله كل المعلومات والوقائع المودعة من طرف المريض لدى الطبيب أو من في حكمه وائتمنه عليها وكل المعلومات والوقائع السرية بطبيعتها وصلت إليه بمناسبة المهنة وفي ذلك تظهر السلطة التقديرية للقضاء في تحديد الطابع السري للمعلومة أو الواقعة. معتمدا على التحقق من وجود رابطة سببية بين العلم بالمعلومة أو الواقعة وممارسة المهنة كالمعلومة التي تحصل عليها الطبيب من مريضه والمتعلقة بداء قصور الكلوي كمرض وراثي بغرض تشخيص الداء وتحديد العلاج. وعليه تستبعد من دائرة السر الطبي تلك المعلومات التي حصل عليها الطبيب أو من في حكمه إن علم بالواقعة بوصفه جارا أو قريبا أو صديقا لا بصفته طبيبا.

وفي هذا الصدد قضت محكمة استئناف تولوز (Toulouse) في حكم لها مؤرخ في ١٩٠٠/٦/٢٣ بقبول شهادة الطبيب بخصوص هجوم بعض الجنود على شاب كان رفقة خطيبته على متن سيارة رحلات (caravane) بعد أن طلب الشاب شهادة الطبيب، فتمت إدانة المتهمين، فطعنوا في حكم الإدانة على أساس إفشاء السر المهني، فقالت المحكمة

(١) رابيس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، الجزائر، دار هومة، ط١، ٢٠١٢، ص ٢٠٣.

تولوز أن الشاب لجأ إلى الطبيب كصديق ولم يذهب إليه من أجل عمل طبي Pour...»
«...lui demander un conseil qui n'avait rien avec l'art médical...»^(١).

غير أن الطبيب أو من في حكمه قد يتوصل عن طريق الملاحظة أو الاستنتاج إلى اكتشاف وقائع لا علاقة لها بممارسة المهنة ولكن ممارسة المهنة هيئت له فرصة علمه بها كإكتشاف إقامة المريض علاقة غير شرعية بامرأة أو متاجرته بالمخدرات الخ... فهل يقع على الطبيب أو من في حكمه التزام بالكتمان؟

هذا التساؤل في الحقيقة هو عبارة عن قضايا واقعية طرحت على القضاء الفرنسي وفصل فيها بموجب أحكام متباينة بحيث اعتبر تارة مهنية المعلومة أو الواقعة شرطا أساسيا لإضفاء الطابع السري على المعلومة أو الواقعة وتارة أخرى يفرق بين المعلومة التي علمها الطبيب أو من في حكمه وتخص المريض في حد ذاته والمعلومة التي علمها بمناسبة المهنة ولكن ترتبط بالغير فالأولى تصلح محلا للسر الطبي والثانية لا تصلح لأن تكون محلا للسر، لأن المهني لا يلتزم بأي التزام تجاه الغير^(٢).

• أن لا تكون الواقعة معلومة للجمهور:

إذا كان تعريف السر بأنه: "كل واقعة ينبغي أن تظل بعيدة عن علم الكافة، بحيث ينحصر العلم بها في شخص أو أشخاص يحضر عليهم البوح بها" فإنه من باب تحصيل الحاصل ليس بلازم لاعتبار الواقعة سرا أن ينحصر العلم بها في طبيب واحد، بل قد يعلم بها عدة أطباء وممرضين وبيولوجيين ومع ذلك تبقى لها صفة السر، إذا كان العلم بها محصورا في عدد من الأشخاص تجمعهم رابطة معينة تبرر إطلاعهم على السر كالفريق الطبي الذي يتكون من طبيب معالج وجراح وطبيب تخدير وممرض... الخ، وتتقي عن الواقعة صفة السر إذا صارت معلومة للكافة أو لعدد من الناس بغير تمييز على سبيل

(١) د. رايس محمد، المرجع السابق، ص ٢٠٥، هامش رقم ٠٢.

(٢) د. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية في مجال طب وجراحة الأسنان، مصر، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ١٢٠.

القطع واليقين. إلا أن هناك صعوبة في تحديد الطابع السري بالنسبة للوقائع التي كانت معلومة لدى الغير قبل اتصال الطبيب بها اعتمد القضاء الفرنسي في هذا الشأن معيار الإفشاء المهني الذي يضيف جديدا إلى الوقائع والمعلومات الشائعة لدى جمهور الناس، فإن أضاف الإفشاء جديدا إلى علم الجمهور كان يقدم أدق التفاصيل أو يحول الخبر من مجرد إشاعة إلى خبر يقيني تحقق الإفشاء الخاطئ، ويسأل عن ذلك قانونا أما إذا لم يضيف إفشاء المهني شيئا جديدا إلى المعلومة الشائعة بين الناس فلا تثريب عليه⁽¹⁾.

• أن تكون للمريض مصلحة في كتمان الواقعة أو المعلومة:

ينبغي أن تكون للمريض مصلحة في أن يظل العلم بالمعلومة أو الواقعة محصورا في نطاق الطبيب أو من في حكمه والمصلحة قد تكون مادية كما قد تكون أدبية فالشهادة الطبية أو التقرير الذي يسلمه الطبيب للمريض والذي يفيد خلو جسمه من الأمراض تتصف بطابع السرية⁽²⁾ طالما أن للمريض مصلحة في كتمانه فقد قضت إحدى المحاكم الإنجليزية بالزام الطبيب بالتعويض عن إفشاء السر الطبي عندما استدعاه أحد أفراد الأسرة للكشف عن زوجة أخيه فوجدها في حالة إجهاض، بينما كان زوجها غائبا لمدة طويلة فأخبر الطبيب أخ الزوج بذلك، فرفعت الزوجة دعوى ضد الطبيب الذي أفشى سرها مطالبة إياه بالتعويض، فدفع الطبيب أنه أمام حالة خاصة بشرف العائلة، وأن إفشاءها لأحد أفراد هذه العائلة مسموح به، غير أن المحكمة ألزمته بالتعويض⁽³⁾ إلا أن هناك حالات أوجب فيها القانون على الطبيب البوح والإفشاء، كما أن هناك حالات أجاز فيها القانون البوح والإفشاء.

(1) Bernard Hoerni et Michel Benezech, Le secret médical, éd. Masson, France, 1996, pp 69- 70.

(2) Cass. civ. 01 mai 1899- D. 1899-1-585, cite par Raymon Villey, Histoire du secret médical, op.cit., p 59.

(3) د. علي عصام غصن، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، ط 2، 2010، ص 44.

ثانيا: ماهية الإفشاء الخاطئ

أ- الكيفيات التي يتحقق بها الإفشاء وصوره.

لم يحدد القانون الشكل يجب أن يتخذه الإفشاء لكي يتحقق الإخلال بالالتزام، لذلك يستوي أن يكون الإفشاء شفويا كالبوح بالسر أثناء محادثة مع الغير، أو كتابيا في شكل رسالة، أو شهادة أو تقرير إلى الغير متضمنا الوقائع موضوع السر ومحددا الشخص المتعلقة به. كما قد يتحقق الإفشاء الكتابي بتسليم صورة مستند يحتوي على السر إلى الغير أو نشر هذا السر في كتابة أو مقالة في إحدى الجرائد أو المجالات.

ولا يشترط أن يكون إفشاء السر علنيا، إذ أن الإفشاء لا يعني الإذاعة⁽¹⁾.

ومن ثمة يتحقق الإفشاء ولو أفضى المهني - الطبيب - بالوقائع إلى الغير في رسالة خاصة أو في حديث بينهما طالبا كتمانها. ويترتب على عدم اشتراط العلنية في الإفشاء، أن هذا الأخير يتحقق ولم تم لشخص واحد، ولو كان ممن يلتزمون بالمحافظة على السر كالطبيب الذي يمارس نفس مهنة من أفضى إليه السر.

ب- مدى اشتراط توافر قصد الإضرار لدى الطبيب لتحقق الإفشاء.

كما أن القانون لم يتطلب لتحقق الإخلال بواجب المحافظة على السر المهني نية الإساءة أو الإضرار بالغير فالباعث على الإفشاء لا يتعد به ولو كان نبيلاً في ذاته، فالطبيب الموظف في المستشفى والذي يدرس في الجامعة يعد مخرلاً بواجب المحافظة على السر المهني إن هو أفشى بأسرار مريضه، ولو كان بذلك يستهدف خدمة البحث العلمي في مجال الطب، كما أن القاضي يعد مرتكباً لجريمة إفشاء الأسرار إن هو أفشى في كتاب نشر في بعض التفصيلات المتعلقة بمداولة في قضية سياسية هامة، ولا يرفع عنه المنع بدفعه أنه كان يستهدف من وراء الإفشاء خدمة التاريخ أو القضاء.

(1) Abdelkader Khadir, La responsabilité médicale à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, El Houma, Algérie, 2013, p 192.

واستنادا إلى ذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قضية الدكتور واتلات WATELET إلى القول "... لما كان نص المادة ٣٧٨ من قانون العقوبات يتضمن نصا عاما ومطلقا إذ يفرض على بعض الأشخاص التزاما بالسفر كواجب يتعلق بمهنتهم فان المشرع قد أراد أن يضمن الثقة المفروضة في ممارسة بعض المهن وان يضمن راحة الأسر التي قد تجد أسرارها قد انتهكت نتيجة الإخلال بهذه الثقة الضرورية... والباعث لا اثر له وليس سببا للإعفاء من العقاب على إفشاء أسرار المهنة"⁽¹⁾.

المطلب الثاني: نطاق التزام الطبيب بكتمان السر الطبي

يطرح التساؤل بخصوص النطاق الذي يسري فيه السر الطبي بحيث أن الطبيب هو الملتزم الرئيسي بكتمان السر الطبي ولكن هذا الالتزام ليس مقصورا عليه وحده بل يلزم به مساعدوه في العمل الطبي وشبه الطبي ومن جهة أخرى يقتضي تحديد النطاق الزمني للالتزام بكتمان السر الطبي معرفة الكيفيات التي ينتهي بها السر الطبي وحق الغير عليه بعد وفاة المريض أو حق المريض عليه بعد الشفاء.

♦ الفرع الأول: النطاق الشخصي للسر الطبي.

قد يمارس العمل الطبي منفردا أو قد يمارس في إطار مجموعة كما هو حال الطبيب في المرفق العام الاستشفائي أو العيادة الخاصة، كما أن التطورات التي شهدتها العلوم الطبية فرضت على الطبيب الاستعانة بغيره سواء كانوا أطباء أخصائيين أو جراحين أو أطباء تخدير أو شبه طبيين من ممرضين وتقنيي الصحة، كما أن الحاجة الاجتماعية للوصفات والشهادات والتقارير الطبية لإثبات حقوق على مستوى شركات التأمين وهيئات الضمان الاجتماعي والدخول في مسابقات التوظيف...الخ جعلت السر الطبي معلوما من

(1) « ... la disposition de l'article 378 est générale et absolue et qu'elle panit toute révélation du secret professionnel sans qu'il soit nécessaire d'établir à la charge du révélateur l'intention de nuire... ». Cité par Bernard Hoerni et Michel Benezech, Le secret médical, op.cit., p 59.

قبل عدة أشخاص بصفات معينة لا تربطهم علاقة مباشرة بالمريض صاحب السر، ومن ثمة تنثور إشكالية مسؤولية الطبيب في ذلك كله.

أولاً: مسؤولية الطبيب عن الإفشاء الشخصي.

أ- ممارسة الطب بصفة انفرادية: إذا كان الطبيب يمارس مهنة الطب بصفة انفرادية فهو ملزم بكتمان أسرار المريض سواء أفشى بها له المريض أو علمها بحكم الواقع والظروف المحيطة بممارسة المهنة كما سبق بيان ذلك. كما يسأل أمين سر عيادة الطبيب عن الإفشاء لأنه مؤتمن على السر المهني بحكم الواقع ويقع تحت طائلة التجريم المقرر بموجب المادة ٣٠١ من ق.ع.ج.

ب- ممارسة المهنة في شكل عيادة طبية أو مرفق عام صحي: كما يلتزم الطبيب بالكتمان إذا كان يمارس العمل الطبي في عيادة طبية أو مرفق عام صحي حتى ولو لم يكن هو الطبيب المعالج لأن تواجهه في المرفق الاستشفائي أو العيادة الطبية يتيح له فرصة الاطلاع على أسرار المرضى. كما يعد الشخص المعنوي مسؤولاً على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه^(١).

ج- مسؤولية الأطباء المستشارون المكلفون بالرقابة الطبية في هيئات الضمان الاجتماعي وشركات التأمين: يلتزم هؤلاء الأطباء بالحفاظ على السر الطبي^(٢) لأنه لا يوجد استثناء تشريعي بالنسبة لهم ومن جهة أخرى تسري عليهم النصوص العامة الواردة في قانون الوظيفة العمومي وقانون العمل^(٣).

(١) د. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المرجع السابق، ص ٦٦.

(2) La remise par le médecin –conseil d’une compagnie d’assurance à celle-ci d’une lettre confidentielle contenant des informations médicales sur un patient écrite par le médecin traitant, constitue une violation du secret médical. L’aff. Mme EC. Lamondiale. C. cass 1ère civ, 12 janvier 1999-J-C-P, 1999, n°06, 11, 10025, 333-3335 et argus, 1999, n°6622, dossier juridique et technique, II, VII, Tribune de l’assurance, 1999, n°23, Les cahiers jurisprudence, 86, 1011).

(3) Cass. civ. 18 mars 1968- J.C.P. 1968-11-20629. A. Bergogne, Dossier médical, vers une nouvelle réglementation, le concours médical, 02-04-2000, 122-13, p 931.

ثانيا: مسؤولية الطبيب عن الإفشاء الذي يتم من قبل الغير في إطار الفريق الطبي قد يستعين الطبيب المعالج بغيره من الأطباء كطبيب التخدير مثلا أو الممرضين أو التقنيين المتخصصين في بعض الأنشطة الطبية المساعدة وذلك لأجل تنفيذ الالتزامات الطبية.

فما موقف التشريع والقضاء من مسؤولية الطبيب عن الإفشاء الذي يقع من المساعدين له؟

لا شك أن إفشاء السر الطبي يعد خطأ جسيما خاصة إذا كان بغرض التشهير والمساس بسمعة المريض، ومن ثمة ذهب الفقه والقضاء في فرنسا إلى إلزام الطبيب بتبصير معاونيه بضرورة كتمان السر الطبي والمهني عموما متى كان معلوما به من طرف مجموعة من الأشخاص تربطهم علاقة مهنية كالفريق الطبي بحيث يصبح السر مشتركا بين أعضاء الفريق الطبي العامل "le partagé secret médical"^(١) وظل القضاء الفرنسي يطبق لوقت ليس ببعيد قواعد المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير المنصوص عليها في المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي المقابلة لنص المادة ١٣٤ من القانون الجزائري، إلى أن جاء الفقيه Becqué عام ١٩١٤ ونشر مقالا يميز فيه بين المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير والمسؤولية العقدية عن فعل الغير. «De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle». فقال أن الأشخاص الذين يسأل عنهم الشخص مسؤولية تقصيرية مذكورين على سبيل الحصر في المادة ١٣٨٤، أما الأشخاص الذين يسأل عنهم الشخص مسؤولية عقدية فلا يمكن حصرهم، إذ أن كل شخص يستعين بهم المدين في تنفيذ التزامه يكون مسؤولا عنه إن هو أحل بالتزام عقدي بشرط أن لا يكون أجنبيا.

فالطبيب مسؤول مسؤولية عقدية عن أخطاء مساعديه، كما قد يكون مسؤولا مسؤولية تقصيرية عن فعل الغير عن من لا تربطه بالمريض علاقة عقدية كحالة المريض في المستشفى العام. إلا انه بالرجوع إلي نص المادة ١٧٨ من ق.م.ج التي تنص على أنه

(١) Abdelkader Khadir, op.cit, p 194

"... كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه..."

يمكن القول أن الطبيب ليس بإمكانه دفع المسؤولية العقدية عنه في حالة الإفشاء الذي قد يتم من قبل معاونيه لأن الفقرة الأخيرة من المادة ١٧٨ من ق.م.ج جعلت الشرط على الإعفاء من المسؤولية العقدية عن الإخلال الذي يكيف على أنه فعل إجرامي والذي يقع من الغير الذي يستعين به المدين في تنفيذ الالتزامات التعاقدية ممنوعاً^(١). ومن ثمة تتقرر مسؤولية الطبيب في جميع الأحوال عن الإفشاء الخاطئ الذي يتم من قبل مساعديه ولو اختلف الأساس القانوني لمسؤوليته كمتبوع عن أعمال تابعيه بين المسؤولية العقدية عن فعل الغير أو مسؤولية تقصيرية عن فعل الغير لأنهم امتداد لشخصه إما بطريق النيابة - représentation- أو بطريق إتحاد الذمة - la confusion- كما عبر عن ذلك الفقيه "مازو"^(٢) وذلك ما استقرت عليه أحكام القضاء من أن الطبيب مسؤول تجاه المريض عن أخطاء الأطباء المساعدين له والممرضين الذين يستعين بهم أثناء العلاج أو أثناء إجراء الجراحة والذين يعملون تحت إشرافه وتوجيهه ورئاسته^(٣).

(١) المادة ١٧٨ فقرة أخيرة من ق.م.ج.: «... ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي»

(٢) د. رابيس محمد، المرجع السابق، ص ١٢٨ وما بعدها.

(3) Dans ce sens Mosy-Hélène Bernard a dit que: « Le secret regroupe tous les soignants, chaque médecin qui intervient pour les soins d'un patient... doit garder l'information secrète vis-à-vis les autres (médecins ou pas) non soignant... Le médecin reste sur le plan déontologique responsable du respect du secret médical pour ses assistants et son entourage. Selon l'article 72 du code de déontologie, le médecin doit veiller à ce que les personnes qui l'assistent dans son exercice soient instruites de leur obligation en matière du secret professionnel et s'y conforment. Il doit veiller à ce qu'aucune atteinte ne soit portée par son entourage au secret qui s'attache à sa correspondance professionnelle... ».

◆ الفرع الثاني: النطاق الزمني للالتزام الطبيب بكتمان السر الطبي.

إن الحديث عن النطاق الزمني للالتزام الطبيب بكتمان السر الطبي يطرح تساؤلا متعلقا بتحديد زمن انتهاء السر الطبي فهل يظل السر الطبي قائما رغم وفاة الملزم بكتمانه وهل ينتهي بوفاة المريض أو شفائه؟

يظل الطبيب أومن في حكمه ملتزما بالحفاظ على السر الطبي ولو بعد زوال صفته كطبيب لأي سبب من الأسباب كاعتزاله الطب أو حرمانه من ممارسة الطب بمقتضى عقوبة جزائية تبعية الخ... إلا أنه إذا كان واجب المحافظة على السر الطبي واجبا من واجبات الطبيب سواء كان هذا الأخير موظفا بمستشفى عام أو صاحب عيادة خاصة أو عاملا في عيادة خاصة فإن هذه الصفة لا تثبت للشخص إلا إذا توافرت في هذا الأخير شروطا حددها القانون كالحصول على شهادة الدراسات الطبية وأداء اليمين القانونية... الخ، ولكن على الرغم من ذلك، فإن هناك فئات أخرى يتعين البحث في مدى مسؤوليتها عن الإخلال بواجب المحافظة على السر الطبي!؟

ففي إطار ممارسة الطب في المرفق العام الاستشفائي تثور إشكالية منتحل الوظيفة والموظف الفعلي فمنتحل الوظيفة العامة لا يعد موظفا عاما لعدم توافره على الشروط الواجب توافرها لإكساب الشخص صفة الموظف العام، ومن جهة أخرى لا تكون الإدارة ملزمة بتصرفاته، ولا يكسب تصرفاته أية صفة قانونية، إذ تعد جميع القرارات الصادرة عنه قرارات منعدمة.

فالسؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد، يتمحور حول مدى التزام منتحل الوظيفة بالسر الطبي!؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تكون بالنفي كون منتحل الوظيفة ليس موظفا في نظر القانون، وبالتالي لا يقع على عاتقه التزام من الالتزامات المقررة بمقتضى الوظيفة العامة. ولكن بالرجوع إلى نص المادة ٣٠١ من قانون العقوبات، فهذه الأخيرة أدخلت في حكمها الشخص الذي يؤتمن على السر بحكم الواقع، ومن ثمة فإن منتحل الوظيفة طبقا لهذا التفسير يكون مسؤولا جزائيا، كما أن الأمر لا يقف عند هذا الحد من التفسير لأن

المادة ٢٤٢ من قانون العقوبات تعاقب على جريمة انتحال الصفة وعليه يكون منتحل الوظيفة مذنباً لارتكابه جريمتين من جرائم قانون العقوبات، ولكن ما دام الأمر يتعلق بقانون العقوبات، فإن تعدد الجرائم يحكمه مبدأ عدم الجمع بين العقوبات.

أما الموظف الفعلي وعلى الرغم من أن قرار تعيين هذا الموظف يقع باطلاً، فقد اعترف القضاء بالتصرفات الصادرة عنه ولكن فقط في مواجهة الغير حسن النية، وبالتالي فإنه ملزم بالحفاظ على السر الطبي ويكون مسؤولاً جزائياً إن هو أخل به.

ومن جهة أخرى إذا كان المهني ملزماً بكتمان السر الطبي رغم انتهاء علاقته بالمريض فهل يظل هذا الالتزام أبدياً؟

لقد أغفل المشرعون تنظيم مسألة انقضاء الالتزام بكتمان السر الطبي مما يجعل الجواب عن هذا التساؤل يكتسي صعوبة أكبر خاصة وأن هذا الالتزام يعد التزاماً سلبياً فإذا كان كل التزام إيجابياً يمسه التقادم سواء كان طويلاً المدى أو قصيراً المدى فإن الالتزامات السلبية المتمثلة في الامتناع عن عمل لا يمسه التقادم لارتباطها بمبدأ عام في المسؤولية المدنية ألا وهو الالتزام بعدم الإضرار بالغير وهو من المبادئ العامة للقانون مما يضيف على الالتزام بالكتمان في المسؤولية المدنية خاصية الأبدية، أما إذا تعلق الأمر بقانون العقوبات ورغم خاصية الجريمة المستمرة التي تتصف بها جريمة إفشاء السر المهني فإنها تخضع للتقادم ولو أن الجريمة المستمرة يخضع بدء سريان التقادم فيها لأحكام خاصة.

وهذا ما يقود إلى تساؤل فرعي آخر حول مسألة انقضاء الالتزام بوفاء المريض. في هذا الصدد قضت إحدى المحاكم الفرنسية في حكم قديم عام ١٨٨٥ لها بأن التزام الطبيب بالحفاظ على السر الطبي لا ينتهي بموت المريض ولا بتمام شفائه وذلك في قضية الطبيب WATELET كما استمر القضاء الفرنسي في نفس الاتجاه في قضية كتاب "السر الكبير" في فرنسا المتعلقة بالرئيس الفرنسي "فرانسوا ميتران" بحيث قررت محكمة استئناف باريس أن "السر الطبي الذي يعاقب على عدم احترامه سواء كان مدنياً أو جزائياً أو تأديبياً يندرج في إطاره كل ما اطلع عليه الطبيب أثناء مزاولته لمهنته، وليس ما اعترف به المريض أمامه فحسب، لكن أيضاً كل ما شوهد أو سمع أو أدرك، ويقوم السر الذي يلتزم الطبيب

بحفظه على علاقة الثقة التي تربطه بالمريض وهو عنصر ضروري في الممارسة الطبية ولا يعفي موت المريض من التزامه بكتمان السر الذي أودعه لديه...^(١) هذا ما يؤدي إلى ضرورة معرفة حق ورثة المريض في مساءلة الطبيب أو من في حكمه عن إفشائه الخاطئ.

• حق ورثة المريض في مساءلة الطبيب أو من في حكمه عن إفشائه الخاطئ.

ذهب الكثير من الفقهاء إلى اعتبار حق المريض في السرية هو حق من حقوق الشخصية ومن ثمة فهو لا ينتقل إلى الورثة كقاعدة عامة ويجوز للورثة المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي تحقق نتيجة الإفشاء وفي هذا الصدد ينبغي التفرقة بين الإفشاء الذي تم في حياة المريض والإفشاء الذي تم بعد وفاة المريض. ففي الإفشاء الذي تم في حياة المريض وكان هذا الأخير قد عبر عن إرادته الصريحة في مساءلة الطبيب برفع الدعوى جاز للورثة إعادة السير في الدعوى بعد الوفاة والمطالبة بالتعويض عن الضرر المادي الذي أصاب مورثهم والمعنوي الذي أصابهم نتيجة المساس بذكرى المورث وسمعته وسمعة عائلته فالاستخلاف يكون في الدعوى دون الحق وذلك اتجاه الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية التي ذهبت في حكم لها عام ١٩٩٢ إلى أنه يجوز للورثة متابعة الدعوى المرفوعة من مورثهم لحماية حق من حقوق الشخصية لا ينتقل بطبيعته إلى الورثة أما إذا علم المريض في حياته بالإفشاء الخاطئ ورغم ذلك لم يبادر بمساءلة المفشي للسر فليس للورثة حق المساءلة مكان مورثهم إلا عن الضرر المعنوي الذي لحق بهم احتراماً لإرادة مورثهم. أما إذا تم الإفشاء بعد وفاة المريض فإنه يجوز للورثة المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي المتمثل في المساس بحرمة الحياة الخاصة للميت وإيذاء المشاعر وهو ما يعرف بالضرر المرتد في المسؤولية التقصيرية الذي سار عليه القضاء الفرنسي حديثاً

(١) وتسمى قضية كتاب السر الكبير "Le grand secret"، الخاصة بالرئيس الراحل فرانسوا ميتران، الذي أفشى طبيبه الخاص الدكتور "غوبليير" "Gubler" بأسرار مرضه في كتاب نشر من قبل دار النشر "بلون".

بحيث أسست محكمة استئناف باريس في حكم لها مؤرخ في ٢٤-٠٢-١٩٩٨ حكمها على أساس نص المادة ١٣٨٢ من القانون المدني مستبعدة المادة ٠٩ من ذات القانون على أساس أن الحق في الحياة الخاصة حق يحمي الأحياء دون الأموات وبالتالي فهو ينقضي بوفاة صاحبه ولا ينتقل إلى الورثة^(١).

ومن جهة أخرى لا يجوز للطبيب إفشاء سر المريض المتوفى ولو طلب منه الورثة ذلك وهذا موقف القضاء الفرنسي منذ عام ١٩٢٧ بحيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن الالتزام بكتمان السر الطبي يظل قائماً بالنسبة للأموات وأكدت ذلك في حكم آخر حديث نسبياً عام ١٩٧٠ بحيث جاء فيه أن الالتزام بالسر الطبي يعد التزاماً مطلقاً ويظل قائماً حتى بعد وفاة المريض ولا يجوز للطبيب أن يفشيه حتى ولو طلب الورثة ذلك. غير أن حق الورثة في الحفاظ على السر الطبي لمورثهم والذي يعطيهم حق مطالبة الطبيب بالكشف عنه يتقيد بشروط تتمثل في ١- أن تكون المطالبة بكشف السر من قبل هيئة بعد وفاة المريض^(٢) ٢- وأن لا يتسبب الإفشاء في تعكير صفو الأسرة أو النظام الاجتماعي أو المساس بذكرى المريض المتوفى.

في إطار تكملة أحكام كتمان السر الطبي فإن غالبية التشريعات تقرر انقضاء السر الطبي بأحد الأمرين ١- رضا صاحب السر بالإفشاء ٢- وجود مصلحة أولى من مصلحة المريض في كتمان سره كالمصلحة العامة في التبليغ عن الأمراض المعدية والتبليغ عن بعض الجرائم وذلك ما يندرج تحت مفهوم أمر القانون وإذنه بالإفشاء وهو موضوع دراسة المبحث الثاني.

(١) د. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المرجع السابق، ص ٩٦-٩٧.

(٢) كما هو حال حادث العمل المؤدي إلى الوفاة، بحيث قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها مؤرخ في ١٣/٠٧/١٩٣٦، بأن "تقديم الطبيب للقضاء معلومات مطلوبة منه لا يعد خروجاً عن مبدأ الالتزام بالسر المهني لأن القانون لا يعطي الحق في المعاش للشخص في حوادث العمل إلا إذا كان ناجماً عن حادث في العمل..."، ذكره د. ريس محمد، المرجع السابق، ص ٢١١.

المبحث الثاني

الحالات التي لا يشكل فيها الإفشاء جريمة (الإفشاء المباح).

رغم اختلاف الفقه في تقسيم حالات الإفشاء بطرق مختلفة فإن حالات الإفشاء محددة بنص القانون بحيث حاولت نصوص القانون إقامة نوع من التوازن بين الحقوق والمصالح بإباحة الإفشاء تحقيقاً للمصلحة العامة ومنعه حماية للمصلحة الخاصة لصاحب السر ومن ثمة حاولت تقسيم تلك الحالات إلى حالات مصدرها رضا المريض وأخرى مصدرها أمر القانون وأخرى مصدرها إذن القانون.

المطلب الأول: حالات الإفشاء المباح التي تستند إلى رضى المريض و/أو إذن القانون

لا شك أن رضا المجني عليه له اثر على المسؤولية الجزائية في بعض الجرائم ومن بين تلك الجرائم إفشاء السر الطبي والمهني لهذا ينبغي معرفة خصوصيات رضا المريض في العمل الطبي⁽¹⁾ وأثره على مسؤولية الطبيب عن الإفشاء.

♦ الفرع الأول: حق المريض في معرفة وضعه الصحي.

قرر القانون حق المريض في معرفة وضعه الصحي من خلال إلزام الطبيب بإعلامه، ويعرف الالتزام بالإعلام أو بالتبصير كما يسميه البعض بأنه: " تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بمعلومات من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما، أو عنصر ما من عناصر التعاقد المزمع، حتى يكون الطالب على بينة من أمره بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسباً على ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد، أو ذلك ما عبر عنه القضاء الفرنسي بشكل عام بقوله: "

(1) اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه: "... لا يمكن التمسك بفكرة السر الطبي في مواجهة المريض صاحب الشأن، لأن هذا الالتزام مقرر لمصلحته هو...". J.C.P. 1972-IV-98-98. Cass. soci. 01 mars 1972- أشار إليه د. رابيس محمد، المرجع السابق، ص ص 211-213.

يكون هناك التزام بالإعلام كلما كان هناك من لا يستطيع الاستعلام بنفسه"^(١). Il y a "obligation d'informer celui qui ne peut pas s'informer"

وقد أشار المشرع الجزائري إلى هذا الالتزام في المادة ٤٤ من مدونة أخلاقيات الطب: "يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة مبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه ومن القانون".

كما نصت المادة ١٥٤ فقرة ١ و ٣ على ما يلي: "يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك".

"إذا رفض العلاج الطبي يشترط تقديم تصريح كتابي لهذا الغرض وعلى الطبيب أن يخبر المريض أو الشخص الذي خول إعطاء الموافقة بعواقب رفض العلاج...".

ونصت المادتان ١٦٢ و ١٦٦ في قانون حماية الصحة وترقيتها على هذا الالتزام في مجال زراعة الأعضاء بحيث يشترط رضا كل من المتبرع والمستقبل، فنصت المادة ١٦٢ على أنه: "لا يجوز انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر، وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأخذ أحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب ورئيس المصلحة.

ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تسبب فيها عملية الانتزاع ويستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة".

ونصت المادة ١٦٦ على أنه: "لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل وسلامته البدنية، وبعد أن يعبر هذا المستقبل عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها وحضور شاهدين اثنين، وأما إذا كان المستقبل غير قادر على التعبير عن رضاه أمكن أحد أسرته حسب ترتيب الأولوية المبين في المادة ١٦٤ أعلاه، أن يوافق على ذلك كتابيا.

(١) لمزيد من التفاصيل حول الموضوع راجع، د. علي عصام غصن، المرجع السابق، ص ٣٢ - ٤١.

وإذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية، أمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الولي الشرعي، حسب الحالة. أما القصر فيعطي الموافقة التي تعنيهم الأب وإن تعذر ذلك فالولي الشرعي، ولا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج الشخص المستقبل أو الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة بالأخطار الطبية التي تتجر عن ذلك.

يجوز زرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية دون موافقة المذكورة في الفقرتين الأولى والثانية أعلاه، إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية أو تعذر الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمستقبل الذي لا يستطيع التعبير عن موافقته، في الوقت الذي قد يتسبب أي تأخير في وفاة المستقبل. ويؤكد هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة بحضور شاهدين اثنين".

ونصت المادة ٧ مكرر فقرة ٠٢ من قانون الأسرة الجزائري على الالتزام بالإعلام: "يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطر يتعارض مع الزواج...".

وتطبيقاً لأحكام المادة ٧ مكرر من المرسوم التنفيذي ٠٦_١٥٤^(١) بحيث نصت المادة ٠٤ فقرة ٢ منه على أنه: "... يمكن أن يقترح الطبيب على المعني إجراء فحوصات للكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطر الانتقال إلى الزوج و/أو إلى الذرية، وذلك بعد إعلامه بمخاطر العدوى منها".

ونصت المادة ٥ منه على أنه: "يبلغ الطبيب الشخص الذي خضع للفحص بملاحظاته ونتائج الفحوصات".

(١) المرسوم التنفيذي رقم ٠٦-١٥٤، المؤرخ في ١١-٠٥-٢٠٠٦، المحدد لشروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة ٠٧ مكرر من القانون رقم ٨٤-١١، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج. عدد ٣١ الصادرة بتاريخ ١٤ ماي ٢٠٠٦.

♦ الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على التزام الطبيب بإعلام المريض.
ترد على هذا الالتزام بعض الاستثناءات التي تقتضيها الممارسة الطبية أو حالة المريض النفسية أو الصحية، بحيث أعى الفقه وكذلك القضاء الطبيب من الالتزام بإعلام المريض. وهذا ما جعل هذه الحالات بمثابة موانع إفشاء السر للمريض نفسه.

أولاً: في حالة الاستعجال.

كما نصت المادة ٤٢ من مدونة أخلاقيات الطب في فرنسا على أنه الطبيب بإمكانه الامتناع عن الإدلاء للمريض بحقيقة حالته الصحية أو بالعملية المطلوب إجرائها إذا كان هذا الإدلاء يشكل خطورة على صحة المريض بحيث قد يدفعه إلى رفض علاج ضروري لا مناص من التهرب منه".

Pour les raisons légitimes que le médecin apprécie en conscience un malade peut être laissé dans l'ignorance d'un diagnostic grave ou d'un pronostic grave. Un pronostic total ne doit pas être révélé qu'avec la plus grande circonspection, mais la famille doit généralement en être prévenu, à moins que le malade n'ait préalablement interdit cette révélation, ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite.

وفي هذا قرر القضاء الفرنسي بأن المريض المصاب في حادث بتقبين في عظمة الرأس يحتاج إلى تدخل جراحي سريع، بحيث لا يسأل طبيبه عن الإخلال بالالتزام بالإعلام والحصول على رضا المريض قبل التدخل الجراحي لأن اعتبارات الاستعجال تعفيه من الالتزام.

ثانياً: حق المريض في رفض معرفة وضعه الصحي

من حق المريض رفض معرفة نتائج التشخيص حيث نصت المادة (2-1111 L) فقرة ٤ من قانون الصحة العمومية الفرنسي على أنه: "يجب أن تحترم إرادة الشخص في أن يبقى جاهلاً لتشخيص أو تنبؤ إلا إذا كان أشخاص آخرون معرضون لخطر العدوى".

ثالثاً: في حالة التحديد العلاجي للإعلام.

يقصد بالتحديد العلاجي إعطاء الطبيب إمكانية عدم الإدلاء ببعض المعلومات للمريض أو إخفاؤها عنه إذا قدر أن الإفشاء بها يضر بالمريض، وذلك ما نصت عليه المادة ٤٢ من مدونة أخلاقيات الطب الفرنسية وكذلك المادة (R4127-35) فقرة ٢ من قانون الصحة العمومية الفرنسي بحيث نصت على أنه:

"لمصلحة المريض ولأسباب مشروعة يقدرها الطبيب، يمكن للطبيب أن يخفي على المريض تشخيصاً لمرض خطير أو علاجاً خطيراً، ويراعى في هذا الإخفاء طبيعة الداء وتطوره المتوقع وشخصية المريض".

وإذا كان المرض قاتلاً فإن المادة (R4127-35) فقرة ٢ من ذات القانون قد تكلمت عن التزام الطبيب بالإفصاح أو الإعلام الحذر للمريض بعواقب المرض المميتة أو أقرابه أو الشخص المسموح له بذلك بإذن منه ما لم يكن المريض قد منع ذلك مسبقاً^(١).

• من هم الأشخاص الذين يتعين على الطبيب الحصول على رضاهم بدل المريض

إن كان هذا الأخير في حالة لا تسمح له بالتعبير عن إرادته؟؟

باستثناء حالة الاستحالة والاستعجال، ينبغي استشارة الشخص موضع الثقة عند المريض في التشريع الفرنسي بحيث نصت (L 1111-6) من قانون الصحة العمومية الفرنسي على أنه: "يمكن لكل شخص راشد تعيين شخص جدير بالثقة الذي يمكن أن يكون قريباً

(1) Article 35 du code de déontologie médicale (article R. 4127-35 du C.S.P: « Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soit ou qu'il conseille une information loyale, claire, est appropriée sur sont état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension. Toutefois, lorsqu'une personne demande à l'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou, d'un pronostic, sa volonté doit être respectée, sauf si des tiers sont exposés à un risque de contamination. Un pronostic fetal ne doit être révélé qu'avec circonspection, mais les proches doivent en être prévenus, sauf exception qu'avec le malade a préalablement interdit cette révélation ou désigne les tiers auxquels elle doit être faite... ».

أو الطبيب المعالج والذي يستشار في الحالة التي يكون فيها في وضع لا يسمح له بالتعبير عن إرادته وتلقي الإعلام اللازم لهذا الغرض، ويتم هذا التعيين كتابيا وهو قابل للتعديل في أي وقت إذا أراد المريض فإن الشخص موضع الثقة سيرافقه في خطواته ولقاءاته الطبية من أجل مساعدته في قراراته.

يقترح على المريض عند كل استشفاء بمؤسسة صحية تعيين شخص جدير بالثقة حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة السابقة وهذا التعيين صالح لمدة الاستشفاء في المستشفى إلا إذا أراد المريض شيئا مغايرا...

أما إذا تعلق الأمر بقاصر فإن المادة (5-1111 L) من ذات القانون تنص على أنه: " خلافا لنص المادة 371-2 من القانون المدني، يمكن للطبيب إعفاء نفسه من الحصول على موافقة صاحب السلطة الأبوية حول القرارات الطبية التي يجب اتخاذها خلال العلاج من أجل حماية صحة شخص قاصر في حالة ما إذا عارض هذا الأخير صراحة استشارة صاحب السلطة الأبوية بهدف الحفاظ على سرية حالته الصحية، والسعي للحصول على موافقة القاصر على هذه الاستشارة وفي حالة إصرار القاصر على المعارضة يمكن للطبيب مباشرة العلاج، وفي هذه الحالة يجب أن يرافق القصر شخص راشد من اختياره".

ويتعين على الطبيب عند تحريره للشهادات الطبية التحلي بالتحرز والاحتياط ووصف حالة المريض وخصوصياته فقط، إذ قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية الطبيب المدنية بحيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن طبيبا حرر شهادة طبية لمريضه حتى يتمكن هذا الأخير من دخول مستشفى الأمراض العقلية أدرج الطبيب بعض البيانات برعونة لا تتطلبها الشهادة، فذكر فيها أن المريض مصاب بجنون كبعض أقاربه كأخيه وابنه، فهذه المعلومة زائدة ولا مبرر لها⁽¹⁾.

(1) د. رابيس محمد، المرجع السابق، ص 93، هامش 01.

المطلب الثاني: حالات الإفشاء الوجوبي

عادة ما يقرر المشرع الجزائري تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، هذا هو حال المشرع في السر الطبي، بحيث ألزم الطبيب بالإفشاء لما يتعلق الأمر بالإبلاغ عن جريمة والتبليغ عن الأمراض المعدية والفتاكة والتبليغ عن المواليد والوفيات والتبليغ عن سوء معاملة القصر والسجناء.

♦ الفرع الأول: الإبلاغ عن جريمة.

إن واجب الإدلاء بالشهادة المنصوص عليه في المادة ٩٧ من ق.إ.ج والمواد ٥٥ و ٦٧ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هو واجب عام، لذلك فقد أجازت المادة ٣٠١ ف ٢ من ق.ع.ج الأطباء بالإبلاغ عن حالات الإجهاض التي وصلت لعلمهم بمناسبة ممارسة مهنتهم الطبية.

فقد حدث وأن قرر القضاء الإنجليزي ذلك بمناسبة نظرة في إحدى القضايا المعروضة باسم قضية السيدة برتشارد، بحيث تتمثل وقائعها في أن أحد الأطباء وهو الدكتور باترسن اكتشف أثناء علاجه لهذه السيدة أنها ضحية تسمم بفعل فاعل إلا أنه أبى تبليغ النيابة، فعلق القاضي على فعل الطبيب قائلاً: "إن الدكتور ظن أن حفظ السر لنفسه يتفق وواجبه كطبيب ومواطن ولكنه مخطئ في ذلك كل الخطأ، إذ لا يهتم مطلقاً بشعار المهنة لأن هناك قاعدة للحياة تكتسي اعتباراً أرقى من ذلك بكثير"^(١).

♦ الفرع الثاني: الإبلاغ عن الأمراض المعدية.

نصت المادة ٥٤ من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه (يجب على أي طبيب أن يعلم فوراً المصالح الصحية المعنية بأي مرض معد شخصه وإلا سلطت عليه عقوبات إدارية وجزائية).

(١) د. رابيس محمد، المرجع السابق، ص ٢٢٥، هامش رقم ٠٣.

◆ الفرع الثالث: التبليغ عن المواليد والوفيات

نصت المادة ٦٢ من قانون الحالة المدنية على أنه: "يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم، وإلا فالأطباء والقابلات".

كما نصت المادة ٧٨ من ذات القانون على أنه: "يمنع منح الترخيص بالدفن من طرف ضابط الحالة المدنية وإلا بعد تقديم شهادة معدة من قبل الطبيب على معاينة والإشهاد على وقوع الوفاة".

كما نصت المادة ٨١ على أنه: "في حالة الوفاة في المستشفيات أو المستوصفات الصحية: فعلى المدراء المسيرين لهذه المستشفيات أو المؤسسات إخطار خلال ٢٤ ساعة من وقوعها ضابط الحالة المدنية أو من يقوم مقامه".

ملاحظة: لا تتحقق جريمة عدم التصريح بالولادة وعدم التصريح بالوفاة المنصوص عليها في المادة ٤٤٢/٤/٣ من ق.ع.ج، إذا كان الجنين غير بالغ مدة ستة أشهر لأن أقل مدة حمل ستة أشهر وأقصاها ١٠ أشهر في المادة ٤٢ من قانون الأسرة الجزائري^(١).

◆ الفرع الرابع: الإبلاغ عن سوء معاملة القصر والسجناء.

نصت المادة ٢٠٦ من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: "يجب على الأطباء أن يبلغوا عن سوء معاملة الأطفال القصر والأشخاص المحرومين من الحرية التي لاحظوها خلال ممارسة مهنتهم".

كما نصت المادة ١٢ من مدونة أخلاقيات الطب على أنه: "لا يمكن للطبيب أو جراح الأسنان المدعو لفحص شخص سلب الحرية أن يساعد أو يغض الطرف عن ضرر يلحق بسلامة جسم هذا الشخص أو عقله أو كرامته بصفة مباشرة أو غير مباشرة ولو كان ذلك بمجرد حضوره، وإذا لاحظ أن هذا الشخص قد تعرض للتعذيب أو سوء المعاملة، يتعين عليه إخبار السلطة القضائية بذلك. ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يساعد أو يشارك أو يقبل أعمال تعذيب أو أي شكل من أشكال المعاملة القاسية وغير الإنسانية أو

(١) المادة ٤٢ من قانون الأسرة الجزائري: "أقل مدة الحمل ستة (٠٦) أشهر وأقصاها عشر (١٠) أشهر".

المهينة مهما تكن الحجج، وهذا في كل الحالات والظروف بما في ذلك النزاع المدني أو المسلح، ويجب أن لا يستعمل الطبيب أو جراح الأسنان معرفته أو مهارته أو قدرته لتسهيل أعمال التعذيب أو أي طريقة قاسية لا إنسانية أو مهينة مهما يكن الغرض من وراء ذلك.

المطلب الثالث: حالات الإفشاء الجوازي بترخيص من القضاء. =

هناك حالات رخص فيها القانون للمؤتمن على السر الطبي الإفشاء شريطة إذن القضاء كما هو الحال بالنسبة لأعمال الخبرة الطبية وإفشاء محتوى الملفات الطبية والشهادة أمام القضاء واستعمال حق الدفاع في الخصومة القضائية.

♦ الفرع الأول: أداء الشهادة أمام القضاء.

نصت المادة ٢٠٦/ف٤ من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: "لا يلزم الطبيب سواء كان مطلوباً بأمر من القضاء أو خبيراً لديه بكتمان السر المهني أمام القاضي فيما يخص موضوع محدد يرتبط بمهمته، ولا يمكنه الإدلاء في تقريره أو عند تقديم شهادته في الجلسة إلا بالمعانيات المتعلقة فقط بالأسئلة المطروحة، كما يجب عليه كتمان كل ما توصل إلى معرفته خلال مهمته، تحت طائلة ارتكاب مخالفة إفشاء السر المهني". كما نصت المادة ١٠٠ من مدونة أخلاقيات الطب على أنه: "يتعين على الأطباء أو جراحي الأسنان إذا ما وجهت إليهم أسئلة متعلقة بالطاعة والانضباط أن يكتشفوا في حدود ما يتفق وواجب احترام السر المهني ما يعرفونه من وقائع يمكن أن تساعد التحقيق".

♦ الفرع الثاني: الخبرة الطبية

عادة ما ينتدب الطبيب من قبل السلطة القضائية باعتباره صاحب مهنة للإدلاء بدلوه في مسائل يفترض عدم إمام القاضي بها، ليتولى هذا الخبير إنجاز المهمة الموكولة إليه وتقديم تقرير إلى القضاء عادة ما يكون مكتوب ويدعى تقرير الخبرة، ولا مانع من أن يكون شفويًا، ومثال ذلك فحص مصاب في حادث مرور أو جريمة ضرب وجرح عمدي لتحديد

نسبة العجز الدائم والمؤقت وحجم الأضرار ونوعها، وتحديد سبب الوفاة من خلال عملية التشريح أو التأكد من سلامة القوى العقلية سواء للحجز عليه أو إيداعه مصحة عقلية أو غير ذلك من الأوضاع التي تقرها نصوص القانون.

فقد نصت المادة ٢٠٧/٢ من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: "يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي المكلف بمهمة الخبرة أو المراقبة أن يطلع الأشخاص الذين سيقوم بفحصهم أنه مخول بهذه الصفة، ويجب أن يتمتع إذا اعتقد أن المسائل المطروحة عليه تتعدى اختصاصه أو أجنبية عن التقنيات الطبية أو كان الطبيب المعالج من أقارب المريض المعني وفي هذه الحالة يحزر محضر قصور".

فقد قرر القضاء في فرنسا عدم مسؤولية الطبيب المنتدب من قبل المحكمة لكي يكشف عن عامل رفع دعوى تعويض على أساس إصابته في العمل، فتبين للطبيب غير ذلك، وكشف في تقريره أن العامل المدعي كان مصابا بمرض سري وهو علة وسبب ما يشكو منه هذا العامل من مضاعفات^(١).

◆ الفرع الثالث: عدم الإفشاء بمحتوى الملفات الطبية إلا بصدور أمر قضائي بالتفتيش.

نصت المادة ٢٠٦ من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: "كما ينطبق السر المهني على حماية الملفات الطبية ما عدا في حالة إصدار أمر قضائي بالتفتيش".

الملف الطبي هو ملف يشتمل على كل الملاحظات والعلاج المقدم للمريض ونتائج التحاليل والأشعة الخاصة بالمريض والتي تساعد في متابعة المسار الصحي للمريض، لهذا لا يجوز لا للمستشفى العام أو الخاص ولا للطبيب الإفشاء لمحتواه إلا بأمر قضائي بالتفتيش، بل حتى ولو رغب الطبيب في معالجة المريض والحصول على ملفه من المستشفى إلا بعد موافقة المريض وترخيص منه، إذ نصت المادة ٢٠٦/٢ من قانون

(1) Grenoble, 29 janvier 1909. Sirey. 1909-2-120.

أشار إليه د. رايس محمد، المرجع السابق، ص ٢٤٤، هامش رقم ٠١.

حماية الصحة وترقيتها على أنه: "كتمان السر الطبي التزام عام ومطلق ما لم يرخص المريض بعكس ذلك".

كما نصت المادة ٣٩ من مدونة أخلاقيات الطب: "يجب أن يحرص الطبيب أو جراح الأسنان على حماية البطاقات السريرية ووثائق المرضى الموجودة بحوزته من أي فضول". كما نصت المادة ٤٠ من ذات المدونة: "يجب أن يحرص الطبيب أو جراح الأسنان عندما يستعمل هذه الملفات الطبية لإعداد نشرات علمية على عدم كشف هوية المريض".

♦ **الفرع الرابع: جواز إفشاء الطبيب للسر الطبي في الدعوى المرفوعة ضده من المريض**
لا مرية أن حقوق الدفاع تعلق على مصلحة صاحب السر عموماً والمريض بوجه خاص ومن ثمة ذهب غالبية الأحكام القضائية في فرنسا إلى جواز الإفشاء مؤيدة في ذلك من قبل غالبية الفقه ولكن بقيود معينة تتمثل في ١- اقتصار الإفشاء على المعلومات الضرورية للدفاع وهي مسألة موضوعية تترك لتقدير القضاء. ٢- وإن يتم الإفشاء أمام القضاء وفي الدعوى التي يرفعها صاحب السر دون باقي الدعاوى الأخرى والتي فيها يسأل عن ارتكابه لخطأ مهني جسيم. ويضيف بعض الفقه شرطاً ثالثاً وهو ضرورة أن يتم الإفشاء في جلسة سرية وهو تحصيل حاصل للشرط الثاني بحيث أن الإفشاء أمام القضاء يقتضي العلم من القضاة والمحامين والخبراء وهؤلاء من أهل الثقة الاضطرارية أما الجمهور فلا مناص من كتمان السر عنه سوى جعل الجلسة سرية^(١).

خاتمة:

صفوة القول أن مهنة الطب من أجل وأنبيل المهن فيها يخضع الطبيب للقوانين والآداب والأخلاقيات التي تفرض عليه جملة من الالتزامات والواجبات منها واجب كتمان السر الطبي وعدم إفشائه للغير بلا مسوغ قانوني. ولو أن غالبية التشريعات وأخلاقيات مهنة الطب قد تكفلت بحماية السر الطبي بقواعد عقابية جزائية وتأديبية على غرار التشريع

(١) د. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المرجع السابق، ص ٣١٢.

الجزائري كما سبق بيانه في هدة الدراسة والتي تبين من خلالها جملة من النقائص التي أمل أن تحظى بعناية التعديلات المقبلة ومن ذلك ما يلي:

- وضع نصوص خاصة في قوانين الصحة وأخلاقيات المهنة تحدد بشكل دقيق موانع الإفشاء وحالات الإفشاء الجوازي على ضوء القواعد المستقر عليها منذ وقت بعيد وجمع شتات النصوص المتفرقة في القوانين والتنظيمات.
- ومن جهة أخرى لا شك أن تطور الطب أدى إلى ظهور العمل الطبي الممارس بشكل جماعي خاصة في العمليات الجراحية بحيث أصبح السر الطبي معلوما لدى كل متدخل في العمل الطبي ليجد الطبيب نفسه أمام مسؤولية عن الإفشاء الذي يتم من قبل الفريق العامل معه. ومن ثمة أصبح إلزام الطبيب بتبصير معاونيه بضرورة كتمان السر الطبي ضرورة ملحة في قانون الصحة وأخلاقيات مهنة الطب.
- ضرورة تحديد حالات انتهاء السر الطبي ومدى أحقية الخلف الخاص للمريض في إلزام الطبيب بالإفشاء.
- ضرورة إدراج الحق في السرية ضمن حقوق الشخصية في القانون المدني.
- ضرورة النص على واجب الطبيب ولأسباب يقدر إنها مشروعة بإعلام المريض بالمرض الخطير الذي لا يرجى شفاؤه إلا في الحالة التي يقرر فيها المريض بقائه جاهلا بوضعه الصحي.

ضرر الولادة المنبوذة للإلحاق بالمولود: دراسة مقارنة

د. أحمد بلحاج جراد^(١)

ساهمت التطورات البيولوجية الحديثة الطارئة على علوم الإنجاب وما ارتكزت عليه من تقنيات على غاية من الدقة في دفع العديد من التجارب التشريعية إلى صياغة قواعد قانونية بغية تأصيل مفهوم جديد للأسرة ولأدوارها المرتقبة بما يتلاءم مع متطلبات هذه الاكتشافات التي ما فتأت حقيقة تفاجأ المجال القانوني، وتحضه على إيجاد الحلول المناسبة خاصة بالنسبة لما أصبح متوفراً للزوجين من خيارات إنجابية يمارسانها وفقاً لنظرتيها الاستشراقية لوافقهما الإنجابي وذلك بالأساس على مستوى الطب الوقائي لما يوفره من ابتكارات متعاقبة لوسائل منع الحمل والإجهاض والتعقيم إلى أن أضحت أكثر نجاعة وتقلصت مخاطرها، وعلى مستوى العلاج بما صير بالإمكان تذليل العديد من العراقيل المانعة للحمل^(٢)، وأخيراً

(١) أستاذ مشارك في القانون الخاص - كلية الشرطة - دولة قطر

(٢) فضلاً عن الحلول التشريعية التقليدية المتعلقة بتنظيم الأسرة بما يتوافق مع المتطلبات الاجتماعية والاقتصادية الحيوية لتنظيم الإجهاض وإتاحة أساليب التعقيم ومنع الحمل والمحافظة على صحة الأسرة، نفذت أساليب جديدة من وحي التطورات البيولوجية أثرت على وضعية الأسرة عموماً وعلى الجنين خاصة تتمثل في تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب وما تتضمنه من تقنيات مبتكرة للهندسة الوراثية، وقد تعاقبت العديد من التشريعات على تنظيمها كالقانون التونسي عدد المؤرخ في ٧ أوت ٢٠٠١، رائد رسمي عدد لسنة ٢٠٠١، ص.؛ قانون اتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ١١ لسنة ٢٠٠٨ في المؤرخ في ١٦ ديسمبر ٢٠٠٨ في شأن مراكز الإخصاب؛ نظام وحدات الإخصاب والأجنة وعلاج العقم الصادر في المملكة العربية السعودية في ٢١ نوفمبر ١٤٢٤هـ-؛ قانون ١ نوفمبر ١٩٩٠ المتعلق بالتخصيب وبالأجنة البشرية في المملكة المتحدة؛ القانون الإيطالي عدد ٤٠ لسنة ٢٠٠٤ والمؤرخ في ١٩ فيفري ٢٠٠٤ والمتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب؛ القانون السويسري المؤرخ في ١٨ ديسمبر ١٩٩٨ والمتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب؛ القانون البلجيكي المؤرخ في ٦ جويلية ٢٠٠٧ المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب؛ القانون الإسباني عدد ١٤ لسنة ٢٠٠٦ المؤرخ في ٢٦ ماي ٢٠٠٦ والمتعلق بتقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب؛ قانون النمسا الصادر في ٤ جوان ١٩٩٢ المتعلق بالطب الإنجابي؛ المادة ٢١٣١-٤ وما بعدها من مجلة الصحة العمومية الفرنسية.

على مستوى طب التوقع بخصوص آليات التقطن المبكر للعيوب الجسيمة اللاحقة بالجنين وما شاكلها من أمراض وإمكانية التدخل لمحاولة درئها باستعمال العديد من الآليات المستحدثة لعل أهمها حاليا تقنيات الكشف الجيني السابق لزرع الجنين المخصب اصطناعيا⁽¹⁾.

ما يؤثر على هذه المستجدات وما حظيت به من تجاوب لدى العديد من التشريعات أنها صيرت أحلام الأمس حقائق ملموسة اليوم خاصة على مستوى التغلب على أغلب حالات العقم بواسطة التخصيب الاصطناعي، كما أنها يسرت على المنجيبين عامة وعلى المرأة خاصة سبل ممارسة الحرية الإنجابية، وحق المرأة في الخصوصية وفي التصرف في جسدها طالما أضحي خيار الإجهاض محاطا بالعديد من الضمانات التي توفر قدرا معتبرا من الأمان الصحي، وخيار الإبقاء على المشروع الإنجابي تتألف على حمايته عدة وسائل علاجية مبتكرة حديثا للتغلب على أمراض وتشوهات كانت مستعصية في الماضي القريب. لكن فضلا عن دورها المنعكس إيجابا على الأسرة والمجتمع على المستوى الصحي والسياسة الإنجابية، تسببت هذه المستجدات البيولوجية في ظهور فرضيات جديدة من المسؤولية المدنية من بينها الدعاوى التي ما فتأت ترفع منذ النصف الثاني من القرن الماضي للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن الولادة المنبوذة، وهي مسألة لا

(1) وهي تقنية بيولوجية تمكن من النفاذ إلى المكتسبات الجينية للجنين المخصب وفحصها عن طريق أخذ عينات من بعض خلاياه للتثبت من مدى إصابته بأمراض وراثية، كما أنها تقنية تمكن من اختيار جنس الجنين ومن انتقاء المواصفات الجسمانية والجمالية المحبذة من بين الأجنة المخصبة مما يجعلها إزاء وضعيات قانونية مستحدثة. وحول تأثير تقنيات المساعدة الطبية على الانجاب عموما والكشف الطبي السابق للزرع بصفة خاصة على الوضعية القانونية للجنين بوصفه ذاتا بشرية، يراجع:

C.NEIRINCK, *l'embryon humain ou la question en apparence sans reponse de la bioethique*, Les petites affiches, 9-10-1998, p.4 et s; **J.CLERCKS**, *l'embryon humain, le législateur, le debut de la vie et la loi relative à la bioethique* , rev.dt.pub, n3,2006,p.737 et s.

تتخصص فقط في المجال القانوني بل تتجاوزه لتطرح العديد من المفارقات على المستوى الفلسفي والأخلاقي والاجتماعي^(١).

ضرر الولادة المنبوذة هو ذلك الأذى الذي يلحق المولود أو أحد أبويه أو كلاهما , إما من جراء ولادته غير المرجوة في حد ذاتها أو بسبب المآسي الناجمة عنها على المستويين المادي والمعنوي^(٢). فقد تفاجأ المرأة بحمل ذي أطوار تخلق سليمة لكنه يعصف بخياراتها الإنجابية الفردية أو الثنائية نظرا لعدم رغبتها في الخلفة، وذلك نتيجة خطأ في التعقيم أو في وسائل منع الحمل. وقد تضع مولودا مصابا بتشوهات خلقية يعبث بنمط عيشها لما

(١) يراجع: **Edward. w. KEYSERLINGK**, *le caractere sacre de la vie ou la qualite de la vie*, commission de réforme du droit du Canada Montreal, Quebec, 1979; **Thierry PECH**, *La dignité humaine: Du droit a l'éthique de la relation*, Rev. inter.d'éthique sociale et gouvernementale, vol.3, n 2, p 2001, p.1 et s.

(٢) قارن مع الاسهامات الفقهية الواردة في المراجع التالية بخصوص تعريف ضرر الولادة المنبوذة والتي تتفق بصفة عامة على جعله بمثابة الضرر الإطاري الناجم عن الولادة غير المرغوب فيها بحيث تتفرع عنه مجموعة من الأضرار يمكن تقسيمها بحسب صفة المتضرر إلى صنفين: فإذا كان المولود هو الذي يدعي الضرر فإنه يمكن تصور قيامه إما بدعوى ضرر الاستهلال حينما يعتبر أن مجرد ولادته وإقدامه على تجربة الحياة ضررا في حد ذاته مفضلا عنها عدم الوجود. أو قيامه برفع دعوى في ضرر الحياة الضنكا حينما يقدر مسبقا المآسي الحالية والمستقبلية التي سوف يواجهها بسبب ولادة موصوفة بحدث يعتبره المحور المركزي لجميع أضراره. أما إذا كان أحد المنجيين أو كلاهما هو الذي يتمسك بضرر الولادة غير المرغوب فيها فإنه من الممكن رفع دعوى في جبر الضرر عن الحمل غير المرغوب فيه وذلك حينما يقع السعي خاصة من قبل الأم إلى تفادي حمل غير مرغوب فيه ويقع استعمال كل الوسائل الممكنة عبثا لتجنبه فيحصل الحمل بناء على خطأ محترف الخدمات الطبية في التشخيص أو في العلاج. كما يمكن أيضا رفع دعوى في الولادة غير المرغوب فيها عندما لم تعد إرادة أحد المنجيين أو كلاهما متجهة نحو مواصلة الحمل لقناعات شخصية أو لأسباب صحية أو اجتماعية مشروعة فيقع الإخفاق في قطعه مما يسبب لهما العديد من الأضرار المادية والمعنوية فضلا عن التهديد الجدي لصحة الحامل. يراجع: **Joanna LUPINSKA**, *La procreation humaine en droit pénal Francais et Polonais comparé* , Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit prive et sciences criminelles, Université de Lorraine, Faculté de droit, de sciences économiques et de gestion de Nancy, 2012, p.178 et s ; **Geraldine DEMME**, *Romain LORENTZ*, *Responsabilité civile et naissance d'un enfant: Aperçu comparatif* , R.I.D.C,1, 2005, p.103 et s ; **Sylvain FORTIN**, *La trisomie 21 ou le préjudice de naître*, Essai en vue de l'obtention du grade de Maître en droit, Université de Sherbrook, Faculté de droit, 2008, p.46 et s.

ستتكبده من إصر مادي ومعنوي تستلزمها متطلبات الرعاية الخاصة به، والحال أنه لو لا إخفاق الطبيب في التعهد بواجب الإعلام لكانت قد التجأت إلى إجهاضه. وقد يستهل المولود على صحة جيدة لكنه يتضجر من مجرد ولادته نظرا لاقترانها بظروف غير عادية تجعله يجتر مآسيها طوال حياته، كما هو شأن المولود الناجم حمله عن اغتصاب. وقد يولد مصابا بإعاقة راجعة إلى خلل جيني لدى تخلقه أو مكتسبة بسبب فعل ضار لحقه قبل الولادة أو أثناء الوضع، فتلحق به لا محالة أضرار على المستويين المادي والمعنوي فضلا عن أثرها الجسدي العميق.

فقد يتضجر من مجرد ولادته متحسرا على قدومه إلى الحياة فيثير ضرر الاستهلال⁽¹⁾، وهو ما يدعيه من أذى ناجم عن مجرد تحقق هذه الولادة التي لم يكن باستطاعته منعها وإقبال على تجربة حياة يرغب في مواصلتها رغما عن امتعاضه من نشأتها بسبب عوارض طالته لما كان حملا إن لم تحصل لما كان قد ولد أصلا. وقد يستند على النتائج الضارة الناجمة عن ولادته ليرتكز عليها لا كضرر في حد ذاتها وإنما كمصدر مولد لمجموعة من المآسي تتألف لتنتج ضرر الحياة الضنكا، وهو الأذى اللاحق بالمولود في مقوماته الجسدية أو المعنوية أو المادية جراء ما لحقه من فعل ضار طالته قبل استهلاله أدى إلى الأخلال بحقه في العيش في ظروف عادية والتتعم بحياة طبيعية بسبب ما خلفه لديه من قصور جسدي وانكسار معنوي.

لكي يعتد بهاتين الفرضيتين في جبر الضرر يكون من اللازم توافقها وقواعد المسؤولية المدنية وخاصة ركني الضرر والعلاقة السببية، إذ يبدو من الصعب استيفاء أغلبها لشرطي الضرر المحقق والضرر المتضمن لمصلحة مشروعة يحميها القانون من جهة، ولقيام رابطة سببية مؤكدة من جهة أخرى.

كما أنها صعوبات تتجاوز حقيقة المجال القانوني لتنفذ إلى العديد من المجالات الأخرى كالفلسفة والأخلاق والدين التي تصلح مقارباتها للاستناد عليها كمصادر مادية للقانون في

(1) عبارة " استهلال " وقع اقتباسها من حديث نبوي إذ روي عن أبي هريرة أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: " إذا استهل المولود ورث " وذلك للدلالة على تحقق حياة المولود أثناء وضعه وانفصاله عن جسد أمه. والحديث أورده أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، دار الكتاب العربي بيروت، ج 3 ص 87، رقم الحديث 2922.

سبيل إيجاد الحلول. وحتى في إطار العلوم القانونية فهو إشكال يتجاوز نطاق القانون المدني وي طرح مسألة الترتيب أو التوفيق بين قواعده والعديد من المبادئ والقيم المستمدة خاصة من الدستور ومن النصوص الوطنية والدولية الضامنة للعديد من الحقوق والحريات للذات البشرية^(١). فقيمة كرامة الذات البشرية وما يتفرع عنها من مبادئ فرعية كمبدأ قدسية الحياة، والحقوق المسندة للذات البشرية كالحق في الخصوصية وفي الإنجاب، وفي التصرف في الجسد، تعتبر صعوبات حقيقية تواجه شرطي تحقق الضرر وتعلقه بمصلحة محمية قانوناً^(٢)، فضلا عن صعوبات واقعية تتعلق بتقصي الرابطة السببية في بعض

(١) يراجع: F.Luchaire, *Les fondements constitutionnels du droit civil*, R.T.D.CIV, 1982, P. 252 et s; B. Edelman, *Le conseil constitutionnel et l'embryon*, D. 1995, chr. P. 355; Marie-Therese MEULDERS – KLEIN, " Vie privé, vie familiale et Droits de l'homme ", R.I.D.C, n 4, 1992, p.767 et s ; فوز صالح، " المبادئ القانونية التي تحكم الاخلاقيات الحيوية "، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والاتفاقيات الدولية، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ع ٢٢، يناير ٢٠٠٥، ص. ١٥١ وما بعدها.

(٢) حول التنازع بين حق المرأة في الانجاب وفي احترام خصوصيتها وحرمتها في التصرف في جسدها، والحرية الإنجابية للزوجين من جهة واحترام الذات البشرية للجنين من جهة أخرى، يمكن بصفة إجمالية الإشارة إلى مقاربتين سادتا الفقه والقضاء خاصة بالنسبة لتوصيف ضرر الحمل المنبؤ: تعتمد الأولى توجهها أخلاقيا مثاليا لمبدأ كرامة الذات البشرية يفرض على كل شخص الخضوع للمتطلبات الأخلاقية العقلانية التي جبلت عليها الإنسانية فيكون مجبرا على التنازل عن بعض الحقوق والحريات في سبيل تغادي النيل من سمو الذات البشرية التي تتفوق على ما دونها من مصالح، فحق المرأة في التصرف في جسدها وما يتفرع عنه من حريات خاصة على مستوى الانجاب يستوجب إضفاء قيود ذاتية عليه بموجب صحوه المتطلبات العقلانية لديها والتي تملي عليها إخماد حقوقها تغليبا لكرامة الجنين لتصبح الأضرار اللاحقة بها بسبب الحمل المنبؤ مغتفرة ولا تكتسب صفة المصلحة المشروعة. وتأثرا بهذه الرؤية تصدت المحكمة الابتدائية "بنيم" في حكمها الصادر في ١٠ جوان ١٩٨٠ لطلب الأبوين التعويض عن الولادة الناجمة عن خطأ طبي على أساس أن الحمل في حد ذاته يعتبر مهمة نبيلة للمرأة وما المولود سوى ثمرة للألفة بين أبويه. وتدعيما لنفس التوجه اعتبر القضاء البريطاني أن الطلب المقدم من الأبوين للتعويض عن الضرر المستقبلي اللاحق بهما والمتمثل في نفقات تربية المولود المرغوب فيه وتنشئته يعتبر غير مشروع لتتافيه مع التوصيف المألوف للحياة بكونها نعمة وحدث سار مدخلا للبهجة على الأسرة وذلك بمناسبة قرار " Udale. V. Bloomsburg " الصادر سنة ١٩٨٣. أما المقاربة الثانية فهي تعتمد توجهها نفعيا اجتماعيا لمبدأ كرامة الذات البشرية لتجعله أداة لخدمة حاجياتها الضرورية لتعتبر المواصلة القسرية للحمل فعلا ضارا يشكل اعتداء على كرامة المرأة بوصفه تطويعا لقدراتها الإنجابية رغما عن إرادتها، ويعسر قيامها بحاجياتها وحاجيات المولود المرتقب، فلا ينظر لواقعة الحمل بكونها فترة تخلق لذات بشرية بل بوصفها فعلا ضارا صادر في الغالب عن محترف العمل الطبي. ويعتبر الحكم الصادر عن محكمة " Itzehos " سنة ١٩٦٩ والمشهور بـ " طفل الصيدلي " فاتحة هذا التوجه حينما

الفرضيات. ومن جانب آخر فإن الولادة الموصوفة التي تجعل استهلال المولود مرفوقا بأضرار قد تكون على غاية من الجسامة تنقص بصفة جدية وحقيقية من حظوظه في التمتع بحياة عادية تحث قواعد المسؤولية المدنية على إيجاد الوسائل الكفيلة بجبر هذا الضرر الذي لم يكن باستطاعته درئه ولا دخل له في حصوله كآلية لصون كرامته وضمانا لحد أدنى من العيش الكريم. لذا فإن التساؤل يطرح عما إذا كان بالإمكان إقرار حلول ذات بعد إنصافي تحاول تقصي ضرر الولادة المنبوذة اللاحق بالمولود، ولو تطلب الاجتهاد التغافل عن قيم وحقوق أساسية للذات البشرية في سبيل التوسع في فرضيات قيام المسؤولية المدنية نظرا للإصر المادي والمعنوي الناجم عادة عن هذه الولادة، أم التمسك بما تفرزه آليات التنسيق بين مختلف القواعد القانونية وفق رؤية المشرع في الترويج بين المصالح بما يؤول إلى إحلال البعد الأخلاقي للمسؤولية المدنية محل بعدها التعويضي تغليبا لحقوق وحرقات للذات البشرية ثبت عسر تطويعها وشروط تحقق المسؤولية؟

تواردت أغلب الاجتهادات القضائية المقارنة منذ بداية النصف الثاني من القرن الماضي على معالجة هذه المسألة وفق مقاربتين: تنسم الأولى بصبغة قيمية موضوعية حينما تنظر إلى واقعة الولادة على أساس أنها البداية المبدئية للشخصية القانونية للشخص الطبيعي، وتمضي في تأويل قيمة كرامة الذات البشرية على صبغتها الفلسفية التقليدية لاستعمالها كآلية لصد طلب التعويض عن مجرد ضرر الولادة تغليبا لمبدأ قدسية الحياة البشرية. أما الثانية فهي تقوم على رؤية ذاتية نفعية لواقعة الولادة من جهة المتضرر وتؤسس تفرقة جوهرية بين الولادة في حد ذاتها من جهة والنتائج الضارة المترتبة عن هذه الولادة المنبوذة والتي تتجلى في مآسي معنوية وصعوبات مادية إن كان من اليسر ان تتوافر فيها الشروط المستوجبة للضرر، فإن بعض فرضياتها تتطلب مجهودا تأويليا أو بعدا إنصافيا واضحا

قضت المحكمة بالتعويض للأبوين عن الحمل المنبوذ الناجم عن خطأ الصيدلي حينما وقع في غلط فعوض أن يسلم حريقته دواء لمنع الحمل ناولها دواء يقلل من حموضة المعدة. وقد رافق هذا الحكم سجال فقهي وقضائي عميق ومطول انتهى بتأييده من قبل المحكمة الدستورية الفدرالية الألمانية في قرارها الصادر في ١٢ نوفمبر ١٩٩٢، يراجع حول المقاربتين: **Geraldine DEMME**, op.cit, p.111 ; **Silvain FORTAIN**, op.cit, p.48; **Joanna LUPINSKA**, op. cit, p. 180.

كلما اعترضتها صعوبات تتعلق بالعلاقة السببية أو بمدى تحقق الضرر وتوفر المصلحة المحمية قانونا كلما صعب التوفيق بين الأذى المدعى به والوضعية القانونية للمنجبين من جهة أخرى. ولكل رؤية إسهامات كشفت، بمؤازرة فقهية تجاوبت معها بعض التجارب التشريعية، على الترجيح بين مختلف المصالح أخذا بعين الاعتبار خاصة للمستجدات البيولوجية الحديثة وتأثيرها المفاجئ بالخصوص على الوضعية القانونية للأسرة مما يتطلب قراءة متزنة ومعاصرة لقيمة الكرامة وللحق في الإنجاب وما يترتب عليه من حريات سواء كان الضرر المتمسك به يتمثل في ضرر الاستهلال (المبحث الأول) أو ضرر الحياة الضنكا (المبحث الثاني).

المبحث الأول

انتفاء ضرر الاستهلال اللاحق بالمولود

هل يمكن للشخص التظلم من مجرد واقعة ولادته باعتبارها حدثا ضارا يستوجب التعويض؟

تتألف العديد من المعطيات على الإجابة السلبية والتي يمكن إجمالاً اختزالها في مبدأ قدسية الحياة البشرية الذي ينفي شرط الإخلال بمصلحة مشروعة للمتضرر ويحول دون الاهتداء إلى الضرر المحقق من جهة (الفرع الأول)، وفي ما يلاحظ من تنضيد للمشروع الانجابي الذي يستبعد توفر المصلحة المحمية قانونا اللاحقة بالمولود، لما يوفره من خيارات إنجابية تتنافى مع ضرر الاستهلال (الفرع الثاني).

♦ الفرع الأول: مبدأ قدسية الحياة البشرية وانتفاء الضرر اللاحق بالمولود:

تتدخل المقاربة القيمية المثالية للحياة البشرية لتؤثر على المعطيات القانونية فتتفي عن واقعة الاستهلال صفة الضرر نظرا لانتفاء المصلحة المشروعة المحمية قانونا (أ)، ولتغذر تحقق الضرر أصلا (ب).

أ- المقاربة القيمية المثالية للحياة البشرية وانعدام المصلحة المشروعة للمولود:
تسند المقاربة القيمية المثالية قدسية مطلقة للحياة البشرية باعتبارها إحدى المبادئ المنقرعة عن قيمة الكرامة تجعلها تتنافى مع مفهوم الضرر أصلاً نظراً لرفعة التوصيف الحتمي والاجباري الذي تنقاد إليه كل ذات بمجرد تخلقها، وأخذاً بعين الاعتبار للجانب الاجتماعي للحق في الحياة مما يستحيل معه قيام الضرر لعدم توفر شرط الاخلال بمصلحة مشروعة يدعيها المولود ويحميها القانون.

يقتضي مبدأ قدسية الحياة البشرية أن مجرد وجود الذات البشرية في الدنيا له علوية مطلقة تجعلها غاية في حد ذاتها تشترك فيها مع مثيلاتها في الجنس على قدم المساواة الحسابية المطلقة مما يحول دون أي تقييم واقعي أو ذاتي لأية ذات بشرية على مستوى قيمة حياتها باستعمال معايير المردود الوظيفي أو النفعي أو التركيبية الجينية أو غيرها من المعايير الواقعية التي تفرز حقيقة اختلافات بين البشر^(١). وإنما تتدخل المقاربات الدينية والأنثروبولوجية المادية لتسند للحياة البشرية قيمة مطلقة موحدة ومجردة بطريقة منفصلة تماماً عن أية معطيات أو خصوصيات تتعلق بذات معينة، وذلك لتحقيق غاية معينة تتأطر بصفة عامة حول استبقاء الجنس البشري وإثرائه للحضارة البشرية، ولا يمكن لأي فرد أن يتملص منها ولو كانت مساهمته سلبية.

تستند الشريعة الإسلامية على فكرة مركزية لتبرير مبدأ قدسية الحياة البشرية وهي فكرة الخلق. ومفادها أن الإرادة الإلهية خلقت الكون بجميع كائناته لاستخلاف الإنسان في الحياة

(١) حول دور القانون في ضمان كرامة الذات البشرية، يراجع: Roberto ANDORNO, " La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procreations artificielles,

L.G.D.J, Paris, 1996, p. 44 et p.65 et s; Edward.W. KEYSERLINGK, op.cit, p.9ets:
فواز صالح، " مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في مجال الأخلاقيات الحيوية (دراسة مقارنة "، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٧، ع ١، ٢٠١١، ص. ٢٤٧. كما اقتضت المادة ١٦ من المجلة المدنية الفرنسية ما يلي: " La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie " ;

كما ورد في المادة ٣ من الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان الصادر عن منظمة اليونسكو في ١٩ أكتوبر ٢٠٠٥ ما يلي: " يتعين احترام الكرامة الإنسانية وحقوق الإنسان والحريات الأساسية احتراماً كاملاً"

الدنيا إلى يوم معلوم، وهي غاية لا تستقيم إلا بالتكاثر المتواتر والدوري للجنس البشري عبر الولادات التي يتحكم الله لوحده في قدرها من خلال النشأة الأولى التي هي نواة الحياة البشرية التي يستودعها في الإنسان طوال المجال الزمني لحياته. وهي وديعة إجبارية ليس للإنسان القدرة على رفضها، ويكون في المقابل ملزما بالمحافظة عليها إلى حين انقضائها. فطالما أن مصدر الحياة البشرية يحظى بقدسية مطلقة وهو الله خالق كل شيء، فإنه من المنطقي أن تسري نفس الصفة على هذه الحياة نظرا للأغراض المرتقبة منها^(١). وتساهم المقاربة الانتروبولوجية المادية في الوصول إلى نفس النتيجة لكن بتأصيل مغاير وذلك حينما ترجع إلى الظواهر الطبيعية في الكون لتستنتج منها أن الإنسان جبل على الشغف بالحياة ومجابهة الصعاب من أجل استبقائه، مع ما يؤثر عنه من خشية رهيبه من الموت مما يجعل السلوك الإنساني متواترا على تقديس الحياة البشرية باعتبارها أسمى ما في الوجود^(٢).

ينترع عن مبدأ قدسية الحياة بدهاء إسناد كل ذات بشرية بمجرد ولادتها الحق في الحياة بصفة أصلية، والذي يعتبر الركيزة الأولى لبناء كافة حقوقها، ومفاده أن لكل إنسان مصلحة واجبة الحماية قانونا في أن يبقى جسمه مؤديا على الأقل للحد الأدنى من وظائفه التي يؤول تعطلها إلى افتقاد حياته نهائيا^(٣). ما يلفت الانتباه أن هذه المصلحة تتولد عنها

(١) يميز جانب من الفقه بين ثلاثة أنواع من الكرامة المسندة للذات البشرية من وجهة نظر الشريعة الإسلامية: كرامة تقديرية وتتعلق برعاية الله لخلقه وقدره في نشأته وفي مصيره مما يترتب حماية الذات البشرية عن طريق حقه في دفع الأذى بكل أشكاله، وكرامة تكليفية تتعلق بالهدف من الخلق وهو الاستخلاف في الأرض، وكرامة تفضيلية من خلال رفعة الذات البشرية عن بقية الكائنات وتسخيرها لخدمته والعمل على التقرب إلى الخالق: منقول بتصريف عن د. طه عبد الرحمن، " البحث في الخلايا الجذعية بين إرادة الخلود ومحنة الجنين، مقارنة أخلاقية إسلامية "، الندوة العالمية للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية تحت مسمى "الخلايا الجذعية: الأبحاث - المستقبل - الأخلاقيات - التحديات"، القاهرة ٣-٧ / ١١ / ٢٠٠٧، ص. ٢١ وما بعدها.

(٢) يراجع: **Thierry PECH**, *La dignité humaine: Du droit a l'éthique de la relation*, Revue internationale d'éthique sociétale et gouvernementale, v.3, n 2, 2001; **Edward w. KEYSERLINGT**. op.cit, p 14 et s.

(٣) وهو الذي أورده **محمود نجيب حسني**، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٣، ص. ٣٦٥ وما بعدها.

مقاربتين للحق في الحياة: الأولى ذاتية تخاطب الذات البشرية في مقاربتها القانونية بوصفها شخصا قانونيا في فردانيته مما يجعله مستحقا لحماية حرمة الجسدية من كل ما يطلها من اعتداء خاصة في ما قد يعطلها نهائيا بإنهاء حياته، مما يعد إخلالا بمصلحة مشروعة ذاتية تستوجب الحماية التي من بين مضامينها التعويض لكل من طالته أضرار من جراء هذه الوفاة، فضلا عن أن الإخلال بداهة بالمصلحة المشروعة الموضوعية المنسوبة للمجتمع يستوجب تسليط عقاب جزائي على الفاعل. والثانية موضوعية بحتة تخاطب الذات البشرية في مقاربتها الواقعية القيمية بوصفها نموذجا اختزاليا للجنس البشري مما يجعلها غاية في حد ذاتها من اللازم أن تحظى بحماية طالما أنه لا فائدة من استمرار الحياة ما لم يقع ضمان استمرارية التواجد البشري فيها. وهي مصلحة لا يمكن إحكام تحققها إلا بإضفاء بعض الخصوصية على الحق في الحياة، لذا كان من اللازم الاستناد بقيمة كرامة الذات البشرية لقصر الحق في الحياة على جانبه الإيجابي دون السلبي^(١).

تعتبر المقاربة الفلسفية المثالية للكرامة أن الذات البشرية غاية في حد ذاتها نظرا لما تمتاز به من خصوصيات بالمقارنة مع بقية الكائنات ولا يمكن تطويعها لأغراض نفعية خشية تحقيرها فتتنزل إلى مرتبة الأشياء. والخطاب لا يوجه إلى الغير فقط بما يكفل منع كل ذات من انتهاج سلوك مغاير لقيمة الكرامة في علاقتها بالأخرى، بل يفرض أيضا على الذات البشرية في حد ذاتها باعتبارها ممثلة للجنس البشري بأن تمتنع عن اقتفاء كل سلوك ينجر عنه الحط من كرامتها، مما يفرض عليها الخضوع لقيم جماعية أخلاقية على حساب العديد من حرياتهما. ومن هذا المنطلق يفتقد الحق في الحياة جانبه السلبي، فلئن كان للإنسان الحق في الحياة فليس له الحق في عدم الحياة أي في عدم الوجود. فإذا تراءى له أن حياته تسببت له في أضرار جسيمة ومتعددة، وأن عدم وجوده في الحياة الدنيا كان أفضل من المآسي التي كابدها، فإن مصلحته في التمسك بالعدم تعتبر دون شك غير مشروعة ولا يحميها القانون نظرا لإخلالها بقيمة كرامة الذات البشرية التي تعتبر المصدر

(١) محمود نجيب حسني، نفس المرجع، ص. ٣٦٧. Edward.W. KEYSERLINGK, op.cit,p.28 et s.

المؤصل لحقوقه^(١). فرغم أن توصيفه اقتصر على تجربة شخصية في الحياة دعتة إلى تفضيل عدم الوجود عليها، فإن باختزاله لصفة الذات البشرية يكون قد خرق قاعدة المساواة الحسابية المطلقة بين جميع البشر المتعلقة باعتبار الانسان غاية في حد ذاته وفي منأى عن الحط من القيمة طالما أن قيمة الكرامة تحول دون إدراج مراتب في القيمة النفعية للحياة البشرية. وبما أن القضاء الفرنسي كان قد تصدى لتصرفات قانونية صادرة عن الشخص يترتب عنها تحقيرا لنفسه، فاعتبرها مخالفة لكرامة الذات البشرية، كتحقير القزم لجسده لتسخيره كلعبة يتقاذفها زبائن الملهي، أو استتجار المرأة لرحمها للإنجاب لحساب الغير^(٢)، فإنه من باب أولى أن يكون تفضيل العدم على الحياة تحقيرا للذات البشرية بامتياز لما يتضمنه من إنكار تام ونهائي لاعتبارها غاية في حد ذاتها.

(١) يراجع: > Thierry PECH, op.cit, p. 3 et s

(٢) من ذلك القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في ٢٧ أكتوبر ١٩٩٥ تحت مسمى (Commune de Morsang – sur – orge), cite par Muriel FABRE–MAGNAN, La dignité en droit: un axiome, .Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2007, v 58, p.7et 8

ويتعلق هذا القرار بإقرار مجلس الدولة الفرنسي لقرار صادر عن رئيس بلدية " Morsang-sur-orge " بـ"بغلق ملهى ليلي وسحب ترخيصه نظرا لممارسته لنشاط ترفيهي يتمثل في تقاذف حرفائه لقزم بمقابل مادي وهو ما يعتبر تحقيرا للذات البشرية من خلال تخصيصها كأداة للترفيه والمنافسة بينهم. فطعن القزم بوصفه العنصر الأساسي في هذه اللعبة في القرار على أساس أنه يحد من حريته في العمل باعتبار نشاطه في الملهى مصدر رزقه الوحيد، وأنه يؤسس تمييزا بين الأفراد على أساس مواصفاتهم الجسدية. فكانت إجابة مجلس الدولة مؤيدة للقرار البلدي حينما اعتبر أن النشاط الترفيهي الممارس في الملهى العمومي محل الدعوى يتضمن تشيئا للذات البشرية يترتب عنه تحقيرا لطائفة الأقرام وبصفة عامة يجسد اعتداء على كرامة الذات البشرية من خلال استغلال الإعاقة الجسدية التي يكون عليها القزم لاستعماله ككثيفة. كما تصدى القضاء في العديد من اجتهاداته لظاهرة " تأجير الأرحام " لما تتضمنه بالأساس من امتهان لقيمة لكرامة المرأة خاصة وللجنين المرتقب، من ذلك: cass.civ, 13-12-1989, D.1990, p.273; Trib.gr.inst.Aix-en-provence, 4 ch. DU 5-1984, j.c.p, 1986, 2, 20561, obs. F. boulanger.

كما أقرت الفقرة السابعة من المادة الأولى للقانون الألماني الصادر في ١٣ ديسمبر ١٩٩٠ والمتعلق بحماية الجنين عقوبة جزائية على كل طبيب يعمد إلى زرع الجنين في رحم امرأة غير صاحبة البويضة التي خصب بها اصطناعيا. فضلا عن التوصية الصادرة عن البرلمان الأوروبي في ١٦ مارس ١٩٨٩ والتي تدعو إلى رفض كل أشكال الأمومة البديلة، يراجع:

Roberto ANDORNO, op.cit, p. 259 et s..

وعلى فرض مسايرة النظرة النفعية للحياة البشرية التي لا تنتظر لوجود الانسان إلا بصفة انفرادية على أساس أن حياته لا تعدو ان تكون سوى تجربة شخصية لا تخلو من صعوبات أو منافع بحسب ما يواجهه في حياته الاجتماعية مما يجعل له كامل الحرية في الإبقاء على حياته أو في إنهاؤها عن طريق الانتحار أو القتل الرحيم، فإنه لا يمكنه رغم هذا الهامش الظاهر في الحرية أن يتمسك بمصلحة مشروعة في عدم استهلاله تستوجب تعويضا. ففي فرضيتي الانتحار أو القتل الرحيم يكون الشخص المقبل على الموت بإرادته قد قيم حياته فألت النتيجة إلى اعتبارها لا تستحق المواصلة نظرا للمضار التي يعتقد أنها لحقت به وخشية تواصلها أو تفاقمها مستقبلا، فهو لا يطالب بجبر ما حصل له في الماضي وإنما يحدد باختياره مآله مستقبلا. في حين أن فرضية التمسك بالضرر عن مجرد الاستهلال تعبر عن رغبته في البقاء وإصراره على مواصلة حياته عليها تتحسن بما قد يؤول إليه من تعويضات تخفف من مآسيه. ومسايرة لهذه النظرة، وبما أن له الحق في التحكم في حياته وحرية التصرف في جسده كان عليه إنهاؤها أفضل من المطالبة بالتعويض لأن في الموت إنهاء للمضرة في حين أن التعويض ليس إلا محاولة لترميم الحالة وإصلاحها، والحال أن قواعد المسؤولية المدنية تميل نحو إزالة المضرة أولى من تخفيفها بالتعويض.

ب- قيمة الحياة البشرية وعدم تحقق ضرر الاستهلال:

فضلا عن المصلحة المشروعة الواجبة الحماية يتجه أيضا في الضرر أن يكون محققا في الحال أو في المآل، وهو شرط يصعب تحقيقه إن لم يكن مستحيلا في فرضية ضرر الاستهلال اللاحق بالمولود وذلك لاستحالة المقارنة بين الوضعية الراهنة للمتضرر بعد حصول الفعل الضار ووضعيته السابقة، ولصعوبة الاهتداء إلى صفة المتضرر الذي من البديهي أن يكون مكتسبا للشخصية القانونية.

فعلى المستوى الأول، يتعذر تحقق الضرر اللاحق بالمولود بمجرد استهلاله كلما وقع تجسيم إحدى الغايات الأساسية المرتقبة من المسؤولية المدنية وهي إرجاع المتضرر إلى الحالة التي سوف يكون عليها لو لم يحصل الفعل الضار، أي في هذه الفرضية إن لم يولد

المولود أصلاً. فلكي يتحقق الضرر يجب المقارنة بين الوضعية الحالية للمتضرر بعد حصول الفعل الضار والوضعية التي سوف يكون عليها لو لم يطاله ذلك الأذى، وأن ترجح نتيجة المقارنة وضعيته الأولى أي حالته الراهنة التي من اللازم أن تجعله في وضعية أسوأ بسبب ما لحقه من مضرة بالمقارنة مع حالته المفترض أن يكون عليها في إطار التسلسل العادي للمسار الزمني للأحداث في حالة غياب الفعل الضار. لكن في بعض الحالات توجد صعوبات تحول دون المقارنة مما يصعب الاستنتاج بوجود الضرر وذلك نظراً لتعذر إيجاد آلية تمكن من المقارنة بين الوضعيتين بسبب اختلافهما في الطبيعة وفي الخصائص، وهو ما يسري كمثال نموذجي بين واقعي الاستهلال وعدم الوجود المتمثل في انتقاء تخلق المولود مدعي الضرر أصلاً. فهي مجازفة عسيرة وغير جائزة بدليل عديد الحجج التي تنفي توصيف واقعة الولادة بكونها حدث ضار في حد ذاتها. فمن جهة لا يمكن المقارنة بين الوجود المتمثل في تحقق الاستهلال وعدم الوجود المتمثل في العدم على مستوى الصبغة النفعية الذاتية لكل منهما والراجعة إلى الشخص الطبيعي. فحياة الذات البشرية في فردانيتها واقعة ملموسة ومن السهل توصيفها وبيان خصائصها، في حين أن عدم الوجود حدث سلبي لا يمكن أن يترتب عنه شيء مطلقاً، مما يستحيل معه المقارنة بينه وبين الحياة التي من الواضح استخلاص ميزاتهما ومساوئها على المستوى الفردي في حين أن العدم غارق في الإبهام ولا يمكن أن يستخلص منه شيء، ليكون حينئذ من قبيل الارتجال والاحجاف أن تعتبر الوضعية الحالية للمولود أسوأ من الوضعية التي كان من المفترض أن يكون عليها لو لم تحصل واقعة الاستهلال. كما أنها مقارنة منقوصة فطالما أن حياة مدعي الضرر ما زالت متواصلة فإنه يتعذر الاهتداء مسبقاً إلى مآلها وما عسى أن تخفي له من مفاجآت قد تكون ذات منحى إيجابي فنتحسن نفسيته بصفة تدريجية ليصبح مقبلاً عليها بشغف.

ومن جهة أخرى، ووفاء للصبغة القدسية للحياة البشرية التي تضفي عليها علوية مطلقة وتجعلها قدسية متساوية بين جميع البشر، فإنه لا يمكن للقاضي الاجتهاد في تقدير قيمة الحياة البشرية لشخص معين بمجرد استهلاله وتوصيفها بكونها حدث ضار لأن في ذلك

اعتداء على كرامة الذات البشرية من خلال الانتقاص الحاصل من قيمة المولود، ليس في ذاته وما قد يترتب عن واقعة ولادته من ملاسبات خاصة، وإنما في صفته باعتباره مختزلاً للجنس البشري. فطالما أن القاضي يشترك في صفة الذات البشرية مع المتضرر على قدم المساواة المطلقة فإنه لا يمكن أبداً أن تسند له سلطات تقدير قيمة حياة المتقاضي التي لا تعتبر إلا اختزالاً للحياة البشرية، وإلا لترتب عن ذلك تكريس لتدرج هرمي يصنف الحياة البشرية بحسب الذوات المولودة يتناقض مع المبدأ الدستوري المكرس لكرامة الذات البشرية والذي يتصدى للمتضرر ذاته فيحول دون جواز توصيف حياته بكونها ضرر لاحق به.

أما على المستوى الثاني، فمن الثابت لاكتساب صفة المتضرر أن يكون طالب التعويض صاحب الحق أي أسندت له الشخصية القانونية التي تكتسب بمجرد ولادته حياً، مع الإشارة إلى أن مختلف التشريعات دأبت على إقرار العديد من الحقوق للجنين يكتسبها قبل الولادة ليقع تأجيل ممارستها بعد الوضع، وذلك إما استناداً لقاعدة عامة موروثية عن القانون الروماني ومفادها أن الحمل يعتبر مولوداً كلما كان الحدث في مصلحته^(١)، أو بموجب قواعد خاصة يسند من خلالها المشرع للجنين بعض الحقوق بحسب مواضع الحماية التي

(١) وهي قاعدة: " *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* "، الموروثة عن القانون الروماني والتي استند عليها فقه القضاء الفرنسي بادئ الأمر لإقرار حلول إنصافية في طريقة احتساب استحقاق الحمل لنسبة من مبلغ الجارية المستحقة لأمه ولأخواته والناجمة لهم من جراء وفاة والدهم في حادث شغل قبل استهلاله، حيث أن المادة ٣ من قانون ٩ أفريل ١٨٩٨ تمكن الجنين من حقه في هذه الجارية بشرط أن يولد حياً دون أن تحدد نقطة بداية الاستحقاق هل منذ وفاة الأب أو منذ استهلاله؟ فاعتبرت محكمة التعقيب أنه عملاً بالقاعدة المذكورة أعلاه يحتسب حق الجنين في هذه الغرامة منذ صدور الفعل الضار: *cass. Civ, 24 avril 1929, D.H, 1929 p. 298*؛ وبموجب القرار الصادر عن نفس المحكمة في ١٠ ديسمبر ١٩٨٥: *D.1987, P.449* أصبحت هذه القاعدة مبدأ عاماً مكرساً من قبل فقه القضاء فضلاً عن سبق اكتسابها لقيمة دستورية منذ قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر في ١٥ جانفي ١٩٧٥؛ وبمقتضاها أمكن الاستناد عليها لإقرار حق الجنين المولود في التعويض عن الأضرار اللاحقة به في فترة الحمل شرط ولادته حياً؛ يراجع: **F.LUCHAIRE**, op. cit, p.252 et 253; **Francois TERRE, Dominique FENOUILLET**, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités* 6éd, DALLOZ, 1996, p.9 et s.

يراهما مناسبة^(١)، فضلا عن الاجتهادات القضائية التي ما فتأت تواكب السياسة التشريعية في هذا المجال وفق تأويل موسع. فلا إشكال حينئذ في استحقاق الجنين للتعويض عن الأضرار المادية أو الجسدية أو المعنوية اللاحقة به قبل الوضع ومن حقه المطالبة بها كلما ولد حيا^(٢). لكن يجب أن لا نغفل عن أن استحقاقه للتعويض يكون مشروطا بحصول الفعل الضار في الفترة التي يكون فيها حملا أي منذ علوقه إلى حين وضعه، وهو شرط يصعب الاهتداء إليه في فرضية ضرر الاستهلال لأنه حينما يقع إرجاع المتضرر، وهو المولود في هذه الفرضية، إلى الحالة التي كان عليها قبل حصول الفعل الضار، لا نكون أبدا إزاء شخص قانوني مخاطب بأحكام القانون لأنه في هذه الفترة غير موجود أصلا، وبالتالي لا تتوفر فيه صفة المتضرر. فالمولود الذي يتمسك بضرر الاستهلال نظرا لولادته في حالة إعاقة أو تشوهات راجعة إلى خلل جيني في تركيبته أو نظرا لاجابه نتيجة جريمة اغتصاب يرغب في التعويض على أساس أن ولادته سببت له انكسارات نفسية أو صعوبات مادية وجسدية يفضل عليها الوضعية التي سوف يكون عليها لو لم تطاله هذه الأضرار، وهي وضعية لا وجود لها ما دامت متمثلة في العدم الذي لا يستخلص منه شيء مطلقا. فلا يكون لطالب التعويض حينئذ صفة المتضرر لانتهاء صفة الشخص القانوني بل حتى صفة الذات البشرية أصلا يوم حصول الفعل الضار. فالمولود الناجم عن جريمة اغتصاب حينما يتمسك بضرر الاستهلال يدعي أن ولادته المرفوقة بانكسارات نفسية تتعاضم حداثتها مع تطور نضجه تشكل ضررا ويفضل عليها عدم الولادة على أساس أن الفعل الاجرامي

(١) وهو التوجه الذي اقتنفته بعض التشريعات على غرار المشرع التونسي التي خص بصفة استثنائية الجنين ببعض الحقوق نظرا لعدم اكتسابه للشخصية القانونية يمكن ممارستها بعد تحقق ولادته حيا كالحق في الميراث وفي الإيصال له وفي التأمين لمصلحته وحقه في الحياة المرتقبة بما يحول دون تنفيذ عقوبة الإعدام على الحامل إلى حين الوضع، يراجع: محمد الشرفي وعلى المزغني، أحكام الحقوق، دار الجنوب للنشر ن تونس ١٩٩٥، ص. ١٢٩ وما بعدها؛ **Mohamed**

Kamel CHARFEDDINE, L'embryon: sujet ou objet ?, R.T.D.1998, P.69 ET S.

(٢) من ذلك ما تواتر عليه القضاء التونسي بخصوص منح تعويض للجنين عن ضرره المادي والمعنوي طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية: تع، مدني مؤرخ في ٣ أفريل ١٩٨٧، ن، القسم المدني، ١٩٨٧، ص. ٢٢٩؛ تع مدني عدد ٥٢٧٥٢ مؤرخ في ٤ جوان ١٩٩٦، ن، القسم المدني، ١٩٩٦، ص. ٢٢٨. تع مدني عدد ١٠٢٣٧٢ مؤرخ في ٣١ مارس ١٩٩٩، غير منشور.

المرتكب من قبل والده حرمة من حق عدم الوجود، وهو حق غير موجود نظرا لانعدام صاحبه زمن حصول الفعل الضار .

وإسوة بهذه الاعتبارات تواترت العديد من الاجتهادات القضائية المقارنة على الإقرار بانعدام ضرر الاستهلال اللاحق بالمولود نظرا بالأساس لعدم مشروعية المصلحة المتمسك بها فضلا عن الصعوبات الناجمة عن الاهتداء إلى تحقق الضرر . من ذلك أن محكمة الاستئناف ببوردو كانت قد اعتبرت في قرارها الصادر في ٢٦ جانفي ١٩٩٥ أنه لئن كان للذات البشرية منذ فترة الحمل العديد من الحقوق فإنها رغما عن ذلك لا تكتسب الحق في الحياة أو في عدم الحياة، ولا يمكنها أن تعتبر ولادتها أو إنهاء حملها حدثا ضارا أو نافعا لها تستخلص منه نتائج قانونية^(١). كما رفض القضاء البريطاني دعوى رفعتها بنت معوقة للمطالبة بالتعويض عن ضرر استهلالها على أساس عدم تحقق الضرر لاستحالة المقارنة بين وضعيتها الحالية والوضعية التي سوف تكون عليها لو لم تولد أصلا^(٢). ونفس التوجه يلمس تقريبا من اجتهاد المحكمة الألمانية العليا حينما اعتبرت في قرارها الصادر في ١٨ جانفي ١٩٨٣ أن ليس للشخص الحق في عدم الاستهلال وإنما يتعين على كل مولود أن

(١) حيث أوردت المحكمة تأصيلا لموقفها: "Si un être humain dès sa conception est titulaire de droits, il ne possède pas celui de naître et de ne pas naître, de vivre et de ne pas vivre, et sa naissance ou la suppression de la vie ne peut pas être considérée comme une chance ou une malchance don't il peut tirer des conséquences juridiques", cité par **Bomningues VIRGINE**, Naissance et vie prejudiciable de l'enfant au regard de la responsabilité medicale et parentale, D.E.A, de droit privé, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Université de Lille 2, 2000 – 2001, p. 71.

وفي نفس المعنى أيضا: " Sa naissance ou la suppression de sa vie, ne peut pas être considérée comme une chance ou une malchance dont il peut tirer des conséquences juridiques."

ويراجع أيضا: Arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 8 juillet 1994, D.1994, somm. P.98 ; " Ne saurait être considéré comme une perte de chance le fait d' avoir été mis au monde plutôt que d'avoir fait l'objet d'une interruption de grossesse".

(2) cite par **Geraldine DEMME** et **Romain LORENTZ**, op. cit, p.138

لا يقبل حياته على الطريقة التي خلق عليها لتعذر إضفاء معالجة قانونية لمخاطر الحياة التي تبقى رهينة القضاء والقدر⁽¹⁾.

ما يمكن استنتاجه من هذه الرؤية أنه لا يمكن توصيف واقعة الاستهلال في حد ذاتها بكونها مؤسسة لضرر لاحق بالمولود لانقضاء المصلحة المشروعة التي يكفلها له القانون، ولعدم الاهتمام إلى تحقق ضرره. فالقانون لا يقر مطلقا للشخص الحق في الوجود أو في عدمه، فلا يمتد مجاله لما هو مستتر خلف الحياة البشرية للشخص الطبيعي بل يجعل منها منطلق تدخلاته فيقر على إثرها ما يلزمه من قواعد سلوكية تنظيمية، وهو ما توجد له إشارات في العديد من المواضع التشريعية على المستويين الدولي أو الوطني سواء بصفة صريحة أو ضمنية.

فكلما تحققت واقعة الولادة ووقع على إثرها اكتساب الشخصية القانونية فإنه لا يمكن مطلقا للمولود الادعاء بحصول ضرر له ناجم عن مجرد ولادته لانقضاء حقه في الاستهلال أو عدمه طالما أن الحياة البشرية لم تسند إليه إلا على سبيل الوديعة الإجبارية في معناها الدقيق المتعلق بالأمانة التي يتساوى فيها بطريقة حسابية مطلقة مع جميع البشر بصفة موضوعية ومجردة تجعله نموذجا مختزلا للجنس البشري. فرغم أن واقعة الولادة حدث خاص يفرز بداية الشخصية القانونية لذات بشرية معينة، فهي تتضمن أيضا قيما ذات أبعاد موضوعية تجعل لها قدسية تستمدها من علوية أسباب تواجد الجنس البشري في الحياة الدنيا والغايات المرتقبة منه لتجعل من تواجد الحياة البشرية لفرد معين حدثا غير ضار في حد ذاته تكريما لقيمة الحياة البشرية المدعوة لتحقيق أغراض لازمة لاستمرارية الوجود الإنساني. وتتألف هذه الرؤية مع البعد الأنثروبولوجي لواقعة الولادة التي دأب التقويم الجماعي دوما ولدى كل المجتمعات والأسر على كونها حدث سار يدخل البهجة على العائلة لما يختزله من العواطف والمسرة خاصة على الأبوين. فقدسية الحياة البشرية تجعل حينئذ من مصلحة الجنس البشري في الوجود والتواجد على مر الأزمان، باعتباره غاية في

(1) Arrêt du 18 janvier 1983, cite par **Geraldine DEMME** et **Romain LORENTZ**, op. cit, p.138.

حد ذاته، تعلق بصفة مطلقة على المصلحة الذاتية للشخص الطبيعي الذي قد تعثره أزمات نفسية تجعله مدعياً لأذى ناجم عن مجرد استهلاله فتتفني ضرره نظراً لاعتباره خالياً من كل مصلحة مشروعة^(١).

♦ الفرع الثاني: تنضيد المشروع الانجابي وانتفاء ضرر الاستهلال:

لا يوجد حق للمولود في الاستهلال أو في عدمه لتوقف مآله منذ بداية تخلقه على الحلول الناجمة عن ممارسة الخيارات الإنجابية لأبويه من جهة (أ)، ولتطويعه نحو جودة الحياة الأسرية من جهة أخرى (ب).

أ- الخيارات الإنجابية وانتفاء ضرر الاستهلال:

إذا وقع الإقرار، ولو فرضاً، بوجود مصلحة مشروعة للمولود في اعتبار واقعة ولادته في حد ذاتها تشكل تجاهه فعلاً ضاراً، فهي مصلحة لا يحميها القانون نظراً لما يترتب عنها بالضرورة من نتائج على غاية من الغرابة من الناحية القانونية: فممارسة حق الانجاب الممنوح لأبويه سوف يصبح فعلاً تحدد مآل طبيعته بحسب مصلحة المولود، فإن قدر أن واقعة ولادته تمثل نفعاً له فهو فعل مشروع، وإن تراءى له أنها تؤسس له في حد ذاتها تجاهه ضرراً فهو حينئذ فعل غير مشروع موجبا لمساءلة أبويه أو على الأقل تكون مسؤولية أمه مؤكدة لأنه كان بإمكانها إجهاضه وفوتت عنه هذه الفرصة في عدم الوجود، وهو ما يؤدي إلى إنكار حق الأم في التصرف في جسدها ويجعل الإجهاض واجباً عليها في هذه

(١) ولقد وجد صدى لهذه المقاربة لدى العديد من التشريعات على المستويين الوطني والدولي، من ذلك:

Paragraphe 1 de l'article 1 de la loi française n 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des maladies et à la qualité du système de santé, J.O.R.F, DU 5 MARS 2002,

P.4118: Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. "

- تنص المادة ٤ من الإعلان الاتفاقي الأمريكي لحقوق الانسان على ما يلي: " لكل إنسان الحق في أن تكون حياته محترمة. وهو حق يحميه القانون، وبصفة عامة، منذ لحظة الحمل. "

- تنص المادة ٢ من الإعلان الإسلامي لحقوق الانسان على ما يلي: " الحياة هبة الله، وهي مكفولة لكل إنسان، وعلى الأفراد والمجتمعات والدول حماية هذا الحق من كل اعتداء عليه، ولا يجوز إزهاق روح دون مقتضى شرعي. "

الحالة. ولا يكون لها من بد سوى الاحجام عن ربط علاقات جنسية أو ضرورة استعمالها لوسائل منع الحمل أو اللجوء حتى إلى التعقيم خشية الانجاب الذي سوف يثير مسؤوليتها المدنية وفقا لهذا المنطق.

درا لإثارة مثل هذه الفرضيات القانونية الغريبة كان التوجه مائلا نحو تغليب معتبر للخيارات الإنجابية⁽¹⁾ على حق الجنين في الحياة وفي السلامة الجسدية بما يحول دونه والتمسك بضرر الاستهلال كلما أصبح وليدا، وإنما مآله يتوقف على الخيارات الممارسة وفقا للمشروع الانجابي أخذا بعين الاعتبار للذات البشرية التي يختزلها الجنين، وهو خيار تشريعي ذي توجه تدرجي في مراعاته لمختلف المصالح.

تعتمد أغلب التشريعات الوطنية والدولية على واقعة الولادة باعتبارها نقطة بداية إقرار الحق في الحياة للذات البشرية مما يستشف منه أن الصفة الإنسانية في حد ذاتها لا تكفي لإقرار هذا الحق وإنما يتطلب أيضا اكتساب الشخصية القانونية، لكن مع إقرار مرونة نسبية كلما بلغ الحمل أطوارا هامة في التخلق للانتفاع بالحق في الحياة المرتقبة. فالمقاربة الاجتماعية العقلانية للجنين تجعل منه وحدة بيولوجية في طور النمو التدرجي إلى حين الوضع الذي هو الغاية المرتقبة من المشروع الانجابي نتيجة ممارسة الأبوين لحقهما في الانجاب الذي يعلو مبدئيا على حق جنينهما في الحياة أصلا مما يجعل واقعة الولادة أو قطع حملها مسألة تتعلق بمظاهر ممارسة هذا الحق وما يتيحها لهما من خيارات متعددة

(1) تتحكم الخيارات الإنجابية في المشروع الانجابي على مستوى النشأة والمراقبة والوصول إلى مآله الطبيعي أو قطعه، وهي حرية مسندة للمنجبين وتعتبر حجة على الكافة وخاصة الجنين لأنه محل هذا المشروع والسبب في وجوده او في انعدامه، لكنها لا تسند لهم الحق في الطفل نظرا لتنافيه مع كرامة الذات البشرية لأن ممارسته تفترض النزول بالطفل إلى مرتبة الأشياء ليكون موضوع هذا الحق. كما ان الدولة والجهات المختصة بالمعالجة لا تضمن هذا الحق بل تساعد فقط على تحقيقه. وأخيرا كما أن القرين لا يعتبر مدينا بهذا الحق تجاه الآخر وإلا لأصبح كل منهما ملزما بالإنجاب ولأمسي العقم فعلا ضارا يرتب مسؤولية المصاب به، فكل من الزوجين ملزم فقط بالقيام بالمعاشرة الجنسية أما النتيجة المحتملة غالبا من المعاشرة وهي الانجاب فلا ترتقي إلى مرتبة الواجب، يراجع ; Roberto ANDORNO, op.cit, p. 83 : Marie-Therese MEULDES-KLEIN, Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées, R.T.D.CIV, 1988, N 3, P.663.

وبصفة مشروعة بما يحول دون مساءلتها عن وقف الحمل أو إيصاله إلى أجله المعهود طالما تمت الممارسة وفقا للحدود المكرسة قانونا^(١).

ومن مظاهر الحماية القانونية للحق في الانجاب إقرار العديد من التشريعات لضمانات معتبرة للمنجبين لممارسة الحرية الإنجابية حيث أوجدت التدابير اللازمة لحماية الرغبة في الانجاب وموازرتها عن طريق إقرار سياسة للصحة الإنجابية والسعي نحو المساعدة على الخلفة بإجازة تقنيات للتخصيب الاصطناعي. كما أقرت الفرضية المعاكسة ضمانا لممارسة الحق في عدم الانجاب وذلك خاصة بإباحة العديد من الوسائل المانعة للحمل أو حتى خيار اللجوء إلى التعقيم وإباحة الإجهاض وفقا لشروط معينة. وهو توجه يغلب بجلاء الحق في عدم الانجاب على حق الجنين في الحياة ولا توجد له جدود إلا بصفة استثنائية حماية من المشرع للذات البشرية التي يختزلها الجنين بصفة موضوعية أي باعتباره منتما

(١) أثناء مداوالات الأعمال التحضيرية للعهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية اقترحت دولة الشيلي تحديد بداية الحياة منذ فترة الحمل وإدراجه صراحة في مادة خاصة، لكن ممثلة لجنة المرأة عارضت المقترح بشدة متعلقة بتعارضه مع الأحكام التي تقر بحق المرأة في التصرف في جسدها عن طريق اللجوء إلى الإجهاض، يراجع: **Albert VERDOODT**, Naissance et signification de la déclaration universelle des droits de l'homme, Nauwelaerts Louvain-Paris < 1963, p.98.

كما أن المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان تسعى دوما لحماية الحرية الإنجابية ولو تطلب الأمر إنكار حق الجنين في الحياة أصلا وذلك في العديد من الاجتهادات التي تقر فيها صراحة بان المادة الثانية من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان والمتعلقة بإقرار الحق في الحياة لكل ذات بشرية لا تنطبق على وضعية الجنين، من ذلك قرار: **Voc / france**, C.E.D.H, DU 8-7-2004, J.C.P, 2004, 2, 10158, NOTE, M. LEVINET ; **Alexis DEMIRDJIAN**, L'avortement et les droits de la femme sous le droit international, Revue Québécoise de droit international, 2001, p.88 et s ; **Diane ROMAN**, L'assistance médicale à la procréation, nouveau droit de l'homme ? , Revue de droit sanitaire et social 2007, p.810; **J.P. MARGUENAUD**, «Le triste sort des embryos in vitro du couple séparé », R.T.D.CIV.2006,p.255 et s الصادر عن المحكمة العليا بنيويورك في ٢٣ جانفي ١٩٩٥ (arret KASS.V. KASS)) **Anne TRIMARCO**, op.cit, p.88.

وكذلك أيضا القضاء الفرنسي حيث رفضت المحكمة طلب الزوجة زرع الجنين المخصب اصطناعيا بعد وفاة زوجها مفضلة إتلافه او التبرع به للبحث العلمي على مواصلة تخلفه في الرحم إلى حين الوضع نظرا لانقضاء الرغبة الإنجابية لدى الأب بسبب وفاته: T.G.I. RENNES,ch.civ, du 30 juin 1993, J.C.P., 1994. 2, 22250.

للجنس البشري وليس على أساس فردانيته في حد ذاته. فأغلب التشريعات سمحت للمرأة بالإجهاض وفقا لشروط معينة تختلف باختلاف النظرة الخصوصية في محاولة إقرار معادلة بين حق المرأة في التصرف في جسدها وحقها في احترام حياتها الخاصة من كل توجه خارجي يحيلها نحو سلوك معين مخالف لإرادتها من جهة، وبين احترام الحرمة الجسدية للجنين بوصفه منتما للجنس البشري. وغالبا ما تكون المعادلة غير متساوية حيث يسمح بالإجهاض عادة ما دام الحمل لم يتجاوز ثلاثة أشهر، مما يجعل حق الجنين في الحياة خلال هذه الفترة معدوما أصلا. كما أن إمكانية الإجهاض تبقى واردة حتى بعد انقضاء هذا الأجل كلما كان الحمل مهددا لحياة الأم، على أساس أن حياتها يقين وحياته رهن الاحتمال والتي تبقى إلى حين الاستهلال مهددة طالما لم ينتف الخطر الصحي على الأم^(١).

لذلك فإن التغليب التشريعي للحق في الانجاب على حق الجنين في الحياة يظهر بأكثر وضوح وعمق على مستوى تقنيات المساعدة الطبية على الانجاب وما توفره من خيارات متعددة للمنجبين تجعل الجنين المخصب اصطناعيا في وضعية قانونية تقربه من نظام الأشياء أكثر من نظام الأشخاص، ولا أثر يذكر للإقرار ولو ضمنا بحقه في الحياة باستثناء الضوابط المقررة بموجب باقة من مبادئ الأخلاقيات الحيوية التي توجه هذه التقنية بما يضمن الحد الأدنى من الاحترام للحياة البيولوجية للذات البشرية ولو في أول أطوار تكوينها دون أن يمنع التضحية بالحياة البيولوجية للجنين في سبيل تحقيق الحلم الانجابي أو من

(١) حول لجوء المرأة للإجهاض خيارا او ضرورة وموقف العديد من التشريعات والمقترحات الفقهية المقارنة، يراجع: بشير الشيخ صالح، الحماية الجزائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة، دراسة مقارنة، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ١، ٢٠١٢-٢٠١٣، ص. ٨٨ وما بعدها؛ أيمن مصطفى الجمل، إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية بين المحظور والإباحة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ن ٢٠١٠، ص. ٧٩ وما بعدها؛ محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس، الأردن، ط٣، ٢٠٠٠، ص. ٢١٠ وما بعدها؛ منال مروان منجد، الإجهاض في القانون الجنائي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص. ١١٢ وما بعدها؛ أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، ١٩٨٧، ص. ٢٩٢ وما بعدها؛ Alexis

DEMIRDJIAN, op.cit, p. 84 et s.

أجل جودة المشروع الانجابي. فعلى المستوى الأول يبدو الجنين قبل فترة الحمل مخصصا بصفة أحادية نحو إنجاح الحلم الانجابي لأبويه، ذلك أن تقنيات التخصيب الاصطناعي تستوجب، لأسباب تتعلق خاصة بصحة الأم وبتقنية نجاح عملية العلق بعد الزرع، تخصيب عدة أجنة دفعة واحدة ليقع زرع البعض منها في رحم الأم على أمل علق إحداها نظرا لأن زرع جنين واحد يجعل الأمل ضعيفا جدا في حصول الحمل. وبهذه الطريقة تعد الأجنة المخصبة والتي لم يقع زرعها بمثابة المادة الاحتياطية للحمل لا أمل لها مبدئيا في مواصلة حياتها البيولوجية وتحويلها إلى حمل في طور التخلق إلا إذا فشلت عملية الزرع الأولى، مما يجعل مواصلة حياتها متوقفة مبدئيا على مآل سابقاتها في العلق. أما الأجنة التي وقع زرعها فهي منتقاة مبدئيا بصفة عشوائية وسوف تتنافس فيما بينها بحسب قدراتها الجينية على العلق والبقية تصبح فواضل تموت طبيعيا في الرحم.

ب- جودة الحياة الأسرية وانتفاء ضرر الاستهلال:

لئن مثلت قيمة الحياة البشرية مانعا أمام الطفل لتوصيف ولادته بكونها منبوذة، فإن نفس التوصيف جائز لفائدة مصالح يراها المشرع أولى بالرعاية حينما أسنده للمنجبين من خلال انتقاء الأجنة، وبما استأثر به من حلول لدرء عوارض المشروع الانجابي. فمن جهة أولى تتغلب الحرية الإنجابية على حق الجنين في الحياة حينما تستوظف لمواءمة جودة الحياة البشرية عن طريق اللجوء إلى انتقاء الجنين المرغوب فيه وفقا لمواصفات معينة حتمتها ظروف صحية أو تلبية لقناعات شخصية. فلقد كرس العديد من التشريعات تدابير استباقية لتفادي ولادات مشوهة أو حاملة لأمراض مزمنة أو مستعصية تكلف لا محالة الأسرة والمجموعة الوطنية إصرا ماديا، فأجازت الإجهاض لأسباب صحية وخاصة كلما ثبت أن الجنين مصاب بمرض جيني لا يوجد له دواء ناجح⁽¹⁾. ويكون نفس

(1) وهو ما سمي بالإجهاض الملجئ أو الضروري وقد أقرته العديد من التشريعات وأثار سجالا لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، يراجع: محمد نعيم ياسين، الإجهاض بين القواعد الشرعية والمعطيات الطبية، مؤتمر الانجاب في ضوء الإسلام، دولة الكويت، سلسلة مطبوعات منظمة الطب الإسلامي، ط2، 1991 ن ص. 364 وما بعدها؛ محمد أمين

الحل أهون بما أنه لا يشكل أية أضرار محتملة على الأم في مرحلة التخصيب الاصطناعي حيث مكنت تقنية الكشف الطبي السابق لزرع الأجنة من إمكانية التفتن مبكرا للأمراض الوراثية للأجنة المخصبة وخاصة تلك المتعلقة بالجنس، لتبيح أغلب التشريعات المنظمة لهذه الطريقة المستحدثة في الانجاب إمكانية انتقاء الأجنة بحسب معيار سلامتها الجينية وإتلاف المعيبة منها^(١). ومن الإنجازات الأخيرة لطب التوقع ظاهرة " الجنين الدواء " وهي تقنية تتمثل في تخصيب عدة أجنة ليس بغرض مقاومة العوائق الإنجابية والمساعدة على الانجاب وإنما بغرض معالجة أحد أفراد الأسرة كلما ثبت أن إنهاء علته يتطلب دواء جينيا، حيث لا تخصب الأجنة في هذه الحالة بغية اكتسابها حياة بيولوجية في حد ذاتها على أمل زرعها، وإنما للبحث عن الجنين ذي نفس المواصفات الجينية مع المريض، فإذا وقع الظفر به تترك بقية الأجنة المترامنة معه في التخصيب لعدم الحاجة إليها، ليقع زرع الجنين

جدوي، جريمة الإجهاض بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الجنائية وعلم الاجرام، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠٠٨-٢٠٠٩، ص. ١٠٥ وما بعدها.

(١) وهي تقنية بيولوجية ابتكرها الطبيب الباحث الإنجليزي **Allan HANDYSIDE** تمكن من النفاذ إلى المكتسبات الجينية للجنين المخصب اصطناعيا لإمكانية الكشف عن أمراض وراثية متعلقة بالجنس، ثم تطورت التقنية لتساعد الهندسة الوراثية على تطويع الذمة الجينية للأجنة بحسب مواصفات معينة، يراجع: **J.MILLIEZ**, La selection du sexe pour convenance personnelle “, in Extrait des mises a jour en gynécologie medicale, college national des gynécologues et obstétriciens francais, 30 journées nationales, v.2006, publie le 29-11-2006, Paris 2006, p.153 et s ; **Laurence LEPIENNE**, “ Vers une biothique européenne ? L'exemple de l'embryon humain “, Fondation Robert SHUMAN, Novembre 2003, p. 5 et s., قانون ١٩ فيفري ٢٠٠٤ على أساس أنها تشكل اعتداء واضحا على الحرمة الجينية للجنين المخصب اصطناعيا، كما تجيزها أغلب التشريعات العربية في حالة التدخل للتثبت في الخصائص الجينية لتفادي مرض جيني يستحيل درئه بعد عملية الزرع، من ذلك المادة من القانون التونسي عدد ٩٣ لسنة ٢٠٠١ والمؤرخ في ٧ أوت ٢٠٠١ والمتعلق بالطب الانجابي، راند رسمي ع ٦٣ بتاريخ ٧ أوت ٢٠٠١، ص. ٢٥٢٥؛ المادة ١٣ من نظام وحدات الاخصاب وعلاج العقم السعودي، المادة ١٥ من القانون الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة والمتعلق بمراكز الاخصاب بالدولة.

المنشود على أمل ولادته ليس بغاية الانجاب بل لغرض شفاء غيره باستعمال مكوناته الجينية، مما يجعل حياته غير مرغوب فيها ابتداء^(١).

ولما كان انتقاء الجنين المعافى أو المنشود في هذه الفرضية تحتمه ضرورات صحية تجعل ما عداها من الولادات منبوذة فهل يمكن للمنجبين ممارسة الانتقاء تلبية لقناعات شخصية أو للمواءمة مع المتطلبات الاجتماعية؟

من الناحية الواقعية يمكن للمرأة الحامل انتقاء جنس مولودها بطريقة ضمنية عن طريق لجوئها للإجهاض خلال الفترة الزمنية من الحمل المسموح بها لتتخلص من حملها كلما اكتشفت أنه من الجنس غير المرغوب فيه، وذلك إما لتفضيلها لجنس على آخر أو لإقرار التوازن بين الجنسين داخل أفراد اسرتها أو أخيراً رضوخاً لمتطلبات اجتماعية قاهرة قد لا تقدر الأسرة على مجابتهها كلما أثمر الحمل مولوداً من جنس الإناث^(٢). فمما يؤثر أن أكثر من مليون حالة إجهاض سنوياً تقع في الهند للتخلص من الأجنة من جنس الإناث

(١) وهي من آخر ما توصلت إليه مناورات الهندسة الوراثية باستعمال ما تتيحه تقنية الكشف الجيني السابق للزرع من إمكانيات للنفاد إلى المكتسبات الجينية للأجنة المخصبة اصطناعياً لتعديلها أو لانتقاء الجنين ذي الأوصاف المحبذة في حد ذاتها. فلا يترك المنجبين العوامل الوراثية الطبيعية تتحكم لوحدها في مكونات الجنين وفي قدرته على العلق في الرحم بطريقة تلقائية بل تتجه الرغبة إلى إنجاب جنين لا تلبية للرغبة العادية والطبيعية في الخلفة بل للظفر بالجنين المحبذ ذي الأوصاف المأمولة، فلا يكون الجنين مرغوباً فيه في حد ذاتها ولا أهمية للحياة البيولوجية لجميع الأجنة المخصبة وإنما على العكس يوجد استعداد قوي وجدي من المنجبين للتضحية بحياة اغلب الأجنة أو حتى كلها ما لم يقع الوصول للهدف المنشود. من ذلك ظاهرة الجنين الدواء الذي يقع تخصيصه ليس للخلفة ولم يكن ابداً مرجواً في حد ذاته ولا يوجد مشروع إنجابي لإضافة فرد للأسرة وإنما يقع التخصيب لإنتاج جنين مخصص بالأساس لاستعمال مكوناته الوراثية كدواء جيني لشفاء طفل من العائلة وحينما يستوفي الغرض تكون حياته غاية ثابوية غير مرجوة في حد ذاتها وإنما هي نتيجة حتمية لتحقيق الغاية العلاجية. لذلك وقع مهاجمة هذه التقنية على أساس انها تشكل اعتداءً واضحاً على كرامة الذات البشرية ولو في أول اطوار نشأتها البيولوجية طالما انها غير مرجوة في حد ذاتها واستحقاقها للحياة يتوقف على مدى استيفاء مكوناتها الجينية للغرض الذي خصبت من أجله. ورغم ذلك أجازته العديد من التشريعات الأوروبية كالمادة L2131-4 من مجلة الصحة العمومية، والقانون البلجيكي الصادر في ٦ جويلية ٢٠٠٧، والقانون الاسباني الصادر في ٢٦ ماي ٢٠٠٦، وقانون المملكة المتحدة الصادر في ١ نوفمبر ١٩٩٠؛ يراجع، Christoph REHMANN-SUTTER :

“ Qui guerit a raison ? “, Bulletin des medecins suisses, 2006, p. 28 ets.

(٢) يراجع: J.MILLIEZ, op. cit, p.157 ; Zeynep KIVILCIM-FORSMAN, “ Eugenisme et ses diverses formes “, R.T.D.H, 2003, N 54, P.515 et s

بسبب التكلفة المالية الباهظة التي تستوجبها تربية الفتاة وتزويجها وما يقابلها من مردود اقتصادي معتبر للمولود من جنس الذكور^(١). غير أن الوسائل المستحدثة للمساعدة على الانجاب تتصدى لهذا السبب من الانتقاء ولا تمكن من اللجوء إلى الكشف الطبي السابق للزرع إلا لأغراض صحية وتتصدى لكل انتقاء لرغبات شخصية كقيد تشريعي تفرضه على حرية الانجاب مستمدا من قواعد الأخلاقيات الحيوية التي تحول دون تطويع الذات البشرية ولو في أول مراحل تكوينها لخدمة أغراض غيرها^(٢).

وحتى على فرض إجازة الانتقاء تلبية لرغبات شخصية حينما يحصل في مختبر للتخصيب الاصطناعي بطريقة خفية وغير مشروعة، فإنه لا يمكن للمولود أن ينسب لوالديه فعلا ضارا ارتكب في حقه تمثلا في إنجابه وفقا للجنس المحبذ لديهما باستعمال تقنية التخصيب الاصطناعي رغم غياب العوائق الإيجابية الطبيعية لديهما، على اعتبار أنه لو وقع حملها وفقا للتناسل الطبيعي المألوف لكانت له فرصة متساوية في استهلاله من جنس الذكور أو الإناث فتبددت باللجوء إلى المناورات الجينية بما حال دونه والولادة على الجنس الذي سوف تشكله أحكام القدر، وذلك نظرا لافتقاده صفة الشخص القانوني وصفة الحمل أصلا قبل عملية الانتقاء بما يسحب عنه صفة المتضرر. كما أنه لولا لجوء أبويه للانتقاء لما كان قد وجد أصلا.

ومن جهة ثانية تكون الوضعية القانونية للجنين أسوأ في فترة ما قبل الحمل حين يقع تخصيبه اصطناعيا في انتظار زرعه في الموضع الطبيعي لدى الأم وتحصل في الأثناء عوارض تعبت بالمشروع الانجابي، حيث يكون حقه في الحياة معدوما تماما وإنما تبقى مسألة مواصلة أطوار تخلقه تحكمها القواعد التشريعية الخاصة المتعلقة بالمساعدة الطبية

(1) J.MILLIEZ, P.158

(٢) فضلا عن إجماع تشريعات الدول التي نظمت الكشف الطبي السابق للزرع على عدم جواز انتقاء جنس الجنين إلا لأسباب صحية تتعلق بالمرض الوراثي المتعلق بالجنس منعت العديد من الاتفاقيات والمواثيق الدولية هذه المناورة الجينية، من ذلك المادة ١٤ من اتفاقية أوفيدو الصادرة في ٤ أبريل ١٩٩٧ والمتعلقة بحماية حقوق الإنسان وضمن كرامة الذات البشرية إزاء التدخلات البيولوجية والطبية، قرار مجمع الفقه الإسلامي خلال أعمال دورته ١٩ المنعقدة في مقر رابطة العالم الإسلامي من ٢٢ إلى ٢٧ شوال ١٤١٨ هجري.

على الانجاب والتي تتسم بميل نحو تخصيص الجنين المخصب اصطناعيا لخدمة مصالح تراها أولى بالرعاية من ضمان حياته البيولوجية الحالية وحياته القانونية المرتقبة. فإذا توفي أحد المساهمين في الانجاب فإنه لا يحق للطرف الآخر مواصلة ممارسة حقه في الخلفة باستعمال أجنتهما المخصبة قبل الوفاة مما يؤدي إلى اعتبار واقعة وفاة أحد الأبوين أو حالة إيقاع الطلاق بينهما سوف تؤول بالضرورة إلى إتلاف الأجنة المخصبة، وهو موقف المشرع التونسي والعديد من اجتهادات فقهاء الشريعة الإسلامية. وبخلاف التغليب الواضح في هذه الفرضية لاحترام الحق في الانجاب، فإنه بالإمكان أيضا الاستنتاج بأن الإرادة التشريعية تحتكر سلطة تقدير مصلحة الجنين من خلال الخيار بين وضعيتين قد يكون عليهما: إما أن يولد يتيما أو في أسرة مضطربة، أو أن يقع إنهاء حياته البيولوجية قبل أن يصبح حاملا أصلا، وكان الخيار حينئذ نحو الحل الثاني مما يقصي بدهاء حقه في الحياة. كما يؤثر عن المشرع الفرنسي أنه جابه عوارض المشروع الانجابي بتنوع في الحلول حيث يمكن في حالات الوفاة أو الطلاق أو عدم الرغبة الأحادية أو الثنائية في مواصلة المشروع الانجابي أن يقع إحالة الأجنة للغير أو تقديمها لإثراء البحث العلمي أو إتلافها. وهي حلول تشترك كلها في فكرة مركزية مفادها أن الجنين المخصب اصطناعيا لا حق له في مواصلة حياته البيولوجية أو في تحديد تاريخ بدايتها أو نهايتها أو حتى في تحديد مساره الأسري بسبب تنوع الخيارات الإنجابية لأبويه⁽¹⁾.

ما يثير الانتباه في هذا المجال هو السياسة التشريعية المزدوجة إزاء ضرر الاستهلال اللاحق بالمولود: فالمشرع يعتبر من جهة أولى أن الولادة الموصوفة بظرف خاص وسليبي

(1) حول مآل الجنين المخصب اصطناعيا الذي لم يقع زرع، يراجع: Roberto ANDORNO, op. cit, p.155 et s ; Anne TRIMARCO, *Approche juridique internationale et comparative (Europe, Etats-unis), des procréations artificielles*, Mémoire présenté en vue de l'obtention du diplôme universitaire d'éthique médicale, Université de la méditerranée Aix-Marseille 2, Faculté de médecine, octobre 2000. تمضي في تغليب حقوق المنجبين أو كلاهما على حق الجنين في الحياة معتبرة ان الدساتير الوطنية حينما تملّي حماية لحقوق الجنين فغنا هي تخاطب الدولة وليس الأفراد، وحول تفصيل هذه الاجتهادات يراجع: Alexis DEMIRDJIAN, op.cit, p.88 et s.

ضررا يتجه ايجاد الحلول الاستباقية لتفاديه قبل حصول واقعة الولادة وذلك بإرساء عديد الخيارات كإجازة الاجهاض ولو لأسباب غير صحية وإجازة العديد من وسائل منع الحمل والتعقيم وحتى التشجيع عليها، والنظرة المائلة نحو تفضيل مصلحة الأسرة أو المجتمع في حالة العوارض الطارئة على المساعدة الطبية على الانجاب مما يفتح عديد الخيارات للتخلص من الأجنة المخصبة اصطناعيا، والتنظيم القانوني لتقنيات الكشف الجيني السابق لزرع الأجنة للتقطن المبكر للأمراض الوراثية والتشوهات بما يسمح بتفادي ولادات معيبة... فالمشرع يقر ضمنا بأن بعض الولادات في حد ذاتها تعتبر مضارا تتجاوز المنجيبين لتطال أيضا المجتمع مما يتجه إيجاد الوسائل الكفيلة بتفاديه قبل حصولها. لكنه من جهة أخرى ينقلب في موقفه إلى النقيض، فإذا تعذر اللجوء إلى هذه التدابير الاستباقية وحصلت الولادة فعلا فسوف تبقى على هامش قواعد المسؤولية المدنية لافتقادها بالأساس لشرط المصلحة المشروعة المحمية قانونا لتضييدا لمصالح يراها أولى بالرعاية. ولا يوجد من تفسير تنسيقي لموقفه سوى اعتماده تفرقة جوهرية بين طبيعة الحق في الحياة الذي يختلف بصفة أساسية حينما يسند للمولود ويضفي عليه قدسية بالمقارنة مع الجنين، مما يكون حافظا للبحث عن فرضيات أخرى تتعلق بالنتائج المترتبة عن الولادة الموصوفة قد يحظى المولود إزاءها بجبر ضرره كلما توافقت مع شروط المسؤولية المدنية.

المبحث الثاني

تحقق ضرر الحياة الضنكا اللاحق بالمولود

لما كان من المتعذر اعتبار الاستهلال المجرد ضررا لاحقا بالمولود نظرا لخلوه من الصبغة المشروعة المحمية قانونا بسبب تنافيه ومبدأ قدسية الحياة البشرية فضلا عن صعوبات الاهتداء إلى صفة المتضرر، فإن النتائج المترتبة عن هذه الواقعة قد تسبب عرضيا مآسي نفسانية وصعوبات مادية تلازم المولود غالبا طوال حياته فتجعل معيشتة ضنكا، وهو ضرر ولئن لا يمكن إنكار تحققه واقعا فإنه محاط بالعديد من الصعوبات القانونية سواء كان ناجما عن فعل المنجيبين (الفرع الأول) أو فعل غيرهما (الفرع الثاني).

♦ الفرع الأول: ضرر الحياة الضنكا الناجم عن فعل المنجيبين:

إذا كان الفعل الضار ناجما عن فعل الأم فإن ضرر المولود لا يتوافق مع المصلحة المشروعة المحمية قانونا بسبب الحصانة التشريعية المسندة لها نظرا للترابط البيولوجي بينها وبين حملها والذي يجعلها في حل من كل مسؤولية (أ)، وإن كان راجعا إلى فعل الأب فسوف يواجه الطفل بفرضيات تجعل العلاقة السببية محل نظر (ب).

أ-حصانة الأمومة وانتفاء ضرر الحياة الضنكا:

قد يصاب الجنين بمضار جسمانية بسبب اختيار أمه لنمط عيشها أثناء الحمل جعلها تتصرف في جسدها بطريقة لا تأخذ بعين الاعتبار للوضعية البيولوجية الطرفية التي تلازمها طوال تلك الفترة، ويستهل على هذه الوضعية المعتلة التي قد تلاحقه طوال حياته وربما تسبب له إعاقة جسمانية أو ذهنية مستديمة. فهل يمكنه في هذه الحالة إثارة المسؤولية المدنية تجاه أمه لمطالبتها بجبر أضراره الناجمة عن فعلها؟

من السهل الاهتداء إلى الفعل الضار المتمثل في هذه الفرضية في السلوك غير المألوف عادة للأم تجاه حملها والذي من تجلياته في الغالب القصور أو الإهمال أو التهور بما كان حائلا دون مراقبة نموه بصفة دورية، أو الامتناع أو السهو عن أخذ التطعيمات اللازمة، أو الاقبال على ممارسة الأنشطة الجسمانية والرياضية الشاقة أو عدم الإقلاع عن العادات الغذائية الضارة وتدابير الاعتناء بجسمها المضرة بنموه. فغالبا ما تلحق هذه الأنماط السلوكية بالجنين أضرارا تلاحقه حين الولادة وتتراوح مدة استفحالها بحسب نوع المرض ومدى خطورته، فتتال سلامته الجسدية ومقوماته المعنوية وحظوظه في التكسب وفي الاندماج الاجتماعي مما يجعلها مستوفية لشروط الضرر المحقق والشخصي والمباشر. ولا إشكال يذكر بخصوص توافر العلاقة السببية طالما أنه لولا الأنماط السلوكية غير المألوفة للأم الحامل لكان الجنين قد حظي بنمو عادي إلى حين استهلاله يجعله في مأمن من العلة التي لحقته.

ورغما عن ذلك فإنه لا يمكن للمولود أن يرفع ضد أمه دعوى قضائية للمطالبة بجبر أضراره الناجمة عن فعلها الضار أثناء فترة حملها نظرا لأن هذه الأضرار المدعى بها، وعلى فرض تحققها، ولو أنها تطال بالتأكيد مصلحة مشروعة تتمثل في المساس بسلامته الجسدية أو الذهنية فضلا عن ما تخلفه لديه من مآسي معنوية وإقبال على حياة ضنكا، فهي مصلحة لا يحميها القانون رغم مشروعيتها نظرا لتغليب الإرادة التشريعية للحقوق المسندة للمرأة الحامل على حق الجنين في السلامة الجسدية والمعنوية بما يؤسس لفائدتها حصانة تجعلها في مأمن من كل مسؤولية مدنية تجاه حملها^(١).

يرجع تأصيل هذه الحصانة إلى حق أساسي للمرأة بوصفها ذاتا بشرية وهو حقها على جسدها الذي يتفرع إلى محورين: يتصف الأول بصيغة سلبية ويتمثل في حقها في السلامة الجسدية بما يمكنها من رفض كل اعتداء أو تدخل مسلط من قبل الغير على حرمتها الجسدية، والثاني ذي منحى إيجابي يتجلى في حقها في التصرف في جسدها^(٢). ولدى

(١) ومن الاجتهادات القضائية المدعمة لهذا الموقف القرار الصادر عن المحكمة العليا الكندية سنة ١٩٩٩ الشهير بقرار *DOBSON.C.DOBSON*, cite par Sylvain FORTIN, op. cit, p 49 note n 123. وتفيد وقائعه أن امرأة حامل ارتكبت حادث مرور بسبب قلة انتباهها أثناء قيادتها لسيارتها مما ترتب عنه أضرار بجنينها تجسدت بعد ولادته في عجز جسماني وذهني دائم فقام بواسطة وليه الشرعي برفع دعوى ضد أمه في جبر الضرر، فاعتبرت المحكمة أنه نظرا للحقيقة البيولوجية التي تقضي باقتصار الحمل على المرأة فإنه على القضاء أن لا يحملها تكاليف وأعباء إضافية. ثم إن تصرفات المرأة الحامل التي من ضمنها قيادة السيارة تدخل في إطار دورها الأسري وحياتها المهنية وحقها في الحياة الخاصة وفي سلامتها الجسدية وسلطانها في أخذ القرارات بخصوص تصرفاتها وأعبائها، لذا فإن قبول دعوى المولود سوف تتجر عنها آثار نفسانية جسيمة على العلاقة بينه وبين أمه وعلى كامل أفراد الأسرة فضلا عن الخشية من جعل نمط حياة المرأة الحامل مقيدا بالتزامات تجاه جنينها يعيقها عن ممارسة حياتها الخاصة على الطريقة التي تشاؤها ويحد من حقها في التصرف المادي في جسمها، لذا يكون من الأنسب أن يكون التزامها أخلاقي بحت نابع مما جبلت عليه المرأة من تضحية واعتناء بكافة أفراد أسرتها بما فيهم الجنين. ولقد سبق لمحكمة التعقيب الفرنسية أن أقرت نفس التوجه وذلك حينما رفضت دعوى التعويض المقامة من الطفل ضد أمه للمطالبة بجبر الأضرار اللاحقة به من جراء فعلها الضار المتمثل في إهمالها للمراقبة الدورية لحملها مما أدى إلى إصابته بإعاقة، وذلك بالرجوع إلى حق المرأة في التصرف في جسدها والذي يحول دون إجبارها على القيام بتدخل طبي لا ترغبه، *cass.civ, du 19 mars 1997, R.T.D.CIV, 1997, P.632; G.VINEY, note sous C.E, du 14 fevrier 1997, J.C.P, 1997, 1, 4025.*

(٢) يراجع: *Jean CARBONNIER, Droit civil, 1, les personnes, P.U.F, 21 edition, Paris, 2000.* ; *Roberto ANDORNO, op. cit, p.85 et s. p.11 et s.*

ممارستها لحقها على جسدها يظهر التغليب التشريعي للمحورين على حق جنينها في سلامته الجسدية والمعنوية بما يجعل ضرره على هامش الجبر لافتقاده للحماية القانونية. فمن جانب أول، يهدف حق المرأة في السلامة الجسدية إلى صيانة الجسد من كل اعتداء مسلط من قبل الغير بما يفرض الحصول على موافقتها المسبقة قبل إجراء التدخلات الطبية على جسدها. فلها حينئذ أن ترفض المراقبة الصحية لحملها وأن تمتنع عن أخذ التطعيمات اللازمة وعن مداواة الجنين في بطنها وأن ترفض الإجهاض ولو لأسباب صحية كإصابة الجنين بإعاقة أو بمرض مستديم. وبصفة إجمالية يكون للمرأة طوال فترة حملها مطلق الاستقلالية في اتخاذ القرارات المتعلقة بذاتها وبنينها باستثناء ما خصه المشرع من تنظيم لأحكام الإجهاض.

ومن جانب ثاني، فإن حق المرأة في التصرف في جسدها يشير إلى إبراز سلطتها في التحكم الذاتي في جسمها بما يؤول إلى إقرار حريتها في اختيار أساليب الاعتناء بجسدها واستدامة رشاقته أو إقبالها على تطويعه نحو بعض الأنماط السلوكية المرجوة، كمارسة هوايات مفضلة تتطلب مجهوداً بدنياً أو اتباع نظام غذائي معين أو أنشطة ضرورية لحياتها اليومية أو محبذة لديها. وهي خيارات قد تعود بحسب تصنيفها بالنفع أو بالمضرة على الجسد، وإن كانت ضارة فالغالب أنها سوف تصيب الجنين بأضرار ارتدادية قد تكون على غاية من الجسام. فقد تبادر الحامل بالخضوع لتدخل طبي لترميم رشاقته وللمحافظة عليها، وقد تكون هاوية لممارسة بعض الرياضات الشاقة أو مدمنة على استهلاك الكحول أو المخدرات أو التدخين أو تواصل إقبالها على إتيان بعض الأنشطة الشاقة. وهي أنماط سلوكية في مجملها لا تأخذ بعين الاعتبار الوضعية البيولوجية الخاصة للحامل بما يؤول إلى إلحاق أضرار بجنينها تبقى على هامش التعويض لخلوها من الحماية القانونية طالما أن المرأة تمارس في خيارات ناجمة عن حقها في التصرف في جسدها.

لا شك أن خيار المشرع إضفاء حصانة على سلوك المرأة تجاه جنينها مما ينفي عنه صفة الخطأ بني على اعتبارات واقعية تصلح كسند معتبر لتدعيم التأصيل الحقوقي. فمن جهة أولى، يتجه التذكير أن حالة الحمل لدى المرأة غالباً ما تكون إرادية ومرتبعة ومرجوة

في حد ذاتها باعتبارها عادة أثرا مباشرا لممارسة الحرية الإنجابية، مما يجعلها تنتظر بشوق واقعة الولادة وتتأسس في الفترة الفاصلة بين الحمل والوضع رابطة عاطفية بينها وبين جنينها يصعب معها أن ينافسها غيرها على درجة حرصها على سلامته، فإن صادف وأهملت في المحافظة عليه فذلك غالبا ما يكون عارضا من الأفضل أن يبقى على هامش المسؤولية المدنية حفاظا على الروابط العاطفية والأسرية في المستقبل بينها وبين جنينها. ومن جهة ثانية، ثبت طبيا أن الحمل كحدث بيولوجي قد يلحق بالمرأة عديد الاضطرابات الصحية والنفسية مما يجعلها في حالة توتر نفسي وإجهاد بدني متواصل يصلح لاعتباره عذرا صحيا يحول دون مساءلتها قانونا في حالة اقتنائها سلوكا تتجم عنه أضرار بجنينها، فالإصرار النفسي والجسدي الذي يطالها بسبب الحمل يستلزم مواجهته بما يكفي من رعاية بغية إيصال الحمل إلى أجله في ظروف عادية وبأقل ما يمكن من أضرار لا إقبالها بواجبات إضافية. وأخيرا يفيد الوضع الغالب أصلا أن المرأة جبلت لدى جل المجتمعات على التضحية والرعاية الأمينة لشؤون أسرتها فإن صادف ولحق جنينها ضرر بسبب تهورها في التصرف في جسدها فإن ذلك ليس بقصد إيذاء الجنين طالما أنه بإمكانها إجهاضه وفقا للأسباب وللأجال المتاحة قانونا، وإنما بهدف بذل قصارى الجهد لإتمام وظيفتها الأسرية وإحكام تصريف شؤونها، فإن كان جنينها قد أصيب بضرر من جراء هذا السلوك فهي ليست أيضا في مأمن من التعرض إلى مضرة ربما تكون أكثر جسامة طالما أن جنينها ما زال يشاركها في الجسد الواحد.

فالمتحصل حينئذ أن السياسة التشريعية تسند للمرأة الحامل حصانة معتبرة تجعلها في حل من كل مسؤولية مدنية تجاه حملها ولو لحقته أضرار ناجمة مباشرة عن اتباعها لبعض السلوكيات غير الموقفة، وذلك لاعتبارات واقعية تجعل للمشرع قناعة راسخة بأن أنجع الحلول يكمن في ترك المسألة للأخلاق ولما جبلت عليه الحامل من عاطفة نحو حملها تجعل سلوكها في الغالب متواترا نحو المحافظة عليه إلى حين استهلاله. فضلا عن أن إثارة نزاعات قضائية بين المولود وأمه سوف يكون لها آثار نفسية سلبية على مستقبل العلاقة بينهما، بالإضافة إلى خطرهما على التوازن الأسري. وكذلك لاعتبارات قانونية تجعل

من حق المرأة على جسدها آلية للتصدي لفرض قاعدة سلوك على الحامل توجهها إلى أوفق السبل للمحافظة على حملها وفق معيار " المرأة الحامل العقلانية " ، الذي إن وقع تكريسه فسوف يجعل من المسؤولية المدنية أداة للنيل من اختيار المرأة لسبل ممارسة حقها على جسدها وحقها في الخصوصية، فضلا عن إلزامها بضمان منتج إنجابي خال من العيوب الظاهرة والخفية وتعهدا بواجب سلامة الجنين^(١). وهي حصانة أحادية الجانب فرضها الترابط البيولوجي بين الحامل وجنينها^(٢) لا تتسحب على الأب لانفصال جسمه عن الحمل مما لا يمنع من مساءلته عن الأضرار التي يلحقها بفعله لجنينه كلما توفرت شروط المسؤولية المدنية.

ب- ضرر الحياة الضنكا الناجم عن فعل الأب:

قد يؤول الفعل الضار الصادر عن الأب إلى إلحاق مضره بجنينه تطاله بوصفه متضررا أصليا أو بالارتداد، وفي كلتا الفرضيتين تتراوح حظوظه في جبر الضرر بحسب مدى توافق وضعيته مع شروط المسؤولية المدنية.

(١) يوجد مقترح فقهي يعتبر بقاء التزام الحامل نحو جنينها تحكمه الفطرة والطبيعة الإنسانية مما يجعلها تتقاد من تلقاء نفسها إلى بذل قصارى جهدها في الغالب لصون جنينها لا يشكل حماية كافية للجنين في ظل تنامي إخلال الحوامل بالتزاماتهن الإيجابية أو السلبية نحو أجنتهن مما خلف تشوهات وإعاقات جسيمة وأمراض مزمنة أنهكت الأسر والدولة، لذلك يكون من الأنسب إضفاء حماية قانونية على هذا الواجب الأخلاقي ليرفق بمادة قانونية تدرج ضمن قواعد القانون الجنائي تنص على ما يلي: " إذا أصيب الجنين بإعاقة جسدية أو عقلية في فترة تكوينه خلال الأشهر الرحمية المقررة، وكان ذلك ناشئا عن عدم قيام الحامل بالتزاماتها نحو جنينها، لإهمالها أو لرعونتها أو لعدم احترازها، تعاقب بغرامة مالية "، وهي عقوبة تتلاءم مع الوضعية الخصوصية للحامل فلا تمثل اعتداء على جسدها وحريتها بل لها طابع ذمي بحت: د. عبد الله أحمد هلال، التزامات الحامل نحو الجنين بين التجريم الجنائي والاباحة K دار النهضة العربية K القاهرة K ١٩٩٦، ص. ١٢٠. وبخصوص الإهمال الحاصل من قبل الأم الحامل أو تعمدتها خلق ظروف تحول دون مواصلة الحمل بطريقة طبيعية وآمنة مما يصيب الجنين بأضرار P. JOURDAIN, Le préjudice résultant de la naissance d'un enfant atteint d'un handicap congenital " , R.T.D.CIV, 1996, p. 624 et s.

(٢) ولقد أوردت بعض التشريعات حولا صريحة في هذا المجال حينما تصدت لدعوى المسؤولية التي يرفعها المولود ضد أمه للمطالبة بجبر أضراره الناجمة عن الولادة، من ذلك: " Article 446 al.1 du code civil Polonais: " Depuis le moment de sa naissance, l'enfant peut réclamer la réparation des dommages subis avant la naissance. L'enfant ne peut se diriger ni formuler ses requêtes à l'encontre de sa mère ».

فعلى مستوى إمكانية اعتباره متضررا بالارتداد من جراء الفعل الصادر عن أبيه، يتجه التذكير بأن فقه القضاء التونسي والمقارن قد توسعا في تحديد الأشخاص الذين يحق لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر المرتد لتشمل القائمة غالبا قرين المتضرر الأصلي وأصوله وفروعه وإخوته وأخواته وكذلك أيضا الجنين حينما يطالب بالتعويض بعد استهلاله عن فعل ضار لحق بالمتضرر الأصلي خلال فترة الحمل⁽¹⁾. فمن الممكن أن يتجلى ضرره في إصابته بأمراض كان من الممكن اللجوء إلى التدخلات الطبية لتفاديها أو بنقص في التغذية وفي المراقبة الدورية لأطوار نموه قد يتحمل تبعاته السلبية طوال حياته، وذلك بسبب إخلال أبيه بواجب الانفاق على أمه خلال فترة الحمل. وسواء كانت هذه النفقة مستوجبة للحمل، وهو التصور المستبعد لأنه لا تغيير في مقدارها ولو انقسم الحمل إلى توأمين أو أكثر، أو كانت مستحقة للحامل، فإنه من السهل التحقق من الضرر المباشر الذي يطال مصلحة واجبة الرعاية قانونا طالما أن الفعل الضار لحق بالجنين خلال أطوار حمله وأنتج له أضرارا جسمانية وطالب بجبره بعد استهلاله.

غير أن المسألة تصبح محل نظر كلما كان المولود ناجما عن جريمة اغتصاب كانت أمه ضحيتها، فهل يمكنه في هذه الفرضية المساوية أن يرفع ضد أبيه الجاني دعوى قضائية يجبر أضراره المرتدة الناجمة عن الانعكاسات السلبية التي لحقت بسبب ما تركه فعل الاغتصاب من آثار وخيمة على سلوك أمه وحالتها؟

من المعلوم في ظل قواعد المسؤولية المدنية أنه لكي يتحقق الضرر المرتد يتجه توفر ثلاثة شروط أساسية: إذ يجب بادئ الأمر أن يطال المتضرر الأصلي ضرر محقق ومباشر، وهو ما يستدل عليه بسهولة من فرضية الحال باعتبار أن الأم هي المتضررة بصفة مباشرة من فعل الاغتصاب لأنه تسلط على جسمها وجرم لحمايتها، ومن المؤكد ان

(1) من ذلك: تع مدني، ع ١٥١٠١ مؤرخ في ٣ أفريل ١٩٨٦، ن، القسم المدني، ١٩٨٦، ص. ٢٢٩؛ تع مدني، ع ٥٢٧٥٢ مؤرخ في ٤ جوان ١٩٩٦، ن، القسم المدني ١٩٩٦، ص. ٢٢٨، تع مدني، ع ٥٩٥٧، مؤرخ في ٢٠ سبتمبر ٢٠٠١، غير منشور، cass. civ, 4 janvier 1935, 1966, 14710 ; J.C.P, 21-avril 1966, 1966, 14710 ; D. 1935, 1, P5 NOTE A. ROUAST ; cass. ch. Reun. 8 mars 1939, s, 1941, 1, p.25 note BATIFFOL ; cass. civ, 23 octobre 1979, D. 1981, I. R, p.157.

تلحقها من جرائه انكسارات نفسية وتداعيات جسمانية. كما يتجه أيضا أن تتعكس هذه الوضعية بالسلب على المتضرر بالارتداد لتطال ذمته المالية أو مقوماته المعنوية، وهو ما يتجلى في ما يشعر به المولود من أسى وحسرة حينما يبلغ إلى علمه سبب وصدى الانعكاسات النفسية التي تعاني منها أمه، فضلا عن حرمانه من عاطفتها وتقصيرها في رعايته الجسمانية والنفسية ما دام يذكرها بحدث مشؤوم، بما يؤثر سلبا على تكوينه الجسماني ويحرمه نهائيا من علاقة عاطفية مألوفة مع أمه. وأخيرا يتجه إيجاد رابطة مشروعة بين المتضرر الأصلي والمتضرر بالارتداد يجعل، حسب الوضع الغالب أصلا، تسرب الضرر بالانعكاس من الأول إلى الثاني مسألة محققة، وفي فرضية الحال يلمس تواجد بامتياز لهذا الشرط طالما أنه من أوثق الروابط العاطفية الأسرية التي جبلت عليها الانسانية علاقة الشخص بأمه بما يجعلهما يتبادلان مشاعر على غاية من النبل. فلا شك حينئذ في أن يتضرر المولود بالانعكاس حينما تلحق بأمه أضرار والفرضية المعاكسة تكون أشد وطأة على الأم.

لكن الإشكال الذي يطرح في هذا المجال يتعلق بمدى وجود المتضرر بالارتداد أصلا. فلئن مكن فقه القضاء الطفل من التعويض عن الأضرار اللاحقة به من جراء فقدان أبيه في حادث حينما كان جنينا، فلأن الفعل الضار كان قد حصل أثناء فترة الحمل، وهي وضعية بيولوجية طبيعية تكون عليها الذات البشرية قبل ولادتها وترتب عليها القانون بعض الآثار من بينها القاعدة الشهيرة في القانون الفرنسي التي تعتبر الجنين مولودا كلما كان الحدث في مصلحته، وكذلك الاجتهاد القضائي بخصوص توسعه في الحقوق المقررة تشريعا للجنين من بينها إقرار حقه في جبر الضرر كلما طرأ الفعل الضار أثناء فترة حملته وطالب بجبر نتائجه بعد استهلاله⁽¹⁾. غير أن فرضية الاغتصاب لا تتوافق مع هذا التسلسل

(1) Muriel FABRE-MAGNAN, Les obligations, P.U.F 2004, n 256, p.702 et s.

Francois TERRE et Dominique FENOUILLET, op. cit, P.9 et s cass. civ du 24 – avril 1929, D.H, 1929, p.298 ; L'enfant conçu est considéré comme étant déjà né tant que son intérêt l'exige et qu'on ne saurait, sans nuire à son intérêt, reporter au jour de sa naissance

الزمني، فلا وجود لصاحب حق في التعويض زمن حصول الفعل الضار لأنه أثناء اقتتراف الركن المادي لجريمة الاغتصاب، وهي الفعل الضار اللاحق بالأم، لا وجود لشخص قانوني يتمثل في ما سوف يستهل من بعد ليطالب بالتعويض ولم يكن أصلا حتى جنينا خلال هذه الفترة، فمن لحظة ارتكاب الفعل إلى انتهائه كان عدما لا وجود له وإنما من بين نتائج المتأخرة أن حصل علوقه في رحم أمه، ومن ثمة فإنه لا يكتسب أبدا صفة المتضرر ولا حق له في التمسك بضرره المرتد ولو ثبت حقيقة معاناته الجسدية والنفسية من جراء سلوك أمه تجاهه بسبب ما خلفه لديها فعل الاغتصاب من اضطراب سلوكي وذلك لعدم اكتسابه صفة المتضرر.

وعلى مستوى إمكانية اعتباره متضررا أصليا من جراء الفعل الضار الصادر عن أبيه فإنه لا إشكال يذكر مبدئيا حينما تكون الأضرار المادية والمعنوية اللاحقة بالمولود ناجمة عن اعتداء بالعنف من قبل أبيه على أمه خلال فترة الحمل، فسوف تثار مسؤوليته المدنية كلما تمكن الطفل طالب التعويض من توفر أركانها. غير أن الصعوبة تتعلق بالحالة التي يكون فيها الفعل الضار الناجم عن الأب نتيجة لجريمة اغتصاب أدت إلى الحمل بالطفل وإنجاب، فهل يمكن للمولود أن يطالب أباه، بصفته متضررا أصليا، بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به من جراء ارتكابه لجريمة اغتصاب أفرزت خطأ إنجابيا؟

انحازت الدائرة الجنائية لمحكمة التعقيب الفرنسية إلى جانب المولود ومكنته من التعويض عن الأضرار المعنوية اللاحقة به جراء جريمة اغتصاب أمه أدت إلى الحمل به وإنجاب⁽¹⁾. لكن ورغم أن الضرر المعنوي مؤكد التحقق خاصة في ما يشعر به المولود من أسى ولوعة حينما يعلم انه ثمرة جريمة بشعة لحقت بأمه وشعوره المتواصل دوما بالحرع من هذا الحدث الجلل وإخفاقاته الغالبة حين مواجهته للمحيطين به بخصوص نسبه وواقعة ولادته، وحرمانه المؤكد والمؤيد من عاطفة عادية ومألوفة للأمومة مما يسبب له حتما

seulement le bénéfice d'un droit qui lui est acquis dès la mort de son pere, sauf a ne produire d'effet definitif que s'il nait viable.

(1) Cass. crim, du 4 fevrier 1998, J.C.P, 1999, 2, 10178 ; Trib.G.I, Lilles du 6 mai 1996, D, 1997, juris, p. 543.

اضطرابات نفسانية واجتماعية، إلا أنه لم يكن من الممكن منحه تعويضا دون تطويع قواعد المسؤولية نحو البعد الإنصافي والتغافل عن البعض من شروطها أو على الأقل التوسع في مضامينها، وذلك في محاولة جريئة من القضاء للترجيح بين المصالح ومحاولة تكريس حلول لا تتنافى بطريقة صارخة مع البعد الأخلاقي لبعض القيم الجماعية. فالأضرار المعنوية اللاحقة بالمولود في هذه الفرضية سببها المباشر الفعل الضار المتمثل في عملية الاغتصاب، وعلى فرض عدم حصوله فإن المولود لن تكون نفسيته خالية من المآسي الناجمة عن مخلفات الجريمة اللاحقة بأمه وإنما لن يولد أصلا. فالتعويض قد أسند له حينئذ على أساس ضرر الاستهلال ليستنتج ضمنا من موقف المحكمة أن عدم التخلق وقطع أطوار الحمل أفضل من الولادة المنبوذة الناجمة عن جريمة اغتصاب، فيكون ضرره إذاك غير مشروع ولا يستقيم وقواعد المسؤولية المدنية نظرا لتعلقه بحقوق أمه التي لها كامل الخيار في التصرف في جسدها والتحكم في قدراتها الإنجابية وكان عليها خيار إجهاضه ففوتت الفرصة. كما أن الأب المغتصب لا تقوم مسؤوليته المدنية، تجاه المولود، رغم بشاعة ما ارتكبه من جرم، على أساس أن مبدأ قدسية الحياة البشرية يتصدى للمولود حينما يفضل العدم على ولادته رغم أنها موصوفة بنكبة الاغتصاب، ولا تقوم أيضا مسؤوليته على أساس ضرر الولادة المنبوذة لانتفاء العلاقة السببية بين فعله والضرر لأنه لا يمكن القول أنه لولا الاغتصاب لكانت نفسيته أحسن بل لولا هذه الجريمة لما كان موجودا أصلا. ليكون المتحصل حينئذ أن المقاربة الأخلاقية التي وقع إضفاؤها على قواعد المسؤولية المدنية بخصوص اشتراط المصلحة المشروعة الواجبة الحماية قانونا لإمكانية قيام الضرر قد فشلت في إتمام الأغراض المرجوة منها لإفرازها لنتيجة خارقة للأخلاق حينما تسعف المغتصب من المسؤولية المدنية تجاه ابنه ثمرة جريمته مما دفع بالمحكمة إلى التوسع في الرابطة السببية لمجابهة هذه الوضعية وإدراجها ضمن ضرر الولادة المنبوذة.

وفي فرضية مغايرة ومستحدثة يعتبر ضرر الحياة الضنكا اللاحق بالمولود محققا سواء في جانبه المادي أو المعنوي كلما لحقته أضرار ناجمة عن تقصير أو إهمال أبويه أثناء ممارستها لحقهما في المؤازرة الإنجابية باللجوء إلى تقنيات التخصيب الاصطناعي. فلقد

وفرت هذه الطريقة المستحدثة سبلا للتغلب على العقم ومكنت من ممارسة عدة تطبيقات خاصة بطب التوقع لتفادي إنجاب مولود مصاب بإعاقة أو بمرض جيني، وذلك من خلال اللجوء إلى تقنية الكشف الجيني السابق للزرع. فإذا أهمل الابوان اللجوء إلى مثل هذه الآليات الكفيلة بتفادي الأمراض اللاحقة بالأجنة وإمكانية معالجتها في الإبان مما ترتب عنه إصابة جنينهما بعلّة، فمن المعقول أن يكون ضرر الحياة الضنكا محققاً ولا مانع في قيام مسؤوليتيها المدنية تجاهه، فلا يمكن في هذه الفرضية إثارة الحصانة التي تتمتع بها الأم نظراً لانتفاء مسبباتها والمتمثلة في حقها في التصرف في جسدها ما دام الضرر قد لحق الجنين قبل أن يصبح حملاً فلا علاقة له يوم حدوث الفعل الضار بجسم أمه أصلاً ولا ترابط بيولوجي يوحد جسميهما. ولا مساس أيضاً بحقها في الخصوصية على أساس أن إهمال التدقيق الجيني للأجنة المخصبة اصطناعياً لا يندرج ضمن حق المرأة في الانطواء على ذاتها وذلك في اختيارها لنمط عيشها طالما أن أغلب الفقه وبمؤازرة قضائية درج على إقصاء التخصيب الاصطناعي من مجال الحياة الخاصة⁽¹⁾.

♦ الفرع الثاني: ضرر الحياة الضنكا الناجم عن فعل غير المنجيبين:

من اليسير الاهتداء إلى ضرر الحياة الضنكا كلما كان الفعل الضار هو المؤدي مباشرة إلى الأذى اللاحق بالمولود (أ)، أما إذا كان الضرر ناجماً عن عوامل ذاتية تتعلق بالتكوين الجيني للمولود فلا يمكن قيام المسؤولية المدنية إلا بتطويع شروطها نحو قواعد الانصاف التهذيبي (ب).

أ- تسبب الفعل الضار في المضرة اللاحقة بالمولود:

تجدر الإشارة بادئ الأمر أنه لا يمكن للطفل طلب التعويض من الطبيب كلما تمثل فعله في خطأ أثناء تدخل يتعلق بالتعقيم أو بالإجهاض مما نجم عنه الانجاب. فالفعل الضار متوفر ويتجلى في الإخفاق في التصدي لحمل غير مرغوب فيه، والضرر اللاحق

(1) C.E.D.H " (ARRET DICKSON.C. DROYAUME –UNI), du 18 avril 2006, J.C.P, 2006, 1, 164 ; Alexis DEMIRDJIAN, op.cit, p.88 et s ; Diane ROMAN, op.cit,p810 et s.

بالطفل لا يمكن تصويره إلا في شكل ضرر معنوي يتمثل في شعوره بالامتعاض والحسرة كلما علم ان والديه قد بذلا عبثا كل ما في وسعهما للتخلص منه فأخفقا في مساعهما ولم يكن استهلاله سوى واقعة مؤلمة لهما. ولا إشكال أيضا في الاهتداء للعلاقة السببية طالما انه لولا الخطأ الطبي لما كان الطفل قد ولد أصلا. لكن الضرر المعنوي اللاحق بالطفل ولو كان محققا لا يتضمن مصلحة مشروعة يحميها القانون لأن الطبيب لم يكن المتسبب في رفضه من قبل أبويه ولا دخل له في قناعاتهما الراسخة في اعتبار استهلاله واقعة منبوذة لديهما، بل تلك مسألة راجعة إلى وفاقهما الانجابي، فيكون حينئذ قد تسبب في استهلاله ولم يتسبب في ترسيخ المشاعر الراضية له لدى أبويه. وعليه فهو ضرر يتعلق بتفضيل عدم الوجود على الولادة مما يجعله على هامش المصلحة المشروعة المحمية قانونا.

كما لا يمكن للجنين المطالبة قبل ولادته بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به بسبب اعتداءات الغير على جسم أمه فلحقته من جرائها إصابات، وذلك من جهة لعدم وجود ولاية للأبوين على جنينهما بل يعتبر حملا مرتبطا بجسم أمه، ولا يمكنه ممارسة الحقوق المخولة له الا بعد استهلاله من جهة أخرى. لذلك وانطلاقا من تحقق ولادته حيا يمكنه المطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به من قبل الغير حينما كان حملا كتعرض أمه لحادث مرور أو أية إصابات أخرى تسربت إلى جسم جنينها. وغالبا ما تكون بفعل الطبيب المباشر لعملية الحمل والوضع حينما يلحق أذى بجسم الجنين تتعدد أشكاله: كان يصيبه بإعاقة أو بمرض أو يساهم في تفاقمهما رغم توفر الوسائل الكفيلة للمعالجة أو يقع في غلط في التشخيص فيفوت فرصة التدخل العلاجي في الوقت المناسب.

لا شك أن إصابة الجنين بإعاقة أو بمرض ناجم عن التدخل الطبي سوف يلحق به أضرارا محققة ومباشرة تطل مصالحه المادية والمعنوية المشروعة وقد ترافقه مدى حياته: من ذلك ضرره الجسدي المتمثل في آلامه الجسمانية والنقص الحاصل في قدراته الجسدية، وضرره المعنوي من خلال ما يشعر به من أسى وحسرة يومية على حالته الواهنة وعدم قدرته على الانتفاع بأغلب مباحج الحياة وما قد يتعرض إليه من سخرية من أفراد المجتمع بسبب خلقته أو ما قد ترفقه منهم من نظرات شفقة، فضلا عن ضرره الجمالي وما يخلفه

من إضعاف لفرص اندماجه في المجتمع، وعوائق الحصول على شغل أو على مواصلة الدراسة وما يصيبه من ضيق بسبب تبعيته لغيره على مستوى قضاء شؤونه وما تتطلبه عموماً حالته الصحية من نفقات، بالإضافة إلى تضائل خياراته في تنمية مداخيله أو عجزه عن التكسب أصلاً. ولا إشكال أيضاً في الاهتداء إلى العلاقة السببية طالما أنه لولا الفعل الطبي الضار لكان قد تخلص من الصعوبات الصحية التي تخلق عليها أو على الأقل التخفيف من وطأتها، أو تقادى علة مستحدثة، فيكون قد فوت عليه فرصة استهلاله وفقاً لقدرات جسمانية طبيعية أو بقدرات أفضل مما كان عليها قبل التدخل الطبي^(١).

لكن هل يمكن للطبيب درء مسؤوليته حينما يشكك في مدى توافر أحد شروط الضرر المدعى به والمتمثل في شرط المصلحة المشروعة المحمية قانوناً، ليدفع بعدم تحققه وغلبة الاحتمال عليه لأن إجازة التدخل الطبي على الجنين تخضع إلى الرضا الواعي والمتبصر لأمه ولا يوجد ما يقرب احتمال رضاها كلما أحيطت علماً بحقائق الحالة الصحية لجنينها خاصة في الفرضية التي يكون فيها الطبيب قد أخفق في واجب الإعلام أو في تشخيص المرض الذي إن كان قد قام بتبصير الحامل بحقيقته أو اهتدى إليه فسوف ينجم عن علاجه خطر جسيم ومؤكد على حياتها أو على حياة جنينها ؟

لا يمكن إنكار أن فرضية الاحتمال تبقى موجودة لكنها ضئيلة إلى درجة انعدام قدرتها على نفي شرط تحقق المصلحة المشروعة المحمية قانوناً. فلا جدال في أن جميع التدخلات الطبية اللاحقة بالحمل لا تحصل له بطريقة مباشرة وإنما بواسطة جسم أمه الذي يعتبر

(١) ومن الاجتهادات القضائية في هذا المجال نذكر: قضى مجلس الدولة الفرنسي بالتعويض لطفل بمبلغ جملي عن معاناته الجسمانية وضرره الجمالي والاضطراب اللاحق به في ظروف عيشه الناجم عن الإعاقة التي تسبب فيها خطأ الطبيب حينما كان جنيناً: C.E, 27 SEPTEMBRE 1989, GAZ.PAL, 1990, p.421

نفس الموقف اتخذته محكمة التعقيب الفرنسية في حالة الإعاقة اللاحقة بالمولود بسبب خطأ الطبيب أثناء الوضع:

cass, civ, du 7 juillet 1998, cite par, **Bommingues VIRGINE**, op. cit, p 83 note n 218.

وكذلك الشأن بخصوص تقويت فرصة الشفاء على الجنين حينما يقصر الطبيب في معالجته مع توفر كل الإمكانيات لاتمام مهمته ليستهل المولود مصاباً بإعاقة كان من الممكن تقاديتها لو حصل تدخل طبي ناجح طبقاً للأصول العلمية المتبعة:

cass. civ, du 3 fevrier 1993, cite par **Bommingues VIRGINE**, P.89, note 236..

الفضاء الوحيد لنموه وحمايته من المحيط الخارجي، وبما أنه من الناحية البيولوجية جزءاً من جسدها إلى حين وضعه أو إنهاء حملها، فإن جميع التدخلات الطبية المزمع إنجازها لفائدته لا تحصل إلا بموافقتها بسبب استحالة الولوج إليه إلا عبر جسدها. لذا فإن لجوء الحامل إلى الطبيب تعتبر قرينة قوية في حد ذاتها دالة على رغبتها في متابعة حالتها الصحية ومراقبة حملها إلى حين وصوله إلى مآله الطبيعي وهو الوضع، بما يدل على رغبتها في اكتشاف العوارض التي من الممكن أن تلحق بجنينها في الإبان لإمكانية تفاديها أو معالجتها. كما أن ما جبلت عليه الأم من عواطف نبيلة تجاه أبنائها وما يؤول من رغبتها في المحافظة على مشروعها الانجابي الناجم عادة عن وفاق انجابي مخطط له مسبقاً يجعله مرجواً في حد ذاته ويحفزها للبحث عن أوفق السبل لتحقيقه. وعلى فرض أنه في الحالة الخاصة المتعلقة بالإمكانية الغالبة عادة في لجوئها إلى الإجهاض أو إلى عدم زرع الجنين، في حالة التخصيب الاصطناعي الخارجي، كلما قام الطبيب بتبصيرها بالخطر على حياتها أو على حياة الجنين في صورة تدخله العلاجي أو في حالة غلظه في التشخيص لاكتشاف هذه الخطورة، فإن ضرر الجنين يكون فعلاً محتملاً يوم حصول الفعل الضار ما دام خيار الحامل سوف يؤول حتماً إلى المطالبة بإنهاء حملها فلن يولد الجنين أصلاً ولا يكون هناك مجال للمطالبة بالتعويض نظراً لافتقاده لصفة المتضرر، لكن استهلاله على الوضعية التي أخفق التدخل الطبي في إزالتها أو التخفيف منها حول الاحتمال إلى يقين وجعله محقاً في طلب جبر ضرره.

ب- العيوب الخلقية المستعصية اللاحقة بالجنين وانتفاء المسؤولية الطبية:

إذا ولد الجنين مصاباً بإعاقة جسمانية أو ذهنية جسيمة ناجمة عن خلل في تركيبته الجينية لا يوجد لها علاج ولم يتفطن لها الطبيب المباشر لأمه طوال فترة الحمل فأخطأ في التشخيص مما حال دون لجوئها للإجهاض، وهو الخيار المرتقب لديها حتماً كلما وقع تبصيرها بالعيوب الجسيمة اللاحقة بجنينها، فإن مسؤولية الطبيب تجاه المولود عن الحياة الضنكا تنتفي لتعلق الحالة بضرر الاستهلال الذي إن كان في التصدي له تطبيقاً سليماً

لقواعد المسؤولية المدنية، فإنه يؤدي لا محالة إلى حلول غريبة تتنافى مع قواعد العدالة مما كان حافظاً لبعض الاجتهادات القضائية إلى إنفاذ الانصاف في المسؤولية المدنية لإقرار حلول ناجعة ولو تطلب التضحية ببعض قواعدها التي سوف يلحقها تصدع مؤكد. من الفرضيات التي أثارت حقيقة مشاكل لدى فقه القضاء الفرنسي الحالة التي يولد فيها الشخص مصاباً بإعاقة جسمانية أو ذهنية جسيمة ناجمة عن خلل في تركيبته الجينية لا يوجد لها علاج ولم يتقطن لها الطبيب المباشر لأمه طوال فترة الحمل فأخطأ في التشخيص مما حال دون لجوء الحامل لإجهاضه، وهو خيار كان مؤكداً لديها لو وقع تبصيرها بالعيوب الجسيمة اللاحقة بجنينها. وكذلك أيضاً الحالة التي يستهل فيها المولود على إثر تواصل حمل ناجم عن اغتصاب إلى أجله حالت ظروف معينة دون لجوء أمه إلى إجهاضه. في الفرضية الأولى وهي المتعلقة بالقرار المشهور باسم (PERRUCHE)⁽¹⁾ أقرت المحكمة مسؤولية الطبيب الناجمة عن تقصيره في إتمام واجب الإعلام بخصوص التشوهات اللاحقة بالجنين نظراً لوقوعه في غلط في التشخيص ومنحت المولود تعويضاً عن الآثار الجسيمة والمآسي التي سوف يواجهها من جراء إعاقته، وهو ما يمكن تصنيفه بكونه يندرج ضمن الأضرار الناجمة عن الحياة الضنك، لكنها في الحقيقة تكون قد أقرت ولو ضمناً التعويض عن ضرر الاستهلال.

إن إقرار مسؤولية الطبيب في هذه الحالة تواجهها صعوبات قانونية من الصعب درؤها، فهي لا تقوم إلا إذا وقع التغافل عن الرابطة السببية أو التغافل عن شرط وجوب مساس الضرر بمصلحة مشروعة يحميها القانون. فعلى مستوى العلاقة السببية، إن وقع اللجوء إلى نظرية السبب الملائم فإن مصدر الضرر اللاحق بالطفل هو العيب الجيني الحاصل

(1) شكت امرأة حامل في إمكانية إصابتها وحملها بمرض جيني ظهرت أعراضه على ابنتها البالغة من العمر 4 سنوات، فالتجأت إلى الطبيب لإجراء الفحوصات اللازمة معبرة عن رغبتها المؤكدة في الإجهاض إذا آلت شكوكها إلى يقين. ولدى إجراء الكشوفات الطبية تبين وجود تناقض في نتائج التحاليل مما تطلب اللجوء إلى تحليل ثالث أكد سلامة الأم وجنينها من كل مرض، إلا أنها وضعت طفلاً مصاباً بتشوهات جسيمة ناجمة عن العلة التي كانت محل شك. فرفع الأب دعوى قضائية للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق به وبزوجته وكذلك الضرر اللاحق بالطفل، وانتهى النزاع إلى إقرار الدوائر المجتمعة منح تعويض للطفل على أساس أن خطأ الطبيب تسبب له في ولادة مظلوفة بإعاقة فضلاً عن إقرار التعويضات للأبوين. : cass. ch. Plein. du 17 novembre 2000. D., 2000, p.336.

له والذي يعتبر سببا مباشرا أنتج المضار اللاحقة به فيعتد به لوحده ويقع إقصاء خطأ الطبيب الذي ولئن كان من جملة الأحداث الحافة بالضرر إلا أنه قاصر عن التسبب فيه لاستغراق السبب الملائم المتمثل في الإعاقة لكامل النتائج الضارة الحاصلة والمرتببة. وإذا وقع اللجوء إلى نظرية تعادل الأسباب فإنه يتعين على القاضي تجميع الأحداث التي واكبت حصول الضرر والتساؤل عما إذا كان الطفل سيولد معوقا كلما انتفى خطأ الطبيب، وسوف تقوده الإجابة حتما إلى أن تواجد هذا الخطأ من عدمه لن يؤثر في شيء على الحالة الصحية للمولود، وإنما أثره الوحيد يكمن في تقويت فرصة للمرأة الحامل في ممارسة حقها في الخيار في الإجهاض خلال الأجل القانوني المسموح به أو الإبقاء عليه في انتظار استهلاله رغم العيب الجيني اللاحق به⁽¹⁾. وإذا كانت الاحتمالات الواقعية مائلة نحو رغبتها في الإجهاض أو وقع التأكد من موقفها مسبقا كما هو الحال في وقائع قرار..... فإن الطبيب يكون حينئذ بخطأه قد فوت على المرأة فرصة حقيقية وجدية في الإجهاض، وفوت على الطفل المعوق فرصة عدم ولادته أصلا ولم يفوت عليه فرصة ولادته دون إعاقة نظرا لأنها عاهة داخلية تنسب إلى تكوينه الجسدي ولا يوجد لها علاج ناجح لدرئها قبل الولادة. وتبعا لذلك فإن حق الأبوين في المطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بهما لأنه تسبب بفعله في تقويت فرصة لهما في ممارسة خيارهما في إنهاء المشروع الانجابي يستند إلى مصلحة مشروعة يحميها القانون وتوجد له علاقة سببية واضحة. أما حق المولود في

(1) بخصوص النتائج المختلفة الناجمة عن تطبيق نظرية السبب الملائم أو السبب المنتج، يراجع: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول ن في الاحكام العامة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ن طه، سنة ١٩٨٩، ص. ٤٥٥ وما بعدها؛

Patrice JOURDAIN, Lien de causalité, jurisclesseur civil, fas. 160, art.1382 a 1386, Paris, 2011, N 13 a 19 ;

وبخصوص الاهتمام إلى العلاقة السببية في حالة تقويت الفرصة الناجمة عن بعض التدخلات الطبية الضارة، يراجع: **L. GRYNBAUM**, La certitude du lien de causalité en matière de responsabilité est-elle un leurre dans le contexte d'incertitude de la médecine ? « , D. 2008, p.1928 ; **Jean PENNEAU**, *La responsabilité médicale*, Sirey, paris, 1977, p.23 et s ; **Stefanie PORCHY**, Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient , D. 1998, chr. p. 381

مطالبة الطبيب بالتعويض عن ضرر الحياة الضنك، بسبب الإعاقة التي استهل عليها لا يستقيم وقواعد المسؤولية المدنية نظرا لانتقاء رابطة السببية من جهة لأنه سواء أخطأ الطبيب أم لم يخطئ فسوف يولد على إعاقته، ونظرا لانتقاء شرط المصلحة المشروعة قانونا الواجب توفره في الضرر طالما أن الطبيب لم يفوت عليه فرصة تقادي الإعاقة بل فرصة تقادي الولادة التي لا يمكن ان تعتبر ضررا يأخذه القانون بعين الاعتبار ما دامت قيمة كرامة الذات البشرية تحول دون إسناد الحق في عدم الاستهلال للذات البشرية.

غير أنه من الصعب أن لا تهتدي الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب الفرنسية في قرار (PERRUCHE) إلى السبب الملائم الذي أدى إلى إلحاق الضرر بالمولود نظرا على الأقل لوضوح الوقائع وسهولة توصيفها. لذا فالغالب أن يفهم اجتهادها بكونه محاولة منها في تطويع قسري لقواعد المسؤولية المدنية نحو قواعد الانصاف التهديبي لإقرار حد أدنى من العدالة تسعف وضعية الطفل المعوق عن طريق تمكينه من التعويض رغم تيقنها ضميا بأن لا رابطة سببية أصلا بين إعاقته المكتسبة والخطأ الطبي، على أساس ان التعويض قادر أن يهون عنه قدرا من مآسيه ويضمن له حياة كريمة خاصة من الناحية المادية، فتحول دونه واللجوء إلى المساعدات العائلية أو الخاصة أو حتى من مؤسسات الدولة، ذات المسحة الأخلاقية الواضحة تستمد في الغالب من الإحساس بالشفقة. فكانت المحكمة مدعوة حينئذ للفصل بين مظهرين من الوظيفة الاجتماعية للمسؤولية المدنية: وظيفة اصولية قيمة أخلاقية تجعل من قواعدها قابلة للتطويع وفقا لما ائتلف عليه من مبادئ سامية تغلب بعض المصالح المعنوية على المصالح المادية المرتقبة وذلك حينما يتأزر مبدأ قدسية الحياة البشرية مع قيمة الكرامة للتصدي لكل تقييم وتفرقة لحياة الأفراد وإدراج تدرج تفاضلي بينها لانتقاء المحبذ من المنبوذ منها. ووظيفة نفعية واقعية تأخذ بعين الاعتبار الانعكاسات الاجتماعية الإيجابية على المتضرر وعلى المجتمع عموما حينما يقع تطويع قواعد المسؤولية المدنية من خلال التوسع في شروطها لإنصاف بعض الحالات الخصوصية. ولقد انحازت المحكمة للخيار الثاني لما أعرضت عن توصيف الاشكال المطروح في هذا القرار بكونه اعتداء على قدسية حياة الطفل وتحقيرا لكرامة الذات البشرية،

واعتبرته على العكس أداة لترميم جودة حياة المتضرر التي افتقدها بموجب الإعاقة وذلك عن طريق التوسيع في موارد الانفاق عليه في ظروف مادية أفضل، وهو موقف لا شك في تأثيره الإيجابي على المسؤولية الطبية من خلال تحفيزه للأطباء على إحكام تنفيذ واجب الاعلام مع تمام الأمانة.

إن هذا الموقف رغم نبهه ورغبته الجدية في تقديم حلول سخية للمعوقين يعتبر تعسفا بصفة واضحة على قواعد المسؤولية المدنية إذا ما اعتبرنا أن المحكمة أوجدت علاقة سببية بين خطأ الطبيب وتغويت فرصة عدم الإعاقة واقتفت مقارنة نفعية خالصة لقيمة كرامة الذات البشرية كلما ذهب في اعتبارها أن الطبيب قد فوت على المولود فرصة الاستهلال ليتمكن من التعويض عن هذا الضرر مضحيا بقدسية الحياة البشرية في سبيل السعي نحو ضمان حد أدنى من المعيشة الكريمة للمعوق. كما أنه يعبر عن تغيير جذري في النظرة القضائية لمبدأ قدسية الحياة البشرية، فسواء حصل خطأ من الطبيب في التشخيص أو لم يحصل فإن المولود سوف يولد على نفس الحالة من التشوهات لأنها متصلة بتكوينه الجيني، وإنما لولا خطاه لما كان قد ولد المعوق أصلا ولقامت أمه بإجهاضه استباقا لمآسيها ومآسيه المستقبلية. لذا فإن الإعاقة الجينية وفقا لهذا المسار التحليلي تتنافى مع الحياة الطبيعية ليكون القتل الرحيم السابق للوضع أفضل حل لهذا الصنف من الأجنة خشية استهلالها على حالتها. وهي تفرقة بين الذوات البشرية وفقا لمكوناتها الجينية تتنافى مع المدلول القيمي لكرامة الذات البشرية وتحد من مبدأ قدسية الحياة لتخلع عنها الصفة القيمية المثالية فتصبح تجربة خاصة قابلة للتقييم حسب تدرج نمط العيش المرتقب منها، ليحصل الاستنتاج بأن البعض منها لا يستحق المواصلة ولو في فترة الحمل تقاديا للإعاقة المحتومة بعد الاستهلال التي تفقد الحياة جودتها وتحد من المنافع المرتقبة منها.

وبالإضافة إلى انتفاء العلاقة السببية فإن الضرر المدعى به من قبل المولود في هذه الفرضية لا يرتقي إلى مرتبة الضرر المحقق الذي يتطلب لاستجلائه المقارنة بين حالته الراهنة التي من المؤكد تقديرها بما أنها مجسدة فيما لحقه من مآسي معنوية وجسمانية ومادية بسبب الإعاقة، وحالته السابقة عن حصولها التي يستحيل تقديرها أصلا نظرا

لتجسدها في عدم الوجود بما يحول قطعا دون تفضيلها على حالته الراهنة. ولا يرتقي أيضا إلى مرتبة الضرر المتعلق بالمساس بمصلحة مشروعة يحميها القانون لأنه في حالة الاعتراف للمولود بالحق في عدم الوجود بما يجعل استهلاله ضررا تؤول ممارسته إلى معارضة الكافة به وخاصة أبويه، ليصبح ممارستهما لحقهما في الانجاب عن طريق التناسل بينهما غير مرغوب فيه فيما بعد من قبل المولود المرتقب ومؤسسا فعلا ضارا يثير مسؤوليتهما المدنية تجاهه.

ولقد سبق أن طرح نفس الاشكال وفي وقائع مشابهة على مجلس الدولة الفرنسي الذي اكتفى بتطبيق قواعد المسؤولية المدنية على الوقائع المعروضة عليه ليرفض دعوى المولود في التعويض نظرا لانتفاء العلاقة السببية بين خطأ الطبيب والأضرار اللاحقة به من جراء الإعاقة الجينية⁽¹⁾. وكان موقف المشرع الفرنسي مائلا نحو تأييد موقف مجلس الدولة فأثر تقضيل قواعد المسؤولية المدنية وصيانتها من إمكانية تواتر الاجتهادات التعويضية دون التقيد بمدى توفر شروطها مما يؤول إلى تصدعها، فلم يجد من بد سوى إخراج المسألة من نطاق المسؤولية المدنية أصلا لتحشر في إطار التضامن الوطني⁽²⁾. فالولادة الموصوفة

(1) وذلك بمناسبة قرار "QUAREZ" وتفيد وقائعه أنه لما أدركت امرأة بالغة من العمر ٤٢ سنة أنها حامل خشيت على صحتها وسلامة جنينها فالتجأت إلى المراقبة الطبية التي بددت شكوكها وأثبتت سلامة التحاليل من إمكانية إصابة جنينها بأمراض وراثية أو علل مستعصية. لكن على خلاف هذه المعطيات الطبية التي أعلمها بها الطبيب أنجبت طفلا منغوليا يشكو من تشوهات جسيمة. ولما رفع زوجها دعوى لدى القضاء الإداري مطالبا بالتعويض عن الضرر اللاحق بهما من جراء الاخلال بواجب الاعلام وتعويض ضرر الولادة المعوقة للطفل، أقرت المحكمة خطأ المؤسسة الاستشفائية الذي نجم عنه ولادة الطفل وحال دون لجوء أمه إلى الإجهاض لو علمت بحقيقة حالتها الصحية، واهتدت إلى أنه فعل تنجم عنه أضرار مادية ومعنوية للأبوين من المتجه التعويض عنها، لكنها تصدت لطلب التعويض المرفوع في حق الطفل على أساس افتقاد العلاقة السببية لأن الاخلال بواجب الاعلام تسبب في منع الأم من ممارسة الإجهاض في آجاله القانونية فكان حينئذ السبب في ولادة الطفل لا في إعاقته مما يجعل ضرره غير مشروع:

C.E, du 14 November 1997, J.C.P, 1997, 2.

(2) Article 1 al3 de la loi n 2002-203 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, J.O.R.F, du 5 mars 2002 p.4118 ; « Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de sante est engagée via à vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul

بتشوّهات أو إعاقة ناجمة عن خلل جيني ولو رافقها خطأ طبي في التشخيص أو في الإعلام لا تستحق تعويضا إعمالا لقواعد المسؤولية المدنية نظرا لعدم مشروعية الضرر، وإنما إشفاقا على المولود وإنصافا لعائلته تتحمل المجموعة الوطنية نفقات معيشته ورعايته. وهو حل ولئن كان يغني عن التمسك بقواعد المسؤولية المدنية إلا أنه غير كاف طالما أن مجاله لا يسمح باستيعاب جميع فرضيات ضرر الاستهلال.

الخاتمة

يؤول ضرر الولادة المنبوذة كلما خضع إلى شروط المسؤولية المدنية إلى نتيجتين متضاربتين: الأولى ذات منحى سلبي مطلق، وتتعلق بضرر الاستهلال الذي لا يمكن لقواعد المسؤولية استيعابه نظرا لإخلاله بشرطي الضرر المحقق والذي لا يتضمن مصلحة مشروعية يحميها القانون، لما يلاحظ من انتفاء لصفة المتضرر ولصعوبة الاهتداء إلى الوضعية التي سوف يكون عليها المتضرر لو لم يحصل الفعل الضار، وكذلك لعدم مشروعية التمسك برفض الحياة الدنيا وتمنى العدم على تجربتها لما فيه من مساس بمبدأ قدسية الحياة البشرية ذي الترابط الوطيد بقيمة الكرامة. والثانية ذات منحى إيجابي نسبي كلما تعلق الأمر بضرر الحياة الضنك، وذلك حينما لا يتمسك المولود بالضرر الناجم عن مجرد ولادته بل بما لحقه من أذى وما سيتواصل منه في المستقبل بسبب هذه الولادة التي تصنف حينئذ كمصدر مولد للأضرار كلما أحاطت بها ظروف تجعلها موصوفة. ولا إشكال يذكر بخصوص استحقاق المولود للتعويض كلما طاله فعل ضار قبل استهلاله سواء بصفة أصلية أو بالارتداد إلا في حالات تتغلب فيها المقاربة الأخلاقية للمسؤولية المدنية على مقاربتها التعويضية النفعية وتخضع للتدرج التشريعي بخصوص مراتب المصالح محل الحماية، وذلك خاصة في الوضعية التي يكون فيها الفعل الضار اللاحق بالحمل مرتكبا

préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relevé de la solidarité nationale. ».

من قبل الأم، فلا تقوم مسؤوليتها إعمالاً لما تتمتع به من حصانة تشريعية مستمدة من حقها على جسدها، أو في فرضيات يصعب معها الاهتداء إلى استخلاص علاقة سببية مؤكدة بين الفعل الضار والأذى اللاحق بالجنين مما يتطلب توسعاً في طريقة وصل السبب بالمسبب يخشى معها تصدع قواعد المسؤولية المدنية بحثاً عن اجتهادات قضائية عادلة حظيت بالعديد من الانتقادات. لذلك فإنه من الممكن المساهمة في إضفاء معادلة بين الحاجة إلى جبر الضرر اللاحق بالمولود الذي استهل عليه دون أن يكون له أي دخل في حصوله، وبين ضمان احترام قواعد المسؤولية المدنية مما يتعين معه:

١- إلزام التضامن الوطني بجبر نسبي للأضرار الناجمة عن الاستهلال في حالة الولادة الموصوفة بإعاقة جسيمة يقتصر نطاقه على الأضرار المتعلقة برعايته بوصفه من ذوي الحاجيات الخصوصية، وفي حالة الولادة الموصوفة بإصر معنوي فادح يستحيل معه تطبيق قواعد المسؤولية المدنية كحالة الولادة الناجمة عن جريمة اغتصاب.

٢- التوسع في أساليب الاهتداء إلى الرابطة السببية في حالات تخفق فيها المسؤولية المدنية في توطيد مظهرها التعويضي بما يتوافق مع قواعد العدالة والانصاف، وذلك في حالة الاخلال بواجب الاعلام في المجال الطبي بما يترتب عنه ولادة طفل مصاب بإعاقة راجعة لمكتسباته الجينية، ليتحمل الطبيب جانباً من المسؤولية على مستوى الأضرار المادية والمعنوية اللاحقة بالمولود وبأبويه وإبقاء عناصر التعويض المتعلقة بمستلزمات الإعاقة راجعة للتضامن الوطني، على غرار الحل المقدم من المشرع الفرنسي، لأن التطبيق الجامد لتوفر العلاقة السببية في هذه الفرضية يبقي الخطأ الطبي في مأمن من كل مسؤولية مما قد يشجع على الاحجام عن هذا الواجب أصلاً.

٣- إن حرية المرأة الحامل في التصرف في جسدها تحول دون إقرار مسؤوليتها المدنية عن كل تقصير أو إهمال في مراقبة أو رعاية جنينها، وكذلك تفضيلاً لحريتها الإنجابية ولحقها في احترام حياتها الخاصة على الحرمة الجسدية للجنين. ويكون

من الأوفق أن لا يقع إدخال قيود على هذه الحقوق خشية تصدع الرابطة العاطفية بينها وبين وليدها حينما يلاحقها قضائيا بسبب ما ألحقته به من أضرار، لكن من الممكن تغيير هذه الرؤية المثالية الغالبة والاستناد على نظرية التعسف في استعمال الحق لإمكانية مسائلة الأم عن أفعالها الضارة بجنينها كلما ثبت تخليها عنه بعد الوضع بمشيئتها نظرا لظروف معينة، لأن المولود في هذه الفرضية يكون قد طاله انتقاص من قدراته الصحية خلال الحمل بسبب فعل أمه ولا يمكنه مساءلتها احتراماً لحقوقها السالفة الذكر والتي يصعب إدخال قيود عليها خشية انهيار الرابطة العاطفية بينه وبينها، أما وقد زالت هذه الرابطة فلا مانع مبدئيا من إثارة التعسف ضدها.

موقف المشرع الأردني من شرط الإختصاص القضائي الدولي في ضوء
قانون النقل متحدي الوسائط لعام ٢٠١٨

د. سليم سمير خصاونة ود. عبد السلام علي الفضل^(١)

إن النظام الاقتصادي العالمي يعتمد في الوقت الحاضر على نظام السوق المفتوح لجميع مناحي الحياة، حيث لم تعد الدول منطوية على نفسها كالسابق، وإنما سارعت إلى فتح حدودها لعبور البضائع من مختلف الدول سواء أكان ذلك لاستهلاكها في داخل الدولة أو عبورها إلى الدول المجاورة، لذا أضحت الحاجة ملحة لاستحداث أساطيل نقل متنوعة حيث تتعدد وسائل النقل بين البرية والبحرية والجوية.

ويعود تعدد هذه الوسائل لاختلاف التضاريس الطبيعية الفاصلة بين الدول عن بعضها البعض، ونظراً لاحتلال المياه ما نسبته ٧١% من الكرة الأرضية مقارنة باليابسة فقد احتل النقل البحري الصدارة بين وسائل النقل إضافة إلى قدرته على نقل البضائع المتمتعة بالأحجام الضخمة ناهيك عن قلة التكاليف.

وكون أن التجارة لا تعتمد على النقل البحري فقط، فقد يتطلب نقل البضائع عدة وسائل نقل مختلفة فكان لزاماً على التجار الشاحنين إبرام عقود نقل منفصلة مع ناقلين مختلفين لغايات ضمان وصول البضاعة إلى المكان المعد للتسليم، وكننتيجة حتمية لمثل هذه الأفعال يترتب عليها ضياع الوقت والجهد والمال الذي سيعود على المستهلك من خلال ارتفاع أسعار السلع، إضافة إلى انطوائها على مخاطر خسارة البضاعة من خلال تلفها أو هلاكها. ونظراً لتمسك الناقلين المشتركين في عملية النقل بالحدود الدنيا من المسؤولية كشرط يفرض على الشاحنين لغايات قبولهم بعملية النقل، فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار

(١) استاذان مساعدان في كلية القانون جامعة اليرموك

بالشاحنين من خلال عدم مقدرتهم أو صعوبة إثبات المرحلة التي وقعت بها الخسارة لغايات الرجوع على الناقل المتسبب بالضرر الذي سيؤثر على استعادة تكاليف البضاعة من جديد. لذا استحدثت طريقة جديدة لتحسين نظام النقل عن طريق الجمع بين أشكاله المتعددة إضافة إلى وحدة المسؤولية عن الضرر الناجم عن هذا النقل ألا وهو عقد النقل الدولي متعدد الوسائط، حيث تنافست الدول فيما بينها من خلال استحداث أساطيل النقل التابعة لها أو لمواطنيها إضافة إلى تعديل أو استحداث تشريعاتها لتتواءم مع التطور الحاصل على المستوى الدولي والذي سيمكنها من ضمان التنافسية.

ونظراً لارتباط النقل الدولي المتعدد الوسائط بأكثر من نظام قانوني فقد تضافرت الجهود الدولية لتوحيد القواعد الناظمة له وصولاً إلى تدويل العقد لضمان وحدة القواعد القانونية المطبقة بغض النظر عن الدول، ومن هنا فقد سارعت المنظمات الدولية وعلى رأسها غرفة التجارة الدولية في عام ١٩٧٣ إلى إصدار قواعد تنظم هذا النقل وتلا ذلك العديد من اللوائح والقواعد النموذجية حتى تكلفت الجهود بإقرار اتفاقية الأمم المتحدة بشأن النقل الدولي متعدد الوسائط لعام ١٩٨٠ إلا أن هذه الاتفاقية لم تدخل حيز النفاذ بعد كونها ما تزال تفتقر إلى ما يكفي من الدول المصادقة عليها.

وقد تنبتهت الدول العربية بأهمية هذا النوع من النقل ورغبة منها في حماية مواطنيها فقد تم إبرام اتفاقية النقل متعدد الوسائط للبضائع بين الدول العربية لسنة ٢٠١١؛ وذلك بهدف تنظيم وتيسير انتقال السلع بمختلف الوسائط بين أراضي الدول العربية وعبرها باعتبار أن هذا النمط من النقل هو أحد عناصر تنمية التبادل التجاري بين الدول العربية إضافة إلى الحاجة إلى تنمية قطاع خدمات نقل متعدد الوسائط الذي يتسم بالسهولة والكفاءة ويتناسب مع احتياجات التجارة العربية والحاجة لتطوير خدماته بين الدول العربية وبأنماط النقل المختلفة البرية والبحرية والجوية، كما من شأنها مساعدة الدول العربية على وضع اطار تشريعي وطني لتنظيم اعمال النقل متعدد الوسائط ومتعهدي النقل القائمين بهذه الخدمات. ولم تكن المملكة الأردنية الهاشمية بمنأى عن هذا التطور والتنافس ولا سيما ما تتمتع به من موقع جغرافي بالغ الأهمية في قلب الوطن العربي الرابط بين دول المغرب العربي

والمشرق العربي. ومن هنا قامت المملكة وخلال فترة وجيزة باستحداث وتعديل تشريعاتها القائمة للتماشي مع ركب العولمة وللدخول بتنافسية مع الدول الأخرى، ومن أهم الجوانب التي اهتم بها المشرع جانب النقل، حيث لاحظ المشرع الحاجة الماسة لقطاع الأعمال الأردني إلى تحسين كفاءته من أجل الدخول في تنافس مستمر مع المستثمرين في ذات المجال من الأجانب وذلك من خلال تنظيم وتحديث القواعد القانونية القائمة والتي تعتبر من الأنظمة التاريخية التي لم يطلها التحديث والتعديل منذ امد طويل، إضافة إلى رغبته بتوحيد القواعد القانونية من خلال تنظيم واحد بدلاً من تشعبها بقوانين متعددة لضمان حماية الشاحنين الوطنيين، الذي لا ينعكس على مجال النقل وحده بل يتعدى إلى مجال الصناعة حيث سيقوم بلعب دور بارز من خلال تحسين الانتاج والتوزيع من خلال ضمان الكفاءة والسرعة والمرونة مضافاً إليها قلة التكاليف، حيث قام المشرع الأردني بإصدار قانون النقل الدولي متعدد الوسائط والذي حمل الرقم (٢٩) لسنة ٢٠١٨^(١).

• أهمية الدراسة: تتبع أهمية هذه الدراسة من الصفة الدولية التي تصطبغ بها أغلب العلاقات القانونية الناشئة عن عقد النقل متعدد الوسائط، الذي يتضمن في طياته عنصراً أجنبياً؛ قد يكون مصدره أطراف العقد، الذين يكونون في أغلب الأحوال من جنسيات مختلفة؛ كما قد يبرز هذا العنصر الأجنبي بسبب اختلاف مكان إبرام العقد عن مكان تنفيذه؛ أو يبرز بالنظر لاختلاف مكان وجود المركز الرئيس لكل من الناقل والشاحن؛ وأخيراً، قد يكون السبب المنشئ لهذا العنصر الأجنبي هو مكان وجود المال محل عقد النقل والذي قد تشكل عنصراً مؤثراً عند نشوب المنازعة الناشئة عن تنفيذ عقد النقل، مما يثير مسألة تنازع الاختصاص القضائي الدولي بشأن هذا العقد.

ومن ثم، فإذا ما ارتبط العقد بأكثر من نظام قانوني لأكثر من دولة تثور مسألة تحديد المحكمة المختصة التي ستفرض اختصاصها بنظر المنازعة الناشئة عن هذا العقد؛ إذ

(١) قانون النقل الدولي متعدد الوسائط رقم ٢٩ لسنة ٢٠١٨ المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم ٥٥٢٠ على الصفحة ٣٨٢٢ بتاريخ ٢٠١٨/٦/١٤.

يترتب على تحديد المحكمة المختصة، قيام القاضي بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد النقل متعدد الوسائط وفقاً لقواعد الاسناد الوطنية والذي بدوره سيحكم كافة الآثار الناجمة عن العقد من حيث: تنفيذ الالتزامات؛ وقيام مسؤولية الأطراف؛ والإعفاء منها؛ ومدد التقادم، وهذه لا شك مسائل تتباين بشأنها الأحكام والحلول القانونية الداخلية في التشريعات الوطنية، مما سيخل بتوقعات الأطراف المشروعة.

لذا تبرز أهمية تكريس شرط الاختصاص القضائي من بين معايير الاختصاص الدولي، إذ باختيار الأطراف للمحكمة المختصة يتحقق مبدأ الأمان القانوني في الاختصاص القضائي وهذا يساعد من جانب آخر على تشجيع إبرام المعاملات التجارية الدولية.

• **إشكالية الدراسة:** إن عملية البحث في مسألة الاختصاص القضائي الدولي لا تتورأ ابتداءً إلا إذا كان هنالك نزاع وشابه وجود عنصر أجنبي، حيث يلجأ القاضي لحسم مسألة مدى اختصاصه بنظر المنازعة من عدمه من خلال العودة إلى قواعد الاختصاص الوطنية التي نظمها مشرعه؛ وقد نظم المشرع الأردني في البداية هذه المسألة بموجب قواعد قانونية أمره لتعلقها بسيادة الدولة استناداً لمبدأ الإقليمية بحيث يلزم القضاء الوطني بالفصل في المنازعات التي تكون من اختصاصه، بحيث تحدد هذه القواعد ولاية محاكم الدولة في المنازعات التي تتضمن عنصراً أجنبياً إزاء غيرها من الدول الأخرى.

إلا أن المشرع أجاز ضمن قانون النقل الدولي متعدد الوسائط الحق في تحديد المحكمة المختصة في مجال الاختصاص الدولي للمحاكم الأردنية من قبل أطراف المنازعة، حيث يقصد بشرط الاختصاص القضائي إتفاق الأطراف على قبول ولاية قضاء الدولة وإختيار محاكمها للفصل في نزاع قائم أو يمكن أن ينشأ النزاع بينهما مستقبلاً بالنسبة لعلاقة قانونية محددة، ولو لم تكن مختصة بالنزاع أصلاً وفقاً لأي ضابط من ضوابط الإختصاص القضائي الدولي المقرر في قانونها^(١).

(١) الزعبي، عوض أحمد، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، دار إنترنا للتوزيع، عمان، ط٢، ٢٠١٠، ص ١٣٦.

وبناءً على ذلك، فإنه وفقاً لهذا الشرط فإن المحكمة لا تكون مختصة ابتداءً في نظر النزاع، ولكن يتفق أطراف النزاع إما بتضمين عقدهم شرطاً خاصاً يبين من خلاله المحكمة المختصة في حال نشوب نزاع بشأن هذه العلاقة التعاقدية، أو أن يتم الإتفاق فيما بينهم بشكل لاحق إما بشكل كتابي أو بأي شكل آخر ليكون من إختصاص دولة معينة للنظر في النزاع، حيث كان هذا التنظيم متدرجاً بين ضمنية القبول إلى صراحة القبول، من خلال تنظيمة للقواعد القانونية النازمة لعقد النقل الدولي متعدد الوسائط.

والسؤال الذي يطرح هنا: هل كان المشرع الأردني موقفاً في تنظيم القواعد القانونية المتعلقة بشرط الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم في طيات قانون النقل الدولي متعدد الوسائط؛ كون أن هنالك قبولاً دولياً لوجود هذا الشرط في العقود التجارية الدولية إلا أن هذا القبول لم يصل إلى درجة الاجماع الدولي على تنظيم أحكامه؟

• **منهجية الدراسة:** للإجابة عن اشكالية الدراسة لا بد من دراسة وتحليل التنظيم القانوني لشرط الاختصاص القضائي في هذا المجال سواء على الصعيد الوطني أو المقارن من خلال اتباع المنهج التحليلي والمنهج المقارن، وبشكل خاص التركيز على الاتفاقيات الدولية التي نظمت شرط الاختصاص القضائي فعلى سبيل المثال اتفاقية الأمم المتحدة للنقل الدولي متعدد الوسائط للبضائع وغيرها من الاتفاقيات ذات العلاقة؛ وذلك لبيان مدى نجاعة تنظيم المشرع الوطني لشرط الاختصاص القضائي الدولي، أم أن الاتفاقيات الدولية التي تضمنت تنظيمياً خاصاً لهذا الشرط هي التي كانت أكثر توفيقاً.

• **خطة الدراسة:** سيتم تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين: يبين الأول شرط الاختصاص القضائي بين السيادة الوطنية ومصالح التجارة الدولية؛ أما المبحث الثاني فسيناقش الإشكاليات القانونية التي يثيرها شرط الاختصاص القضائي.

المبحث الأول

شرط الاختصاص القضائي بين السيادة الوطنية ومصالح التجارة الدولية

لاقي شرط الإختصاص القضائي أو ما يسمى بالخضوع الإختياري لقضاء الدولة الوطني في الماضي رفضاً من قبل الدول وخصوصاً الدول النامية لشعورها باحقيتها أن تعتبر مثل غيرها من الدول ويعترف لها بالسيادة الدولية والتنفيذية من خلال هيمنة قضائها بنظر المنازعات المتعلقة بأفرادها وإقليمها.

حيث كانت كل دولة بوصفها صاحبة السلطة والسيادة على إقليمها تتفرد بتنظيم خاص بها في ما يتعلق بالاختصاص الدولي لمحاكمها في جميع المنازعات العابرة لحدودها بحجة عدم وجود سلطة عليا فوق سلطة الدولة لها الحق في توزيع نظر مثل هذا النوع من المنازعات بين محاكم الدول المختلفة.

إلا أن هذا الاتجاه بدأ بالاندثار من خلال تقبل الدول بهذا الشرط من خلال الاعتراف الصريح ضمن الاتفاقيات الدولية^(١) وذلك رغبة منها في إدامة التعاون القضائي الدولي للأنظمة القانونية التابعة للدول المختلفة، إضافة إلى طبيعة المنازعات العابرة للحدود التي تقرض على الدول التخلي عن فكرة الحصرية في تحديد اختصاصها والبدء في تقبل المصالح المشروعة للأفراد خوفاً من تضارب الأحكام القضائية.

لذا سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نعالج في المطلب الأول منه فكرة التشدد في التمسك بنزعة السيادة الوطنية، فيما سيخصص المطلب الثاني لدراسة التدرج في التخلي عن اعتبار السيادة الوطنية.

(١) وعلى سبيل المثال لا الحصر: اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع (قواعد هامبورغ) لعام ١٩٧٨، اتفاقية الأمم المتحدة للنقل الدولي متعدد الوسائط للبضائع لعام ١٩٨٠، اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي وتعديلاتها لسنة ١٩٨٣، اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً (قواعد روتردام) لعام ٢٠٠٨، الاتفاقية الدولية لتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالنقل الجوي الدولي (مونتريال) لعام ١٩٩٩، اتفاقية النقل متعدد الوسائط للبضائع بين الدول العربية لسنة ٢٠١١.

◆ المطلب الأول: التشدد في التمسك بنزعة السيادة الوطنية

اسندت مهمة بيان قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم الأردنية لقانون أصول المحاكمات المدنية^(١) وذلك من خلال تنظيم ضوابط محددة^(٢) من قبل المشرع مؤسساً إياها على مبدأ الإقليمية ومبدأ نفاذ الاحكام، حيث امتازت هذه القواعد بالأحادية^(٣).

وقد جاء في طيات هذه الضوابط القبول التشريعي الصريح باتفاقات الأفراد الجالبة للاختصاص بنظر المنازعات للمحاكم الأردنية استناداً إلى سلطان الإرادة على الرغم من افتقار المنازعة لأي ضابط من ضوابط الاختصاص الدولي، من خلال صراحة الاتفاق أو ضمنيتها^(٤) وينسجم الاعتراف بهذا الشرط مع النصوص الدستورية والتي تؤكد على أن

(١) قانون اصول المحاكمات المدنية وتعديلاته رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨، المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 3545 على الصفحة رقم ٧٣٥ بتاريخ ١٩٨٨/٤/٢.

(٢) تنص المادة (١/٢٧) من قانون اصول المحاكمات المدنية على أن (تمارس المحاكم النظامية في المملكة الأردنية الهاشمية حق القضاء على جميع الأشخاص في المواد المدنية، باستثناء المواد التي قد يفوض فيها حق القضاء الى محاكم دينية أو محاكم خاصة بموجب أحكام أي قانون آخر).

إضافة إلى الفقرة الثالثة من ذات المادة والتي تنص على أنه (إذا رفعت للمحاكم الأردنية دعوى داخلية في اختصاصها فإنها تكون مختصة أيضاً بالفصل في المسائل والطلبات المرتبطة بالدعوى الأصلية وفي كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقضي حسن سير العدالة أن ينظر فيها. كما تختص المحاكم الأردنية بالاجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الأردن ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية).

كما نصت المادة (٢٨) من ذات القانون على أن (تختص محاكم الأردن بنظر الدعاوي التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الأردن وذلك في الأحوال الآتية: ١_ إذا كان له في الأردن موطن مختار ٢_ إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في الأردن أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه فيها أو كانت متعلقة بافلاس أشهر فيها ٣_ إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في الأردن).

(٣) ويقصد بالأحادية تحديدها المباشر للحالات التي تكون بموجبها المحاكم الأردنية مختصة دولياً بنظر المنازعة المشوبة بعنصر أجنبي من عدمه دون التطرق إلى تحديد الاختصاص القضائي لمحكمة دولة أجنبية، وقد طبق المشرع مبدأ نفاذ الأحكام الصادرة عن القاضي الوطني بحيث أن القرار لن يكون ملزماً للقاضي الأجنبي، لمزيد من التفصيل لطفاً أنظر، الزعبي، عوض، أصول المحاكمات المدنية، الجزء الأول/التنظيم القائي والاختصاص، دار وائل للنشر، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣، ص ٢٠٧-٢٠٨.

Guez Ph., 2000, L'élection de for en droit international privé, thèse de Doctorat, Nanterre, p. 48, n° 61 et s.

(٤) تنص المادة (٢/٢٧) من قانون اصول المحاكمات المدنية الأردني على أن (تختص المحاكم الأردنية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلية في اختصاصها اذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً).

المحاكم مفتوحة للجميع،^(١) إضافة إلى أن رفض القاضي الأردني النظر في المنازعة يعد نوعاً من انواع إنكار العدالة والتي يتوجب أن يبتعد القاضي عنه.^(٢)

ويتحقق الاتفاق الصريح من خلال وجود شرط في العقد المبرم بين طرفيه على خضوع المنازعة لاختصاص القضاء الأردني، فأوجب المشرع على القضاء النظر في هذه المنازعة عند المطالبة القضائية والبت بها.^(٣)

ونشير في هذا المجال إلى التنظيم الأوروبي (بروكسل ١ مكرر)، والذي جاء بذات النهج من حيث إعلاء مبدأ سلطان ارادة أطراف المنازعة بإختيار المحكمة التي يرونها ملبية لمصالحهم الخاصة من خلال اتفقاتهم،^(٤) والزمّت المحكمة المختارة بالفصل في المنازعة، ولا يحد من هذه الإرادة ولا من سلطة المحكمة في الفصل في المنازعة إلا نص صريح وارد في ذات التنظيم.^(٥)

حيث حصر التنظيم الأوروبي بعض المنازعات بمحاكم محددة آخذاً باعتباره ملاءمة المحكمة للفصل في المنازعة كونها مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بإقليم دولة المحكمة الواجب نظر المنازعة أمامها حيث تضمن اختصاصاً حصرياً لمحكمة الدولة العضو دون تمكين اطراف المنازعة من اختيار محكمة أخرى، إضافة إلى منع محاكم الاتحاد الأوروبي -على فرض

(١) تنص المادة (١٠١) من الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ على أن (المحاكم مفتوحة للجميع ومصونة من التدخل في شؤونها).

(٢) بشايرة، محمد؛ مساعدة، أيمن، موقف القانون الأردني من شرط الاختصاص القضائي الدولي: دراسة نقدية مقارنة باتفاقية لاهي لسنة ٢٠٠٥، المجلد (٢٤)، العدد (٢) حزيران ٢٠٠٨، مجلة ابحاث اليرموك، جامعة اليرموك، ص ٤٧٠-٤٧١.

(٣) المادة (٢/٢٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

(٤) المادة (٢٥) من التنظيم الأوروبي (بروكسل ١ مكرر) رقم ٢٠١٢/١٢١٥ الصادر عن البرلمان الاوروبي بتاريخ ٢٠١٢/١٢/١٢ المتعلق الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام في المنازعات المدنية والتجارية والنافذ بتاريخ ٢٠١٥/١٠/٩. (5) Englundh E., 2015, Carrier Liability in Multimodal Transport, Faculty of Law, Lund University, p. 19, Wang, F., 2010, Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal Practices in the EU, US and China. 1th edition. Cambridge, Cambridge University Press, p. 35, Stone P., 2006, EU Private International Law: Harmonization of Laws, Published by Edward Elgar, United Kingdom, p 46.

مخالفة الأطراف لهذا النص- من نظر المنازعة وذلك من خلال احالتها إلى المحكمة المختصة حصرياً بنظرها^(١)، كالمنازعات في الأموال غير المنقولة والإجارات والمنازعات المتعلقة ببطلان تأسيس أو حل أو صحة القرارات المتخذة للشركات أو الأشخاص الاعتباريين والمنازعات المتعلقة بصحة تسجيل بيانات عامة والمنازعات المتعلقة بتسجيل أو صلاحية العلامات التجارية أو براءات الاختراع أو التصاميم أو غيرها من الحقوق المماثلة والمنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية،^(٢) إضافة إلى ذلك فقد عمد التنظيم إلى تحديد عدد من المحاكم التي قدر أنها الأكثر ملاءمة لطبيعة المنازعة والتي هدف من خلالها حماية الطرف الضعيف في العقد كقيد على حرية الأطراف باختيار المحكمة كالمستهلك والعامل والمؤمن له.^(٣)

وقد جاء التنظيم الأوروبي (بروكسل ١) أكثر توفيقاً من المشرع الأردني من حيث حصر بعض المنازعات في اقليم دولة محددة كونها الاقدر على الفصل في المنازعة، إضافة إلى الأخذ بعين الاعتبار القوة التي يتمتع بها اطراف العقد، حيث جاء التنظيم مراعيّاً للطرف الضعيف في العقد هادفاً من ذلك عدم ارهاقه في الوصول إلى الحق المعتدى عليه. أما الاتفاق الضمني فيتحقق من خلال التعبير الصريح من جانب المدعي بمباشرة المطالبة القضائية دون وجود اتفاق مسبق بين اطراف العلاقة على اختصاص القضاء الأردني بالفصل في المنازعة، ومثول المدعى عليه أمام المحكمة ودخوله في أساس الدعوى دون أن يثير دعواً متعلقاً بعدم اختصاص المحكمة دولياً بنظر المنازعة.^(٤)

(١) المادة (٢٧) من التنظيم الأوروبي بروكسل ١.

(٢) المادة (٢٢) من التنظيم الأوروبي بروكسل ١.

(٣) المواد (١٥ و ١٩ و ٢٣) من التنظيم الأوروبي بروكسل ١.

(٤) تنص المادة (١/١١٠) من قانون اصول المحاكمات المدنية على أن (١- الدفع بالبطلان غير المتصل بالنظام العام وسائر الدفوع المتعلقة بالاجراءات غير المتصلة بالنظام العام، والدفع بعدم الاختصاص المكاني او بوجود شرط التحكيم يجب ابدؤها معاً قبل إبداء أي دفع اجرائي آخر أو طلب أو دفاع في الدعوى والا سقط الحق فيها. كما يسقط حق الطاعن في هذه الدفوع اذا لم يبدها في لائحة الطعن. ويجب ابداء جميع الوجوه التي بني عليها الدفع المتعلق بالاجراءات غير المتصل بالنظام العام معاً وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها).

وقد اعترف التنظيم الأوروبي (بروكسل ١) بالقبول الضمني المتأتي من حضور المدعى عليه إلى المحكمة المقام أمامها الدعوى وعدم مجادلته باختصاص المحكمة دون اتفاق مسبق بين الطرفين على الخضوع لولاية محكمة مختارة،^(١) إلا أن هذا القبول لا يؤخذ به على إطلاقه فأوجب على المحكمة البحث بطبيعة المنازعة ومدى ارتباطها باقليم دولة عضو من دول الاتحاد الأوروبي والتي منحها التنظيم اختصاص حصري بنظر المنازعة مما سيؤدي إلى إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة حصرياً بنظرها على الرغم من توافر القبول من قبل المدعى عليه.^(٢)

إضافة إلى منح القاضي دوراً ايجابياً في المنازعة المنظورة، من خلال الزام المحكمة بإفهام المدعى عليه بأي صورة من الصور بأن من حقه إثارة دفع متعلق باختصاصها والنتائج المترتبة على عدم إثارة مثل هذا الدفع، إن تبين لها أن المدعى عليه الطرف الضعيف في المنازعة.^(٣)

وقد راعى التنظيم الأوروبي (بروكسل ١) في هذا الصدد فكرة المحكمة الملائمة بالفصل بالمنازعة بطريقة غير مباشرة من خلال الزام المحكمة بالبحث عن المحكمة ذات الاختصاص الحصري بنظر المنازعة وعدم الاعتداد باتفاق الأطراف الضمني على اختصاص المحكمة المختارة هذا من جانب، أما من جانب آخر إن منح القاضي دوراً ايجابياً في المنازعة من خلال تنبيه الطرف الضعيف بخطورة دخوله في أساس الدعوى يعد تطوراً ملحوظاً تم اغفاله من قبل المشرع الأردني.

علاوة على ما سبق، فقد تنبه المشرع الأردني إلى افتراض عدم حضور المدعى عليه للمثول أمام القضاء الأردني، فحسم هذه المسألة من خلال عدم اعتبار ذلك قبولاً ضمنياً، مؤسساً ذلك على أن القبول سواء أكان صريحاً أو ضمنياً يتوجب اتخاذ فعلاً ايجابياً من قبل الطرفين، أما الموقف السلبي فلا يمكن الاستئناس به كقبول وإنما يؤخذ على جانب رفض المدعى عليه للقضاء الأردني بنظر المنازعة، فأوجب على المحكمة أن تفصل قبل

(١) المادة (٢٦) من التنظيم الأوروبي (بروكسل ١)

(٢) المادة (٢٤) من التنظيم الأوروبي (بروكسل ١)

(٣) المادة (٢/٢٦) من التنظيم الأوروبي (بروكسل ١)

البحث في موضوع المنازعة باختصاصها الدولي في نظر المنازعة من عدمه وفقاً للضوابط المنصوص عليها ضمن تشريعها الوطني،^(١) وقد اتخذ التنظيم الأوروبي ذات النهج.^(٢) وكما هو معلوم فإن شرط الاختصاص يتضمن جانبيين أحدهما جالب للاختصاص بنظر المنازعة والذي تم الاعتراف به من قبل المشرع الأردني، والآخر سالب للاختصاص أي نزع الاختصاص من قبل المحكمة المختصة. وهنا يثور التساؤل، ما الموقف الذي تبناه المشرع الأردني في حال اتفاق الأطراف على منح الاختصاص لقضاء دولة أجنبية على الرغم من وقوع هذه المنازعة من اختصاص القضاء الأردني؟

لقد جاء موقف المشرع الأردني متضارباً، فتارةً انتابه الصمت عن وضع مبدأ قانوني بقبوله أو رفضه وتارةً أخرى لم يعترف بهذا الشرط بشكل صريح، فالتمتعن في النصوص القانونية الناظمة لأحكام الاختصاص الدولي للمحاكم الأردنية، في إطار قانون أصول المحاكمات المدنية، يلحظ أن المشرع أغفل الإجابة على هذا التساؤل، وإزاء السكوت التشريعي كان حتماً على القضاء والفقهاء التصدي لهذا الفرض لوقوعه بشكل متكرر وخصوصاً في العلاقات العابرة للحدود.

حيث جاء موقف القضاء الأردني صريحاً وواضحاً فيما يتعلق بسلب الإختصاص، فقد استقرت القرارات القضائية على عدم الاعتداد باتفاق الأطراف على سلب الإختصاص من القضاء الأردني من خلال ابطال هذا الشرط، وفرض اختصاص القضاء الأردني بنظر المنازعة.^(٣)

(١) تنص المادة (٢٩) من قانون اصول المحاكمات المدنية على أن (إذا لم يحضر المدعي عليه وكانت المحاكم الأردنية غير مختصة بنظر الدعوى طبقاً للمواد السابقة تحكم المحكمة بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها).

(٢) المادة (٢٨) من التنظيم الأوروبي (بروكسل ١)

(٣) لطفاً انظر: تمييز حقوق ٢٠٠٥/٣٦٣٣ تاريخ الفصل ٢٠٠٦/٤/١٨، منشورات قسطاس؛ وتمييز حقوق ٢٠٠٦/٣٦٦ تاريخ الفصل ٢٠٠٦/١٢/٣، منشورات قسطاس؛ وتمييز حقوق ٢٠٠٧/١٤١٩ تاريخ الفصل ٢٠٠٧/١١/١، منشورات القسطاس، حيث اكدت جميع هذه القرارات على أن ولاية المحاكم في المملكة الأردنية الهاشمية لها مساس مباشر بالسيادة الوطنية ويجعل سلب اختصاص المحاكم الوطنية من متعلقات النظام العام باعتبارها صاحبة الولاية بحق القضاء على جميع الأشخاص.

نرى من خلال الاجتهاد القضائي، أن هذا الموقف قد اتخذ بمناسبة دفع أكثر من قبل أحد اطراف المنازعة برفض الاختصاص القضائي للمحاكم الأردنية مؤسماً دفعه على وجود شرط في العقد يتضمن تحديد المحكمة المختصة غير الأردنية رغم توافر أحد الضوابط -على الأقل- بنظر المنازعة للقضاء الأردني بعد أن التجأ أحد الأطراف إلى القضاء الأردني.

وجاء الإتجاه الفقهي التقليدي^(١) ليؤيد ما توصل إليه القضاء من خلال إنكار الدور السالب للإختصاص من القاضي الوطني استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة للأفراد، واعترف بحقهم بإدراج الشرط الجالب للاختصاص. ويؤسس هذا الإتجاه رأيه بالنظر إلى أن السلطة القضائية هي جزء لا يتجزأ من سلطات الدولة بحيث تتفرد كل دولة بتنظيمها استناداً للسيادة المتمتعة بها، وتعنى الدولة بجعل المصلحة العامة هي أساس التنظيم القضائي، وإن كانت تولي المصلحة الخاصة للأفراد اهتماماً خاصاً، في بعض الأحيان. وهذا ما يفسر ارتباط شرط الاختصاص بالنظام العام. لذا فإن إتاحة المجال أمام الأفراد لسلب الاختصاص من المحاكم الوطنية سيؤدي بالنتيجة إلى الاضرار بالمصلحة العامة.^(٢)

إضافة إلى خلو المجتمع الدولي من وجود سلطة تعلق على سيادة الدول بحيث تختص بتوزيع المنازعات فيما بين الدول المختلفة فيكون والحالة هذه، من حق الدول أن تتفرد بنظر المنازعات الداخلة ضمن اختصاصها.^(٣)

(١) لمزيد من التفصيل حول هذا الإتجاه لطفاً انظر: عبد الله، عز الدين، القانون الدولي الخاص/الجزء الثاني، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، الطبعة (٩)، ١٩٨٦، ص ٧٣٩-٧٤٠؛ الحجايا، نور، الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة في المنازعات ذات الطابع الدولي دراسة في التشريع الأردني، العدد (٢)، المجلد (٣٣)، مجلة الحقوق، الكويت، ٢٠٠٩، ص ٢٩٢.

(٢) المصري، وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر، عمان، الطبعة الثالثة، ٢٠١٦، ص ٣١٤-٣١٥؛ خالد، هشام، احالة الدعوى إلى محكمة أجنبية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠١٢، ص ٨٣.

Guez Ph., 2000, L'élection de for en droit international privé, op. cit., p. 45, n° 57.

(٣) شعبان، حسام، الإتجاهات الحديثة للتخلي عن الاختصاص القضائي الدولي في ضوء حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ٢٤/٣/٢٠١٤ - دراسة تحليلية مقارنة، العدد (٣)، المجلة الدولية للقانون، قطر، ٢٠١٧، ص ٣.

هذا، وقد تعرض هذا الإتجاه الفقهي للنقد بالنظر إلى إن التطبيق الضيق لشرط الاختصاص من خلال الأخذ بأثر واحد من آثار شرط الاختصاص ألا وهو الجالب من شأنه أن يجعل هنالك تضارباً في الأحكام القضائية الصادرة، ومن ثم عدم إمكانية تنفيذها في الدول الأخرى، اضافة إلى عدم بناء جسور التعاون القضائي الدولي فيما بين محاكم الدول المختلفة.^(١)

إضافة إلى ذلك، فإن القول بأن المشرع يتولى تنظيم قواعد الاختصاص الدولي مراعيًا المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ولتحقيق الغاية المنشودة عمل المشرع على ربط القواعد بالنظام العام، قول يجانبه الصواب، فمن المسلم به قانوناً إن تعلقت القاعدة القانونية بالنظام العام لا يتمكن أحد الأفراد بإرادته المنفردة مخالفته سواء ايجاباً أو سلباً، فكيف يسمح المشرع بمخالفته بالشكل الإيجابي دون السلبي،^(٢) ويضاف إلى ذلك، أن فكرة النظام العام تتسم بالغموض والمرونة والنسبية التي لا يمكن أن يؤنس لها في حكم العلاقات العقدية نظراً لما تتطوي عليه من نتائج تخل بتوقعات الأطراف المشروعة خصوصاً في مجال الاختصاص الدولي للمحاكم.^(٣)

وأخيراً، وجود اجماع تشريعي دولي على قبول شرط التحكيم في المنازعات سواء اتم هذا الاتفاق بشكل سابق على ظهور المنازعة أم بشكل لاحق، والذي من شأنه نزع الولاية بنظر المنازعة من القضاء الوطني بناءً على وجود شرط تحكيم، فيحال النزاع إلى محكم أو هيئة محكمين وطنية أم اجنبية يتم اقرارها من قبل اطراف المنازعة. والملاحظ أن التشريعات الدولية لم تشترط أن يشغل المحكم المنصب القضائي، بل على العكس تماماً فقد منع المشرع القاضي من القيام بمهمة التحكيم إلا في حدود ضيقة وشروط محددة،

(١) صادق، هشام، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية والتجارية، بدون طبعة، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، ٢٠١٤، ص ١٠-١١.

(٢) صادق، هشام، عبد العال، عكاشة، القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، بدون طبعة، ٢٠٠٧، ص ١٢١.

(٣) خالد، هشام، احالة الدعوى إلى محكمة أجنبية، مرجع سابق، ص ٧٥.

فكيف يصار إلى قبول نزع الاختصاص لجهة غير قضائية وفي المقابل يرفض ذلك لجهة قضائية أجنبية اقدر على الفصل في المنازعة.^(١)

أما فيما يتعلق بالجانب الآخر، المتمثل بعدم الاعتراف الصريح وفقاً لمجال الدراسة فلتصور ذلك يصار إلى النصوص القانونية الناظمة لعقد النقل.

إن المتأمل في نصوص القانون الداخلي المتعلق بالتجارة البحرية^(٢)، وقانون نقل البضائع على الطرق^(٣)، وقانون الطيران المدني^(٤)، يجد أن المشرع قد سلب حق الأفراد بنزع الاختصاص من المحاكم الأردنية في المنازعات المتعلقة بالنقل بموجب شرط الاختصاص القضائي.^(٥)

ونرى أن الغاية التي توخاها المشرع من النص صراحة على عدم قبول هذا الشرط هي حماية الطرف الضعيف في العقد الا وهو الشاحن، فمن خلال اعداد المشرع للقوانين الناظمة لعملية النقل راعى عند تنظيمه للنصوص أن المملكة الأردنية الهاشمية لا تملك العدد الكافي من الاساطيل البحرية والجوية والبرية وأن معظم التعاقدات التي تتم من قبل المواطنين الأردنيين مع ناقلين غير وطنيين، ومن ثم اتاحة المجال لتضمين عقودهم لولا

(١) عبد الكريم، ممدوح، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥، ص ٢٥٨.

(٢) قانون التجارة البحرية الأردني وتعديلاته رقم ١٢ لسنة ١٩٧٢ المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم ٢٣٥٧ على الصفحة ٦٩٨ بتاريخ ١٩٧٢/٥/٦.

(٣) قانون نقل البضائع على الطرق وتعديلاته رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٦ المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٧٥١ على الصفحة ٧٧١ بتاريخ ٢٠٠٦/٣/١٦.

(٤) قانون الطيران المدني وتعديلاته رقم ٤١ لسنة ٢٠٠٧ المنشور في العدد ٤٨٢٨ من الجريدة الرسمية على الصفحة ٣٧٣٥ والصادر بتاريخ ٢٠٠٧/٥/١٢.

(٥) المادة (٢١٥/ب) من قانون التجارة البحرية الأردني التي نصت على: (بالرغم مما ورد في أي قانون آخر يعتبر باطلاً كل شرط أو إتفاق ينزع إختصاص المحاكم الأردنية في النظر في الخلافات الناشئة عن وثائق الشخص أو النقل البحري). كما تنص المادة (٣٣) من قانون نقل البضائع على الطرق على أن (على الرغم لما ورد في أي تشريع آخر، يعتبر باطلاً كل شرط أو إتفاق ينزع اختصاص المحاكم الأردنية من النظر في أي خلاف ناشئ عن عقد النقل إلا إذا تم الإتفاق على إحالة النزاع إلى التحكيم وفق أحكام قانون التحكيم الساري المفعول)، وكذا تنص المادة (٥٦/ب) من قانون الطيران المدني على أن (يعتبر باطلاً كل إتفاق يخالف قواعد تعيين القانون المطبق على الضرر الناجم عن تشغيل الطائرة أو قواعد اختصاص المحاكم المقررة في هذا القانون).

الناقلين لمثل هذا الشرط سيؤدي إلى نتيجة حتمية مفادها أن أي نزاع سيتم بناء عليه تقديم مطالبة قضائية وخصوصاً النزاعات المتعلقة بمسؤولية الناقل ستسند مهمة الفصل بها إلى المحاكم الأجنبية، على الرغم من امكانية نظر المنازعة من قبل القضاء الأردني وفقاً لضوابط الاختصاص، مما يعني الحاق الضرر بالشاحنين الوطنيين لتكبدتهم النفقات الباهضة لغايات المطالبة بحقوقهم، وعلاوة على ذلك تطبيق قواعد قانونية إجرائية اجنبية على المنازعة، والجهد المتأتي من خلال اعداد البيئات الخاصة بالدعوى وفقاً للقانون الأجنبي.

◆ المطلب الثاني: التدرج في التخلي عن اعتبار السيادة الوطنية

تلعب التجارة في الوقت الراهن دوراً بارزاً في حياة الدول من خلال دعمها للاقتصاد الوطني، فالعمليات التجارية ترفد خزينة الدول بعوائد مالية باهضة من خلال الايرادات المتأتية من الضرائب الحكومية المفروضة كضريبة الدخل والضرائب الجمركية. ونظراً لانتشار التجارة الدولية فيما بين الدول، ورغبة الدول بفتح المناخ الاستثماري للمستثمرين بنقل رؤوس اموالهم إليها لما يعود على هذه الدول بالنفع ليس على الصعيد الاقتصادي بل وعلى الصعيد الاجتماعي أيضاً، فقد عمل المشرع في جميع الدول على مراقبة العوائق التي تؤدي إلى تعطل التدفق التجاري وعزوف المستثمرين، حيث يعد موضوع المحكمة المختصة العائق الرئيس في الإطار التشريعي،⁽¹⁾ ناهيك عن غيرها من العوائق والتي لا مجال لبحثها في هذا البحث.

لذا فقد تنازع المشرع مبدئين متعارضان ألا وهما التمسك بالسيادة الوطنية كأحد مظاهر الإرث القديم للدول، ومسألة تشجيع التجارة والاستثمار التي يرنو صانع القرار إليه، لذا بدأت الدول بالتخلي بشكل متدرج عن الفكر التقليدي لغايات الوصول إلى الفكر الحديث والمنفتح.

(1) Guez Ph., 2000, L'élection de for en droit international privé, op. cit., p. 51, n° 64.

ولم تكن المملكة الأردنية الهاشمية بمنأ عن هذا التطور، فقد بدأت أولى خطوات المشرع فيما يتعلق بشرط الاختصاص القضائي من خلال المصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع "قواعد هامبورغ"، ودخولها حيز النفاذ حيث اضحت جزءاً من المنظومة التشريعية الأردنية وترتب على ذلك اعتراف المشرع الأردني بطريق ضمنية بقبول شرط الاختصاص القضائي،^(١) حيث منحت المادة (٢١/د)^(٢) من الاتفاقية -وبشكل صريح- لأطراف عقد النقل الحق في تحديد المحكمة المختصة بالنظر في المنازعة على الرغم من عدم تحقق أي ضابط من الضوابط المنصوص عليها في ذات المادة.

ثم أتبع المشرع ذلك بتعديل قانون الطيران المدني، حيث ضمن نصوص القانون الوطني إحالة مباشرة فيما يتعلق بعقود النقل الجوي الدولي التجاري^(٣) إلى اتفاقية توحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي (مونتريال ١٩٩٩)، والتمتع بنصوص الاتفاقية يجد أنها حددت المحاكم المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن عقد النقل الجوي،^(٤) وقد جاء هذا

(١) تمت المصادقة على الاتفاقية من قبل المملكة الأردنية الهاشمية بتاريخ ٢٠٠١/٥/١٠ ودخلت حيز النفاذ بتاريخ ٢٠٠٢/٦/١.

(٢) المادة (٢١/د) من اتفاقية هامبورغ تنص على أنه (في جميع حالات التقاضي المتعلقة بنقل بضائع بموجب هذه الاتفاقية، للمدعي، حسب اختياره، أن يقيم الدعوى أمام محكمة تكون، وفقاً لقانون الدولة التي تقع فيها المحكمة، ذات اختصاص، ويدخل في نطاق ولايتها أحد الأماكن التالية:..... د. أي مكان آخر يعين لهذا الغرض في عقد النقل البحري).
(٣) المادة (٤١/أ) من قانون الطيران المدني التي تنص على أن (تطبق أحكام اتفاقية مونتريال على الأشخاص والامتعة والبضائع في النقل الجوي الدولي التجاري).

(٤) المادة (٣٣) من اتفاقية مونتريال تنص على أن (١- تقام دعوى التعويض، وفقاً لاختيار المدعي، في إقليم إحدى الدول الأطراف، أما أمام محكمة محل إقامة الناقل، أو أمام محكمة مركز أعماله الرئيسي، أو أمام محكمة المكان الذي لديه فيه مركز أعمال تم بواسطته إبرام العقد، أو أمام محكمة مكان نقطة المقصد.

٢- فيما يتعلق بالضرر الناجم عن وفاة الراكب أو إصابته، يجوز رفع الدعوى أمام إحدى المحاكم المذكور في الفقرة (١) من هذه المادة، أو في إقليم إحدى الدول الأطراف الذي يوجد فيه محل الإقامة الرئيسي والدائم للراكب في وقت وقوع الحادثة والذي يشغل الناقل إليه ومنه خطوطاً لنقل الركاب جواً، أمام على متن طائرته الخاصة أو على متن طائرات ناقل آخر طبقاً لاتفاق تجاري، ويزاول فيه ذلك الناقل الأول أعماله لنقل الركاب جواً من مبان يستأجرها أو يملكها الناقل ذاته أو ناقل آخر يرتبط معه باتفاق تجاري).

كما تنص المادة (٤٦) من اتفاقية مونتريال على أن (قام أي دعوى للتعويض بموجب المادة ٤٥، حسب اختيار المدعي، في إقليم إحدى الدول الأطراف، أما أمام إحدى المحاكم التي يمكن أن ترفع أمامها الدعوى على الناقل المتعاقد وفقاً للمادة

التحديد مبنياً على معيارين يتمثل الأول بمراعاة معيار المحكمة الملائمة لفض المنازعة أما الآخر فيتمثل بمراعاة الطرف الضعيف في عقد النقل الجوي ألا وهو الضرر اللاحق بالراكب والذي ينتج عنه الوفاة أو الإصابة، حيث عملت الاتفاقية على ابطال اتفاقات الاطراف المخالفة لأحكام الاتفاقية فيما يتعلق بقواعد الاختصاص القضائي قبل ظهور المنازعة، أي بمفهوم المخالفة فقد اطلقت الاتفاقية سلطان الإرادة لأطراف عقد النقل بتحديد المحكمة المختصة بعد ظهور المنازعة دون قيد أو شرط،^(١) وبذلك فقد اخذ المشرع الأردني بطريقة غير مباشرة بقبول شرط الاختصاص القضائي.

وهنا يثور التساؤل هل أن الاسباب التي دفعت المشرع الأردني لسلب ارادة الأفراد في عقد النقل البحري -على سبيل المثال- بموجب القانون الداخلي قد تلاشت، بمعنى آخر هل أصبح المواطنون الأردنيون يمتلكون اساطيل نقل بحرية لغايات نقل البضائع مما يمكنهم من فرض شروطه نظراً لمركزهم الاقتصادي القوي في مواجهة الشاحنين الضعفاء؟ للإجابة على هذا التساؤل يتوجب الولوج في الاحصائيات الصادرة عن وزارة النقل الأردنية^(٢) للاطلاع على عدد السفن التي تم تسجيلها تحت العلم الأردني، فقد بلغ عددها في عام ٢٠٠٣ عشرون سفينة وفي عام ٢٠٠٤ خمس وثلاثون سفينة، إلا أن ذلك لا يعني أن جميع السفن تجوب في الوقت الحاضر البحار والمحيطات العالمية فما يجوب منها في عامنا هذا عبارة عن ثلاثين سفينة ست منها مخصصة لنقل الركاب والباقي للبضائع والاستخدامات المتعددة.^(٣) فهل هذا العدد من السفن يمكن الناقل البحري من فرض شروطه بمقابل الأعداد الهائلة للسفن التي تجوب البحار والمحيطات يومياً، بمعنى آخر فإننا نرى

٣٣، أو أمام المحكمة ذات الاختصاص في المكان الذي يوجد فيه محل اقامة الناقل الفعلي أو محكمة المركز الرئيسي لأعماله).

(١) المادة (٤٩) من اتفاقية مونتريال تنص على أن (تكون باطلة ولاغية كل أحكام في عقد النقل وكل اتفاقيات خاصة سابقة لوقوع الضرر، يخالف بها الأطراف اقواعد المنصوص عليها في هذه الاتفاقية، سواء أكان ذلك بتعيين القانون الواجب التطبيق، أم بتعديل قواعد الاختصاص).

(٢) وزارة النقل الأردنية، التقرير السنوي لعام ٢٠٠٩، ص ٢٨.

(٣) الاحصاءات الصادرة عن الهيئة البحرية الأردنية والتي تبين عدد السفن التي ترفع العلم الأردني.

أن قطاع النقل البحري الأردني لم يتطور في وقت المصادقة على قواعد هامبورغ ولا حتى في الوقت الحاضر.

إن المنتع لعقود التجارة الدولية يجد لزاماً سعي المتعاقدين لفض منازعاتهم بطرق من شأنها أن تتفق وتوقعاتهم، وتحقق لهم الأمان القانوني، وذلك من خلال تضمين اتفاقات - في الغالب- إبتداءً إما شرطاً يقضي باللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة في فض المنازعات، نظراً لما تتمتاز به من السرعة إضافةً إلى السرية وغيرها من المزايا التي تتطلبها التجارة^(١). ولما كان التحكيم ينطوي على مثلب مفاده ارتفاع النفقات،^(٢) وجد المتعاقدون ظالتهم لغايات فض المنازعات الناشئة عن عقودهم بإدراج شرط حصري يقضي بأنه في حالة نشوب نزاع معين بينهما فإن قضاء دولة معينة هو القضاء المختص في الفصل في هذه المنازعة أو تضمين اتفاقاتهم شرطاً غير حصري كتحديد محكمتين مختصتين يمكن الالتجاء لأحدهما لغايات الفصل في المنازعة، ويعود سبب ذلك إلى وجود شكوك حول قضاء الدولة المضيفة، معتبرين أن القاضي الوطني موظفاً لدى الدولة يعطي للحكم الذي يصدر منه صفة رسمية، إضافة إلى ذلك، الشكوك التي تراودهم حول حياد القاضي الوطني، وخصوصاً عندما يتعلق الأمر بمنازعة اطرافها من جنسية القاضي وجنسية اجنبي.

ونرى بأنه إزاء رغبة المشرع الأردني العارمة برفد الإقليم الأردني باستثمارات أجنبية فإنه بدأ بتعديل التشريعات الوطنية والتي كانت تشكل عائقاً أمام الاستثمارات وخصوصاً التشريعات المتعلقة بعقود النقل،^(٣) لغايات بث الطمأنية في نفوس المستثمرين، من خلال

(١) لمزيد من التفصيل حول مزايا التحكيم لطفاً انظر: عكاشة، خالد، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠١٤، ص ١٧٣-١٨١، آباريان، علاء، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثانية، ٢٠١٢، ص ٣٩-٤٨.

(٢) إن القاضي الناظر بالمنازعة لا يتقاضى أجراً من قبل الخصوم لقاء الفصل في المنازعة وهذا بعكس التحكيم حيث تتقاضى هيئة التحكيم اتعاباً لقاء نظرهم بالمنازعة يتم تحديدها من قبلهم وفقاً لطبيعة المنازعة تحت مراقبة المحكمة إن وجد مبالغة في تقدير هذه الأتعاب إضافة إلى إلزام المحكمتين بأداء الرسوم الإدارية في حالة التحكيم المؤسسي.

(٣) قام المشرع الأردني بتعديل قانون الاستثمار الأردني وقانون الطيران المدني الأردني، إضافة إلى وضعه لمشروع قانون التجارة البحرية الأردني لعام ٢٠١٨ لغايات تعديل قانون التجارة البحرية الأردني.

اتاحة المجال لهم إلى اللجوء لفض منازعاتهم للقضاء الذي يأمنوا له استناداً إلى شرط يضمن في اتفاقهم لتحديد المحكمة المختصة.

ولتحقيق هذه الغاية، فقد صدر في المملكة الأردنية الهاشمية قانون النقل الدولي متعدد الوسائط، ووفق الأسباب الموجبة للقانون فإنه يعتبر إستمكماً للتشريعات التي تنظم قطاع النقل في أنماطه المختلفة البرية والبحرية، ولسد النقص في مجال النقل الدولي المتعدد الوسائط للبضائع، ولتلافي المشاكل القانونية التي قد تظهر في عملية النقل التي تتم بوسيلتين أو أكثر وخاصة ما يتعلق منها بحدود المسؤولية عن البضائع من حالات التلف والضياع أو التأخير في تاريخ التسليم الناجم عن تعدد المنفذين في عملية النقل^(١).

والمأمل في نصوص القانون يجد أن المشرع الأردني اتخذ منهجاً مغايراً عما استقر عليه من حيث الاعتراف الصريح بقبول شرط الاختصاص في عقود النقل الدولي^(٢)، حيث جاء هذا الاعتراف لأول مرة ضمن النصوص التشريعية الوطنية إضافة إلى منح الأطراف المتعاقدة الأثرين المترتبين على هذا الشرط ألا وهما الإيجابي والسلبي على حد سواء.

إلا أن القضاء الأردني وفي حكم قديم نسبياً تعرض لمسألة شرط سلب الاختصاص من القضاء الأردني وذلك بتقبل ورود هذا الشرط وإعماله مبدأ سلطان الإرادة^(٣). ويرى بعض الفقهاء^(٤)، أن القرار التمييزي المتخذ في هذه الدعوى يقر بمعيار الخضوع الإرادي ولو كان

(١) مجلس النواب الأردني، جدول أعمال الجلسة الثالثة والعشرون لمجلس النواب الثامن عشر، المنعقدة بتاريخ ٢٠١٨/٣/١١ والمتضمن قرار لجنة الخدمات العامة والنقل بخصوص مشروع قانون النقل الدولي متعدد الوسائط والمرفق بالأسباب الموجبة للمشروع.

(٢) تنص المادة (٤٢/ب) من قانون النقل الدولي متعدد الوسائط الأردني على أن (إذا تم الإتفاق بين أطراف عقد النقل على تحديد المحكمة المختصة....).

(٣) حيث جاء في قرار المحكمة (١_ اذا اتفق الفريقان بمقتضى عقد النقل البحري على ان اي خلاف ناشى عن هذه البوليصه يجب ان يقرر في البلد الذي يكون للناقل فيه مركز رئيسي لعمله فيكون هذا الاختيار ملزماً للطرفين المتعاقدين ٢_ ان ما ورد في المادة ٢١٥ من قانون التجارة البحري لا يتعارض مع اتفاق فريقي عقد النقل على اختصاص محكمة معلومة لان مثل هذا الاتفاق يتفق مع قواعد الاختصاص ولا يخالفه ولا يعد بالتالي ملغى بمقتضى المادة المذكورة)، لطفاً انظر قرار محكمة التمييز الأردنية/هيئة خماسية، رقم ١٩٨١/٢٨، منشورات القسطاس.

(٤) الداودي، غالب، القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثانية، ٢٠١٣، ص ٤؛ وكذلك: الهداوي، حسن، القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠١، ص ٢٥٣.

لصالح محكمة أجنبية، بمعنى أن القضاء قد قبل في وقت سابق سلب الاختصاص من المحاكم الأردنية ولم يعتبره مخالفاً للنص التشريعي.

إلا أن جانباً آخر من الفقه،^(١) يرى أن حكم محكمة التمييز محل البحث لا يعبر عن قبول القضاء للأثر السالب للاختصاص المؤسس على اتفاق الأطراف، كون أن ضابط موطن المدعى عليه غير متوافر في هذه المنازعة ليصار إلى فرض اختصاص المحاكم الوطنية على موضوع النزاع.

ونرى، أنه قبل البحث في مدى قبول المحكمة للشرط السالب للاختصاص من عدمه يتوجب العودة إلى القانون الإجرائي الذي كان يحكم هذه المنازعة، فمن خلال قرار محكمة التمييز والصادر بتاريخ ١٨/٢/١٩٨١ نجد بأن قانون اصول المحاكمات المدنية لعام ١٩٨٨ لا ينطبق على المنازعة، بل أن القانون النافذ وقت ظهور المنازعة كان قانون اصول المحاكمات الحقوقية،^(٢) والذي لم يتعرض في ذلك الحين إلى مسألة الاختصاص الدولي للمحاكم الأردنية في المنازعات المشوبة بعنصر أجنبي، إلا أنه جاء بنص عام مطلق يحدد قواعد اختصاص المحاكم الأردنية سواء أكانت مشوبة بعنصر أجنبي من عدمه، والذي اتاح بموجبه لأطراف المنازعة الاتفاق على تحديد محكمة لغايات الفصل في المنازعة، وأن ما ورد في هذا القرار من عدم مخالفة الشرط الاتفاقي لأحكام قانون التجارة البحرية اصاب عين الحقيقة، كون أن قانون التجارة البحرية الأردني يبطل نزع الاختصاص. وفي المنازعة المعروضة لم ينزع الأطراف اختصاص القضاء الأردني دون تحديد للمحاكم المختصة وبذلك يعاد إلى التشريع الذي يحدد المحاكم والوارد -في ذلك التاريخ- بقانون

(١) المصري، وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٣١٤.

(٢) قانون اصول المحاكمات الحقوقية وتعديلاته رقم ٤٢ لسنة ١٩٥٢ المنشور في العدد ١١١٣ من الجريدة الرسمية على الصفحة ٢٨٨ والصادر بتاريخ ٢٧/٥/١٩٥٢.

أصول المحاكمات الحقوقية، فنجد أطراف المنازعة استخدموا المكنة التي مكنهم بها المشرع ألا وهي الاتفاق.^(١)

غير أنه في الوقت الحاضر، لم يصدر عن القضاء أي قرار حول قبول الأثر السلبي لشرط الاختصاص القضائي، نظراً لحدثة الاعتراف بشرط الاختصاص القضائي بأثره الإيجابي والسلبي، إلا أننا نرى أنه ومع القبول الضمني للشرط من خلال المصادقة على الاتفاقيات الدولية وصريح النص التشريعي الوارد في قانون النقل الدولي متعدد الوسائط، فإن أي دفع سيثور مستقبلاً بخصوص شرط سلب الاختصاص من القضاء الأردني في المنازعات المتعلقة بعقود الشحن البحري أو الجوي أو النقل الدولي متعدد الوسائط سيتم تفعيل النص القانوني من خلال رد الدعوى القضائية المنظورة أمام القضاء الأردني مؤسساً رد الدعوى بناءً على سلطان الإرادة.

أما فيما يتعلق بالفقه، فنجد أن إتجاه الفقهاء كان متدرجاً أيضاً، فقد اتجه الفقه^(٢) ابتداءً إلى أن سكوت المشرع عن مواجهة الأثر السالب للاتفاق المانع للاختصاص لمحاكم دولة أجنبية لا يعني أنه لا يرتب أثره السالب في مواجهة القضاء الوطني رغم اختصاصه، بل على العكس، فالخضوع الاختياري لمحاكم دولة أجنبية في شأن نزاع معين قد يؤدي إلى

(١) تنص المادة (١/٣ و ٢) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية على أن (١). تقام الدعوى الحقوقية في المحكمة الابتدائية التي يقع ضمن دائرة اختصاصها المكان الذي: أ. يقيم فيه المدعى عليه او يتعاطى اعماله فيه، او ب. تم فيه التعهد، او ج. جرى فيه تسليم المال، او د. يعين لتنفيذ التعهد، او هـ. وقع فيه الفعل المسبب للدعوى.

٢- اذا عين احد المتعاقدين لمصلحة العاقد الاخر في نص العقد مكاناً للتداعي عند حدوث خلاف بينهما من جراء هذا العقد يكون العاقد الاخر مخيراً في اقامة الدعوى في محكمة المكان الذي يقيم فيه خصمه او في محكمة المكان الذي اختاره هذا الخصم في العقد. اما اذا كان المقصود بتعيين المكان المختار تقييد المتعاقدين كليهما به فاية دعوى تنشأ عن هذا العقد لا تقام الا في محكمة المكان الذي اختاره في العقد المذكور .

(٢) رياض، فؤاد و راشد، سامية، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، ١٩٨٧، ص ٤٤٦؛ عبد العال، عكاشة، الاجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، بدون طبعة، ٢٠٠٧، ص ٨؛ صادق، هشام، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ١٨-١٩؛ الحداد، حفيفة، الموجز في القانون الدولي الخاص/ الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الاجنبية واحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بدون طبعة، ٢٠٠٣، ص ١٢١-١٢٢.

ضرورة تخلي القضاء الوطني عن اختصاصه الدولي بهذا النزاع بشرط أن تكون العلاقة القانونية التي نشأت بصدها المنازعة غير مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالنظام العام الوطني، حيث لا يمكن القول في هذا الفرض بأن ثمة اتفاقاً بين الخصوم يتضمن غشاً أو تحايلاً على قواعد الاختصاص الوطنية التي تعبر عن السيادة الوطنية وتتعلق بالنظام العام فيها، ثم بدأ هذا الاتجاه بإضافة قواعد موضوعية أخرى لغايات سلب الاختصاص من أن تكون دولة المحكمة التي تم الاتفاق على الخضوع لولايتها على صلة بالنزاع أو على الأقل توجد مصلحة مشروعة للأطراف في اختيار هذه المحكمة، ولذلك ظهرت نظرية المحكمة الملائمة من قبل القضاء الانجليزي والأمريكي لتخلي القاضي الوطني عن اختصاصه فيما إذا وجد أن النزاع يرتبط بقضاء دولة أخرى أكثر ملاءمة لحكم النزاع من محاكمه الوطنية، وبذلك تعد نظرية المحكمة الملائمة علاجاً للغش نحو القضاء. (١)

إلا أن هذا الرأي قد انتقد من كونه يرسم قاعدة شخصية لا موضوعية، حيث أن مصطلح النظام العام غير قابل للتحديد فلا ضوابط أو محددات تنظمه فهو نسبي متغير من قاضي إلى آخر ويختلف باختلاف الزمان والمكان، ويعطي للقاضي الوطني سلطة مطلقة في قبول أو رفض قبول الشرط السالب للاختصاص مستنداً إلى فكرة غير منضبطة، مما سيؤدي بالنتيجة إلى الإخلال بالأمان القانوني للأفراد من حيث اختيارهم للمحكمة المختصة. (٢)

وأيضاً، فإن فكرة المحكمة الأكثر ملاءمة تتطوي على خطر لا يستهان به ألا وهو تحديد الجهة التي ستحدد المحكمة الأكثر ملاءمة وهل سيكون لقرار هذه الجهة القوة

(١) لمزيد من التفصيل لطفاً انظر: شعبان، حسام، الاتجاهات الحديثة للتخلي عن الاختصاص القضائي الدولي في ضوء حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ٢٤/٣/٢٠١٤ - دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص ١٤-١٥، وانظر كذلك:

Nuyts A., 2003, L'exception de forum non conveniens: étude de droit international privé comparé, op. cit., p. 20 et s. , G. Goldstein, 2016, Le forum non conveniens en droit civil, Analyse comparative à la lueur du droit international privé de Québec et du Japon, op. cit., p. 51.

(٢) خالد، هشام، احالة الدعوى إلى محكمة أجنبية، مرجع سابق، ص ٧٥..

التفذية بالزام المحكمة التي قرر بأنها ملائمة، إضافة إلى إمكانية الوصول إلى لحظة انكار العدالة من قبل القضاء. (١)

أما الاتجاه الفقهي الحديث^(٢) فإنه يتقبل الدور السالب للإختصاص من القاضي الوطني دون قيد أو شرط، ويؤسس هذا الاتجاه رأيه على اعتبار أن اطلاق الحرية للأفراد في مجال التجارة الدولية بتحديد القضاء المختص بنظر منازعاتهم هو أحد المظاهر الأساسية للتشجيع على إبرام العلاقات الخاصة الدولية، كونها تمنح الأمان القانوني للمتعاقدين وتحترم توقعاتهم. (٣)

كما أن الإعراف لشرط الإختصاص القضائي الدولي بأثره المانع والسالب للإختصاص يؤدي إلى تحقيق التوازن المطلوب في العلاقات الدولية في ضوء مبدأ النفاذ والفاعلية الدولية للأحكام، بحيث أن مسألة تنفيذ الأحكام ستم بناءً على مبدأ التعامل بالمثل بين الدول، والذي من شأنه أن يجعل نوعاً من التوافق والتعايش بين الأحكام الصادرة عن المحاكم بين الدول المختلفة من حيث إمكانية التنفيذ، وهذا المبدأ يسمو على اشتراط سلطة عليا فوق سلطة الدول من شأنها توزيع المنازعات في الدول المختلفة. (٤)

إضافة إلى ما سبق، فإن المشرع في جميع الدول قد تقبل المعيار الشخصي للأفراد من خلال نزع الاختصاص من القضاء الوطني وإحالة المنازعة للتحكيم دون اشتراط أي قاعدة

(١) شعبان، حسام، الاتجاهات الحديثة للتخلي عن الاختصاص القضائي الدولي في ضوء حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ٢٤/٣/٢٠١٤ - دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص ١٤-١٥.

Nuyts A., 2003, L'exception de forum non conveniens: étude de droit international privé comparé, op. cit., p. 20 et s. , G. Goldstein, 2016, Le forum non conveniens en droit civil, Analyse comparative à la lueur du droit international privé de Québec et du Japon, op. cit., p. 51.

(٢) الحجايا، نور، الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة في المنازعات ذات الطابع الدولي دراسة في التشريع الأردني، مرجع سابق، ص ٢٩٣-٢٩٤.

(3) Remy B., 2011, De la profusion à la confusion: réflexions sur les justifications des clauses d'élection de for, JDI, p. 6.

(٤) صادق، هشام، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ١٠-١١.

موضوعية لملاءمة مقر التحكيم مع النزاع، إضافة إلى افتراض المشرع لقريئة غير قابلة لاثبات العكس مفادها مشروعية الاتفاق على التحكيم دون أن يتطلب اثبات هذه المشروعية أو يبحث بها، لذا فإنه من باب أولى أن يتيح للأفراد هذه المكنة وخصوصاً أنهم يتجهون للجوء إلى قضاء دولة أجنبية⁽¹⁾.

كما أن الاعتراف بشرط الاختصاص القضائي ضمن المنظومة التشريعية الأردنية باثريه الجالب والسالب للاختصاص ينطوي على أهمية بالغة، فبالإضافة لحجج الاتجاه الحديث للأخذ بأثر الشرط السالب، نرى أن إتاحة المجال لسلطان الإرادة باختيار المحكمة المختصة من شأنه اطلاق الحرية للأفراد لاختيار قاضي يأنسون إلى حياديته وعدم ميوله مع الطرف الذي يشترك معه في الجنسية، فالهاجس الذي يراود اطراف المنازعة العابرة للحدود خضوعهم لقضاء قاضي يتمتع بذات جنسية أحد الأطراف، لذا فالرغبة تتجه إلى قاضي لا ينتمي لجنسية أحد اطراف المنازعة، فعلى سبيل المثال، أطراف المنازعة من حملت الجنسية البريطانية والفرنسية تتجه إرادتهم إلى قاضي من الجنسية الألمانية لايمانهم بحياديته⁽²⁾.

إضافة إلى ذلك، نرى أن الأفراد في المنازعة العابرة للحدود يرغبوا بعرض منازعتهم إلى قاضي أجنبي يتمتع بالخبرة وفقاً لمقتضيات طبيعة النزاع، حيث أن مهارة القاضي وقدرته على الفصل في المنازعة هو ما يبحث عنه اطراف المنازعة، وتتأتى هذه الخبرة من نوعية المنازعات التي تعرض على القاضي، فيمكن أن لا يوجد في دولة المتنازعين الكم من ذات طبيعة المنازعة، فيلجأ القاضي إلى الاستعانة بخبراء لغايات الفصل في المنازعة وهذا ما لا يحبذ المتنازعون، فعلى سبيل المثال، اختيار الأفراد القاضي الانجليزي لغايات الفصل في المنازعة التي ظهرت بشأن علاقة تعاقدية ناتجة عن عقد التأمين البحري أو المصادمات

(1) عبد الكريم، ممدوح، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٥٨.

(2) bureau D. et Watt H. M., 2010, Droit international privé, PUF, t. 1, p. 152.

البحرية، كون القضاء الانجليزي مشهود له بالخبرة في المنازعات الناشئة عن القانون البحري عن غيره من الدول الأخرى. (١)

ونرى بدورنا وبناءً على المبررات التي ساقها الفقه بضرورة تقبل شرط الاختصاص القضائي بأثره الايجابي والسليبي، فقد أحسن المشرع بالاستجابة لمتطلبات التجارة الدولية من خلال النص عليه في قانون عقود النقل الدولي متعدد الوسائط، مما سيؤثر ايجاباً على البيئة الاستثمارية في المملكة الأردنية من خلال ازالة عائق من العوائق التشريعية التي كانت أحد العوامل المؤرقة والممانعة لجذب الاستثمار.

إلا أن صراحة الموقف الذي تبناه المشرع الأردني لا يخلو من بعض الاشكاليات التي يمكن أن تظهر أمام القاضي الوطني مستقبلاً عند التقدم بدفع من قبل أحد أطراف المنازعة بشأن عدم اختصاص القضاء الأردني بنظر الدعوى استناداً إلى شرط الاختصاص القضائي، وذلك من حيث الشروط التي سيفرض القاضي رقابته عليها، فالمتتبع للنصوص القانونية التي تبنتها الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية يجد أنها تحدد شروطاً لغايات الاخذ بشرط الاختصاص من قبل القضاء، إلا أن هذا الأمر لم يصل إلى درجة الإجماع حول هذه الشروط، مما يبقي معه الجدل قائماً حول متطلبات الأخذ بهذا الشرط، لذا سيتم مناقشة هذه الاشكاليات في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

الإشكاليات القانونية التي يثيرها شرط الاختصاص القضائي

على الرغم من انعقاد الاجماع الدولي من خلال التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية بقبول شرط الاختصاص القضائي وتبنى المشرع الأردني هذا الاتجاه نزولاً عند مقتضيات التجارة الدولية، إلا أن هنالك غموضاً يكتنف هذا الشرط.

(١) Remy B., 2011, De la profusion à la confusion: réflexions sur les justifications des clauses d'élection de for, op. cit., n° 7.

حيث يعتبر موضوع شرط الاختصاص القضائي من اكثر المواضيع القانونية التي تثير الجدل على المستوى العالمي، والتي لم يجف القلم ببحثها، كونها تحمل في طياتها العديد من المفارقات الدولية والاشكاليات عند تطبيقها.

حيث اشارت نصوص قانون النقل الدولي متعدد الوسائط إلى القبول الصريح لشرط الاختصاص القضائي، ولكن، دون التطرق إلى الشروط الواجب توافرها في هذا الاتفاق، وخاصة فيما يتعلق بالمتطلبات التي يتوجب توافرها لقبول هذا الشرط، فالمنتبع للنصوص القانونية التي تبنتها الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية تحدد شروطاً لغايات الاخذ به من قبل القضاء، إلا أن الأمر هذا لم يصل إلى درجة الإجماع حول هذه الشروط، مما يبقي معه الجدل قائماً حول متطلبات الأخذ بهذا الشرط.

إضافة إلى ذلك، عدم اقتصار أثر العقد الذي يحمل في طياته شرط الاختصاص القضائي على طرفيه، وإنما ينتقل إلى طرف لا يحمل العقد توقيعهم، معبراً بذلك عن انصراف إرادته إلى قبول جميع الشروط بما فيها الشرط مدار البحث.

لذا سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نبحت في المطلب الأول منه في غموض التنظيم التشريعي لشرط الاختصاص القضائي، فيما سيخصص المطلب الثاني لدراسة الإخلال بعدل العقد في شرط الاختصاص القضائي.

◆ المطلب الأول: غموض التنظيم التشريعي لشرط الاختصاص القضائي

لا بد من الإشارة ابتداءً، أن اعمال شرط الاختصاص القضائي الوارد ضمن العقد، يستلزم من القاضي تكييف العلاقة من حيث كونها عقد نقل متعدد الوسائط من عدمه، حيث لوحظ من خلال المبحث الأول، أن اتجاه القضاء المستقر يمنع الأفراد من سلب الاختصاص من القضاء الوطني إلا استثناءً.

ولغايات الوقوف على تكييف العلاقة، يجب أن يتضمن العقد موضوع المنازعة الشروط الواجب توافرها والتي اكد المشرع الأردني عليها ضمن قانون النقل متعدد الوسائط،^(١)

(١) المادة (٢) من قانون النقل الدولي متعدد الوسائط.

الشرط الأول، أن يتم النقل بإستخدام وسيلتي نقل مختلفتين على الأقل،^(١) كأن يكون النقل قد تم على سبيل المثال بموجب وسيلة بحرية وأخرى سكك حديدية، أو بحرية وجوية، أو طرق برية وجوية، و من ثم فإذا تم نقل البضائع بموجب وسيلة واحدة ولكن بموجب ذات الوسيلة المستخدمة في المرحلة السابقة فلا نكون بصدد نقل متعدد الوسائط، لأنه لم يستخدم خلال عملية النقل سوى واسطة نقل واحدة فقط وهي البحر، فعلى سبيل المثال، أن يتم نقل البضائع بحراً من ميناء العقبة في المملكة الأردنية الهاشمية إلى ميناء الاسكندرية في جمهورية مصر العربية ثم أعقب ذلك نقل هذه البضائع مرة أخرى إلى ميناء بيريا في الجمهورية اليونانية بواسطة البحر.

الشرط الثاني، يتوجب أن يكون النقل دولياً،^(٢) أي أن تتم عملية النقل بين مكانين يقعان في بلدين مختلفين، أي أن يكون مكان الإستلام و مكان التسليم في دولتين مختلفتين، فحتى لو تم استخدام وسيلتين مختلفتين لغايات النقل وكان مكان الاستلام ومكان التسليم في ذات اقليم الدولة فينتزع عن النقل مفهوم النقل متعدد الوسائط.^(٣)

حيث أنه من غير المتصور نزع اختصاص القضاء الوطني بشأن نزاع وطني بحت، تتمركز جميع عناصره في دولة معينة من خلال اتفاق الأطراف على جعل هذا الإختصاص لمحاكم دولة أخرى، حيث يعد ذلك اعتداءً صارخاً على سيادة الدولة التي تختص بالفصل في جميع المنازعات الداخلة ضمن إقليمها وتكون هذه القواعد متعلقة بسيادتها، حيث نرى

(1) Schmidt H.G.,2009, MULTIMODAL TRANSPORT LAW- The law applicable to the multimodal contract for the carriage of goods, Proefschriftmaken.nl, The Netherlands, p. 52-54.

(٢) فمعظم التشريعات المقارنة تشترط الصفة الدولية للعلاقة التعاقدية لقبول شرط الاختصاص القضائي، ومن هذه التشريعات اتفاقية لاهاي لعام ٢٠٠٥ والمتعلقة بشرط الاختصاص القضائي حيث جاء ذلك في المادة الاولى منها، وكذلك يستنتج هذا الشرط من المادة (٢٧) من التنظيم الأوروبي (بروكسل ١): انظر لطفاً بشأن اتفاقية لاهاي:

Usunier L., 2010, La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, Rev. crit. DIP. p. 37.

(٣) ملش، فاروق، النقل الدولي متعدد الوسائط - الأوجه التجارية والقانونية والتشغيلية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون طبعة، ٢٠١٤، ص ٩.

أن هذا الاتفاق لا يرتب أثراً قانونياً حتى ولو ورد ضمن العقد المبرم فيما بين الأفراد، وفقاً للاتجاه القضائي الأردني الذي تم الإشارة إليه في المبحث الأول.

ويلاحظ من ذلك، اتجاه المشرع الأردني إلى تبني المعيار الإقتصادي لا القانوني بشأن دولية العقد، من خلال اصباح العقد بالصفة الدولية متى استند إلى حركة انتقال القيم الاقتصادية عبر الحدود الدولية، دون الاعتداد بأي عنصر من عناصر العقد كجنسية أطراف العقد، أو مكان الإبرام أو محل التنفيذ، حيث تؤخذ هذه العناصر بعين الاعتبار بالنسبة للمعيار القانوني عند تكييف العقد باعتباره عقداً دولياً من عدمه.

الشرط الثالث، انعقاد المسؤولية عن البضاعة خلال مراحل النقل جميعها لمتعهد النقل، بغض النظر عن الناقلين في المراحل المتعاقبة، حيث يكون هذا المتعهد ملزماً بإصدار وثيقة نقل واحدة تغطي كافة مراحل النقل المختلفة، بمقابل أجرة نقل شاملة، ويسأل متعهد النقل بمواجهة أصحاب البضائع عما قد يصيبها من هلاك أو ضرر أو تأخير من وقت دخول البضائع في عهدته عند استلامها من الشاحن في مكان الإستلام إلى أن يقوم بتسليمها له أو للمرسل إليه في المكان المحدد لتسليم البضائع بالعقد في بلد التسليم.⁽¹⁾ فبعد أن يتبين للقاضي الناظر في المنازعة توافر الشروط أعلاه مجتمعة يبحث في وجود أو عدم وجود اتفاق للمحكمة المختصة.

إن المتأمل بالنهج الذي انتهجه المشرع الأردني ضمن قانون النقل الدولي متعدد الوسائط بخصوص شرط الاختصاص القضائي يجده مطلقاً وبغض النظر عن طبيعة الاتفاق سواء أكان صريحاً أو ضمنياً،⁽²⁾ واستناداً للقاعدة الفقهية القانونية، المطلق يجري على إطلاقه،⁽³⁾ فإن هذا الإطلاق من قبول شرط الاختصاص القضائي يحمل الكثير من

(1) Schmidt H.G., 2009, Multimodal Transport Law- The law applicable to the multimodal contract for the carriage of goods, op cit., P49-52.

(2) المادة (٤٢/ب) من قانون النقل الدولي متعدد الوسائط.

(3) المادة (٢١٨) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لعام ١٩٧٦ المنشور في الجريدة الرسمية رقم (٢٦٤٥)، ص (٢)، تاريخ ١٩٧٦/٨/١ أصبح دائماً بموجب إعلان اعتبار القانون المؤقت رقم ٤٣ / ١٩٧٦ قانوناً دائماً لسنة ١٩٩٦ الصادر في العدد 4106 المنشور بتاريخ ١٩٩٦/٣/١٦.

المخاطر للأطراف في عقد النقل، إذ لا يحقق حماية الطرف الضعيف في العقد ويفتح المجال أمام الغش نحو القضاء.^(١)

حيث أن المشرع لم يكن موفقاً في تبنيه لهذا النهج من خلال إطلاق القاعدة، فكان على المشرع الأردني التنبه أن معظم الشاحنين وطنيين، ومن باب إعمال المصلحة الوطنية لحماية الشاحنين، فكان يتوجب على المشرع التحوط لتبنيهم بوجود مثل هذا الشرط، وخصوصاً أن جميع عقود النقل متعدد الوسائط تعقد مع متعهدي نقل غير وطنيين، والذين بدوره يعد مسبقاً وفقاً لنماذج مطبوعة، فماذا لو ورد الشرط مطبوعاً ضمن شروط عقد النقل ولم يتنبه إليه الشاحن فهل سيصار إلى الاعتداد به أم لا؟

ستكون اجابتنا على هذا الطرح استناداً إلى صراحة وإطلاق نص المادة (٤٢/ب) من قانون النقل، بأن إدراج هذا الشرط من ضمن شروط عقد النقل وتوقيع الشاحن على بنوده يفيد قبوله وموافقته على جميع شروط عقد النقل ولا عبء لتنبه الشاحن لوجود هذا الشرط من عدمه، كون أن الشاحن بوضع توقيعه على عقد النقل يفيد بطريقة غير مباشرة اطلاعه وموافقته على جميع الشروط، ويعتبر أن الاتفاق على تحديد المحكمة المختصة ورد صراحة ضمن شروط عقد النقل.

إلا أننا نرى أن المشرع خرج عن الاتجاه العام في هذا الشأن بخصوص حماية الطرف الضعيف، فنجد المشرع يشترط كتابة الشروط غير المتوقعة مثل شرط التحكيم،^(٢) وتارة أخرى يشترط إدراج هذه الشروط ضمن الشروط الخاصة للعقد كونها، في العادة تميز بلون

(١) تظهر مشكلة الغش نحو القضاء عندما يصطنع الأطراف بأنفسهم رابطة غير حقيقية أو جدية بين العلاقة القانونية وقضاء دولة معينة وذلك من خلال تغيير معيار الاختصاص من أجل التهرب من اختصاص قضاء دولة معينة إلى قضاء دولة أخرى، كتغيير مكان الإقامة أو مكان وجود المال أو موطن الشخص الاعتباري...، لمزيد من التفصيل انظر لطفاً:

Ferrari F., 2016, Forum shopping: pour une définition ample de jugement dénuée de valeurs, Rev. crit. DIP, p. 85.

(٢) المادة (٤٣/أ) من قانون النقل الدولي متعدد الوسائط، والمادة (١٠) من قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لعام ٢٠٠١، المنشور في الجريدة الرسمية رقم ٤٤٩٦، في الصفحة ٢٨٢١ تاريخ ١٦/٧/٢٠٠١.

مختلف عن الشروط العامة، ويرتب البطلان على إدراجها في الشروط العامة، مثل شرط التحكيم في عقود التأمين. (١)

ونظراً لانتطابق وصف الطرف الضعيف على الشاحن في عقد النقل، نظراً لعدم تساوي المراكز الاقتصادية بينه وبين الناقل من ناحية، وقياساً على شرط التحكيم كون أن شرط الاختصاص القضائي يرتب ذات الأثر المتمثل بإخراج المنازعة من إطار القضاء الوطني استناداً لمبدأ سلطان الإرادة، فكان على المشرع أن يمد الحماية بشكلها الصحيح من خلال إبراز هذا الشرط لما ينطوي عليه من مخاطر بالنسبة للشاحن المتمثلة بالصعوبات السياسية، مثل الحصول على تأشيرة دخول دولة المحكمة، والاقتصادية، مثل تكبد مصاريف السفر لغايات إقامة الدعوى، والإجرائية، مثل اعداد البيانات الواجب توافرها عند التقدم بالدعوى كون أن اجراءات الدعوى ستخضع لقانون القاضي الناظر بالمنازعة.

لذا، وقياساً على اهتمام المشرع بالكتابة في شرط التحكيم ضمن نصوص قانون النقل متعدد الوسائط، حيث ابرز اهتماماً واضحاً بها من خلال اعتبار الكتابة ركناً شكلياً مضافاً إلى الأركان الموضوعية لاتفاق التحكيم، علاوة على ذلك، فإن المشرع لم يعتد بأي نوع من الكتابة وإنما فقط الكتابة الخطية لبيان شرط التحكيم بشكل بارز، حيث أن الاتجاه العام للمشرع الأردني ضمن نصوص قانون التحكيم يتسم ببعد التشدد بهذا الشرط، (٢) ووضاً في اعتباره تنبه الطرف الضعيف في العقد بوجود مثل هذا الشرط، فيمكن مراعاة الطرف الضعيف في شرط الاختصاص القضائي من خلال النص على الاتفاق الكتابي أو الخطي امتداداً للنهج المتبع من المشرع.

(١) المادة (٤/٩٢٤) من القانون المدني الأردني.

(٢) فقد قام المشرع الأردني ضمن قانون التحكيم بالتخفيف من صرامة شرط الكتابة تيسيراً للتعامل التجاري، فقد اعتد المشرع بتبادل الإيجاب والقبول حول شرط التحكيم من خلال المخاطبات أو المراسلات الورقية أو الالكترونية أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة الثابت تسلمها والتي تعد بمثابة سجل للاتفاق، إضافة إلى ذلك، وتيسيراً لعملية التحكيم اجاز القانون أن يكون الاتفاق على التحكيم مكتوباً حكماً حتى لو ابرم عقد لا يتضمن شرط تحكيم من تضمن هذا العقد إشارة أو إحالة إلى وثيقة تتضمن التحكيم، كعقد نموذجي أو اتفاقية دولية تتضمن شرط تحكيم ما لم يستعده الطرفان صراحة.

وفي هذا الصدد نشير إلى الاتجاه الذي تبنته اتفاقية الامم المتحدة^(١) واتفاقية النقل متعدد الوسائط للبضائع بين الدول العربية لعام ٢٠٠٩ والتنظيم الأوروبي (بروكسل ١) من اشتراطهما الكتابة لغايات اعمال اتفاق المحكمة المختصة، إلا أن اتفاقية بروكسل ١ جاءت اقل تشدداً من خلال اعتبارها الشرط بحكم المكتوب في حال الاتفاق الشفهي المؤكد بوثيقة مكتوبة، بأن يتفق المتعاقدان على اللجوء إلى محكمة مختصة شفاهاً ويقوم أحد المتعاقدين بإرسال رسالة إلى الطرف الآخر دون ابداء أي اعتراض منه على ما تضمنته هذه الرسالة من بيان حول المحكمة المختصة، ولم تقف الاتفاقية عند هذا الحد، بل اعتبرت أي شكل آخر معترف به وفقاً للمألوف بين الأطراف أو أي شكل آخر يستعمل في مسائل التجارة الدولية بحيث يعلم به الأطراف أو يجب عليهم العلم به استناداً إلى شيوع هذا الاستخدام في نوع التجارة التي يقومان بها،^(٢) فعلى سبيل المثال الإحالة إلى اتفاقية دولية في مجال أعمالهما التجارية تحدد محكمة مختصة بنظر المنازعة، من قبيل الكتابة.^(٣)

ويمكن للمشرع مد الحماية للطرف الضعيف من خلال اشتراط موقع شرط الاختصاص القضائي في العقد قياساً على شرط التحكيم الوارد في عقود التأمين لتمييزه عن الشروط العامة في عقد النقل وللفت نظر المتعاقد بوجود مثل هذا الشرط، من خلال أن يرد مكانياً ضمن الشروط الخاصة لا العامة، وإلا اعتبر باطلاً.

لذا نقترح أن يقوم المشرع الأردني بتعديل مطلع الفقرة (ب) من المادة (٤٢) من قانون النقل الدولي متعدد الوسائط ليصبح (إذا تم الإتفاق كتابة بين أطراف عقد النقل...) أو أن يعدل المشرع ذات المادة بإضافة فقرة جديدة تتضمن (على أن يرد شرط الاختصاص القضائي في عقد النقل ضمن الشروط الخاصة لا العامة، وإلا اعتبر الشرط باطلاً).

(١) المادة (٢٦/١د) من اتفاقية الامم المتحدة للنقل الدولي المتعدد الوسائط للبضائع تنص على أن (أي مكان آخر مسمى لهذا الغرض في عقد النقل المتعدد الوسائط ومثبت في مستند النقل المتعدد الوسائط).

(2) Huet A., 2014, Compétence des tribunaux français à l'égard de litiges internationaux, Règles communes à la compétence internationale privilégiée des tribunaux français- Clauses attributives de juridiction, JurisClasseur procédure civil, Fasc. 2000-20, n° 41.

(٣) المادة (٢٥) من التنظيم الأوروبي بروكسل ١.

إضافة إلى ما سبق، إن عدم قيام المشرع بتحديد وقت الاتفاق على شرط الاختصاص يتيح للأفراد التحايل على اختصاص المحكمة الوطنية من جهة، إضافة إلى امكانية فرض هذا الشرط من الجانب المتمتع بالقوة الاقتصادية عند إبرام العقد من جهة أخرى، فسواء أتم هذا الاتفاق قبل ظهور النزاع أم بعد ظهوره فيتوجب على القاضي الناظر بالمنازعة عند التقدم بدفع عدم اختصاصه بنظر المنازعة المؤسس على وجود اتفاق سابق، أو إذا اتفق الأطراف على إحالة المنازعة إلى محكمة أخرى أجنبية، رفع يده عن المنازعة رضوخاً منه لمبدأ سلطان الإرادة، دون إيراد أي قيد أو شرط من قبل المشرع على هذا السلطان. (١)

لذا نرى حماية للطرف الضعيف في عقد النقل الدولي -ألا وهو الشاحن- أن ينتهج المشرع الأردني النهج المتبع في اتفاقية الأمم المتحدة للنقل الدولي متعدد الوسائط للبضاعة واتفاقية مونتريال بإجازة الاتفاق على تحديد المحكمة المختصة بعد ظهور المنازعة بين الطرفين، (٢) حيث أن الشاحن في ذلك الوقت سيتمتع بمركز قانوني مساوٍ أو ربما أقوى من المركز القانوني لمتعهد النقل والتي ستمكنه من فرض شروطه على الناقل، حيث أن المركز الاقتصادي عند إقامة الدعوى لن تؤثر بإرادة الطرف الضعيف بالعقد، حيث أن المشرع قد منح المدعي حرية الاختيار بإقامة الدعوى في حال وقوع الاختصاص القضائي لعدد من المحاكم دون منح المدعى عليه الحق في الاعتراض، والذي سيتمكن من خلاله المدعي من فرض شروطه التي تحقق مصالحه الخاصة عند مطالبة المدعى عليه بالاتفاق على تحديد محكمة مختاره.

علاوة على ما سبق، فإن القصور قد انتاب المشرع كون أنه أتاح المجال لتوافر الإتفاق بشكل صريح دون اشتراط الشكلية، حيث أن عدم اشتراط الشكلية لا تخلو من الاشكاليات

(1) Ferrari F., 2016, Forum shopping: pour une définition ample de jugement dénuée de valeurs, op. cit., p. 85.

(٢) تنص المادة (٣/٢٦) من اتفاقية الأمم المتحدة تنص على أن (خلافاً للأحكام السابقة من هذه المادة، يكون نافذاً أي اتفاق يعقده الطرفان بعد نشوء مطالبة ما ويعين فيه المكان الذي يجوز فيه للمدعي أن يقيم الدعوى)، كذلك المادة (٤٩) من اتفاقية مونتريال تنص على أن (تكون باطلة ولاغية كل أحكام في عقد النقل وكل اتفاقيات خاصة سابقة لوقوع الضرر، يخالف بها الأطراف اقواعد المنصوص عليها في هذه الاتفاقية، سواء أكان ذلك بتعيين القانون الواجب التطبيق، أم بتعديل قواعد الاختصاص).

المستقبلية بين أطراف المنازعة من خلال امكانية اثبات الشرط، فماذا لو لجأ أحد الأطراف إلى القضاء الأردني ودفع الطرف الآخر بوجود اتفاق شفهي للجوء إلى المحاكم الفرنسية، فكيف سيتمكن مقدم الدفع من إثباته؟

لم يتطرق قانون النقل الدولي متعدد الوسائط إلى مثل هذا الفرض، وبذلك فإن الفقه يعود إلى القواعد العامة في قانون التجارة الأردني وقانون البيئات لغايات تأصيل فكرة الإثبات، من خلال تحليل صفة العقد بالنسبة لمتعاقديه، إذ يبدو أن المشرع اصبح الصفة التجارية على عقد النقل بالنسبة للناقل أما بالنسبة إلى الشاحن فيجب النظر إلى طبيعة العقد استناداً إلى الغاية من إبرامه فإن كان لغايات تجارية اعتبر عقداً تجارياً بالتبعية، أما إن كان لغايات مدنية اعتبر عقداً مدنياً، ولذا فإن قواعد الإثبات ستختلف وفقاً للشخص المتمسك بالدفع فإن كان الناقل وكان طبيعة العقد تجارياً بالتبعية بالنسبة له فإن الناقل سيتمكن من إثبات وجود الشرط بكافة طرق الإثبات وهذا المبدأ يتحقق أيضاً بالنسبة إلى الشاحن في مواجهة الناقل.

أما الخطورة فتتمثل في اثبات الشرط من الناقل في مواجهة الشاحن الذي كان العقد بالنسبة له مدنياً فيتوجب الإثبات استناداً إلى مبدأ الإثبات المقيد، فإن كان العقد فيما لا يتجاوز المائة دينار فيستطيع اثبات الشرط بكافة طرق الإثبات أما إذا تجاوز هذا المبلغ - وهذا حال عقود النقل - فيتوجب الإثبات بالكتابة فقط.⁽¹⁾

إلا أننا نرى، أنه على الرغم من عدم النص صراحة من قبل المشرع على هذا الفرض، إلا أن ذلك لا يعني بأي حال من الأحوال عدم التمكن من الوصول إلى غاية المشرع من خلال ذات القانون دون العودة إلى القوانين المتعددة للوصول إلى غاية المشرع، فالتأمل بنصوص قانون النقل مجتمعه يلحظ وقوع الإلزام من قبل المشرع على متعهد النقل بإصدار سند شحن واشترط أن يحمل توقيعه ليصار إلى اعتباره حجة في مواجهته عند اقامة الدعوى، وحيث أن أحد وظائف سند الشحن، كما تم الإشارة إليها، تضمينه لعقد النقل

(1) لمزيد من التفصيل لطفاً انظر: المنصور، انيس، شرح أحكام قانون البيئات الأردني وفقاً لآخر التعديلات، انراء للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠١١، ص ١٩٥-٢٠٤.

فيكون والحالة هذه أن عقد النقل مكتوب وبذلك لن يتمكن اطراف المنازعة من دحض ما ورد بالدليل الكتابي إلا بدليل كتابي آخر أو بما يعادل الدليل الكتابي كالإقرار واليمين الحاسمة، وحيث أن الشرط هو جزء من العقد فيكون المشرع قد ألزم اطراف المنازعة باثباته بهذه الوسائل بطريقة غير مباشرة، وحيث أن الاتفاق ابتداءً لم يجر بصورة كتابية مما يجعل اثباته من خلال الدليل الكتابي أمراً غير متصور، لذا فيصار إلى اثباته من خلال وسائل الإثبات التي تعادل الدليل الكتابي.

علاوة على ما سبق، نجد أن المشرع لم يتبن ضوابط موضوعية لغايات إعمال شرط الاختصاص القضائي، من خلال عدم اشتراطه وجود رابطة جدية بين المحكمة المختارة والمعهود إليها بالإختصاص والنزاع المعروف أمام هذه المحكمة، حيث اورد الفقه هذا الضابط الواجب تحققه لغايات إعمال اتفاق الأطراف، فإن انتقت الرابطة الجدية فإن ذلك من شأنه اعلان القاضي الناظر بالمناعة بطلان الشرط مستنداً إلى الغش نحو القضاء . أو من خلال الرقابة اللاحقة للشرط عند التقدم بطلب لتنفيذ الحكم الصادر من قبل المحكمة الأجنبية أمام القضاء الوطني من خلال عدم الاعتراف بالحكم الأجنبي، مما سيحقق الغاية المتوخاه والمتمثلة بعدم الغش نحو القضاء الوطني، كون أن أطراف المنازعة والقاضي الأجنبي سيتحقق ابتداءً من توافر اختيار المحكمة الملائمة لفض المنازعة، فإن كان هذا الأمر غير متوافر سيقوم القاضي الأجنبي برد الدعوى نظراً لعدم الجدوى من الحكم الصادر من قبله في مثل هذا النزاع نظراً لعدم إمكانية تنفيذه في الدولة الواجب التنفيذ فيها بالإسناد إلى قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية، وعليه فإن إصدار مثل هذا الحكم سيكون من قبيل إضاعة وقت وجهد المحكمة. (١)

(١) لمزيد من التفصيل لطفاً انظر: شعبان، حسام، الاتجاهات الحديثة للتخلي عن الاختصاص القضائي الدولي في ضوء حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ٢٤/٣/٢٠١٤ - دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص ١٦.

وتستمد هذه الرابطة إما من عناصر شخصية كجنسية الأطراف أو موطنهم، وقد تكون عناصر موضوعية مستمدة من العلاقة ذاتها، كأن يتصل أحد عناصر تلك العلاقة بالدولة التي تتبعها المحكمة المختارة .^(١)

أما الفقه الحديث^(٢) فقد اتجه إلى أن الرابطة الجدية لا يشترط لإعمالها وجود رابطة بين المحكمة والنزاع، وإنما وجود مصلحة مشروعة للأطراف المتنازعة باللجوء إلى المحكمة كونها الأقدر تحقيق مصالحهم في الفصل بمنازعاتهم، ولذلك اتجه هذا الفقه إلى إمكانية اختيار المحكمة المختصة بناءً على ملاءمتها لمصالح الأطراف المشروعة وللنظر في النزاع المطروح.

إلا أن اتجاه اتفاقية بروكسل ١ في هذا الصدد يتمثل بعدم استلزامها وجود أي رابطة بين قضاء الدولة المختارة والمنازعة كقاعدة عامة، حيث منحت للأطراف الحق المطلق باختيار المحكمة المختصة دون قيد أو شرط،^(٣) إلا إن وجد ارتباط بين طبيعة المنازعة وإقليم إحدى الدول،^(٤) أو مراعاة للطرف الضعيف،^(٥) وبذلك فقد اعلى التنظيم الأوروبي من شأن إرادة أطراف المنازعة من خلال افساح المجال باختيار المحكمة التي تناسب مصالحهم الخاصة من بين محاكم الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي.^(٦)

إلا أننا نرى، أن عدم اشتراط التنظيم الأوروبي (بروكسل ١) لهذا المعيار كقاعدة عامة عائد إلى نطاق تطبيقه، حيث أن التنظيم الأوروبي منح الحق لأطراف المنازعة باختيار المحكمة التي تناسبهم من ضمن الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي لما يتمتع به هذا

(١) الحداد، حفيظة، القانون القضائي الخاص الدولي، الفتح للطباعة والنشر، الاسكندرية، بدون طبعة، ١٩٩٢، ص ١٢٩.

(٢) صادق، هشام، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، بدون طبعة، ٢٠٠٧، ص ١٦٦؛

Mayer P. et Heuzé V., 2007, Droit international privé, Montehrestien, p. 221, n° 304.

(٣) المادة (٢٥) من التنظيم الأوروبي بروكسل ١.

(٤) المادة (٢٧) من التنظيم الأوروبي بروكسل ١.

(٥) المواد (١٥) و ١٩ و ٢٣ من التنظيم الأوروبي بروكسل ١.

(٦) المادة (٢) من التنظيم الأوروبي بروكسل ١.

الاتحاد من مزية وحدة التشريعات المعمول بها، مما يؤدي إلى تطبيق ذات الأحكام على المنازعة من قبل أي محكمة عضو في الاتحاد.

ونرى أن يأخذ المشرع الأردني ضمن نصوص قانون النقل الدولي متعدد الوسائط بضوابط موضوعية كاختيار المحكمة الملائمة للفصل في المنازعة أو من خلال تنظيم تشريعي لما يعد مصلحة غير مشروعة لأطراف المنازعة ليتمكن من فرض رقابة القضاء الوطني على هذا الشرط من خلال رفض الاعتداد به إن كان يهدف إلى الغش نحو القضاء وذلك باستبعاد المحكمة الوطنية من نظر المنازعة من خلال الاتفاق على محكمة أجنبية في حال تم اللجوء إلى القضاء الوطني من قبل أحد أطراف المنازعة وجابه المدعى عليه المدعي بدفع عدم اختصاص المحكمة الدولي استناداً إلى الشرط.

♦ المطلب الثاني: الإخلال بعدل العقد في شرط الاختصاص القضائي

الأصل في ابرام العقود أنه منوط بالمتعاقدين المبني على مبدأ سلطان الإرادة، حيث يترك لهم الحرية للمفاوضة والمساومة على الشروط الاتفاقية التي يريانها تحقق مصالحهم المشروعة وتصلهم بالمنفعة الذي يرغبان بتحقيقها من خلال العقد.

إلا أن المشرع يتدخل في حالات استثنائية من خلال ذراعه المطبق للقانون، ألا وهو السلطة القضائية، للحد من مبدأ سلطان الإرادة، وذلك من خلال فرض نصوص قانونية أمرت لتنظيم العلاقة العقدية، أو التخفيف عن أحد المتعاقدين إما بإلغاء أو التخفيف من الشروط التعسفية التي ينفرد أحد المتعاقدين بفرضها، ويتجلى ذلك في العقود المبرمة بين طرفين لا يتمتعان بذات المركز الاقتصادية عند ابرام العقد، أو حتى عند تنفيذه. (١)

حيث يهدف المشرع من ذلك إلى إقامة التوازن العقدي فيما بين طرفيه كوسيلة لضمان العدالة العقدية، ومع تسليمنا بعدم اعتبار هذه العدالة ركناً من أركان العقد ولا شرطاً من شروط صحته، إلا أنها تعتبر جوهر العقد وكيانه، فمن خلالها يتمكن المشرع من المحافظة

(١) لمزيد من التفصيل لطفاً أنظر: عزوز، درماش، التوازن العقدي، اطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابي بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠١٤، ص ٢٣-٢٧.

على مصالح الطرف الضعيف في العقد، الذي يعتبر أولى بالحماية من الطرف القوي في العقد، فلو ترك العقد لهيمنة مبدأ سلطان الإرادة لتمكن أحد الأطراف من فرض الشروط التي تخدم مصالحه دون الأخذ بعين الاعتبار مصالح الطرف الآخر غير القادر على حماية نفسه.

إضافة إلى ما سبق، فإن آثار العقد قد لا تنصرف إلى طرفيه فقط من خلال الأخذ بمبدأ نسبية العقد، المقصود بها عدم تولد آثار للعقد المبرم إلا في دائرة أطرافه وحدهم، فالغير لا تتحقق استفادته أو الإضرار به من العلاقة العقدية لاعتباره اجنبياً عن العقد إلا في الأحوال التي يقرها القانون كأصل عام، إلا استثناءً من حيث امتداد آثار العقد إلى الغير على الرغم من عدم اعتباره طرفاً في تكوين العقد، فيكون العقد ثنائي التكوين ثلاثي الآثار، وخير مثال على ذلك، عقد النقل متعدد الوسائط. (١)

حيث تترتب آثار عقد النقل في مواجهة المرسل إليه، في حال تم نقل وثيقة الشحن إليه من خلال تظهيرها تظهيراً ناقلاً للملكية إن كانت قابلة للتداول، وهذا ما يجري عليه العمل في إطار التجارة، وإما من خلال اتباع الطرق المدنية في نقل الحق ألا وهو حوالة الحق، إن لم تكن قابلة للتداول. (٢)

إلا أنه من الناحية العملية، فإن الغير يتردد في قبول وثيقة الشحن غير القابلة للتداول لما يمكن أن تنبئ من إشكاليات قانونية، كون أن الاجراءات المتبعة لانعقادها من اشتراط علم أو قبول المحال عليه، ألا وهو متعهد النقل، وهذا لا يتناسب مع طبيعة الأعمال التجارية القائمة على السرعة والمرونة، إضافة إلى امكانية إثارة متعهد النقل الدفوع بمواجهة المرسل إليه، التي هي في الأصل مقررة له بمواجهة الشاحن.

وتتجلى مظاهر امتداد آثار العقد للمرسل إليه، بمنحه الحق في إقامة الدعوى المباشرة في مواجهة متعهد النقل للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بالبضاعة كهلاكها أو تلفها أو تأخيرها، وبالمقابل يتمكن متعهد النقل من المطالبة القضائية المباشرة أيضاً في

(١) المادة (٢٠٨) من القانون المدني الأردني.

(٢) المادة (٣٣/ب و٤٤/أ) من قانون النقل الدولي متعدد الوسائط.

مواجهة المرسل إليه للمطالبة بالتعويض عن الإخلال بالالتزامات المترتبة على الشاحن في عقد النقل أو الوفاء بالالتزامات، فعلى سبيل المثال لا الحصر المطالبة بدين الأجرة إن تم الاتفاق في العقد على الوفاء بها في مكان التسليم.

وإن ما يبرر الخروج عن نسبية العقود في عقد النقل ما تتمتع به وثيقة الشحن من وظائف متعددة، فهي وسيلة لإثبات عقد النقل، وتقوم بدور بالغ الأهمية في تمثيل البضاعة، إضافة إلى بيان مسؤولية متعهد النقل عن التعويض عن أي ضرر يلحق البضاعة.^(١) ولا يخفى على أحد الدور الاقتصادي البارز لهذه الوثيقة، من خلال تمكين الشاحن من إبرام التصرفات القانونية المتعددة أثناء رحلة البضائع وقبل دخولها في عهدته، والتي تعمل على نقل ذمته المالية إلى الجانب الإيجابي، فعلى سبيل المثال، رهن الوثيقة والتي سيقابلها رهن البضاعة كنتيجة حتمية سيتمكن الشاحن من الحصول على الائتمان البنكي، إضافة إلى تمكين الشاحن من إبرام عقد البيع على البضائع المشحونة، من خلال نقل ملكية البضاعة، حيث يستمد المرسل إليه الحقوق والتزامات من عقد النقل ذاته.^(٢)

والمتأمل بنصوص قانون النقل متعدد الوسائط يلحظ أن المشرع ضمن طياته نصاً يحمل قاعدةً موضوعيةً من قواعد القانون الدولي الخاص تطبق مباشرةً على المنازعات المتعلقة بعقد النقل،^(٣) فالمبدأ العام الذي تضمنته هذه القاعدة يقضي بعدم الزام المرسل

(١) عرفت إتفاقية النقل متعدد الوسائط بين الدول العربية هذه الوثيقة في المادة ٥/٢ بأنها " مستند يصدر بموجب عقد النقل متعدد الوسائط و يعتبر إثباتاً علي إستلام متعهد النقل البضاعة موضوع النقل بالحالة المبينة فيها لتسليمها إلي المرسل إليه بذات الحالة، ولمزيد من التفصيل لطفاً انظر: ملش، فاروق، النقل الدولي متعدد الوسائط - الأوجه التجارية والقانونية والتشغيلية، مرجع سابق، ص ٣٤٧.

(٢) المادة (٥/ج و ٤٢/أ) من قانون النقل الدولي متعدد الوسائط.

(٣) في المقابل اخذ القضاء الفرنسي والأوروبي بنهج تنازع القوانين فيما يتعلق بانتقال شرط الاختصاص القضائي إلى المرسل إليه، بحيث اخضع القضاء تقدير تلك المسألة للقانون الواجب التطبيق على عقد النقل فإذا اعتبر المرسل إليه خلفاً خاصاً للشاحن في جميع حقوق والتزامات العقد فإن شرط الاختصاص المنصوص عليه في وثيقة النقل يعتبر ملزماً له حتى دون موافقته، أما إذا لم يعتبر خلفاً خاصاً بموجب قانون العقد فلا بد هنا من موافقته وقبوله على الشرط استناداً إلى الأحكام النافذة باتفاقية بروكسل ١، انظر لطفاً:

Cass. civ., et Cass.com., 16 déc. 2008, JCP G 2009, note H. Kenfack; Rev.crit. DIP 2009, p. 524, note F. Jault-Seske; Cass. com. 17 fév. 2015, RTD com. 2015, p. 619, note Ph.

إليه بشرط الاختصاص القضائي المبرم بين طرفي العقد، ولكن خرج المشرع عن هذا المبدأ بجواز سريان هذا الشرط بحق المرسل إليه إذا ما تضمن شروطه مجتمعة ألا وهي أن يدرج الاتفاق في العقد، وأن يتلقى المرسل إليه إشعاراً بمكان المحكمة، إضافة إلى قبول المرسل إليه صراحة هذا الاتفاق.^(١)

والسؤال الذي يثور بهذا الصدد، هل حافظ المشرع على التوازن العقدي لعقد النقل متعدد الوسائط من عدمه؟

الملاحظ في الشروط التي عمل المشرع على فرضها لغايات سريان شرط الاختصاص القضائي بحق المرسل إليه أن يصار إلى صدور تعبير صريح من قبله بقبول هذا الشرط، فإن صمت المرسل إليه أو رفض هذا الشرط فإن ذلك يعتبر رفضاً للشرط وبالتالي العودة إلى القواعد العامة في الاختصاص القضائي.

إن إعمال شرط الاختصاص القضائي بإرادة المرسل إليه المنفردة أمر يتنافى مع تكوين العقد، فالمسلم به قانوناً أن انعقاد العقد مستجمعاً لأركانه وشروطه يعتبر ملزماً لطرفيه، ومن ثم، لا يجوز لأي طرف من أطرافه أن يعدل أو يلغي هذا الاتفاق بإرادته المنفردة.^(٢) وحيث أن المرسل إليه يستمد حقوقه والتزاماته من سند الشحن ذاته الذي يرد في طياته عقد النقل،^(٣) فمن باب أولى أن لا يعدل شروطه بإرادته المنفردة، فإما أن يقبل شروط العقد جميعها كما وردت أو أن يرفضها جميعاً دون اختيار ما يناسب مصالحه ويرفض ما يتعارض معها، إضافة إلى ذلك، فإن العقد نشأ في ظل إرادتين من خلال توافق القبول مع الإيجاب، فكيف يتمكن أحد الأشخاص لم يكن طرفاً في العقد ابتداءً أن يعدل أو يلغي آثار العقد بإرادته منفردة.

Delebecque. Cass. com., 27 sept.2017, Rev. crit. DIP 2017, p. 612, note H. M. Watt.
CJCE 9 nov 2000, D. 2000, 298; Rev. crit. DIP 2001, p. 359, note F. bernard-Fortier.
Sindres D., 2015, Retour sur la loi applicable à la validité de la clause d'élection de for, Rev. crit. DIP, p. 787.

(١) المادة (٤٢/ب) من قانون النقل الدولي متعدد الوسائط.

(٢) المادة (٢٤١) من القانون المدني الأردني.

(٣) المادة (٥/ج) من قانون النقل الدولي متعدد الوسائط.

وقد يفسر ذلك، من خلال رغبة المشرع بفرض حماية على مصالح المرسل إليه كونه الطرف الضعيف لآثار العقد ومنعاً من الاضرار به بموجب شروط اتفاقية لم يكن طرفاً في التفاوض عليها، إلا أننا نرى أن فرض الحماية لا يتأتى من خلال تمكينه بإلغاء شرط واحد في العقد ألا وهو شرط الاختصاص القضائي وإنما من خلال تمكينه من رفض جميع الشروط المتعارضة مع مصالحه.

ونرى أنه كان بإمكان المشرع فرض حماية للمرسل إليه باعتباره الطرف الضعيف من خلال إقامة الحماية التشريعية غير المنقوصة للمرسل إليه، وبذلك يكون المشرع حقق ما يرنو إليه بدلاً من انتهاك المشرع لتوقعات أطراف العقد عند تكوينه في مرحلة آثاره من خلال الاخلال بتوازن العقد المبرم.

حيث نجد أن المشرع اشترط ضرورة إدراج الشرط ضمن عقد النقل وهذا ما لم يشترطه فيما بين الطرفين، كما سبقت الإشارة في المطلب الأول، وقد هدف من ذلك لفت نظر المرسل إليه لمثل هذا الشرط والذي يعتبر من الشروط الاستثنائية الخارجة عن توقعات الأطراف والغير، كون أن التوقع بخصوص اللجوء إلى المحكمة في حال ظهور المنازعة يكون وفقاً للاختصاص الدولي للمحاكم، وبذلك فقد استثنى المشرع سريان الاتفاقات المتعلقة بالمحكمة المختصة الواردة ضمن اوراق مستقلة من السريان في مواجهة المرسل إليه، كون أن حجية هذه الأوراق قاصرة على أطرافها ولا تنصرف إلى الغير.

إلا أن المشرع -من وجهة نظرنا- قد قصر في الحماية من خلال عدم توضيح مكان ورود هذا الشرط ضمن العقد حيث استخدم المشرع نصاً مطلقاً متضمناً إدراج الاتفاق في العقد، فبذلك فإن أي مكان يرد به هذا الاتفاق ضمن الشروط التعاقدية يترتب أثره في مواجهة المرسل إليه، وهذا لا يتماشى مع الاتجاه العام للمشرع والذي سار عليه بحماية الطرف الضعيف في العقد، وقد تمت الإشارة إليه في المطلب الأول من هذا المبحث، لذا نقترح إن يتم تعديل البند الأول من الفقرة (ب) في المادة (٤٢) وذلك بإلزام الأطراف في إدراج هذا الاتفاق وبشكل خطي في عقد النقل.

إضافة إلى ذلك، فإن المتمعن في نصوص قانون النقل متعدد الوسائط الأردني يجده خالياً من أي نص بخصوص تحديد المحاكم المختصة ابتداءً بنظر المنازعة، لذا فإنه يصار إلى العودة إلى القواعد العامة المبينة في قانون أصول المحاكمات المدنية، ونظراً لارتباط القانون محل الدراسة بأشخاص متعددين لا يتمتع بعضهم بالجنسية الأردنية وغير قادر على الإطلاع على المنظومة التشريعية الأردنية كاملة، فيفضل لجوء المشرع إلى اتباع نهج تحديد المحاكم المختصة بنظر المنازعة في ذات قانون النقل الدولي متعدد الوسائط.

وبناء على ما سبق، نرى أن قيام المشرع بحصر المحاكم في ذات القانون، سيمكن من سلوك وسيلة الحماية الملائمة من خلال الاختصاص الحصري للقضاء بنظر المنازعة التي يمكن للأطراف الاتفاق عليها لغايات سريان الشرط بحق المرسل إليه، أما إذا تم الاتفاق على غير المحاكم المحددة مسبقاً من قبل المشرع فإن سريان هذا الشرط ينحصر تطبيقه في اطراف العقد لا أشخاصه.

حيث يعتبر اتخاذ المشرع لمثل هذا النهج حماية للطرف الضعيف ألا وهو المرسل إليه، وفي المقابل العلم المسبق لدى أطراف العقد بأن الاتفاق على محكمة من غير المحاكم المحددة مسبقاً من قبل المشرع لن يسري في مواجهة المرسل إليه، وبذلك يكون المشرع قد حافظ على التوازن العقدي من خلال استحداث وسيلة وقائية لا علاجية لا تخل بتوقعات الأطراف.

ونود الإشارة في هذا المقام إلى اتفاقية النقل متعدد الوسائط للبضائع بين الدول العربية لعام ٢٠٠٩، التي حصرت المحاكم المختصة بنظر المنازعة وفقاً لضوابط الارتباط بين المحكمة المختصة وطبيعة النزاع، ومكنت اطراف العقد من تحديد المحكمة المختصة بنظر المنازعات من بين هذه المحاكم،^(١) وابطلت كل شرط يخالف نصوص الاتفاقية،^(٢) فالمتمعن بالنهج الذي جاءت به الاتفاقية يجد وقوع اخلال بالتوازن في عقد النقل من حيث منح

(١) المادة (٢/٣٧) من اتفاقية النقل متعدد الوسائط للبضائع بين الدول العربية لعام ٢٠٠٩.

(٢) المادة (٤٠) من اتفاقية النقل متعدد الوسائط للبضائع بين الدول العربية لعام ٢٠٠٩.

الحق للمرسل إليه بإلغاء شرط الاختصاص القضائي وفقاً لإرادته المنفردة،^(١) إلا أنها في ذات الوقت حافظت على توقعات اطراف العقد من خلال ما تضمنته من حصرية المحاكم المختصة بالمنازعة، فقيام المرسل إليه بإلغاء الشرط لا يعني اتاحة المجال إلا لاختيار إحدى المحاكم المبينة في ذات الاتفاقية.

وقد انتهجت اتفاقية روتردام هذا النهج من خلال نص المادة (٢/٦٧)^(٢) التي لا تلزم الشخص الذي ليس طرفاً في العقد باتفاق الاختيار الحصري للمحكمة إلا إذا كان هذا الاتفاق يتضمن اختيار أحد المحاكم المسماة في الفقرة (أ) من المادة (٦٦)،^(٣) حيث حددت هذه المادة عدداً من المحاكم يمكن اللجوء إليها لغايات اقامة الدعوى.

علاوة على ما سبق، فإن ربط ابطال الشرط المانح للاختصاص للمحكمة المختصة يتوجب أن ينصرف إلى جهة محايدة لا يتوافر لها أي مصالح متعارضة من العقد، وهذا ما لا يتوفر في المرسل إليه، ونرى أن الجهة الملائمة والمتوافر بها هذه الصفة تتمثل بالقضاء، فيمكن للمشرع النص على أن للقضاء السلطة بإبطال هذا الشرط ضمن نصوص قانون النقل متعدد الوسائط إن وجد أن هنالك غشاً تجاهه من خلال سلب الاختصاص.

(١) المادة (٣/٣٧) من اتفاقية النقل متعدد الوسائط للبضائع بين الدول العربية لعام ٢٠٠٩.

(٢) تنص المادة (٢/٦٧) من اتفاقية روتردام على أن (لا يكون الشخص الذي ليس طرفاً في العقد الكمي ملزماً باتفاق الاختيار الحصري للمحكمة المبرم وفقاً للفقرة ١ من هذه المادة إلا إذا: أ_ كانت المحكمة واقعة في أحد الأماكن المسماة في الفقرة الفرعية (أ) من المادة ٦٦؛ ب_ وكان ذلك الاتفاق وارداً في مستند النقل أو سجل النقل الالكتروني؛ ج_ وأبلغ ذلك الشخص في الوقت المناسب وبصورة وافية بالمحكمة التي ترفع فيها الدعوى وبأن ولاية تلك المحكمة حصرية؛ د_ وكان قانون المحكمة المختارة يعترف بجواز إلزام ذلك الشخص باتفاق الاختيار الحصري للمحكمة).

(٣) حيث حددت اتفاقية روتردام المحاكم التي يمكن للأطراف اللجوء إليها لغايات عرض منازعتهم والفصل بها، وهذه المحاكم هي: محكمة مقر الناقل أو محكمة مكان التسلم المتفق عليه في عقد النقل أو محكمة مكان التسليم المتفق عليه في عقد النقل أو محكمة الميناء الذي تحمل فيه البضائع على السفينة في البداية، أو محكمة الميناء الذي تفرغ فيه البضائع من السفينة في النهاية.

أو أن يصار إلى إعمال القواعد العامة من خلال مطالبة المضرور بإبطال هذا الشرط استناداً إلى مبدأ حسن النية في العقود،^(١) ويتأتى ذلك من خلال اثبات المرسل إليه أمام القضاء المختص، وفقاً لضوابط المشرع الوطني بقواعد الاختصاص، أن ادراج شرط الاختصاص القضائي ينتهك هذا المبدأ.

فيمكن أن يقدم المرسل إليه الدليل، وفي هذه الحالة يصار إلى إعمال حرية الإثبات المطلقة، كون أن عقد النقل يشكل بالنسبة للمرسل إليه واقعة مادية جازت اثبات عكسها بكافة طرق الإثبات، على عدم تمكنه من السفر إلى الدولة المتفق على قضائها لغايات فض المنازعة نظراً لوجود ظروف سياسية بين دولة المرسل إليه والدولة. أو أن يثبت أن النفقات التي سيتكبدها لغايات الحصول على حقه تفوق المنفعة المتأتية من إقامة الدعوى، وبذلك فإن القضاء الوطني سيعلم بطلان الشرط، وبذلك سيعمل القضاء على حماية الطرف الضعيف وفقاً للقواعد العامة إضافة إلى إقامة التوازن العقدي فيما بين أطراف العقد وأشخاصه.

وبانتهاج المشرع الأردني لأي نهج إما النص على كتابة الاتفاق أو تحديد محاكم مختصة لغايات سريان الشرط بحق المرسل إليه أو تطبيق القواعد العامة وربط إبطال الشرط بيد القضاء، سينهي الثغرة التي وقع بها من خلال قانون النقل الدولي متعدد الوسائط وسيقيم عدل العقد المنشود، إضافة إلى عدم الاخلال بتوقعات أطراف العقد المشروعة.

الخاتمة

يعد شرط الاختصاص القضائي في الوقت الحاضر من الشروط واسعة الانتشار في مجال التجارة الدولية بشكل عام وفي مجال النقل الدولي متعدد الوسائط بشكل خاص، وهذا عائد لأسباب متعددة منها رغبة المتعاقدين بطرح أي نزاع مستقبلي على قضاء دولة محايدة من وجهة نظرهما أو يتمتع بخبرة طويلة في فض نوع معين من المنازعات.

(١) المادة (١/٢٠٢) من القانون المدني الأردني والتي تنص على أن (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)، ولمزيد من التفصيل حول هذا المبدأ لطفاً انظر: ابراهيم، عبد المنعم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، لبنان، بدون طبعة، ٢٠٠٦، ص ٩٤-٩٥.

وقد كان التشريع الأردني كغيره من التشريعات يحمل في طياته الغموض والتناقض في ذات الوقت، حيث تمثل الغموض بعدم تحديد موقف صريح من هذا الشرط بموجب القواعد العامة؛ مما حدا بالقضاء والفقهاء إلى التدخل لغايات معالجة القصور الذي انتاب التشريع، حيث تواترت الأحكام القضائية الراضية لسلب الاختصاص من القضاء الأردني مؤسسة هذا الرفض لعدة اعتبارات إلا أن الاعتبار دائم التردد في هذه الأحكام متمثل بمبدأ التمسك بنزعة السيادة الوطنية، وقد أيد الفقه هذا الإتجاه في وقت سابق، أما على صعيد التشريعات الخاصة بعقود النقل فقد جاء الموقف صريحاً بإبطال أي شرط ينزع الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن هذه العقود من اختصاص القضاء الأردني.

أما فيما يتعلق بالتناقض في ذات التشريع فيتمثل بإزدواجية معيار تطبيق شرط الاختصاص القضائي، حيث إن صمت المشرع في القواعد العامة ورفضه في القواعد الخاصة لشرط الاختصاص القضائي السالب لاختصاص المحاكم الأردنية، يتطلب من المشرع انتهاج ذات النهج لشرط الاختصاص القضائي الجالب لاختصاص المحاكم الأردنية، إلا أن المشرع الأردني اتجه اتجاهاً مغايراً لذلك من خلال الاعتراف باتفاقات الأطراف المانحة للاختصاص لمحاكم المملكة الأردنية الهاشمية بالرغم من عدم توافر أي ضابط من ضوابط الاختصاص المحددة.

وفي الوقت الحاضر فقد جاء موقف المشرع الأردني متماشياً مع متطلبات التجارة العالمية من خلال انضمامه إلى الاتفاقيات الدولية في مجال النقل، حيث اعترف بطريق ضمني بشرط الاختصاص القضائي، ثم تكفل هذا الاعتراف بإصدار قانون النقل الدولي متعدد الوسائط الذي ضم في طياته الاعتراف الصريح بشرط الاختصاص والذي من شأنه أن يحترم توقعات الأطراف المشروعة في مسألة الاختصاص القضائي ويوفر لهم الأمان والاستقرار القضائي.

إلا أن المشرع عند تنظيمه لشرط الاختصاص القضائي فاته الاستئناس بالتشريعات المختلفة النازمة لشرط الاختصاص القضائي، مما فوت الفرصة لتنظيم أحكامه بصورة جلية، حيث شاب نص المشرع الأردني الوضوح في مواطن عدة، والتي من شأنها أن تثير

العديد من الاشكاليات القانونية مستقبلاً وخصوصاً من قبل القضاء الأردني عند الدفع أمامه بعدم اختصاص المحاكم الأردنية في نظر المنازعة استناداً إلى الشرط الاتفاقي. إضافة إلى ما تقدم، فقد خرج المشرع الأردني عن الأسلوب الحمائي للطرف الضعيف في العقد إلى التغول على شرط الاختصاص القضائي، من خلال اعلاء شأن ارادة المرسل إليه المعتبر شخصاً من اشخاص العقد تنتقل له الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد النقل، برفض شرط الاختصاص القضائي بإرادته المنفردة، والذي بالنتيجة سيخل بتوقعات أطراف العقد وكأثر لهذا الاخلال ستعكس النتيجة سلباً على توقعات المشرع بتطوير منظومة النقل الأردنية والتي من شأنها جذب الاستثمارات الأجنبية في هذا القطاع، نظراً للعزوف الذي يمكن أن يتحقق نتيجة ذلك.

وقد اوصت الدراسة بعدد من التوصيات التي نأمل من المشرع الأردني اخذها بعين الاعتبار، كان منها الاطلاع على تجارب الدول الأخرى المنظمة لشرط الاختصاص القضائي لغايات إعادة تنظيمه متلافياً أي غموض أو قصور ورد بالنص الحالي. أن يقوم المشرع الأردني باشتراط الكتابة لشرط الاختصاص القضائي ليس فقط لغايات إعماله بحق المرسل إليه وإنما أيضاً بحق اطراف العقد، وأن يطبق المشرع ما قام بتطبيقه على شرط التحكيم من حيث اشتراطه الكتابة الخطية، أو على الأقل أن يوضح مكان شرط الاختصاص القضائي في عقد النقل، قياساً على عقد التأمين.

عدم ترك شرط الاختصاص القضائي مستنداً إلى سلطان الإرادة المطلق، وإنما العمل على تحديده بضوابط موضوعية توضح للأطراف المحكمة الملائمة بنظر المنازعة لمنح القاضي الوطني الدور الإيجابي عند مراقبته لشرط الاختصاص القضائي لتلافي الغش نحو القضاء الوطني، أو على الأقل، تحديد عدد من المحاكم في نظر المنازعة تاركاً لاطراف العقد اختيار احدها.

فرض وسائل وقائية لحماية المرسل إليه من خلال ادراج شرط الاختصاص القضائي في مكان بارز للعيان لا مجال لعدم الاطلاع عليه أو ترك مسألة الاعلان عن رفض شرط الاختصاص القضائي بحقه لجهة محايدة ألا وهي القضاء استناداً لمبدأ حسن النية في العقود.

قواعد الإسناد ذات الطبيعة المادية

دراسة تأصيلية نقدية

د. عبد السلام علي الفضل^(١)

تهدف القواعد القانونية الى تنظيم علاقات الاشخاص فيما بينهم الى تحقيق نوع من التوازن بين مصالحهم المختلفة. وتأتي قواعد القانون الدولي الخاص في هذا الإطار ولكن بمنظور مغاير. فهذا القانون ينظم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، بمعنى انه يهتم بعلاقات قانونية متصلة بأكثر من نظام قانوني لعدة دول، وبالتالي تتعدد وتختلف الحلول الموضوعية التي تحكم العلاقة القانونية موضوع النزاع.

وتعد قواعد الاسناد الوسيطة التقليدية لحسم مشكلات تنازع القوانين، ولكن هذه القواعد لا تعطي حلا موضوعيا مباشرا بالنسبة للمصالح المختلفة التي تثور بصدد المنازعات، وانما تقوم فقط بتحديد النظام القانوني الاكثر ارتباطا بالعلاقة دون الاهتمام بمضمون الحلول الموضوعية الموجودة في ذلك القانون^(٢). فهذه القواعد توصف بانها قواعد تركيزية محايدة تهدف الى ايجاد ضابط اسناد تركيزي ملائم يرتبط بالعلاقة محل النزاع ويعبر عن مركز الثقل فيها، فتسعى قاعدة الاسناد الى توزيع الاختصاص التشريعي بين القوانين المتصلة بالعلاقة وفقا لتلك الضوابط التركيزية، فتختار من بينها القانون الاكثر ارتباطا بالعلاقة دون النظر الى معايير اخرى^(٣). ومن هذا الجانب تهدف قاعدة الاسناد الى إدراك

(١) أستاذ مساعد- كلية القانون جامعة اليرموك

(٢) خالد، هشام، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط ١، ٢٠١٤، ص ٥١٥.

(٣) سلامة، أحمد عبدالكريم، تأملات في ماهية قاعدة الاسناد، المجلة المصرية للقانون الدولي، القاهرة، مجلد عدد ٥١، ١٩٩٥، ص ١٢٩.

عدالة تنازعية باختيارها القانون الاكثر ارتباطا بالعلاقة دون أدنى اهتمام بعدالة القواعد الموضوعية الموجودة فيه لحكم مصالح أطراف العلاقة^(١).

وقد تعرض منهج قواعد الاسناد التقليدية للعديد من الانتقادات الشرسة من الفقه الامريكي وخاصة فيما يتعلق بغياب العدالة المادية في إطار هذا المنهج^(٢). فهو، في نظر هذا الفقه، منهج أعمى يضم قواعد غير مباشرة وغير محددة المضمون يستخدم عمليات معقدة وشاقة تؤدي الى نتائج غير معروفة وشاذة. فتحديد القانون الواجب التطبيق يتم بطريقة مجردة معصومة العينين دون اهتمام بمضمون احكامه وقواعده ومدى عدالتها لحكم العلاقة محل النزاع. ونتيجة لتلك الانتقادات فقد أصبح منهج التنازع التقليدي يعاني من أزمة حقيقية باعتبار انه عاجز عن تقديم الحلول العادلة للعلاقات الخاصة الدولية^(٣).

وعلى الرغم من تلك الانتقادات العديدة لمنهج الاسناد التقليدي والدعوات المتزايدة للتخلي عن هذا المنهج لصالح مناهج موضوعية مباشرة للعلاقات الخاصة الدولية^(٤)، الا أن ذلك المنهج التقليدي لايزال يحظى باهتمام كبير في التشريعات المقارنة وخاصة العربية منها. ولذلك قام أنصار هذا المنهج بإدخال اصلاحات وتعديلات عديدة عليه لمحاولة تلافي الانتقادات والعيوب التي وجهت اليه. وما يهم هذه الورقة البحثية هو ليس دراسة أزمة منهج قاعدة الاسناد التقليدية وعوامل ظهورها، وليس ايضا دراسة المناهج الموضوعية المنافسة

(1) H. Gaudemet-Tallon, Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses, Recueil des cours, 2005, t. 312, p. 229.

(٢) يعد الفقيه الامريكي Cavers من أوائل الفقهاء الامريكيين الذين بدأوا هجوما مبكرا على المنهج التقليدي لقواعد الاسناد وقد أورد العديد من الاقتراحات يمكن تلخيصها في فكرة رئيسة تشير الى انه يجب على القاضي عدم القيام باختيار القانون الواجب التطبيق إلا بعد تقييم ومقارنة الحلول التي تقدمها القواعد الموضوعية في القوانين المتنافسة لحكم النزاع، فجاء بنظرية خاصة تسمى بنظرية "مبادئ التفضيل". انظر:

D. Cavers, Contemporary Conflicts Law in American Perspective, Recueil des cours, t. 131, 1970, p. 75-308.

(3) G. Kegel, The Crise of Conflict Laws, Recueil des cours, t. 112, 1964, p. 91- 268.

(٤) خليل، خليل ابراهيم محمد، تكامل مناهج تنازع القوانين: دراسة تحليلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٥، ص ٥٩.

في هذا الميدان، فتلك مواضيع قد اشبعت بحثا في القانون الدولي الخاص، ولكن ما يهمنا هنا هو تلك الاصلاحات والتغيرات التي طرأت على الطابع المحايد لقاعدة الاسناد. فمن الملاحظ أن القوانين المعاصرة والاتفاقيات الدولية تشهد تطورا ملحوظا على هذا الصعيد وذلك من خلال صياغة نوع جديد من قواعد الاسناد تكون موجهة نحو تحقيق أهداف مادية معينة للوصول الى حلول موضوعية أكثر عدالة للأطراف دون الاهتمام بدرجة الارتباط بين القانون والعلاقة المعنية⁽¹⁾. فهذا النوع من القواعد يشير الى تطبيق القانون الواجب التطبيق بالنظر الى مضمون الحلول المادية التي يقدمها وليس استنادا الى الروابط الوثيقة التي تربطه بالعلاقة، ويطلق على هذا النوع من القواعد تسمية قواعد الاسناد ذات الطبيعة المادية أو الموضوعية⁽²⁾.

• أهمية الدراسة:

تأتي هذه الدراسة في ظل الاهتمام المتزايد من الفقه والتشريعات الوطنية، وبشكل ملحوظ من الاتفاقيات الدولية بتكريس قواعد اسناد ذات طبيعة مادية ضمن الحلول التي توضع لحسم مشكلات تنازع القوانين. ولذلك نجد مثلا أن معظم اتفاقيات مؤتمر لاهاي لتوحيد قواعد القانون الدولي الخاص تتبنى هذا النوع من القواعد وتبتعد قدر الامكان عن استخدام قواعد اسناد تركيزية محايدة⁽³⁾. وهذا يعني ان قواعد الاسناد المادية هي الاقدر، في نظر المشرع الدولي، على تحقيق التوحيد بين الحلول الموضوعية المختلفة في ميدان العلاقات الخاصة الدولية بموجب الاتفاقيات الدولية⁽⁴⁾. ومن جانب اخر يلاحظ ازدياد عدد

(1) B. Audit, Le droit international privé en quête d'universalité, Recueil des cours, t. 305, 2003, p. 337.

(2) F. Soirat, Les règles de rattachement à caractère substantiel, Thèse Paris I, 1995, p.12 et s.

(3) C. Brière, Réflexion sur l'influence de la conférence de La Haye, D. 2018, p. 1656.

(4) H. Gautemet-Tallon, L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales, (l'exemple des conventions de La Haye), in mélanges en l'honneur d'Yvon LOUSSOUARN, Dalloz Paris 1994, p. 181.

الدول المنضمة الى مؤتمر لاهاي وخاصة من الدول العربية رغبة منها في توحيد قواعد القانون الدولي الخاص والتشجيع على ابرام تلك العلاقات الدولية بتوفير حلول ملائمة تحكم المنازعات التي تنشأ بينهم. وهذا الانضمام الى تلك الاتفاقيات الدولية سيؤثر دون شك في قواعد الاسناد الوطنية التي لازالت تعتمد على الاسلوب التركيبي التقليدي في الاسناد⁽¹⁾.

• اشكالية الدراسة:

إن ادخال اعتبارات العدالة المادية في صياغة قاعدة الاسناد، الوطنية أو الاتفاقية، يبعد تلك القواعد عن منهج الاسناد التقليدي، ولذلك ستتأثر، لا بل ستتآكل وتختفي، العديد من المفاهيم والمبادئ العامة التي يقوم عليها هذا المنهج التقليدي بوجود قواعد الاسناد ذات الطبيعة المادية. فيظهر أن هناك تغيرا ملحوظا أصاب هيكلية ووظيفة قاعدة الاسناد التقليدية من خلال ادخال تلك الاعتبارات المادية في البحث عن القانون الواجب التطبيق. وبالتالي فإنه من المهم تحديد المقصود بتلك القواعد وبيان كيفية عملها لإدراك العدالة المادية، وهل أثر هذا التوجه الجديد في طبيعة القاعدة بحيث انها لم تعد قاعدة تنازع بالمعنى الدقيق وإنما قاعدة موضوعية؟ ولا بد ايضا من دراسة النتائج والآثار المترتبة على ادخال هذا النوع من قواعد الاسناد ضمن النظرية العامة لتنازع القوانين. وهل استطاعت فعلا تلك القواعد إدراك العدالة المادية بإيجادها حلا ملائما وعادلا للعلاقات الخاصة الدولية؟ وهل نجحت تلك القواعد فعلا في تحقيق التعايش والتعاون بين النظم القانونية المختلفة وبالتالي توحيد الحلول الموضوعية بين الدول بموجب الاتفاقيات الدولية؟

• منهج الدراسة:

لدراسة جميع التساؤلات السابقة والاجابة عليها ستعتمد هذه الدراسة على المنهج الوصفي والتحليلي لهذا النوع من قواعد الاسناد، مع التركيز على التشريعات التي تبنت مثل هذه القواعد وخاصة اتفاقيات لاهاي لتوحيد قواعد القانون الدولي الخاص في العديد

(1) C. Brière, Réflexion sur l'influence de la conférence de La Haye, op., cit., p. 1656.

من العلاقات القانونية. ولذلك سيتم تقسيم هذا البحث الى مبحثين: الاول يتناول التعريف بقواعد الاسناد ذات الطبيعة المادية، بينما يعالج المبحث الثاني الاثار المترتبة على استخدام تلك القواعد في نظرية تنازع القوانين.

المبحث الاول

التعريف بقواعد الاسناد ذات الطبيعة المادية

تبنى قواعد الاسناد التقليدية في معظم التشريعات المقارنة ومنها العربية بشكل واضح على ضرورة تحقيق عدالة تنازعية شكلية باختيارها القانون الاكثر ارتباطا بالعلاقة دون الاهتمام بمضمون قواعده الموضوعية وعدالتها لحكم العلاقة، ويتم هذا الاسلوب من خلال تكريس قواعد اسناد تركيزية محايدة⁽¹⁾. هذا المنهج التقليدي يؤدي في كثير من الحالات الى ايجاد ضابط اسناد تركيزي مجرد يؤدي الى تطبيق قانون غير ملائم لحكم العلاقات الخاصة الدولية وبيتعد عن العدالة.

ومن هنا جاءت الحاجة الى ايجاد نوع اخر من قواعد الاسناد الى جانب تلك القواعد التركيزية المحايدة تهدف الى تحقيق حل موضوعي معين من خلال النظر في مضمون القوانين المتعددة المتصلة بالعلاقة والمحملة التطبيق، بحيث لا يطبق منها الا ذلك القانون الذي يسمح بادراك العدالة المادية المرغوبة⁽²⁾. فما هو المقصود بقواعد الاسناد ذات الطبيعة المادية؟ وما هي طبيعتها والية تطبيقها؟ هذا ما سيتم تناوله في المطلبين التاليين: **الاول:** ماهية قواعد الاسناد ذات الطبيعة المادية **والثاني:** صور وتطبيقات تلك القواعد.

(1) الحداد، حفيظة السيد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢، ص ٣٣. البستاني، سعيد يوسف، الجامع في القانون الدولي الخاص: المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، منشورات دار الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، ص ٥٩٣.

(2) P. M. Patocchi, Règles de rattachement localisatrice et règles de rattachement à caractère substantiel: de quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe, Etudes suisses de droit international, vol. 42, Genève, 1985, p. 376.

المطلب الأول: ماهية قواعد الاسناد ذات الطبيعة مادية

تنتقل فكرة قواعد الاسناد ذات الطبيعة المادية من أن اختيار القانون الواجب التطبيق يجب أن لا يستند الى اعتبارات تركيزية فقط وانما الى اعتبارات مادية من أجل إدراك نوع من العدالة بالنظر الى النتائج والحلول الموضوعية التي يقدمها القانون الواجب التطبيق. ويعرف جانب من فقه القانون الدولي الخاص قواعد الاسناد ذات الطبيعة المادية بأنها " تلك القواعد التي تهدف الى تحديد النظام القانوني الذي يؤمن أكثر من غيره تحقيق النتيجة المادية التي يرغب واضع القاعدة في حصولها"⁽¹⁾. إذ أن هذه القواعد توجه نحو الوصول الى حلول أو نتائج موضوعية محددة من أجل تحقيق ما يسمى بالعدالة المادية. فلم يعد دور قاعدة الاسناد مقتصرًا على تحديد القانون الأكثر ارتباطًا بالعلاقة القانونية محل النزاع، وانما البحث عن نتيجة موضوعية عادلة لحسم النزاع في نظر واضع قاعدة الاسناد⁽²⁾.

فالمشرع الوطني عندما ينظم العلاقات الداخلية بقواعد قانونية فإنه يسعى الى تكريس سياسة تشريعية معينة من خلال تقديم حلول موضوعية تهدف الى تشجيع وحماية بعض المراكز القانونية وأحيانًا الى حماية أحد أطراف العلاقة: كالأطفال، أو المتضرر، أو الطرف الضعيف في العقد... فيرغب المشرع الوطني بتحقيق تلك الاهداف ايضا من خلال قواعد الاسناد على مستوى العلاقات الخاصة الدولية. ويلاحظ هنا أنه بالإضافة الى وظيفة قاعدة الاسناد التقليدية المتمثلة بتوزيع الاختصاص التشريعي بين القوانين المتصلة بالعلاقة، فإن قاعدة الاسناد قد تصاغ من أجل تحقيق سياسة تشريعية محددة بشكل مسبق من خلال البحث في مضمون تلك القوانين، ولا يطبق منها الا ذلك القانون الذي يحقق العدالة المادية المرغوبة من قبل واضع قاعدة الاسناد. وبذلك لم تعد قاعدة الاسناد محايدة⁽³⁾.

(1) P. Lagarde, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, Recueil des cours, t. 196, 1986, p. 56.

(2) P. M. Patocchi, Règles de rattachement localisatrice et règles de rattachement à caractère substantiel, op. cit., p. 377.

(3) Y. Loussouran, La règle de conflit est-elle une règle neutre? Trav. com. fr. DIP, 1980-1981, p. 43.

هذا التغيير الحاصل في وظيفة ودور قاعدة الاسناد التقليدية أثار خلافاً فقهيها واسعاً حول الطبيعة القانونية لهذا النوع من قواعد الاسناد^(١). إذ أن ادخال الاعتبارات المادية في هيكلية قاعدة الاسناد والاهتمام بالحلول الموضوعية المطبقة على العلاقة القانونية موضوع النزاع، يجعل تلك القواعد تبتعد عن منهج الاسناد التقليدي وتقترب من منهج القواعد الموضوعية. وبالتالي يرى جانب من الفقه^(٢) أن هذه القواعد لم تعد قواعد تنازع بالمعنى المتعارف عليه، وإنما هي قواعد موضوعية داخلية تطبق على العلاقات الخاصة الدولية. فالمشرع يرغب هنا في نقل قواعده وحلوله الموضوعية الداخلية لتطبق على تلك العلاقات الدولية. ولذلك فهي تركز حلاً موضوعية مباشرة^(٣).

ولكن في الحقيقة لا يمكن ادراج تلك القواعد في إطار المنهج الموضوعي المباشر، فهذه القواعد ذات طبيعة مختلطة تبنى على عنصر تركيزي وعنصر مادي^٤: فتبقى محتفظة بصفاتها التركيزية لأنها ترشح للقاضي عدداً من القوانين المتصلة بالعلاقة، وإلى جانب ذلك الطابع التركيزي تتسم بطابعها المادي حيث تهدف إلى الوصول إلى نتيجة مادية معينة، ولا ينعقد الاختصاص لقانون معين إلا إذا كان من شأن تطبيقه تحقيق تلك النتيجة التي يرغب المشرع الوصول إليها من بين القوانين المتصلة بالعلاقة. فتلك القواعد تقع في مركز متوسط بين قواعد الاسناد التقليدية التي تركز العلاقة في مكان جغرافي معين والقواعد

(1) Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommieres, Droit international privé, Dalloz, 10 éd., 2013, p. 182.

(2) B. Haftel, Droit international privé, Dalloz, 1er éd. 2018, p. 196., P. Mayer et V. Heuzè, Droit international privé, LGDJ, 11 éd., 2014, p. 96., E. Fohrer-Dedeurwaerder, La prise en considération des normes étrangère, LGDJ, 2008, p. 344, P. Picone, Les méthodes de coordination entre ordres juridique en droit international privé: Cours général de droit international privé, Recueil des cours, t. 276, 1999, p. 84.

(3) F. Soirat, Les règles de rattachement à caractère substantiel, op. cit., p.62.

(٤) الهواري، أحمد ابراهيم، قراءة نقدية لحلول مشكلات تنازع القوانين في تعنين المعاملات المدنية الاماراتي، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، مجلد ١٩، عدد ١، ٢٠١١، ص ٤٧. وانظر كذلك:

B. Audit, Le droit international privé à la fin du XX^e siècle: progrès ou recul, Revue internationale de droit comparé, vol. 50, 1988, p. 427.

الموضوعية في القانون الدولي الخاص التي تؤمن مباشرة حلولا موضوعية للعلاقات الخاصة الدولية⁽¹⁾.

وبالتالي نجد أن القانون الذي تم تحديده بموجب تلك القواعد يبقى في إطار المنهج التنازعي، إذ أن النتيجة المادية التي طبقت على النزاع استندت الى تطبيق المنهج العام لقواعد التنازع. فلا يمكن الوصول الى تلك النتيجة المادية الا من خلال اعمال قواعد الاسناد. ولذلك تبقى هذه القواعد محتفظة بصفاتها كقواعد اسناد تسند العلاقة الى قانون محدد من بين عدة قوانين ترشحت لحكم العلاقة محل النزاع. فكل ما في الامر أن الجانب المادي للقاعدة يطغى على الجانب التركيبي لها، فالاختلاف مع قواعد الاسناد التقليدية هو اختلاف في الدرجة وليس في الطبيعة⁽²⁾، إذ أن التركيز في ظل هذه القواعد هو تركيز واقعي وليس تركيزا مجردا⁽³⁾.

ونتيجة لذلك تتميز قواعد الاسناد ذات الطبيعة المادية عن القواعد الموضوعية الدولية وكذلك القواعد ذات التطبيق المباشر أو الضروري. إذ أنه لا يتم الوصول الى النتيجة المادية التي يرغب المشرع أو القاضي في تحقيقها إلا من خلال اعمال قاعدة الاسناد. بينما في القواعد الموضوعية الدولية، فان هذه القواعد تطبق مباشرة على العلاقة الدولية وتحسم النزاع دون تدخل قاعدة الاسناد وبالتالي دون تحديد القانون الواجب التطبيق⁽⁴⁾. ومن جانب آخر قد تقترب قواعد الاسناد ذات الطبيعة المادية من القواعد ذات التطبيق الضروري على اعتبار ان هذه القواعد الأخيرة تعد قواعد مادية داخلية تعطي الاختصاص

(1) P. Lagarde, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, op. cit., p. 56.

(2) Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommieres, Droit international privé, op. cit., p. 183.

(3) Y. Lequette, Les mutations du droit international privé: vers un changement de paradigm? Cours général de droit international privé, Recueil des cours, t. 387, 2018, p. 240.

(4) P. Lagarde, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, op. cit., p. 58.

للقانون الذي تنتمي اليه من خلال الربط بين مضمونها ونطاق تطبيقها، فتحديد نطاق تطبيق هذا القانون يستند الى الاهداف والاعتبارات المادية التي تسعى الى تطبيقها^(١). وهذا يقترب من آلية عمل قواعد الاسناد ذات الطبيعة المادية التي تربط بين تحديد القانون الواجب التطبيق بموجبها والمضمون المادي لذلك القانون ونتائج تطبيقه. ولكن رغم هذا التقارب بين هذه القواعد فان القواعد ذات التطبيق المباشر أو الضروري هي قواعد مادية احادية الجانب تطبق مباشرة على النزاع دون الحاجة الى المرور بقواعد الاسناد وانما تحدد نطاق تطبيقها بذاتها. أما قواعد الاسناد المادية فهي قواعد غير مباشرة مزدوجة الجانب تشير الى القانون الواجب التطبيق وبحيث لا يصلح المشرع أو القاضي الى اهدافه التي يرغب بتحقيقها الا من خلال منهج التنازع غير المباشر^(٢).

فقاعدة الاسناد ذات الطبيعة المادية تبقى محتفظة بصفاتها كقاعدة تنازع تختار القانون الواجب التطبيق ولكن ليس على اسس تركيزية بحتة باعتبار ذلك القانون هو الاكثر ارتباطا بالعلاقة، ولكن الاختيار يكون على اسس واعتبارات مادية من أجل الوصول الى تطبيق نتيجة مادية محددة يرغب المشرع أو القاضي في تحقيقها، ففقدت تلك القواعد طابعها المحايد. ومن أجل ذلك يلجأ واضع قاعد الاسناد الى العديد من الطرق والصور لإسناد العلاقة الى القانون الذي يحقق تلك النتائج والاهداف المادية.

المطلب الثاني: صور قواعد الاسناد ذات الطبيعة المادية

تتنوع صور قواعد الاسناد ذات الطبيعة المادية من أجل الوصول الى نتيجة موضوعية معينة يرغب واضع قاعدة الاسناد في تحقيقها. فمضمون تلك القواعد متعدد ومتنوع ولكنه يعتمد في الغالب على تعدد ضوابط الاسناد في القاعدة، وهذا التعدد قد يأتي على سبيل التخيير (الفرع الأول) أو التدرج (الفرع الثاني) وقد يكون الهدف من التعدد تطبيق ضوابط

(١) شبع، علاء حسين علي، مدى إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في عقود التجارة الدولية: دراسة تحليلية مقارنة، مجلة آداب ذي قار، العراق، مجلد عدد ٢١، ٢٠١٧، ص ٣١٩.

(٢) صادق، هشام، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٨٢١.

الاسناد بشكل جامع (الفرع الثالث)، ولذلك سيقصر البحث هنا على صور واشكال تلك القواعد المتعارف عليها في مختلف الانظمة القانونية المقارنة.

◆ الفرع الأول: اسلوب الاسناد التخييري

تحتوي قاعدة الاسناد التخييرية على عدد معين من ضوابط الاسناد التي تسند العلاقة القانونية الى أكثر من قانون يختار القاضي منها، أو الاطراف أحيانا، القانون الذي يحقق النتيجة الموضوعية المرغوبة^(١). ففي كثير من الحالات قد يهدف المشرع الوطني الى التشجيع على ابرام المعاملات الخاصة الدولية ويرغب في التيسير في ابرامها وخاصة من حيث الاجراءات والاوزاع الشكلية، فيصوغ قاعدة اسناد تحتوي على عدد معين من ضوابط الاسناد بهدف اختيار واحد من تلك الضوابط يحقق سياسته التشريعية وغاياته في البحث عن صحة تلك التصرفات القانونية من حيث الشكل والتشجيع على ابرامها، فيكفي أن يأتي التصرف صحيحا من حيث الشكل بموجب قانون واحد من تلك القوانين المتعددة حتى ولو كان باطلا بموجب القوانين الاخرى المتصلة بالعلاقة^(٢).

وتلجأ التشريعات الوطنية والدولية بكثرة الى هذا النوع من قواعد الاسناد من أجل تحقيق نتيجة مادية معينة كحماية استقرار المعاملات الدولية أو حماية المركز القانوني ل احد أطراف العلاقة: كالأطفال في ثبوت النسب وتقرير النفقة وكذلك حماية الطرف الضعيف في التصرفات التعاقدية كالعامل والمستهلك^(٣). ومن أمثلة هذا النوع من قواعد الاسناد تلك الواردة في المادة الاولى من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٦١ بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على اشكال الوصايا، فيكفي أن تأتي الوصية صحيحة بموجب واحد من القوانين التالية: قانون مكان تحرير الوصية أو قانون جنسية الموصي وقت الإيصاء أو وقت الوفاة أو

(1) M. Jorge, Les rattachements alternatifs en droit international privé, Thèse de doctorat, Paris I, 1998. p. 10.

(٢) صادق، هشام، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص. ٨١١

(3) H. Gaudemet-Tallon, Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses .op. cit., p. 232.

قانون موطن أو مكان اقامة الموصي وقت الايضاء أو وقت الوفاة^(١). وقد تبنت معظم التشريعات العربية حلا مماثلا بشأن شكل الوصية، فعلى سبيل المثال تنص الفقرة الثانية من المادة ١٨ من القانون المدني الاردني على انه: "يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الايضاء أو قانون البلد الذي تمت فيه..."^(٢).

ويسعى المشرع ايضا الى هذا الهدف بشأن التصرفات التعاقدية. فبموجب المادة ١١ من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٨٦ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع فان العقد يكون صحيحا من حيث الشكل إذا راعى الاطراف الاوضاع والاشكال الموجودة في قانون العقد من حيث الموضوع أو في قانون مكان ابرامه. وقد تبنت المادة التاسعة من الاتفاقية الاوروبية روما لسنة ١٩٨٠ ومعظم التشريعات العربية حلا مماثلا لحكم صحة العقود الدولية من حيث الشكل^(٣).

ويلاحظ من خلال النصوص السابقة أن واضع قاعدة الاسناد التخييرية يتوسع في تعدد القوانين المحتملة التطبيق على النزاع وذلك لاختيار القانون الذي يعطي صحة للتصرف من حيث الشكل بما يتفق مع رغبة المشرع في التيسير على الاطراف في ابرام تلك التصرفات واحترام ارادة الموصي أو المتعاقدين. فتظهر بوضوح رغبة المشرع في تحقيق سياسته التشريعية الوطنية أو اهدافه المادية الداخلية من خلال هذا الاسلوب. فالطابع المادي يبدو واضحا في هذه القاعدة ولكنها تبقى محتفظة بطابعها التركيزي الى جانب ذلك

(١) المادة الاولى من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٦١ بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على أشكال الوصايا.

(٢) وهناك العديد من الامثلة على مثل هذه القواعد في القانون الدولي الخاص التونسي بشأن حماية الطفل: ففي مسألة النسب نص الفصل ٥٢ من القانون الدولي الخاص التونسي على انه " يطبق القاضي القانون الافضل لإثبات بنوة الطفل من بين: ١- القانون الشخصي للمطلوب أو قانون مقره ٢- القانون الشخصي للطفل أو مقره، وتخضع المنازعة في البنوة للقانون الذي نشأت بمقتضاه". انظر ايضا الفصل ٥٠ التي تنص على انه " تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل" وكذلك الفصل ٥١ من ذات القانون التي تنص على انه: " تخضع النفقة للقانون الشخصي للدائن أو قانون مقره أو القانون الشخصي للمدين أو قانون مقره، ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل".

(٣) أنظر على سبيل المثال: المادة ٢١ من القانون المدني الاردني لسنة ١٩٧٦، والمادة ٦٣ من قانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، والمادة ٢٠ من القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨.

الطابع المادي، بمعنى ان جميع القوانين المحتملة التطبيق لها صلة أو ارتباط بالعلاقة المطروحة، وهذه القوانين توضع على قدم المساواة امام القاضي ولا يشترط اتباع ترتيب معين بشأنها. ولكن لا يطبق من هذه القوانين الا ذلك القانون الذي يتضمن النتيجة المادية التي يرغب المشرع في تحقيقها بما يتفق مع اهدافه التشريعية، والذي قد لا يكون بالضرورة هو القانون الاكثر ارتباطا بالعلاقة⁽¹⁾.

إن هذا الاسلوب التخييري يعزز في كثير من الحالات امكانية اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الاطراف، فقد يمنح أحد الاطراف الحق في اختيار تطبيق قانون معين من بين القوانين المتصلة بالعلاقة، وهذا الاختيار يحمل طابعا ماديا. فعندما يختار الاطراف القانون الواجب التطبيق على العلاقة من بين عدة قوانين فإنهم دون شك يختارون القانون الذي يحقق مصالحهم واهدافهم المادية. فعندما يمنح مثلا المتضرر في المادة السادسة من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٣ المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية القانونية عن المنتجات امكانية الاختيار من بين عدة قوانين منها قانون مكان وجود المركز الرئيس للمنتج أو قانون مكان وقوع الفعل الضار، فان الاتفاقية تسعى الى السماح للمتضرر بإخضاع النزاع للقانون الذي يؤمن له حماية أفضل. وهذه نتيجة مادية تسعى الاتفاقية الى الوصول اليها من خلال عنصر الاختيار الممنوح في قواعد الاسناد للطرف الضعيف في العلاقة وهو المتضرر⁽²⁾.

وكذلك نجد هذا التوجه في المادة السابعة من التنظيم الاوروبي رقم ٢٠٠٧/٨٦٤، بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية والمسمى بتشريع (روما II)، التي تعطي المتضرر نتيجة التلوث البيئي في ان يختار بين تطبيق قانون مكان تحقق الضرر أو مكان وقوع الفعل الضار.

(١) الهواري، أحمد ابراهيم، قراءة نقدية لحلول مشكلات تنازع القوانين في تقنين المعاملات المدنية الاماراتي، مرجع سابق، ص ٤٦.

(2) H. Gautemet-Tallon, L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales, op. cit., p. 183.

ومن بين ضوابط الاسناد ذات الطابع التخييري التي يلجأ اليها المشرع لتحقيق عدالة مادية في توفير حماية كافية للطرف الضعيف في العقد ما تنص عليه المادة ٨ من التوجيه الاوروبي روما ١ لسنة ٢٠٠٨ بشأن عقود العمل الدولية وذلك بإخضاعها لقانون الارادة أو قانون مكان تنفيذ العمل أيهما أفضل في الحماية للعامل^(١). وكذلك نص المادة السادسة من ذات التوجيه الاوروبي بشأن المستهلك الذي يخضع عقود الاستهلاك الدولية لقانون الارادة أو قانون محل اقامة المستهلك المعتادة ايهما أفضل لهذا الاخير. فقاعدة الاسناد التي جاءت في هذه المواد ليست قاعدة تركيزية تبحث عن القانون الاكثر ارتباطا بالعلاقة التعاقدية وانما تبحث عن نتيجة مادية وهي تطبيق القانون الذي يوفر حماية أفضل للطرف الضعيف في تلك العلاقة، فهي قاعدة ذات طبيعة مادية^(٢).

وهكذا فان تلك القواعد التي تتضمن على عدد من ضوابط الاسناد تسعى الى إدراك العدالة المادية من خلال توسيع نطاق الاختيار بين القوانين المتصلة بالعلاقة وصولا الى الغاية المادية التي يرغب واضع قاعدة الاسناد في تحقيقها.

◆ الفرع الثاني: اسلوب الاسناد التدرجي

قد يلجأ المشرع الى صياغة قاعدة اسناد تتضمن عددا من ضوابط الاسناد يتم اللجوء الى تطبيقها بشكل تدرجي، بحيث يطبق اولا ضابط الاسناد الاصلي الرئيس في القاعدة، فاذا لم تتحقق النتيجة المادية المرغوبة من قبل واضع قاعدة الاسناد من خلال تطبيق القانون الذي اشار اليه الضابط الاصلي يتم اللجوء الى تطبيق ضوابط الاسناد الاحتياطية

(1) E. Pataut, La clause d'exception dans la Convention de Rome du 19 juin 1980, Rev. crit. DIP 2014, p. 159. CJUE, 12 sept.2013, aff. C-164- 12: Rev. crit. DIP 2014, p. 159, note E. Pataut, JDI 2014, comm. 4, p. 165, note C. Brière.

(٢) خليل، خالد عبدالفتاح محمد، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ١٧٣.

الآخري، وكل ذلك من اجل البحث عن العدالة المادية التي تسعى قاعدة التنازع الى ادراكها^(١).

وتجدر الاشارة هنا الى أن هناك قواعد اسناد تتضمن ضوابط اسناد بشكل تدريجي ولكن ليس الهدف من ذلك الوصول الى نتيجة مادية معينة وانما من أجل الوصول الى العدالة التنازعية المتمثلة بتطبيق القانون الاكثر ارتباطا بالعلاقة^(٢). وهذا يبدو جليا بشأن قاعدة الاسناد المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية الواردة في معظم التشريعات العربية، اذ تتضمن تلك القاعدة من ضابط اسناد أصلي وضوابط اسناد احتياطية، فلا يتم اللجوء الى ضابط الاسناد الاحتياطي الا إذا تعذر تطبيق الضابط الاول أو لا يمكن اعماله لتحديد القانون الاكثر ارتباطا بالعلاقة التعاقدية^(٣). أما في الحالة التي تعيننا فإنه يتم اللجوء الى تطبيق ضابط الاسناد الاحتياطي عندما لا يتم إدراك النتيجة أو الحل الموضوعي المرغوب من خلال تطبيق القانون الواجب التطبيق الذي عينه ضابط الاسناد الاصلي.

ومن أبرز الامثلة على هذا النوع من قواعد الاسناد ما جاء في المواد ٤، ٥، ٦ من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٣ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على التزامات النفقة والتي تقضي بخضوع هذا الالتزام أولاً لقانون مكان الاقامة المعتادة للدائن بالنفقة، وفي حالة ما إذا لم يستطع الدائن الحصول على النفقة بموجب ذلك القانون، يلجأ القاضي الى تطبيق قانون الجنسية المشتركة للدائن والمدين بالنفقة والا فقانون القاضي الذي ينظر النزاع^(٤). ويلاحظ

(١) J. D. Gonzalez Campos, Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé, Recueil des cours, Recueil des cours, t. 287, p. 366.

(2) S. Clavel, Droit international privé, Dalloz, 4 éd. 2016, p. 81.

(٣) المادة ٢٠ من القانون المدني الأردني لسنة ١٩٧٦، انظر المادة ١/١٩ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، المادة ١/١٩ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥، المادة ٥٨ من قانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ الكويتي الخاص بتنظيم للعلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي لسنة ١٩٦١، المادة ١٧ من القانون البحريني رقم ٦ لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الاجنبي.

(٤) أنظر بشأن اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٣ وكذلك برتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧ بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزام بالنفقة:

هنا ان المشرع الدولي يضع قاعد اسناد مادية تهدف الى تحقيق نتيجة موضوعية معينة وهي تقرير النفقة للدائن بها، فيعطى الاختصاص من خلال ضوابط الاسناد المتدرجة الى القانون الذي يؤدي الى تحقق تلك النتيجة المرغوبة^(١). ومن الامثلة الهامة على هذا النوع من قواعد الاسناد ما جاءت به المادة التاسعة من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧١ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الحوادث المرورية، حيث تسعى قاعدة الاسناد الواردة في تلك المادة الى تقرير حق المتضرر في اللجوء الى القضاء وإقامة المسؤولية على محدث الضرر وعلى شركة التأمين، وبالتالي اذا كان اولاً قانون مكان وقوع الحادث أو ثانياً قانون تسجيل المركبة المشار اليهما في المادة الرابعة والخامسة من ذات الاتفاقية لا يعترفان بهذا الحق فان المتضرر يستطيع اللجوء الى تطبيق القانون الذي يحكم عقد التأمين اذا كان يقرر ذلك الحق^(٢).

ويشير بعض الفقهاء الى ان قاعدة الاسناد المتعلقة بحماية المتعاقد حسن النية في حالة نقصان أهلية المتعاقد الاخر تعتبر ايضا مثالا على هذا النوع من قواعد الاسناد^(٣). فالمتعاقد حسن النية يستطيع أن يبقي على العقد صحيحاً إذا فاجأه المتعاقد الاخر بأنه ناقص الاهلية بموجب قانونه الوطني ولكنه كامل الاهلية بموجب مكان ابرام العقد^(٤). فمعظم التشريعات المقارنة تعطي الاختصاص الاصلي لقانون جنسية الشخص في نظر مسألة أهلية المتعاقد في ابرام المعاملات المالية، ولكنها تضع ضابطاً احتياطياً وهو مكان ابرام العقد الذي يتم

N. Joubert, La mise en oeuvre de l'obligation alimentaire en présence d'un élément d'extranéité dans les relations entre parents et enfants, Droit de la famille, 2018, dossier 3.

(١) عبدالعال، عكاشة محمد، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ٢٣، ص ٥٧٤.

(2) H. Gautemet-Tallon, L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales, op. cit., p. 183.

(3) M. Jorge, Les rattachements alternatifs en droit international privé, op. cit., p. 121., J.

D. Gonzalez Campos, Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé, op. cit., p. 342.

(٤) وقد نصت معظم التشريعات العربية على استثناء المصلحة الوطنية أو الجهل المغتفر بالقانون الاجنبي بشأن أهلية المتعاقدين، انظر المادة ١٢ من القانون المدني الاردني لسنة ١٩٧٦، المادة ١١ من القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨. أنظر: د. صادق هشام، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ٨١٤.

اللجوء اليه بشأن أهلية الاجنبي المتعاقد في حالة ما إذا لم يحقق تطبيق قانون الجنسية بعض الاهداف والنتائج المادية التي يرغب المشرع في تحقيقها. إذ تهدف هذه القاعدة، من خلال وجود ضابط اسناد احتياطي، الى تحقيق نتيجة مادية معينة وهي تقرير صحة العقد من اجل حماية المتعاقد حسن النية والمحافظة على الاستقرار القانوني في المعاملات الدولية التي تبرم على الاقليم الوطني أو حتى التي تبرم خارج الاقليم. فلا يتم اللجوء الى ضابط مكان ابرام التصرف الا عندما لا تتحقق تلك النتيجة بموجب تطبيق قانون جنسية المتعاقد.

◆ الفرع الثالث: اسلوب الاسناد الجامع

يعتمد هذا الاسلوب على صياغة قاعدة اسناد تتضمن عدة ضوابط اسناد يلزم تطبيقها تطبيقاً جامعاً. بمعنى أن تخضع العلاقة القانونية لعدة قوانين في وقت واحد^(١). في الحقيقة يقل استخدام هذا النوع من القواعد في الواقع العملي وذلك لان هذا الاسلوب يعبر عن رغبة المشرع في عدم الوصول الى نتيجة مادية معينة كأن لا يشجع على قيام علاقة قانونية معينة، وبالتالي تظهر هنا رغبة المشرع في اقصاء النظام القانوني الذي يساعد على قيام تلك العلاقة^(٢). فيلاحظ ايضاً عدم استخدام هذا الاسلوب كثيراً في الاتفاقيات الدولية حيث تسعى الدول الى تحقيق نوع من التعاون والتعايش بين الانظمة القانونية المختلفة^(٣). ومن الامثلة التي يمكن ان ترد على هذا الاسلوب ما يتعلق بوجود الشروط الموضوعية السلبية للزواج، أو ما يسمى بموانع الزواج، اذ يسعى المشرع من خلال التطبيق الجامع لعدة قوانين الى منع قيام الزواج الذي يقوم به واحد من تلك الشروط أو الموانع^(٤).

(١) عبدالعال، عكاشة، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٤.

(2) Y. Lequette, Les mutations du droit international privé: vers un changement de paradigm? Cours général de droit international privé, op. cit., p. 242.

(3) H. Gautemet-Tallon, L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales, op. cit., p. 184.

(٤) أنظر المادة ١٣ من القانون المدني الأردني، المادة ١٢ من القانون المدني المصري والتي تقضي بتطبيق قانون جنسية كل من الزوجين على الشروط الموضوعية للزواج. ومن موانع الزواج القرابة المحرمة واختلاف الدين بالنسبة للمرأة

يتبين مما سبق ان جميع قواعد الاسناد التي صيغت بهذه الاساليب تهدف الى البحث عن نتيجة مادية معينة يرغب واضع قاعد الاسناد في الوصول اليها من خلال اختيار القانون الذي يحقق تلك الاهداف المادية والتي تتفق مع اهدافه التشريعية الوطنية التي يرغب ان يطبقها على العلاقات الخاصة الدولية ايضا. فلا يمكن القول بأن الامر يتعلق بقواعد اسناد مجردة ذات طابع تركيزي تهدف الى تحقيق العدالة التنازعية فقط، وانما يبحث القاضي من خلالها الى تحقيق عدالة مادية بالاهتمام في مضمون القانون الواجب التطبيق ونتائج تطبيقه والتي يجب ان تدخل في اهتمام واضع قاعدة الاسناد وتتفق مع سياسته التشريعية. وبالتالي سيطبق القاضي القانون الذي يحقق تلك النتيجة المادية المرغوبة ولو لم يكن ذلك القانون هو الاكثر ارتباطا بالعلاقة.

ولكن اهتمام المشرع في الاخذ بالاعتبارات المادية في البحث عن القانون الواجب التطبيق يبعد قواعد الاسناد عن المنهج التقليدي في الاسناد ويؤثر بالتالي على العديد من المفاهيم والمبادئ التي بنيت عليها نظرية التنازع التقليدية. وهذا ما سيجاول الباحث بيانه في المبحث التالي.

المبحث الثاني

الاثار المترتبة على ادخال اعتبارات العدالة المادية في قاعدة الاسناد

عندما تهتم قاعدة الاسناد بتحقيق نتيجة مادية معينة فإنها تتعد عن المنهج التقليدي للاسناد في البحث عن القانون الاكثر ارتباطا بالعلاقة القانونية، وبالتالي تتجنب جميع الصعوبات والانتقادات التي توجه الى ذلك المنهج التركيزي الذي يؤدي عمله من خلال عمليات ووسائل معقدة في ايجاد القانون الواجب التطبيق (المطلب الأول).

المتزوجة والزواج في فترة الاعتداد بالنسبة للمرأة والاشترك في جريمة الزنا وغيرها من الموانع، فيطبق هنا قانون جنسية كل من الزوجين تطبيقا جامعا، بمعنى أن وجود اي مانع من هذه الموانع في قانون اي من الزوجين دون الزوج الاخر يؤدي إلى منع ابرام الزواج. أنظر: جمال الدين، صلاح الدين، تنازع القوانين في مشكلات ابرام الزواج: دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ٥٨.

ورغم أن هذه القواعد تحقق اهداف المشرع وتحافظ على سياسته التشريعية الا انه يكتنفها العديد من الصعوبات والانتقادات التي قد تثير الكثير من التساؤلات، لا بل الشكوك، حول مدى مقدرة تلك القواعد في تحقيق العدالة المادية المنشودة وكذلك في تنسيق وتوحيد الحلول الموضوعية بين النظم القانونية المختلفة في ميدان تنازع القوانين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تلافي صعوبات اعمال منهج الاسناد التقليدي

من أهم الانتقادات التي وجهت الى منهج قواعد الاسناد التقليدي بأنه منهج يتسم بشدة تعقيدته لحل مشكلات تنازع القوانين^(١). فمن أجل الوصول الى القانون الواجب التطبيق بموجب هذا المنهج يجب القيام بمجموعة من العمليات الفنية الضرورية من أهمها تكييف العلاقة وتركيزها في مكان جغرافي محدد ومسألة الاحالة واثبات القانون الاجنبي وتفسيره والدفع بالنظام العام.

بينما في المقابل عندما يسعى واضع قاعدة الاسناد الى إدراك عدالة أو نتيجة مادية معينة من خلال تطبيق قاعدة الاسناد وبالتالي اختيار تطبيق القانون الذي يحقق تلك النتيجة الموضوعية فإن الكثير من تلك الصعوبات والاشكاليات القانونية التي تثور في اطار المنهج التقليدي تنل أمام البحث عن العدالة المادية. وهذا ما يبدو واضحا من خلال استبعاد فكرة التركيز المكاني في البحث عن القانون الاكثر ارتباطا بالعلاقة (الفرع الأول) واستبعاد مسألة الاحالة (الفرع الثاني) والحد من استخدام الدفع بالنظام العام (الفرع الثالث).

(١) الباز، مصطفى محمد مصطفى، منهج قواعد التنازع في فض المنازعات الدولية الخاصة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، القاهرة، مجلد ٥٠، عدد ١، ٢٠٠٨، ص ٢٣١. وقد وجهت الى هذا النهج العديد من العبارات الغربية والمبالغ فيها لوصف منهج الاسناد التقليدي، فوصفه Prosser بأنه "مستقنع كئيب يسكنه علماء غريبو الأطوار، يدرسون مسائل غامضة مستخدمين تعبيرات ومصطلحات تستعصي على الفهم"، والبعض شبهه بلعبة الشطرنج يحتاج الى قضاة متخصصين في القانون الدولي الخاص. أنظر في ذلك: عشعوش، أحمد عبد الحميد، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، ١٩٨٩، ص ١٢. وكذلك:

Y. Loussoarn, Cours général de droit international privé, Recueil des cours, t. 139, 1973, p. 283.

◆ الفرع الأول: عدم الاهتمام بعملية التركيز المكاني

في ظل وجود عالم متغير ينتقل فيه الاشخاص والاموال والخدمات بسهولة وسرعة كبيرة بين مختلف البلدان، أصبح منهج الاسناد القائم على فكرة التركيز المكاني المجرد والمحايد غير صالح لحكم العديد من العلاقات القانونية، اذ يصعب في كثير من الحالات تركيزها في مكان جغرافي محدد كما في المعاملات الالكترونية والافعال الضارة المتنوعة التي قد تقع في عدة أقاليم أو في أماكن لا سيادة فيها⁽¹⁾. وقد يؤدي هذا المنهج من جهة اخرى الى تطبيق قانون لا يتلاءم مع طبيعة العلاقات الخاصة الدولية ولا يرتبط بالعلاقة بشكل وثيق⁽²⁾. بينما في المقابل عندما يستخدم المشرع اسلوب قواعد الاسناد ذات الطبيعة المادية فانه يبتعد عن النهج التركيزي المكاني التقليدي في البحث عن القانون المختص⁽³⁾. فنظرية التركيز أو التوطن الموضوعي التي تحكم منهج الاسناد التقليدي لا تلائم فكرة قواعد الاسناد ذات الطبيعة المادية⁽⁴⁾.

إذ يوجد ابتداء تناقض بين الية عمل قواعد الاسناد ذات الطبيعة المادية وقواعد الاسناد التركيزية، فالأولى تهدف الى تحقيق نتيجة موضوعية يرغب واضعها في الوصول اليها مهما كانت درجة الارتباط بالعلاقة محل النزاع، فيطبق هذا القانون حتى ولو لم يكن هو الاكثر ارتباطا بالعلاقة. فهذه القواعد لا تهتم اصلا بعملية التركيز الموضوعي والبحث عن القانون الاكثر ارتباطا بالعلاقة، وان ما يهمها هو الوصول الى النتيجة المادية المرغوبة. ولذلك فان

(1) P. Bourel, Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé, Recueil des cours, t.214, 1989, p.255.

(2) H. Gaudemet-Tallon, Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses, op. cit., p. 215.

(3) الهواري، أحمد ابراهيم، قراءة نقدية لحلول مشكلات تنازع القوانين في تقنين المعاملات المدنية الاماراتي، مرجع سابق، ص ٤٨.

(4) يعد الفقيه الألماني سافيني من الاوائل الذين نادوا بفكرة التركيز المكاني للعلاقة استنادا الى طبيعتها من خلال البحث عن مقرها وتركيزها في ذلك المكان. ولذلك يسمى منهج الاسناد التقليدي بالمنهج السافيني اشارة الى الدور الذي ساهم به هذا الفقيه في وضع قواعد الاسناد بشكلها الحالي. سلامة، أحمد عبدالكريم، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٢٢٢. وانظر كذلك: المصري، محمد وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان، الطبعة الثالثة، ٢٠١٦، ص ٥٩.

عملية البحث عن العدالة المادية يجب أن لا تتأثر بعملية التركيز الموضوعي المجرد، فتحقيق هذه العدالة يفترض اعلاء الجانب المادي في القاعدة على حساب الجانب التركيبي⁽¹⁾.

ومن جانب اخر يجب استبعاد عملية التركيز المكاني عن هذا النوع من قواعد الاسناد نظرا لاحتوائها على عنصر الاختيار الموجه للقاضي أو للأطراف في كثير من الحالات. فواضع قاعدة الاسناد في كثير من العلاقات، كما رأينا، يسمح للأطراف أو لأحدهم، أو حتى للقاضي، باختيار القانون الذي يتفق مع السياسة التشريعية لواضع القاعدة وذلك من خلال تعدد ضوابط الاسناد الموجودة في هذا النوع من القواعد وبغض النظر عن درجة الارتباط مع العلاقة القانونية المطروحة. فإعمال التركيز الموضوعي بشكله التقليدي هنا قد يضر بتحقيق تلك النتيجة المرجوة التي سمح المشرع لهم في اختيارها، وهذا لا يسمح باحترام توقعاتهم المشروعة، ولا يحترم ايضا توقعات واهداف واضع قاعدة الاسناد. فقد يؤدي تطبيق القانون الاكثر ارتباطا بالعلاقة الى اخراج قاعدة الاسناد المادية عن هدفها وإلحاق الاضرار بمصالح الاطراف الذين ارادوا تحقيق نتيجة معينة بموجب تطبيق القانون المختص. فعملية تركيز العلاقة لا تتناسب مع طبيعة قواعد الاسناد المادية التي تعتمد على اختيار قانون من بين عدة قوانين للوصول الى نتيجة موضوعية معينة⁽²⁾.

فطبيعة قواعد الاسناد ذات الطبيعة المادية ترفض فكرة التركيز المكاني الموضوعي كلية وذلك لتغليب الاعتبارات المادية على الاعتبارات التركيبية في صياغتها وعند اعمالها. وبالتالي فان جميع العمليات الضرورية لإتمام عملية التركيز الجغرافي، والتي تبدأ من تكييف العلاقة والبحث عن مقرها من خلال ضابط اسناد مكاني مجرد ومن ثم تركيزها في ذلك المكان، تتلاشى امام البحث عن تحقيق نتيجة موضوعية يرغب واضع قاعدة الاسناد في الوصول اليها.

(1) M. Jorge, Les rattachements alternatifs en droit international privé, op. cit., p. 170.

(2) Ibid.

إضافة إلى ذلك، فإن من شأن أعمال قواعد الإسناد ذات الغاية المادية استبعاد جميع الوسائل التصحيحية التي تستخدم لعلاج قصور قاعدة الإسناد في الوصول الى القانون الأكثر ارتباطاً بالعلاقة ومن أبرزها الإحالة والدفع بالنظام العام^(١).

♦ الفرع الثاني: استبعاد الإحالة

تلعب الإحالة دوراً مهماً في ميدان تنازع القوانين باعتبارها أداة لتحقيق نوع من التنسيق والانسجام بين مختلف القواعد والحلول القانونية على مستوى العلاقات الخاصة الدولية^(٢). فقد لاحظ أنصار منهج التنازع التقليدي أنه في كثير من الحالات قد تشير قواعد الإسناد التركيبية المحايدة إلى تطبيق قانون أجنبي يرفض الاختصاص ويحيله من خلال قواعد الإسناد الموجودة فيه إلى قانون آخر قد يكون قانون القاضي أو قانون أجنبي آخر^(٣). وبالتالي يجب على القاضي أن يتأكد من أن القانون الذي اختارته قاعدة الإسناد لا يرفض الاختصاص بحكم العلاقة القانونية المطروحة وهنا تنثور مشكلة الإحالة في تطبيق قانون آخر غير القانون المختص الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، وقد تؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة لا مخرج منها عندما تتوالى الإحالات إلى ما لا نهاية^(٤).

وقد تبنى الفقه الحديث مفهوماً جديداً أكثر مرونة للإحالة يعتمد على فكرة الحل الوظيفي لقاعدة الإسناد بمعنى أنه لا يجب أن يحدد المشرع موقفاً مسبقاً من قبول الإحالة أو

(١) لقد تنبه أنصار منهج الإسناد التقليدي للعديد من الانتقادات التي وجهت الى ذلك النهج واقرروا انه في بعض الحالات قد لا يوصل هذا المنهج الى القانون الاكثر ارتباطا بالعلاقة ولذلك اوجدوا العديد من الوسائل والادوات التصحيحية والتقييمية التي تهدف الى تركيز العلاقة في القانون الاكثر ارتباطا بالعلاقة، كإحالة والأداء المميز والشروط الاستثنائية... أنظر في ذلك: الهواري، أحمد محمد، نظرات في استثناءات تقويم الإسناد: دراسة تحليلية تأصيلية في تشريعات القانون الدولي الخاص وبوجه خاص التشريع السويسري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٦.

(2) W. J. Kassir, Le renvoi en droit international prive: technique de dialogue entre les cultures juridiques, Recueil des cours, t. 377, 2015, p. 20., H. Battifol et P. Lagarde, Droit international prive, t. 1, op. cit., 357.

(٣) عبدالعال، عكاشة محمد، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ١٤٥.

(٤) سلامة، أحمد عبدالكريم، الأصول في تنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص ٤٣٧.

رفضها، وإنما يجب على القاضي أن يقوم بتحليل قاعدة الإسناد المطبقة على العلاقة القانونية المطروحة ولا يتم اللجوء إلى الإحالة إلا عندما لا تحقق تلك القاعدة أهدافها التي وضعت من أجلها، إذ قد تساعد الإحالة في هذه الحالة على الوصول إلى تلك الأهداف^(١). ولذلك يعاب على التشريعات التي رفضت الإحالة باتخاذها موقفاً جامداً لا يتماشى مع تطور العلاقات الخاصة الدولية^(٢).

وتكاد تتفق معظم التشريعات القانونية على استبعاد الإحالة من نطاق التصرفات التي يكون فيها للأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق^(٣). إذ أن اللجوء إلى الإحالة في هذه التصرفات سيؤدي إلى الأضرار بمصالح الأطراف وبالأهداف المرجوة من تطبيق القانون المختار^(٤). ويلاحظ أيضاً أن أغلب الاتفاقيات الدولية التي تتضمن قواعد إسناد تستبعد الإحالة وذلك على اعتبار أن المشرع الدولي عندما يختار قانوناً معيناً بالذات فهو في نظره الأكثر ملاءمةً في مضمونه لحكم العلاقة الموضوعية، وبالتالي فإن اللجوء إلى الإحالة في نطاق الاتفاقيات الدولية يؤدي إلى نتائج غير مرغوب فيها وخاصة فيما يتعلق بتحقيق التنسيق والتعاون بين الأنظمة القانونية للدول المنضمة لتلك الاتفاقيات^(٥).

وتعد قواعد الإسناد ذات الطبيعة المادية علاجاً حقيقياً لاستبعاد الإحالة^(٦). فعندما تتضمن قاعدة الإسناد جانباً مادياً وتهدف إلى تحقيق نتيجة موضوعية معينة فإنه يجب ألا يتم اللجوء إلى الإحالة والابتعاد عن تلك النتيجة المادية. فالأهداف المادية لقاعدة

(١) الحداد، حفيفة السيد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ١٤١.

(٢) أنظر مثلاً المادة ٢٨ من القانون المدني الأردني وكذلك المادة ٢٧ من القانون المدني المصري.

(٣) أنظر المادة ١٥ من اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

(٤) W. J. Kassir, Le renvoi en droit international prive: technique de dialogue entre les cultures juridiques, op. cit., p. 61.

(٥) H. Gautemet-Tallon, L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales, op. cit., p. 185.

(٦) محمد، أشرف وفا، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ٢٠٠٩، ص ٣٩. وانظر كذلك:

H. Gautemet-Tallon, L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales, op. cit., p. 185.

الإسناد تمنع تدخل الإحالة لتعارضها مع هدف ورغبة المشرع الوطني أو الدولي، وحتى مع رغبة الأطراف في الوصول إلى النتيجة المرغوبة⁽¹⁾.

فقواعد الإسناد ذات الطبيعة المادية تحتوي على أكثر من ضابط اسناد تشير بالتساوي أو بالتدرج إلى اختصاص أكثر من قانون يختار منها القاضي، أو الأطراف في بعض الحالات، القانون الذي يسمح بالوصول إلى النتيجة التي يرغب واضع قاعدة الإسناد في تحقيقها. فهذه القواعد تفتح المجال واسعاً أمام تطبيق أكثر من قانون، ويكفي أن تتحقق النتيجة المادية المرغوبة، كصحة التصرف مثلاً، بموجب قانون واحد من بين تلك القوانين. فكلما تعددت القوانين كلما اتسعت فرصة تحقيق تلك النتيجة المادية وبالتالي لا حاجة إلى اللجوء إلى الإحالة لا بل إن تطبيق الإحالة في هذه القواعد قد يخرج قاعدة الإسناد عن هدفها المادي الذي يرغب المشرع في تحقيقه⁽²⁾.

ويتجه جانب آخر من الفقه الفرنسي⁽³⁾ إلى أن الإحالة لا تثور في إطار هذه القواعد على اعتبار أنها ليس قواعد اسناد حقيقية، إذ أنها لا تشير إلى تعين قانون أجنبي أصلاً لكي يرفض الاختصاص ويحيله إلى قانون آخر، وإنما فقط تم أخذ مضمونه بعين الاعتبار من قبل قاعدة الاسناد في دولة القاضي، وفي حالة غياب ارادة القانون الاجنبي فلا داع للإحالة.

ولكن تبقى فرضية استخدام الإحالة في هذا النوع من قواعد الإسناد فرضية نظرية واستثنائية بمعنى أنه يتم اللجوء إلى الإحالة وفق مفهوم الحل الوظيفي من أجل خدمة الوصول إلى النتيجة المادية المرغوبة⁽⁴⁾. فلو افترضنا نظرياً عدم تحقق النتيجة المادية المطلوبة بموجب أي قانون من القوانين المتعددة في قاعدة الإسناد وكان اللجوء إلى الإحالة يؤدي إلى تحقيق تلك النتيجة فما المانع من الأخذ بالإحالة هنا، حتى ولو أدى ذلك إلى

(1) M. Jorge, Les rattachements alternatifs en droit international privé, op. cit., p. 138.

(2) M. Jorge, Les rattachements alternatifs en droit international privé, op. cit., p. 149.

(3) B. Hafel, Droit international privé, op. cit., p. 173.

(4) P. Lagarde, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, op. cit., p. 58.

توسيع نطاق الاختيار خارج ضوابط الإسناد المتعددة الواردة في قاعدة الإسناد المعنية. وتظهر هذه الحالة أيضاً عندما يترك الاختيار للأطراف فقد يختارون قانوناً لا يصل إلى النتيجة المادية التي يرغب واضع قاعدة الإسناد في إدراكها، فقد تساعد الإحالة هنا أيضاً وفقاً لمفهوم الحل الوظيفي في الوصول إلى تلك النتيجة^(١). وبالتالي يظهر أنه قد لا تكون الإحالة دائماً ضد رغبة المشرع في تحقيق أهدافها. ولكن يجب التذكير هنا أن تلك الفرضيات تبقى نظرية واستثنائية لا يتم اللجوء إليها إلا في حالات ضيقة.

◆ الفرع الثالث: الحد من اللجوء الى فكرة النظام العام الدولي

نتيجة لصفة التجريد والحياد التي تمتاز بها قواعد الاسناد التقليدية قد يجد القاضي أن القانون الذي عينته قاعدة الاسناد دون النظر في مضمونه يخالف احكام النظام العام في دولته. فقواعد الاسناد التقليدية قد تلقي بالقاضي في المجهول^(٢)، فيترتب على ذلك تطبيق قانون أجنبي قد تتعارض احكامه مع المبادئ والقيم العليا في دولة القاضي فلا بد من استبعاد ذلك القانون المخالف وتطبيق قانون القاضي الوطني بدلا منه؛ ذلك أن الدفع بالنظام العام يعد صمام امان لحماية المبادئ والقيم العليا في مجتمع دولة القاضي من تطبيق قانون أجنبي يتعارض مع تلك المبادئ والقيم. وهو يعد ايضا اداة أو وسيلة تقويمية لقواعد الاسناد التقليدية فيما لو اشارت الى مثل هذا القانون. بحيث يلجأ اليها القاضي استثناء بعد تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع وفحص مضمونه الموضوعي^(٣).

(١) عبدالعال، عكاشة محمد، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٤٦.

(٢) منصور، سامي بديع، الوسيط في القانون الدولي الخاص: تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، دار العلوم العربية، بيروت، ط ١، ١٩٩٤، ص ٧٥٩. وانظر كذلك:

B. Rémy, Exception d'ordre public et mecanisme des lois de police en droit international prive, Dalloz, 2008, p. 15, H. Battifol et P. Lagarde, Droit international privé, 7^e édition, 1985, p. 569.

(3) A. Bucher, L'ordre public et le but social des lois, Recueil des cours, t. 239, 1993, p. 9 et s.

ولكن يثير استخدام الدفع بالنظام العام في إطار حلول تنازع القوانين العديد من الاشكاليات. فيكاد يتفق الفقه القانوني على صعوبة وضع تعريف محدد للنظام العام باعتباره فكرة مرنة ونسبية تختلف من مكان الى مكان ومن زمان الى زمان حتى داخل الدولة الواحدة^(١). وهناك صعوبات اخرى تواجه تطبيق احكام النظام العام كتحديد نطاق التطبيق والاستبعاد، وكذلك التحقق من وجود بعض الشروط الواجب توافرها عند اللجوء الاستثنائي للنظام العام، كاشتراط مدى وجود رابطة جدية بين العلاقة المطروحة والنظام العام في دولة القاضي الذي ينظر النزاع^(٢).

هذه الصعوبات في اعمال فكرة النظام العام في ميدان تنازع القوانين تتلاشى بتبني قواعد الاسناد ذات الطبيعة المادية، فاستخدام تلك القواعد يقلل من حالات تطبيق النظام العام في دولة القاضي^(٣). فعندما يقوم المشرع بإدخال اهداف مادية معينة في صياغة قاعدة الاسناد ويرغب في الوصول الى تلك الاهداف من خلال قاعدة الاسناد، فانه يضيف جرعة مسبقة من النظام العام داخل قاعدة الاسناد. وتضعف بالتالي فاعلية النظام العام عند تطبيق تلك القواعد على اعتبار أن المشرع ومن خلال هذا الاسلوب يستبعد مقدما اي مخالفة جوهرية محتملة للقانون الاجنبي تخالف الاهداف والمبادئ والقيم العليا في قانون دولة القاضي الوطني. فلم يعد للنظام العام الدور الاستبعادي اللاحق لتعين القانون الواجب التطبيق بموجب قاعدة الاسناد، فالقاضي سيختار هنا ابتداء ذلك القانون الذي يتفق مع اهداف وسياسات مشرعه الوطني^(٤).

(1) D. Archer, Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats: Etude de conflits de lois, Thèse de Doctorat, Université de Cergy-Pontoise, 2006, p. 56.

(2) عبدالعال عكاشة، تنازع القوانين، مرجع سابق، ٤٩٠. وانظر كذلك:

L. Perreau-Saussine, L'ordre public international: notion et conditions de mise en oeuvre, La semaine Juridique Notariale et immobilière, n° 29, 2018, p. 1248.

(3) محمد، أشرف وفا، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٤٠.

(4) H. Gaudemet-Tallon, Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses, op. cit., p. 233.

فقواعد الاسناد ذات الغاية المادية تعد اداة سابقة لتصحيح تطبيق القانون الاجنبي⁽¹⁾، وهي بذلك تتشابه مع هدف وجود النظام العام بتوفير الحماية لقانون القاضي الوطني من مخالفة سياساته التشريعية ومبادئه وقيمه العليا من قبل القانون الاجنبي⁽²⁾. ففي قواعد الاسناد التخيرية مثلا، فانه حتى ولو كان تطبيق أحد القوانين التي تضمنتها تلك القواعد يخالف النظام العام، فان القاضي سيطبق من تلك القوانين المتعددة ما يحقق اهدافه المادية ولا يهتم بالقوانين الاخرى. وبما أن النتيجة المادية المرغوبة قد تحققت من خلال تطبيق قاعدة الاسناد فإنه لن تكون هناك حاجة لاستبعاد القانون الاجنبي الواجب التطبيق استنادا الى مخالفته للنظام العام في دولة القاضي الوطني. فمضمون هذا القانون الاجنبي يكون قد اخضع لرقابة مسبقة بواسطة قاعدة الاسناد نفسها⁽³⁾.

ولذلك يمكن القول انه في ظل هذه القواعد لم يعد القاضي يخشى من خطر القفز في المجهول الذي يمكن أن يصح باستخدام الدفع بالنظام العام عندما يكون القانون الاجنبي متعارضا مع المبادئ والقيم الجوهرية في دولته⁽⁴⁾.

ولكن وبالرغم من جميع تلك المزايا التي تقدمها قواعد الاسناد ذات الطبيعة المادية من خلال تبسيط اجراءات البحث عن القانون المختص وكذلك تحقيق العدالة المادية والمحافظة على السياسات التشريعية للمشرع الوطني، الا ان لهذه القواعد العديد من العيوب والانتقادات التي تجعلها موضع شكوك بشأن تحقيق تلك العدالة المنشودة.

(1) P. Carlier, L'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de lois, Thèse de Doctorat, Lille, 2008, p. 91.

(2) D. Archer, Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats: Etude de conflits de lois, op. cit., p. 63, P. Carlier, L'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de lois, op. cit., p. 91.

(3) P. Carlier, L'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de lois, op. cit., p. 92.

(4) Fohrer-Dedeurwaerder, La prise en considération des normes étrangère, op. cit., p. 349.

المطلب الثاني: مواطن القصور في استخدام قواعد الاسناد ذات الطبيعة المادية

تلجأ العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية الى تبني قواعد الاسناد المادية باعتبار انها تحقق العدالة المطلوبة من وجهة نظر واضع قاعدة الاسناد^(١)؛ ويستطيع المشرع من خلالها أن يحقق اهدافه وسياساته التشريعية في تنظيم العلاقات القانونية المختلفة^(٢). وقد تساعد هذه القواعد على تحقيق الانسجام والتعايش بين الانظمة القانونية المختلفة من خلال وضع ضوابط اسناد متعددة في قاعدة التنازع بهدف الوصول الى نتيجة مادية محددة متفق عليها، وهذا سيشجع الدول على الانضمام الى الاتفاقيات الدولية التي تتضمن مثل تلك القواعد^(٣).

ولكن السؤال المطروح هنا هل استطاعت فعلا تلك القواعد إدراك العدالة المادية المنشودة في العلاقات الخاصة الدولية؟ وهل استطاعت فعلا تبسيط اجراءات تحديد القانون المختص، باعتبارها تستند الى الية واضحة وبسيطة في البحث عن نتيجة مادية محددة؟ وهل تشجع فعلا على التعاون بين الانظمة القانونية المختلفة وتوحد الحلول الموضوعية بينها؟

الاجابة على تلك التساؤلات يجب ان لا تكون متسرفة بالنظر الى غاية تلك القواعد، فهدفها هو الوصول الى العدالة، وهذا امر محمود ومنشود ولكن لا يكون الوصول اليها

(١) انظر بشكل خاص القانون الدولي الخاص التونسي لسنة ١٩٩٨، التنظيم الاوروبي ٢٠٠٨/٥٩٣ بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، التنظيم الاوروبي ٢٠٠٧/٨٦٤ بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، وانظر كذلك في القانون البلجيكي لسنة ٢٠٠٤:

N. Watté et C. Barbé, Le nouveau droit international privé belge- Etude critique des fondements des règles de conflit de lois, JDI 2006, p. 12.

(2) H. Gaudemet-Tallon, Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses, op. cit., p. 239.

(3) انظر بشأن مختلف اتفاقيات مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص:

H. Gautemet-Tallon, L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales, (l'exemple des conventions de La Haye), op., cit., 181.

بموجب هذه القواعد بسهولة، فهناك جملة من الصعوبات النظرية والعملية تعترض تحقيق تلك الغاية (الفرع الأول). وبسبب اختلاف مفهوم العدالة من دولة الى اخرى فقد تشكل تلك القواعد عقبة في طريق توحيد الحلول (الفرع الثاني).

◆ الفرع الأول: صعوبات تطبيق قواعد الاسناد ذات الغاية المادية

إن اعمال ضابط الاسناد الذي يحقق العدالة المادية يثير العديد من التساؤلات والصعوبات النظرية والعملية. فالبحث عن تلك العدالة سيزيد من عبء القاضي في الوصول الى القانون الواجب التطبيق من خلال البحث في مضمون جميع القوانين المتصلة بالعلاقة واجراء المقارنة بينها. ويمكن القول أن تلك الصعوبات تظهر بشأن قواعد الاسناد المادية، سواء كانت ذات مصدر وطني أو مصدر دولي.

أولاً: قواعد الاسناد المادية ذات المصدر الوطني

يفترض إذا لإعمال قواعد الاسناد ذات الغاية المادية ان يقوم القاضي بدراسة مضمون جميع القوانين المتصلة بالعلاقة واجراء مقارنة بين جميع احكامها الموضوعية للوصول الى النتيجة المادية التي تحقق العدالة المرغوبة^(١). فالقاضي سيتحمل عبء البحث عن القانون الاجنبي من خلال تفسير نصوصه، التي قد تكون غامضة، وتأويلها، والبحث في كافة المصادر الشكلية لجميع تلك القوانين المتصلة بالعلاقة^(٢). ويكون القاضي مطالباً بدراسة ومعرفة ما تحتويه تلك القوانين من نصوص تشريعية، وقرارات قضائية، وآراء فقهية، واتفاقيات دولية، لا بل معرفة الاعراف المطبقة في ذلك القانون الاجنبي^(٣).

(١) الهواري، أحمد محمد، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص

١٦١، خليل، خالد عبدالفتاح، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٢٠٨.

(2) J. D. Gonzalez Campos, Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé, op. cit., p. 403.

(٣) محمد، أشرف وفا، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ص ٤٢.

ومن ثم على القاضي ان يقوم بإجراء مقارنة بين جميع القوانين المتصلة بالعلاقة من أجل الوصول الى النتيجة المرغوبة، ولكن كيف يتم اجراء تلك المقارنة وما هي آلية تلك المقارنة⁽¹⁾؟ هل يتبع في ذلك منهج المقارنة العامة المطلقة ام المقارنة التحليلية التي تتم لكل حالة على حده؟ فمن المعلوم ان مفهوم العدالة مختلف من دولة الى اخرى، وهو مفهوم واسع، فكل قانون يرى العدالة في العلاقات القانونية من زاوية مختلفة⁽²⁾. فماذا يفعل القاضي عندما يكون مثلا نطاق الحماية واسعا والاختلاف في المسائل التفصيلية⁽³⁾؟ فاذا كان أحد القوانين يمنح الطفل نفقة أعلى لمدة أقل في حين أن القانون الاخر يقرر له نفقة أقل ولكن لمدة أطول، فماذا يختار القاضي الذي تسعى قواعد الاسناد في نظامه القانوني الى تقرير النفقة للطفل؟ ماذا ايضا لو منح أحد القوانين النفقة بشروط متعددة وبآثار واسعة في حين يعطي القانون الاخر النفقة بشروط أقل وبآثار محدودة؟

تظهر ايضا صعوبات الاختيار بشأن قواعد الاسناد التخيرية التي تتعدد فيها ضوابط الاسناد دون ترتيب في التطبيق، إذ قد تتحقق النتيجة المرغوبة من خلال جميع القوانين المتصلة بالعلاقة، فما هو القانون الذي سيختاره القاضي؟ لا يوجد هنا إجابة محددة بشأن اختيار قانون معين، فكلها تحقق النتيجة المرغوبة⁽⁴⁾. فقد يطبق القاضي القانون الاول الوارد في القاعدة أو إذا كان قانون القاضي الوطني من بين تلك القوانين المتعددة فانه سيطبقه مباشرة على النزاع دون اجراء مقارنة حقيقية على اعتبار ان هذا القانون هو الاقرب اليه ومتسترا تحت غطاء العدالة المادية. وهنا قد يقال انه ليس من المهم معرفة القانون المطبق ما دام ان النتيجة المادية قد تحققت بموجب هذا القانون أو ذاك القانون، ولكن لا

(1) F. Soirat, Les règles de rattachement à caractère substantiel, op. cit., p.287., B. Rémy, Exception d'ordre public et mecanisme des lois de police en droit international prive, op. cit., p. 66.

(2) J. D. Gonzalez Campos, Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé, op., cit., p. 405.

(3) M. Jorge, Les rattachements alternatifs en droit international privé, op. cit., p. 75.

(4) H. Gaudemet-Tallon, Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses, op. cit., p. 234.

يمكن الجزم بشكل مطلق ان مسألة معرفة القانون الواجب التطبيق اصبحت هنا مسألة ثانوية لدى الاطراف ولن يهتموا بذلك القانون. إذ أن المعاملة الاجرائية بين القانون الاجنبي والقانون الوطني مختلفة واللجوء الى أحد هذين القانونين واللجوء إلى القضاء قد يكون متروكاً للأطراف، فمن الضروري معرفة أي قانون سيطبقه القاضي^(١).

وفي المقابل قد يجد القاضي نفسه أمام فرضية أخرى وهي عدم تحقق النتيجة المرغوبة في جميع القوانين المتعددة في قاعدة الاسناد، فماذا يفعل القاضي في هذه الحالة؟ وهنا ايضا لا يوجد توجه خاص في هذا الصدد^(٢).

ويؤخذ على قواعد الاسناد ذات الطبيعة المادية أنها لا تحدد من له حق اختيار القانون الواجب التطبيق^(٣)، هل يتم تحديده بواسطة القاضي أو بواسطة الاطراف؟ فقد يمنح الاطراف أو أحدهم مكنة اختيار القانون الاصلاح، ولكن يجب على القاضي أن يتأكد أن هذا الاختيار يقع في الإطار الذي حددته قاعدة الاسناد^(٤). وقد يعطى القاضي حرية اختيار القانون الذي يحقق مصلحة أطراف العلاقة، ولكن هل القاضي على دراية ومعرفة بالمصالح الحقيقية والحماية الافضل للأطراف^(٥)؟

جميع تلك التساؤلات السابقة والصعوبات العملية ستحل بمبدأ الامان القانوني والتوقعات المشروعة للأطراف فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق^(٦). فمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق، كما رأينا، تعتمد على تحليل مضمون جميع القوانين المتصلة بالعلاقة واجراء المقارنات بينها، وبالتالي لا يكون الاطراف على علم مسبق بذلك القانون وانما سيتم تحديده بناء على القرار النهائي من القاضي. فهذا الأخير سيضحي بمبدأ الامان القانوني لصالح

(1) Ibid.

(2) B. Rémy, Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé, op. cit., p. 63.

(3) M. Jorge, Les rattachements alternatifs en droit international privé, op. cit., p. 80.

(4) B. Audit, Le droit international privé à la fin du XX^e siècle: progrès ou recul, op. cit., p. 430.

(5) Ibid.

(٦) محمد، أشرف وفا، مرجع سابق، ص ٤١.

مبدأ الحماية الأفضل لأحد الاطراف من وجهة نظره. ولكن الملاحظ أن الرغبة في حماية اليقين القانوني واحترام توقعات الاطراف المشروعة هي السمة الأبرز في الوقت الحاضر في اختيار قواعد الاسناد من أجل تشجيع العلاقات الخاصة الدولية وتحقيق الاستقرار بشأنها⁽¹⁾. وهذا ما يمكن تحقيقه بشكل أفضل من خلال تكريس قواعد الاسناد التقليدية التي يمكن للأطراف من خلالها معرفة النظام القانوني الذي سيحكم علاقاتهم بشكل مسبق، فيقبلوا على الدخول في العلاقات الدولية وهم على اطمئنان بشأن القاعدة القانونية المطبقة. أضف الى ذلك فإن هذه القواعد لا تحقق التوازن في المعاملة للعلاقات القانونية المطروحة أمام القاضي⁽²⁾. فيلاحظ ان هذه القواعد تؤدي الى قيام معاملة تفضيلية للعلاقات الدولية مقارنة مع التصرفات الداخلية. فهي ذات طابع تمييزي، اذ تقدم معاملة تفضيلية لطرف على حساب طرف اخر وتقدم مركزا تفضيلا للعلاقة لكونها وقعت في إطار دولي⁽³⁾. فبمجرد اجراء الوصية، على سبيل المثال، في إطار العلاقات الخاصة الدولية فان المشرع يسعى من خلال هذه القواعد الى تقرير صحة الوصية من حيث الشكل والبحث عن احترام ارادة الموصي. وهذا لا يتم تحقيقه في الوصية إذا قامت في إطار العلاقات الداخلية. وقد يدعي البعض بان طبيعة العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي تتطلب حولا مختلفة عن تلك الموضوعية لحكم العلاقات الداخلية، هذا الادعاء دون شك صحيح ولكن إذا كان الاختلاف في المعاملة مبرر في ميدان الاسناد الى هذا القانون أو الى ذلك القانون بموجب ضابط اسناد تركيزي مجرد فان التفضيل التلقائي في المعاملة لشخص على حساب شخص اخر بحجة دخول العلاقة في ميدان القانون الدولي الخاص وليس القانون الداخلي لهو امر منتقد ومحل نظر وقد لا تتفق عليه الدول⁽⁴⁾.

(1) G. Goldstein, L'exception de prévisibilité: vers une localisation subjective dans la relation des conflit de lois?, Rev. crit. DIP, 2018, p. 3.

(2) خليل، خالد عبدالفتاح محمد، مرجع سابق، ص ١٧٣.

(3) Y. Lequette, Les mutations du droit international privé: vers un changement de paradigm? Cours général de droit international privé, op. cit., p. 245.

(4) أنظر في هذا المعنى بشأن المسؤولية عن الفعل الضار وانتقاد الحلول التي تعطي معاملة تفضيلية لاحد الاطراف في العلاقة على حساب الطرف الاخر، الحجايا، نور حمد الرحموم، دعوى المسؤولية المدنية الناشئة عن الاعتداء على

ثانياً: قواعد الاسناد المادية ذات المصدر الدولي

ان ادخال الاعتبارات المادية في دائرة اهتمامات قواعد الاسناد التي يكون مصدرها الاتفاقيات الدولية يثير في العديد من الحالات اشكالية التوفيق والمواءمة بين هذا النوع من قواعد الاسناد وقواعد الاسناد التقليدية الاخرى الموجودة في النظام القانوني الداخلي لدولة القاضي الذي ينظر النزاع⁽¹⁾. اذ قد يعتمد تطبيق أحد القوانين الموجود في احدى القواعد الموجودة في الاتفاقية على اعمال قواعد الاسناد الوطنية في دولة القاضي، وبالتالي سيتوقف تحقيق النتيجة المادية المرغوبة في الاتفاقية على استشارة أو اعمال قواعد اسناد تقليدية اخرى. وهذا يثير مشكلة اجراء التوفيق بين تلك القواعد.

ولنأخذ على سبيل المثال اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٣ بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزام بالنفقة. فالملاحظ ان المشرع الدولي يرغب من خلال هذه الاتفاقية الى تحقيق نتيجة أو هدف مادي محدد وهو تقرير النفقة المترتبة في العلاقات الاسرية قدر الامكان، سواء كانت النفقة ناتجة عن العلاقة الزوجية الشرعية أو الارتباط، أو ناتجة عن الابوة والقرابة، وحتى تقرير النفقة للأبناء الطبيعيين أو غير الشرعيين؛ ولذلك جاءت الاتفاقية بقواعد اسناد تهدف الى الوصول الى اعطاء النفقة الى تلك الفئات⁽²⁾. ففي نظر المشرع الدولي أن هذه النتيجة المرغوبة والتوسع في نطاقها قد يشجع الدول على الانضمام لتلك الاتفاقية وخاصة فيما يتعلق بالأطفال المتروكين، ولكن في الحقيقة نجد أنه إذا كانت بعض الدول تتشجع لتقرير الحق في النفقة لمن هم على ارتباط قريب بموجب علاقات اسرية مشروعة، كالزواج والنسب، فليست كل الدول متشجعة لإعطاء النفقة لمن هم خارج إطار العلاقة الزوجية الشرعية أو القرابة المباشرة⁽³⁾.

الحق في الحياة الخاصة : دراسة في القانون الدولي الخاص الاردني، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، الاردن، مجلد ٥، عدد ١، ٢٠١٣، ص ٢٩٥.

(1) Y. Lequette, Les mutations du droit international privé: vers un changement de paradigme? Cours général de droit international privé, op. cit., p. 250.

(2) أنظر المواد: ١، ٤، ٦، ٥ من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٣ بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزام بالنفقة.

(3) B. Audit, Le droit international privé en quête d'universalité, op. cit., p. 342.

فمن أجل تطبيق قاعدة الاسناد الواردة في الاتفاقية والتي تقرر الحق بالنفقة للأشخاص المعنيين لا بد ابتداء من معرفة فيما إذا كان الدائن المزعوم هو اب أو أم أو زوج للمدين المزعوم بالنفقة، وخاصة عندما يعارض الدائن تلك النفقة. فبموجب أي قانون يتم تقدير تلك الصفة أو الرابطة الاسرية وما مدى شرعيتها؟ هذه المسألة وبحسب المنطق القانوني تخرج من نطاق تطبيق قواعد الاسناد الواردة في الاتفاقية بشأن تقرير النفقة وتخضع لقواعد الاسناد التقليدية في قانون القاضي التي تقضي بالرجوع الى القانون الشخصي للفرد، وبالذات الى قانون الجنسية، للنظر في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية وخاصة فيما يتعلق بقيام الرابطة الزوجية وانتهائها⁽¹⁾. فتطبيق العدالة المادية المقررة في نص الاتفاقية سيتقيد بقواعد الاسناد التقليدية الواردة في قانون القاضي الوطني. ولذلك اتجه جانب من الفقه الفرنسي⁽²⁾ الى انه يجب اخضاع مسألة البحث عن وجود وصحة الرابطة الاسرية التي ينتج عنها الحق في النفقة الى القانون الواجب التطبيق بموجب الاتفاقية المطبق على مسألة النفقة، وذلك اخذا في الاعتبار الاهداف السامية التي ترغب الاتفاقية في الوصول اليها ولمنع ظهور حلول متناقضة وغير ملائمة بين احكام القانون الواجب التطبيق على العلاقة الاسرية والقانون الواجب التطبيق على النفقة.

ولكن هذا الرأي السابق لا يؤدي بالضرورة الى تحقيق العدالة التي تسعى اليها الاتفاقية في كثير من الحالات، لا بل قد ينتج عن خضوع مسألة تقدير صحة الرابطة الاسرية للقانون الواجب التطبيق على النفقة بموجب قواعد الاسناد الموجودة في الاتفاقية إلى نتائج معاكسة للغاية السامية التي ترغب بتحقيقها⁽³⁾.

(1) أنظر على سبيل المثال المواد: ١٣ و ١٤ من القانون المدني الاردني لسنة ١٩٧٦ والمتعلقة بشروط صحة الزواج واثاره وانتهائه.

(2) A. E. Von Overbeck, L'application par le juge interne des conventions de droit international privé, Recueil des cours, t. 132, 1971, p. 62., P. Bellet, Les nouvelles Conventions de La Haye en matière d'obligations alimentaires, JDI, 1974, p. 9.

(3) Y. Lequette, Les mutations du droit international privé: vers un changement de paradigm? Cours général de droit international privé, op. cit., p. 254.

ويمكن توضيح ذلك من خلال أحد قرارات القضاء الفرنسي نفسه والمتعلق بقضية التونسي Chemouni⁽¹⁾. تتمثل وقائع هذه القضية أن شابا تونسيا تزوج بامرأتين في تونس، ثم غادر هو وزوجاته الاثنتين وأطفاله للإقامة في فرنسا. ومن ثم اكتسب هذا الشاب فقط الجنسية الفرنسية دون زوجاته التونسيات، وبعدها ترك إحدى زوجاته ليبقى مع الاخرى، فطالبت تلك الزوجة أمام القضاء الفرنسي بتقرير نفقه لها من زوجها. رفض الزوج تلك المطالبة على اساس ان هذا الزواج الثاني ليس له أثر بموجب القانون الفرنسي، فهو غير صحيح باعتبار انه زواج متعدد وهو من النظام العام في الدولة الفرنسية التي تمنع مثل هذا الزواج. فلو طبقنا نصوص اتفاقية لاهاي بشأن النفقة على هذه الواقعة، فان قانون مكان الإقامة المعتادة للدائن بالنفقة أو المدين بها، وهو هنا القانون الفرنسي، لا يعترف بمثل هذا الزواج المتعدد، وبالتالي القانون الفرنسي لا يعطيها نفقة. ولا يستطيع القاضي أن يلجأ الى ضابط الاسناد الاخر ليحكم بصحة الزواج وهو قانون الجنسية المشتركة، لأن الزوج اكتسب الجنسية الفرنسية وبالتالي القانون الفرنسي سيحكم بعدم صحة الزواج وعدم اعطائها النفقة. فلم تتحقق العدالة المادية التي ترغب الاتفاقية بإدراكها نتيجة اخضاع تقدير العلاقة الاسرية للقانون الذي يحكم بالنفقة. حين أن الرجوع الى قاعدة الاسناد التقليدية والتي تشير الى تطبيق قانون الوسط الاجتماعي الذي نشأت في ظلها تلك العلاقة الزوجية، وهو القانون التونسي الذي يرتبط بالعلاقة الزوجية بارتباط وثيق وقت قيامها، سيحقق العدالة المنشودة بإعطائها تلك النفقة. وهذا ما فعله القضاء الفرنسي استنادا الى فكرة الاثر المخفف للنظام العام.

جميع تلك الصعوبات السابقة تنعكس ايضا على مدى ملاءمة الحلول المقدمة بموجب هذه القواعد لحكم العلاقات الخاصة الدولية.

(1) Cass. civ., 19 fév. 1963, Rev. crit. DIP, 1963, p. 559, note G. H., Clunet, 1963, p. 986, note A. Ponsard.

♦ الفرع الثاني: عدم ملاءمة حكم العلاقات الخاصة الدولية

من أبرز الانتقادات التي وجهت الى قواعد الاسناد المادية انها تعمل على نقل الحلول الموضوعية الداخلية في دولة القاضي لتطبق على العلاقات الخاصة الدولية، فهي تركز حلولاً داخلية لحكم علاقات دولية. وهذا لا يلائم طبيعة تلك العلاقات وسيؤدي الى عرقلة تحقيق الانسجام والتعاون بين الانظمة القانونية المختلفة (أولاً). وبالتالي ستعكس تلك الاشكالية سلبيات على فرص توحيد الحلول الموضوعية بين الدول من خلال الاتفاقيات الدولية، فالاختلاف في السياسات التشريعية الوطنية بين الدول قد يشكل عقبة في تحقيق هذا الهدف (ثانياً).

أولاً: توظيف الحلول الوطنية على مستوى العلاقات الخاصة الدولية

عندما يضع المشرع الوطني نصب عينيه تحقيق العدالة المادية من خلال تطبيق قواعد الاسناد، فإنه لا يكثر كثيراً إن كان القانون الوطني هو المطبق أم كان قانوناً آخر، إذ أن المهم لديه هو إدراك تلك العدالة. هذه المساواة بين القانون الوطني والقانون الاجنبي امام قاعدة الاسناد ذات الطبيعة المادية زائفة وغير حقيقية⁽¹⁾. فالمشرع الوطني عندما يبني قاعدة الاسناد على اهداف مادية معينة فإنه يرغب في تحقيق تلك الاهداف من خلال اختيار القانون الذي يتفق مع سياساته واهدافه التشريعية⁽²⁾.

ولذلك تعد هذه القواعد وسيلة أو أداة بيد المشرع الوطني لفرض المفاهيم والحلول الموضوعية الوطنية لحسم النزاع المشوب بعنصر اجنبي⁽³⁾، وما هي الا انعكاس للسياسات التشريعية الوطنية على مستوى العلاقات الدولية. فاستخدام قاعدة الاسناد هنا ما هو الا

(1) B. Audit, Le droit international privé en quête d'universalité, op. cit., p. 341., E. Fohrer-Dedeurwaerder, La prise en considération des normes étrangère, op. cit., p. 352.

(2) P. Lagarde, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, op. cit., p. 59.

(3) P. Carlier, L'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de lois, op. cit., p. 92.

غطاء مزيف أو خادع لإخفاء رغبة المشرع الوطني الجامعة نحو إعلاء مبادئه وأفكاره ومصالحه الوطنية على حساب المصالح والحلول المكرسة في مختلف القوانين الأجنبية^(١). فهذه القواعد تركزت على أفضلية تطبيق قانون القاضي الوطني على العلاقات الخاصة الدولية، وذلك ليس لكونه قانون القاضي فقط ولكن بسبب مضمونه الذي يحقق العدالة المادية للطرف من وجهة نظر مشرعة^(٢). وهذا يعني أن قانون القاضي موجود دائما بشكل ظاهر أو خفي بين القوانين المحتملة للتطبيق في قاعدة الإسناد^(٣). فلا فائدة مثلا من تطبيق قاعدة الإسناد التي تضع ضابطا احتياطيا لتطبيق قانون القاضي الوطني في حالة ما إذا كان القانون الأجنبي لا يسمح بالطلاق أو يجعله صعب الوقوع^(٤). فأفضلية تطبيق القانون الوطني تتستر وتختفي تحت غطاء تعدد ضوابط الإسناد في القاعدة والرغبة في تحقيق العدالة المادية^(٥). ولذلك فإنه في نهاية الأمر تشير هذه القواعد إلى تطبيق الحلول الموضوعية الداخلية في قانون دولة القاضي على العلاقات الخاصة الدولية، وهذا لا يتناسب مع طبيعة تلك العلاقات^(٦).

فهذه الرغبة والنزعة الوطنية المخفية من قبل واضع قاعدة الإسناد تؤدي بالنتيجة إلى اعتبار الحلول الموضوعية في قانون دولة القاضي، والتي تمثل في نظره العدالة المادية،

(1) B. Rémy, Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé, op. cit., p. 71 et p. 393.

(2) B. Audit, Le droit international privé à la fin du XX^e siècle: progrès ou recul, op. cit., p. 430.

(3) P. Carlier, L'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de lois, op. cit., p. 94.

(4) P. Carlier, L'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de lois, op. cit., p. 94.

(5) Y. Lequette, Les mutations du droit international privé: vers un changement de paradigme? Cours général de droit international privé, op. cit., p. 247.

(٦) محمد، أشرف وفاء، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٤١.

هي الأفضل والاكثر ملاءمة لحكم النزاع^(١). وفي الحقيقة لا يوجد اي مسوغ قانوني يبرر التطبيق الالي للقواعد الموضوعية الداخلية الموجودة في قانون دولة القاضي، ولا يمكن اعتبار ان العدالة المادية التي يحققها قانون القاضي الوطني ستكون هي الافضل بالمقارنة مع الحلول الموضوعية الموجودة في القوانين الاجنبية الاخرى، فمسألة العدالة المادية تعد مسألة نسبية متفاوتة بين مشرع واخر^(٢).

وبموجب هذا التوجه نحو البحث عن العدالة المادية بمفهوم واضح قاعدة الاسناد لم يعد القانون الاجنبي واجبا للتطبيق أو مختصا بالمعنى الدقيق، ولكن تم اخذه بعين الاعتبار من أجل الوصول الى النتيجة المادية المقررة في قانون القاضي الوطني^(٣). فيمكن القول إن القانون الاجنبي أصبح مجرد أداة أو سيلة لخدمة قانون القاضي الوطني وتحقيق رغباته ومصالحه الداخلية. هذا الجانب السلبي لقواعد الاسناد ذات الطبيعة المادية ينسحب ايضا على تحقيق التنسيق والتعاون الدولي بشأن حلول تنازع القوانين فيما إذا وجدت تلك القواعد في الاتفاقيات الدولية.

ثانيا: عرقلة توحيد الحلول الموضوعية بموجب الاتفاقيات الدولية

يذهب جانب من الفقه^(٤) الى أن تكريس قواعد الاسناد ذات الغاية المادية في الاتفاقيات الدولية يقلل من حدة الانتقاد السابق بشأن النزعة الوطنية للتشريعات الداخلية في فرض هيمنة الحلول والاهداف المادية الموجودة في القوانين الوطنية على العلاقات الخاصة

(1) E. Fohrer-Dedeurwaerder, La prise en considération des normes étrangère, op. cit., p. 352.

(2) Y. Lequette, Les mutations du droit international privé: vers un changement de paradigme? Cours général de droit international privé, op. cit., p. 250.

(3) E. Fohrer-Dedeurwaerder, La prise en considération des normes étrangère, op. cit., p. 353, B. Haftef, Droit international privé, op. cit., p. 196.

(٤) محمد، أشرف وفاء، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٤١. وانظر كذلك: H. Gautemet-Tallon, L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales, op. cit., p. 184.

الدولية. إذ من السهولة الاتفاق على حل موضوعي معين بين الدول المعنية وبذلك تتوحد الحلول القانونية بموجب الاتفاقية، وهذا يعد من الاهداف الاساسية في القانون الدولي الخاص^(١).

لكن السؤال المطروح: هل يحقق فعلا استخدام قواعد الاسناد ذات الغاية المادية التعايش والتعاون بين الانظمة القانونية المختلفة؟ وهل تساعد تلك القواعد على التشجيع على ابرام الاتفاقيات الدولية وبالتالي توحيد الحلول؟ هذا ما لا نعتقده، ويجب عدم المبالغة بما يمكن تحقيقه من اتفاق الدول حول هدف موضوعي محدد. فقد تمت الاشارة في أكثر من موطن أن هذه القواعد تعكس السياسات التشريعية الداخلية للدول على مستوى العلاقات الدولية، وبالتالي ستسعى كل دولة الى جلب مفاهيمها وحلولها الداخلية لتطبق على العلاقات الدولية الخاصة وهذا يعبر عن رغبة الدول في رعاية مصالحها واهدافها الداخلية على تلك العلاقات^(٢).

ولذلك فان استخدام تلك القواعد في المعاهدات الدولية سيعكس أو يبلور الاختلافات الموجودة بشأن القواعد الموضوعية الداخلية لكل دولة في ميدان تنازع القوانين^(٣). فهذه القواعد لا تحقق التوازن في العلاقات الدولية، اذ انها تسعى الى توسيع نطاق تطبيق القواعد الداخلية على مستوى العلاقات الخاصة الدولية وذلك من خلال فرض وجهة نظر واضعها في الحلول المقدمة لهذه العلاقات^(٤). اذ تبقى هذه القواعد محتفظة بصفاتها الوطنية والاقليمية مما يثير العديد من الصعوبات التي تعرقل تشجيع توحيد الحلول من خلال الاتفاقيات الدولية في ميدان تنازع القوانين^(٥).

(١) صادق، هشام، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٨١٦.

(2) P. Lagarde, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, op. cit., p. 59.

(3) Ibid.

(4) P. Carlier, L'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de lois, op. cit., p. 94.

(٥) صادق، هشام، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٨١٦.

اما بالنسبة الى لجوء الكثير من الاتفاقيات الدولية الى استخدام هذا النوع من القواعد، كما في العديد من اتفاقيات لاهاي، فهذا لا يعني امكانية توحيد الحلول من خلال تلك القواعد بين مختلف الدول المنضمة للاتفاقية. فهذه القواعد لا توحد الحلول الموضوعية الا بين الدول التي تتشابه وتتشارك في السياسات التشريعية، إذ أن الاتفاق أو الاجماع على حل موضوعي موحد لا يمكن الوصول اليه الا إذا كانت السياسة التشريعية واحدة ومنتقى عليها بالاجماع بين الدول المتعاقدة⁽¹⁾. وحتى في هذه الحالة، فإنه لا فائدة من توحيد قواعد الاسناد باعتبار عدم وجود اختلافات جوهرية في قواعد القانون الدولي الخاص بالنسبة لجميع الدول المنضمة للاتفاقية، فالأفضل هنا هو أن تلجأ تلك الاتفاقيات الى وضع قواعد مادية تطبق مباشرة على النزاع، وليس تبني قواعد اسناد⁽²⁾. وبالتالي فإذا لم يكن هناك اتفاق واجماع على هدف موضوعي معين يجب الوصول اليه فيصعب الاتفاق بشأن توحيد الحلول بين الدول المختلفة⁽³⁾.

لا بل انه قد يوجد تعارض بين القواعد الموضوعية الداخلية في الدول التي تتشابه سياساتها التشريعية وتشارك في مجموعة واحدة من المبادئ والقيم. فليس جميع الدول لديها نفس التوجه تجاه نتيجة مادية محددة كالتشجيع على تقرير صحة التصرفات والمعاملات الدولية بشكل مطلق أو حماية طرف على حساب طرف اخر في العلاقة⁽⁴⁾. فهذه القواعد تخل بتحقيق التوازن بين مصالح الاطراف المتناقضة التي يجب معاملتها ورعايتها بنفس

(1) P. Lagarde, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, op. cit., p. 58.

(2) P. Carlier, L'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de lois, op. cit., p. 95.

(3) H. Gaudemet-Tallon, Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses, op. cit., p. 235.

(4) H. Gautemet-Tallon, L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales, op. cit., p. 184.

الوسائل والادوات⁽¹⁾. إذ أن العديد من الدول ترى أن هذه القواعد تؤدي الى تقرير حماية مبالغ فيها احيانا لشخص على حساب شخص آخر، فلا بد من الاخذ بعين الاعتبار مصالح الطرف الاخر في بعض الحالات⁽²⁾. ولذلك نجد العديد من الدول المنضمة الى مؤتمر لاهاي لم توقع على الكثير من تلك الاتفاقيات الاتفاقيات، وضمنت قوانينها الداخلية قواعد موضوعية وقواعد اسناد تقرر حماية فعالة تراعي المصالح المشروعة لجميع الأطراف⁽³⁾.

وبناء على ما سبق يظهر أن اللجوء الى قواعد الاسناد ذات الطبيعة المادية يقف في طريقه العديد من الاشكاليات والصعوبات في التطبيق، لا بل قد تأتي تلك القواعد بنتائج متعارضة لا تحقق العدالة المنشودة. ولكن رغم كل ذلك يلاحظ أن معظم الاتفاقيات الدولية، وخاصة اتفاقيات مؤتمر لاهاي، لازالت تفضل تكريس هذه القواعد وكأنها تمثل الحل الامثل لتحقيق التعاون والتوحيد بين الانظمة القانونية المختلفة.

(1) Y. Lequette, Les mutations du droit international privé: vers un changement de paradigm? Cours général de droit international privé, op. cit., p. 250.

(2) P. Lagarde, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, op. cit., p. 58.

(3) ولذلك توجد العديد من الدول الاوروبية لم تتشجع للانضمام الى اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٣ بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزام بالنفقة لكونها تتضمن قواعد اسناد مادية لا تهدف فقط الى توفير حماية كافية للدائن بالنفقة وانما حماية مبالغ فيها دون النظر الى مصالح الاطراف الاخرى في العلاقة. وهذا الموقف قد تم اتخاذه ايضا من دول غربية بشأن اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧١ بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على حوادث السير التي تتضمن عنصرا اجنبيا، وكذلك اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٣ بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية المترتبة عن المنتجات، فيلاحظ أن هذه التشريعات الدولية توفر حماية مبالغ فيها للمتضرر بإعطائه حرية الاختيار بين عدة قوانين يختار من بينها ما يتماشى مع مصالحه ولم تأخذ بعين الاعتبار المصالح المشروعة للمدعى عليه التي تحتاج احيانا الى الاهتمام. أنظر:

P. Lagarde, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, op. cit., p. 59.

الخاتمة

تشهد قواعد القانون الدولي الخاص في الوقت الحاضر تنوعا ملحوظا في المصادر والأهداف. وتأتي قواعد الإسناد ذات الطبيعة المادية في هذا الإطار. إذ تهدف هذه القواعد إلى تحقيق العدالة المادية من خلال الاهتمام بمضمون القوانين المتصلة بالعلاقة وبالنتائج المترتبة على تطبيقها، واختيار القانون الذي يحقق النتيجة الموضوعية المرغوبة من قبل واضع قاعدة الإسناد مهما كانت درجة الارتباط بين ذلك القانون والعلاقة موضوع النزاع. وبذلك فقدت هذه القواعد الطابع المحايد الذي تمتاز به قواعد الإسناد التقليدية.

ويزداد اهتمام التشريعات الوطنية والدولية الحديثة بهذا النوع من القواعد باعتبار أنها تتلافى جُلّ الانتقادات التي وجهت إلى منهج الإسناد التقليدي لكونها تحقق العدالة المادية في حلول المنازعات الخاصة الدولية، وتحمي الأهداف والسياسات التشريعية للمشرع الوطني، وتساعد كذلك على تحقيق الانسجام والتعاون بين النظم القانونية المختلفة في ميدان تنازع القوانين.

وبعد دراسة وتحليل الطبيعة القانونية لتلك القواعد ومناقشة الآثار المترتبة على استخدامها في إطار منهج الإسناد خلصت هذه الدراسة إلى جملة من النتائج، أهمها: **أولاً:** لا يمكن لقواعد الإسناد أن تنفصل عن الواقع والاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية السائدة في النظام القانوني الذي تنتمي إليه. وبالتالي لا يمكن القول بشكل مطلق بعدم اهتمام تلك القواعد بمضمون القانون المختار بموجبها. إذ تسعى قواعد الإسناد المادية إلى تحقيق تلك الاعتبارات من خلال اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقات الخاصة الدولية.

ثانياً: تبقى قواعد الإسناد ذات الطبيعة المادية محتقظة بصفتها كقواعد تنازع ولكن ذات طبيعة خاصة تجمع بين عناصر تركيزية وأخرى مادية بحيث يتم اختيار القانون الواجب التطبيق بناء على مضمونه المادي وليس لقوة ارتباطه بالعلاقة. فالجانب المادي للقاعدة يطغى هنا على الجانب التركيبي.

ثالثاً: توصف قواعد الإسناد ذات الطبيعة المادية بأنها ذات طابع تميزي؛ إذ تُخفي تلك القواعد رغبة المشرع بإعلاء تطبيق قواعده الموضوعية الداخلية التي تعبر عن العدالة المادية من وجهة نظره. وتقدم هذه القواعد معاملة تفضيلية لأحد أطراف العلاقة على حساب المصالح المشروعة للطرف الآخر. فتلك النزعة الوطنية في هذه القواعد وتفضيلها لطرف على حساب طرف آخر لا تشجع على إيجاد حل ملائم للعلاقات الخاصة الدولية. فليس دائماً الحل الأكثر عدالة هو بالضرورة الأكثر ملاءمة لحكم هذه العلاقات.

رابعاً: رغم كثرة الانتقادات والمثالب الموجودة في قواعد الإسناد ذات الطبيعة المادية إلا أنها تعد الوسيلة المثلى والأكثر استخداماً في الاتفاقيات الدولية وخاصة في اتفاقيات مؤتمر لاهاي لتوحيد قواعد القانون الدولي الخاص. وكأن تلك القواعد هي الأقدر، من وجهة نظر أعضاء المؤتمر، على توحيد الحلول بين الدول المنضمة إلى الاتفاقيات المعنية. بناء على كل ما سبق، توصي الدراسة بما يلي:

أولاً: عدم التوسع في الاعتماد على قواعد الإسناد لتحقيق العدالة المادية؛ إذ يفضل أن يبقى نطاق استخدام قواعد الإسناد ذات الطبيعة المادية ضيقاً في بعض العلاقات الخاصة الدولية كما هو الشأن في حماية الأطفال بتقرير النفقة والنسب والولاية على المال...

ثانياً: التشجيع على الانضمام إلى اتفاقيات مؤتمر لاهاي لتوحيد قواعد القانون الدولي الخاص بشأن تلك العلاقات المتعلقة بحماية الطفل؛ حيث تقدم قواعد الإسناد ذات الطبيعة المادية التي تتبناها تلك الاتفاقيات حماية فعالة لهذه الفئة من حيث النفقات وتقرير النسب وغيرها من المسائل الموضوعية للحماية.

ثالثاً: الإبقاء على منهج قواعد الإسناد المزدوجة الجانب والمحايدة كمنهج أساس في تحديد القانون الواجب التطبيق؛ إذ إن طبيعة العلاقات الخاصة الدولية تتطلب توزيع الاختصاص التشريعي بموضوعية وحياد بين الأنظمة القانونية المختلفة. فتلك العلاقات تمتاز عن غيرها بقيامها على فكرة المساواة بين جميع الأنظمة القانونية في احتمالية التطبيق. فتحقيق التوازن الموضوعي العادل بين تلك القوانين يشكل إحدى الدعائم الأساسية في تنازع القوانين.

رابعاً: العمل على إيجاد نوع من التوازن بين العدالة التنازعية والعدالة المادية في إطار منهج الإسناد التقليدي من خلال إدخال بعض الأدوات والوسائل التصحيحية على ذلك المنهج؛ فمنهج تنازع القوانين على مستوى القوانين المقارنة يزخر بتلك الوسائل والأدوات التي تحقق العدالة التنازعية والعدالة المادية: كالدفع بالنظام العام والغش نحو القانون، والإحالة، والشروط الاستثنائية، وضابط الإرادة في الاختيار، ومنهج القواعد الموضوعية المباشرة في القانون الدولي الخاص الذي يمكن الاعتماد عليه لتوحيد الحلول في الاتفاقيات الدولية. ويمكن للقاضي أيضاً أن يستعين بمنهج القواعد ذات التطبيق الضروري لحماية مصالح الدولة الحيوية وحماية الطرف الضعيف في العلاقة. فجميع تلك الأدوات قادرة على إيجاد نوع من التوازن بين العدالة التنازعية والعدالة المادية في إطار منهج الإسناد التقليدي.

خامساً: كل ذلك يتطلب من التشريعات العربية بشكل خاص، والتي بقيت وفيّة لمنهج الإسناد التقليدي الذي يبحث فقط عن العدالة التنازعية، المزيد من تضافر الجهود على المستوى الوطني أو الإقليمي، في اتجاه تطوير المنظومة التشريعية لقواعد القانون الدولي الخاص بحيث تراعي ذلك التنوع في الأهداف وفي المصادر، وتحقق أيضاً نوعاً من التوازن بين المصالح المتعارضة في العلاقات الخاصة الدولية.

حق الشريك المتضامن الباقي على قيد الحياة في الملكية الشائعة في القانون الإنكليزي دراسة مقارنة بالقانونين اللبناني والعراقي

د. يونس صلاح الدين علي^(١)

• أولاً: مدخل تعريفي بموضوع البحث:

يعد حق الشريك الباقي على قيد الحياة (The right of Survivorship or Jus Accrescendi) من النظم القانونية الراسخة في قانون الأحكام العام الإنكليزي (Common Law) غير المكتوب ذو الأصل العرفي، الذي إستقى مبادئه من السوابق القضائية للمحاكم الانكليزية أولاً^(٢)، ثم من التشريعات الصادرة لاحقاً^(٣). ويتمثل هذا الحق بالتوسع في الملكية الشائعة، وهو عبارة عن أيلولة حقوق الشريك المتضامن المتوفى إلى باقي الشركاء المتضامنين الباقين على قيد الحياة بعملية تلقائية أو ذاتية من كل شريك متوفى إلى شركائه الباقين على قيد الحياة الواحد تلو الآخر، وتستمر هذه العملية إلى أن يصل الحق إلى الشريك الأخير، وتؤول ملكية المال الشائع كلها إليه ويصير المالك المطلق للمال. ويترتب عليها أثر رئيس هو تناقص عدد الشركاء المتضامنين في المال الشائع. وبالمقابل فقد نظم القانونان اللبناني والعراقي حق الشريك الباقي على قيد الحياة في نطاق ضيق، إذ قصره القانون اللبناني على الحساب المشترك بمقتضى قانون إجازة فتح حساب مشترك اللبناني الصادر في ١٩/١٢/١٩٦١، في حين قصره القانون العراقي على المصنفات المشتركة في حالة وفاة أحد المؤلفين من دون أن يترك وارثاً أو موصى له،

(١) أستاذ القانون الخاص المساعد كلية القانون والعلاقات الدولية والدبلوماسية جامعة جيهان الخاصة

(٢) د. حسان عبد الغني الخطيب، القانون العام، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٢، ص ٧

(3) Cathy J. Okrent. Torts and personal injury law, Fifth Edition, DELMAR, 201٥. P.3

ف يتمتع المؤلفون الباقون بحق الشريك الباقي على قيد الحياة، وبمقتضى قانون حماية حق المؤلف رقم (٣) لسنة ١٩٧١.

• ثانياً: أسباب اختيار موضوع البحث:

إن السبب الرئيس في اختيار موضوع البحث هو الرغبة في دراسة أحد النظم القانونية الغربية نوعاً ما، والسائدة في قانون الأحكام العام الإنكليزي (Common Law)، وهو النظام الخاص بحق الشريك الباقي على قيد الحياة، والذي قال عنه القاضي اللورد (Nicholl) في أحد أحكام مجلس اللوردات الذي سوف نناقشه في متن الدراسة بأنه " يعد من المفاهيم الغربية في القانون الإنكليزي نفسه، وأنه بعيد كل البعد عن حقائق الحياة ووقائعها"، على الرغم من العمل به على نطاق واسع في ظل هذا القانون. ومحاولة الاستفادة من الإتجاهات التي تباها القضاء الإنكليزي، والمتمثلة بالسوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية في توسيع نطاق حق الشريك الباقي على قيد الحياة في القانونين اللبناني والعراقي، لإستيعاب بعض الحالات الضرورية المتعلقة بالملكية الشائعة العقارية المخصصة لمشروعات التنمية الإقتصادية التي تستوجب أن يتوفر فيها هذا الحق، وبما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث. أما سبب إختيار القانون المقارن المتمثل في هذه الدراسة بالقانونين اللبناني والعراقي فهو تضمن هذين القانونين لهذه الفكرة، ولو على نطاق ضيق، مما يتيح لنا فرصة مقارنة موقف القانون الإنكليزي من هذه المسألة بموقفهما، ويساعدنا في إجراء دراسة قانونية مقارنة. لأن الفهم المعمق لأي قانون لا يتحقق إلا عن طريق دراسته ثم مقارنته بغيره من القوانين عن طريق بيان أوجه الشبه والإختلاف بينها، وتساعد الدراسات المقارنة أيضاً على دقة صياغة التشريعات الوطنية عن طريق الاستفادة من التشريعات الأجنبية وإقتباس النظم القانونية التي تلائم بيئة المشرع الوطني^(١).

(١) د. محمد حسين منصور. القانون المقارن. دار الجامعة الجديدة. الاسكندرية. ٢٠١٠. ص ٦٩.

• ثالثاً: أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في إمكانية الاستفادة من بعض الخصائص والأحكام التي تميز بها حق الشريك الباقي على قيد الحياة في القانون الانكليزي، ومحاولة توظيفها لتوسيع نطاقه في القانونين اللبناني والعراقي، وفي ظل ضوابط معينة وبما لا يخالف الشريعة الإسلامية وقواعد النظام العام والآداب.

• رابعاً: مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في الإتجاه الضيق الذي تبناه القانونان اللبناني والعراقي بخصوص حق الشريك الباقي على قيد الحياة، والذي بموجبه قصرا هذا الحق على مسائل وجزئيات محددة، في حين أنه يمكن التوسع فيه ضمن ضوابط معينة لا تتنافى مع الشريعة الإسلامية، أو مع قواعد النظام العام والآداب. ويمكن الاستفادة من النظام القانوني الخاص بحق الشريك المتضامن الباقي على قيد الحياة في القانونين اللبناني والعراقي للمحافظة على الملكية الشائعة ولا سيما العقارية منها، إذا كانت مخصصة لمشروعات التنمية الإقتصادية. وذلك على نطاق ضيق في حالة وفاة أحد الشركاء المشتاعين، من دون أن يترك وارثاً. فيساهم هذا النظام في الحفاظ على ملكية باقي الشركاء للمال الشائع وديمومتها. وبشرط عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في ميراث من لا وارث له.

• خامساً: منهجية البحث:

إنتهجت الدراسة منهج البحث القانوني التحليلي المقارن، بإجراء تحليل قانوني وصفي لموضوع حق الشريك الباقي على قيد الحياة في القانون الانكليزي ومقارنته بموقف القانونين اللبناني والعراقي.

• سادساً: خطة البحث:

في ضوء ما تقدم فقد توزعت هذه الدراسة على مبحثين وكما يأتي:

المبحث الأول: مفهوم حق الشريك الباقي على قيد الحياة في الملكية الشائعة في القانونين الانكليزي والمقارن.
المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة على حق الشريك الباقي على قيد الحياة في الملكية الشائعة التضامنية.

المبحث الأول

مفهوم حق الشريك الباقي على قيد الحياة في الملكية الشائعة في القانونين الانكليزي والمقارن

إن البحث في مفهوم حق الشريك الباقي على قيد الحياة في الملكية الشائعة في القانون الانكليزي يستلزم منا تعريفه وبيان خصائصه وطبيعته القانونية. لذا فسوف نبحث مفهوم حق الشريك الباقي على قيد الحياة في القانونين الانكليزي والمقارن وكما يأتي:

المطلب الأول: تعريف حق الشريك الباقي على قيد الحياة في الملكية الشائعة التضامنية

يعرف جانب من الفقه الإنكليزي⁽¹⁾ حق الشريك الباقي على قيد الحياة (The right of Survivorship or Jus Accrescendi) في الملكية الشائعة التضامنية بأنه حق أيلولة ما يملكه الشريك المتوفى في المال الشائع إلى باقي الشركاء المتضامنين الأحياء، بإنقضائه تماماً وعدم إنتقاله إلى تركته، في مقابل التوسع في حقوق الشركاء المتضامنين الباقين على قيد الحياة. وعرفه جانب آخر من الفقه الإنكليزي⁽²⁾ بأنه ذلك الحق الذي يرتب آثاره عند وفاة الشريك المتضامن، بعدم دخوله في تركته، وعدم نفاذ الوصية في حق

(1) Alison Clarke & Paul Kohler. Property Law, Commentary and Materials. First Edition. Cambridge University Press. 2005. P.579.

(2) Rojer J. Smith. Property Law: Cases and Materials. Fifth Edition. Pearson Education Limited. Essex England. 2012. P.361.

الشريك المتوفى. وعرف أيضاً⁽¹⁾ بأنه الحق الذي تتسم به الملكية الشائعة التضامنية، والذي يميزها عن الملكية الشائعة الحصصية، وبمقتضاه تؤول حقوق الشريك المتضامن المتوفى على المال الشائع إلى باقي الشركاء المتضامنين الباقين على قيد الحياة، عن طريق التوسع في حقوقهم بالتساوي. في مقابل إنقضائها من جانب الشريك المتوفى وعدم دخولها في تركته. ويتبين من هذه التعاريف أن حق الشريك الباقي على قيد الحياة يقصد به حق التوسع في الملكية الشائعة⁽²⁾، ويتمثل بأيلولة حقوق الشريك المتضامن المتوفى إلى باقي الشركاء المتضامنين الباقين على قيد الحياة بعملية تلقائية أو ذاتية (Automatic process) من كل شريك متوفى إلى شركائه الباقين على قيد الحياة الواحد تلو الآخر، وتستمر هذه العملية إلى أن يصل الحق إلى الشريك الأخير (The Surviving Co-owner) وتؤول ملكية المال الشائع كلها إليه ويصير المالك المطلق للمال⁽³⁾، ويترتب عليها أثر رئيس هو تناقص عدد الشركاء المتضامنين في المال الشائع. أما بالنسبة إلى القانون المقارن المتمثل في دراستنا هذه بالقانونين اللبناني والعراقي فقد جرى تنظيم حق الشريك الباقي على قيد الحياة في نطاق ضيق ومحدود وضمن قوانين خاصة، ولم تنص عليه القواعد العامة في قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢ والقانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، على الرغم من تنظيمهما للملكية الشائعة تنظيمًا دقيقاً. إذ نظمتها المادة الثالثة من قانون إجازة فتح حساب مشترك اللبناني الصادر في ١٩/١٢/١٩٦١، والتي نصت على أنه (عند وفاة أحد أصحاب الحساب المشترك يتصرف الشريك أوالشركاء بكامل الحساب مطلق التصرف، وبهذه الحالة ليس على المصرف إعطاء أية معلومات لورثة الشريك المتوفى، ولا يشذ عن هذه القاعدة إلا إذا تضمن عقد فتح الحساب

(1) Samantha Hepburn. Principles Of Property Law. Second Edition. Cavendish Publishing. London. 2001. P.415.

(2) F. H. Lawson and Bernard Rudden. The Law of Property. Third Edition. Clarendon Law Series. Oxford University Press. 2002. P.93.

(3) لمزيد من التفصيل حول الموضوع ينظر الموقع الإلكتروني:

<https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Right+of+Survivorship>

نصاً صريحاً بهذا المعنى، ويجب أن تدرج أحكام هذه المادة بحرفيتها في عقد فتح الحساب المشترك). أما في القانون العراقي فقد نظمته أيضاً، وعلى نطاق ضيق، المادة التاسعة عشرة من قانون حماية حق المؤلف رقم (٣) لسنة ١٩٧١ التي نصت على أن (لورثة المؤلف وحدهم الحق في مباشرة حقوق الإنتفاع المالي الواردة في المواد السابعة والثامنة والعاشرة من هذا القانون، وإذا كان المصنف مشتركاً ومات أحد المؤلفين دون أن يترك وارثاً أو موصى له فإن نصيبه يؤول إلى شركائه في التأليف أو خلفهم مالم يوجد إتفاق يخالف ذلك). ويتبين من هاتين المادتين أن حق الشريك الباقي على قيد الحياة في القانون اللبناني أقرب في أحكامه إلى القانون الانكليزي مقارنة بالقانون العراقي. فقد أجازت المادة الثالثة السالفة الذكر من قانون إجازة فتح حساب مشترك في المصارف الخاضعة للسرية اللبناني الصادر في ١٩/١٢/١٩٦١ للشريك أو الشركاء التصرف بكامل الحساب المشترك مطلق التصرف بعد وفاة أحد الشركاء، متقدمين بذلك على ورثة الشريك المتوفى والموصى له، خلافاً للقانون العراقي الذي أعطى الحق أولاً لورثة الشريك المتوفى والموصى له للحصول على نصيبه من المصنف المشترك، ولا يؤول إلى باقي الشركاء نصيب شريكهم من المصنف المشترك، إلا إذا توفي من دون أن يترك وارثاً أو موصى له. وعرف جانب من فقه القانون المدني العراقي^(١) حق الشريك الباقي على قيد الحياة بأنه حق الشريك أو الشركاء في أيلولة نصيب شريكهم المتوفى إليهم. كما يتبين أيضاً من هذين النصين أن المشرعين اللبناني والعراقي قصرا حق الشريك الباقي على قيد الحياة (Survivorship) في نطاق ضيق، إذ قصره القانون اللبناني على الحساب المشترك، مستنداً في إتجاهه هذا إلى فلسفة نظام الإقتصاد الحر^(٢). في الوقت الذي قصره المشرع العراقي على المصنفات المشتركة. ويتبين لنا أيضاً بأنه، وفي الوقت الذي أشارت فيه المادة التاسعة عشرة من قانون حماية حق المؤلف رقم (٣) لسنة ١٩٧١ ضمناً إلى حق الشريك الباقي على قيد

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر. حقوق المؤلف في القوانين العربية دراسة مقارنة مع الإشارة إلى الإتفاقيات العربية والدولية. الطبعة الأولى. منشورات زين الحقوقية. بيروت لبنان. ٢٠١٨. ص ٥٥٦.

(٢) فادية أحمد مطر الشطي. الحساب المصرفي المشترك. رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط. ٢٠١٤. ص ١٣٣.

الحياة. فقد أشارت المادة الثالثة السالفة الذكر من قانون إجازة فتح حساب مشترك في المصارف الخاضعة للسرية للبناني الصادر في ١٩/١٢/١٩٦١ صراحة إلى هذا الحق، فعند وفاة أحد أصحاب الحساب المشترك تنتقل ملكية هذا الحساب إلى حكماً إلى الشريك المتبقي على قيد الحياة، من دون المرور بقواعد حصر الإرث^(١)، إلا أن الحساب المتضامن الذي يتم تحريكه بتوقيع جميع أصحابه متحدين لا تنتقل ملكيته للمتبقي على قيد الحياة، ولكنه يصير ملكاً لهذا الأخير بالإشتراك مع ورثة المتوفى. وقد عرف جانب من الفقه^(٢) المصنف المشترك بأنه المصنف الذي يتحقق نتيجة مساهمة عدة أشخاص بحيث لا يمكن فصل نصيب كل منهم في مجموع المصنف، فيكون لكل مؤلف شريك نصيب متساو في المصنف، مالم يوجد إتفاق مخالف. ويحق لكل شريك أن يستغل الجزء الخاص به شريطة إجتماع ثلاثة شروط وهي: إنتماء كل جزء من أجزاء المصنف إلى فن مختلف، والا يضر الإستغلال المنفصل بإستغلال المصنف المشترك، والا يوجد إتفاق مخالف. أما الحساب المشترك فقد عرفه جانب من الفقه^(٣) بأنه (الحساب الذي يقوم فيه التضامن الايجابي بين جميع أصحابه تجاه البنك، على غرار التضامن بين الدائنين، ويخول كل منهم سلطة تشغيله بمفرده. بحيث يغني البنك عن الحصول على توقيعات جميع اصحاب الحساب عند كل عملية من عمليات تشغيله، دون حاجة إلى توكيل أحدهم في هذا التشغيل مع حق البنك في الرجوع على أي منهم بكل الرصيد المدين). وعرفه جانب آخر^(٤) من الفقه بأنه (الحساب الذي ينظم قيود الودائع المشتركة لدى البنك، بحيث يتفق شخصان أو أكثر على فتح حساب واحد على وجه التضامن فيما بينهم، ويكون لكل منهم حق إيداع المبالغ في

(١) أنطوان الناشف و خليل الهندي. العمليات المصرفية والسوق المالية. الجزء الأول النظام القانوني للنظام المصرفي في لبنان مع ملحق شامل بالقوانين والإجتهادات. المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان. ١٩٩٨. ص ٧٧.

(٢) د. محمد حسام محمود لطفي. مضمون الحماية القانونية لحق المؤلف مع التطبيقات القضائية. حقوق المؤلف في الوطن العربي بين التشريع والتطبيق. المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم. إدارة الثقافة تونس. ١٩٩٦. ص ٢٤٧.

(٣) د. حسني حسن المصري. عمليات البنوك في القانون الكويتي. الطبعة الأولى. دار الكتب الكويت. ١٩٩٤. ص ٦٨.

(٤) د. الياس ناصيف. موسوعة الوسيط في قانون التجارة، الجزء الخامس. عمليات المصارف (٢). المؤسسة الحديثة للكتاب بيروت. بيروت لبنان. ٢٠٠٨. ص ٢٢.

الحساب وسحبها). وعرف أيضاً^(١) بأنه (حساب إيداع دائن من حيث المبدأ يفتحه شخصان أو أكثر). ويتبين بأن الحساب المشترك يعد أحد التطبيقات العملية على التضامن الإيجابي بين الدائنين، والذي يعد المبدأ الأساس الذي يستند عليه هذا الحساب، ولا سيما في القانون اللبناني^(٢). على الرغم من أن الحساب المشترك قد يكون خالياً من التضامن أو مع التضامن السلبي والإيجابي. وفي حالة الحساب المشترك مع التضامن الإيجابي بين المشتركين يتم الإتفاق مع المصرف على فتح حساب مشترك بإسم عدة أشخاص يقوم بينهم تضامن إيجابي يسمح لكل واحد منهم بتشغيله، فيكون لكل منهم كامل الحق في المطالبة بالحساب، كما لو كان مفتوحاً بإسمه وحده^(٣). فبموجب التضامن الإيجابي بين الدائنين المتضامنين المشتركين في الحساب فإنه يمكن لكل واحد منهم من مطالبة المصرف المدين بكامل الدين وإستيفائه منه، كما يكون بإمكان المصرف المدين أن يفي بكامل الدين لأي منهما وفقاً للقواعد العامة في التضامن الإيجابي^(٤). وقد يكون التضامن الإيجابي بين المشتركين في الحساب مقترناً بتضامن سلبي بينهم لمصلحة المصرف الذي يحق له مطالبة كلاً من المشتركين بكل الرصيد المدين.

المطلب الثاني: خصائص حق الشريك الباقي على قيد الحياة في الملكية الشائعة في القانونين الإنكليزي والمقارن

يتسم حق الشريك الباقي على قيد الحياة (The right of Survivorship) في الملكية الشائعة في القانونين الإنكليزي والمقارن بالخصائص الآتية:

أولاً: يعد هذا الحق أحد السمات المميزة للملكية الشائعة عموماً في القانون الإنكليزي بإستثناء الملكية الشائعة الحصصية (Tenancy in Common).

(١) أنطوان الناشف وخليل الهندي. مصدر سابق. ص ٧٧.

(٢) أنطوان الناشف وخليل الهندي. المصدر نفسه. ص ٧٧.

(٣) د.عزيز العكيلي. شرح القانون التجاري، الجزء الثاني، الأوراق التجارية وعمليات البنوك. الطبعة الأولى. دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان الأردن. ٢٠٠٧. ص ٣١٠.

(٤) د.رمضان أبو السعود. أحكام الالتزام. دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية. ١٩٩٨. ص ٣١٥.

ثانياً: يتسم هذا الحق بالفاعلية والقوة بمقتضى قانون الأحكام العام الإنكليزي (Common Law)، ويتسم بسمه التقدم والأولية، وله قصب السبق على حقوق أخرى كحق الورثة في الميراث (Inheritance)، وحقوق دائني الشريك المتضامن المتوفى^(١)، وحق الموصى له في الوصية المصدقة (probate).

ثالثاً: يفقد هذا الحق فاعليته إذا ما جرى تحول الملكية الشائعة التضامنية إلى ملكية شائعة حصصية قبل وفاة أحد الشركاء المتضامنين. ويزول نهائياً بتحول الملكية التضامنية. وهو ما يتماشى مع إتجاه المحاكم الإنكليزية الذي يرمي إلى الإبقاء على الملكية الشائعة ضمن حدود وظروف معينة^(٢). ويتخذ تحول الملكية الشائعة التضامنية إلى ملكية شائعة حصصية في القانون الإنكليزي العديد من الصور من أبرزها: التحول عن طريق قيام أحد الشركاء المتضامنين بنقل حقوقه على العقار الشائع إلى شخص آخر أجنبي عن باقي الشركاء (Severance by Alienation)). أو التحول عن طريق إتفاق الشركاء المتضامنين في ما بينهم لتحويل ملكيتهم إلى ملكية شائعة حصصية (Severance by Agreement). أو التحول اللإرادي بأمر صادر عن المحكمة يقضي بتحويل ملكية الشركاء المتضامنين إلى حصص غير مفرزة (Involuntary severance). أو التحول عن طريق تقسيم المال الشائع أو فرزه (Severance by partition). أو التحول عن طريق التقسيم أو الفرز (Severance by partition)، أي تحول الملكية الشائعة التضامنية إذا ما تمت قسمة المال الشائع، فيصير كل شريك مالكاً مستقلاً لجزء مفرز من المال. أو التحول بعد ارتكاب جريمة قتل (Severance following homicide) أي بعد قيام أحد الشركاء المتضامنين بقتل شريك آخر. وقد إشتطت الفقرة الثانية من المادة (٣٦) من تشريع قانون الملكية لعام ١٩٢٥ (s36(2) Law of Property Act 1925) لنفاذ

(١) لمزيد من التفصيل حول الموضوع ينظر الموقع الإلكتروني:

<https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Right+of+Survivorship>

(2) Elizabeth Cooke. Modern Studies in Property Law. Volume 4. HART Publishing. 2007. P.25.

التحول أن يقترن بإخطار (Notice) يوجهه الشريك المتضامن الراغب في تحول الملكية التضامنية إلى بقية الشركاء المتضامين.

رابعاً: لا يتوفر هذا الحق في جميع أنواع الملكية العقارية (Real Estate Title)، ويقتصر على نوعين منها فحسب، يتطلب كل منهما توفر الحياة المشتركة للعقار (joint Possession of Real estate: الأول هو الملكية الشائعة التضامنية (Joint Tenancy)^(١). والثاني الملكية الشائعة بين الزوجين (Tenancy by Entirety)، والتي بمقتضاها يؤول حق الزوج المتوفى إلى الزوج الآخر الباقي على قيد الحياة^(٢)، كما لا يجوز إنهاؤها أو التصرف بها إلا باتفاق الزوجين معاً.

خامساً: كما يتسم هذا الحق بضرورة الإتفاق عليه لكي يرتب آثاره القانونية، وذلك بالنص عليه عن طريق شرط يدرج في سند الملكية الشائعة.

سادساً: إتسم القانون المقارن المتمثل في هذه الدراسة بالقانونين اللبناني والعراقي بتبنيه إتجاهاً ضيقاً بخصوص حق الشريك الباقي على قيد الحياة، إذ قصره قانون إجازة فتح حساب مشترك في المصارف الخاضعة للسرية اللبناني الصادر في ١٩٦١/١٢/١٩ على الحساب المشترك بين الشركاء، في الوقت الذي قصره قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (٣) لسنة ١٩٧١ على المصنفات المشتركة. ويعود السبب وراء قصر المشرعين اللبناني والعراقي حق الشريك الباقي على قيد الحياة (Survivorship) في نطاق ضيق ضمن هذين القانونين إلى أن الأصل هو سريان أحكام الميراث التي تعد من النظام العام^(٣)،

(1) E. H Burn and J. Cartwright. Cheshire and Burn's Modern law of Real Property. Seventeenth Edition. Oxford University Press. 2006. P.455.

(٢) لمزيد من التفصيل حول الموضوع ينظر الموقع الإلكتروني:

<https://www.legalmatch.com/law-library/article/right-of-survivorship.html>

(٣) نصت الفقرة الثانية من المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي على أنه (ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية).

ولا يجوز الإتفاق على ما يخالفها^(١)، والتي بمقتضاها يحل الخلف العام محل سلفه، ويتأثر بالعقود التي كان هذا الأخير قد أبرمها، وبموجب الفقرة الأولى من المادة (١٤٢) من القانون المدني العراقي^(٢). فالقاعدة بالنسبة إلى الخلف العام هي إنتقال حقوق سلفه إليه، من دون أن يلزم بديونه والتزاماته^(٣). ولكنه لا يتلقى تلك الحقوق إلا بعد سداد الديون التي كانت على سلفه. فيمنع إنتقال الديون من المورث إلى الوارث، فتصير التركة هي المسؤولة عن سداد الديون^(٤). بمعنى أنها تبقى في تركة السلف وتؤدي منها، ولا ينتقل إلى الوارث إلا ما تبقى من حقوق^(٥).

سابعاً: إسم القانون المقارن أيضاً بتبنيه إتجاهاً متبايناً من موقف القانون الانكليزي من حق الشريك الباقي على قيد الحياة، فقد كان القانون اللبناني أقرب في أحكامه إلى القانون الانكليزي مقارنة بالقانون العراقي. إذ أعطى للشريك أو الشركاء الحق في التصرف بكامل الحساب المشترك مطلق التصرف بعد وفاة أحد الشركاء، متقدمين بذلك على ورثة الشريك المتوفى والموصى له، خلافاً للقانون العراقي الذي قدم حق الورثة والموصى له في نصيب الشريك المتوفى على حق الشركاء الباقين على قيد الحياة في أيلولة نصيب الشريك المتوفى إليهم^(٦). وذلك لأن المورث المتوفى تنتقل حقوقه جميعها إلى ورثته الذين يقومون مقامه،

(١) د. منذر الفضل. الوسيط في شرح القانون المدني. دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بأراء الفقه وأحكام القضاء. منشورات آراس. أربيل. ٢٠٠٦. ص ١٦٢.

(٢) نصت الفقرة الأولى من المادة (١٤٢) من القانون المدني العراقي على أن (ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام).

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣، ص ٢٨٧.

(٤) د. درع حماد. النظرية العامة للالتزامات. القسم الأول. مصادر الالتزام. مكتبة السنهوري. بيروت. ٢٠١٦. ص ٢٠٤.

(٥) د. أحمد سلمان شهاب السعداوي ود. جواد كاظم جواد سميسم مصادر الإلتزام دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه الإسلامي. الطبعة الثانية. منشورات زين الحقوقية. بيروت لبنان. ٢٠١٧. ص ١٦٩.

(٦) د. عصمت عبد المجيد بكر. حقوق المؤلف في القوانين العربية. مصدر سابق. ص ٥٥٦.

وهو ما إتجهت إليه محكمة تمييز العراق أيضاً، إذ جاء في أحد أحكامها^(١) بأن (الدعوى المقامة هي أن المدعين الذين هم ورثة المتوفى يطلبون إلزام المدعى عليه بأجر المثل للسینما الذي يشغله والعائد لمورثهم، وأن المحكمة قررت رد دعوى المدعين لأن الملك المدعى بأجر مثله لا زال مسجلاً بإسم المورث وأن جميع الحقوق المتعلقة به تعود للمورث. ولم تلاحظ أن المورث عند وفاته تنتقل كافة حقوقه وممتلكاته إلى ورثته الذين يقومون مقامه، وتصبح تلك الحقوق والممتلكات التي تعود للمورث منتقلة إلى ورثته. وأن حكم الوارث كحكم المورث في ممارسة تلك الحقوق، فكان على المحكمة أن تكتفي بإبراز القسام الشرعي للمتوفى. وبعد ذلك تعتبر من حق الورثة المطالبة بما يدعونه من أجر المثل المنتقل عليهم من مورثهم ثم تبث في القضية حسبما يتظاهر لها من النتيجة. فعدم قيامها بذلك وغصدارها الحكم المميز على خلاف ما تقدم غير صحيح).

المطلب الثالث: أنواع الملكية الشائعة ومدى تعلقها بحق الشريك الباقي على قيد الحياة في القانون الانكليزي

يتضمن القانون الإنكليزي ثلاثة أنواع من الملكية الشائعة على أساس تعلقها بحق الشريك الباقي على قيد الحياة وهي: الملكية الشائعة التضامنية (Joint Tenancy)، والملكية الشائعة الحصصية أو العادية (Tenancy in Common)، والملكية الشائعة بين الزوجين (Tenancy by Entirety). وسوف نبين طبيعة علاقة كل من هذه الأنواع الثلاثة من الملكية الشائعة بحق الشريك الباقي على قيد الحياة وكما يأتي:

♦ الفرع الأول: الملكية الشائعة التضامنية

تعد الملكية الشائعة التضامنية النوع الأبرز من أنواع الملكية الشائعة في القانون الإنكليزي، وترتبط إرتباطاً وثيقاً بحق الشريك الباقي على قيد الحياة (Right of

(١) حكم محكمة تمييز العراق ذو الرقم ٢٥٠٠/حقوقية/٥٧ في ١٦/١٢/١٩٥٧ نقلاً عن سلمان بيات. القضاء المدني العراقي. الجزء الثاني. شركة الطبع والنشر الأهلية. بغداد. ١٩٦٢. ص ٤٦١.

(Survivorship⁽¹⁾)، وتقوم على أساس مبدأ الإتحادات الأربعة (The Four Unities Principle) السائد في القانون الإنكليزي، وبمقتضاه يملك كل الشركاء المتضامنون العقار الشائع كأنهم شخص واحد⁽²⁾، بدلاً من مجرد إمتلاك حصص معينة عليه⁽³⁾. وهذا يعني بأن كل شريك متضامن يملك كل العقار الشائع على وجه التضامن مع باقي الشركاء دون أن تكون له حصة مستقلة عليه⁽⁴⁾. وهو ما يشير إليه هذا الجانب من الفقه الإنكليزي بعبارة أن " كل شريك متضامن يملك كل شيء وفي نفس الوقت فإنه لا يملك شيئاً على نحو مستقل". ولتوضيح هذه العبارة فإنه يمكن القول بأنه، وعلى الرغم من إمتلاك كل شريك لكل العقار الشائع على سبيل التضامن مع باقي الشركاء، إلا أنه لا يملك في واقع الأمر، ومن الناحية العملية، شيئاً غير حق إستعمال العقار الشائع والإنتفاع به. فيحق لكل شريك متضامن في الإنتفاع بمنافع غير مقسمة على كل العقار الشائع (Undivided Interests in the Whole Estate)⁽⁵⁾. أو كما يعبر جانب من الفقه الإنكليزي عن طبيعة هذا النوع من الملكية الشائعة بقوله " أن كل شريك متضامن (Joint Tenant) له أن يمارس حقه على العقار مرتين: الأولى حقه في ملكية كل العقار الشائع (The Whole Estate) على سبيل التضامن (Jointly) مع باقي الشركاء المتضامين. والثانية حقه كفرد في إستعمال العقار والإنتفاع به على وجه التضامن أيضاً⁽⁶⁾. كما لا يمكن لأي شريك متضامن أن يتصرف بمفرده في العقار الشائع كبيعته أو رهنه دون موافقة باقي الشركاء". إلا أنه وعلى الرغم من أن كل شريك متضامن يملك كل المال الشائع، إلا أنه ليس بإمكانه أن يتصرف به منفرداً، أو أن يبرم أي صفقة للتصرف به على وجه الأفراد،

(1) F. H. Lawson and Bernard Rudden. op Cit. P.93.

(2) Joseph William Singer. Property. Fifth Edition. Wolter Kluwer. New York.2017. P.352.

(3) Rojer J. Smith. Property Law. Eighth Edition.PEARSON Education Limited. London. 2014. P.300.

(4)Samantha Hepburn. op Cit. P.412.

(5) لمزيد من التفصيل حول الموضوع ينظر الموقع الإلكتروني:

<https://www.thebalance.com/tenants-by-the-entirety-3505608>

(6)Samantha Hepburn. op Cit. P.412.

لأن ملكيته لذلك المال تكون على وجه التضامن مع باقي الشركاء^(١). وهذه الإتحادات الأربعة التي يشترط توفرها لقيام الملكية الشائعة التضامنية هي: أولاً: الإتحاد في الحياة (Unity of Possession) ويقصد به حق كل شريك متضامن أو مالك على الشيوع في حياة كل العقار الشائع^(٢)، وعدم إمكانية قيام أي من الشركاء باستبعاد باقي الشركاء من حياة العقار الشائع. وهو الإتحاد الوحيد الذي ينبغي توفره في الملكية الشائعة الحصصية أيضاً دون الإتحادات الثلاثة الأخرى. ثانياً: الإتحاد في الحق (Unity of Interest) ويقصد به ضرورة تطابق حق كل شريك متضامن مع حقوق باقي الشركاء من حيث طبيعته ونطاقه ومدته، فضلاً عن التناسب الكمي بين هذه الحقوق، لكي يمكن القول بوجود ملكية لعقارية مشتركة تضامنية. ويقصد بالتناسب الكمي عدم إمكانية إنتفاع أحد الشركاء المتضامنين بنسبة مئوية من العقار الشائع تفوق نسبة إنتفاع الشريك الآخر^(٣). وهذا يعني ضرورة إنتفاع جميع الشركاء المتضامنين بكل العقار الشائع في نفس الوقت^(٤). ثالثاً: الإتحاد في سند الملكية (Unity of Title) ويعني بأن حق الملكية الذي يترتب على العقار الشائع، ويؤول إلى جميع الشركاء المتضامنين ينبغي أن ينشأ مباشرة عن سند ملكية ذلك العقار^(٥)، والذي يفترض أن يكون نفس السند^(٦). رابعاً: الإتحاد في الزمان (Unity of Time) ويعني حقوق جميع الشركاء المتضامنين تؤول إليهم في نفس الوقت ومن نفس الواقعة القانونية^(٧).

(1) Rojer J. Smith. op Cit. P.300.

(2) Alison Clarke & Paul Kohler. op Cit. P.577.

(3) Rojer J. Smith. op Cit. P.303.

(4) Barlow Burke, Joseph Snoe. Property. Fifth Edition. Wolters Kluwer, New York. 2016. P.219.

(5) Alison Clarke & Paul Kohler. op Cit. P.578.

(6) Richard Card, John Murdoch, Sandi Murdoch. Real Estate Management Law. Seventh Edition. Oxford University Press.2011.P.463.

(7) Alison Clarke & Paul Kohler. op Cit. P.578.

◆ الفرع الثاني: الملكية الشائعة بين الزوجين

ويقوم هذا النوع من الملكية الشائعة في القانون الإنكليزي بين الأزواج فحسب. وعلى الرغم من أن التطبيق الأبرز لهذا النوع من أنواع الملكية الشائعة يكون في مجال الملكية العقارية (Real Estate)، إلا أنه يمكن اللجوء إليه في الحسابات المصرفية أيضاً^(١). وبمقتضى هذا النوع من أنواع الملكية الشائعة، وكما هو الحال بالنسبة إلى النوع السابق، يمتلك كل زوج شريك كل المال الشائع^(٢). إذ ينظر إلى كل من الزوج والزوجة ككيان قانوني واحد (single legal entity). فإذا كان المال الشائع عقاراً، فإن كل واحد منهما يملك كل العقار الشائع ونسبة (١٠٠%) بصفته زوجاً شريكاً. ولا يمكن لأيٍ منهما التصرف به كبيعته أو رهنه، إلا بموافقة الزوج الشريك الآخر. ولا يمكن لدائني (Creditors) أيٍ منهما إستيفاء ديونهم من هذه الملكية المشتركة بين الزوجين^(٣). فلو كانت ذمة الزوج المالية مدينة بمفردها مثلاً بمبلغ من النقود، فلا يمكن لدائنه التنفيذ على العقار الشائع وإستيفاء حقه منه. لأن الزوج لا يملك حصة معينة في ذلك المال الشائع، بل تملك زوجته معه كل العقار الشائع على حد سواء. ويرتبط هذا النوع أيضاً إرتباطاً وثيقاً بحق الشريك الباقي على قيد الحياة (Right of Survivorship). إلا أن ما يميز هذا النوع من أنواع الملكية الشائعة عن النوع السابق هو شرط أو متطلب الزواج (The Marriage Requirement)، إذ لا يقوم إلا بوجود رابطة زوجية صحيحة بين رجل وإمرأة. فكل شريك (Co-owner) ينبغي أن يكون زوجاً من الناحية القانونية (Legally Married) للزوج الآخر وقت إكتساب ملكية المال الشائع، وأن يستمر قيام رابطة الزوجية طيلة بقاء الملكية الشائعة بينهما. أما بالنسبة إلى الملكية الشائعة التضامنية، وكما رأينا سابقاً، فإنها لا تقوم على أساس رابطة الزوجية، حتى وإن كان بين الشركاء رجل وإمرأة.

(١) لمزيد من التفصيل حول الموضوع ينظر الموقع الإلكتروني:

<https://www.thebalance.com/tenants-by-the-entirety-3505608>

(2) Joseph William Singer. op. Cit. P.360.

(٣) لمزيد من التفصيل حول الموضوع ينظر الموقع الإلكتروني:

<https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Right+of+Survivorship>

◆ الفرع الثالث: الملكية الشائعة الحصصية

أما الملكية الشائعة الحصصية فتقوم على أساس الحصص غير المفترزة (Undivided Shares)، والتي بمقتضاها يملك كل شريك مشتاع (Co-tenant) حصة من العقار الشائع⁽¹⁾، دون أن يكون بإمكانه تملك جزء محدد منه⁽²⁾، مع حق كل واحد منهم في حيازة العقار الشائع كله⁽³⁾، إلا أنه لا يحصل من ريع (Rent) ذلك العقار إلا على مقدار يتناسب مع حصته فيه. كما يحق لجميع الشركاء حيازة العقار الشائع كله. وجدير بالذكر فإن هذا النوع من أنواع الملكية الشائعة لا ينشأ إلا إذا تخلف أحد الإتحادات الأربعة السالفة الذكر. وهو ينشأ إما بسند (Deed) أو بقوة القانون (By Operation of Law)⁽⁴⁾. وخلافاً للملكية الشائعة التضامنية فإن الملكية الشائعة الحصصية لا تتطلب توافر الإتحاد والتطابق أو التماثل (Unity and Conformity) بين حقوق كل مالك من المالكين المشتاعين. على الرغم من وجود الإتحاد في المصلحة أو في سند الملكية أحياناً. ويمكن لكل شريك مشتاع حيازة كل العقار الشائع، فضلاً عن حقه في إمتلاك حصة غير مفترزة من العقار (Undivided Share of the Land)، والتي تعد (أي الحصة غير المفترزة) الأساس القانوني الذي يستند عليه هذا النوع من أنواع الملكية الشائعة⁽⁵⁾. وتظهر الملكية الشائعة الحصصية في الأعم الأغلب، عندما لا تتجم عن علاقة الشيوخ تأسيس ملكية عقارية مشتركة تضامنية، لغياب أحد الإتحادات الأربعة⁽⁶⁾. فلو قام (A) بنقل ملكية العقار إلى كل من (B) و (C) على سبيل التضامن، وحدد في سند الملكية حق الشريك (B) بثلاث العقار الشائع، وحق الشريك (C) بثلاثيه. فإن علاقة الشيوخ تنشأ بين الشريكين،

(1) James Karp & Elliot Klayman. Real Estate Law. Fifth Edition. Dearborn Financial Publishing Inc. 2003. P.619.

(2) Joseph William Singer. op. Cit. P.351.

(3) Barlow Burke, Joseph Snoe. op. Cit. P.218.

(4) لمزيد من التفصيل حول الموضوع ينظر الموقع الإلكتروني:

<https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Tenancy-in-common>

(5) F. H. Lawson and Bernard Rudden. op Cit. P.93.

(6) Samantha Hepburn. op Cit. P.417.

إلا أنها لا ترقى إلى مستوى الملكية العقارية المشتركة التضامنية، ولكن مجرد ملكية شائعة حصصية، لغياب الإتحاد في المصلحة. على الرغم من وجود الإتحاد في سند الملكية والحيازة. وكذلك الحال لو قام (A) بنقل ملكية العقار إلى كل من (B) و (C) على سبيل التضامن، إلا أنه علق حق الشريك (C) في التمتع بالمنافع التي تؤول إليه من العقار على شرط بلوغه الخامسة والعشرين من العمر مثلاً. فإن علاقة الشيوخ القائمة بين الشريكين لا يمكن تكييفها في هذه الحالة، إلا كملكية شائعة حصصية لغياب الإتحاد في المصلحة أيضاً. أما لو افترضنا قيام (A) بنقل ملكية الجزء الأكبر من العقار إلى (B) مطلقاً عام ٢٠١٥، وقام بنقل ملكية ما تبقى منه إلى (C) و (D) بشرط بلوغهما سن الرشد. ثم بلغ (C) سن الرشد عام ٢٠١٦، وبلغه (D) عام ٢٠١٧. ثم توفي (B) عام ٢٠١٨. فعلاقة الشيوخ القائمة بين الشركاء هي ملكية شائعة حصصية وليست ملكية شائعة تضامنية، بسبب أيلولة الحقوق إلى الشركاء في أوقات مختلفة، مما يؤدي إلى غياب الإتحاد في الزمان. وأخيراً لو كان كل من (B) و (C) شريكين متضامنين (Joint Tenants) ثم نقل (B) حقه إلى (D). عن طريق تجزئة الملكية التضامنية أو تقسيمها مع شريكه (C). فحينئذٍ تصير علاقة الشيوخ بين المالكين الجديدين (C) و (D) ملكية شائعة حصصية، بسبب غياب الإتحاد في سند الملكية وفي الزمان. كما تتميز الملكية الشائعة الحصصية بأن الشركاء الباقين على قيد الحياة لا يتمتعون بحق الشريك المتضامن الباقي على قيد الحياة، أي حق أيلولة ما يملكه الشريك المتضامن المتوفى إليهم بعد وفاته^(١) (Right of Survivorship or Jus Accrescendi)، خلافاً للملكية المشتركة التضامنية^(٢)، مما يسمح بانتقال حقوقه وأيلولتها إلى الموصى له بالوصية (Will)، أو بغير الوصية (Intestacy) كأيلولتها بالميراث إلى باقي ورثته^(٣). ويرجع السبب في عدم إمكانية إنتقال حق الشريك المشتاع المتوفى تلقائياً إلى الشركاء الباقين على قيد الحياة في الملكية الشائعة

(1) Richard Card, John Murdoch, Sandi Murdoch. op Cit.P.463.

(2) Daniel F. Hinkel. Practical Real Estate Law. Fifth Edition.west Legal Studies. New York. 2007. P.38.

(3) Neil Duckworth and Anne Rodell. Property Law and Practice. College of Law Publishing. 2010. P.23.

الحصصية إلى أن كل شريك يملك حصة شائعة في المال، والتي قد تكون مساوية أو غير مساوية لباقي الحصص، مما لا يبرر إنتقال تلك الحصة ب وفاة الشريك المشتاع إلا عن طريق الميراث أو الوصية. لذا وخلافاً للملكية الشائعة التضامنية، فإن الملكية الشائعة الحصصية تناسب أولئك الشركاء الذين لا يرغبون في إنتقال حصصهم إلى باقي شركائهم بعد موتهم. وقد جرت العادة في اللجوء إلى الملكية الشائعة الحصصية، عندما يملك المال الشائع مجموعة من الأصدقاء الذين لا تربطهم صلة قربي مع بعضهم البعض. كما ينبغي اللجوء إليها إذا كانت حصص الشركاء غير متساوية⁽¹⁾.

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على حق الشريك الباقي على قيد الحياة في القانونين

الإنكليزي والمقارن

تترتب على حق الشريك الباقي على قيد الحياة في القانون الإنكليزي مجموعة من الآثار القانونية التي يختلف بعضها عن الآثار المترتبة على مثل هذا الحق في القانون المقارن، في الوقت الذي تتشابه فيه بعض الآثار الأخرى مع الآثار المترتبة عليه في القانون. وسوف نبحت في الآثار المترتبة عليه في القانونين الإنكليزي والمقارن وكما يأتي:

المطلب الأول: الآثار المترتبة على حق الشريك الباقي على قيد الحياة في

الملكية الشائعة التضامنية في القانون الإنكليزي

تترتب على حق الشريك الباقي على قيد الحياة في الملكية الشائعة التضامنية في القانون الإنكليزي مجموعة من الآثار القانونية من أبرزها:

أولاً: إنقضاء حق الشريك المتضامن المتوفى تلقائياً في مقابل التوسع التلقائي في حقوق باقي الشركاء المتضامنين الأحياء: فيقابل هذا الإنقضاء التلقائي

(1) Richard Card, John Murdoch, Sandi Murdoch. op Cit.P.463.

(Extinguishment) لحق الشريك المتوفى توسع (Enlargement) في حقوق الشركاء المتضامنين الباقين على قيد الحياة. ويسري هذا الحق تلقائياً في الملكية العقارية الشائعة التضامنية، ما لم يثبت تحولها قبل موت الشريك المتوفى^(١).

ثانياً: عدم دخول حق الشريك المتضامن المتوفى في تركته: ويترتب على هذا الأثر عدم أيلولة حق الشريك المتضامن المتوفى في المال الشائع إلى ورثته بعد موته. فإذا ما توفى أحد الشركاء المتضامنين فإن حقه في العقار الشائع ينقضي تماماً ولا ينتقل إلى تركته (Estate)^(٢)، لأن هذا النوع من أنواع الملكية الشائعة لا يقوم على أساس الحصص، لعدم إنتقالها وأيلولتها إلى الموصى له بالوصية، أو بغير الوصية (Intestacy) كأيلولتها بالميراث إلى ورثة الشريك المتوفى^(٣). ولكنه يؤول تلقائياً إلى باقي الشركاء المتضامنين^(٤). ولا يحصل الورثة (Heirs) والموصى لهم (Devisees) على شيء^(٥).

ثالثاً: تعطيل تحول الملكية الشائعة التضامنية إلى ملكية شائعة حصصية: يؤدي نفاذ حق الشريك الباقي على قيد الحياة إلى عدم تحول الملكية الشائعة التضامنية إلى حصصية، وإستمرار إنتقال هذا الحق من شريك إلى آخر، حتى توول الملكية كلها إلى الشريك الأخير الباقي على قيد الحياة وتزول عنها صفة الشيوخ. وبخلاف ذلك لو تصرف أي شريك من الشركاء بحقه يزول حق الشريك الباقي على قيد الحياة نهائياً. فعلى سبيل المثال لو كان (A) و (B) و (C) شركاء متضامنون، وتصرف الشريك المتضامن (A) بنصيبه تصرفاً ناقلاً للملكية قبل وفاته إلى الغير (D)، ففي مثل هذه الحالة فسوف يتم تحول (Severance or Conversion) الملكية الشائعة التضامنية، إلى النوع الثاني من أنواع

(1) Samantha Hepburn. op Cit. P.415.

(2) Barlow Burke, Joseph Snoe. op. Cit. P.218.

(٣) لمزيد من التفصيل حول الموضوع ينظر الموقع الإلكتروني:

<https://www.lawteacher.net/free-law-essays/land-law/property-possession-and-co-ownership.php>

(4) Neil Duckworth and Anne Rodell. op Cit. P.23.

(5) Steven L. Emanuel. Emanuel law outlines. Property. Ninth Edition. Wolter Kluwer. New York. 2017. P.119.

الملكية الشائعة في القانون الإنكليزي، وهو الملكية الشائعة الحصصية (Tenancy in Common). وفي هذه الحالة يفقد حق الشريك الباقي على قيد الحياة فاعليته تماماً، ولا يعود بإمكانه ترتيب اي أثر.

رابعاً: تعطيل حق الموصى له في الحصول على الوصية: من الآثار المترتبة على حق الشريك الباقي على قيد الحياة هو تعطيله لحق الموصى له في الحصول على وصية الشريك المتوفى في حقه في المال الشائع⁽¹⁾. فلا يؤثر على سريان هذا الحق قيام الشريك المتضامن بالإيصاء بحقه للغير قبل وفاته، لأن الوصية لا يسري مفعولها إلا من وقت وفاة الشريك المتضامن. لذا فإن الوقت يكون متأخراً جداً للمباشرة بإجراءات تحول الملكية العقارية المشتركة التضامنية بعد وفاة الشريك. وفي هذه الأثناء يكون حق أيلولة ما يملكه الشريك المتوفى إلى باقي الشركاء المتضامنين الأحياء قد سرى مفعوله⁽²⁾. فعلى سبيل المثال لو كان (A) و (B) و (C) شركاء متضامنون وتوفي (A)، وكان قد أوصى بنصيبه قبل وفاته للغير وهو (D). فإن ممارسة هذا الحق تعني صيرورة كل من (B) و (C) مالكين لكل العقار الشائع، ولا يحق للغير (D) الحصول على أية منفعة. وإذا ما حدث أن توفي (B) لاحقاً فسوف يصير (C) وحده مالكاً لكل العقار، فحينئذ لا يعود للملكية المشتركة (Mutual Ownership) أي وجود، مما يؤدي إلى زوال الملكية العقارية المشتركة التضامنية (Joint Tenancy).

خامساً: عدم أيلولة حق الشريك المتضامن المتوفى إلى دائنيه العاديين: وذلك بسبب سمة التقدم أو الأولوية التي يتمتع بها هذا الحق على باقي الحقوق كحقوق الورثة أو الموصى لهم، فضلاً عن دائني الشريك المتضامن المتوفى العاديين⁽³⁾. فلا يكون بإمكان

(1) Rojer J. Smith. op Cit. P.303.

(2) Rojer J. Smith. ibid. P.303.

(3) لمزيد من التفصيل حول الموضوع ينظر الموقع الإلكتروني:

<https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Right+of+Survivorship>

دائنيه العاديين التنفيذ على حق مدينهم الشريك المتضامن المتوفى في المال الشائع وبيعه في المزايدة^(١).

سادساً: تناقص عدد الشركاء المتضامين: من الخطأ القول أن من أبرز آثار حق الشريك الباقي على قيد الحياة هو أن حصة الشريك المتوفى تنتقل إلى الشركاء الباقين على قيد الحياة^(٢)، لأن كل شريك من الشركاء المتضامين يملك المال الشائع كله، وليس مجرد حصة فيه كما هو الحال بالنسبة إلى الملكية الشائعة الحصصية. فالأثر الأبرز المترتب على حق الشريك الباقي على قيد الحياة هو تناقص عدد الشركاء المتضامين^(٣)، وهو ما قضت به المحكمة في حكمها الصادر في قضية (Burton v. Camden LBC) (2000. 2AC. 399) والتي تتلخص وقائعها^(٤) بإشتراك السيد (Burton) مع السيدة (Camden) في ملكية شائعة تضامنية على عقار معين، تحظى بحماية تشريع الإسكان لعام ١٩٨٥ (Housing Act 1985). وقد رغبت السيدة (Camden) في التخلي عن حقها في المال الشائع للسيد (Burton). فلجأت إلى حوالة حقها إليه، إلا أنها لم تنفذ الحوالة. فأقام السيد (Burton) الدعوى، وكان السؤال المطروح أمام المحكمة هو مدى إمكانية قيام الشريك المتضامن بحوالة حقه في الملكية الشائعة التضامنية إلى شريك آخر أثناء حياته. فقضت المحكمة بعدم إمكانية قيام السيدة (Camden) بحوالة حقها إلى السيد (Burton). وقد صادق مجلس اللوردات على ذلك الحكم. وذكر القاضي اللورد (Nicholl) في حكم مجلس اللوردات بأن حق الشريك الباقي على قيد الحياة يعد من المفاهيم الغريبة في القانون الإنكليزي^(٥). وهو بعيد كل البعد عن حقائق الحياة ووقائعها. وأن الأثر البارز المترتب عليه هو تقليل عدد الشركاء المتضامين في الملكية الشائعة التضامنية فحسب.

(١) لمزيد من التفصيل حول الموضوع ينظر الموقع الإلكتروني:

<https://www.thebalance.com/tenants-by-the-entirety-3505608>

(2) Rojer J. Smith. op Cit. P.300.

(3) Rojer J. Smith. ibid. P.300.

(٤) لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني:

<https://www.lawteacher.net/cases/burton-v-camden.php>

(5) Rojer J. Smith. op Cit. P.300.

وليس إنتقال حصة الشريك المتوفى إلى شركائه الباقين على قيد الحياة، لأن الأساس القانوني لهذا الحق هو إمتلاك كل شريك متضامن لكل العقار الشائع (The Entire Estate)^(١).

سابعاً: عدم ترتيب حق الشريك الباقي على قيد الحياة أثره إلا بعد موت الشريك على الشيوع: وعلى هذا الأساس يكون بإمكان أي شريك من الشركاء المتضامنين التخلص من حق الشريك الباقي على قيد الحياة نهائياً عن طريق التصرف بحقه في المال الشائع أثناء حياته. فتتحول الملكية الشائعة التضامنية إلى ملكية شائعة حصصية.

ثامناً: حصر حق الملكية في الشريك الأخير الباقي على قيد الحياة عن طريق إستمرار إنتقال هذا الحق بوفاة الشركاء المتضامنين تباعاً: يؤدي إستمرار إنتقال حق الشريك الباقي على قيد الحياة إنحصار حق الملكية في الشريك الأخير الباقي على قيد الحياة، وصيرورته المالك الأخير والمطلق للعقار. فلو كان عدد الشركاء المتضامنين ثلاثة وتوفي أحدهم، إنتقل حقه إلى الشريكين الباقين (Survivors) اللذين يحتفظا بمركزهما القانوني كشريكين متضامنين. فإذا توفي أحدهما صار الشريك المتبقي المالك المطلق للعقار^(٢) (The Absolute Owner of the Real Property). وحينئذٍ تنتهي الملكية العقارية المشتركة التضامنية^(٣)، ويحق للمالك الوحيد الباقي على قيد الحياة (Sole survivor and Owner) إمتلاك العقار كله (Entire Estate)، وأن يتصرف بملكه كيفما يشاء^(٤)، ويؤول إلى ورثته من بعده بالميراث^(٥). وهو ما قضت به المحكمة في حكمها الصادر في قضية (Nielson-Jones v. Fedden 1975. Ch 222) التي تتلخص وقائعها^(٦) بملكية الزوجين لبيت الزوجية (Matrimonial Home) كشريكين متضامنين.

(1) Rojer J. Smith. op Cit. P.300.

(2) Neil Duckworth and Anne Rodell. op Cit. P.23.

(3) Richard Card, John Murdoch, Sandi Murdoch. op Cit.P.462.

(4) James Karp & Elliot Klayman. op Cit. P.618.

(5) Alison Clarke & Paul Kohler. op Cit. P.579.

(٦) لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني:

<https://www.lawteacher.net/cases/nielson-jones-v-fedden.php>

وعندما قررا الانفصال عن بعضهما البعض أبرما إتفاقاً ووقعا على مذكرة (Memorandum) يسمح بمقتضاها للزوج بيع البيت للانتفاع من عوائده لشراء بيت أصغر يسكن فيه بقية حياته. إلا أنه توفي قبل إكمال إجراءات البيع، فأقامت زوجته الدعوى وطالبت بملكية العقار بوصفها المالك المطلق لبيت الزوجية. وقد ثار جدل بين القضاة حول أهمية تلك المذكرة والإتفاق الذي تضمنته، ورأى بعضهم أنها تضمنت عبارات تدل على تحول ملكية البيت (Words of Severance) من ملكية شائعة تضامنية إلى حصصية. إلا أن الرأي الراجح كان للقاضي (Walton) الذي قضى بعدم سريان تحول الملكية التضامنية، وأن المذكرة لا يمكن تفسيرها بوصفها وسيلة للتحول، بسبب غموض عباراتها التي لا يمكن تفسيرها بأنها ترمي إلى تحول الملكية وقسمة الحقوق المترتبة عليها (Division of interests). وأنها لا تتعلق إلا بعوائد البيع. وقضى بحق الزوجة بكل بيت الزوجية كمالك مطلق وفقاً لحق الشريك الباقي على قيد الحياة. وقد تبنى القضاء الإنكليزي إتجاهاً مماثلاً في أحكام لاحقة من أبرزها الحكم الصادر في قضية (Harris v Goddard 1983.1WLR 1203, CA).

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على حق الشريك الباقي على قيد الحياة في القانون المقارن

كنا قد أشرنا سابقاً إلى أن موقف القانون المقارن، المتمثل في دراستنا هذه بالقانونيين اللبناني والعراقي، يختلف تجاه حق الشريك الباقي على قيد الحياة. ففي الوقت الذي نظمته القانون اللبناني وإقتصر في تنظيمه على جزئية دقيقة هي حق الشريك الباقي على قيد الحياة في الحساب المشترك، فإن القانون العراقي لم ينظم مثل هذا الحق صراحة، إلا أنه أخذ به ضمناً فيما يتعلق بالمصنفات المشتركة. لذا فسوف نتطرق إلى الآثار القانونية المترتبة على حق الشريك الباقي على قيد الحياة في القانونيين اللبناني والعراقي وكما يأتي:

أولاً: تصرف الشركاء الآخرين الباقيين على قيد الحياة بكامل المال المشترك أو الشائع مطلق التصرف: وهو ما قضت به المادة الثالثة السالفة الذكر من قانون إجازة فتح حساب مشترك في المصارف الخاضعة للسرية اللبناني الصادر في ١٩/١٢/١٩٦١ التي أجازت للشريك في الحساب المشترك الباقي على قيد الحياة، أو مجموعة الشركاء التصرف بكامل الحساب مطلق التصرف. والأصل هو أن الحساب المشترك تسري عليه جميع أحكام الشيوخ مالم يتم الإتفاق على خلاف ذلك^(١)، ولا سيما إذا كان المصرف قد فتحه لعدة ورثة إنتظاراً لنتيجة قسمة التركة. فكما يمكن أن تنشأ الملكية الشائعة إختيارياً بإرادة الإنسان، فإنها تنشأ أيضاً دون إرادته وبقوة القانون كما في الميراث^(٢). وذلك بمقتضى المادة (٨٢٤) من قانون الموجبات والعقود^(٣). فيمكن تشغيله من أصحاب الحساب المشترك مجتمعين. وينبغي توقيعهم جميعاً في كل عملية، مالم يقوموا بتوكيل أحدهم بذلك. وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في إدارة المال الشائع وإستغلاله بمقتضى المادة (٨٣٦) من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي حددت حقوق الشريك على المال الشائع الخاضعة لسلطة الشركاء مجتمعين، وذلك ضمن نطاق أعمال الإدارة غير العادية التي تؤدي إلى تعديل جوهر في الغرض الذي من أجله يتم إستعمال المال الشائع. وهذه الأعمال تتطلب إجماع الشركاء وعدم الإكتفاء بأغلبية ثلاثة أرباع الحصص. إذ نصت على (لا تجبر الاقلية على قبول قرارات الغالبية إذا كانت تختص: أولاً- بأعمال التصرف، وبالأعمال الإدارية أيضاً إذا كانت تمس الملكية مباشرة. ثانياً- بتعديلات جديدة في عقد الشركة أو الشيء المشترك. ثالثاً- بعقد موجبات جديدة. ففي الاحوال المتقدم ذكرها يجب أن يتغلب رأي المعارضين. على انه يجوز للشركاء الآخرين أن يستعملوا عند الاقتضاء الحق المنصوص عليه في المادة ٨٦). على الرغم من أن القواعد العامة للملكية الشائعة تعطي الحق لكل شريك أن يتصرف

(١) د.عزيز العكلي. مصدر سابق. ص ٣٠٩.

(٢) د.جورج شراوي. حق الملكية العقارية مع ملحق عن: حق التصرف-حق الإنقاع. الطبعة الثانية. شركة المؤسسة الحديثة للكتاب. لبنان. ٢٠١٧. ص ٥٧.

(٣) نصت المادة (٨٢٤) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أن (يكون شيء أو حق ما ملكاً شائعاً ومشتركاً بين عدة اشخاص ينشأ عن ذلك كيان قانوني يسمى شركة ملك أو شبه شركة وهي تكون إختيارية أو إضطرارية).

بحصته فحسب، ولا يمكنه التصرف بحصص باقي الشركاء. وذلك لأن حق كل شريك في المال الشائع يتحدد بنسبة حصته فيه، ولا يتركز على جانب منه بالذات أو جزء محدد فيه، بل يكون شائعاً في الشيء كله^(١). وفقاً للمادة (٨٣٧) من قانون الموجبات والحقوق اللبناني التي نصت على أن (لكل شريك حصة شائعة في ملكية الشيء المشترك وفي منتجاته. ويجوز له أن يبيع تلك الحصة أو يتفرغ عنها أو يرهنها أو ينيب غيره في التمتع بها وأن يتصرف فيها على أي وجه آخر سواء أكان ببديل أم بلا بدل، إلا إذا كان لا يملك سوى حق مختص بشخصه). فحق الملكية على المال الشائع هو الذي ينقسم إلى حصص، من دون المال نفسه، والذي يبقى غير منقسم^(٢). إلا أن القواعد التي تحكم الحساب المشترك في القانون اللبناني خرجت عن القواعد العامة للملكية الشائعة، إذ يمكن لكل طرف شريك فيه أن يسحب منه دون تحديد لحصة معينة^(٣)، فيتم تحريك الحساب من قبل أي من أصحاب الحساب بمفرده، بما في ذلك سحب المبالغ منه^(٤). كما خرجت عن القواعد العامة للملكية الشائعة في مسألة أخرى مهمة هي محور دراستنا، والتي تتمثل بحق الشريك الباقي على قيد الحياة، إذ تنتقل ملكية الحساب المشترك حكماً إلى الشريك المتبقي على قيد الحياة، عند وفاة أحد أصحاب هذا الحساب من دون المرور بقواعد حصر الإرث، وكما أشرنا إلى ذلك سابقاً. أما بالنسبة إلى المصنفات المشتركة التي تتحقق نتيجة مساهمة عدة أشخاص بحيث لا يمكن فصل نصيب كل منهم في مجموع المصنف، فيكون لكل مؤلف شريك أن يستغل الجزء الخاص به، كأن يكون مصنفاً سينمائياً يشترك فيه صاحب المصنف الأدبي الأصلي ومؤلف الحوار، وواضع الموسيقى والمخرج^(٥). فإنها يمكن أن تخضع للقواعد العامة في الملكية الشائعة، وبمقتضى الفقرة الثانية من المادة (١٠٦١) من القانون

(١) د. جورج شراوي. مصدر سابق. ص ٥٢.

(٢) د. الياس ناصيف. موسوعة العقود المدنية والتجارية. البحث الثاني-العقود المسماة-العقود التي تقع على الملكية. الجزء التاسع. البيوع الخاصة. الطبعة الثانية. دون مكان نشر. ٢٠١٠. ص ١٣٣.

(٣) فادية أحمد مطر الشطي. مصدر سابق. ص ٦٠.

(٤) أنطوان الناشف وخليل الهندي. مصدر سابق. ص ٧٧.

(٥) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثامن. حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال وقانون حماية حقوق الملكية الفكرية. منشأة المعارف بالإسكندرية. ٢٠٠٤. ص ٣٣٦.

المدني العراقي التي نصت على أن (كل شريك في الشيوخ يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً، وله حق الإنتفاع بها وإستغلالها بحيث لا يضر بشركائه، والتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من أنواع التصرف ولو بغير إذنهم). إذ يحق للشريك إستعمال حصته وإستغلالها والتصرف بها، لأن الملكية الشائعة هي حق ملكية تامة بالمعنى الصحيح، فهي تتطوي على جميع عناصره من إستعمال وإستغلال وتصرف^(١). فالشريك على الشيوخ يتمتع بسلطات المالك في الملكية المفترزة بالنسبة إلى حصته الشائعة التي يملكها ملكاً تاماً^(٢). ويحق له إستعمالها وكذلك إستغلالها أيضاً وقبض ثمارها سواء أكانت طبيعية أم إصطناعية أم مدنية، من دون الإضرار بشركائه^(٣). ويعد تقييد سلطتي الشريك في إستعماله وإستغلاله لحصته بقيد عدم إضراره بشركائه الباقيين نتيجة منطقية للتداخل والتشابك بين حصص الشركاء الشائعة^(٤). كما يحق له التصرف بها ولو بغير إذنهم، ولكن ليس له أن يقوم بأي تصرف يؤدي إلى الإضرار بهم^(٥). ولا يحق له الإفراد بإستعمال المال الشائع أو إستغلاله بمفرده^(٦).

ثانياً: تأثر حق الشريك الباقي على قيد الحياة بحق الورثة بعد وفاة الشريك مورثهم:

فقد إختلف موقف هذين القانونين بالنسبة إلى تأثر حق الشريك الباقي على قيد الحياة بحق الورثة بعد وفاة الشريك مورثهم، فقدم القانون اللبناني حق الشريك الباقي على قيد الحياة

(١) محمد طه البشير ود. غني حسون طه. الحقوق العينية. الجزء الأول. الحقوق العينية الأصلية. وزارة التعليم العالي. بغداد. ١٩٨٢. ص ٩٩.

(٢) د. طارق كاظم عجيل. الحقوق العينية الأصلية. الجزء الأول. حق الملكية. دار السنهوري. بيروت لبنان. ٢٠١٩. ص ١٥٠.

(٣) د. محمد حسين منصور. الحقوق العينية الصلية، الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنها- أسباب كسب الملكية. دار الجامعة الجديدة الإسكندرية. ٢٠٠٧. ص ٩٥.

(٤) د. قصي سلمان هلال. الحقوق العينية. الحقوق العينية الأصلية والتبعية دراسة مقارنة. الطبعة الأولى. منشورات جامعة جيهان الأهلية أربيل. ٢٠١٢. ص ٤٩.

(٥) د. درع حماد عبد. الحقوق العينية الأصلية. حق الملكية والحقوق المتفرعة عنها. دار السنهوري. بيروت لبنان. ٢٠١٨. ص ١١٨ و ١٢٥.

(٦) د. نبيل إبراهيم سعد. الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني دراسة مقارنة. منشورات الحلبي الحقوقية. ٢٠٠٣. ص ١٣٤.

على حقوق الورثة والموصى، وسمح بانتقال ملكية الحساب المشترك إلى الشريك الباقي على قيد الحياة، من دون المرور بقواعد حصر الإرث^(١). خلافاً للقانون العراقي الذي قدم حق الورثة والموصى له في نصيب الشريك المتوفى على حق الشركاء الباقين على قيد الحياة في أيلولة نصيب الشريك المتوفى إليهم^(٢). فقد قضت المادة الثالثة السالفة الذكر من قانون إجازة فتح حساب مشترك في المصارف الخاضعة للسرية اللبناني الصادر في ١٩٦١ / ١٢ / ١٩ بعدم أيلولة حق الشريك المتوفى في الحساب المشترك إلى ورثته، وانتقالها إلى شركائه الآخرين الباقين على قيد الحياة، دون مشاركة الورثة في ذلك. وسمحت للشريك أو الشركاء التصرف بكامل الحساب المشترك مطلق بعد وفاة أحد الشركاء، وأجازت للمصرف الإمتناع عن إعطاء أية معلومات لورثة الشريك المتوفى بخصوص حقه في الحساب المشترك. لأن وفاة أحد الشركاء الذي يعد طرفاً في الحساب المشترك، يؤدي إلى غلق الحساب بالنسبة إليه، ولا يكون لورثته أن يخلوا محله فيه. وذلك بسبب قيام العلاقة بين المصرف وبين الشركاء الأطراف المفتوح لهم الحساب على الإعتبار الشخصي^(٣). وهو ما تبناه القضاء اللبناني الموقر أيضاً، إذ جاء في حكم لمحكمة إستئناف جبل لبنان^(٤) بأنه (وحيث أن المستانفة إدعت بوجه المستأنف عليهم طالبة إعلان حقتها بثلاثي الحصة التي تعود للمرحومة والدتها في أموال المرحوم جاك زادة المودعة لدى البنك العربي أوفرسيز ليمتد في جنيف. حيث أن المستانفة إستأنفت هذا الحكم طالبة فسحه للأسباب المبينة في باب الوقائع. حيث يتبين أن المرحوم جاك زادة وزوجته المستأنف عليها وقعا في جنيف لدى المصرف المذكور إتفاقية حساب مشترك وافق فيها المصرف على قبول ايداع سندات مالية وفتح حساب باسم السيد كريم زاده و/ او السيدة ليديا زاده بوصفهما مودعين ودائنين

(١) أنطوان الناشف وخليل الهندي. العمليات المصرفية والسوق المالية. الجزء الأول النظام القانوني للنظام المصرفي في

لبنان مع ملحق شامل بالقوانين والإجتهادات. المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان. ص ٧٧.

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر. حقوق المؤلف في القوانين العربية. مصدر سابق. ص ٥٥٦.

(٣) فادية أحمد مطر الشطي. مصدر سابق. ص ١٢٩.

(٤) حكم محكمة إستئناف جبل لبنان ذو الرقم (٥٩٦٢) في ١١ / ١٢ / ٢٠٠١ نقلاً عن الموقع الإلكتروني:

https://almustachar.com/mousa_articles-desc.php?id=5962

متكافلين ومتضامنين، على أن يخضع هذا الحساب لأنظمة المصرف وللاحكام المدرجة في تلك الاتفاقية. حيث أنه وكما جاء في الحكم المستأنف أن الدعوى العالقة تتعلق بحساب مشترك قام في سويسرا بين زوجين لبنانيين، ومن ثم توفي الزوج فنشأ النزاع بين ورثته والشريك الاخر في ذلك الحساب المشترك اي الزوجة المستأنف عليها. حيث ان المسألة التي يقوم عليها النزاع الحاضر هي مسألة إرثية ترمي الى تبيان ما إذا كانت الاموال المودعة في الحساب المشترك موضوع الدعوى والعائدة في جزء منها الى المرحوم جاك زادة تشكل عنصراً من عناصر تركته أم لا، وذلك تبعاً لوفاته، وحيث تبعاً لكون هذه المسألة هي مسألة إرثية لا يعود من مجال للقول مع المستأنفة بأن القانون السويسري هو الواجب التطبيق على النزاع الحاضر سيما وأن المتوفي هو لبناني التبعة وقد توفي في لبنان. وحيث أن المستأنفة تعتبر كذلك بان القانون الواجب التطبيق على النزاع هو قانون الارث لغير المحمدين، في حين تعتبر الجهة المستأنف عليها أن القانون الذي يرعى هذا النزاع هو القانون اللبناني للحساب المشترك الصادر في 19/2/1961 ، وقد أيدها في موقفها هذا الحكم المستأنف، حيث أن تطبيق قانون الارث لغير المحمدين يفترض أن تكون الاموال المتنازع عليها داخلة ضمن تركة المتوفي المرحوم جاك زادة وهو ما يستدعي لأجل التحقق من هوية المالك لهذه الاموال البحث في إتفاقية الحساب المشترك حيث الاموال المودعة والمتنازع عليها. حيث يقنضي التنويه في هذا الاطار الى أن هذه المحكمة لا تجاري الحكم المستأنف فيما قضى به لناحية أن القانون اللبناني الصادر في 19/12/1961 هو الواجب التطبيق على النزاع على إعتبار أنه من جهة أولى أن إتفاقية الحساب المشترك خلت من أي بند صريح في هذا المعنى، ومن جهة ثانية أن القانون المذكور لا يطبق على الحسابات المشتركة المفتوحة لدى مصارف أجنبية في الخارج على ما هو مبين في المادة الأولى منه معطوفة على المادة الأولى من القانون الصادر في 1956/9/3 ومن جهة أخيرة، لأن إتفاقية الحساب المشترك تضمنت احكاماً واضحة وصريحة وكافية للبت بالنزاع الحاضر وليس من حاجة بالتالي لتطبيق أحكام خارجة عن نطاق ما هو متفق عليه صراحة في العقد، ولا ضرر في التذكير هنا بأن العقد هو شرعة المتعاقدين. حيث في الواقع أن إتفاقية

الحساب المشترك موضوع الدعوى نصت صراحة في بندها الثاني على أنه في حال وفاة أحد صاحبي الحساب يكون للباقي منهما على قيد الحياة دون غيره، ويقدر ما يكون المصرف معنياً، الحق بالتصرف بالسندات والنقود. وحيث يستفاد مما ذكر أنه بوفاة أحد شريكي الحساب المشترك المرحوم جاك زادة تصبح زوجته المستأنف عليها صاحبة الحق الوحيدة بالتصرف بموجودات الحساب. وحيث انه وخلافاً لأقوال المستأنفة، أن البند الثاني المذكور يندرج في إطار تحديد العلاقة بين المصرف المذكور وشريكي الحساب المشترك وذلك في الحالة التي يتوفى فيها أحد الشريكين، هذا فضلاً عن اندراج هذا البند في إطار علاقة الشريكين اللذين توافقا على مضمونه. وحيث أن إتفاقية الحساب المشترك تشكل بذاتها قرينة على ملكية المستأنف عليها الى جانب شريكها الآخر للاموال المودعة وهو ما يستدعي على المستأنفة تقديم القرينة المعاكسة، وحيث أن ما تثيره المستأنفة من أن حق التصرف الوارد في البند الثاني من الاتفاقية لا يعني حق التملك هو قول مردود، إذ لا حق للتصرف بالمال إذا إنتفت الملكية. وبمعنى آخر أن حق التصرف هو من أهم عناصر الملكية. وحيث إضافة لما تقدم يبقى أن الجهة المستأنفة التي تتذرع بالبند الخامس من إتفاقية الحساب المشترك لم تبرز ما يفيد أن القانون السويسري يتضمن ما يخالف ما إرتضاه فريقا الحساب المشترك والمادة ١٥٠ لا تفيد توريث ورثة احد الشريكين في الحساب المشترك في حال إتفاق هذين الفريقين على خلاف ذلك. وحيث أن إلقاء القضاء السويسري الحجز الاحتياطي على الاموال المودعة في الحساب المشترك بناءً لطلب المستأنفة لا يشكل إقراراً أو تسليمياً من قبل هذا القضاء بحقها الارثي في هذه الاموال، فالحجز الاحتياطي لا يعدو كونه تدبيراً احترازياً مؤقتاً هذا مع العلم أن المحكمة الابتدائية في جنيف إتخذت قراراً بتاريخ ١٠/٣/١٩٨٩ قضت فيه بالرجوع عن قرار الحجز الاحتياطي، وقد صدق قرارها استئنافاً على ما هو ثابت من أوراق الملف. وحيث أن القول بأن البند الثاني من اتفاقية الحساب المشترك هو بند باطل كونه يعتبر إما بنداً مانعاً للارث أو تعاقداً على تركة مستقبلية، قول مردود بدوره على إعتبار أن مثل هذا البند وفي إطار الحساب المشترك غير مخالف للانتظام العام في لبنان، ذلك أن القانون اللبناني الصادر في 19/12/1961

أجاز تضمين الحساب المشترك مثل هذا النزاع من البنود دون تمييز بين هوية الشركاء في هذا الحساب. وحيث ترتيباً على كل ما تقدم بيانه وطالما أن الاموال المودعة في الحساب المشترك إنتقلت ملكيتها الى المستأنف عليها ليديا ياندم زاده نتيجة لوفاة الشريك الآخر في هذا الحساب لا يعود من مجال للقول بأن هذه الاموال تشكل عنصراً من عناصر تركة المرحوم جاك زادة. وحيث أن الحكم المستأنف المنتهي الى رد الدعوى يكون مستوجباً التصديق من حيث النتيجة التي توصل اليها برد الدعوى الابتدائية. وحيث لأجل ذلك يرد الاستئناف ويصدق الحكم المستأنف من حيث النتيجة. إستئناف جبل لبنان بتاريخ ٢٠٠١/١١/١٢. الرئيس الياس بو ناصيف والمستشاران منير عبد الله وروزين غنطوس. (وخلافاً لهذا الإتجاه فقد تبين من مفهوم المخالفة للمادة التاسعة عشرة من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (٣) لسنة ١٩٧١ بأن حق الشريك المتوفى في المصنف المشترك يؤول إلى وريثته من بعد. ولا ينتقل نصيب الشريك المتوفى في المصنف المشترك إلى شركائه الآخرين في التأليف الباقين على قيد الحياة، إلا إذا توفي من دون أن يترك وارثاً أو موصى له^(١). ففي هذه الحالة الأخيرة يؤول نصيبه في المصنف المشترك إلى شركائه في التأليف أو خلفهم، مالم يوجد إتفاق على خلاف ذلك. فالشريك المتوفى من دون وارث أو موصى له لا يؤول نصيبه إلى الملك العام، ولكن ينتقل إلى باقي الشركاء في المصنف أو لخلفهم، إذا كانوا قد ماتوا، كل بنسبة حصته في المصنف. إلى أن تنتضي مدة الحماية ويؤول المصنف إلى الملك العام.

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع البحث في متن هذه الدراسة فقد خصصنا الخاتمة لبيان أهم النتائج التي توصلنا إليها فضلاً عن بعض التوصيات التي نراها ضرورية وكما يأتي:

◆ أولاً: النتائج: وقد توصلت الدراسة إلى النتائج الآتية:

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر. حقوق المؤلف في القوانين العربية. مصدر سابق. ص ٥٥٦.

أولاً: إن حق الشريك الباقي على قيد الحياة في الملكية الشائعة التضامنية في القانون الانكليزي هو حق أيلولة ما يملكه الشريك المتوفى في المال الشائع إلى باقي الشركاء المتضامنين الأحياء، بإنقضائه تماماً وعدم إنتقاله إلى تركته، في مقابل التوسع في حقوق الشركاء المتضامنين الباقين على قيد الحياة.

ثانياً: لا يرتب هذا الحق أثره في جميع أنواع الملكية الشائعة العقارية، ويقتصر على نوعين منها فحسب، يتطلب كل منهما توفر الحياة المشتركة للعقار: الأول هو الملكية الشائعة التضامنية. والثاني الملكية الشائعة بين الزوجين، والتي بمقتضاها يؤول حق الزوج المتوفى إلى الزوج الآخر الباقي على قيد الحياة، كما لا يجوز إنهاؤها أو التصرف بها إلا بإتفاق الزوجين معاً. في الوقت الذي لا يظهر فيه هذا الحق في الملكية الشائعة الحصصية. ثالثاً: يتسم حق الشريك الباقي على قيد الحياة بالفاعلية والقوة بمقتضى قانون الأحكام العام الإنكليزي (Common Law)، فضلاً عن سمة التقدم والأولوية. ويحرز قصب السبق غالباً على حقوق أخرى كحق الورثة في الميراث، وحقوق دائني الشريك المتضامن المتوفى، وحق الموصى له في الوصية المصدقة.

رابعاً: يفقد حق الشريك الباقي على قيد الحياة فاعليته إذا جرى تحول الملكية الشائعة التضامنية إلى ملكية شائعة حصصية قبل وفاة أحد الشركاء المتضامنين بطريقة من طرق التحول ويزول نهائياً.

خامساً: تترتب على حق الشريك الباقي على قيد الحياة في القانون الانكليزي مجموعة من الآثار القانونية من أبرزها: إنقضاء حق الشريك المتضامن المتوفى تلقائياً في مقابل التوسع التلقائي في حقوق باقي الشركاء المتضامنين الأحياء، وعدم دخول حق الشريك المتضامن المتوفى في تركته، وتعطيل تحول الملكية الشائعة التضامنية إلى ملكية شائعة حصصية. وعدم أيلولة حق الشريك المتضامن المتوفى إلى دائنيه العاديين، وتناقص عدد الشركاء المتضامنين، وعدم ترتيب حق الشريك الباقي على قيد الحياة أثره إلا بعد موت الشريك على الشروع. وحصص حق الملكية في الشريك الأخير الباقي على قيد الحياة عن طريق إستمرار إنتقال هذا الحق بوفاة الشركاء المتضامنين تبعاً.

سادساً: نظم القانونون اللبناني والعراقي حق الشريك الباقي على قيد الحياة في نطاق ضيق، إذ قصره القانون اللبناني على الحساب المشترك بمقتضى قانون إجازة فتح حساب مشترك اللبناني الصادر في ١٩/١٢/١٩٦١، في حين قصره القانون العراقي على المصنفات المشتركة في حالة وفاة أحد المؤلفين من دون أن يترك وارثاً أو موصى له، فيتمتع المؤلفون الباقون بحق الشريك الباقي على قيد الحياة، وبمقتضى قانون حماية حق المؤلف رقم (٣) لسنة ١٩٧١.

سابعاً: يترتب على حق الشريك الباقي على قيد الحياة في القانون المقارن أثران مهمان هما: تصرف الشركاء الآخرين الباقين على قيد الحياة بكامل المال المشترك أو الشائع، والمتمثل في القانون اللبناني بالحساب المشترك، مطلق التصرف. ومدى تأثر حق الشريك الباقي على قيد الحياة بحق الورثة بعد وفاة الشريك مورثهم: فقد قدم القانون اللبناني حق الشريك الباقي على قيد الحياة على حقوق الورثة والموصى، وسمح بانتقال ملكية الحساب المشترك إلى الشريك الباقي على قيد الحياة، من دون المرور بقواعد حصر الإرث. خلافاً للقانون العراقي الذي قدم حق الورثة والموصى له في نصيب الشريك المتوفى على حق الشركاء الباقين على قيد الحياة في أيلولة نصيب الشريك المتوفى إليهم.

♦ **ثانياً: التوصيات:** بعد الانتهاء من عرض النتائج التي توصلت إليها الدراسة، فأنا نقترح التوصيات الآتية:

١- نقترح على المشرعين اللبناني والعراقي تبني حق الشريك المتضامن الباقي على قيد الحياة السائد في القانون الإنكليزي والأخذ به على نطاق ضيق، وبما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، للمحافظة على الملكية الشائعة ولا سيما العقارية منها، إذا كانت مخصصة لمشروعات التنمية الاقتصادية. وقصره على حالة وفاة أحد الشركاء المتضامنين، من دون أن يترك وارثاً. فيساهم هذا النظام في الحفاظ على ملكية باقي الشركاء للمال الشائع وديمومتها وتنميتها. وبشرط عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في ميراث من لا وارث له. لذا فإننا نقترح النص الآتي: (إذا تضامن إثنان أو أكثر في الإشتراك في ملكية مشروع

من مشاريع التنمية الاقتصادية، فهم شركاء فيه على الشيوع، فإذا توفي أحدهم آل حق الشريك المتوفى في ملكية ذلك المال الشائع إلى شركائه الآخرين الباقين على قيد الحياة، بشرط أن يكون قد توفي من دون يترك وارثاً، وبما ينسجم وأحكام الشريعة الإسلامية. وينقضي من ذمة الشريك المتوفى ليدخل في ذمة باقي الشركاء الأحياء تلقائياً).

٢- كما نقترح على المشرعين اللبناني والعراقي الأخذ بحق الشريك المتضامن الباقي على قيد الحياة السائد في القانون الإنكليزي ضمن نطاق الملكية الشائعة العقارية، وعلى نطاق ضيق، ولا سيما إذا كان الشيوع إختيارياً، ولم تربط بين الشركاء المتضامنون على الشيوع أية صلة قرابة، وذلك في حالة وفاة أحد الشركاء المتضامين، من دون أن يترك وارثاً. لذا فإننا نقترح النص الآتي: (إذا إشتراك شخصان أو أكثر في ملكية عقار شائع فهم شركاء فيه على الشيوع، ويؤول حق الشريك المتضامن المتوفى في ملكية ذلك العقار إلى الشريك أو الشركاء الآخرين الباقين على قيد الحياة، متقدماً على حقوق الورثة والموصى لهم ودائني الزوج المتوفى. بشرط أن يكون قد توفي من دون يترك وارثاً، وبما ينسجم وأحكام الشريعة الإسلامية. وينقضي من ذمة الشريك المتوفى ليدخل في ذمة باقي الشركاء الأحياء تلقائياً).

تأشير البنك المسحوب عليه على الشيك (أحكامه وجايلاته)

(دراسة مقارنة)

أ. جبر غازي شطناوي^(١)

يعد الشيك من أكثر الأوراق التجارية شيوعاً في الاستعمال سواء في مجال المعاملات التجارية أو المدنية وذلك لما يحققه من مزايا للمتعاملين به باعتباره أداة وفاء تقوم مقام النقد في التعامل^(٢)، كما أن الحماية القانونية المقررة للمستفيد من هذه الورقة وفقاً لقواعد قانون التجارة تشعر المتعامل بهذا النوع من الأوراق التجارية بالاطمئنان والثقة^(٣). وتنظم التشريعات التجارية أحكام هذه الورقة بشكل مفصل ما عدا تلك التي يتم الإحالة بخصوصها على أحكام سند السحب أو ما تسميه بعض التشريعات بالكمبيالة^(٤).

(١) محامي ومدرس في كلية القانون-جامعة اليرموك-الأردن

(٢) أنظر د. أكرم ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص ٢٣٦. كذلك أنظر قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ١٦١/٢٠٠٠، المنشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين، لسنة ٢٠٠٢، ص ٢٣٨٤.

(٣) أنظر د. مصطفى كمال طه وعلي البارودي، القانون التجاري (الأوراق التجارية-الإفلاس-العقود التجارية-عمليات البنوك)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠١، ص ١٣. أنظر كذلك قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ١٠٨/٢٠٠١، هيئة خماسية، بتاريخ ٣/٤/٢٠٠١. منشور على موقع قسطاس الإلكتروني:

<http://www.qistas.com>

(٤) يطلق المشرع الأردني مسمى سند السحب أو السفتجة على الورقة التجارية التي تتضمن أمراً من الساحب إلى المسحوب عليه لأداء مبلغ معين لمصلحة الحامل أو المستفيد بموعد معين أو قابل للتعين أو لدى الإطلاع، في حين أن بعض التشريعات التجارية تطلق على هذا النوع من الأوراق التجارية مسمى الكمبيالة وهو ما نهجه المشرع المصري، أنظر المادة ١٢٤ من قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم ١٩١٠ بتاريخ ٣٠/٣/١٩٦٦. والمادة ٣٧٩ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ وتعديلاته، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر بتاريخ ١٧ مايو ١٩٩٩.

ومن الأحكام الخاصة بالشيكات تلك المتعلقة بتأشير البنك المسحوب عليه على الشيك بمناسبة عرضه عليه من قبل الحامل أو أحد الموقعين، وهو الأمر الذي قد يترتب عليه أثراً قانونية بالنسبة للبنك المسحوب عليه وبالنسبة للساحب والحامل كذلك، فقد دأبت التشريعات التجارية على منع التأشير على الشيك بما يفيد القبول، إلا أنها تضمنت أحكاماً تسمح للبنك المسحوب عليه أن يقوم بالتأشير سواء وقع هذا التأشير بما يفيد وجود مقابل الوفاء أو اعتماد الشيك، أو لإثبات البنك بحصول الوفاء الجزئي أو الامتناع عن الوفاء^(١).

• إشكالية الدراسة:

تثير عملية تأشير البنك على الشيك عدة تساؤلات تهدف الدراسة إلى الإجابة عليها ونُجمل هذه التساؤلات كما يلي: ما المقصود بالتأشير وما هي شروطه؟ وما هي الحالات التي يتم فيها التأشير على الشيك؟ وهل يلجأ البنك إلى التأشير على الشيك من تلقاء نفسه، أم بناء على طلب ممن له مصلحة؟ وهل يملك البنك الحق في رفض التأشير؟ وما هي الآثار القانونية التي قد تترتب على هذا التأشير؟. تلك هي تساؤلات سنحاول الإجابة عنها وعن غيرها من التساؤلات التي تعرض لنا أثناء البحث.

• منهجية الدراسة:

لوصول إلى النتائج المرجوة من هذه الدراسة، سنعتمد إلى استخدام المنهج الوصفي والتحليلي في قراءة أحكام التشريعات المقارنة وأحكام القضاء ذات الصلة بموضوع الدراسة، حيث نعتقد أن ذلك سيحقق الغاية المرجوة من الدراسة والمتمثلة بتناول موضوع التأشير على الشيك بأسلوب علمي يغطي كافة جوانبه ويجب على التساؤلات التي يثيرها، وتحقيقاً لذلك فقد تم تقسيم الدراسة إلى مبحثين:

المبحث الأول: ونتناول فيه مفهوم التأشير على الشيك وشروط صحته من الناحيتين الموضوعية والشكلية.

(١) أنظر المادة ١/٢٣٢ من قانون التجارة الأردني والمادة ٤٨٢ من قانون التجارة المصري.

المبحث الثاني: ونعالج فيه حالات التأشير على الشيك والآثار القانونية المترتبة عليه.

المبحث الأول

ماهية التأشير على الشيك

سنتناول في هذا المبحث بيان مفهوم التأشير (المطلب الأول)، ثم سنبحث في الشروط الموضوعية والشكلية الواجب توافرها لصحة التأشير (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم التأشير على الشيك

يثار التساؤل حول مدلول كلمة "التأشير" وفيما إذا كانت هذه الكلمة تعد مصطلحا قانونيا ذا مدلول؟ أم أنه مجرد إجراء من الإجراءات التي تقوم بها البنوك بمناسبة تعاملها بالشيكات؟

بدايةً، لا بد لنا من الإشارة هنا أن المادة ٢٣٢ من قانون التجارة الأردني هي المادة الوحيدة التي جاء فيها المشرع على ذكر كلمة "التأشير" صراحةً، ولكن هذا لا يعني عدم وجود حالات أخرى يلجأ فيها البنك للتأشير، حيث يمكن استنتاج هذه الحالات من العبارات الواردة في النصوص القانونية ذات الصلة، والتي سنأتي عليها تفصيلاً، أما قانون التجارة المصري فقد نصّ على حالات التأشير صراحةً، حيث يورد كلمة "تأشير" أو "يؤشر" في جميع المواد التي تنظم هذه الحالات وهي المواد ٤٨٢ و ٣/٤٩٩ و ١/٥١٣. وسنكتفي في هذا المطلب بعرض المادة ٢٣٢ من قانون التجارة الأردني والمادة ٤٨٢ من قانون التجارة المصري لكون ذلك يفي بالغاية المتمثلة ببيان مفهوم التأشير.

في حقيقة الأمر لم يبين المشرع الأردني في قانون التجارة ما يفيد المقصود بكلمة "التأشير" مكتفياً بما أورده في المادة ٢٣٢، ولقد جاء نص هذه المادة في فقرتين وعلى النحو التالي: "١- لا قبول في الشيك وإذا كتبت على الشيك عبارة القبول عدت كأن لم تكن ٢- على أنه يجوز للمسحوب عليه أن يؤشر على الشيك، وهذه الإشارة تعيد وجود مقابل الوفاء في تاريخ التأشير". أمّا بالنسبة للمشرع المصري، فقد جاء في المادة ٤٨٢

من قانون التجارة: "١- لا قبول في الشيك وإذا كتبت عليه صيغة القبول اعتبرت كأن لم تكن. ٢- ومع ذلك يجوز تقديم الشيك للمسحوب عليه للتأشير عليه بالاعتماد، ويفيد هذا التأشير وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه في تاريخ التأشير، ويعتبر توقيع المسحوب عليه على صدر الشيك اعتماداً له. ٣- لا يجوز للمسحوب عليه رفض اعتماد الشيك إذا كان لديه مقابل وفاء يكفي لدفع قيمته. ٤- ويبقى مقابل وفاء الشيك المؤشر عليه بالاعتماد مجمداً لدى المسحوب عليه وتحت مسؤوليته لمصلحة الحامل إلى حين انتهاء مواعيد تقديم الشيك للوفاء".

ونلاحظ من المواد المشار لها بأن المشرع لم يبين المقصود "بالتأشير"، ولكن من مضمون المواد التي عالجتها هذه العملية نستطيع أن نستنتج بأن التأشير يقصد به الإجراء الذي يقوم به البنك بمناسبة عرض الشيك عليه، والمتمثل بالتوقيع على الشيك ذاته مع بيان تاريخ هذا التوقيع، وفي بعض الحالات لا بد أن يتضمن ما يفيد الغاية التي تم من أجلها، فكما سنأتي لاحقاً قد يلجأ البنك المسحوب عليه الشيك إلى التأشير للدلالة على وجود مقابل الوفاء أو الاعتماد، أو بما يفيد الامتناع عن الوفاء، أو بمناسبة الوفاء الجزئي بقيمته، أو في حالة مضاهاة توقيع الساحب بالتوقيع المعتمد لديه. علماً أن مجرد التأشير دون بيان يدل على الغاية منه يعتبر دليلاً على وجود مقابل الوفاء بالنسبة للمشرع الأردني ويعتبر -بالإضافة لوجود مقابل الوفاء بتاريخه - اعتماداً للشيك بالنسبة للمشرع المصري. ومن خلال ما يقرره المشرعان الأردني والمصري في المادتين المشار لهما نبدي الملاحظات التالية:

أولاً: عدم جواز كتابة أي بيان على الشيك بما يفيد القبول، وهذا ما يتفق مع ما تضمنته اتفاقية جنيف لسنة ١٩٣١ بشأن القواعد الموحدة الخاصة بالشيك، حيث أن عرض الشيك على البنك المسحوب عليه للقبول يتنافى مع وظيفة الشيك كأداة وفاء، فهو مستحق الدفع بمجرد الإطلاع وتقديمه للبنك المسحوب يكون بمناسبة الوفاء بقيمته^(١).

(١) أنظر د. عزيز العكلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٥، ص ٢٥٢. د. عصام حنفي محمود، الأحكام المستحدثة للشيك، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٦.

ثانياً: لقد اكتفى المشرع الأردني بالنص على جواز التأشير على الشيك بما يفيد وجود مقابل الوفاء لديه بتاريخ التأشير، وبالتالي هذا التأشير لا ينطوي على اعتبار الشيك معتمداً من قبله، كما لم يشترط كتابة عبارة معينة تفيد سبب التأشير، بل مجرد التأشير وحده يعد كافياً، ولم يحدد المشرع موضع التأشير على الشيك فيما إذا كان على صدر الشيك أم خلفه، في حين أن المشرع المصري بيّن مدلول التأشير الذي يقوم به البنك، حيث أن البنك يؤشّر بما يفيد اعتماده للشيك، واشترط المشرع أن يتم التأشير على صدر الشيك تحديداً، واعتبر أن هذا التأشير يفيد وجود مقابل الوفاء بتاريخه، كما ألزم البنك بتجميد مقابل الوفاء لمصلحة الحامل لحين انتهاء المدة القانونية لتقديم الشيك للوفاء.

المطلب الثاني: شروط صحة التأشير على الشيك

التأشير على الشيك شأنه شأن أي تصرف إرادي، يتطلب لصحته توافر الشروط الموضوعية اللازمة لصحة الالتزامات المصرفية (الفرع الأول)، كما يجب من جهة أخرى مراعاة الشروط الشكلية التي تعتبر من أهم خصائص الأوراق التجارية (الفرع الثاني).

♦ الفرع الأول: الشروط الموضوعية لصحة تأشير البنك على الشيك

التأشير من الإجراءات المصرفية التي لا بد من أن يتوافر فيها الشروط الموضوعية اللازمة لصحة أي التزام إرادي، تماماً كما هو الحال بالنسبة لسحب الشيك أو تظهيره أو ضمانه^(١)، وهذه الشروط مقررة وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني، حيث لا خصوصية بالنسبة للشيكات بهذا الصدد، وبالتالي لا بد من الرضا وجوداً وصحةً، وأن يكون من صدر عنه التأشير متمتعاً بالأهلية اللازمة للتصرف، كما يجب أن يكون المحل والسبب مشروعين^(٢).

(١) أنظر في ذلك د. فياض ملفي القضاة، شرح القانون التجاري الأردني (الأوراق التجارية)، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٩، ص ٥٠.

(٢) أنظر د. عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص ٢٣١.

وعليه، فإن التأشير يجب أن يصدر عن شخص يملك سلطة إصداره نيابة عن البنك، فالبنك شخص اعتباري يمارس أعماله من خلال ممثله القانوني والذي يكون موظفاً مفوضاً بالتوقيع، ويجب أن يكون متمتعاً بصلاحيه القيام بعملية التأشير نيابة عن البنك الذي يمثله وفقاً لأحكام القانون وعقد التأسيس^(١).

ويرتب قانون الشركات الأردني مسؤولية الشركة عن تصرفات وأعمال ممثليها تجاه الغير حسن النية، ولو تجاوزت هذه الأعمال أو التصرفات الحدود المرسومة بموجب عقد الشركة^(٢)، كما أن قانون الشركات المصري يجيز للغير حسن النية أن يحتج بالأعمال والتصرفات التي يجريها ممثلي الشركة باسمها ولحسابها، سواء كانت تلك الأعمال والتصرفات مما يدخل في غرض الشركة، أو تجاوزت القيود المقررة في سلطة المدير أو مجلس الإدارة^(٣).

فإذا كان من قام بعملية التأشير على الشيك مُستخدماً لا يملك سلطة التوقيع عن البنك، أو تجاوز بهذا التأشير الصلاحيات الممنوحة له بموجب أنظمة وتعليمات البنك، فإن البنك يبقى مسؤولاً تجاه المستفيد حسن النية عن هذا التأشير، ويكون المستفيد حسن النية ما دام أنه لا يعلم بأن من قام بالتأشير ليس مفوضاً بذلك، أو بأنه متجاوزاً للصلاحيات الممنوحة له من قبل البنك.

أمّا إذا قام البنك بالتأشير على شيك لا تتوفر في صاحبه الأهلية اللازمة لسحبه، فإن التأشير يبقى صحيحاً، حيث أن التزامات عديم الأهلية أو ناقصها من غير التجار والناشئة عن التوقيع على الأوراق التجارية ومنها الشيكات، تكون بالنسبة لمن قام به باطلة وفقاً

(١) أنظر د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، قانون الشركات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١٢٦.

(٢) أنظر المواد ١٧/ب و ٢٥/أ و ٦٠ و ٨١/أ و ١٣٧ و ١٥٦ من قانون الشركات الأردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته والمنشور في الجريدة الرسمية صفحة ٢٠٣٨، من العدد رقم ٤٢٠٤، بتاريخ ١٥/٥/١٩٩٧.

(٣) أنظر المادة ١/٥٥ من قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، كذلك أنظر حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٧٢٢ لسنة ٥٨ ق-جلسة ٤/٨/١٩٩٧، س ٤٨، ج ١، ص ٦٢٣. منشور على موقع محكمة النقض المصرية:

للمشرع المصري، وموقوفة على الإجازة بالنسبة لناقص الأهلية بحسب المشرع الأردني^(١)، دون أن يؤثر ذلك على صحة التزامات باقي الموقعين على هذه الأوراق^(٢).
أمّا بالنسبة لوجود المحل ومشروعيته كشرط لصحة التأشير، فلا يتصور عدم مشروعية المحل، حيث أن جميع التوقيعات التي قد ترد على الشيك -ومنها تأشير البنك- محلها يتعلق بمبلغ نقدي واجب الدفع للمستفيد، وهو محل ممكن الوجود ومشروع^(٣). وفيما يتعلق بالشرط الخاص بوجود ومشروعية السبب، فإن سبب التأشير يفترض فيه الوجود والمشروعية ما لم يعم الدليل على خلاف ذلك، حيث أن المشرع يفترض وجود السبب ومشروعيته بالنسبة لكافة التصرفات، وعلى من يدعي العكس إثبات ما يدعيه^(٤)، والإثبات في هذه الحالة يكون بكافة الوسائل^(٥).

ويختلف سبب تأشير البنك على الشيك باختلاف الأحوال، فقد يلجأ البنك للتأشير بما يفيد وجود مقابل الوفاء بتاريخ التأشير^(٦)، أو اعتماد الشيك^(٧)، أو في حالة الامتناع عن

(١) ويجدر بالذكر هنا أن قانون التجارة المصري قد اعتبر التزام ناقص الأهلية غير التاجر وعديم الأهلية في حال التوقيع على الشيك باطلا (المادة ٤٧٩ من قانون التجارة)، في حين أن المشرع الأردني يحيل للقواعد العامة بالنسبة للأهلية حيث يفرق بين حالة نقص الأهلية وانعدامها: حيث يعتبر التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بالنسبة لناقص الأهلية موقوفة وتصرفات عديم الأهلية باطلة (المادة ١١٧ و ١١٨ من القانون المدني).

(٢) المادة ١٣٠ من قانون التجارة الأردني وهي خاصة بسند السحب ويحيل عليها المشرع بالنسبة للشيك، والمادة ٤٨٠ من قانون التجارة المصري.

(٣) أنظر د. مصطفى كمال طه وعلي البارودي، مرجع سابق، ص ٣٤.

(٤) أنظر المادة ١٦٦ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ والمادة ١٣٧ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة وتعديلاته ١٩٤٨.

(٥) أنظر د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص ٣٧.

(٦) المادة ٢/٢٣٢ من قانون التجارة الأردني.

(٧) المادة ٤٨٢ من قانون التجارة المصري.

الوفاء^(١)، والوفاء الجزئي^(٢)، أو بمناسبة مطابقة توقيع الساحب مع التوقيع المعتمد لدى البنك^(٣). وسنبحث في هذه الحالات بالتفصيل في المبحث الثاني من هذه الدراسة.

♦ الفرع الثاني: الشروط الشكلية لصحة التأشير على الشيك

بادئ ذي بدء، تعتبر الأوراق التجارية أيًا كان نوعها محررات شكلية يشترط القانون فيها بيانات خاصة، وكل ما يتعلق بهذه الأوراق من تصرفات يعتبر عملا تجاريا وبصرف النظر عن سبب تحريرها وصفة أشخاصها سواء كانوا تجارا أم لا^(٤)، فالشكلية إذا تعتبر عنصرا جوهريا لا بد من توافرها في الورقة ذاتها وفي التصرفات والإجراءات التي ترد عليها. هذا ولم تتضمن مواد قانون التجارة الأردني وكذلك المصري نصا خاصا بالشروط الشكلية الواجب توافرها في عملية التأشير على الشيك، ولكن يمكن استنتاج ذلك من الأحكام الخاصة بالشروط الشكلية للشيك نفسه، حيث لا بد من الكتابة ومن توافر بيانات معينة^(٥)، وقد سبق وعرفنا التأشير بأنه إجراء يتخذه البنك بمناسبة عرض الشيك عليه يتمثل بالتوقيع مع كتابة تاريخ هذا التوقيع وبما يفيد المناسبة التي تم من أجلها هذا التأشير. وعليه، فإن التأشير من قبل البنك على الشيك لا بد أن يكون كتابية، وعلى الشيك ذاته، ومقترنا بتوقيع المسحوب عليه وتاريخ هذا التوقيع، ونبين ذلك على التوالي:

(١) المادة ١/٢٦٠ من قانون التجارة الأردني، والمادة ١/٥١٨ من قانون التجارة المصري.

(٢) المادة ٣/٢٥١ من قانون التجارة الأردني، والمادة ٤/٤٩٩ من قانون التجارة المصري.

(٣) لقد أضاف المشرع المصري هذا النوع من التأشير بموجب القانون رقم ١٥٦ لسنة ٢٠٠٤ والمعدل لقانون التجارة، وذلك بإضافة الفقرة الخامسة على المادة ٤٨٢. ولا يوجد نص مماثل لذلك في قانون التجارة الأردني.

(٤) حدد المشرع الأردني الأعمال التجارية في المادتين السادسة والسابعة من قانون التجارة، كما حددها المشرع المصري في المادة الخامسة والسادسة والسابعة من قانون التجارة، ولم يتطرق إلى الأوراق التجارية فيها، ولكن شرّاح القانون يقررون تجارية العمليات المتعلقة بالشيك بصفة مطلقة أنظر في ذلك: د. محمد حسين إسماعيل، القانون التجاري الأردني، بدون ناشر، الطبعة الثانية، عمان ١٩٩٢، ص ١٢٤، عزيز العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، مرجع سابق، ص ٣٩، د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص ٧٩. أنظر في تفصيل موقف بعض التشريعات العربية من هذه المسألة الدكتور الياس ناصيف، الأسناد التجارية أو الأوراق التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠١٨، ص ٢٨.

(٥) المادة ١/٢٢٣ ج من قانون التجارة الأردني، المادة ٤٧٣ من قانون التجارة المصري.

أولاً: التأشير يجب أن يكون مكتوباً:

وهذا الشرط يعد من المسلمات، ذلك أنه لا يتصور التأشير دون وجود ما يدل عليه، وبالتالي لا يكون إلا بالكتابة الصادرة عن البنك المسحوب عليه، ولم يشترط المشرع الأردني كتابة عبارة معينة، بل اكتفى بمجرد التأشير من قبل المسحوب عليه بحيث يدل ذلك على وجود مقابل الوفاء بتاريخ التأشير^(١)، كما يعتبر المشرع المصري أن توقيع المسحوب عليه على صدر الشيك هو بمثابة اعتماد له ولو لم ترد عبارة تفيد ذلك^(٢).

ونعتقد أن السبب في عدم اشتراط بيان محدد يقترن به التأشير يكمن في أن مجرد توقيع البنك على الشيك دون ذكر عبارة معينة لا يمكن أن يفسر بأي حال من الأحوال على أنه قبول، حيث أن القبول هو حكم خاص بسند السحب، والمشرع يمنع صراحة القبول بالنسبة للشيكات، وحتى في حال كتابة عبارة تفيد القبول على الشيك فإنها تعتبر وكأنها لم تكن^(٣)، وهذا ما يفسر اكتفاء المشرع بمجرد توقيع البنك على الشيك لاعتباره دليلاً على وجود مقابل الوفاء أو الاعتماد، حيث تتعدم احتمالية الخلط بين التأشير والقبول.

ويمكن القول، أن عدم اشتراط المشرع كتابة عبارة معينة تفيد سبب التأشير هي حكم خاص في حالة التأشير بما يفيد توافر مقابل الوفاء أو الاعتماد والتي ورد النص عليها صراحة، أما فيما يتعلق بباقي الحالات، وهي حالة الوفاء الجزئي أو حالة الامتناع عن الوفاء، فإنه من الناحية العملية لا بد للبنك المسحوب عليه أن يضمن توقيعاً عليه عبارة تبين دلالة هذا التأشير^(٤).

(١) المادة ٢٣٢ من قانون التجارة الأردني. ومن الملاحظ هنا أن المشرع الأردني قد نص في المادة ٢/١٥٦ من قانون التجارة على أن توقيع المسحوب عليه على صدر سند السحب يعد قبولاً دون الحاجة لكتابة عبارة تفيد ذلك القبول، في حين لم يرد مثل هذا الحكم بالنسبة للشيك، كما أن المشرع لم يحيل على هذه المادة بالنسبة للشيك.

(٢) المادة ٢/٤٨٢ من قانون التجارة المصري.

(٣) المادة ١/٢٣٢ من قانون التجارة الأردني والمادة ١/٤٨٢ من قانون التجارة المصري.

(٤) ومما يجدر بالذكر هنا أن قانون التجارة المصري كان أكثر وضوحاً وتفصيلاً بهذا الخصوص، حيث بين أن التأشير يجب أن يتضمن عبارة تفيد سببه سواء كان لمطابقة توقيع الساحب مع التوقيع المعتمد له لدى البنك المسحوب عليه (المادة ٥/٤٨٢)، أو بما يفيد الوفاء الجزئي (المادة ٣/٤٩٩) أو بما يفيد معارضة الوفاء بالشيك (المادة ١/٥١٣)، أو الامتناع عن الوفاء (٥١٨).

ثانيا: موضع التأشير على ورقة الشيك:

بالنسبة للمكان الذي يجب أن يوضع عليه التأشير، فلم يشترط المشرع الأردني أن يقع التأشير على موضع محدد من الشيك، حيث جاء نص المادة ٢٣٢ خالياً من ذلك، فقد يقع على صدره أو ظهره، وهذا ما يمكن استنتاجه من عبارة (على أنه يجوز للمسحوب عليه أن يؤشر على الشيك)، فالتأشير يجب أن يكون على الشيك وليس على ورقة منفصلة عنه، ودون أي تحديد لمكان التأشير على ورقة الشيك، أما المشرع المصري فقد كان أكثر تحديداً، حيث أن المادة ٢/٤٨٢ تقضي بأن مجرد توقيع البنك على صدر الشيك يفيد اعتماده، وبالتالي لا بد أن يتم التأشير على الشيك نفسه وتحديداً على صدر الشيك لينتج أثره القانوني المتمثل بالاعتماد والذي يدل على توافر مقابل الوفاء بتاريخ التأشير والتزام البنك بحجزه. أما بالنسبة لباقي الحالات التي قد يلجأ فيها البنك المسحوب عليه للتأشير فلا قيد بالنسبة لموضع التأشير فالمهم أن يتم التأشير على الشيك نفسه^(١).

ثالثا: تاريخ التأشير:

يتعين على البنك المسحوب عليه الشيك كتابة التاريخ الذي تمت فيه واقعة التأشير، حيث يعتبر المشرع أن التأشير الذي يضعه البنك على الشيك يفيد بوجود مقابل الوفاء في التاريخ الذي وقع فيه ذلك التأشير^(٢)، أي أن التأشير يجب أن يكون مؤرخاً لما لذلك من أهمية في تحديد توافر مقابل الوفاء للشيك المؤشر عليه من قبل البنك. ومن جانب آخر، فإن تاريخ التأشير له أهمية بالنسبة للحالة التي يفيد فيها التأشير بحصول الوفاء الجزئي الذي يبرئ ذمة الموقعين بحدود هذا الوفاء اعتباراً من هذا التاريخ^(٣)، كما أن المشرعين الأردني والمصري أوجبا تأريخ التأشير في حالة الامتناع عن الوفاء من قبل البنك المسحوب

(١) أنظر بالنسبة لحالة الوفاء الجزئي المادة ٣/٢٥١ من قانون التجارة الأردني، والمادة ٤٩٩ من قانون التجارة المصري، وبالنسبة لحالة الامتناع عن الوفاء المادة ٢/٢٦٠ من قانون التجارة الأردني والمادة ١/٥١٨ من قانون التجارة المصري.

(٢) المادة ٢/٢٣٢ من قانون التجارة الأردني، والمادة ٢/٤٨٢ من قانون التجارة المصري.

(٣) المادة ٣/٢٥١ من قانون التجارة الأردني، والمادة ٤٩٩ من قانون التجارة المصري.

عليه، حيث يحق للحامل عندها الرجوع على الساحب والموقعين على الشيك للمطالبة بقيمته^(١).

المبحث الثاني

حالات التأشير وآثاره القانونية

سنتناول في هذا المبحث الحالات التي يقوم فيها البنك بالتأشير على الشيك (المطلب الأول)، ثم سنبحث في الآثار القانونية المترتبة على عملية التأشير (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حالات التأشير على الشيك

قد يقوم البنك بالتأشير على الشيك بما يفيد وجود مقابل الوفاء أو الاعتماد (الفرع الأول)، وفي حالة الوفاء الجزئي (الفرع الثاني)، كما أن البنك قد يلجأ للتأشير على الشيك بمناسبة امتناعه عن الوفاء لإثبات هذا الامتناع (الفرع الثالث)، كما أن هنالك حالة أخرى استحدثها المشرع المصري تتمثل في التأشير بمطابقة توقيع الساحب (الفرع الرابع).

♦ الفرع الأول: التأشير بما يفيد توافر مقابل الوفاء والاعتماد

تأشير البنك على الشيك بما يفيد وجود مقابل الوفاء بتاريخ التأشير هي الحالة الوحيدة التي نص فيها المشرع الأردني صراحةً على عملية التأشير، حيث جاء في المادة ٢/٢٣٢ من قانون التجارة الأردني: "على أنه يجوز للمسحوب عليه أن **يؤشر** على الشيك وهذه الإشارة تفيد وجود مقابل الوفاء في تاريخ التأشير". وقد سبق الإشارة إلى أن المشرع لم يشترط كتابة عبارة تفيد ذلك، حيث يكفي توقيع البنك مع ذكر التاريخ لينتج التأشير أثره، فالتأشير الخالي من أي بيان يدل على أن مقابل الوفاء متوافر لدى البنك في التاريخ الذي وقع فيه.

(١) المادة ١/٢٦٠ من قانون التجارة الأردني، والمادة ٥١٨ من قانون التجارة المصري.

أما المشرع المصري، وفي الفقرة الثانية والرابعة من المادة ٤٨٢ من قانون التجارة، فقد اعتبر مجرد التأشير على صدر الشيك، ولو بدون كتابة أي عبارة، يفيد باعتماد الشيك بحيث يكون دليلاً على توافر مقابل الوفاء بتاريخ التأشير وبالالتزام البنك بتجميد هذا المقابل إلى حين انتهاء المهلة القانونية لتقديم الشيك للوفاء.

ومن الملاحظ أن المشرعين الأردني والمصري لم يحددا الطرف الذي له الحق في التقدم إلى البنك للتأشير على الشيك، وبالتالي نستطيع القول بأنه يحق التقدم إلى البنك للتأشير على الشيك من قبل من له مصلحة في ذلك:

فمن جهة، وإن كان الشيك أداة وفاء واجب الدفع بمجرد الإطلاع، فإن المستفيد الذي يرغب بالاطمئنان على توافر مقابل الوفاء لدى البنك المسحوب عليه قبل عرضه للوفاء يستطيع التقدم بطلب التأشير، وهذه الحالة يمكن تصورها بالنسبة للمستفيد الذي يرغب في الالتزام بالموعد المتفق عليه بينه وبين الساحب أو المظهر قبل عرض الشيك للوفاء، وهو في الواقع مجرد التزام أدبي حيث أن الشيك مستحق الأداء بمجرد عرضه^(١).

ومن جهة أخرى، نجد أن للساحب والمظهر مصلحة في تقديم الشيك للتأشير، حيث أن الشيك المؤشر عليه يعطي الثقة والاطمئنان للمتعاملين به بحيث يكون أكثر قبولاً في التعامل، فهذا التأشير يفيد بتوافر مقابل الوفاء بتاريخه، بل أن البنك ملزم بتجميد هذا المقابل لمصلحة الحامل متى كان التأشير يفيد الاعتماد^(٢)، كما أن التأشير يستفيد منه الساحب بمواجهة الحامل لإثبات أنه قد وقرّ مقابل الوفاء لدى البنك المسحوب عليه، وبالتالي يسقط التزامه الصرفي بمواجهة الحامل الذي أهمل الموعد القانوني لتقديم الشيك للوفاء أو لإثبات الامتناع عن الوفاء^(٣)، حيث أن الساحب الذي يعجز عن إثبات وجود

(١) أنظر د. علي جمال الدين عوض، الشيك في قانون التجارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٩٦.

(٢) أنظر د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص ٢٩٩.

(٣) أنظر د. أكرم ياملي، مرجع سابق، ص ٢٦٣. كذلك أنظر قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٤٠٦/٢٠١٨، هيئة خماسية، بتاريخ ٢٠١٨/٢/٨، والمنشور على موقع قسطاس.

مقابل الوفاء لدى البنك المسحوب عليه يبقى ملزماً تجاه الحامل حتى لو قام هذا الأخير بتحرير احتجاج عدم الوفاء بعد الميعاد القانوني^(١).

ويتبادر لنا هنا التساؤل عن إمكانية رفض البنك للتأشير على الشيك، فهل يحق للبنك رفض التأشير؟ أم أن ذلك يعتبر التزاماً من التزامات البنك بالنسبة للشيكات المسحوبة عليه؟

في الواقع لم يلزم المشرع الأردني البنك المسحوب عليه بالتأشير في حال تقدم بطلب التأشير الحامل أو أحد الموقعين، حيث أن المشرع قد اعتبر عملية التأشير مسألة جوازية للبنك، فله الموافقة أو الرفض^(٢). أما المشرع المصري -وحسناً فعل- فقد كان أكثر حزماً تجاه المسحوب عليه، حيث يفرض على البنك التزاماً بوجود التأشير على الشيك بما يفيد اعتماده، ولكن المشرع اشترط لإلزام البنك بذلك أن يتوافر لديه مقابل وفاء يكفي لدفع قيمة الشيك كاملة^(٣)، وبمفهوم المخالفة فإن عدم توافر مقابل الوفاء للشيك أو عدم كفايته تجعل البنك في حل من التزامه بالتأشير بما يفيد اعتماده.

◆ الفرع الثاني: التأشير في حالة الوفاء الجزئي

مقابل الوفاء في الشيك أو الرصيد كما يطلق عليه في التعامل، هو عبارة عن دين نقدي للساحب في ذمة البنك المسحوب عليه، بإصدار الشيك من قبل الساحب يفترض وجود علاقة قانونية تربط هذا الأخير بالبنك المسحوب عليه، ومضمون هذه العلاقة يتمثل بكون الساحب دائماً للبنك بمقابل الوفاء الأمر الذي يبرر سحب الشيك عليه تحديداً^(٤). ويعتبر مقابل الوفاء من أهم الضمانات التي يعتمد عليها حامل الشيك، لذلك يجب على الساحب أن يوفّر مقابل الوفاء لدى البنك المسحوب عليه عند إنشائه للشيك، وأن يكون

(١) المادة ٢٣١/٤ من قانون التجارة الأردني والمادة ٤٩٨ من قانون التجارة المصري.

(٢) المادة ٢٣٢/١ من قانون التجارة الأردني.

(٣) المادة ٤٨٢/٣ من قانون التجارة المصري.

(٤) أنظر د. عصام حنفي محمود، المرجع السابق، ص ٣٨.

باستطاعته التصرف بهذا المقابل بموجب شيك^(١)، فلا يمكن للشيك أن يؤدي وظيفته كأداة للوفاء تغني عن استعمال النقود في المعاملات إذا لم يطمئن الحامل سلفاً إلى وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه^(٢).

ولا تثار أية إشكالية في حال وجود مقابل وفاء في حساب الساحب يكفي لدفع كامل قيمة الشيك، حيث يقوم البنك بأداء قيمته للحامل الشرعي مقابل تسلمه للشيك من الحامل موقعا عليه بما يفيد التخالص^(٣).

ولكن يثور التساؤل في الحالة التي يتوافر فيها مقابل وفاء يكفي لدفع جزء من القيمة الثابتة في الشيك، فهل الحامل ملزم بقبول الوفاء بالقدر الموجود لدى البنك المسحوب عليه؟ أم يحق له رفض هذا الوفاء؟ وكيف يمكن إثبات هذا الوفاء؟

لقد ألزم المشرع الأردني حامل الشيك بقبول الوفاء الجزئي والرجوع على الضامنين بالجزء غير المدفوع، في حال عرض عليه ذلك من قبل البنك المسحوب عليه، كما يجيز المشرع للحامل أن يطالب بهذا الوفاء من البنك في حال كان مقابل الوفاء لا يكفي لأداء قيمة الشيك كاملة^(٤). أما بالنسبة للمشرع المصري فقد ترك للحامل الحق في قبول الوفاء الجزئي أو رفضه في حال عرض عليه ذلك من المسحوب عليه^(٥)، ولعل الحكمة التي أرادها المشرع الأردني من إلزام الحامل بقبول الوفاء الجزئي -متى عرض عليه من المسحوب عليه- تكمن في تخفيف العبء عن الموقعين على الشيك لكونهم ضامنين للوفاء بقيمته، بحيث تبرأ ذمتهم بمقدار المبلغ المدفوع من قيمة الشيك^(٦).

والتساؤل هنا، كيف يمكن إثبات عملية الوفاء الجزئي؟ حيث أن البنك المسحوب عليه مطالب بإثبات هذا الوفاء بمواجهة الساحب لإبراء ذمته بمواجهة هذا الأخير بمقدار المبلغ

(١) المادة ٢٣١ من قانون التجارة الأردني والمادة ٤٩٧ من قانون التجارة المصري.

(٢) أنظر د. أبو زيد رضوان، الأوراق التجارية، بدون دار نشر، طبعة ٢٠٠١، ص ٢٣٧.

(٣) المادة ١/٢٥١ من قانون التجارة الأردني، والمادة ٣/٤٩٩ من قانون التجارة المصري.

(٤) المادة ٢/٢٥١ من قانون التجارة الأردني.

(٥) المادة ٣/٤٩٩ من قانون التجارة المصري.

(٦) أنظر د. مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص ٢٨٣.

المدفوع من قيمة الشيك، كما أن الساحب وغيره من الموقعين على السند لهم مصلحة في إثبات هذا الوفاء كون أن ذمتهم تبرأ بمواجهة الحامل بمقدار المبلغ المدفوع.

لقد وردت الإجابة على هذا التساؤل في الفقرة الثالثة من المادة ٢٥١ من قانون التجارة الأردني، حيث أن البنك المسحوب عليه يجوز له أن يثبت هذا الوفاء في الشيك نفسه، وله أن يطلب من الحامل مخالصة بمقدار المبلغ المدفوع من قيمة الشيك، وبما أن المشرع بيّن أن الإثبات يكون في الشيك نفسه، فإن إثبات هذا الوفاء يكون من الناحية العملية من خلال الكتابة على الشيك بما يفيد الوفاء بمقدار المبلغ المدفوع على أن يقتصر ذلك بتوقيع البنك وكتابة التاريخ، أي أن البنك يؤشر على الشيك بما يفيد واقعة الوفاء الجزئي، فنحن بصدد عملية تأشير مفادها حصول الوفاء الجزئي بالرغم من أن المشرع لم يأتي على ذكر كلمة "تأشير" صراحةً. كما أن موقف المشرع المصري من مسألة إثبات الوفاء الجزئي بقيمة الشيك ورد في الفقرة الثالثة من المادة ٤٩٩ والتي تقضي بجواز قيام المسحوب عليه بإثبات الوفاء الجزئي من خلال التأشير على الشيك نفسه، مع مطالبته للحامل بمخالصة بحدود المبلغ المدفوع، فالمشرع بيّن بصريح العبارة أن ما يتم هو تأشير على الشيك.

ومطالبة البنك للحامل بمخالصة منفصلة عن ورقة الشيك مسألة تقتضيها الضرورة العملية، لأن البنك لا يستطيع المطالبة بتسلم الشيك من الحامل كما هو الحال في حالة الوفاء بكامل قيمته، لكون الحامل سيرجع على الساحب وباقي الضامنين بالمبلغ المتبقي من قيمة الشيك ولا يستطيع القيام بذلك دون وجود الشيك تحت يده، لذلك يلجأ البنك المسحوب عليه إلى مطالبة الحامل بمخالصة مستقلة عن ورقة الشيك بمقدار المبلغ المدفوع من القيمة الكلية للشيك المسحوب عليه.

ومن الأفضل للبنك المسحوب عليه أن يحصل على صورة من الشيك الذي قام بوفائه جزئياً بعد أن يتم توقيع الحامل الشرعي عليه بما يفيد باستلام الوفاء الجزئي، ويكون ذلك بالإضافة إلى المخالصة بالمبلغ المدفوع، حيث أن البنك يستطيع استخدام هذه الصورة بمواجهة عميله الساحب لإثبات قيامه بالوفاء الجزئي^(١). ولا يثور في هذا الفرض مسألة

(١) أنظر د. فياض ملفي القضاة، المرجع السابق، ص ٤١٠.

مدى جواز امتناع البنك عن التأشير، ذلك أن التأشير بالوفاء الجزئي يعتبر من مصلحة البنك، حيث أن التأشير في هذه الحالة هو وسيلة البنك لإثبات هذا الوفاء بمواجهة الساحب. ويلاحظ هنا، أن المشرع الأردني يرتب مسؤولية البنك تجاه الساحب في حالة ثبوت أن مقابل الوفاء المتوافر لديه يفوق مبلغ الوفاء الجزئي الذي تم التأشير به^(١)، كما أن البنك يكون مسؤولاً تجاه الساحب عما أصابه من ضرر وعمّا لحق باعتباره المالي من أذى، إذا قام بالتأشير على الشيك بما يفيد الوفاء الجزئي بالرغم من وجود مقابل الوفاء الكافي لكامل قيمته، متى كان هذا الشيك مسحوباً سحباً صحيحاً ولم يقدم بشأنه أي اعتراض^(٢).

◆ الفرع الثالث: التأشير في حالة الامتناع عن الوفاء

لما كان الشيك أداة وفاء مستحق الأداء بمجرد الإطلاع، فإنه يجوز تقديمه للوفاء من تاريخ إصداره، ويحدد المشرع ميعادا معيناً يتعين خلاله على الحامل الشرعي للشيك أن يقوم بتقديمه للبنك المسحوب عليه لاستيفاء قيمته، ومراعاة لطبيعة الشيك كأداة وفاء، وحرصاً على مصلحة الموقعين على الشيك حتى لا يبقوا ملتزمين بضمان الوفاء به لمدة طويلة، فإن الميعاد الذي يتعين خلاله تقديم الشيك للوفاء ينبغي أن يكون قصيراً، ويختلف هذا الميعاد بحسب الأحوال: فإذا كان الشيك صادراً داخل الدولة وواجب الدفع فيها فإن المشرع يحدد مدة زمنية أقصر مما لو كان الشيك صادراً خارج الدولة وواجب الدفع فيها^(٣).

(١) المادة ٢٧٧ من قانون التجارة الأردني. أنظر كذلك قرار محكمة التمييز الأردنية ١٩٩٧/٢٢٣٢، هيئة خماسية،

بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٣٠، على موقع قسطاس الإلكتروني: www.qistas.com

(٢) أنظر المادة ٢٧٩ من قانون التجارة الأردني ولم يتضمن قانون التجارة المصري نصاً مماثلاً لهذه المادة. أنظر في

ذلك أيضاً قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ١٩٩٧/٢٢٣٢ بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٣٠ منشور على الموقع الإلكتروني:

www.lawjo.net/vb/showthread.php?20954

(٣) تنص المادة ٢٤٦ من قانون التجارة الأردني على أن: "١) الشيك المسحوب في المملكة الأردنية والواجب الوفاء في داخلها يجب تقديمه للوفاء في خلال ثلاثين يوماً. ٢) فإن كان مسحوباً في خارج المملكة الأردنية وواجب الوفاء في داخلها وجب تقديمه في خلال ستين يوماً إذا كانت جهة إصداره واقعة في أوروبا أو في أي بلد آخر واقعة على شاطئ البحر الأبيض المتوسط، وفي خلال تسعين يوماً إذا كانت جهة إصداره واقعة في غير البلاد المتقدمة. ٣) ويبدأ الميعاد السالف الذكر من اليوم المبين في الشيك أنه تاريخ إصداره". كما أن المادة ٥٠٤ من قانون التجارة المصري وبعد التعديل بموجب القانون رقم ١٥٦ لسنة ٢٠٠٤ حددت هذه المواعيد بقولها: "١) الشيك المسحوب في مصر والمستحق الوفاء فيها يجب

وإذا قام الحامل الشرعي لل شيك بتقديمه للوفاء بالموعد المحدد قانوناً، وقام البنك بالوفاء بقيمته، ينقضي عندها الالتزام الثابت في الشيك وتبرأ ذمة أطرافه بمواجهة بعضهم البعض. ولكن قد يمتنع البنك عن الوفاء بقيمة الشيك لسبب ما، كعدم وجود رصيد أو عدم كفايته، أو بسبب إفلاس البنك المسحوب عليه أو تلقيه معارضة بالوفاء، كما يمكن أن يمتنع البنك عن الوفاء بسبب وجود عيب شكلي في الشيك، أو بسبب عدم مطابقة توقيع الساحب الوارد على الشيك للتوقيع المعتمد لدى البنك^(١). في هذه الحالة يجوز للحامل الذي قدّم الشيك للوفاء في الميعاد القانوني الرجوع على الموقعين السابقين لأنهم ضامنون للوفاء به^(٢).

وليتمكن الحامل من الرجوع المصرفي على الساحب وغيره من الموقعين على الشيك للمطالبة بقيمته، يتوجب عليه أن يثبت واقعة امتناع البنك المسحوب عليه عن الوفاء، فكيف يتم إثبات ذلك؟

لقد بيّن المشرع كيفية إثبات امتناع البنك عن الوفاء بقيمة الشيك المعروض عليه حيث حدد ثلاثة وسائل وهي: ١- ورقة احتجاج رسمية (بروتستو) أو ٢- بيان صادر من المسحوب عليه مؤرخ مكتوب على ذات الشيك مع ذكر يوم تقديمه للبنك أو ٣- بيان مؤرخ صادر من غرفة المقاصة يذكر فيه أن الشيك قدم في الوقت المحدد ولم تدفع قيمته^(٣). وما يعيننا من هذه الوسائل في موضوع هذا البحث هي الوسيلة المتعلقة بدور البنك المسحوب عليه الشيك في إثبات امتناعه عن الوفاء، حيث أن كلا المشرعين الأردني والمصري يجيزان إثبات امتناع البنك عن الوفاء بقيمة الشيك من خلال بيان يقوم البنك بتثبيته على ورقة الشيك ذاتها يفيد هذا الامتناع، أي أن البنك يقوم بالتأشير على الشيك

تقديمه للوفاء خلال ثلاثة شهور. ٢) والشيك المسحوب في أي بلد آخر خارج مصر والمستحق الوفاء فيها، يجب تقديمه للوفاء خلال أربعة شهور. ٣) يبدأ سريان الميعاد المذكور في الفقرتين السابقتين من التاريخ المبين في الشيك".

(١) أنظر د. عصام حنفي محمود، مرجع سابق، ص ١١٩.

(٢) المادة ٢٦٠ من قانون التجارة الأردني والمادة ١/٥١٨ من قانون التجارة المصري. أنظر كذلك قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٣٠٣٦/٢٠١٤، حقوق، هيئة خماسية، بتاريخ ١٥/٩/٢٠١٤، منشور على موقع قسطاس الالكتروني:

www.qistas.com

(٣) المادة ٢٦١ من قانون التجارة الأردني، والمادة ١/٥١٨ من قانون التجارة المصري.

بما يفيد واقعة الامتناع، وهذا التأشير يتمثل بتوقيع البنك، كما يتعين على البنك المسحوب عليه أن يذكر التاريخ الذي تقدم به الحامل إلى البنك للمطالبة بالوفاء لإثبات أن ذلك قد تم خلال الميعاد القانوني المحدد لتقديم الشيك للوفاء^(١).

ومن الناحية العملية، يقوم البنك بوضع ختم على ظهر الشيك يحمل نموذجاً يتم تعبئته من الموظف المختص، والذي يبين سبب إعادة الشيك وتاريخ الإعادة وتوقيع المفوض عن البنك، وتستوفي البنوك في العادة رسماً بسيطاً لقاء تقديم هذه الخدمة^(٢).

أمّا بالنسبة للموعد الذي يجب أن يثبت فيه الامتناع عن الوفاء، فإن إثبات امتناع البنك عن الوفاء بأي وسيلة من الوسائل الثلاثة التي أوردها المشرعين الأردني والمصري، بما فيها التأشير، يجب أن يكون قبل نهاية الموعد الذي حدده المشرع لتقديم الشيك للبنك للوفاء به^(٣)، وإذا لم يقدم الشيك إلا في اليوم الأخير من الميعاد فيمكن أن يؤرخ التأشير بالامتناع أو الإثبات المماثل له في أول يوم عمل يلي اليوم المذكور^(٤)، وإذا حال دون إثبات الامتناع عن الوفاء بالوسائل المذكور قوة القاهرة، فإن الميعاد المحدد يمتد إلى حين زوال القوة القاهرة على أن يُشعر الحامل من ظهر له الشيك بهذه القوة القاهرة التي منعت من إثبات الامتناع عن الوفاء^(٥). وفي حالة امتدت القوة القاهرة التي حالت بين الحامل وبين تقديم الشيك للوفاء وإثبات امتناع البنك عن هذا الوفاء لمدة تزيد على خمسة عشر يوماً في القانون الأردني وثلاثون يوماً في القانون المصري، فإن من حق الحامل الرجوع على الموقعين على الشيك دون حاجة لإثبات الامتناع سواء بالتأشير أو بغيره من الوسائل التي حددها المشرع^(٦).

(١) أنظر د. أكرم ياملكي، مرجع سابق، ص ٢٦١. كذلك أنظر قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٦٦/٣٥٩ والمنشور في مجلة نقابة المحامين صفحة ١٢٩٤ لسنة ١٩٦٦. وجاء في هذا الحكم "إذا أدرجت على الشيك عبارة لا يوجد حساب للساحب ولم تكن موقعة أو مختومة من أحد فلا يوجد ما يثبت أن الشيك قدم للبنك المسحوب عليه".

(٢) أنظر د. فياض ملفي القضاة، المرجع السابق، ص ٤٣٤.

(٣) أنظر المادة ٢٤٦ من قانون التجارة الأردني والمادة ٣/٥١٨ من قانون التجارة المصري.

(٤) المادة ٢٦١ من قانون التجارة الأردني والمادة ٣/٥١٨ من قانون التجارة المصري.

(٥) المادة ٢٦٦ من قانون التجارة الأردني والمادة ١/٥٣٦ من قانون التجارة المصري.

(٦) أنظر المادة ٦/٢٦٦ من قانون التجارة الأردني والمادة ٤/٥٣٦ من قانون التجارة المصري.

ولكن هل يستطيع البنك المسحوب عليه الشيك الامتناع عن تزويد الحامل بما يثبت امتناعه عن الوفاء؟

في واقع الأمر لم يورد المشرع الأردني في المواد الخاصة بالشيك حكماً لهذه المسألة، لكن هناك من الفقه من يرى بأن البنك لا يستطيع الامتناع عن كتابة البيان الذي يفيد بالامتناع عن الوفاء في حال طلب الحامل ذلك، ولو كان الشيك يتضمن شرط الرجوع بلا مصاريف، ولم يبين هذا الرأي السند القانوني لما ذهب إليه^(١).

أمّا المشرع المصري، فقد كان أكثر وضوحاً بهذا الخصوص، حيث يلزم البنك الممتنع عن الوفاء، متى كان تقديم الشيك للوفاء قد وقع خلال الموعد المحدد قانوناً، بوضع البيان الذي يفيد هذا الامتناع إذا ما طلب الحامل ذلك، حتى لو كان الشيك يتضمن شرط الرجوع بلا مصاريف، ولكن أجاز المشرع للبنك المسحوب عليه أن يطلب مهلة لا تتجاوز يوم العمل التالي لتقديم الشيك، حتى لو تم تقديم الشيك في اليوم الأخير من ميعاد التقديم^(٢). ولعلّ الحكمة من ذلك تكمن في تمكين البنك من مخاطبة عميله الساحب لعلّه يتمكن من توفير مقابل الوفاء اللازم لأداء قيمة الشيك حرصاً على سمعته.

♦ الفرع الرابع: التأشير لمضاهاة توقيع الساحب

يتعين على البنك قبل قيامه بالوفاء بقيمة الشيك أن يتثبت من سلامة الشيك من حيث البيانات الواردة فيه، ومن أهم البيانات التي تحرص البنوك على التأكد من صحتها توقيع الساحب، ومدى تطابقه مع النموذج المعتمد لدى البنك، فالبنوك لا تقدم على فتح الحسابات ولا على تسليم عملائها دفاتر شيكات، إلا بعد تعبئة النماذج الخاصة بذلك والتي تتضمن توقيع العميل الذي يحتفظ به البنك لمقارنته مع التوقيع الموجود على الشيكات المسحوبة عليه^(٣)، وإذا كان من الثابت أن البنك ملزم بأداء قيمة الشيك المسحوب عليه متى كان

(١) أنظر د. عزيز العكلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، مرجع سابق، ص ٢٩٣.

(٢) المادة ٣/٥١٨ من قانون التجارة المصري.

(٣) أنظر أستاذنا د. فائق محمود الشماع، الموانع القانونية من مسؤولية البنك المسحوب عليه بمناسبة أداء قيمة الشيك، دراسة في التطبيقات القضائية، المجلة القانونية والقضائية، مركز الدراسات القانونية والقضائية، وزارة العدل، دولة قطر، العدد الثاني، السنة الخامسة، ديسمبر ٢٠١١، ص ١٢٣.

مقابل الوفاء متوافرا لديه وكان لا يوجد أي مانع قانوني يحول دون ذلك، فإنه يكون مسؤولاً عن أي إخلال بهذا الالتزام^(١)، كأن يقوم بأداء قيمة شيك زور توقيع صاحبه^(٢)، فإذا كان البنك غير ملزم بالتثبت من صحة توقييع المظهرين والضامنين^(٣)، إلا أنه يعد مسؤولاً من الناحية القانونية في حالة وفائه بشيك يحمل توقيعاً مزوراً للساحب^(٤).

ولذلك فقد أورد المشرع المصري في القانون رقم ١٥٦ لسنة ٢٠٠٤ المعدل لقانون التجارة، نصاً خاصاً بإضافة فقرة خامسة على المادة ٤٨٢، بموجبها يسمح للبنك بالتأشير على الشيك عند قيامه بمطابقة توقيع الساحب المعتمد لديه مع التوقيع الوارد على الشيك المسحوب عليه، ولا شك أن هذا التأشير من شأنه زيادة الثقة والاطمئنان في تداول الشيك، لكون هذا التأشير سيدعم قبول الشيك في التعامل نظراً لثبوت صحة توقيع الساحب. والتأشير في هذه الحالة لا يترتب عليه أي أثر سوى المتعلق بصحة التوقيع، حيث لا يعد هذا التأشير دليلاً على وجود مقابل الوفاء^(٥).

ولم يتضمن قانون التجارة الأردني حكماً مماثلاً لما جاء به المشرع المصري في المادة المذكورة، لكن من الناحية العملية يجري العمل لدى البنوك على مضاهاة توقيع الساحب

(1) M. Cbrillac: cheque-paiement et défaut de paiement, Jurisclasseur, ibid. Fasc.330, Oct., 2002. F. Grua: Banquier: Responsabilite civile d> order general. Jurisclasseur (Banque-Credit-bourse). Juill. 2001. Fasc. 150.

(٢) د. حسين النوري، مسؤولية البنك بمناسبة الوفاء بالشيك المزور، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٧٣، ص ٥٧٧.

(٣) المادة ٢/٢٥٣ من قانون التجارة الأردني والمادة ٣/٥٢٨ من قانون التجارة المصري.

(٤) تنص المادة ٢٧٠ من قانون التجارة الأردني على: "١) يتحمل المسحوب عليه وحده الضرر المترتب على شيك مزور أو محرف إذا لم يمكن نسبة أي خطأ إلى الساحب المبين اسمه في الصك. ٢) وبوجه خاص يعتبر الساحب مخطئاً إذا لم يحافظ على دفتر الشيكات المسلم إليه بما ينبغي من عناية". كما تنص المادة ٥٢٨ من قانون التجارة المصري على: "١) يتحمل المسحوب عليه وحده الضرر الذي يترتب على وفاء شيك زور فيه توقيع الساحب أو حرفت فيه بياناته إذا لم يمكن نسبة أي خطأ إلى الساحب. وكل شرط على خلاف ذلك يعتبر كأن لم يكن. ٢) ويعتبر الساحب مخطئاً على وجه الخصوص إذا لم يبذل في المحافظة على دفتر الشيكات المسلم إليه عناية الشخص العادي.

(٥) تنص المادة ٥/٤٨٢ من قانون التجارة المصري على: "ومع ذلك يجوز للمسحوب عليه التأشير على الشيك بما يفيد مطابقة توقيع الساحب الوارد عليه لتوقييعه المودع لدى المسحوب عليه، ولا يفيد هذا التأشير وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه وقت التأشير".

مع التوقيع المعتمد لديها قبل القيام بالوفاء بقيمة الشيك^(١)، فالمشرع الأردني يرتب مسؤولية البنك في حال قيامه بالوفاء بقيمة شيك زور توقيع الساحب فيه ما دام لم يثبت خطأ من جانب الساحب، كأن يثبت إهماله في حفظ دفتر الشيكات الممنوح له من البنك^(٢). وبالتالي نجد أنه لا يوجد من الناحية العملية ما يمنع قيام البنك بالتأشير على الشيك عند التثبت من صحة توقيع الساحب ومطابقته للنموذج المحفوظ لديه.

المطلب الثاني: الآثار القانونية لتأشير البنك على الشيك

يترتب على قيام البنك بالتأشير على الشيك المعروف عليه أثارا قانونية تختلف باختلاف السبب الذي تمّ التأشير لأجله، فتارةً قد يفرض التأشير التزاما على البنك المسحوب عليه فيما يتعلق بمقابل الوفاء (الفرع الأول)، وتارةً أخرى قد يترتب على عملية التأشير أثارا بالنسبة لحق الحامل الشرعي بالرجوع المصرفي على الموقعين على الشيك (الفرع الثاني).

♦ الفرع الأول: أثر التأشير على التزام البنك بمقابل الوفاء

يجيز المشرعين الأردني والمصري للبنك القيام بالتأشير على الشيك على نحو يستدل منه على توافر مقابل الوفاء لدى البنك بالتاريخ الذي وقعت فيه عملية التأشير، وكما سبق ذكره، فإن مجرد تأشير البنك على الشيك دون ذكر أي عبارة يترتب عليه القول بوجود مقابل الوفاء لدى البنك المسحوب عليه^(٣).

والتساؤل الذي يثار هنا، هل يعتبر البنك الذي قام بعملية التأشير ملزما بحجز مقابل الوفاء لمصلحة الحامل الذي تمّ التأشير لمصلحته؟ وبعبارة أخرى هل يستطيع البنك

(١) أنظر د. فائق محمود الشماخ، الإيداع المصرفي (الإيداع النقدي)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص ٢٧٨.

(٢) المادة ٢٧٠ من قانون التجارة الأردني. أنظر كذلك قرار تمييز حقوق، رقم ٢٠٠٣/١٣٩٤، بتاريخ ٢٠/١/٢٠٠٤، منشورات موقع قسطاس.

(٣) المادة ٢/٢٣٢ من قانون التجارة الأردني والمادة ٢/٤٨٢ من قانون التجارة المصري.

رفض طلب الساحب لسحب مقابل الوفاء للشيك الذي تم تأشيريه كونه أصبح مرصودا للوفاء بهذا الشيك؟

بدايةً نقول بأنه لم يرد في المادة ٢٣٢ من قانون التجارة الأردني حكماً يجعل من البنك المؤشر على الشيك ملزماً بتجميد مقابل الوفاء اللازم لدفع قيمة الشيك المؤشر عليه، حيث اكتفى باعتبار هذا التأشير دليلاً على وجود مقابل الوفاء بتاريخه فقط، ودون ذكر أي واجب على البنك تجاه هذا المقابل، فلم يتطرق المشرع الأردني لمسألة الاعتماد من الأساس.

أما المشرع المصري فلقد نصّ في الفقرة الثانية من المادة ٤٨٢ من قانون التجارة على التأشير بالاعتماد، واعتبره دليلاً على وجود مقابل الوفاء بتاريخ التأشير، ثم عاد المشرع في الفقرة الرابعة من نفس المادة المذكورة وألزم البنك المسحوب عليه الشيك بتجميد مقابل الوفاء ومنع أي تصرف فيه من قبل الساحب حتى تنتهي المدة القانونية الواجب تقديم الشيك خلالها للوفاء.

ونعتقد هنا أن إعطاء التأشير أثراً أكبر من مجرد وجود مقابل الوفاء بتاريخه، من شأنه تدعيم الثقة والاطمئنان في تداول الشيك، كما يميزه عن غيره من الشيكات الغير مؤشرة، بحيث يحقق التأشير وظيفته في دعم الثقة والاطمئنان بالنسبة للحامل^(١)، فالشيك المعتمد هو الشيك الذي يقدم للمسحوب عليه بناء على طلب الساحب أو الحامل للتأشير عليه بما يفيد الاعتماد بحيث يترتب على هذا الاعتماد تجميد مقابل الوفاء لصالح الحامل فيصبح الوفاء بالشيك مؤكداً^(٢)، وهذا ما جرت عليه التشريعات المقارنة التي نظمت الشيكات المعتمدة أو كما تعارف عليها في الميدان العملي بالشيكات المصدّقة^(٣).

(١) أنظر د. سمحة القليوبي، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٥٤٦.

(٢) أنظر د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص ٢٩٩، د. عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص ٢٨٢.

(٣) أنظر المادة ٦٠٠ من قانون المعاملات التجارية الإماراتي لسنة ١٩٩٣، والمادة ١٤٢ من قانون التجارة العراقي لسنة

١٩٨٤.

ويرى بعض الفقه بأن العرف المصرفي السائد في الأردن قد استقر على الاعتراف بالشيك المعتمد ويطلق عليه مسمى "الشيك المصدق"، ومن ثمّ يتوجب على البنوك في الأردن اعتماد الشيك ما دام لديها الرصيد الكافي للوفاء بقيمته^(١). ويمكن القول أن عدم إلزام البنك بحجز مقابل الوفاء لمصلحة حامل الشيك، سيؤدي إلى جعل الفائدة الوحيدة التي يمكن أن تنتج عن عملية التأشير هي مجرد إثبات وجود مقابل الوفاء وقت التأشير فقط، ولكن هذا التأشير لا يؤدي إلى دعم الثقة وزيادة فرص قبول الشيك المؤشر عليه في التعامل. ومن جهة أخرى، يُعتبر العرف المصرفي مصدرا رئيسا من مصادر قانون التجارة، واستقرار العرف على التعامل بالشيكات المعتمدة يدفعنا إلى مطالبة المشرع الأردني بتكريس نص خاص ناظم للشيكات المعتمدة. وأخيرا وبالنسبة لحالة التأشير بمضاهاة التوقيع، والتي أفرد بها المشرع المصري دون الأردني، فإن تأشير البنك على مطابقة توقيع الساحب الوارد على الشيك المسحوب عليه مع التوقيع المعتمد لدى البنك، لا يترتب أية آثار بالنسبة لمقابل الوفاء، حيث يقتصر أثر التأشير على صحة توقيع الساحب فقط، دون أن يتضمن أية دلالة على وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه^(٢).

♦ الفرع الثاني: أثر التأشير على عملية الرجوع الصرفي للحامل

عند قيام البنك بالتأشير على الشيك بما يفيد قيامه بالوفاء بجزء من قيمته، فإنه يترتب على هذا التأشير إبراء ذمة المسحوب عليه بمواجهة عميله الساحب، وإبراء ذمة الملتزمين بالوفاء بمواجهة الحامل، وذلك بمقدار المبلغ الذي تم الإيفاء به، وعلى الحامل أن يرجع بما تبقى من قيمة الشيك على الملتزمين بالوفاء^(٣). وإذا ما قام البنك بالتأشير على الشيك بما يفيد الوفاء الجزئي فلا يعود بالإمكان طرح الشيك للتداول، وذلك حتى يستطيع الحامل

(١) أنظر د. محمود الكيلاني، القانون التجاري الأردني، الأوراق التجارية، بدون دار نشر، عمان، ١٩٩٤، ص ٣٧٥.

د. محمد عودة الجبور، الحماية الجزائية للشيك في القانون الأردني، بدون دار نشر، عمان، ١٩٨٩، ص ٧١.

(٢) المادة ٤٨٢/٥ من قانون التجارة المصري.

(٣) المادة ٤/٢٥١ من قانون التجارة الأردني والمادة ٤/٤٩٩ من قانون التجارة المصري.

استخدام حقه بالرجوع المصرفي على الملتزمين بضمان وفاء الشيك بمقدار المبلغ غير المدفوع، حيث تستخدم ورقة الشيك أساساً لهذه المطالبة، ولتمكين الحامل من الرجوع المصرفي بالمبلغ المتبقي باستخدام نفس الشيك المؤشر عليه بالوفاء الجزئي، فإن البنك وكما سبق ذكره، يبقى الشيك بيد الحامل مقابل الحصول على مخالصة منفصلة بمقدار المبلغ المدفوع^(١).

ومن جهة أخرى، يحق لحامل الشيك الرجوع على الساحب والمظهرين وغيرهم من الملتزمين بالوفاء في حال امتنع البنك عن الوفاء بقيمته لسبب من الأسباب، كعدم توافر مقابل الوفاء أو بسبب وجود معارضة بالوفاء^(٢)، وليتمكن الحامل من القيام بهذا الرجوع يجب أن يكون قد تقدم بالشيك للوفاء به بالميعاد المحدد قانوناً، كما ويشترط المشرع لئتمكن الحامل من القيام بهذا الرجوع أن يثبت هذا الأخير عملية الامتناع من قبل البنك، ومن الوسائل التي أتاحتها المشرع لإثبات هذا الامتناع، قيام البنك بالتأشير على الشيك بما يفيد هذا الامتناع مع ذكر الوقت الذي تمّ فيه تقديم الشيك^(٣).

كما وتظهر أهمية التأشير على الشيك بالنسبة للرجوع المصرفي في حال أهمل الحامل إثبات امتناع البنك عن الوفاء بالموعد المحدد قانوناً، فإذا كان تاريخ التأشير بعدم الوفاء لسبب من الأسباب يجاوز الميعاد القانوني، كان للساحب التمسك بسقوط حق هذا الحامل بالرجوع عليه بسبب إهماله لهذه المواعيد^(٤)، وذلك شريطة أن يكون الساحب قد وفرّ مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه طيلة المدة القانونية المحددة لتقديم الشيك للوفاء^(٥).

وصفوة القول، بالرغم من عدم ورود كلمة "التأشير" صراحةً في الأحكام الخاصة بالشيك في قانون التجارة الأردني باستثناء المادة ٢٣٢، إلا أن التأشير إجراء يلجأ إليه البنك من

(١) أنظر د. فياض ملفي القضاة، المرجع السابق، ص ٤١٠.

(٢) NICOD, la Fin des chèques sans provision Gazette du Paris, 1992, 2,773.

(٣) المادة ١/٢٦٠ من قانون التجارة الأردني والمادة ١/٥١٨ من قانون التجارة المصري.

(٤) أنظر د. أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص ٢٦٢. أنظر كذلك قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٢٠١٢/٣٤٣٠، هيئة خماسية، بتاريخ ٢٠١٢/١١/١٩، منشور على موقع قسطاس الالكتروني

www.qistas.com

(٥) المادة ٤/٢٣١ من قانون التجارة الأردني والمادة ٥٢٧ من قانون التجارة المصري.

الناحية العملية في حالات مختلفة تتمثل في الدلالة على وجود مقابل الوفاء، وحالة الامتناع عن الوفاء أو الوفاء الجزئي، وهي الحالات التي نظمها المشرع المصري إلى جانب حالة التأشير باعتماد الشيك، لكن مع ذكر "التأشير" صراحة في جميع المواد الخاصة بها، وأوجد المشرع المصري نوعاً جديداً من التأشير يتمثل في التأشير بمطابقة توقيع الساحب للنموذج المعتمد لدى البنك، والذي لم يتعرض له المشرع الأردني بالرغم من أن مطابقة التوقيع من الإجراءات العملية المتبعة في البنوك. ويترك التأشير أثراً قانونياً بالنسبة لأطراف العلاقة المصرفية الناشئة عن الشيك وذلك بالنسبة لمقابل الوفاء والرجوع المصرفي.

الخاتمة:

تناولت هذه الدراسة الأحكام الخاصة بتأشير البنك على الشيك من حيث مفهومه، وحالاته والآثار القانونية المترتبة عليه. ولقد خلصت هذه الدراسة إلى جملة من النتائج والتوصيات نعرضها على النحو الآتي:

♦ أولاً- النتائج:

- ١- أن التأشير يقصد به الإجراء المتمثل بقيام البنك بختم الشيك والتوقيع عليه، ويتطلب صحة التأشير توافر الشروط الموضوعية اللازمة لأي التزام والمتمثلة بتوافر الرضا والمحل والسبب وفقاً لما تقتضيه القواعد العامة، كما لا بد من توافر الشروط الشكلية المتمثلة بالكتابة والتوقيع وذكر التاريخ وكل ذلك يجب أن يتم ممن يتمتع بالصفة القانونية للقيام به، مع ملاحظة أن المشرع المصري يشترط أن يقع هذا التأشير على صدر الشيك في حين لم يشترط المشرع الأردني ذلك.
- ٢- أن تأشير البنك على الشيك يترتب عليه أثراً قانونياً هامة تختلف باختلاف السبب الذي تم التأشير لأجله، فالتأشير قد يترتب عليه ثبوت وجود مقابل الوفاء لدى البنك، أو التزام البنك بتجميده، كما أن التأشير بالامتناع عن الوفاء أو بالوفاء

- الجزئي يبنني عليه حق الحامل بالرجوع المصرفي على الملتزمين، وفي هذه الأحوال يكون الشيك المؤشر عليه هو وسيلة الحامل للرجوع.
- ٣- لم يلزم المشرع الأردني البنك المسحوب عليه بتجميد مقابل الوفاء في حالة الشيك المؤشر عليه، حيث لم يتضمن قانون التجارة الأردني حكما خاصا بالشيكات المعتمدة بالرغم من أن العرف المصرفي جرى على العمل بها.
- ٤- لقد جاء المشرع المصري بحكم خاص بالتأشير المتعلق بمطابقة توقيع الساحب الوارد على الشيك مع توقيعه المعتمد لدى البنك المسحوب عليه دون أن يرتب على ذلك أي أثر بالنسبة لمقابل الوفاء، ولا يوجد ما يقابل هذا الحكم في التشريع الأردني بالرغم من أن المشرع يلزم البنك في التثبت من صحة توقيع الساحب ويرتب مسؤوليته في حال صرف شيك مزور توقيع صاحبه مادام لم يثبت خطأ في جانب هذا الساحب..

♦ ثانيا - التوصيات:

- على ضوء النتائج التي توصلت إليها الدراسة يوصي الباحث بما يلي:
- ١- ضرورة معالجة المشرع الأردني للأحكام الخاصة بالتأشير على الشيكات بمواد مفصلة وواضحة وعلى غرار ما فعله المشرع المصري، بحيث يتم ذكر كلمة "تأشير" صراحة في المواد التي تنص على التزام البنك بكتابة بيان على الشيك لإثبات واقعة معينة، وبيان الآثار القانونية المترتبة عليه، وكيفية القيام به من الناحية العملية.
- ٢- نتمنى على المشرع الأردني أن يعيد صياغة المادة ٢٣٢ من قانون التجارة، بحيث تكون أكثر تحديدا لمفهوم التأشير، وذلك بأن يضمن النص ضرورة كتابة عبارة تفيد بوجود مقابل الوفاء دون الاكتفاء بمجرد التأشير، مع تحديد موضع التأشير على ورقة الشيك وبأن يكون على صدر الورقة ليكون ظاهرا للمتعاملين بالشيك أثناء تداوله. ومن جهة أخرى نتمنى على المشرع أن يُضمّن هذه المادة حكما

يحظر بموجبه على البنك المسحوب عليه الامتاع عن التأشير في حال طلبه من له مصلحة فيه، ولا يترك الأمر لرغبة البنك المسحوب عليه الشيك.

٣- كما نتمنى على المشرع الأردني أن يحدو حذو المشرع المصري بإضافة نص خاص بالشيكات المعتمدة، خاصة وأن العرف المصرفي في الأردن جرى على التعامل بها ويطلق عليها "الشيكات المصدّقة"، بالإضافة إلى النص على حالة التأشير المتعلقة بمطابقة توقيع الساحب للتوقيع المعتمد لدى البنك، خاصة وأن البنك ملزم بالثبوت من صحة هذا التوقيع وتتعقد مسؤوليته عن صرف الشيكات ذات التوقيع المزور للساحب.

٤- نتمنى على المشرع المصري أن يكرس حكماً يلزم بموجبه الحامل على قبول الوفاء الجزئي في حال عرض عليه ذلك من المسحوب عليه، لما في هذا من تخفيف على الموقعين على الشيك حيث تبرأ ذمتهم بمقدار هذا الوفاء.