



مجلة الحقوق والعلوم السياسية

العدد الثامن والعشرون:
2020/3

مجلة فصلية تصدر عن
كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية


المحامي
فهد أنور الحداد
LAWYER FAHAD AL-HADDAD

مجلة الحقوق والعلوم السياسية

هيئة التحرير العميد د. كميل حبيب د. إيلي داغر د. خالد الخير د. رفيق رحيمة د. خليل خيرالله د. محمود ملحم	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

ترحب عمادة كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية بالمساهمات الفكرية في مجالي القانون والسياسة.

للاستفسار أو لمزيد 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:

1- يشترط لقبول البحث أن يكون مراعيًا للشروط الآتية:

- أ- في موضوعات القانون أو العلوم السياسية والإدارية
 - ب- لا تقل عدد صفحات البحث عن 20 صفحة.
 - ج- ممنهجاً مراعيًا الحدائث 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 او موقع الكتروني.
 - ح- ليس جزءاً من أطروحة الدكتوراه أو رسالة الماجستير، أو جزءاً من كتاب للباحث سبق نشره.
- 2- فور ورود البحث إلى عمادة الكلية، يصبح ملكاً للمجلة ولا يجوز إعادة نشره إلا بعد موافقة هيئة التحرير.
- 3- إن قبول نشر البحث لا يعني أنه سينشر في العدد اللاحق، لهيئة التحرير أن تقرر تاريخ النشر مراعاةً لمبادئ تراكم الأبحاث وتنسيق الموضوعات.
- 4- تُذكر صفة الكاتب إذا لم يكن من أفراد الهيئة التعليمية في كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية- الجامعة اللبنانية.
- 5- بعد إدراج المجلة على الموقع الإلكتروني للكلية يمكن إعادة استخدام ونشر الدراسات الواردة فيها شرط الإشارة إلى المصدر.

محتويات المجلة

7	كلمة رئيس التحرير
21	القسم الأول: دراسات في القانون
23	د. جان عليه، الحصانة لحماية أعمال الحكم أم لتسهيل ارتكاب الجرائم؟
44	المستشار ثريا الصلح، دراسة حول المباراة المحصورة
63	د. عصام نعمة إسماعيل، المجلس الدستوري وإبطال آلية تعيين موظفي الفئة الأولى
82	د. داني نعوس، مها حايك، وفاطمة فواز، جاذبية القانون الدولي وسيادة القانون الداخلي على ضوء أحكام المادة 2 أصول محاكمات مدنية
154	أنطوان سعد كرم، سلطة البلدية الإستثنائية والمقيدة وسلطتها في الظروف الإستثنائية
179	د. هالة بو حمدان، رقابة التناسب وحماية الحقوق والحريات
219	د. ترتيل تركي الدرويش، التعذيب في ضوء تجريم قانون العقوبات اللبناني والقواعد الدولية
247	د. أشرف رمال، الخطأ الطبي في القضاء المدني اللبناني
263	د. نجات جرجس جدعون، حماية الملكية الأدبية والفنية في ضوء التشريع والاجتهاد
292	د. المعتصم بالله فوزي أدهم، قانون المعاملات الالكترونية وأثره على القواعد التقليدية، المرحلة المهيئة للعقد

320	Sajih RIZK, Faut-il banaliser la société à capital variable?
349	القسم الثاني: دراسات في العلوم السياسية
351	د. كميل حبيب، ثغرات النظام السياسي اللبناني على ضوء الأزمة الاقتصادية الحالية
370	د. برهان الدين الخطيب، إعادة هيكلة القطاع التعليمي وحوكمته المؤسسية بما يتواءم مع متطلبات التعليم الذكي والالكتروني
393	د. حسين أحمد العزّي، دور القانون الناعم في القانون الدولي المعاصر
442	د. علي مطر، صفقة القرن في ضوء القانون الدولي، الانتهاكات الأميركية لاتفاقيات وقرارات الأمم المتحدة
474	د. ناصر زيدان، لبنان ومجلس الأمن الدولي من القرار 425 الى القرار 1757
496	د. محمد نعمة إسماعيل، الحدود البحرية اللبنانية
523	د. كاتيا يوسف عواضة، المقاومة اللبنانية في سوريا وحق الدفاع الشرعي
542	Camille H. Habib, The International Balance of Power System: From Stalin To Putin

قانون قيصر لعام 2019 لحماية المدنيين السوريين ... وقتل شعب آمن جريمة فيها نظر

رئيس التحرير

العميد د. كميل حبيب

يمكن الاشارة الى هذا القانون باسم "قانون قيصر لحماية المدنيين السوريين لعام 2019". وهو قانون اميركي المنشأ والصياغة؛ فلقد تم اقراره بصيغته النهائية من قبل مجلس النواب بأغلبية ساحقة في 22 كانون الثاني 2019، وصادق عليه مجلس الشيوخ بأغلبية 86 صوتاً مقابل رفض ثمانية اصوات في 17 كانون الاول 2019، ووقعه، اخيراً، الرئيس الاميركي دونالد ترامب في 1 حزيران 2020 ويستمر تطبيقه لمدة خمس سنوات من تاريخ انفاذه.

أعطى قانون قيصر صلاحيات واسعة للجان في الكونغرس للتحقق من تطبيق بنوده. وعليه، فإن مصطلح "لجان الكونغرس المناسبة" تعني:

- 1- في مجلس النواب: لجان الشؤون الخارجية والخدمات المالية والمخصصات.
- 2- في مجلس الشيوخ: لجان العلاقات الخارجية والخدمات المصرفية وشؤون البناء والقضاء والمخصصات.

كما منح هذا القانون للرئيس الاميركي صلاحيات واسعة للتعليق الكلي او الجزئي للعقوبات، وأجاز له السماح بتأمين المساعدات الانسانية للتجمعات المدنية السورية عن طريق المنظمات الدولية الانسانية. ومن الاحكام العامة لهذا القانون فإن العقوبات المفروضة على الحكومة السورية تظل ايضاً حكومتي روسيا الاتحادية والجمهورية الاسلامية الايرانية واي شخص او مجموعة اجنبية.

يسلط هذا البحث الضوء على شرح قانون قيصر ومندرجاته السياسية والاقتصادية والمالية، وصولاً الى رؤية القانون الدولي له. ولا بأس من البدء بدراسة تاريخ العقوبات على سورية وتدابيرها على دول الجوار، وبخاصة على لبنان الذي يشكل رئة الاقتصاد السوري، وسوريا التي تمثل بوابة عبور المنتجات اللبنانية الى البلدان العربية.

• تاريخ العقوبات الاميركية على سوريا:

تبدأ حكاية العقوبات الاميركية منذ 1979، حين وضعت وزارة الخارجية سورية على لائحة الإرهاب. وبناء عليه فرضت عليها العقوبات بموجب قانون المساعدة الأمنية الدولية وضبط تصدير الأسلحة، وبموجب قانون الطوارئ الدولي للقوى الاقتصادية (وقف المساعدات)، والقانون الإداري للصادرات الذي يفرض على وزير التجارة والخارجية اعلام الكونغرس قبل السماح بتصدير البضائع التي تزيد قيمتها عن 7 ملايين دولار الى اي دولة داعمة للإرهاب، حيث أدرجت سورية عام 1980 في عداد تلك الدول. وقد مارست الولايات المتحدة الاميركية بموجب هذا القانون بداية حظر على الشركات الاميركية وخاصة النفطية في التعامل مع الحكومة السورية، ثم حظراً تكنولوجياً على سورية شمل كافة السلع والتجهيزات التي تحوي مكوناً اميركياً بنسبة 10% فأكثر. وفرضت اميركا في عام 1981 حظراً على استفاضة سورية من المساعدات الاميركية.

وكنتيجة لإستمرار ومتابعة النهج من القيادة السياسية في عهد الرئيس بشار الأسد وتمسكها بثوابتها الوطنية والقومية، استمرت العقوبات المفروضة على سورية، بل وازداد حجمها، والتي تقسم من حيث جهة اصدارها الى:

1- العقوبات الاميركية:

بدأت العقوبات خاصة بعد رفض القيادة السياسية في سورية لمطالب كولن باول في عام 2003 والتي كان أهمها التخلي عن المقاومة، فكانت العقوبات بدءاً من تمرير قانون محاسبة سورية والسيادة اللبنانية لعام 2003، وهو عبارة عن مجموعة من العقوبات

الاقتصادية التي تفرض حظراً على معظم الصادرات الى سورية، ما عدا الطعام والدواء، وحظراً على الشركات الأميركية التي تعمل او تستثمر في سورية، وحظراً على سفر الأميركيين على متن طائرات سورية، وخفض العلاقات الدبلوماسية، ومنع الأشخاص الأميركيين من الدخول في أي معاملات ملكية مع الحكومة السورية، ووضعت قيوداً على سفر الدبلوماسيين السوريين الى الولايات المتحدة، ومنع التحويلات للممتلكات السورية، وفرضت حظراً على الناقلات الجوية السورية الإقلاع والهبوط والطيران فوق الولايات المتحدة، وتنفيذ الحظر الذي قرره الكونغرس لتصدير الذخائر والمواد ذات الاستخدام المزدوج. وينص القانون على الإعفاء من هذه العقوبات اذا قرر الرئيس ان من "مصلحة الأمن القومي" للولايات المتحدة القيام بذلك. ويقدم الرئيس تقريراً الى الكونغرس يوضح اسباب هذا القرار. وقد بدأ تطبيق هذا القانون في ايار 2004. وتتالت لاحقاً العقوبات الاميركية حتى تلوي ذراع سورية قبل وبعد غزو العراق وتلبية لمصالح ما يسمى "اسرائيل" وكما محاولة لمنع الدعم للمقاومة في لبنان.

وهناك عقوبات تشمل قرارات تنفيذية رئاسية بموجب امر تنفيذي من الرئيس الاميركي والتي تمنع مواطنين سوريين من الدخول الى النظام المالي للولايات المتحدة. فقد سمت وزارة الخزانة في حزيران 2005، مسؤولين سوريين رفيعي المستوى متهمه اياهم بالتورط في لبنان. وفي نيسان من العام نفسه أقرت الخزانة تجميد اصول ما تزعم بأنهم المتهمين باغتيال الرئيس رفيق الحريري. وفي آب 2006 جرى تجميد اصول مسؤولين رفيعين في كل من لبنان وسورية ومع عام 2010 كان هناك ما يقارب 20 مواطناً سورياً تقع اسماؤهم ضمن العقوبات الأميركية. وفي كانون الثاني 2007 أقرت الخزانة عقوبات على ثلاث شركات سورية هي: المعهد السوري العالي للعلوم التطبيقية والتكنولوجيا، والمعهد الالكتروني، ومختبر المعايير الوطنية. كما فرضت في العام نفسه حظراً على ممتلكات الأشخاص الذين اتهمتهم بانتهاك السيادة اللبنانية او مؤسساتها الديمقراطية.

وهناك حزمة من العقوبات الناجمة عن قانون باتريوت الأميركي الذي فرض خصيصاً ضد المصرف التجاري في سورية 2006، بحيث يمنع هذا القانون البنوك الأميركية او

فروعها من التعامل مع البنك السوري في مقابل هذه العقوبات. ثم عاد واصدر الرئيس الاميركي باراك أوباما في 29 نيسان 2011، أمراً تنفيذياً يفرض عقوبات جديدة على سورية، وسّع العقوبات المفروضة عليها بموجب القرارات المتخذة في ايار 2004 في إطار قانون محاسبة سورية، وكذلك القرار المتخذ في نيسان 2006 والقرار التنفيذي في شباط 2008. وتشمل العقوبات الجديدة مسؤولين سوريين ومؤسسات عامة. وقد تضمنت ايضاً تجميداً للأموال وحظراً للتعاملات التجارية مع الشخصيات المادية والمعنوية المشمولة بالعقوبات. وفي 18 ايار 2011 وسّعت تلك العقوبات لتستهدف افراداً ومؤسسات ولتشمل القيادات العليا في سورية. وجمدت وزارة الخزانة الأميركية لاحقاً وفق تفويض قرار الرئيس أوباما الأصول المملوكة للأفرع الرئيسية الأربعة لقوات الأمن السورية والواقعة في إطار السلطة القضائية الأميركية، وحظرت على الأميركيين اي تعامل مع تلك الأفرع. وقد توسعت تلك العقوبات لاحقاً لتشمل رجال الأعمال والمصرف التجاري السوري والمصرف التجاري السوري اللبناني التابع له.

2- العقوبات العربية:

أعلن وزير خارجية قطر بتاريخ 27 تشرين الثاني 2011، ان وزراء الخارجية العرب أقرّوا فرض عقوبات اقتصادية وتجارية ومالية ضد سورية، وتشمل العقوبات تجميد أرصدة الحكومة السورية ومنع التعامل معها ومنع سفر كبار الشخصيات والمسؤولين السوريين الى الدول العربية وتجميد أرصدهم في الدول العربية.

3- العقوبات التركية:

علّقت الحكومة التركية كافة التعاملات مع البنك المركزي السوري وأوقفت تنفيذ اتفاق التعاون مع سورية في 30 تشرين الثاني 2011، بالإضافة الى وقف جميع التعاملات الائتمانية المالية. وجمدت تركيا ايضاً اصول الحكومة السورية، كما قامت بتعليق آلية

التعاون الاستراتيجي وفرض حظر على سفر بعض السوريين وتجميد ارصدهم وتوقيف بيع الاسلحة ومنع جميع شحنات الاسلحة التي ستعبر براً وجواً وبحراً عبر تركيا. إضافة للعقوبات من دول اخرى بما يخص ايقاف التعاملات التجارية بمختلف اشكالها مع الحكومة السورية والمواطنين السوريين.

• قانون قيصر:

ينص قانون قيصر على فرض عقوبات اضافية وقيود مالية على المؤسسات والافراد الذين يتعاملون مع سورية. تجدر الاشارة الى ان هذه العقوبات موجودة وقائمة منذ سنوات، والجديد اليوم هو تهيئة ارضية مختلفة لهذا الموضوع. وبات الوضع اصعب بسبب اغلاق المصارف اللبنانية، ومنع التحويلات المالية. فلبنان كان متنفساً للكثير من رجال الاعمال السوريين بعد بدء العقوبات على سورية. وبالتالي اصبحت الظروف اصعب بعد اغلاق المصارف في لبنان إذ زاد الضغط على الليرة السورية، وتدهور سعر صرفها بشكل سريع. من جهته، ربط جيمس جيفري، المبعوث الأميركي الى سورية بين التطورات السورية واللبنانية، مؤكداً ان "النظام السوري لم يعد باستطاعته تبييض الاموال في البنوك اللبنانية التي تعاني من أزمة. كما ان قانون قيصر يفضي الى تشديد الحصار البري على دمشق، خصوصاً من الحدود اللبنانية لعزل سورية والمقاومة معاً.

وكذلك فإن الازمة في لبنان، وعلى مراحل، حرمت سوريا ولبنان من كميات من الدولارات كانت تمر عبر المصارف اللبنانية، اذ ان المعدل اليومي لحركة دخول وخروج الدولار من لبنان الى سوريا وبالعكس تراوحت خلال سنوات الحرب، بين مليونين الى ثمانية ملايين دولار في اليوم، إما من ودائع سورية في البنوك اللبنانية او من أموال تحويلات عمال سوريين في لبنان الى سوريا، او من عمليات شراء من الخارج كانت تتم عبر لبنان ويدفع السوريون ثمنها في بيروت. مع بدء شح الدولار في السوق اللبنانية والانهيال الحاصل في السنة الأخيرة ومنع سحب المودعين اموالهم، لم يعد يتجاوز حجم التبادل بالدولار بين البلدين عتبة ال 100 الف دولار يومياً.

وعليه، فإن الساحتين اللبنانية والسورية مرشحتان للتصعيد عبر "لعبة الدولار" ودفعهما تدريجياً نحو الفوضى العارمة.

هناك من يرى ان الازمة المالية برمتها هي تضليلية لأن الحدث السياسي هو في فلسطين. فواشنطن وتل ابيب تعذّان العدّة لتنفيذ "صفقة القرن" عبر ضم الضفة الغربية اولاً ومن ثمّ غور الأردن الى الكيان الصهيوني. وهذا من شأنه سيتترك تداعيات خطيرة على منطقة الشرق الأوسط. وعليه، فإن قانون قيصر جاء في لحظة حرجة لأن هدفه غير المعلن هو خلق اجواء احباط لدى جبهة المقاومة المنتصرة على الارهاب في سورية ولبنان. أيضاً، فإن قانون قيصر هو جزء من مشروع اميركي - اسرائيلي يهدف الى فدرلة الدولة السورية. وهذا الامر يبدو واضحاً من خلال الدعم الاميركي المتزايد لما يسمّى ادارة المنطقة الذاتية في شمال شرق سورية، ويمكن تطبيقه من خلال احتجاز الثروات السورية، ومنع وصول القمح والنفط من المناطق الكردية، ومحاولة تأخير العملية العسكرية في ادلب ريثما يتم تجذير الادارة الذاتية اكثر. وكل هذا يعني العودة الى مشروع برنارد لويس الذي اطلقه في اذار 2003 والذي يهدف الى تقسيم المشرق العربي الى دويلات مذهبية كي يتسنى لإسرائيل تدير وجودها كدولة يهودية.

تطال العقوبات المقررة في هذا القانون:

1. البنك المركزي السوري إذا كانت هناك أسباب منطقية للإستنتاج أن البنك المركزي السوري هو مؤسسة مالية تعنى أساساً بغسل الأموال.
2. أي شخص أجنبي يوفر دعماً مالياً للحكومة السورية.
3. أي شخصاً أجنبي مقاتل، عسكري، أو مرتزق، أو قوة شبه عسكريه، يعمل بصفة عسكرية داخل سوريا لصالح حكومة سوريا أو حكومة الإتحاد الروسي أو حكومة ايران، أو أي شخص آخر أجنبي.

4. أي شخص يبيع أو يقدم سلع أو خدمات تكنولوجية أو ممنوعات يسهل بشكل كبير صيانة أو توسيع الإنتاج المحلي للحكومة السورية للغاز الطبيعي أو للبتروول أو المنتجات البترولية.
5. أي شخص يبيع أو يقدم قطع غيار للطائرات أو قطع الغيار التي تستخدم لأغراض عسكرية ويعمل في منطقة للحكومة السورية أو القوات الأجنبية المرتبطة مع الحكومة السورية.
6. أي شخص يقدم خدمات بناء أو هندسية مهمة إلى الحكومة السورية.
7. حجز الملكية إذا كانت الممتلكات موجودة في الولايات المتحدة.
8. منع تأشيرات الدخول أو إلغائها.

وباختصار فإن الهدف أو الأهداف الظاهرة من خلال العقوبات الأمريكية هي التالية:

1. الضغط السياسي على دمشق لتغيير مواقفها وآليات تحالفاتها.
2. منع أي إنفتاح سياسي على دمشق، أي منع عودة سوريا الى جامعة الدول العربية.
3. الضغط على الحكومة السورية للقبول بعملية سياسية لإنشاء نظام حكم جديد
4. إضعاف قدرة الدولة السورية التي ترفض الخضوع للإملاءات الأمريكية.
5. تركيز العقوبات على أي شخصية رسمية لشل قدرتها على مواجهة الحرب والإرهاب.
6. إستهداف القدرة المالية للدولة بحظر بيع النفط والمشتقات النفطية، حجب الإستثمار الخارجي، تجميد الأرصدة، تقييد نشاط المصرف المركزي، وتقييد معاملته التجارية الخارجية.
7. إستهداف النظام النقدي السوري من خلال القيود على التعامل بالدولار الأمريكي ومنع استيراد النقد السوري المطبوع في أوروبا.

أما المطالب التي على الحكومة السورية الانصياع لها وتنفيذها لوقف العمل بهذا القانون فهي:

1. التوقف عن استخدام المجال الجوي فوق سوريا لاستهداف السكان المدنيين.
2. فك الحصار عن المناطق المحاصرة.
3. إطلاق سراح جميع السجناء السياسيين.
4. التوقف عن استهداف المرافق الطبية والمدارس والمناطق السكنية وأماكن التجمع المدني.
5. حظر إستحداث وإنتاج وتخزين وإستخدام الأسلحة الكيميائية وتدميرها.
6. التوقيع على معاهدة حظر تطوير وإنتاج وتخزين الأسلحة البيولوجية.
7. العودة الآمنة والطوعية والكريمة للسوريين الذين شردهم النزاع.
8. مساءلة مرتكبي جرائم الحرب التي يرتكبها "نظام الاسد".
9. توصيل المساعدات الإنسانية عبر المنظمات الدولية غير الحكومية.

أما الأهداف السياسية لقانون قيصر فهي:

- 1- تكثيف الضغوط على الدولة السورية وحلفائها لحملهم على قبول الشروط الأميركية لأي حل مستقبلي للأزمة وإفهام الطرف الروسي أن لا إمكانية لتسوية دائمة في سوريا من دون الولايات المتحدة الأميركية.
- 2- العودة الى "قناه فيينا"، أي جولات المفاوضات الروسية الأميركية الثلاث وما تخللها من "عروض أمريكية" تتضمن جملة من الشروط:
 - وقف النار في إدلب والسماح بدخول مساعدات إنسانية إليها
 - انسحاب حزب الله وحرس الثورة الإيراني من سورية
- 3- الرهان على اضطرابات داخلية تضعف الدولة وصولاً على انهيارها. فلعبة الدولار تهدف الى الدفع التدريجي نحو الفوضى وتوجيه التظاهرات من العناوين

- المطلبية الى تحميل الموقف السياسي لقوى المقاومة مسؤولية انهيار العملة الوطنية، للحصول على تنازلات من الرئيس السوري وحزب الله وطهران.
- 4- التآر الاميركي من كل الذي افشلوا مخططات واشنطن في سورية والاقليم.
- 5- تشجيع الميليشيات الكردية للإستيلاء على موارد الدولة السورية، اي تأمين الشروط المادية للإنفصال كمقدمة لتقسيم سورية.
- 6- منع اعادة تأهيل البنى التحتية ومنع الدولة من تأمين الخدمات للمواطنين. فواشنطن لا تريد النفط السوري بل تقويض جهود اعادة الاعمار، وتجفيف الموارد المالية والطبيعية لإعادة الانتاج، والاطباق على شريان سورية الاقتصادي لجهة الاستيراد والتصدير، ناهيك عن فرض الليرة التركية في المناطق غير الخاضعة لسيادة الدولة.
- 7- زيادة الاكلاف على روسيا الاتحادية واستنزافها في مكان شديد الاضطراب، اي العودة الى استراتيجية الحرب الباردة.
- 8- في المجال الصحي، يهدف قانون قيصر الى:
- عدم تمكين الدولة السورية من مواجهة انتشار وباء كورونا.
 - منع الاجهزة الصحية من توفير تجهيزات وقطع تبديلية طبية.
 - منع سورية من اعادة تأهيل قطاعها الصحي الذي دمرته الحرب.

• عقوبات قيصر في ميزان القانون الدولي:

أ- الإطار القانوني:

وفق ميثاق الأمم المتحدة، تمثل المواد 39 و 41 و 42 الإطار القانوني الذي تستند اليه الأمم المتحدة ومجلس الأمن تحديداً في فرض عقوبات اقتصادية على دول معينة. فوفقاً للمادة 39 يقرر مجلس الامن ما اذا كان قد وقع تهديد للسلم او إخلال به او كان ما وقع عملاً من اعمال العدوان، ويقدم في ذلك توصياته او يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير طبقاً لأحكام المادتين 41 و 42 لحفظ السلم والأمن الدولي او إعادته الى نصابه.

وتنص المادة 41 على انه لمجلس الأمن ان يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير التي لا تتطلب استخدام القوات المسلحة لتنفيذ قراراته، وله ان يطلب من أعضاء الأمم المتحدة تطبيق هذه التدابير، ويجوز ان يكون من بينها وقف الصلات الاقتصادية والمواصلات الحديدية والبحرية والجوية والبريدية والبرقية واللاسلكية وغيرها من وسائل المواصلات وفقاً جزئياً او كلياً وقطع العلاقات الدبلوماسية.

أما المادة 42 تنص انه اذا رأى مجلس الأمن ان التدابير المنصوص عليها في المادة 41 لا تفي بالغرض او ثبت انها لم تف به، جاز له ان يتخذ بطريق القوات الجوية والبحرية والبرية من الاعمال ما يلزم لحفظ السلم والأمن الدولي او لإعادته الى نصابه. ويجوز ان تتناول هذه الاعمال المظاهرات والعمليات الأخرى بطريق القوات الجوية او البحرية او البرية التابعة لأعضاء الأمم المتحدة.

• القيود على العقوبات بمقتضى ميثاق الأمم والقانون الدولي:

عند وضع الحدود القانونية لفرض عقوبات اقتصادية في اوقات النزاع المسلح، لا بدّ من النظر الى احكام القانون الدولي الإنساني والأحكام غير القابلة للانتقاص في قانون حقوق الإنسان. وعند وضع الحدود القانونية لفرض عقوبات اقتصادية في زمن السلم، لا بدّ من النظر الى قانون حقوق الانسان. واستناداً الى قانون حقوق الانسان والقانون الدولي الإنساني والى الاعتبارات الأولية للإنسان. فإن نظام العقوبات ينبغي ألا ينزل بمستوى معيشة شريحة كبيرة من السكان الى ما دون مستوى الكفاف ولا يجوز للعقوبات ان تحرم الناس من الحقوق الانسانية الأساسية في الحياة والبقاء.

• الحق في المساعدة الإنسانية:

يمتلك المدنيون الحق في تلقي المساعدة الإنسانية، وهذا الحق مضمون بأسلوبين وهما الاحكام التي تطلب من الدول السماح بمرور مواد الإغاثة بشروط معينة، والأحكام التي

تسمح للوكالات الإنسانية بتقديم المساعدة بشرط موافقة الأطراف. وتختلف الأحكام طبقاً لما اذا كان النزاع المسلح دولياً او غير دولي.

ب- تطوّر العقوبات:

شهد العالم العقوبات الاقتصادية منذ حقبة غابرة. فقد كانت الإمبراطوريات والجيوش تلجأ الى فرض انواع من "الحصار" الاقتصادي على الدول والجهات التي تتوافق معها، او كوسيلة للتمدد وبسط الهيمنة الخارجية.

وفي العصر الحديث استعمل سلاح العقوبات الاقتصادية في الكثير من الحالات، حيث استعملته عصبة الأمم بحق ايطاليا في العام 1935 بعد غزوها اثيوبيا. وخلال الحقبة التالية تدخل مجلس الأمن في العديد من الحالات وأقر عقوبات اقتصادية تفاوتت حدتها وتأثيراتها وأسبابها وخلفياتها. وخلال العقود الأربعة الاولى بعد قيام الأمم المتحدة لم تصدر قرارات عن مجلس الأمن الدولي بشأن العقوبات الاقتصادية الا في حالتين هما روديسيا (1966) وجنوب افريقيا (1977).

لكن وبعد انتهاء الحرب الباردة لجأ مجلس الأمن بصورة متزايدة الى فرض العقوبات الاقتصادية الجماعية، فقد فرضت عقوبات على العراق ويوغوسلافيا السابقة وعلى هايتي والصومال وليبيا وليبيريا وانغولا ورواندا والسودان، حيث يوفر الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة الإطار الذي يجوز فيه لمجلس الامن الإنفاذ في حالات تهديد السلم والإخلال به ووقوع العدوان وآلية تفعيل قرارات مجلس الأمن. ويوجد عقوبات من قبل دولة او مجموعة دول على دولة اخرى خارج الإطار الأممي.

ج- كيفية فرض العقوبات في مجلس الأمن الدولي:

باعتباره الجهاز الرئيسي لإدارة الأزمات في الأمم المتحدة يمكن لمجلس الأمن ان يستجيب للتهديدات العالمية بقطع العلاقات الاقتصادية مع الجماعات الحكومية وغير الحكومية، ويجب ان تمرر قرارات العقوبات في المجلس المكون من خمسة عشر عضواً

بأغلبية الأصوات شرط عدم استخدام حق النقض (الفيتو) من أي من الأعضاء الخمس الدائمين وهم الولايات المتحدة والصين وفرنسا وروسيا وبريطانيا. وأهم انواع العقوبات التي تفرضها الأمم المتحدة (وهي ملزمة لجميع الدول الأعضاء): تجريد الأصول وحظر السفر وحظر توريد الأسلحة. وعادة ما تدار نظم الجزاءات (العقوبات) التابعة للأمم المتحدة من قبل لجنة خاصة وفريق مراقبة، وتساعد المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الانترپول) بعض لجان العقوبات (لجان مهمتها الإشراف على تنفيذ قرارات مجلس الأمن المتعلقة بالعقوبات) لا سيما اللجان المتعلقة بتنظيم القاعدة وحركة طالبان. الا ان الأمم المتحدة ليس لديها وسائل مستقلة للتنفيذ، وتعتمد كثيراً على الدول الأعضاء التي لا يملك الكثير منها سوى موارد محدودة وحافز سياسي ضئيل.

د- العقوبات خارج الأمم المتحدة:

لا تقتصر العقوبات الدولية على مجلس الأمن فقط، فقد تفرضها منظمات دولية (كالاتحاد الأوروبي او جامعة الدول العربية)، كما تفرضها دول على دول اخرى كالعقوبات التي فرضتها الولايات المتحدة الأمريكية ضد روسيا في عام 2015، والعقوبات التي فرضتها روسيا على تركيا بعد اسقاطها طائرة السوخوي شمال سورية في العام ذاته. ولا يخفى عنا العقوبات الأمريكية على الصين من خلال الإعلان الأمريكي عن عقوبات جمركية جديدة على القيمة نفسها من المنتجات الصينية في 18 ايلول 2018 حيث فرضت واشنطن رسوماً جمركية مماثلة على 16 مليار دولار من المنتجات الصينية المستوردة. كما ان اميركا لا تكل ولا تمل وهي تتهم الصين باتباع ممارسات تجارية غير نزيهة، وهذا بسبب حرب السباق التكنولوجية بينهما. وتم الاستمرار بزيادة حجم العقوبات بفرض رسوم جمركية اضافية على واردات من الصين بقيمة 200 مليار دولار دخلت حيز التنفيذ في 24 ايلول من العام نفسه. وحالياً، وتحت وطأة ازمة الكورونا، كان العمل على فرض عقوبات جديدة بشكل أوسع ضد الصين تحت ذريعة الرئيس الأمريكي بأن الصين هي المتسبب بخلق ونشر الفيروس في العالم.

هـ- كيفية ايقاف تفعيل العقوبات الدولية:

هناك عدة طرق لإزالة وحل العقوبات التي تمّ تنفيذها على دولة ما، مع العلم ان إزالة العقوبات تتطلب وقتاً كبيراً وتعاوناً دولياً بشكل مؤثر، وتذكر بعض طرق إزالة العقوبات: قرار عكسي من مجلس الأمن يلغي العقوبات. كالعقوبات المفروضة على العراق (منذ عام 1990) التي لم تلغ إلا بموجب قرار معاكس صدر في 16 كانون الاول عام 2016. تطبيق الحدود الزمنية للعقوبات، أي تحديد أجل للعقوبات المفروضة على الدولة المستهدفة. فالعقوبات التي تفرضها الولايات المتحدة والاتحاد الأوروبي ضد البلدان كانت تحدد بأجل لمدة عام ومن ثم تجدد تلقائياً، وبعد عام إما تمدد العقوبات لعام آخر او تخففها او تلغيها. وكمثال على تخفيف العقوبات قرار الاتحاد الأوروبي تخفيف العقوبات عن ايران في أعقاب الاتفاق النووي الإيراني في 1 آب 2015.

• خاتمة:

العقوبات بحقيقتها شكل من أشكال الارهاب الاقتصادي ومحاولة من محاولات العزل السياسي والاقتصادي وهي أحادية قسرية لاشريعة ولا قانونية لأنها تعارض ميثاق الأمم المتحدة (البند السابع المادة 39 والمادة 41).

الغرب يريد للمنطقة العربية الغنية بالنفط والثروات الطبيعية ان تبقى سوقاً استهلاكياً كبيراً للمنتجات الغربية، وان يتسدد كيان الاحتلال الاسرائيلي المنطقة، ومن هنا المطلوب غريباً استمرار الحرب في سورية والحصار الاقتصادي عليها، ومنع الدول التي ترغب في اعادة الاعمار من ذلك واستمرار وجود القوات الاميركية في الجزيرة السورية ودعم ميليشيا قسد ودعم الكيان الصهيوني.

أكد سفير سورية لدى الأمم المتحدة الدكتور بشار الجعفري بأن مكتب الأمم المتحدة لتنسيق الشؤون الانسانية تجاهل في 64 تقرير مئات الاحاطات من الاجراءات القسرية التي تؤثر على حياة السوريين. فلا يهتم الشعب السوري وما يعانیه إنما تنفيذ لمصالحهم

ورغباتهم في سورية متذرعين بحماية الشعب السوري الذي هو المتضرر الأكبر من عقوباتهم وحصارهم.

وأعتبرت الأمم المتحدة هذه التدابير الاقتصادية الأحادية بوصفها وسيلة للقسر السياسي والاقتصادي ضد البلدان النامية والتي تستخدمها الدول الكبرى الأعضاء في مجلس الأمن كوسيلة سياسية، خرقاً سافراً لمبادئ القانون الدولي وميثاق الأمم المتحدة. جاء ذلك في قرار للجمعية العمومية (رقم 200/68 بتاريخ 20 كانون الثاني 2013)، وقد صوتت الولايات المتحدة و"اسرائيل" وحدهما ضده، في حين امتنعت معظم الدول الأوروبية عن التصويت.

إن العقوبات والحصار الاقتصادي المفروضين على الشعب السوري اجراءات أحادية من طرف واحد وليست مقررة من قبل مجلس الامن والأمم المتحدة؛ أي انها مخالفة للشرعية الدولية والمواثيق الأممية الموقع عليها والمعترف بها دولياً، اي مفروضة من قبل دول او مجموعة من دول دون اطار أممي.

ويبقى السؤال حول كيفية الخروج من شرنقة العقوبات والصمود، وبالتالي، المواجهة. إن مكانة سورية والفرص الكامنة والكبيرة ستكون محفزاً لإنشاء شراكة استراتيجية مع الدول الصديقة (الصين، روسيا وايران)، بحيث يتم العمل على استقطاب المشاريع الاستثمارية ذات التنمية المستدامة واعداد الارضية اللازمة لتسهيل دخول رأس المال الاجنبي من خلال بناء شراكات تجارية. وتعدّ الدول الصديقة من أهم المشاركين للإستثمار في سورية، حيث تتناسب متطلبات مهمة إعمار سورية مع قدرات هذه الدول وخبرتها في هذا المجال.

وعلى مستوى العلاقات اللبنانية-السورية، يجب العمل على تشكيل شبكات تواصل، وصولاً الى نهج المقاومة الشعبية الطويلة الأمد. ولا بد ايضاً من تعزيز البعد المجتمعي المتكامل بين لبنان وسورية، والالتفات الى الموضوع النفسي الاعلامي الذي يؤدي دوراً كبيراً في المواجهة. فقانون قيصر ذكرنا بما نؤمن به لأنه جمع لبنان وسورية في وحدة مسار ومصير، ولا بأس اطلاقاً من تفعيل هذه الوحدة سبيلاً الى المواجهة.

القسم الأول: دراسات في القانون

- د. جان عليه، الحصانة لحماية أعمال الحكم أم لتسهيل ارتكاب الجرائم؟
- المستشار ثريا الصلح، دراسة حول المباراة المحصورة
- د. عصام نعمة إسماعيل، المجلس الدستوري وإبطال آلية تعيين موظفي الفئة الأولى
- د. داني نعوس، مها حايك، وفاطمة فواز، جاذبية القانون الدولي وسيادة القانون الداخلي على ضوء أحكام المادة 2 أصول محاكمات مدنية
- أنطوان سعد كرم، سلطة البلدية الإستثنائية والمقيدة وسلطتها في الظروف الإستثنائية
- د. هالة بو حمدان، رقابة التناسب وحماية الحقوق والحريات
- د. تريتيل تركي الدرويش، التعذيب في ضوء تجريم قانون العقوبات اللبناني والقواعد الدولية
- د. أشرف رمال، الخطأ الطبي في القضاء المدني اللبناني
- د. نجاه جرجس جدعون، حماية الملكية الأدبية والفنية في ضوء التشريع والاجتهاد
- د. المعتصم بالله فوزي أدهم، قانون المعاملات الالكترونية وأثره على القواعد التقليدية، المرحلة المهيئة للعقد
- Sajih RIZK, Faut-il banaliser la société à capital variable?

الحصانة لحماية أعمال الحكم أم لتسهيل ارتكاب الجرائم؟

د. جان عليه

غالبًا ما تنسب الى وزراء جرائم يعاقب عليها القانون ثم يخفت الكلام عنها تحت ضغط مسمى "خطوط حمراء" من هنا وهناك، وان اجتازت هذه "الجرائم" خطوط حمراء الحياة السياسية اللبنانية المعقدة والمتقلة بالأعباء الطائفية والمذهبية، تسقط في اجتهادات تعتبرها من "موجبات الوظيفة" ما يقتضي وفق الملاحقة بشأنها، فتطير العدالة لعدم الاختصاص امام المحكمة العادية او لعدم الادعاء امام المحاكمة الاستثنائية، او لعدم اكتمال الكيان القانوني لهذه المحكمة، وهذا المسار الانحداري الذي لا يوجد ما يماثله في دولة من دول العالم، يؤدي الوزير المنسوبة اليه الجرائم لحرمانه من فرصة تحويل براءته من قرينة مفترضة الى واقع مثبت، ويؤدي المجتمع بكامله ويحبطه لان العدالة التي يعيش في ظلها تحاسب وتعاقب من يسرق رغيف خبز من دون عوائق، فيما "سرق" اموال اجيال ورهن مستقبلها مقابل ديون "الهدر والفساد" امر غير خاضع لرقابة القضاء، إما لغياب الجهة المختصة بالادعاء، وإما لعدم اكتمال الجهة المختصة بالمقاضاة وإما لانعدام الاختصاص؟ هل يعقل لأي اجتهاد ان يؤدي الى تعطيل مرفق العدالة وهو اهم مرفق دستوري؟ هل يمكن لأي اجتهاد ان يؤدي الى ضرب مبدأ المساواة امام القوانين المكرس ايضًا في الدستور؟ وهل يمكن التمتع عن احقاق الحق ورفع الظلم عن مجتمع بكامله، بوجود النص على الجريمة والعقوبة، لمجرد احتمال غياب الاختصاص؟ وهل يمكن ان يؤدي التنازع السلبي للاختصاص الى حقيقة وجود أفعال معتبرة جرائم بمقتضى النص لا يحاسب فاعلوها لغياب الجهة المختصة؟

نصت المادة 70 من الدستور اللبناني على أن لمجلس النواب أن يتهم رئيس مجلس الوزراء والوزراء بارتكابهم الخيانة العظمى أو بإخلالهم بالواجبات الوظيفية المترتبة عليهم، ما هي الواجبات المترتبة على الوزراء؟

أكدت المادة السادسة من اعلان حقوق الانسان والمواطن لعام 1987 ان القانون هو نفسه بالنسبة للجميع، سواء كان يُعاقب او يحمي، كما أكدت المادة الثامنة من الإعلان العالمي لحقوق الانسان صراحةً على حق كل إنسان في اللجوء الفعلي إلى المحاكم الوطنية المختصة لحماية حقوقه الأساسية المعترف بها في الدستور والقانون من أي اعتداء⁽¹⁾، تاليًا، في اي حكم او تفسير يجب التوفيق بين النصوص والمبادئ الدستورية سيما تلك المستمدة من الشرع والمواثيق؟

أكدت المواد 61 و62 من الدستور اللبناني، عدم مسؤوليّة رئيس الجمهوريّة عند قيامه بوظيفته كقاعدة عامّة، وعلى مسؤوليّةه عند خرق الدستور والخيانة العظمى كاستثناء، أمّا فيما يختصّ بالجرائم العادية فهو يخضع للقانون العادي ويحاكم امام المجلس الاعلى لمحكمة الرؤساء والوزراء⁽²⁾. نصّت المواد 70،71،72 على مسؤوليّة رئيس مجلس الوزراء والوزراء، عند ارتكابهم الخيانة العظمى أو الإخلال بالواجبات المترتبة عليهم، ونصّت المادة 80 على أنّ يحاكم رئيس مجلس الوزراء والوزراء، أمام المجلس الأعلى لمحكمة الرؤساء والوزراء.

نصّت المادة 60 من الدستور اللبناني، على أنّ جرائم رئيس الجمهوريّة العادية خاضعة للقوانين العادية، لم يتضمّن النصّ الدستوري صيغة مشابهة فيما يختصّ بجرائم رئيس مجلس الوزراء والوزراء العادية، التي تبقى خاضعة للقوانين العادية عملاً بمبدأ

(1) «La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents».

(2) عملاً بالمادة 18 من القانون رقم 13 الصادر في 18 آ 1990، فان حق إتهام رئيس الجمهوريّة لعَلّي خرق الدستور والخيانة العظمى أو بسبب الجرائم العادية يعود للمجلس النيابي الذي له أيضاً أن يتهم رؤساء الحكومة والوزراء لارتكابهم الخيانة العظمى أو لإخلالهم بالواجبات المترتبة عليهم.

المساواة المكّرس في المادة السابعة من الدستور⁽¹⁾. وأغفل الدستور اللبناني أي إشارة إلى المسؤولية المدنية لرئيس الجمهورية، رئيس مجلس الوزراء الوزراء، ما يعني خضوعهم جميعاً كسائر المواطنين لهذه المسؤولية متى توافرت شروطها، فيما تنحصر المسؤولية السياسية بالوزراء ورئيس مجلس الوزراء من دون رئيس الجمهورية وهي تؤدي إلى الخروج من الحكم إما في مجلس النواب وإما بحكم قضائي.

○ المسؤولية السياسية

يُسلط الضوء على المسؤولية السياسية للوزراء ورئيس مجلس الوزراء لان رئيس الجمهورية لا يمكنه اتخاذ اي قرار الا والى جانب توقيعه توقيع احد الوزراء⁽²⁾، ان عدم مسؤولية رئيس الدولة تجاه البرلمان يجد مبرراته في ان رئيس الدولة سيمثل امام الشعب في الانتخابات، وعدم نجاحه هو المساءلة السياسية له خاصة في الانظمة السياسية التي يلعب فيها الرئيس دوراً فاعلاً. تشكل المسؤولية السياسية للوزراء الجانب المقابل للسلطة التي تعهد إليهم وتساهم في إضفاء الشرعية عليها، والمسؤولية السياسية هي السمة المميزة للنظام البرلماني، وهي تضمن إمكانية أن يجبر البرلمان الحكومة على الاستقالة، وبمعنى أوضح، فالمسؤولية السياسية تعني إلزام كل من يشغل وظيفة عمومية على ترك منصبه عندما يخسر ثقة السلطة التي كان عليه أن يحافظ عليها ليستمر في موقعه.

يُسأل الوزير بفرده، أو يُسأل وزراء محددين على جميع الأعمال التي يباشرونها في الوزارة التي يتولون إدارتها، والخاصة بالسياسة الداخلية للوزارة، سواء كانت المخالفات ارتكبت من قبل الوزير شخصياً، أو من قبل أحد الموظفين الخاضعين لرئاسته التسلسلية. بالإمكان أن تتحول مسؤولية الوزير الفردية الى تضامنية، وذلك عند تضامن الحكومة مع الوزير المراد سحب الثقة منه، طالبةً طرح الثقة بها كاملة، بدل طرحها بأحد أعضائها،

⁽¹⁾ نصّت المادة 7 من الدستور اللبناني على أنّ كلّ اللبنانيين سواء لدى القانون.

⁽²⁾ Jean-Paul. Timbal, *Le contreseing ministériel*, thèse Toulouse, 1975, p. 267. «Le Président de la République ne peut agir qu'assisté des ministres, seuls responsables devant le Parlement».

معتبرة أن تصرفه يعكس سياستها العامة، وهذا الأمر أيضًا من نتائج مبدأ التضامن الوزاري، الذي تقوم عليه المسؤولية التضامنية.

المسؤولية التضامنية للوزراء تعني مسؤولية الحكومة بكامل أعضائها أمام البرلمان، بمعنى أنه إذا حجب البرلمان الثقة عن الحكومة تُعتبر مستقلة حكمًا، من هنا تُعتبر المسؤولية التضامنية بأنها مسؤولية الحكومة بكامل أعضائها أمام البرلمان عن تصرفاتها المتعلقة بإدارة شؤون الدولة، فالحكومة بكامل أعضائها تؤلف هيئة مستقلة وكيانًا دستوريًا قائمًا بذاته.

تُعرف المسؤولية التضامنية على أنها مسؤولية الحكومة أمام البرلمان عن تصرفاتها المتعلقة بإدارة شؤون الدولة، انطلاقًا من مبدأ التضامن الوزاري المقرر في النظام البرلماني، والذي يؤدي إلى المسؤولية الجماعية لمجلس الوزراء بكامل أعضائه، سواء كان البعض منهم مؤيدًا أو معارضًا لسياسة الحكومة. وبموجب هذا المبدأ، فإن الوزير الذي لا يقدم استقالته لعدم موافقته على قرار اتخذه مجلس الوزراء، يصبح واجبًا عليه الدفاع عن هذا القرار، ولا يجوز له انتقاد هذا القرار، سواء كان ذلك في البرلمان، أو في الصحافة والإعلام. تُعد السلطة أساس المسؤولية السياسية، فحيث توجد السلطة توجد المسؤولية. لا تستوجب المسؤولية السياسية وجود خطأ وضرر وعلاقة سببية بينها، كما هو الحال في المسؤولية المدنية والجزائية، إذ يمكن أن تثار المسؤولية السياسية للوزير أو الحكومة عن الأعمال التي تضر بمصالح الدولة، حتى وإن كانت هذه الأعمال لا تخرج عن مبدأ المشروعية عند تكييفها قانونيًا. كما أن المسؤولية السياسية تعتبر من الوسائل الرقابية التي يمتلكها مجلس النواب في مواجهة الحكومة. في المسؤولية السياسية، يكون للبرلمان الحق في سحب الثقة عن الحكومة أو أحد الوزراء، فنستقل الحكومة أو الوزير، كما يكون لأي نائب توجيه سؤال أو استجواب إلى الحكومة. من مظاهر المسؤولية السياسية الرقابة الدستورية البرلمانية من خلال حق السؤال والاستجواب، و ثم إجراء التحقيق ومسؤولية الحكومة أو الوزراء أمام السلطة التشريعية.

الهدف من الرقابة البرلمانية هو تقصي الحقائق عن أعمال السلطة التنفيذية، للتأكد من الالتزام بقاعدة المشروعية، وعند الإخلال بها تقديم الحكومة بأسرها، أو أحد وزرائها للمساءلة، أما المسؤولية الفردية للوزير، فهي تتعلق بالتصرفات والأفعال الصادرة عنه في معرض إدارة الوزراء التي يتولى شؤونها، ومفاد هذه المسؤولية أن كل وزير مسؤول بمفرده عن التصرفات الصادرة عن الوزارة التي يشغلها ويستقل في التصرف بشؤونها، والمسؤولية السياسية أخف وطأة من المسؤولية الجزائية، لأن ما يترتب عليها يقف عند حد ترك المنصب الوزاري.

○ المسؤولية الإدارية

يُعد الوزير الرئيس الإداري الأعلى لوزارته، وهو يتمتع بصلاحيات إدارية ومالية واسعة، إذ يعقد النفقة ويصدق دفاتر الشروط الخاصة بالصفقات، بالإضافة إلى أنه الرئيس التسلسلي للمدراء العامين في وزارته. لذلك، لا بد من مسؤولية إدارية للوزير، تتناسب وحجم الصلاحيات الإدارية الواسعة المعطاة له.

المقصود بالمسؤولية الإدارية مسؤولية الإدارة عن أعمالها. في البداية اقتصرَت هذه المسؤولية على الخطأ، ما ألزم الإدارة التعويض عن أخطائها التي تسبب ضرراً للأفراد، وكون الإدارة تتمتع بالشخصية المعنوية، فإنها تخطئ بواسطة موظفين يعملون فيها، من هنا تبرز أهمية التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي أو المؤسساتي، إذ تترتب مسؤولية الإدارة عن عدم أداء نشاطها على الوجه المطلوب، ما يُعرف بالخطأ المرفقي، وتُلزم بالتعويض، إلا أنه لا يمكن إلزام الإدارة بالتعويض عن أخطاء يرتكبها موظفوها بصفة شخصية، بل يقع على هؤلاء الموظفين واجب التعويض عن أخطائهم الشخصية. إلى جانب المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، أقر القضاء الإداري لاحقاً مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر المهنية، إثر الثورة الصناعية، وانتشار الآلات الميكانيكية، حيث باتت من الصعوبة تحديد الخطأ الصادر عن صاحب العمل، وصعوبة إثباته بغية تأمين التعويض العادل للمتضرر من أعمال الإدارة.

إذا ارتكب الوزير، بوصفه الرئيس الإداري الأعلى لوزارته، خطأً في أثناء أداء عمله الوظيفي، ونتج عن هذا الخطأ ضرراً، تترتب المسؤولية الإدارية ويُلزم الوزير بالتعويض إذا كان هذا الخطأ شخصي، أما إذا كان الخطأ مرفقي، فتتحمل الإدارة التعويض. إلا أن الواقع في لبنان أن قواعد المسؤولية الإدارية لم تحلّ مشكلة الفساد بل زادت منها، إذ قد يكون تعمد ارتكاب الخطأ في سبيل تأمين تعويض للمتضرر، كحرمان شركة من المشاركة في مناقصة عامة لا لسبب إلا لكي تتمكن الشركة من الادعاء والحصول على التعويض، أو لا يكون تعمد تحقيق النفع الخاص لأحد الأشخاص وإنما اتخذ القرار بدافع الانتقام أو خطأً في التقدير كحالة اتخاذ وزير الأشغال العامة والنقل قراراً بإلغاء ترخيص شركة طيران، التي تقدمت بدعوى تحكيمية حكمت على الدولة بتعويضات خيالية للشركة، وفي الحالتين فالمتضرر هو الخزينة العامة ولا ملاحقة شخصية للوزير لأعمال مسؤوليته الإدارية.

○ المسؤولية المدنية

يُقصد بالمسؤولية المدنية التزام شخص بالتعويض عن ضرر ألحقه بالغير، نتيجة إخلاله بموجبات ملقاة عليه، وإذا كان مصدر هذه الموجبات عقد تُسمى مسؤولية عقدية أو تعاقدية، وإذا كان مصدر هذه الموجبات إلتزام قانوني عام، يقضي بعدم إلحاق ضرر بالغير، تُسمى هذه المسؤولية مسؤولية تقصيرية، سواء كان الإخلال عمداً، كمن أو عن غير عمد.

تقوم المسؤولية المدنية على ثلاثة أركان: الركن الأول وهو الخطأ قد يأخذ صورة عمل إيجابي، أي القيام بعمل يحظره القانون، كما يأخذ صورة سلبية بالامتناع عن عمل يوجبه القانون، والركن الثاني هو الضرر، والركن الثالث هو العلاقة السببية بين الخطأ والضرر. يجب أن يكون الضرر مباشراً، محققاً، خاصاً، قابلاً للتقدير بالنقود، كما أن للضرر أنواع، فقد يكون مادياً وقد يكون معنوياً أو أدبياً، وفيما يصيب الضرر المادي مصلحةً أو حقاً مالي، يصيب الضرر المعنوي أو الأدبي مصلحةً أو حقاً غير مالي.

يخضع الوزير، كأى مواطن عادي، للمسؤولية المدنية، عملاً بمبدأ المساواة بين المواطنين المكرس في الدستور، والمسؤولية المدنية للوزير تقع على أموال الخاصة. قد تترتب المسؤولية المدنية للوزير عن عمل أو تصرف يقوم به يلحق الضرر بالغير، وقد يكون مصدر هذه المسؤولية التزاماً عقدياً أو عملاً تقصيرياً، وفي هذه الحالة يخضع الوزير للقانون المدني، ويحكم أمام المحاكم العادية، وعلى حد السواء مع الأفراد العاديين⁽¹⁾.

○ المسؤولية الجزائية

ان المحاكم العادية بموجب قانون أصول المحاكمات الجزائية هي صاحبة الاختصاص للنظر في الدعاوى الجزائية، ما لم يوجد نص خاص يمنع عنها صلاحية النظر في قضايا معينة بالذات، ليدخلها في اختصاص محاكم استثنائية أو خاصة كالمجلس العدلي أو المجلس الأعلى لمحاكمة الرؤساء والوزراء.

تبقى جرائم رئيس مجلس الوزراء والوزراء العادية خاضعة للقوانين العادية إلى حين صدور القانون المشار إليه في المادة 70 من الدستور اللبناني، أما الجرائم المرتبطة بالواجبات الوظيفية، فيتمتع رئيس مجلس الوزراء والوزراء حيالها بحصانة أو امتياز قضائي يتعلّق بشروط الاتهام والمرجع الصالح للمحاكمة. يتألف المجلس الأعلى لمحاكمة الرؤساء والوزراء من ثماني قضاة الأعلى رتبة، وسبعة نواب ينتخبهم مجلس النواب في بدء كل ولاية وفي أول جلسة يعقدها، أما القضاة فتسميهم محكمة التمييز بجميع غرفها، وهذه المحكمة الخاصة يدخل في اختصاصها حصراً محاكمة رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزراء⁽²⁾. يحاكم رئيس الجمهورية أمام هذه المحكمة بسبب الخيانة العظمى

⁽¹⁾ Dalloz, 1993, *Jur.*, p. 261, note Pradel : « Qu'un ministre est, en pareilles circonstances, exclusivement justiciable de la Haute Cour et qu'il ne peut être mis en accusation que par les deux assemblées statuant par un vote identique au scrutin public et à la majorité absolue des membres les composant ; que le Procureur de la République, ainsi que les particuliers ne sauraient, à son égard, mettre en mouvement l'action publique, et en saisir les juridictions répressives de droit commun ».

⁽²⁾ القانون رقم 13 الصادر في 18-08-1990.

ومخالفة الدستور، وبسبب الجرائم العادية التي يقترفها أثناء ولايته ولا يتمتع بأي حصانة بعد انتهاء ولايته. أمّا الوزير فيلاحق أمام المجلس الأعلى بسبب الإخلال بالواجبات الوظيفية، ومن ضمنها خرق الدستور والخيانة العظمى، وهي جريمة غير محدّدة في قانون العقوبات.

ما هي الأفعال التي يقوم بها رئيس مجلس الوزراء والوزراء إبان ممارسة مهامهم التي تؤلف إخلالاً بالواجبات الوظيفية، وما هي تلك التي تؤلف جرماً عادياً؟ يمكن الاستئناس بالاجتهاد الإداري عن أخطاء الموظفين الشخصية والمرفقية، إذ اعتمدت عدّة معايير للتمييز، فإنّ كان الخطأ مرده أهواء الموظف على اختلافها، أو المنفعة الشخصية أو منفصلاً تماماً عن الوظيفة، يكون الخطأ شخصياً ويُسأل عنه الموظف بالنتيجة، بينما إذا كان الخطأ غير منسوب إلى مصدر محدّد، ولا يمكن فصله من الوظيفة، فهو يعتبر خطأ مرفقياً تسأل عنه الإدارة في النهاية.

نصت المادة 66 من الدستور اللبناني على أن يتولى الوزراء إدارة مصالح الدولة، و يُنابط بهم تطبيق القوانين والأنظمة، كل بما يتعلق بالأمر العائدة إلى إدارته وبما خُصت به. يتحمل الوزراء إجمالاً تجاه مجلس النواب تبعة سياسة الحكومة العامة ويتحملون أفراداً تبعة أفعالهم الشخصية. إن الواجبات المترتبة على الوزير بمقتضى هذه المادة هي التي يكون من واجبه التقيد بها خلال ممارسة وظيفته العامة وهي: إدارة مصالح الدولة - تطبيق القوانين والأنظمة - التزام سياسة الحكومة العامة.

إن نص المادة 70 من الدستور اللبناني يولي مجلس النواب إتهام رئيس مجلس الوزراء والوزراء عند الإخلال بالواجبات المترتبة على الوظيفة والتي سبقت الإشارة إليها، وهنا لا بد من التأكيد على أن النص الاستثنائي يتعلق حصراً بالإخلال بالموجبات المترتبة على الوظيفة، ولا يشمل الجرائم الجزائية التي سهلت الوظيفة ارتكابها.

لم ينصّ الدستور اللبناني على العقوبات التي يمكن للمجلس الأعلى أن يفرضها، وافتقارنا إلى التجربة، يجعلنا نطرح الأسئلة، فهل أنّ العقوبات ستكون فقط ذات طابع

سياسي؟ أم سيكون لها أيضاً الطابع الجزائي؟ وإلا نكون ذوّبنا المسؤوليةّ الجزائريّة، وهي الأصل، في المسؤوليةّ السياسيّة التي ظهرت بعدها في زمن لاحق.

لا تأتلف الحصانات مع مبدأ المساواة امام القانون والحق في محاكمة عادلة والوصول الى القضاء، ما يوجب تفسير النصوص المتعلقة بها بصورة حصرية، باعتبارها نصوصاً استثنائية، لا يجوز التوسع في تفسيرها بما يؤدي الى الاحتفاظ بالسلطة وتغييب المسؤولية ما يسقط مبادئ دستورية على غرار العدالة والمساواة. "لا تكون لدينا سلطة الا بالقدر الذي نتحمل فيه المسؤولية، لن نكون مسؤولين الا بالقدر الذي تكون فيه لدينا سلطة"⁽¹⁾.

قد يرتكب الوزراء أثناء تأدية وظائفهم جرائم يعاقب عليها بموجب القانون الجزائي، هذا الأمر يرتب مسؤولية أساسية وجوهرية بموازاة الصلاحيات الواسعة التي يتمتع بها الوزراء على الصعيد الإداري، بغياب كامل للمساءلة الإدارية، والمسؤولية الجزائية في غياب المسؤولية الإدارية، هي أساس التوازن بين السلطة والمسؤولية، إذ ان المسؤولية السياسية، غالباً ما يقتصر دورها على أعمال الوزير السياسية. إذا كان الهدف من إنشاء المحاكم الاستثنائية الخاصة هو الحد من التهم الكيدية الموجهة الى الوزراء، والتي من شأنها عرقلة أعمالهم، فلا يجب أن يُستبدل بواقع عدم المحاسبة لا أمام القضاء العادي، ولا أمام القضاء الاستثنائي، أي تعطيل المرفق الدستوري الأهم، وهو مرفق العدالة.

الواقع أن المسؤولية تنبع من السلطة، فحيث توجد السلطة توجد المسؤولية، لقد سبقت المسؤولية الجزائية للوزراء المسؤولية السياسية، فكان إتهام البرلمان محصور بما يراه جرائم تمس سلامة واستقرار الدولة، إلا أن البرلمان اليوم يستخدم الاتهام ضد كل الأخطاء الفادحة حتى ولو لم يكن منصوصاً عليها في قانون العقوبات.

إن نشأة المسؤولية الجزائية تعود إلى الدستور البريطاني الذي منح صلاحية الاتهام لمجلس العموم، على أن يجري التحقيق من قبل هيئة محلفين، وفي حال ثبوت المخالفات المنسوبة الى الوزراء، يُحالون أمام مجلس اللوردات لمحاكمتهم، بصفته المحكمة العليا في

⁽¹⁾ Georges Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p. 429:
« Irresponsabilité et effacement se prêtent un appui mutuel : « on n'a d'autorité que dans la mesure ou on assume la responsabilité, on n'est responsable que dans la mesure ou on détient une autorité ».

بريطانيا⁽¹⁾. تستلزم المسؤولية الجزائية للوزير توافر أركان الجريمة الثلاثة، الركن المادي أي العمل المادي الجرمي، الركن المعنوي أي القصد الجنائي سواء كان العمل عن عمد أو عن غير عمد، والركن الثالث هو الركن الشرعي المتمثل بوجود نص قانوني يُجرّم فعل الوزير.

تخضع المسؤولية الجنائية للوزير لقاعدة لا جريمة ولا عقوبة بدون نص، أي يجب أن يكون الفعل المرتكب من قبل الوزير يشكل جريمة منصوص عليها في القانون، لكن الوزير قد يرتكب أخطاء فادحة لا تشكّل أفعالاً جرمية تؤدي الي أضرار جسيمة فتترتب مسؤوليته الوزارية لا الجنائية. والجرائم الجزائية التي لها عادة علاقة بالوظيفة العامة هي الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات، ومنها اساءة استعمال السلطة، والإخلال بموجبات الوظيفة.

يتحرك المجلس الأعلى لمحاكمة الرؤساء والوزراء بناءً على إحالة من قبل ثلثي أعضاء مجلس النواب الأحياء، كما فسّر المجلس النيابي ذلك، على أساس مسؤولية جزائية عن أفعال تم تنفيذها خلال وضمن إطار الوظيفة الوزارية. كانت الفكرة من وراء هذا القضاء الاستثنائي تجنب خطر شل الحكومة المتأصل في خضوع الوزراء مباشرة للقانون العادي. تدرج الاجتهاد في تحديد مفهوم اختصاص هذا القضاء الاستثنائي من اختصاص مطلق، يشمل أعمال الوزير فترة ممارسة وظيفته الوزارية الى اختصاص محصور بالإخلال بالموجبات المترتبة على الوظيفة.

○ الاجتهاد اللبناني

في آذار 1999 أصدرت محكمة التمييز قرارًا ردت فيه استدعاء النقض المقدم من وزير على خلفية ملاحقته بجرم اختلاس أمام القضاء العدلي، مشددةً على أن اختصاص القضاء العادي يبقى منعقدًا عن الأفعال الجرمية المرتكبة من الوزراء في معرض ممارسة وظيفتهم ما لم يضع مجلس النواب يده عليها. وبذلك أقرت محكمة التمييز بشكل واضح

⁽¹⁾ ادمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري العام، دار العلم للملايين، بيروت 1968، ص14

وصريح عدم حصريّة الاتهام والاختصاص وإمكانية القضاء العادي محاكمة الوزراء ما لم يتدخل المجلس النيابي لاتهامهم أمام المجلس الأعلى لمحاكمة الرؤساء والوزراء وسارت الهيئة الاتهامية في جبل لبنان على هذا النهج في قرارها رقم 2000/238 في قضية محرقة برج حمود المتهم بها رئيس وزراء سابق. إلا أن محكمة التمييز في هيئتها العامة وبموجب قرارها رقم 2000/7 تراجعت عن قرارها لعام 1999، وأقرت التفرقة بين أفعال ناجمة عن الإخلال بالوظيفة والجرائم الأخرى من دون وضع معايير تقييم حدودًا فاصلة وواضحة بينهما.

ان الغاية من فكرة "اما يصدر الاتهام عن مجلس النواب واما يصدر وفقًا للطرق العادية" هو الحرص على انعقاد القضاء لإحقاق الحق، وعدم الضياع في فضاء عدم الاختصاص أي تغييب العدالة، وهذا امر غير مسلم به دستوريًا وشرعًا وقانونيًا وينسف ركائز دولة القانون والانسان على السواء. مع أهمية التمييز بين جرائم ناجمة عن الاخلال بواجبات الوظيفة وجرائم غير متصلة بالوظيفة، الا ان حكم محكمة التمييز لعام 2000 لم يقيم حدودًا فاصلة بين هاتين الفئتين من الجرائم، لا بل اعتمد نهج تفسيري يوصل الى ما كان اعتمده الاجتهاد الفرنسي في السابق من ان كل ما يقوم او يقول به الوزير متصلًا بالوظيفة، وهذا امرًا ينقضه الدستور اللبناني والفرنسي وكل الدساتير التي ميزت بين الفئتين من الجرائم، كما ينفيه اعتماد بعض الدول نظامًا قانونيًا خاصًا لمحاسبة الوزراء على جرائمهم غير المتصلة بالوظيفة ما يعني وجود جرائم يرتكبها الوزراء غير متصلة بموجبات وظيفتهم.

○ التشريعات والاجتهادات المقارنة

◆ فرنسا

في اذار 1993 أعلنت محكمة عدل الجمهورية في قضية الدم الملوّث عدم مسؤولية Laurent Fabius رئيس الوزراء السابق، و **Georgina Dufoix** الوزيرة السابقة

للشؤون الاجتماعية والتضامن عن جرائم الاعتداء غير المقصود على الحياة أو السلامة الشخصية وأدانت Edmond Hervé الأمين العام لوزارة الصحة.

إذا كانت الاجتهادات الفرنسية نادرة في موضوع الاعمال المتصلة بمهام رئيس الجمهورية، إلا أن هذه الاجتهادات كثيرة في موضوع الاعمال المتصلة بوظيفة الوزير وهي انطلقت من دائرة واسعة جدًا لهذه الاعمال ربطتها بالوزير القائم بها أو حتى اقواله ما يكفي بحد ذاته لاعتبارها اعمالاً داخلية ضمن الوظيفة⁽¹⁾. تركز هذا الاجتهاد من قبل محكمة التمييز الفرنسية بالرغم من سيل الانتقادات التي وجهت اليه⁽²⁾. هذا المنطق اعتمدته لجنة التحقيق في المحكمة العليا في حكمها بتاريخ 5 شباط 1993 في قضية الدم الملوثة⁽³⁾ إذ اعتبرت ان الوزير، في مثل هذه الظروف يحاكم حصراً من المحكمة العليا، ولا يمكن اتهامه إلا من قبل المجلسين بحكم تصويت مماثل بالاعتراض العام، وبأغلبية الاصوات المطلقة التي تؤلف كل من المجلسين، ولا يمكن تحريك الدعوى لا من النيابة العامة ولا من الافراد امام المحاكم الجزائية العادية. علماً انه في هذه القضية فان الضحايا هم الذين وجهوا التماس إلى رئيس مجلس الشيوخ.

لم يغير تعديل الدستور الفرنسي لعام 1993 جذرياً في مضمون المادة 68 - الفقرة الاولى - وقد نص على إنشاء محكمة خاصة لمحاكمة الوزراء سميت محكمة عدل

(1) Thierry Ablard, « Revue française de droit constitutionnel », Le statut pénal du chef de l'Etat, 2002, P651. « C'est la seule qualité de "ministre" qui le fait échapper à la juridiction répressive ordinaire ; en d'autres termes, selon cette conception formelle (organique) des fonctions ministérielles, le rattachement des "actes" au ministre, à l'auteur de ces "actes" ou souvent même de ces

"paroles", suffit à les faire entrer dans la catégorie des "actes accomplis dans l'exercice des fonctions" »

(2) W. Jeandidier, « L'irresponsabilité d'un ministre », in *JCP*, 1987, I, 3276

G. Vedel, « Haute Cour et déficits juridiques », in *Le Monde*, 31 octobre 1992.

(3) عصام نعمة إسماعيل، محاكمة الوزراء بين القضاء العدلي والقضاء السياسي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 107 وما بعدها : بعض وقائع قضية الدم الملوثة: جرى حقن بعض المرضى بدم ملوث بفيروس السيدا، وقد جرى توزيعه من قبل المركز الوطني لنقل الدم الذي يتبع لإدارة الدولة، وعلى اثر ذلك تقدم أطباء ومديرو المستشفيات بشكوى أمام محكمة جنائية بباريس، فاستغلت أحزاب اليمين هذه القضية من أجل مقاضاة المسؤولين السياسيين الاشتراكيين آنذاك، وطالبوا بإعادة محاكمة رئيس الوزراء (Fabus) ووزير الصحة (Herves) ووزير الشؤون الاجتماعية والتضامن الوطني (Defois) أمام محكمة العدل العليا.

الجمهورية من دون ان يوضح او يحدد الاعمال المتصلة بوظيفة الوزير. رغم ذلك بدا تحول في اجتهاد محكمة النقض الفرنسية لعام 1995 حيث ادلى الوزير السابق Alain Craignon باختصاص محكمة عدل الجمهورية لوجود صلة بين ما نسب اليه وممارسة مهام وظيفته كوزير، ولو بشكل غير مباشر. ردت محكمة النقض هذا الادلاء واعطت الاعمال المتصلة بالوظيفة مفهومًا اضيق معتبرة اياها الاعمال التي لها علاقة مباشرة بتسيير امور الدولة مستثنيةً الاعمال التي تتعلق بحياة الوزير الخاصة او الولاية الانتخابية المحلية⁽¹⁾. بعبارة اخرى اعتمدت محكمة النقض الفرنسية معيارًا قائمًا على التمييز بين الاعمال التي لها علاقة مباشرة مع الوظيفة الوزارية والاعمال التي لها علاقة غير مباشرة بالوظيفة الوزارية، معتبرة هذه الفئة من الاعمال جرت خارج دائرة اداء الوظيفة وتاليًا خارج اختصاص محكمة عدل الجمهورية. بموجب هذا المفهوم لمحكمة النقض الفرنسية ينتج عن المادة 68 (فقرة اولى) بصيغتها المعدلة بموجب القانون الدستوري الصادر في 27 ايلول 1993 ان المحاكم الجزائية العادية تبقى صاحبة الاختصاص للنظر بالجرائم التي ارتكبتها وزير خارج اطار ممارسة مهامه الوزارية، هذه الاعمال وفقًا لمنطق المادة 20 من الدستور الفرنسي تتمثل بالمشاركة في تحديد وتسيير شؤون الدولة. هكذا تكون محكمة التمييز الفرنسية اقرت ثلاث استثناءات على اختصاص محكمة عدل الجمهورية لمحاكمة الوزراء: الاعمال التي لا تتصل الا بشكل غير مباشر بمهام الوزير، الاعمال التي تتصل بحياة الوزير الخاصة، الاعمال المرتبطة بممارسة ولاية انتخابية محلية.

تكرس هذا الاجتهاد بموجب حكم اخر بذات المعنى صادر عن محكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 5 شباط 1997، في هذه القضية ادلى الوزير السابق السيد Noir، وهو عمدة ليون السابق، باختصاص محكمة عدل الجمهورية لجزء من الوقائع المسندة اليه،

⁽¹⁾ Cass. Crim., 26 juin 1995, *Bull. crim.*, n° 235.

«Qu'il résulte de l'article 68-1 de la Constitution, tel que modifié par la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993, que les juridictions répressives de droit commun peuvent être saisies et conservent leurs compétences à l'égard des crimes et délits susceptibles d'avoir été commis par un membre du Gouvernement en dehors de l'exercice de ses fonctions, celles-ci étant caractérisées aux termes de l'article 20 de la Constitution par la participation à la détermination et à la conduite de la politique de la Nation».

المتعلقة بتنظيم وليمة في مطعم في ليون بين اعضاء من مجلس الوزراء واخرين من مجلس البلدة، اعتبر لها علاقة مباشرة بالوظيفة ومهامها، وتدخل تاليًا ضمن اختصاص محكمة عدل الجمهورية. رفضت محكمة النقض هذا الادلاء معتبرة ان لا علاقة مباشرة لهذه الوليمة بتسيير شؤون الدولة المتعلقة بالوزارة التي يشغلها، وانما لها علاقة بحياة الوزير الخاصة الذي نظم لقاء غير رسمي للتعارف⁽¹⁾. ان قرار محكمة التمييز الفرنسية لعام 1997 اضافة الى تبنيه اجتهاد العام 1995 اقام معيارًا دقيقًا لانعقاد اختصاص محكمة عدل الجمهورية كما هو ملحوظ في الفقرة الاولى من المادة 68 من الدستور الفرنسي مميّزًا بين الاعمال الحاصلة خلال ممارسة الوظيفة، وتلك التي لم تحصل الا بمناسبة ممارسة الوظيفة⁽²⁾. وتاليًا فان الاعمال الحاصلة خلال ممارسة الوظيفة الوزارية ولكن لا علاقة لها مباشرة معها، وانما حصلت لمناسبة ممارسة الوظيفة او الاعمال الخارجة عن الوظيفة ولها علاقة بحياة الوزير الخاصة او ولاية محلية انتخابية هي من اختصاص القضاء الجزائي العادي. أكدت محكمة النقض الفرنسية أن الأعمال المشمولة باختصاص القضاء الاستثنائي هي تلك التي لها رابط مباشر أو علاقة مباشرة، مع إدارة شؤون الدولة⁽³⁾.

في العام 2004 تمت محاكمة رئيس الوزراء الفرنسي السابق Alain Juppé بتهمة سوء إدارة المال العام عندما كان رئيسًا لبلدية بوردو بالسجن لمدة 18 شهرًا، وحرمانه من حقوقه المدنية 5 سنوات، ومن حق الترشح للمكتب السياسي عشر سنوات. لم يستأنف جوبيه الحكم أمام محكمة النقض وعاد إلى الحياة السياسية في العام 2007. في 16 أيار 2000 تمت تيرئة وزيرة التعليم Segolene Royal من تهمة التشهير.

في 7 تموز 2004 تمت إدانة Michel Gillibert، أمين سابق للدولة لشؤون أصحاب الحاجات الخاصة بتهمة الاحتيال على حساب الدولة وحكم عليه بالسجن لمدة 3

⁽¹⁾ Cass. Crim., 6 février 1997, *Bull. crim.*, n° 48; note de J.-F. Renucci, in *Dalloz*, 1997, *Jur.*, p. 334 «N'avait aucun lien direct avec la conduite des affaires de l'État dépendant de son ministère, et relevait au contraire des actes de la vie privée d'un ministre ayant organisé une rencontre informelle pour permettre à ses collaborateurs de faire connaissance»

⁽²⁾ Thierry Ablard, « Revue française de droit constitutionnel », *Le statut pénal du chef de l'Etat*, 2002, P653 « dans l'exercice des fonctions » et ceux qui ne l'ont été « qu'à l'occasion de l'exercice des fonctions ».

⁽³⁾ Cass. Crim, noir, Ferrier, 1997, N 1997-00531.

سنوات مع وقف التنفيذ وغرامة مقدارها 20 ألف يورو ومنع حقوق التصويت والأهلية لمدة 5 سنوات.

في 30 نيسان 2010 أدين **Charles Pasqua** وزير الخارجية السابق بسرق موجودات عمومية وحكم عليه بالسجن لمدة سنة مع وقف التنفيذ. بعد أن تحول الاختصاص إلى محكمة عدل الجمهورية المؤلفة من برلمانيين وقضاة، أصبح بإمكان أي متضرر الادعاء أمام هذه المحكمة على المخالفات المنسوبة إلى الوزراء في معرض ممارسة مهامهم الوظيفية. تتألف لجنة التحقيق لدى هذه المحكمة من قضاة من محكمة التمييز ومجلس الدولة وديوان المحاسبة ويلعب المدعي العام لدى محكمة التمييز دور النيابة العامة فيحرك الدعوة العامة، يخضع الحكم الصادر عن محكمة عدل الجمهورية للنقض أمام محكمة التمييز.

من الواضح ان الاجتهاد الفرنسي ربط الاعمال التي تستوجب الملاحقة امام المحكمة الخاصة بتلك المتصلة بالمشاركة في تحديد وتسيير شؤون الدولة ولو طبقنا هذا الاجتهاد لكان ممكنا ملاحقة وزراء بتهم منسوبة اليهم لا تتعلق البتة بتسيير شؤون الدولة امام المحاكم الجزائية العادية، على الأقل تطبيقًا لقاعدة المساواة امام القانون بين الجميع ان من حيث الاتهام أو ان من حيث المحاكمة.

◆ إيطاليا

لم يكن ممكنًا ملاحقة الوزراء واتهامهم في معرض ممارسة وظائفهم إلا من قبل مجلس النواب مجتمعًا في جلسة مشتركة. ما بين العامين 1977 و1979 تمت ملاحقة وزير دفاع سابقين بتهمة فساد واحتيال في صفقات تجهيزات ولوازم طائرات حربية⁽¹⁾، أدين وزير وتمت تبرئة الآخر، الوزير المدان ينتمي إلى حزب سياسي له ثقل متواضع والوزير الآخر الذي تمت تبرئته كان ينتمي إلى الحزب الديمقراطي المسيحي.

⁽¹⁾ في القضية المعروفة Lockheed

تعالى الأصوات المنتقدة للاتهام الحاصل من البرلمان والذي اتصف بطابع سياسي، بموجب القانون الدستوري رقم 1 تاريخ كانون الثاني 1988 تم تعديل الدستور وتحديداً المادة 96 منه وأصبح اتهام الوزراء يحصل بعد موافقة مسبقة من مجلس النواب أو مجلس الشيوخ ولكل من المجلسين سلطة التقدير ورفض إعطاء الموافقة إذا تبين له أن الوزير قد تصرف لحماية مصلحة الدولة أو مصلحة عامة طاغية على ممارسة مهام وظيفية⁽¹⁾. بالنسبة للمحاكمة التي كانت تتولاها سابقاً المحكمة الدستورية العليا فقد أصبحت اليوم من اختصاص المحاكم الجزائية العادية حصراً. مما لا شك فيه ان في ذلك تطور نحو تحقيق قاعدتي العدالة والمساواة المتلازمتين.

♦ المملكة المتحدة

إن القضاء الجزائي العادي صاحب هو الاختصاص للنظر في الجرائم المرتكبة من الوزراء ورئيس مجلس الوزراء بحيث تطبق الإجراءات العادية.

♦ الدانمارك

يوجد قانون خاص بشأن مسؤولية الوزراء، يطبق أيضاً على رئيس الحكومة وتعتبر بموجب هذا القانون جريمة ارتكبت في معرض ممارسة مهام الوظيفة عدم الالتزام بموجباتها عمداً أو إهمالاً جسيماً والعقوبة القسوى هي السجن لمدة سنتين وذلك وفقاً لإجراءات الملاحقة العادية وأمام القضاء الجزائي العادي⁽²⁾.

(1) La Responsabilité Pénale Des Chefs D'Etat Et De Gouvernement

https://www.senat.fr/lc/lc92/lc92_mono.html, vu le 5/6/2020:

Le ministre "a agi pour protéger un intérêt de l'Etat ou un intérêt public prééminent dans l'exercice de ses fonctions" p492.

(2) La Responsabilité Pénale Des Chefs D'Etat Et De Gouvernement

https://www.senat.fr/lc/lc92/lc92_mono.html, vu le 5/6/2020 Comme une infraction commise dans l'exercice des fonctions ministérielles le fait de manquer à ses obligation, intentionnellement ou par négligence grave.

♦ بلجيكا

في بلجيكا قبل التعديلات الدستورية بموجب القانون الصادر في 12 حزيران 1998 كان يتم اتهام الوزراء جزائياً من قبل مجلس النواب وتتم المحاكمة من قبل محكمة النقض. النظام المعتمد حالياً يقترب من القانون العادي حيث يحاكم الوزراء أمام محكمة الاستئناف بعد إقامة الدعوى من المدعي العام على أن يتحقق مجلس النواب من ان طلب المدعي العام بالإحالة إلى غرفة الاتهام له ما يبرره، كما، لمجلس النواب أن يأذن بأي اعتقال. تكاد تكون بلجيكا هي الدولة الوحيدة التي تنص على إجراءات خاصة لمحاكمة الوزراء على الجرائم التي يرتكبونها خارج مهام وظائفهم.

♦ هولندا

في هولندا توجد إجراءات خاصة بمحاكمة الوزراء عن الجرائم التي يرتكبونها في معرض ممارسة مهام وظيفتهم بعد الحصول على إذن من البرلمان. في اسبانيا لا تطبق القواعد الاستثنائية الخاصة بمحاكمة الوزراء جزائياً إلا فيما يتعلق بالجرائم الخطيرة التي تمس أمن الدولة وتتم المحاكمة من قبل المحكمة العليا في النظام القضائي ويتم الاتهام من قبل مجلس النواب.

♦ اليونان

في اليونان المسؤولية الجزائية للوزراء كما المسؤولية الجزائية للمواطنين⁽¹⁾.

♦ المملكة العربية السعودية

ان الجهة المخولة بتحريك الاتهام الجنائي للوزراء بموجب الدستور السعودي هي رئاسة مجلس الوزراء، فرئيس مجلس الوزراء ولدى قيام الأدلة على ارتكاب أحد الوزراء

(1) La Responsabilité Pénale Des Chefs D'Etat Et De Gouvernement
https://www.senat.fr/lc/lc92/lc92_mono.html, vu le 16/5/2020
« Il est interdit de prévoir des délits particuliers pour les ministres ».

لفعل من الأفعال المنصوص على تجريمها في نظام محكمة الوزراء، فإنه يقوم بتشكيل لجنة تحقيق من وزيرين أو من في مرتبتهما ورئيس محكمة كبرى علماً أن الملك في النظام الدستوري السعودي يجمع بين رئاسة الدولة ورئاسة مجلس الوزراء. في السعودية أعطي حق توجيه الاتهام الجنائي للوزراء للنيابة العامة شرط موافقة مجلس الوزراء على السير بإجراءات المحاكمة. تجري محاكمة الوزراء في النظام الدستوري السعودي أمام هيئة مشكلة تشكيلاً مختلفاً من قضاة وسياسيين، علماً أن أحكام هذه المحكمة محصنة ونهائية وغير قابلة للطعن باستثناء حالتين: حالة الإخلال بإجراءات التحقيق وحالة الحكم بالإعدام. حيث يجوز تقديم تظلم للملك، والإشكالية الكبرى هنا في إنزال عقوبة من جهة غير السلطة القضائية انطلاقاً من مبدأ الفصل بين السلطات وعدم تجاوز الوظيفة القضائية للسلطة القضائية في الدولة والتي تملك هذه الصلاحية وحدها دون غيرها من السلطات، لذلك ينظر للمحاكمة الجنائية التي تجريها السلطة القضائية بوصفها ضماناً لعدم انحراف أعضاء بالسلطة التنفيذية لما رسمه القانون اثناء ممارستهم لأعمالهم.

♦ الأردن

في الأردن المجلس النيابي يحرك الاتهام الجنائي للوزراء، وتجري محاكمة الوزراء أمام المحاكم الجزائية العادية، ويمكن للنيابة العامة إحالة الوزراء للنيابة العامة ولكن بموافقة مجلس النواب (التعديلات الدستورية في الأردن العام 2011). في الأردن، تم تعديل الدستور ومنح المحاكم العادية سلطة للنظر في الجرائم الجزائية للوزراء.

في عام 2011 شكل مجلس النواب الأردني لجنة تحقيق نيابية فيما عرف بقضية الكازينو المتهم فيها وزراء وقعوا اتفاقية لإقامة كازينو على شواطئ البحر الميت ما أشعل الرأي العام الأردني كون هذا الفعل مخالفاً للدستور ومنافياً للدين والعادات والتقاليد، وخلصت لجنة التحقيق إلى توجيه الاتهام لرئيس وزراء سابق ووزراء آخرين، وأوصت اللجنة بإحالة رئيس الوزراء ووزير آخر إلى النائب العام لاستكمال محاكمتهم، إلى أن مجلس النواب لم

يوافق على إحالة رئيس الوزراء السابق ووافق على إحالة الوزير الآخر وجرى محاكمته، وهنا تكمن نقطة ضعف في نظام الإحالة الأردني.

◆ الكويت

شكل المشروع الكويتي محكمة خاصة لمحاكمة الوزراء مؤلفة جميعها من قضاة، وفي عام 2008 رفضت المحكمة الخاصة بمحاكمة الوزراء في الكويت السير في الدعوى المقامة ضد وزير الطاقة السابق المتهم بتجاوزات مفترضة في صفقة بيع كميات من النفط للجيش الأميركي. في الكويت لم يحصر قانون محاكمة الوزراء رقم 88 لعام 1995 حق تقديم الشكوى ضد الوزراء بجهة معينة بذاتها فاتحاً الطريق أمام الجميع لاستخدام هذا الحق سواء كانوا نواباً أم أفراداً، بمعنى آخر يستطيع أي مواطن كويتي تقديم بلاغ إلى النائب العام يتهم فيه أحد الوزراء. حددت بعض الدساتير، ومنها دستور الكويت مثلاً، بموجب قانون، الجرائم التي تقع من الوزراء في تأدية أعمال ووظائفهم دون إخلال بتطبيق القوانين الأخرى أو ما يترتب عليهم من مسؤولية مدنية.

من هذا العرض السريع يتبين لنا ان العالم، حتى في الدول التي تعتمد محاكم استثنائية خاصة بجرائم الوزراء المتصلة بالوظيفة او الخارجة عن اطارها، يتطور في اتجاه جودة مرفق العدالة من خلال توسيع دائرة الاتهام كي لا تبقى محصورة بالمجلس النيابي ومن خلال اما اعتماد القضائي العادي وامام توسيع دائرة وجود القضاة في المحاكم الاستثنائية لتحقيق مبدأ الفصل بين السلطات احد ركائز الانظمة الديمقراطية الحديثة.

○ النتيجة

إن استعادة المال المهدور قد لا يحتاج الى محاكم استثنائية يصعب انعقادها، لأسباب سياسية أو طائفية، والحل واحد من اثنين: انشاء لجنة تحقيق برلمانية تحول الى مجلس النواب للاتهام والمحاكمة أمام المجلس الدستوري، او المحاكم الجزائية العادية. أو إصدار أمر تحصيل بحق المتورطين في نهب المال العام، على قاعدة على مسبب الضرر

التعويض باعتبار ان المسؤولية المدنية تطال الوزراء كما تطال سائر المواطنين العاديين عملاً بمبدأ المساواة وهي خارج اطار اي حصانة.

هل يعقل ان لا يحاسب وزير على اعمال قام بها ليست من ضمن موجباته الوظيفية بل سهلت الوظيفة له ارتكابها بحجة الحصانة الوزارية، وان لا يحاسب امام المجلس الاعلى لان الجهة المخولة الاتهام لم تتحرك، وهل يعقل ان يذهب الاجتهاد نحو تعطيل مرفق دستوري هام هو مرفق العدالة وضرب قاعدة دستورية اساسية هي قاعدة المساواة ركيزة الحياة المجتمعية والديمقراطية، في وقت تغيب فيه المسؤولية السياسية؟.

لا يمكن ان تُحجَب المسؤولية الادارية عن وزير مناط به بموجب الدستور تطبيق القوانين في نطاق وزارته، وهو يمارس صلاحيات الوزارة الادارية كاملة بوصفه الرئيس التسلسلي لموظفيها، ومؤسسات الرقابة القضائية والادارية ليست مرجعا لمحاسبته.

كان يمكن ان نسلم بغياب المسؤولية الادارية لو كانت المسؤولية السياسية المتمثلة بحجب الثقة والاستجواب والتحقيق البرلماني تصل الى خواتيمها، لكن ذلك يحتاج الى قيام الدولة المدنية ولا يمكن ان يحصل في جمهورية الطوائف والمذاهب لا الاديان. كان يمكن ان نقبل بغياب المسؤولية السياسية لو كان الوزير يخضع للمساءلة الجزائية الا ان الاخيرة تضع بين غياب الاختصاص والاتهام كما رأينا وصعوبة التفريق بين ما يتصل بالوظيفة وما لا يتصل بها، فيما الوصف الجرمي يكون سهل التحقيق ولا يحتاج الى مجهود.

بقيت المسؤولية المدنية، هل يعقل ان يتسبب وزير بضرر مادي للأمة جمعاء التي من المفترض انه يمثل مصالحها، من خلال هدر اموالها وتحقيق المكاسب غير المشروعة على حسابها؟ ولا يحاسب ويلزم بالتعويض لأنه " سيد وملك وزارته". الا يحاسب "السيد" و"الملك" على "سرقة اموال الهيكل وتبديدها" وتحويله الى مغارة...؟ هل من الصعب اتخاذ قرار بإلقاء الحجز الاحتياطي على اموال وزير واصدار امر تحصيل بقيمة ما تسبب به من هدر مال عمومي؟ اذا كانت المادة 112 من قانون المحاسبة العمومية تجعل الوزير مسؤولاً وبأمواله الخاصة عن النفقات التي يعقدها متجاوزا حدود الاعتماد المرصدة لها؟

فهل يعقل ان لا يسأل الوزير عن تجاوز كل الاعتمادات وكل القوانين والحق الضرر
بالمال العام؟

لماذا لا تشكل لجان او لجنة تحقيق برلمانية للتحقيق في كل القضايا التي اثرت
حولها علامات فساد وتعطت صلاحيات كاملة مع حق الاستعانة بمن تشاء من قضاة
وموظفين وخبراء، وتحيل الى مجلس النواب من ترى سببا لإحالتهم الى المحاكمة اما عبر
القضاء العادي او المجلس الاعلى لمحاكمة الرؤساء والوزراء؟ بالتزامن مع اصدار اوامر
التحصيل للأموال المهذورة؟

الا تخلق الظروف الاستثنائية، التي نعيشها اقتصاديا وصحيا وماليا، اطارا استثنائيا
يجيز استعادة الاموال المهذورة او على الاقل المباشرة باستعادتها بانتظار صدور التعديلات
الدستورية والقانونية التي تسقط كل الحصانات عن المتعاطين بالشأن العام وتبقي على
حصانة وحيدة للمال العمومي دون سواها من خلال:

- 1- إلغاء المجلس الأعلى لمحاكمة الرؤساء والوزراء ومنح المجلس الدستوري لهذه
الصلاحية، وإلغاء حصرية الادعاء الاتهام الممنوح إلى مجلس النواب.
- 2- تصدي مجلس النواب بشكل دائم لقضايا الفساد عن طريق لجنة نيابية دائمة
تعنى بحماية المال العام ومتابعة ملفات الوزراء، ورفع التوصيات إلى الهيئة
العامة حول الوزير المرتكب.

دراسة حول المباراة المحصورة

المستشار ثريا الصلح

قاضي في مجلس شورى الدولة

تحاول البلديات في لبنان إضافة نص في نظامها يجيز المباراة المحصورة وقد عرض الموضوع على مجلس شورى الدولة اكثر من مرة لإبداء الرأي عملاً بأحكام المادة 57 من نظام المجلس الذي يوجب عرض مشاريع النصوص التنظيمية على مجلس شورى الدولة لإبداء الرأي فيها قبل إصدارها، ومن ضمن هذه النصوص مشاريع أنظمة البلدية أو مشاريع تعديلها.

يتبين من الآراء التي أبدتها هذا المجلس بشأن إضافة نص في أنظمة البلديات يُجيز المباراة المحصورة أن الموقف القانوني ليس موحداً بشأنها بحيث قبلت بعض الآراء إضافة نص يسمح للمجالس البلدية عند الاقتضاء وبصورة استثنائية ان تجيز لرئيسها اجراء مباراة محصورة لملء الوظائف الشاغرة الملحوظة في ملاكها من بين الموظفين والمتعاقدين والاجراء فيها من الذين تتوافر فيهم شروط التوظيف العامة والخاصة المنصوص عليها في أنظمة البلديات، بينما رفضت آراء اخرى هذه الاضافة معللة رفضها بمبدأ المساواة الذي يشكل الركن الأساسي لمبدأ المباراة ويفرض اعتماد نظام المباراة المفتوحة على ان يعين حدوده المشترع وحده لتولي الوظائف العامة والتي منها الوظائف في البلديات عملاً بالمادة 12 من الدستور.

إن اعتماد المباراة المحصورة يتعرض، كما أُشير سابقاً، الى مبدأ المساواة لأنه يشكل حدوداً له وخروجاً عنه، الامر الذي يطرح مسائل قانونية عديدة حول مدى امكانية الخروج عن مبدأ المساواة والاعتبارات التي تجيز مثل هذا الحدود لهذا المبدأ، إضافة الى مدى

ضرورة استصدار نص قانوني يُجيز هذا الأمر لا سيما وان الموضوع المطروح يتعلق بالبلديات وليس بالدولة.

كرس الدستور اللبناني مبدأ المساواة، فنصت الفقرة ج من مقدمة الدستور على ما يلي: "لبنان جمهورية ديمقراطية برلمانية، تقوم على احترام الحريات العامة، وفي طليعتها حرية الرأي والمعتقد، وعلى العدالة الاجتماعية والمساواة في الحقوق والواجبات بين جميع المواطنين دون تمايز أو تفضيل." اما المادة 7 فقد جاء نصها ما يلي: "كل اللبنانيين سواء لدى القانون وهم يتمتعون بالسواء بالحقوق المدنية والسياسية ويتحملون الفرائض والواجبات العامة دون ما فرق بينهم".

الدستور الفرنسي كان اكثر تشددا في تكريس مبدأ المساواة امام القانون الذي يعود تاريخ الاعتراف به الى الاعلان العالمي لحقوق الانسان والمواطنين⁽¹⁾، فنهى صراحة عن التمييز على اساس الاصل والعرق والدين في المادة الاولى من دستور الجمهورية الخامسة⁽²⁾. الاجتهاد الاداري الفرنسي بدوره ارتكز على الاعلان العالمي الأنف الذكر ليستنبط مبادئ عديدة منها مبدأ المساواة امام المرفق العام⁽³⁾ ومبدأ المساواة امام الأعباء العامة. لم يكتفِ المشرع الدستوري اللبناني بتكريس مبدأ المساواة امام القانون بل عمد في المادة 12 منه على تكريس مبدأ المساواة لتولي الوظائف العامة كما يلي: "لكل لبناني الحق في تولي الوظائف العامة لا ميزة لأحد على الآخر الا من حيث الاستحقاق والجدارة حسب الشروط التي ينص عليها القانون وسيوضع نظام خاص يضمن حقوق الموظفين في الدوائر التي ينتمون اليها".

إن تكريس مبدأ ما في الدستور، كما هي الحال بالنسبة لمبدأ المساواة سواء امام القانون او لتولي الوظائف العامة، يطرح إشكالية حول معرفة مدى اطلاقية هذا المبدأ

(1) «les hommes naissent libres et demeurent libres et égaux en droit»

(2) l'article 1^{er} de la constitution de 1958 énonce que la France «assure l'égalité devant la loi à tous les citoyens sans distinction d'origine de race et de religion»

(3) selon l'arrêt CE 9 mars 1951, Société des concerts conservatoire, le principe de l'égalité régit le fonctionnement des services publics, cet arrêt qualifie ce principe de PGD.

بمعنى آخر البحث فيما اذا كان يحتمل هذا المبدأ وجود استثناءات، وفي هذه الحالة الاخيرة تحديد شروط هذه الاستثناءات على قاعدة ان الاستثناء يفسر حصراً. خلافا لما ساد عليه الاعتقاد غداة وضع الاعلان العالمي لحقوق الانسان والمواطنين، فإن تعقيدات الواقع اظهرت انه لا توجد مبادئ مقدسة لا سيما في ما يتعلق بمبدأ المساواة، بمعنى ان الضرورات السياسية والاجتماعية والاقتصادية والمرفقية قد ادت الى لحظ استثناءات لهذا المبدأ.

لا يَشْكُل الموضوع حين ترد هذه الإستثناءات في الدستور نفسه، كما هي الحال بالنسبة لمبدأ المساواة حيث ورد له استثنائين في الدستور اللبناني نفسه الذي كرسه، وذلك في المادة 19 التي ضمنت حق رؤساء الطوائف المعترف بها قانوناً بمراجعة المجلس الدستوري في ما يتعلق حصراً بالاحوال الشخصية وحرية المعتقد وممارسة الشعائر الدينية وحرية التعليم الديني، مكرسة في ذلك التمييز القانوني بين الطوائف في ما يتعلق بمسائل الاحوال الشخصية اي خروجاً عن المادة 7 من الدستور اللبناني التي لحظت المساواة في الحقوق، والمادة 95 التي كرسست التمثيل الطائفي في وظائف الفئة الاولى وما يعادلها، اي خروجاً عن المادة 12 من الدستور التي كرسست مبدأ المساواة لتولي الوظيفة العامة.

ولكن الامر يَدُق عندما لا يكرس الدستور صراحةً هذا الاستثناء، كما هي الحال بالنسبة لحالات عديدة متعلقة بمبدأ المساواة امام المرفق العام وبمبدأ المساواة لتولي الوظيفة العامة ومنها المباراة المحصورة في البلديات، فيُفتح الباب بمصراحيه امام البحث القانوني والاجتهاد.

من المعلوم قانوناً، والامر يتعلق بتراتبية النصوص القانونية، ان الاستثناء على مبدأ دستوري لا يمكن ان يكون الا بمبدأ دستوري اي ان المبدأ الدستوري لا يمكن ان يحده الا مبدأ دستورياً او قاعدة دستورية لها القيمة القانونية نفسها التي يتمتع بها الدستور.

إن احترام هذه التراتبية يفسر لنا لماذا حين عُرض هذا الموضوع على كل من المجلس الدستوري ومجلس شورى الدولة اعتبرا ان المصلحة العامة يمكن ان تحد من مبدأ المساواة، ذلك ان المصلحة العامة ليست مجرد مبدأ دستورياً فحسب وانما هي ايضا سبب قيام الدولة

وجوهر عملها، وقد ذكرها صراحة الاعلان العالمي لحقوق الانسان والمواطنين كحدود لمبدأ المساواة⁽¹⁾.

إذاً تعتبر المصلحة العامة إستثناء مبررا للخروج عن مبدأ المساواة سواء تعلق الامر بالسلطة التشريعية او تعلق بالسلطة التنظيمية على حد سواء، وقد تولى القاضي الدستوري والاداري تحديد مدى هذا الاستثناء.

اما إذا ارادت الدولة اعطاء تمييزا لفئة من المجتمع دون غيرها (وهو ما يعرف بالتمييز الإيجابي) تحقيقا لأهدافٍ سياسيّةٍ او إجتماعيةٍ أو إقتصاديةٍ أو حتى دينيةٍ فإن هذا الأمر يفترض تدخلا من المشترع ولكن في بعض الأحيان يستدعي الأمر تعديلا دستوريا ليكون مقبولا، اما الادارة فلا يمكن ان تلحظ التمييز الا بناء على النص القانوني او الدستوري⁽²⁾. لذلك نرى من المفيد تقسيم هذه الدراسة الى قسمين حيث يخصص القسم الأول لتحديد الاستثناءات على مبدأ المساواة بفرعيها الاول المتعلق بالمصلحة العامة والثاني المعروف بالتمييز الايجابي، وذلك من اجل الخروج في القسم الثاني بحلول تتعلق بتولي الوظائف العامة البلدية مرورا بتحليل مدى صحة اعتماد المباراة المحصورة فيها.

○ القسم الأول: الإستثناءات الممكنة على مبدأ المساواة

كما سبق أن ذكرنا آنفا فإن هناك استثناءان على مبدأ المساواة: المصلحة العامة وأتحقيق هدف معين من قبل الدولة.

ولكل من هذين الإستثنائين شروط محددة ليكون الإستثناء على مبدأ المساواة مقبولا، وهذا ما سوف نفضله في الفقرتين التاليتين.

(1) «les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune»

(2) «L'égalité des citoyens subit des exceptions importantes dans l'intérêt, soit du service public, soit de certaines catégories de citoyens, mais toujours interprétées de façon restrictive: à titre exceptionnel, et non en vue d'une discrimination individuelle. En effet, il arrive que les nécessités du service amènent à nuancer l'application de certains principes comme celui de l'égalité entre les agents: par exemple, la répartition du personnel sur le territoire en fonction des besoins de la population selon les nécessités locales...» (Alain et Marie-Cécile Plantey, Traité de la fonction publique, LexisNexis, 3ème édition, 2012, p 235, par. 611).

♦ الفقرة الأولى: المصلحة العامة التي تبرر الخروج عند مبدأ المساواة

عندما يكون شخصان في وضعية قانونية مختلفة من الطبيعي ان لا يطبق عليهما النظام القانوني نفسه، وهذا الامر لا يشكل خروجاً عن مبدأ المساواة وانما تطبيقاً له. المشكلة تكمن في النظام القانوني الواجب التطبيق على شخصين في الوضعية القانونية نفسها. إن مبدأ المساواة يريد ان يطبق عليهما النظام نفسه.

وقد كرس المجلس الدستوري مبدأ المساواة في الدخول إلى الوظيفة العامة معتبراً هذا المبدأ من المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية في قرار صدر بتاريخ 2000/2/1 في إطار المراجعة المقدمة طعناً بالقانون رقم 163 الصادر بتاريخ 1999/12/28 المتضمن نقل الملحقين الاغترابيين من ملاك وزارة المغتربين إلى ملاك وزارة الخارجية.

وقد اعتبر المجلس الدستوري في المراجعة المذكورة " أنه يبقى بوسع المشرع ان يخرج عن هذا المبدأ ويميز في المعاملة بين المواطنين اذا وجد هؤلاء في اوضاع قانونية مختلفة أو اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، شرط ان يكون هذا التمييز في المعاملة متوافقاً مع غاية القانون " وبأنه " في حقل الوظيفة العامة، لا يوجد موجب دستوري على المشرع باعتماد قاعدة عامة أو طريقة واحدة لاختيار جميع فئات الموظفين، الا ان مبدأ المساواة في تولي الوظائف العامة يلزم المشرع بعدم التمييز بين المرشحين للوظيفة العامة على اساس الجنس او العرق او اللون او المنزلة الاجتماعية وبالتالي، بمراعاة الكفاءة والجدارة والصفات العلمية والخلقية في اختيار الموظفين " وبأن مبدأ المساواة في التعيين في الوظيفة العامة، يكمن في مراعاة مبدأ الكفاءة والجدارة والاختصاص، الذي يتمتع وحده، دون الطرق المعتمدة في اختيار الموظفين للوظيفة العامة، كالمباراة أو الامتحان، أو على أساس الالاقاب، بالقيمة الدستورية.

وقد خلص المجلس الدستوري إلى اعتبار أن " خرق مبدأ المساواة في المعاملة بين الموظفين يكون متوافقاً، عندما يقيم القانون تمييزاً لا يمكن تبريره بسبب معقول، بالنظر

للحالة الواقعية التي يعالجها المشتري، وبالتالي عندما يكون السبب معقولاً فيكون التمييز في المعاملة مبرراً⁽¹⁾.

هذا فيما يتعلق بالمشتري أما بالنسبة للإدارة فقد طرحت مسألة تطبيق مبدأ المساواة بمعرض النظر في المراجعة المقدمة من قبل متباريات تم اقصاؤهن من المباراة المنظمة لملء مراكز شاغرة في وزارة الدفاع الفرنسية لكونهن إناث والتي تم الإدلاء فيها بمبدأ المساواة، وقد اعتبر المجلس في المراجعة المذكورة بأنه يحق للإناث الدخول إلى جميع الوظائف العامة على قدم المساواة مع الرجال ويجوز للحكومة للحكومة لضرورات المصلحة العامة بالنظر لطبيعة الوظائف التي تميز في المعاملة بين الذكور والإناث، الخروج عن مبدأ المساواة، قاضياً بأن طبيعة العمل في وزارة الدفاع تبرر حرمان الإناث من تولي بعض الوظائف⁽²⁾.

"Considérant que, si les femmes ont l'aptitude légale aux emplois dépendant des administrations centrales des ministères, il appartient au gouvernement, en vertu de l'article 16 de la loi du 29 décembre 1882 modifié par l'article 35 de la loi du 13 avril 1900, de fixer par des règlements d'administration publique les règles relatives au recrutement et à l'avancement du personnel de ces administrations, et de décider, en conséquence, à cette occasion, si des raisons de service nécessitent, dans un ministère, des restrictions à l'admission et à l'avancement du personnel féminin؛

Considérant, par suite, que le gouvernement a pu légalement, par le décret du 15 août 1934, modifiant la réglementation antérieure, réserver pour l'avenir au personnel masculin les emplois de rédacteur et ceux d'un grade supérieur à l'administration centrale du ministère de la guerre, en vue de satisfaire aux exigences spéciales du service dans ce ministère ; qu'il n'est pas établi par les requérants que le décret dont s'agit ait été motivé par d'autres considérations⁽³⁾"

(1) المجلس الدستوري، قرار رقم 2000/1، تاريخ 2000/2/1، منشور على الموقع الإلكتروني للمجلس الدستوري.

(2) القضاة البرت سرحان وزيد أيوب ويوسف الجميل، القانون الإداري الخاص، مرجع سابق ذكره، ص 62.

(3) CE, ass., 3/7/1936, req n. 43239/43240, Demoiselle Bobard, publié au recueil Lebon.

هذا وقد اصبح معروفا انه يمكن للسلطة التنظيمية الخروج عن هذا المبدأ في حال وجود اسباب تتعلق بالمصلحة العامة⁽¹⁾، كما سبق ان ذكرنا في المقدمة مبررين ذلك.

«**Considérant que le principe général d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général**» C.E., 15 mai 2000, Barroux n 200903.

ان هذا الاجتهاد لم يحل المشكلة بالكامل وانما نقلها الى مكان آخر: فما هو المقصود بالأسباب التي تتعلق بالمصلحة العامة؟

في قرار نسبيا حديث صادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 2015 اعتبر هذا المجلس انه لكي يكون التمييز مقبولا يجب ان تكون له مبررات موضوعية تتعلق بالوظيفة ومنطقية وان يركز على معايير تتسجم مع الغايات المنشودة⁽²⁾.

ولكن الاجتهاد لم يقف عند هذا الحد اذ اشترط مجلس الدولة التناسب بين التدابير التمييزية المتخذة والهدف المنشود بحيث عمد في كل حالة الى التأكد من انه لا توجد تدابير احسن من التدابير المتخذة ويمكن ان تحقق الهدف نفسه⁽³⁾. هذا يعني ان رقابة القاضي على هذه التدابير ليست رقابة مجردة وانما رقابة تدخل في تفصيل وقائع كل قضية على حدة للتثبت من ان التدبير المتخذ كان الأنسب لمعالجة السبب المشكو منه⁽⁴⁾.

(1) «Par ailleurs, la juridiction administrative admet des atteintes au principe d'égalité si elles sont fondées sur l'intérêt général ou l'intérêt public en rapport avec le fonctionnement même du service public en cause. Ainsi, dans la fonction publique, le principe d'égalité de traitement entre agents d'un même corps admet que la volonté de favoriser une zone géographique entraîne une différence de traitement, à condition qu'elle soit justifiée par un motif d'intérêt général (CE section, 11 juillet 2001 *Syndicat départemental CFDT de la DDE du Gard*).»

(2) «qu'une distinction entre des personnes placées dans une situation analogue est discriminatoire si elle n'est pas assortie de justifications objectives et raisonnables, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un objectif d'utilité publique ou si elle n'est pas fondée sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec les buts de la loi» C.E., 10 avril 2015, société Red Bull on premise et autre, n 377207

(3) CE, Ass., 28 juin 2002, Villemain, n 220361.

(4) C.E. 30 avril 2004, Mme Monnier, n 254106.

في الوظيفة العامة صدرت قرارات عديدة عن مجلس الدولة متعلقة بمبدأ المساواة لتولي الوظيفة العامة ومنها مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة⁽¹⁾. كما نهى عن اخذ الاصول الاثنية والقناعات الدينية بعين الاعتبار خلال المقابلة التي تسبق المباراة⁽²⁾. كما عمد المجلس الى ابطال شرط السن الاقصى⁽³⁾ والادنى⁽⁴⁾ لتولي بعض الوظائف لأنه يعيق تحقق المساواة الا اذا توافرت اسباب ضرورية ومناسبة لتحقيق الهدف⁽⁵⁾. وقد دعا الحكومة⁽⁶⁾ تفعيلاً لمبدأ المساواة اتخاذ تدابير تنظيمية لاعطاء المساعدات للصاحبة التي يربطها عقداً⁽⁷⁾ بصاحبها. كما طبق المجلس هذا المبدأ على الموظفين التابعين للسلك نفسه⁽⁸⁾.

♦ الفقرة الثانية: التمييز الايجابي

بالإضافة الى التمييز الحاصل لأجل المصلحة العامة يوجد نوع آخر من التمييز وهو التمييز الايجابي discrimination positive الذي يهدف الى تمييز فئة على اساس انتمائها الى فئة مغبونة او محرومة المحرومة

la discrimination positive peut être définie comme: «une règle de sélection entre candidats à l'obtention d'un bien ou d'une prestation reposant, au moins à titre subsidiaire, sur un critère d'appartenance des candidats à un groupe socialement défavorisé» (olivier jouanjan).

والدول عادة تهدف الى تحقيق اهداف سياسية او اجتماعية او اقتصادية من خلال هذا التمييز.

(1) CE , 3 juillet 1936, dlle Bobard

(2) C.E. 10 avril 2009, E

(3) C.E. 7 juillet 2010, Mme P

(4) C.E., 26 janvier 2015, S

(5) C.E., Ass.- 4 avril 2014, ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie et 22 mai 2015, Société Air France

(6) C.E., Ass, 28 juin 2002 par lequel il a invité le gouvernement à prendre en compte la situation des agents passés dans l'attribution des différents primes liées à la situation de la famille.

(7) Pacte civil de solidarité du 15 novembre 1999.

(8) C.E., section, 2 novembre 1956, Biberon, Rec 403.

ان هذا النوع من التمييز المعروف بالتمييز الايجابي والذي يهدف الى تمييز فئة محرومة عن سائر المواطنين⁽¹⁾ شق طريقه بصعوبة في فرنسا، بخلاف الولايات المتحدة الاميركية التي كرسته بتاريخ مبكر، وذلك يعود الى النظرة الفرنسية المطلقة لمبدأ المساواة والتي كرستها المادة الاولى من اعلان حقوق الانسان والمواطنين بقولها:

«les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les discriminations sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune»

والتي لا تتصور في مجتمعها وجود اقلية مغبونة او جماعات محرومة. ولكن وجهت لهذه النظرة العديد من الانتقادات منها الانتقاد الذي وجهه العميد vedel

سنة 1989 والذي يعتبر فيه ان الواقع ليس منصفا وعلى الدولة التدخل لإعادة المساواة
«le débat le plus difficile...reste de savoir si les inégalités de fait, reconnues inévitables, ne devraient pas être combattues par le droit. C'est tout le problème de l'extension de l'égalité à la société ou à l'organisation sociale toute entière. L'égalité doit être égalité sociale, égalité des conditions de fait, des modes de vie, des cultures».

لذلك لم نحتفظ فرنسا بهذه النظرة المتشددة لمبدأ المساواة وقد اعتمدت تشريعات عديدة تركز التمييز الايجابي ومنها التشريعات المتعلقة بالشباب او تلك المتعلقة بذوي الاحتياجات الخاصة.

وقد اعتبر المجلس الدستوري ان القوانين التي تبنت تمييزا اما على اساس انتماء جغرافي او على اساس انتماء اجتماعي هي قوانين دستورية.

من القوانين التي كرست تمييزا بالنظر لمعيار الانتماء الجغرافي:

Le Conseil constitutionnel a estimé que des différenciations positives pouvaient être justifiées par la localisation géographique sur le territoire national. C'est le cas de la corse qui est «dotée d'un statut fiscal destiné à compenser les contraintes de l'insularité; il en va de même d'une imposition spécifique à la région île de France; de même encore, le Conseil a validé une disposition législative favorisant l'accès

⁽¹⁾ la discrimination positive peut être définie comme: «une règle de sélection entre candidats à l'obtention d'un bien ou d'une prestation reposant, au moins à titre subsidiaire, sur un critère d'appartenance des candidats à un groupe socialement défavorisé» (olivier jouanjan).

des habitants de Nouvelle-Calédonie à la fonction publique de ce TOM:
CC 94-350 DC, 20-12-1994, Statut fiscal de la corse.

او بالنظر لمعايير اجتماعية

La référence faite par la loi aux notions de «salaries âgés» ou de salariés «présentant des caractéristiques sociales» particulières permet d'en assurer l'application à des situations différenciées» CC 89-270 DC, 29-12-1989, statut du territoire du nouvelle Calédonie.

او بقبول المباراة الثالثة لتولي الوظائف العامة في المعهد الوطني للإدارة

Le c.c. a validé le troisième concours d'accès à l'ENA en indiquant que le principe de l'égal accès au fonction publique ne s'oppose pas à ce que les règles de recrutement soient différenciées pour tenir compte tant de la variété des mérites à prendre en considération que de celles des besoins du SP.

ان استعراض هذه القرارات القضائية ان دلّ على شيء فهو يدل على قبول فكرة التمييز الايجابي في فرنسا شرط ان تكون الغاية المتوخاة منه لا تخالف الدستور ومنها التمييز على اساس الاصل والعرق والدين، في هذه الحالات يقتضي على السلطات المختصة تعديل الدستور للحظ هذه الغاية، وهذا ما يفسر صدور القانون الدستوري رقم 569/99 في 8 تموز 1999 والقانون الدستوري رقم 724/ 2008 تاريخ 23 تموز 2008 الذين كرسا مبدأ التكافؤ بين الرجل والمرأة وسمحا باشتراط التمثيل المتوازي للرجال والنساء في احدى لجان التحكيم⁽¹⁾ وايضا في تمييز المرأة التي لها ثلاث اولاد على الاقل في مكافأة التقاعد⁽²⁾. وهو ما يفسر ايضا التعديل الدستوري الثاني الحاصل في 28 اذار 2003 المتعلق باعطاء جماعات ما وراء البحار استقلالية ومنحهم حق تمييز مواطنيهم في تولي الوظائف العامة.

Le nouveau article 74 de la constitution prévoit: «les collectivités d'outre-mer régies par le présent article ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elle au sein de la république...la loi organique peut également déterminée pour celles de ces collectivités qui sont dotées de l'autonomie, les conditions dans lesquelles des

⁽¹⁾ CC. 12 janvier 2002 loi de modernisation sociale

⁽²⁾ C.E. , Ass. ,27 mars 2015, M. Quintanel, n 372426

mesures justifiées par les nécessités locales peuvent être prises par la collectivité en faveur de sa population, en matière d'accès à l'emploi, le droit d'établissement pour l'exercice d'une collectivité professionnelle ou de protection du patrimoine foncier»

كذلك الامر بالنسبة للتمييز على اساس ديني حيث استدعى حفظ حصة للقضاة

المسلمين قانونا عضويا Magistrats musulmans 15-1-1960, CC 60-6 DC

اما بالنسبة للادارة فإن اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي لم يتوان في السماح بتطبيق

التمييز الايجابي اذا ما بررته المصلحة العامة

Le CE a jugé par une décision du 29 décembre 1997 commune de Gennevilliers, que l'intérêt général qui s'attache à ce que les enfants puissent, quelles que soient les ressources de leurs parents, fréquenter une école de musique, permettait au conseil municipal de moduler les droits d'inscription au conservatoire de la commune en fonction des revenus des parents.

اما في حال لم تسعف المجلس المصلحة العامة فإنه لا يمكن ان يسمح للادارة بالتمييز

الايجابي الا بناء على نص قانوني او تعديل دستوري كما رأينا في قرار Quintanel.

♦ خلاصة القسم الأول

في الختام يمكن ان نخلص بالقول انه لمبدأ المساواة استثناءان.

الاستثناء الاول متعلق بالمصلحة العامة ويفترض لتحقيقه وجود اسباب موضوعية

تتعلق بالوظيفة وان يكون القيد على مبدأ المساواة متناسبا مع سبب المصلحة العامة، الأمر الذي يعود الى القاضي الإداري التحقق منه.

اما الإستثناء الثاني المتعلق بالتمييز الإيجابي فيجب ان يكرسه المشرع الا اذا كان

مخالفا للدستور عندئذ وجب على الدولة تعديل الدستور.

○ القسم الثاني: مصير المباراة المحصورة بالنظر الى الاستثناءات
الملحوظة على مبدأ المساواة

لم يتضمن نظام الموظفين الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم 1959/112 أي نص يتعلق بالمباراة المحصورة. إلا أن نصوصاً أخرى أقرت بإمكانية إجراء مباراة محصورة لملء بعض المراكز الشاغرة في الإدارة وفي المؤسسات العامة.

ومن الملاحظ أن معظم النصوص التي أجازت إجراء مباراة محصورة لملء وظائف شاغرة اتخذت شكل القانون الصادر عن المجلس النيابي، ومنها ما يأتي:

1- القانون رقم 22 تاريخ 2017/2/10 المتضمن إجراء مباراة محصورة لمرة واحدة لملء الوظائف الشاغرة في ملاك موظفي المحاكم المذهبية الدرزية وملاك الديوان الإداري التابع للمحكمة الاستئنافية الدرزية العليا.

2- القانون رقم 290 الصادر بتاريخ 2014/5/7 والمتضمن تثبيت كتاب العدل بعد إجراء مباراة محصورة (مع الإشارة إلى أنه تم إبطال المواد 1 إلى 4 منه بموجب القرار رقم 2014/3 الصادر عن المجلس الدستوري).

3- القانون رقم 287 تاريخ 2014/4/30 المتضمن ملء المراكز الشاغرة في مؤسسة كهرياء لبنان عن طريق مباراة محصورة بالعمال غب الطلب وجباة الإكراء.

4- القانون رقم 156 تاريخ 2011/8/17 المتضمن تعديل القانون رقم 690 تاريخ 26/8/2005 (تحديد مهام وزارة البيئة وتنظيمها) والإجازة للحكومة إجراء مباراة محصورة للعاملين فيها.

5- القانون رقم 131 تاريخ 2010/8/24 المتضمن إجراء مباراة محصورة للعاملين في مؤسسة المحفوظات الوطنية والقانون رقم 351 تاريخ 1994/7/6 المتضمن اجراء مباراة محصورة بالمتعاقدين بالساعة للتعيين بوظيفة أستاذ تعليم ثانوي.

6- المادة 20 من القانون رقم 629 تاريخ 20/11/2004 المتضمن تنظيم وزارة الشباب والرياضة والذي نصت المادة 20 منه على أنه يجوز للحكومة خلال ستة اشهر من تاريخ العمل بهذا القانون، وبمراسيم تتخذ في مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الشباب والرياضة وبعد موافقة مجلس الخدمة المدنية ملء المراكز الشاغرة في وزارة الشباب والرياضة من بين الموظفين الدائمين والمتعاقدين والاجراء في الوزارة الذين تتوافر فيهم شروط التعيين العامة والخاصة باستثناء شرط السن.

كما انه أجاز للمؤسسة العامة التي تتولى ادارة مستشفى بعبد الحكومي الجامعي اجراء مباراة محصورة بالعاملين لديها بموجب المرسوم رقم 12799 الصادر بتاريخ 2004/6/30.

ومن الاطلاع على القوانين السابق ذكرها يتبين لنا بوضوح الطابع الاستثنائي لطريقة التوظيف هذه، إذ ورد مثلاً في القانون رقم 2017/22 أنه **خلافاً لأي نص آخر**، تملأ الوظائف الشاغرة في ملاك موظفي المحاكم المذهبية الدرزية، وديوان المحكمة الاستئنافية الدرزية العليا، من بين الاجراء الدائمين في المحاكم المذهبية الدرزية الذين أمضوا أكثر من خمس عشرة سنة في الخدمة الفعلية، بموجب مباراة محصورة، **لمرة واحدة**.

وكذلك تضمن القانون رقم 2014/287 الإجازة لمؤسسة كهرباء لبنان خلال مهلة سنة من تاريخ نفاذ القانون، ملء المراكز الشاغرة في ملاكها لوظائف إدارية وفنية عن طريق **مباراة محصورة يجريها مجلس الخدمة المدنية** وفقاً للقوانين والأنظمة المرعية الاجراء، ويحصر الاشتراك في المباراة بالعمال غب الطلب وجباة الإكراء العاملين لصالح مؤسسة كهرباء لبنان بتاريخ 2011/8/2.

وكذلك نص القانون رقم 1994/ 351 أيضاً على أن **تجري لمرة واحدة** مباراة محصورة بالمتعاقدين بالساعة في مرحلة التعليم الثانوي السابقين والعاملين، وبالمتدربين للتدريس في التعليم الثانوي من بين المدرسين والمعلمين في التعليم الابتدائي والمتوسط، وذلك لتعيين 1174 أستاذ ثانوي على الأكثر. وكذلك نص القانون رقم 2010/ 131 على

الإجازة لمؤسسة المحفوظات الوطنية ملء وظائف شاغرة في الفئة الثالثة ووظائف فنية وإدارية شاغرة في الفئتين الرابعة والخامسة.

وتقتضي الإشارة إلى أنه بالإضافة إلى ما تقدم، أجاز المرسوم رقم 58 تاريخ 1982/12/15 المتضمن تعديل بعض أحكام المرسومين الاشتراعيين رقم 111 و 112 للحكومة بموجب مراسيم بناء على انتهاء الخدمة المدنية واقتراح الوزير المختص ملء بعض الوظائف الشاغرة بنتيجة مباراة محصورة تنظم لهذه الغاية، وقد صدر بتاريخ 1993/4/28 المرسوم رقم 3431 المتضمن تحديد تسميات هذه الوظائف.

اما مجلس الخدمة المدنية فموقفه ثابت على عدم قبول المباريات المحصورة للأسباب التالية:

أ- إن تطبيق القوانين الاستثنائية حتى ولو اعتمدت على المباراة، يكون على حساب قواعد التوظيف العامة والمبادئ التي كفلها الدستور والتي تقوم على:

1- مبدأ تكافؤ الفرص أمام جميع المواطنين الراغبين في الخدمة العامة.

2- مبدأ العمومية والشمول والمساواة التي يقتضي أن تنسم بها القوانين.

ب- إن مثل هذه القوانين الاستثنائية تقف عائقاً أمام تطعيم الإدارة بالكفاءات الشابة وبالاختصاصات الجديدة التي يمكن أن تشكل دفعا للإدارة.

تسعى البلديات ان تلاحظ في نظامها نص ذو استعمال استثنائي يجيز لها ان تجري مباراة محصورة بموظفين واجراء ومتعاقدين لديها لتثبيتهم في البلدية فيصبح بإمكانهم الاستفادة من نظام التقديمات المالية المحصور الاستفادة منه بالموظف الدائم.

فهل يمكن لحظ مثل هذا النص في ضوء ما تم استعراضه آنفا من اجتهادات واحكام

تتعلق بمبدأ المساواة والاستثناءات المقبولة له؟

في حال كان الجواب ايجابيا اي في حال بررت اعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة هذا

الامر فإنه يعود عندئذ للمجلس البلدي الذي يمتلك السلطة التنظيمية في البلدية عملا

بالمادة 49 من قانون البلديات ان يورد هذا النص في نظامه دونما الحاجة الى نص قانوني

لأن هذا الموضوع يدخل ضمن صلاحيات واختصاصات السلطة التنظيمية البلدية التي تتمتع بالاستقلال المالي والاداري عن الدولة.

«Considérant que le principe général d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général» C.E., 15 mai 2000, Barroux n 200903.

لا بد من التذكير بادىء ذي بدء ان الدخول الى البلدية بصفة موظف دائم يفترض اجتياز المباراة بنجاح. هذه المباراة هي بطبيعة الحال مفتوحة امام جميع المواطنين لأنه قد تم اعتمادها لأنها الاقدر على تحقيق المساواة بينهم. على عكس المباراة المفتوحة فإن المباراة المحصورة تخرج عن مبدأ المساواة لأنها تنحصر بفئة من المواطنين دون غيرهم، وهي تتألف كما قلنا من الموظفين المؤقتين والاجراء والمتعاقدين. وهنا يطرح السؤال هل توجد اعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة يمكن ان تبرر للبلدية اعتماد مثل هذا النص وتمييز هذه الفئة من الموظفين دون غيرهم من المواطنين؟

كما قلنا اعلاه فإن الاعتبار المتعلق بالمصلحة العامة يجب ان تكون موضوعية، فهل ثمة اسباب موضوعية يمكن الارتكاز عليها في هذه الحالة؟ بمعنى اوضح هل توجد اعتبارات تتعلق بالوظيفة البلدية ممكن ان تبرر مثل هذا التمييز؟
للإجابة على هذه المسألة يقتضي العودة الى انظمة البلدية لتحديد الوظائف والشروط الخاصة المتعلقة بالتوظيف فيها.

ومن مراجعة هذه النصوص يتبين ان الوظائف البلدية تنقسم الى فئتين: الفئة الرابعة التي تشمل الكاتب وامين صندوق وشرطي وجابي والتي يتراوح شروط التوظيف فيها بين حيازة شهادة متوسطة او ما يعادلها (شرطي) وحيازة شهادة البكالوريا الفنية في المحاسبة والمعلوماتية او ما يعادلها (امين صندوق) او حيازة شهادة الثانوية العامة او ما يعادلها (كاتب او محرر) والفئة الخامسة التي تتألف من الحارس.

هذا يعني ان الوظائف البلدية التي لا تشترط الشهادة الجامعية حتى لأنها وظائف بسيطة لا تشترط ايضا ان يكون في المرشح اليها خبرة ناجمة عن العمل فيها ليكون مؤهلا اليها.

وهذا يعني ايضا انه لا توجد اعتبارات متعلقة بالوظيفة يمكن الاستناد اليها لتبرير المباراة المحصورة خاصة وان الانظمة البلدية تشترط فترة تمرين قبل تثبيت الموظفين الامر الذي يسمح لها باختبار الكفاءات قبل تثبيتهم.

بل على العكس من ذلك، فإن تمييز هذه الفئة من الموظفين عن غيرها من المواطنين يخالف المصلحة العامة لانه يتعلق بفئة دخلت الى البلدية بقرار من رئيس البلدية الذي يمتلك في هذا الصدد سلطة استثنائية كثيرا ما تتحول الى سلطة اعتباطية حين يستند التعيين على اعتبار ديني او مذهبي او انتخابي، اي على اعتبارات قد نهى عنها الدستور والقوانين والانظمة، فيصبح التمييز عندئذ بين المواطنين من جهة وبين هذه الفئة المعينة خلافا للدستور والقوانين من جهة ثانية، مما يخالف المصلحة العامة.

ولمخالفة المصلحة العامة اثر يتجاوز عدم جواز القبول بمادة تتعلق بالمباراة المحصورة في انظمة البلديات وتطال حتى القانون، فالمشترع ايضا لا يمكن ان يخالف المصلحة العامة، كما سبق بيانه، وان يسن قانون يكرس فيه تمييزا لغير المصلحة العامة، لأن هذا القانون يصبح معرضا للإبطال اذا ما طعن به امام المجلس الدستوري، وهذا ما حصل في القانون 2004/290.

ففي قراره رقم 2014/1 تاريخ 2014/5/22 المتعلق بالطعن في قانون تثبيت كتاب العدل بعد اجراء مباراة محصورة اورد المجلس الدستوري ما يلي: "وبما ان المباراة المحصورة واعفاء المتقدمين اليها من بعض الشروط يشكلان استثناء، وبما ان الاستثناء لا تبرره سوى المصلحة العامة، وبما ان المصلحة بالنسبة لمهام كتاب العدل تقتضي توافر كتاب عدل في جميع المراكز المخصصة لهؤلاء على الاراضي اللبنانية، وعد ابقاء اي مركز منها شاغرا وذلك من اجل تأمين استمرارية المرفق العام الذي يعمل فيه كتاب العدل". والذي افضى الى ابطال القانون المذكور لعدم توافر المصلحة العامة.

يبقى اخيرا ان نشير الى القانون الفرنسي الذي حين اراد تشجيع الشباب الذي لم يتجاوز سنهم 28 ولم يجدوا عملا الى دخول الوظيفة العامة لجأ الى طريقة جديدة للتعيين من خلال التعاقد معهم وتأهيلهم ليصبحوا قادرين في ما بعد على اجتياز المباراة الادارية بنجاح والدخول الى الوظيفة العامة في الدولة او البلديات. بهذا الشكل حاول المشتري الفرنسي ان يوفق بين الغاية الاجتماعية (تأمين العمل للشباب ودمجهم في الوظيفة العامة) ومبدأ المساواة.

La loi n 2017-86 du 27 janvier 2017: a prévu d'expérimenter une nouvelle voie d'accès à la fonction publique pour les jeunes de moins de 28 ans qui sont dépourvus d'emploi. Ces derniers peuvent désormais être recrutés par contrat sur des emplois de catégorie A et B en vue de leur permettre, par une formation en alternance avec leur activité professionnelle, de se présenter à un concours administratif pour accéder à un corps ou cadre d'emploi de la fonction publique d'Etat, territoriale ou hospitalière.

♦ التمييز الايجابي

إذا تعذرت الأسباب الموضوعية المتعلقة بالوظيفة وتوافرت أسباب أخرى تتعلق بالمصلحة العامة هل يمكن للادارة لحظ إستثناء على مبدأ المساواة. كما سبق وذكرنا في المقدمة فإن هذا التمييز يُعرف بالتمييز الإيجابي وهو يتوافر كلما توافرت اسباب تتعلق بالمصلحة العامة ولكنها لا تتعلق بالوظيفة. إن المشتري يمكن ان يعتمد التمييز الايجابي كما فعل المشتري الفرنسي لنقل الموظفين الذين يشغلون وظائف مؤقتة وتعيينهم في وظائف دائمة في إطار ما عرف بسياسة إلغاء الوظائف غير الثابتة المكرسة بقانون "résorption de l'emploi précaire".

«La loi 2012-347 du 12 mars 2012 organise une résorption de l'emploi précaire, ou plus précisément de l'emploi contractuel. Sont concernés aussi bien les agents en contrat à durée déterminée que ceux en contrat à durée indéterminée. Le décret 2012-1293 du 22 novembre 2012 organise les modalités de cette intégration dans la fonction publique. Trois modalités d'accès sont ménagées par la loi. 1° Des

sélections professionnelles par des commissions d'évaluation professionnelle constituées soit au sein des collectivités, soit des centres départementaux de gestion; ... 2° Des concours réservés qui obéissent aux règles de l'article 36 de la loi 84-53 du 26 janvier 1984 et du décret 2013-593 du 5 juillet 2013 relatif aux conditions générales de recrutement et d'avancement de grade et portant dispositions statutaires diverses applicables aux fonctionnaires de la fonction publique territoriale...»⁽¹⁾.

يبقى الجواب على مسألة مهمة تتعلق بمطالبة البلديات بحصر الوظائف البلدية بالمقيمين فيها دون سواهم اي مخالفة مبدأ المساواة لمصلحة فئة المقيمين في البلدية. ان هذه المسألة تطرح معيار الإقامة في البلدية وهو معيار على موضوعيته لا يحقق المصلحة العامة المتعلقة بالوظيفة للقول بجواز تعديل الانظمة البلدية في هذا الاتجاه. وبالتالي لا يحق للبلديات تعديل انظمتها وحصر الوظيفة البلدية بالمقيمين او المسجلين فيها حصرا دون غيرهم من المواطنين على اساس التمييز وفقا للمصلحة العامة المتعلقة بالوظيفة.

ولكن في مقدمة الدستور ورد نصا يتعلق بالانماء المتوازن للمناطق، افلا يحق للبلديات الاستناد الى هذا النص لتعديل انظمتهم؟ في هذا الاطار لا بد من التذكير بأن الاجتهاد الفرنسي قد ميز، فيما يتعلق بالمبادئ المكرسة بمقدمة الدستور، بين المبادئ الواضحة والدقيقة والمحددة والتي يجوز للادارة تطبيقها مباشرة، والمبادئ "العامة" والتي تحتاج لتحديدتها الى نص تشريعي

Considérant, d'une part que le principe posé par les dispositions du préambule de la constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère la constitution du 4 octobre 198, aux termes desquels «tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les droits de la république» ne s'impose pas au pouvoir réglementaire, en l'absence de précision suffisante ...» CE 29/9/1985 France terre d'aile.

⁽¹⁾ Donatien Lecat, chapitre 2 (folio n 10320), Personnel des collectivités territoriales: recrutement, Février 2014, actualisé novembre 2018, Dalloz, consulté en ligne, par. 54.

وعليه وطالما ان الانماء المتوازن هو هدف دستوري وطني غير محدد فهو بالتالي يحتاج الى نصوص تشريعية لتحديده ضمن سياسية انمائية متكاملة وعليه لا يمكن للسلطة التنظيمية في البلدية الاستناد الى هذا النص لتعديل شروط التوظيف فيها، بل يمكنها الطلب الى السلطة التشريعية اصدار قانون متعلق بتعديل شروط التوظيف على اساس الإقامة في البلدية، مثلا.

♦ خلاصة القسم الثاني

لا يوجد اي سبب متعلق بالمصلحة العامة وبالتحديد بمصلحة الخدمة يمكن ان يشكل تبريرا منطقيا للمباراة المحصورة بل على العكس فإن اعتماد هذه المباراة تشكل مخالفة بيّنة للمصلحة العامة، الامر الذي لا يسمح بتكريسها لا في نص تنظيمي ولا في نص قانوني. ولكن لا شيء يمنع البلديات من الطلب الى السلطة التشريعية اصدار قانون يعدل شروط التوظيف في البلدية بحيث يشترط الإقامة في البلدية، على سبيل المثال، لتولي الوظيفة العامة فيها. فالبلديات لا يمكنها على الرغم من امتلاك المجلس البلدي فيها السلطة التنظيمية، من تعديل شرط التوظيف لأن الامر يتعلق بهدف دستوري غير محدد (وهو الانماء المتوازن) الامر الذي يفترض على السلطة التشريعية تحديده ليصار من ثم الى اعتماده من قبل البلديات بشكل لا يخالف المساواة فيما بينها وبالتالي المساواة فيما بين المقيمين فيها.

المجلس الدستوري وإبطال آلية تعيين موظفي الفئة الأولى

د. عصام نعمة إسماعيل

يعتبر موظفو الفئة الأولى أعلى القيادات الإدارية في الدولة، ولا يعلوهم إلا الوزراء الذين هم أساساً رجال سياسة وأعضاء في الحكومة. وترتّب هذه الوظائف على شاغليها مسؤوليات وابعاء ونفقات كبيرة تفرض تمييزهم عن موظفي باقي الفئات برواتب أعلى. ولأهمية هذه الفئة، فإن المشرع (القانون المنفّذ بالمرسوم رقم 3169 تاريخ 1972/4/29) قد اعتبر ان وظائف تلك الفئة لأي ملاك او سلك في أي وزارة كانت تؤلف سلكاً واحداً باستثناء وظائف السلك الخارجي (مجلس الخدمة المدنية الرأي رقم 2376 تاريخ 2000/6/29).

ولقد جعل المرسوم الاشتراعي رقم 111 تاريخ 1959/6/12 (المادة 7) من المدير العام الرئيس المباشر لجميع الموظفين التابعين لإدارته، تحت سلطة الوزير وفي نطاق القوانين والانظمة، وهو عملياً أداة تنفيذ السياسة العامة التي يضعها مجلس الوزراء والتي يتولى الإشراف على تنفيذها كلاً من الوزير المختص بصفته الجهة المنوط بها إدارة مصالح الدولة، ورئيس مجلس الوزراء الذي حملته المادة 64 من الدستور المسؤولية عن تنفيذ هذه السياسة العامة، ولهذا فإن رئيس الحكومة يتابع أعمال الإدارات العامة ويعقد لقاءات عمل مع المدراء العاميين (الفقرتين 7 و8 من المادة 64 من الدستور).

وبسبب أهمية موقع المدير العام القيادية وسته المباشرة بالسلطة الدستورية لم يشأ المشرع تولية وظائف الفئة الأولى بالاستناد إلى مباراة، بل يجري التعيين في المراكز الشاغرة في الفئة الأولى في ملاك الإدارات العامة استناداً الى نص المادة 12 من نظام الموظفين المعدلة بموجب القانون رقم 98/717 وذلك بالاختيار من بين موظفي الدرجة

الرابعة على الأقل من الفئة الثانية (مجلس الخدمة المدنية الرأي رقم 2376 تاريخ 2000/6/29)، المندرجة اسماؤهم في جدول الترفيع، كما يجوز بصورة استثنائية استنادا الى الفقرة الثانية من المادة /12/ المتقدم ذكرها ان يعين في الفئة الاولى اشخاصا من خارج الملاك بعد استطلاع رأي مجلس الخدمة المدنية على ان يكونوا من حملة الاجازات الجامعية، ويعتبرون مثبتين فور تعيينهم ولا يطبق هذا التدبير الا بنسبة الثلث من الوظائف الشاغرة في الفئة الأولى (مجلس الخدمة المدنية الرأي رقم 565 تاريخ 2000/5/5).

لم تغلح هذه الآلية القائمة على سلطان مجلس الوزراء بالتعيين بدون قيود، في احترام والالتزام بقاعدتي الجدارة والكفاءة المقررتين في المادة 12 من الدستور، وحلت مكانها قواعد قائمة على الحزبية والمحسوبية ما ألحق الضرر البليغ بالإدارة العامة بعد تولى قيادتها فئة من المدراء العاميين غير الجديرين بهذه المراكز، ولم يعد بإمكان الجسم الإداري تحقيق أي انجاز، إذ عندما يكون القائد ضعيفاً أو متهاوناً أو غير مهني وبذات الوقت محمي بالحصانة السياسية من المساءلة، في هذه الحالات سيصاب الجسم الإداري بالعجز والفشل وسيلحق الضرر الفادح في المرافق العامة.

ولهذا استقرّ دعاة الإصلاح الإداري أن أحد أهم الخطوات لتحقيق هذا الإصلاح تتمثل باستحداث آلية تسهم في اختيار أفضل للمسؤولين في الإدارات والمؤسسات العامة على أساس كفاءاتهم وتدريبهم ومراقبتهم ومحاسبتهم.

وقد سعى مجلس النواب إلى إقرار آلية إصلاحية في تعيين موظفي الفئة الأولى، وضمن هذا التوجه صدر القانون الرقم 363 تاريخ 2001/8/16 بحيث أبقى على آلية الترفيع من الفئة الثانية إلى الأولى، ولكنه فيما يتعلق بالتعيين من خارج الملاك فإنه أقرّ مبدأ التعاقد الوظيفي لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد بحيث إذا لم يثبت المعين كفاءته لم يجدد عقده، وإلا أدخل الملاك وفق الأصول العادية السابقة أي بموجب مرسوم يتخذ في مجلس الوزراء بعد موافقة مجلس الخدمة المدنية. وهذا التعاقد الوظيفي يتم بالمفاضلة بين مرشحين بعد اجراء اختبارات للمرشحين من قبل لجنة تتألف من رئيس مجلس الخدمة المدنية، رئيس الهيئة العليا للتأديب، رئيس ادارة الابحاث والتوجيه، وثلاثة اشخاص من

اهل الخبرة والاختصاص يعينون بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء بناء على انهاء رئيس مجلس الوزراء. بحيث ترفع هذه اللجنة الى مجلس الوزراء، لائحة تتضمن اسماء الثلاثة الاوائل من المرشحين لكل وظيفة، يتولى مجلس الوزراء اختيار واحد من بينهم.

إلا أن المجلس الدستوري أبطل هذا القانون لمخالفته الدستور معللاً سبب الإبطال بأنه: " لا يصح تقييد سلطة مجلس الوزراء وبخاصة في المواضيع التي اعتبرها الدستور اساسية بقوانين يستنها المشتري وان تناولت تنظيم الوظيفة العامة عندما يكون من شأن هذه القوانين الانتقاص من هذه السلطة او فرض شروط مقيّدة لممارستها، وأن اتخاذ اللجنة قراراتها بالاكثرية العادية، وذلك في مرحلة من مراحل عملية تعيين موظفي الدولة، بمن فيهم موظفي الفئة الاولى او ما يعادلها، فيما قرارات مجلس الوزراء في اطار العملية ذاتها. .. تؤخذ بموافقة ثلثي عدد اعضاء الحكومة المحدد في مرسوم تشكيلها، وهذا الامر من شأنه التعرض لآلية التصويت وشروطه كما هي مفروضة في المادة 65 فقرة 5 من الدستور، يضاف الى ذلك ان ما قد تتخذه اللجنة من مقررات لها الصفة التقريرية كم سبق وصفها، يؤلف قيماً لسلطة مجلس الوزراء في تعيين الموظفين، ولا سيما موظفي الفئة الاولى او ما يعادلها، باعتبار ان خيار مجلس الوزراء يصح محصوراً لزوماً بالاشخاص الذين تسميهم اللجنة دون سواهم (م.د. قرار رقم 2001/5 تاريخ 2001/9/29).

لم يكن المجلس الدستوري موقفاً في هذا التعليل، إذ خلط بين سلطة التقرير التي يتمتع بها مجلس الوزراء في تعيين الموظفين، وبين مرحلة إعداد الملف وتهيئته ورفعها إلى مجلس الوزراء للتقرير.

فمجلس الوزراء هو سلطة التقرير بحسب الدستور بدءاً بوضع السياسة العامة إلى وضع الخطط الإنمائية إلى إعلان حالة الطوارئ أو التعبئة العامة إلى وضع قوانين الانتخاب والأحوال الشخصية إلى إصدار الأنظمة إلى تعيين الموظفين بما فيهم موظفي الفئة الأولى وغيرها من الصلاحيات التي لا تعد ولا تحصى.

فهل من المنطق أن يحضّر هذا المجلس كافة الملفات لكي يقرّر بشأنها، هو أمر مُحال ومسنحيل، فالمجلس يناقش ويدرس ويقرر في الملفات التي تعدها الإدارات المعنية

وتدرج في جدول الأعمال، فمثلاً: في حالة إعلان حالة الطوارئ أو التعبئة العامة فإن المجلس مقيد بإنهاء المجلس الأعلى للدفاع، ولمن يريد التحقق من مراجعة مراسيم إعلان التعبئة العامة لمواجهة انتشار فيروس كورونا ومنها: المرسوم رقم 6198 تاريخ 2020/3/15 الذي صدر بناء على إنهاء المجلس الأعلى للدفاع في اجتماعه بتاريخ 2020/3/15، والإنهاء في القانون هو الاقتراح الملزم أي أن المجلس الأعلى للدفاع أرسل لمجلس الوزراء خيار وحيد وقبل به هذا الأخير.

وحالات إنهاء رجل الإدارة قبل اتخاذ مجلس الوزراء لقراره، إنما هي عديدة في القانون اللبنانية وهي موجودة على سبيل المثال في: المادة 43 من مشروع القانون مرسوم رقم 1802 تاريخ 1979/2/27 تنظيم الضابطة الجمركية، المادة 19 من قانون تنظيم المديرية العامة للأمن العام (المرسوم الاشتراعي رقم 139 تاريخ 1959/6/12)، المادة 5 من قانون إنشاء النقش المركزي (المرسوم الاشتراعي رقم 115 تاريخ 1959/6/12)، المواد 7 و32 و46 و47 و132 من قانون الدفاع الوطني (المرسوم الاشتراعي رقم 102 تاريخ 1983/9/16).

وكذلك فإن مجلس الوزراء في تعيين عمداء الجامعة اللبنانية ملزم بمراعاة أصول خاصة أقرها تنظيم المجالس الأكاديمية في الجامعة اللبنانية (القانون رقم 66 تاريخ 2009/3/4) بحيث ترفع ثلاثة ترشحيات إلى مجلس الوزراء اختارها مجلس الجامعة من بين خمسة أسماء اقترحها مجلس الوحدة المعنية.

وقد اعتبر مجلس شورى الدولة أن هذه الآلية الملزمة لمجلس الوزراء حيث قضى المجلس بإبطال مرسوم تعيين الدكتور نبيل الخطيب عميداً لكلية الآداب والعلوم الإنسانية لأنه تم خلافاً للمادة 25/ من القانون رقم 67/75 (تنظيم الجامعة اللبنانية) حيث رُشح بمفرده من قبل مجلس الجامعة ولم يكن من ضمن المرشحين الخمسة المنتخبين من مجلس الوحدة ما يجعله معيوباً لهذه الناحية (م.ش. قرار رقم: 2017/40-2018 تاريخ 2017/10/5 الدكتور اسماء شملبي/ الدولة).

وهذه ليس المرة الأولى التي يبطل فيها مجلس شورى الدولة مراسيم صادرة بناءً على موافقة مجلس الوزراء بسبب عدم مراعاة الأصول الجوهرية المقررة في القوانين، مثلاً قضى المجلس بأن: " اقتراح المجلس البلدي بتعديل التخطيطات المقررة في البلدة هو من المعاملات الجوهرية والإلزامية لصدور مرسوم التخطيط أو التعديل، إلا أنها لا تلزم السلطة المركزية التي يعود لها صلاحية إصدار المرسوم أو عدم إصداره" (م.ش. قرار رقم 80 تاريخ 17 كانون الثاني 2001، عفيف سابا وآخرون/بلدية شكا، م.ق.إ. 2004 م 1 ص 190).

كما أبطل مرسوم نزع ملكية عقار (مدرج في لائحة الجرد العام) للمنفعة العامة لأنه لم يبنى على اقتراح مدير عام الآثار سنداً للمادة 34 من (نظام الآثار القديمة) التي توجب أن "لا يدخل عقار مسجل أو مقترح تسجيله في لائحة الجرد العام ضمن تحقيق يقصد منه نزع الملكية بسبب المنفعة العمومية الا بالاتفاق مع مدير دائرة الآثار القديمة" (م.ش. قرار رقم: 787 / 2016-2017 تاريخ 12 / 7 / 2017 جوزف وكريستينا زغيب/ الدولة - وزارة الأشغال العامة والنقل - وزارة الثقافة).

إن مجلس شورى الدولة لم يجد في الأصول الجوهرية السابقة لإصدار مجلس الوزراء لقراره مساساً بصلاحيات هذا المجلس، بخلاف ما انتهى إليه المجلس الدستوري الذي لم تسعفه الحثيات في تعليل النتيجة التي وصل إليها، بحيث يمكن القول أنه لم يكن موقفاً في التبرير ودليلنا الإضافي نستوحيه من ذات المادة 65 من الدستور التي أولت في فقرتها الثالثة بمجلس الوزراء تعيين موظفي الدولة وصرفهم وقبول استقالتهم وفق القانون، ومن المستقر عليه في القانون اللبناني أن مجلس الخدمة المدنية هو الذي يتولى إجراء المباريات الممهدة لتعيين الموظفين فهل هذه المباريات أصبحت غير دستورية؟ وهل بالقياس نمنع مجلس الخدمة المدنية من إعلان نتائج المباريات بحجة أن الأخير يصادر صلاحيات التعيين؟

بل يمكن القول أكثر من ذلك أن المجلس الدستوري تجاهل التفويض الدستوري لمجلس النواب بوضع شروط تولي الوظيفة على أساس الاستحقاق والجدارة، حيث نصّت المادة

12 من الدستور على أن لكل لبناني الحق في تولي الوظائف العامة لا ميزة لاحد على الآخر إلا من حيث الاستحقاق والجدارة حسب الشروط التي ينص عليها القانون". وبحسب هذه الفقرة الأخيرة فإن القانون هو من يحدد شروط الاستحقاق والجدارة. ولهذا عندما قرر مجلس النواب أن الاستحقاق والجدارة إنما تقدّرهما لجنة تنشأ لهذه الغاية، فلا يكون المشرع قد تجاوز الدستور بل عمل ضمن نطاقه. وهذا ما سبق وأقره المجلس الدستوري في اجتهاد سابق عندما قضى بأن: "تخلي السلطة المشرعة عن اختصاصها الضامن لشروط التعيين في الوظيفة العامة وحقوق الموظفين العامين، على ما جاء في المادة 12 من الدستور، إنما هو اجراء غير دستوري (م.د. قرار رقم 1/2002 تاريخ 31/1/2002 الصادر في مراجعة إبطال القانون رقم 379/2001 "الضريبة على القيمة المضافة)".

لهذا نؤكد على أن قرار المجلس الدستوري بالنتيجة التي خلص إليها لا يشكل تطبيقاً أميناً للنص الدستوري ويخالف المستقر عليه في اجتهاد مجلس شورى الدولة ويبقي يد السلطة السياسية مهيمنة ومتسلطة على تعيين موظفي الفئة الأولى.

ولو ركّز المجلس الدستوري يومها على مسألة أن اللجنة هي التي ترفع اقتراح التعيين إلى مجلس الوزراء لما كان بالإمكان المناقشة في عدم دستورية هذه المسألة كما سيتبين معنا لاحقاً.

مرّ الطعن في العام 2001 وأبطل القانون واستمر تعيين موظفي الفئة الأولى بيد السلطة السياسية تستخدمه كما تشاء دون مراعاة لقواعد الاستحقاق والجدارة المنصوص عنهما في المادة 12 المذكورة.

واستمرّ هذا الوضع حتى تاريخ 12/4/2010 عندما وافق مجلس الوزراء - وفق المحضر رقم 22- على آلية تعيين موظفي الفئة الأولى في الإدارة المركزية والمؤسسات العامة. فأعطى الأولوية في ملء المراكز الشاغرة في الفئة الأولى في الملاك الإداري العام للموظفين من الفئة الثانية من داخل الملاك الإداري العام، وفي حال تبين ان العدد الذي يتم رفعه الى مقام مجلس الوزراء لا يكفي لملء كل المراكز الشاغرة في الفئة الأولى

يلجأ الى حالة التعيين من خارج الملاك في حدود ثلث المراكز الشاغرة، وهو العدد المسموح به بحسب قانون الموظفين، يتمُّ التعيين من خارج الملاك وفقاً آلية تعاون وتنسيق في ما بين الوزراء المختصين ومجلس الخدمة المدنية ومكتب وزير الدولة لشؤون التنمية الادارية. إلا أن هذه الآلية لم يكن لها أي قيمة قانونية، بل أن قيمتها أدبية فقط، إذ أن مجلس الوزراء كما ورد في حرفية كتابه: "اطلع"، وتمَّ التوافق" وهي عبارات لا توجي بالإلزام على الإطلاق، وحتى ترويسة كتاب مجلس الوزراء لا تتضمن أن هذه الآلية لها صفة القرار. بعد أحداث 17 تشرين الأول 2019 والتي كانت بمثابة صرخة بوجه الفساد وسوء الإدارة، أعيد طرح قضية تعيين موظفي الفئة الأولى، وأقر مجلس النواب آلية التعيين في الفئة الأولى في الإدارات العامة وفي المراكز العليا في المؤسسات العامة بموجب القانون النافذ حكماً رقم 7 تاريخ 2020/7/3 الذي لم يكن مشابهاً لقانون العام 2001 بل على العكس كان أكثر شديداً لآلية العام 2010 ودخل في التفاصيل والمقالات ووضع النقاط والمفاضلة، ولم ينشئ لجنة دائمة للتعيين في ملاك الفئة الأولى، بل أنشأ مهمات تتولها جهات عامة أو ممثلين عن هذه الجهات العامة، فمواصفات المرشحات تتولى صياغتها ثلاثة هيئات عامة بالتنسيق فيما بينها (مجلس الخدمة، مكتب وزير الدولة لشؤون التنمية الإداري، الوزير المختص)، وفرز ملفات المرشحين يتولاه لجنة مؤلفة من (ممثل عن الوزير المختص وممثل عن رئيس مجلس الخدمة المدنية وممثل عن وزير الدولة لشؤون التنمية الإدارية) أما المقابلات الشفهية واختيار المرشحين الثلاثة فيتولاه (رئيس مجلس الخدمة المدنية والوزير المختص ووزير الدولة لشؤون التنمية الإدارية أو ممثل عن كل منهم من داخل الإدارة).

واضحٌ مما تقدّم أن الأطراف المعنية باختيار المرشحين لهم صلة مباشرة في التعيينات الإدارية، فمجلس الخدمة معنيٌ أساساً بالتعيينات قبل هذا القانون وبعده، ومكتب وزير الدولة لشؤون التنمية الإدارية أيضاً أنشئ لغايات متصلة بالوظيفة العامة والإصلاح الإداري وأصبح مكرساً كعرفٍ دستوري من خلال ممارسة المهمة التي كلفه بها مجلس الوزراء

بمتابعة شؤون الوظيفة العامة، والوزير المحتص العارف بشؤون وزارته بديهي وجوده في هذه اللجان الثلاث التي تختلف بتركيباتها عن تلك المنشأة بموجب قانون العام 2001. بتاريخ 2020/7/8 تقدم رئيس الجمهورية بمراجعة طعن أمام المجلس الدستوري يطلب بموجبها إبطال القانون النافذ حكماً رقم 7 تاريخ 2020/7/3 برمته لمخالفته الدستور، وقد استجاب المجلس الدستوري لهذا الطعن حيث عمد إلى وقف تنفيذ القانون المطعون فيه بموجب قراره رقم 2020/3 ثم قضى بإبطال القانون المطعون فيه برمته بموجب قراره رقم 2020/4 تاريخ 2020/7/22 مؤيداً كافة أسباب الطعن الواردة من الجهة الطاعنة والمبنيّة على مخالفة القانون المطعون فيه للمواد 54 و65 و66 من الدستور، وقد رأى المجلس أن أسباب الطعن المدلى بها متلازمة ومتراطة فعمد إلى ضمها من أجل البتّ بها بصورة منهجية، في ضوء ما أدلى به الطاعن والنصوص والمبادئ الدستورية التي ترعى الموضوع، وقسمها إلى ثلاثة مقاطع نستعرضها وفق ما ورد في قرار المجلس مع تعلقنا على هذه الحثيات:

○ السبب الأول: لجهة صلاحيات اللجنة الثلاثية

قضى المجلس الدستوري في قراره: "أن شروط التوظيف الخاصة في الإدارات العامة وفي ما يماثلها في المؤسسات العامة هي مادة تنظيمية تدخل في دائرة اختصاص السلطة الإجرائية، أي مجلس الوزراء، بحسب المادة 65 من الدستور، واستدلّ على ذلك من أن نظام الموظفين العام (المرسوم الاشتراعي رقم 112 تاريخ 59/6/12 وتعديلاته قد تضمن في صلب أحكامه، في المادتين 4 و5 منه، شروط التعيين العامة في الفئات الأولى والثانية والثالثة والرابعة، تاركاً في مادته 4 فقرتها 2 لكل وزارة أن تحدد في نظام خاص بها "الشروط الإضافية الخاصة، وكذلك فإن القانون المنفذ بالمرسوم رقم 3275 تاريخ 1972/5/24 المتعلق بإنشاء مصالح مستقلة لمياه الشرب وتنظيمها ووضع نظام عام للمؤسسات العامة والمصالح المستقلة، نص في مادته (الثانية) على أن "يجاز للحكومة خلال مهلة ستة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون، وبموجب مراسيم تتخذ في مجلس الوزراء، وضع نظام عام

جديد للمؤسسات العامة والمصالح المستقلة، فصدر سنداً لذلك القانون، النظام العام الجديد للمؤسسات العامة بالمرسوم رقم 4517 في 13/12/1972، أي بناء على التفويض التشريعي للحكومة، بحيث يمكن وصف المرسوم رقم 4517 تاريخ 13/12/1972 بالمرسوم التشريعي ذات القوة التشريعية كما هي الحال بالنسبة للمرسوم الاشتراعي الذي يصدر بناء على قانون تفويض خاص وقد نص في مادته الخامسة على وجوب ان تتوفر في كل من الرئيس والأعضاء سلسلة من الشروط العامة المشابهة لشروط التوظيف العامة في الوظيفة العامة وأكثر،... وترك للنظام الخاص بكل مؤسسة عامة الذي يصدر بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء، أمر تحديد هذه الشروط الخاصة بكل مؤسسة. وبالاستناد إلى هذه النص، انتهى المجلس الدستوري إلى أن تحديد شروط التوظيف الخاصة في الإدارات العامة، وتحديدًا في وظائف الفئة الأولى منها، وأيضًا في ما يماثلها من وظائف في المؤسسات العامة، وبصورة خاصة تحديد مواصفات وشروط التعيين لتلك الوظائف، يشكل مادة إجرائية تدخل حكما في دائرة اختصاص السلطة الإجرائية ممثلة بمجلس الوزراء مجتمعًا سندا للمادة 65 معطوفة على المادة 54 من الدستور، ولا تدخل مطلقًا في دائرة مهام واختصاص أي هيئة أو لجنة إدارية أو إدارية-وزارية. وأن إيلاء المواد الثانية والثالثة والخامسة من القانون المطعون فيه، اللجنة الثلاثية المؤلفة على الصورة المبينة فيها، صلاحيات تنظيمية لجهة تحديد مواصفات وشروط التعيين للوظائف الشاغرة في الفئة الأولى في الإدارات العامة وفي ما يماثلها من وظائف في المؤسسات العامة، يكون اذا مخالفًا للمواد 54 و65 و66 من الدستور ويقتضي إبطالها لهذا السبب".

لقد تضمنت هذه الحثية مفاهيم جديدة في الفقه الإداري والدستوري، لا بد من تسليط الضوء عليها لمعرفة ما إذا كان من الممكن قبول هذا التغيير في مفاهيم ثابتة أم يقتضي الإبقاء على الثوابت الراسخة في الفقه والاجتهاد:

1- التغيير الأول: الاعتراف بالقوة التشريعية للمراسيم الاشتراعية

إن المجلس الدستوري بقراره محلّ التعليق قد اعترف بالقوة التشريعية للمراسيم الاشتراعية واعترف بحق الحكومة بتفويض نفسها صلاحية التشريع (استناداً للمادة 58 من الدستور) واعترف بالقوة التشريعية للنصّ الصادر بناءً للتفويض الحكومي، بل وأسماء صراحةً "المرسوم التشريعي" فالمرسوم 72/4517 هو بنظر المجلس الدستوري: تشريع، بينما هو في نظر مجلس شورى الدولة مجرد قرار إداري، سيان ما إذا كان المرسوم صادراً وفق المادة 58 من الدستور (مجلس القضايا - قرار رقم 8 تاريخ 9 كانون الأول 1970 - الخوري / الدولة، م.إ. 1970 ص 163) أو كان مرسوماً اشتراعياً فإنه يبقى خاضعاً لرقابة مجلس شورى الدولة إلى أن يقترن بالإقرار من السلطة التشريعية (مجلس القضايا قرار رقم 92/14-93 تاريخ 19 تشرين الثاني 1992، القاضي يوسف سعد الله الخوري / الدولة - القاضي جوزف شاوول، م.ق.إ. 1994 ص 15).

وما انتهى إليه المجلس الدستوري في قراره محلّ التعليق لم يناقض اجتهاد مجلس شورى الدولة فقط، بل يناقض أيضاً ما سبق وقضى به هذا المجلس في حكم سابق رفض منح بموجبه مجلس الوزراء صلاحية إنشاء مؤسسات عامة حتى ولو بطريقة المادة 58 من الدستور مساوياً بين الأخير والمرسوم العادي في حيثية واضحة تضمّنت الآتي: وبما أن ثمة مؤسسات عامة قد انشئت سابقاً بموجب مراسيم أو بطريقة المادة 58 من الدستور قبل تعديلها، ذلك لأن هذا الأمر إذا كان صدف حصوله في السابق واصبح محصناً ربما من حيث دستوريته، لكنه لم يعد جائزاً بعد صدور القانون الدستوري رقم 18 تاريخ 21\9\1990 الذي لم تعد احكامه تأتلف مع ما كان حاصلًا سابقاً (م.د. قرار رقم 1/2001 تاريخ 10/5/2001 الصادر في طلب ابطال الفقرة (ثالثاً) من المادة الاولى من القانون رقم 295 تاريخ 3/4/2001).

وذات الأمر بالنسبة للمراسيم الاشتراعية التي قضى القرار محلّ التعليق بتمتعها بالقوة التشريعية حيث خالف ما سبق لهذا المجلس أن قضى به من أن أي تفويضٍ للصلاحية التشريعية هو غير دستوري، استناداً إلى: "مبدأ سمو الدستور الذي ينجم عنه ان على كل

سلطة عامة انشأها الدستور ان تمارس اختصاصها المحجوز لها في احكامه بنفسها وأنه لا يجوز لها ان تفوض سلطة اخرى في ممارسة هذا الاختصاص الا اذا سمح الدستور بهذا التفويض بموجب نص صريح، لان هذا الاختصاص ليس امتيازاً شخصياً أو حقاً خاصاً وإنما وظيفة راعى الدستور في ايلائها إلى كل من السلطات أهلية السلطة وقدرتها لممارستها وبلوغ غاياتها، وإن مثل هذا التفويض اذا حصل بدون نص دستوري، انما يكون قد أهدر مبدأ الفصل بين السلطات الذي يقيمه الدستور من المبادئ الأساسية للدولة. وأنه عند حصول مثل هذا التفويض للاختصاص المحجوز تنتفي الحاجة الى بحث مسألة عدم تحديد مدة لهذا التفويض وتركه على غاربه، لان مثل هذا التفويض يكون بحد ذاته غير جائز دستورياً وباطلاً، سواء تمّ تحديده بمدة أو لا(م.د. قرار رقم 1/2002 تاريخ 2002/1/31 الصادر في مراجعة إبطال القانون رقم 2001/379 "الضريبة على القيمة المضافة).

ولهذا فإن ما أقره المجلس الدستوري من إضفاء القوة التشريعية للمراسيم الاشتراعية وللمراسيم الصادرة وفق المادة 58 من الدستور والمخالف لما سبق وأقره ذات المجلس من رفضه إضفاء القيمة التشريعية بخاصة على المراسيم الاشتراعية التي ليس لها أساس دستوري، هو موقف يحتاج إلى مقارنة جديدة تصحح ما ورد أو تثبته.

2- التغيير الثاني: إن المجلس الدستوري حرم المشتري من منح أي جهة إدارية صلاحية تنظيمية

لقد أبطل المجلس الدستوري في قراره محلّ التعليق للقانون المطعون فيه بسبب منحه لجنة صلاحية تحديد مواصفات وشروط التعيين في وظائف الفئة الأولى، وهي تشكل مادة إجرائية تدخل حكماً في دائرة اختصاص السلطة الإجرائية ممثلة بمجلس الوزراء مجتمعاً سندا للمادة 65 معطوفة على المادة 54 من الدستور، ولا تدخل مطلقاً في دائرة مهام واختصاص أي هيئة أو لجنة إدارية أو إدارية-وزارية.

إن المجلس بهذه الحيثية، يكون قد حصر ممارسة السلطة التنظيمية بمجلس الوزراء، ومنع المشتري من منح أي هيئة عامة صلاحية إصدار الأنظمة، بالرغم من أن المادة 65 من الدستور لا تتضمن أي عبارة أو كلمة توجي بأن السلطة التنظيمية يمارسها مجلس الوزراء منفرداً، كما لا يستفاد منها أنه يمنع على المشتري تفويض هذه الصلاحية لغيره: فلقد نصّت الفقرة الأولى من المادة 65 على ما يلي: 1- تناط السلطة الاجرائية بمجلس الوزراء... ومن الصلاحيات التي يمارسها:... ووضع مشاريع القوانين والمراسيم التنظيمية واتخاذ القرارات اللازمة لتطبيقها. 2- السهر على تنفيذ القوانين والأنظمة.

مما لا شكّ فيه أن هذه المادة تمنح مجلس الوزراء سلطة التنظيم، إلا أنها حتماً لم تجعله محتكراً لهذه السلطة وكان على المجلس الدستوري عندما أبطل القانون بسبب منحه لجنة للصلاحية التنظيمية أن يعلل كيف يحتكر مجلس الوزراء هذه السلطة، وأن يبيّن أيضاً كيف يمكن تلافي نتائج هذا القرار على الإدارة العامة في حال جرى حصر التنظيم بمجلس الوزراء، وكيف يمكن إصلاح الواقع القائم الذي يمنح البلديات والمؤسسات العامة والهيئات النازمة والوزراء وغيرها لصلاحية التنظيم؟

ومن يتابع اجتهاد مجلس شوري يجده مستقراً على الإقرار بوجود سلطة تنظيمية لهذه الهيئات بخاصة عندما يكون مصدرها القانون (على سبيل المثال: م.ش. مجلس القضايا - قرار رقم 49 تاريخ 1992/12/21 - المصانع الوطنية للجوت / الدولة - م.ق.إ. 1994 ص 94 وأيضاً قرار مجلس القضايا، رقم 429 تاريخ 1975/7/7 وديع شلهوب/ الدولة - رئاسة مجلس الوزراء، ديوان المحاسبة، والقرار رقم /2017-2018 تاريخ 2017/11/16 نقابة أصحاب المطاعم والمقاهي والملاهي والبايسري في لبنان/ الدولة). وبالفعل فإنه معظم القوانين تتضمن الترخيص بممارسة السلطة التنظيمية ولم تكن هذه القوانين محلّ احتجاج بمخالفتها الدستور أو تشكل انتقاصاً من صلاحية مجلس الوزراء التنظيمية.

يضاف إلى ما تقدّم، أن ما أناطه القانون المطعون فيه باللجنة ليس صلاحية تنظيمية، بل صلاحية وضع ملخص بالشروط المقررة بالقوانين والأنظمة وتبيان كيفية احتساب النقاط

وهذا واضح من عبارات المادة التي كانت السبب في إبطال القانون، والتي جاء فيها: "تحدد مواصفات التعيين للوظائف الشاغرة في المؤسسات العامة وشروطها، من قبل كل من مجلس الخدمة المدنية ومكتب وزير الدولة لشؤون التنمية الإدارية بالتنسيق مع الوزير المختص، على أن تراعى شروط التوظيف العامة والشروط الخاصة المنصوص عليها في أنظمة المؤسسة العامة المعنية، وتبلغ من الوزير المختص من أجل الموافقة عليها".
فمجلس الخدمة ومكتب وزير الدولة لشؤون التنمية الإدارية ملزمان بالنص بمراعاة شروط التوظيف العامة والخاصة، ودورهما يقتصر على استخلاص المواصفات من هذه النصوص.

وما يؤكد غياب الطابع التنظيمي عن لائحة المواصفات، أن المشتري لم يجز للجهات المعنية وضع شروط التوظيف وإنما فوضها فقط استخلاص المواصفات من الشروط التوظيف العامة والخاصة، وكذلك فإن إعلان هذه المواصفات هي لمرة واحدة أي لتعيين واحد، وبغياب الاستمرارية تفقد طبيعتها التنظيمية وفق ما استقرّ عليه اجتهاد مجلس شورى الدولة من تجريد الاعلان الذي لا يطبق بشكل دائم ودوري من الطابع التنظيمي (م.ش. قرار رقم 139/2014-2015 تاريخ 2014/11/11 نجيب ناجي فرحات/ الجامعة اللبنانية)، أو تشترط لاعتبار القرار تنظيمي أن يتميز بطابع الديمومة والإستمرار (م.ش. قرار رقم 500 تاريخ 2008/4/3، شركة تلفزيون المستقبل ش م ل ورفيقته /الدولة - وزارة السياحة ورفاقها، مجلة العدل 2008/3 ص 1097).

ولهذا لا يمكن اعتبار لائحة المواصفات ممارسة لسلطة تنظيمية ولم يكن تبعاً لذلك المجلس الدستوري موقفاً فيما انتهى إليه من إبطال القانون لتفويضه سلطة تنظيمية للجنة إدارية (مع تحفظنا طبعاً على مصطلح لجنة)، وكذلك يقتضي اتخاذ موقف حاسم من مسألة حصر السلطة التنظيمية بمجلس الوزراء بحيث لا يحق للمشتري منح أي هيئة عامة سلطة التنظيم كما يفهم من اجتهاد المجلس الدستوري.

○ السبب الثاني: لجهة تأليف اللجنة الثلاثية

اعتبر المجلس الدستوري في القرار محل التعليق أن إنشاء لجنة ثلاثية من مجلس الخدمة المدنية ومكتب وزير الدولة لشؤون التنمية الإدارية والوزير المختص من شأنه: "تقليص دور الوزير المختص، الى مجرد التنسيق -من خلال اللجنة الثلاثية- في تحديد مواصفات وشروط التعيين للوظائف الشاغرة في الفئة الأولى وفي ما يماثلها من مراكز عليا في المؤسسات العامة، في الوقت الذي يمنحه الدستور ولاية إدارة مصالح الدولة وتطبيق القوانين والأنظمة في كل ما يتعلق بالامور العائدة الى ادارته وسلطة تقريرية في هذا المجال، كما أن جعل القانون المطعون فيه مجلس الخدمة المدنية ووزير الدولة لشؤون التنمية الإدارية شريكين للوزير المختص في ممارسة سلطة الاقتراح انطلاقا من اللائحة - القيد- التي ترفعها له اللجنة متضمنة أسماء المرشحين الثلاثة وفقا لترتيب العلامات التي حصلوا عليها، وليس على الأقل أسماء جميع المرشحين، أيا يكن عددهم، الناجحين وفقا لترتيب العلامات التي حصلوا عليها حيث يستعيد حينها الوزير - وبقطع النظر عن عدم دستورية اللجنة، كامل صلاحياته وسلطته في اقتراح من يراه ويراهم اكثر كفاءة لملاء الوظيفة الشاغرة، وحيث أن سلطة الوزير في الاقتراح، وفي المشاركة، في اتخاذ القرار داخل مجلس الوزراء تشكل في حقيقة الامر ضمانة دستورية، وأن تقييد الوزير المختص في ممارسة سلطة الاقتراح ولاحقا في المشاركة في ممارسة سلطة التقرير، سواء داخل أو خارج مجلس الوزراء، كما وتقييد مجلس الوزراء عينه في اتخاذ القرار من خارج مجلس الوزراء، من خلال غل أيادي كل من ذكر بالزامهم بلائحة تتضمن أسماء المرشحين الثلاثة وفقا لترتيب العلامات التي حصلوا عليها، وخاصة في المواضيع الأساسية الواردة في المادة 65 الفقرة 5 من الدستور.

إن ما أدلينا به من ملاحظات حول قرار المجلس الدستوري رقم 2001/5 تاريخ 2001/9/29 في بداية هذا التعليق يصلح أيضاً للتعليق على هذه الحثية، ولكن يمكن إضافة بعض الملاحظات حول ما ورد من عدم جواز تقييد صلاحية الوزير، هو كلام يجد الردّ عليه في المادة 66 ذاتها من الدستور التي لم تجعل الوزير ملكاً في وزارته

بل يناط به تطبيق الأنظمة والقوانين، وتعني هذه الجملة أن الوزير ملزم باحترام القوانين وتطبيقها حتى لو كانت هذه القوانين متصلة بتعيين المدراء العامين فهو ملزم بتطبيق النص وفق حرفيته، ولا تستج أي صلاحية إضافية للوزير خارج نطاق تطبيق القوانين والأنظمة. بل إن الدستور منح رئيس الحكومة صلاحيات في نطاق الوزارات من خلال مسؤوليته عن تنفيذ السياسة العامة التي يضعها مجلس الوزراء، فالمادة 64 من الدستور لم تعطِ الوزير تنفيذ السياسة العامة لمجلس الوزراء وإنما منحت هذه الصلاحية لرئيس مجلس الوزراء الذي له وفق الفقرة 7 من ذات المادة متابعة أعمال الإدارات والمؤسسات العامة والتنسيق بين الوزراء ويعطي التوجيهات العامة لضمان حسن سير العمل.

ولهذا لم يكن المجلس الدستوري موقفاً في تفسيره كلمة "تنسيق" الواردة في الدستور بأنها كلمة: "ليس لها أي مفهوم قانوني" فالدستور لا يتضمن كلام ليس له معنى ولم يكن للمجلس الدستوري المرتجى في تفسير الدستور، أن ينسب إلى هذا الدستور أنه يتضمن كلام لا معنى قانوني لها.

وبمعزلٍ عن معنى التنسيق، فإن صلاحيات الوزير ليست مطلقة وإنما هي صلاحيات محدودة في نطاق القوانين، وهذه القوانين دائماً ما تتضمن إلتزامات أو رسم خارطة طريق على الوزير التقيد بها قبل رفع مشروع مرسوم إلى مجلس الوزراء، ومن الأمثلة التي نسوقها في هذا المجال نذكر: الحصول على موافقة مدير عام الآثار قبل إصدار مرسوم استملاك عقار مدرج في لائحة الجرد العام للأبنية الأثرية، الحصول على موافقة هيئة التنظيم المدني على مراسيم تخطيط الطرق والمخططات التوجيهية والتنظيم للمناطق، أو موافقة المجلس الوطني للمقالع والكسارات، أو المجلس العسكري أو مكتب مجلس شورى الدولة، أو استشارة مجلس شورى الدولة، أو موافقة مجلس الخدمة المدنية، أو موافقة مجلس التعليم العالي، أو موافقة مجلس الجامعة على مشاريع المراسيم المتعلقة بالجامعة اللبنانية...". في هذه الحالات وغيرها الكثير الكثير، فإن الوزير قبل أن يقترح مشروع المرسوم عليه أن يراعي الأصول المذكورة والحصول على الموافقات أو بيان الرأي من الجهة المذكورة. إن هذه

الأصول الجوهرية كما سبق وذكرنا لا تنتقص من مكانة الوزير ولا مجلس الوزراء وإنما تساعد في حسن التقرير .

وهذا المنطق قد تبناه المجلس الدستوري فيما يتعلق بالوظيفة التشريعية، حيث فرض هذا المجلس قيماً على سلطة التشريع وبمقتضاه يمنع على مجلس النواب إصدار أي قانون يتعلق بشؤون القضاة قبل استشارة مجلس القضاء الأعلى ومكتب مجلس شورى الدولة ومكتب مجلس ديوان المحاسبة حيث ورد في حيثيات الحكم ما يأتي: "إن هذه المادة (المادة 89) أغفلت صيغة جوهرية تكمن في موجب استطلاع رأي كل من مجلس القضاء الأعلى ومكتب مجلس شورى الدولة ومكتب مجلس ديوان المحاسبة، في مشاريع القوانين والأنظمة المتعلقة بالقضاء... حيث أن الصيغة الجوهرية المذكورة لا تقتصر على مجرد استطلاع رأي الهيئات المذكورة في مشاريع القوانين والأنظمة المتعلقة بالقضاء، بل هي تكريس للضمانة القضائية المكتوبة في المادة 20 من الدستور وأيضاً لمبدأ استقلال السلطات الدستورية وتعاونها، المنصوص عليه في الفقرة (هـ) من مقدمة الدستور. حيث أن المادة 89 المطعون فيها تكون، باستثناء ما سبق، إذاً مخالفة للدستور لهذا السبب أيضاً، فيقتضي إعلان عدم دستوريته جزئياً وإبطالها جزئياً (م.د. قرار رقم 23 تاريخ 2019/9/12 الصادر في الطعن الرامي إلى إبطال بعض مواد القانون رقم 144 تاريخ 2019/7/31 المتعلق بالموازنة العامة والموازنات الملحقة لعام 2019).

ولهذا ألا يكون المجلس الدستوري في قراره محل التعليق غير منسجم مع حيثيات هذه الفقرة لناحية أن استطلاع أو موافقة هيئة مسبقة لا تعيب العمل بعبء عدم الدستورية؟ ولهذا فإن القانون الذي أبطله المجلس بإنشاءه لجنة ثلاثية لدراسة ملفات المرشحين لا يشكل انتقاصاً من صلاحيات الوزير، ولكن كان سيشكل مساساً بصلاحيات الوزير لو تبني القانون المطعون فيه ما سبق ونصّ عليه القانون 2001/363 لناحية منح اللجنة صلاحية رفع أسماء المرشحين إلى مجلس الوزراء. ولكن طالما أن القانون قد حفظ صلاحية اقتراح أسماء المرشحين للوزير المختص فإنه لا يكون قد مسّ بهذه الصلاحية، مع التنكير بأن هذا الاقتراح إنما يقصد منه تعيين للسلطة المختصة، فالوزير الذي يبني المرسوم على

اقتراحه هو الذي يوقع هذا المرسوم بصفته السلطة المختصة بتنفيذه، إذ من غير المنطقي أن يُبنى مشروع المرسوم على اقتراح وزير دون أن يُدَيَّل هذا الوزير مشروع المرسوم بتوقيعه" (هيئة التشريع والاستشارات في وزارة العدل استشارة رقم 2009/343 تاريخ 2009/04/28)، وحيث أن القانون الذي أبطله المجلس الدستوري لم يحرم الوزير من اقتراح أسماء المرشحين ورفعها إلى مجلس الوزراء فإنه لا يكون قد تعرّض لصلاحيته الوزير وإنما حقق التكامل بين الإدارات العامة، وما يؤكد صحة هذا الطرح أنه فيما يتعلق بتعيين موظفي الفئات الثالثة والرابعة، أن دور الوزير المختص يقتصر على اقتراح أسماء الناجحين في المباراة التي أجراها مجلس الخدمة المدنية دون أن يكون له أي دور في ترتيب الناجحين، وإنما يوقع مشروع المرسوم ويحيله إلى رئيس الحكومة للتوقيع، ولم يشكك أحد بأن هناك انتقاص من صلاحية الوزير.

لهذا فإن ما أخذ به المجلس الدستوري من شأنه تحويل الوزير إلى ملكٍ ويغيّر المفاهيم المستقرة في القانون الإداري ويجعل الوزير اميراً منفرد التوقيع في كافة المواضيع ولا يعود تبعاً من حق مجلس شورى الدولة إبطال أي مرسوم لم يراعِ بشأنه الوزير الأصول الجوهرية المقررة في القانون بحجة أن هذه الأصول تقيّد من صلاحيات الوزير - الملك!.

○ السبب الثالث: لجهة قوة القضية المحكمة لقرارات المجلس الدستوري

والزاميتها

اعتبر المجلس الدستوري بأن القانون الذي أبطله قد خالف القوة القضائية المحكمة لقرارات المجلس الدستوري، حيث سبق لهذا المجلس الدستوري في قراره رقم 2001/5 أن أبطل القانون رقم 363 تاريخ 2001/8/16 (أحكام خاصة للتعيين في الفئتين الأولى والثانية في وظائف الملاك الإداري العام)، لمخالفته، وتحديدًا في مادته الثالثة، أحكام المادة 65 من الدستور.

ولما كان مضمون القانون الحالي يحد من سلطة مجلس الوزراء ويقيدها في الاقتراح والتقرير وفقاً لما صار شرحه أعلاه وينسجم بموضوعه وفي كثير من إجراءاته مع القانون

رقم 2001/363، وان ارتدت بعض أحكامه حلة جديدة، فيكون مخالفا للقرار رقم 2001/5 ومصطدا بقوة قضيته المحكمة وبالتالي يستوجب الإبطال.

إن هذه الحجة التي استند إليها المجلس الدستوري لإبطال القانون المطعون فيه لم تكن موفقة، ذلك أنه من خلال مقارنة القانونين نجد مغايرات جوهرية تجعل من المستحيل القول بوجود تطابق أو إعادة إقرار قانون سبق للمجلس أن أبطله، وذلك للأسباب الآتية:

- إن قانون العام 2001 أنشأ لجنة دائمة، بينما قانون العام 2020 لم ينشئ لجنة وإنما أنشأ وظائف تتولاها هيئات عامة (مجلس الخدمة المدنية ومكتب وزير الدولة لشؤون التنمية الإدارية والوزير المختص) أو ممثلين عنهم، ويتحرك عملهم عند اعلان عن شغور مركز من المراكز الوظيفية في الفئة الأولى.
 - إن لجنة العام 2001 كانت مؤلفة من 6 أعضاء وهي التي ترفع اقتراحاتها إلى مجلس الوزراء دون المرور بالوزير المختص، بينما قانون العام 2020 لم ينشئ لجنة وإنما أقر أدواراً لثلاثة إدارات عامة لهم علاقة دائمة وسابقة بالوظيفة العامة بما فيها وظائف الفئة الأولى، وأن صلاحية رفع اقتراح التعيين إلى مجلس الوزراء بقيت محفوظ للوزير المختص.
 - إن قانون العام 2001 يتحدث عن تعاقد وظيفي لثلاث سنوات في مراكز الفئة الأولى، بينما يهدق قانون العام 2020 إلى تعيين موظفي الفئة الأولى.
 - إن قانون العام 2001 وسّع صلاحية اللجنة، بينما قانون العام 2020 جعل الوزير المختص محور عملية الترشيح والاختيار.
- لذلك لا يوجد أي تطابق بين القانونين وتبعاً لذلك لا يوجد مخالفة لقرارات المجلس الدستوري تسوجب إبطال القانون.

○ خلاصة القول:

إن ما توصل إليه المجلس الدستوري يجعل مفتاح تعيين المدراء العاميين بيد الوزراء للأبد، ويمنع أي فكرة إصلاحية أو تطويرية، بعد أن قضى المجلس الدستوري أن الوزير هو المرجع الوحيد لاقتراح تعيين المدير العام، مع العلم أن القانون الذي أبطله المجلس لم ينشئ لجنة إنما أنشأ قاعدة تعاون بين ثلاثة إدارات عامة تعنى منذ نشأتها وبحسب اختصاصها بتعيين الموظفين ومتابعة سيرتهم الوظيفية بما فيهم موظفي الفئة الأولى. فمجلس الخدمة المدنية كان ولا زال وسيبقى الجهة التي لا يصدر مرسوم التعيين إلا بناء على موافقته أو استطلاع رأيه، ومكتب وزير الدولة لشؤون التنمية الإدارية حاز ومنذ نشأته وبموجب العرف المستمر على صلاحية متصلة بالوظيفة العامة.

ولهذا نرى بأن القانون الذي أبطله المجلس الدستوري، هو أقل ما يمكن تقديمه لتحقيق الإصلاح في مسألة تولية مهام قيادية في الإدارة العامة، ولقد طرح اجتهاد الدستوري جدياً مسألة تتصل بفلسفة الحكم، إذ وبعد أن انتقلنا من نظام حكم الفرد إلى نظام حكم الحزب، حيث أن المنافسة على السلطة في جميع دول العالم الغربي والشرقي، إنما تتم فيما بين أحزاب وقد يتولى أحد الأحزاب منفرداً أو بمشاركة أحزاب أخرى ممارسة السلطة في الدولة لعشرات السنين، ولهذا لم يعد مجدياً بعد قرار المجلس الدستوري في البحث عن إصلاح آلية التعيين من داخل الإدارة، بل علينا البحث في إصلاح النظام الحزبي من خلال دفع الأحزاب لتقديم النخب التي لديها والمتفوقة على أساس الكفاءة والجدارة لتولي الوظيفة العامة، وهنا عندما يكون جميع مرشحي الأحزاب كفاءات ومؤهلين لتولي المراكز القيادية، في هذه الحالة لا يعود ضرورياً تشكيل لجنة لاختيار الأكفأ لأن كافة المرشحين هم من الكفاءات.

جاذبية القانون الدولي وسيادة القانون الداخلي على ضوء أحكام المادة 2 أصول محاكمات مدنية

د. داني نعوس

مها حايك (طالبة ماستر 2 قانون خاص)

فاطمة فواز (طالبة ماستر 2 قانون خاص)

“Les traités, voyez-vous, sont comme les jeunes filles et les roses: ça dure ce que ça dure!”⁽¹⁾.

ساد هذا القول الشهير لشارل ديغول عام 1963 إلا أن تطور وتغير الأزمان أثبتا عدم صحته، إذ أصبحت المعاهدات اليوم من مقومات المجتمع الدولي التي لا غنى عنها، لاسيما بعد ظهور اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات عام 1969 التي رسخت دورها الجوهري خاصةً عبر المادة 27⁽²⁾ منها التي اعتبرت انه لا يمكن التذرع بالقوانين الوطنية للتهرب من تطبيق القوانين الدولية. فالمجتمع الدولي يحاول فرض قواعد ثابتة في كافة الدول عن طريق المعاهدات وذلك كي يوحد المبادئ الأساسية التي تطال مختلف أنحاء العالم. إلا أن المسألة ليست بهذه البساطة، إذ غالباً ما تصطدم أحكامه بالقانون الوطني ويسود نزاع بينهما حول أولوية التطبيق وذلك نظراً لتناقض أحكامهما. فالعلاقة بين القانونين، الدولي والوطني، لم تكن يوماً سلسلة بل انها معقدة وملينة بالعقبات والتحديات. وفي الواقع، غالباً ما تظهر الدول في دساتيرها وقوانينها داعمة سمو القوانين الدولية، إلا ان اجتهاداتها تظهر

⁽¹⁾ شارل ديغول: "ان المعاهدات تشبه الزهور والفتيات الصغيرات.يدمن فترة بقائهم فقط."

⁽²⁾ Convention de Vienne sur le droit des traités، 1969, Article 27: Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. Cette règle est sans préjudice de l'article 46.

العكس حيث تتوضح حقيقة تمسكها بنظامها الداخلي وبما عرفته قديماً من سيادة لقوانينها الوطنية. لقد أشارت الدولة اللبنانية بصراحة المادة 2 من قانون أصول المحاكمات المدنية⁽¹⁾ الى إعطاء المعاهدات الدولية مرتبة أعلى من القوانين الوطنية في سلم تسلسل القواعد الهرمية إلا أن نصّها أتى سطحياً. فإن كانت القراءة الأولية لا تظهر وجود غموض إلا أن القراءة العميقة تؤكد لنا أن هذه المادة أغفلت التطرق إلى مسائل عدة، منها رتبة المعاهدة الدولية عند تعارضها مع قواعد وطنية أمرة او متعلقة بالنظام العام. قد تبدو هذه المسألة بسيطة، يسهل حلها من خلال إتباع إجراء "التحفظ" على أحكام متعارضة مع مبادئنا إلا أن الواقع العملي أظهر لنا أن الأمر ليس كافياً كي نتجنب وقوع نزاعات عند تطبيق المعاهدات. فلقد أظهرت الاجتهادات المختلفة تخبّطاً واضحاً بين القضاة اللبنانيين حول مسألة تفسير المعاهدة وتطبيقها، خاصةً عند تضمينها مبادئ قد تظهر واضحة إلا انها تحمل في طياتها معانٍ متشعبة.

لذلك، لا بد من البحث في حل مسألة تطبيق المعاهدات، مستشهدين بما لجئت إليه محاكم الدول المختلفة، خاصة ان تشريعنا لم يتصدى الى هذه التفاصيل الدقيقة. وعليه، ثمة سؤالاً يطرح نفسه حول مدى إمكانية تطبيق المعاهدات الدولية المتناقضة مع القواعد الوطنية التي تشكل البنيان الأساسي للمجتمع؟

ان الإجابة على هذا السؤال تفترض تحديد الوسيلة اللازمة لعبور القواعد القانونية الدولية الى المنظومة القانونية الداخلية (القسم الأول)، ومن ثم التطرق الى مدى احترام مبدأ تسلسل القواعد القانونية عند اصطدام القانون الدولي بالقانون الداخلي (القسم الثاني).

القسم الأول: عبور القواعد القانونية الدولية الى المنظومة القانونية الداخلية

- الجزء الأول: الدول التي تعتمد منهج Dualiste أو Moniste لإدخال القواعد القانونية الدولية إليها

(1) المادة 2: على المحاكم ان تتقيد بمبدأ تسلسل القواعد. عند تعارض احكام المعاهدات الدولية مع احكام القانون العادي، تتقدم في مجال التطبيق الاولى على الثانية. لا يجوز للمحاكم ان تعلن بطلان اعمال السلطة التشريعية لعدم انطباق القوانين العادية على الدستور او المعاهدات الدولية.

- الجزء الثاني: الطابع الأمر للقواعد الدولية Jus Cogens كميّار للدخول الى المنظومة القانونيّة الداخليّة
- القسم الثاني: مدى احترام مبدأ تسلسل القواعد القانونيّة عند اصطدام القانون الدولي بالقانون الداخلي
- الجزء الأول: تطبيق القواعد الدوليّة على إثر وضعيتها داخلياً وفعاليّة طابعها
- الجزء الثاني: دور القاضي في تفسير أحكام المعاهدات واحترام النظام العام الداخلي

○ القسم الأول: عبور القواعد القانونيّة الدوليّة إلى المنظومة القانونيّة الداخليّة

عند الإنطلاق لرسم علاقة القانون الدوليّ بالقانون الداخليّ، يستوقفنا سؤالٌ يستحقُّ بعض التفكير. أنسلك طريق مصادر القانون الدوليّ سواء العرف ام المعاهدات أو الأعمال الانفراديّة الدوليّة لتحديد هذه العلاقة؛ ام نسلك طريق تصنيف الدّول على أساس من منها يتّبع مدرسة القانون المدني Tradition civiliste أو ما يعرف بالرومانو-جرمانيك Romano-Germanique التي تستمد جذورها من القانون الأوروبي، أو من منها فضّل مدرسة القانون العام Common Law المعروف بالأنجلو-ساكسوني Anglo-Saxon التي تعتمد على القانون الانكليزي وعلى اجتهاد المحاكم؛ ام نسيرُ في طريقٍ ثالثٍ يتّصّب على نظريّتيّ Moniste و Dualiste كميّار لتوضيح موقف الدول من النظام القانوني الدولي ومدى ترحيبها به، وهذا ما اعتمدناه لكونه أكثر فعالية. دون أن يغيب عن بالنا الولوج في وضعيّة القواعد الأمرة الدوليّة المثيرة للجدل والتي تعكس في مرآتها النّظام العام الدّخلي الذي عانى من قصور دستوري وتشريعي لجهة منزلته عند تقاطعه مع أحكام معاهدات دوليّة، إذ إن المادة 2 أصول محاكمات مدنية، لم تقى بالعرض لإسكات صوت الحيرة عند ترتيب جميع القواعد القانونيّة، دوليّة كانت ام داخليّة ضمن تسلسلٍ واضح وشامل.

ولذلك، يقتضي تحديد الدول التي تعتمد منهج Dualiste أو Moniste لإدخال القواعد القانونية الدولية إليها (الجزء الأول) والطابع الأمر للقواعد الدولية Jus Cogens كميّار للدخول الى المنظومة القانونية الداخلية (الجزء الثاني).

♦ الجزء الأول: الدول التي تعتمد منهج Dualiste أو Moniste لإدخال القواعد القانونية الدولية إليها

في ظل محاولة جمع الدول تحت راية المجتمع الدولي، تبقى المعاهدات حلقة الوصل الأساسية التي تربط القانون الدولي بالقانون الداخلي وتتجسد هذه العلاقة بحسب ما أجمع عليه الفقهاء في مختلف أنحاء العالم حول اعتماد الدول إحدى النظريتين، سواء ثنائية القانونين dualiste أم وحدة القانونين moniste. ولقد نادى بنظرية ثنائية القانونين dualiste كل من الايطالي Dionisio Anzilotti، الألماني Heinrich Triepel⁽¹⁾، والبريطاني James Atkin. وهم رواد المذهب الإرادي الذي يقوم على أساس القوة الملزمة للقانون وتفسيرهم لها، على اعتبار أن الإرادة هي التي تنشئ القانون وتعبيرها عن رغبة واضعه⁽²⁾.

هؤلاء الفقهاء يزعمون أن القانون الداخلي والقانون الدولي مستقلان عن بعضهما البعض بإعتبارهما يختلفان من حيث المصدر والموضوع، والبنيان القانوني والأشخاص⁽³⁾. أما نظرية وحدة القانونين moniste، فقد عبر عنها كل من الفرنسي Georges Scelle، والنمساوي الأميركي Hans Kelsen، والفرنسي André Décencière-

⁽¹⁾ Terry OLSON et Paul CASSIA, Le droit international le droit Européen et l'Hiérarchie des normes, Presses Universitaires de France, 2006, p.37؛ Claude EMANUELLI, L'application des traités internationaux et des règles dérivées dans les pays de droit civil et de common law, Revue générale de droit, vol.37,2007,P.269-299,P.273؛

نقيش لخضر، صلاحيات البرلمان الجزائري في الانفاذ الوطني للمعاهدات الدولية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، عام 2019، ص. 228.

⁽²⁾ فهد نايف حمدان البرجس الشمري، الأثر القانوني للمعاهدات الدولية في النظام والقضاء الوطني (دراسة مقارنة)، جامعة الامارات العربية المتحدة، عام 2018، ص.6.

⁽³⁾ Terry OLSON et Paul CASSIA, ibid, P.37 – Claude EMANUELLI, ibid, P.272-273؛

فهد نايف حمدان البرجس الشمري، المرجع السابق، ص. 6-8؛ نقيش لخضر، المرجع السابق، ص. 228-230.

Pieter Ferrandière والنمساوي Alfred Verdross⁽¹⁾ وآخرهم الهولندي Kooijmans، ولقد أجمعوا على فكرة أن القانونين الدولي والداخلي يشكلان نظام قانوني موحد⁽²⁾.

الا انهم انقسموا الى موقفين مختلفين، الأول تبني مبدأ وحدة القانونين مع سمو القانون الداخلي عند تعارضهما، استناداً الى ان القانون الدولي ينبثق عن القانون الداخلي كون القوانين تستمد قوتها الإلزامية من إرادة الدولة التي تتمتع بحرية تنظيم علاقاتها والتزاماتها الدولية بموجب دستورها. في حين، أخذ أصحاب الموقف الثاني بمبدأ وحدة القانونين مع سمو القانون الدولي، حيث اعتبروا ان القانون الداخلي يتفرع عن القانون الدولي كون هذا الأخير هو مصدراً للأول⁽³⁾.

دعم الرأي الأخير بعينة من القضايا، اخترناها من مجموعة طرحت أمام عدة محاكم مختلفة على مر الزمن. أولها قضية تعود الى عام 1872، عرفت بقضية ألباما Alabama arbitration⁽⁴⁾ حيث رفضت حجة بريطانيا التي تذرعت بنقص الإجراءات القانونية الداخلية بوجه اتفاقية دولية عقدتها مع الولايات المتحدة الأمريكية تكرر مبدأ الحياد في الحرب الأمريكية. بالتالي قضت محكمة التحكيم أن أحكام القانون الداخلي ليست مبرراً للإخلال أو التصل من الالتزامات الدولية، مؤكدة بذلك مبدأ سمو القانون الدولي على القانون الداخلي. وأمام محكمة العدل الدولية الدائمة عام 1932⁽⁵⁾، صدر حكم لصالح

(1) نقيش لخضر، المرجع السابق، ص.273;233، Claude EMANUELLI, ibid.

(2) Claude EMANUELLI, ibid, P.271

نقيش لخضر، المرجع السابق، ص.233؛ فهد نايف حمدان البرجس الشمري، المرجع السابق، ص.14.

(3) نقيش لخضر، المرجع السابق، ص.233-236-273;236، Claude EMANUELLI, ibid.

(4) Tribunal of arbitration, Geneva, 14 September 1872, Reports of International Arbitral Awards, United Nations, Vol.xxix, p.125-134

هي سلسلة من دعاوى التعويض، رفعتها الحكومة الأمريكية بعد حربها الأهلية بين الفدراليين الشماليين والكونفدراليين الجنوبيين، بوجه حكومة بريطانيا نتيجة خرق هذه الأخيرة لمبدأ الحياد تجاه الحرب الأمريكية عبر بنائها وبيعها باخرة حربية ألباما بموجب عقود خاصة لصالح الولايات الجنوبية. ما دفع الولايات المتحدة الأمريكية لاعتبار أن الخسائر التي منيت بها سفنها كان سببها المساعدة السرية من قبل بريطانيا.

(5) Cour Permanente de Justice internationale, n.32, 7Juin 1932, Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex.

سويسرا بقضية المناطق الحرة Les zones franches بينها وبين فرنسا، أكد على عدم إمكانية هذه الأخيرة التذرع بقانونها الداخلي لكي تقيد من نطاق التزاماتها الدولية أو التهرب منها. كما أمرت المحكمة بإلغاء جميع الآثار القانونية الناجمة عن قانونها 1923 المخالف للاتفاقيات 1814-1816 والتي لها الغلبة على أحكام القوانين الوطنية. وأخراها، قضية أخذت الحيز الأطول في النزاعات الإقليمية أمام محكمة العدل الدولية وهي قضية قطر ضد البحرين⁽¹⁾، موضوعها تعيين الحد البحري والقضايا الإقليمية. حيث رأت المحكمة فيما يتعلق بالاختصاص بإبرام المعاهدات، أولوية القانون الدولي على أحكام النصوص الدستورية الداخلية. ولا مندوحة من الرجوع الى مصدر كل من نظريتي moniste و dualiste لفهم منبع هاتين النظريتين وكيفية تبلورهما. إذ يقتضي رسم حد أوضح بين المفهومين لمعرفة كيفية إدخال القاعدة القانونية الدولية في المنظومة القانونية الداخلية بدءاً من تعريف كلا النهجين (الفقرة الأولى) وتحديد مواقف بعض الدول الأجنبية والعربية عملاً بدساتيرها سواء dualiste (الفقرة الثانية) أو moniste (الفقرة الثالثة)، وصولاً الى مقارنة موقف المشرع اللبناني بالفرنسي لناحية النهج المعتمد لهذا الإدخال.

• الفقرة الأولى: ماهية نظريتي Moniste و Dualiste

نظراً لتعدد وجهات نظر الفقهاء، إنه من الصعب إيجاد تعريف موحد لنظريتي moniste و dualiste فقد اعتبر T.BUERGENTHAL أن مرحلة التصديق هي التي

يرجع أصل النزاع في هذه القضية إلى حرمان السويسريين من فائدة اقتصادية كانوا قد حصلوا عليها بموجب اتفاقيتين دوليتين-الأولى بين فرنسا وسويسرا والثانية بين الأخيرة وسردينيا التي انضمت لاحقاً- وهذا الحرمان جاء نتيجة لقانون أصدرته الجمعية الوطنية الفرنسية سنة 1923 قضى بأن تصبح المناطق الحرة داخل فرنسا. ما دفع بسويسرا إلى اللجوء لمحكمة العدل الدولية الدائمة مطالبة باعتبار الاتفاقيات لا تزال سارية المفعول وإن التغيير الجوهري في الظروف ليس من شأنه أن يؤثر على المعاهدات المنشئة لحقوق عينية. وهذا ما أكدته المحكمة وحددت كحد أقصى تاريخ الأول من كانون الثاني 1934 لإعادة الحال إلى ما كانت عليه، ورجوع فرنسا بحدودها الجمركية عن الحدود السياسية.

(1) Cour internationale de justice, n.87, 16 March 2001

جاء قرار المحكمة منصفاً للبلدين، حيث أعلنت سيادة قطر على الزيادة وجزيرة جنان بما فيها حد جنان وفشت الدبل. وسيادة البحرين على جزر خوار وقطعة جرادة، ومنح السفن القطرية التجارية حق المرور السلمي بين جزر حوار والبر البحريني.

تميز بين monisme و dualisme. ففي الدول monistes، تكتسب المعاهدة قوة قانونية في النظام القانوني الداخلي بعد التصديق عليها وإصدارها؛ أما في الدول dualistes، لا يمكن الإكتفاء بالتصديق لتحويل أحكام المعاهدة الى قواعد داخلية إذ يشترط الإعتماد على فعل مكمل ألا وهو إصدار قانون⁽¹⁾.

أما Joe Verhoeven فقد صنف الدول moniste على أنها تلك التي تحاول الحد قدر الإمكان من العقبات التي تواجه تطبيق القاعدة الدولية في النظام القانوني الداخلي؛ بينما الدول dualiste تعتمد إجراءات محلية ذو آثار متعددة كي تطبق القواعد الدولية في الداخل⁽²⁾.

بناءً على ما تقدم، إن dualisme النظري التي تتطلب إصدار قانون كي تدخل القواعد الدولية بما فيها المعاهدات في صلب القانون الوطني وفقاً للشروط المنصوص عليها في هذا الأخير، إذ أن مرحلة التصديق لا تعد كافية بذاتها لتنتج هذه الأحكام آثارها كاملة. بينما monisme هي النظرية التي تكفي بصدور موافقة الدولة - عن طريق إجراءات التصديق والنشر - كي تدخل القواعد الدولية حيز التنفيذ مباشرةً دولياً كما داخلياً. وهنا لا بد من الإشارة الى أن المعاهدة كي تبصر النور على الصعيد الداخلي تمر بعدة مراحل لإبرامها، بدءاً من المفاوضات والتحرير، فالتوقيع والتصديق والتحفظات، وصولاً الى التسجيل دولياً والنشر داخلياً⁽³⁾.

وما يهمنا في دراستنا هذه، هو المرحلة اللاحقة للتصديق التي تحدد ما إذا كانت المعاهدة ستطبق مباشرةً monisme أو ما إذا كانت ستتطلب قانوناً لتنفيذها dualisme، فغالباً ما يتم تحديد الإتجاه المتبع من قبل الدولة بهذا الخصوص وفقاً لدستورها. إلا أن المسألة ليست دائماً بهذه البساطة إذ بالرغم من وجود دساتير واضحة المعنى يبقى بعضها الآخر يشوبه الغموض بشكل يصعب تحديد موقفها.

(1) Joseph Kazadi MPIANA, La position du droit international dans l'ordre juridique congolais et l'application de ses normes, Publibook, Paris-France, 2013, P. 38

(2) Joseph Kazadi MPIANA, ibid, P. 39

(3) أحمد سيف الدين، المعاهدات الدولية، مجلة الجيش، العدد 400، تشرين الأول، 201.

سنتوقف هنا لإزالة اللبس الذي يقع فيه الكثيرون عندما نشير الى إلزامية إصدار قانون للإستدلال على أن الدولة هي dualiste، إذ يجب التمييز بين إصدار قانون إجازة التصديق على المعاهدة كون هذا الإجراء لا يعد كافياً لتصنيفها على أنها dualiste وبين إصدار قانون لتطبيق المعاهدة الذي يعد المؤشر لتحديد أن نهج الدولة هو dualisme. فعبارة "التصديق بموجب قانون" نجدها في دساتير الدول moniste و dualiste لكن لا يقصد بها إدخال المعاهدة في النظام القانوني الداخلي بموجب قانون، فهي كي تعتبر dualiste يتوجب إصدار قانون يجيز تنفيذها. ونشير الى انه من المفيد التمعّن في خصوصية بعض دساتير الدول لمعرفة النهج المتبع من قبلها لإدخال القواعد الدولية داخلياً بغية إلقاء نظرة شاملة على الأساليب الواردة في مضامينها لكشف مدى قبول الدول للمعاهدات الدولية المتناقضة مع جوهر قوانينها أو تقرير وجوب قوننتها بما يتوافق مع أحكامها الداخلية.

• الفقرة الثانية: دساتير الدول Dualiste

سنتفحص دساتير بعض دول dualiste؛ فنلندا-إيرلندا- إمارات- الكويت- قطر- أستراليا- كندا- بريطانيا.

لقد جاءت المادة ٩٥ من دستور فنلندا⁽¹⁾ معتبرةً أن دخول المعاهدات حيز التنفيذ يتم وفق آليتين بالإستناد الى طبيعتها، فتصدر عن طريق قانون إذا كانت ذات طبيعة تشريعية أو عن طريق مرسوم إذا كانت على خلاف ذلك؛ وهذا هو العنصر الدال على dualisme.

(1) Constitution de Finlande, Article 95: Les dispositions d'ordre législatif d'un traité ou de toute autre obligation internationale sont mises en application par une loi. En ce qui concerne les autres dispositions, les obligations internationales sont mises en application par un décret pris par le Président de la République.

باعتبارها دولة dualiste، لا تصبح المعاهدة التي تكون إيرلندا طرفاً فيها قابلة للتنفيذ إلا بعد إصدارها بقانون⁽¹⁾، الأمر الذي يظهر جلياً من خلال المادة ٢٩ فقرة ٦ من دستورها⁽²⁾.

وفيما يتعلق بدولة الإمارات العربية المتحدة، إننا نستدل على كيفية تعامل النظام القانوني الإماراتي مع القواعد الدولية وفقاً للمادة ١٢٥ من الدستور⁽³⁾ ما يؤكد على إلزامية صدور قانون لسريان المعاهدة داخلياً.

أما دولة الكويت فتشير في المادة ٧٠ من دستورها⁽⁴⁾ على وجوب اللجوء الى أداة لتنفيذ- قانون أو مرسوم- المعاهدة تختلف باختلاف طبيعة أحكام هذه الاخيرة. والى جانب دولة الكويت، تعتمد دولة قطر الآلية ذاتها في المادة ٦٨ من الدستور⁽⁵⁾.
بالإنتقال الى رابطة الشعوب البريطانية المعروفة بدول الكومنولث Commonwealth of Nations، سنتطرق الى ثلاث دول ألا وهي أستراليا وكندا وبريطانيا.

(1) الأمم المتحدة، وثيقة أساسية تشكل جزءاً من تقارير الدول الأطراف-إيرلندا، الصكوك الدولية لحقوق الانسان ، (HRI/CORE/1/ADD.15) 30-تشرين الأول-1992، ص.10.

(2) Constitution of Ireland, 2015, Article 29: 6. No international agreement shall be part of the domestic law of the State save as may be determined by the Oireachtas

(3) الدستور الاماراتي، 2009، المادة 125: تقوم حكومات الامارات باتخاذ ما ينبغي من تدابير لتنفيذ القوانين الصادرة عن الاتحاد والمعاهدات

والاتفاقيات الدولية التي يبرمها، بما في ذلك اصدار القوانين واللوائح والقرارات والأوامر المحلية اللازمة لهذا التنفيذ.
(4) دستور الكويت ، 1992 ، المادة 70: يبرم الأمير المعاهدات بمرسوم ويبلغها مجلس الأمة فوراً مشفوعة بما يناسب من البيان، وتكون للمعاهدة قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية.
على أن معاهدات الصلح والتحالف والمعاهدات المتعلقة بأراضي الدولة أو ثروتها الطبيعية أو بحقوق السيادة أو حقوق المواطنين العامة والخاصة ومعاهدات التجارة والملاحة والإقامة والمعاهدات التي تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة في الميزانية أو تتضمن تعديلاً لقوانين الكويت يجب لنفاذها أن تصدر بقانون.

(5) دستور قطر ، 2004 ، المادة 68: يبرم الأمير المعاهدات والاتفاقيات بمرسوم، ويبلغها لمجلس الشورى مشفوعة بما يناسب من البيان. وتكون للمعاهدة أو الاتفاقية قوة القانون بعد التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية، على أن معاهدات الصلح والمعاهدات المتعلقة بإقليم الدولة أو بحقوق السيادة أو حقوق المواطنين العامة أو الخاصة أو التي تتضمن تعديلاً لقوانين الدولة، يجب لنفاذها أن تصدر بقانون.

بدايةً، بالنسبة لأستراليا ان دستورها جاء عاماً وسطحياً في المادة ٥١، فقرة ٢٩⁽¹⁾ حيث أشارت ضمن صلاحيات البرلمان الى وجوب إصدار قانون فيما خص العلاقات الخارجية.

وعليه، نستنتج من وحي الاجتهادات ان المحاكم الأسترالية لا تقبل تطبيق المعاهدات الدولية ما لم يصدر بها قانون يجعلها سارية المفعول.

ويظهر ذلك من خلال عدة قضايا أبرزها *Nulyarimma v. Thomposon* لعام 1999⁽²⁾ التي استندت عليها المحاكم الوطنية الأسترالية ومحاكم بريطانيا ومحاكم اميركا، حيث قضت المحكمة الفديرالية الأسترالية بعدم الأخذ باتفاقية " منع ومعاقبة جريمة الإبادة الجماعية" (1948) لغياب قانون يدمجها في صلب النظام القانوني الأسترالي، على الرغم من مضي نصف قرن من تاريخ تصديقها على المعاهدة في 1949⁽³⁾. ما يؤكد على إعتقاد أستراليا لنظرية dualiste كونها رفضت تطبيق معاهدة غير مدمجة، وكذلك الحال في قضية *Robert Alan Thorpe* ضد رئيس وزراء فرجينيا *Jeffery G Kennet* لعام 1999⁽⁴⁾ الذي نفذ من العقاب لعدة عدم وجود قانون يمنع الابادة الجماعية، حيث بنت المحكمة العليا قرارها على قضية *Nulyarimma v. Thomposon*.

(1) Constitution of Australia, 1985, Article 51: The Parliament shall, subject to this Constitution, have power to make laws for the peace, order, and good government of the Commonwealth with respect to: (xxix) external affairs.

(2) Federal Court of Australia, FCA 1192, 1 September 1999

دعوى أقيمت من قبل *Wadjularbinna Nulyarimma and others* ضد *Phillip R. Thompson* لعدم تقييد بعض المسؤولين بقرار منظمة الامم المتحدة للتربية والعلم والثقافة UNESCO لناحية تصنيف أراضي *Arabunna People* على قائمة الارث العالمي فأدى هذا الانتهاك الى احداث ابادة جماعية بحق السكان الأصليين. لكنهم لم يتمكنوا من تحصيل حقهم لتذرع المحكمة بعدم وجود قانون أسترالي يدين الابادة الجماعية، فلقد صدر القانون عام 2002.

(3) Shirley SCOTT, "Why Wasn't Genocide A Crime in Australia?: Accounting For the Half-century Delay in Australia Implementing the Genocide Convention", *Australian Journal of Human Rights*, 2004.

(4) Supreme Court of Victoria, 44611999, 15 November 1999

دعوى اقيمت من *Robert Alan Thorep v. Jeffrey G. Kennet*، الذي قاد البلاد نحو ظروف معيشية صعبة أودت بحياة الكثيرين من الشعب الأغواني وعلى الرغم من أفعاله، بُريء.

إن الغموض الذي ساد الدستور الأسترالي، لحق بالدستور الكندي إذ لم يذكر سوى رغبة كندا بالوفاء بالالتزامات الدولية وفق ما جاء في المادة 132 من دستورها⁽¹⁾. وعليه، إن كندا تستوحي من الممارسة البريطانية⁽²⁾ أي أنها تعتمد على إجتهد المحاكم لتحديد نهجها في تطبيق المعاهدات الدولية.

ورأت المحكمة العليا الكندية في قضية Canada ضد Mugesera لعام 2005⁽³⁾ إمكانية تطبيق إتفاقية منع ومعاينة جريمة الإبادة الجماعية (1948) المصادق عليها من قبل كندا بتاريخ 3 أيلول 1952 كونها أدخلت بموجب قانون الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب (المعمول به منذ عام 2000). وعليه، إن كندا لا تطبق إلتزاماتها الدولية إلا عبر المرور بقانون⁽⁴⁾. الا انه تستثنى مقاطعة Québec من هذه المقاربة وذلك نظراً للمادة 2807 من قانونها المدني⁽⁵⁾.

أما بالنسبة للمملكة المتحدة البريطانية التي تخلو من دستور مكتوب إن محاكمها هي التي ترسم نهجها. بالنظر الى إتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللإنسانية أو المهنية (1984)، لم تتمتع بالقوة القانونية داخليا إلا لحين صدور قانون عام 1988⁽⁶⁾.

(1) Constitution of Canada ,1982 ,Article 132: The Parliament and Government of Canada shall have all Powers necessary or proper for performing the Obligations of Canada or of any Province thereof, as Part of the British Empire, towards Foreign Countries, arising under Treaties between the Empire and such Foreign Countries.

(2) Claude EMANUELLI, ibid, P. 286.

(3) Supreme Court of Canada, 2005 SSC 40 ,28 June 2005

رفعت كندا عبر وزارة المواطنة والهجرة دعوى بتهمة التحريض على الابادة الجماعية وعلى ارتكاب جرائم ضد الانسانية على Léon Mugesera وآخرين نتيجة خطابه التحريضية ضد جماعة التوتسي في رواندا. بناء عليه، تم ترحيله من كندا الى بلده الأم رواندا حيث تمت محاكمته.

(4) Jean-François NOEL, The convention on the rights of the child, department of justice, Canada, 2015.

(5) Code civil du Québec , 1991 ,Article 2807: Doivent cependant être allégués les textes d'application des lois en vigueur au Québec, qui ne sont pas publiés à la Gazette officielle du Québec ou d'une autre manière prévue par la loi, les traités et accords internationaux s'appliquant au Québec qui ne sont pas intégrés dans un texte de loi, ainsi que le droit international coutumier.

(6) Mactar KAMARA, De l'applicabilité du droit international des droits de l'homme dans l'ordre juridique interne,ACDI, Bogotà , vol.4 , 2011 , p.97-162 ,p.107.

وخير مثال على ذلك قضية Pinochet لعام 1999⁽¹⁾، رئيس دولة تشيلي السابق الذي بدل ان يحاكم عن أفعاله الجرمية التي امتدت لأعوام اقتصرحت محاكمته أمام المحاكم البريطانية من تاريخ صدور هذا القانون أي عام 1988 لتاريخ توقيفه عن مهامه عام 1990. كما أن قضية Pinochet تسلط الضوء أيضاً على الاتفاقية الأوروبية بشأن حصانة الدول 1972 التي ادرجت في بريطانيا تحت قانون حصانة الدولة State Immunity Act 1978 وتم الاستناد إليها، لرفع الحصانة عن الرئيس المتهم بجرائم دولية.

من اللافت في دولة عظمى كبريطانيا التي لطالما نادى بالحريات وبحقوق الإنسان انها صدقت في عام 1951 على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان 1950 الا انها بقيت حتى العام 1998 لإدخالها في النظام القانوني البريطاني عبر اصدار قانون "Human Rights Act"⁽²⁾.

وبعد استعراض دساتير بعض دول dualiste، نرى ان جميعها يدور في فلك الإجراء الداخلي الملزم المتمثل بإصدار قانون يضع المعاهدة حيز التنفيذ على الصعيد الوطني، وذلك على خلاف ما انتهجته الدول moniste.

• الفقرة الثالثة: دساتير الدول Moniste

إن الركيزة الأساسية التي تستند عليها دول dualiste - إصدار قانون لتطبيق المعاهدات - لا حاجة لها في دول moniste، إذ انها تحقق هدفها بمجرد التصديق عليها.

⁽¹⁾ Chambres des Lordes, 2 WLR 827, 24 Mars 1999

Augusto Pinochet الرئيس السابق لدولة تشيلي، المتهم بجرائم التعذيب والإبادة الجماعية والقتل والاختطاف بحق عدة شعوب وذلك عن مرحلة حكمه الممتدة من 11 أيلول 1973 إلى 11 آذار 1990، تم توقيفه بموجب مذكرة إسبانية في بريطانيا أثناء تواجده هناك ليتلقى العلاج.

وقد اعتبرت المحكمة البريطانية ان تسليمه كمجرم لإسبانيا جائز كون فعله يجرم في كلا البلدين (double incrimination) إلا انه نظراً لحالته الصحية الحرجة لم تسلمه بريطانيا ورحلته إلى بلده تشيلي عام 2000 حيث رفعت عنه الحصانة وحوكم في 28 تشرين الثاني 2006 بالسجن في منزله الذي توفي فيه بتاريخ 10 كانون الأول 2006 بعد 12 يوماً من إدانته.

⁽²⁾ Mactar KAMARA, ibid, p. 108.

وعلى الرغم من اجماع الدول moniste على غياب اجراء داخلي لتنفيذ المعاهدة الا اننا نلاحظ وجود فروقات ثانوية بينهم، ومن أبرز هذه الدول: إسبانيا، اليونان، جزائر، مصر، هولندا، أميركا، فرنسا، لبنان.

يعد دستور إسبانيا واحداً من أكثر الدساتير تفصيلاً ووضوحاً فيما خص المعاهدات الدولية. فمن جهة أولى لقد حدد المعاهدات التي تتطلب موافقة البرلمان⁽¹⁾، ومن جهة ثانية أشار الى إمكانية حصول رقابة مسبقة من قبل المجلس الدستوري مع إلزام تعديل الدستور متى تعارضت نصوصه مع أحكام المعاهدة⁽²⁾، ومن جهة ثالثة اشترط القيام بإجراءات النشر. وأخيراً والأهم، حدد بصريح العبارة ان المعاهدة المبرمة وفق الأصول تصبح مباشرة جزءاً من قانونها الداخلي⁽³⁾، بالتالي سهل على القارئ تحديد نهجها كدولة moniste.

بالانتقال إلى اليونان، فقد أتت بشرط جديد ألا وهو المعاملة بالمثل من قبل الدول الأطراف في المعاهدة، فلا مجال للتغافل إذ تُرد المنفعة بالمنفعة نفسها كما يُرد الالتزام

(1) Constitution de Spain, 2011, Article 94: 1. L'État ne pourra manifester son consentement à s'engager par des traités ou par des conventions sans l'autorisation préalable des Cortès générales dans les cas suivants:

- a) traités à caractère politique;
- b) traités ou conventions à caractère militaire;
- c) traités ou conventions qui affectent l'intégrité territoriale de l'État ou les droits et les devoirs fondamentaux établis au titre I;
- d) traités ou conventions qui impliquent des obligations financières pour les Finances publiques;
- e) traités ou conventions qui entraînent la modification ou l'abrogation d'une loi ou exigent l'adoption de mesures législatives pour leur exécution.

2. Le Congrès et le Sénat seront immédiatement informés de la conclusion des autres traités ou conventions.

(2) Constitution de Spain, 2011, Article 95: 1. La conclusion d'un traité international contenant des dispositions contraires à la Constitution devra être précédée d'une révision de celle-ci.

2. Le Gouvernement ou l'une ou l'autre Chambre peut faire appel au Tribunal constitutionnel pour qu'il déclare s'il y a ou non contradiction.

(3) Constitution de Spain, 2011, Article 96: 1. Les traités internationaux régulièrement conclus et une fois publiés officiellement en Espagne feront partie de l'ordre juridique interne. Leurs dispositions ne pourront être abrogées, modifiées ou suspendues que sous la forme prévue dans les traités eux-mêmes ou conformément aux normes générales du droit international.

بالالتزام ذاته مع الإبقاء على سمو القانون الدولي الذي هو جزء من قانون البلاد، على القانون الداخلي في حال تعارضهما⁽¹⁾.

وتكشف دساتير الدولتين الأفريقيتين **جزائر** و**مصر** إتباعها لنفس النظرية **moniste** لغياب شرط تنفيذ المعاهدة بقانون والاكتفاء بلجوئهما إلى البرلمان للاستحصال على الموافقة على التصديق على معاهدات محددة في الجزائر⁽²⁾ وعلى كافة المعاهدات في مصر⁽³⁾.

ويتميز دستور هذه الأخيرة بمعالجته لعدة نقاط منها الاستفتاء وعدم جواز إبرام معاهدة مخالفة للدستور دون اشتراطه تعديله ليتلاءم معها، خلافاً لما تفعله إسبانيا، كما سبق وأشرنا. وما أغفله الدستور الجزائري اشتراطه الدستور المصري وهو النشر لإعلام الكافة به، إلا أن المجلس الدستوري الجزائري قد عاد وتدارك الأمر في قراره رقم 1989/1⁴ وأكد على إلزامية نشر المعاهدة. وتجدر الإشارة إلى أنه في دولة تونس هناك استثناء على مبدأ النشر إذ للفرد الذي علم بالمعاهدة بأية وسيلة غير الرائد الرسمي (أي الجريدة الرسمية) كالثائق الرسمية الصادرة عن الأمم المتحدة أو عن منظمات دولية أخرى تكون تونس طرفاً فيها يحق له ان يحتج بها أمام القضاء، على أن يتأكد القاضي من صحتها من خلال

(1) Constitution of Greece, 2008, Article 28, section 1: The generally recognized rules of international law and the international conventions after their ratification by law and their having been put into effect in accordance with their respective terms, shall constitute an integral part of Greek law and override any law provision to the contrary. The application of the rules of international law and international conventions in the case of aliens shall always be effected on condition of reciprocity.

(2) دستور الجزائر، 2016، المادة 149: يصادق رئيس الجمهورية على اتفاقيات الهدنة، ومعاهدات السلم والتحالف والاتحاد، والمعاهدات المتعلقة بحدود الدولة، والمعاهدات المتعلقة بقانون الأشخاص، والمعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة، والاتفاقات الثنائية أو المتعددة الأطراف المتعلقة بمناطق التبادل الحر والشراكة والتكامل الاقتصادي، بعد أن توافق عليها كل غرفة من البرلمان صراحة.

(3) دستور مصر، 2019، المادة 151: يمثل رئيس الجمهورية الدولة في علاقاتها الخارجية، ويبرم المعاهدات، ويصدق عليها بعد موافقة مجلس النواب، وتكون لها قوة القانون بعد نشرها وفقاً لأحكام الدستور. ويجب دعوة الناخبين للاستفتاء على معاهدات الصلح والتحالف وما يتعلق بحقوق السيادة، ولا يتم التصديق عليها إلا بعد إعلان نتيجة الاستفتاء بالموافقة. وفي جميع الأحوال لا يجوز إبرام أية معاهدة تخالف أحكام الدستور، أو يترتب عليها التنازل عن أي جزء من إقليم الدولة.

(4) نقيش لخضر، المرجع السابق، ص. 179.

رجوعه لوزارة الخارجية التي لها حق الاعتراض، على ان الاتفاقيات الخاصة بحقوق الإنسان تعتمد مبدأ النشر التقليدي⁽¹⁾.

وهولندا، كغيرها من دول moniste بعض معاهداتها لا تتطلب موافقة مسبقة من البرلمان في حين ان البعض يشترط إصدار قانون اجازة⁽²⁾، لكن في الحالتين ان شرط النشر واجب⁽³⁾ كما انه واجب توافق القوانين الداخلية مع المعاهدة⁽⁴⁾.
أتى دستور الولايات المتحدة الأميركية متأرجحاً بين الغموض والوضوح لناحية مكانة المعاهدات لا لناحية نهجه monisme. إذ أشار بصريح العبارة الى أن المعاهدات الدولية هي جزء من القانون الأعلى للبلاد⁽⁵⁾، ورئيس أميركا هو صاحب السلطة لإبرامها بعد الاستحصال على مشورة وموافقة مجلس الشيوخ⁽⁶⁾ الا أنه خلق لغطاً حول مكانة المعاهدات عندما اعتبر ان الدستور والقوانين الأميركية هما أيضاً جزء من القانون الأعلى للبلاد دون تحديده تسلسل هذه القواعد. ولا مجال للمرور على لبنان كدولة moniste مرور الكرام دون أن نفصل موقفه مع تبيان وضع فرنسا.

⁽¹⁾ الامم المتحدة، وثيقة أساسية تشكل الجزء الأول من تقارير الدول الأطراف، تونس، الصكوك الدولية لحقوق الإنسان (HRI/CORE/Add.46)، 8 حزيران 1994، ص.24.

⁽²⁾ Constitution of Netherlands, 2008, Article 91, section 1: The Kingdom shall not be bound by treaties, nor shall such treaties be denounced without the prior approval of the State's General. The cases in which approval is not required shall be specified by Act of Parliament.

⁽³⁾ Constitution of Netherlands, 2008, Article 93: Provisions of treaties and of resolutions by international institutions which may be binding on all persons by virtue of their contents shall become binding after they have been published.

⁽⁴⁾ Constitution of Netherlands, 2008, Article 94: Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties or of resolutions by international institutions that are binding on all persons.

⁽⁵⁾ Constitution of the United States, 1992, Article 6, section 2: This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.

⁽⁶⁾ Constitution of the United States, 1992, Article 2, section 2: The President shall have power, by and with the advice and consent of the Senate, to make treaties, provided two thirds of the Senators present concur.

- مقارنة الدستور اللبناني بالدستور الفرنسي:

مما لا شك فيه أن لبنان استلهم دستوره وقوانينه من دولة فرنسا التي انتدبت له لسنوات، لذلك ارتأينا تبيانها سوياً. ان الدستور الفرنسي تناول مختلف جوانب إبرام المعاهدة إذ حدد المعاهدات التي تستلزم موافقة البرلمان عبر إصدار قانون إجازة التصديق عليها⁽¹⁾، كما انه فرض شرطين هما النشر والمعاملة بالمثل⁽²⁾. أضف الى أنه اخضعها الى رقابة مسبقة ضمن شروط معينة من قبل المجلس الدستوري، صاحب الصلاحية عملاً بالمادة 54 من الدستور⁽³⁾ للتأكد من ملاءمة المعاهدة مع القانون الداخلي والا يتوجب تعديل الدستور كي يتوافق معها في حال تعارضهما. لقد عدّل المشرع الفرنسي دستوره 22 مرة منذ إصداره عام 1958، ويشار الى أن بعض هذه التعديلات جاءت بمناسبة قرارات وتوصيات المجلس الدستوري لتعارض قواعد المعاهدات الدولية مع نصوص دستورها⁽⁴⁾.

في السنة نفسها، عام 1999 عدّل الدستور ثلاث مرات⁽⁵⁾، ويلاحظ أن اثنين منها كانت نتيجة قراراتي المجلس الدستوري⁽⁶⁾. وعلى سبيل المثال عمدت فرنسا الى تعديل

(1) Constitution de France , 1958 modifiée 2008 ,Article 53: Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'État, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi.

Ils ne prennent effet qu'après avoir été ratifiés ou approuvés.

(2) Constitution de France, 1958 modifiée 2008, Article 55: Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.

(3) Constitution de France, 1958 modifiée 2008, Article 54: Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution.

(4) Sénat, Les révisions de la constitution du 4 octobre 1958, Senat.fr

(5) "Traité d'Amsterdam· La loi constitutionnelle n° 99-49 du 25 janvier 1999 a permis à la France de ratifier le traité d'Amsterdam, en révisant les articles 88-2 et 88-4 introduits pour la ratification de celui de Maastricht." Cour pénale internationale · La loi constitutionnelle n° 99-568 du 8 juillet 1999 a inséré un article 53-2, voir footnote 53." Parité · La loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 a modifié les articles 3 et 4 afin de favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives."

(6) Conseil constitutionnel n° 97-394 du 31 décembre 1997 ; Conseil constitutionnel n° 98-408 du 22 janvier 1999

دستورها بإدراج مادة تعترف بصلاحيّة المحكمة الجنائيّة الدوليّة وفقاً للشروط المحددة في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائيّة الدوليّة (Statut de Rome de la cour 1998) pénale internationale، سعياً لملاءمة دستورها مع المعاهدة الدوليّة. ويلاحظ ان هذا التعديل قد جاء نتيجة لقرار المجلس الدستوري بالمراجعة المقدمّة من رئيس الجمهوريّة آنذاك Jacques Chirac ورئيس مجلس الوزراء Lionel Joepin للجهة عدم تطابق الدستور مع نظام روما الأساسي 1998 لثلاث اعتبارات⁽¹⁾.

لبنان ركن في صوغ تشريعاته الى التشريع الفرنسي، هذه الكلمات تبادر الى الذهن أن المشرع اللبناني يسير على خطى التقنين الفرنسي. لكن الواقع القانوني مختلف تماماً، إذ أن الدستور اللبناني لا يزال عالماً في سنة 1926 ومن بين التعديلات الأبرز والأهم الذي شهدها هو إضافة مقدمته سنة 1990.

ان الدستور اللبناني عالج موضوع المعاهدات الدوليّة في مادة وحيدة وهي 52⁽²⁾ التي اقتصرّت على الجهة المخوّلة تصديق وإبرام المعاهدة بحسب طبيعتها. إذ أن المعاهدات المنطوية على شؤون متعلّقة بمالية الدولة وتلك المختصة بالأمر التجاري وسائر المعاهدات التي لا تفسخ سنوياً لكي تدخل في المنظومة القانونيّة لا بد أن تمر بمجلس النواب ليصدر قانون اجازة تصديقها. بينما باقي المعاهدات كي تصبح سارية المفعول تتطلب موافقة مجلس الوزراء.

(1) "إذا تنص المعاهدة:

1- على تطبيق النظام الأساسي على الجميع دون أي تمييز على أساس المركز الرسمي ما يتعارض مع الدستور

لناحية نظام المسؤولية الجنائيّة الحصريّة للرئيس والوزراء والنواب المكرسة في المواد 26، 68، 68-1.

2- على صلاحية المدعي العام التي تتخطى الدولة الفرنسيّة عبر القيام بإجراءات التحقيق دون وجود السلطات

القانونيّة الوطنيّة المختصة

3- إمكانيّة المحكمة الجنائيّة الدوليّة بمطالبة فرنسا بتسليم أشخاص يشملهم العفو أو مرور الزمن "

(2) دستور لبنان، 1990، المادة 52: يتولى رئيس الجمهوريّة المفاوضة في عقد المعاهدات الدوليّة وإبرامها بالاتفاق مع

رئيس الحكومة. ولا تصبح مبرمة إلا بعد موافقة مجلس الوزراء، وتطلع الحكومة مجلس النواب عليها حينما تمكنها من ذلك مصلحة البلاد وسلامة الدولة. أما المعاهدات التي تنطوي على شروط تتعلق بمالية الدولة والمعاهدات التجارية وسائر المعاهدات التي لا يجوز فسخها سنة فسنة، فلا يمكن إبرامها إلا بعد موافقة مجلس النواب."

يتضح لنا ان النشر، شرط المعاملة بالمثل، الرقابة المسبقة للمجلس الدستوري، كلها إجراءات لا نجد لها أثر في الدستور اللبناني. إلا أن الاجتهاد اللبناني تدارك بعض هفوات المشرع، فتبين لنا ان مجلس شورى الدولة اللبناني في قراره رقم 527/2008⁽¹⁾ أتى على ذكر إجراء النشر كآلية لاعتبار المعاهدة جزء من المنظومة القانونية وتكمن أهمية هذا القرار أيضا في تأكده على إتباع لبنان نظرية *moniste*. ويغيب عن المجلس الدستوري اللبناني الدور البارز الذي يلعبه نظيره الفرنسي -Conseil Constitutionnel- في مراقبة توافق الدستور والمعاهدات الدولية قبل إبرامها من قبل الجهات المختصة عملاً بالمادة 54 من الدستور الفرنسي، ولهذه الرقابة المسبقة أهمية في تجنب القواعد القانونية الوطنية الاصطدام بالقواعد الدولية. ومن المسلم به أنه في حال ورود قرار من المجلس الدستوري متضمناً عدم الملاءمة تلجأ السلطات المعنية الى تعديل دستورها بما يتوافق مع المعاهدة كما تم تبيانه سابقاً في فرنسا واما الى اتخاذ موقف بعدم إبرام المعاهدة المنطوية على قواعد تتناقض قوانينه الوطنية كما تفعل مصر. ومع ذلك يمكن الإشادة بالاختصاص الضيق للمجلس الدستوري اللبناني المتمثل بالرقابة اللاحقة عند الطعن بقانون إجازة تصديق المعاهدة التي تتيح له فرصة وضع يده على المعاهدة ليدقق بمدى توافق بنودها مع قواعد الدستور⁽²⁾. ولقد تطرّقنا الى المجلس الدستوري بهدف التأكيد على وجوب تفعيل دوره بالتدقيق في مدى ملاءمة القواعد الدولية قبل إبرامها مع أحكام نظامنا القانوني الوطني، فهذه الرقابة المسبقة تسمح له بإتخاذ الاحتياطات اللازمة لوقاية القواعد الوطنية من هيمنة القواعد الدولية. وعليه، لا بد من التمثّل بالمادة 54 من الدستور الفرنسي لحسن تطبيق المعاهدات الدولية بما لا يتعارض مع نصوصنا الداخلية.

(1) مجلس شورى الدولة، قرار رقم 527 تاريخ 2008/4/10، غير منشور.

(2) عصام سليمان - إشكالية العلاقة بين القانون الوطني والقانون الدولي في تحقيق العدالة الدستورية، الكتاب السنوي للمجلس الدستوري، المجلد 1، 2016، 41-50، ص. 47.
عصام نعمة إسماعيل - المنازعات الدستورية والإدارية وفق الاجتهاد اللبناني - منشورات المؤسسة الحديثة للكتاب - 2018، ص. 187.

وإذا أخذنا في الاعتبار ما سبق، يتبين لنا حاجة دول dualiste لإجراء داخلي رسمي بينما اكتفاء دول moniste بإجراءي التصديق والنشر لإدخال المعاهدة في النظام القانوني الداخلي. لذلك إن لجوءنا إلى مقارنة هذين النهجين من الزاوية الدستورية كان ضرورياً لإرشادنا إلى كيفية تعامل الدول مع القواعد القانونية الدولية التي تجول في سماء قوانينها الوطنية تجنباً لأي تعارض قد يخلق مُعضلة عند تطبيقها داخلياً. ولقد تبين لنا أن الدستور اللبناني قد تنبه إلى إجراءات تصديق المعاهدة لكن اعتراه الكثير من الثغرات عند تطبيقها، ولسد هذه الثغرات لابد من البحث في قوانيننا وعطف النظر على قانون أصول المحاكمات المدنية في مادته الثانية المختصة بإعطاء الأولوية للمعاهدات الدولية على القوانين الداخلية، حيث وجدناها مختصرة، محدودة بمبدأ تسلسل القواعد القانونية، مغفلة الإشارة إلى باقي جوانب وضوابط تطبيق المعاهدات الدولية لاسيما الرقابة المسبقة للمجلس الدستوري، متناسيةً مقارنتها مع القواعد الأمرة الدولية *Jus Cogens* والنظام العام الداخلي.

♦ الجزء الثاني: الطابع الأمر للقواعد الدولية *Jus Cogens* كميّار للدخول إلى المنظومة القانونية الداخلية

لا تخفى العلاقة البنوية بين القانون الدولي والقواعد الأمرة إذ أن هذه الأخيرة تنصدر المرتبة العليا من بين القواعد القانونية الدولية الأخرى وإننا نولي مفهوم *Jus Cogens* أهمية بالغة عند معالجة غموض تسلسل القواعد القانونية وآلية تطبيقها، لأنه لا يمكننا تصور فكرة قانون دولي دون قواعد أمر، فلدينا اعتقاد تلقائي أن هذا القانون يحتوي حتماً تلك القواعد. وأن القواعد الأمرة هي جانب آخر من القواعد القانونية، صحيح أن جميعها إلزامية لكن الأولى يسيطر عليها طابع يأمر الدول - حتى التي ليست طرفاً في المعاهدات - بالالتزام بها وعدم الاتفاق على مخالفتها. لكن هذا الإنصياح للقواعد الأمرة ليس بقهري ولا يعني فقدان الدول وتحديداً لبنان حريته في تقرير الآلية لإدخالها في منظومته القانونية وتطبيقها عبر الإجراء الرسمي الذي يتناسب مع مصلحته ونظامه العام. وقد عرّجنا على مفهوم

القواعد الآمرة على اعتبار انها لزوم ما يلزم، لما تثيره من تساؤل حول إلزامية تطبيقها كقاعدة دولية عفوياً دون قوننتها، كونها تتمتع بطابع أمر تأتمر به الدول. إلا ان هذا الطابع لا يجب ان يشكل حاجزاً أمام إخضاع هذه الفئة من القواعد الدولية للإدخال بقانون في المنظومة القانونية الداخلية وعدم استثنائها عن غيرها من القواعد الدولية.

وغالبا، ما يقع واجب تحديد آلية إدخال القاعدة القانونية الدولية على عاتق المشرع وتُطرح المادة 1032 أصول محاكمات مدنية كخير دليل على هذه الآلية واجبة الاعتماد لأي معاهدة تدخل منظومتنا القانونية الداخلية. ان المادة الأخيرة انحصرت بنوع محدد من الاتفاقيات والمعاهدات، حيث عدتها على سبيل الحصر لا المثال، فتناولت الأحكام المتعلقة بإجراءات المحاكمة وتلك المختصة بأصول الإثبات والتنفيذ واختصاص المحاكم أو المراجع القضائية، كالاتفاقية المتعلقة بأصول المحاكمات المدنية المعقودة في لاهاي عام 1954 والتي انضم إليها لبنان عام 1973. وعليه، ان المادة 1032 أصول محاكمات مدنية قد غطت جزءاً من الفراغ الذي نتج عن الدستور وعن المادة 2 أصول محاكمات مدنية التي كانت من المفترض أن تكون هي مفتاح الحل لتطبيق فعال ومنتظم للقواعد وفقاً لما يتناسب مع النظام العام وقيم المجتمع، إلا أن الواقع عكس صورة مغايرة لمادة افتقرت الى كل أشكال الدقة والوضوح فيما خص الإجراءات الواجبة الإتباع من قبل القواعد الدولية بما فيها القواعد الآمرة التي سنتطرق الى مفهومها بشكل مفصل (الفقرة الأولى) الذي وحدته وحسمت الجدل بشأنه الأمم المتحدة (الفقرة الثانية)، مع الأخذ بعين الاعتبار النظام العام الداخلي الذي هو مرآة القواعد الآمرة (الفقرة الثالثة).

• الفقرة الأولى: ماهية القواعد الآمرة *Jus cogens*

لقد ظهر تعبير *Jus Cogens* في خضم الأعمال الأولى للجنة القانون الدولي Commission du droit internationale (CDI)، لتدوين قانون المعاهدات في تقرير Gerald Fitzmaurice عام 1958⁽¹⁾. ومنذ بداية التسعينيات، احتلت القواعد

(1) Joe VERHOEVEN, Sur les "Bons" et les "Mauvais" Empolis du jus cogens, Anuario Brasileiro de Direito Interacional, 2008, p.135.

الأمرة الدولية المرتبة العليا في التسلسل الهرمي للقواعد القانونية ما استتبع اعتبارها كقاعدة من القانون الدستوري الدولي⁽¹⁾.

وفي الواقع، ان مفهوم القواعد الأمرة أتت به اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات 1969 كأساس للطعن بصحة المعاهدة وذلك عملاً بالمادة 53 من هذه الاتفاقية التي عرفت القواعد الأمرة ونصت على أنه " تكون المعاهدة باطلة إذا كانت وقت عقدها تتعارض مع قاعدة أمرة من القواعد العامة للقانون الدولي.

لأغراض هذه الاتفاقية يقصد بالقاعدة الأمرة من القواعد العامة للقانون الدولي القاعدة المقبولة والمعترف بها من قبل المجتمع الدولي ككل على أنها القاعدة التي لا يجوز الإخلال بها والتي لا يمكن تعديلها إلا بقاعدة لاحقة من القواعد العامة للقانون الدولي لها ذات الطابع".

وكذلك المادة 64 منها التي تضمنت الآتي " إذا ظهرت قاعدة أمرة جديدة من القواعد العامة للقانون الدولي فإن أية معاهدة نافذة تتعارض معها تصبح باطلة وتنقضي". وعليه، إن أي معاهدة يكون مضمونها أو موضوعها غير مشروع تواجهها القواعد الأمرة بالبطلان المطلق، مثلاً لا يمكن لدولتين عند إبرام معاهدة تنظم جريمة التعذيب ان تتضمن بنداً يستبعد حظر هذه الجريمة.

ففي قضية بلجيكا ضد السينغال عام 2012، أكدت محكمة العدل الدولية على مبدأ تحريم التعذيب وهو جزء من القانون الدولي العرفي وهذا المبدأ أصبح جزءاً من القواعد الأمرة⁽²⁾. مع الإشارة الى أنه ليست جميع قواعد القانون الدولي العرفي قواعد أمرة. ولا بد من التنويه بأن الأثر الذي يميز القواعد الأمرة يكمن في عدم جواز الاتفاق على مخالفتها وليس في أثر البطلان المطلق الذي يمكن ان يكون نتيجة لعدة أسباب، منها مخالفة النظام العام.

(1) Robert KOLB, Observations sur l'évolution du concept de jus cogens ,Revue générale de droit internaional public, vol.113,2009, p.838.

(2) Cour internationale de justice, n. 144,20 Juillet 2012;Question concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader.

ان القواعد الآمرة لم تنشأ من عدم بل مرّت بمراحل عدة، تطورت من "أحكام القانون الطبيعي الى وسيلة لبناء القانون الدولي فمعاهدات ضدّ التعرض للأدب العامة *contra bonas mores* ومن ثم أداة للتدقيق بصحة المعاهدات نظراً لمضمونها وصولاً إلى سموها دولياً عملاً بسلسلة من الآثار الشرعية الواضحة والمتعددة"⁽¹⁾ . ومستشهدين برأي Cançado Trindade الذي وضح تطور مفهوم القواعد الآمرة التي باتت تشكل أسس النظام القانون الدولي العام⁽²⁾ . ومع الوقت، لم يعد دور هذه القواعد محصوراً بالتحقق من مدى شرعية المعاهدات بل تخطاها ليشمل نواح متعددة، كصحة التحفظات، والاختصاص الإلزامي للمحاكم عند تعلق الموضوع بالقواعد الآمرة، ووجوب عدم تقديم يد العون لأيّة دولة تنتهك القواعد الآمرة⁽³⁾ .

ومن منطلق الدور البارز للقواعد الآمرة، سنقاربها بقواعد قانونية دولية أخرى (البند الأول)، على أن نحدد المسؤولية عن الإخلال بهذه القواعد (البند الثاني) والمحكمة صاحبة الاختصاص (البند الثالث) مع تبيان بعض الدول المترددة من الأخذ بمفهوم القواعد الآمرة (البند الرابع).

- البند الأول: القواعد الآمرة والقواعد القانونية الدولية المشابهة

عندما يتم التطرق الى مدى إمكانية اتفاق الفرقاء على مخالفة قاعدة قانونية معينة، غالباً ما يتبادر الى الذهن القواعد الآمرة *Jus Cogens* والقواعد المكتملة *Jus Dispositivum* فهذه الأخيرة هي التي تسمح للأطراف بالتنازل عن أحكامها خلافاً للقواعد الآمرة *Jus Cogens* التي تمنع قطعياً الاتفاق على مخالفتها⁽⁴⁾ . بالتالي، كل القواعد القانونية تتمتع بطابع إلزامي لكن ما يميزها هو مدى قوتها.

(1) Robert KOLB, ibid, p.839

(2) Elise HANSBURY, Le juge interaméricain et le <jus cogens>, Graduate Institute, ePapers, Genève, 2011, para.3

(3) Robert KOLB, ibid, p.838.

(4) Pierre d'Argent, The validity of treaties: jus cogens, Université catholique de Louvain, Belgium, 2017, video.

بالاستعانة برأيين منفصلين للقاضيين Torres Bernárdez و Shahabudden في قضيتين مختلفتين. الأول اعتبر في قضية الدانمرك ضد النرويج عام 1993، انه يحق للدول بموجب اتفاق بينها أن تخرج عن قواعد في القانون الدولي غير القواعد الأمرة⁽¹⁾. وكذلك رأى Bernárdez في قضية الأرجنتين ضد أوروغواي عام 2010 انه " بما أن القواعد المنصوص عليها في المواد 7 الى 12 من النظام الأساسي لنهر أوروغواي ليست من القواعد الأمرة *Jus Cogens* فليس هناك ما يمنع الأطراف من أن تقرر بموجب اتفاق مشترك..."⁽²⁾. هاتين القضيتين ترسخان مبدأ *jus Dispositivum* القابل للاستبعاد عبر الاتفاق على مخالفته من قبل الأطراف على عكس مبدأ *jus Cogens*. كما لكل مبدأ استثناء ان مبدأ *Pacta sunt servanda* شرعية المتعاقدين و *Lex Specialis derogat legi generali* القانون الخاص يقيد القانون العام يستثنى منها *Jus Cogens* على غرار مبادئ أخرى خرج عنها هذا الأخير أيضا.

كون القواعد الأمرة قابلة للتعديل، هذا يدلنا على انها ليست ثابتة ولا أبدية، لكن هذا لا يعني انها متقلبة، اذ تستوجب لتعديلها قاعدة مماثلة لها من قواعد القانون الدولي العام أي التي لها طابع أمر عملاً بالمادة 53 من اتفاقية فيينا 1969. (CVDT) وعليه، "للقانون التولي قواعد تتمتع بطابع عام *opinio juris generalis* وقواعد لها الطابع الأمر *opinion juris cogentis* فتسمو الأخيرة على الأولى التي- في حال لم يتم بطلانها- لا تنتج آثار من شأنها ان تتعارض مع القاعدة الأمرة⁽³⁾". وهذا ما أكده رأي القاضيين C.Rozakis و L.Cafilisch المرفق بقضية العدساني ضد المملكة المتحدة البريطانية الناظرة بها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان عام 2001⁽⁴⁾. ورأي هذين

(1) Opinion individuelle, Shahabuddeen, p.135, 150, 200, CIJ, NO.78, 14 juin 1993, Affaire de la délimitation maritime dans la région située entre Le Groenland et Jan Mayen.

(2) Opinion individuelle, Torres Bernárdes, p.245, para. 43, CIJ, NO.135, 20 avril 2010, Affaire Relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay.

(3) Opinion dissidente Rozakis/Calfish, para.1, Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, 35763/97, 21 November 2001.

(4) بالاستناد إلى الحصانة القضائية المحددة بالأعراف الدولية وإلى قانون حصانة الدولة البريطاني (1978)، رفضت المحاكم البريطانية رفع الحصانة عن دولة الكويت وعن الأمير جابر ناصر صباح الناصر آل صباح بتهمة تعذيب الطيار البريطاني -الكويتي الجنسية سليمان العدساني ومحاولة حرقه لنشره فيديوهات إباحية للأمير المذكور، ما دفع به اللجوء

القاضيين أتى مبلوراً وداعماً لمفهوم القواعد الآمرة التي غالباً ما تُشهر سيفها دفاعاً عن القيم الأساسية التي يربحها المجتمع الدولي. كما أكدت المحكمة المحلية لقطاع نيويورك الشرقي بالولايات المتحدة الأمريكية، عام 2005، في قضية Nguyen Thang Loi ضد شركة Dow للمواد الكيميائية⁽¹⁾، للمطالبة بالتعويض عن استخدام مبيد الأعشاب Agent orange في حرب فيتنام، حيث تم اعطاء القواعد الآمرة مرتبة أعلى من القواعد القانونية الدولية الأخرى. وهذه المنزلة العليا قد رسخت بحكم صادر عن محكمة العدل العليا للأمم في الأرجنتين في قضية Julio Héctor Simón وآخرين التي تم رفعها من قبل المدعي العام⁽²⁾ حيث اعتبرت القواعد الآمرة أنها تسمو على جميع مصادر القانون بما فيها قانون المعاهدات.

إلى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان 1997 متدرجاً بالمواد، 6،3،1، 1، 13، من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. إحدى الإشكاليات التي أثرت هي ملاءمة المادة 6، 6، 1 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان مع مبدأ الحصانة القضائية للدول في حال انتهاك قاعدة آمرة من القانون الدولي ألا وهي حظر التعذيب. فتدرجت المحكمة بمبدأ احترام سيادة الدول الذي هو ركيزة أساسية في القانون الدولي والعلاقات الدولية إذ لا يمكن لدولة إخضاع دولة أخرى لقواعدها القانونية الوطنية (*Pare non habet imperium*). فقضت المحكمة الأوروبية بتعزيز مبدأ حصانة الدولة الذي يشكل حاجزاً إجرائياً (*Barrière procédurale*) معرقلاً تطبيق المادة 6، 6، 1. فردت طلبه عام 2001.

⁽¹⁾ District court, E.D. New York/373 F.Supp.2d7، 28 March 2005, p.136 "But crimes against humanity are also deemed to be part of jus cogens the highest standing in international legal norms. Thus, they constitute a non-derogable rule of international law."

⁽²⁾ Corte Suprema de Justicia de la Nación, n.17.768, S.1767, xxxviii, 14 June 2005

قررت محكمة العدل العليا للأمم محاكمة Julio Héctor Simón لولو إدانته على الجرائم التي ارتكبتها، معتبرة ان قوانين العفو (Amnesty Laws) التي يتدرج بانها تؤمن له حصانة، هي غير دستورية، خاصة انها تتعارض مع العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية (1966) والاتفاقية الاميركية لحقوق الإنسان (1969) للتين ادمجتا في المادة 75 من الدستور الأرجنتيني (1994) التي جاء نصها:

The Congress shall have power: 22.The following [international instruments], under the conditions under which they are in force, stand on the same level as the Constitution, [but] do not repeal any article in the First Part of this Constitution, and must be understood as complementary of the rights and guarantees recognized therein: The American Declaration of the Rights and Duties of Man; the Universal Declaration of Human Rights; the American Convention on Human Rights; the International Covenant on Civil and Political Rights and its Optional Protocol...; They may only be denounced, if such is to be the case, by the National Executive Power, after prior approval by two thirds of the totality of the members of each Chamber.

- البند الثاني: المسؤولية عن الإخلال بالقواعد الآمرة

تم التأكيد على مفهوم القواعد الآمرة في المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً وتحديداً في المادتين 40 و 41⁽¹⁾ اللتين تحملا المسؤولية الدولية للدولة المخلة بدرجة خطيرة بالتزاماتها الناشئة عن قواعد آمرة من القانون الدولي العام. وعليه، يمنع على الدول المساهمة في مساعدة الدولة المنتهكة للقواعد الآمرة، لا بل أكثر من ذلك يتوجب عليهم وضع حد لهذا الإخلال الخطير. إذًا، يترأى لنا ان هذه القواعد تفرض نفسها على الدول التي هي ليست فقط ملزمة بالامتثال لها بل يمنع عليها التهرب من الأحكام الآمرة عبر إبرام معاهدات ترمي لإلغاء وجودها.

- البند الثالث: المحكمة المختصة بالنظر في القواعد الآمرة

لقد انفردت محكمة العدل الدولية بالاختصاص الحصري للنظر في القواعد الآمرة وتفسيرها. حيث تمثلت قضية جمهورية الكونغو ضدّ روندا عام 2006⁽²⁾ بعدم النظر الى القواعد الآمرة كمعطى يجب التسليم به تلقائياً. هناك بصيص من التفاؤل في رأي محكمة العدل الدولية حيث اعترفت بأهمية القاعدة الآمرة *Jus Cogens* لحظر الإبادة الجماعية على الرغم من رفضها طلب كونغو باعتباره بحدّ ذاته معياراً لتحديد اختصاصها لغياب رضی الأطراف الذي هو مبدأ أساسي اعتمده المحكمة لفترة طويلة. أضف الى أنها

(1) Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, Article 40: 1. This chapter applies to the international responsibility which is entailed by a serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law.

2. A breach of such an obligation is serious if it involves a gross or systematic failure by the responsible State to fulfil the obligation

Article 41: 1. States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach within the meaning of article 40.

2. No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation.

3. This article is without prejudice to the other consequences referred to in this part and to such further consequences that a breach to which this chapter applies may entail under international law

(2) Cour Permanente de Justice internationale ,3 Février 2006, Affaire des activités armées sur le territoire du Congo, para.64,125.

استندت الى المادة 4⁽¹⁾ من اتفاقية فيينا (1969) لاستبعاد تطبيق هذه الأخيرة على اعتبار أن الكونغو انضمت الى اتفاقية منع ومعاقبة جريمة الإبادة الجماعية (1948)، عام 1962 ورواندا عام 1975. كما انضمتا الى الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري (1965)، عام 1976 بالنسبة للكونغو وعام 1975 بالنسبة لرواندا، في حين أن اتفاقية فيينا (1969) باتت سارية المفعول عام 1980. بالتالي إن اتفاقيتي الإبادة الجماعية والتمييز العنصري وضعتا حيز التنفيذ قبل اتفاقية فيينا (1969). وتطبيقاً للمادة 4 من الاتفاقية الأخيرة، لا مجال للنظر بالمادة 66⁽²⁾ من الاتفاقية نفسها فيما خص لجوء طرف الى محكمة العدل الدولية لتفسير المواد 53 و 64 كون لا أثر رجعي لاتفاقية فيينا 1969.

- البند الرابع: تردد بعض الدول من الاعتراف بالقواعد الآمرة

من اللافت أن بعض الدول - كلبان، فرنسا، الولايات المتحدة الأمريكية - لم تبرم اتفاقية فيينا 1969 على الرغم من أنها نظمت علاقات الدول بعضها ببعض عبر المعاهدات وكانت المعاهدة الأولى التي أتت على ذكر تعبير *Jus Cogens* واشترطت التقيد به. هذا وقد شاع عن فرنسا رفضها للاتفاقية⁽³⁾ خوفاً من هذا المفهوم. ولكن، واقعياً

(1) Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, Article 4: Sans préjudice de l'application de toutes règles énoncées dans laprésente Convention auxquelles les traités seraient soumis en vertu dudroit international indépendamment de ladite Convention, celle-ci s'applique uniquement aux traités conclus par des Etats après son entrée envigueur à l'égard de ces États.

(2) Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, Article 66: Si dans les douze mois qui ont suivi la date à laquelle l'objectiona été soulevée, il n'a pas été possible de parvenir à une solution conformément au paragraphe 3 de l'article 65, les procédures ci-après serontappliquées:

a) Toute partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation des articles 64 peut, par une requête, le soumettre à la décisionde la Cour internationale de Justice, à moins que les parties ne décidentd'un commun accord de soumettre le différend à l'arbitrage;

b) Toute partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation de l'un quelconque des autres articles de la partie V de laprésente Convention peut mettre en œuvre la procédure indiquée à l'Annexe à la Convention en adressant une demande à cet effet au Secrétairegénéral des Nations Unies.

(3) Olivier DELEAU, Les positions françaises à la conférence de vienne sur le droit des traités, Annuaire français de droit international, vol.15, 1969, p, 7-23, persee.fr

تخوفها نتج عن الغموض المقلق الذي قد يسود القواعد الآمرة عند تطبيقها. خاصةً أن المادة 64 من الاتفاقية المذكورة قد أشادت بدور هذه القواعد التي تستبعد المعاهدة المخالفة لها وإن كان ظهور *Jus Cogens* قد أتى بتاريخ لاحق لها. فإذا تقبلت الدول فكرة التزامها بقواعد لم توافق عليها صراحة، فإنه من غير المنطقي أن نتقبل حرمانها من حقها في تطبيق معاهدة أبرمتها برضاها⁽¹⁾. إذا أردنا أن نتمعن في هذا السبب الذي تبنته فرنسا، نجد مبالغاً فيه، فأية دولة تجرؤ على إبرام معاهدة تبيح التعذيب أو الإبادة الجماعية أو أي انتهاك لحقوق الإنسان والتي هي قواعد آمرة! ومن المستغرب طرح فرنسا "إنشاء تسلسل القواعد الدولية" كسبب ثانٍ⁽²⁾ لعدم أخذها بالمعاهدة باعتبار أن هذه الحجة لا تمت للواقع بصلة، فيبدو أن المادة 103⁽³⁾ من ميثاق الأمم المتحدة (1945) قد سقطت سهواً ولم تلتفت فرنسا إلى تضمينها تسلسلاً فوق أحكام الميثاق على أية قواعد دولية ملزمة أخرى. إن ما تم تبينه أعلاه لا ينفك أن يكون نقطة انطلاق وارتكاز استندت عليها الأمم المتحدة لبت الاختلافات حول القواعد الآمرة ما استتبع صياغة مشاريع استنتاجات حسمت الجدل وميزت القواعد الآمرة عن مفهوم *erga omnes*.

• الفقرة الثانية: القواعد الآمرة من منظار الأمم المتحدة

بعد التكهات والتخبطات بشأن مفهوم *Jus cogens* بين عدد من الفقهاء أمثال Robert Kolb الذي عرف بانتقاداته اللاذعة لهذه القاعدة، أظهرت كتاباته⁽⁴⁾ العميقة مدى سخطه من التفسير المعتمد لـ "*Jus cogens*" إذا لم يترك شاردة وواردة إلا وعلق عليها

(1) La France et le jus cogens, Relations Internationales, forum-scipo.com

(2) ibid

(3) Charter of the United Nations, 1945, Article 103: In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail.

(4) Robert KOLB, Jus cogens, intangibilité, intransgressibilité, dérogation "positive" et "négative", 2005, no.2, p.305-330; Observations sur l'évolution du concept de jus cogens, vol.113, 2009, p.837-850; La détermination du concept de jus cogens, vol.118, 2014, no.1, p.5-29, Publiés Revue générale de droit international public , persee.fr

في كافة الجوانب. أما (1) Joe Verhoeven فأتى مقسماً المزايا السلبية والإيجابية للقواعد الأمرة.

وجدت لجنة القانون الدولي في الجمعية العامة للأمم المتحدة ضرورة التدقيق بمفهوم "القواعد الأمرة" الذي جاء مقتضياً في اتفاقية فيينا 1969 في حين تبين انه أكثر شمولاً وعمقاً. ان القواعد الأمرة طرحت على طاولة النقاش منذ العام 2015 وستستمر حتى العام 2021 الى حين الخروج بأسس كافية ووافية لتضع حداً للغط الحاصل. لقد صدر 4 تقارير متعاقبة (2) منذ عام 2016 حتى تاريخنا ممهدة الطريق لبناء نظام قانوني تكون فيه طبيعة ومعايير وإجراءات ونتائج القواعد الأمرة واضحة المعالم. وبعد عدة تداولات، توصلت اللجنة في دورتها 69، الى عُنونة الموضوع "القواعد الأمرة من القواعد العامة للقانون الدولي Jus Cogens" (3).

ولقد نجم عن هذه الجلسات والملاحظات مشاريع استنتاجات أحيلت الى لجنة الصياغة للتدقيق بها. وبعد انتهائها من صوغها على شكل استنتاجات تم ترحيلها، عبر الأمين العام، الى حكومات الدول الأعضاء بانتظار الرد بتعليقات بناءة في مهلة أقصاها 15 كانون الأول 2020.

هذا وقد أبصر النور 23 استنتاجاً تطرقوا الى شتى الميادين لتحديد القواعد الأمرة من القواعد العامة للقانون الدولي *Jus cogens*. وعلى ما يبدو، عمدت الأمم المتحدة الى تشريح وإدخال المواد 53 و 64 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات (1969) كما المواد 40 و 41 من مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً (2001) في صلب الاستنتاجات للوصول الى الأهداف التي تسعى الى تحقيقها هذه الاجتماعات.

(1) Joe VERHOEVEN, *ibid*, p.133-160.

(2) Nations Unies, Assemblée générale, commission de droit international, les rapports sur les "jus cogens":

Session 68 (A/CN.4/693, 8 Mars 2016), Session 69 (A/CN.4/706, 16 Mars 2017), Session 70 (A/CN.4/714, 12 Février 2018), Session 71 (A/CN.4/727, 31 Janvier 2019).

(3) الأمم المتحدة، الجمعية العامة، لجنة القانون الدولي، الدورة 69، (A/CN.4/706)، 16 آذار 2017.

إذا أردنا ان نستلخص فكرة عامة ودقيقة حول هذه الاستنتاجات، من مشروع تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الحادية والسبعين⁽¹⁾، نلاحظ ان الغاية الجوهرية التي تسعى القواعد الآمرة الى بلوغها هي حماية القيم الأساسية للمجتمع الدولي. وبالرجوع الى مصادر القواعد الآمرة ان القانون الدولي العرفي يعد الأساس الأبرز لها إلا انه ليس الوحيد إذ ان احكام المعاهدات والمبادئ العامة للقانون تأخذ أيضاً حيزاً مهماً في تكوين هذه القواعد⁽²⁾. والطبيعة العامة التي تمتاز بها القواعد الآمرة تكمن في كونها ملزمة التطبيق عالمياً واحتلالها المنزلة الأعلى على غيرها من قواعد القانون الدولي⁽³⁾ بما فيها أحكام المعاهدات والقواعد الدولية العرفية والالتزامات الناشئة عن الأعمال الانفرادية للدولة وعن قرارات المنظمات الدولية بحيث لا مجال لنشوء أي التزام عنها مخالف لقاعدة من القواعد الآمرة وان وجد مثل هكذا التزام عند ظهور قاعدة آمرة جديدة يكون مصيره الزوال بقدر تعارضه مع هذه القاعدة⁽⁴⁾. كما يقتضي لفت النظر الى امكانية تدارك زوال قاعدة دولية من القواعد العامة للقانون الدولي عبر تفسيرها وتطبيقها قدر المستطاع بما يتلاءم مع القاعدة الآمرة⁽⁵⁾.

لما كان الفقهاء يضمرون شكوكاً بشأن معايير إضفاء الصفة الآمرة على القواعد الدولية، تم تعيين معيارين من قبل الأمم المتحدة كي يستند إليهما ألا وهما، وجوب ان تكون القاعدة من القواعد العامة للقانون الدولي، أضف الى أنه يجب قبولها والاعتراف بها من قبل المجتمع الدولي للدول ككل بحيث لا يجوز الخروج عنها أو تعديلها إلا بقاعدة مماثلة لها من القواعد العامة للقانون الدولي⁽⁶⁾ ولا بد من التنويه الى ان النصاب المطلوب لمعيار القبول والاعتراف ليس الإجماع الكلي للدول الأعضاء بل الغالبية الكبرى منهم⁽⁷⁾.

(1) Nations Unies, Assemblée générale, Project de rapport de la commission du droit international, session 71, chapitre V, Jus cogens, A/CN.4/L.929, 10 Juin 2019.

(2) A/CN.4/L.929, ibid, p.4.

(3) Ibid, p.4

(4) ibid, 6, 7, 8

(5) Ibid, p.9

(6) Ibid, p.4

(7) Ibid, p.5

وهذا المعيار الأخير، يظهر عبر أدلة متعددة الأشكال تعبير عن موافقة الدول كاليانعات العامة الصادرة باسم الدول وقرارات المحاكم الوطنية⁽¹⁾.

مع الإشارة، الى أنه يتم الاستعانة بقرارات المحاكم والهيئات القضائية الدولية -لا سيما محكمة العدل الدولية- والأعمال الصادرة عن هيئات الخبراء لكل دولة أو المنظمات الدولية وآداء كبار فقهاء القانون العام في مختلف الدول كوسائل احتياطية لتقرير الطابع الأمر للقواعد العامة للقانون الدولي⁽²⁾.

وعليه، تكمن أهمية مسؤولية الدول بالتقيد بالقواعد الأمرة وإلا يأخذ عليها إخلالها الخطير بها فتجد نفسها معزولة من قبل المجتمع الدولي الذي يقع على أعضائه واجب عدم الاعتراف بشرعية هذا الإخلال وأثاره وإمكانية الاحتجاج بمسؤولية الدولة المنتهكة ووضع حد لهذه الممارسة الشاذة والامتناع عن مد يد العون لها⁽³⁾. حتى أن التذرع بظرف من الظروف النافية لعدم المشروعية ليس عذراً لإباحة انتهاكها لهذه القواعد الأمرة⁽⁴⁾.

استكمالاً لما جاء من نتائج قانونية للقواعد الأمرة فإن المعاهدة إما أن تلغى بكاملها عندما تكون وقت إبرامها متعارضة مع قاعدة أمره قائمة وإما أن يكون لها فرصة الفصل بين أحكامها اذا كانت موجودة سابقاً وظهرت قاعدة أمره جديدة، وذلك في 3 حالات أولها إمكانية تجزئة الأحكام المتعارضة مع القواعد الأمرة عن الأحكام غير المتعارضة معها عند التطبيق. ثانيها، في حال كانت البنود المتعارضة سبباً ثانوياً للتعاقد. آخرها غياب أي نوع من الإجحاف في بقية بنود المعاهدة⁽⁵⁾.

ان المسألة لا تقتصر على إبطال وإنهاء أحكام المعاهدة المتعارضة مع قاعدة أمره إنما يتوجب كذلك على الدول الأطراف ان تسيير شؤونها بطريقة متناسبة مع القاعدة الأمرة، وان تزيل قدر المستطاع كافة الآثار الناتجة عن العمل المبني على القاعدة المخالفة. على ان الالتزامات والحقوق والأوضاع القانونية المنشأة قبل ظهور قاعدة أمره جديدة تبقى سارية

(1) Ibid,p.5

(2) Ibid,p.5

(3) Ibid,p.8

(4) Ibid,p.8

(5) Ibid, p.6

المفعول شرط ان لا يبقى منها بعد ظهور القاعدة الجديدة إلا ما هو متناسب وغير متعارض مع هذه الأخيرة⁽¹⁾.

من المعلوم، إنه لكل دولة حق ابداء التحفظات على ما يتعارض مع مبادئها طالما انه لا يمس بالأثر القانوني للمعاهدة بشكل يتناقض والقاعدة الآمرة⁽²⁾.

هذا وقد نظم مشروع التقرير، الأصول الإجرائية الواجب إتباعها من قبل الدولة المحتجة بقاعدة أمره كسبب لبطلان قاعدة من قواعد القانون الدولي أو إنهاؤها. وتم الإشارة الى مهلتين للتقيد بهما، الأولى مدتها لا تقل عن ثلاثة أشهر من تاريخ الإخطار، والثانية مدتها اثني عشر شهراً من تاريخ إبداء الاعتراض. بادئ ذي بدء، على الدولة المحتجة إخطار الدولة المعنية بدعواها خطياً وتضمنينه التدابير التي ستتخذ بحق قاعدة القانون الدولي المطلوب إبطالها وإنهاؤها. وهذا الإخطار إما ان يلقى اعتراضاً من الدول المعنية فيكون عليها الاستناد إلى المادة 33 من ميثاق الأمم المتحدة⁽³⁾ لإيجاد حل في مهلة الاثني عشر شهراً السابقة الذكر وإلا توجهت الدولة المحتجة أو الدول المعنية الى محكمة العدل الدولية للخروج بحل، على أن يتم تجميد إجراءاتها المقترحة في الإخطار. وإما ان تسري الدولة المحتجة بالاقتراح المقدم من قبلها عند غياب أي اعتراض من قبل الدول المعنية خلال المهلة الأولى⁽⁴⁾.

علاوة على ذلك K أرفق هذا المشروع بقائمة لا حصر لها من القواعد الآمرة: حظر العدوان، حظر الإبادة الجماعية، حظر الجرائم ضد الإنسانية، القواعد الأساسية للقانون

(1) Ibid, p.6,7

(2) Ibid, p.7

(3) Charter of the United Nations, 1945, Article 33: The parties to any dispute, the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security, shall, first of all, seek a solution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice.

The Security Council shall, when it deems necessary, call upon the parties to settle their dispute by such means.

(4) A/CN.4/L.929, ibid, p.9

الدولي الإنساني، حظر التمييز العنصري والفصل العنصري، حظر الرق، حظر التعذيب، الحق في تقرير المصير⁽¹⁾.

* احتواء مفهوم *Erga Omnes* لمفهوم *Jus Cogens*

بعد أن نظرنا بعين الأمم المتحدة لمفهوم *Jus Cogens* وعرضنا غالبية الاستنتاجات، لا يسعنا أن ننسى ذكر الاستنتاج المتعلق بالالتزامات تجاه كافة *Erga omnes* الذي هو صفة ملازمة للقواعد الأمرة. إذ يضيف مفهوم *Erga omnes* الزام خضوع المجتمع الدولي ككل-سواء الدول الأطراف أو غير الأطراف- إلى القواعد الأمرة⁽²⁾. ونشير إلى أنه يمكن التماس اعتقاد كان سائداً ألا وهو حصر التزامات القانون الدولي برضى الدول الأطراف فقط. ما يستتبع القول أن اتفاقية فيينا 1969 عموماً والمواد المتعلقة بالقواعد الأمرة خصوصاً ملزمة للدول الموقعة على الاتفاقية حصراً دون الغير. وفي هذا الاعتقاد ما يستحيل قبوله لأنه يفقد القاعدة الأمرة ميزتها كقاعدة دولية عالمية⁽³⁾. غير أن هذا الاعتقاد تبدد وتم التأكيد -خاصةً في هذا المشروع- على أن هذه القواعد تُنشئ التزامات تجاه كافة *Erga omnes* وتكون لجميع الدول مصلحة فيها.

أول ما يتبادر إلى الذهن عند التطرق إلى قاعدة *Erga omnes* قضية Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited، بين دولتي بلجيكا وإسبانيا عام 1970 حيث ان محكمة العدل الدولية وفي حيثية لها اعتبرت الأبرز لتوضيح *Erga omnes* فأشارت إلى أنه: " على وجه الخصوص، يقتضي التمييز بشكل أساسي بين التزامات الدول تجاه المجتمع الدولي ككل وتلك الناشئة تجاه دولة أخرى ضمن نطاق الحماية الدبلوماسية. فالأولى بطبيعتها تعنى بها جميع الدول ونظراً لأهمية الحقوق المعنية، يمكن اعتبار ان لجميع الدول مصلحة قانونية لحماية هذه الحقوق، وهذه الالتزامات تعرف بالالتزامات *Erga omnes*. وتتأتى هذه الالتزامات، على سبيل المثال، في القانون الدولي

(1) Ibid,p.10

(2) Ibid,p.8

(3) Elise HANSBURY,ibid,para.8

المعاصر من حظر أعمال العدوان والإبادة الجماعية وكذلك من المبادئ المتعلقة بالحقوق الأساسية للإنسان بما في ذلك الحماية من الرق والتمييز العنصري⁽¹⁾." وتأكيذاً لوجوب تقييد الدول بالالتزامات تجاه المجتمع الدولي ككل، رأت محكمة العدل الدولية عام 2004 ان بناء الجدار في الأراضي الفلسطينية المحتلة من قبل إسرائيل يعد انتهاكاً لحق الشعب الفلسطيني في تقرير مصيره، الذي هو قاعدة من قواعد *Erga omnes*. وبالتالي، يمنع على جميع الدول الاعتراف بالحالة غير الشرعية الناشئة عن هذا العمل المخالف للالتزامات الدولية⁽²⁾.

استناداً إلى ما سبق، ان كل قاعدة *Jus cogens* هي *Erga omnes* ولكن العكس غير صحيح⁽³⁾. نستخلص ان مجال تطبيق مبدأ *Erga omnes* هو أوسع، لذلك فإنها تحتوي على قاعدة *Jus cogens*. إذ انه بالعودة الى مشروع تقرير الأمم المتحدة يتبين انه تم تعداد أمثلة على القواعد الآمرة ما يستتبع القول ان بعض القواعد المرتبطة بحقوق الإنسان تدخل ضمن نطاق *Jus cogens*، في حين ان جميع هذه القواعد هي *Erga omnes*. وما يجمع هاتين القاعدتين انهما تسعيان لتحقيق المصلحة المشتركة للمجتمع الدولي القائمة على صون القيم الأساسية والحفاظ على المبادئ الجوهرية. أضف الى ان الدول لا خيار لها سوى الامتثال لهذين المفهومين ويحملان الدول المنتهكة المسؤولية الدولية⁽⁴⁾ مع الإشارة الى ان *Jus cogens* تتخذ تدبير إضافي ألا وهو إبطال المعاهدة المتعارضة معها.

وبهدف البحث في تسلسل القواعد القانونية الدولية والداخلية وما أغفلته المادة 2 أصول محاكمات مدنية حول تصنيف القواعد الدولية وفقاً لطابعها والآلية الواجبة الإتباع لدمجها

(1) Cour internationale de justice, No.50, 5 Février 1970, p.32.para.33-34.

(2) Cour internationale de justice, No.131, 9 Juillet 2004, p.199-200, para.155-159.

(3) Raphaël van STEENBERGHE, The notion of erga omnes and its legal implications, Université catholique de Louvain, Belgium, 2017, video.

(4) Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, Article 48: 1. Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if: (b) the obligation breached is owed to the international community as a whole.

في المنظومة القانونية الداخلية، لا بد من التتويه والجزم بضرورة قوننة حتى القواعد الآمرة المنظمة في مشاريع استنتاجات الأمم المتحدة والتي توازي أحكام النظام العام الداخلي.

• الفقرة الثالثة: القواعد الآمرة الدولية تعكس النظام العام الداخلي

بعد ان سلطنا الضوء على القواعد الآمرة من منظار القانون الدولي، تبين لنا من منظار القانون الداخلي انها تكتسي شكل النظام العام. وهذا ما أكده Joe Verhoeven الذي اعتبر أن القواعد الآمرة تعادل النظام العام في القانون الداخلي⁽¹⁾. صدق Philippe Malaurie عندما اعتبر ان محاولة تعريف النظام العام هي أشبه بمغامرة على الرمال المتحركة⁽²⁾. لذلك، في ظل غياب نص قانوني يتضمن تعريفاً جامعاً و مانعاً للنظام العام ارتأينا اللجوء الى آراء الفقهاء حول تحديدهم لمفهوم النظام العام.

فمن وجهة نظر Philippe Malinvaud :

«L'ordre public est la marque de certaines règles légales ou réglementaires qui tirent leur suprématie de leur objet: la défense d'un intérêt général devant lequel doivent s'incliner les intérêts particuliers et les contrats qui les expriment.»⁽³⁾

أما عبد الرزاق السنهوري فقد عرف النظام العام على انه:

"القواعد القانونية التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد. فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولا يجوز لهم ان يناهضوها باتفاقيات فيما بينهم، حتى لو حققت هذه الاتفاقيات لهم مصالح فردية، فان المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة"⁽⁴⁾.

(1) Joe VERHOEVEN, ibid, p.134-135.

(2) عبد السلام شعيب، النظام العام وقانون العمل في ضوء العولمة، محاضرة القيت في بيت المحامي في 11 نيسان 2007، الموقع الالكتروني لمركز المعلوماتية التابع لكلية الحقوق في الجامعة اللبنانية، 2016.

(3) Aurélien Bandé, La notion d'ordre public, aurelienbamde.com, 2017.

(4) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 1994، ص.433.

بينما اعتبر جورج سيوفي ان "الانتظام العام هو ذلك الذي يهتم المجتمع بأسره وليس المواطنين باعتبارهم أفراداً معينين"⁽¹⁾.

يتجلى لنا ان النظام العام يبيد مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد، وان تعددت توصيفاته من المدافع الأول عن القيم والمبادئ الأساسية، الى ضابط الايقاع القادر على دوزنة الحريات وقيودها فالحارس الساهر على صيانة بنية المجتمع.

وكرست محكمة التمييز اللبنانية هذا الدور في قرارها رقم 13/1989 عندما أعتبرت على ان المصلحة العامة هي صلب اهتمام النظام العام ما معناه ان المخالفة التي تطال مصلحة الأفراد تخرج عن نطاق النظام العام. لكن لا بد ان نشير الى ان القوانين التي ترعى المصالح الخاصة وتتصب أيضاً على المصالح العامة تدخل في خانة النظام العام⁽²⁾.

قد لا يُلتفت الى ان للنظام العام عدة أنواع هي: النظام العام الداخلي اللبناني، النظام العام الدولي اللبناني، النظام العام الدولي اللبناني ذي المفعول المخفف، النظام العام الطوائفي اللبناني. حيث جرت العادة على الاكتفاء بالتقسيم الكلاسيكي الذي ينشطر الى نظام عام توجيهي وآخر حمائي.

الأول يكون موجهاً للعامة ولا يمكن التنازل عنه وعند مخالفته يؤدي الى البطلان المطلق، في حين أن الثاني يهدف الى حماية فئة معينة ومخالفته تقود الى البطلان النسبي. بالعودة الى أنواع النظام العام، ان النظام العام الداخلي اللبناني هو ذلك الذي يهدف الى التقيد بأحكام القواعد القانونية الآمرة بينما النظام العام الدولي اللبناني هو الذي يغوص في القانون الدولي الخاص، لكنه يصبح ذي مفعول مخفف عند غياب الغش والاحتتيال من الحقوق المكتسبة خارجاً. أما النظام العام الطوائفي اللبناني فيعدّ خليطاً من مجموعة طوائف قائمة على قوانين فحواها المحافظة على قيمها⁽³⁾.

(1) جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 199، ص. 163.

(2) محكمة التمييز اللبنانية، قرار رقم 13 تاريخ 1989/12/19، مجموعة باز، 1989، صفحة 190-195، رقم 28/29.

(3) داني نعوس، الوصايا المنظمة في الخارج من قبل اللبنانيين المتعددي الجنسية بين سندان تنازع الجنسيات ومطرقة النظام العام اللبناني، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 2015/3، ص. 9، 92، 99.

في الواقع لا يمكننا تناول النظام العام دون التطرق الى الآداب العامة، فهما وجهين لمفهوم واحد، "بحيث ان أي مخالفة تقع على النظام العام، يمكن أن تمس الآداب العامة، والعكس صحيح أيضاً. وهذا ما يفسر الاعتماد على ثنائية النظام العام والآداب العامة كسبب لإبطال التصرفات القانونية المخلة بهما سوياً⁽¹⁾".

وبعد أن رسمنا الخطوط العريضة للنظام العام والآداب العامة، يمكن للأفراد ترتيب علاقاتهم القانونية كما يريدون شرط مراعاتهم لهذين المبدأين. كذلك الدول، يناط بها احترام القواعد القانونية الدولية وخاصةً الأمانة منها. يلاحظ أن نقطة التلاقي بين النظام العام والقواعد الأمانة تكمن في عدم جواز مخالفتها. في حين أن لكلٍ منهما عالمه الخاص، فالنظام العام ينحصر أثره على الصعيد الداخلي لكن القواعد الأمانة تنطلق كي تطأ نظام جميع الدول دون استثناء.

وعليه، ان أحكام النظام العام هي أكثر عرضة للاصطدام بالقواعد الدولية العامة عند تنازعهما. بالتالي حرصاً على النظام العام- التي أغفلت المادة 2 أصول محاكمات مدنية حمايته إذ غلبت بشكل تلقائي وعشوائي المعاهدات الدولية على قوانيننا الوطنية دون أن تتدارك ما قد ينجم عن هذا التعارض من سلبيات ونسف لأسس وقيم مجتمعنا- لابد أن يقوم المشرع بقوننة القواعد الدولية عبر ملاءمتها مع ما يتناسب وتطلعات الواقع اللبناني كي لا يتعامل بعض القضاة مع المادة 2 أصول محاكمات مدنية على انها خيارهم الوحيد والحتمي فيلجؤون لتطبيقها بشكل اعتباطي كلما تم التذرع أمامهم بأحكام المعاهدات الدولية. بعد أن وضعنا مفهوم *moniste* و *dualiste* مع الاستعانة ببعض الأمثلة عن الدول التي اصطفت وراء كلٍ منهما لنبيّن ما تعتمده هذه الدول لإدخال القواعد الدولية داخلياً، ومن ثم عمدنا الى التركيز على أكثر القواعد الدولية إثارةً للجدل نظراً لطابعها الأمر أو ذاك المتصل بالنظام العام الداخلي لإظهار ما غاب عن المادة 2 أصول محاكمات مدنية إذ كان يقتضي ان توضح الآلية للتعامل مع القواعد الدولية. اننا نرى مشاكل بقدر ما نرى

(1) داني نعوس، المادتين 378 و 381 موجبات وعقود: أحكام آمنة ومن الانتظام العام الآداب العامة، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 5/2017، ص.187.

من مزايا عند كلٍّ من هذه القواعد، خاصة عندما نخرج من عالم النظريات والفرضيات الى نحو نلتمس فيه الواقع التطبيقي لها من قبل مختلف الدول سواء تلك ذات التوجه monisme ام الاخرى المعتمدة dualisme.

○ القسم الثاني: مدى احترام مبدأ تسلسل القواعد القانونية عند اصطدام

القانون الدولي بالقانون الداخلي

صحيحٌ أن نَهج الدولة Dualisme أو Monisme مُهم كخطوة أولى في درب المعاهدة نحو المنظومة القانونية الداخلية لمعرفة كيفية ادراجها؛ لكنها لا تغنينا عن الخطوات اللاحقة. وكخطوةٍ ثانية، يتعيّن تقدير وضعيتها في تسلسل القواعد القانونية؛ أضف الى ان اختيار آلية لتطبيقها يعدّ بالأمر الصّروري. خاصةً وأن لكل قاعدة قانونية دولية غايات خاصّة تسعى الى تحقيقها وإلاّ تكون عقيمة غير قادرة على اصفاء الجديد داخل النّظام القانوني الوطني بحيث يُصبح وجودها وعدمه واحد. بعض هذه القواعد تتجلى بقدرة ذاتية على إنتاج آثارها Self-executing والبعض الآخر تكون عاجزة عن أداء دورها المطلوب بما يتلاءم وقدراتها فتضحي غير مؤثرة إلاّ بمساندة اجراء داخلي Non-self-executing. لكن لتفعيل هذا التّطبيق يتعيّن تفسير النصوص دونما إخراجها من مضمونها الحقيقي ومن هدفها المنوي تحقيقه ودونما الإكتفاء بظاهرها. فالقواعد القانونية قد تتعارض فيما بينها وقد يتفاقم هذا الخلاف أمام النّظام العام، كما قد تكون مُبهما غير مُحدّدة الطابع ما يستوجب تدخّل جهة مُعيّنة لملاءمتها وتفسيرها ألا وهو القاضي الوطني. ولحل لغز اصطدام القواعد القانونية الدولية بالقواعد الداخلية، يقتضي أولاً بيان كيفية تطبيق القواعد الدولية على إثر وضعيتها داخلياً وفعالية طابعها (الجزء الأول) والتي توجب بالتالي تحديد دور القاضي في تفسير أحكام المعاهدات واحترام النّظام العام الداخلي (الجزء الثاني).

♦ الجزء الأول: تطبيق القواعد الدولية على إثر وضعيتها داخلياً وفعاليتها طابعها

من المبادئ المسلّم بها في القانون، مبدأ سمو الذي يعلي قاعدة قانونية على ما عداها من القواعد، وان المادة 2 أصول محاكمات مدنية أشارت الى هذا المبدأ إلا انها أتت سطحية ومقتضبة متناولة فقط منح المعاهدات الدولية مرتبة عليا تتفوق على القوانين الوطنية في سلم تسلسل القواعد القانونية. لذلك سعينا لمقاربة وجهات نظر بعض الدول حول مسألة مرتبة المعاهدات الدولية في المنظومة القانونية الداخلية (الفقرة الأولى) ما يمهد الطريق لتطبيق المعاهدات بعد تعيين الآلية المعتمدة لدمجها في النظام القانوني الداخلي (الفقرة الثانية). وان هذا التطبيق يظهر من خلال الممارسة القضائية التي كشفت وجوب اللجوء الى الإجراء التشريعي حتى في monisme وغيابه حتى في dualisme (الفقرة الثالثة)، كما ان هناك عدد من المعاهدات الدولية يجب تطبيقها مباشرة (الفقرة الرابعة).

• الفقرة الأولى: مرتبة المعاهدات الدولية في المنظومة القانونية الداخلية

حامت شكوك حول وضعية أحكام المعاهدات داخل صفوف القواعد القانونية المحلية، ورغم النظرة السلبية التي تعتري مفهوم الشكوك إلا أنها كانت مفيدة، لا بل ضرورية حيث حثت الاجتهاد على إجلاء ما تقاعست عن إيضاحه الدساتير والقوانين الداخلية لبعض الدول تجاه تسلسل القواعد القانونية. وعليه، كان لابد ان نتطرق أولاً الى وضعية الدستور بالنسبة للمعاهدات الدولية (البند الأول) ومن ثم نبين المرتبة التي تحتلها هذه المعاهدات بالنسبة للقوانين إذ في بعض الدول تعلق عليها سواء كانت هذه القوانين لاحقة ام سابقة (البند الثاني) بينما في دول أخرى تسمو القوانين اللاحقة على المعاهدات الدولية (البند الثالث).

- البند الأول: سمو الدساتير على المعاهدات الدولية

تخصص المنظومة القانونية لأغلب الدول مكانة مرموقة للدساتير بحيث تأتي في قمة الهرم القانوني، سامية على المعاهدات والقوانين المحلية. وفي هذا الإطار، طبق مجلس

شورى الدولة الفرنسي في قرار Koné عام 1996⁽¹⁾، وقرار Sarran et Levacher⁽²⁾ عام 1998، مبدأ سمو هذا. ففي قضية koné عام 1996، يرجع سبب رفض المحكمة تسليم فرنسا لمجرم وفقاً لاتفاقية "franco-malien"، على اعتبار أن تسليم مجرم هو مبدأ دستوري، وهذا الأخير يتقدم جميع القوانين، بما فيها أحكام المعاهدات الدولية. كما في قضية عام 1998، فسرت المحكمة المادة 55 من الدستور الفرنسي على أنها تقتصر على القوانين التشريعية ولا تتعداها لتطال النصوص الدستورية عندما أشارت المادة الى سمو المعاهدات على القوانين. هذا وقد، حسمت كل من محكمة التمييز الفرنسية في قضية Pauline Fraisse لعام 2000⁽³⁾، والمجلس الدستوري الفرنسي في قرار DC 505-2004⁽⁴⁾، تموضع الدستور بالمرتبة العليا في تدرج القواعد القانونية داخل الدولة على باقي القواعد، الدولية منها والداخلية. وعلى هذا النهج سارت المحكمة العليا البريطانية عندما غلبت المبادئ الدستورية على القوانين الدولية والأوروبية⁽⁵⁾. ويسجل للدستور الهولندي موقفه الجريء والفريد بإعتماده في حال تعارض القواعد الدستورية مع أحكام المعاهدات الدولية، إمكانية سمو هذه الأخيرة على الأولى عند توفر نصاب ثلثي أصوات مجلسي البرلمان⁽⁶⁾.

- البند الثاني: سمو المعاهدات الدولية على القوانين السابقة واللاحقة

ان التنافس بين أحكام المعاهدات والقوانين الداخلية على الأسبقية أخذ حيزاً من الاهتمام من قبل المحاكم، لأنه من كثر لغط الدساتير كثر الغلط حول فحواها. من ناحية، تتركس بعض الدساتير للمعاهدات مكانة أعلى من القوانين كفرنسا (المادة 55 من الدستور)

(1) Conseil d'État, Assemblée, du 3 Juillet 1996, 169219, publié au recueil Lebon.

(2) Conseil d'État, Assemblée, du 30 octobre 1998, 200286 200287, publié au recueil Lebon.

(3) Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 2 Juin 2000, 99-60274, Publié au bulletin, cité par Bernard STIRN, Le Conseil d'État et le droit international, 2018, conseil-etat.fr

(4) Conseil constitutionnel, décision 2004-505 DC, 19 Novembre 2004, Traité établissant une constitution pour l'Europe, cité par Bernard STIRN, ibid.

(5) Supreme Court, HS2, 22 January 2014, cite par Bernard STIRN, ibid.

(6) Constitution of Netherlands, 2008, Article 91, section 3: Any provisions of a treaty that conflict with the Constitution or which lead to conflicts with it may be approved by the Houses of the States General only if at least two-thirds of the votes cast are in favour.

والجزائر (المادة 150⁽¹⁾ من الدستور) واليونان (المادة 28 من الدستور)، فيما لبنان قد أيد هذا الخيار في قانونه أصول محاكمات مدنية، المادة 2 منه.

بالتحقق من السياق الذي وردت فيه وضعية المعاهدة في الدستور الفرنسي، يظهر لنا للوهلة الأولى نصّ بيّن ومفهوم لكن الواقع أثبت التباس المحاكم في ترجمة نصّ المادة 55 لما عصف بالاجتهاد من تحول. نستهل بدايةً رحلة التعمق بتطور الاجتهاد بقضية (2) Semoules لعام 1968 التي أصدر فيها مجلس شورى الدولة الفرنسي قراراً مفاده تغليب أحكام القانون اللاحق بما فيه القرارات الإدارية على المعاهدات السابقة له. ما يدلنا على انتهاك أحكام المادة 55 من الدستور التي تؤكد على سمو المعاهدات على القانون عند تعارضهما، حيث كُشف النقاب عن إشكالية من يسود على من، القانون اللاحق على المعاهدة أم العكس. إن قضية الاجهاض Interruption volontaire de grossesse لعام 1975 كانت المفتاح الذي أتاح فيما بعد ملاءمة القانون مع أحكام المعاهدة عندما يكون القانون اللاحق متعارضاً معها. حيث قضى قرار المجلس الدستوري الفرنسي أنه غير مختص للنظر في هذه الملاءمة على اعتبار "أن القانون المتعارض مع المعاهدة لا يعني أنه متعارض مع الدستور"⁽³⁾.

تأسيساً على ما تقدّم، فُتح المجال أمام القضاء الإداري والعدلي للتأكد من تطبيق المادة 55 من الدستور الفرنسي. وعقبه قرار vabre عام 1975 بعد بضعة أشهر حيث كان نتيجةً لقرار IVG. وإن قرار Vabre الصادر عن محكمة التمييز الفرنسية مفاده التأكيد على تحلي المعاهدات الدولية وتحديداً اتفاقية روما لإنشاء السوق الأوروبية المشتركة

⁽¹⁾ دستور الجزائر، 2016، المادة 150: المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون.

⁽²⁾ Conseil d'État, No.62814, 1 Mars 1968, publié au recueil Lebon.

قدمت مراجعة من قبل الاتحاد العام لصانعي السميد بوجه وزارة الزراعة لابطال قرار الوزير، التي تجلت باعطاء الاذن لاستيراد 40 ألف طن من السميد من الجزائر الى فرنسا. أضف الى عدم فرض جباية الضريبة على صعيد الجماعة، على اعتبار ان البلدين تجمعهما معاهدة 19 أيلول 1962 التي تكرس ان فرنسا والجزائر هما جزء من نفس المنطقة الجمركية، فرفض الطلب.

⁽³⁾ Conseil constitutionnel, n.74-54 DC, 15 Janvier 1975, publié au journal officiel, 1975, p.671.

1975 بسلطة تفوق القوانين الوطنية، حتى اللاحقة منها. و"حيث أن معاهدة 25 آذار 1957... متمتع بسلطة أعلى من سلطة القوانين... و بالتالي يجب تطبيق المادة 95 من المعاهدة واستبعاد المادة 265 من قانون الجمارك، حتى لو كان هذا الأخير هو القانون اللاحق"⁽¹⁾.

بعد حوالي 14 عاماً، وبعد ان كان مجلس شورى الدولة الفرنسي ينظر بعين الحذر الى موقف محكمة التمييز الفرنسية في قضية Vabre 1975، تبعها في حكم Nicolo 1989⁽²⁾، مُعتبراً أنه من غير المُجدي مُطابقة القانون والقرارات الإدارية اللاحقة المُتعارضة مع أحكام المعاهدة لأن هذه الأخيرة ستسمو في جميع الأحوال. وعليه، يكون مجلس شورى الدولة الفرنسي قد سار على خُطى مُعظم المحاكم الأوروبية بشكل عام والمحاكم الفرنسية بشكل خاص، وتخلّى عن مساره السابق المُتمسك بمبدأ سمو القانون اللاحق على المُعاهدة عند تعارضهما. لا بد من الإشارة الى أن لهذا السمو حدود تكمن في شرط المُعاملة بالمثل من قبل الأطراف مع فرنسا عملاً بالمادة 55 من الدستور.

وحال لبنان لا يختلف عن فرنسا، الذي أسمى المعاهدة على القانون سواء سبق إبرام المُعاهدة أم لاحقاً. وعلى حدّ قول إلياس أبو عيد، يرجع ذلك لكون المعاهدة هي رابطة تعاقدية بين دولتين، لا تتأثر بما يكون لهاتين الدولتين من تشريعات سابقة عليها، أو بما تُصدّره إحداهما من تشريعات لاحقة تعارض أحكامها، إلا إذا كان ثمة نص صريح في القانون الداخلي على إلغاء المعاهدة"⁽³⁾.

(1) Cour de cassation, Chambre mixte, n.73-1355,24 Mai 1975, publié au bulletin, <La société cafés jacques vabre.

(2) Conseil d'état, Assemblée, n. 108243, 20 octobre 1990, publié au recueil Lebon.

تتلخّص وقائع هذه القضية في أن Raoul Georges Nicolo رفع دعوى لإلغاء الإنتخابات الأوروبية التي جرت بتاريخ 18 حزيران 1989، لاختيار النواب الذين سيُمثّلون فرنسا في البرلمان الأوروبي، مُتذرعاً بمُخالفة قانون الإنتخاب 1977 لمعاهدة روما 1957، عبر السماح للمواطنين الفرنسيين في أقاليم ما وراء البحار DOM-TOM بالإنتخاب والترشّح مُعتبراً أن هذه الأخيرة ليست أراضي أوروبية؛ فرفض طلبه لتوفّر التوافق بين القانون والمعاهدة.

(3) إلياس أبو عيد، أصول المُحاكمات المدنية، بين النص والإجتهد والفقّه، المواد 1 الى 130، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، ص 5، فقرة 6.

سنستعرض فيما يلي باقية من القرارات فَصَلَّتْ بها محكمة التمييز المدنيّة ومجلس شورى الدولة عبر عدّة محطات تاريخيّة. في مطلعها قرار لعام 1973⁽¹⁾، جُزمت فيه محكمة التمييز المدنيّة سمو البروتوكول المعقود بين لبنان وتشيكوسلوفاكيا 1954 على المرسوم الإشتراعي رقم 67/34، رغم ان هذا الأخير قد صدر بتاريخ لاحق للإتفاقية. تلاها حكم لنفس المحكمة عام 1994⁽²⁾، أكّدت فيه وجوب تقيّد الدولة بالإلتزامات الدوليّة المُبرمة من قبلها، وبالتالي قدّمت نص الإتفاق الدولي على أيّ نص داخلي. ويدور هذا الحكم حول مسألة الأحكام الأولى بالتطبيق-أحكام المرسوم الإشتراعي 67/34 أم البروتوكول بين لبنان وتشيكوسلوفاكيا المؤرّخ في 11 نيسان 1957- حيث برّرت المحكمة موقفها بالإلزاميّة توقّف مفاعيل المرسوم الإشتراعي عند عدم توافقه وتعارضه مع أحكام المعاهدة. كما أضافت أنه طالما أنّ المرسوم الإشتراعي لم يُشر بصراحة النّص الى إلغاء المعاهدة، تظلّ مُتمتعة بتقدّمها عليه، إذ أنّها اعتبرت أنّه يتوجب تطبيقها بصدق وأمانة لتعزيز توطيد القانون الدوليّ داخلياً. ولقد تبنّى الموقف ذاته مجلس شورى الدولة في قراره 2013/172-2014⁽³⁾، فقدّم المعاهدة في مجال التطبيق على القوانين السابقة واللاحقة.

- البند الثالث: سمو القانون اللاحق على المعاهدات الدولية

ان "المعاهدة هي جزء من النظام القانوني الداخلي" أو " المعاهدة لها قوّة القانون"، عبارتان دالتان على تساوي أحكام المعاهدة بالقواعد القانونيّة الداخليّة ولا سموّ لواحدة على

(1) محكمة التمييز المدنيّة، الغرفة الأولى، قرار رقم 59، تاريخ 9 كانون الأوّل 1973، مجلّة العدل، 1974، عدد 3، ص277-279.

تعود تفاصيل هذا الحكم الى تصديق محكمة التمييز على ما اعتمده كلّ من الحكم البدائي والحكم الإستئنافي، لجهة كون المادة 5 من المرسوم الإشتراعي التي تقضي بالإختصاص الحصري لمحاكم المحل الذي يُمارس فيه الممثل التجاري نشاطه غير واجبة التطبيق في هذه القضية. وذلك باعتبار ان البند السادس من إتفاقية 1954 هو الذي يجب ان يسري وهو محلّ القانوني، بالتالي تكون المحكمة غلبت أحكام المعاهدة الدوليّة.

(2) محكمة التمييز المدنيّة، الغرفة الخامسة، قرار رقم 1، تاريخ 25 كانون الثاني 1994، الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتيّة التابع لكلية الحقوق في الجامعة اللبنانيّة.

(3) مجلس شورى الدولة، قرار رقم 172، 26 تشرين الثاني 2013، غير منشور.

الأخرى. إسبانيا (المادة ٩٦، فقرة 1 من الدستور)، مصر (المادة 151 من الدستور)، الولايات المتحدة الأمريكية هي من الدول التي استقرت على هذا المبدأ. سبق وأشرنا الى ان دستور الولايات المتحدة الأمريكية قد خلى من ترتيب القواعد القانونية، حتى أخذ الإجتهد على عاتقه هذه المسؤولية مُحدداً سمو الدستور على المعاهدات التي تعلق بدورها على القوانين الفدرالية السابقة لكنها تدنو على القوانين الفدرالية اللاحقة. وللجوء الى هذا الترتيب، على القضاة الأميركيين أولاً بذل جهدهم لملاءمة المعاهدة والقانون في حال تنازعهما⁽¹⁾. وعليه، تكون أحكام المعاهدة مُتساوية مع قواعد القانون الوطني⁽²⁾. وبالوقوف أمام التدرج الذي ساقته المادة 25 من الدستور الألماني⁽³⁾، تسمو القواعد العامة للقانون الدولي على سائر القوانين بما فيها القوانين الفدرالية. لكن حرصت المحاكم الألمانية أن تُعدّل بين المعاهدة والقانون وها قد عدّلت في اجتهاد للمحكمة الدستورية الفدرالية الألمانية عام 2015⁽⁴⁾ عندما سُئلت حول دستورية القانون الدولي المعدّل عام 2003 والمتعارض مع المعاهدة الألمانية التركية عام 1985، فكان قرارها كون المعاهدة لها قوّة القانون بالتالي إن القانون اللاحق يسود عليها، عندما يتعدّر على القاضي تفسيره بما يتوافق معها⁽⁵⁾. نعيد ونكرر سمو القواعد الآمرة على جميع القواعد القانونية وبذلك تخرج من المقاربة لأن وضعيتها محسومة.

• الفقرة الثانية: حرية اختيار الآلية لتطبيق المعاهدة الدولية

إن القوة الإلزامية للقواعد الدولية -سواء التي يكون مصدرها المعاهدات أو غيرها- قد تمنحها سمو، لاسيما تلك التي تمتاز بالطابع الأمر، لكنها لا تعطى حق اكتساح

(1) Claude EMANUELLI, *ibid*, p.282

(2) David SLOSS, *Domestic application of treaties*, Santa Clara law digital commons, 2011, p.8

(3) Constitution of Germany, 2012, Article 25: The general rules of international law shall be an integral part of federal law. They shall take precedence over the laws and directly create rights and duties for the inhabitants of the federal territory.

(4) Federal Constitutional Court, 2 BVL 1/12, 15 December 2015.

(5) Cour Constitutionnelle fédérale, 15 décembre 2015, décision 2 BVL 1/12, *Revue internationale de droit comparé*, vol.68, n.2, 2016, p.550-552.

المنظومة القانونية الداخلية بطريقة اعتبارية دون حسيب ولا رقيب. فلكل من الدول Dualiste و Moniste آليتها الخاصة في تطبيق القواعد الدولية سعياً لـ"توطينها". وإن اتفاقية فيينا 1969، تناشد الدول المتعاقدة أن يبذلوا قصارى جهدهم لتطبيق أحكام المعاهدة بحسن نية عملاً بمبدأ (1) *Pacta sunt servanda* وتحذّر من "الاستهتار" بالالتزامات الدولية. لكنها في الوقت عينه تعطيهم فسحة واسعة لاختيار الآلية الملائمة لتطبيق المعاهدة في الداخل بما ينسجم مع سيادتها وقوانينها.

وقد أكد ذلك معهد القانون عندما اعتبر أن "كل نظام قانوني داخلي يملك حرية اختيار الوسائل المناسبة لتطبيق القانون الدولي على الصعيد الوطني"⁽²⁾.

ونشير الى أن انتقال القواعد الدولية الى المجال الوطن، إما أن يكون بإدخال فوري أو تلقائي *Introduction immédiate ou automatique*، فيسهّل الأخذ بأحكام المعاهدات التي يرحب بها داخلياً دون وسيط لتصبح جزءاً من المنظومة الوطنية عفواً على غرار ما تعتمد الدول *moniste* المخففة للإجراءات الرسمية الوطنية. وإما أن تسير في ظل إجراء تشريعي، يمررها الى النظام القانوني الداخلي، فيخلع عنها عباءة الدولية ويكسيها ثوب القانون الوطني لتصطف بجانب القوانين الأخرى *Technique de reception*.

والإجراء التشريعي هو ميزة تُنسب الى الدول *dualiste* لإدماج *Intégration* القواعد الدولية في النظام القانوني الداخلي بصورة فعلية وفعالة سعياً لخلق آثار قانونية كاملة لها وطنياً. وعن الطريق التحويل أو الإدراج *Transposition* يتحقق الإدماج *Intégration*. ويمكن تعريف *Transposition* على أنه "إجراء لإدراج قاعد دولية في القانون الوطني مرهون بضوابط وتعديلات لازمة" وذلك على حد قول Cornu⁽³⁾. وبالنسبة لـ Simon

(1) Convention de Vienne sur le droit des traités، 1969، Article 26: Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi.

(2) Institut de droit international، L'activité du juge interne et les relations internationales de l'État، session de Milan، 1993، p.1.

(3) G.CORNU، cité par Melanie TRIENBACH، Les normes non directement applicables en droit public français، Thèse، Univeristé de Strasbourg، 2012، p.200، archives-ouvertes.fr

"تخضع الدول الأعضاء للإلتزام بالتحويل Transposition الذي يتمثل في إدماج متطلبات القواعد الدولية عبر إجراء وطني يمكنها من أن تصبح سارية المفعول بالكامل"⁽¹⁾. فالغاية من Transposition أن يصنع من القواعد الدولية قانوناً، يعطيها صبغة شرعية ويكيّف المنظومة القانونية الداخلية مع معيار أجنبي ويظهر مدى إلتزام الدولة بالإمتثال لتعهداتها الدولية.

هناك عدة طرق⁽²⁾ Transposition لإصدار قانون تطبيق Loi d'application تستعمل لتوطين القواعد الدولية. وقانون الاستقبال Loi de réception يعتمد كوسيلة لإدخال النص الدولي المختار داخلياً عن طريق مادة وحيدة تتضمن الإشارة الى هذا النص الذي سيرفق بها كملحق. وهذا ما قصدته المادة 1032 أصول محاكمات مدنية - المتعلقة بأصول المحاكمة وباختصاص المحاكم أو المراجع القضائية وبأصول التنفيذ وبقواعد الإثبات- على انها جزء من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية المرفقة بملحق. في حين أن المعاهدة قد تفرض نفسها على المنظومة الداخلية للدولة عبر إشتراطها إتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتنفيذها بموجب قانون تنفيذ Loi d'exécution، إما أن يتضمن أحكام المعاهدة كاملة وإما أن يختار منها ما يتناسب مع القوانين الوطنية. وهذه التدابير التشريعية ليست محصورة بإضفاء قاعدة جديدة إنما تمتد الى تعديل أو إلغاء قاعدة سابقة غير متجانسة مع الحديثة.

في بعض الأحيان قد تلجأ دولة طوعاً الى تكييف نظامها القانوني بما يتوافق مع الموجبات الجوهرية المتأتية بصورة غير مباشرة عن المعاهدة، فيتم تحويل أحكامها الدولية الى قواعد داخلية عبر قانون التكييف Loi d'adaptation.

بالتالي نشدد على إلزامية اعتماد احدي الآليات سابقة الذكر إذ ان العبرة هي أن يتم دمج القواعد الدولية بقانون أياً كانت الآلية المعتمدة. ونستشهد بما أقره المشرع اللبناني بالمادة 1032 أصول محاكمات مدنية حيث استحوذت المعاهدات الواردة ضمنها على

(1) D.Simon,cité par Melanie TRIENBACH,ibid,p.200.

(2) Bérangère TAXIL, Methodes d'intégration du droit international en droits internes, 2010, AHJUCAF.org.

اهتمامه ما يستوجب إدراجها بقانون يتم إلحاقه بقانون أصول المحاكمات المدنية. مع الإشارة الى أن هذه الطرق الثلاث هي ليست حكر على دول dualiste حتى ولو أنها ملزمة بواحدة منها لدمج القواعد الدولية داخلياً، إذ نجد بعض مشرعي دول moniste يحذون نفس الحذو.

• الفقرة الثالثة: الإجراء التشريعي حتى في Monisme وغيابه حتى في Dualisme وفقاً للاجتهاد

لعل بعض الدول تجد نفسها مرغمة أحياناً والبعض الآخر تختار بكامل إرادتها، الوقوف عند المنطقة الرمادية بين monisme و dualisme، فليس من دولة pure moniste ولا من أخرى pure dualiste. إذ ان التطلع الى اجتهاد المحاكم قلب المقاييس المعتمدة غالباً في دساتير الدول السابق تبيانها في القسم الأول، حيث أظهر التطبيق في بعض الحالات الحقيقة العملية لهذين النهجين.

وعليه شرح Jean Dhommeaux عدم الفائدة من معاينة هذين النهجين على أنهما إجراءات متناقضة والأصح التدقيق بنتائجهما التي تظهر لنا ميول monisme ونحو dualisme والعكس⁽¹⁾.

ويلاحظ أن بعض دول Commonwealth لوّنت بريشة Monisme بعض أحكامها عملاً بالفقه وِباجتهاد محاكمها. فالمملكة المتحدة البريطانية، الحاملة شعار dualisme؛ اشتهرت بقاعدة Blackstone التي تعد إحدى القواعد القانونية البريطانية الأكثر شيوعاً وقد سميت تيمناً بالقاضي الإنكليزي William Blackstone. وبنيان هذه القاعدة قائم على مبدأ القانون الدولي جزء من قانون البلاد أو كما تعرف بـ "International law is part of the law of the land" مع التنبيه الى أن أحكام هذه

(1) Jean DHOMMEAUX, Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme, Annuaire français de droit international, vol.41, 1995, p.447-468, p.450, persee.fr.

القاعدة ليست مطلقة إذ أنها تبقى محصورة بقواعد القانون الدولي العام⁽¹⁾، لا سيما تلك المتعلقة بالقواعد الدولية العرفية⁽²⁾ ولا تتعداها لتطال أحكام المعاهدات التي تتطلب إجراء إستقبال خاص لتطبيقها في القانون الوطني.

مؤخراً، تبوّأت قاعدة Blackstone مكانة هامة في المنظومة القانونية البريطانية وإن قضية⁽³⁾ Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria هي من رسمت ملامح هذا الواقع، إذ تُعدّ القضية الأبرز التي يتم التعويل عليها لتحديد رتبة القاعدة الدولية العرفية وكيفية تطبيقها. ففي عام 1977، أصدرت محكمة الاستئناف البريطانية حكمها في هذه القضية التي جزمت منزلة هذه القواعد وهدمت الاعتقادات الخاطئة التي اغفلت تحديد هذه المكانة. إذا اعتبرت المحكمة أن أحكام العرف الدولي هي قابلة للتطبيق وليس هناك من داع للجوء إلى إصدار قانون لتنفيذها، شريطة أن لا تتعارض هذه الأحكام مع أي قانون داخلي بريطاني.

كما أن هذا الخرق لنهج dualisme المتعمد في كندا يظهر في انجذاب مقاطعة Québec الفرنكوفونية لـ monisme إذ تنظم هذه النظرية المعاهدات الدولية والعرف اللذان يعتبران جزءاً من قانون Québec ويطبّقان دون الحاجة لقانون⁽⁴⁾.

وتساعدنا قضية Mavis Baker لعام 1999⁽⁵⁾ على تأكيد تطبيق إتفاقية حوق الطفل 1989 التي تم التصديق عليها من قبل كندا 1991 قبل إستصدار قانون تطبيقها

(1) Paul de VISSCHER, Les Tendances Internationales des Constitutions Modernes, Le Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Hague (RCADI), vol.80, 1952, p.512-578, p.523.

(2) Pierre d'Argent, Relationship between international law and domestic law (II), Université catholique de Louvain, Belgium, 2017, video.

(3) Court of Appeal, Q.B.529, 1977.

تدور وقائع هذه القضية حول مسألتين أساسيتين، تتعلق الأولى بمدى تمتع البنك المركزي النيجري بالحصانة وإذا كانت هذه الحصانة تمتد لتشمل النشاطات التجارية. فلقد قامت الشركة السويسرية Trendtex Trading Corporation برفع دعوى ضد البنك مطالبة بإياه بالدفع. فتذرع هذا الأخير بالحصانة وعدم وجود قانون بريطاني يمنع إمتداد الحصانة لتشمل المعاملات التجارية. إلا أن المحكمة رفضت هذه الحجة وأعلنت عدم تمتع البنك بالحصانة متماشية مع الإتجاه المعاصر والمتطور للعرف الدولي خاصة أنه يغيب عن القانون الوطني أي تشريع يناقض هذا العرف.

(4) Claude EMANUELLI, ibid, p.290.

(5) Supreme Court of Canada, 2 R.C.S, 9 July 1999, para.73, Baker v. Canada.

الذي بقي حتى عام 2003 وعرف بـ (YCJA) Youth Criminal Justice Act. تشددت المحمة العليا الكندية في حماية المصلحة الفضلى للطفل التي هي من أهم ما نادى به هذه الإتفاقية حيث رفضت قرار وزير المهجرين الذي إستند على أسباب بعيدة كل البعد عن المنطق والإنسانية حين طالب بترحيل الأم الجاماكية المقيمة بصورة غير شرعية غاضاً البصر عن أهمية الطفل كمحرك أساسي لإتحاد هكذا قررت تعنى بالأطفال. وكانت أستراليا قد سبقت كندا واختارت مصلحة الطفل على أي إعتبار آخر غير آبهة بعنصرها الأساسي أي بوجوب دمج إتفاقية حقوق الطفل (1989) بقانون لیتسنى تطبيقها والتذرع بها من قبل الأفراد أمام القضاء. لابد من التتويه الى أن الحجة التي أتت بها المحكمة مخالفة لتلك الصادرة عن المحكمة العليا الكندية مع العلم أنهما توصلتا الى النتيجة ذاتها. اذ ان المحكمة العليا الأسترالية في قضية Teoh (1995) ⁽¹⁾ ورغم فضاة الأفعال المرتكبة من قبله-Teoh مواطن ماليزي إنتهت إقامته بأستراليا ورفضت وزارة الخارجية تجديدها لإتهامه بحيارة وإستيراد الهيروين- تميل الكفة حكماً لصالح أطفال Teoh الأستراليين الذين أنقذوه من الترحيل؛ بعد ان بنت حكمها على "التوقع المشروع" Legitimate expectation ⁽²⁾ بمعنى أنه بمجرد التصديق على الإتفاقية يتكون لدى الرأي العام نية بتطبيقها حتى قبل إصدارها قانون.

لا تتفرد دول Common wealth بهذه الميزة المتقلبة لنهاجها بين dualisme وmonisme فهولندا واحدة من الدول moniste التي قررت التخلي عن التطبيق المباشر لأحكام المعاهدات والإستعاضة عنه بتحويلها الى قوانين وطنية بهدف الحفاظ على الإنسجام بين القانون الهولندي والقانون الدولي ⁽³⁾.

بناءً على ما تقدم، يتراءى لنا ان مرور القواعد القانونية من النظام القانوني الدولي الى النظام القانوني الداخلي عبر إذن تصديق فقط من الجهة المختصة monisme أو عبر إجراء تشريعي يخول تطبيق المعاهد dualisme لا يفيا بالغرض إذ يجب استكمال

⁽¹⁾ High Court of Australia, 128 ALR 353, 7 April 1995, Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs v. Ah Hin Teoh.

⁽²⁾ David SLOSS, ibid, p.6.

⁽³⁾ André NOLKAEMPER, cité par David SLOSS, ibid, p.9.

البحث في مضمون أحكام المعاهدات لمعرفة مدى إمكانية تطبيقها مباشرة applicabilité directe ما يفسح المجال للتذرع بها أمام القضاء Invocabilité.

• الفقرة الرابعة: التطبيق المباشر لأحكام المعاهدات الدولية

عرف Joe Verhoeven التطبيق المباشر على انه "قابلية قاعدة من قواعد القانون الدولي التي تمنح بذاتها حقوقاً للأفراد دونما الحاجة الى أي تدبير أو إجراء داخلي للتنفيذ، بالتالي يمكنه التذرع بهذه الحقوق أمام السلطات القضائية للدولة حيث تكون القاعدة سارية المفعول". وبتعريف أوسع وأشمل، كل قاعدة دولية تشترط أي إجراء داخلي لتنفيذها، يجوز تطبيقها مباشرة في الدولة التي تكون فيها سارية المفعول⁽¹⁾.

هذا وقد يتطلب التطبيق المباشر أن تتمتع المعاهدة بثلاث عناصر؛ القوة الإلزامية في النظام القانوني الدولي، والقدرة الذاتية على وضع قاعدة تحكم سلوك المرسل اليه، والإدخال المنتظم في النظام الداخلي حيث ستطبق⁽²⁾.

وكانت قضية Dantzig لعام 1928⁽³⁾ قد رسّخت احد شرطيّ التطبيق المباشر المتمثل بالشرط الذاتي الذي يعكس نية الاطراف في خلق آثارها. بالتالي لمعرفة ما اذا كانت اتفاقية الخدمة المدنية Beamtenabkommen ترتب حقوقاً لموظفي سكة الحديد الدانزيغيين Dantzikois الذين يطالبون بولندا بدفع مستحقاتهم المالية، يقتضي البحث عن اذا ما اتجهت ارادة الفرقاء لاعطائهم هذه الحقوق بشكل مباشر وفرض التزامات عليهم. الى جانب الشرط الذاتي، يجب توفر شرط موضوعي ألا وهو ان يكون للقاعدة الدولية مفعول آني effet direct ناجم عن تمتعها بطابع ذاتي التنفيذ self-executing اي أن تكون واضحة وصریحة ومحددة Degré de précision، لا يشوبها الغموض ولا تحتاج الى إجراء داخلي مكمل لتطبيقها. إلا ان القواعد القانونية الدولية قد تتمتع بطابع self-

(1) Joe Verhoeven, La notion D'applicabilité directe du droit international, Revue belge de droit international (RBDI), 1980, p.243-264, p.243,244.

(2) Joe Verhoeven, ibid, p.247.

(3) Cour permanente de justice internationale, série B-N.15,3 Mars 1928, publications de la cour permanente de justice internationale, compétence des tribunaux de dontzig, p.17.

executing أو non-self-executing (البند الأول) مع التأكيد على وجوب اعتماد لبنان أداةً تشريعية لإدخال القواعد الدولية داخلياً (البند الثاني).

- البند الأول: الطابع Self-executing أو Non-self-executing للقواعد

الدولية

بحسب Visscher ليس من الضروري أن تطبق كل أحكام المعاهدات المدرجة في المنظومة القانونية الداخلية من قبل المحاكم إنما من الضروري لتطبيقها في النزاعات بين الأفراد أن تتمتع بطابع self-executing⁽¹⁾.

ويقصد بـ"Self-executing"، استقلالية المعاهدة عن أي إجراء تشريعي إذ تفرض نفسها وتطبيق مباشرةً وتنشرُ أثرها في أرجاء المحاكم ليستفيد كل ذي متذرع من أحكامها. خلافاً لـ"Non-self-executing" الذي يستعين بإجراء داخلي يفتح باب القضاء أمام تطبيق المعاهدة، فلا أثر دون هكذا إجراء⁽²⁾.

وتتمثل قضية GISTI لعام 2012⁽³⁾، في عرضه لأبرز شرط الا وهو الأثر المباشر لأحكام المعاهدة الذي يتولد عنه حقوقاً للأفراد بعد مراعاة عوامل عدة أهمها نية الأطراف والغرض من المعاهدة الذي لا يقتصر ترتيب العلاقات بين الدول كما غياب الاجراء القانوني الداخلي المكمل لها. بمعنى آخر، لا أثر مباشر للمعاهدات التي تحصر انشاء الالتزامات بين الدول فقط.

(1) Paul de VISSCHER, ibid, p.558.

(2) Carlos VASQUEZ, The distinction between self-executing and non-self-executing treaties in international law, conference at oxford university, 10 May 2018.

(3) Conseil d'État, Assemblée, 322326, 11 Avril 2012, publié au recueil Lebon

طلبت جمعية GISTI (groupement d'information et de soutien des immigrés) - التي تعنى بالمهاجرين- إبطال مرسوم 908-2008 المتعلق بشروط الإقامة الدائمة للمنتمين من الحق في سكن لائق ومستقل كما طلبت بتعديل قانون البناء والإسكان. ولقد إستند مجلس شوري الدولة الفرنسي في حكمه إلى معاهدات الإتحاد الأوروبي (1992) وأداء الإتحاد الأوروبي (1957) وإتفاقية العمال المهاجرين رقم 97 (1949).

وتعلن الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (1950)⁽¹⁾ بشكل جلي أن أحكامها الواردة في القسم الأول المعنون الحقوق والحريات *droits et libertés* هي ذات أثر مباشر، فتمنح الأفراد إمكانية التذرع أمام المحاكم.

ولقد إشتهر مفهومي *self-executing* و *non-self-executing* في الولايات المتحدة الأميركية، وما يبرر ذلك ظهورهم في *Foster and Elam v. Nelison* لعام 1829 أمام المحكمة الأميركية التي ميزت بينهما⁽²⁾. ونظراً لدورهما البارز، إختصت أميركا بالإضافة إلى الشرطين سابقين الذكر المتعلقين بالتطبيق المباشر سابقين الذكر، الشرط الذاتي - نية الأطراف - والشرط الموضوعي - الوضوح والدقة - شرطاً إضافياً يعرف بـ "Private right of action"⁽³⁾ وقوامه إمكانية رفع دعوى أمام المحاكم الوطنية الأميركية.

بالتالي، عند غياب إحدى هذه الشروط الثلاث تنعدم إمكانية إطلاق صفة *self-executing* على أحكام المعاهدة، وتفقد قدرتها على أن تطبق مباشرة أمام المحاكم ويستشف من قضية *Hamdan v. Rumsfeld* لعام 2006 أن إتفاقيات جنيف (1949) تطبق مباشرة ومن الممكن التذرع بها أمام المحاكم الأميركية⁽⁴⁾.

ونشير الى وجود ثلاث أسباب طرحها *Restatement (third), Foreign Relations Law of the United States (1987)* توضح أن إرادة الولايات المتحدة الأميركية توجهت نحو إعتبار المعاهدة *non-self-executing* ، السبب الأول أن يعلن مجلس الشيوخ الأميركي أو الكونغرس أثناء دراسة قانون التصديق، ضرورة إعتماها بقانون كي تُفعل آثارها أمام المحاكم الأميركية. والسبب الثاني التقيد بالقواعد الدستورية عبر إصدار إجراء تشريعي لتنفيذ المعاهدة. وأخيراً وبكل بساطة، قد تذكر المعاهدة صراحة وجوب إستصدار قانون لتطبيقها⁽⁵⁾.

(1) Convention européenne des droits de l'homme، 1950، Article 1: Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention.

(2) Carlos VASQUEZ, The four doctrines of self-executing treaties, The American Journal of international law (AJIL), 1995, p.695-723, p.700.

(3) Carlos VASQUEZ, ibid, p.719.

(4) Mactar KAMARA, ibid, p.138.

(5) Claude EMANUELLI, ibid, p.281.

– البند الثاني: وجوب اعتماد لبنان أداةً تشريعية

أما لبنان يسير مع الإجماع الدولي على درب الإمتثال للقواعد الدولية. فبعض الدول الكبرى تعتمد آلية تنهض على أهداف وطموحات دولية، لكن آلية لبنان تعمل وفقاً لإمكانات ومخاوف تدفعه للوفاء بالتزاماته التي تعهد بها. وكلتا الآليتين تنتجان تطبيقاً لأحكام المعاهدة سواء مباشرةً ام بمساندة إجراء تشريعي وعند أكثر من محطة، بدى المُشرع اللبناني غير مُقصرٍ في أداء هذه المهمة. ففي العام 1990، أظهر سخاءً كبيراً عندما عدل الدستور ليتوافق في الفقرة ب من مقدّمته⁽¹⁾ مع المتطلبات الدولية، فبات ملتزماً ومواثيق الجامعة العربية كما ومواثيق الأمم المتحدة –الذي هو عضو مؤسس وعامل فيها– بما فيها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي بات جزءاً من مقدمة الدستور، فكرّس الحقوق والمبادئ المتأنتية عنهما في مرتبة متساوية مع القواعد الدستورية ما يوجب تطبيقها مباشرةً. هذا وقد ملأت الحكومة اللبنانية فراغ الدستور ونقص القانون في المادة 2 أصول محاكمات مدنية عندما صرحت في تقريرها المقدم إلى اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في الأمم المتحدة، "ان المعاهدات التي يصدق عليها لبنان حسب الأصول هي ملزمة قانوناً في النظام الداخلي بمجرد تبادل وثائق التصديق (المعاهدات الثنائية) أو بإيداع وثائق التصديق والانضمام (المعاهدات المتعددة الأطراف) ولا يقتضي أي إجراء

إضافي للقبول في القانون الداخلي. وعليه، فإن أحكام هذه المعاهدات المحددة والواضحة بقدر كافٍ، ستنفذ تنفيذاً فورياً. أما الأحكام التي تقتضي تدابير تشريعية أو تنظيمية فإنها تلزم الدولة اللبنانية التي يجب عليها عندئذٍ أن تتخذ هذه التدابير⁽²⁾."

نستخلص أن لبنان فرّق بين المعاهدات ذات الطابع Self – executing التي تطبق مباشرةً بمجرد وضوح نصوصها كالاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب 1998 وتلك Non-

(1) دستور لبنان، 1990، مقدمة الدستور: ب-لبنان عربي الهوية والانتماء وهو عضو مؤسس وعامل في جامعة الدول العربية وملتزم ومواثيقها، كما هو عضو مؤسس وعامل فيمنظمة الأمم المتحدة وملتزم ومواثيقها والإعلان العالمي لحقوق الإنسان وتجسد الدولة هذه المبادئ في جميع الحقوق والمجالات دون استثناء.

(2) الأمم المتحدة، الصكوك الدولية لحقوق الإنسان، وثيقة أساسية تشكل الجزء الأول من تقارير الدول الأطراف –لبنان (HRI/CORE/1/Add.27/Rev.1)، 3 تشرين الأول 1996، ص.7.

self-executing التي تفرض على الدولة إصدار قانون أو مرسوم لتنفيذها كما في الأمور الجزائية كونها تستلزم إصدار قانون يحدد الجريمة والعقوبة عملاً بمبدأ لا جريمة ولا عقوبة بدون نصّ *nullum crimen, nulla poena sine lege* كقانون حماية النساء وسائر أفراد الأسرة من العنف الأسري رقم 2014/293 الذي هو وليد اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979 التي اجاز لبنان الانضمام إليها عام 1996- خاصة باعتماد كإحدى الأسباب الموجبة أن لبنان هو ملتزم موثيق الامم المتحدة والاعلان العالمي لحقوق الانسان وفقاً للدستور اللبناني- لاسيما الفقرتين «ج» و«و»⁽¹⁾ من المادة الثانية من الاتفاقية المذكورة التي أكدت على وجوب إصدار قانون لتفعيل دورها. وكاتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة 1984 التي تطبق مباشرة في لبنان منذ تاريخ صدور قانون إجازة التصديق عليها في 24 أيار 2000 عملاً بقرار القاضي المنفرد الجزائي عام 2009 الذي صنفها على انها جزء لا يتجزأ من المنظومة القانونية الداخلية⁽²⁾.

وحيث تستوقفنا هذه الاتفاقية لتقييم ما تم القيام به من قبل المشرع اللبناني لتحقيق مضمونها والغرض منها عندما تم سنّ قانون رقم 2017/65 إذ يمكن الأخذ باقتراح هذا القانون كنموذج prototype يحتذى به لما جاء فيه من أسباب موجبة مفصلة وأضف الى سرده لمتطلبات بعض مواد الاتفاقية التي تلزم اتخاذ لبنان التدابير المناسبة ما دفع الى تعديل بعض مواد قانون العقوبات وقانون أصول المحاكمات الجزائية ليتوافق معها⁽³⁾. هذا

(1) اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة، 1979، المادة 2.

فقرة (ج): إقرار الحماية القانونية لحقوق المرأة على قدم المساواة مع الرجل وضمان الحماية الفعالة للمرأة، عن طريق المحاكم الوطنية ذات الاختصاص والمؤسسات العامة الأخرى، من أي عمل تمييزي. فقرة (و): اتخاذ جميع التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريع، لتعديل أو إلغاء القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات القائمة التي تشكل تمييزاً ضد المرأة.

(2) القاضي المنفرد الجزائي في بيروت، تاريخ 10 أيلول 2009، قضية النيابة العامة ضد لؤي ماجد رشيد، مجموعة إجتهاادات المحكمة الخاصة بلبنان، 2011، ص. 84، مقطع 75.

(3) الأسباب الموجبة لإقتراح القانون الرامي لمعاقبة التعذيب وغيرها من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللانسانية أو المهينة، الموقع الالكتروني لمركز المعلوماتية التابع لكلية الحقوق في الجامعة اللبنانية.

الإجراء التشريعي يُجَنَّب تعارض القانونين الدولي والداخلي ما يسهل على القاضي تطبيق قانونه المألوف له.

وأن يختار لبنان الآلية هو مُخَيَّر لا مُجْبِر، لكن أن يُطبَّق المعاهدة هو مُجْبِر لا مُخَيَّر. وبعض الإنعكاسات الإيجابية لدمج القانون الدولي بالنظام القانوني الداخلي عن طريق إجراء تشريعي، أنه يُعيد الى الواجهة القانون المحلي الذي يكون مصدره القواعد الدولية. إذ ان هذه اللّمسات الأخيرة من قِبَل المشرِّع الوطني لاستقبال المعاهدة محلياً، تُضفي الشَّرعيَّة على هذه الأخيرة، فتتخذ شكلها النهائي في "قانون"، ما يجعلها مُنسجمة والقوانين الوطنية، ويجنب التَّعارض فيما بينها كالتعديل الذي طال قانون براءات الاختراع عام 2000 حيث تم إصدار قانون ينسجم مع مقتضيات التجارة العالمية والمعاهدات الحديثة التي ترعاها لاسيما منظمة التجارة الدولية (WTO) وملحقها الخاص بالجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (TRIPS). وعلى ما جرت عليه العادة، تكون القوانين بيد القاضي الذي يَأْتَمُر بأمرها -عَوَضاً عن لجوئهِ لمعاهدة دولية غريبةً بعض الشيء عنه- الأمر الذي يُسهِّلُ عمله لاعتياده على تفسير نصوص قانونه وتطبيقها. ولا يُخفي ان العمل التشريعي، ليس خيراً مطلق ولا شراً مطلق. قد يستهلك وقتاً طويلاً، وذلك بفعل الإجراءات من ناحية، ومن ناحية أخرى بسبب عدم إيلاء موضوع دمج المعاهدة داخلياً الأولوية. بالإضافة الى ان الخشية من ان تصبح الدولة أكثر عُرضةً لترتيب مسؤوليتها الدولية في حال لجأت الى تقنين أحكام المعاهدة هو حُجَّةٌ واهية لا مدلول لها. إذ لا يعدّ العمل التشريعي عنصراً من عناصر قيام هذه المسؤولية، بالتالي المُعضلة ليست في هذا الاجراء بل بعنصري المسؤولية المتمثلين بالفعل غير المشروع والضَّرر الناجم عنه. فلا مجال للإجتهد فيه وقبول وَهْم انه بإعتماد الدولة نظرية Monisme أو المحاكم "self-executing" تُجَنَّب نفسها المسؤولية الدولية، وابتاعها تلك Dualisme هي أكثر مساءلةً. علاوة على ذلك، ان تحوير مضمون المعاهدة يُطَرِّحُ كسبب إضافي لرفض الإجراء الرسمي كوسيلة دمج داخلياً، مع العلم ان هذا التحوير قد يقع سواء طُبِّقَت المعاهدة بطريقة مباشرة ام عبر هذا الإجراء؛ فمرة أخرى يُحْمَلُ هذا الأخير عِبء لا سبب له فيه، فيما يعود

اللوم لكيفية التفسير عندما ينحرف عن الهدف والغرض من المعاهدة. وعلى الرغم من تكبيرنا للنواحي السلبية، تبقى كفة الميزان تميل الى مصلحة الدولة عند الأخذ بإجراء داخلي لدمج القواعد الدولية في النظام القانوني المحلي. وذلك إن لجهة مبدأ السيادة، أو لجهة دور القاضي في تطبيق هذه الأحكام كما لإمكانية التدرج بها وتقليص الوقوع بفخّ عدم ملائمة القوانين. بالتالي، ان التّهويل بخرق القوانين الدولية عند اعتماد إجراءات داخلية لاستقبال القواعد المستوردة من الخارج مبالغ فيه وبالنسبة للمجتمع الدولي العبرة بالنتيجة التي ترمي الى احترام القواعد الدولية وتطبيقها. أما بالنسبة للدولة، العبرة هي بالآلية المتبعة من قبلها للوصول الى تلك النتيجة. وان تحديد الآلية لتطبيق أحكام المعاهدة الدولية ليست في الحقيقية خاتمة لحسن تطبيق المعاهدة لأن تفسيرها من قبل المحاكم قد يهدد مبادئنا وقيمنا ونظامنا العام.

♦ **الجزء الثاني: دور القاضي في تفسير أحكام المعاهدات واحترام النظام العام الداخلي**
حسب نوايا الدول المتعاقدة تُرزقون، إما ان تأتي أحكام المعاهدة للأفراد بحقوق يتذرعون بها مباشرةً وجهاً حيث تكون للمحاكم آذان صاغية. وإما أن يلجأوا الى التّبصير لإكتشاف ما تُخبئ لهم نية المُشرّع التي قد لا يسهل الوصول إليها وقت إبرام الدول الأطراف للمعاهدة. عندها سيكون الحلّ الوحيد سلوك طريق القضاء الذي يُمكن الإعتماد على قضاة في تفسير أحكام المعاهدة سواء تلك المُتحرّرة من كل إجراء وطني ام تلك المُتجسّدة في قانون وطني نظراً لضعف أثرها أو لِرغبة الدولة بِنَهجٍ معيّن. إن اجتهاد المحاكم وتفسيرها للقواعد الدولية هو بيت القصيد. من جهة، يُفسّر القاضي تمتّع المعاهدة بطابع self-executing أو لا. ومن جهة ثانية يُفسّر ويُلائم قواعد القانون الوطني مع القواعد الدولية عند تعارضهما. كما يُفسّر مضمون أحكامها المُشابهة بالغموض بما يحقّق الغرض منها مع أخذ الحذر من النّظام العام.

إرتأت الدّول المُتعاقدَة في اتفافيّة فيينا 1969، تَخصيص الفصل الثالث من الجزء الثالث لتفسير المعاهدات⁽¹⁾، وعلى قاعدة حُسن النّيّة يتعيّن تفسير أحكام المعاهدات كي تُصيب المعنى الذي ترمي إليه. حيث أن التفسير يُوضَع على شكل ملحق من قبل الأطراف أو في أحكام صادرة عن القُضاة الذين يعود لهم الفصل في مسألة التطبيق المباشر عندما تغفل بعض أحكام المعاهدة عن تحديد الأثر صراحةً⁽²⁾، كالعهد الدوليّ المتعلّق بالحقوق المدنيّة والسياسيّة والعهد الدوليّ المتعلّق بالإقتصاديّة والإجتماعيّة والثقافيّة.

⁽¹⁾ Convention de Vienne sur le droit des traités، 1969،

Article 31: 1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus:

a) Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité; b) Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte:

a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions; b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité; c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.

-Article 32: Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31: a) Laisse le sens ambigu ou obscur; ou b) Conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

-Article 33: 1. Lorsqu'un traité a été authentifié en deux ou plusieurs langues, son texte fait foi dans chacune de ces langues, à moins que le traité ne dispose ou que les parties ne conviennent qu'en cas de divergence un texte déterminé l'emportera. 2. Une version du traité dans une langue autre que l'une de celles dans lesquelles le texte a été authentifié ne sera considérée comme texte authentique que si le traité le prévoit ou si les parties en sont convenues. 3. Les termes d'un traité sont présumés avoir le même sens dans les divers textes authentiques. 4. Sauf le cas où un texte déterminé l'emporte conformément au paragraphe 1, lorsque la comparaison des textes authentiques fait apparaître une différence de sens que l'application des articles 31 et 32 ne permet pas d'éliminer, on adoptera le sens qui, compte tenu de l'objet et du but du traité, concilie le mieux ces textes.

⁽²⁾ Jean DHOMMEAUX, *ibid*, p.459.

إن الدراسة النظرية والعملية للمعاهدات الدولية تتوضح عن طريق التفسير، لا سيما عند الأخذ بأحكام اتفاقية حقوق طفل من وجهة نظر المحاكم الفرنسية (الفقرة الأولى)، مع تبيان الجهة المخولة بتفسير أحكام المعاهدات (الفقرة الثانية). وعلى الرغم من أن الدستور الفرنسي يغلب المعاهدات الدولية على النصوص القانونية الداخلية إلا أن المحاكم الفرنسية تمسكت بنظامها العام (الفقرة الثالثة) كما سنبين موقف القضاء اللبناني من النظام العام في مواجهة المعاهدات الدولية (الفقرة الرابعة).

• الفقرة الأولى: تفسير المحاكم الفرنسية لأحكام اتفاقية حقوق طفل

وبالنظر الى اتفاقية حقوق الطفل 1989، ساهمت محكمة التمييز الفرنسية، وتحديداً عُرفتها الأولى⁽¹⁾، في توطيد وتفعيل الأثر المباشر لبعض أحكام هذه المعاهدة ليتسنى للقاضي الوطني تطبيقها مباشرةً.

سارت المحكمة قُدماً نحو الأخذ بهذا التطبيق، بعد أن كانت قد صدّمت الرأي العام سنة 1993 بسلسلة من الأحكام⁽²⁾، ضاربةً عرض الحائط المصلحة العليا للطفل ومُنكرةً وجود حقوق محدّدة له مُتأتيةً عن الاتفاقية. فَحَصَرَت القواعد على انها التزامات تقع على عاتق الدّول المُتعاقدّة، ما أفقدها ميزة تطبيقها مباشرةً.

فمثل هذا الموقف إن لاق بأحد طرفيّ الدعوى، أو لاق بمُفسّري النصوص، فهو لا يليق بدولة كفرنسا تضع أُعينها حقوق الإنسان، فما بالك بحقوق الطفل! عام 1996 كانت بداية خجولة لتبدّل في رأيها، وتبعه قرارها عام 2000⁽³⁾ أكد على مصلحة الطّفل الفضلى، مستوحيةً من المادة 3 فقرة 1 من الاتفاقية. وتم التأكيد على

(1) L'application directe de la convention de New York relative aux droits de l'enfant, 2009, courdecassation.fr

(2) - Cour de cassation, Chambre civile 1, 91-11.310, 10 Mars 1993, Publié au bulletin.

- Cour de cassation, Chambre civile 1, 91-17.487, 2 Juin 1993, Publié au bulletin.

- Cour de cassation, Chambre civile 1, 92-18735, 15 Juillet 1993, Publié au bulletin.

- Cour de cassation, Chambre civile 1, 93-10891, 13 Juillet 1994, Publié au bulletin.

- Cour de cassation, Chambre civile 1, 92-20.682, 4 Janvier 1995, Publié au bulletin.

(3) Cour de cassation, Chambre civil 1, 97-20.809, 18 Avril 2000, Publié au bulletin.

التطبيق المباشر لهذه المادة في قرارين عام 2005⁽¹⁾ كما وللمادة 12 فقرة 2 المُنادية بحق الإستماع للطفل من قبل القاضي.

وسببان رئيسيان حولاً مجرى الأمور، الأول وجوب سمو المعاهدة الدولية على القانون عملاً بأحكام الدستور الفرنسي. والثاني كي تكون على نفس الموجة مع مجلس سُوري الدولة الفرنسي الذي كان سابقاً في هذا الاتجاه. وعليه، حتى ولو خاطبت إتفاقية حقوق الطفل 1989 الدول مُحَمَلَةً إياها الالتزامات، وحتى لو تضمنت بعض الأحكام غير المحددة، هذا لا يخفي أنّ البعض الآخر منها أتى صريحاً وواضحاً مُخَصِّصاً حقوقاً للطفل ما يسمح بالتدّرع بها مباشرةً من قبل الأفراد أمام المحاكم.

على الرّغم من هذا التحوّل الملحوظ في الاجتهاد الفرنسي، اعتبرت لجنة حقوق الطفل-المُخوّلة عملاً بالمادة 43 من الإتفاقية بمراقبة تطوّر الدول الأطراف في تنفيذ التزاماتها- أن ما قُدّم ما هو إلاّ غيضٌ من فيض، لأنّ المحاكم الفرنسية لجأت لإنتقاء عدد قليل من المواد واضفاء الطابع المباشر عليها. بذلك على القضاة الفرنسيين سواء العدليين ام الإداريين، كلما سنحت لهم الفرصة، الاعتراف بالتطبيق المباشر لأحكام الإتفاقية وإلاّ لها ان تستعين بإجراء تشريعي لتطبيقها بصورة غير مباشرة. وفي هذا الوسط يبرز دور القاضي في تفسير القواعد الدولية للمسأثرها وفرزها بين Self-executing و Non-self-executing. ويقصد اظهار حسن نيّتها، أصدرت فرنسا قانون Loi du 8 janvier 1993 المُنسجم مع أحكام المعاهدة، فشمل مواد تتعلق بالوضع العائلي والمدني وبحقوق الطفل.

تجدر الإشارة الى ان ما اعتمده المحاكم الفرنسية يصعب تطبيقه في لبنان لجهة حقوق الطفل، خاصةً فيما يتعلق بمسألة الحضانة التي تخضع للنظام الطائفي المهمين عليها. وينتج عن هذا النظام إحباط إمكانية قيام نظام مدني، فنلاحظ عدم بحث المحاكم الدينية بمصلحة الطفل الفضلى لتقيدها بقوانين طائفة كل منها. فعلى سبيل المثال سن الحضانة لدى الطائفة الشيعية: سنتان للذكر - 7 سنوات للأنثى بينما لدى طائفة الموحدين

(1) Les arrêts de principe du 18 Mai 2005, 2009, courdecassation.fr
- cour de cassation, Chambre civil 1, 02-20.613, 02-16.336, 18 mai 2005, Publié au bulletin.

الدروز: 12 سنة للذكر - 14 سنة للأنثى. أما لدى الطائفة الكاثوليكية: سنتان للذكر - سنتان للأنثى؛ على أنه يكون للمحكمة الروحية السلطة الاستثنائية في تقرير الحاضن وفقاً لما تقتضيه مصلحة القاصر⁽¹⁾.

• الفقرة الثانية: الجهة المخولة تفسير أحكام المعاهدات

متى دخلت القاعدة القانونية الدولية المنظومة الداخلية، تخرج بعض التساؤلات الى العلن حول الجهة المخولة تفسيرها، خاصة وان بعض هذه القواعد قد تحمل تفسيرات عدّة وبعضها قد يتعارض مع قواعد أخرى. لذلك يتعين علينا استعراض مراحل تغير الجهة المختصة بالنظر في التفسير المعاهدات الدولية في المحاكم الفرنسية نظراً لأهمية الجدل الذي امتد على فترة زمنية.

ولقد كان لقضيتي Vabre لعام 1975 و Nicolo لعام 1989 أثراً كبيراً في منح القاضي العدلي والقاضي الإداري في فرنسا صلاحية ملاءمة القانون الوطني مع المعاهدة، Contrôle de conventionnalité وعن طريق هذا البحث في الملاءمة يمكن للقاضي بناء قراره.

صُنِفَ قرار Gisti لعام 1990⁽²⁾ على أنه إحدى نتائج قرار Nicolo عام 1989 -الذي غلب المعاهدة على القانون اللاحق- والدافع وراء تمرّد القاضي الإداري لتأكيد إختصاصه في تفسير أحكام المعاهدات، بعد أن مُهِّدَتْ له الطريق عقب إعلان صلاحيته من قبل مجلس شورى الدولة الفرنسي في البحث في مدى ملاءمة القانون المحلي مع القواعد الدولية.

(1) ما هو سن الحضانة في الأحوال الشخصية؟، موقع الاقتصاد، ٢٦ نيسان ٢٠١٩.

(2) Conseil d'état, Assemblée, 78519, 29 Juin 1990, public au recueil Lebon.

دعوى رفعتها جمعية توعوية ومساعدة العمال المهاجرين (Gisti) (Goupement d'information et de support) لإبطال القرارات الصادرة بتاريخ 14 آذار 1986 عن وزير الداخلية ووزير الشؤون الاجتماعية حول أوضاع انتقال وتوظيف واقامة الرعايا الجزائريين وعائلاتهم في فرنسا.

وعليه، جاء قرار Gisti لعام 1990، ليستبعد ولا ليلغي دور وزير الشؤون الخارجية الفرنسي كمرجع وحيد لتفسير المعاهدات التي تكون فرنسا طرفاً فيها بعد إحالتها من قبل القاضي لإضفاء الوضوح على أحكامها. فقد أعطى مجلس شورى الدولة الفرنسي لنفسه في هذه القضية الحق بتفسير أحكام إتفاقيّة Évian الفرنسية-الجزائريّة، بالتالي تقدير صحّة التفسير الوزاري، ما قد يكون نهاية إلزاميّة الإحالة إلى الوزير وبداية عدم توقف الدعوى لحين ورود جواب الوزارة.

ولذلك إن لهذا القرار أهميّة بالغة، فمن المعلوم أن إبرام المعاهدات يُعدّ من الأعمال الحكوميّة التي تتعلّق بالسيادة ولا يمكن الطعن بها. لكن قرار Gisti لعام 1990 قد فصل تفسير المعاهدات عن هذا المبدأ وربطها بمبدأ الفصل بين السلطات مُعزّزاً دور القاضي في تطبيق مهامه. وقد تبعه قرار لمحكمة التمييز الفرنسيّة في قضية البنك الأفريقي للتطوّر Banque africaine de développement عام 1995⁽¹⁾، فتغيّرت وتبدّلت الأحوال وبات الإجتهد الفرنسي يمنح الفضاة صلاحية تفسير المعاهدات الدوليّة.

ومع ذلك، "قيام المسؤوليّة الدوليّة" هي حجة يهلّلون بها في أية خطوة يخطيها القاضي نحو استقلاليّة القضاء. فإنّ اللجوء إلى وزارة الخارجية ليس بحلّ لتبديد مخاوف الوقوع في خطأ التفسير. أضف إلى أن آثار التفسير هي محصورة داخلياً فقوتها الإلزاميّة لا تتجاوز الحدود الوطنيّة.

كما أنّ القانون الدولي لم يمنع مسألة تفسير القواعد الدوليّة من قبل القاضي الوطني طالما أنها لا تُلامس العلاقات الدوليّة ولا تفتح جبهة صراع بين دولته ودولة أخرى. وهذا لا ينفي إمكانيّة القاضي من الإطلاع على رأي وزارة الخارجية على سبيل الإستئناس ولا الإلزام. وعندما تعترض القاضي قواعد قانونيّة تفسّر على عدّة أوجه أو تتعارض مع أخرى داخليّة، ينبغي عليه تفسيرها بما يتوافق مع الإلتزامات الدوليّة *Interprétation conciliatrice*⁽²⁾، على أن يُحافظ على مضمونها والغرض منها قدر الإمكان.

(1) Cour de Cassation, chambre civile 1, 93-20424, 19 décembre 1995, public au bulletin.

(2) Edwin D. DICKINSON, L'interprétation et l'application du droit international dans les pays anglo-américains, Le Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Hague (RCADI), vol.40, 1932, p.314.

• الفقرة الثالثة: تمسك المحاكم الفرنسية بنظامها العام

إن هذه المعاملة للقواعد الدوليّة كطفل مدلل ينبغي إرضاءه دائماً تجنباً لنتائج وخيمة يقف لها بالمرصاد النظام العام، الذي يُشكّل حاجزاً صلباً ومنيعاً يصعب بل لا يجوز إختراقه، وهو الإستثناء الوحيد الذي قد يتم التغاضي عنه وتغليبته على أحكام المعاهدات المتعارضة⁽¹⁾. إذ يُعدّ النظام العام من أسمى المبادئ التي يُبنى عليها أي مجتمع، فهو الذي يعزّز قيم وأهداف الدولة لحمايتها وصون مجتمعتها. وفي هذا الصدد، يلعب القضاء الوطني - الى جانب غيره من المؤسسات - الدور الأبرز في الحفاظ على هذا المفهوم. وإذا أخذنا فرنسا كمثال، غلبت المحاكم في عدّة قضايا النظام العام على الإتفاقيّة الدوليّة. فبالنسبة لمجلس شورى الدولة الفرنسي⁽²⁾، إن حظر تسليم المجرمين أو الأجانب الى دولة تُمارس الإعدام هو من النظام العام. كما أنّ محكمة التمييز وبعد إصدار قانون 17 أيار 2013، الذي يسمح بزواج أشخاص من نفس الجنس، بات هذا الزواج حق يتعلّق بالنظام العام ويُغلب حتى على أحكام الإتفاقيّة الدوليّة⁽³⁾.

ومن المواضيع الحساسة التي أثارت الجدل على مرّ السنين، قضية "الحمل البديل"⁽⁴⁾ أو ما يعرف "بتأجير الرّحم" GPA "Gestation pour autrui"⁽⁵⁾. ولقد أُقرّ قانون 653-94 في 9 تموز 1994 Loi bioéthique يمنع هذا النوع من الحمل. فوردت نصوص صريحة⁽⁶⁾ تشير الى أن كلّ إتفاق يرمي الى "الحمل البديل" هو باطل وإلا يُعاقب بالحبس وبغرامة ماليّة، وهذا البطلان يتعلّق بالنظام العام.

(1) Bernard STIRN, ibid.

(2) Conseil d'état, 78665, 27 février 1987, Publié au recueil Lebon ; Conseil d'état, Assemblée, 144590, 15 octobre 1995, Publié au recueil Lebon, Bernard STIRN, ibid.

(3) Cour de cassation, Chambre Civile 1, 13-50.059, 28 Janvier 2015, cité, par Bernard STIRN.

(4) Inscription à l'état civil d'enfants nés à l'étranger d'une GPA, 2015, courdecassation.fr ; Noémie HOUCHE-TAN, Les 3 arrêts de la cour de cassation du 18 décembre 2019: une évolution historique de la jurisprudence en matière de gestation pour autrui, 2019, Frenchdistrict.com.

(5) أن تقوم امرأة سميت "الأم البديلة" Mère porteuse بالحمل وانجاب طفل من ثنائي أو شخص آخر يريد الحصول على طفل وذلك مقابل مبلغ من المال.

(6) Code pénal français, Article 227-12(3): Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une

وارتبطت هذه العملية GPA بالقضية الشهيرة Mennesson لعائلة أمضت سنوات تتخبط بين المحاكم الفرنسية والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. ففي 6 نيسان 2011⁽¹⁾، أصدرت محكمة التمييز الفرنسية حكماً قضى برفض تسجيل Transcription de l'acte de naissance طفلتين توأم على اسم الزوجين Mennesson، كونهما ثمرة ولادة GPA، ما هو مخالف للنظام العام الفرنسي وفق المادتين 7-16 و9-16 من القانون المدني. وأضافت أن هذا الرّفص لا يمسّ حقّ الطّفل ببُنوّة الأب والأمّ الناجمة عن GPA Filiation paternelle et maternelle لأنها معترف بها في الولايات المتّحدة الأميركيّة حيث وُلدتا وتم قيدهما رسمياً، كما لا يمسّ حقه في العيش في فرنسا برفقة الزوجين Mennesson. وعليه، فسّر القاضي أحكام الإتفاقيّتين الدوليّتين بما يتلاءم مع النظام العام الفرنسي. فاعتبر أنه ما من انتهاك للمادة 8 من الإتفاقيّة الأوروبيّة لحقوق الإنسان 1950 المتعلّقة بحقّ إحترام الحياة الخاصّة والعائليّة ولا حتّى للمادة 3 من انفاقيّة حقوق الطفل 1989 المتعلّقة بالمصلحة الفضلى للطفل.

وجاء هذا الحُكم كالصاعقة على كلّ مُعارض للنظام العام ومُطالب بتشريع GPA وعلى الإجتهد الفرنسي الذي كان قد إعتد منذ قرار محكمة التمييز 1991⁽²⁾ القيد الجزئي للطفل في دائرة النفوس Transcription partielle de l'acte civil de naissance، على اسم الأب البيولوجي، واستثنت الأم مراعاةً للمجتمع وعملاً بالمبدأ المتعلّق بالنظام العام *master semper certa*⁽³⁾. أي ان الأم هي التي تلد الطفل ومبدأ حرمة الجسد الإنساني وعدم جواز التصرف به Indisponibilité de l'état des personnes et du corps humain. وعلى الرغم من إصدار وزارة العدل تعميم Taubira في 25 كانون

femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double.

Code civil français, Article 16-7: Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ; Article 16-9: Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public.

⁽¹⁾ Cour de cassation, Chambre civile 1, 10-19053, avril 2011, Publié au bulletin.

⁽²⁾ Cour de cassation, Assemblée plénière, 90-20 10 5, 31 Mai 1991, Publié au bulletin.

⁽³⁾ Cour d'appel de Rennes, 01/02471, 4 Juillet 2002.

الثاني 2013⁽¹⁾ الذي يُعلن عن حقّ طفل GPA الحصول على الجنسية الفرنسية دون تحديد الإجراءات، ومع مُراعاة المادة 47 من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾، إلا أن محكمة التمييز الفرنسية عام 2013⁽³⁾، إستمرت في نهجها الرفض إعطاء طفل GPA الجنسية الفرنسية.

وبالعودة إلى قضية Mennesson، فقد أدانت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان عام 2014⁽⁴⁾ موقف محكمة التمييز الفرنسية بهذه القضية وبقضية العائلة Labassé⁽⁵⁾. فقضت أن رفض تسجيل الطفل في دائرة النفوس الفرنسية تتعارض مع المادة 8 من هذه الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان 1950، لكنها لم تشمل حظر عمليّة GPA في هذه المخالفة لأحكام الإتفاقية، مُعتبرة أن هذا الحظر لا يجب أن يطال حقوق الأطفال الذين ولدوا في الخارج بطريقة قانونية. بالتالي حتّى الدّول التي تمنع GPA يتوجب عليها الإقرار رسمياً بنسب الأب البيولوجي والأم غير البيولوجية *Mère d'intention*. وموقف يُسجّل للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي احترمت الخطوط الحمراء للنظام العام الفرنسي وتركت للدولة حرية حظر أو لا عمليّة GPA على أراضيها. فتركيزها انحصر بمصلحة الطفل دون ان تفرض تعديلات تمسّ بالسيادة وتعدّ تدخلاً بشؤونها الداخلية.

ومع مُراعاة الإنتقادات الدولية، ظلّت فرنسا مُتمسكة بنظامها العام مُحاولّة جاهدًا ايجاد منفذ لها. فأصدرت محكمة التمييز قرارين في 5 تموز 2017⁽⁶⁾ سمّحت بإمكانية قيد الطفل

(1) Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française -convention de mère porteuse- État civil étranger, la garde des sceaux, ministre de la justice, 2005.

(2) Code civil français, Article 47: Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité.

(3) Cour de cassation, Chambre civile 1, 12-30138, 13 Septembre 2013, Publié au bulletin.

(4) Cour européenne des droits de l'homme, 5 ème section, 65192/11, 26 Juin 2014, Mennesson c. France.

(5) Cour européenne des droits de l'homme, 65941/11, 26 Juin 2014, Labassé c. France.

(6) Cour de cassation, Chambre civile 1, 16-16901, 16-50025, 5 Juillet 2017, Publié au bulletin.

في سجل النفوس على إسم الأب البيولوجي. لكن إشتطرت اللّجوء الى إجراء التّبني من قبل الأم غير البيولوجيّة لئتنسّى لها تسجيله على إسمها مع القيد بأحكام المادة 47 من القانون المدني الفرنسي التي خلقت جدلاً حول تفسيرها من قبل القضاة. حيث ان المادة تشترط للأخذ بالبيانات المدنية لدولة أخرى فيما خصّ الفرنسيين والأجانب، يجب ان يتوافق مع الواقع وأن لا يخفي أموراً. لكن هذه ليست هي حال وثائق طفل GPA، حيث أنه سُجّل على إسم الأم غير البيولوجيّة مع العلم أن الأم هي التي تلد، بالتالي إن هذه الوثائق غير مُتطابقة مع الحقيقة.

وفي محاولة لتبييض صفحاتها أمام المجتمع الدوليّ، تقدّمت محكمة التمييز الفرنسيّة بطلب رأي إستشاري بقرارها 5 تشرين الأول 2018⁽¹⁾ من المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان حول الإعتراف داخلياً بالنسب للأم لطفل GPA مولود في الخارج. فجاء الردّ في 10 نيسان 2019⁽²⁾ أن الإعتراف بنسب الطفل للزوجين Parents d'intention هو حق له على الدولة وواجبها الإعتراف به.

يُلاحظ أن القضاة الفرنسيين يُفسّرون عمليّة GPA وإجراء قيد الطفل كوحدة لا تتجزأ إطارها النظام العام. إذا لم يربطوا رفض القيد بمبدأ حظر GPA المتعلّق بالنظام العام، هم يربطونه بمبدأ الأم هي التي تلد الذي هو أيضاً من النظام العام.

في حين أن المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان تفصل المسألتين، هي تُعطي الحقّ للدولة بالحفاظ على نظامها العام وعدم فرض تشريع عمليّة GPA، كما الحقّ باختيار الآليّة التي تتناسب مع مجتمعها والكنيسة ولم تستثني التبني لقيد الطفل على إسم الأم غير البيولوجيّة. لكنّها تُبدي المصلحة العليا للطفل - عملاً بالمادة 3 من إتفاقيّة حقوق الطفل 1989- التي تسود في قراراتها على كلّ اعتبار.

وبالفعل تطوّر الإجتهد الفرنسي من القيد الجزئي للطفل على إسم الوالد البيولوجي الى القيد الكليّ الإستثنائي على إسم الوالد البيولوجي والأم غير البيولوجيّة في مُراجعة

(1) Cour de cassation, Assemblée plénière, 10-19.053, 5 octobre 2018, Publié au bulletin.

(2) Cour européenne des droits de l'homme, 16-2018-001, 10 Avril 2019.

قضية MENNESSON في 4 تشرين الأول 2019⁽¹⁾ وغيرها، وصولاً الى قرارات محكمة التمييز المتعلقة بحالات المثلية الجنسية في 18 كانون الأول 2019⁽²⁾ حيث أظهر إنقلاباً في الإجتهد الذي اعتبر أن مسألة قيد الطفل Transcription de l'acte civil de naissance، لا تؤثر على النسب Filiation.

ومهما كانت الحجة التي استند عليها القضاء للوصول الى حلّ يلائم المجتمع والطفل، كان تفسيرهم يدور حول حُصن النظام العام دون تجاوزه.

لابدّ من الإشارة الى أنه في 15 آب 2019 وبلقنة جديدة من نوعها، نوقش مشروع قانون أخلاقيات علم الأحياء Loi bioéthique⁽³⁾ الذي تضمن إقتراح إجازة GPA في فرنسا. لكن بجلسة 4 شباط 2020 تبنى مجلس الشيوخ مشروع القانون مع بعض التعديلات لجهة تسهيل عمليات القيد عبر إجراءات التبني دون الاعتراف بنسب طفل GPA المباشر للأُم التي لم تلد. تمسك القضاة الفرنسيين بالنظام العام بدا واضحاً في الإجتهدات المتعاقبة، وهذا ما هو إلا انعكاس لتوجه فرنسا حكومة وكنيسة لتعزيز مصالح مجتمعا ونظامها العام.

والغاية من التطرق إلى موضوع GPA هو ليس للوقوف على موضوع تأجير الرحم بحد ذاته بل للتأكيد على ضرورة التقيد بما يمليه النظام العام حتى لو اضطرت المحاكم أن تخرق معاهدة دولية. من هنا نجد ضرورة للعرض المسبق لكل معاهدة على المشرع اللبناني لقوننتها تجنباً لأي تعارض مع قوانيننا الداخلية.

• **الفقرة الرابعة: موقف القضاء اللبناني من المعاهدة الدولية المتعارضة مع النظام العام**
القضاء اللبناني، يسير واثق الخطى وبمواقف صارمة نحو تغليب النظام العام على أي مسألة تتعارض معه. ومن أكثر القضايا المحدثة ضجيجاً في المجتمع اللبناني موضوعي تحويل الجنس والمثلية الجنسية.

(1) Cour de cassation, Assemblée plénière, 10-19.053, 4 Octobre 2019, Publié au bulletin.

(2) Cour de cassation, Chambre civile 1, 18-12327, 18-11815, 18-14751, 18 Décembre 2015, publié au bulletin.

(3) Projet de loi bioéthique 343.

لجهة تحويل الجنس الذي عرف على انه "تحويل جنس الشخص من ذكر الى أنثى أو من أنثى الى ذكر، وذلك عن طريق المعالجات الهرمونية أو المداخلات الجراحية"⁽¹⁾. وهو اما أن يكون إرادياً مصطنعاً ناتج عن مشيئة الشخص أو أن يكون غير إرادياً طبيعياً عائداً الى عاملين، بيولوجي أو نفسي.

ويفسر العامل البيولوجي على إنه خلل في الجينات أو في Chromosomes، بينما العامل النفسي هو شعور ينتاب الشخص منذ طفولته بإنتمائه إلى الجنس المخالف للجنس الذي ولد به ويلزمه طيلة حياته. وينتج عن هذين العاملين اضطراب في الهوية الجنسية التي يمكن أن تعرف على انها حالة تُشعر الشخص بانه في جسد غيره جسده، لا ينتمي له. ولعل المثال الأبرز الذي يمكننا الاستشهاد به هو حكم صدر للمرة الأولى عن محاكم الاستئناف، وتحديداً عن محكمة استئناف بيروت في قرارها رقم 2015/1123⁽²⁾. حيث قضت بفسخ الحكم الابتدائي وقبلت تصحيح جنس المستأنفة من انثى الى ذكر في القيود الرسمية لدى دوائر النفوس، والسبب هو اقتناع المحكمة بالادعاءات المقدمة من المستأنفة المبنية على تقارير طبية تبين المعاناة التي مرت بها منذ صغرها. فمنذ ذلك الحين لم تترك سبيلاً ليساعدها نفسياً على تقبل جسدها دون جدوى، فما كانت العملية الجراحية إلا بالخيار الوحيد لحل مشكلتها. وعليه، لهذه الأسباب وتماشياً مع الإتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان 1950 والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966 وتطبيقاً لمقدمة الدستور اللبناني 1990، ان تفسير محكمة الاستئناف لم يكن متعارضاً مع النظام العام لانه بني على أسباب طبيّة وانسانية.

يستنتج، انه عند تعلق مسألة تحويل الجنس بما يبررها من أسباب طبية(تحويل لا إرادي) لا تعتبر مناقضة للنظام العام إذ يجب تقبل هذه الحالات المزمّنة. على خلاف ذلك إذا كان هذا التحويل مصطنع وليدة مزاج وهوى ومشيئة الشخص(تحويل ارادي) فلا من

(1) هانيا محمد علي فقيه، تحويل الجنس في النظام القانوني اللبناني، الموقع الالكتروني لمركز المعلوماتية التابع لكلية الحقوق في الجامعة اللبنانية، 2016.

(2) محكمة استئناف بيروت، قرار رقم 1123 تاريخ 3 أيلول 2015، مذكور في دراسة تحويل الجنس في النظام القانوني اللبناني، المرجع السابق.

مبرر لقبوله وهو نقيض النظام العام اللبناني. ففي قضية رجل مارس حياته الطبيعية فتزوج مرتين وأسّس أسرة وله ولدين، إلا إنه في عمر متقدم ادعى عدم تقبله لجسده فقرّر التحول من ذكر الى انثى. بناءً على ذلك، طلب من القاضي المنفرد الناظر في الأحوال الشخصية تعديل قيده في السجلات الرسمية على انه انثى لكن قبول طلبه بالرفض في قرار رقم 1992/61⁽¹⁾، حيث رأى القاضي وجوب تغليب مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد والحفاظ على النظام العام العائلي.

أما لجهة المثلية الجنسية، نُسف النظام العام بخمسة قرارات⁽²⁾ -أربعة منها صادرة عن قضاة منفردين جزائيين وحكمٌ صادر عن محكمة الاستئناف الجزائرية- عندما استندت المحاكم على الاتفاقيات الدولية، فبدلاً من ان تفسرها مع مراعاة متطلبات النظام العام، وقفت حاجزاً أمام القيم والمبادئ والتقاليد التي وأن تبدلت عبر العصور الا انها تبقى راسخة بالنسبة للمسائل الجوهرية. وغردت هذه القرارات الخمس خارج سرب توجه القضاء الذي لم يفسر يوماً الاتفاقيات الدولية بشكل يخرق نظامنا العام وفي حكم مفصلي- ما زالت تتردد أصدائه كلما تم التطرق لموضوع المثلية الجنسية-صادر عن محكمة الجنايات في بيروت رقم 2016/448⁽³⁾ سلط الضوء على ثلاث أساسية. أولاً، تفسير الاتفاقيات الدولية بما يتلاءم مع نظامنا العام. حيث فصلت أحكام الاعلان العالمي لحقوق الانسان 1948 والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966، ولم تعثر على تعبير "الميوول الجنسي" من بين الحقوق والحريات التي كرّستها هاتين الاتفاقيتين بعيداً عن أي تمييز بسبب الجنس أو اللون أو غيرها. بالتالي ان تعبير "الجنس" فسرتة على انه تمييز بين المرأة والرجل،

⁽¹⁾ القاضي المنفرد في بيروت، قرار رقم 61 تاريخ 22 أيار 1992، مذكور في دراسة تحويل الجنس في النظام القانوني اللبناني، المرجع السابق.

⁽²⁾ القاضي المنفرد الجزائري في البترون، قرار تاريخ 2 كانون الأول 2009؛ القاضي المنفرد الجزائري في المتن، قرار تاريخ 28 كانون الثاني 2014؛ القاضي المنفرد الجزائري في المتن، قرار رقم 346 تاريخ 5 أيار 2016؛ القاضي المنفرد الجزائري في المتن، قرار رقم 15 تاريخ 26 كانون الثاني 2017، محكمة الاستئناف الجزائرية في جبل لبنان، قرار رقم 330 تاريخ 12 تموز 2018.

⁽³⁾ محكمة الجنايات بيروت، قرار رقم 488 تاريخ 7 حزيران 2016، الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية التابع لكلية الحقوق في الجامعة اللبنانية.

دون ان يتخطى التفسير ميول كل منهما. وبنفس الروح، كان لمحكمة التمييز في قرارها لرقم 2011/56⁽¹⁾ تفسيراً دقيقاً لبعض قواعد الإعلان العالمي لحقوق الانسان 1948 ولاتفاقية حقوق الطفل 1989، إذ اعتبرت انها لا تشمل الحقوق الإرثية. وعليه، لا يمكن الحديث عن رفض تطبيق الاتفاقيتين الدوليتين وعن مخالفة أحكام المادة 2 أصول محاكمات مدنية التي تفضل المعاهدات الدولية على القواعد الداخلية.

ثانياً، استندت محكمة الجنايات السابقة الذكر الى الفقه والإجتهد الفرنسي في تفسير طابع القواعد القانونية الدولية لجهة أثرها المباشر *Effet direct*. حيث اعتبرت انه لا مجال للأخذ بهذا الأثر عند تعارض أحكام المعاهدات الدولية مع قواعد القانون الداخلي كما فسرت أن غياب الأثر المباشر ينجم عن متطلبات المادة الثانية من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966 التي تلزم باتخاذ التدابير التشريعية أو غير التشريعية اللازمة لتطبيق المعاهدة.

وثالثاً، أخذت بمبدأ "الأصل هو الاباحة و المنع هو الاستثناء"، عندما لاحظت لجوء فرنسا لتشريع قانون يتعلق بالمثلثية والزواج من شخصين من نفس الجنس.

بالتالي، يمكن استبعاد تطبيق المعاهدة لكي لا يختل نظامنا العام ولا يتزعزع استقرار المجتمع اللبناني. وبالتحقق من آراء رجال الدين، نجده منسجم مع توجه محكمة الجنايات إذ اعتبروا ان موضوع المثلية الجنسية "يضر بعرض الحائط ما قررتة جميع الشرائع السماوية، والعقول السوية، والأعراف المرعية"⁽²⁾. "ورأي آخر أن الايمان المسيحي...ضد المثلية...تحدث على أن الله خلق الانسان ذكراً و انثى...تستعمل هذه الآية للدلالة على

(1) محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 56 تاريخ 21 حزيران 2011، الموقع الالكتروني لمركز المعلوماتية التابع لكلية الحقوق في الجامعة اللبنانية.

(2) رأي هيئة علماء المسلمين في لبنان مع اتحاد الحقوقيين الاسلاميين والتجمع اللبناني للحفاظ على الأسرة، مذكور في المثلية الجنسية المغاير الجنس والمزدوج الجنس والمتحول جنسيا ماذا نعرف عنهم؟ هلا عوضاً، مجلس النواب، مصلحة الأبحاث والدراسات، ص.7.

أنّ الوضع الطبيعي لارتباط الانسان بآخر ارتباطاً جنسياً، كيانياً، وجودياً، اجتماعياً، هو بين امرأة ورجل، وعنه ينتج الأولاد وتتكوّن العائلة التي هي عماد المجتمع⁽¹⁾.
يستنتج مما سبق الدور البارز والجوهري للنظام العام خاصة في هكذا قضايا مثيرة للجدل إذ لا بد دوماً من تفضيله.

وعليه، ننطلق من موقفنا الذي يرى ان نقطة البدء في أية خطة قانونية هي احترام السيادة والمحافظة على النظام العام. فعلى الرغم من تغليب المادة 2 أصول محاكمات مدنية على سائر القوانين إلا انها لا تمنع من بسط القانون الوطني اللبناني لسيادته، على العكس هي تغنيه وتطوره ليتماشى مع المجتمع الدولي. فلبنان جزء لا يتجزأ منه لكن يدق ناقوس الخطر إزاء أي خرق للنظام العام.

وبالاستفادة من خبرة بعض بعض الدول المتقدمة، نرى أن لبنان يحتاج أولاً لتفعيل دور المجلس الدستوري لناحية الرقابة السابقة على المعاهدات قبل ابرامها. حيث ان الرقابة اللاحقة لا تكفي وحدها لتجنب اصطدام القواعد الدولية بتلك الداخلية. أضف الى ضرورة اتخاذ القوانين اللبنانية موقفاً عند تعارض المعاهدات الدولية قبل إبرامها مع القواعد القانونية الداخلية، فيجب ان تختار ما بين تعديل دستورها وقوانينها بما يتوافق مع المعاهدة المتعارضة معهم أو التوصل منها عبر عدم ابرامها. وعند دخول المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي أضحي ملزماً -على غرار ما فعل المشرع اللبناني في المادة 1032 أصول محاكمات مدنية - إصدار قوانين لتطبيقها، واضحة وصريحة ومفهومة تكون بغنى عن تكهنات وتفسيرات متناقضة صادرة عن المحاكم. مما يعني بشكل أدق ان القاضي لا يمكنه أن يطبق أية قاعدة قانونية دولية لمجرد أن المشرع صدق عليها وأن قانون أصول المحاكمات المدنية أسماها على غيرها من القوانين الدولية، وكي لا نترك الساحة خالية لقواعد ومبادئ خارجية تفتك بما قام عليه مجتمعنا منذ سنوات وأجيال. ولإصدار هذه القوانين يجب التشدد لوضع أسباب موجبة مقنعة لتشريع أحكام المعاهدات

(1) رأي الأب بولس وهبة، موجودة لدى الانسان والحيوان..والأديان تحزّمها..و نظرة القضاء والمجتمع اليها متناقضة.. المثلية الجنسية خيار أم مرض؟ مريانا برو، موقع المحكمة.

على غرار ما فعله المشرع اللبناني عندما أصدر قانون مكافحة الفساد في القطاع العام وانشاء الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد عام 2020، وذلك كي لا تبقى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد 2003 مقتصرةً على قانون اجازتها الصادر عام 2008 الذي كان يعرضها للبقاء حبراً على ورق دون تطبيق عملي. خاصة أن النكبات الأخيرة التي تعرض لها لبنان على مختلف الصعد سواء الصحية بسبب جائحة كورونا ام أزمة الدولار كشفتنا حقيقة ما سببه الفساد على مر السنين من تدهور في اقتصادنا الوطني ما ساهم في استعجال إصدار هذا القانون. لاسيما ان الأسباب الموجبة أكدت على ضرورة اتخاذ التدابير اللازمة لمكافحة الفساد وعليه ان الفقرة الرابعة⁽¹⁾ من هذه الأسباب التي اعتبرت ان الانضمام وان كان إيجابياً إلا انه ليس كافياً بحد ذاته لتفعيل دور هذه الاتفاقية، يستتج منها ضرورة إعطاء اتفاقية مكافحة الفساد الاهتمام المطلوب عبر إصدار قانون يسهل تطبيقها أمام المحاكم بعد أن يكون المشرع قد تأكد منها مرتين: عن طريق قانون التصديق أولاً وعن طريق قانون التطبيق ثانياً. على ان تتخذ الأسباب الموجبة صيغة ظاهرية واضحة وغير مبطنة تحمل تفسيراً دقيقاً فتختار بعض أحكام المعاهدة وتقاربها ب مواد قوانينها الداخلية لتتناسب مع نظامنا العام. حتى Jus cogens، لا يجب ان تعفى من تشريعها وان كانت قابلة للتطبيق مباشرة وملزمة تجاه الكافة، فإقرارها بقانون لا ينتقص من قوتها الالزامية وطابعها الأمر. واتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللانسانية أو المهينة 1984- التي هي قاعدة من القواعد الآمرة - تأخذ كمرجع للاستئناس بها نظراً لدقة أسبابها الموجبة لحسن مقارنة المواد. ولابد من التأكيد على الأهمية القصوى لإتباع هذه الخطوات لتطبيق فعال للقواعد القانونية الدولية داخلياً مع صون قانوننا الداخلي وحماية نظامنا العام. حمل لبنان صليبه على ظهره وتحمل - كما ولا يزال يتحمل - جميع الانتهاكات التي طالته من الغير عند خرق المعاهدات والقرارات الدولية. ورغم ذلك يسعى جاهداً لتنفيذ

(1) قانون مكافحة الفساد في القطاع العام وانشاء الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد 2020، الأسباب الموجبة، الفقرة الرابعة: في ضوء ذلك، بات من الضروري، فضلاً عن محاسن الانضمام إلى اتفاقية الأمم المتحدة، في حال حصول ذلك، أن يبادر لبنان إلى إيلاء هاجس مكافحة الفساد اهتماماً بالغاً، مع الإشارة إلى أن الإقرار باستثناء الفساد في المجتمع اللبناني، وفي القطاع العام على وجه التخصيص، هو حافز من الحوافز الدافعة إلى التصدي له.

موجباته الدوليّة عبر حكوماته ومحاكمه، غير آبه بالمناورات الداخليّة التي تعيق تقدّمه على المستوى الدوليّ.

ان الفقرة ب من مقدمة الدّستور المعدّل عام 1990، وغيرها من النّصوص القانونيّة اللّبنانيّة التي شرّعت أحكام بعض المعاهدات كإتفاقيه القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وإتفاقيه مكافحة الفساد، وإتفاقيه مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللانسانية أو المهينة، ناهيك عن المعاهدات المعتمدة بصورة مباشرة من تاريخ تصديقها، خيرُ مثالٍ على نية لبنان الإلتزام دُولياً.

وإذا إنتقتنا الى قوانيننا، نلاحظ ان دستورنا صمّت صمّت العُبور، وتولى عنه قانون أصول المحاكمات المدنيّة مهمّة فضّ النزاع بين القواعد الدوليّة وتلك الداخليّة. ولكن المادة 2 أصول محاكمات مدنية فيها من الغموض ما يكفي، فلم تأتي سوى على ذِكر تسلسل القواعد القانونيّة، وخصّت المعاهدات بالمكانة الأسمى على القوانين الداخليّة. لكنها أغفلت الرّقابة السابقة عليها وتحديد كيفية تطبيقها كما والأثر الناجم عنها من حقوق والإلتزامات تجاه الأفراد.

ان معالجة موضوعنا تناول كيفية عبور القواعد القانونية الدولية الى المنظومة القانونية الداخليّة عبر تبيان المنهج المتبع من قبل الدول سواء Dualisme أو Monisme لدخول القواعد القانونية الدولية، مع الأخذ بعين الاعتبار الطابع الأمر كمعيار لبعض القواعد الدولية *Jus Cogens*. أضف الى ان القواعد القانونية الدولية قد تصطدم أحياناً بالقانون الداخلي، ما دفعنا للبحث في آلية تطبيق هذه القواعد الدولية بهدف معرفة مدى احترام مبدأ تسلسل القواعد القانونية ومدى توافق أو تنافر القواعد الدولية والداخليّة. مع التركيز على دور القاضي في تفسير المعاهدات مع تحصينه للنظام العام الداخلي. بالتالي عندما يطرح نزاع أمام القاضي يتمحور حول معاهدة مغايرة للنظام العام اللبناني، أيتقيد بمضمون المعاهدة كونها أسمى من القانون أم يتمسك بالقواعد الداخليّة الجوهرية القائم عليها المجتمع؟ ان حل هذه المعضلة لا يكون بلجوء القاضي الى تطبيق القاعدة القانونية الدولية تلقائياً دون التقيد بما يمليه عليه النظام العام، بل عبر إصدار قانون من قبل المشرع الذي هو

الجهة الوحيدة التي تمتلك صلاحية التشريع. وعليه لا بد من قوننة أحكام المعاهدات بشكل يتم التدقيق بها مرة على الأقل عندما تكون قد ابرمت بمرسوم أو مرتين عند ابرامها بقانون وذلك لتجنب تعارضها مع القانون الداخلي والنظام العام.

لقد استصوبنا البحث في نهج بعض الدول والنظر في مدى اقترابها من قوانيننا واجتهادنا اللبناني لجهة آلية إدخال وتطبيق القواعد القانونية الدولية في المنظومة الداخلية، إضافة الى تحديد وضعيتها وطابعها. قد تختلف في كثير من النواحي إلا أن ما يجمعهم هو سمو *Jus Cogens* التي تلزم الكافة سواء الأطراف ام الغير.

وفي كافة الأحوال، ومهما كان الطابع الذي يعترى القاعدة القانونية الدولية لا بد أن يتم قوننتها كي تدخل منظومتنا القانونية الداخلية وذلك كي نتجنب أي اصطدام بينهما خاصة عندما يتعلق الأمر بحساسية وضعية النظام العام الذي يبنى عليه مجتمعنا.

ومهما يكن نهج الدولة *Dualisme* او *Monisme*، ومهما اعتُمدت من آلية لتطبيق المعاهدة مباشرة أو لا، ومهما كان الأثر المترتب *self-executing* أو *Non-self-executing*. فإن مما لا شك فيه أن الخطورة تكمن في التفسير، لأن مجرد البحث عن تفسيرات للنصوص هو دليل على ضعفها، فكلما كان النص واضحاً كلما كان قوياً، ويُسهّل تطبيق وإنتاج آثار القواعد القانونية الدولية سواء "المُوطّنة" في نصوصنا المحلية ام تلك الحاضرة في قاعات محاكمنا بنصوص معاهدة دولية. وعليه، يقع جزء من المسؤولية على عاتق القاضي الذي حوّل مُلاءمة القانون الداخلي مع الدولي في حال التعارض. لكن بدلاً من لوم القاضي على تفسيره، من الأفضل إقرار قوانين واضحة مفصلة صريحة تُوطّن أحكام المعاهدات وتُكتب بقلم النظام العام حفاظاً على السيادة في وجه جاذبية القانون الدولي.

سلطة البلدية الإستثنائية والمقيدة وسلطتها في الظروف الإستثنائية

أنطوان سعد كرم⁽¹⁾

○ المبحث الأول: سلطة البلدية الإستثنائية والمقيدة

◆ الفقرة الأولى: المفهوم العام

السلطة الإستثنائية هي صلاحية تقدير مدى الملاءمة التي يتركها النص القانوني للمرجع الإداري الصالح، فيتمكن من اتخاذ القرار المناسب في ضوء المعطيات القانونية والواقعية، لتحقيق المصلحة العامة التي يهدف إليها القانون، دون أن يكون هناك رقابة مسبقة أو لاحقة تحد من هذه السلطة، باستثناء ما ورد عليه نص، إذ لا يمكن إلزام الإدارة القيام بعمل ما خصوصاً إذا ما ترك لها المشرع حق الخيار. (شورى الدولة، رقم 27 تاريخ 94/10/31، م.ق.إ. عدد 9 سنة 96 ص 19).

فقد قضي أن وجود السلطة الإستثنائية يمنع على القاضي مناقشة الإدارة في تصرفها كما لو كان رئيسها التسلسلي، لأن تدخله يعني أنه أحل نفسه محل المرجع الإداري لتقدير ملاءمة التدبير الذي تركه المشرع للمرجع المذكور وحده الذي يعمل حسبما يرتئي ويختار. لكن ذلك لا يعني قطعياً التحرر من باقي الشروط والتهرب من الرقابة بالنسبة لباقي عناصر العمل الإداري. مثلاً قواعد الصلاحية، والشكل، والإرتكاز على أسباب صحيحة، وابتغاء النفع العام، والتقيّد بالهدف الذي توخاه القانون. (تميز لبناني، عدد 33 تاريخ 29 آذار 1952 دعوى رشيد لحدود. راجع أيضاً الدكتور يوسف سعدالله الخوري، القانون الإداري

(1) محام بالإستئناف وأستاذ محاضر في المعهد الوطني للإدارة.

العام، ج 1، ص 261 - لمزيد من المعلومات عن السلطة الإستتسابية والصلاحيية المقيدة
يراجع: باز، الوسيط، ص 414 وما يليها).

ومفهوم السلطة الإستتسابية أو الصلاحيية الإستتسابية يناقض مفهوم السلطة المقيدة
La compétence liée. فطاقة الإدارة على التقرير ليست دائماً واحدة، فأحياناً تُطلق يد
الإدارة في ممارسة صلاحياتها، وأحياناً أخرى تقيد في حدود الإطار المعين لها. فالسلطة
تكون استتسابية إذاً، عندما يكون المرجع الصالح لممارستها حراً باتخاذ هذا القرار أو ذلك،
فيعمل في كل ظرف بحسب تقديره له ويقرر ما يُستحسن بشأنه. فيجوز لرئيس السلطة
التنفيذية في البلدية مثلاً أن يرخص بالإشغال المؤقت أو بوضع البضائع مؤقتاً في الطرق
والأماكن العامة أو بعرضها على جوانب الأرصفة والساحات العامة، وله أن يرخص أيضاً
لأصحاب المطاعم والمقاهي بأن يضعوا طاولات ومقاعد وكراسي على أرصفة الطرق
والساحات المذكورة. (المادة 75 من قانون البلديات).

وتكون السلطة مقيدة عندما يفرض القانون سلفاً على البلدية اتخاذ تدبير معين، واتباع
مسلك لا تستطيع أن تحيد عنه قط عند مواجهة شروط قانونية معينة، أو تقوم ظروف
واقعية محددة، أي أن البلدية لا تملك الإختيار بين عدة مقررات. فعلى سبيل المثال، إن
إعطاء رخصة البناء هو اختصاص مقيد، فإذا توفرت الشروط القانونية لإعطاء الرخصة،
توجب على رئيس السلطة التنفيذية في البلدية إعطاءها في خلال المهلة القانونية دون أن
يكون له حق الخيار، كما أنه لا يستطيع إصدار قرار آخر محل القرار المطلوب، وفي
حال تلكأ عن ذلك ولم يتخذ قراراً بالموافقة أو بالرفض، أمكن لطالب الرخصة اعتبار نفسه
مرخصاً له والشروع في الأشغال شرط تنفيذها وفقاً للتخطيطات المصدقة وللقوانين والأنظمة
النافذة. (شورى الدولة، رقم 134 تاريخ 93/11/29، م.ق.إ. عدد 8 سنة 95 ص 123
- راجع أيضاً المادة الرابعة من قانون البناء رقم 646 تاريخ 2004/12/11، ج.ر. عدد
2004/66). كما أمكن لسلطة الرقابة استعمال سلطة الحلول لمنح الترخيص تحقيقاً
للمصالح العام. وعندما يبادر رئيس البلدية إلى وضع حد لرخصة استثمار "تاكسي" فرض
القانون عليه وضع حد لها، فإن قراره يكون شرعياً وصحيحاً أيّاً تكن المبررات والتعليقات

التي استند إليها، لأنه لم يكن يملك خياراً آخر غيره. (شوري فرنسي. في 17 أيار 1957، بوايه Boyer، المجموعة الفرنسية، ص 320 - بذات المعنى: 4 كانون الأول 1959، وزير العمل وجيوفروا Geoffroy، المجموعة الفرنسية، ص 654 - مجلة القانون العام سنة 1960، ص 132، تعليق "فالين". راجع الخوري، القانون الإداري العام، ج 2، ص 161).

وعلى ذلك فإن السلطة التقديرية تبرز في بعض المجالات وبالنسبة لبعض أركان القرار الإداري دون غيرها، ولا تستقل الإدارة بتقدير كل مقومات وملاءمة تصرفها إلا في حالات قليلة، إذا تركناها جانباً، نجد أن الإختصاص المقيد والسلطة التقديرية يجتمعان معاً في تصرفات الإدارة، ويكون الفرق بينهما متعلقاً بمدى كل منهما في مواجهة كل تصرف، فأحياناً يكون الإختصاص المقيد هو الغالب المسيطر على التصرف بحيث تتضاءل سلطة الإدارة في التقدير، وقد تبدو منعدمة، وأحياناً أخرى يحدث العكس وتبرز السلطة التقديرية وتهيمن الإدارة بمقتضاها على التصرف، ولا تتقيد عند القيام به إلا في حدود ضئيلة قد تقتصر على مراعاة الغاية المسلم بها والمفروضة في كل عمل إداري.

"يتضح مما تقدم أن الأمر يتعلق بموضوع القرار L'objet de l'acte، وبعبارة أوضح بالرابطة بين هذا الموضوع والدوافع Les motifs الداعية له. ففي حالة السلطة المقيدة، يقال لمتولي السلطة: لا يمكنك أن تتخذ هذا التدبير أو ذاك إلا إذا توفرت الأسباب المحددة لك، حتى إذا التأمت تلك الأسباب وكنت أمام الوضع الناتج عن التئامها، فلا بد من التقيد بما رُسم لك. وهذه القاعدة تنطبق على التشبيه الذي أطلقه "إميل جيران" على الإدارة المقيدة صلاحيتها فقال: إنها كالشخص المولج باستلام بطاقة الدخول المرقمة في صالة الأوبرا أو السينما، وإرشاد صاحبها إلى مقعده دون أن يكون له حق تغيير المقعد المرقم على البطاقة. وفي حالة السلطة الإستثنائية يقال له: بوسعك أن تُقدم أو لا تُقدم على هذا العمل، فقدر بنفسك واستنسب ما تراه صالحاً لمواجهة الموقف". (الخوري، القانون الإداري العام، ج 1، ص 260).

♦ الفقرة الثانية: مدى السلطة الإستثنائية

لا شك أن النص القانوني لا يمكنه أن يحكم، بصورة دائمة، جميع التفاصيل التي تقوم أو تتولد على أرض الواقع، وعلى الأخص فإن المشرع لا يمكنه أن يتنبأ بكل الحالات الواقعية. لذلك فإنه يترك للبلدية، في مواضيع معينة، أمر دراسة الحالات الفردية وحرية اتخاذ القرار المناسب بهدف تحقيق المصلحة العامة التي يرمي إليها.

وقد أعطى القانون للمجلس البلدي صلاحية تجعل من اختصاصه كل عمل ذي طابع أو منفعة عامة في النطاق البلدي، دون أن يحدد بصورة واضحة ودقيقة هذه الأعمال أو يفرض عليها رقابات، خلا ما ورد عليه نص في القانون ذاته. كما أعطى لرئيس البلدية صلاحيات واسعة دون إخضاعها لرقابة تحد من نطاقها، هذا فضلاً عن أن ما أخضعه من مواضيع وأعمال للرقابة جاء بصورة حصرية ضيقة لا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها.

والبلدية التي هي أقرب إلى الواقع من المشرع ومن سلطة الرقابة يمكنها، في هذه المواضيع، اتخاذ القرار الذي تراه مناسباً دون أن يخضع قرارها، من حيث مدى ملاءمته للرقابة. وإن امتلاك البلدية لهذا الهامش من الحرية يتيح لها تلبية الحاجات المختلفة بعد دراسة كل حالة. فتقدير ملاءمة بعض التدابير أمر لا مفر منه في مجال تحقيق المصلحة العامة، وهذا التقدير لا يمكن أن يتم مسبقاً، أي قبل اتخاذ القرار، ووفقاً لمعطيات أو مقاييس عامة، إنما يتم فقط عند ظهور الحاجة لمعالجة الموضوع المطروح وبالنسبة لظروف كل قضية على حدة، الأمر الذي يخلق واقعاً لامركزياً صحيحاً يُزيل التبعية الضيقة التي من شأنها عرقلة الإنماء وأحياناً تجميده.

فالبلدية هنا، تكون حرة في الإقدام على التصرف أو الإمتناع عنه، أو في اختيار الوقت المناسب للعمل أو السبب الملائم له، أو في تحديد مهله أو شكله أو غايته الخاصة. ولكن يجب عليها، وهي تقوم بمباشرة عملها بما لها من سلطة استثنائية، أن تتوخى في كل تصرفاتها الإدارية تحقيق الصالح العام، وتخدم أوجه الشرعية المختلفة والهدف الذي أرادته القانون، فإذا جانب القرار الإداري المصلحة العامة، وجاء بهدف تحقيق منفعة خاصة،

يكون معيوباً من ناحية الغاية، وبالتالي يتسم تصرفها بعيب إساءة استعمال السلطة والإنحراف بها عن هدفها، ويكون محلاً للبطلان والتعويض عما يترتب عليه من ضرر. (شورى الدولة، رقم 465 تاريخ 95/3/29، م.ق.إ. عدد 9 سنة 96 ص 419).

فالسطة الإستتسابية الممنوحة للإدارة ليست سلطة كيفية، إذ إن حق الإدارة بممارستها يتمثل بحقها في تقدير ملاءمة اتخاذ التدابير في الظروف ولأسباب التي تفرضها المصلحة العامة. ويبقى للقضاء حق مراقبة عدم إساءة استعمال هذه السلطة، وصحة الأسباب القانونية والمادية التي يمكن أن يُبنى عليها القرار المتخذ سنداً لها. (شورى الدولة، رقم 155 تاريخ 86/11/4، م.ق.إ. عدد 3 سنة 88/87 ص 217).

فالسطة التقديرية ترتبط بفكرة الملاءمة ووزن مناسبات التصرف الإداري، ولا تخضع من هذه الناحية لمراقبة القضاء إلا من حيث الغاية المتمثلة بتحقيق الصالح العام الذي يتحتم على الإدارة التزامه في جميع تصرفاتها دون استثناء. فرقابة القضاء لأعمال الإدارة هي رقابة لمبدأ الشرعية للتأكد من سلامة تطبيقه واحترام أحكامه، وهذه الرقابة لا تعتبر خروجاً على حدود رقابة المشروعية، لأن الغاية من العمل الإداري تعتبر ركناً من أركان ذلك العمل. وإن سلامة ذلك الركن تُعد من بين شروط صحة العمل من الناحية القانونية، أي تُعد من شروط مشروعيته، ومن ثم فإنها تخضع للرقابة القضائية على هذا الأساس.

وقد أجاز القضاء الإداري الفرنسي لنفسه مراقبة وصف الوقائع لأول مرة في قراره الصادر عام 1914 في قضية "غومل". وملخصها أن الإدارة رفضت إعطاء السيد "غومل" رخصة بناء في عقاره المطل على ساحة "بوفو" بحجة أنها تشكل منظرًا أثرياً، فاعتبر مجلس الشورى الفرنسي هذا الوصف في غير محله وأبطل القرار. كما أجاز مجلس الشورى لنفسه مراقبة مادية الوقائع والتثبت من وجودها ومن صحتها بموجب قرار "كامينو" الصادر في 14 كانون الثاني 1916 وخلصته أن المحافظ أقال رئيس بلدية "هنداي" مستنداً إلى كونه أدخل نعشاً إلى المقبرة من خلال ثغرة أوجدها في التصويبة، وأمر بحفر قبر لا يتسع للنعش إمعاناً في تحقيره للميت. وقد ثبت لمجلس الشورى أثناء النظر بالدعوى أن كل هذه

الوقائع ملفقة وغير صحيحة، فأبطل القرار. (الخوري، القانون الإداري العام، القضاء الإداري، مسؤولية السلطة العامة، الجزء الثاني، طبعة ثانية، سنة 1998، ص 159).
والتحقق من مادية أو صحة الوقائع التي بررت اتخاذ التدبير المشكو منه يطبق في جميع الحالات، حتى إذا كانت الإدارة معفاة من تعليل قراراتها وفي معرض ممارستها سلطتها الإستثنائية. لأنه إذا كانت الإدارة حرة أن تتخذ التدبير الذي تراه مناسباً لمواجهة ظروف واقعية معينة، إلا أنه يجب عند ممارسة تلك السلطة أن يركز قرارها على وقائع صحيحة وثابتة. (شورى الدولة، رقم 259 تاريخ 94/2/16، م.ق.إ. عدد 8 سنة 95 ص 309 - ورقم 301 تاريخ 94/3/23 ص 345 - ورقم 549 تاريخ 94/7/13 ص 565 - ورقم 551 تاريخ 94/7/13 ص 570 - ورقم 558 تاريخ 94/7/13 ص 577 - ورقم 626 تاريخ 94/8/10 ص 590 - ورقم 666 تاريخ 94/8/10 ص 593 - ورقم 774 تاريخ 94/9/8 ص 605 - ورقم 778 تاريخ 94/9/8 ص 609). أي أن عليها أن لا تخطئ في مادية الوقائع التي تعتمدها لإصدار قراراتها أو تُسيء استعمال السلطة، وإلا تعرض قرارها للإبطال لتجاوز حد السلطة. (شورى الدولة، رقم 157 تاريخ 87/11/19، م.ق.إ. عدد 4 سنة 89 ص 255).

ويمكن للسلطة الإدارية أن تُخطئ التقدير والإستتباب، ولكن لا يحق لها إطلاقاً الوقوع في خطأ بارز في هذا المجال، أي في خطأ يتصف في الوقت ذاته بخطورته وحتميته، وإلا كان مصير عملها المشوب بمثل هذا العيب، الإبطال. فالخطأ البارز هو في مجال منطوق الأشياء، ما هو عليه الإنحراف في استعمال السلطة في المجال الأدبي والخلقي. وبمعنى آخر، إنه يحق للإدارة أن تمارس سلطاتها ومهامها ولا يجوز لأحد منازعتها في ذلك، ولكنه غير مسموح لها أن ترتكب حماقات أو تجاوزات أدبية غير مقبولة، علماً بأنه ليس من السهل على القاضي معرفة ما الذي يشكل أو لا يشكل حماقة أو خطأ في التقدير، لا سيما متى اعترى القانون جانباً من الغموض. (الخوري، القانون الإداري العام، ج 2، ص 167).

وفي حال السلطة الإستتسابية يكتفي القاضي الإداري بالتأكد من مادية الوقائع التي استندت إليها السلطة الإدارية لاتخاذ قرارها، أي بالتثبت من وجود هذه الوقائع فعلاً، دون أن تمتد رقابته إلى تقدير واستخلاص النتائج القانونية المترتبة على وجود هذه الوقائع، باعتبار أن مثل هذا الأمر يعود للإدارة ذاتها ولا يتدخل فيه مجلس شورى الدولة، ما لم يكن تقدير الإدارة مشوباً بخطأ بارز وفادح أو مشوباً بالمغالاة وعدم التناسب والإنسجام مع هذه الوقائع. (شورى الدولة، رقم 137 تاريخ 87/1/20، م.ق.إ. عدد 4 سنة 89 ص 230).

وهكذا، إن الرقابة على شرعية الأعمال ليست مطلقة، بل يجب، تأميناً لسير العمل الإداري ودفع عجلته إلى الأمام، إعطاء البلدية قدرًا من الحرية في التصرف، يتسع أو يضيق نطاقه حسب ظروف الحال حيث تقضي المصلحة العامة تجاوز القواعد القانونية العادية، وهذه الحالات حددها القانون بصورة حصرية، ومنها أعمال السلطة الإستتسابية التي تتيح للإدارة اتخاذ التدابير بحرية مطلقة من كل قيد قانوني. وتنشأ، إما عن نص صريح في القانون أو الأنظمة يوليها هذه السلطة، وإما عن انتفاء القواعد والأحكام القانونية التي تحد من سلطتها التقديرية في ممارسة عملها الإداري.

وبما أنه ليس من حرية مطلقة للقرارات والسلطة الإستتسابية مهما اتسعت، فإن هذه الحرية لا تخرج عن حكم الرقابة القضائية حسب اجتهاد القضاء الإداري، وإنه في معرض ممارسة الإدارة سلطتها الإستتسابية يعود إلى مجلس شورى الدولة التحقق من صحة الأسباب التي تستند إليها كلما توضحت هذه الأسباب. (شورى الدولة، رقم 293 تاريخ 95/2/22، م.ق.إ. عدد 9 سنة 1996 ص 336).

فالسطة الإستتسابية لا تمارس بصورة كيفية، بل في نطاق القوانين والأنظمة المرعية الإجراء وتحت رقابة القضاء. (شورى الدولة، رقم 768 تاريخ 96/6/18، م.ق.إ. عدد 10 سنة 97 ص 708). لذلك لا بد من رسم حدود هذه الحرية وحدود هذا الإستتساب ضمن القائمة المتعارف عليها التالية:

1- التقيد بالقوانين والأنظمة العامة.

- 2- عدم مخالفة المبادئ الشرعية العامة Principes généraux de droit.
- 3- عدم إساءة استعمال السلطة Détournement de pouvoir.
- 4- عدم مخالفة مصالح الدولة العليا.

♦ الفقرة الثالثة: مدى السلطة المقيدة

يقول الأستاذ "بونار": "لا تحتمل السلطة الإستثنائية القليل أو الكثير، فهي تكون أو لا تكون". بمعنى أنها لا تحتمل التخفيف من قوتها، وليس هناك درجات كما في السلطة الإستثنائية. غير أنه إذا كان هذا القول صحيحاً من الناحية المبدئية، إذ إن الإستتساب يعني بحد ذاته استبعاد أي قيود أو تضييقات، فإنه ليس كذلك في الواقع. فحرية التحرك التي تتمتع بها البلدية ليست بلا حدود، وليست هناك سلطة استثنائية مطلقة، كما أنه ليست هناك سلطة مقيدة بصورة مطلقة، فمقدار هذه أو تلك يختلف باختلاف المواد والقضايا والظروف المبحوث فيها، فتعظم هذه السلطة أو تتضاءل لتراوح بين أقصى الحدود وأدناها. فعملية تقييد السلطة يمكن أن تخف أو تشتد وفقاً للحاجات التي يقدرها المشرع. (الخوري، القانون الإداري العام، ج 1، ص 262).

فهما ضاقت الصلاحيات وتقلص مداها، يبقى هناك قدر ولو يسير من الإستتساب. فإذا كان رئيس البلدية مثلاً مقيداً بوجوب احترام تسلسل مراتب ودرجات نجاح المرشحين عند التعيين، ألا أنه يبقى له استتساب ما إذا كانت هناك حاجة للتعيين أم لا، فيميل القاضي الإداري مثلاً إلى حماية الموظف تجاه تعنت الإدارة في تدبيرها الإدارية. ونوضح في هذا المجال، أن الإجتهد يُقر للإدارة بسلطتها الإستثنائية في تثبيت الموظف قبل انتهاء فترة التميين، ما لم ينص القانون أو النظام صراحة على غير ذلك، أما بعد انتهاء المدة، ورغم أن النص لا يُلزم الإدارة بالتثبيت ويعطيها بالتالي صلاحية استثنائية في ملء المراكز والإختيار، فإن رفض التثبيت عندما يستند إلى أسباب تتعلق بتطبيق أحكام النظام يصبح خاضعاً لرقابة مجلس الشورى للتثبت من مدى صحة هذه الأسباب وقانونيتها. (شورى الدولة، رقم 244 تاريخ 71/6/1 دعوى عساكر/مصلحة مياه بيروت والدولة).

كما لا يحق للمجلس البلدي، عاقد النفقة، أن يخالف رأي لجنة المناقصات ويُسند الصفة لغير الجهة التي اختارتها هذه اللجنة. ولكن ما بإمكان المجلس أن يفعله هو أن يتوقف عن متابعة عمل الإسناد للعارض المختار ويرفض إكمال المعاملة.

وقد استقر الفقه والإجتihad الإداريين على أحقية المرجع المختص بالتصديق على الإلتزام بممارسة سلطة استثنائية بالتصديق أو بالرفض مع مراعاة الضوابط الواردة على هذه السلطة، إن لجهة عدم الإنحراف عن الغاية في ممارستها أو لجهة انتفاء الأساس الواقعي أو القانوني للرأي المتخذ. (شورى الدولة، رقم 108 تاريخ 95/11/28، م.ق.إ. عدد 10 سنة 97 ص 173 - بذات المعنى: شورى الدولة، رقم 271 تاريخ 95/2/1، م.ق.إ. عدد 9 سنة 96 ص 296 - ورقم 814 تاريخ 95/6/22، م.ق.إ. عدد 9 سنة 96 ص 632 - ورقم 786 تاريخ 95/6/7، م.ق.إ. عدد 9 سنة 96 ص 609).

وبالمقابل مهما توسعت سلطة الإستتساب وكبرت، ومهما كانت البلدية حرة في تقديرها، فإنه يبقى هناك قدر ولو يسير تكون فيه مقيدة، وتبقى محاطة بقواعد قانونية يتوجب عليها التقيد بها، وإلا كان عملها غير شرعي واستوجب الإبطال لتجاوز حد السلطة. فالتعدي على الملك العام مثلاً، موضوع يتعلق بالإنتظام العام، وحق رئيس البلدية باتخاذ قرار هدم البناء المشيد على الملك العام هو حق مقيد يتوجب عليه اتخاذه. (شورى الدولة، رقم 596 تاريخ 96/5/13، م.ق.إ. عدد 10 سنة 97 ص 630). وما ذلك إلا لأن الإختصاص المقيد يرتبط بفكرة الشرعية، ولهذا فإن البلدية تخضع في ممارسته للرقابة القضائية.

ولا شك أيضاً في أن تقييد إرادة البلدية في جميع المواضيع، أي النص مسبقاً على الشروط التي يجب توفرها في كل حالة فردية، في أي موضوع يُطرح عليها، وعلى القرار الواجب اتخاذه عند توفر هذه الشروط، إنما يحوّل البلدية إلى إدارة آلية جامدة ويفقدها روح المبادرة التي يجب أن تميّز العنصر الإنساني في الإدارة. فلرئيس البلدية سلطة مقيدة بتقرير إخلاء بناء ما، ولا تكون ممارسته لهذه السلطة مشوبة بأي عيب من العيوب التي توجب إبطالها إلا إذا كان البناء الذي تقرر إخلاءه في وضعية لا تنذر معها بالإنتهاء. (شورى الدولة، رقم 147 تاريخ 94/12/14، م.ق.إ. عدد 9 سنة 96 ص 153).

إذاً، إن الأصل هو الحرية وإطلاق يد البلدية، والحالات التي تكون فيها مقيدة هي الإستثناء. لذلك يجب استبعاد صفة "الآلية" عن الجهاز الإداري باعتباره يحتك في أي لحظة وباستمرار بالحقائق الحية وعليه معالجتها. وبالتالي فإن رأي من يعيش ويواكب مشاكل واحتياجات مجتمعه عن قرب، لأصوب بكثير من رأي ذلك الذي ينظر إليها عن بعد.

وطالما أن القيد هو الإستثناء، فإن الدليل عليه هو النص الصريح الذي يضع أسباباً وشروطاً يتوجب على البلدية مراعاتها عند ممارسة صلاحياتها، بحيث يقتصر دورها هنا على التطبيق المحض. كما أن سكوت القانون وعدم وضعه مثل هذه الأسباب والشروط هو الدليل على الإستتساب وعدم وجود قيد على تصرفاتها.

وقد نرى القاضي يقيد سلطة البلدية مراراً ومن تلقاء نفسه بداعي أن المشرع أراد فعلاً تقييدها، بمعزل عن أي نص، كلما تعرضت الحريات الأساسية للإنقراض والتضييق. وهذه المواقف الجريئة التي وقفها القضاء، جعلت من القاضي شريكاً للمشرع في سن القواعد والمبادئ الأساسية التي تهدف إلى الصالح العام وإلى المحافظة على حقوق الإدارة والأفراد معاً، وهكذا تتحول السلطة الإستتسابية بموجب النص القانوني إلى سلطة مقيدة بموجب نية أو إرادة المشرع، أو بموجب المبادئ القانونية العامة. وعمل القاضي الإداري، في ذلك، هو عمل تحويل للسلطة الإستتسابية بموجب النص القانوني إلى سلطة مقيدة بموجب الإجتهد. فمعيار السلطة الإستتسابية، إذاً، هو معيار مزدوج أي أن السلطة تكون استتسابية حين يقرر النص القانوني ذلك، ويقرُّ القاضي الإداري بهذا الأمر. أما إذا قام الشك حول طبيعة الصلاحية، وما إذا كانت استتسابية أو مقيدة نتيجة لعدم وضوح الرؤيا من خلال النص القانوني، فإنه يعود عندئذ للقاضي بت الموضوع. (الخوري، القانون الإداري العام، ج 1، ص 263).

ولا شك في أن مصلحة الأفراد وحماية حقوقهم وحررياتهم تتحقق مع فكرة الإختصاص المقيد، حيث يحدد المشرع للإدارة نطاق وحدود اختصاصها بطريقة دقيقة تمنعها من التحكم أو التعسف. ولكن لا يصح النظر إلى هذا الموضوع من زاوية حقوق الأفراد وحسب، لأن

له جانباً آخر تجب حمايته ألا وهو "الصالح العام" الذي تعمل الإدارة على كفالة تحقيقه، وتوجه كل نشاطها للوصول إلى هذه الغاية، ولا نزاع في أن الصالح العام يقتضي في بعض الحالات الإعتراف للإدارة بسلطة تقديرية تمكنها من الوصول إليه بصورة مرضية.

♦ الفقرة الرابعة: الدور الرقابي عند ممارسة السلطتين الإستثنائية والمقيدة

للتمييز بين السلطة الإستثنائية والسلطة المقيدة طابع مهم يتوقف عليه معرفة مدى أعمال الرقابة. فشرط شرعية العمل الإداري، نسبة لموضوعه، تختلف باختلاف نوعية الصلاحية حسبما تكون استثنائية أو مقيدة، وهذه الشروط ليست واحدة في الحالتين: **ففي حالة الصلاحية الإستثنائية**، لا يمكن اعتبار أن اختيار البلدية للتدبير المتخذ، أي موضوع العمل الإداري، هو عمل غير شرعي، شرط ألا يكون العمل المذكور محظوراً قانونياً بحد ذاته، وعندها لا رقابة في هذه الناحية بالذات.

أما في حالة الصلاحية المقيدة، فيكون العمل الإداري نسبة إلى موضوعه، غير شرعي إذا لم يكن متفقاً مع الأحكام القانونية الراعية له. وهنا، بعكس ما ذكر أعلاه، تلعب الرقابة دوراً مهماً. إذ يتم الإستقصاء عن مدى تقيد البلدية بالشروط التي حددها القانون لصحة اتخاذ مثل هذا التدبير، وبعبارة أوضح يتم التأكد من توفر الأسباب والظروف الواقعية التي اشترط القانون توفرها لاتخاذ التدبير المبحوث فيه، وما إذا كانت الظروف والوقائع التي استندت إليها البلدية تبرر تدبيرها المذكور. وقد يتبادر إلى الذهن، هنا، أن الرقابة تقع على ملاءمة العمل المتخذ، ولكن هذا غير صحيح، إنما تنصب على شرعية العمل باعتبار أن القانون جعل من عناصر الملاءمة هنا، وهي الظروف والوقائع الواجب توفرها لصحة اتخاذ القرار، شرطاً أساسياً لشرعية القرار. (الخوري، القانون الإداري العام، ج 1، ص 261).

خلاصة القول، هو أنه يتم ممارسة الرقابة في إطار السلطة الإستثنائية بعد إجراء التصرف من قبل البلدية فيما لو كان ذلك التصرف قد أخضع للرقابة بموجب القانون، أما بالنسبة للسلطة المقيدة فإن رقابة السلطة المركزية تتحرك بمجرد الإمتناع عن إجراء العمل،

أو إجرائه خلافاً للشروط التي حددها القانون أو الغاية منه، وفي كل الحالات تبقى الرقابة القضائية مرجعاً أساسياً وأكيداً في مواجهة قرارات البلدية وأعمالها وفق ما تم بيانه أعلاه.

○ المبحث الثاني: سلطة البلدية في ظل الظروف الإستثنائية:

◆ الفقرة الأولى: تعريف الظروف الإستثنائية:

لم يعرف القانون نظرية الظروف الإستثنائية، الأمر الذي ألقى على الإجتهد والفقهاء مسؤولية تعريفها، حيث رأى الدكتور يوسف سعدالله الخوري أن: "الظروف الإستثنائية هي الظروف الشاذة الخارقة التي تهدد السلامة العامة والأمن والنظام في البلاد وتعرض كيان الأمة للزوال واستقلالها وسيادتها، الأمر الذي يستوجب اتخاذ كافة الإجراءات الإستثنائية المختلفة لدرء الأخطار وإعادة الأمور إلى وضعها الطبيعي، ويقتضي ذلك تجاوز الإجراءات والأوضاع المقررة في الظروف العادية التي يحكمها مبدأ الشرعية العادية". (أخذ المجلس الدستوري بهذا التعريف في قراره رقم 7 تاريخ 2014/11/28).

ونظرية الظروف الإستثنائية La exceptionnelles des circonstances théorie مصدرها قضائي، أوجدها مجلس شورى الدولة الفرنسي خلال الحرب الأول، وطورها خلال الحرب الثانية لمواجهة مثل هذه الظروف. فالقواعد القانونية العادية سُنت لمواجهة المشاكل والأوضاع في ظروف عادية، أما عندما تتأزم الأمور فإن تلك القواعد قد تصبح عاجزة عن إجابة ما يتطلبه النفع العام من مطالب. لذا تضطر الإدارة إلى اتخاذ تدابير ليست ربما ملحوظة في السنن والنظم العادية، فتقوم بأعمال خارج النطاق المألوف للشرعية، تحتها ضرورات حفظ النظام العام لتواصل تحقيق الخدمات وتأمين استمرارية سير المرافق العامة.

وقد عرف "دي لوبادير" الظروف الإستثنائية بأنها: "نظرية قضائية لمجلس الدولة، مقتضاها أن بعض الإجراءات الإدارية التي تُعتبر غير مشروعة في الأوقات العادية، يمكن اعتبارها مشروعة في بعض الظروف، إذ تكون ضرورية لحماية النظام العام أو لاستمرار

سير المرافق العامة". ويدخل ضمن نطاق الظروف الإستثنائية الحروب والكوارث والثورات والفتن التي من شأنها الإخلال الخطير بالنظام والأمن، والتي لا يمكن مواجهتها بتدابير عادية بل تستوجب من الإدارة مواجهتها بتدابير استثنائية لا مفر منها، وتزول هذه التدابير بزوال الظروف الأخرى.

والسلطة الإستثنائية النابعة من النظرية القضائية تتميز عن تلك الناجمة عن النصوص القانونية في أنها تبقى من جهة قائمة ومعمولاً بها إلى جانب هذه النصوص، وتخول الإدارة تجاوز الصلاحيات الممنوحة لها في التشريع، وهي تشكل من جهة أخرى نظرية قضائية مرنة، وذات أبعاد خاصة إذا إنه بإمكان القاضي نفسه أن يعدل في محتوى الشرعية الإستثنائية بعيداً عن قيود النصوص الجامدة. (الخوري، القانون الإداري العام، ج 1، ص 278).

إذاً، بموجب هذه النظرية، يمكن أن تُعتبر بعض التدابير الإدارية الخارقة للقواعد القانونية العادية شرعية في بعض الظروف، رغم اعتبارها غير الشرعية في الظروف العادية، وذلك لأنها تبدو ضرورية لتأمين الإنتظام العام وحسن سير المرافق العامة، فعندئذٍ، تحل شرعية استثنائية محل الشرعية العادية وتستفيد السلطة الإدارية، في ظلها، من تمدد وتوسع في الصلاحيات لم يلحظه القانون أصلاً. وبعبارة أخرى إن محتوى الشرعية العادية يتغير في الظروف الإستثنائية وتحل مكانه شرعية استثنائية تتيح توسيع صلاحيات السلطة الإدارية بحيث تتجاوز أو تناقض الشرعية العادية. (الخوري، القانون الإداري العام، ج 1، ص 265 وما يليها).

ومرد تلك السلطة الواسعة للإدارة في مثل هذه الظروف، هو النص اللاتيني الشهير المسلم به في جميع الدول ومنطوق *Salus populi suprema lex*، ومعناه أن سلامة الشعب هي القانون الأعلى الذي يسمو حتى على الدستور. (لمزيد من المعلومات حول هذا المفهوم وحول نظرية الضرورة والظروف الإستثنائية يراجع: محمد كامل ليله، الكتاب الثاني، ص 78 وما يليها - وباز، الوسيط، ص 423 وما يليها).

فالأضرار المشكو منها إذا كانت تشكل في الظروف العادية فعل تعدٍ، فإنها في ضوء الظروف الإستثنائية لا تتصف بهذا الوصف، ويكون مجلس شورى الدولة صالحاً للنظر في النزاع الناشئ عنها.

فالظروف الإستثنائية تؤدي إلى توسيع سلطات الإدارة بالقدر اللازم، حتى تتمكن هذه الأخيرة من اتخاذ الإجراءات التي يفرضها الطابع الإستثنائي للظروف التي قد تصل إلى حد المساس بالحريات العامة. (شورى الدولة، رقم 694 تاريخ 98/6/29، م.ق.إ. عدد 13 سنة 99 ص 609).

"وهكذا، وجد القضاء نفسه مضطراً إلى التسليم بتسلسل القواعد القانونية، وعلى هذا الأساس، فإن السلطة التنفيذية تلتزم التزاماً أوثق بروح الشرائع الدستورية إن هي خرقت وخالفت مؤقتاً الأحكام التشريعية بدلاً من أن تبقى جامدة إذا كان جمودها هذا يُعرض الإنتظام العام للخطر. وقد رفض القضاء الإداري، دائماً، أن يسلم بأن السلطة الإدارية مقيدة، لا محال، بقواعد سُنت لتأمين احتياجات العموم في ظروف عادية، ولكنها غير كافية لمواجهة الظروف الإستثنائية. (شورى فرنسي، في 18 تموز 1913، المجموعة الفرنسية سنة 1913، ص 875).

وانطلاقاً من هذه القناعة، سلم الإجتهد بحق السلطة التنفيذية وسائر الأجهزة المتفرعة عنها في أن تتخذ، طيلة وجود ظروف استثنائية وتحت رقابة القضاء الإداري، كل التدابير الضرورية لتحقيق المهمة الموكولة إليها، حتى ولو كانت هذه التدابير تدخل أصلاً في اختصاص السلطة التشريعية". (الخوري، القانون الإداري العام، ج 1، ص 266 - وشورى فرنسي في 31 آذار 1954، بوديه Baudet، المجموعة الفرنسية سنة 1954، ص 196).

فإذا كان من شأن الإحتلال أن يشكل استيلاءً على الملكية الخاصة في الظروف العادية، ويكون النظر بالتعويض عن الضرر اللاحق بالأفراد من جرائه من اختصاص القضاء العدلي، فإن الإجتهد استقر على أنه إذا تم في ظروف أمنية استثنائية يصبح

القضاء الإداري المرجع الصالح للنظر بطلب التعويض عن الضرر الناشئ عنه. (شورى الدولة، رقم 253 تاريخ 95/1/24، م.ق.إ. عدد 9 سنة 96 ص 270).

♦ الفقرة الثانية: شروط تحقق الظروف الإستثنائية:

لكي تتمكن السلطة الإدارية من الإفادة من "الشرعية الإستثنائية" المتقدم ذكرها، فرض الإجتهد وجوب توفر أربعة شروط هي التالية:

أ- أن تكون لظروف الزمان والمكان صفة استثنائية حقيقية وظاهرة، فإذا زالت هذه الظروف لا يبقى من موجب لبقاء الصلاحيات الإستثنائية. (شورى فرنسي، في 7 كانون الثاني 1944، لكوك، المجموعة الفرنسية سنة 1944، ص 5). وهذا ما استقر عليه اجتهاد مجلس الشورى الفرنسي الذي لا يتردد في إبطال أي عمل إداري يستند متخذه، لتبرير شرعيته، إلى ظروف استثنائية لم تعد موجودة، (شورى فرنسي، في 7 كانون الثاني 1955 أندرياميزا، مجلة القانون العام سنة 1955، ص 105)، ففي هذا القرار، أُبطل قرار المفوض السامي في مدغشقر بصرف السيد ميزا، "لأن المفوض السامي اتخذ القرار المطعون فيه بعد زوال الظروف الإستثنائية... فلم يعد له إذن بحرمانه من الضمانات التأديبية التي لحظها القانون". (الخوري، القانون الإداري العام، ج 1، ص 266).

فإذا كان الوضع العام مضطرباً بصورة ممتدة، فإن الطرف لا يُعتبر استثنائياً ما لم يترافق مع قيام خطر مدهم يستحيل فيه سلوك الطرق القانونية العادية لمجاботه. (شورى الدولة، رقم 423 تاريخ 1958/10/21، دعوى المشنوق/الدولة، المجموعة الإدارية سنة 1958، ص 213).

ب - أن تكون السلطة الصالحة أصلاً لإجراء العمل أمام استحالة مادية وقانونية للتدخل، أي أن تكون قد أصبحت عاجزة عن تأمين الصالح العام بالوسائل والأدوات القانونية العادية. ويقع ذلك في حال غياب السلطة الشرعية ذات الإختصاص أو في حالة عدم استطاعتها ممارسة أعمالها.

فنظرية الظروف الإستثنائية لا تسمح بتجاوز الصلاحية لاتخاذ القرار إلا في حال تعذر اللجوء إلى صاحب الصلاحية لسبب من الأسباب الثابتة. (شورى الدولة، رقم 63 تاريخ 86/3/13، م.ق.إ. عدد 3 سنة 88/87 ص 83).

وتتحقق نظرية "الشكليات المستحيلة" عند وجود ظروف استثنائية أم قوة القاهرة، أو عند استحالة مادية أم قانونية لإتمام الإجراء المعين، أي لأخذ الرأي أم الموافقة، أو إذا كان تعذر الحصول على الرأي أم الموافقة معزواً إلى الهيئة الإستشارية ذاتها التي ترفض الإجتماع لإعطاء الرأي أم الموافقة المطلوب قانوناً. (شورى الدولة، رقم 778 تاريخ 94/9/8، م.ق.إ. عدد 8 سنة 95 ص 608 - ورقم 549 تاريخ 94/7/13، م.ق.إ. عدد 8 سنة 95 ص 565 - لمزيد من المعلومات حول القوة القاهرة والعنصر المفاجئ يراجع: كتاب المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية، دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق، د. محمود عبد المجيد المغربي، المؤسسة الحديثة للكتاب، طبعة أولى، سنة 1998 ص 12).

ج- أن تكون التدابير المتخذة متناسبة كلياً مع حجم الهدف المطلوب تحقيقه. فأى خروج على ذلك، يؤدي إلى إبطال التدابير المذكورة وانعقاد مسؤولية السلطة المختصة. ولهذا يجب أن يكون التدبير محصوراً بالطرف الذي أملاه وضمن إطار مواجهته.

د- أن يكون الهدف المذكور مهماً لدرجة أنه إذا لم يتحقق تكون إحدى المهام الأساسية التي تضطلع بها السلطات العامة بحكم المعطلة. علماً بأن مفهوم المصلحة العامة، في الظروف الإستثنائية، هو مفهوم ضيق، يتعلق حصراً بحفظ النظام العام وتأمين سير المرفق العام، أي أنه يندمج بالواجبات الأساسية التي تقع على عاتق البلدية (الإدارة).

من هنا، فإن نظرية الظروف الإستثنائية تشكل تحويلاً لمحتوى الشرعية، إلا أنها لا تشكل ثغرة في الشرعية التي تظل مستمرة فلا تُستبعد أو تعلق، وذلك بخضوع السلطة الإستثنائية للرقابة الصارمة التي يمارسها القاضي الإداري على طبيعة التدابير المتخذة، وعلى الوجود المادي لكل من هذه الشروط في آن واحد.

♦ الفقرة الثالثة: مقياس الظروف الإستثنائية ومداه:

"ليس هناك مقياس محدد للقول إن ظرفاً معيناً تُعتبر استثنائية أم لا. فنظرية الظروف الإستثنائية من صنع الإجتهد، والقضاء هو الذي حدد ويحدد إطار هذه الظروف في ضوء الوقائع والمعطيات المتوفرة لديه عند النظر بالمراجعة المرفوعة إليه.

ولكن الشيء الأكيد، هو أنه انطلاقاً من الشروط المذكورة أعلاه ومن معناها في العمق، فإن الظروف الإستثنائية أصبحت نادرة. فهي لا تُعتبر حاصلة إلا في أيام الضيق والشدة التي تهدد وجود المؤسسات وكيان الأمة، والتي ربما أتت بها الحروب والزلازل والفيضانات وغيرها من الكوارث الطبيعية، والإضطرابات الداخلية ذات الصفة شبه الثورية. لذلك يجب دائماً التمييز بين هذه الظروف وبين تلك التي تُعتبر ببساطة ظرفاً طارئاً أو حتى خطيرة، ولكنها تبقى في إطار الحالات العادية غير الإستثنائية، فكلاهما تختلف عن الأخرى بصورة أساسية والنتائج المترتبة عليهما ليست واحدة. فالظروف الإستثنائية تشمل دائماً أو بصورة شبه دائمة الحالة الطارئة إلا أن العكس غير صحيح. فالوضع الذي يستوجب حلاً سريعاً طارئاً لا يشتمل على صفة الظرف الإستثنائي. ذلك أن وجود الظروف الإستثنائية يجب أن يكون أكيداً غير متنازع عليه، أو أن يكون مثبتاً من قبل الإدارة التي تدعيه أو تستفيد من نتائجه". (الخوري المرجع السابق)

وتختلف نظرية الظروف الإستثنائية ذات المصدر الإجتهدى عن نظرية الضرورة في حالة الطوارئ المنصوص عليها في المادة الأولى من المرسوم الإشتراعي رقم 27 تاريخ 53/2/16 التي تجيز إعلان حالة الطوارئ بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء، وتوجب بذات الوقت اجتماع مجلس النواب للنظر في التدبير في مهلة ثمانية أيام وإن لم يكن في دورة انعقاد. ويتمثل الإختلاف، على الأخص، في أن الصلاحيات الإستثنائية التي تقر بها الظروف الإستثنائية يمكنها أن تتجاوز، بل أن تناقض، الصلاحيات المنصوص عليها في القانون.

ونظرية الظروف الاستثنائية في تقلص دائم، إذ إن اجتهاد مجلس شورى الدولة لا ينفك يضيق الخناق عليها. فبينما كان يعتبر، فيما مضى، وبشأن الحرب العالمية الأولى،

أن حالة الحرب تُبرر بحد ذاتها، وبصورة حتمية، تطبيق نظرية الظروف الإستثنائية باعتبارها المثال الحي لهذه الظروف، (شورى فرنسي، في 28 شباط 1919، السيدتان "دول ولوران"، المجموعة الفرنسية سنة 1919، ص 208). عاد فيدل رأيه عند النظر في مراجعات متعلقة بقضايا ناشئة عن الحرب العالمية الثانية. فالحرب بنظر مجلس شورى الدولة لم تعد تُعتبر هنا، بحد ذاتها، ظرفاً استثنائياً، بل يجب التمييز بين حقبة وأخرى منها.

وعلى سبيل المثال، فإن الأوضاع الأمنية التي سادت منطقة قضاء جزين لا سيما منطقتي عرمتي والريحان، وغياب السلطة الشرعية الفاعلة عن المنطقة المذكورة اعتباراً من منتصف 1976 تُعتبر قطعياً ظرفاً استثنائياً من شأنها أن تفتح الطريق أمام تعديل في مبادئ المشروعية وبالتالي المسؤوليات الناتجة عنها وذلك تحت رقابة القضاء الإداري. (شورى الدولة، رقم 768 تاريخ 96/6/18، م.ق.إ. عدد 10 سنة 97 ص 708).

ولا تبرر الحالة الأمنية التي كانت سائدة خلال سنة 1975 و 1976 إقدام البلدية على سدّ قناة المياه، لأن هذا العمل يفيد أن الإدارة أساءت في تنفيذ الأشغال العامة المعنية، وأخطأت عندما ردمت الصخور في مجرى القناة، وتجاهلت حقوق الغير الثابتة بموجب قيود الصحيفة العقارية. (شورى الدولة، رقم 37 تاريخ 94/11/2، م.ق.إ. عدد 9 سنة 1996 ص 35).

وإن العام 1977 الذي نُفذت فيه المعاملات موضوع المخالفة كان من الأعوام الهادئة خاصة في منطقة كسروان وجونيه، ولا يصح الإدلاء أو الأخذ بنظرية الظروف الإستثنائية في ذلك التاريخ بالرغم من وقوع حادث في منطقة الشوف والذي لم تمتد آثاره إلى منطقة كسروان. (شورى الدولة، رقم 95 تاريخ 93/11/8، م.ق.إ. عدد 8 سنة 95 ص 83).
غير أن حالة الحرب ليست المظهر الوحيد للظروف الإستثنائية. فقد طبق الإجتهد، منذ البداية نظرية الظروف الإستثنائية في الظروف العصيبة التي تلي الحرب والتي تُعتبر "متمة لها" Suites des la guerre، وكذلك في أيام السلم في ما أسماه مجلس الشورى "الظروف الحرجة" Période critiques، وفي حالات التهديد بالإضراب العام، وأخيراً في

الحقبات التي لا تشهد أي أزمة عامة، وذلك عندما يواجه تطبيق الشرعية العادية تهديداً بحصول اضطرابات خطيرة وفوضى عامة وإخلاقاً بالأمن. وهذا الإجتهد مكرس بحالات تبرير موقف الإدارة من عدم تنفيذ بعض الأحكام القضائية بالقوة، علماً بأن هذا الرفض لم يُبنى على ظروف عامة تشمل الدولة، بل على ظروف معينة في منطقة معينة. (الخوري، القانون الإداري العام، ج 1، ص 267 وما يليها).

وتتأسس نظرية الظروف الإستثنائية على مبدأ وجوب قيام البلدية أو الدولة بواجباتها الأساسية، أي حفظ النظام العام وتأمين سير المرافق العامة، في جميع الظروف. فالسلطة الإدارية يمكنها تجاوز محتوى الشرعية العادية حين تحول هذه بينها وبين تأدية واجباتها الأساسية.

♦ الفقرة الرابعة: سلطة البلدية في الظروف الإستثنائية:

يمكن للبلدية في الحالات الطارئة المستعجلة، دون أن يوصف عملها بالاشرعية، أن تتجاوز من جهة، حدود صلاحيتها، وذلك باتخاذ تدابير تدخل عادة في نطاق صلاحيات سلطة إدارية أخرى. كما لها أن تستعمل، من جهة أخرى، صلاحيتها المقررة لها في النصوص دون أن تحترم الأصول القانونية والنظامية، التي قد يؤدي التقيد بها إلى عرقلة العمل الضروري لمواجهة الحادث الطارئ، لا سيما لجهة خضوع عملها للرقابة الإدارية.

أما في الظروف الإستثنائية، فيمكن للبلدية أن تتخذ تدابير لا تتجاوز الصلاحيات العائدة لها أصلاً وحسب، بل حدود صلاحيات السلطة التنفيذية ككل أيضاً، وذلك لتأمين ضرورات الطرف الحال بالسرعة المطلوبة. وهكذا فإنه بوسع البلدية تخطي حواجز صلاحيتها التقليدية العادية والتطرق إلى المجال المخصص للسلطة التشريعية.

ويمكن تقسيم الأمثلة التي يسوقها الإجتهد تكريساً لمدى وحدود السلطات التي تتمتع

بها البلدية في حالة الظروف الإستثنائية إلى ثلاثة أقسام أساسية:

الأول: يتعلق بالأعمال التي تخرق قواعد الصلاحية العادية.

الثاني: يتعلق بالأعمال التي تخرق قواعد الأصول العادية، أو بعبارة أخرى قواعد الشكل.

الثالث: يتعلق بالأعمال المعيبة بعدم شرعية موضوعها. وبالنظر إلى ندرة الإجتهد في القضاء اللبناني حول هذا الموضوع، سنعمد إلى اتخاذ بعض الأمثلة من الإجتهد الفرنسي لتوضيح الصورة وحسب.

• البند الأول: خرق قواعد الصلاحية العادية

- أولاً: ممارسة الإدارة لصلاحيات السلطة التشريعية

على هذا الأساس اعتُبرت شرعية، مع أنها تدخل أصلاً في اختصاص السلطة التشريعية، التدابير الإدارية التالية:

1- تنظيم بيع الخضار والفواكه بالجملة والمفرق بموجب قرار صادر عن رئيس بلدية "كاركاسون" في شهر آب 1948، وذلك لأن المنتجين والبائعين على حد سواء، كانوا يقومون بممارسات تخالف مبدأ حرية التجارة. (شورى فرنسي في 30 أيار 1952، الإتحاد الوطني لمنتجي الفواكه والخضار، المجموعة الفرنسية سنة 1952، ص 289).

2- يحدد مجلس شورى الدولة على أنه في غياب الظروف الإستثنائية حقاً، لا يجوز للسلطة الإدارية تجاهل مبدأ حرية التجارة والصناعة. وهذا ما جاء في حكم بصدد قرار رئيس بلدية "أوران Oran" أوجب عام 1946 بأن تباع كل الفواكه والخضار المعدة لتموين المدينة في الأسواق الشعبية المركزية. (شورى فرنسي في 31 تموز 1948، نقابة مقاولي الفواكه والخضار والبطاطا بالجملة في محافظة أوران، المجموعة الفرنسية سنة 1948، ص 371).

- ثانياً: ممارسة السلطة الإدارية لصلاحيات سلطة إدارية أخرى

فقد اعتبر الاجتهاد أنه من شأن الظروف الإستثنائية أن تُجيز لسلطة إدارية معينة تجاوز صلاحياتها العادية، واتخاذ تدابير تدخل في مجال اختصاص سلطة إدارية أخرى دون ترخيص قانوني مسبق.

وهكذا اعتُبر شرعياً:

1- القرار الصادر عن رئيس مجلس بلدي في 13 حزيران 1940 والقاضي بأحداث ضريبة جديدة لأجل تأمين الإيرادات الطارئة الضرورية للبلدية، في الوقت الذي كان يستحيل فيه جمع المجلس البلدي أو حتى الإتصال بسلطات المحافظة. (شورى فرنسي في 7 كانون الثاني 1944، لكوك ورفاقه، المجموعة الفرنسية سنة 1944، ص 5).

2- قرار رئيس البلدية بمصادرة حمولة من القمح على ظهر باخرتين مجمدتين في إحدى المرافئ على أثر الأعمال الحربية، في حين أن أمر المصادرة ليس من صلاحياته العادية. (شورى فرنسي في 9 تشرين الثاني 1945، الاتحاد الزراعي، المجموعة الفرنسية سنة 1945، ص 23).

3- تأكيداً للأهمية البالغة التي يعلقها الاجتهاد على حسن سير المرافق العامة وضرورة استمرارها، فقد قضى بصحة قرارات صادرة، في ظل الظروف الإستثنائية، عن أشخاص عاديين لا صفة إدارية لهم على الإطلاق، تطبيقاً لنظرية "الموظف الفعلي أو الواقعي" *Fonctionnaire de fait*، وذلك عندما يهرب الموظفون النظاميون أو يمتنعون عن القيام، كلياً، بمهامهم. وهذا ما حصل في أيار 1940 عندما هرب رئيس وأعضاء مجلس إحدى البلديات في فرنسا، فشكل أهالي البلدة "بلدية فعلية" *Une municipalité de fait* قاموا من خلالها بإدارة المرافق العامة من جهة، ومن جهة أخرى، وتجنباً لحدوث السلب والنهب وتأميناً للمواد الغذائية، صادروا كل أنواع هذه المواد والسلع المخزونة وباعوها من الأهلين، وقد اعتبر القضاء أن عملهم شرعي. (شورى فرنسي في 5 آذار

1948، ماريون ورفاقه وبلدية سان فاليري، المجموعة الفرنسية سنة 1948،
ص113).

• **البند الثاني: خرق قواعد الشكل العادية**

إذا كان الإجتهد قد وجد ما يبزر تجاوز السلطة الإدارية لصلاحياتها العادية وفقاً لما رأينا أعلاه. فمن باب أولى أن يبزر تجاوز هذه السلطة، في الظروف الإستثنائية، لقواعد الشكل العادية. فعيب الشكل يبقى في كل الأحوال، أقل خطورة من عيب اغتصاب السلطة. لذا نرى الإجتهد يبدي مرونة ظاهرة وكبيرة في تقبل الأعمال الإدارية التي تقضي الضرورة والعجلة القصوى، في ظل ظروف استثنائية، باتخاذها، وإن تكن مخالفة لقواعد شكلية ذات صفة جوهرية، أي إنها تكون شرعية وإن يكن هنالك خرق لأصول أو صيغ جوهرية. وهكذا اعتبر شرعياً:

1- قرار محافظ بكف يد رئيس بلدية، في 23 تموز 1944، دون الإستماع مسبقاً إلى دفاعه. (شورى فرنسي في 16 أيار 1941، كوران *Current*، المجموعة الفرنسية سنة 1949، ص 231).

2- أكثر ما تتجلى القواعد الشكلية بالنسبة للقرارات البلدية في تلك القرارات التي لا تعتبر نافذة إلا بعد اقترانها بتصديق سلطة الرقابة. ففي حالة الظروف الإستثنائية يمكن للبلدية اتخاذ قراراتها الخاضعة أصلاً للتصديق وتنفيذها دون الحصول على المصادقة المفروضة. كما في حال إسعاف المعوزين والمعاقين ولو زادت هذه المساعدات عن مبلغ معين.

• **البند الثالث: عيب عدم شرعية الموضوع**

ومثاله اتخاذ إجراءات تحد من الحرية الفردية بدرجة يرفضها القانون العادي، أو اتخاذ قرارات تحد من تطبيق بعض القوانين، أو ترفض تطبيق أحكام قضائية بالقوة بحجة أن هذا التطبيق يؤدي إلى إخلال خطير بالأمن.

♦ الفقرة الخامسة: رقابة القضاء ومسؤولية البلدية في الظروف الإستثنائية

إذا كان من شأن الظروف الإستثنائية أن تمدد صلاحية السلطات الإدارية، كلها أو بعضها، فإنه لا يمكن أن ينتج عن هذه الظروف، مهما بلغت درجت خطورتها، حجب رقابة القضاء على أي عمل من الأعمال الإدارية التي تتم في ظلها. وبعبارة أخرى، لا يمكن أن تؤدي الظروف الإستثنائية إلى إضفاء صفة "العمل الحكومي" Acte de gouvernement على العمل الإداري وعدم إخضاعه بالتالي لرقابة القضاء. وأعمال الحكم هي أعمال صادرة عن السلطة التنفيذية، وتتميز باتصالها بعلاقات هذه السلطة بسلطة غير خاضعة لرقابة القضاء. وهذه الأعمال تخرج عن رقابة القضاء الإداري والعدلي، فمفهوم أعمال الحكم يخلق نطاقاً يمتنع فيه على القضاء تقويم أعمال الإدارة بحيث يمكنها أن تتجاوز أو تخالف القانون دون أي رقابة قضائية. وبذلك تشكل هذه الأعمال ثغرات أو دوائر فراغ داخل الشريعة. وتبرز بدهاء غرابة ذلك في نظام يقوم على مبدأ الشرعية وعلى احترام المراكز والوضعيات القانونية المختلفة. علماً أنه لا يمكن للبلدية من أي باب كان أن تتذرع بمفهوم "العمل الحكومي" لأن البلدية هي حيث طبيعة عملها والغاية إنشائها "إدارية محلية" بحسب تعريفها المحدد في المادة الأولى من قانون البلديات. (المزيد من المعلومات حول مفهوم العمل الحكومي يراجع الخوري، القانون الإداري العام، ج 1، ص 279 وما يليها).

إذاً، إن الظروف الإستثنائية تأتي لتلّين مبدأ الشرعية، لا لتحرر الإدارة من التقيد بهذا المبدأ، كما هي الحال بالنسبة للسلطة الإستثنائية، فليس من شأن الظروف الإستثنائية، إذاً، أن تُحرر البلدية من مسؤوليتها بشكل مطلق إذا ثبت أنها ارتكبت خطأً جسيماً جساماً غير عادية من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً خاصاً غير مألوف.

ويتحقق الخطأ الجسيم غير العادي بعدم استعمال الإمكانيات التي كان في المستطاع استخدامها لنقادي الحوادث وأضرارها، وكذلك بارتكاب الموظفين أخطاءً جسيمة. والضرر الخاص غير المألوف هو الضرر البالغ الذي لا يمكن اعتباره من نوع الأضرار التي يتحتم على المواطن تحملها من جراء تنفيذ المصلحة العامة. (راجع: شوري الدولة، رقم 66 تاريخ

84/5/22، م.ق.إ. عدد 1 سنة 85 ص 49 - بذات المعنى: رقم 62 تاريخ 94/11/10، م.ق.إ. عدد 9 سنة 96 ص 73).

والإجتهاد اللبناني غير مستقر بالنسبة لمسؤولية الإدارة في الظروف الإستثنائية، فقد سار مجلس شورى الدولة في قضايا التعويض الناشئة عن الحوادث والإضطرابات على التفريق بين ما كان في استطاعة الإدارة عمله لتجنب المواطنين الأضرار، وبين ما ليس في وسعها بما لديها من إمكانيات القيام به للحؤول دون وقوعها. فإذا ثبت أنها لم تستنفد كل وسائلها وما لديها من إمكانيات من أجل منع الحوادث وأضرارها أو حصرها في نطاق محدود، كان عليها أن تتحمل نتائج موقفها السلبي وما نشأ عنها من أضرار. (شورى الدولة، رقم 662 تاريخ 96/5/21، م.ق.إ. عدد 10 سنة 97 ص 651).

فلا يمكن القول إن البلدية أخطأت خطأ جسيماً بعدم استعمال كل قدراتها وإمكانياتها نظراً لنوع الحوادث وطبيعتها بمراقبة كل سيارة تقف في الشوارع والتأكد من كونها خالية من المتفجرات. ولو أقدمت البلدية على نزع الأعمدة أو منع الناس من وضعها لكان عليها تقديم بديل أمني أكثر فعالية، وهذا البديل ليس متوفراً ومعروضاً حتى اليوم. وتكون البلدية غير مسؤولة بالتعويض عن الأضرار التي أصابت سيارة المستدعي بنتيجة اصطدامها بعامود مركز في وسط الشارع وضعه الأهالي والتجار بعد موجة السيارات المفخخة. (شورى الدولة، رقم 979 تاريخ 96/7/8، م.ق.إ. عدد 10 سنة 97 ص 775).

كما اعتبر الإجتهاد أن الإدارة لا تُسأل في الظروف الإستثنائية إذا وضعت جميع إمكانياتها في مواجهة هذه الظروف ولم يقدّم الدليل على أنه كان بوسعها تلافيها. أي أن الإدارة تكون مسؤولة عن أعمالها في الظروف الإستثنائية إذا نجم الضرر عن عدم توفيرها الحماية الكافية أو عن قلة احترازها. إلا أن مجلس الشورى قد اعتبر، في بعض أحكامه، أن توفر الظروف الإستثنائية لا يعفي السلطة من موجب التعويض على المتضرر بالإستناد إلى مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.

ولا يمكن التعويض عن الأضرار التي تتعدى الحالات الفردية أو المحدودة بالإستناد إلى القانون العادي، بل على أساس نظرية المخاطر الإجتماعية، لأن مثل هذه الوضعية

أقرب من سواها إلى فكرة المخاطر التي ترافق الحياة في المجتمع. والتعويض على هذه الفئة من المتضررين لا يمكن أن يتم إلا عن طريق المشرع الذي يعود له وحده أن يحمل الجماعات العامة هذه المخاطر.

ويبدو أن القضاء بعد أن كان يستند إلى نظرية الخطأ مع اشتراط كون خطأ الإدارة هذا جسيماً Grave، أصبح يميل إلى نظرية المخاطر، وبصورة خاصة إلى مبدأ المساواة في تحمل الأعباء العامة. وأبرز تطبيق لهذا الإجهاد هو التعويض الذي يقرره القضاء في حال امتناع الإدارة عن تأمين تنفيذ الأحكام القضائية لأسباب تتعلق بالأمن والنظام العامين. (لمزيد من المعلومات حول تنفيذ الإدارة لأحكام القضاء يرجى مراجعة كتابنا بعنوان "الرقابة الإدارية والقضائية على البلديات" ص 547 وما يليها).

وهكذا لا ينفك القاضي يراقب ليتأكد من أن الإدارة كانت في ظروف استثنائية حقاً، وأن هذه الظروف منعتها من التقيد بأحكام الشرعية العادية، ثم إن ما اتخذته من تدابير كان لا بد منها لتحقيق المصلحة العامة المتوخاة ولا تتجاوز الفترة التي تُعتبر ظرفاً استثنائياً. وطالما أن العمل الإداري الجاري في الظروف الإستثنائية لا يفلت من رقابة القضاء، فإنه، في حال ثبوت مخالفة هذا العمل لمبدأ الشرعية - العادية أو الإستثنائية بحسب ماهية العمل وظروفه - يترتب على هذه الرقابة: إما إبطال العمل الإداري، وإما التعويض عنه، وإما الإثنان معاً.

وإذا كان للسلطة العامة في معرض مواجهتها لمشاكل أو لأوضاع مرافقها العامة أن تتخذ تدابير أو قرارات مخالفة للقانون أحياناً، تأميناً لاستمرارية المرفق العام، فإنه ليس للمستدعي الإدلاء بأي حق مكتسب من قرار مخالف للقانون اتخذ استناداً إلى مبدأ الإستمرارية، كما ليس له أن يطعن بقرار قد يكون مخالفاً لقانون اتخذ استناداً إلى ذات المبدأ عندما تنتهي صفته ومصلحته في ذلك. (شورى الدولة، رقم 659 تاريخ 96/5/16، م.ق.إ. عدد 10 سنة 97 ص 650).

رقابة التناسب وحماية الحقوق والحريات

د. هالة بو حمدان

تبدلت وظائف الدولة واتسعت، ولم تعد تقتصر على حفظ الأمن وحماية الحدود وإقامة العلاقات الخارجية، بل امتدت لتطال تقريباً كل نواحي الحياة الاجتماعية والاقتصادية. وأصبحت هي المسؤولة عن وضع البرامج البعيدة المدى حرصاً على المصلحة العامة، ولتطوير الاقتصاد وحماية البيئة وتأمين مستوى معيشة لائق. ولتتمكن الدولة من القيام بمهامها بفاعلية ونجاح، لا بد من ترك هامش واسع لها من الحرية والاستتباب، فيكون لها سلطة تقديرية واسعة في اتخاذها لقراراتها ضمن حدود الشرعية والقانون، إذ من المفترض ألا تشكل السلطة الاستثنائية خروجاً على مبدأ المشروعية. لكن قيام الإدارة بدورها، خاصة في المجالات التي لا تكون فيها سلطتها مقيدة، لا تتسم دائماً بالالتزام التام بالأهداف التي حددها لها المشرع أو التي أعطتها سلطة تقديرية واسعة في سبيلها. فكما يقول مونتسكيو، إن كل من يملك سلطة يميل إلى إساءة استخدامها ولا بدّ من وجود سلطة أخرى تضع حداً لتعسفها.

من هنا الدور الهام للقضاء الإداري كضمانة أساسية لخضوع الإدارة لحكم القانون، فقد قام تقليدياً بالرقابة على أعمال الإدارة، مشدداً على مراعاتها لحدود الشرعية، وللقواعد الشكلية وقواعد الاختصاص، ولعدم تجاوزها لحد السلطة أي لعدم إصدارها لقراراتها لغايات مخالفة للغاية التي خولها القانون اتخاذها لأجلها، مما شكل ضمانة أساسية لاحترام مبدأ المشروعية، ولبناء دولة القانون.

لكن مع تعدد وظائف الدولة وتنوعها وظهور أنماط جديدة من النشاط الذي تقوم به في المجال الاجتماعي والاقتصادي والبيئي والتخطيط العمراني وغير ذلك، أصبحت وسائل

الرقابة التقليدية على عمل الإدارة عاجزة عن مواجهة هذه التطورات وفرضت على القاضي الإداري استتباط طرق جديدة للرقابة، منها رقابة التناسب ومبدأ الموازنة وتقنية الخطأ الساطع في التقدير. ويراعي القاضي في تطبيقه لهذه التقنيات التوفيق بين المصلحة العامة والمصالح الخاصة. وتمتع الإدارة بالسلطة الاستثنائية لا يشفع لها من التحرر من هذه الرقابة. وقد استحدث القضاء الإداري تطوراً في فنون الرقابة مكّنه من مواجهة التوسع المتزايد للسلطة الاستثنائية، واجترح الحلول المناسبة في حالة صمت التشريع.

والتحدي الأهم أمام القاضي الإداري يبقى الوقوف في وجه تعسف الإدارة واعتدائها على حقوق وحرّيات الأفراد والجماعات. فهل استطاعت رقابة التناسب أن تكون الميزان بين فاعلية الإدارة من جهة وضمان حقوق وحرّيات الأفراد من جهة أخرى؟ وهل نجح القاضي الإداري في تنصيب نفسه حامياً لهذه الحقوق تماماً كما فعل القاضيان العدلي والدستوري؟ كيف طور رقابته من رقابة مشروعية إلى رقابة مشروعية وتناسب معاً؟

لا شك أن القاضي قد وسّع رقابته لتطال السلطة الاستثنائية للإدارة في سبيل الوصول إلى هذا الهدف، وقد استطاع بالفعل بفضل التقنيات الجديدة التي استحدثها في رقابته أن ينافس القضاء العدلي في هذا المجال وأن يشكل حافزاً أمام القضاء الدستوري ليسيير على خطاه. وقد شكّلت بعض قراراته منعطفاً هاماً في مسيرته، دلّت على جرأة كبيرة من قبله كما برهنت على تصميمه على الخروج عن القواعد التقليدية للرقابة، مثل قرارات بينجامين Benjamin (1933) ولاغرانج Lagrange (1961) ولوبون Lebon (1978) و Ville Nouvelle Est (1971)...

لقد كان لمجلس الدولة الفرنسي الفضل الأكبر في تقرير المبادئ القانونية العامة مثل مبدأ التناسب، تماشياً مع تطور الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية، وبرهن عن تحرر وتطور في عمله مما مكّنه من توسيع صلاحياته حتى طالت ملاءمة القرارات الإدارية في مجال العقوبات والحرّيات العامة وحتى في مجال الاستملاك للمنفعة العامة. وقد سلك الاجتهاد الإداري اللبناني نفس المسلك موازناً بين حماية الحقوق والحرّيات وبين

منح السلطات الإدارية الوسائل الضرورية لتتمكن من الحفاظ على النظام العام والمصلحة العامة.

سوف نقوم في الفصل الأول من هذا البحث بتعريف السلطة الاستثنائية أولاً وبتظهير الفرق بينها وبين السلطة المقيدة. ثم نعرض لأسس الرقابة القضائية على السلطة الاستثنائية والتي تطورت من رقابة دنيا إلى رقابة قسوى، لنتطرق إلى أثر الظروف الاستثنائية على نطاق الرقابة القضائية. وسنخصص الفصل الثاني لتطبيقات هذه الرقابة لنبين دورها في حماية الحقوق والحريات، كما في الرقابة على أعمال الضابطة العدلية حماية لحرية الاجتماع وتأليف الجمعيات، ولحرية الرأي قولاً وكتابة، وحماية أيضاً للأداب العامة ولاحترام كرامة الإنسان، وصولاً إلى الرقابة في مجال قرارات إبعاد الأجانب. وسنعرض بعد ذلك أهم التقنيات التي استخدمها القضاء الإداري لتوسيع دوره، منها تقنية الخطأ الساطع في التقدير في مجال التأديب الوظيفي، وتقنية الموازنة بين التكاليف والمزايا في مجال الاستملاك للمنفعة العامة.

ولئن تعددت الدراسات التي تتناول موضوع الرقابة على السلطة الاستثنائية للإدارة إلا أن هذا الموضوع يبقى بحاجة للتعمق في دراسته ولتنظيم المعلومات بصدده سعياً لجلاء أهمية دور القضاء الإداري في حماية الحقوق والحريات.

○ الفصل الأول: الرقابة القضائية على السلطة الاستثنائية

◆ المبحث الأول: السلطة الاستثنائية *pouvoir discrétionnaire* والسلطة المقيدة *pouvoir lié*

تعني السلطة الاستثنائية إعطاء هامش من الحرية للإدارة للقيام بوظائفها واتخاذ القرارات المناسبة ضمن متطلبات المصلحة العامة. فالإدارة ملزمة أثناء مزاولتها نشاطها باحترام مبدأ المشروعية، وبالحفاظ على حقوق وحريات المواطنين. لكن ذلك لا يعني بأي حال تقييد صلاحياتها وعرقلة نشاطها، بل لا بد أن يكون لها حرية الاختيار والتقدير عند

إصدارها للقرارات الإدارية، وهذه من الامتيازات التي أعطاها إياها القانون. وتتمتع الإدارة بهذه السلطة التقديرية عندما لا يلزمها القانون بتصرف معين، ويترك لها حرية التدخل وحرية اتخاذ القرار الذي تراه ملائماً. فالقانون في هذه الحالة لا يقيد مسبقاً بتصرف محدّد. وقد عرّف مجلس شورى الدولة اللبناني السلطة الاستثنائية بأنها "هي التي تتيح للإدارة اتخاذ التدبير بحرية مطلقة من كل قيد قانوني، وتنشأ إما عن نص صريح في القانون والأنظمة التي توليها هذه السلطة، وإما عن انقضاء القواعد والأحكام القانونية التي تحدّ من سلطتها التقديرية في ممارسة عملها الإداري"⁽¹⁾. مثال على ذلك ما يتعلق بطرد الأجانب، تحديد الساعات التي يجب أن تقفل فيها الخمارات، الحرية في توقيع الجزاء المناسب للمخالفة التي يرتكبها الموظف، التدخل لفض مظاهرة، القرار الصادر عن اللجنة الفاحصة باعتبار المستدعي راسباً في مادة المقابلة⁽²⁾، اختيار الإدارة للمرشحين للوظائف إذا ما كان ذلك عن طريق الامتحان لا عن طريق المباراة لأن الإدارة "غير مقيدة بالمنزلة التي نالها من نجاح في الامتحان الذي هو امتحان أهلية examen d'aptitude فقط حيث أن للإدارة أن تختار من تشاء من بين الناجحين في الامتحان دون أن تتقيد بمرتبتهم... والإدارة باختيارها هذا تمارس سلطة استثنائية لا تقع تحت رقابة القضاء"⁽³⁾. والسلطة الاستثنائية ليست خروجاً على مبدأ المشروعية، بل إن القانون نفسه يعطي السلطات الإدارية هذا الحق، وذلك بأن يترك لها حرية التدخل أو عدم التدخل، وفي حال التدخل حرية اختيار القرارات والإجراءات المناسبة، وحرية تقدير المنفعة، بمعنى تقدير ملاءمة مضمون هذا القرار، لكن دون إعطائها الحرية المطلقة. "فلا تعارض بين مبدأ المشروعية والسلطة الاستثنائية ما دام هذا المبدأ يوقف الإدارة عند حدودها الطبيعية"⁽⁴⁾.

(1) قرار م ش د رقم 417 تاريخ 1961/4/18، م إ، السنة الخامسة، ص 126.

(2) قرار م ش د رقم 401 تاريخ 98/3/19، م ق إ، العدد 13، المجلد الثاني، ص 395.

(3) قرار م ش د رقم 1269 تاريخ 1962/2/14، م إ، السنة السابعة، ص 111.

(4) إبراهيم عبد العزيز شياح، "الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري"، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص 685.

والسلطة الاستثنائية هي القاعدة العامة لكنها تظل مقيدة بقواعد قانونية وبحدود عليها احترامها. منها قواعد الاختصاص، ومراعاة المعاملات الجوهرية وإلا كان القرار الإداري مشوباً بعيب شكلي. بالإضافة إلى احترام القانون وقوة القضية المحكمة. كذلك من الضروري أن يكون سبب القرار، أي تعليقه قانونياً، بمعنى أن تكون الوقائع التي بني على أساسها صحيحة. كذلك على الهدف من هذه القرارات أن يكون مشروعاً وأن يراعي المصلحة العامة، وإلا أصبح القرار معيباً بإساءة استعمال السلطة أو الانحراف بالسلطة⁽¹⁾. وإذا كان للإدارة تقدير ملاءمة أعمالها فيجب عليها ألا ترتكب خطأ ساطعاً في تقدير هذه الملاءمة. إن احترام الإدارة لهذه الحدود يبعد سلطتها التقديرية عن التعسف الذي هو خارج إطار القانون. مثال على ذلك، إن عزل الموظف الذي يتأخر عن دوام وظيفته دقائق محدودة لا يعتبر عقوبة منطقية أو متناسبة مع درجة الخطأ، مما يعرض هذا القرار للإبطال بسبب التعسف في استخدام السلطة.

وعندما يراقب القضاء السلطة الاستثنائية للإدارة فهو يُعمل مبدأ التناسب. وقد اختلفت القيمة القانونية لمبدأ التناسب من بلد لآخر وإن كانت الغالبية قد اتفقت على أنه من طبيعة قانونية. فاعتبره البعض مبدأ قانونياً عاماً، والبعض الآخر جعله من المبادئ الدستورية العامة. وقد اعتبر في لبنان ومصر مبدأ قانونياً عاماً. وكون مبدأ التناسب من المبادئ القانونية العامة يوجب على الإدارة أن تلتزم به في تصرفاتها ولو لم ينص عليه القانون.

“La nature juridique du principe de proportionnalité est partout la même. C’est une règle de droit objectif. Seul son rang varie : règle constitutionnelle en Allemagne, en Suisse, en Autriche, le principe demeure une simple règle législative aux Pays-Bas, car ceux-ci ignorent le contrôle de constitutionnalité. Quant au droit européen, il accorde au principe une valeur quasi constitutionnelle puisqu’il s’impose au respect du législateur national, et même à celui du législateur communautaire».⁽²⁾

(1) راجع المادة 108 من قانون مجلس شورى الدولة اللبناني.

(2) Michel Fromont, « Le principe de proportionnalité », A.J.D.A., 20 juin 1995, p 161.

وعلى عكس هذه السلطة التقديرية، يمكن أن توجد الإدارة في حالة من السلطة المقيدة *compétence liée*. في هذه الحالة الأخيرة يحدد القانون مسبقاً وبطريقة أمرة إمكانية التدخل من عدمها والحل الذي عليها اتباعه، والقرار الذي عليها اتخاذه إذا ما تحققت ظروف أو شروط معينة. ولا يجوز للإدارة والحالة هذه أن تمتنع عن العمل أو أن تعمل على خلاف ما بيّنه القانون من أوضاع معينة لمباشرة هذا العمل، وإلا عدّ تصرف الإدارة باطلاً لمخالفته للقانون. مثال على ذلك قرار إعطاء رخصة صيد إذا استوفى مقدم الطلب الشروط المطلوبة، إذ ليس للإدارة تقدير مهارته أو عدم مهارته في الصيد. كذلك الأمر فيما يتعلق بإعطاء رخصة قيادة أو رخصة بناء⁽¹⁾، أو قرارات الترقية بالأقدمية متى توفرت الشروط التي يتطلبها القانون، أو تعيين الفائزين بالترتيب إثر مباراة⁽²⁾. ويمكن أن يكون للإدارة سلطة استئنائية وسلطة تقديرية في الموضوع نفسه لكن بمجالين. فمثلاً يفرق الاجتهاد بين شروط الامتحان أو المباراة، وبين تقدير العلامة التي تستحقها المسابقة. فشروط الامتحان تحدّد مسبقاً وتخضع لرقابة القضاء، في حين أن تقدير العلامة يعود للجنة الفاحصة ولا يحق للقاضي أن يحلّ تقديره محل تقدير اللجنة⁽³⁾. لا بدّ من التأكيد على أن الإدارة في الحالتين تخضع للقانون. فالقانون هو الذي يترك لها حرية مباشرة نشاطها فنكون أمام السلطة الاستئنائية أو التقديرية، وهو أيضاً الذي يقيد حريتها ويلزمها بالتصرف على نحو معين، فنكون إزاء ما يسمى بالاختصاص المقيد. إن عدم خضوع الإدارة للقانون في الحالتين يجعلها سلطة تعسفية خارج المشروعية.

إذن، الاختلاف بين السلطة الاستئنائية والسلطة المقيدة ليس مطلقاً. فالإدارة لا تملك سلطة استئنائية مطلقة ولا سلطة مقيدة مطلقة. وكل عمل إداري يحتوي على مزيج من

(1) قرار م ش د رقم 134 تاريخ 93/11/29، ميشال وانطون عبد المسيح/بلدية ريفون، م. ق. إ، العدد الثامن 1995، ص 122.

(2) قرار م ش د رقم 72 تاريخ 96/11/14، سعيد رحال/الدولة، م. ق. إ، 1998، المجلد الأول، ص 97.

(3) شورى فرنسا 22 تموز 1938، فزار، مجموعة 713-13 تموز 1948، جمعية أصدقاء مدرسة بوليتكنيك، مجموعة 330. نقلاً عن: جان باز، "الوسيط في القانون الإداري اللبناني"، شركة الطبع والنشر اللبنانية، 1971، ص 419.

هذين النوعين من السلطة⁽¹⁾. وكما ذكرنا تظل سلطة التقدير التي تملكها الإدارة مقيدة بالقانون وبمبدأ المشروعية، وتظل خاضعة لرقابة القضاء الإداري كما سنرى لاحقاً. أما سلطتها المقيدة فهي لا تعني عدم امتلاكها بالمطلق لأي تقدير أو استنساب. فلإدارة دائماً حق اختيار التوقيت الملائم للتصرف على أن يكون ضمن مدة معقولة⁽²⁾.

وإذا كانت السلطة المقيدة أكثر ضماناً لسيادة القانون ولحماية الحقوق والحريات من انحراف السلطة أو تعسفها، فإن مبررات السلطة الاستثنائية لا تقل أهمية عن ذلك. فالإدارة بحكم اتصالها بالواقع هي التي تواجه المشاكل اليومية، ولا بد أن تملك هامشاً من الحرية والتقدير لعلها، وهي أكثر قدرة من القانون على فهم الوقائع وتقدير الحلول ومراعاة الظروف بما يناسب كل حالة. فالقانون لا يستطيع الإحاطة بكل الحالات، بل هو يضع الخطوط العريضة والضوابط العامة، ويترك للإدارة أن تتحمل مسؤولية سير المرافق العامة وأن تتصرف بما يلائم كل حالة. وفي هذا حفاظ على المصلحة العامة لتستطيع الإدارة تطوير أدائها والقيام بمهامها لتحقيق الصالح العام. "فلا شيء أسوأ من إدارة آلة، تحرم من حرية التصرف لاجئة إلى تطبيق النصوص والمبادئ دونما تفكير"⁽³⁾. وخضوع الإدارة الصارم لمبدأ المشروعية قد يؤدي بها إلى العجز عن تحقيق أهدافها العملية ومسؤولياتها. من هنا أهمية السلطة الاستثنائية المعطاة لها.

وبالرغم من أهمية هذه السلطة الاستثنائية تبقى الرقابة على هذه السلطة شديدة الأهمية لضمان التزام الإدارة بحدود القانون. فما هي مبررات هذه الرقابة؟ ما هي أسسها؟ كيف تطورت؟ وما هي حدودها ووسائلها؟

(1) 1953, p.578. Lopez Rodo, "Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration. Evolution doctrinale et jurisprudentielle », R.D.P,

(2) Voir C.E 13\7\1962 Kevers-pascalis D. 1963, 606 concl.Auby

نقلًا عن فوزت فرحات، "القانون الإداري العام"، الكتاب الأول، مكتبة الاستقلال، مكتبة الحلبي الحقوقية، 2004، ص 159.

(3) فوزت فرحات، "القانون الإداري العام"، م س، ص 155.

♦ المبحث الثاني: أسس الرقابة القضائية على السلطة الاستئنابية للإدارة

تمثل الرقابة القضائية ضماناً ضرورية لقيام دولة القانون وذلك برقابة القضاء على احترام الإدارة لمبدأ المشروعية ولحقوق وحرّيات المواطنين. ويحرص القضاء الإداري على الحفاظ على مصلحتين قد تتكاملان وقد تتعارضان وهما المصلحة العامة من جهة والمصلحة الخاصة وحقوق وحرّيات الأفراد من جهة ثانية. وقد ظهرت الرقابة القضائية كضرورة لمنع تحول سلطة الإدارة الاستئنابية إلى سلطة تعسفية.

وقد كان الفضل الأكبر للقضاء الإداري الفرنسي في إرساء هذه الرقابة وفي توسيعها وذلك بخلق تقنيات جديدة تسمح ليس فقط بمراقبة شرعية القرارات الإدارية وإنما أيضاً بالحدّ من تعسف الإدارة وتحويلها للسلطة. وقد سار الاجتهاد الإداري اللبناني على خطى القضاء الفرنسي في هذا المجال. وقد أدّى هذا المسار ليس فقط لرقابة ما تمارسه الإدارة وفقاً لسلطتها المقيدة، إنما أيضاً لمراقبة أعمال الإدارة الاستئنابية.

ففي مجال الاختصاص المقيد، يراقب القاضي خضوع الإدارة للشروط التي يقيد بها القانون سلطتها. ويكون للقضاء الإداري أن يراقب إذا كان نشاط الإدارة متفقاً مع ما فرضه القانون عليها. "فالأعمال الإدارية المقيدة تخضع لرقابة مجلس الشورى في كل ما يتعلق باحترام هذه الأعمال للقواعد والحدود القانونية التي تقيدها وغاية التشريع من إقرار الأحكام القانونية المتعلقة بها، كما تخضع لهذه الرقابة الوقائع والظروف المادية التي اتخذت مداراً لتلك الأعمال وصحتها وانطباقها على القانون"⁽¹⁾.

ولا يراقب القاضي فقط الأعمال التي تقوم بها الإدارة ضمن سلطتها المقيدة، بل يراقب أيضاً تلك التي تدخل ضمن سلطتها الاستئنابية. وكمبدأ عام، يعتبر القاضي الإداري قاضي مشروعية لا قاضي ملاءمة، فلا يبحث في عنصر الملاءمة، بل يترك للإدارة وحدها مراعاة ظروف إصدار القرار الإداري. والسلطة الاستئنابية تفترض ألا يراقب القاضي تقدير الإدارة في ذاته بل يراقب الظروف الخارجية التي أدت إلى إصداره. لكن الملاءمة قد تكون في بعض الأحوال شرطاً من شروط مشروعية القرار الإداري فلا تعارض

(1) م. ش. د، قرار رقم 417 تاريخ 1961/4/18، م، إ، السنة الخامسة، ص 126.

بين المشروعية والملاءمة. إذ "يشترط في القرار الذي اختارته الإدارة ألا يكون مشوباً بخطأ قانوني أو بخطأ واقعي أو تحوير السلطة أو خطأ فادح في التقدير"⁽¹⁾. وتصبح الرقابة على الملاءمة توسيعاً لنطاق المشروعية. فحدود السلطة التقديرية هي أوجه المشروعية المختلفة بحيث لا يجوز للإدارة أن تمارس ما لها من سلطة استثنائية إلا داخل هذه الحدود. وهكذا يتضح ألا تعارض بين مبدأ المشروعية والسلطة الاستثنائية.

كيف تطورت هذه الرقابة؟

اقتصرت رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة في البداية على رقابة المشروعية. إذ كانت تلغى القرارات الإدارية التي لم تراعى فيها قواعد الاختصاص والمعاملات الجوهرية أو كان فيها مخالفة للقانون وقوة القضية المقضية. ثم بدأ مجلس الدولة الفرنسي يضع أولى القيود على سلطة الإدارة الاستثنائية عن طريق مراقبة الانحراف بالسلطة، ثم بعد ذلك بدأ يقرّ لنفسه بسلطة فحص الوقائع، بدءاً من وجودها المادي ثم رقابة التكييف القانوني لها. والقاعدة الأساسية تقول بأن القاضي مكلف بمراقبة المشروعية وليس الملاءمة. "القاضي لا يراقب إلا قانونية القرارات الإدارية، وبالتالي هو لا يستطيع مراقبة ملاءمتها، لأنه عندما يقوم بذلك فإنه يخرج عن نطاق وظيفته ويحل محل الإدارة"⁽²⁾. فمثلاً، كان مجلس الدولة الفرنسي يرفض رقابة تناسب العقوبة التأديبية⁽³⁾.

لكنه عدل عن موقفه، وكان قرار بنجامين Benjamin الشهير⁽⁴⁾ نقطة تحول كبير في اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي. ويتعلق هذا القرار بالتحقق مما إذا كانت أعمال البوليس الإداري التي تمس حرية عامة (حرية الاجتماع) تتناسب بشكل دقيق مع خطورة المساس بالنظام العام الذي كان مهدداً⁽⁵⁾. وكان هذا نقطة الانطلاق لما يسمى برقابة التناسب. وقد

(1) د. محي الدين القيسي، "القانون الإداري العام"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 158.

(2) Guy Braibant, "Le principe de proportionnalité", Paris, L.G.D.J., 1974, p. 297.

(3) C.E., 16 juillet 1946, Bensamin Chalen Benth. Rec., 1946, p. 687.

C.E., 12 mars 1958, Aquiva, Rec., 1958, p. 156.

(4) C.E., 19 mai 1933, Benjamin, Rec., 1933, p. 541.

(5) Gilles Lebreton, "Droit Administratif général" (le contrôle de l'action administrative), Armand Colin, Paris, 1996, p. 152.

استند مجلس الدولة في هذه الرقابة إلى الخطأ الساطع في التقدير. والهدف من الرقابة القضائية وتحديداً رقابة التناسب هو تحقيق أفضل ضمانات لحماية الحقوق والحريات العامة، حتى أصبح القاضي الإداري منافساً للقاضي العدلي في هذا المجال.

فرقابة التناسب تسمح، خاصة إذا كان القرار الإداري يمسّ بحق من الحقوق، بالتأكد من شرعية الهدف من القرار، شرعية الوسيلة المعتمدة للوصول إلى الهدف، ضرورة استخدام هذه الوسيلة للوصول إلى هذا الهدف وأخيراً التناسب بين الوسيلة والهدف⁽¹⁾. فلا يكون القرار شرعياً إلا في حال تناسبه مع الوقائع. "هذا النوع من الرقابة استثنائي لأن مجلس شورى الدولة يراقب هنا، إلى جانب مادية الوقائع وصحة وصفها القانوني، استنسابها أيضاً"⁽²⁾.

وجدير بالذكر أن مفهوم الملاءمة يستخدم كمرادف للتناسب، إلا أنه رغم تقارب المصطلحين فإن الملاءمة قد تتجاوز نطاق التناسب، فيوصف القرار بأنه ملائم إذا صدر في وقت ملائم أو بطريقة وظروف ملائمة. فالملاءمة هي صفة للقرار الإداري الصادر في ظروف وأوضاع معينة. والتناسب هو واحد من أمور عديدة إذا ما روعيت، وصف القرار بأنه ملائم.

“L’opportunité consiste à rechercher ce qui convient le mieux alors que la proportionnalité est destinée à empêcher l’inadmissible»⁽³⁾.

كيف يجري القاضي رقابته ليصل إلى رقابة التناسب؟

يمكن تحليل مبدأ التناسب إلى عناصر ثلاث وهي القرار الصادر والغاية المستهدفة منه والحالة الواقعية التي يستند إليها القرار.

(1) Christina Koumpli, “Un essai sur la clarification de l’inférence : Etat de droit- principe de proportionnalité », Congres Mondial de l’Association Internationale de droit constitutionnel, constitution et principes, Mexico, 6-10 décembre 2010, p 7.

(2) يوسف سعدالله الخوري، "القانون الإداري العام"، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، 1999، ص 173.

(3) Xavier Philippe, “Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises», Economica, Paris, 1990, p 9-10.

«La proportionnalité pourrait dépendre à la fois de la décision prise, de la finalité de cette décision et de la situation de fait à laquelle s'applique la décision».⁽¹⁾

هذا التحليل يقوم به القاضي الإداري في معرض رقابته على السلطة الاستثنائية، فيراقب بداية احترام الإدارة لمبدأ المشروعية في قراراتها، أي أنها تستند إلى أسباب صحيحة وواقعية وهي مجموعة العناصر القانونية والواقعية. فالإدارة تخضع للقانون في مباشرة نشاطها، أي هي مقيدة بضرورة وجود سبب قانوني يببر القرار تحت طائلة الإبطال لعيب السبب. فأولى درجات الرقابة ترد على الوجود المادي للسبب للتأكد من وجود الوقائع التي استندت إليها الإدارة، يلي ذلك الرقابة على صحة الوصف القانوني لهذه الوقائع. وأخيراً، إذا رأى ذلك، يمكن للقضاء أن يراقب أهمية وخطورة السبب ومدى التناسب بينه وبين القرار المتخذ على أساسه. وقد كان مجلس الدولة الفرنسي حذراً قبل اعتماده هذا المسار الرقابي، فقد تردد بداية قبل أن يكرس حق القضاء الإداري في مراقبة مادية الوقائع، احتراماً لمبدأ فصل السلطات ولعدم التعدي على اختصاصات الإدارة التي من المفترض أنها تحققت من هذه الوقائع قبل اتخاذ قرارها. وتوالت الأحكام في هذا المنحى، مثل إبطال قرار إنهاء خدمة رئيس بلدية لأنه لم يحافظ على سلامة موكب جنائزي حيث تبين عدم صحة هذا الاتهام⁽²⁾، أو إبطال قرار إحالة موظف على التقاعد بناء على طلبه إذ تبين أنه على العكس من ذلك أبدى رغبته في البقاء في وظيفته⁽³⁾.

وفي لبنان أيضاً أبطل مجلس شورى الدولة قرارات إدارية لعدم صحة الوقائع المادية، مثل إبطال قرار صرف موظف من الخدمة لعدم الكفاءة المسلكية والأخلاقية، حيث لم يرد في ملف المدعي الشخصي المبرز من الإدارة أي إشارة إلى كفاءته أو عدم كفاءته المسلكية والأخلاقية⁽⁴⁾.

(1) Michel Guibal, « De la proportionnalité », A.J.D.A., 20 janvier 1978, p 477.

(2) C.E., 14 janvier 1916, Camino, Rec., 1916, p 15 ,

(3) C.E., 20 janvier 1922, Trépont, R.D.P., 1922, p 81

(4) م ش د، قرار رقم 725، تاريخ 1962/3/21، خليل حلاق/الدولة، م إ، السنة السابعة، 1963، ص 71. وبنفس الاتجاه: م ش د، قرار رقم 133، تاريخ 1962/3/1، منصور لحدود/الدولة، م إ، السنة السابعة، 1963، ص 63. وأيضاً:

ولم يكتف القاضي الإداري بالثبوت من وجود الوقائع المادية، بل تعدى ذلك إلى الوصف القانوني لهذه الوقائع، أي يجب أن تكون بطبيعتها من الوقائع التي يجوز للسلطة الإدارية الاستناد إليها قانوناً في اتخاذ قرارها. فإذا قدرت الإدارة الوقائع وأعطتها تكييفاً قانونياً غير صحيح فيعود للقاضي أن يحكم ببطلان القرار. والجدير بالذكر، "أن مسألة التحقق مما إذا كانت الوقائع المتخذ على أساسها القرار تشتمل على الخصائص التي تبرر قانوناً إصداره، لا تثار إلا إذا كانت شرعية هذا القرار تتوقف على وجود وقائع ذات طبيعة قانونية معينة"⁽¹⁾. وقد كان قرار غومل Gomel بداية أعمال القاضي الإداري رقابته على التكييف القانوني للوقائع، حيث حكم بأن ساحة "بوفو" Beauveau في باريس ليست موقعاً أثرياً بحسب النصوص المتعلقة بالتنظيم المدني، وبالتالي أبطل قرار الإدارة برفض إعطاء رخصة بناء فيها⁽²⁾. ويستمر مجلس الدولة في مراقبة صحة التكييف القانوني للوقائع كوصف الخطأ بأنه وظيفي، أو وصف المواد المنشورة بأنها إباحية. ويستخدم مجلس الدولة تارة عبارة "العيب في الأساس القانوني" أو عبارة "الخطأ في تطبيق القانون"، وفي أحكام أخرى يلغي القرار لاستناده "على سبب قانوني غير صحيح" أو "لانعدام سبب القرار القانوني".

«Il s'agit de vérifier que les faits invoqués sont bien adaptés aux conditions fixées par les règles juridiques ou encore pour reprendre la formule employée dans les arrêts, que les faits invoqués sont bien de nature à justifier la décision»⁽³⁾.

م ش د، قرار رقم 402، تاريخ 2005/4/7، علي حسين زعيتير/الدولة، م.ق.إ، العدد 19، المجلد الثاني، 2007، ص 675.

⁽¹⁾ إدوار عيد، "القضاء الإداري، دعوى الإبطال، دعوى القضاء الشامل"، الجزء الثاني، مطبعة البيان، بيروت، 1975، ص 305.

⁽²⁾ C.E., 4 avril 1914, Gomel, Rec., 1914, p 488.

⁽³⁾ Jacques Moreau, « Droit Public, Droit Administratif », tome 2, 3^e édition, Economica, Paris, 1995, p 783.

وتتدرج رقابة القاضي على التكييف القانوني للوقائع في إطار الرقابة على المشروعية⁽¹⁾، لكن جانباً من الفقه يدرجها في إطار الرقابة على الملاءمة⁽²⁾. فالحدود الفاصلة بين نطاق المشروعية ونطاق الملاءمة ليست ثابتة بل هي متحركة.

في لبنان، سار الاجتهاد اللبناني على نفس النهج، فلم يراقب فقط صحة الوقائع، بل أيضاً صحة الوصف القانوني المعطى لهذه الوقائع. وقد جاء في أحد القرارات: "لهذا المجلس في القضايا التأديبية، مراقبة صحة الوقائع التي بررت توقيع العقوبة المشكو منها، وفي حال ثبوتها إعطاء وصفها القانوني الصحيح وإحلاله محل الوصف المعطى في القرار المطعون فيه في حال الخطأ في التفسير والتطبيق"⁽³⁾.

وفي قرار آخر: "إذا كان لا يحق لمجلس شورى الدولة تقدير ملاءمة التدبير المشكو منه غير أنه على القاضي، في معرض مراقبته شرعية التدبير المشكو منه أن يتحقق من مادية الوقائع التي بررت هذا التدبير وفي حال ثبوت هذه الوقائع إعطائها الوصف القانوني لمعرفة ما إذا كانت تبرر قانوناً تطبيق العقوبات المنصوص عليها في القانون"⁽⁴⁾. وبالنسبة لعيب السبب، لم يعتمد المشرع اللبناني كسبب خاص ومستقل بذاته بل عمد إلى إدخاله في إطار السبب المتعلق بمخالفة القانون.

لكن القضاء سواء في فرنسا أو في لبنان امتنع عن رقابة التكييف القانوني في القرارات المتصلة بالأمور الفنية، فرأى "أن مسألة تقدير العلامات في الامتحانات أو المباريات يخرج

(1) راجع في هذا الصدد:

Auby, Drago, "Traité de contentieux administratif", 4eme édition, L.G.D.J., 1990, p 673-674.

(2) Maurice Hauriou, note sous (C.E, 4 avril 1914, Gomel, Rec., 1914), p 488.

(3) م ش د، قرار رقم 546 تاريخ 2007/5/29، نبهان أبو علي/الدولة، م.ق.إ، العدد 23، المجلد الثاني، 2012، ص 1220. وبنفس الاتجاه: م ش د، قرار رقم 184، تاريخ 1972/5/10، شمان محمد الجراح/الدولة، م إ، 1972-1973، ص 214. وأيضاً: م ش د، قرار رقم 106، تاريخ 2001/1/18، شفيقة شفيق الدمعة/الدولة، م.ق.إ، العدد 16، المجلد الأول، 2004، ص 222.

(4) م.ش.د، قرار رقم 679، تاريخ 2004/6/7، محمد عبد الله/الدولة، م.ق.إ، العدد 15، المجلد الثاني، 2005، ص 1246.

عن رقابة مجلس شورى الدولة ويدخل في التقدير الفني العائد للجنة الفاحصة وحدها للحكم على كفاءة المرشحين⁽¹⁾.

بالإضافة إلى مراقبة صحة وجود الوقائع وصحة التكييف القانوني لهذه الوقائع، يراقب القاضي عيب انحراف السلطة. ويتحقق هذا العيب إذا استهدف مصدر القرار تحقيق غاية أخرى غير التي هدفت السلطة لتحقيقها. ويراقب القضاء الغرض من وراء تدابير الإدارة الذي يجب أن يكون متوافقاً مع النظام العام (الأمن العام، الصحة العامة، والآداب العامة). ولا يجوز استخدام هذه التدابير للتشفي أو للانتقام، أو لتحقيق هدف مختلف عن الهدف الذي حدده لها القانون.

«la notion de détournement de pouvoir joue largement et permet au juge d'annuler toute mesure de police qui vise un autre but que l'ordre, la sécurité ou la salubrité»⁽²⁾.

لكن القاضي لم يكتفِ برقابة دنيا بل طورها ووسّع مجالها ووسائلها، حتى أضحت رقابة قصوى، أعطى لنفسه من خلالها سلطة واسعة في مراقبة الأعمال الإدارية والحدّ من تعسفها. وهذا ما سنتطرق إليه في المبحث الثالث.

♦ المبحث الثالث: رقابة دنيا ورقابة قصوى

إن الرقابة على الوقائع المادية وعلى تكييفها القانوني تظل ضمن حدود الرقابة الدنيا. لكن القضاء الإداري لم يكتفِ بهذه الرقابة بل أراد تطوير دوره ليجعل من نفسه حامياً للحقوق والحريات من تعسف الإدارة، فمارس رقابة قصوى تشمل جوانب التقدير والملاءمة في سلطة الإدارة، حين وجد أن الرقابة الدنيا لم تعد كافية لوضع حدّ لتجاوز السلطة حدودها ولتعيدها على الحقوق. فالقضاء يختص أساساً بالمشروعية، ويترك الملاءمة للإدارة. لكنه يخضع هذه الملاءمة لرقابته أيضاً حين يصبح الأمر ضرورياً لحماية مبدأ المشروعية.

⁽¹⁾ م ش د، قرار رقم 54، تاريخ 1960/2/29، أبو سمرا/الدولة، م إ، السنة الرابعة، 1960، ص 77.

⁽²⁾ André de Laubadère, Yves Gaudemet, « Traité de droit administratif », Tome 1, 16eme édition, L.G.D.J., Paris, 2002, p 731.

إذاً، طور القضاء الإداري رقابته، ولم يكتف بالرقابة العادية أو الدنيا. وفي كل مرة لمس مساساً بحق من الحقوق أو بحرية أساسية، كان يمارس رقابة قصوى، يقيد فيها سلطة الإدارة، ويعطي لنفسه حق مراقبة ملاءمة القرارات الإدارية عندما يستوجب ذلك الحفاظ على الشرعية نفسها أو على الحريات. وبدأ مجلس الدولة الفرنسي، ابتداء من عام 1968، يتخذ منحى أكثر ذاتية، ويوسع هامش تقييمه، لدرجة أن بعض الفقه رأى أنه راح يقرر محل الإدارة.

“A la limite, le juge décidera sur la légalité d’une manière presque subjective, c’est-à-dire un peu à la place de l’autorité intéressée»⁽¹⁾.

فعندما يقوم القاضي بمراجعة الإدارة بما اتخذت من قرارات ارتأت أنها الأكثر اتفاقاً مع متطلبات الصالح العام، فإنه في هذه الحالة يتصرف وكأنه رئيس أعلى للإدارة.

“... le Conseil d’Etat n’agissait pas seulement comme un juge mais aussi comme un supérieur hiérarchique de l’administration»⁽²⁾.

لقد أصبحت الرقابة أكثر عمقاً. فحين يكون القرار موضوع الرقابة قد اتخذ ضمن حدود السلطة الاستثنائية، من المفترض أن تكون الرقابة حصرية. لكنها تصبح رقابة عادية وربما قصوى حين تكون القرارات مشوبة بخطأ ساطع في التقدير⁽³⁾. فالقاضي الإداري يراقب درجة خطورة القرار وهل الوقائع المكونة للسبب متناسبة في درجة أهميتها مع درجة خطورة القرار. إن القاضي يتدخل هنا في نطاق محظور عليه أصلاً، لأن تقدير ملاءمة مضمون القرار للسبب هو مسألة تدخل ضمن نطاق السلطة التقديرية للإدارة حسب الأصل العام. لقد قضى مثلاً بإبطال قرار إداري منع قيام اجتماع عام بحجة احتمال وقوع اضطرابات خطيرة من جرائه، وعلل هذا الإبطال بأن الاضطرابات التي يخشى وقوعها ليست على درجة من الخطورة بحيث لا تتمكن، بعد الترخيص بالاجتماع، من اتخاذ التدابير

(1) Jacques Moreau, op. cit., p 782.

(2) Marcel Waline, “ Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l’administration», E.D.C.E., 1956, p 27.

(3) René Chapus, “Droit administratif général”, tome 1, 8^e édition, Montchrestien, Paris, 1994, p 1078-1081.

للمحافظة على النظام. وقد استقر مجلس الشورى اللبناني أيضاً في العديد من أحكامه على هذا النهج⁽¹⁾، بهدف الوقوف ضد تعسف الإدارة.

كذلك مارس القاضي الإداري الفرنسي رقابة التناسب على مدى انطباق القرارات الإدارية مع المعاهدات، فأكد في قرار نيكولو Nicolo على سمو المعاهدات الدولية التي أدخلت بصورة قانونية في النظام القانوني الداخلي على جميع القوانين السابقة أو اللاحقة لها. ثم اتخذ نفس المنحى في قرارات لاحقة، فاستند إلى المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان لحماية حرية التعبير، وحق الملكية وغيرها من الحقوق في عدة قرارات⁽²⁾. وبالتالي فهو لا يقتصر في رقابته على تقدير المصلحة العامة التي توخاها القرار إنما امتدت رقابته ليقدر التناسب بين الحاجة إلى القرار والمساوى التي تنتج عن مخالفته للحقوق المعترف بها على الصعيد الدولي.

لكن إذا كانت رقابة التناسب تعني مراقبة مدى تلاؤم القرارات الإدارية مع مبدأ المشروعية وتهدف لحماية الحقوق والحريات من تعسف الإدارة وذلك وفق معايير معينة، فهل هذه المعايير تبقى نفسها في ظل الظروف الاستثنائية؟

♦ المبحث الرابع: أثر نظرية الظروف الاستثنائية على نطاق الرقابة القضائية

عندما تطرأ ظروف استثنائية، تتسع سلطات الضبط الإداري لتتمكن من مواجهتها. إلا أن الأعمال التي تقوم بها الإدارة لمواجهة هذه الظروف تخضع لرقابة القاضي الإداري، حيث تمتد هذه الرقابة لتشمل جميع أعمال السلطة في الظروف الاستثنائية وبالأخص

⁽¹⁾ م.ش.د، قرار رقم 425، تاريخ 2004/2/26، جوزيف صفيير أنطوان خليل/الدولة، م.ق.إ، العدد 19، المجلد الأول، 2007، ص 24.

م.ش.د، قرار رقم 426، تاريخ 2003/4/10، همام أسعد ملحم/الدولة، م.ق.إ، العدد 19، المجلد الثاني، 2007، ص 792.

⁽²⁾ C.E., 29 décembre 1993, Syndicat des Professionnels de la Télématique Conviviale, Rec., 1994, p 374.

C.E., 3 février 1995, Godard, Rec., tables, 1995, p 657.

C.E., 28 juillet 1995, Confédération Générale du Travail, Rec., 1995, p. 312.

الأعمال التي تشكل مساً بالحريات العامة أو بالحرية الفردية أو بحق الملكية. فإذا كانت الظروف الاستثنائية تبرر الخروج على مبدأ المشروعية، فإن هذا الخروج لا يتجاهل مبدأ المشروعية لكنه يقيم نوعاً من التوازن المبرر.

وإذا كان لرقابة الملاءمة أهمية بالنسبة لقرارات الضبط الإداري، فإن أهمية هذه الرقابة تتضاعف في ظل الظروف الاستثنائية، لأن الاعتداء من قبل الإدارة على الحريات يتضاعف في مثل هذه الظروف مما يحتم أن تكون رقابة القاضي في هذه الحالات أكثر شدة وعمقاً. لكن القاضي في رقابته على الإجراءات الاستثنائية يلجأ إلى إحلال شرعية استثنائية مكان الشرعية العادية، فلا تقوم مسؤولية الإدارة كاملة إلا إذا ارتكبت الإدارة خطأ استثنائياً جسيماً يصل إلى مرتبة التعسف المتعمد المصطبب بسوء القصد.

في البداية كان مجلس الدولة، كما في الظروف العادية، يكتفي بأن تكون الوقائع التي استندت إليها الإدارة تدرج ضمن طائفة الوقائع التي تصلح سنداً لتبرير القرار دون أن يتطرق إلى بحث الوجود الفعلي للوقائع⁽¹⁾. بعد ذلك طور القاضي الإداري رقابته في هذا المجال حتى وصلت إلى حدّ الملاءمة، فمن خلال هذه الرقابة يتحقق مجلس الدولة من أن الإجراء الذي اتخذته الإدارة هو الإجراء المناسب لمتطلبات هذه الظروف. والتناسب في هذه الحالة دقيق إذ لا يمكن الحفاظ على الحريات إلا بعد استتباب النظام العام، والنظام العام لا يقل أهمية عن الحريات الأساسية. فهو مبدأ ذو قيمة دستورية. فمجلس الدولة الفرنسي يتطلب عندما تلجأ الإدارة إلى استخدام سلطاتها في الظروف الاستثنائية أن يكون هناك تناسب بين الإجراء المتخذ والحالة التي تعمل من أجل حمايتها، أي ألا تتخذ الإجراءات إلا بالقدر اللازم والضروري لمواجهة تلك الظروف⁽²⁾.

ويعتبر قرار هيريس Heyriès⁽³⁾ أول تطبيق لنظرية الظروف الاستثنائية فيما يتعلق بصلاحيات رئيس الجمهورية في ظل هذه الظروف، كونه على رأس الإدارة ومكلفاً بتنفيذ

(1) C.E., 27 février 1948, Frocrain, Rec., 1948, p 97.

(2) Yves Gaudemet, « Traité de droit administratif », 19eme édition, L.G.D.J., Paris, 2010, p 589.

(3) C.E., 28 juin 1918, Heyriès, Rec., 1918, p 651.

القوانين، وبتأمين استمرارية المرافق العامة خلال فترة الحرب، فيحق له اتخاذ التدابير الاستثنائية اللازمة لهذه الغاية.

«Considérant que, par l'art. 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le président de la République est placé à la tête de l'administration française et chargé de l'exécution des lois; qu'il lui incombe, dès lors, de veiller à ce qu'à toute époque, les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner, et à ce que les difficultés résultant de la guerre n'en paralysent pas la marche; qu'il lui appartenait, à la date du 10 septembre 1914, à laquelle est intervenu le décret dont la légalité est contestée, d'apprécier que la communication, prescrite par l'art. 65 de la loi du 22 avril 1905, à tout fonctionnaire, de son dossier préalablement à toute sanction disciplinaire était, pendant la période des hostilités, de nature à empêcher dans un grand nombre de cas l'action disciplinaire de s'exercer et à entraver le fonctionnement des diverses administrations nécessaires à la vie nationale; qu'à raison des conditions dans lesquelles s'exerçaient, en fait, à cette époque, les pouvoirs publics, il avait la mission d'édicter lui-même les mesures indispensables pour l'exécution des services publics placés sous son autorité».

ومن التطبيقات الهامة، ما حصل عام 1961، أثناء تطبيق المادة 16 من الدستور، وصدور قوانين رئاسية فيها مساس بالحريات العامة. لكن مجلس الدولة رفض البحث بمشروعية القرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية تطبيقاً للمادة 16 إذا كانت ذات طبيعة تشريعية.

وفي لبنان، مارس القضاء الإداري رقابته على القرارات الإدارية خلال الأوضاع الاستثنائية، فرأى "أن الظروف الاستثنائية تجيز للإدارة اتخاذ التدابير الكفيلة بمواجهتها وإن جاءت هذه التدابير مخالفة للقوانين المرعية كالححد من الحرية الشخصية شرط أن تكون هذه التدابير محصورة بالظرف الذي أملاها وضمن إطار مواجهته..."⁽¹⁾. ويجوز للإدارة "اتخاذ الإجراءات التي يفرضها الطابع الاستثنائي للظروف والتي قد تصل إلى حدّ المساس

(1) م.ش.د، قرار رقم 101، تاريخ 1967/1/27، جورج زخور/الدولة اللبنانية، م، إ، 1967، ص 120. وفي نفس الاتجاه: م.ش.د، قرار رقم 423، تاريخ 1958/10/21، عبد الله المشنوق/الدولة اللبنانية، م، إ، العدد الأول، السنة الثانية، 1958، ص 213.

بالحريات العامة⁽¹⁾. فرأى مثلاً أن قرار وزير الداخلية بمنع التظاهر لا يستوجب الرد استناداً إلى نظرية الظروف الاستثنائية والمحافظة على السلامة العامة⁽²⁾.

إنما من الضروري الإشارة إلى أنه، في الظروف الاستثنائية، لا يمكن اعتبار الدولة مسؤولة عن الأضرار التي تلحق بمواطنيها إلا ضمن الإمكانيات التي لديها، ولا يمكن ترتيب مسؤولية الدولة على أساس الخطأ، في هذه الظروف، إلا في حال ثبوت الخطأ الجسيم جسامة غير عادية.

بعد أن عرفنا مفهوم السلطة الاستثنائية، وعرضنا لأسس الرقابة على هذه السلطة ولتطورها من رقابة دنيا إلى رقابة قصوى، وتطرقنا إلى هذه الرقابة في ظل الظروف الاستثنائية، لا بد لنا من عرض بعض التطبيقات العملية التي كان وما زال الهدف منها حماية الحقوق والحريات من أعمال الضابطة الإدارية، كذلك في مجال السلطة التأديبية، بالإضافة لشرح التقنيات التي لجأ إليها القضاء للقيام بهذه الرقابة، ومنها تقنية الخطأ الساطع في التقدير وتقنية الموازنة.

○ الفصل الثاني: تطبيقات الرقابة على السلطة الاستثنائية حمايةً للحقوق

والحريات

عمل القضاء الإداري جاهداً لحماية الحقوق والحريات من تعسف الإدارة أو من تجاوزها لحد السلطة، وهذا ما نراه جلياً في اجتهاد القضاء الإداري في لبنان وفرنسا. وجلّ عمله في هذا المجال كان فيما يخص أعمال الضابطة الإدارية التي تشكل الخطر الأكبر على الحقوق والحريات في حال التعسف في استخدامها. فكان لهذا القضاء قرارات هامة لمراقبة أعمال الضابطة الإدارية ولحماية الحريات كحرية الاجتماع وتأليف الجمعيات، وحرية الرأي ولحماية الآداب العامة والكرامة الإنسانية. كما راقب قرارات إبعاد الأجانب بعد

(1) م.ش.د، قرار رقم 694، تاريخ 1998/6/29، عاكف حيدر وزوجته/الدولة، م.ق.إ، العدد 13، المجلد الثاني، قرارات السنة القضائية 1997، 1998، ص 109.

(2) م.ش.د، قرار رقم 608، تاريخ 2007/6/13، النائب الدكتور فارس سعيد، النائب المحامي صلاح حنين/الدولة، م.ق.إ، العدد 23، المجلد الثاني، 2012، ص 1321.

فترة طويلة من امتناعه عن التدخل في هذا المجال. لقد أوجد القضاء الإداري تقنيات تساعده في رقابته هذه، مثل تقنية الخطأ الساطع في التقدير في مجال التأديب الوظيفي وتقنية الموازنة فيما يتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة.

♦ المبحث الأول: الرقابة على أعمال الضابطة الإدارية

لقد فرض مجلس الدولة الفرنسي رقابته على القرارات الإدارية المتصلة بالحريات العامة ليحدد مدى التناسب بين شدة القرار الإداري وبين الوقائع المادية التي دفعت الإدارة إلى الحدّ من ممارسة حرية من الحريات. لذلك فقد أعمل رقابته الصارمة على أعمال الضابطة الإدارية، للتحقق من مدى التناسب بين أهمية وخطورة الوقائع التي تدعيها هذه الضابطة وبين الإجراءات التي تتخذها بناء على هذه الوقائع. وعلى سلطة الضبط الإداري أن تتقيد بمبدأ المشروعية، أي ضرورة احترام القانون في كل تصرفاتها. ولا يمكن لتدابير الضابطة الإدارية أن تؤدي إلى منع ممارسة الحريات منعاً تاماً أو إلى اتخاذها طابعاً شاملاً ومطلقاً. وقد اعتبر فريق من الفقهاء من أمثال والين Waline وفيديل Vedel ودولوبادير De Laubadère أن التناسب أو الملاءمة تعدّ شرطاً أو عنصراً من عناصر مشروعية قرارات الضبط الإداري، وأنه بجوار السلطة المقيدة بواسطة المشرع توجد سلطة مقيدة بواسطة القضاء وهي التي يكمن فيها أساس رقابته لعنصر الملاءمة⁽¹⁾.

ويراقب مجلس الدولة الفرنسي الأسباب التي دفعت سلطة الضبط الإداري إلى اتخاذ إجراءاتها، ويشترط وجود أسباب جدية تهدد بحدوث إخلال بالنظام العام ليعتبر تدخلها مشروعاً كما يشترط جدية السبب الباعث لتدخل الإدارة. لأن إجراءات الضبط وما تستوجبه من ضرورات المحافظة على النظام والأمن العام تؤدي عادة إلى فرض قيود على الحريات الفردية. لذلك على الوسائل المستخدمة من جانب الإدارة أن تكون متناسبة مع الظروف المادية التي دفعتها إلى التدخل ومتلائمة مع أسباب استعمال سلطاتها. وهذا ما حصل في قرار Abbé Olivier عام 1909، الذي رأى فيه مجلس الدولة الفرنسي أن منع

⁽¹⁾ voir André De Laubadère, Yves Gaudemet, op. cit., p 733.

المسيرات الدينية هو إجراء غير متناسب في شدته مع الظروف التي صدر على إثرها وأن إجراء أقل شدة كان يكفي لمواجهة ما كان يوجد من تهديد للأمن العام⁽¹⁾.

لكن نقطة الانطلاق الفعلية لرقابة التناسب في مجال الضبط الإداري كان قرار بنجامين Benjamin سنة 1933، وفيه طلب المدعي إلغاء قرار رئيس البلدية بمنعه من إلقاء محاضرة أدبية لأن القرار قد استند إلى أن من شأن هذه المحاضرة أن تؤدي إلى حدوث اضطرابات وتهديد النظام العام⁽²⁾. وقد ألغى مجلس الدولة القرار لأنه رأى أن الاضطرابات المحتملة لا تبلغ في خطورتها درجة التهديد للنظام العام التي تبرر اتخاذه. وفي قضية أخرى سنة 1951⁽³⁾، أبطل مجلس الدولة قرار رئيس البلدية، والذي يقضي بمنع التصوير في المدينة إلا بعد موافقة مسبقة لأن المنع يجب ألا يكون عاماً ولا مطلقاً. فالقاضي يتأكد من أن إجراء الضبط الإداري متناسب مع التهديد الجدي والحقيقي للنظام العام، ومع قيمة الحرية موضوع النزاع.

Il est nécessaire que “toute restriction de police soit strictement nécessaire et proportionnelle à la gravité du désordre ainsi qu’à la valeur de la liberté en cause»⁽⁴⁾.

- حماية حرية الاجتماع وتأليف الجمعيات:

لقد حرص مجلس الدولة الفرنسي على حماية الحقوق والحريات ومنها حماية حرية الاجتماع وتأليف الجمعيات. صحيح أنه لم يبلغ كل القرارات الإدارية التي تمس هذه الحقوق لكنه راقب ملاءمة هذه القرارات وتناسبها مع خطورة الإخلال بالنظام العام⁽⁵⁾. ففي القرارات التي حصلت خلال الحرب العالمية الثانية لم يكن مجلس الدولة يبطل قرارات الإدارة بمنع الاجتماع إذا كان هناك تهديد جدي للنظام العام.

(1) C.E., 19 février 1909, Abbé Olivier, Rec., 1909, p 186.

(2) C.E., 19 mai 1933, Benjamin, Rec., 1933, p 541.

(3) C.E., 22 juin 1951, Sieur Daudignac, Rec., 1951, p 362.

(4) Georges Vedel, “Droit Administratif”, 10eme édition, P.U.F., Paris, 1988, p 1087.

(5) C.E., 23 décembre 1936, Bucard. Rec., 1936, p 115.

C.E., 5 février 1937, Sieurs Bujadoux et autres, Rec., 1937, p 153.

C.E., 17 avril 1942, Wodel, Rec., 1942, p 122.

لكنه عاد بعد ذلك إلى المسار الذي يميل للحفاظ على هذه الحرية والذي كان قد اتبعه في قرار بينجامين Benjamin⁽¹⁾. فألغى قراراً للمحافظ يتضمن اعتداء على حرية الاجتماع⁽²⁾، وأبطل قرار منع إقامة حفلة راقصة عامة⁽³⁾، وألغى كذلك قرار المحافظ بمنع تنظيم قداس في ميدان عام⁽⁴⁾، كما أبطل قرار رئيس بلدية مدينة Annecy الذي منع عقد اجتماع يدوم لمدة خمسة أيام على التوالي لاعتقاده بأنه يخل بالأمن⁽⁵⁾، إلى غيرها من القرارات التي تحرص على الحفاظ على حرية الاجتماع. حتى في الحالات التي كان يرفض فيها طلب إلغاء القرار الصادر بمنع الاجتماع⁽⁶⁾، كان يحرص على التحقق من أن الخطر كبير يستحيل مواجهته بإجراءات بوليسية مناسبة. لقد كان مجلس الدولة حريصاً على ألا يجري المس بحرية الاجتماع إلا في الحالات التي يكون فيها الاخلال بالنظام العام قد بلغ درجة من الجسامة متناسبة مع تقييد الحريات.

أما بالنسبة لحرية الجمعيات، فقد قرّر مجلس الدولة الفرنسي، قبل إنشاء المجلس الدستوري، أنها مبدأ من المبادئ الجوهرية التي تقر بها الجمهورية الفرنسية. ويعتبر قرار Amicale des annamites de Paris أول قرار في هذا الشأن⁽⁷⁾. ويظهر مبدأ التناسب واضحاً في تعاطي الاجتهاد الفرنسي مع هذه الحرية إذ رأى أنه لا يجوز تقييد هذه الحرية إلا في حال أجاز القانون ذلك، وعندما يكون الهدف من هذا التقييد مشروعاً، وإذا كان ضرورياً ومنتاسباً مع الهدف المشروع ويضمن التوازن بين المصلحة العامة والمصالح الخاصة. وقد صدق المجلس الدستوري الفرنسي⁽⁸⁾ على المسار الذي اتبعه مجلس الدولة في حماية حرية إنشاء الجمعيات ورفعها إلى مصاف القواعد الدستورية العليا وذلك عند

(1) M. Long, P. Weil, G Braibant, P. Dévolvé, B. Genevois, « Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 19eme édition, Dalloz, 2013, p 282-283.

(2) C.E., 23 janvier 1953, section Naud, Rec., 1953, p 32.

(3) C.E., 27 juin 1997, Mme Guyot, Rec., 1997, p 267.

(4) C.E., 5 mars 1948, Jeunesse Indépendante Chrétienne Féminine, Rec., 1948, p 121.

(5) C.E., 19 aout 2002, Front National, Institut des Elus Locaux, Rec., 2002, p 311.

(6) C.E., 19 juin 1953, Houphouet-Boigny, Rec., 1953, p 298.

(7) C.E., 11 juillet 1956, Amicale des Annamites de Paris, Rec., 1956, p 317.

(8) 16juillet 1971 – 44DC. C C,

مراجعته إثر قرار "سيمون دو بوفوار" الشهير الذي اتخذته المحاكم الإدارية في باريس⁽¹⁾ وأبطلت فيه قرار رفض تسليم العلم والخبر لطالبي إنشاء الجمعية. اتبع مجلس شورى الدولة اللبناني نفس مسار القضاء الإداري الفرنسي في فرض رقابة مشددة على القرارات المتعلقة بهذه الحريات. وقرّر أن "حرية الاجتماع وتأليف الجمعيات هي من الحريات الأساسية المكفولة بالدستور اللبناني الذي وضعها ضمن دائرة القانون في المادة الثالثة عشرة منه"⁽²⁾. وأبطل عدة مراسيم بسحب العلم والخبر عندما رأى أن الأسباب التي استندت إليها هذه المراسيم للحل "لا تدخل في عداد الأسباب التي يجيز القانون الاستناد إليها لحل الجمعيات"⁽³⁾. لكنه يعتبر أن سحب العلم والخبر يكون شرعياً إذا كانت هناك أسباب تستدعي هذا الإجراء⁽⁴⁾.

- حرية الرأي قولاً وكتابة:

تبلغ رقابة القاضي أقصى مدى متى رأى أن ذلك يحقق حسن تطبيق القانون وحماية الحقوق والحريات. وقد برهن مجلس الدولة أنه يمارس في مجال حرية الرأي رقابة أكثر عمقاً وأوسع نطاقاً من تلك التي يمارسها على مشروعية القرارات الإدارية الأخرى. ووردت أحكام عديدة أرست مبدأ التناسب في مجال الضبط الإداري لهذه الحرية، وأكدت أن قرارات الحظر العامة والمطلقة تتسم بالضرورة بقريضة عدم الشرعية. ويجب الأخذ دوماً بالاعتبار ظروف الزمان والمكان عندما يتعلق الأمر بحرية الرأي والصحافة.

(1) TA Paris, 25 janvier 1971, Dame de Beauvoir et Leiris, p. 814, AJDA 1971 p. 229.

(2) م.ش.د.، قرار رقم 29، تاريخ 2004/10/14، الجمعية الخيرية للروم الكاثوليك للرجال - طرابلس/الدولة، م.ق.إ، العدد 23، المجلد الأول، 2012، ص 64.

(3) م.ش.د.، قرار رقم 51، تاريخ 1972/2/17، رينيه هنري عبود/الدولة، م. إ، 1972، ص 72.

وينفس الاتجاه: م.ش.د.، قرار رقم 135، تاريخ 1970/3/25، فؤاد الغزال ورفاقه/الدولة، م. إ، 1970، ص 17.

م.ش.د.، قرار رقم 633، تاريخ 1966/5/16، يوسف ضاهر أبو حيدر ورفاقه/الدولة، م.إ، 1966، ص 133.

(4) م.ش.د.، قرار رقم 71، تاريخ 1999/11/17، نقابة المهندسين في بيروت/الدولة، م.ق.إ، العدد 15، المجلد الأول، 2003، ص 125.

«il fallait que la décision juridique de porter atteinte à la liberté de la presse fut fondée sur une menace suffisamment grave à l'ordre public compte tenu des circonstances de temps et de lieu»⁽¹⁾.

ففي قرار صدر سنة 1951، قضى مجلس الدولة بأنه لا يتضح من ملف الدعوى أن الخطر على النظام العام من عرض جريدة وتوزيعها بسبب طبيعة الجريدة وطبيعة المقالات التي بها يبرر حظر العرض والتوزيع في كل المنطقة ودون تحديد لوقت سريانه⁽²⁾. لكن الانطلاقة الفعلية لحماية هذه الحرية في فرنسا كانت مع حكم ماسبيرو Maspero⁽³⁾. صحيح أن مجلس الدولة في هذا القرار الأخير لم يبلغ قرار وزير الداخلية بمنع مجلة موالية لكوبا، ورأى أن هذا المنع شرعي، لكن الهام أنه اعتبر أن وزير الداخلية لم يرتكب خطأ فادحاً في تقديره لما يمس بالنظام العام. وبذلك، انتقل من رقابة دنيا إلى رقابة أوسع وأعمق. لم يكن مجلس شورى الدولة اللبناني أقل حرصاً على الحريات من نظيره الفرنسي، وقد صدرت له أحكام عديدة في هذا المجال حرص فيها على ممارسة رقابة قسوى حفاظاً على حرية الرأي والتعبير⁽⁴⁾، وهو يوسع رقابته لتشمل تقدير العمل الإداري بالنسبة إلى خطورة الوقائع وفي ضوء ظروف الزمان والمكان.

- الرقابة في مجال الآداب العامة واحترام كرامة الإنسان:

في السنوات الأخيرة، بدأ مجلس الدولة الفرنسي يعتبر الآداب العامة عنصراً من عناصر النظام العام، مع الإشارة إلى أن المجلس الدستوري الفرنسي كان قد جعل في

(1) M. Long, P. Weil, G Braibant, P. Dévolvé, B. Genevois, « Les grands arrêts de la jurisprudence administrative », op. cit., p 524.

(2) C.E., 23 novembre 1951, Nouvelle d'Imprimerie et d'Edition et de Publicité, R.D.P., 1952, p 821.

(3) C.E., 2 novembre 1973, S.A. Librairie François Maspero, Rec., 1973, p 610.
C.E., 17 avril 1985, Société les Editions des Archers, Rec., 1985, p 100.

(4) م.ش.د، قرار رقم 6، تاريخ 1968/6/1، ورثة يوسف حاتم/الدولة، م.إ، 1968، ص 93.
أيضاً: م.ش.د، قرار رقم 122، تاريخ 2013/11/7، شركة رياض الرئيس للكتب والنشر/الدولة، مجلة العدل، 2014، ص 656.

م.ش.د، قرار رقم 438، تاريخ 2001/4/19، شركة المؤسسة اللبنانية للإرسال انترناشيونال/الدولة، م.ق.إ، العدد 16، المجلد الثاني، 2006، ص 619.

حكمه الصادر في 27 تموز 1994 من المحافظة على كرامة الإنسان ضد أي نوع من أنواع المهانة والعبودية مبدأ ذا قيمة دستورية⁽¹⁾.

وقد قضى مجلس الدولة عام 1924 بصوابية القرار الذي اتخذته عمدة المدينة والقاضي بمنع حفلات الملاكمة بسبب ما تتسم به من طابع العنف، الأمر الذي يمس الشعور العام، كما قضى عام 1937 بقانونية القرار الذي اتخذته الشرطة الإدارية بمنع المطبوعات المخلة بالآداب العامة⁽²⁾.

ورأى أيضاً أن تقاذف إنسان مصاب بعاهة جسدية أي القزم هو مهين لكرامة الإنسانية جمعاء بصرف النظر عن قبول القزم بهذا الأمر، لذا فإن حظر هذه اللعبة هو شرعي رغم غياب ظروف محلية خاصة⁽³⁾. فمبدأ احترام كرامة الإنسان البشري يجب أن ينظر إليه بما هو أحد مكونات الانتظام العام.

وقد اعتُبر مجال السينما والمسرح مجالاً واسعاً لتطبيق مفهوم كرامة الإنسان. والقاضي الإداري يمارس رقابة واسعة على التدابير الإدارية في هذا المجال تصل إلى حد تقدير الظروف الواقعية وبالأخص درجة عدم أخلاقية الفيلم والذهنية المحلية للشعب واحتمال حدوث اضطرابات للأمن⁽⁴⁾. والتحول الفعلي في هذا المجال كان مع قضية أفلام لوتيسيا Lutétia عام 1959⁽⁵⁾ التي اعتبر فيها قرار بلدية مدينة نيس منع عرض أفلام سينمائية تتسم بالخروج على القيم الأخلاقية صائباً رغم حصول الشركة المنتجة على الإذن الوزاري. وقد أسس هذا القرار لإمكانية مخالفة السلطات المحلية لقرار السلطة المركزية الممثلة بالوزير إذا كانت الظروف المحلية تبرر اتخاذ إجراء أكثر تقييداً من الإجراء المتخذ على الصعيد الوطني. فصلاحيات الوزير لا تمنع السلطات المحلية من اتخاذ الإجراءات المناسبة، لذلك على كل بلدية أن تأخذ بعين الاعتبار إذا كان عرض فيلم أو مسرحية معينة من شأنه

(1) CC. 94-343\344 DC du 27 juillet 1994.

(2) عبد العليم عبد المجيد مشرف علام، "دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام وأثره على الحريات العامة"، رسالة دكتوراه، جامعة بني سويف، 1998، ص 92.

(3) C.E., 27 octobre 1995, Commune de Morsang-Sur-Orge, Ville d'Aix-en-Provence, R.D.P., 1-3, 1996.

(4) C.E., 14 mai 1954, Sieur De Pischof, Rec., 1954, p. 269, R.D.P., 1954, p 1105.

(5) C.E., 18 décembre 1959, Société les films Lutétia, Rec., 1959, p 693.

أن يحمل الشعور الجماعي أموراً سلبية بسبب مشاهدة صور تمس كرامة الإنسان. وبهذا يكون المجلس قد اشترط التناسب بين شدة إجراءات الضابطة الإدارية ومدى إخلال القرار بالاحترام الواجب للحرية العامة وبين مقدار الخطر الذي يهدد النظام العام.

«Pour échapper au rôle de gardien de la morale en soi, le Conseil d'Etat a donc décidé que l'immoralité d'un film devait pour justifier l'interdiction être assortie de certaines circonstances locales dont le juge se réservait d'ailleurs le contrôle»⁽¹⁾.

استمر مجلس الدولة الفرنسي في هذا الاتجاه. فسلطات الضبط المحلية لها الحق في منع أو حظر العروض المسرحية التي تشكل اعتداء على كرامة الإنسان. وقضى أن نشر صورة إنسان مقتول يمكن أن تشكل مساساً بالكرامة الإنسانية، وأن مشاهد التعذيب والإباحية السادية والعنف الجسدي والنفسي يعطي صورة مشوهة عن العلاقات بين الرجل والمرأة ويؤثر بشكل سلبي على شعور القاصرين ويؤسس لمشاكل نفسية واجتماعية لديهم⁽²⁾.

مجلس شورى الدولة اللبناني رفض أيضاً إلغاء قرارات الأمن العام اللبناني بمنع بعض الأفلام السينمائية أو بالاعتناع منها، إذا كان فيها مخالفة للقوانين أو مسّ بالنظام العام. ورأى أن الرقابة على الأفلام تدخل ضمن السلطة الاستثنائية للإدارة وأن رقابته تنحصر في التأكد من عدم وجود خطأ ساطع في التقدير⁽³⁾.

- الرقابة في مجال قرارات إبعاد الأجانب:

بقيت هذه القرارات لمدة طويلة خارج الرقابة القضائية لارتباطها بالسلطة الاستثنائية للإدارة. ثم بدأ القضاء يمارس عليها رقابة دنيا تقتصر على الشكل، وامتدت بعد ذلك لتصبح رقابة على الوجود المادي للوقائع والتكييف القانوني لها. لكن في بداية الستينات، بدأ القاضي الإداري يوسع رقابته على قرارات الطرد. وقد بسط هذه الرقابة على مدى صحة

(1) M. Long, P. Weil, G Braibant, P. Dévolvé, B. Genevois, «Les grands arrêts de la jurisprudence administrative», op. cit., p 518.

(2) C.E., 6 octobre 2008, Société Cinéditons. A.J.D.A., 2009, p 544.

(3) م. ش. د، قرار رقم 576، تاريخ 2013/5/23، شركة ارجوان للإنتاج ش.م.م. ودانيال عريبيد / الدولة - مجلس الوزراء.

السبب الذي يستند إليه القرار من الناحية القانونية والمادية، ملغياً قرار الإدارة في حال عدم التناسب بين الوقائع التي يستند إليها وبين النتائج المترتبة عليها والتي تتمثل في مدى التهديد للأمن والنظام العام⁽¹⁾، كما أنه استخدم تقنية الخطأ الساطع في التقدير:

«Le ministre a commis une erreur manifeste d'appréciation et l'arrêté attaqué est entaché d'excès de pouvoir»⁽²⁾.

وهكذا، قضى مجلس الدولة الفرنسي أن ميول الشخص الأجنبي السياسية لا تبرر قرار الطرد إلا إذا كان وجوده يؤثر على النظام العام⁽³⁾، وأن ضرورات الأمن العام والآداب العامة تبرر رفض تسليم بطاقة إقامة دائمة⁽⁴⁾، وأن الدخول إلى فرنسا بأوراق مزورة لا يشكل بحد ذاته تهديداً للنظام العام⁽⁵⁾. وامتدت رقابة القاضي الإداري ليطبق مبدأ التناسب في حال المساس بالحياة العائلية، وأقام "نوعاً من الموازنة بين الوجود المحتمل لتهديد النظام العام، والمساس بالحق في حياة عائلية طبيعية"⁽⁶⁾.

يتضح لنا من خلال الأمثلة السابقة أن القاضي الإداري مارس رقابة التناسب تدريجياً في مجال إبعاد الأجانب، وعندما يجد تعارضاً بين مبادئ العدالة ووقائع قرار الإبعاد يرجح مبادئ العدالة على سائر المعطيات التي تبديها جهة الإدارة لتبرر قرارها بالإبعاد.

في لبنان رأى مجلس الشورى أن الإدارة في ممارستها الحق بترحيل الأجنبي إنما تقوم بعمل استثنائي يعود إليها تقدير أسبابه ولا يخضع لرقابة القضاء الإداري. إنما راقب مجلس شورى الدولة الوجود المادي للوقائع والتكييف القانوني حيث اعتبر أنه "إذا تمّ الإبعاد دون أن تذكر الإدارة سبباً لذلك فإن ذلك لا يخضع لرقابة القضاء. أما إذا ادّعت أن الطرد أو الإبعاد قد تمّ بسبب اشتراك الأجنبي بالمظاهرات ضد الحكومة فإنه يمكن للقضاء

(1) C.E., 25 juillet 1980, Touani Ben Abdeslem, Rec., 1980, p 820.

C.E., 18 janvier 1991, Beljoudi, Rec., 1991, p 19.

C.E., 14 octobre 1992, Halladja, Rec., 1992, p 974.

(2) C.E., 3 février 1975, Sieur Pardov, Rec., 1975, p 8.

(3) C.E., 13 mai 1977, Perregaux, Rec., 1977, p 216.

(4) C.E., 22 juillet 1977, Mutteis Hager, Rec., 1977, p 366.

(5) C.E., 8 decembre 1978, Benouart, Rec., 1978, p 502.

(6) C.E., 10 avril 1992, Minin, Rec., 1992, p 157.

الإداري إجراء رقابته من ناحية صحة الوجود المادي للوقائع المادية ومن ناحية صحة التكييف القانوني لهذه الوقائع⁽¹⁾.

من الأمثلة السابقة نستنتج أن القضاء الإداري لم يتهاون في حفظ الحقوق والحريات وفي إبطال القرارات الإدارية حين يرى أن هناك عدم تناسب بين المس بهذه الحريات وبين الخطر القائم على النظام العام بسببها. وبهذا برهن أنه حارس لهذه الحقوق وفي نفس الوقت حريص على النظام العام بكافة عناصره. لكن التقنيات التي يملكها هذا القضاء لم تكن دائماً كافية ليتمكن من ممارسة دوره. لذلك كان لا بدّ له من ابتكار تقنيات تساعده للقيام بدوره بصورة أفعال ومنها تقنية الخطأ الساطع.

♦ المبحث الثاني: تقنية الخطأ الساطع في التقدير في مجال التأديب الوظيفي

لم يكن القضاء الإداري سواء في فرنسا أو لبنان يراقب التناسب في العقوبات التأديبية بل كان يعتبرها سلطة مطلقة للإدارة. لكنه عاد وعدل عن موقفه واتجه نحو بسط رقابة تناسب في هذا المجال، ونقل رقابته من رقابة مشروعية إلى رقابة ملاءمة المحظورة عليه أصلاً مستخدماً تقنية الخطأ الظاهر في التقدير. وهو يهدف من استخدام هذه التقنية إلى الحدّ من السلطة الاستثنائية للإدارة، حفظاً لحقوق الأفراد.

“Le but de cette création jurisprudentielle a été de renforcer le contrôle du juge sur l’action administrative, car il fallait bien trouver un moyen pour s’approcher de l’appréciation des faits qui sont à la base d’un acte administratif, dans les cas où cette appréciation est couverte par le pouvoir discrétionnaire de l’administration»⁽²⁾.

من هنا، أصبح تقدير الإدارة خاضعاً لرقابة القاضي الإداري إذا قام على وقائع مادية غير موجودة أو شابه غلط في القانون أو انحراف في استخدام السلطة أو بني على خطأ ساطع في التقدير. أما عن تعريف الخطأ الساطع في التقدير، فهو بحسب الأستاذين

⁽¹⁾ محي الدين القيسي، "القانون الإداري العام"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 172.

⁽²⁾ Demosthene Tsevas, "Le contrôle de la légalité des actes administratifs individuels par le juge judiciaire », L.G.D.J., Paris, 1995, p 195.

Vedel و Delvolvé "ذلك الخطأ الصارخ، الجلي والفاحش الذي يمكن ملاحظته بمجرد النظر إليه، ومن أول وهلة حتى بالنسبة لغير المتخصصين من رجال القانون".
"L'erreur doit être manifeste, évidente, grave, grossière, apparente, éclatante au point qu'elle soit visible même pour le non juriste»⁽¹⁾.

وهو في تعريف آخر:

«C'est une erreur grossière, flagrante, repérable par le simple bon sens, et qui entraîne une solution choquante dans l'appréciation des faits par l'autorité administrative»⁽²⁾.

فالخطأ الساطع في التقدير هو وقوع الإدارة في خطأ واضح أثناء تكييفها وتقديرها للوقائع، هو الذي لا يثير أدنى شك في وجوده، إذ يفسر الشك لصالح الإدارة. ويتمثل في عدم التناسب الواضح بين الخطأ وبين الجزاء الذي أوقعته السلطة التأديبية. ولا شك أن سقوط الإدارة في خطأ واضح في تقدير التناسب يحول بالضرورة دون تحقيق المصلحة العامة التي يجب أن تهدفها القرارات الإدارية بالضرورة. والمعيار الذي يؤخذ به لقياس الخطأ التأديبي ليس معياراً شخصياً أو ذاتياً يتركز على سلوك الشخص مرتكب الخطأ وإنما معياره موضوعي مجرد يقوم على أساس سلوك الشخص العادي.
بدأ مجلس الدولة الفرنسي في استخدام تقنية الخطأ الساطع في التقدير في قضية Denizet⁽³⁾، لكن القضية المفصلية في هذا المجال كانت في حكم Lagrange⁽⁴⁾. في القضية الأخيرة، راقب مجلس الدولة الخطأ الظاهر في التقدير القانوني للوقائع دون التطرق إلى مجال التأديب. كذلك في قضية Commune de Montfermeil⁽⁵⁾. حينها كان يرفض تقدير خطورة الجزاء المتخذ بالنسبة للمخالفات المرتكبة.

⁽¹⁾ Georges Vedel, Pierre Délvolvé, « Droit administratif », 10eme édition, P.U.F, Paris, 1988, p 800.

(2) V. Van Lang, G. Gondouin, V. Inserguet-Brisset, *Dictionnaire de droit administratif*, 5^e éd., Sirey, coll. « Dictionnaires », 2008.

⁽³⁾ C.E., 13 novembre 1953, Denizet, Rec., 1953, p 489.

⁽⁴⁾ C.E., 15 février 1961, Lagrange, Rec., 1961, p 121.

⁽⁵⁾ C.E., 9 mai 1962, Commune de Montfermeil, Rec., 1962, p 304.

«Il n'appartient pas au juge d'apprécier la gravité de la sanction retenue eu égard aux fautes commises»⁽¹⁾.

لكن رقابته امتدّت إلى مجال التأديب في قضية Lebon⁽²⁾. واعتبر أنه في حال كانت العقوبة شديدة بالنسبة إلى الخطأ الذي ارتكبه الموظف، نكون أمام خطأ ساطع في التقدير. فيكون مجلس الدولة قد أدخل في هذه القضية تقنية الخطأ الساطع في التقدير فيما يتعلق بالعقوبات التأديبية. بالمقابل لم يعر أي اهتمام للخطأ البسيط المسموح به ضمن سلطة الإدارة الاستثنائية. فالرقابة لا تتال من السلطة الاستثنائية، بل تبقى على درجة معينة من حرية التقدير للإدارة في اختيار توقيع العقوبة التأديبية تبعاً للخطأ المرتكب، حيث لا يخضع هذا التقدير لرقابة القاضي إلا في حال كانت العقوبة غير متناسبة بشكل ظاهر مع الخطأ. وهذا ما يؤمن قدرأ أعلى من العدالة تجاه الموظفين. وتبع قرار لوبون Lebon العديد من القرارات⁽³⁾ التي ظهرت فيها سياسة المجلس بتوسيع نطاق رقابته لا سيما حين يتصل الأمر بإعمال السلطة التقديرية للإدارة.

إذاً شكل قرار لوبون Lebon الحد الفاصل بين مرحلتين وبدأ بعده مجلس الدولة الفرنسي يراقب تناسب العقوبة مع الخطأ المرتكب مستخدماً الخطأ الساطع في التقدير⁽⁴⁾، ليعزز دوره الذي يشكل ضماناً إضافية للأشخاص الذين تفرض عليهم العقوبات التأديبية. أما في لبنان فإن ممارسة القضاء الإداري لهذه الرقابة كانت خجولة مع الإقرار بجرأة القاضي الإداري في بعض القرارات رغبة منه بالسير على خطى القضاء الفرنسي. لقد أعطى قانون تنظيم مجلس شورى الدولة للمجلس صلاحية النظر في النزاعات المتعلقة بتأديب الموظفين، لكن دون النظر في مدى ملاءمتها. فقد نصت المادة 113: "لا يحق

(1) C.E., 10 février 1978, Dutrieux, Rec., 1978, p 67.

(2) C.E., 9 juin 1978, Lebon, R.D.P, 1979, p 332.

(3) C.E., 26 juillet 1978, Vinolay, Rec., 1978, p 573.

C.E., 7 novembre 1979, Mme Boury Nauron, R.D.P., 1980, p 1449.

(4) C.E., 26 juillet 1978, Sieur Cheval, A.J.D.A., 1978, p 576.

C.E., 24 janvier 1979, Mme Hubschman, R.D.P., '979, p 1504.

C.E., 4 mai 1983, Skorski, Rec., 1983, p 174.

C.E., 9 mai 1990, M. Kiener, Rec., 1990, p 846.

C.E., 21 juillet 1995, Mangot, R.D.P., 1995, p 874.

C.E., 1^{er} février 2006, Touzard, Rec., 2006, p 39.

C.E., 16 février 2009, Atom, A.J.D.A., 2009, p 583.

لمجلس شورى الدولة في القضايا التأديبية أن ينظر في ملاءمة العقوبة المقررة". وهذا ما حمله في البداية على رفض مراقبة ملاءمة العقوبة. فجاء في أحد القرارات: "إن السلطة التنسيبية في صرف الموظفين المقررة للحكومة لا تخضع لمراقبة القضاء الإداري إلا من حيث صحة الأسباب والوقائع المادية التي تستند إليها التدابير المتخذة"⁽¹⁾. وجاء في قرار آخر: " للإدارة أن تختار من تشاء من بين الناجحين في امتحان القضاة بدون أن تتقيد بمرتبهم، وحيث أن الإدارة باختيارها هذا تمارس سلطة استنسابية لا تقع تحت رقابة القضاء"⁽²⁾.

لكن مجلس الشورى أبدى شجاعة كبيرة وأفلت من قبضة المادة 113 المذكورة أعلاه وسمح لنفسه بهذه الرقابة في بعض الحالات: "... إن قناعة مجلس التأديب وملاءمة العقوبة تخضعان لمراقبة القضاء الإداري"⁽³⁾. وفي قرار مفصلي صدر بعد سنة على قرار لوبون Lebon كرس التناسب بشكل واضح: "بمقتضى المادة 104 من المرسوم الاشتراعي 1959/119 والمادة 113 من النظام الحالي لمجلس شورى الدولة، لا يحق لمجلس الشورى في القضايا التأديبية أن ينظر في ملاءمة العقوبة التأديبية... غير أن ذلك لا يحول من منع مجلس الشورى من مراقبة تقدير ملاءمة العقوبة في حال الخطأ الساطع... دون أن تؤدي مراقبة القاضي إلى فرض تناسب دقيق بين العقوبة المنزلة والغلطة المرتكبة"⁽⁴⁾. يتضح في هذا القرار أن رقابة مجلس شورى الدولة قد اقتضت على حالة الخطأ الساطع في التقدير ومنع نفسه من هذه الرقابة في حالة الأخطاء البسيطة المتروكة

(1) م.ش.د، قرار رقم 53، تاريخ 1960/2/25، حليم بارتلي/الدولة اللبنانية، م، إ، السنة الرابعة، 1960، ص 99.

(2) م.ش.د، قرار رقم 1269، تاريخ 1962/1/14، سيمون عيد/الدولة، م، إ، السنة السابعة، 1963، ص 111.

(3) م.ش.د، قرار رقم 1092، تاريخ 1965/1/22، عز الدين عبد الجليل حمدان/الدولة، م، إ، السنة التاسعة، 1965، ص 44.

(4) م.ش.د، قرار رقم 288، تاريخ 1979/10/15، حداد/الدولة، نقلاً عن: يوسف سعد الله الخوري، "مجموعة القانون الإداري: الوظيفة العامة في التشريع والاجتهاد"، الجزء السادس، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، 2004، ص 275.

ضمن هامش السلطة الاستثنائية للإدارة، فلا يمارس في هذه الحالة سوى رقابة حصرية⁽¹⁾. فمثلاً منع القاضي الإداري نفسه من رقابة التقدير الذي تجرّيه الإدارة فيما يتعلق بكفاءة موظفيها إذ إن القرارات التي تتخذها الإدارة في هذا الشأن تدخل في إطار الملاءمة والتقدير الذي يعود للإدارة⁽²⁾.

ومن المجالات التي برهن فيها مجلس شورى الدولة اتجاهه لإعلاء مبدأ الشرعية في مواجهة القرارات التحكيمية للإدارة، وفي مواجهة القانون نفسه متى كان يفسح في المجال للإدارة في التعدي على الحقوق، هو في قرارات الوضع بالتصرف. في هذه القرارات⁽³⁾، أبطل المجلس قرارات الوضع بالتصرف لأنه رأى فيها وسيلة للانتقام والتشفي وإخفاء لعقوبة مبطنة، لم يراع فيها حق الدفاع. لكن الاجتهاد الأجرأ في هذا المجال هو قرار الياس غصن⁽⁴⁾ الذي شكل جسراً بين القضاء الإداري والقضاء الدستوري. فاعتبر مجلس شورى الدولة في هذا القرار أن أحكام المجلس الدستوري ملزمة لكل السلطات، وأن إلغاءه لقانون ما لا يشمل القانون المعني فقط، بل ينسحب على كل نص مماثل أو قاعدة قانونية مشابهة للقاعدة التي يبطلها، سواء كانت متزامنة مع قرار المجلس أو سابقة له، لأنها تكون قد خرجت من الانتظام القانوني بصورة نهائية، ولا يستطيع القاضي تطبيق نص مخالف للقاعدة التي أقرها المجلس الدستوري. وهكذا، رفض مجلس الشورى تطبيق المادة 13 من القانون 65/54 التي كانت سارية وقت صدور قرار الهيئة العليا للتأديب موضوع الطعن.

(1) م.ش.د، قرار رقم 355، تاريخ 1996/2/7، جبور ادوار نوفل/الدولة، م.ق.إ، العدد 11، المجلد الثاني، 1997، ص 456.

(2) م.ش.د، قرار رقم 538، تاريخ 2005/4/21، عامر حسن منصور/الدولة، م.ق.إ، العدد 19، المجلد الثاني، 2007، ص 100.

(3) م.ش.د، قرار رقم 6، تاريخ 1991/10/16، هنزي لحدود/الدولة، م.ق.إ، العدد السادس، 1992-1993، ص 146. م.ش.د، قرار رقم 36، تاريخ 1996/10/17، الشويري/الدولة، م.ق.إ، العدد 12، المجلد الأول، 1998، ص 60. م.ش.د، قرار رقم 479، تاريخ 2002/5/7، محمد حسين عبيد/الدولة اللبنانية، م.ق.إ، العدد 17، المجلد الثاني، 2005، ص 739. وغيرها العديد من القرارات.

(4) م.ش.د، قرار رقم 71، تاريخ 2001/10/25، الدولة/السفير الياس غصن، م.ق.إ، العدد 17، المجلد الأول، 2005، ص 32.

فالمادة 13 المذكورة كانت تنص على أن قرارات الهيئة العليا للتأديب لا تقبل أي طريق من طرق المراجعة بما في ذلك طلب الإبطال لتجاوز حد السلطة. بالمقابل استند إلى المادة 64 من نظام مجلس شورى الدولة المعدلة بموجب القانون رقم 227 تاريخ 2000/5/31، التي تنص على ما يلي: "خلافاً لأي نص آخر ينظر مجلس شورى الدولة في النزاعات المتعلقة بتأديب الموظفين". فقرار الهيئة العليا للتأديب موضوع المراجعة صدر بتاريخ 1999/12/2، أي قبل تعديل المادة 64 المذكورة والتي ليس لها أي مفعول رجعي، وبالتالي فالمفروض أنه صدر في وقت كانت المادة 13 من القانون 65/54 مطبقة أي وقت كانت قرارات الهيئة غير قابلة لأي طريق من طرق المراجعة. لكن مجلس الشورى رأى أن المادة 13 قد خرجت نهائياً من الانتظام القانوني استناداً لقرار المجلس الدستوري رقم 2005/5 تاريخ 2000/6/27 الذي أبطل الفقرة الثانية من المادة 64 الجديدة من القانون رقم 227 الصادر بتاريخ 2000/5/31، والتي كانت تنص على أنه "لا تخضع القرارات التأديبية الصادرة عن مجلس القضاء الأعلى للمراجعة بما في ذلك مراجعة النقض". وقد اعتبر المجلس الدستوري "حق مراجعة القضاء من الحقوق الدستورية الأساسية، وهو مبدأ عام يتمتع بالقيمة الدستورية". وقضى بأن مراجعة النقض تتعلق بالانتظام العام وليست بحاجة لنص تشريعي لتكريسها. وهكذا، كل قاعدة قانونية مشابهة للفقرة الثانية من المادة 64 التي ألغاه المجلس الدستوري، تكون قد أصبحت خارج الانتظام القانوني ومنها المادة 13. لذلك لا يعود بالإمكان سوى تطبيق الفقرة الأولى من المادة 64.

لقد برهن مجلس شورى الدولة من خلال هذه القرارات أنه بحق حام للحقوق والحريات وأنه يسعى دائماً للحد من تعسف الإدارة. مع الإشارة إلى "أن الخطأ الساطع في التقدير لا يتحقق فقط عندما يكون هناك إفراط في الشدة بل أيضاً، عندما يكون هناك إفراط في الشفقة. فالتناسب بين العقوبة التأديبية المفروضة على الموظف يجب أن يكون مؤمناً في

الحالتين. فكما أن الغلو أو الإفراط في الشدة مدان قضائياً فالإفراط في الشفقة مدان قضائياً هو أيضاً وبالقدر والقوة ذاتهما⁽¹⁾.

لم يكتف القضاء الإداري بتقنية الخطأ الساطع في التقدير ليطال قرارات كانت خارج رقابته قبلها، بل امتدت رقابته لحماية حق الملكية في قرارات الاستملاك للمصلحة العامة عن طريق تقنية الموازنة.

♦ المبحث الثالث: تقنية الموازنة بين التكاليف والمزايا

بعد أن ازداد تدخل الدولة في المسائل الاقتصادية، ابتدع القضاء الإداري تقنية الموازنة ليبسط من خلالها رقابته القضائية على قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة. والهدف دائماً هو حماية حقوق الأفراد وممتلكاتهم. إذ يعدّ حق الملكية من أبرز وأهم الحقوق الدستورية والقانونية.

ولم يعد تقدير المنفعة العامة محدداً بل لا بدّ من الأخذ بعين الاعتبار الظروف المحيطة بها، وما يحققه المشروع من مزايا اقتصادية واجتماعية وما يستلزمه من أضرار وتكاليف. فيقوم القاضي، في إطار عيب الانحراف في استعمال السلطة، بالمقارنة بين المنافع المتأتية من التدبير الإداري، والمضار الناجمة عنه، فلا يكون هذا التدبير شرعياً "إلا إذا رجحت ايجابياته على سلبياته، أي إذا كان رصيده bilan إيجابياً"⁽²⁾. وبالتالي يجري القاضي الموازنة بين التكلفة والمزايا، بين الأضرار التي ينزلها القرار بالملكية الخاصة أو المصلحة الخاصة من ناحية، والفائدة التي تتحقق للمصلحة العامة من ناحية أخرى. و"حين يقرر القاضي الإداري المقارنة بين قيام المنفعة العامة وعدم المنفعة في نطاق نزع

(1) يوسف سعد الله الخوري، "مجموعة القانون الإداري، الوظيفة العامة في التشريع والاجتهاد"، الجزء السادس، الكتاب الثاني، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، 1999، ص 279.

(2) يوسف سعد الله الخوري، "القانون الإداري العام، مسؤولية السلطة العامة"، الجزء الثاني، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، 1999، ص 176.

الملكية، فهذا ينطوي على كثير من عناصر التقدير الشخصي مما يجعله في الواقع يمارس رقابة الملاءمة⁽¹⁾. ويكون القرار غير مشروع إذا فاقت أضراره وأعباؤه مزاياه ومنافعه.

إن فكرة المنفعة العامة هي فكرة مرنة غير محددة، مما يتيح للإدارة في بعض الأحيان استخدامها لصالح مصالح خاصة مغلفة بتحقيق منفعة عامة. من هنا فإن واجب القاضي الحد من احتمالات تعسف الإدارة في هذه المجالات وخاصة ما يتعلق بالأموال والعقارات. ويطرح القاضي في هذه الحالة الأسئلة التالية: هل مشروع الاستملاك مبرر بمصلحة عامة حقيقية؟ هل الاستملاك ضروري، بمعنى آخر هل تملك الإدارة عقاراً يحقق نفس المنفعة ويغنيها عن الاستملاك؟ هل المنافع المتأتية من المشروع تفوق أضراره وتكاليفه؟ إن الإجابة عن هذه الأسئلة هي التي تحدد مشروعية الاستملاك.

لقد شهد مفهوم المنفعة العامة وتفسيرها تطوراً كبيراً. ففي البداية، كان مجلس الدولة الفرنسي يتحقق فقط من وجود المنفعة العامة، معتبراً أن تقدير هذه المنفعة يدخل في مجال السلطة الاستثنائية للإدارة وحدها. فعلى سبيل المثال، تملك الإدارة مطلق الحرية في تقرير أن المنفعة العامة تبرر نزع ملكية عقار مملوك لفرد من الأفراد، ولا يمكن للقضاء أن يحاسبها على أساس أنه كان من الممكن أن تختار عقاراً آخر أصلح لتحقيق المنفعة العامة التي لجأت إلى نزع الملكية بسببها. فللإدارة تقدير المساحة اللازمة، والتخطيط المناسب، ويرفض مجلس الدولة بحث التخطيط الذي أخذت به الإدارة⁽²⁾.

وفي قضية أخرى، تحقق مجلس الدولة من أن إنشاء مطار بالقرية يحقق المنفعة العامة، لكنه رفض رقابة مدى تناسب المشروع مع إمكانيات القرية وحاجة السكان باعتبار أن هذه الأمور تدخل في نطاق تقدير الملاءمة التي تخرج عن اختصاص القضاء⁽³⁾.

لكن مجلس الدولة الفرنسي بدل موقفه وأصبح يراقب ملاءمة المنفعة العامة ودخلت رقابة التناسب لتقييم التوازن بين الفوائد والمضار. لذلك فقد قضى بإلغاء مشروع بإنشاء

(1) Jean Waline, "Le rôle du juge administratif dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation", tome 2, L.G.D.J, 1974, p 824.

(2) C.E., 30 juin 1961, Groupement de Défense des Riverains de la Route de l'Intérieur », Rec., 1961, p 452.

(3) C.E., 13 mai 1964, Malby et Bédouet, A.J.D.A., 1965, p 35.

مطار في إحدى القرى عندما وجد أن التكاليف المالية اللازمة لهذا المشروع لا تتناسب البتة مع المصادر المالية لتلك القرية⁽¹⁾. كما أبطل قرار إعلان المنفعة العامة الخاصة بإنشاء خط كهربائي بسبب الأضرار الواقعة على البيئة والتي تفوق بكثير المنفعة المحققة من المشروع⁽²⁾. وقضى أنه إذا كانت النفقات مبالغاً فيها، حينها يفقد المشروع، مهما كان موضوعه وغاياته، صفة المنفعة العامة⁽³⁾. في هذا القرار الأخير انتقل مجلس الدولة من المفهوم المجرد إلى المفهوم الواقعي والاقتصادي للمنفعة العامة، لكنه قرر أنه في ظروف القضية، ونظراً لأهمية مجمل المشروع، فإن أمر هدم حوالي مئة منزل ليس من شأنه أن ينزع صفة المنفعة العامة عن العملية.

وإذا كان قرار نزع الملكية لا يمكن تحقيقه إلا في سبيل المصلحة العامة، فلا شيء يمنع أن تتحقق منفعة خاصة إذا كانت تؤدي لمنفعة عامة. فقد وافق مجلس الدولة على قرار اتخذته الإدارة بناء على طلب شركة بيجو (Peugeot) للسيارات بنزع الملكية من أجل تعديل مسار طريق كان يمر بين المصانع التابعة للشركة⁽⁴⁾. هنا تداخلت المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة فتكاملا وتعاونوا بدلاً من المواجهة والتعارض التقليدي الذي كان قائماً بينهما.

لقد رأى مجلس الدولة في قرار Ville Nouvelle Est أن أي مشروع بنزع الملكية للمنفعة العامة لا يعدّ مشروعاً إلا إذا كانت الأضرار التي يلحقها بالملكية الخاصة، أو تكلفته المادية، أو آثاره الاقتصادية والاجتماعية أو الأضرار التي يلحقها بمنفعة عامة أخرى ليست باهظة بالنسبة للمنفعة العامة التي يحققها⁽⁵⁾. والهدف من وراء ذلك حث الإدارة على ترشيد وعقلنة أعمالها الإدارية بصفة عامة والاستتبابية منها بصفة خاصة. من جهته، اعتمد مجلس شورى الدولة اللبناني نفس المقاييس التي اتبعها مجلس الدولة الفرنسي في مجال الاستملاك للمنفعة العامة، فاتبع تقنية الموازنة لمراقبة مدى جدية

(1) C.E., 26 octobre 1973, Grassin, Rec., 1973, p 592.

(2) C.E., 10 juillet 2006, Association Interdépartementale et Intercommunale pour la protection du Lac De Sainte-Croix, Rec., 2006, p 332.

(3) C.E., 28 mai 1971, Ville Nouvelle Est, A.J.D.A., 1971, p 409.

(4) C.E., 20 juillet 1971, Ville de Sochaux, A.J.D.A., 1972, p227.

(5) C.E., 28 mai 1971, Ville Nouvelle Est, A.J.D.A., 1971, p 409.

وضرورة المنفعة العامة، و"هل تحقيق الاستملاك سيسبب مساوئ تفوق المنفعة التي يؤديها؟
وبتعبير آخر، هل تنفيذ الاستملاك سيكلف كثيراً لجهة المساس بالحرية الفردية وكلفته
المالية أو كلفته الاجتماعية، أضرار البيئة، نتائج سيئة على الاقتصاد المحلي؟"⁽¹⁾.
ويبقى للإدارة أن تستنسب الأمور الفنية للعمل المقرر إعلانه من المنفعة العامة، فلها
أن تختار العقار المناسب دون غيره، والمساحة اللازمة للاستملاك⁽²⁾، كذلك الملاءمة
الاقتصادية للمشروع⁽³⁾، والمهلة اللازمة للتنفيذ⁽⁴⁾.

لكن مجلس شورى الدولة يراقب الملاءمة في حال الخطأ الساطع في التقدير⁽⁵⁾،
ويوازن بين المصلحة العامة من الاستملاك والأضرار الاجتماعية والبيئية من تنفيذ
المشروع⁽⁶⁾. وقد أعلن صراحة تطبيقه لتقنية الموازنة سائراً على خطى القضاء الفرنسي:
"إن تحقق المنفعة العامة لا يشترط الاستناد إلى روح الاستملاك وغايته فحسب بل أيضاً
إلى النتائج المتأتية من جرائه على مختلف الصعد الفردية والاجتماعية والمالية ويجب ألا
تكون لهذه النتائج انعكاسات سلبية هامة يترتب عليها إزعاج كبير يتعدى كثيراً المنفعة
المتوخاة من الاستملاك وحتى تكون هذه الموازنة إيجابية يجب أم تكون المنفعة المتوخاة

(1) م.ش.د، قرار رقم 254، تاريخ 1999/1/13، جان مطر ورفاقه/الدولة، م.ق.إ، العدد 15، المجلد الأول، 2003،
ص 232.

(2) م.ش.د، قرار رقم 405، تاريخ 1962/10/15، الجمعية البولسية/الدولة، م.إ، 1962، ص 219.

(3) م.ش.د، قرار رقم 544، تاريخ 1972/8/3، اميرتو توراني ورفاقه/الدولة، م.إ، السنة السادسة عشرة، 1972، ص
174.

م.ش.د، قرار رقم 370، تاريخ 1961/10/30، بلدية بيروت/جرجي عجرم، م.إ، السنة الخامسة، 1961، ص 366.

(4) م.ش.د، قرار رقم 383، تاريخ 2005/4/4، روي ميشال حداد/بلدية بعبدا، م.ق.إ، العدد 21، المجلد الثاني، 2009،
ص 640.

(5) م.ش.د، قرار رقم 221، تاريخ 1999/6/23، نعمان الحايك/الدولة-مجلس الإنماء والإعمار. م.ق.إ، العدد 15،
المجلد الأول، 2003، ص 210.

(6) م.ش.د، قرار رقم 288، تاريخ 2000/4/12، مي سامي الصلح/الدولة- مؤسسة كهرباء لبنان، م.ق.إ، العدد 15،
المجلد الأول، 2003، ص 557.

من الاستملاك منسجمة مع الاحتياجات الحقيقية والواقعية للإدارة المستملكة⁽¹⁾. وتاماً مثل نظيره الفرنسي، قضى بأن نشوء منفعة خاصة من عمل إداري ذي منفعة عامة لا ينزع عنه هذه الصفة⁽²⁾.

○ الخاتمة

لم تكن الرقابة على السلطة الاستثنائية للإدارة وإعمال مبدأ التناسب مقبولاً في بداية الرقابة على الأعمال الإدارية. لكن القاضي الإداري تجاوز هذه الحدود ليثبت في محطات جريئة من مسيرته حرصه على الحقوق والحريات، وعلى الحدّ من تعسف الإدارة وسوء استخدامها لسلطتها. وقد كانت الرقابة التقليدية على السلطة الاستثنائية للإدارة تتحصر في بحث مشروعية القرار وفي عيب الانحراف بالسلطة. ومع توسع نشاطات الإدارة، لجأ القاضي لتوسيع رقابته وتعميقها، فابتدع تقنية الخطأ الساطع في التقدير ثم تقنية الموازنة لتشمل رقابته الأعمال الإدارية المتعلقة بالحريات العامة وبالتأديب وبالاستملاك للمنفعة العامة.

لقد استقر الاجتهاد الإداري على إعطاء القضاء حق الرقابة القسوى على السلطة الإدارية حين يتعلق الأمر بممارسة حرية أساسية. فرقابة القضاء الإداري على القرارات التي تتناول الحريات العامة التي كفلها الدستور لا تقتصر على صحة الوقائع والوصف المعطى لها، لكنها تشمل أيضاً تقدير خطورة الوقائع للنظر فيما إذا كانت تبرر التدبير المتخذ.

لقد استخدم القضاء الإداري في مواجهة استخدام الإدارة المفرط لسلطتها التقديرية تقنية الخطأ الساطع في التقدير وتقنية الموازنة. وهاتان التقنيتان تقعان على السلطة الاستثنائية للإدارة، لكن الأولى تتعلق بشكل أساسي بتقدير التدخل أو عدم التدخل أي إصدار القرار

(1) م.ش.د، قرار رقم 438، تاريخ 2000/7/5، طوبيا غرسيا/الدولة- مجلس الإنماء والإعمار، م.ق.إ، العدد 15، المجلد الثاني، 2003، ص 766.

(2) م.ش.د، قرار رقم 303، تاريخ 2007/2/22، شركة ذي كورال أويل كومباني ليمتد/الدولة، م.ق.إ، العدد 23، المجلد الثاني، 2012، ص 704.

أو الامتناع عن إصداره، في حين أن تقنية الموازنة محلها هو مضمون القرار. لكن هاتين التقنيتين تقومان على أساس واحد وتؤديان وظيفة واحدة وهي الحد من تجاوزات السلطة الإدارية. ولا تعدو تقنية الموازنة أن تكون درجة أشد من درجات تطبيق تقنية الخطأ الساطع، على أن هذه الأخيرة تتسع لتشمل كافة الأنشطة الإدارية، بينما نجد تقنية الموازنة محدودة التطبيق وتتنحصر في بعض القضايا وخاصة الاقتصادية منها، وعلى رأسها النزاعات المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

ولا شك أن القاضي الإداري لا يهدف من وراء هذه الرقابة القضاء على السلطة الاستثنائية للإدارة وحرمانها من حرية التقدير، بل هو يهدف للحفاظ على المشروعية وإعلاء كلمة القانون. وهو لا يستطيع أن يحل محل الإدارة ولا أن يوجه أوامر لها، التزاماً بمبدأ الفصل بين السلطات. لكن مع تزايد امتيازات الإدارة والتوسع في سلطاتها التقديرية وقصور القانون في بعض الأحيان عن حماية حقوق وحرريات الأفراد، كان لا بد للقاضي الإداري أن يتدخل وأن يبتكر تقنيات تسمح له بتوسيع دوره ليصبح كما القضاء العدلي، سداً في وجه تعسف الإدارة، وحامياً للحقوق والحرريات، موازناً بين حاجات الإدارة ومتطلباتها وبين كفالة الحقوق. فلا يتدخل القضاء إلا إذا أحس بأن تقدير الإدارة قد تجاوز كل حد معقول. ويشكل مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار المترتبة على القرار الإداري قيداً على السلطة الاستثنائية للإدارة وضمانة هامة لحماية حقوق وحرريات الأفراد، خاصة حق الملكية ضد تسلط الإدارة. كذلك فإن التناسب في مجال التأديب هو جزء من رقابة المشروعية التي يباشرها القضاء الإداري.

ورقابة التناسب لا تعني تدخل القضاء الإداري بشكل مباشر في صميم العملية الإدارية وحلوله محل الإدارة. وهو لا يملك إلا أن يحكم إما برفض الدعوى إذا تحقق من شرعية القرار المطعون فيه، وإما بإلغاء القرار إذا ثبت له عدم شرعيته. فهو لا يحل محلها بإصدار قرار إداري صحيح بدلاً من القرار الذي حكم بإلغائه. ولا شك أن رقابة القاضي الإداري على قرارات الضابطة العدلية هي شديدة الأهمية، لأن هذه القرارات هي من أخطر وسائل الإدارة التي من شأنها المساس بالحرريات العامة للأفراد، الأمر الذي يستلزم رقابة مشددة

لضمان هذه الحريات. ذلك أن الإجراءات الإدارية الآيلة لحفظ النظام ليست قانونية إلا متى كانت ضرورية وملائمة وعلى القاضي أن يقوم مدى ملاءمة الإجراء على ظروف القضية.

إن رقابة القاضي للتناسب لا تجعل منه قاضي ملاءمة بل يبقى قاضياً للمشروعية، وامتداد رقابته لتتال مدى التناسب في القرار الإداري لا يغير من صفته هذه. والسلطة الاستثنائية ضرورة لحسن قيام الإدارة بمهامها، لكن رقابة القاضي الحكيمة والجريئة هي الحاجز دون تعسفها ومساسها بحقوق الأفراد، وهي الضمانة للموازنة بين المصلحة العامة والمصالح الخاصة، حتى لا تتحول سلطة الإدارة من سلطة استثنائية إلى سلطة تحكمية. لقد برهن القاضي الإداري أنه صمام الأمان والدرع الواقي لحقوق الأفراد والجماعات على حدّ سواء، فعمل على ابتداع المبادئ القانونية العامة (ومنها موضوع بحثنا: مبدأ التناسب)، وعلى ابتكار تقنيات واجتهادات، وعلى محاولة الالتفاف حول القانون (مثال قرار الياس غصن المذكور في البحث) وتفسيره بما يلائم الحفاظ على الحقوق والحريات حين لا يتيح له القانون ذلك، أو حين يكون داعماً للإدارة في تجاوزها لحد السلطة. لقد أثبت هذا القضاء أنه لا يقلّ شراسة من القضاء العدلي أو القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون التي تحفظ فيها حقوق الأفراد وحرياتهم.

التعذيب في ضوء تجريم قانون العقوبات اللبناني والقواعد الدولية

د. ترتيل تركي الدرويش⁽¹⁾

تتمحور مهمة السلطة في المجتمع في الحفاظ على أمنه واستقراره وانتظامه العام، إن ذلك يتضمن بالضرورة الحفاظ على حياة أفراده وسلامتهم؛ لأن الحق في الحياة والوجود الحر الكريم من أبسط مقومات الوجود الإنساني التي نصت عليها مختلف الشرائع الإلهية والوضعية؛ التي بدونها لا يمكن تأمين استمرارية الجنس البشري الذي سيخضع في حال شيوع الفوضى والاضطراب، لكافة أنواع الانتهاكات التي تؤدي إلى سيطرة شريعة الغاب واستعباد القوي للضعيف واستلابه لإرادته وبالتالي لحرية⁽²⁾.

وكنتيجة حتمية لما سبق لا يجوز لأحد التعرض لجسد أو إرادة إنسان لأي سبب كان⁽³⁾.

(1) أستاذ مشارك في قسم القانون الجزائي كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بيروت العربية.

(2) قال الله تعالى: "وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا" (سورة الإسراء: الآية: 70)؛

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن الله يعذب الذين يعذبون الناس في الدنيا" رواه مسلم (الحديث: 2613)، راجع: الإمام مسلم، صحيح مسلم، دار ابن حزم، بيروت، ص 1132.

نصت المادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 على الحق في الحياة والسلامة الجسدية كما يلي: "لكل فرد الحق في الحياة والحرية وفي الأمان على شخصه".

راجع: د. خضر خضر، مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان، دون سنة نشر، ص 184.

(3) زوي عن الخليفة الراشدي عمر بن الخطاب أنه: كان يأمر عماله أن يوافقوه بالموسم فإذا اجتمعوا قال: أيها الناس. إنني لم أبعث عمالي عليكم ليصيبوا من أبحاثكم ولا من أموالكم. إنما بعثتهم ليحجزوا بينكم وليقسموا بينكم. فمن فعل به غير ذلك فليقم. فما قام أحد إلا رجل واحد؛ فقال: يا أمير المؤمنين إن عاملك فلاناً ضربني مائة سوط. قال: فيم ضربته؟ قم فاقتص منه. فقام عمرو بن العاص فقال: يا أمير المؤمنين إنك فعلت هذا بكثرة عليك ويكون سنّة يأخذ بها من بعدك. فقال: أنا لا أقيّد وقد رأيت رسول الله يُقيّد من نفسه. قال: فدعنا فلنرضه. قال: دونكم فأرضوه. فافتدى منه بمائتي دينار كل سوط بدينارين، راجع: ابن سعد، الطبقات الكبرى، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، بيروت، 1990، ص 223.

يثير قلق المجتمع الدولي ويضعه أمام مسؤولياته في الدفاع والمحافظة على سلامة الإنسان الشخصية والمعنوية، مشكلة التعرض للتعذيب والألام والمعاملة الوحشية والتجارب الطبية والعلمية التي يتعرض لها الشخص دون إرادته⁽¹⁾.

من هذا المنطلق حرّم المجتمع الدولي، تحت إشراف هيئة الأمم المتحدة، التعذيب بوضعه اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة بتاريخ 10 كانون الأول 1984، وقد وردت هذه الاتفاقية في ثلاثة أجزاء مكوّنة من 33 مادة⁽²⁾.

استنسخ المشرع اللبناني في قانون العقوبات لعام 1943 هذه التجربة بتجريمه التعذيب بموجب القانون رقم 65 تاريخ 2017/10/20⁽³⁾، وقد عدّل هذا القانون المادة 401 الواردة

(1) راجع: د. غازي حسن صباريني، الوجيز في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، دار الثقافة، عمان الأردن، 2011، ص 131.

(2) اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة وفتحت باب التوقيع والتصديق عليها والانضمام إليها بموجب القرار 46/39 المؤرخ في 10 كانون الأول 1984، تاريخ بدء النفاذ: 26 حزيران 1987، وفقاً للمادة 27 (1). وأكدت ديباجتها على ما يلي:

"إن الدول الأطراف في هذه الاتفاقية: إذ ترى أن الاعتراف بالحقوق المتساوية وغير القابلة للتصرف، لجميع أعضاء الأسرة البشرية هو وفقاً للمبادئ المعلنة في ميثاق الأمم المتحدة أساس الحرية والعدل والسلام في العالم، وإذ تترك ان هذه الحقوق تستمد من الكرامة المتأصلة للإنسان، وإذ تضع في اعتبارها الواجب الذي يقع على عاتق الدول بمقتضى الميثاق وبخاصة بموجب المادة 55 منه بتعزيز احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ومراعاتها على مستوى العالم، ومراعاة منها المادة 5 من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان والمادة 7 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وكلتاهما تنص على عدم جواز تعرض أحد للتعذيب أو المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، ومراعاة منها أيضاً لإعلان حماية جميع الأشخاص من التعرض للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، الذي اعتمده الجمعية العامة في 9 كانون الأول/ديسمبر 1975، ورغبة منها في زيادة فعالية النضال ضد التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية في العالم قاطبة، اتفقت على ما يلي: ... مواد الاتفاقية".

(3) منشور في الجريدة الرسمية، العدد 50، تاريخ النشر: 2017/10/26.

انضمت الدولة اللبنانية إلى اتفاقية مناهضة التعذيب بتاريخ 2000/10/5 بموجب القانون 185، إلا أنه للأسف لم يتم تفعيل أحكام هذه الاتفاقية حتى يومنا هذا، ولم يقدم التقرير الأولي إلى لجنة مناهضة التعذيب فيما يتعلق بالخطوات المتخذة لتنفيذ الاتفاقية؛

كما انضمت الدولة اللبنانية إلى البروتوكول الاختياري لاتفاقية مناهضة التعذيب في العام 2008 وجددت التزامها بها صراحةً، ووافقت على إنشاء آلية وطنية وقائية لمنع التعذيب وذلك في الاستعراض الدوري الشامل أمام مجلس حقوق

في الباب الرابع منه تحت عنوان: في الجرائم المخلة بالإدارة القضائية؛ ضمن الفصل الأول منه تحت عنوان: في الجرائم المخلة بسير القضاء؛ تحت النبذة الثانية منه تحت عنوان: في انتزاع الإقرار والمعلومات⁽¹⁾؛ وأضاف فقرتين للمادة 185 المتعلقة بأسباب التبرير. وأضاف فقرتين للمادة 10 من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبنانية لعام 2001 المتعلقة بمرور الزمن والأدلة؛ وأضاف المادة 24 مكرر والتي تتعلق بالاستقصاء والتحقيق بجريمة التعذيب.

جرّم نظام روما المؤسس للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998 أيضاً التعذيب في المادة 6 المتعلقة بجريمة الإبادة الجماعية (فقرة ب)؛ والمادة 7 المتعلقة بالجرائم ضد الإنسانية (فقرة 1 نبذة و)؛ والمادة 8 المتعلقة بجرائم الحرب (فقرة 2 نبذة أ الفرع 2 و3 والنبذة ب الفرع 21 والنبذة ج الفرع 1 و2).

وعلى ما سبق نطرح من خلال هذا البحث الإشكالية القانونية التالية:

ماهي الأحكام القانونية المتعلقة بالتعذيب في ظل تجريمه في قانون العقوبات اللبناني ونظام روما وتحريمه في اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة؟

نعالج هذه الإشكالية في مطلبين على الشكل التالي:

المطلب الأول: أفعال التعذيب وعقوبتها

الإنسان في تشرين الثاني 2010، إلا أنه حتى تاريخه لم تنشأ أية آلية وطنية وقائية لمنع التعذيب، كما تقتضيه أحكام ذلك البروتوكول الذي فرض على الحكومة أن تنشئ في غضون عام من انضمامها له آلية لمنع التعذيب عن طريق إجراء زيارات منتظمة إلى مراكز التوقيف والسجون في البلاد؛

كما تلقت الدولة اللبنانية في شهر تموز 2011 تقارير من لجنة مناهضة التعذيب.

راجع: الخطة الوطنية لحقوق الإنسان في لبنان 2014-2019، صادر عن مجلس النواب اللبناني، لجنة حقوق الإنسان النيابية و UNDP، ص 28. موجود على الموقع الإلكتروني لمجلس النواب اللبناني:

<https://www.lp.gov.lb/Resources/Files/ad4f0421-34dd-4700-a847-7f75e3ca1e45.pdf>

تاريخ الزيارة: 2019/6/16

(1) نصت المادة 401 السابقة على أنه: " من سام شخصاً ضرورياً من الشدة لا يجيزها القانون رغبة منه في الحصول على إقرار عن جريمة أو على معلومات بشأنها عوقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات؛ وإذا أفضت أعمال العنف عليه إلى مرض أو جراح كان أدنى العقاب الحبس سنة ".

المطلب الثاني: مقاصد التعذيب وأصول مكافحته

○ المطلب الأول: أفعال التعذيب وعقوبتها

حُرِّمَ التعذيب بموجب اتفاقية مناهضة التعذيب وجُرمَ بموجب قانون العقوبات اللبناني بتطابق شبه تام من حيث الصيغة والمصطلحات والمضمون. أما تجريم نظام روما للتعذيب فقد خالف الاتفاقية والقانون من حيث الصيغة والمصطلحات والمضمون وفقاً لتوصيف التعذيب كجريمة إبادة جماعية أو جريمة ضد الإنسانية أو جريمة حرب⁽¹⁾.

لعل الاتفاق بين الاتفاقية والقانون والنظام من نص على حماية الحق في سلامة الجسد الإنساني الذي يجسّد مصلحة الفرد والمجتمع الواجب حمايتها بالشكل الذي تسير به وظائف الحياة في الجسم على النحو الطبيعي بحيث يحتفظ بتكامله الجسدي محرراً من الآلام البدنية⁽²⁾.

(1) من الممكن بحسب المادة 21 من نظام روما الاستئناس باتفاقية مناهضة التعذيب والمبادئ العامة للقانون وفقاً للقوانين الوطنية، نصت المادة 21 على الآتي: القانون واجب التطبيق:

1. تطبيق المحكمة:

- أ- في المقام الأول هذا النظام الأساسي وأركان الجرائم والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة.
 - ب- في المقام الثاني حيثما يكون ذلك مناسباً، المعاهدات الواجبة التطبيق ومبادئ القانون الدولي وقواعده، بما في ذلك المبادئ المقررة في القانون الدولي للمنازعات المسلحة.
 - ج- وإلا، فالمبادئ العامة للقانون التي تستخلصها المحكمة من القوانين الوطنية للنظم القانونية في العالم، بما في ذلك، حسبما يكون مناسباً القوانين الوطنية للدول التي من عاداتها أن تمارس ولايتها على الجريمة، شريطة ألا تتعارض هذه المبادئ مع هذا النظام الأساسي ولا مع القانون الدولي ولا مع القواعد والمعايير المعترف بها دولياً.
2. يجوز للمحكمة أن تطبق مبادئ وقواعد القانون كما هي مفسرة في قراراتها السابقة؛
3. يجب أن يكون تطبيق وتفسير القانون عملاً بهذه المادة متسقاً مع حقوق الإنسان المعترف بها دولياً وأن يكون خاليين من أي تمييز ضار يستند إلى أسباب مثل نوع الجنس، على النحو المعروف في الفقرة 3 من المادة 7 أو السن أو العرق أو اللون أو اللغة أو الدين أو المعتقد أو الرأي السياسي أو غير السياسي أو الأصل القومي أو الإثني أو الاجتماعي أو الثروة أو المولد أو أي وضع آخر.

(2) للاستزادة في الحق في سلامة الجسد راجع: د. محروس نصار الهيتي، دار السنهوري، بيروت، 2016، ص 19 وما بعدها.

عليه، نبين أفعال التعذيب وعقوبتها وفقاً للاتفاقية والقانون والنظام في فرعين على الشكل الآتي:

الفرع الأول: الأعمال المادية والمعنوية المرتكبة من موظف عام
الفرع الثاني: خصوصية العقوبة تبعاً للفعل

♦ الفرع الأول: الأعمال المادية والمعنوية المرتكبة من موظف عام

إن التعذيب وفقاً لاتفاقية مناهضة التعذيب وقانون العقوبات اللبناني مُرتكب فقط من قبل موظف عام، أما وفقاً لنظام روما لا يشترط في الغالب ارتكاب التعذيب من قبل موظف عام.

عليه نبين ما المقصود بالموظف العام:

حدّدت المادة 350 من قانون العقوبات مفهوم الموظف العام⁽¹⁾ على الشكل التالي: "يعد موظفاً بالمعنى المقصود في هذا الباب كل موظف في الإدارات والمؤسسات العامة والبلديات والجيش والقضاء وكل عامل أو مستخدم في الدولة وكل شخص عين أو انتخب لأداء خدمة عامة ببدل أو بغير بدل؛"

حدّدت أيضاً المادة الأولى من نظام الموظفين العموميين الصادر في 1959/06/21⁽²⁾، الموظفون والاجراء بأنهم: "1. ينقسم الموظفون الى موظفين دائمين وموظفين موقتين؛"

2. الموظف الدائم من ولي عملاً دائماً في وظيفة ملحوظة في أحد الملاكات التي يحددها القانون، سواء خضع لشرعة التقاعد ام لم يخضع؛

3. الموظف الموقت من ولي وظيفة انشئت لمدة معينة او لعمل عارض؛

4. يعتبر اجيراً كل شخص في خدمة الدولة لا ينتسب الى احدى الفئتين المبينتين في الفقرتين الثانية والثالثة من هذه المادة."

(1) أهملت اتفاقية مناهضة التعذيب بيان مفهوم الموظف، ولعل ذلك مرده اختلاف الأنظمة القانونية في العام في تحديد صفة الموظف.

(2) منشور في الجريدة الرسمية، العدد 27، بتاريخ 1959/06/16.

يدخل في مفهوم "الموظف" بحسب المادتين أعلاه: كل شخص يكتسب صفة عامة دائمة أو مؤقتة بفعل تكليفه من قبل الإدارات والمؤسسات العامة للقيام بمهمة أو عمل لحسابها ولو كان تكليفه قد تم بموجب عقد لفترة معينة ببدل أو بدونه وسواء كان هذا الشخص قد انتدب أو كلف بمهمة رسمية لصالح تلك الإدارات او المؤسسات ولم يكن من عداد الموظفين التابعين لها⁽¹⁾.

خصت المادة 401 في فقرتها (أ) على سبيل المثال الموظف العام مرتكب التعذيب كما يلي: "أي شخص يتصرف بصفته أثناء الاستقصاء والتحقيق الأولي والتحقيق القضائي والمحاكمات وتنفيذ العقوبات".

يقوم بعمليات الاستقصاء والتحقيق الأولي الضابطة العدلية⁽²⁾، ويقوم بالتحقيق

(1) راجع: قرار محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة الثالثة، رقم 2012/216، تاريخ 2012/6/14، منشور في: ق.د. عفيف شمس الدين، المصنف السنوي في القضايا الجزائية، تصنيف للاجتهادات الصادرة خلال عام 2012، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2012، ص 300 وما بعدها.

(2) يطلق على أعمال الاستقصاء في لبنان مصطلح التحقيق الأولي، وهو مصطلح متجاوز لطبيعته إذ هو مجرد تحري عن الجريمة، وليس التحقيق فيها الأمر القاصر على قاضي التحقيق؛ ويقصد بالاستقصاء أو التحري الأولي عن الجريمة وجمع الأدلة المثبتة لوقوعها ونسبتها إلى المشتبه فيه. راجع: د. سمير عاليه، أهيثم سمير عاليه، الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018، ص 472. حدد قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني لعام 2001 أشخاص الضابطة العدلية في المادتين 38 و39 والتي تنص: **المادة 38:** "يقوم بوظائف الضابطة العدلية، تحت إشراف النائب العام لدى محكمة التمييز، النواب العامون والمحامون العامون.

يساعد النيابة العامة، ويعمل تحت إشرافها في إجراء وظائف الضابطة العدلية، كل في حدود اختصاصه المنصوص عليه في هذا القانون وفي القوانين الخاصة به، الآتي ذكرهم:

- 1- المحافظون والقائمقامون.
- 2- مدير عام قوى الأمن الداخلي وضباط قوى الأمن الداخلي والشرطة القضائية والرتباء العامون في القطاعات الإقليمية ورؤساء مخافر قوى الأمن الداخلي.
- 3- مدير عام الأمن العام وضباط الأمن العام ورتباء التحقيق في الأمن العام. ومدير عام أمن الدولة، ونائب المدير العام، وضباط أمن الدولة ورتباء التحقيق في أمن الدولة.
- 4- مختارو القرى.
- 5- قادة السفن البحرية وقادة الطائرات والمركبات الجوية ."

القضائي (الابتدائي) قاضي التحقيق⁽¹⁾، ويقوم بتنفيذ العقوبات موظفي السجون تحت إشراف قضائي⁽²⁾.

ويكون ارتكاب الموظف للتعذيب إما بنفسه أو بموافقة صريحة أو ضمنية منه أو بتحريض منه؛

يقصد بالتحريض خلق فكرة الجريمة والتصميم عليها في ذهن كان في الأصل خالياً منها ودفعه بذلك نحو ارتكابها، أي أن المحرض هو الذي يدفع شخصاً خالي البال من الجريمة نحو ارتكابها⁽³⁾.

تتحرر أفعال التعذيب التي يرتكبها الموظف العام بما يلي:

المادة 39: " لنواظير القرى وموظفي المراقبة في وزارة الصحة ومراقبي الأجراف وحماية المستهلك وللموظفين المختصين بالمراقبة في الجمارك وإدارة حصر التبغ والتبناك وفي المرافىء والمطارات وفي وزارة السياحة والحراس الليليين أن يضبطوا، كل في حدود اختصاصه ووفق الأنظمة المنوط به تطبيقها، المخالفات ويثبتوها في محاضر منظمة أصولاً ويودعوها القاضي المنفرد المختص".

(1) يتسم التحقيق الابتدائي بخصائص ثلاث وهي: 1. إنه مكتوب برمته يتولاه كاتب يملي عليه القاضي جميع ما يستمع إليه من إفادات أو يقرأ على الملف من معاملات أو إجراءات؛ 2. إنه سري لا يسمح لأحد بالاطلاع على مضمونه حتى ولو كانوا من الفرقاء في الدعوى إلا أنه هذه السرية لا تشمل النائب العام الذي عليه متابعة الدعوى باستمرار وإبداء مطالبه ومطالعته فيها ومراقبة ما يتخذه قاضي التحقيق من قرارات حتى إذا شاء طعن بها طالباً فسخها؛ 3. يقوم قاضي التحقيق بدور مزدوج: فهو كقاضٍ محقق يجمع الأدلة ويتثبت منها من جهة ويقرر من جهة أخرى اتخاذ القرارات بهدف إدارة الملف أو من أجل البت بالمطالب والدفع التي يدلي بها أمامه ومن ثم يتخذ قراره النهائي بعد ختام التحقيق بمنع المحاكمة أو بالاحالة على المرجع المختص. راجع: ق.د. عفيف شمس الدين، أصول المحاكمات الجزائية، دون دار نشر، بيروت، 2001، ص 205 وما بعدها.

(2) يخضع تنفيذ الأحكام الجزائية لأصول وإجراءات تضمن العدالة وحسن التنفيذ بحيث لا تتعدى العقوبة الغاية التي لفظت من أجلها فالعقوبة وسيلة المجتمع لردع المجرم وزجره وإصلاحه فإذا تجاوزت هذه الغاية أصبحت أداة انتقام وتآر الامر المنهي عنه قانوناً وأخلاقياً، وفي سبيل تحقيق أهداف العقوبة أخضع المشرع تنفيذها للرقابة القضائية يمارسها النائب العام أو القاضي المنفرد الجزائي كل حسبما اختصه به القانون. راجع: د. مصطفى العوجي، دروس في أصول المحاكمات الجزائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015، ص 363.

(3) راجع: د. سمير عاليه، الوسيط في شرح قانون العقوبات، القسم العام، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2010، ص 368 وما بعدها.

حدد القانون والاتفاقية معيار قانوني يبيّن ماهية التعذيب وهو: " كل فعل ينتج عنه ألم شديد أو عذاب شديد جسدي كان أم عقلي"⁽¹⁾.

أما نظام روما فقد عرّف التعذيب في المادة 7 الفقرة 2 البند (هـ) بأنه: "تعمد إلحاق ألم شديد أو معاناة شديدة، سواء بدنياً أو عقلياً، بشخص موجود تحت إشراف المتهم أو سيطرته".

وأخرج النظام والقانون والاتفاقية الألم الشديد أو العذاب الشديد الناشئ عن العقوبات المنصوص عنها قانوناً أو المتلازم معها أو الذي يكون نتيجة عرضية لها⁽²⁾. وعليه لا يعد تعذيباً الألام الجسدية أو النفسية التي يعاني منها المحكوم عليه بعقوبة اعتقال مؤبد أو أشغال شاقة مؤبدة أو مؤقتة.

ولا تعد أعمال المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة التي لا تصل إلى الألم أو العذاب الجسدي والعقلي الشديدين تعذيباً⁽³⁾.

وقد عرّف البعض التعذيب بأنه: " كل سلوك عمداً يبذله الجاني إيجاباً أو سلباً بالتحريض أو المساعدة أو الاتفاق لتحقيق الإيذاء البدني أو النفسي لمحو إرادة المجني عليه لتحقيق رغبة في نفس الجاني، أيّاً كان الباعث من التعذيب، وأياً كانت درجة الإيلام

(1) راجع: المادة الأولى من اتفاقية مناهضة التعذيب، والمادة 401 من قانون العقوبات اللبناني.

(2) راجع: المادة 401 من قانون العقوبات، والمادة الأولى من اتفاقية مناهضة التعذيب، والمادة السابعة من نظام روما. (3) راجع: المادة 16 من اتفاقية مناهضة التعذيب والتي تنص على أنه: "1- تتعهد كل دولة طرف بان تمنع، في أي إقليم يخضع لولايتها القضائية حدوث أي أعمال أخرى من أعمال المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة التي لا تصل إلى حد التعذيب كما حدده المادة 1، عندما يرتكب موظف عمومي أو شخص آخر يتصرف بصفة رسمية هذه الأعمال أو يحرص على ارتكابها، أو عندما تتم بموافقة أو بسكوته عليها. تنطبق بوجه خاص الالتزامات الواردة في المواد 10، 11، 12، 13 وذلك بالاستعاضة عن الإشارة إلى التعذيب بالإشارة إلى غيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة؛

2- لا تخل أحكام هذه الاتفاقية بأحكام أي صك دولي آخر أو قانون وطني يحظر المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة أو يتصل بتسليم المجرمين أو طردهم".

بما في ذلك أي أعمال أخرى من أعمال المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة⁽¹⁾.

في سبيل بيان ماهية الألم الشديد أو العذاب الشديد الجسدي أو النفسي نشير لأهم الاجتهادات القضائية الدولية والوطنية في هذا الصدد التي تساعد معرفة الأعمال المادية أو المعنوية للتعذيب:

وضّحت محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان في قضية لاوزا تامويو ما يلي:
"إن انتهاك السلامة البدنية والنفسية للأشخاص ينتمي إلى فئة الانتهاكات التي تنطوي على درجات عديدة وتشمل المعاملة التي تتراوح بين التعذيب وغيره من أنواع الإهانة أو المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة بدرجات مختلفة من الآثار البدنية والنفسية التي تتسبب فيها عوامل داخلية وأخرى خارجية يجب إثباتها في كل حالة من الحالات المحددة؛ حتى في حالات غياب الإصابات البدنية يمكن اعتبار المعاناة النفسية والمعنوية التي يصحبها اضطراب نفسي أثناء الاستجواب معاملة لا إنسانية وعنصر الإهانة يتمثل بالخوف والقلق والإشعار بالدونية لغرض إذلال الضحية والحط من كرامته وكسر مقاومته البدنية والمعنوية وتزداد هذه الحالة تفاقمًا من جراء ضعف الشخص الذي يحتجز بصورة غير قانونية"⁽²⁾.

بيّنت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية إيدين ما يلي:
"إن اغتصاب محتجزة من قبل مسؤول حكومي يجب أن يعتبر شكلاً خطيراً بوجه خاص ومقيت من أشكال سوء المعاملة بالنظر إلى السهولة الكبيرة التي يمكن بها أن

(1) راجع: د. هشام مصطفى محمد إبراهيم، الحماية الجنائية للإنسان من التعذيب في ضوء المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2014، ص 59.

(2) موجود على الموقع الإلكتروني الخاص بالمحكمة:

Case of loayza-tamayo v. peru, judgment of september 17/1997

. تاريخ الزيارة: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_ing.pdf2019/6/12

الترجمة مأخوذة عن: حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل" دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين"، الفصل الثامن: المعايير القانونية لحماية الأشخاص المجردين من حريتهم، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك وجنيف، 2002، ص 402.

يستغل المسيء هشاشة وضعف مقاومة ضحيته، علاوة على ذلك فإن الاغتصاب يخلف أثراً نفسية عميقة في نفس الضحية لا تتمحي بمفعول مرور الزمن بالسرعة التي تتمحي بها سائر أشكال العنف البدني؛

وقد ذاقت صاحبة الدعوى الألم الحاد بسبب الجماع القسري والذي ترك فيها الشعور بالدونية وانتهكت حرمتها البدنية والعاطفية، بالإضافة إلى ذلك تعرضت صاحبة البلاغ لسلسلة من التجارب الرهيبة والمهينة أثناء احتجازها على أيدي قوات الامن بمقر الدرك بالنظر إلى جنسها وشبابها والظروف التي حول احتجازها فهي:

احتجزت طيلة ثلاثة أيام وشعرت اثناءها بالذهول والارتباك بسبب إبقائها معصوبة العينين وفي حالة دائمة من الألم البدني والحيرة من جراء ما تعرضت له من الضرب أثناء استجوابها وبسبب المخاوف التي تنتابها مما سيحدث لها لاحقاً، كما فرض عليها أن تسير عارية وتظهر في مظاهر مهينة مما قوى من مشاعر الضعف لديها وفي مناسبة من المناسبات وجه إلى بدنها دفق مائي شديد القوة وهي تدور كالدوامة⁽¹⁾.

خلصت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية تومازي ضد فرنسا إلى أن: "إخضاع تومازي لاستطاق الشرطة لمدة 40 ساعة تعرض خلالها للصفع واللكز واللطم وأجبر على الوقوف ساعات طويلة دون سند ويده مغلولتان وبُصق عليه وأجبر على الوقوف عارياً أمام نافذة وحرّم من الأكل وهدد بواسطة سلاح ناري يشكل تعذيباً ومعاملة لا إنسانية، وإن مقتضيات التحقيق والمصاعب التي لا تتكرر والمتأصلة في عمليات مكافحة الإجرام لا سيما فيما يخص الإرهاب، لا يمكن أن تسفر عن وضع قيود على الحماية الواجب توافرها لغرض سلامة الأفراد البدنية"⁽²⁾.

(1) موجود على الموقع الإلكتروني الخاص بالمحكمة:

Case of aydin v. turkey, judgment (grand chamber) of 25 September 1997.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22aydin%20v.%20turkey%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-58371%22%5D%7D>

تاريخ الزيارة: 2019/6/12. الترجمة مأخوذة عن: حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل" دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين"، مرجع سابق، ص 403.

(2) موجود على الموقع الإلكتروني الخاص بالمحكمة:

وصدر في لبنان حكم فريد وأول من نوعه⁽¹⁾، بخصوص التعذيب وتتلخص وقائعه بما يلي:

"أثناء التحقيق المجري من قبل مفرزة بيروت القضائية بشكوى امرأة تعرض منزلها للسرقة من قبل مجهولين، ووفقاً لإشارة النائب العام الاستئنافي في بيروت بإحضار ناطور البناء وتوقيفه لحين انتهاء التحقيق؛

تبين فور إخلاء سبيل الناطور توجهه إلى الطبيب الشرعي حيث استحصل على تقرير طبي يفيد أنه لدى معاينته تبين وجود تورم واضح في الخد الأيسر مع كدمات رضية عديدة في الخد الأيسر والعنف مع ازرقاق واحمرار ووجود كدمات رضية في أعلى الصدر تميل إلى الاصفرار مع لطشات حمر حولها ووجود آثار ازرقاق في الكتف الأيمن ووجود كدمة

Case of tomasi v. France, judgment of 27 august 1992.

تاريخ الزيارة: {22itemid%22:[%22001-57796%22]}
2019/6/12

الترجمة مأخوذة عن: حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل" دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين"، مرجع سابق، ص 407.

⁽¹⁾ يتبين من مراجعة اجتهاد محكمة التمييز الجزائرية من 1950 ولغاية 1998 ما يأتي:

1. صدر خلال الفترة الممتدة من 1950 ولغاية 1970 قراران يتطرقان إلى الاعتراف المنتزع بالإكراه وإن قراراً واحداً صدر بتاريخ 1966/3/24 قضى بإهمال محكمة التمييز الإقرار الذي انتزع تحت الضغط والضرب المبرح. لأن ما ورد من أدلة لا تظمن إليها المحكمة ولا يرتاح وجدانها للأخذ بها وجعلها أساساً للحكم على المتهمين علماً أن هذه الحقبة من تاريخ لبنان لم تكن العصر الذهبي لحقوق الإنسان الأساسية واحترام الضابطة العدلية لهذه الحقوق؛
2. بتاريخ 1971/6/29 لم يتبين لمحكمة التمييز أن التذرع بأن الاعتراف تحت تأثير الضرب جدي؛
3. خلال العامين 1972 و1973 أصدرت محكمة التمييز خمسة قرارات قضت بأربعة منها بعدم الأخذ بما أدلي به لجهة أن الاعتراف أخذ بواسطة الضرب والتعذيب لعدم ثبوته. إلا أنها قضت بتاريخ 1973/2/22 بإعلان براءة متهم بعد ثبوت تعرضه للضرب كما تبين من تقرير طبي يجعلها غير مطمئنة إلى التحقيق الأولي؛
4. بتاريخ 1998/5/14 أصدرت محكمة جنايات جبل لبنان قراراً تضمن إدانة التحقيق الأولي وعدم الأخذ بالاعتراف تحت العنف.

راجع: الخطة الوطنية لحقوق الإنسان في لبنان، التعذيب، 2008، صادر عن مجلس النواب اللبناني، لجنة حقوق الإنسان النيابية وUNDP، ص 27، موجود على الموقع الإلكتروني لمجلس النواب اللبناني:

<https://www.lp.gov.lb/Resources/Files/6aa453d6-dc68-4650-9203-4cca582b5af4.pdf>

تاريخ الزيارة: 2019/6/16

في الكوع الأيسر يميل إلى الازرقاق ووجود آثار خطية في المعصمين ووجود ازرقاق وألم في ظهر الكف الأيمن وألم في ظهر الكف الأيسر ووجود كدمة رضية في الفخذ الأيمن بلون أزرق ووجود آثار ازرقاقاً في الوسط مع ألم وازرقاق في أصابع الرجل اليسرى وازرقاق في المنطقة الوسطية من الرجل اليمنى؛

وقد أورد التقرير أن المدعي (الناطور) لا يستطيع السير والمشي براحة وهو يعرج وينحني وأن هذه الإصابات ناتجة عن استعمال العنف والضرب الشديد والمتواصل بفترات مختلفة كما يتبين من الألوان المختلفة للكدمات، وأن شكل الإصابات يتوافق مبدئياً مع الإصابات التي تحصل عند استعمال وسيلة (الفروج) أي ربط اليدين التي تحت الركبتين مع التعليق بقسطل وأن هذه الإصابات تتطلب عشرة أيام للشفاء ومدة أسبوع كتعطيل عن العمل؛

وحكمت المحكمة بالإدانة بجرم المادة 401 من قانون العقوبات⁽¹⁾.

♦ الفرع الثاني: خصوصية العقوبة تبعاً للفعل

العقوبة ذات أغراض ثلاثة مجتمعة وهي⁽²⁾:

1. تحقيق الردع العام: الذي يواجه دوافع الجريمة في نفس كل من يفكر في تقليد مسلك الجاني وهو أمر يتحقق بمجرد وجود نصوص التجريم والعقاب الواجب توقيعه بفاعله؛
2. تحقيق العدالة: لأنه بكفالتها يرضى الشعور الاجتماعي بأن السلطات لا تتوانى عن تحقيقها؛

(1) منشور في: عارف زيد الزين، قوانين ونصوص العقوبات في لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2017، الملحق الثالث، ص 412، حكم صادر عن القاضي المنفرد الجزائي في بيروت، بتاريخ 2007/3/8 واشتهر باسم (حكم الفروج).

(2) للتفصيل في موضوع أغراض العقوبة راجع كلاً من: د. علي عبد القادر القهوجي، د. سامي عبد الكريم، أصول علمي الإجرام والعقاب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 237 وما بعدها. د. فتوح الشاذلي، أساسيات علم الإجرام والعقاب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 233 وما بعدها.

3. تحقيق الردع الخاص: فطابعه فردي يعمل على إصلاح المحكوم بأساليب الإصلاح المختلفة وتقنيته مما علق به من خطورة إجرامية الأمر الذي يحول بينه وبين العودة إلى الجريمة⁽¹⁾.

لذلك؛

ألزمت المادة الثانية من اتفاقية مناهضة التعذيب في فترتها الأولى الدول الأطراف على معاقبة التعذيب بشكل يردع مرتكبيه ويشكل منعاً لهم من ارتكابه كما يلي: "1. تتخذ كل دولة طرف اجراءات تشريعية أو ادارية أو قضائية فعالة أو أية اجراءات أخرى لمنع أعمال التعذيب في أي اقليم يخضع لاختصاصها القضائي".

بيّنت لجنة مناهضة التعذيب المنبثقة عن الاتفاقية مضمون الالتزام باتخاذ تدابير فعالة لمنع التعذيب بقولها: "يجب أن تجعل الدول الأطراف جريمة التعذيب جريمة مستوجبة للعقاب بموجب قانونها الجنائي، وذلك كحد أدنى، حسب أركان جريمة التعذيب كما هي محددة في المادة 1 من الاتفاقية، ووفقاً لمتطلبات المادة 4 منها"⁽²⁾.

(1) راجع: د. سمير عاليه، مبادئ علوم الإجرام والعقاب والسياسة الجزائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2019، ص 225.

(2) راجع: التعليق العام رقم (2)، " تنفيذ الدول الأطراف للمادة 2"، صادر بتاريخ 2008/1/24، ص 3 الفقرة 8. موجود على الموقع الإلكتروني الخاص بمفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان:

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=ar&TreatyID=1&DocTypeID=112019/6/12 تاريخ الزيارة:

وتوسّعت اللجنة في ربط الإفلات من العقوبة ومفهوم التعذيب كما يلي: " وتؤدي التناقضات الخطيرة بين التعريف المحدد في الاتفاقية وذلك الوارد في القانون المحلي إلى ثغرات فعلية أو محتملة تتيح إمكانية الإفلات من العقاب. ورغم أن الصيغة المستخدمة لتعريف التعذيب قد تكون في بعض الحالات مماثلة للصيغة التي تستخدمها الاتفاقية، فإن المعنى قد يتحدد بموجب القانون المحلي أو بالتفسير القضائي، وبالتالي، فإن اللجنة تدعو كل دولة من الدول الأطراف إلى ضمان التزام جميع أجهزة حكومتها بالتعريف المنصوص عليه في الاتفاقية لغرض تحديد التزامات الدولة. وتدرك اللجنة في الوقت نفسه أن إيجاد تعاريف محلية أوسع نطاقاً يساهم أيضاً في تحقيق أهداف الاتفاقية ومقاصدها، شريطة أن تتضمن المعايير الواردة في الاتفاقية وأن تُطبّق وفقاً لهذه المعايير كحد أدنى. وتؤكد اللجنة بصفة خاصة أن عنصر القصد والغرض في المادة 1 لا ينطويان على إجراء تحقيق ذاتي في دوافع الجناة، وإنما يجب أن يشكلا عنصرين موضوعيين للتقرير في ظل الظروف القائمة. ومن الضروري إجراء تحقيقات وتحديد مسؤولية مختلف الأشخاص في التسلسل القيادي، ومسؤولية الجاني (الجناة) بشكل مباشر. المرجع ذاته، الفقرة التاسعة منه.

ونصت المادة أربعة من الاتفاقية على الآتي: "1- تضمن كل دولة طرف ان تكون جميع أعمال التعذيب جرائم بموجب قانونها الجنائي، وينطبق الأمر ذاته على قيام أي شخص بأية محاولة لممارسة التعذيب وعلى قيامه بأي عمل آخر يشكل تواطؤاً ومشاركة في التعذيب؛

2- تجعل كل دولة طرف هذه الجرائم مستوجبة للعقاب بعقوبات مناسبة تأخذ في الاعتبار طبيعتها الخطيرة".

التزم المشرع اللبناني بهذا الموجب وترجم ذلك في المادة 401 من قانون العقوبات في فقرتها (ب) كما يلي:

"يعاقب كل من يقدم على التعذيب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات إذا لم يفض التعذيب إلى الموت أو إلى خلل أو عطل جسدي أو عقلي دائم أو مؤقت؛
إذا أفضى التعذيب إلى خلل أو إيذاء أو عطل جسدي أو عقلي مؤقت، يعاقب بالاعتقال من ثلاث سنوات إلى سبع سنوات؛
إذا أفضى التعذيب إلى خلل أو عطل جسدي أو عقلي دائم، يعاقب بالاعتقال من خمس سنوات إلى عشر سنوات؛

إذا أفضى التعذيب إلى الموت يعاقب بالاعتقال من عشر سنوات إلى عشرين سنة".
يتبين من النص أعلاه ما يلي:

1. إعطاء وصف الجنحة للتعذيب الذي لم يفض إلى خلل أو عطل جسدي أو عقلي دائم أو مؤقت بعقوبة الحبس في حد أدنى سنة وحد أقصى ثلاث سنوات؛
2. إعطاء وصف الجنائية للتعذيب المفض إلى خلل أو إيذاء أو عطل جسدي أو عقلي مؤقت، بعقوبة الاعتقال في حد أدنى ثلاثة سنوات وحد أقصى سبع سنوات،
يندرج الفعل المعاقب عليه ضمن أحد هذه المفاهيم الثلاثة الموصفة إيذاءً في قانون العقوبات⁽¹⁾:

(1) راجع: د. علي محمد جعفر، قانون العقوبات القسم الخاص "الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة وبالثقة العامة والواقعة على الأشخاص والأموال"، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2006، ص 208.
راجع أيضاً المواد (554 إلى 559) من قانون العقوبات.

- ا. **الضرب:** وهو كل مساس بأنسجة الجسم عن طريق الضغط عليه مباشرة أو بالواسطة دون أن يترك جرحاً، وقد يقع ذلك بصنع المجني عليه أو ركله بالقدم، وقد يقع باستعمال أداة كعصا أو حجر أو غيرها من الوسائل؛
- اا. **الجرح:** وهو كل مساس بأنسجة الجسم والضغط عليها بما يؤدي إلى تمزيقها، وقد يكون أثرها ظاهراً وقد يكون غير ظاهر كحالة حدوث تمزق في الأنسجة أدت إلى نزيف داخلي، وقد يستعمل الجاني أية وسيلة لذلك سواء مباشرة أو بالواسطة، أي باستعمال أعضاء جسمه أو الاستعانة بألة حادة أو جارحة؛
- ااا. **الإيذاء:** وهو المفهوم الشامل لكل الأفعال التي تمس سلامة الجسم دون أن تعتبر ضرباً أو جرحاً، ويدخل في إطاره أعمال العنف والشدة التي تمس سلامة الجسم مهما اختلفت صورها وأشكالها، كإطلاق الرصاص أو تفجير قنبلة قرب المجني عليه دون قصد إصابته ولكن بنية إحداث الرعب لديه فيصاب بصدمة تؤدي إلى حدوث نزيف داخلي لديه.
3. إعطاء وصف الجنائية للتعذيب المفض إلى خلل أو إيذاء أو عطل جسدي أو عقلي بعقوبة الاعتقال في حد أدنى خمس سنوات وحد أقصى عشر سنوات، يندرج الفعل المعاقب عليه ضمن أحد هذين المفهومين وهما:
- ا. **التشويه الجسيم:** الأثر البالغ الذي تتركه الإصابة في موضع بارز أو أساسي من الجسم تتغير معه مظاهر الجمال أو التناسق الطبيعي فيه فيبدو الموضع معه شاذاً عن المألوف؛
- اا. **العاهة الدائمة:** هي فقدان المنفعة الطبيعية لعضو من أعضاء الجسم أو لحاسة من حواسه سواء كان كاملاً أم بصورة جزئية على أن يبقى التقدير للقاضي بعد الاستعانة بخبرة أهل الاختصاص⁽¹⁾.

(1) راجع: د. فيلومين يواكيم نصر، قانون العقوبات الخاص جرائم عقوبات، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان، 2013، ص 444 وما بعدها.

4. إعطاء وصف الجنائية للتعذيب المفضى إلى الموت في حد أدنى عشر سنوات وحد أقصى عشرين سنة، ويندرج الفعل المعاقب عليه ضمن التسبب بالموت وهو(1):

حركة أو مجموعة حرات إرادية من شأنها المساس بجسم المجني عليه ويتخذ هذا السلوك صورة الضرب أو الجرح أو الإيذاء ويستوي أن يكون إيجابياً أو سلبياً كما يستوي أن تكون الوسيلة المستخدمة مادية أو معنوية، أما عن النتيجة فتتمثل في إزهاق روح إنسان حي كما هو الحال في جريمة القتل ويستوي في نظر القانون أن تحدث الوفاة عقب الضرب أو الجرح أو الإيذاء مباشرة أو يتراخى حدوثها فترة طويلة أو قصيرة؛ وهي من الجرائم متجاوزة أو متعدية القصد فإن عين قصد الفاعل هو المساس بسلامة جسم المجني عليه دون وفاته(2).

أمّا في نظام روما توحدت العقوبة ولا تختلف باختلاف الفعل، وذلك ما بينته المادة 77 منه كما يلي:

"1. رهناً بأحكام المادة 110، يكون للمحكمة أن توقع على الشخص المدان بارتكاب جريمة في إطار المادة 5 من هذا النظام الأساسي إحدى العقوبات التالية:
(أ) السجن لعدد محدد من السنوات لفترة أقصاها 30 سنة؛
(ب) السجن المؤبد حيثما تكون هذه العقوبة مبررة بالخطورة البالغة للجريمة وبالظروف الخاصة للشخص المدان.
2. بالإضافة إلى السجن، للمحكمة أن تأمر بما يلي:

(1) نصت المادة 550 من قانون العقوبات على أنه: " من تسبب بموت إنسان من غير قصد القتل بالضرب أو العنف أو الشدة أو بأي عمل آخر مقصود عوقب بالأشغال الشاقة خمس سنوات على الأقل؛
ولا تنقص العقوبة عن سبع سنوات إذا اقترن الفعل بإحدى الحالات المنصوص عليها في المادتين السابقتين ".
(2) راجع: د. علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم الخاص، جرائم الاعتداء على المصلحة العامة وعلى الإنسان والمال، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 452 وما بعدها.
وللتفصيل في موضوع الجريمة متعدية القصد راجع: د. جلال ثروت، نظرية الجريمة المتعدية القصد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

- أ) فرض غرامة بموجب المعايير المنصوص عليها في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات؛
- ب) مصادرة العائدات والممتلكات والأصول المتأتية بصورة مباشرة أو غير مباشرة من تلك الجريمة، دون المساس بحقوق الأطراف الثالثة الحسنة النية.

○ المطلب الثاني: مقاصد التعذيب وأصول مكافحته

يتكون الركن المعنوي في الجريمة من النشاط الإجرامي الذهني والنفسي للجاني، وجوهر هذا النشاط هو الإرادة الجرمية التي تربط الشخص بالفعل الذي يرتكبه؛ فالشخص الذي يقوم بنشاط مادي إجرامي لا يرتكب جريمة إلا إذا كان جهازه العقلي والنفسي أيضاً في حالة نشاط إجرامي وكان هذا النشاط متصلاً بالنشاط المادي ومسيطرًا عليه⁽¹⁾. يعتبر القصد الجرمي من أهم عناصر الركن المعنوي⁽²⁾، والقصد باعتباره نية باطنية لا تستطيع المحكمة إثباته بطريق مباشر، وإنما بطريق الاستدلال والاستنتاج من ظروف وملابسات القضية وهو بذلك عائد لتقدير محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة التمييز ما دام استخلاصه مبرراً⁽³⁾.

من خلال ما سبق، يتبادر إلى الذهن التساؤل التالي:

ما هو القصد المراد تحقيقه في التعذيب وكيف يتم التحقق منه أي ملاحقة مرتكبيه؟

نجيب على هذا التساؤل في فرعين على الشكل الآتي:

الفرع الأول: قهر الإرادة والجسد

الفرع الثاني: الملاحقة القضائية لبنانياً ودولياً

(1) راجع: د. عبود السراج، شرح قانون العقوبات العام، منشورات جامعة دمشق، 2014، ص 338.

(2) يُعبر بمصطلح النية عن القصد الجرمي في قانون العقوبات، نصت على ذلك المادة 188: "النية إرادة ارتكاب الجريمة على ما عرفها القانون".

(3) راجع: د. سمير عاليه، الوسيط في شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 296 وما بعدها. للتفصيل راجع: د. مصطفى العوجي، القانون الجنائي، الجزء الأول، النظرية العامة للجريمة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016، ص 590 وما بعدها.

♦ الفرع الأول: قهر الإرادة والجسد

أغفل المشرع في المادة 401 من القانون والمادة الثانية من الاتفاقية تحديد قصد أو مقصد التعذيب بشكل جامع ومانع وإنما مَثَّل له لذلك وجب تحديده منعاً للبس، بينما في نظام روما ارتبط قصد التعذيب بحسب الوصف الجرمي له كجريمة إبادة جماعية أو جريمة ضد الإنسانية أو جريمة حرب؛ اخترنا مصطلح قهر الإرادة والجسد كمقصد عام للتعذيب وعليه نبين خصوصية هذا المصطلح في القانون والاتفاقية والنظام تبعاً:

• أولاً: في القانون والاتفاقية:

أورد القانون والاتفاقية أمثلة عن القصد المراد تحقيقه في التعذيب (نؤكد هنا على أن الألم والعذاب الجسديين والنفسيين نتيجة للتعذيب لا مقصداً له بل هو أيضاً وسيلة لتحقيق القصد) وهي:

1. الحصول على معلومات أو على اعتراف: هو ما اكتفت به المادة 401 قبل تعديلها، وهو الصورة الأكثر شيوعاً للتعذيب، ويقصد به الحصول على معلومات عن جريمة أو الإقرار بارتكاب هذه الجريمة؛
2. العقاب على ارتكاب الأفعال أو الاشتباه بارتكابها: يقصد به استباق إيقاع العقوبة على ارتكاب الجريمة أو حتى الاشتباه بارتكابها، وهو العقاب البدني المُحرَّم دولياً⁽¹⁾.

⁽¹⁾ راجع: المادتين السادسة والسابعة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966، وراجع: المواد 19 و28 و38 من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989. للتفصيل راجع أيضاً: التعليق العام رقم 20 الصادر عن اللجنة المعنية بحقوق الإنسان بتاريخ 1992، على المادة 7 (حظر التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة)، موجود على الموقع الإلكتروني الخاص بمفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=ar&TreatyID=8&DocTypeID=112019/6/15. تاريخ الزيارة: 2006، بخصوص حق الطفل في الحماية من العقوبة البدنية وغيرها من ضروب العقوبة القاسية أو المهينة (المادة 19، والفقرة 2 من المادة 28، والمادة 37، في جملة مواد أخرى)، موجود على الموقع الإلكتروني الخاص بمفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان:

3. التخويف أو الإرغام على القيام بعمل أو الامتناع عنه: لعل ما قصده المشرع الإكراه واستخدام بدلاً عن ذلك بمصطلحين مفسرين للإكراه، ويقصد بالإكراه حمل شخص آخر على شيء يكرهه، وهو ذو نوعين: الإكراه المادي: وهو الناشئ عن قوة مادية تجبر الشخص على القيام بفعل يمنعه القانون أو يمنعه من القيام بفعل يأمره به، الإكراه المعنوي: وهو الناشئ عن خوف الفاعل من اصابته بضرر فادح إذا لم يرتكب الفعل المحرم، أو لم يمتنع عن القيام بفعل يفرض عليه القانون القيام به⁽¹⁾.

4. التمييز: عرّفت الفقرة الأولى من المادة الأولى من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لعام 1965 كما يلي: "أي تمييز أو استثناء أو تقييد أو تفصيل يقوم على أساس العرق أو اللون أو النسب أو الأصل القومي أو الإثني ويستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف بحقوق الإنسان والحريات الأساسية أو التمتع بها أو ممارستها، علي قدم المساواة، في الميدان السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي أو في أي ميدان آخر من ميادين الحياة العامة.

• ثانياً: في نظام روما

جُرّم في المادة 6 المتعلقة بجريمة الإبادة الجماعية (فقرة ب)؛ والمادة 7 المتعلقة بالجرائم ضد الإنسانية (فقرة 1 نبذة و)؛ والمادة 8 المتعلقة بجرائم الحرب (فقرة 2 نبذة أ

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=112019/6/15 . تاريخ الزيارة:

⁽¹⁾ راجع: د. عبد الوهاب حومد، المفصل في شرح قانون العقوبات، القسم العام، المطبعة الجديدة، دمشق، 1990، ص 663 وما بعدها.

الفرع 2 و3 والنبذة ب الفرع 21 والنبذة ج الفرع 1 و2) وعليه نبين مقاصد التعذيب باختلاف الوصف الجرمي⁽¹⁾:

1. **التعذيب كجريمة إبادة جماعية:** يتمثل القصد هنا بنية مرتكب الجريمة استخدام التعذيب لإهلاك الجماعة القومية أو الإثنية أو العرقية أو الدينية كلياً أو جزئياً بصفتها تلك⁽²⁾، ويمكن القول بأنه قصد خاص يهدف لتحقيق غاية معينة وهي هنا الهدف البعيد للإرادة والمتمثل في إفناء الجماعة المستهدفة⁽³⁾.

2. **التعذيب كجريمة ضد الإنسانية:** يتمثل القصد هنا بالقصد الجنائي العام المتكون من العلم والإرادة، حيث يكون على مرتكب الجريمة أن يعلم أنه سيتسبب نتيجة لفعله أو امتناعه بألم شديد أو معاناة شديدة للضحية أو الضحايا وأن يريد إحداث هذا الألم أو المعاناة دون أهمية لوجود هدف آخر، وقد يشترط علم مرتكب الجريمة بظرف خاص في الضحية كمرض جسدي أو نفسي من الممكن مع وجوده أن يؤدي فعله أو امتناعه لإحداث ألم جسدي أو نفسي قد لا يحدث النتيجة ذاتها بالنسبة لشخص آخر لا يعاني ظرفاً مماثلاً⁽⁴⁾.

(1) بينت المادة 30 من نظام روما المقصود بالركن المعنوي في الجريمة الدولية كما يلي: " 1. مالم ينص على غير ذلك لا يسأل الشخص جنائياً عن ارتكاب جريمة تدخل في اختصاص المحكمة ولا يكون عرضة للعقاب على هذه الجريمة إلا إذا تحققت الأركان المادية مع توافر القصد والعلم.

2. لأغراض هذه المادة يتوافر القصد لدى الشخص عندما:

(أ) يقصد هذا الشخص، فيما يتعلق بسلوكه، ارتكاب هذا السلوك؛

(ب) يقصد هذا الشخص، فيما يتعلق بالنتيجة، التسبب في تلك النتيجة أو يدرك أنها ستحدث في إطار المسار العادي للأحداث.

3- لأغراض هذه المادة تعني لفظة " العلم " أن يكون الشخص مدركاً أنه توجد ظروف أو ستحدث نتائج في المسار العادي للأحداث، وتفسر لفظتا " يعلم " أو " عن علم " تبعاً لذلك ."

(2) راجع: د. سهيل حسين الفتلاوي، جرائم الإبادة الجماعية وجرائم ضد الإنسانية، دار الثقافة، عمان الأردن، 2011، ص 178.

(3) راجع: د. أيمن عبد العزيز محمد سلامة، المسؤولية الدولية عن ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، دار العلوم، القاهرة، 2006، ص 134.

(4) راجع: د. سوسن تمرخان بكة، الجرائم ضد الإنسانية في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 357.

3. التعذيب كجريمة حرب: لا يختلف القصد هنا عن قصد التعذيب في الجريمة ضد الإنسانية فهو العلم والإرادة، ولكن يجب أن يعلم الجاني بالظروف الواقعية التي تثبت وجود نزاع مسلح دولي أو غير دولي⁽¹⁾. ويتطلب أيضاً ثبوت نية الجاني تعمده إحداث آلام شديدة⁽²⁾.

♦ الفرع الثاني: الملاحقة القضائية لبنانياً ودولياً

إن التعذيب باعتباره جريمة في قانون العقوبات في لبنان لها قواعد خاصة في الاستقصاء والتحقيق وتختص المحاكم الجزائية العادية في المحاكمة⁽³⁾، أما التعذيب باعتباره جريمة دولية ذات أوصاف مختلفة (إبادة جماعية، ضد الإنسانية، حرب) يخضع للقواعد العامة في التحقيق والمحاكمة وفقاً لنظام روما، وبالتالي نبين أصول الملاحقة القضائية في جريمة التعذيب في لبنان والمحكمة الجنائية الدولية:

• أولاً: الملاحقة القضائية في لبنان

نؤكد أولاً على ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 185 من قانون العقوبات المتعلقة بأسباب تبرير الجريمة: "لا يجوز لمن يلاحق بإحدى الجرائم المحددة في المادة 401 من هذا القانون أن يدلي بأية ذريعة لتبرير فعله كحالة الضرورة أو مقتضيات الأمن الوطني أو أوامر السلطة الأعلى أو أية ذريعة أخرى. لا تعتبر الأوامر بالتعذيب الصادرة عن موظف من أية رتبة أو سلك أو سلطة كان، أوامر شرعية في أية حالة من الأحوال".

(1) ضمّن بعض الفقه جريمة التعذيب ضمن جرائم الاعتداء على الشرف. راجع: د. سهيل حسين الفتلاوي، جرائم الحرب وجرائم العدوان، دار الثقافة، عمان الأردن، 2011، ص 73.

(2) راجع: القاضي أنطونيو كاسيزي، القانون الجنائي الدولي، ترجمة: مكتبة صادر ناشرون، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، 2015، ص 157 وما بعدها.

(3) يختص القاضي المنفرد الجزائي في محاكمة الظنين بجنحة التعذيب (المادة 150 من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني)، وتختص محكمة الجنايات في محاكمة المتهم بجنابة التعذيب. (المادة 233 من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني).

يتبين بوضوح من المادة أعلاه مبدأ عدم جواز تبرير التعذيب⁽¹⁾:

1. وفقاً لحالة الضرورة: يقصد بحالة الضرورة: الظرف أو الموقف الذي يحيط بالإنسان ويجد نفسه مهدداً بخطر جسيم يوشك أن يقع ولا سبيل أمامه للخلاص منه إلا بارتكاب جريمة يطلق عليها جريمة الضرورة⁽²⁾؛
2. تنفيذاً لأوامر السلطة الشرعية: يقصد بإنفاذ الأمر الشرعي الصادر عن السلطة: إلزام القانون القيام بفعل أو يرخص به ولكن يقيد مباشرته بصور أمر من رئيس بذلك⁽³⁾.

ونؤكد ثانياً على ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 10 من قانون أصول المحاكمات الجزائية المتعلقة بأسباب سقوط الدعوى العامة: "تبطل جميع الأقوال التي تم الإدلاء بها نتيجة اي فعل من الأفعال المنصوص عليها في المادة 401 في اية اجراءات، الا إذا كان ذلك ضد شخص متهم بارتكاب التعذيب كدليل على الإدلاء بهذه الأقوال"⁽⁴⁾. يتبين بجلاء من النص أعلاه بطلان كافة أقوال ضحية التعذيب أثناء تعرضه له وأمام أية جهة، خصوصاً: المعلومات المدلى بها من قبله نتيجةً للتعذيب، الاعتراف أو الإقرار بجريمة من قبله نتيجةً للتعذيب.

يستنتى من ذلك أقواله ضد ممارس التعذيب عليه وتعتبر كدليل ضد ذلك الممارس.

(1) نصت المادة الثانية من اتفاقية مناهضة التعذيب على هذا المبدأ كما يلي: " 1. تتخذ كل دولة طرف اجراءات تشريعية أو ادارية أو قضائية فعالة أو أية اجراءات أخرى لمنع أعمال التعذيب في أي اقليم يخضع لاختصاصها القضائي؛

2. لا يجوز التذرع بأية ظروف استثنائية أيا كانت، سواء أكانت هذه الظروف حالة حرب أو تهديدا بالحرب أو عدم استقرار سياسي داخلي أو اية حالة من حالات الطوارئ العامة الاخرى كمبرر للتعذيب؛

3. لا يجوز التذرع بالأوامر الصادرة عن موظفين أعلى مرتبة أو عن سلطة عامة كمبرر للتعذيب ".

(2) راجع: د. علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات القسم العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 711.

(3) راجع: د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دون سنة نشر، ص 342.

(4) يقابل هذا النص نص المادة 15 من اتفاقية مناهضة التعذيب وهو: "تضمن كل دولة طرف عدم الاستشهاد بأية أقوال يثبت أنه تم الإدلاء بها نتيجة للتعذيب كدليل في أية إجراءات، إلا إذا كان ذلك ضد شخص متهم بارتكاب التعذيب كدليل على الإدلاء بهذه الأقوال ".

▪ خصّ المشرع اللبناني جريمة التعذيب بأصول خاصة في الملاحقة وهي:

أولاً: مرور الزمن: نصت المادة 10 من قانون أصول المحاكمات الجزائية في فقرتها العاشرة على أنه: "لا يبدأ سريان مرور الزمن على الجرائم المنصوص عليها في المادة 401 إلا بعد خروج الضحية من السجن أو الاعتقال أو التوقيف المؤقت إذا لم يتبعه سجن".

يؤخذ على المشرع هنا عدم تحديد نوع مرور الزمن هل هو على الدعوى العامة أم على العقوبة، حيث يختلف الأثر القانوني بحسب النوع من حيث المدة ومن حيث الطبيعة القانونية وكيفية حساب المدة⁽¹⁾، وبرأينا إن هذا المرور يتعلق بسقوط الدعوى العامة لوروده ضمن قانون أصول المحاكمات الجزائية وعدم ذكر المشرع للحكم القضائي.

يعتبر مرور الزمن سبب من أسباب سقوط الدعوى العامة، ويرتبط مرور الزمن بالنظام العامة، وينتج عن ذلك الآتي:

1. على النيابة العامة أن تقرر اسقاط الدعوى العامة إذا تحققت من اكتمال مدة مرور الزمن على الفعل وإن لم يتذرع به المدعى عليه؛
 2. على المحكمة أن تحكم بوقف التعقبات إذا ثبت لديها انقضاء مدة مرور الزمن؛
 3. يمكن إثارته في أية مرحلة من مراحل الملاحقة أو المحاكمة⁽²⁾.
- إن مدة المرور في جريمة التعذيب ثلاثة سنوات في جنحة التعذيب وعشر سنوات في جنايات التعذيب.

ثانياً: أصول الاستقصاء والتحقيق: نصت المادة 24 مكرر من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أنه: "1. عند ورود شكوى أو إخبار الى النيابة العامة في شأن الجرائم المنصوص عليها في المادة 401، على هذه النيابة العامة، ضمن مهلة 48 ساعة، ان تقرر إما حفظ الشكوى وإما الادعاء أمام قاضي التحقيق دون اجراء اي استقصاء او تحقيق أولي في هذا الصدد الا من قبلها شخصياً، باستثناء القرارات الضرورية للمحافظة

⁽¹⁾ للتفصيل راجع: د. سمير عاليه، أ. هيثم سمير عاليه، الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 349.

⁽²⁾ راجع: ق.د. عفيف شمس الدين، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 71.

على الأدلة وضبطها وتكليف طبيب شرعي للكشف على ضحية التعذيب المفترضة إذا لم تكن مرفقات الشكوى أو الإخبار تضم تقريراً طبياً من هذا القبيل؛

2. على قاضي التحقيق الناظر في الدعوى أن يتولى بنفسه القيام بجميع إجراءات التحقيق في شأن الأفعال المنصوص عليها في المادة 401 من قانون العقوبات، دون استنابة الضابطة العدلية أو أي جهاز أمني آخر للقيام بأي إجراء باستثناء المهام الفنية؛

3. لأي من النيابة العامة أو قضاء التحقيق أو المحاكم وعلى وجه السرعة اتخاذ التدابير والقرارات الآيلة إلى ضمان حماية مقدم الشكوى والشهود من جميع أنواع المعاملات السيئة أو التهويل نتيجة الشكاوى والإخبارات التي تردهم، ومعاملة ضحايا التعذيب أثناء الاستماع إليهم والمحاكمة، بشكل يحفظ الأدلة والقرائن ويأخذ بالاعتبار حالتهم النفسية الناشئة عن تعرضهم للتعذيب".

تتلخص الأصول الخاصة سندا للمادة أعلاه بما يلي:

1. يجب على النيابة العامة خلال 48 ساعة عند ورد شكوى أو إخبار بخصوص جريمة التعذيب، أن تقرر حفظ الأوراق (أي عدم الادعاء)، أو أن تدعي أمام قاضي التحقيق بجرم التعذيب⁽¹⁾؛
2. يجب على النيابة العامة أن تكلف طبيب شرعي للكشف على ضحية التعذيب؛
3. ينفرد قاضي التحقيق بجميع إجراءات التحقيق بخصوص جرم التعذيب وله أن يعين خبراء في الأمور الفنية؛
4. يجب على المراجع المختصة التالية: النيابة العامة، قاضي التحقيق، القاضي المنفرد الجزائي، محكمة الجنايات. اتخاذ التدابير والقرارات الآيلة إلى ضمان حماية مقدم الشكوى والشهود من جميع أنواع المعاملات السيئة أو التهويل نتيجة

(1) عُرِّفت المادة 27 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الشكوى والإخبار كالاتي: " يُقصد بالشكوى تلك التي تصدر عن شخص متضرر أو وكيله. أما الإخبار فمصدره مخبر عليم بالجريمة أو سمع عنها. لا يُقبل إخبار إلا إذا ورد خطأ ومذنباً بتوقيع واضعه أو وكيله؛ يجب أن يذكر في كل من الشكوى أو الإخبار اسم الشاكي أو المخبر، بشكل واضح وكامل، ومحل إقامته ".

الشكاوى والإخبارات التي تردهم، ومعاملة ضحايا التعذيب اثناء الاستماع إليهم
والمحاكمة، بشكل يحفظ الأدلة والقرائن ويأخذ بالاعتبار حالتهم النفسية الناشئة
عن تعرضهم للتعذيب.

يتبين من خلال الأصول سابقة البيان أنها لا تختلف في الجوهر عن القواعد العامة
في قانون أصول المحاكمات الجزائية اللهم في حصر مباشرة التحقيق ضمن 48 ساعة،
لذلك وجب إلغاء هذه الأصول باعتبارها مكررة لما ورد في القواعد العامة.

ختاماً نشير إلى **حق ضحية التعذيب في التعويض وإعادة التأهيل** الأمر الذي أغفل
ذكره المشرع اللبناني ولكنه لا يختلف والقواعد العامة وما من ضرر من ذكره، ذلك ما
أوردته المادة 14 من اتفاقية مناهضة التعذيب كما يلي:

"1. تضمن كل دولة طرف، في نظامها القانوني، إنصاف من يتعرض لعمل من
أعمال التعذيب وتمتعه بحق قابل للتنفيذ في تعويض عادل ومناسب بما في ذلك وسائل
إعادة تأهيله على أكمل وجه ممكن، وفي حالة وفاة المعتدى عليه نتيجة لعمل من أعمال
التعذيب، يكون للأشخاص الذين يعولهم الحق في التعويض؛

2. ليس في هذه المادة ما يمس أي حق للمعتدى عليه أو لغيره من الأشخاص فيما
قد يوجد من تعويض بمقتضى القانون الوطني".

وترى لجنة مناهضة التعذيب أن كلمة إنصاف في المادة 14 تشمل مفهومي
(الانتصاف الفعّال) و(الجبر)؛ وبالتالي، فإن مفهوم الجبر الشامل ينطوي على رد الحقوق
والتعويض وإعادة التأهيل والترضية وضمانات بعدم تكرار الانتهاكات، ويشير إلى النطاق
الكامل للتدابير اللازمة لإتاحة الإنصاف من الانتهاكات بموجب الاتفاقية⁽¹⁾.

(1) راجع: التعليق العام رقم (3)، تنفيذ الدول الأطراف للمادة 14 "، صادر بتاريخ 2012/12/13، ص 1 الفقرة 2.
موجود على الموقع الإلكتروني الخاص بمفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان:
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=ar&TreatyID=1&DocTypeID=112019/6/15. تاريخ الزيارة: 2019/6/15.

• ثانياً: الملاحقة القضائية في المحكمة الجنائية الدولية

نؤكد أولاً على مبدأ التكامل الخاص بالمحكمة الجنائية الدولية⁽¹⁾، وبمقتضى هذا المبدأ يجب أن تكون المحكمة الجنائية الدولية مكّمة للاختصاص القضائي الوطني ومعنى ذلك: يُحرم على المحكمة ممارسة اختصاصها على قضية وعليها أن تقرر عدم قبول اختصاصها بها كلما أكدت محكمة وطنية على إدخال نفس الأشخاص المتورطين في نفس الجريمة في اختصاص قضاءها؛

وكذلك الأمر إذا كانت الدولة تتمتع بهذا الاختصاص بموجب قانونها الوطني، وإذا كانت قد أجرت التحقيق أو المقاضاة في الدعوى سلطات تابعة للدولة أو قد قررت هذه السلطات بشكل مناسب عدم مقاضاة الشخص المعني؛ وبالإضافة إلى ذلك لا يجوز ملاحقة أي شخص ومحاكمته على سلوك إذا كان قد سبق لذلك الشخص أن ادانته به محكمة أخرى أو برأته منه على أن تكون هذه المحاكمة عادلة ومناسبة⁽²⁾.

لكن؛ يطغى اختصاص المحكمة الجنائية الدولية على الاختصاص القضائي الوطني كلما كانت الدولة غير راغبة أو غير قادرة حقاً على المقاضاة أو التحقيق⁽³⁾.

بيّنت المادة 13 من نظام روما كيفية ممارسة الاختصاص القضائي في الجرائم الدولية والتي يوصف التعذيب ضمن ثلاثة جرائم منها كما يلي:

"للمحكمة أن تمارس اختصاصها فيما يتعلق بجريمة مشار إليها في المادة 5 وفقاً لأحكام هذا النظام الأساسي في الأحوال التالية:

(أ) إذا أحالت دولة طرف إلى المدعي العام وفقاً للمادة 14 حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت؛

(ب) إذا أحال مجلس الأمن، متصرفاً بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، حالة إلى المدعي العام يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت؛

⁽¹⁾ نُصّ على هذا المبدأ في الفقرة العاشرة من ديباجة نظام روما والمواد: (1، 15، 17، 18، 19) منه.

⁽²⁾ راجع: القاضي أنطونيو كاسيزي، مرجع سابق، ص 535.

⁽³⁾ راجع: القاضي أنطونيو كاسيزي، المرجع السابق، ص 536.

ج) إذا كان المدعي العام قد بدأ بمباشرة تحقيق فيما يتعلق بجريمة من هذه الجرائم وفقاً للمادة 15".

يتضح من النص أعلاه أن جريمة التعذيب سواء أكانت ذات وصف إبادة جماعية أو جريمة ضد الإنسانية أو جريمة حرب تتحرك فيها الدعوى في ثلاث حالات وهي:

1. إحالة دولة طرف ملف جريمة دولية أو أكثر إلى المدعي العام للتحقيق فيها؛
2. إحالة مجلس الأمن بموجب قرار تحت الفصل السابع يتضمن ملف جريمة دولية أو أكثر إلى المدعي العام للتحقيق فيها؛
3. تحرك المدعي العام العفوي بالتحقيق بشأن جريمة دولية أو أكثر.

عند اكتمال التحقيق ووجود أساس كافي للمقاضاة، يقوم المدعي العام بتبليغ الدائرة التمهيدية للإحالة إلى الدائرة الابتدائية⁽¹⁾، التي تقوم بإصدار الأحكام القضائية بالإدانة أو البراءة⁽²⁾.

○ الخاتمة

تجلى لدينا من خلال أوراق هذا البحث التعذيب كجريمة في قانون العقوبات اللبناني ومقابلة ذلك في القواعد الدولية، ما يلي:

- مرتكب التعذيب في الغالب موظف عام؛
- يرتكب التعذيب بالأفعال المادية أو المعنوية؛
- تختلف عقوبة التعذيب في لبنان باختلاف الفعل؛
- يتمحور مقصد التعذيب حول قهر الإرادة والجسد؛
- يلاحق مرتكب التعذيب وفقاً لأصول خاصة في لبنان، ومن الممكن أن يلاحق دولياً أمام المحكمة الجنائية الدولية.

وعلى ما سبق بيانه أنفاً نطرح الملاحظات والتوصيات التالية:

(1) راجع: المادة 53 من نظام روما.

(2) راجع: المادة 76 من نظام روما.

1. يلاحظ إغفال المشرع اللبناني تحديد قصد الجاني في التعذيب بشكل جامع ومانع وإنما ذكر أمثلة عليه، لذلك نوصي باعتماد مصطلح قهر الإرادة والجسد كمقصد عام للتعذيب والتمثيل له بما أورده المشرع في المادة 401، مع العلم أن التعذيب يوصّف بالجرم الدولي (الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية، جرائم الحرب) ويرتبط بمقاصدها؛
2. يلاحظ إغفال المشرع اللبناني تحديد نوع مرور الزمن على التعذيب هل هو مرور زمن على الدعوى العامة أم على الحكم القضائي، لذلك نوصي بتحديد ذلك بمرور الزمن على الدعوى العامة لورده النص عليه في قانون أصول المحاكمات الجزائية وعدم ذكر مصطلح الحكم القضائي في النص؛
3. يلاحظ ذكر المشرع اللبناني لأصول خاصة في الاستقصاء والتحقيق في جريمة التعذيب دون طائل، فهي لا تختلف في الجوهر عن القواعد العامة في قانون أصول المحاكمات الجزائية، اللهم في مجال العجلة باتخاذ القرار بالتحقيق أو الحفظ ضمن 48 ساعة وهو أمر منطقي عموماً في مثل هكذا دعاوى، لذلك يجب إلغاء النص؛
4. يلاحظ إغفال المشرع اللبناني تحديد أصول تعويض الضحية عن أضرار التعذيب وإعادة تأهيلها، وذلك لا يخالف القواعد القانونية العامة، لذلك يجب النص على هكذا الأصول أو الاعتماد على ما ورد في اتفاقية مناهضة التعذيب.

الخطأ الطبي في القضاء المدني اللبناني

د. أشرف رمال

يمكن تعريف الخطأ⁽¹⁾ الطبي بأنه عدم قيام أو عدم تقيّد الطبيب بالإلتزامات والقواعد والأصول الطبية الفنية الخاصة التي تفرضها عليه مهنته⁽²⁾. وإن المسؤولية الطبية لا يمكن إعتبارها في التشريع اللبناني من نوع خاص، بل تسوسها القواعد العامة للمسؤولية، بحيث يمكن القول أنه لا يوجد نص خاص في القانون اللبناني ينظمها ويرعاها⁽³⁾. من هنا وجبت العودة الى قانون الموجبات والعقود بالنسبة لمسؤولية الطبيب المدنية⁽⁴⁾.

وإن المعيار المعتمد لمسائلة الطبيب هو المعيار الفني، وبالتالي فالطبيب يكون مسؤولاً عن خطأ فني إذا ثبت إنحرافه عن السلوك لطبيب مثله وفي موقعه ومكانته وبنفس درجته والعبرة في ذلك كما هي الحال في المعيار العام للخطأ، تكون بسلوك طبيب وسط يمثل سواء الأطباء، وسلوك الطبيب الوسط الذي يحاسب بمقتضاه لا بد أن يحدد في ضوء

(1) Issue du latin « *fallita* », action de failliir, et de « *fallere* » qui signifie tromper, échapper à, faire défaut, « *le mot 'faute' évoque dans le même temps l'idée d'obligation et celle de transgression* ». Pour Marcel Planiol, elle désigne le « *manquement à une obligation préexistante* ». Les Romains distinguaient déjà la faute lourde (*culpa lata*) de la faute légère (*culpa levis*) ou même très légère (*culpa levisima*). In, VIALLA F., *Les grandes décisions du droit médical*, 2^{ème} éd., 2014, LGDJ, p. 656.

(2) حسن محيو، مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية، مجلة العدل لسنة 1996، ص. 40.

(3) سامي منصور، المسؤولية الطبية وفق قانون 22 شباط 1994-قانون الآداب الطبية-، مجلة العدل، عدد 4 سنة 2000، ص. 330.

(4) محكمة إستئناف بيروت المدنية، الغرفة الثالثة، قرار رقم 910 تاريخ 1967/5/18، الدكتور يحيى ل. / أحمد س.، النشرة القضائية اللبنانية لسنة 1969، ص. 259.

الظروف الظاهرة التي وجد فيها الطبيب موضوع المساءلة وأهم هذه الظروف هو درجة التخصص التي هو عليها⁽¹⁾.

وقد جاء قانون الآداب الطبية⁽²⁾ الصادر بتاريخ 22 شباط 1994 ليحدد الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب وهي بكل بساطة مجرد مسؤولية طبيب عن عمل مهني. فسندا للمادة 27 فقرتها الأولى⁽³⁾ فإنه «إذا قبل الطبيب معالجة مريض يلزم بتأمين إستمرار معالجته سواء بنفسه أم بالتعاون مع شخص مؤهل وذلك بكل دقة وضمير حي ووفقا لأحدث المعطيات العلمية التي ينبغي أن يتابع تطورها»⁽⁴⁾. وتضيف المادة 28 من ذات القانون بأنه لا يلتزم الطبيب بموجب نتيجة معالجة المريض بل بموجب تأمين أفضل معالجة مناسبة له. وعلى الطبيب أن يقوم بالتشخيص والعلاج اللازمين إذا لزم الأمر بالتعاون مع أشخاص معاونين مؤهلين، ووفقا للمعطيات العلمية الحديثة، وبعد إعطائه وتحديده العلاج الواجب إتباعه يسهر الطبيب على متابعة التنفيذ⁽⁵⁾.

وكما هي الحال في فرنسا منذ قرار Mercier⁽⁶⁾ فإن مسؤولية الطبيب هي مسؤولية عادية ترتكز الى خطأ يرتكبه أثناء ممارسته مهمته الطبية، وتبعاً لذلك فإن الطبيب يكون مسؤولاً إما لإخلاله بموجب قانوني نصت عليه أحكام قانون الآداب الطبية «المادة 120

(1) ميسم النويري، مسؤولية الطبيب في لبنان، النشرة القضائية اللبنانية رقم 3 / 1975، ص. 1287.

(2) قانون الآداب الطبية اللبناني رقم 288 تاريخ 1994/2/22 ج. ر. رقم 9 تاريخ 1994/3/3 ص. 239-250 (المعدل بموجب القانون رقم 240 تاريخ 2012/10/22، ج. ر. رقم 45 تاريخ 2012/10/25 ص. 4877-4888).

(3) محكمة التمييز، الغرفة الجزائرية الثالثة، قرار رقم 57 تاريخ 2018/2/13، المرجع كساندر، 2 / 2018، ص. 434.

(4) BEGUIM A. « Les contours de la faute de technique médicale », RDSS n° 6, année 2019, p. 975.

(5) وجيه خاطر، دور القضاء في المسؤولية الطبية، النشرة القضائية اللبنانية، عدد 11، سنة 1997، ص. 131.

(6) Cass. 1^{re} civ. 20 mai 1936, Docteur Nicolas contre Epoux Mercier D., 1936, I, p. 88, rapp. Jossierand ; Sirey. 1937, I, 321, note Breton ; Gaz. Pal. 1936, 2, jur., p. 41, concl. Matter.

من قانون الموجبات والعقود (م.ع.)⁽¹⁾ وإما لإرتكابه خطأ مقصودا «المادة 121⁽²⁾ والمادة 122⁽³⁾ م.ع.» أو عن إهمال وعدم تبصر «المادة 123⁽⁴⁾ م.ع.»، قد يكون مسؤولاً مسؤولية موضوعية، دون خطأ عن الأضرار الناتجة عن الآلات المستعملة «المادة 131 م.ع.»⁽⁵⁾، كما أنه قد يكون مسؤولاً إستناداً الى الأحكام التي فرضتها المادة 28 من قانون الآداب الطبية⁽⁶⁾ والتي تجعل من موجب الطبيب ليس موجب نتيجة وإنما موجب بذل عناية ولكن ليس العناية العادية بل العناية بصورة متشددة وهي تتمثل بتأمين أفضل معالجة مناسبة للمريض⁽⁷⁾.

وأن أركان المسؤولية تقتض تحقق خطأ بالمعيار الفني وفقاً لسلوك طبيب وسط يمثل سواد الأطباء من درجة التخصص والمرتبة والمكانة عينها للطبيب المشكو من فعله فضلاً

(1) المادة 120: الموجبات القانونية هي التي تستمد مباشرة من القانون دون سواه كالموجبات الكائنة بين ملاك متجاورين أو كديون النفقة التي يوجبها القانون على بعض الأقرباء أو الإنساء. ولما كانت هذه الموجبات تتولد بمعزل عن مشيئة ذوي العلاقة فهي لا تستلزم وجود اهلية على الإطلاق عندهم إلا إذا كان القانون ينص على العكس.

(2) «الجرم عمل يضر بمصلحة الغير عن قصد وبدون حق وشبه الجرم عمل ينال من مصلحة الغير بدون حق ولكن عن غير قصد».

(3) المادة 122: كل عمل من احد الناس ينجم عنه ضرر غير مشروع بمصلحة الغير، يجبر فاعله اذا كان مميزاً، على التعويض...

(4) المادة 123: يسأل المرء عن الضرر الناجم عن اهماله او عدم تبصره كما يسأل عن الضرر الناشئ عن فعل يرتكبه.

(5) المادة 131: ان حارس الجوامد المنقولة وغير المنقولة يكون مسؤولاً عن الاضرار التي تحدثها تلك الجوامد حتى في الوقت الذي لا تكون فيه تحت ادارته او مراقبته الفعلية. وتلك التبعية الوضعية لا تزول الا اذا أقام الحارس البرهان على وجود قوة قاهرة او خطأ من المتضرر. ولا يكفي ان يثبت الحارس انه لم يرتكب خطأ وان وجود تعاقد سابق بين الحارس والمتضرر لا يحول دون اجراء حكم التبعية الناشئة عن الاشياء الا اذا كان في القانون نص على العكس.

(6) المادة 28: لا يلتزم الطبيب بموجب نتيجة معالجة المريض بل بموجب تأمين افضل معالجة مناسبة له. في ضوء ذلك، يترتب على الطبيب الواجبات الآتية: 1) على الطبيب ان يقوم بالتشخيص والعلاج اللازمين اذا لزم الامر بالتعاون مع اشخاص معاونين مؤهلين، ووفقاً للمعطيات العلمية الحديثة، 2) بعد اعطائه وتحديد العلاج الواجب اتباعه يسهر الطبيب على متابعة التنفيذ، 3) في حال رفض المريض العلاج يحق للطبيب التوقف عن متابعته، واذا تبين له ان المريض في خطر، عليه ان يبذل جهده لاقتناعه بالعلاج، وعند الاقتضاء يقوم باستشارة طبيب اخر او اكثر لهذه الغاية.

(7) GENICOT G., *Droit médical et biomédical*, collection de la faculté de droit de l'Université de Liège, 2^{ème} édition (éd.), Larcier 2016., p. 97.

عن توفر ضرر طال المريض أو ورثته من بعده وصلة سببية تربط الخطأ بالضرر⁽¹⁾. ومن مراجعة أحكام وقرارات القضاة الفرنسي والبناني نجد أن المسؤولية المدنية للطبيب تنتج عن ارتكابه ثلاثة أنواع من الأخطاء : يسأل الطبيب عن إهماله (أولاً)، وإذا ارتكب الطبيب عدم تبصر (ثانياً)، وأخيراً، في حال تقصيره في تشخيص مرض (ثالثاً).

○ أولاً: ارتكاب الطبيب إهمالاً (négligence)

الخطأ الطبي يجب أن يكون ناجماً عن عدم معرفة الطبيب لواجباته وذهوله عن المعلومات المعروفة في الوسط الطبي في زمان إجراء العمل الطبي⁽²⁾. وعلى غرار القضاء الفرنسي⁽³⁾ وفي قرار قديم لها بتاريخ 18/5/1967 إعتبرت محكمة الإستئناف المدنية في بيروت،⁽⁴⁾ أنه لا محل في مجال الخطأ الطبي للتفريق بين خطأ جسيم وخطأ يسير لترتيب التبعة على الطبيب إذ لا يستوفي القانون لهذا التفريق فيكفي أن يثبت على الطبيب خطأ لم يكن لياتيه طبيب من أوسط زملائه في مهنته أو في فرعه ولم يكن له أن يقصر به عن مراعاة الأصول المستقرة في فنه حتى تتحقق تبعته⁽⁵⁾.

ومن أبرز صور الإهمال في القضاة اللبناني والفرنسي هو ارتكاب الطبيب خطأ في مراقبة المريض⁽⁶⁾. من جهة القضاء العدلي، إعتبرت محكمة التمييز المدنية في قرارين

(1) محكمة الدرجة الأولى في بيروت، الغرفة السادسة، قرار رقم 166 بتاريخ 2011/12/22، فؤاد ق. / الدكتور ن. ع.، مجلة العدل، عدد 3 سنة 2012، ص. 1503.

(2) www.ma7kama.net القاضي المنفرد الجزائري في المتن، حكم بتاريخ 2018/3/13،

(3) CE, 4 août 1982, Hôpital civil de Tham, D. 1983, IR 317.

(4) محكمة الاستئناف في بيروت، الغرفة المدنية الثالثة، قرار رقم 910 تاريخ 1967/5/18، د. يحيى ل. / أحمد س.، مذكور سابقاً.

(5) سامي منصور، المسؤولية الطبية وفق قانون 22 شباط 1994-قانون الآداب الطبية-، مجلة العدل، عدد 4 سنة 2000، ص. 313.

(6) CA Marseille 12 avril 2018, n°15MA005265, CA Versailles 21 juin 1997, Bull. inf. C. cass. 1^{er} mai 1998, n°533, p. 30 (chute dans une salle de repos) et CE, 24 avr. 1964, Hôpital-hospice de Voiron, Rec, p. 259, RDP 1964, p. 711.

قديمين لها تاريخ 1967/5/23⁽¹⁾ و 1967/11/14⁽²⁾ بأن الطبيب يعتبر مولى فيما يختص بأعماله الخارجة عن نطاق التقنية والفن ويعتبر المستشفى مسؤولاً عن إهمال الطبيب الجراح إجراء المراقبة المستمرة التي تقتضيها حالة المريض وأنه يقع على المستشفى إتخاذ كافة تدابير الحيطة اللازمة والعناية المطلوبة بعد العملية التي تستلزمها حالة المريض. أما لجهة محاكم الأساس، إعتبرت محكمة الإستئناف المدنية في بيروت⁽³⁾ في قرار قديم لها بتاريخ 1974/3/7 بأن ترك الطبيب المريض على سرير الفحص والإنصراف عنه لإهتمام آخر وعدم تقديمه له المساعدة اللازمة في وضعه للنزول عن السرير يشكل إخلالاً بموجباته التي لا تقتصر على الأعمال الفنية الصرفة بل تشمل الأعمال العادية اللازمة لتنفيذ تلك الموجبات كالسهر على صعود المريض الى سرير الفحص ونزوله عنه دون عوائق.

ومن جهة القضاء الإداري، إعتبر مجلس شورى الدولة⁽⁴⁾ في قرار قديم له بتاريخ 1963/5/28 أنه إذا جرى تلقيح ولد ضد الخانوق بواسطة ممرضة في الدائرة الصحية

⁽¹⁾ محكمة التمييز، الغرفة المدنية، قرار رقم 12 تاريخ 1967/5/23، دعوى فايز ي. / مستشفى ج. أ.، مجلة العدل رقم 2 لسنة 1968، ص. 662؛ النشرة القضائية اللبنانية 1968، ص. 1178؛ مجموعة باز لسنة 1967؛ مجموعة حاتم، جزء 78، ص. 51.

⁽²⁾ محكمة التمييز، الغرفة المدنية الثانية، قرار رقم 115 تاريخ 1967/11/14، دعوى يحيى / مستشفى ج. أ.، مجلة العدل رقم 4 لسنة 1968، ص. 662؛ النشرة القضائية اللبنانية 1968، ص. 881؛ مجموعة إجتهاادات حاتم 1973-1984، ج. 82، ص. 50.

⁽³⁾ محكمة الاستئناف في بيروت، الغرفة المدنية الثالثة، قرار رقم 368 تاريخ 1974/3/7، د. فريد ح. / سربوهي ه.، مجلة العدل رقم 1-4 لسنة 1975، ص. 264. وأضافت المحكمة بأن المسؤولية مشتركة بين الطبيب والمريض، وأن يكون بالوسع مؤاخذة الطبيب على عدم تقديم العناية اللازمة للمريض أثناء الفحص فبالوسع أيضا مؤاخذة المريض على عدم تقديم العناية اللازمة لنفسه ولم يكن في وضعه عاجزا عن تلك العناية الكامنة في التحسب للخطوات التي يمكنه أن يقوم بها وتلك التي لا يسعه أن ينفذها على وجه سليم. فكان يجب عليه أن لا يباشر النزول دون مساعدة وأن باشر أن يكون أكثر تحسبا. ترى المحكمة أن المريضة والطبيب ساهما على قدر سواء في تسبب الحادث يتحملان تبعته مناصفة ويسأل الطبيب تجاه المريضة بمقدار نصف الضرر اللاحق بها

⁽⁴⁾ مجلس شورى الدولة، قرار رقم 926 تاريخ 1963/5/28، السيد ميشال ط. / الدولة اللبنانية (وزارة الصحة والإسعاف العام)، النشرة القضائية اللبنانية 1963، رقم 2، ص. 639. الموقع الإلكتروني لمركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية. www.legiliban.ul.edu.lb

البلدية تسبب بوفاته، فإن هذه الدائرة تكون مسؤولة عن وفاته، إن لجهة الخطأ في المراقبة أثناء التلقيح بواسطة طبيب يمكن الإستعانة به وقت الحاجة أو لجهة عدم فحص الولد والتحقق من حالته الصحية قبل إجراء عملية التلقيح ومقدار الجرعة التي يتحملها أو تجزئة الجرعة كي لا يصاب بالصدمة التي أودت بحياته. وأن هذا الخطأ هو من نوع الخطأ الجسيم الذي يرتب على البلدية مسؤولية التعويض عن الأضرار اللاحقة بالوفاة المتوفي الناشئة عن إهمال دوائرها الصحية⁽¹⁾.

وأيضاً، من صور الإهمال عدم قيام طبيب أخصائي جراحة عامة بموجب إستشارة أخصائي في الشرايين، وعدم اللجوء الى الوسائل العلمية والتقنية⁽²⁾ مما أدى الى حرمان المريض من فرصة المعالجة. في هذا الإطار إعتبرت محكمة الدرجة الأولى في البقاع⁽³⁾ في حكم لها بتاريخ 2004/11/13 أن كون الطبيب أخصائياً بالجراحة العامة وحائزاً على أعلى درجات التخصص من أكبر جامعات الطب في العالم، وكونه مؤهلاً لإجراء عمليات جراحة اليد لا تنفي من ناحية أولى إمكانية ارتكابه لخطأ، كما أنها تشكل، من ناحية ثانية، عاملاً مشدداً، في حال ثبوت هكذا خطأ. وتبين أن الطبيب تجاهل أمر الغرغرينا التي طرأت على رؤوس أصابع مريضه تجاهلاً كلياً، وأنه أغفل حتى محاولة التصدي لها ومعالجتها، وأنه أهمل في حال كان عاجزاً عن تقديم العناية اللازمة، أو كانت هذه العناية خارجة عن إختصاصه أو إمكاناته.

وأن هذه الأمور، بالإضافة الى عدم لجوء الطبيب الى الوسائل العلمية والتقنية المتوفرة لتشخيص أسباب إصابة الأصابع بالغرغرينا الناشفة وسماعه بمغادرة المريض للمستشفى بالرغم من حالته تلك. تشكل شذوذاً واضحاً وصارخاً على السلوك السليم الذي كان ليتبعه كل طبيب متعقل، حريص، ومتبصر. كما أنها تشكل تجاوزاً صريحاً لموجب العناية الملحق

(1) سامي منصور، المسؤولية الطبية وفق قانون 22 شباط 1994-قانون الآداب الطبية-، مجلة العدل، عدد 4 سنة 2000، ص. 315.

(2) Cass. 1^{re} civ. 6 fév. 2013, n°12-17423, Bull. civ. I, n°10.

(3) محكمة الدرجة الأولى في البقاع، الغرفة الثانية، حكم رقم 55 بتاريخ 2004/11/13، جورج ر. / الطبيب ولجنة مستشفى، مجلة العدل، عدد 4 سنة 2005، ص. 859.

على عاتق الطبيب، وخطأ مهنيا مولدا لمسؤولية الطبيب، وبالنتيجة فإن أخطاء الطبيب تتمثل بعدم إستعماله الأجهزة المختصة لفحص الدورة الدموية في أصابع المريض، وإعطائه الإذن بخروج المريض من المستشفى، وعدم إستشارة أو حتى إقتراح إستشارة طبيب أخصائي آخر. وأن أخطاء الطبيب حرمت الطفل من فرصة معالجة الغرغرينة ومن فرصة الشفاء منها؛ وأدت بالتالي، الى تفاقم الإصابة والى بتر أصابع يد المريض. وأن حرمان المريض من فرصة الشفاء، وتقويت هذه الفرصة عليه، تربط هي أيضا مسؤولية الطبيب⁽¹⁾.

وكما هي الحال في فرنسا⁽²⁾، تدخل المجازفة غير المبررة طبيا ضمن صور الإهمال⁽³⁾ الذي يرتكبه الطبيب. فقد إعتبرت محكمة الاستئناف المدنية في البقاع⁽⁴⁾ في قرار لها بتاريخ 2010/7/1 بأن المضاعفات الخطيرة الحاصلة أثناء عملية الولادة، والخيار الخاطئ المعتمد من قبل الطبيب بالتوليد طبيعيا والإستمرار بهذا الخيار بالرغم من المخاطر الجسيمة على صحة الوالدة والجنين أديا بالنتيجة الى إستئصال الرحم للوالدة نتيجة حصول نزيف حاد أثناء الولادة وبعد خروج الجنين والى تقطيب مجرى الكلية عن طريق الخطأ من قبل الطبيب، وتركه أحد الشرايين بدون تقطيب الأمر الذي إستمر معه النزيف مما أوصل المريضة الى حالة شديدة الخطورة ومضاعفات لاحقة إستوجبت معالجتها لاحقا بإجراء سد للشريان النازف والى علاجات لاحقة.

قرار محكمة الإستئناف هذا جاء ليصدّق ما ذهب إليه محكمة الدرجة الأولى في البقاع⁽⁵⁾ في حكمها بتاريخ 2004/11/3 التي إعتبرت أنه، إذا كانت عملية الإشراف على

(1) خليل جريج، الخطأ المهني، النشرة القضائية اللبنانية لعام 1976، ص. 76.

(2) Article R. 4127-40 du CSP « Le médecin doit s'interdire, dans les investigations et interventions qu'il pratique comme dans les thérapeutiques qu'il prescrit, de faire courir au patient un risque injustifié ». V. CE 24 octobre 2018, n°404606, site internet du Légifrance, www.legifrance.gouv.fr.

(3) Cass. 1^{re} civ. 3 nov. 2016, n°15-25348 et Cass. 1^{re} civ. 18 sep, 2008, n°07-13080, Bull. civ. I, n°206, Cass. 1^{re} civ. 4 janv. 2005, n°03-13579, Bull. civ. I, n°5.

(4) محكمة الاستئناف المدنية في البقاع، الغرفة الثانية، قرار رقم 139 تاريخ 2010/7/1، الدكتور و. أ. / لورا ص.، صادر في الإستئناف، القرارات المدنية، 2012، ص. 154؛ مجلة العدل، 2013، عدد 3، ص. 1427.

(5) محكمة الدرجة الأولى في البقاع، الغرفة الثانية، حكم رقم 52 بتاريخ 2004/11/3، لور ص. ورفاقها / الطبيب غسان ز.، مجلة العدل، عدد 1 سنة 2006، ص. 370.

الحمل والتوليد، شأنها شأن أي عمل طبي آخر، تحمل مخاطر ملازمة لها إنطلاقاً من طبيعتها ومن عوامل جسم كل امرأة وخصائصه وخصوصيته وخصوصية كل حمل، فإنه يبقى أن لهذه العملية قواعد وأساليب وتقنيات عامة متعارف ومتفق عليها، يتبعها ويعمل بها كل طبيب متبصر، حريص، ومتيقظ، لتفادي تعريض سلامة المرأة والجنين للخطر؛ وأن إهمال هذه القواعد أو إحداها، وتجاوزها، وقبول المجازفة حيث يمكن الإستعاضة عن هذه المجازفة بما هو أضمن، يشكل خطأ يسأل عنه الطبيب، لأن المجازفة غير جائزة وغير مقبولة في العمل الطبي إلا في الحالات القصوى، حيث تصبح (المجازفة) الملاذ الأخير وحيث تحمل المجازفة بحد ذاتها الأمل الوحيد لمحاولة شفاء المريض أو لإنقاذه⁽¹⁾؛ ومن جهة أولى، إن إختيار الطبيب طريق الولادة الطبيعية في ظل ظروف المريضة وإعطاء هذه الأخيرة مقويا للطلق (وكل ذلك خلافاً للأعراف السائدة) تضمن مجازفة كبيرة، غير مبررة طبياً وعلمياً، وغير لازمة، وهي مجازفة ما كان ليتخذها الطبيب المتعقل، لا سيما وأن ما حدث للمريضة ولجنينها كان يمكن توقعه وهو ناتج عن وضعها الصحي السابق ومرتبب به، ولم يكن نتيجة قوة قاهرة من غير الممكن توقعها: ومن جهة ثانية، وبعد مباشرة عملية الولادة الطبيعية، وبعد ظهور الصعوبات التي واجهت هذه الولادة ولازمتها، وبعد ظهور بوادر معاناة للجنين، إن الطبيب أصرّ على رأيه، وإستمر في سعيه لإنجاز الولادة بالطريقة الطبيعية، بدلا من أن يلجأ الى العملية القيصرية الفورية تداركا للأخطار؛ ومن جهة ثالثة، وبعد إستئصال بيت الرحم، إن الطبيب إرتكب خطأ طبياً⁽²⁾ واضحا عندما أقدم على تقطيب أحد مجري البول، وعندما أهمل توصيل أحد الشرايين الذي إستمر في النزف؛ وأخيراً، يفترض بالطبيب النسائي الذي يقع على عاتقه موجب متابعة مراحل الحمل مساعدة المرأة الحامل على وضع مولودها بشكل سليم وآمن، أن يعمد الى دراسة المخاطر وموازنتها في ضوء المعطيات المتوفرة لديه عن حالة المريضة، وأن يتوقع مسار الأمور في ضوء علمه وأختصاصه ومعرفته وخبرته، وأن يختار بالتالي طريقة الولادة الأنسب والأضمن والأسلم، حتى قبل حلول المخاض؛ والأمر لا يشكل بأي حال

(1) توفيق خيرالله، مسؤولية الطبيب الجراح عن خطئه المهني، بيروت 2000، ص. 495.

(2) LECA A., *Droit de l'exercice médical en clientèle privée*, LEH 2008, p. 274.

(تكهنًا) بل تبصرا ويقظة! وبالنتيجة فإن الطبيب يكون مسؤولاً عن مجمل الأضرار التي لحقت بالمريضة، في ضوء خطئه الأول والأهم، المتمثل في المجازفة غير المبررة طبياً التي إعتدها عندما إختار توليد المريضة بالطريقة الطبيعية، مخاطراً بمصير الحمل وبسلامة المريضة وجنينها، وفي ضوء الأخطاء المتعددة التي إرتكبها قبل وخلال وبعد عملية التوليد، وفي ضوء عدم وجود أية قوة قاهرة⁽¹⁾.

○ ثانياً: إرتكاب الطبيب خطأ في التشخيص (Faute de diagnostic)

إن قانون الآداب الطبية اللبناني يلزم الطبيب بموجب المادة 22 منه بأن يضع تشخيصه بكل دراية بقطع النظر عما يستغرق هذا العمل من وقت. والتشخيص المذكور يقوم على تحديد المرض وتعيين خصائصه وأسبابه، وذلك باللجوء الى جميع الوسائل الفنية التي يضعها العلم تحت تصرفه حتى يأتي تشخيصه للمرض صائباً ولا يكتفى فقط بمجرد الفحص السطحي حتى لا يأتي الرأي متسرعاً⁽²⁾.

وكما هي الحال في فرنسا⁽³⁾، يتجلى الخطأ بتقصير الطبيب في تشخيص المرض⁽⁴⁾. في هذا الإطار، إعتبرت محكمة الإستئناف المدنية في بيروت⁽⁵⁾ بقرار لها تاريخ 2012/2/13 أنه سندا للمادة 28 من قانون الآداب الطبية لا يلتزم الطبيب بموجب نتيجة معالجة المريض بل بموجب تأمين أفضل معالجة مناسبة له. وعلى الطبيب أن يضع دائماً

(1) خليل جريج، نواحي خاصة في مسؤولية الطبيب المدنية، النشرة القضائية، رقم 3 لعام 1964، ص. 13.

(2) القاضي المنفرد الجزائري في المتن، حكم بتاريخ 2018/3/13، www.ma7kama.net، خطأ في عدم تشخيص حالة السمنة المريضة

(3) Article R. 4127-33 du CSP « Le médecin doit toujours élaborer son diagnostic avec le plus grand soin, en y consacrant le temps nécessaire, en s'aidant dans toute la mesure du possible des méthodes scientifiques les mieux adaptées et, s'il y a lieu, de concours appropriés ».

(4) CAA Paris 24 mai 2018, n°16PA02100, www.legifrance.gouv.fr, CE 21 déc. 2007 n°289328, centre hospitalier de Viennes, AJDA 2008, p. 135, RFDA 2008, p. 348 et p. 1023 et p. 1036, CA Lyon 1^{er} déc. 1981, D. 1982, jur. 276, Cass. civ. 4 oct. 1966, D. 1967, jur. 297, note Savatier, Cass. civ. 2 fév. 1960, D. 1960, jur. 501, CA Paris 2 déc. 1957, JCP 1958, II, 10616.

(5) محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، الغرفة الحادية عشر، قرار رقم 3 تاريخ 2012/2/13، صادر في الإستئناف، القرارات المدنية 2012، ص. 154؛ مجلة العدل 2012، ص. 870.

التشخيص والعلاج بالتعاون، إذا لزم الأمر مع أشخاص معاونين مؤهلين ووفقا للوضع الحالي للطب⁽¹⁾ ودونما ممارسة تعسفية⁽²⁾.

وتوفرت القناعة للمحكمة من أن الطبيب لم يكن على بينة كاملة من الخطوة التي أقدم عليها عند إجراء العملية، وما يعزز هذه القناعة هو أنه لو كان عالما بالوضع الحقيقي للورم والخطورة الناجمة عن العملية لكان وضع الأهل في صورة واضحة عن المخاطر وتحديدًا إمكانية حصول الوفاة، إذ أن ما أورده من تبرير لعدم إعلام الأهل ليس مقنعا بالنظر الى طبيب من مثل خبرته وأن هذا التبرير فإنه إن دلّ على شيء فهو يفيد بأن الطبيب ذاته لم يكن على بينة كاملة من وضع المريض، ما يشكل تقصيرا في تشخيص مرض بهذه الخطورة. وبالنتيجة إعتبار الطبيب مقصرا في تشخيص خطورة المرض لثبوت أنه لم يكن على بينة كاملة من خطورة الورم ومن حجمه وإمتماده قبل إجراء الجراحة لإيضاح بعد العملية من خلال صورة ctscan أن الورم مشرش في الدماغ غير ممكن إزالته بسبب قربيه من الأماكن الحيوية.

وكذلك فإن الخطأ في التشخيص يعتبر متوفرا في حال التأخر في إجراء العملية للمريض نتيجة للتشخيص الخاطيء⁽³⁾. فقد إعتبرت محكمة الدرجة الأولى في بيروت⁽⁴⁾ في حكم بتاريخ 2015/7/13 بأن الطبيب أخطأ في تشخيص وضع المريضة إذ إعتبر أن العملية الأولى هي كافية وللنتيجة التي كانت تصبو إليها في حين يجب إجراء عملية ثانية لرفع خدها حتى تؤدي العملية الأولى وفي حال نجاحها بالكامل دون أية مضاعفات، الى النتيجة المرجوة، وهذا الأمر يدل بأن الطبيب لم يشخص بشكل صحيح وضع عيني المريضة لأنه لم يعتبر بأن العملية الأولى يجب أن يتبعها عملية ثانية وهي رفع خدي

⁽¹⁾ Article R. 4127-32 du CSP « Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents ».

⁽²⁾ DIAB N. « La faute médicale en droit libanais », *Revue Al Adel* n°1-3, année 2000, p. 147.

⁽³⁾ **CE 19 mars 2003**, CHRU de Caen, Rec, 2003, p. 138, **CE 7 janv. 1976**, Leclrec, *RD* 1976, p. 932, *RDSS* 1977, obd. F. Moderne., **CE 18 nov. 1966**, Consorts Gojat, Rec., p. 613.

⁽⁴⁾ محكمة الدرجة الأولى في بيروت، غرفة سادسة، حكم رقم ٧٠٨ تاريخ ١٣/٧/٢٠١٥، كريستيان ص. / د. أن، مجلة العدل ٢٠١٥/٤، ص ٢١٦٧.

المريضة، مما يشكل خطأ في التشخيص قام به الطبيب عملاً بالمادة 122 موجبات وعقود⁽¹⁾.

وكان يقتضي على الطبيب إجراء عملية ثانية للمريضة خلال فترة الستة أشهر من العملية الأولى كحد أقصى حتى يتمكن من تصحيح المضاعفات الناتجة عن العملية المذكورة، علماً أن هذا التصحيح غير أكيد النتيجة، لكن تبين للمحكمة بأن الطبيب قرر إجراء عملية تصحيح بعد الفترة المذكورة مما أدى إلى إضعاف نسبة نجاح العملية الأولى وهذا ما يشكل خطأ بمفهوم المادة 122 المذكورة قام به الطبيب تجاه المريضة إذ بخطئه هذا أضعف حظوظ نجاح عملية التصحيح في عينيها وأخطأ طبياً في مرحلة متابعة وضعها كمريضة لديه. وأنه كان على الطبيب إخضاعها لفحص شيرمر الذي يعطي نتيجة 70 أو 80 بالمئة ويبين ما إذا كانت عينا الشخص تتحمل العملية ولا تؤدي إلى مضاعفات وذلك في ضوء صعوبة العملية الأولى التي إستخف بها الطبيب مما يشكل إهمالاً من قبل هذا الأخير بمقتضى المادة 123 موجبات وعقود.

ومن ناحية أخرى، يتحمل الطبيب مسؤولية تسرعه في التشخيص والمسارة في إجراء عمل جراحي قبل إستنفاد الطرق الأقل خطورة. في هذا الإطار وبحسب محكمة الدرجة الأولى في البقاع⁽²⁾ في حكم لها بتاريخ 2005/10/6 إن تسرع الأطباء في تشخيص حالة المريض خلافاً للواقع وقبل إستكمال الوسائل العلمية والتقنية المتوفرة لإستكشاف مرضه ومسارعتها إلى إجراء عمل جراحي تمثل في عمليات التنظير قبل استنفاد الطرق الأقل خطورة يشكل خطأ واضحاً وإهمالاً صارخاً لموجبات الطبيب ويوجب مساءلتها وإلزامها بالتعويض.

فمن جهة أولى، إذا كان **الخطأ في التشخيص** لا يرتب مبدئياً أية مسؤولية على الطبيب، فإنه يشترط لذلك أن يكون الطبيب قد إعتد جميع الوسائل العلمية والتقنية المتوفرة

⁽¹⁾ DIAB N. « Le droit du patient à l'information médicale », *Revue Al-Adel*, n°1 / 2014, p. 52.

⁽²⁾ محكمة الدرجة الأولى في البقاع، الغرفة الثانية، حكم رقم 35 بتاريخ 2005/10/6، توفيق س. / طبيبان، مجلة العدل، عدد 1 سنة 2006، ص. 380.

وأجرى كل الفحوصات السريرية والتحاليل وصور الأشعة...ألخ الضرورية للتوصل الى التشخيص السليم والأقرب الى الواقع⁽¹⁾. وإن المدعى عليهما الطبيين تخليا عن وسيلة إستكشاف سهلة وغير خطيرة، كان الطبيب المعالج قد أوصى بإعتمادها، ولجأ فوراً الى تدخل جراحي خطر. وأن الطبيين تجاوزا وخالفا رأي الطبيب المعالج وأهملا ما أوصى به طبيب الأشعة وأهملا نتيجة صورة التي جاءت إيجابية ولم تظهر أي خلل في المعدة أو محيطها⁽²⁾.

وقد صدر قرار عن اللجنة التأديبية لدى نقابة أطباء لبنان بتوجيه عقوبة اللوم الى الطبيين المدعى عليهما، كونهما قاما بمتابعة عمل جراحي ظهر أنه دقيق وصعب، بواسطة المنظار بدل إجراء عملية جراحية عادية. وأن المدعى عليهما أقدمتا رغم ذلك على جرح البنكرياس وعلى تشريح الأوردة، مع أنه لم يكن من المفترض أساسا التعرض للبنكرياس، وهو لم يكن موضع الداء، كما أقدمتا، بعد ذلك، وفي سبيل تضميد الجراح التي أحدثتها، الى (كبسنة) مواضعها، وقد أدت إحدى الكبسونات الموضوعية بشكل غير مناسب الى تسكير مجرى البنكرياس. وأن في كل ما تقدم خطأ واضح من قبل الجراح في تشغيل الآلة والأدوات الطبية المعتمدة في العمل الجراحي. وأن مسؤولية المدعى عليهما تكون ثابتة في ضوء الأخطاء المتعددة التي إرتكباها.

ومن جهة أخرى، فإن التسرع غير المبرر في إجراء العملية نتيجة الخطأ في التشخيص يؤلف خطأ يسأل عنه الطبيب. في هذا المعنى إعتبرت محكمة الإستئناف المدنية في بيروت⁽³⁾ بقرار لها تاريخ 2002/5/9 بأن أشار الأطباء على المريض بإجراء تنظير gastroscopie فرفض المريض ذلك وأجريت العملية دون التنظير وتم إستئصال المعدة والطحال وقسم من البنكرياس والكبد وتبين من تقرير المختبر أن الأعضاء التي جرى

(1) BEGUIM A. « Les contours de la faute de technique médicale », RDSS n° 6, année 2019, p. 979.

(2) سامي منصور، المسؤولية الطبية وفق قانون 22 شباط 1994-قانون الآداب الطبية-، مجلة العدل، عدد 4 سنة 2000، ص. 314.

(3) محكمة الاستئناف في بيروت، الغرفة المدنية الثالثة، قرار رقم 946 تاريخ 2002/5/9، المحامي وجدي أ. ورفاقه / الدكتور فيصل ن. ومستشفى ج. أ.، مجلة العدل، 2002، عدد 2-3، ص. 359.

فحصها في المختبر لا تظهر وجود ورم خبيث وأن الخطأ كان في التشخيص والتسرع في إجراء العملية فقد تم إستئصال بعض الأعضاء الحيوية إستنادا الى فرضية الإشتباه بوجود أورام خبيثة، دون التأكد من صحة هذه الفرضية قبل القيام بتلك العملية تأكدا قاطعا حاسما من شأنه تبرير عملية الإستئصال. وأخيرا فإن قيام الطبيب الجراح بتنفيذ عملية الإستئصال في الظروف الموصوفة أعلاه سواء بتجاهله التقارير التي تنفي وجود سرطان، أو بعدم إطلاعها أو إنتظاره لتقارير مخبرية تصف الحالة بدقة، تدل على تسرع غير مبرر من قبله بإجراء العملية التي تقاوم وضع المريض نتيجة للعملية المعقدة ووفاته بعد حوالي عشرين يوما، الأمر الذي لم يكن ليحصل لو سلك الجراح مسلكا مغايرا، بحيث لا يقرر مسار العلاج الملائم إلا بعد الحصول على رأي قاطع حاسم حول حالة المريض.

○ ثالثا: إرتكاب الطبيب عدم تبصر (maladresse)

يرتكب الطبيب عدم تبصر أثناء إجرائه عملية جراحية بواسطة المنظار تطبيقا للمواد 121 و122 و123 موجبات وعقود. في هذا الإطار وفي قرار لها بتاريخ 2011/11/24 إعتبرت محكمة التمييز المدنية⁽¹⁾ أن الطبيب أجريا عملية جراحية للمريض بواسطة المنظار وأخذا خزعة من البنكرياس لفحصها مما أدى الى نزيف في البنكرياس، الأمر الذي إستوجب كبسنة الجرح لإيقاف النزيف وبعد ذلك حصلت مضاعفات وإلتهابات للمريض وتمت معالجته من قبل أطباء جدد الذين أقدموا على إستئصال جزء من البنكرياس والطحال. فتكون الصلة السببية بين كبسنة الجرح وإستئصال جزء من البنكرياس والطحال ثابتة. فالطبيب الإختصاصي في الجهاز الهضمي الذي كان يعالج المريض أوصى بإجراء صورة منظار للبطن عبر الفم لكن أحد الطبييين رفض ذلك وفضل إجراء عملية جراحية بالمنظار في البطن لأخذ خزعة من البنكرياس.

(1) محكمة التمييز، الغرفة المدنية الثانية، قرار رقم 93 تاريخ 2011/11/24، المرجع كساندر رقم 11 لسنة 2011، ص. 1999؛ مجموعة باز رقم 50 سنة 2011، ص. 476.

والطبيب الأخصائي المعين من قبل المحكمة أوضح أنه يستحسن، في حال حصول مضاعفات لدى المريض، وهي مضاعفات عادية وتحصل، التحول من الجراحة بواسطة المنظار الى الجراحة المفتوحة وهذا ما لم يفعله الطبيبان وبالتالي يكونان قد ارتكبا خطأ بإجراء عملية جراحية في البطن بواسطة المنظار، في الوقت الذي لم يكن وضع المريض في هذه المرحلة يستوجب مثل هذه العملية. وإن ما صدر عن الطبيبين يشكل عدم تبصر منهما إذ كان عليهما أن يتجنبنا العملية في هذه المرحلة بانتظار الصورة التي إقترحها الطبيب المعالج وعدم التبصر يدخل ضمن مفهوم الخطأ وفقا للمادة 123 موجبات وعقود إذ كان قانون الآداب الطبية يعتبر أن موجب الطبيب هو موجب بذل عناية وليس موجب نتيجة، فإن ذلك لا يعفي الطبيب من إتخاذ الإجراءات اللازمة قبل العملية وأثنائها وبعدها لتأمين سلامة المريض⁽¹⁾.

وأن إهمال الطبيب متابعة المريض بعد إجراء العملية يشكل عدم تبصر من جانبه. في هذا الإطار أعلنت محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان⁽²⁾ في حكم حديث لها بتاريخ 2019/1/17 مسؤولية طبيب متخصص في جراحة الأنف والأذن والحنجرة، أجرى عملية جراحية في أنف مريض في الخامسة والستين من العمر.

وتمثل عدم التبصر بإحجام الطبيب رغم علمه بالمضاعفات-المتمثلة بآلام مبرحة في الجيوب الأنفية بنتيجة وضع الفتائل، وصولا الى إصابته بنزيفين- عن مقابلة المريض قبل الموعد المحدد وعن إدخاله الى المستشفى للوقوف على حالته الصحية المستجدة سعيا للحد من تلك المضاعفات الخطرة.

واعتبرت المحكمة أنه كان يجب على الطبيب في أقل تقدير أن يعاين مريضه سريريا لتحديد سبب إنزعاجه، وفي حال عدم توصله الى نتيجة كان عليه إعلامه بضرورة التوجه الى المستشفى فورا لإجراء الفحوصات اللازمة، وخصوصا أن الأخير كان قد تعرض لنزيفين سابقا ونظرا لحالته الصحية ولعمره فما كان عليه الإستخفاف بحالة مريضه والطلب

(1) حسن محيو، مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية، مجلة العدل لسنة 1996، ص. 40.

(2) محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الخامسة، حكم رقم 53 بتاريخ 2019/1/17، سميرة معلوف ورفيهاها / الدكتور ب. ر.، مجلة العدل، عدد 3 سنة 2019، ص. 1504.

منه المغادرة وملاقاته في المستشفى في اليوم التالي. وبالنتيجة، يكون الطبيب قد أهمل وأخلّ بواجبه ولم يعر مريضه الإهتمام اللازم فيكون تصرفه لهذه الناحية يشكل خطأ من جانبه في المعالجة والتقدير مخالفاً بذلك الموجبات المفروضة على عاتقه عملاً بأحكام الفقرة الثانية من المادة 28 من قانون الآداب الطبية رقم 288 تاريخ 1994/2/22. وتطبيقاً للمادتين 28 من قانون الآداب الطبية والمادة 123 موجبات وعقود يرتكب الطبيب إهمالاً في حال التقصير في بذل العناية بعدم إتباع القواعد المتعارف عليها⁽¹⁾. في هذا الصدد إعتبرت محكمة الدرجة الأولى في بيروت⁽²⁾ في حكم بتاريخ 2011/12/22 إن الطبيب يلتزم بموجب بذل العناية تجاه مريضه وفقاً لأصول مهنته بحيث لا يسأل إذا نفذ إلتزامه في بذل العناية على الشكل المطلوب وإن لم يبلغ الغاية التي توخاها طالما أنه لم يؤخذ عليه تقصير في ما بذل من عناية أو إعتماده وسيلة لا تقرها أصول الطب كما لم يخرج في تنفيذ إلتزامه عن سلوك طبيب من أوسط الأطباء كفاءة وخبرة وتبصر ودقة في تخصصه ومستواه المهني. وعلى ضوء المادة 28 المذكورة فإن موجب العناية لا يقصد به العناية العادية بل العناية بصورة متشددة وهي تتمثل بتأمين أفضل معالجة مناسبة للمريض. وأن الطبيب لم يغفل فقط في بذل العناية بصورتها المتشددة والمتمثلة بتأمين أفضل معالجة مناسبة للمريض بل ذهب أبعد من ذلك بحيث أقدم على إرتكاب خطأ، وأن ما حصل هو نتيجة فعل جناه يده وإهمال لم يكن متبصراً له ويكون بالتالي قد تصرف بخلاف ما تقتضيه الأصول المهنية والطبية ويؤخذ عليه تقصير في ما بذل من عناية وإهمال في إتباع القواعد المتعارف عليها والمسلم بها في علم الطب وهو من خلال تصرفاته والتي ألحقت ضرراً مباشراً بالمريض يكون قد خرج عن أصول الطب.

(1) BERGOIGNAN-ESPER CI et DUPONT M., *Droit hospitalier*, 10^{ème} éd., 2017, Dalloz, p. 951.

(2) محكمة الدرجة الأولى في بيروت، الغرفة السادسة، حكم رقم 166 بتاريخ 2011/12/22، فؤاد ق. / الدكتور ن. ع.، *مجلة العدل*، عدد 3 سنة 2012، ص. 1503.

وأخيراً فيما يتعلق بإثبات الخطأ الطبي المدني⁽¹⁾، إعتبرت محكمة التمييز المدنية⁽²⁾ في قرار لها بتاريخ 20/12/2006 أنه تطبيقاً للمادة 123 موجبات وعقود التي تنص على أن يسأل المرء عن الضرر الناجم عن إهماله أو عدم تبصره، فإن إثبات الإهمال أو عدم التبصر هي مسألة واقع تدخل ضمن سلطة محكمة الإستئناف التقديرية ولا تخضع لرقابة محكمة التمييز، وأن هذا الإثبات يكون بجميع الطرق⁽³⁾.

(1) TRUCHET D., *Droit de la santé publique*, 9^{ème} éd., Dalloz, 2017, p. 282.

(2) محكمة التمييز، الغرفة المدنية الثانية، قرار رقم 124 تاريخ 20/12/2006، المرجع كساندر رقم 12 لعام 2006، ص. 2206.

(3) وجيه خاطر، دور القضاء في المسؤولية الطبية، *النشرة القضائية اللبنانية*، عدد 11، سنة 1997، ص. 125.

حماية الملكية الأدبية والفنية في ضوء التشريع والاجتهاد

د. نجاه جرجس جدعون

قام لبنان، منذ العشرينات، بدورٍ رائدٍ في حماية أصحاب الفكر والابتكار ومنتجاتهم في المجالات الأدبية والفنية والعلمية والصناعية، تشجيعاً منه للإبداع الفكري وتأكيداً على أهمية الإبداع البشري في تقدّم وتطور المجتمعات والحضارات. فكان القرار رقم 2385، تاريخ 1924/1/17، الرامي إلى حماية الملكية التجارية والصناعية والأدبية والفنية والموسيقية⁽¹⁾، التشريع الأول في الأقطار العربية كافة الذي حمى الملكية الفكرية. أمّا بالنسبة للدول العربية فقد تنبّه معظمها إلى أهمية حقوق المؤلف وضرورة حمايتها ورعايتها. فنظمت الجامعة العربية أول معاهدة عربية لحماية حقوق المؤلف⁽²⁾.

(1) إن القانون اللبناني لحماية حقوق المؤلف الذي صدر في 17 كانون الثاني سنة 1924 بموجب القرار رقم 2385، الصادر عن المفوض السامي الفرنسي، قد سُمّي، في ذلك الحين، نظام حقوق الملكية التجارية والصناعية. وبذلك، كان لبنان البلد الأول في الشرق الأوسط الذي اعتمد قانوناً لحماية حقوق المؤلف. وقد عدّل القانون اللبناني لحماية حقوق المؤلف مرّات عدّة. فقد عدّل مرة أولى سنة 1926 بموجب القرار رقم 526 الصادر عن المفوض السامي الفرنسي في 22 أيلول سنة 1926، ومرة ثانية في سنة 1937 بموجب القرار رقم 170 الصادر عن المفوض السامي الفرنسي في 6 كانون الأول سنة 1937، ومرة ثالثة في سنة 1938 بموجب القرار رقم 164 الصادر عن المفوض السامي الفرنسي في 8 كانون الأول سنة 1938، ومرة رابعة في سنة 1946 بموجب قانون صادر عن السلطات اللبنانية في 31 كانون الأول سنة 1946، ومرة خامسة وأخيرة في سنة 1969 بموجب القانون الصادر عن السلطات اللبنانية في 23 أيار سنة 1969.

(2) أصدرت المملكة العربية السعودية في شهر كانون الأول سنة 1990 أول قانون لحماية الملكية الأدبية في الجزيرة العربية. وقد حذت بلدان عربية أخرى حذو السعودية فعُدلت جمهورية مصر العربية القانون المصري لحماية حقوق المؤلف في حزيران من سنة 1992، وأصدرت الإمارات العربية المتحدة قانونها الفدرالي لحماية حقوق المؤلف في السنة نفسها، وتبعتها المملكة الأردنية الهاشمية التي أصدرت قانونها الجديد لحماية حقوق المؤلف في السنة نفسها أيضاً، كما أصدرت البحرين قانونها الأول لحماية حقوق المؤلف في سنة 1993.

وعملاً على استمرارية هذا الدور وتفعيله، فقد وقّع لبنان اتفاقيات دولية ترمي إلى حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة لضمان حماية أفضل وأشمل لهذه الحقوق. ففي العام 1947، أنضمّ لبنان إلى اتحاد برن لحماية الآثار الأدبية والفنية. كما وقّع، عام 1959، الاتفاق العالمي لحماية حقوق المؤلف UCC. كما أبرم، عام 1997، المعاهدة الدولية حول حماية فناني الأداء ومنتجات التسجيلات الصوتية وهيئات الإذاعة (المعروفة بمعاهدة روما 1961). هذا وقد قرّر لبنان المصادقة على التعديلات الأخيرة لمعاهدة برن والإلتزام باتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (TRIPS AGREEMENT 1994) عبر انضمامه إلى منظمة التجارة العالمية (WTO). ومن جهة أخرى، قرّر لبنان، بموجب اتفاقية الشراكة مع المجموعة الأوروبية، بذل أقصى جهد للإنضمام، في أقرب فرصة ممكنة، إلى معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف (WCT) ومعاهدة الويبو بشأن الأداء والتسجيل الصوتي (WPPT). وتجدر الإشارة إلى أن الاتفاقية قد وقّعت رسمياً في 17 حزيران 2002، وصادق عليها مجلس النواب في الثاني من كانون الأول 2002. وقد دخلت الاتفاقية الانتقالية حيز التنفيذ في 1 آذار 2003.

إضافة إلى ذلك، عمّد لبنان، أواخر التسعينات، إلى تطوير تشريعاته المتعلقة بالملكية الفكرية عبر اعتماد تشريعات جديدة ومعاصرة في كافة المجالات ذات الصلة، لا سيما حماية الملكية الأدبية والفنية بموجب القانون رقم 75 تاريخ 1999/4/3 والمتعلق بـ "حماية الملكية الأدبية والفنية"، وذلك ليحلّ محلّ الباب السابع من قانون 1924 المذكور أعلاه. ويرمي هذا القانون إلى تأمين الحماية لأصحاب حقوق المؤلف والحقوق المجاورة مستلهماً أحكامه من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، لا سيما معاهدة برن ومعاهدة روما واتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية إضافة إلى معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف (WCT) ومعاهدة الويبو بشأن الأداء والتسجيل الصوتي (WPPT)، أخذاً بعين الاعتبار ما توصلت إليه العلوم في القرن المنصرم من ثورة في تكنولوجيا المعلومات وتطور في العالم المرئي والمسموع. إن قانون حماية حقوق المؤلف ليس بالقانون الوحيد الذي ينظّم

ويرعى حماية حقوق المؤلف في لبنان . فالمواد 722 إلى 729 من قانون العقوبات اللبناني تنص على أحكام قانونية تتعلق بالملكية الأدبية.

إن هذا التطور التشريعي الذي أنفرد به لبنان دون غيره في المنطقة العربية إنما هو دليل ساطع على الإهتمام والرعاية التي أولاها المشرع اللبناني لحق المؤلف . وفي هذا الصدد، نُشيرُ إلى أن القانون الجديد، أي القانون رقم 99/75، قد دخل حيز التنفيذ اعتباراً من تاريخ 14/6/1999، وهو يتألف من 101 مادة موزعة على 12 فصل. وهو يشتمل على أحكام جديدة أبرزها ما يلي:

تضمن القانون في الفصل الأول منه تعريفات لتعابير ومفاهيم جديدة (كبرنامج الحاسب الآلي والحقوق المجاورة وغيرها) من جهة، وأدخل، من جهة أخرى، تعاريف جديدة لتعابير قديمة (كأداء العمل والنقل إلى الجمهور والأداء العلني والبث والتسجيل السمعي)، بما يتلاءم مع تطور هذه المفاهيم في عصرنا الحالي.

وقد أعتبر القانون المذكور برامج الحاسب الآلي من المصنقات الأدبية المحمية بموجب حق المؤلف. وأفرد فصلاً خاصاً للحقوق المجاورة. كما أفرد فصلاً خاصاً يتعلق بجمعيّات وشركات إدارة الحقوق الجماعية.

وأعتبر الإيداع، بموجب هذا القانون، إختيارياً، على أنه يُشكّل قرينة على ملكية المُودع للعمل أو المُنتج الفني.

كما تضمن أحكاماً تتعلق بالإجراءات التَحْفُظِيَّة اللازمة لمنع وقوع أيّ اعتداءٍ وشيكٍ على حقوق المؤلف والحقوق المُجاورة.

وهنا، أسئلة تُطرح في هذا المجال:

ما هو حق المؤلف؟ ما هي الحقوق المُجاورة؟

بمّ تتميز الأحكام المُتعلّقة بمدة الحماية القانونية وإيداع الأعمال الأدبية والفنية؟

ما هي الإجراءات التَحْفُظِيَّة والعقوبات التي يفرضها القانون في هذا الخصوص؟

وبالتالي كيف تتم مكافحة أعمال القرصنة؟

وعليه، وبناءً على ما تقدّم، فإنّ حماية الملكية الأدبية والفنية تطرح الإشكالية المتعلقة بمعرفة مدى أهميّة تلك الحماية ومفاعيلها لناحية حقّ المؤلف والحقوق المجاورة والإجراءات التّحفظيّة والعقوبات التي يفرضها القانون في هذا المجال، بحيث بات حلّ هذه الإشكالية ضروريّاً وملحّاً. الأمر الذي خصّصنا لدراسته البحث التالي بعد تقسيمه إلى قسمين على الشّكل الآتي:

- القسم الأوّل: نتناول فيه دراسة مفهوم حماية الملكية الأدبية والفنية.
- القسم الثّاني: نخصّصه لدراسة مفاعيل حماية الملكية الأدبية والفنية.

○ القسم الأوّل: مفهوم حماية الملكية الأدبية والفنية

◆ تمهيد وتقسيم:

تشبه حقوق الملكية الأدبية والفنية غيرها من حقوق الملكية. فهي تسمح للمبدع أو مالك البراءة أو العلامة التجاريّة أو حقّ المؤلف بالاستفادة من مصنّفه أو أستثماره. و ترد هذه الحقوق في المادّة 27 من الإعلان العالميّ لحقوق الانسان الذي ينصّ على الحقّ في الاستفادة من حماية المصالح المعنويّة والمادّيّة النّاجمة عن نسبة النّتاج العلميّ أو الأدبيّ أو الفنّيّ إلى مؤلّفه.

الأمر الذي سننوّليّ دراسته بالتّفصيل ضمن البابين التّالين على النّحو الآتي:

الباب الأوّل: ماهيّة حماية الملكية الأدبية والفنية.

الباب الثّاني: الإستثناءات الواردة على حماية الحقوق المادّيّة.

◆ الباب الأوّل: ماهيّة حماية الملكية الأدبية والفنية

إنّ حقّ المؤلف مصطلح قانونيّ يصف الحقوق الممنوحة للمبدعين في مصنّعاتهم الأدبية والفنية. وتتمتع الحقوق المادّيّة للمؤلف بالحماية طيلة مدّة حياة المؤلف يُضاف

إليها مدّة خمسين سنة تسري اعتباراً من نهاية السنة التي حصلت فيها وفاة المؤلّف أو آخر مؤلّف في حالة الأعمال المُشتركة، كما سنرى لاحقاً.

وتنقسم الملكية الأدبيّة والفنيّة إلى فئتين: حقّ المؤلّف والحقوق المجاورة.

وهنا، يُطرح السّؤال الهامّ التّالي:

ما هي الحقوق التي يمنحها ويحميها القانون رقم 75 تاريخ 1999/4/3 المتعلّق

بـ "حماية الملكية الأدبيّة والفنيّة"؟

تُعتبر الحقوق الفكريّة والأدبيّة والفنيّة من الحقوق المعنويّة غير المحسوسة، وهي من إبداع الفكر والدّهن البشريّ، وتعطي لمؤلّفها حقّ احتكار استغلالها مادّيّاً ومعنويّاً. وقد عرّفت المادّة الأولى من القانون اللّبنانيّ رقم 75/99 المؤلّف بأنّه الشّخص الطّبيعيّ الذي يبتكر عملاً ما. فالمؤلّف هو كلّ شخص يقوم بابتكارٍ أو بخلقٍ فكريّ أو إنتاجٍ ذهنيّ، أيّاً كان نوعه أو طريقة التعبير عنه، بصرف النّظر عن قيمته؛ إذ إنّ المصنّف الهزيل يُحمى كما يُحمى المصنّف المبدع والرائع. ويُعتبر عنصر الابتكار المعيار الأساسيّ لتحديد الحقوق الفكريّة، وحقّ المؤلّف.

ولا يُصدّ من الحقوق الفكريّة للمؤلّف ابتكار آراء وأفكار أو أشياء وأختراعات غير معروفة من قبل، بل أنّ يتميّز ذلك الابتكار بطابعٍ خاصّ يُبرز الشّخصيّة المميّزة لمؤلّفه، وذلك من خلال موضوع الابتكار أو طريقة عرضه أو ترتيبه أو التعبير عنه.

وقد أشار القانون اللّبنانيّ رقم 75/99 إلى وجوب توفير الحماية القانونيّة للحقوق المتعلّقة بالمؤلّفات المعلوماتيّة؛ إذ تشمل الحماية برامج الحاسب الآليّ (Computer Programs) الذي يُعتبر مجموعة من الأوامر المُعبّر عنها بكلمات أو برموز أو بأيّ شكل آخر يُمكن للحاسب أن يقرأها لتأدية أو لتنفيذ مهمّة معيّنة أو لإعطاء نتيجة محدّدة.

• أوّلاً: الأعمال المشمولة بالحماية القانونيّة

حدّدت المادّة الثّانية من قانون حماية الملكية الأدبيّة والفنيّة رقم 75/99 الأعمال المشمولة بالحماية القانونيّة. فنصّت على أنّ هذا القانون يحمي جميع إنتاجات العقل

البشري، سواء كانت كتابية أو تصويرية أو نحتية أو خطية أو شفوية، مهما كانت قيمتها وغايتها، ومهما كانت طريقة أو شكل التعبير عنها.

ويتضح من ذلك أن الأعمال المشمولة بالحماية القانونية لا تقتصر فقط على الكتاب، بل تتناول أيضًا كل إنتاج وأبتكار ذهني، أيًا كانت طريقة التعبير عنه، كأن يكون ذلك التعبير بالكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة أو العرض أو العزف أو الإلقاء أو السرد أو التمثيل أو الرقص أو أية طريقة أخرى، مباشرة أو بواسطة أي جهاز أو وسيلة. فالمؤلف لا يقتصر فقط على الكاتب، بل يشمل الرسام والمصور والمحاضر والخطيب والموسيقي والممثل والنحات والمغني وكل من وضع إنتاجًا ينطوي على قدر من الابتكار. وتعتبر الأعمال المعددة في المادتين 2 و3 من القانون المذكور على سبيل المثال لا الحصر، مشمولة بالحماية، وهي:

- 1- الكتب والمحفوظات والكتيبات والمنشورات والمطبوعات وكافة الأعمال الأدبية والفنية والعلمية الكتابية الأخرى.
- 2- المحاضرات والخطب والأعمال الشفهية الأخرى.
- 3- الأعمال السمعية والبصرية والصور الفوتوغرافية.
- 4- الأعمال الموسيقية سواء كانت مصحوبة أو غير مصحوبة بكلام.
- 5- الأعمال المسرحية والمسرحيات الموسيقية.
- 6- الأعمال التي تؤدي بحركات أو بخطوات فنية والتمثيلات الإيمائية.
- 7- أعمال الرسم والنحت والحفر والزخرفة والنسج والليتوغرافيا.
- 8- الرسوم والصور المختصة بفن العمارة.
- 9- برامج الحاسب الآلي مهما كانت ملفاتها، بما في ذلك الأعمال التحضيرية.
- 10- الخرائط والتصاميم والمخططات والمجسمات الجغرافية والطوبوغرافية والهندسية والعلمية.
- 11- أعمال الفن البلاستيكي من أي نوع كانت سواء كانت مخصصة للصناعة أو غير مخصصة لها.

12- كافة الأعمال الفرعية، شرط عدم الإخلال بحقوق مؤلف العمل الأصلي؛ مثل
ترجمات الأعمال وتكييفها لفن من الفنون وتحويلها، وإعادة التوزيع الموسيقي،
ومجموعات الأعمال ومجموعات المعلومات سواء كانت في شكل مقروء آلياً
أم أي شكلٍ آخر، المُجازة من قِبَل صاحب حقّ المؤلف أو خلفائه العموميين
أو الخصوصيين، شرط أن يكون اختيار أو ترتيب المضمون مبتكراً.

• ثانياً: الأعمال غير المشمولة بالحماية القانونية

بعد أن عدّد المُشرع اللبناني الأعمال الأدبية والفنية التي تشملها الحماية على سبيل
المثال لا الحصر، جاء، في المادة 4 من القانون رقم 75/99، ما يُحدّد حصراً الأعمال
غير المشمولة بالحماية القانونية، وهي:

- 1- نشرات الأخبار اليومية.
 - 2- القوانين والمراسيم الاشتراعية والمراسيم والقرارات الصادرة عن كافة سلطات وأجهزة
الدولة وترجماتها الرسمية.
 - 3- الأحكام القضائية بكافة أنواعها وترجماتها الرسمية.
 - 4- الخطب المُلقاة في الاجتماعات العامة والجمعيات، على أن الخطب والمرافعات
التي تخصّ شخصاً واحداً لا يحقّ إلاً لذلك الشخص جمعها ونشرها.
 - 5- الأفكار والمعطيات والوقائع العلمية المُجردة.
 - 6- كافة الأعمال الفنية الفولكلورية التراثية، غير أن الأعمال التي تستلهم الفولكلور
تُعتبر مشمولة بالحماية.
- أمّا بالنسبة لحقوق المؤلف في الملكية الفكرية، فقد اعتبرت المادة 5 من القانون
رقم 75/99 أن الشخص الذي يبتكر عملاً أدبياً أو فنياً له، بمجرد ابتكاره، حقّ الملكية
المطلقة على هذا العمل، ودونما حاجة لذكره، احتفاظه بحقوقه أو لقيامه بأية إجراءات
شكلية. وتنقسم حقوق المؤلف إلى نوعين: معنوية ومادية.

أ- الحقوق المعنوية:

وهي حقوق أدبية، غير مادية، تتصل بشخصية المؤلف، وهي تعبر عن الصلة الوثيقة بين المؤلف ومؤلفه، وتخوله سلطات متعددة تؤكد أبوته الفكرية عليه وتكفل احترامه. فلا يجوز التصرف بالحق المعنوي، ولا يجوز التنازل عنه، ولا يجوز الحجز عليه، إنما يجوز انتقال تلك الحقوق إلى الغير عن طريق الوصية أو قوانين الإرث (المادة 22). وكل تصرف خلافاً لذلك يُعتبر باطلاً ولو كان برضاء المؤلف. وهذه الحقوق المعنوية هي حقوق مؤبدة أبدية، لا تنقضي بمدة معينة، ولا يسري عليها مرور الزمن، وهي تبقى ملازمة للمؤلف حتى بعد وفاة مؤلفه (المادة 35).

وقد حددت المادة 21 من القانون عينه الحقوق المعنوية العائدة للمؤلف، وهي: حق إشهار العمل وتحديد طريقة إشهاره ووسيلتها، وحق المطالبة بأن يُنسب العمل إليه كمؤلف، وبأن يُذكر اسمه على كل نسخة من نسخ العمل في كل مرة يستعمل فيها العمل استعمالاً علنياً، والحق بأن يستعمل اسماً مستعاراً أو أن يبقى اسمه مجهولاً، وحق منع أي تحوير أو تطوير أو تعديل أو تغيير في العمل قد يُسيء إلى شرفه أو سمعته أو شهرته أو مكانته الفنية الأدبية والعلمية، وحق التراجع عن عقود التنازل أو التصرف بالحقوق المادية حتى بعد نشرها، إذا كان ذلك التراجع ضرورياً للمحافظة على شخصيته وسمعته لتغيير في معتقداته أو ظروفه، شرط تعويض الغير عن الضرر الناتج عن هذا التراجع.

ب- الحقوق المادية:

للمؤلف وحده الحق في استغلال مؤلفه مادياً. وتعتبر الحقوق المادية للمؤلف حقاً منقولاً، ويمكن التفرغ عنها كلياً أو جزئياً (المادة 16). ويُعتبر الحق المالي للمؤلف حقاً مؤقتاً بطبيعته، وليس أبدياً، كما هي الحال في الحق المعنوي؛ إذ إن الحماية القانونية للحق المادي تسقط بعد مرور المدة التي حددها القانون كما سنرى لاحقاً.

وقد حددت المادة 15 من القانون ذاته الحقوق المادية للمؤلف، وهي: حق نسخ وطبع وتسجيل وتصوير العمل بجميع الوسائل المتوافرة، وحق ترجمة العمل إلى لغة أخرى

أو اقتباسه أو تعديله أو تحويله أو تلخيصه أو تكيفه أو إعادة توزيع العمل الموسيقي، وحق بيع وتوزيع وتأجير العمل، وحق أستيراد نسخ من العمل مصنوعة في الخارج، وحق أداء العمل، وحق نقله إلى الجمهور بأية طريقة أو وسيلة كانت.

وفي هذا الصدد، نُشيرُ إلى قرار صادر عن محكمة التمييز المدنية اللبنانية يتضمّن النقاط الأساسية التالية: عقد مقاوله - فقدان الأساس القانوني - قانون حماية الملكية الفكرية والأدبية - مخالفة القانون - تمييز أصلي - تمييز طارئ - حق التقدير - تعويض - فقدان الأساس القانوني - إساءة استعمال الحق - محكمة الأساس - عطل وضرر - سبب تمييزي - مخالفة القانون - فسخ العقد - تفسير العقد - تشويه مضمون المستندات - حق المؤلف - حق مادي - عقد استغلال.

ردت محكمة التمييز المدنية السبب التمييزي المبني على تشويه مضمون العقد وتفسيره تفسيراً خاطئاً لأنّ العقد لم يكن واضحاً حول ما قصده الفريقان في ما إذا كانت الحلقة تساوي عدّة فقرات أصول محاكمات مدنية. إنّ الحلقة تساوي فقرة واحدة، وبالتالي فإنّ محكمة الاستئناف حينما استعملت حقها في تفسير مضمون العقد غير الصريح، وإنّها لم تشوّه مضمونه.

كما ردّت محكمة التمييز السبب التمييزي المبني على فقدان القرار المطعون فيه الأساس القانوني. وقد أعتبرت أنّ الفقرة 6 من المادة 708 أصول المحاكمات المدنية قد نصّت على الحالات الحصرية التي يُمكن معها القول بعدم توافر الأساس القانوني وأنّ الخطأ في التعليل لا يندرج ضمنها.

كما ردّت السبب التمييزي المبني على مخالفة المادة 241 موجبات وعقود والمتعلّق بالجهة التي أساءت استعمال حقها بالفسخ، مُعتبرة أنّ هذه المسألة هي مسألة واقع تختصّ بها محكمة الإستئناف ولا تخضع لرقابة محكمة التمييز، وتوصلت إلى أنّ المميّزة "... يترتّب عليها التعويض لأنّها أقدمت على الفسخ دون أي مبرّر قانوني.

وقد قبلت محكمة التمييز السبب التمييزي الطارئ المبني على مخالفة المادة 17 من قانون حماية الملكية الفكرية والأدبية رقم 99/75، مُعتبرة أنّ القرار الاستئنافي أغفل الشرط

الواجب توافره كي يكون التفرغ عن الحقوق المادية للمؤلف صحيحاً، وهو حفظ نسبة مئوية من الإيرادات له.

صدقت الحكم الابتدائي في ما ذهب إليه من أن المدعية أي المميّزة طارئاً - المرتبطة بعقد مقاوله مع...، تخضع لقانون حماية الملكية الفكرية والأدبية وإبطاله للعقد الموقع بين المميّزة... والتمييزة طارئاً السيدة...، لأنه أتى مخالفاً للمادة 17 من القانون رقم 99/75 التي تنص على إلزامية مشاركة المؤلف بنسبة معينة من الإيرادات عن عمليات البيع والاستغلال⁽¹⁾.

إلا أن كل ما تقدّم يطرح الإشكالية المتعلقة بمعرفة الاستثناءات التي ترد على حماية الحقوق المادية للمؤلف. الأمر الذي خصّصنا لدراسته الباب التالي.

♦ الباب الثاني: الإستثناءات الواردة على حماية الحقوق المادية

نصّ المُستريح اللبناني في المادة 23 وما يليها من القانون رقم 75/99 على بعض الإستثناءات على حقوق المؤلف المادية لعدة اعتبارات تتعلق بتعميم المعرفة وعدم تقييد العلم ونشر الثقافة ومراعاة للمصلحة العامة. ومن هذه الاستثناءات:

- **الإستثناء الأول:** أجازت المادة 23 المذكورة لأيّ شخص طبيعي، من أجل استعماله الشخصي والخاص، أن ينسخ أو يسجل أو يصور نسخة واحدة من أيّ عمل محمي قانوناً من غير إذن أو موافقة صاحب حق المؤلف ومن دون دفع أيّ تعويض له شرط أن يكون العمل قد نُشر بشكل مشروع. ولا يُعتبر استعمالاً شخصياً وخاصاً الإستعمال ضمن شركة أو في أيّ مكان عمل آخر. إلا أنه لا يجوز تنفيذ العمل الهندسي بشكل بناء كامل أو جزئي، ولا نسخ أو تسجيل أو تصوير أيّ عمل نُشر منه عدد محدود من النسخ الأصلية، ولا تصوير كتاب

⁽¹⁾ تمييز مدني، قرار رقم 104، تاريخ 2013/12/5، الرئيس راشد طقوش/، الأعضاء: الخوري/ شربل، مركز الدراسات والأبحاث في المعلوماتية القانونية (المعروف بـ "مركز المعلوماتية القانونية")، فرع من فروع كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية في الجامعة اللبنانية، cij@ul.edu.lb.

كامل أو جزء كبير منه، ولا تسجيل أو نقل مجموعات المعلومات بكافة أنواعها، ولا تسجيل أو نسخ برامج الحاسب الآلي.

• **الإستثناء الثاني:** وُضِعَ هذا الإستثناء مراعاةً لمصلحة المؤسسات التربوية والجامعية والمكتبات العامة التي لا تتوخى الربح. فأجاز لها المُشترع اللبناني، بموجب المادتين 25 و 27 من القانون رقم 75/99، من غير موافقة المؤلف ومن غير دفع أي تعويض له، نسخ أو تصوير عدد محدود من نسخ برامج الحاسب الآلي، شرط أن يكون بحوزتها نسخة واحدة أصلية على الأقل، من أجل وضعها بتصرف الطلاب والجامعيين على سبيل الإعارة المجانية، كما يحق للطلاب أن ينسخ أو يصور نسخة واحدة لأستعماله الشخصي.

• **الإستثناء الثالث:** يجوز، من غير موافقة المؤلف ومن غير دفع أي تعويض له، أستعمال جزء محدود من العمل المنشور بشكل شرعي أو من مقالات منشورة في الصحف والمجالات، من أجل نقد العمل أو من أجل دعم وجهة نظر ما، أو من أجل الإستشهاد، أو لغاية تعليمية ما، شرط ألا يتجاوز حجم القسم المُستعمل ما هو ضروري ومُتعارف عليه في مثل هذه الحالات، وشرط أن يذكر دائماً اسم المؤلف والمصدر (المادة 2/25 والمادة 26).

• **الإستثناء الرابع:** يجوز، بموجب قرار من وزير الثقافة والتعليم العالي ومن غير موافقة المؤلف أو دفع أي تعويض له، نسخ أو تصوير أو تسجيل نسخة من عمل سمعي وبصري ذي قيمة فنية خاصة من أجل الإحتفاظ بها في محفوظات الوزارة، وذلك عندما يرفض المؤلف بشكلٍ مُجحفٍ السّماح بتسجيل تلك النسخة (المادة 28).

• **الإستثناء الخامس:** يجوز، بدون موافقة المؤلف أو دفع أي تعويض له، نسخ أو تصوير أو تسجيل نسخة من عمل ما لأستعماله في إجراءات قضائية أو إدارية ضمن الحدود اللازمة لهذه الإجراءات (المادة 29).

• **الإستثناء السادس:** يجوز لوسائل الإعلام، من غير موافقة المؤلف أو دفع أي تعويض له وضمن الحدود الإعلامية، استعمال مقتطفات قصيرة من الأعمال المتعلقة بأحداث معينة، شرط ذكر أسم المؤلف والمصدر، وكذلك نشر صور لأعمال متواجدة في أماكن عامة مفتوحة للجمهور (المادتان 30 و31).

• **الإستثناء السابع:** يجوز، بدون موافقة المؤلف أو دفع أي تعويض له، عرض أو أداء عمل علنيًا خلال المناسبات والحفلات الرسمية ونشاطات المؤسسات التعليمية وفي المتاحف أو في كاتالوجات معدة لتسهيل بيع العمل، شرط ألا يضر ذلك بالمصالح القانونية للمؤلف (المواد 32، 33 و34).

وقبل أن نختم الباب الحالي، لا بدّ من الإشارة إلى موضوع على درجة كبيرة من الأهمية يتعلّق بالحقوق المجاورة. فقد نصّت المادة 35 من القانون رقم 75/99 على أنه يُعتبر أصحابًا للحقوق المجاورة مُنتجو التسجيلات السمعية وشركات ومؤسسات البثّ التلفزيوني والإذاعي ودور النشر والفنانون المؤدّون كالممثلين والعازفين والمطربين وأعضاء الجوقات الموسيقية والراقصين وفناني مسرح الدمى المتحركة وفناني السيرك.

ووفقًا للمادة 36 من القانون ذاته، فإنّه تُمنح الحماية لمنتجات التسجيلات السمعية

في كلّ من الحالات الآتية:

أ- إذا كان مُنتج التسجيل السمعي لبنانيًا أو يحمل جنسية بلد عضو في إتفاقية روما الدولية لحماية الفنانين الموقّعة في روما بتاريخ 1961/10/26.

ب- إذا تمّ أول تثبيت للصوت في دولة عضو في الإتفاقية المذكورة أعلاه.

ج- إذا نُشر التسجيل السمعي لأول مرة في دولة عضو في الإتفاقية المذكورة أعلاه.

إذا كان التسجيل السمعي قد نُشر لأول مرة في دولة غير منضمة إلى إتفاقية روما المذكورة ثم نُشر في دولة عضو في هذه الإتفاقية خلال فترة ثلاثين يومًا من تاريخ النشر الأول، يُعتبر هذا التسجيل السمعي وكأنّه نُشر لأول مرة في الدولة العضو.

وعملاً بالمادة 37 من القانون عينه، فإنّه تُمنَح الحماية للفنانين المؤدّين في كلّ من

الحالات الآتية:

أ- عندما يجري الأداء في لبنان أو في دولة منضمة إلى اتّفاقيّة روما المذكورة أعلاه.

ب- عندما يثبت الأداء على تسجيل سمعيّ تشمله الحماية المنصوص عليها في

المادة (36) من هذا القانون.

ج- عندما يثبت الأداء غير المثبت على تسجيل سمعيّ من خلال برنامج تشمله

الحماية المنصوص عليها في المادة (38) من هذا القانون.

أمّا المادة 38 من القانون نفسه فقد نصّت على أنّه تُمنَح الحماية لمؤسّسات وشركات

الإذاعة والتلفزيون في كلّ من الحالتين الآتيتين:

أ- إذا كان المركز الرئسيّ للمؤسّسة أو الشركة في لبنان أو في دولة منضمة إلى

اتّفاقيّة روما المذكورة أعلاه.

ب- إذا تمّ بثّ البرنامج بواسطة جهاز إرسال موجود في لبنان أو في إقليم دولة

منضمة إلى اتّفاقيّة روما المذكورة أعلاه.

كما نصّت المادة 39 من القانون ذاته على أنّه، مع مراعاة احكام المادة 15 من هذا

القانون⁽¹⁾ يحقّ للفنانين المؤدّين أن يُجيزوا أو يمنعوا ما يأتي:

(1) نصّت المادة 15 من القانون رقم 75/99 على ما يلي:

يكون لصاحب حقّ المؤلف وحده الحقّ في أستغلال العمل مادنيًا وله في سبيل ذلك الحقّ الحصريّ في إجازة أو منع ما يأتي:

- نسخ وطبع وتسجيل وتصوير العمل بجميع الوسائل المتوافرة بما فيها التصوير الفوتوغرافي أو السينمائي أو على

أشرطة وأسطوانات الفيديو أو الأشرطة والأسطوانات والأقراص مهما كان نوعها أو بأية طريقة أخرى.

- ترجمة العمل إلى لغة أخرى أو اقتباسه أو تعديله أو تحويله أو تلخيصه أو تكيفه أو إعادة توزيع العمل الموسيقيّ.

- بيع وتوزيع وتأجير العمل.

- إستيراد نسخ من العمل مصنوعة في الخارج.

- أداء العمل.

- نقل العمل إلى الجمهور سواء كان ذلك سلكيًا أو لاسلكيًا وسواء كان ذلك عن طريق الموجات الهرتزية أو ما شابهها

أو عن طريق الأقمار الصناعيّة المرّمة وغير المرّمة. ويشمل ذلك التلقاط البثّ التلفزيوني والإذاعيّ العادي أو

الآتي عن طريق القمر الصناعيّ وإعادة إرساله إلى الجمهور بأية وسيلة تُتيح نقل الصوّت والصّورة".

- بثّ أدائهم غير المثبت أو نقله إلى الجمهور إلا إذا كان البثّ أو النّقل بمثابة إعادة لبثّ حفلة أُجيزَ بثّها سابقاً.
 - تثبيت أو تسجيل أدائهم الذي لم يُثبت بعد على أيّة مادّة ملموسة.
 - نسخ وبيع تأجير التّسجيلات التي تتضمّن تثبيثاً غير مُجاز لأدائهم.
- ووفقاً للمادّة 42 من القانون عينه، فإنّه يعود لشركات ومؤسسات وهيئات الإذاعة والتلفزيون، المشار إليها في المادّة 38 من هذا القانون، أن تُجيزَ أو تمنع ما يأتي:
- إعادة بثّ برامجها بأيّة طريقة كانت.
 - عرض برامجها التّلفزيونيّة في أماكن يُسمَح الدّخول إليها لقاء دفع بدل دخول.
 - تسجيل برامجها على مواد ملموسة إذا كانت الغاية منه تجاريّة.
 - إستنساخ تسجيلات غير مُجازة من برامجها التّلفزيونيّة والإذاعيّة.
- وفي هذا السّياق، نُشير إلى قرار صادر عن محكمة التّمييز الجزائريّة اللّبنانيّة يتضمّن النّقاط الأساسيّة التّالية: إختصاص - تعديّ - قاضي التّحقيق - إختصاص نوعي - قضاء لبنانيّ - سبب تمييزيّ - خارج لبنان - محكمة المطبوعات - مخالفة القانون - ملكيّة فكريّة - بثّ تلفزيونيّ.
- اعتبرت محكمة التّمييز الجزائريّة أنّ محكمة استئناف الجنح أخطأت عندما اعتبرت أنّ القضاء الجزائريّ العادي هو المختصّ للنظر في الدّعوى بموضوع التّعديّ على الملكيّة الفكريّة، باعتبار أنّ محكمة الاستئناف استندت في قرارها إلى القانون رقم 1994/353 الذي هو قانون مؤقّت، وقد ألغيّ لاحقاً بموجب قانون البثّ التّلفزيونيّ والإذاعيّ⁽¹⁾.
- بناءً على ما تقدّم، يقتضي القول إنّه للشخص الذي يبتكر أثرًا أدبيًا أو فنيًا حقّ الملكيّة المطلقة على هذا الأثر، وذلك من من مجرد ابتكاره لهذا الحقّ. وقد منح القانون اللّبنانيّ رقم 75/99 المؤلّف حقوقًا مادّيّة وحقوقًا معنويّة على أثره .

(1) تمييز جزائيّ، قرار رقم 165 تاريخ 2016/5/17، الرّئيس جوزف سماحة، الأعضاء: خداج/ عنيسي، "مركز المعلوماتيّة القانونيّة"، المرجع السابق.

إلا أن كل ما تقدّم لا يزال يطرح الإشكاليّة المتعلّقة بمعرفة ما إذا كانت حقوق المؤلف مؤبّدة، وبالتالي معرفة أصول ومفاعيل وإجراءات إيداع الأعمال الأدبيّة والفنيّة، والوقوف على الإجراءات التّحفظيّة والعقوبات التي يفرضها القانون المذكور في هذا الخصوص. الأمر الذي خصّصنا لدراسته القسم التّالي من هذا البحث.

○ القسم التّاني: مفاعيل حماية الملكيّة الأدبيّة والفنيّة

◆ تمهيد وتقسيم:

إنّ الحقوق المعنويّة للمؤلف هي حقوق مؤبّدة أو أبديّة (المادّة 53 من القانون رقم 75/99)، لا يسري عليها مرور الزّمن، حتّى بعد وفاته. أما الحقوق الماديّة فهي حقوق مؤقتة تنقضي بعد المدّة القانونيّة التي يُحددها المُشترع.

وهنا، تُطرح الأسئلة التّالية:

- ما هي أصول ومفاعيل وإجراءات إيداع الأعمال الأدبيّة والفنيّة التي ينصّ عليها القانون رقم 75 تاريخ 1999/4/3 المتعلّق بـ "حماية الملكيّة الأدبيّة والفنيّة"؟

- ما هي الإجراءات التّحفظيّة والعقوبات التي يفرضها القانون المذكور؟
- كيف تتمّ مكافحة أعمال القرصنة؟

أستنادًا إلى ما تقدّم، أرتأينا تخصيص القسم التّالي من البحث للإجابة على الأسئلة-الواردة أنفًا- ضمن البابين التّاليين:

الباب الأوّل: خصائص حماية الملكيّة الأدبيّة والفنيّة.

الباب التّاني: الإجراءات التّحفظيّة والعطل والصّرر والعقوبات.

♦ الباب الأول: خصائص حماية الملكية الأدبية والفنية

• أولاً: مدة الحماية القانونية

إنَّ الحقوق المعنوية للمؤلف هي حقوق مُؤبّدة أو أبدية (المادة 53 من القانون رقم 75/99)، لا يسري عليها مرور الزمن، حتّى بعد وفاته. أما الحقوق المادية فهي حقوق مؤقتة تنتضي بعد المدة القانونية التي يُحددها المُشرع. وقد حدّدت المادة 49 من القانون اللبناني رقم 75/99 تلك المدة بخمسين سنة اعتباراً من نهاية السنة التي حصلت فيها وفاة المؤلف. أمّا بالنسبة للأعمال المشتركة بين عدّة مؤلّفين، فهي خمسون سنة اعتباراً من نهاية السنة التي حصلت فيها الوفاة الأخيرة. إذا مات أحد المُشتركين ولم يترك ورثة يستفيد من حصّته المُشتركون الآخرون أو ورثتهم ما لم يكن هنالك اتّفاق مُخالف. (المادة 50). وفي حالة الأعمال الجماعية والسمعية والبصرية، فهي خمسون سنة اعتباراً من نهاية السنة التي حصل فيها أول نشر علنيّ مُجاز للعمل. وفي حالة عدم النّشر، تسري مدة الخمسين سنة اعتباراً من نهاية السنة التي تمّ فيها إنجاز العمل. (المادة 51). وفي حالة عدم ذكر اسم المؤلف أو الإسم المُستعار، فالمدة هي خمسون سنة اعتباراً من نهاية السنة التي حصل فيها أول نشر مشروع للعمل. وإذا كان المؤلف معروفاً أو ظهر قبل انقضاء المدة القانونية فتطبّق المدة اعتباراً من نهاية السنة التي حصلت فيها وفاة المؤلف. أمّا الأعمال المنشورة بأسم شخص معنويّ والأعمال التي نُشرت بعد موت صاحبها فنُحْمى لمدة خمسين سنة اعتباراً من نهاية السنة التي نُشرت فيها (المادة 52).

أمّا بالنسبة للحقوق المعنوية للمؤلف أو الفنّان المؤدّي فإنّها جميعها تتمتع بحماية أبدية لا تنتضي بمرور اية مدة عليها، وهي تنتقل إلى الغير عن طريق الوصية أو قوانين الإرث. (المادة 53)

أمّا بالنسبة للحقوق المجاورة المادية للفنّانين المؤدّين فإنّها تتمتع جميعها بالحماية لمدة خمسين سنة تسري اعتباراً من نهاية السنة التي تكون التأدية قد تمّت فيها. (المادة 54)

كما يتمتع مُنتجو التّسجيلات السّمعية بالحماية لمدة خمسين سنة تسري اعتبارًا من نهاية السّنة التي تمّ فيها التّثبيت على المادّة الملموسة لأوّل مرّة. (المادّة 55)

كما تتمتع محطّات وموسسات وشركات وهيئات التّلفزيون والإذاعة بالحماية لمدة خمسين سنة تسري اعتبارًا من نهاية السّنة التي تمّ فيها بثّ برامجها. (المادّة 56)

كما تتمتع دُور النّشر بالحماية لمدة خمسين سنة تسري اعتبارًا من نهاية السّنة التي تمّ فيها النّشر. (المادّة 57)

• ثانيًا: إيداع الأعمال الأدبية والفنّية

حدّدت المادّة 76 وما يليها أصول ومفاعيل وإجراءات إيداع الأعمال الأدبية والفنّية. فقد نصّت على أنّه يتمّ إيداع العمل أو التّسجيل السّمي أو الأداء أو البرامج الإذاعية أو التّلفزيونية لدى مصلحة حماية الملكية الفكرية في وزارة الاقتصاد والتّجارة. إنّ الإيداع قرينة على ملكية المودع للعمل، أو التّسجيل السّمي، أو الأداء أو البرامج الإذاعية أو التّلفزيونية. ويُمكن إثبات عكس هذه القرينة بجميع طرق الإثبات. وعملاً بالمادّة 77 من القنون عينه، فإنّه لكلّ من يرغب من أصحاب حقّ المؤلّف وأصحاب الحقوق المُجاورة أو خلفائهم الخصوصيين أو العموميين إجراء معاملة الإيداع يجب عليه أن يُقدّم إلى مصلحة حماية الملكية الفكرية طلبًا موقّعًا منه أو من وكيله يذكر فيه المعلومات الآتية:

- عنوان ونوع العمل أو التّسجيل الصّوتي، أو الأداء، أو البرنامج الإذاعي أو التّلفزيوني.
- إسم وصفة وعنوان المؤلّف أو صاحب الحقوق المُجاورة.
- إذا لم يُجرِ المؤلّف أو صاحب الحقوق المُجاورة الإيداع بنفسه يجب أن تذكر المعلومات السابقة بالنّسبة للشّخص الذي يقوم بالإيداع أيضًا.
- نوع الصّكّ الذي يستند إليه المودع لتقديم طلب الإيداع إذا كان المودع غير المؤلّف أو صاحب الحقوق المُجاورة.

- يُذكر، عند الإقتضاء، أسم وعنوان الشَّخص المُكلَّف الإنجاز المادِّي للعمل (الطَّابع والسَّاكب إلخ). ويجب أن يرفق بطلب الإيداع:

أ- نسخة أو خلاصة عن السَّنَد الَّذِي يجري الإيداع بموجبه وذلك إذا لم يكن الطَّالِب هو المؤلِّف ذاته أو صاحب الحقِّ المُجاور ذاته (الوكالة أو حقّ التنازل أو المقاوله أو الاتفاق...).

ب- ثلاث نسخ من العمل أو موضوع الحقِّ المُجاور. أمَّا فيما يختصّ بالصَّور واللَّوحات الزَّيتية والمائية والتَّمائيل والهندسة والأعمال التي لا يُوجد منها إلَّا أصل واحد فيستعاض عن النسخ المذكورة آنفًا بصورة فوتوغرافية أو غير فوتوغرافية عن ذلك العمل على ثلاثة أبعاد تعطي شكل وهيئة العمل جملة وتفصيلاً.

إلَّا أنَّ ما تقدَّم يطرح الإشكالية المتعلِّقة بمعرفة الإجراءات التَّحفظية والعقوبات التي يفرضها القانون رقم 75 /99 من أجل حماية الملكية الأدبية والفنية؟ الأمر الَّذي سنتناوله بالدراسة في الباب التَّالي.

♦ الباب التَّاني: الإجراءات التَّحفظية والعطل والضَّرر والعقوبات

أجاز القانون رقم 75/99، في المادَّة 81 وما يليها، لصاحب الحقوق الأدبية والفنية اتِّخاذ كافَّة الإجراءات التَّحفظية لمنع وقوع الإعتداء على تلك الحقوق. فقد نصَّت المادَّة 81 منه على أنَّه، في الحالات التي يُخشى فيها من أعتداء وشيك على حقوق المؤلِّف أو الحقوق المُجاورة، يجوز لصاحب هذه الحقوق أو خلفائه العموميين أو الخصوصيين، ولا سيَّما جمعيات أو شركات إدارة الحقوق الجماعية، اتِّخاذ كافَّة الإجراءات التَّحفظية اللازِمة لمنع وقوع الاعتداء على تلك الحقوق.

ولقاضي الأمور المُستعجلة من أجل ذلك اتِّخاذ كافَّة القرارات التي تُجيزها القوانين وخاصَّة القرارات على أصل العرائض حماية للحقِّ أو للعمل المُستهدف بالاعتداء ولكافَّة الأعمال الأخرى المملوكة من قِبَل المؤلِّف أو صاحب الحقِّ المُجاور. ولقاضي الأمور

المُستعجلة فرض غرامات إكراهية إنفاذاً لقراراته. كما يحقّ لرئيس محكمة البداية المُختصّ أو للنّياحة العامّة المُختصّة اتّخاذ الإجراءات التّحفظيّة المُشار إليها أعلاه.

ووفقاً للمادّة 82 من القانون عينه، فإنّه يجوز لقاضي الأمور المستعجلة أو لرئيس محكمة البداية أو للنائب العام أن يضبط بشكلٍ مؤقتٍ الموادّ التي تُشكّل أدلّة على الإعتداء الحاصل على حقّ المؤلّف أو الحقوق المجاورة أو أن يأمر بإجراء جردة لهذه المواد وأن يتركها بحراسة المدعى عليه.

وعملاً بالمادّة 83 من القانون ذاته، فإنّه، عند حصول أيّ اعتداء على حقوق المؤلّف أو الحقوق المُجاورة يجوز لأصحاب هذه الحقوق مراجعة القضاء المُختصّ لأستصدار قرار بوقف الاعتداء ومنع حدوثه في المستقبل.

كما نصّت المادّة 84 من القانون عينه على أنّه يدفع كلّ من اعتدى على حقّ من حقوق المؤلّف أو الحقوق المُجاورة تعويضاً عادلاً عن العطل والضرر الماديّ والمعنويّ اللاحق بصاحب الحقّ تقدره المحاكم بالاستناد إلى قيمة العمل التجاريّة والضرر اللاحق بصاحب الحقّ وخسارته لربحه الفائت والربح الماديّ الذي جناه المعتدي. وللمحكمة أن تأمر بضبط الأغراض الجارية عليها الدّعى والآلات واللوازم التي استُخدمت في التّعدي. وسنّداً للمادّة 85 من القانون ذاته، فإنّه، سواء كانت المسألة مُتعلّقة أو غير مُتعلّقة بأعمال أصبحت في الملك العام، يُعاقب بالسّجن من شهرٍ إلى ثلاث سنوات وبجزاءٍ نقديّ من خمسة ملايين إلى خمسين مليون ليرة لبنانية أو بإحدى هاتين العقوبتين كلّ شخص:

- وَضَعَ أو كَلَّف أحداً بأن يَضَعَ بقصد الغشّ اسماً مختلساً على عمل أدبيّ أو فنّي.

- قَلَدَ بقصد الغشّ وخداع المشتري إمضاء المؤلّف أو الإشارة التي يستعملها.

- قَلَدَ عن معرفة عملاً أدبيّاً أو فنّيّاً.

- باعَ أو أودعَ عنده أو عرضَ للبيع أو وضعَ في التّداول عن معرفة عملاً مقلّداً أو موقّعاً عليه باسم مُنتحل.

- وتضاعف العقوبة في حالة التّكرار.

وعملاً بالمادة 86 من القانون عينه، فإنه يُعاقب بالسجن من شهرٍ إلى ثلاث سنوات وبغرامةٍ نقديةٍ من خمسة ملايين إلى خمسين مليون ليرة لبنانية أو بإحدى هاتين العقوبتين كلٌّ من أقدم عن معرفةٍ وبغاية الرّبح على الإعتداء أو على محاولة الإعتداء على أيّ حقّ من حقوق المؤلف أو الحقوق المُجاورة المنصوص عليها في هذا القانون. وتُضاعف العقوبة في حالة التّكرار.

كما يجوز للمحكمة المُختصة أن تأمر بإغلاق المكان أو المؤسسة التّجارية أو محطة التّلفزيون أو الإذاعة التي ترتكب مخالفة لحقوق المؤلف لمدةٍ تتراوح بين أسبوعٍ وشهرٍ واحدٍ وإتلاف جميع نسخ الأعمال المصنوعة من غير إجازة صاحب الحق وجميع المعدّات والآلات التي أستخدمت لصنعها. ويجوز للمحكمة أيضًا أن تأمر بنشر حكمها في جريدتين محلّيتين على نفقة المدعى عليه.

تراعى عند تطبيق هذه المادة أحكام المواد 200 وما يليها من قانون العقوبات. كما نصّت المادة 87 من القانون ذاته على أنه يُعاقب بالسجن من شهرٍ إلى ثلاث سنوات وبغرامةٍ نقديةٍ من خمسة ملايين إلى خمسين مليون ليرة لبنانية أو بإحدى هاتين العقوبتين كلٌّ من صنع أو استورد بقصد البيع أو التّأجير أو عرض للبيع أو التّأجير أو كان يحوز بقصد البيع أو باع أو ركّب أو أجر أيّ جهاز أو آلة أو ماكينة مصنّعة كلياً أو جزئياً لالتقاط - من دون وجه حقّ - أيّ إرسال أو بثّ تلفزيونيٍّ أو إذاعيٍّ مُخصّص لقسم من الجمهور يدفع اشتراكاً مالياً لآستقبال الإرسال أو البثّ المذكور. وتُضاعف العقوبة في حالة التّكرار.

كما يُعاقب بالسجن من شهرٍ إلى ثلاث سنوات وبغرامةٍ نقديةٍ من خمسة ملايين إلى خمسين مليون ليرة لبنانية أو بإحدى هاتين العقوبتين كلٌّ من دبّر أو سهّل للغير آستقبال الإرسال أو البثّ المذكور في المادة السّابقة.

وتُضاعف العقوبة في حالة التّكرار. (المادة 88)

يُمكن أن تُقام الدّعى في المخالفات المذكورة إمّا من قِبَل النّيابة العامّة عفوّاً أو بناءً على طلب الفريق المُتضرّر أو رئيس مصلحة حماية الملكية الفكرية. (المادّة 89)
كلّ قرار قضائيّ صادر في المخالفات المذكورة يجب على المحكمة التي آتخذته أن تبلّغه لمصلحة حماية الملكية الفكرية خلال مدّة خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره. (المادّة 90)

وقبل أن نختم الباب الحالي، لا بُدّ من الإشارة إلى المسألة المتعلّقة بجمعيات وشركات إدارة الحقوق الجماعية؛ فقد أجازت المادّة 58 وما يليها من القانون اللبناني رقم 75/99 للمؤلّفين ولأصحاب الحقوق المُجاورة أو لخلفائهم الخصوصيين أو العموميين أن يوكّلوا أمر إدارة حقوقهم وجباية التعويضات المُتوجّبة كلّها أو بعضها إلى جمعيات أو شركات مدنيّة تؤلّف في ما بينهم. وتخضع هذه العمليات لرقابة وزارة الثقافة وسلطتها، ويتوجّب عليها القيام بالإجراءات القانونية لإنشائها وتنظيمها وممارسة عملها وفقاً للقواعد التي ينصّ عليها القانون.

ونظراً لأهميّة حماية الملكية الأدبية والفنيّة، فإننا سوف نستعرض أبرز الاجتهادات الصادرة عن المحاكم اللبنانيّة في هذا الخصوص:

• أولاً: قبول التّمييز شكلاً - قانون مُطبّق - جرم جزائيّ - دفع شكليّ - مرور الزّمن الثلاثي - حقّ الإدعاء - دفاع في الأساس - دفع بانتفاء الجرم الجزائيّ - دفع بسقوط الدّعى العامّة - سقوط الجرم - شروط شكليّة.

يُقبَل التّمييز شكلاً لتعلّقه بدفوع شكليّة منصوص عليها في المادّة 73 أصول المحاكمات الجزائيّة ويُعفى التّمييز من توافر الشّرط الشكلي الخاصّ.
إنّ التّعدي على حقوق الملكية الأدبية والفكرية هو جرم جزائيّ لأنّ الفعل المدّعى به يقع تحت طائلة تجريم المواد الجزائيّة الواردة في قانون حماية الملكية الفكرية رقم 99/75. يُردّ الدّفع المُدلى به على أساس أنتفاء الجرم الجزائيّ.

إنّ الإدلاء بعدم صفة الناشر للمُدعاة هو في غير محلّه القانوني، إذ يعود للمتضرّر أنّ يُداعي في مسألة حماية الملكية الفكرية أو لرئيس مصلحة حماية الملكية الفكرية أو للنيابة العامة عفواً أو بناءً على شكوى المتضرّر. إنّ المدعاة في ثبوت حقّ المدّعي هو دفاع بالأساس وليس دفعا شكلياً. يُردّ الدّفع المُدلى به.

إنّ العثور على نسخة من الكتاب لا يرجع تاريخها لأكثر من ثلاث سنوات يجعل مرور الزّمن على جرم التّعدي على الملكية الفكرية غير مُنقض.

يُردّ الدّفع بمرور الزّمن التّلاثي المُدلى به. يُيرم القرار المطعون فيه⁽¹⁾.

• ثانياً: مبدأ موازنة الصّلاحيّة والأصول - مطبوعات - إسترداد - شروط - مهلة - مزاحمة غير مشروعة - إسم تجاريّ - رخصة - مبدأ قانونيّ عام - سحب - مطبوعة أسبوعية.

يُشكّل سحب قرار إداري غير قانوني خلال مهلة الطّعن القضائيّة بالقرار المسحوب سحباً للتّرخيص لكون القرار المُراد سحبه غير مشروع منذ البداية ما يؤدي إلى إزالته بمفعول رجعيّ وكأنّه لم يكن أصلاً. وبهذا يختلف سحب التّرخيص الذي يفترض أنّ حالات تستجدّ بتاريخ لاحق لصدور قرار التّرخيص الأساسيّ استدعت استرداده. وفي هذا السّياق، أعتبر مجلس شوريّ الدّولة أنّ قيام وزير الإعلام بسحب قرار إعطاء الحقّ باستعمال إسم تجاريّ مملوك من شخص آخر نتيجة للبس والارتباك الذي يخلقه استعمال الإسم التّجاريّ في ذهن المستهلك العادي، الأمر الذي يُلحق ضرراً مباشراً بالمستدعي يُشكّل مزاحمة غير مشروعة تبرّر سحب التّرخيص وليس استرداد الرّخصة تطبيقاً للمادّة 47 من قانون المطبوعات والمادّة 15 من قانون حماية الملكية الفكرية والأدبيّة والفنيّة والمادّتان 48 و73 من نظام حقوق الملكية التّجارية والصّناعيّة الصادر بالقرار رقم 2385 تاريخ 1924/1/17 وليس تطبيقاً للمادّة 29 مطبوعات. وقد أعتبر المجلس أنّ قيام وزير الإعلام

(1) تمييز جزائيّ - قرار رقم 16 تاريخ 2008/1/31، الرئيس سمير عاليه، الأعضاء: مرتضى/ الأسطا، "مركز المعلوماتيّة القانونيّة"، المرجع السابق.

بسحب الترخيص عملاً بمبدأ الموازنة في الصلاحيّة والأصول جاء في موضعه القانوني الصحيح ما يقتضي ردّ إدلاء الجهة المستدعية لهذه الناحية⁽¹⁾.

• ثالثاً: مفهوم- ملكيّة فكريّة- ملكيّة أدبيّة- زبائن- غشّ- تعويض- تقليد- إجتماع الجرائم المعنويّ- عنصر جرميّ.

قضت محكمة الأستئناف بتصديق الحكم المُستأنف لجهة إدانة المدعى عليها بجرميّ المادّة 86 من قانون الملكيّة الفكريّة 99/75 والمادّة 714 عقوبات؛ إذ ثبت إقدامها على نسخ وتقليد عمل فكريّ مبتكر يعود لشخص آخر وتحويل زبائن هذا الأخير فيكون ثمة إجتماع معنويّ للجرائم. وقضت بفسخ الحكم المُستأنف لجهة قيمة التعويض وزيادته وفقاً لوقائع الحالة⁽²⁾.

• رابعاً: مصلحة حماية الملكيّة الفكريّة- إثبات- تقليد- مزاحمة غير مشروعة- سوء النية- شركة تجاريّة- دعوى تجاريّة- علامة تجاريّة- مهلة قانونيّة- علم وخبر- إثبات- أسبقية التسجيل- حماية الملكيّة الصناعيّة- سقوط الحقّ.

صدّقت محكمة الأستئناف المدنيّة الحكم المُستأنف الذي قضى بإبطال تسجيل العلامة التجاريّة للشركة المُستأنفة المودعة لدى مكتب الحماية في وزارة الاقتصاد والتجارة وشطب هذا التسجيل والنوّف عن استعمالها أستاذًا إلى المادّة 6- مكرّر من اتّفاقيّة اتّحاد باريس كحماية الملكيّة الصناعيّة، والمادّة 74 من القرار رقم 24/2385 التي لحظت سقوط الحقّ في حماية العلامة التجاريّة؟؟؟؟ إلى أسبقية التسجيل ضمن المهلة المُحدّدة في حالة ثبوت سوء النية المرتكز على العلم بوجود العلامة التجاريّة العائدة قبل التسجيل، وقد ثبت علم الشركة المُستأنفة بنشاط الشركة المُستأنف عليها في السوق اللبناني في تسويق وترويج

(1) شوري، قرار رقم 414 تاريخ 2014/3/4، الرئيس شكري صادر، الأعضاء: القزي/ داود، "مركز المعلوماتيّة القانونيّة"، المرجع السابق.

(2) إستئناف جزائيّ، رقم 300 تاريخ 2014/6/3، الرئيس كفوري، الأعضاء: زيدان/ مسلم، "مركز المعلوماتيّة القانونيّة"، المرجع السابق.

ماركتها التجاريّة من خلال الفواتير المُبرّرة وكشوف حسابات بعض التّجار ممّا يُسقط حقّها في حماية علامتها أستاذًا إلى أسبقية التّسجيل في مصلحة حماية الملكية الفكرية⁽¹⁾.

• خامسًا: محطة تلفزيونية - مطبوعات - قانون مُطبّق - دفع شكليّ - إختصاص نوعيّ - ملكية أدبية وفنية - قاضٍ منفرد جزائيّ - بثّ تلفزيونيّ - فيديو كليب.

فسخت المحكمة القرار المطعون فيه لمخالفته القانون، وأعتبرت أنّ إختصاص النّظر في الأفعال التي تتعلق بالتّعدي على الملكية الفكرية والأدبية والفنية يعود للقضاء الجزائي العادي، ولا صلاحية لمحكمة المطبوعات لأنّ قانون المطبوعات لم ينصّ على أيّ من الجرائم التي عاقب عليها القانون رقم 1999/75 ولا سيما المادة 86 منه، ممّا ينفى إختصاص محكمة المطبوعات، ولا يجوز التّوسّع في تفسير النّصوص التي تراها وتحدّد إختصاصها. وبالتالي لا يُمكن تطبيق القانون رقم 382 تاريخ 1994/11/4 المتعلّق بالبثّ التلفزيوني والإذاعيّ، بل يجب تطبيق القانون رقم 1999/75 لأنّ المسألة لا تتعلّق بالبثّ وإنّما بالإعتداء على حقوق الملكية الفنية، وذلك لإقدام محطة تلفزيونية دون حقّ على استخدام مشاهد من الأغنية التي أنتجتها جمعية فنية في فيديو كليب أغنية بعنوان آخر جرى بثّه⁽²⁾.

• سادسًا: مزاحمة احتيالية - مفعول - وزارة الاقتصاد - شخص معنويّ - غشّ - حقّ التّقدير - تعويض - إثبات - قيمة - تقليد - بضاعة - مدعى عليه - ملكية - سهم - مسؤولية جزائية - نزاع مدنيّ - فعل جرميّ - إسم تجاريّ - عطل وضرر - نية جرمية - قصد جرميّ - إغتصاب - حقّ حصريّ - علامة تجارية - تطبيق خاطئ للقانون - إدانة - إنتاج - علامة فارقة - إجتماع الجرائم الماديّ - إبطال التّعقبات - عنصر جرميّ - حكم

(1) إستئناف مدنيّ، رقم 138 تاريخ 2014/11/6، الرّئيس ميشال طرزّي، الأعضاء: ياسين/ جبران، "مركز المعلوماتية القانونية"، المرجع السابق.

(2) تمييز جزائيّ - قرار رقم 7 تاريخ 2017/1/10، الرّئيس جوزف سماحة، الأعضاء: العنيسي/ خذاج، "مركز المعلوماتية القانونية"، المرجع السابق.

مُستأنف- مادة غذائية- إدغام العقوبات- فسخ جزئي- سبب تمييزي- مخالفة القانون- بيع- دائرة حماية الملكية الفكرية- زهول عن الوقائع.

أعتبرت محكمة التمييز الجزائرية أنّ المدعى عليها أقدم على استخدام العلامة الفارقة التجارية OBA والعلامتين اللتين تفرّعتا عنها والمملوكتين من الشركة المدّعية، وقاما بتسجيلها في مكتب حماية الملكية الفكرية في وزارة الاقتصاد، وتمّ نشر ذلك في الجريدة الرسمية، مع العلم أنّ الجهة المدّعي عليها تستورد وتسوّق منتوجات الشركة المدّعية منذ العام 1985، ما يُثبت علمها بأنّ الأخيرة هي التي تملك العلامة الفارقة التجارية موضوع النزاع. وتوصّلت المحكمة إلى إدانة المدعى عليه سنّداً لنصّ المادة 702 معطوفة على المادة 701 عقوبات، وإلى تحميل الشركة المدّعي عليها ممثلة بمديرها العام المدّعي عليه المسؤولية الجزائية عن الأفعال الجرمية المشكو منها، باعتبارها ارتكبت بأسم هذه الشركة ولمصلحتها، وذلك سنّداً للمادة 210 عقوبات فقرة 2، معطوفة على المادتين 702/701 منه، بالإضافة إلى إدانتها سنّداً للمادة 716 عقوبات معطوفة على المادة 715 عقوبات، لثبوت استعمالهما اسم العلامة التجارية بوضعه على أسطول سيارات وأوراق الشركة المدّعي عليها، في حين أنّ استعمال الاسم المذكور سواء مُنفرداً أو مقروناً بأيّ تسمية أو صفة أو كنية أخرى، يعود حصراً للشركة المدّعية.

وتوصّلت المحكمة إلى أنّ الحكم المُستأنف الذي قضى بإبطال التّعقبات، بعدما استخلص من الوقائع والأدلة في الملف وجود نزاع جدّي على ملكية العلامة الفارقة موضوع الدّعوى، ووصف النزاع بأنّه مدني الطابع، يكون قد زهل عن وقائع ثابتة، وأخطأ في تطبيق النصوص القانونية التي ترعاها.

وقضت المحكمة بفسخ القرار لهذه الجهة، ونشر الدّعوى مُجدّداً ورؤيتها أنتقالاً، وإدانة المدّعي عليها سنّداً للمواد المذكورة سابقاً⁽¹⁾.

(1) تمييز جزائي، قرار رقم 74 تاريخ 2017/2/28، الرئيس جوزف سماحة، الأعضاء: إلياس/رعدي، "مركز المعلوماتية القانونية"، المرجع السابق.

○ الخاتمة

أستند البحث الحالي إلى الإتجاهات المتعلّقة بمفهوم حماية الملكية الأدبيّة والفنّيّة ومفاعيلها لناحية حقّ المؤلّف، الحقوق المُجاورة، مدّة الحماية القانونيّة، إيداع الأعمال الأدبيّة والفنّيّة والإجراءات التّحفظيّة والعقوبات التي يفرضها القانون في هذا الخصوص. كما أوضح البحث أنّ الملكية الفكرية تُعتبر المُحرّك الأساسي لأقنصاديات الدّول وأداة فعّالة لجلب الإستثمارات وتطوير المجتمعات. الأمر الذي أكّد عليه لبنان منذ العشرينات من خلال سنّ التشريعات اللّازمة لحماية أصحاب الفكر والابتكار ومنتجاتهم في المجالات الأدبيّة والفنّيّة والعلميّة والصّناعيّة، تشجيعاً منه للإبداع الفكريّ وتأكيداً منه على أهميّة الإبداع البشريّ في تقدّم وتطوّر المجتمعات والحضارات. وما ينبغي على المُشترع اللّبناني أن يفعل في خطته وبرامجه المستقبلية يُمكن تلخيصه بالخطوط العريضة التالية:

- أولاً: إنّ ثروة لبنان الحقيقيّة هي شبابه المُبدع الذي أغنى ذاكرة الوطن والعالم بأعماله الأدبيّة والثقافية والفنّيّة والعلميّة والروحيّة.

من هنا، نقرّح ضرورة حرص المُشترع اللّبناني على تهيئة الأسس اللّازمة لهذا الشّباب عبّر تحديث القوانين والتّشريعات المتعلّقة بالملكيّة الفكرية وحماية حقوقهم.

- ثانياً: إنّ الأحكام القانونيّة التي وضعها المُشترع اللّبناني لم تُعد تتماشى مع العصر الحاضر ومع التّطوّرات التّكنولوجيّة الحديثة في مجالات الكومبيوتر، والاتّصالات السّلكيّة واللاسلكيّة، وفي مجالات البثّ التّلفزيوني المباشر أو عن طريق القمر الصّناعي؛ إذ نتج عن هذا التّطوّر التّكنولوجيّ والحضاريّ ظهور حقوق جديدة للمؤلّف لم تكن ملحوظة سابقاً، وأعمالاً فنّيّة وأدبيّة جديدة.

من هنا، تبرز الحاجة المُلحّة إلى وضع نصوص جديدة وواضحة تؤمّن لها الحماية اللّازمة؛ فالتّطوّر التّكنولوجي والحضاري - المذكور آنفاً - قد سهّل نقل أو نسخ أو استعمال

وأستغلال العمل الأدبي أو الفني أو العلمي بشكل غير مشروع ومن دون إذن أو ترخيص من صاحبه.

- ثالثاً: ضرورة الإضطلاع بإصلاح شاملٍ للأحكام المتعلقة بالقانون رقم 75 تاريخ 1999/4/3 الخاص بـ "حماية الملكية الأدبية والفنية"، ولا سيما تلك المتعلقة بالنقاط الأساسية التالية:

حق المؤلف - الحقوق المجاورة - الأعمال المشمولة بالحماية - الأعمال غير المشمولة بالحماية - الحقوق المعنوية للمؤلف - الحقوق المادية للمؤلف - الاستثناءات الواردة على حماية الحقوق المادية - مدة الحماية القانونية - إيداع الأعمال الأدبية والفنية - الإجراءات التحفظية والعطل والضرر والعقوبات.

وبناءً على ما تقدّم، تبرز أهمية تعزيز الملاحظات التي أستعرضناها آنفاً، باعتبار أنّ لبنان كان، منذ القدم، ولم يزل رائداً في الإنتاج الفكري في الشرق الأوسط ومهد الحضارة الثقافية المعاصر. وعليه، ألا ينبغي على لبنان أن يواكب التطور القانوني بما يعزّز الحقوق الأدبية والفنية، وذلك لضمان حماية أفضل وأشمل لهذه الحقوق؟

○ مراجع البحث

◆ أولاً: المراجع باللّغة العربيّة:

- أبو عيد الياس، " نظرية الإثبات في أصول المحاكمات المدنية والجزائية "، الأجزاء الأولى، الثاني والثالث، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، 2005.
- العوجي مصطفى، " دروس في أصول المحاكمات الجزائية"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2002.

- حسني محمود نجيب، " شرح قانون العقوبات اللبناني - القسم العام"، المجلدين الأول والثاني، طبعة ثالثة جديدة (مُعدّلة ومنقّحة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 1998.
- رباح غسان، "قانون حماية الملكية الفكرية والفنية الجديد"، دار نوفل، بيروت، 2003.
- شمس الدين عفيف، "المستشار المصنّف (جزائي) الإلكتروني 2011"، سنة الصدور 2012 .
- شمس الدين عفيف، "المستشار المصنّف (جزائي) الإلكتروني 2012"، سنة الصدور 2013.
- شمس الدين عفيف، "المستشار المصنّف (جزائي) الإلكتروني 2013"، سنة الصدور 2014.
- شمس الدين عفيف، "المستشار المصنّف (جزائي) الإلكتروني 2014"، سنة الصدور 2015 .
- عيد أدوار، "حماية حقوق المؤلف في البلاد العربية"، مجلة العدل، 1995، قسم الدراسات.
- ناصيف الياس، "المستشار في التمييز - موسوعة أحكام التمييز (مدني - جزائي)"، مجموعة برامج المستشار القانونية، إنتاج شركة دار الكتاب الإلكتروني اللبناني ش.م.ل.، بيروت - لبنان.
- مركز الدراسات والأبحاث في المعلوماتية القانونية المعروف بـ "مركز المعلوماتية القانونية"، فرع من فروع كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية في الجامعة اللبنانية، cij@ul.edu.lb .

♦ ثانيًا: المراجع باللّغة الأجنبيّة:

- Bouloc Bernard, Matsopoulou Haritini, “**Droit pénal général et procédure pénale – Responsabilité pénale, enquêtes et procès, exécution des sanctions**”, 15^{ème} Edition, Dalloz, 2004.
- Ginestet Catherine et Garé Thierry, “**Droit pénal – Procédure pénale**”, Dalloz- Sirey, Paris, Edition 2019.
- Guinchard Serge, Buisson Jacques, “**Procédure pénale**”, 11^{ème} Edition, Lexis Nexis / Litec, Paris, 2018.
- Larguier Jean et Philippe Conte, “**Procédure pénale**”, 24^{ème} Edition, Dalloz- Sirey, Paris, 2016.
- Pin Xavier, “**Droit pénal général**”, Dalloz- Sirey, Paris, 2019.
- Pradel Jean, “**Procédure pénale**”, 19^{ème} Edition, Cujas, 2017.
- Stéfani Gaston, Levasseur Georges, et Bouloc Bernard, “**procédure pénale**”, 26^{ème} Edition, Dalloz- Sirey, Paris, 2017.
- Soyer Jean-Claude, “**Droit pénal et procédure pénale**”, 13^{ème} Edition, Ed.Librairie Générale de Droit et de **Jurisprudence**, L.G.D.J., Paris, 1997.

قانون المعاملات الالكترونية وأثره على القواعد التقليدية المرحلة المهيئة للعقد

د. المعتصم بالله فوزي أدهم

في خضم الثورة الرقمية، والصحة المعلوماتية التي يعرفها العالم اليوم، حيث تكنولوجيا المعلومات أصبحت تشكل الجهاز العصبي للمجتمعات الحديثة، عرفت العمليات التعاقدية مجموعة من التغيرات مست نظامها وبينتها القانونية، فأصبح إبرام العقود الذي يتم عن طريق وسائل الاتصال الحديثة يثير اهتمام رجل القانون⁽¹⁾.

وقد خلقت هذه الثورة بيئة جديدة حولت انماط التعاقدات من النمط المادي التقليدي الى النمط اللامادي او التكنولوجي الحديث، وهو ما كان السبب الرئيس وراء انتشار طائفة جديدة من العقود التي تبرم عبر الانترنت التي يطلق عليها "العقود الالكترونية"⁽²⁾.

وإذا كان التعاقد التقليدي يحظى بنظام قانوني ثابت، فان التعاقد الالكتروني لا يحظى بهذا القدر من الثبات. لذلك ازدادت اهمية الاتجاه نحو وضع تنظيم قانوني جديد يحكم هذه التعاقدات، خاصة وان القواعد التقليدية الموضوعية في ظل النمط المادي التقليدي المادي لم تعد بمفردها قادرة على مجاراة التقدم الحاصل في المجال المعلوماتي.

يعد موضوع التعاقد الالكتروني من اهم الموضوعات القانونية في الوقت الراهن، غير ان المشرع اللبناني ظل وقتاً طويلاً غير مدرك لاهمية هذا النوع الجديد من المعاملات

(1) محمد عبد العال: ضوابط الاحتجاج بالمستندات العقدية في القضاء الفرنسي، دراسة تحليلية لاتجاهات القضاء الفرنسي بشأن مشكلات الاثبات بالمستندات العقدية التقليدية والنموذجية والمعلوماتية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 133.

(2) محمد ابو زيد: تحديث قانون الاثبات، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص 5.

التي فرضت نفسها بقوة واصبحت مثار اهتمام فقهاء القانون سواء على الساحة المحلية او الدولية.

وقد كانت فرنسا من السباقين في الاستفاد من معطيات العصر الحديث وتقنياته، فعمدت الى تطويع القانون ليتلاءم مع الواقع التقني، حيث صدر القانون رقم 230-2000 في 13 آذار من العام 2000 بشأن تطويع قانون الاثبات لتكنولوجيا المعلومات والمتعلق بالتوقيع الالكتروني⁽¹⁾.

الا ان المشرع اللبناني تاخر كثيرا في اللحاق بالركب التقني، بالرغم من احالة مشروع قانون الى مجلس النواب في 3 آب 2000 يتعلق بتعديل اصول المحاكمات المدنية ليتماشى مع هذا التطور، والذي لحقه اقتراح قانون التواقيع الالكترونية المعد من قبل النائب غنوة جلول في 29 تشرين الاول 2001، ومن ثم اقتراح آخر من النائب ياسين جابر لتعديل قانون اصول المحاكمات المدنية في 26 تشرين الثاني من نفس العام.

وبالرغم من هذه المحاولات، الا ان المشرع اللبناني بقي مهملا للواقع التكنولوجي المستجد الى ان اصدر في 10 تشرين الاول من العام 2018 القانون رقم 81 المتعلق بالمعاملات الالكترونية والبيانات ذات الطابع الشخصي.

وازاء هذه التحولات التشريعية التي اقرها هذا القانون، كان لا بد من دراسة اثرها على القواعد التقليدية للعقد المكرسة في قانون الموجبات والعقود وقانون اصول المحاكمات المدنية.

وبما ان هذه الموضوعات يقتضي دراستها ضمن اطروحة او ابحاث منفصلة نظرا لتشعبها، لذا فاننا سنقتصر في البحث الراهن على اثر قانون المعاملات الالكترونية على القواعد التقليدية لمرحلة تكوين العقد.

ومما لا شك فيه ان العقود الالكترونية قد شهدت نموا متزايدا في الآونة الاخيرة حتى باتت تمثل نسبة هائلة من حجم العقود الدولية والداخلية، ويرجع السبب في ذلك الى سهولة

⁽¹⁾ Loi n:230-2000 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative a la signature electronique, J.O., n: 62 du 14 mars 2000, p. 3968.

وسرعة ابرام هذه العقود⁽¹⁾. غير ان التعاقد الالكتروني قد القى باعباء جديدة في مجال الدراسات القانونية، وكشف النقاب عن وجود فراغ تشريعي يحكمها وينظمها، وخلق مجموعة من التحديات.

وبالرغم من هذه التحديات، الا ان العقد الالكتروني لا يزال خاضعا للمبادئ ذاتها التي تحكم العقد التقليدي كمبدأ سلطان الارادة، حيث تتجلى ارادة المتعاقدين فيه عن طريق العرض او الايجاب الذي يصدر عن الطرف الاول، يلاقيه قبول يصدر عن الطرف الثاني. وقبل النقاء الايجاب والقبول والنقاء الارادتين، لا بد من ان تجري مفاوضات بين المتعاقدين. وكذلك الامر بالنسبة لقواعد ابرام العقد الالكتروني وتنفيذه، فانها تخضع في الاساس للقواعد العامة، غير ان خصوصيتها التقنية تتطلب خضوعه لبعض الاحكام الخاصة التي تتسم مع صفته الالكترونية⁽²⁾.

وفي ضوء ما تقدم، تتعرض دراستنا لآثر هذا القانون على القواعد التقليدية للعقد من خلال فصلين:

- الفصل الاول: المفاوضات الالكترونية وفق قانون المعاملات الالكترونية رقم 2018/81.

- الفصل الثاني: مجلس العقد الالكتروني وفق قانون المعاملات الالكترونية رقم 2018/81.

○ الفصل الاول: المفاوضات الالكترونية وفق القانون رقم 2018/81

لا بد من ان تسبق مرحلة تكوين العقد الالكتروني، كغيره من العقود، مساومات ومفاوضات من شأنها ان تقرب في وجهات النظر تمهيدا لالتقاء الارادتين وبالتالي انبرام العقد. وهذا ما نصت عنه المادة 178 موجبات وعقود.

(1) خالد ممدوح ابراهيم: ابرام العقد الالكتروني، الدار الجامعية، 2010، ص 49.

(2) Marine NAIMI-CHARBONNIER: La formation et execution du contrat electronique, These Paris 2 (Pantheon- Assas), 2003, page 24.

غير ان هذه النظرة قد لا تتسجم دائما مع الواقع، حيث تبدو في صورة مختلفة نوعا ما مع استخدام الانترنت في التفاوض على العقود وابطامها، نظرا لانتفاء الوجود المادي للاطراف ولوجود صفة غير مادية للاتفاقات. ف جاء هذا الواقع الجديد ليعيد النظر في الاشتراطات التقليدية للتعبير عن الارادة العقدية، على نحو يجعلها تتوافق مع استخدام الوسائل الحديثة في التعبير عن الارادة⁽¹⁾.
ونظرا للاعتبارات اعلاه، تجدر دراسة طرق تبادل الرضى من خلال التعرض في المقام الاول للايجاب الالكتروني، وفي المقام الثاني للقبول الالكتروني لهذا الايجاب، ونخصص لكل منهما مبحثا مستقلا.

♦ المبحث الاول: الايجاب الالكتروني وفق قانون المعاملات الالكترونية رقم 81

اتي قانون المعاملات الالكترونية ببعض التعديلات على مفهوم الايجاب التقليدي في العقود، وينطلق هذا الاختلاف من ان تلاقي الارادتين اوضحت تعتمد في استخدامها على اصول الكترونية.

• مفهوم الايجاب الالكتروني

يعد الايجاب الالكتروني الخطوة الاولى في ابرام العقود كافة، وبخاصة تلك التي تبرم عبر الانترنت، فهو تعبير عن الارادة يتضمن عرضا بالتعاقد سواء اكان صريحا او ضمنيا، ومتى اقترن به قبول مطابق له، انعقد العقد.
وبالرغم من ان قانون الموجبات والعقود لم يحدد مفهومه، الا ان الفقه مجمع على الشروط التي تكونه وهي ان يكون محددًا بدقة، خال من اي التباس، ثابت المعالم ومعبر عن ارادة من صدر عنه⁽²⁾.

⁽¹⁾ Patrick THIEFFRY, Commerce électronique, droit international et européen, Litec, Paris, 2002, n:438-440, p. 187-188.

⁽²⁾ مصطفى العوجي: القانون المدني، الجزء الاول، العقد، دار الخلود، 1999، ص 233.

• خضوع الايجاب الالكتروني للقواعد العامة

لم يخرج قانون المعاملات الالكترونية رقم 2018/81 عن هذا السياق، الا انه اوجد بعض الحلول التي تتوافق مع الواقع التقني المستجد وللاشكاليات التي كان من الممكن ان تطرح قبل اقراره. فنص صراحة على جوب خضوع العقود للقواعد العامة لقانون الموجبات والعقود ولقانون حماية المستهلك، وكرس ذلك في المادة رقم 30 الفقرة الثانية: "تخضع عقود التجارة الالكترونية في كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون للقوانين المرعية الاجراء، لا سيما قانون التجارة وقانون الموجبات والعقود وقانون حماية المستهلك". وبما ان المبادئ الاساسية للايجاب لم يتطرق اليها قانون المعاملات الالكترونية، فمن البديهي القول ان هذه المبادئ تنطبق على العقود الالكترونية، مع تحديد القانون الجديد لقيود قانونية على العارض التقيد بها وذلك بموجب المواد 32 و33 و34 منه.

• بيئة الايجاب الالكتروني

ومن خلال المواد 32 و33 و34 من قانون المعاملات الالكترونية، يتبين انه اعطى خصوصية للايجاب الالكتروني، لا سيما لجهة الوسيلة التي ينقل عليها، والتي اصبحت في الغالب في شكل قائمة او عرض متاح على الموقع او المتجر الافتراضي، مع امكانية ادراج صور وملفات فيديو بشكل يتيح رؤية السلع او الخدمات التي يتعلق بها الايجاب. كما ان المادة 32 من القانون، اعطت الايجاب عبر الانترنت خاصية الاتصال العام، ذلك انه على خلاف الايجاب بواسطة البريد الالكتروني او الايجاب التقليدي لشخص واحد، فان لذلك الايجاب امكانية مخاطبة قطاع عريض من الجمهور⁽¹⁾.

• لغة العرض المعتمدة

بالرغم من أن المرسوم الفرنسي الصادر بتاريخ 2016/2/10 رقم 2016-131 بشأن تعديل قانون العقود والاحكام العامة للالتزامات والاثبات لم ينص على لغة معينة

(1) YOUNES Zahi: l'incidence des nouvelles technologies sur le droit traditionnel des actes juridiques, these, Paris 1, 2002.

يقتضي اعتمادها في التعبير عن الايجاب والقبول، إلا أن القانون الفرنسي 345-94 الصادر في 4 آب 1994 الخاص باستعمال اللغة الفرنسية في مادته الرابعة أوجب ضرورة استعمال اللغة الفرنسية في التعبير عن الايجاب للسلع والخدمات الموجهة للمستهلكين. ومن ثم تعتبر هذه القاعدة قابلة للتطبيق كذلك على الايجاب المعروض على الانترنت متى كان موجها الى مستهلكين فرنسيين⁽¹⁾، بحيث تمتد لتشمل كافة المستندات المستخدمة في المعاملات التجارية. فضلا عن ذلك، يلتزم المهني، وفقا للمادة 1/10- د من التوجيه الاوروبي بشأن التجارة الالكترونية، بان يذكر على سبيل الاعلام، "اللغات المقترحة في شان ابرام العقد".

اما المادة 33 من قانون المعاملات الالكترونية، فهي لم تنص على لغة محددة للايجاب، كما لم تفرض استخدام اللغة العربية بشكل حصري، بل تركت الامر لتقدير العارض، بالرغم من انها الزمته تضمين العرض للغة المعتمدة عند الدخول في مساومات او مفاوضات اذا كان العارض ممتهنا. وهذا ماخذ على المشرع الذي حصر هذا الموجب بالتجارة الالكترونية وبالمتمهن، ولم يحدد ما اذا كان من الواجب تطبيقه على العقود المدنية، كما يؤخذ عليه عدم تحديد لغة العرض وتركها لتقدير العارض.

• تحديد هوية العارض

يُعد تحديد مصدر كل إيجاب على الإنترنت، من أكبر الصعوبات التي تواجهها الشبكة، نظراً لأن هوية صاحب الإيجاب يتيح إنشاء بيئة آمنة ومحل ثقة للمعاملات، ويسهم لحد كبير في تنظيم العملية التعاقدية، وذلك بتحديد - على سبيل المثال - القانون الواجب التطبيق على الاتفاق الإلكتروني، أو القاضي المختص بنظر النزاع المحتمل حدوثه، وإلى جانب ذلك، ومراعاة لهذه المتطلبات ومن منطلق الحرص على الشفافية التي تسمح بتشجيع المعاملات التجارية مع المستهلكين، فإنه يقع على عاتق بائعي المنتجات

⁽¹⁾ Sophie MITHOURD, Langue française, J-CI. Concurrence consommation, fasc. 872.

أو مقدمي الخدمات التزام بتحديد هويتهم عبر الشبكة، بحيث ينبغي أن يبين الإيجاب الصادر منهم العناصر اللازمة التي تكفل تحديد تلك الهوية.

وترتيباً على ذلك، وإعمالاً لحسن النية والثقة في التعاقد عن بعد، فرضت المادة (L-1-18-121°) الجديد من تقنين الاستهلاك الفرنسي، على المهني أن يُعلم المستهلك بكافة بياناته التي تحدد شخصيته بطريقة قاطعة لا غموض فيها؛ حيث تشير المادة المذكورة إلى أن الإيجاب المتعلق بالعقد ينبغي أن يشتمل على المعلومات التالية، أولاً: اسم بائع المنتج أو مقدم الخدمة ورقم تليفونه وعنوانه، أما إذا تعلق الأمر بشخص معنوي، فيلزم الإشارة إلى المقر الرئيسي للشركة وعنوان المنشأة المسؤولة عن الإيجاب، إذا كان مختلفاً (...).
كذلك تفرض المادة 19 من القانون الفرنسي رقم 575-2004 الصادر في 21 يونيو 2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي، على أي شخص يمارس أنشطة التجارة الإلكترونية التزاماً بضمان تزويد من يوجه إليه توريد السلعة أو أداء الخدمة بالعديد من المعلومات المتعلقة بتحديد هويته، ذلك أنه ينبغي على البائع عبر الشبكة أن يبين اسمه ولقبه إذا كان شخصاً طبيعياً، وعنوان الشركة إذا كان شخصاً معنوياً، ويجب عليه كذلك أن يشير إلى عنوان منشأته وعنوان بريده الإلكتروني ورقم هاتفه، كما تشترط المادة 20 من القانون المذكور إلى جانب ضرورة أن يكون الإيجاب محدداً، أي أن يؤدي بوضوح إلى تحديد هوية الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي أنجزه".

وفي مصر، يتطلب قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006 ضرورة تحديد شخصية المهني -المورد- في المادة الرابعة منه، والتي يجري نصها على أنه "على المورد أن يضع على جميع المراسلات والمستندات والمحركات التي تصدر عنه في تعامله أو تعاقدته مع المستهلك -بما في ذلك المحركات والمستندات الإلكترونية- البيانات التي من شأنها تحديد شخصيته، وخاصة بيانات قيده في السجل الخاص بنشاطه وعلامته التجارية إن وجدت".

وقد فرض قانون المعاملات الإلكترونية رقم 81/2018 موجبات على التاجر الإلكتروني سندا للمادة 31 منه، التي فرضت عليه أن يؤمن للاشخاص الذين يتعامل معهم

ولوجا سهلا ومباشرا ودائما الى معلومات مرتبطة باسمه وشهرته ومحل اقامته وبصفتة المهنية.. كما فرضت المادة 32 من ذات القانون على العارض ان يضمن اعلانه الدعائي تعريفا شخصيا به. وبذلك يكون المشرع اللبناني قد اوجد حلا لاهم المشاكل التي تعيق ابرام العقود الالكترونية من خلال تحديد هوية الشخص المتعاقد خلال مرحلة المفاوضات، والتي تتيح انشاء بيئة آمنة وموثوقة للمعاملات.

• موجب الاعلام

يقع على عاتق المهني، قبل تكوين العقد، تزويد المستهلك الذي يوجه إليه إيجابه، بكل العناصر الأساسية للعقد، وقد أكد تقنين الاستهلاك الفرنسي وقانون الثقة في الاقتصاد الرقمي على ضرورة قيام الموجب بالإدلاء بالمعلومات التي تبصر الموجب له (المستهلك) في هذه الصورة العقدية بكافة المعلومات الجوهرية الخاصة بالتعاقد، والتي من شأنها أن تشكل إرادته على نحو صحيح.

فعليه ان يزود المستهلك بالخصائص الأساسية أو المسائل التفصيلية المرتبطة بالسلعة أو الخدمة التي ينبغي أن تصل لعلم المستهلك قبل إعلان قبوله للعقد الإلكتروني، وهو ما يلزم معه وصف المنتج أو الخدمة وصفاً دقيقاً يتحقق بموجبه علم المستهلك بمحل العقد علماً كافيّاً نافيّاً للجهالة، وفي هذا الإطار تُلزم المادة 1-111 من تقنين الاستهلاك الفرنسي كل مهني -بائع للسلع أو مقدم للخدمات- بأن يُمكن المستهلك من التعرف على الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة، وذلك قبل إبرام العقد. كما تُلزم المادة 6 من قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006 كل مورد ومعلن بإمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة المنتج وخصائصه وتجنب ما قد يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المستهلك أو وقوعه في خلط أو غلط.

اما بالنسبة للمعلومات الخاصة بطرق تنفيذ العقد، ينبغي على المهني، أن يحدد في وقت سابق على إبرام العقد، موعد تسليم السلعة أو تنفيذ الخدمة، ومصروفات التسليم إن وجدت (المادة 2°-18-121-L الجديد من تقنين الاستهلاك الفرنسي)، وطرق الوفاء

والوسائل المتاحة للتسليم أو التنفيذ (المادة 18,3-121-L الجديد من تقنين الاستهلاك الفرنسي)، باستثناء حالة تنفيذ الخدمة بطريقة فورية، كما هو الحال بالنسبة للخدمات المعلوماتية المتاحة على الإنترنت، كما يلتزم المهني بإعلام المستهلك بالمعلومات الخاصة بحق المستهلك في العدول، فيما عدا الحالات التي يكون فيها هذا الحق مستبعداً وفقاً لنصوص القانون (المادة 18,4-121-L الجديد من تقنين الإستهلاك الفرنسي).

وبالنسبة للمعلومات المتعلقة بما قد يتضمنه العقد من شروط خاصة، فنلاحظ أن المهني يلتزم بأن يحيط المستهلك علماً بجميع الشروط العامة والخاصة المتعلقة بالعقد، كذلك ينبغي أن يضع تحت تصرف كل صاحب شأن من الاتفاق المعروض (المادة L-134-1 الجديد من تقنين الإستهلاك الفرنسي). وفي هذا الإطار، تشير المادة 1369-4 فقرة أولى من القانون المدني الفرنسي، إلى أنه ينبغي على كل مهني يعرض لسلعة أو خدمة بوسيلة إلكترونية أن يضع تصرف المتعاقد معه الشروط التعاقدية التي تنطبق على عرضه، بطريقة تسمح له بحفظها ونسخها.

فضلاً عما تقدم، وضع المشرع الفرنسي في المرسوم الصادر في 3 كانون الأول 1987 والمتعلق بإعلام المستهلك بالسعر قواعد صارمة ومحددة في هذا الشأن مشيراً في المادة 14 منه إلى أنه "يجب أن يشار على نحو دقيق لثمن كل منتج أو خدمة تُقدم للمستهلك وفقاً لتقنيات الاتصال عن بُعد، وذلك بكل وسيلة ممكنة قبل إبرام العقد". وعلى ذلك، ينبغي على المهني أن يشير، بأية وسيلة، قبل إبرام العقد، إلى سعر أي منتج أو خدمة معروضة عن بُعد، وبطريقة محددة لا لبس فيها.

وقد أكد المشروع الفرنسي هذا المسلك بمقتضى المادة 19 فقرة ثانية من القانون الفرنسي بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي، بدعمه التزام البائع بالإعلام بشأن المعلومات المتعلقة بالثمن، مؤكداً على أنه ينبغي على من يمارس نشاط التجارة الإلكترونية، وحتى ولو لم يتعلق الأمر بإيجاب للتعاقد، طالما أشار إلى الثمن، أن يشير للثمن بطريقة واضحة لا لبس فيها، وأن يوضح بصفة خاصة ما إذا كان الثمن متضمناً الضرائب ونفقات التسليم أم لا.

وفي هذا الاطار، لا بد من الاشارة الى المرسوم رقم 206-131 الصادر بتاريخ 2016/2/10 بشأن تعديل قانون العقود والأحكام العامة للالتزامات والاثبات، والذي الزم كلا الطرفين بموجب الاعلام، حيث نصت المادة 1-1112 انه يقتضي على من يعرف من الاطراف المتفاوضة معلومة لها أهميتها الحاسمة بالنسبة لرضاء الطرف الآخر أن يعلمه بها متى كان جهل هذا الأخير بالمعلومة مشروعاً او كان قد وضع ثقته بالمتعاقّد معه.

وحسماً لأي جدال أو نزاع بين الأطراف، فقد عرفت المادة المذكورة المعلومة التي ينبغي الافصاح عنها وهي تلك التي لها أهمية حاسمة ولها صلة مباشرة وضرورية بمضمون العقد أو صفة الاطراف وقد رتب المشرع الفرنسي جزءاً جزءاً الاخلال بموجب الاعلام الذي يمكن أن يؤدي الى بطلان العقد.

اما قانون المعاملات الالكترونية رقم 2018/81، فيتبين ان المادة 33 منه قد حددت في الفقرتين الاولى والثانية وجوب ان يتضمن العرض المراحل الواجب اتباعها لابرام العقد بالوسيلة الالكترونية، وشروط تخزينه للمحافظة عليه ولافساح المجال امام اعادة نسخه عند الاقتضاء. اما المادة 31، فقد الزمت في فقرتها الاخيرة التاجر الالكتروني ان يؤمن ولوجاً سهلاً ومباشراً لبيان تفصيلي بالثمن او البديل مع تبيان جميع الضرائب والرسوم والنفقات الاضافية المستحقة. وبهذا، يكون المشرع اللبناني قد كرس تنظيمًا شاملاً للالتزام المهني او المحترف باعلام المتعاقد في العقود الالكترونية، مؤكداً على موجب الاعلام في العقد التقليدي القائم على مبدأ حسن النية والاستقامة في التعامل بحيث يكون كل فريق في العقد على بينة تماماً بما التزم به وبما وعد به وان ما وعد به مطابق لما ينتظره من منفعة.

إلا أنه كان من الأجدى اتباع المسار الذي أخذ به المشرع الفرنسي في تعديله الأخير، ووضع نظام خاص وصريح متعلق بموجب الاعلام، لاسيما بين غير الممهنيين وعلى كل أطراف العقد، مع ترتيب الجزاء الذي قرره المشرع الفرنسي لمنع حصول أي التباس أو تباين يمكن أن ينشأ عن تفسير المبادئ العامة التي ترعى المرحلة السابقة للتعاقّد، لاسيما حينما يكون المبدأ مطاطاً كمبدأ حسن النية.

• تعديل المادة 59 من قانون حماية المستهلك:

ينبغي الإشارة الى ان قانون المعاملات الالكترونية قد تضمن تعديلا لقانون حماية المستهلك في ما يتعلق بالموجب الملقى على المحترف والمسؤولية التي يتحملها جراء الاعلان الخادع والترويج والسلامة العامة، وذلك باضافة عبارة " وسائل الكترونية" بحيث اصبح النص على الشكل الآتي: " على المحترف الذي يستعمل وسائل غير مباشرة او وسائل الكترونية للبيع او التاجير ان يتقيد باحكام هذا القانون، لا سيما المتعلقة بالاعلان الخادع والترويج والسلامة العامة". مما يعني ان الوسائل الكترونية اصبح معترفا بها كسائر الوسائل التقليدية في مجال موجب الاعلام وحماية المستهلك من اي غش او خداع يمكن ان يتعرض لهما⁽¹⁾.

• شكل العرض

من خلال دراسة الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة 33 من قانون المعاملات الالكترونية، يتبين ان المشرع قد الزم كل من يعرض بحكم مهنته سلعا او خدمات بوسيلة الكترونية ان يقوم باعلام العميل او المستخدم عن المنتج بالتفصيل وبصورة فعالة، وبشكل واضح بعيدا عن الغموض.

كما يستدل من الفقرتين اعلاه، انه يتوجب على مقدم ان العرض ان يقدمه بشكل مكتوب وذلك للحفاظ على الشروط العقدية، وامكانية تخزينه واسترجاعه عند اللزوم والولوج الى المستندات المرتبطة به. اذ لا فائدة قانونية من ابرام العقد الالكتروني من دون القدرة على تخزينه والاحتجاج به عند الاقتضاء.

♦ المبحث الثاني: القبول الالكتروني وفق قانون المعاملات الالكترونية رقم 2018/81

كسائر العقود، فان العقد الالكتروني يتطلب لانعقاده صدور ايجاب عن احد طرفي العقد يقابله قبول الطرف الآخر، الا ان القبول الالكتروني وفقا لقانون المعاملات الالكترونية اصبح يتضمن شروطا وقيودا معينة تبعا لطابعه الالكتروني.

(1) راجع المادة 59 من قانون حماية المستهلك والمادة 130 من قانون المعاملات الالكترونية رقم 81.

• مفهوم القبول الإلكتروني

القبول بشكل عام هو التعبير الصادر عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب بحيث يفيد موافقته على الإيجاب الذي لا يزال قائماً، وهو يعد التعبير الثاني عن الإرادة، الذي يتكون العقد من اقترانه بإيجاب له اعتبار قانوني، والقبول كأى تعبير عن الإرادة يلزم أن يكون باتاً، وأن يتجه لإحداث أثر قانوني، كما يلزم لكي يرتب أثره، أن يكون حراً وصادراً من المنسوب إليه وهو على بينة من أمره بما يؤكد نيته في الارتباط التعاقدية⁽¹⁾.

أما القبول الإلكتروني فهو التعبير الصادر عن إرادة موجهة إليه رسالة البيانات الحاملة للإيجاب الذي يحمل رضاه بإبرام التعاقد بالشروط الواردة بالإيجاب من خلال شبكة الإنترنت التي تتميز بكونها بيئة آلية مبرمجة للاتصال ونقل البيانات عن بُعد.

ويلاحظ أن القبول الإلكتروني الذي يتم عبر شبكة الإنترنت يتوافق مضمونه مع ذلك المعنى المشار إليه في القواعد التقليدية، فضلاً عن خصوصيته التي تتمثل في صدوره من خلال وسيط إلكتروني، ويتم عن بُعد مع عدم الحضور المادي لأطراف العملية التعاقدية في لحظة تبادل الرضاء.

وفي حين يعتبر العرض الإلكتروني للتعاقد (الإيجاب) عملاً إرادياً صادراً عن إرادة متبصرة وبعد تفكير وترو، يعد القبول الإلكتروني عبر الإنترنت -على النقيض من ذلك- ذا خاصية مندفعة في بعض الأحيان، وفي أحيان أخرى قد يُقدم المرسل إليه الإيجاب على قبوله بشكل غير إرادي أو دون إدراك لتبعاته، ذلك أن المعلومات التي يتم إرسالها عبر الشبكة تتميز بكونها عابرة، وسريعة الزوال، ومتباينة، ومن الصعب السيطرة عليها، مع إمكانية أن يصل الإيجاب لعلم عدد غير محدود من الأشخاص في الوقت ذاته، وقد يكون الإيجاب مصحوباً بعروض ترويجية جذابة أو أسعار مخفضة مما يدفع الموجه إليه الإيجاب إلى قبوله تحت وطأة التخوف من فقد صفقة جيدة⁽²⁾، ويُعد القبول في هذه الحالة من قبيل

(1) انظر: أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية، تكوين العقد واثباته، اطروحة دكتوراه، عين شمس، دون دار نشر، ص 141.

(2) Anne SALAÜN, Les transactions commerciales sur Internet, in Le droit protection des consommateurs et des entreprises dans la société de l'information, FUNDP. CRID, 2000, 103-129.

الاندفاع المبني على التخوف من عدم الاستفادة من الصفقة قبل فوات الأوان، حيث من الملاحظ أن العروض الترويجية أو الأسعار المخفضة للسلع أو الخدمات، التي يتم تحديدها من حيث الوقت والعدد، لا تقرر أي مهلة لمتصفح الانترنت للتفكير والتروي قبل إبداء موافقته على التعاقد⁽¹⁾. يضاف إلى ذلك أن القبول الإلكتروني يمكن أن يتم بشكل تلقائي للغاية عندما يخضع لسيطرة مواقع الويب، فمستخدم الإنترنت يُحاط علماً بالإيجاب ويتبادل موافقته فوراً، ويحدث تكوين العقد أيضاً بصورة سريعة مثله في ذلك كالعلم بالإيجاب⁽²⁾. ومن جهة أخرى، نجد أنه فيما عدا الافتراض السائد في الوقت الراهن الذي يتمثل في تحقق الرضاء بعد تفكير وترو، قد يحدث أن يقبل متصفح الإنترنت إيجاباً بدون أن يكون لديه إدراك كامل بتبعاته التعاقدية.

• التعبير عن القبول الإلكتروني

ان المادة 38 من قانون المعاملات الالكترونية رقم 2018/81، قد اشترطت ان يتم التاكيد على القبول لمرّة ثانية لاعتبار العقد منشأ على وجه صحيح وقانوني، وذلك دون تحديد الوسيلة التي يتم عبرها صدور القبول ومن ثم التاكيد عليه، مما يوجب عرض بعض تلك الوسائل والتي تتماشى مع نص هذه المادة والتي يمكن اضافة خاصية تاكيد القبول من الناحية التقنية:

- يمكن للموجه إليه أن يستخدم البريد الإلكتروني في إرسال موافقته على الإيجاب الذي وصله بنفس الوسيلة، أو يجيب برسالة بريد إلكتروني على عرض متاح على موقع يزوره على شبكة الويب، وليس هناك أي شك في أن إرسال مثل هذه الرسالة يعد قبولاً

(1) توجد بعض المواقع على شبكة الويب تختص بتنظيم رحلات سفر بأسعار منخفضة، تتطلب رداً سريعاً على العروض المتاحة على الموقع، نظراً لإمكانية شغل كافة الأماكن في وقت قصير. انظر:

Dominique HOELTGEN, Les marchands de l'Internet, Edition Téléphone, Paris, 1996, pp. 67-74.

(2) من الجدير بالملاحظة أنه مع ذلك فإن العقد لن يصبح تاماً إلا بعد مهلة للتفكير لمدة سبعة أيام، إذا تم توجيهه للمستهلك، أو تسلم القبول الذي يجعل من الصعب الرجوع، وهو ما يتوافق مع نظرية استلام القبول المعتمدة بصفة خاصة في العقود الدولية لبيع البضائع.

صريحاً للإيجاب⁽¹⁾، إذ إنه ينقل تعبير القابل الصريح عن رغبته في قبول رسالة البيانات الحاملة للإيجاب وتجسد نية مرسلها على قبوله الالتزام بمضمونها، ومن جانب آخر يتيح إرسال القبول بهذه الوسيلة لأي من الأطراف مسبقاً- أن يناقش البنود التعاقدية وينفذها. يضاف إلى ذلك، أن هذه الرسالة يمكن أن تُعد دليلاً على قبول وتكوين العقد، شرط أن يكون في الإمكان بالضرورة تحديد هوية الشخص الذي صدرت منه وأن تُعد وتحفظ في ظروف من شأنها أن تضمن سلامتها⁽²⁾.

يمكن أن يتم القبول بواسطة "النقر بالفأرة" على الأيقونة الخاصة بقبول العقد المعروض على موقع الويب ومن ثم التأكيد عليه بكبسة مزدوجة (double click)؛ حيث يرسل حاسوب القابل وينقل بواسطة هذه الحركة- رسالة رقمية إلى الحاسوب الخادم الذي يستضيف موقع الإنترنت الخاص بالموجب، وتعد هذه الحركة تعبيراً عن إرادة الموجب له عن قبول الإيجاب، مادام القابل قد أكد أنه أقر محتويات العرض وقبله كما ورد منه.

ومن الجدير بالملاحظة في هذا الخصوص، أن قبول العقد بهذه الوسيلة يعتبر ممارسة واسعة الانتشار على مواقع الويب التي تعرض سلعاً أو خدمات، غير أن الموجب في هذه الحالة -وهو غالباً المهني أو المحترف- يستقل من جانب واحد بتحديد العناصر الرئيسية للاتفاقات، بحيث لا تكون محلاً لأي تعديل أو معارضة من جانب القابل.

ومن جهة أخرى، يطرح هذا النمط من أنماط التعبير عن القبول، التساؤل حول ما إذا كان يدخل في إطار القبول الصريح أم يعد قبولاً ضمناً؟ ونبادر إلى القول بأن قيام الموجه إليه الإيجاب بالنقر بالفأرة على أيقونة القبول يعد قبولاً صريحاً للإيجاب المعروض على موقع الويب، فبالضغط بالإصبع على الفأرة -التي يوجه محركها على الشاشة إلى أيقونة

(1) Voir: Christian LARROUMET, Droit civil, Les obligation, le contrat, 3ème éd, Paris, Ed. Economica, 1996, n° 253.

(2) راجع: المادة 1-1316 الجديدة من القانون المدني الفرنسي (المضافة بالقانون رقم 2000-230 الصادر في 13 مارس 2000 المتعلق بتطويع قانون الإثبات لتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني)، التي اعترفت بمقبولية الكتابة الإلكترونية وحجيتها كوسيلة إثبات مثلها في ذلك كالكتابة على دعامة ورقية، كما ستبين الدراسة

القبول الموجودة على الموقع- يعكس إرادة القابل لإنجاز هذه الحركة⁽¹⁾، وبالتالي يُعتبر
القبول الصادر من الموجه إليه الإيجاب بواسطة حركة -وليس لفظياً- قبولاً صريحاً، ويكون
له ذات الآثار المترتبة على التوقيع على رכיضة ورقية أو تبادل المصافحة باليد بين
المتعاقدين كتعبير عن الموافقة على إبرام العقد، علاوة على ذلك يتوافق هذا النمط من
التعبير عن الإرادة مع تعريف القبول الذي يتم في إطار عقد البيع الدولي للبضائع⁽²⁾،
ويتناسب مع هذا النوع من العقود الدولية.

• القبول الضمني أو السكوت

لم تتطرق المادة 38 من قانون المعاملات الالكترونية رقم 2018/81 الى القبول
الضمني او مدى امكانية اعتبار السكوت عن العرض قبولاً. وازاء هذا الواقع، يقتضي
اعمال احكام المادة 30 من هذا القانون، وبالتالي العودة الى القواعد التقليدية في محاولة
لتطويعها لمجاراة التعديل التشريعي الاخير.

فالقواعد العامة تقضي بان مجرد السكوت لا يعتبر قبولاً عملاً بمبدأ "لا ينسب لساكت
قول"، لان التعبير عن الارادة يجب ان يتم بعمل ايجابي، اما السكوت فلا يتجاوز الحدود
السلبية، ولا يفيد بالتالي القبول.

الا انه، وبصورة استثنائية، قد يفيد السكوت القبول اذا اقترن بظرف من شأنه ان يشكل
دليلاً على القبول كالتعامل السابق بين الفريقين، او سكوت المشتري بعد استلامه للبضائع،
وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 180 من قانون الموجبات والعقود.

وعليه فان القبول الإلكتروني، قد يتم التعبير عنه مثله في ذلك كالقبول التقليدي
صرحة أو ضمناً، ويكون القبول صريحاً إذا تضمن رضاً صريحاً بإبرام العقد، سواء عن

(1) Pierre-Yves GAUTIER et Xavier LINANT de BELLEFONDS, De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent, JCO, éd. G. n° 24, 14 juin 2000, I, 236, p. 1113-1120 et spec. p. 1113.

(2) وفي هذا الصدد، تقرر المادة 18/ فقرة أولى من اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع أنه "يعتبر قبولاً، كل بيان أو تصرف صادر من المرسل إليه يفيد الموافقة على الإيجاب".

"une déclaration ou un autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à une offre constitue une acceptation".

طريق البريد الإلكتروني أو عبر شبكة الويب Web، أو المحادثة من خلال البرامج المخصصة للمحادثة أو الرؤية المباشرة عبر الشبكة Chatting، وقد يكون القبول عبر الشبكة ضمناً، إذا قام القابل بعمل أو تصرف يفيد الموافقة على الإيجاب دون أن يرد عليه صراحة بلفظ القبول.

وفي هذا الصدد، ذهب البعض⁽¹⁾ إلى القول بأن القبول الإلكتروني لا يكون إلا صريحاً نظراً لأنه يصعب أن يتم هذا النوع من القبول ضمناً، فهو يتم بواسطة أجهزة وبرامج الكترونية تعمل بصورة آلية بشكل لا يتيح لها استخلاص أو استنتاج إرادة المتعاقد. بيد أن هذا القول في تقديرنا محل نظر، وذلك لإغفاله حقيقة هامة مناطها تحليل طبيعة ذلك القبول؛ حيث انه على الرغم من أن القبول الصريح هو الوضع الغالب للقبول الإلكتروني، إلا أن القبول الضمني قد يوجد إلى جانبه، وذلك إذا قام القابل بعمل أو تصرف من شأنه أن يفيد الموافقة على الإيجاب دون أن يرد عليه صراحة بلفظ القبول، كأن يقوم القابل بتنفيذ العقد الذي اقترح الموجب إبرامه، أو إرسال الثمن أو جزء منه إذا كان مشترياً، أو أن يقوم الموجب بإرسال البضاعة إذا كان بائعاً.

وإلى جانب ما تقدم، يبرز تساؤل حول السكوت ومدى دلالاته في التعبير عن القبول في البيئة الإلكترونية، فالأصل وفقاً للقواعد العامة أن مجرد سكوت من وجه إليه الإيجاب لا يعد قبولاً، والقبول عمل إيجابي أما السكوت فوضع سلبي، فلا يجوز أن يكون أحدهما نتيجة للآخر، وتطبيقاً تلك القواعد في مجال التعبير عن الإرادة عبر الإنترنت، فإن من يتسلم رسالة بريد إلكتروني تتضمن إيجاباً ووجد فيها نصاً يشير إلى أن عدم الرد على هذا العرض من جانبه -خلال مدة معينة- سيعتبر قبولاً للإيجاب، فإنه ليس ملزماً بالرد على تلك الرسالة ولا يعتبر سكوته قبولاً.

وإذا كان الأصل أن السكوت البسيط المجرد لا يصلح تعبيراً عن إرادة القبول فإنه استثناء من هذا الأصل، قد يعد السكوت قبولاً إذا اقترن بظروف من شأنها أن تقوى وتدعم دلالاته على الرضاء، فيمكن الاعتداد بدلالة السكوت واعتباره قبولاً متى كانت طبيعة المعاملة

(1) انظر: مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 252-253.

أو العرف التجاري وغير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يُرفض الإيجاب في وقت مناسب، أو عندما يكون هناك تعامل سابق بين أطراف التعاقد واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو عندما يتمخض الإيجاب لمنفعة القابل، وهذا ما تقضي به المادة 180 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، ولا يختلف هذا الحكم كثيراً عما استقر عليه القضاء الفرنسي في هذا الشأن⁽¹⁾.

فهل يمكن تطبيق تلك الحالات الاستثنائية في الاعتداد بالسكوت في مجال القبول عبر الإنترنت؟ لاشك أن الإجابة لا بد أن يشوبها بعض الحذر، نظراً لخصوصية مثل ذلك النمط من أنماط التعاقد وحدائته خاصة على المستوى الوطني.

ومن جانبنا نرى أنه فيما عدا حالة وجود اتفاق مسبق بين الأطراف يقرر اعتبار السكوت بمثابة قبول للإيجاب، فإنه ينبغي التمييز بين فرضتين: الأولى تتمثل في العقود المبرمة بين المستهلكين، ففي هذه الحالة لا يمكن أن تلعب الاستثناءات المشار إليها دوراً مؤثراً في اعتبار السكوت دالاً على القبول، لأن الإيجاب الموجه عبر موقع الويب يكون في الغالب موجهاً للكافة دون تمييز، ويجري التعاقد بين أطراف لا توجد بينهم علاقات تعاقدية مسبقة، وينطبق ذلك أيضاً على حالة العقود الإلكترونية المختلطة التي يكون أحد أطرافها مهني أو محترف والطرف الآخر مستهلك، فلا يتصور اعتبار السكوت من جانب المستهلك عن الرد على الإيجاب المعروض على موقع المهني قبولاً، وفي هذه الأحوال ينبغي أن يكون التعبير عن القبول عبر الإنترنت صريحاً⁽²⁾.

(1) تقر محكمة النقض الفرنسية بعض الاستثناءات على هذا المبدأ، فيمكن الاعتداد بدلالة السكوت واعتباره قبول عندما يكون هناك تعامل سابق بين أطراف التعاقد.

Cass. 1ère civ., 3 décembre 1985, Bull. Civ., I, no 330.

أو متى وجد عرف يكون على المرسل إليه التعبير عن إرادته بالرفض، أو عندما يتمخض الإيجاب لمصلحة القابل.

Cass. 1ère civ., 1ère décembre 1969. JCP, 70, II, 16445, note Jean-Luc Aubert.

(2) وفي ذات الاتجاه، يذهب جانب من الفقه إلى أن السكوت في ذاته لا يكفي في إطار علاقات التجارة الإلكترونية للتعبير عن إرادة القبول المطابق للإيجاب، بل يجب أن يكون من خلال ظروف وملابسات ترجح هذا المعنى، وهو في هذا المجال يتمثل في اتخاذ موقف إيجابي يتجاوز حالة السكوت إلى التعبير الصريح. انظر: خالد حمدي عبد الرحمن، التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، سنة 2006، ص 77.

أما الفرضية الثانية فتتعلق بالعلاقات بين المهنيين، ففي هذه الحالة يمكن أن يوجد عُرف تجاري أو ممارسات تجارية سابقة بين المتعاقدين، وهو ما يرجح دلالة السكوت على قبول التعاقد، بحيث يعد السكوت في هذه الحالة قبولاً يكفي لانعقاد العقد.

• شروط القبول الإلكتروني

على الرغم من الخصوصية التي يتميز بها القبول الإلكتروني الذي يجري خلال الإنترنت عبر أجهزة الحواسيب الآلية عن القبول التقليدي، إلا أنه يظل خاضعاً للاشتراطات التي تتطلبها القواعد العامة في القبول، لذلك فالقبول الإلكتروني بوصفه تعبيراً عن الإرادة بوسيلة إلكترونية لا بد أن تتوفر فيه الشروط العامة التي تتعلق بوجود الإرادة والتعبير عنها واتجاهها إلى إحداث أثر قانوني، باعتباره الإرادة الثانية في العقد كما سبق أن نوهنا، وسنتعرض لشروط القبول في إيجاز يتفق وأغراض الدراسة كما يلي:

أ- أن يصدر القبول والإيجاب الإلكتروني لا يزال قائماً:

وهذا الشرط أمر بديهي، إذ إن القبول يُعد جواباً على إيجاب، فإذا لم يعد ذلك الإيجاب قائماً، كان القبول جواباً لمعدوم، لذا فإن القبول الصادر بعد ذلك يعد إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول لانعقاد العقد، فيستطيع الطرف الآخر أن يقبله أو يرفضه، ويطلق على الشرط اتحاد مجلس الإيجاب والقبول (أي مجلس العقد) حقيقة أو حكماً⁽¹⁾.

ب- مطابقة القبول للإيجاب المعروض على الشبكة:

ينبغي أن يأتي القبول مطابقاً تماماً للإيجاب في كافة جوانبه لكي يتم به التعاقد، ولا يقصد بالمطابقة التامة، المطابقة بالألفاظ والصيغ، وإنما يقصد بها المطابقة في الموضوع،

(1) Voir: Thierry PIETTE-COUDOL, La signature électronique, Ed. Litec, 2001, no. 18-24, pp. 7-10.

في هذا الصدد، تشير المذكرة الإيضاحية إلى أن مجلس العقد هو المكان الذي يضم المتعاقدين وليس الملحوظ فيه هو المعنى المادي للمكان، بل الملحوظ هو الوقت الذي يبقى فيه المتعاقدان منشغلين بالتعاقد دون أن يصرفهما عن ذلك شاغل آخر. راجع: المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، ج2، ص 43.

أي صدور القبول بالموافقة على كل المسائل التي تضمنها الإيجاب ودون تفرقة بين ما يعد من المسائل الجوهرية (كالمحل والتمن) وما يعد من المسائل التفصيلية الثانوية، بيد أنه لا يُشترط لمطابقة القبول للإيجاب تمام المطابقة، أن يتم الاتفاق بين المتعاقدين على جميع المسائل، إذ يجوز لهما أن يكتفيا بالاتفاق على جميع المسائل الجوهرية في العقد وترك الاتفاق على جميع المسائل التفصيلية إلى وقت لاحق⁽¹⁾.

ويترتب على شرط مطابقة القبول للإيجاب ألا يقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه، فإن تضمن شيئاً من ذلك اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً (المادة 182 م وع). وعلى ذلك يجب أن يكون التعبير عن القبول باتاً، فإذا كان القبول مقيداً بوصف أو شرط لم يصدر به الإيجاب لا يتم العقد، ويجوز أن يكون القبول غير المطابق للإيجاب بمثابة إيجاب جديد⁽²⁾.

وتتطبق كافة تلك الأحكام على التعاقد عبر الإنترنت، إلا أننا لا نستطيع أن نغفل حقيقة هامة مفادها أن ذلك النمط من التعاقد يكون -في العادة- دقيقاً ومستكملاً لكافة الشروط والأمور الجوهرية، ويؤخذ فيه الحيطة والحذر أكثر من التعاقد العادي، نظراً لأنه يغلب على هذا النمط من التعاقد عدم وجود معرفة مسبقة بين المتعاقدين.

ج- نهائية القبول:

ينعقد العقد متى اقترن الإيجاب بقبول مطابق له، والأصل هو كفاية القبول لانعقاد العقد دون حاجة إلى الالتزام بشكلية معينة، وذلك عملاً بالقاعدة العامة في رضائية العقود (ما لم يتطلب القانون أو اتفاق الطرفين شكلاً خاصاً للانعقاد)، ويترتب على ذلك أن انعقاد العقد لا يتوقف على كتابة وثيقة ما، أو على أن يضع المتعاقد توقيعه على تلك الوثيقة.

(1) في هذا الصدد، تنص المادة 95 من القانون المدني المصري على أنه "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم. وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة".

(2) راجع في هذا الشأن: جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، 1997، ص 88

بيد أن ضرورات حماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد باعتباره الطرف الضعيف في مواجهة المهني أو المحترف، اقتضت تخويل المستهلك الحق في العدول عن قبوله⁽¹⁾؛ حيث تقر بعض التنظيمات القانونية المتعلقة بالمعاملات مع المستهلكين، للموجب له إرجاع المنتج في العقود المبرمة عن بعد، وهو ما يعني تخويل القابل حق نقض العقد بعد انعقاده، ومن ثم تُقدم هذه التنظيمات صيغة للرجوع تخالف مبدأ القوة الملزمة للعقد. ويترتب على ذلك، أن ممارسة المستهلك لحقه في العدول عن قبوله، يستتبع نقض العقد السابق إبرامه، ومن ثمّ يكون عليه رد السلعة أو المنتج إلى المهني أو التنازل عن الخدمة، ولا يتحمل المستهلك في حالة ممارسة حقه في العدول خلال المدة المقررة أية جزاءات أو مصروفات، فيما عدا المصروفات المحتملة لإرجاع المنتج أو السلعة.

• شروط اضافها قانون المعاملات الالكترونية رقم 2018/81:

اضاف القانون رقم 2018/81 شروطا على القواعد العامة للاعتداد بالقبول الالكتروني، فمن جهة الزم مقدم العرض ابلاغ الطرف الآخر بورود القبول ضمن مهلة زمنية معقولة او ضمن المهلة الزمنية المحددة في العرض تحت طائلة التعويض عن الضرر جراء هذا الاخلال، وهذا ما يستفاد من نص المادة 34 من هذا القانون. كما نصت المادة 38 منه على وجوب التاكيد على القبول لمرة ثانية لاعتبار العقد منشأ على وجه قانوني وبالتالي منتجا لآثاره ومفاعيله القانونية. ولعلّ المشرع هدف من وراء ذلك تاكيد الفريقين من مضمون الالتزامات التي سيقدمان عليها والتحقق من مضمونها، وعدم التسرع في انشاء الالتزامات لما في ذلك من خطورة في البيئة الالكترونية. وازدافت هذه المادة في فقرتها الثانية على انه: "عندما تكون المساومات في العقود المدنية والتجارية قد جرت بالوسيلة الالكترونية، فان العقد لا يعد منشأ الا في الوقت الذي يصل فيه القبول الى العارض". وبالتالي يكون المشرع قد اعتمد مذهب استلام القبول كشرط

(1) لمزيد من التفصيل في شأن الحق في العدول، انظر: محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، ص 54.

لانبرام العقد، مخالفا بذلك القاعدة التقليدية المنصوص عنها في المادة 184 موجبات وعقود والتي تاخذ بمذهب اعلان القبول. وهو ما سنتطرق اليه لاحقا بشكل تفصيلي.

○ الفصل الثاني: مجلس العقد الالكتروني وفق قانون المعاملات الالكترونية رقم 2018/81

يرتب تحديد مكان وزمان انعقاد العقد نتائج ومفاعيل قانونية لناحية خضوع انشاء العقد لقانون المكان الذي انشئ فيه او تحديد تاريخ سريانه. فعندما يتم انعقاد العقد بين طرفين متواجدين في المكان ذاته يعتبر هذا مكان انشائه وبالتالي يطبق قانون هذا المكان لجهة صحة العقد وتفسيره والاجراءات اللاحقة له، كما يعتبر زمان انشائه في الوقت الذي صدر فيه القبول. وبالتالي يقتضي تحديد الزمان والمكان لمعالجة مختلف المسائل القانونية لا سيما في الامور التالية: نقل الملكية في عقد البيع وتبعية الهالك، بدء سريان المهل، تاريخ نشوء دين المدعي في الدعوى البوليانية، العقود التي يجريها المفلس خلال فترة الرتبة، تحديد الاختصاص القضائي...

ويعتبر ابرام العقد بين اشخاص حاضرين هو الوسيلة النموذجية والتي لا تحمل اي التباس لجهة زمان ومكان ابرامه. الا ان العكس ليس صحيحا، مما يجعل البحث في هذه الحالة المعاكسة، سواء في ظل القواعد التقليدية او في ظل قانون المعاملات الالكترونية رقم 81 امرا حيويا ولا بد منه.

◆ المبحث الاول: مجلس العقد وفق القواعد التقليدية

اعتبرت المادة 183 موجبات وعقود ان العقد يعد منشأ في الوقت والمكان الذي يقترن فيه القبول بالايجاب عندما يتم بين اشخاص حاضرين. وقد استتنت المادة 220 منه في فقرتها الثالثة اتفاق الفرقاء على غير ذلك تبعا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين. كما عالج هذا القانون الحالات التي ينعقد فيها العقد دون حضور الطرفين:

• التعاقد عبر الهاتف

اختلفت الآراء حول طبيعة مجلس العقد عند التعاقد بواسطة الهاتف، فذهب البعض إلى أنّ التعاقد عبر الهاتف، يعدّ تعاقدًا بين حاضرين، لأنّ التعبير عن الإرادة يتمّ في الوقت نفسه، من دون أن يكون ثمة فاصل زمني بين صدور الإيجاب والعلم به. ويكون مجلس العقد محددًا خلال مدة المكالمة الهاتفية، بحيث يبقى الإيجاب قائمًا حتى ينفض بانتهاؤها⁽¹⁾.

وقد أخذ قانون الموجبات والعقود اللبناني بهذا المبدأ حيث نص في المادة 185 منه على ما يأتي: *إنّ العقد الذي ينشأ بالمخاطبة التلفونية يعد بمثابة العقد المنشأ بين أشخاص حاضرين. وحينئذٍ يعين محل إنشائه إما بمشيئة المتعاقدين، وإما بواسطة القاضي، وبحسب أحوال القضية.*"

على نقيض هذا الرأي، فقد ذهب بعض التشريعات إلى اعتبار أنّ التعاقد بالهاتف، يعدّ تعاقدًا بين غائبين، وبالتالي تسري عليه أحكام مجلس العقد الحكمي مثله مثل الرسول في نقل الكلام، أو في نقل الإيجاب⁽²⁾.

وهناك رأي ثالث اعتمده بعض الفقهاء كحل توفيق بين الرأي الأول القائل بأنه تعاقد بين حاضرين، وبين الرأي الثاني القائل بأنه تعاقد بين غائبين، فاعتبر الرأي الأخير التعاقد بالهاتف يعد بمثابة تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، وتعاقد بين غائبين من حيث المكان. وبرأينا، فإن مؤيدي هذه النظرية لم يأخذوا بعين الاعتبار التطور الذي طرأ على تكنولوجيا الهواتف النقالة مع ما تتيحه من خدمات وتقنيات متنوعة وحديثة، بما فيها الرسائل الإلكترونية⁽³⁾، وبالتالي لم يعد من الممكن اعتمادها من الناحيتين التقنية والقانونية.

(1) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، 2، في الإلتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد، طبعة 1987، ص188؛ جميل الشراوي، النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، 1976، ص217.

(2) سمير حامد الجمال: التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، جامعة الاسكندرية، 2005، ص 145.

(3) سمير حامد الجمال: مرجع سابق، ص 136.

• التعاقد بالمراسلة:

نشأ جدال فقهي حول مكان وزمان انعقاد العقد بالمراسلة وإذا ما كان العقد يعتبر منعقدا بمجرد صدور القبول وارساله او استلامه من قبل العارض او علمه به. ولا يختلف الامر اذا ما جرت المفاوضات بواسطة المراسلة التقليدية او بواسطة الفاكس، اذ ان كلاهما سيان. ولا شك في أن هذا النوع من التعاقد يعتبر تعاقدًا بين غائبين، غير مجتمعين في مجلس واحد، ولا يسمع اداء العبارات المعبرة عن نية الالتزام فور أدائها، بحيث يكون هناك فاصل زمني بين الايجاب والقبول، وهذا ما يثير التساؤل عن تحديد مكان وزمان انعقاد العقد.

وللاجابة على هذا التساؤل، لا بد من البحث في المذاهب الفقهية التي اختلفت في ما بينها حول تحديد مكان وزمان انعقاد العقد وهي اربعة: مذهب اعلان القبول، ومذهب تصدير القبول، ومذهب استلام القبول، ومذهب العلم بالقبول.

يعتبر أنصار مذهب اعلان القبول، أن العقد ينشأ بين الغائبين، عندما يعلن المعروض عليه عن ارادته بالقبول. وقد أخذ الاجتهاد الفرنسي بهذا المذهب، فقضت محكمة التمييز الفرنسية بأن العقد يتم فور اعلان القبول⁽¹⁾. كما اخذ بهذا المذهب قانون الموجبات والعقود اللبناني، حيث تنص المادة 184 من هذا القانون على أنه: *انما كانت المساومات جارية بالمراسلة أو بواسطة رسول بين غائبين، فالعقد يعد منشأ في الوقت وفي المكان اللذين صدر فيهما القبول ممن وجه اليه العرض*. الا ان هذا المذهب تعرض للنقد لتعذر اثبات قبول المعروض عليه بالعرض في حال عدم تدوين قبوله خطياً. كما أن اعلان الارادة لا يجوز ان ينتج اي أثر قانوني إلا إذا وصل الى علم الموجب، لان القبول بحد ذاته لا يتحقق معه توافق الارادتين المتعاقدتين.

اما مذهب تصدير القبول، فيعتبر ان لقبول يتحقق، بتصديره وارساله الى العارض، كما لو سلم ادارة البريد كتاب القبول، لتنتقله الى العارض، اذ يقتضي ان يكون اعلان القبول نهائياً. ومن شان هذا المذهب تسهيل اثبات القبول، ويؤدي الى تخفيف من حدة الانتقادات

⁽¹⁾ Cass. Civ., 21 mars 1932, D., 1933.1.68; et 20 juill. 1954, J.C.P., 955.2.775.

التي وجهت الى انصار مذهب اعلان القبول، لا سيما لجهة تعذر اثباته. وقد قضت محكمة التمييز الفرنسية، بأن وضع الكتاب أو البرقية في مكتب البريد يؤدي الى خروجه من يد القابل خروجاً لا رجوع فيه. ولولم يتم تصدير القبول بشكله النهائي، لتمتع القابل بإمكان الرجوع عن قبوله ما دام أنه لم يصل الى الموجب⁽¹⁾.

وكما الحال في المذهب الاول، فقد اعتبر البعض انه لا فائدة قانونية منه، طالما ان اعلان القبول، وحده يعتبر كافياً لانعقاد العقد كما هو الحال في القانون اللبناني، ولا يزيده التصدير أية قيمة قانونية، وبالتالي يعتبر العقد منشا. كما أنه يمكن استرداد القبول المصدر، وبذلك لا تتحقق عدم استطاعة القابل من أن يرجع عن قبوله.

ويعتبر مذهب استلام القبول مكماً لمذهب صدور القبول، لأنه يقوم اساساً على اعلان القبول، ولكنه يتشدد في وجوب ان يكون هذا الاعلان نهائياً لا رجوع فيه. فهو يعتبر صورة اخرى من صور المذهبين السابقين، ولا يزيد اعلان القبول شيئاً من الناحية القانونية باستثناء علم العارض به، وامكانية اثبات هذه الواقعة. وقد أخذ المشرع الفرنسي بهذا المبدأ بتعديله الأخير على القانون المدني، حيث نصت المادة 1121 منه على ان العقد ينعقد بمجرد وصول القبول الى العارض، ويعتبر منعقداً في مكان وصول القبول.

اما المذهب الرابع المتمثل بالعلم بالقبول، فيشترط مؤيدوه وجوب العلم بالقبول لان الارادة لا يمكن تنتج مفاعيلها القانونية الا اذا علم بها من جهة اليه، وعندها يمكن القول بحصول توافقاً بين الارادتين المتعاقدتين.

♦ المبحث الثاني: مجلس العقد الالكتروني

لم يتفق الفقهاء حول طبيعة العقد عبر الانترنت وما اذا كان يعتبر تعاقداً بين حاضرين او بين غائبين. فالبعض اعتبر ان العقد الالكتروني يعتبر تعاقداً بين حاضرين، لان المتعاقدين ينصرفان الى موضوع العقد من دون ان يشغلها عنه شاغل آخر، ويجري

⁽¹⁾ Cass. Civ., 22 juin 1956, R.T. 1956. 714.

الاتصال بينهما عبر الانترنت سمعيا او بصريا، او الاثنتين معا، وبالتالي لا يكون ثمة فاصل زمني بين الايجاب والقبول⁽¹⁾.

ويناقض فقهاء آخرون هذا الرأي معتبرين ان التعاقد عبر الانترنت يعد تعاقداً بين غائبين، وذلك لان التعاقد عبر الانترنت يتم بصريا بواسطة الكتابة بين المتعاقدين، عن طريق استخدام الرسائل الالكترونية، او عن سمعيا باستخدام البرامج والتقنيات التي تتيح نقل الصوت لكل منهما. كما قد يكون بهاتين الطريقتين معا، مضافا اليها النقل المباشر للصورة كما هو الامر بالنسبة الى الحاسوب المزود بكاميرا وميكروفون. وفي كل هذه الحالات يعتبر التعاقد عبر الانترنت تعاقداً بين غائبين⁽²⁾.

ويرى رأي ثالث ان التعاقد عبر الانترنت يعتبر تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان، وتعاقداً بين غائبين من حيث المكان، وانه يقتضي تطبيق القواعد الخاصة بالتعاقد عن طريق الهاتف.

وازاء هذه الآراء المختلفة، يمكن القول انه اذا استخدم نقل الصوت عبر الانترنت نقل، فيكون عندها التعاقد تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان، وبين غائبين من حيث المكان. واذا استخدمت وسيلة الكتابة، كالرسائل الالكترونية، فإنه يعتبر ايضاً تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان، وبين غائبين من حيث المكان اذا كان تبادل الرسائل يتم بصورة فورية ودون اي فاصل زمني بين الايجاب والقبول. والا، فإنه يكون تعاقداً بين غائبين، شأنه في ذلك، شأن التعاقد بالمراسلة. اما اذا استخدمت هذه الوسائل مجتمعة مضافا اليها النقل المباشر للصورة، فان الفاصل الزمني ينعدم بين المتعاقدين وتتلاشى المسافة بينهما، وفي هذه الحالة يعد التعاقد الالكتروني تعاقداً بين حاضرين حضوراً مفترضاً من حيث الزمان والمكان⁽³⁾.

(1) محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، جامعة الكويت، 1998، ص 22.

(2) جابر عبد الهادي الشافعي، مجلس العقد في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001، ص 297.

(3) سمير حامد عبد العزيز الجمال، م.س.، ص 145.

تبعاً لما تقدم، يمكن القول ان الفقهاء القانونيين قد اعتمدوا معيار الزمن لتحديد مجلس العقد الالكتروني. فعندما ينعدم الفاصل الزمني بين الايجاب والقبول به يصبح التعاقد تعاقدًا بين حاضرين، وعندما تفصل بين الايجاب والقبول فترة زمنية ولو قصيرة نسبياً يصبح تعاقدًا بين غائبين. علماً ان آراء اخرى اعتبرت بوجود توافر ثلاثة عناصر مجتمعة لتحديد معايير مجلس العقد الالكتروني، وهي: عنصر الزمن وعنصر المكان، وعنصر الانشغال بشؤون العقد⁽¹⁾.

• قانون المعاملات الالكترونية رقم 81

وبالعودة الى قانون المعاملات الالكترونية رقم 81، فقد عالج هذا القانون اشكالية زمان ومكان انعقاد العقد في المادتين 35 و38. فقد نصت المادة 38 في فقرتها الثانية على الوقت الذي يعتبر فيه العقد منشا وهو عند وصول القبول الى العارض: "عندما تكون المساومات في العقود المدنية والتجارية قد جرت بالوسيلة الالكترونية، فان العقد لا يعد منشأ الا في الوقت الذي يصل فيه القبول الى العارض".

وبهذا يكون قانون المعاملات الالكترونية قد خرج عن القاعدة التقليدية في قانون الموجبات والعقود والتي كانت تاخذ بمذهب تصدير القبول بحيث تعتبر العقد منشا بمجرد صدور القبول عن المعارض عليه، وبالتالي فقد اتبع مذهباً جديداً بالنسبة للقانون اللبناني، عبر اتباعه لنظرية استلام القبول والتي تعتبر مكملة لمذهب ارسال القبول. وعليه، فبمجرد ارسال الرسالة الالكترونية ودخولها اول نظام معلوماتي خارج سيطرة المرسل، كما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 38، ومن ثم استلام هذه الرسالة من قبل المرسل اليه، فحينها فقط يعد العقد قائماً مع ما ينتج عن ذلك من آثار ومفاعيل قانونية.

وقد حددت المادة 38 في فقرتها الرابعة شرطين على سبيل الحصر لاعتبار الرسالة مستلمة من المرسل اليه، وذلك في الحالتين التاليتين:

1- عندما تدخل الرسالة الالكترونية النظام المحدد للاستلام من قبله.

(1) سعيد يحيى ومحمود مظفر، مبادئ القانون والالتزامات، ط1، ص 151.

2- عندما يستخرجها على عنوان الكتروني خاص به، اذا لم يتم تحديد نظام معلوماتي معين لاستلام الرسائل الالكترونية.

اما المادة 35 من قانون المعاملات الالكترونية رقم 81، فهي فرضت موجبا على مقدم العرض يلزمه بابلاغ الطرف الآخر بورود القبول وذلك ضمن مهلة زمنية معقولة او ضمن المهلة الزمنية المحددة في العرض.

ويبقى السؤال عن مدى تاثير عدم الالتزام بهذا الموجب على صحة انبرام العقد؟ مما لا شك فيه ان الجواب على هذه الفرضية قد حسمتها المادة 38 بنصها على قيام العقد بمجرد وصول القبول الى العارض. وبالتالي فان عدم الالتزام بهذا الموجب ليس من شأنه الحؤول دون انشاء العقد الذي يبقى صحيحا وقائما، الا ان ذلك لا يعفي العارض من التعويض عن هذا الاخلال في حال وقوع ضرر بالطرف الآخر وفق الفقرة الثانية من المادة 35.

وفي هذا الاطار، لا بد من التوقف عند شكلية التبليغ، والتي لم يوضحها قانون المعاملات الالكترونية، فكان من الاجدى به التطرق الى هذه الاشكالية وتحديد طرق التبليغ اذا ما كانت تخضع للاصول التقليدية ام للاصول الالكترونية لدرء اي نزاع مستقبلي بهذا الخصوص. ويبقى التعويل على المراسيم التشريعية لمعالجة هذه الاشكالية واشكاليات اخرى تضمنها هذا القانون.

اما لجهة نوع هذه المسؤولية المدنية، نرى ان الاخلال بموجب الابلاغ يمكن اعتباره خطأ لاحقا لانشاء العقد، حيث ان العقد قد انبرم بوصول القبول الى العارض، وبالتالي فان المسؤولية تعتبر عقدية. الا انه يمكن نقض هذا الرأي على سبيل الاستفاضة في البحث القانوني، على اعتبار ان الخطأ قد تناول مرحلة تبادل العرض والقبول وهو حصل خلال هذه المرحلة، ويمكن البناء على هذه الفرضية للقول بان نوع المسؤولية هو تقصيري، مع ارجحية للرأي الاول.

ونشير الى ما تناوله قانون المعاملات الالكترونية بالنسبة للتجار والمحترفين عند ابرامهم للعقود التجارية فيما بينهم، وذلك باستثنائهم من موجب التبليغ الوارد في المادة 35

حيث نصت المادة 37 منه على انه: "في العقود المبرومة بين التجار او في العقود المبرومة بين المحترفين في مجال التجارة الالكترونية او بين التجار وهؤلاء المحترفين، يمكن للفرقاء مخالفة القواعد المنصوص عنها في المادتين 33 و35 من هذا القانون".

○ الخلاصة

مما لا شك فيه ان المشرع اللبناني قد تاخر كثيرا في اصدار قانون المعاملات الالكترونية رقم 81، اذ كان من الاجدى وضع تنظيم قانوني جديد يحكم التعاقدات الالكترونية منذ زمن، لا سيما وان اقتراحات ومشاريع القوانين ظلت قابضة في ادراج مجلس النواب لسنوات طويلة مما اثار اشكاليات نظرية وعملية في هذا المجال، خاصة وان القواعد التقليدية الموضوعية في ظل النمط المادي التقليدي المادي لم تعد بمفردها قادرة على مجازاة التقدم الحاصل في المجال المعلوماتي.

ان القانون الجديد قد احدث تغييرا في مفاهيم العقد التقليدي ان لجهة قواعد قانون الموجبات والعقود او لجهة قواعد قانون حماية المستهلك، لا سيما في مرحلة تكوينه، حيث فرض قيودا على شكل الايجاب، كما غير في مفهوم القبول وشروطه معتمدا مذهب استلام القبول كشرط لانبرام العقد، مخالفا بذلك القاعدة التقليدية التي تاخذ بمذهب اعلان القبول. ومن جهة اخرى، فقد عالج مسألة زمان ومكان انبرام العقد بما يتلاءم مع التطور التقني الذي يخرج عن الاطار النمطي للعقود التقليدية.

وفي جميع الاحوال يبقى التعويل على التطبيق العملي لقانون المعاملات الالكترونية قبل الحكم على نجاحه، خاصة في مجال ابرام العقد وتنفيذه واثباته، وهذه المواضيع سنتناولها في ابحاثنا اللاحقة ان شاء الله.

Faut-il banaliser la société à capital variable?

Sajih RIZK

Docteur en droit

Conférencier à l'Université Libanaise

○ Introduction:

-1- La société à capital variable se définit comme une société dont le capital peut à tout moment varier soit à la hausse, en raison de l'augmentation de la participation de certains associés ou de l'augmentation de leur nombre, soit à la baisse, en raison du retrait ou de l'exclusion d'un ou de plusieurs d'entre eux⁽¹⁾. Le régime de la société à capital variable, qui résulte d'une loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés commerciales, témoigne donc d'une grande liberté qui contraste avec les règles impératives de la loi n°66-537 du 24 juillet 1966, qui lui a succédé sans remettre en cause ces dispositions⁽²⁾. Cette double faculté de variation du capital, à la hausse et à la baisse, est une caractéristique essentielle des sociétés à capital variable et constitue une exception importante à l'intangibilité du capital, qui est de principe⁽³⁾.

-2- Pour autant, en dépit de ce régime dérogatoire, la société à capital variable n'est pas une forme particulière de société⁽⁴⁾. Si la question de l'opportunité d'une telle autonomie s'est posée⁽⁵⁾, elle n'a pas été retenue. Au fait, son existence résulte simplement de la stipulation

⁽¹⁾ C. com., art. L.231-1; anc. art. 48, Loi du 24 juill. 1867.

⁽²⁾ J.-P. BERTREL, La variabilité du capital social, Dr. et patrimoine, déc. 1998, n°66, p.78.

⁽³⁾ A. LECOURT, Rép. Dalloz, Capital social, mars 2015, n°145. – Adde: R. MORTIER, Opérations sur capital social, Lexis Nexis, coll. Litec Professionnels, 2010, n°45. – En ce sens: L. n°2003-7 du 3 janv. 2003.

⁽⁴⁾ J. MESTRE, D. VELARDOCCIO et A.-S. MESTRE-CHAMI, Lamy sociétés commerciales, 2012, n°5166; M.-H. MONSERIE-BON, Rép. Dalloz, V° Capital variable (Société à), févr. 2001, n°2.

⁽⁵⁾ R. SAINT-ALARY, note sous T. com. Seine, 12 nov. 1959, R.T.D. com., 1960, p.359, spéc. p.361.

d'une clause statutaire de variabilité du capital, qui ne modifie pas la forme de la société⁽⁶⁾.

-3- Les sociétés à capital variable sont régies par les articles L.231-1 à L.231-8 du Code de commerce, issus de la loi du 24 juillet 1867 codifiée⁽⁷⁾. C'est le principe posé par l'article L.231-1, alinéa 2 du Code de commerce, qui prévoit que «les sociétés dont les statuts contiennent la stipulation ci-dessus sont soumises, indépendamment des règles générales qui leur sont propres suivant leur forme spéciale, aux dispositions du présent chapitre». Mais l'article ne précise pas comment organiser ces différents corps de règles⁽⁸⁾. Le principe d'interprétation tiré de l'adage «*Specialia generalibus derogant*», selon lequel les règles spéciales dérogent aux règles générales, devrait être retenu ; c'est la solution préconisée par la doctrine majoritaire⁽⁹⁾. Les règles prévues aux articles L.231-1 et suivants doivent donc l'emporter sur les règles issues du droit des sociétés, qu'il s'agisse des règles communes à toutes les sociétés ou des règles attachées à certaines formes particulières de sociétés⁽¹⁰⁾. Retenir la solution inverse pourrait considérablement gêner le jeu de la clause de variabilité, dérogoratoire au principe de fixité du capital social.

-4- La variabilité est intéressante dans les sociétés où la composition de l'actionnariat est amenée à évoluer⁽¹¹⁾. Seront donc concernées les sociétés dont le capital est détenu en partie par des salariés ou celles qui font appel à des partenaires financiers, dont la participation sera très liquide grâce au droit de retrait dont ils bénéficient, ou encore celles

⁽⁶⁾ M. JEANTIN, Sociétés à capital variable, refondue par G. DURAND-LEPINE, J.-CL., Sociétés, Traité, Fasc. 167-10, 1997, n°4; G. BARANGER, Société à capital variable, Dictionnaire Joly sociétés, n°1; G. GOURLAY, Sociétés à capital variable, Dr. sociétés, Actes pratiques, 1995, n°24.

⁽⁷⁾ Code de commerce, 111 éd., Dalloz, 2016, p.481 et s.

⁽⁸⁾ C.A. Paris, 1^{er} juin 1995, Sté crésus d'or, D., 1995.567, note M.-F. COUTANT; S.A.R.L. éditions musicales européennes, R.J.D.A., 7/1995, n°861; C.A. Aix-en-Provence, 14 juin 1996, R.J.D.A., 10/1996, n°1216.

⁽⁹⁾ J. MESTRE, D. VELARDOCCHIO et A.-S. MESTRE-CHAMI, op.cit., n°5163; M.-H. MONSERIE-BON, op.cit., n°3; G. GOURLAY, op.cit., spéc. n°8; J.-P. DOM, Le domaine de la variabilité du capital social après la mise en vigueur du nouveau Code de commerce, Bull. Joly sociétés, 2000, §293, spéc. n°2, p.1191.

⁽¹⁰⁾ Rép. min., n°12691, J.O. Sénat, Q., 11 mars 1999, p.794.

⁽¹¹⁾ J.-P. BERTREL, op.cit., n°66, p.78, spéc. p.81-82; J.-L. TROUSSET, De l'utilisation de la société à capital variable, J.C.P., E., 1999, p.16.

destinées à organiser un groupement de professionnels, des commerçants par exemple⁽¹²⁾. Des arguments fiscaux peuvent également entrer en considération⁽¹³⁾. Dans la mesure où les associés peuvent changer à tout moment, il est rare que la considération de leur personne soit déterminante, ce qui écarte le plus souvent les relations «*intuitu personae*»⁽¹⁴⁾. La souplesse de fonctionnement de la société à capital variable, si elle constitue son principal attrait, peut aussi rebuter certains opérateurs, craignant les risques auxquels les expose l'instabilité de l'actionariat⁽¹⁵⁾.

○ **Paragraphe I: La constitution de la société à capital variable:**

-5- La constitution de la société à capital variable suppose la réunion de conditions de fond et de conditions de forme.

-A- Les conditions de fond:

-6- La société à capital variable doit remplir les conditions du droit commun des sociétés, ainsi que les règles de droit spécial propres à sa forme spécifique. En tant que société à capital variable, elle doit également se soumettre à d'autres conditions, comme la stipulation d'une clause de variabilité du capital social. Certaines dispositions particulières régissaient auparavant les modalités de libération des apports, que le législateur a désormais alignées sur le droit commun.

-1- La stipulation d'une clause de variabilité du capital social:

-7- La clause de variabilité connaît un régime et un objet particuliers.

-a- Le régime de la stipulation:

-8- Les associés peuvent décider lors de la création de la société d'insérer dans les statuts la variabilité du capital social, sans omettre de

⁽¹²⁾ Lamy sociétés commerciales, Sociétés à capital variable, éd. Lamy, 2004, n°4833, p.2070.

⁽¹³⁾ J.-P. BERTREL, La reprise des apports dans les montages sociétaires et la variabilité du capital social, Bull. Joly sociétés, 2009, §239, p.1191.

⁽¹⁴⁾ M. GERMAIN et V. MAGNIER, Les sociétés commerciales, in Traité de droit des affaires, 20^{ème} éd., L.G.D.J., 2011, n°2048.

⁽¹⁵⁾ D. GIBIRILA, Sociétés à capital variable, J.-Cl., Commercial, Fasc. 1014, 1^{er} mars 2009, n°6, p.3.

vérifier que l'activité envisagée pour la société ou que la forme sociale retenue est compatible avec le statut de société à capital variable⁽¹⁶⁾. En effet, depuis la loi n°81-1162 du 30 décembre 1981 qui a modifié l'alinéa 1^{er} de l'article 48 de la loi du 24 juillet 1867 (devenu C. com., art. L.231-1), la modalité de variabilité du capital social ne peut plus être adoptée pour les sociétés anonymes sauf exceptions retenues par le législateur⁽¹⁷⁾.

-9- Une société créée à l'origine avec un capital fixe peut, au cours de sa vie sociale, avoir recours à la variabilité du capital⁽¹⁸⁾. Cette modification pratiquée au cours de la vie sociale ne peut être qualifiée de transformation, cette opération correspondant à un changement de forme sociale. Les formalités liées à la transformation n'ont pas à être accomplies par les associés⁽¹⁹⁾. L'adoption de la variabilité du capital social dans une société à capital fixe se réalise par une modification des statuts en introduisant les clauses établissant la variation du capital social et la nouvelle situation des associés⁽²⁰⁾.

-10- Comme toute modification statutaire, elle est de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire, quelle que soit la forme de la société. Une difficulté apparaît pour déterminer à quelles conditions l'assemblée statue, conditions normales ou unanimité si la modification est considérée comme une augmentation des engagements des associés. Les auteurs se divisent sur ce point⁽²¹⁾. La réponse peut être nuancée en fonction de la forme de la société qui adopte la variabilité du capital social. D'une part, la règle de l'unanimité doit, à notre sens, être respectée dans les sociétés à responsabilité limitée en raison de la règle

⁽¹⁶⁾ D. GIBIRILA, Sociétés à capital variable, précité, 1^{er} mars 2009, n°11, p.5.

⁽¹⁷⁾ Y. GUYON, La mise en harmonie du droit français des sociétés avec la directive des communautés européennes sur le capital social, J.C.P., C.I., 1982, I., 13740; G. RICHARD, Commentaire de la loi du 30 déc. 1981, J.C.P., C.I., 1982, I., 10512; P. PAILLER, Sociétés à capital variable, J.-Cl., Sociétés Traité, Fasc. 167-20, 9 janvier 2013, n°14, p.4.

⁽¹⁸⁾ P. PAILLER, Sociétés à capital variable, J.-Cl., Sociétés Traité, Fasc. 167-10, 15 janvier 2013, n°12, p.4.

⁽¹⁹⁾ C. civ., art. 1844-3. - Ph. MERLE, Droit commercial, Sociétés commerciales, 7^{ème} éd., Précis Dalloz, 2000, n°98 et s.

⁽²⁰⁾ M. GERMAIN et V. MAGNIER, Traité de droit des affaires, Les sociétés commerciales, T.2, 21^{ème} éd., L.G.D.J., 2014, n°2665, p.780.

⁽²¹⁾ Pour les règles ordinaires, V. J. MESTRE, Ch. BLANCHARD-SEBASTIEN et D. VELARDOCCIO, Lamy sociétés commerciales, 2000, n°4676. Pour l'unanimité, V. G. GOURLAY, article préc., n°5; Dict. perm. dr. affaires, Sociétés à capital variable, n°10.

de l'alinéa 3 de l'article L.231-6 du Code de commerce qui prévoit que les associés sont responsables envers les associés et les tiers, pendant cinq ans, de toutes les obligations existant au moment de leur retrait de la société⁽²²⁾. Cette responsabilité plus lourde que celle retenue classiquement conduit à une augmentation des engagements des associés. D'autre part, la stipulation d'une clause d'exclusion, qui accompagne le plus souvent la clause de variabilité, ne remet-elle pas en cause les droits et libertés de l'associé et ce, quelle que soit la société concernée ? La doctrine est partagée⁽²³⁾, mais la jurisprudence l'exige⁽²⁴⁾. La sévérité de la sanction, qui consiste dans une nullité absolue d'ordre public, incite à la prudence⁽²⁵⁾. Que ce soit en raison de l'augmentation des engagements de l'associé ou sur le fondement de l'article 1134 du Code civil, la stipulation d'une clause d'exclusion devrait donc être prise à l'unanimité⁽²⁶⁾.

-b- L'objet de la stipulation:

-11- La clause de variabilité du capital social permet une variation du capital social en dehors des cas prévus par le droit commun des

⁽²²⁾ C.A. Paris, 24 nov. 1980, Gaz. Pal., 1981, 2, jurispr., p.117, note A.P.S.

⁽²³⁾ Ecartant l'exigence d'une décision unanime, V. J. MESTRE, D. VELARDOCCIO et A.-S. MESTRE-CHAMI, op.cit., n°5176; M.-H. MONSERIE-BON, op.cit., n°11. Au contraire, en faveur de l'unanimité, V. J.-J. DAIGRE, N. METAIS, V. TANDEAU DE MARSAC et S. G. ARCHIBALD, Clauses d'exclusion dans les sociétés anonymes non cotées, Actes prat. ing. sociétaire, janv.-févr. 1999, p.5, spéc. p.7; F. RIZZO, Le principe d'intangibilité des engagements des associés, R.T.D. com., 2000, spéc. n°18, p.27; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, Droit des sociétés, 25^{ème} éd., Lexis Nexis, 2012, n°365; J. GRANOTIER, L'exclusion d'un associé: vers de nouveaux équilibres?, J.C.P., G., 2012, 653, spéc. n°3.

⁽²⁴⁾ T. com. Paris, 12 juin 1972, Bull. Joly sociétés, 1973, §140, p.324, les juges considérant que la clause en cause «viole manifestement le droit fondamental d'un actionnaire de société anonyme de rester actionnaire»; C.A. Paris, 3^{ème} ch., 27 mars 2001, S.A. éditions du témoignage chrétien c/Montaron, n°2000/12023, Juris-Data, n°2001-149860; Bull. Joly sociétés, 2002, p.89, note H. LE NABASQUE; Dr. sociétés, 2002, comm. 14, note F.-X. LUCAS. Au contraire, T. com. Versailles, 2 mai 1989, Bull. Joly soc., 1989, §222, p.615, note Y. SEXER; R.D. bancaire et bourse, nov.-déc. 1989, p.214, note M. JEANTIN et A. VIANDIER.

⁽²⁵⁾ Cass. com., 13 nov. 2003, n°00-20.646, Bull. civ., 2003, n°171; Juris-Data, n°2003-020998; J.C.P., E., 2004, 337, note A. VIANDIER; J.C.P., E., 2004, 601, spéc. n°16, note crit. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER; Rev. sociétés, 2004, p.97, note B. SAINTOURENS.

⁽²⁶⁾ H. LE NABASQUE, note citée sous C.A. Paris, 3^{ème} ch., 27 mars 2001.

sociétés, qui implique une modification des statuts. Toutefois, l'amplitude de la variation est encadrée et ne peut être réalisée qu'entre deux seuils, fixant un plancher et un plafond, qui doivent être impérativement précisés par la clause de variabilité⁽²⁷⁾. D'une part, l'article L.231-5 du Code de commerce prévoit que les statuts doivent fixer un seuil plancher, qui ne peut être inférieur au minimum prévu par la loi pour la forme de la société considérée⁽²⁸⁾. D'autre part, la Cour de cassation a précisé que les statuts devraient impérativement fixer le montant du capital maximal autorisé ; «à défaut d'une telle mention, toute augmentation du capital doit, à peine de nullité, être décidée par la collectivité des associés ou actionnaires statuant aux conditions requises pour ce type de décision»⁽²⁹⁾. La clause de variabilité, si elle ne mentionne pas la fourchette dans laquelle peut être réalisée l'augmentation ou la réduction du capital social, ne pourra donc pas produire ses effets. Cette contrainte supplémentaire imposée par la jurisprudence alourdit les modalités de constitution et de fonctionnement de la société à capital variable. La loi n°2008-649 du 3 juillet 2008 a d'ailleurs supprimé cette condition pour les sociétés coopératives⁽³⁰⁾.

-12- La particularité de la notion de capital social en matière de société à capital variable doit être soulignée. Il convient en effet de distinguer le capital effectif, qui vise le capital effectivement souscrit par les associés et qui va pouvoir varier en permanence, et le capital statutaire, désigné aussi par la pratique sous le terme de capital «autorisé», qui fixe l'amplitude de la variation entre un minimum incompressible et un maximum autorisé⁽³¹⁾. Le capital social réel de la

⁽²⁷⁾ Cass. com., 6 févr. 2007, Dr. sociétés, 2007, n°175, obs. R. MORTIER. – Bull. C.N.C.C., sept. 2011, 607 (absence de rapport du commissaire aux comptes sur l'augmentation ou la réduction de capital); Bull. C.N.C.C., mars 2012, 154 (absence de résolution tendant à une augmentation de capital dans les conditions des art. L.3332-18 du C. trav.).

⁽²⁸⁾ P. LE CANNU, Les apports à une S.A.R.L. et la libération du capital des sociétés à capital variable, Revue sociétés, 2001, n°17, p.641.

⁽²⁹⁾ Cass. com., 6 févr. 2007, préc., n°05-19.237, Bull. civ., 2007, n°29; Juris-Data, n°2007-037252; R.D. rur., 2007, comm. 288, note J.-J. BARBIERI.

⁽³⁰⁾ L. n°47-1775, 10 sept. 1947, art. 7. – V. Dr. sociétés, 2008, comm. 146, note R. MORTIER.

⁽³¹⁾ T. com. Seine, 12 nov. 1959, R.T.D. com., 1960, p.359, note R. SAINT-ALARY; J.C.P., G., 1960, II, 11809, note D. BASTIAN. – Adde, J.-P. BERTREL, La variabilité du capital

société à capital variable, qui constitue le gage véritable des créanciers sociaux, est le capital souscrit. Au contraire, le capital «autorisé» statutaire ne joue, pour sa part, qu'un seul rôle: celui de fixer la limite au-delà de laquelle les associés ne veulent plus voir varier le capital souscrit sans formalités⁽³²⁾.

-2- La libération des apports:

-13- Une fois le capital intégralement souscrit, les associés doivent procéder à la libération de leurs apports. La libération concerne le seul capital effectivement souscrit et non le capital social statutaire, purement théorique. S'agissant des apports en nature ou en industrie, ils doivent être immédiatement libérés. S'agissant des apports en numéraire, leur libération répondait à des règles particulières, qui ont été partiellement remises en cause.

-a- Les difficultés suscitées par la règle du dixième:

-14- Avant la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques, la libération du dixième du capital souscrit suffisait pour la constitution régulière de la société à capital variable, le solde étant ultérieurement libéré⁽³³⁾. Cette disposition contredisait les règles applicables à certaines formes de sociétés, notamment la SARL, pour lesquelles le législateur instaurait une libération immédiate des apports⁽³⁴⁾.

-15- Les juridictions du fond saisies de la question avaient rendu des décisions contradictoires. L'une d'elles, faisant prévaloir les règles de la société à capital variable, avait à juste titre considéré que celle-ci pouvait valablement se constituer sans que le capital ait été entièrement libéré⁽³⁵⁾. Sa position devait être consacrée par d'autres décisions,

social, préc., Dr. et patrimoine, 1998, p.78, qui distingue entre quatre notions de capital social.

⁽³²⁾ A. CHARVERIAT, A. COURET et B. ZABALA, *Mémento pratique*, Francis Lefebvre, Sociétés commerciales, 44^{ème} éd., 2013, n°30141, p.387.

⁽³³⁾ J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, *Droit commercial, Sociétés, Groupements d'intérêt économique, Entreprises publiques*, T.1, 2^{ème} éd., 2^{ème} volume, Dalloz, 1980, n°829, p.638.

⁽³⁴⁾ J.-M. BAHANS, *La libération du capital des S.A.R.L. à capital variable*, *Revue de jurisprudence commerciale*, juill.-août 1999, p.310 et s.

⁽³⁵⁾ C.A. Paris, 1^{er} juin 1995, R.J.D.A., 7/1995, n°861; Dr. sociétés 1995, comm. 184; Bull. Joly sociétés, 1995, p.878; D., 1995, jurispr., p.567, note M.-F. COUTANT; R.T.D. com.,

notamment celle en vertu de laquelle une SARL au capital de 150 000 francs (environ 22 500 euros) doit être immatriculée au RCS, même si la libération n'est intervenue qu'à concurrence du dixième de cette somme⁽³⁶⁾ et celle qui a considéré qu'aucune disposition n'oblige les associés à compléter au-delà de 10% le capital non libéré, peu important l'ouverture d'une liquidation judiciaire⁽³⁷⁾. À l'inverse, une autre Cour d'appel avait confirmé le refus d'immatriculation de SARL au capital de 90 000 francs dont seulement 9 000 francs étaient libérés⁽³⁸⁾. Cette dernière position était assurément contestable pour une double raison: d'une part, elle était contraire au principe de la prééminence de la loi particulière sur la loi générale; d'autre part, elle supprimait partiellement les particularités et l'intérêt de la société à capital variable qui peut se constituer avec une somme initiale peu élevée.

-b- L'abandon par la loi N.R.E. de la règle du dixième:

-16- L'avènement de la loi NRE a mis fin à cette controverse jurisprudentielle⁽³⁹⁾. En effet, l'article L.231-5 du Code de commerce modifié par l'article 124, II de cette loi a changé le régime de libération des apports en numéraire. Il distingue aujourd'hui les sociétés coopératives des autres sociétés: il limite aux premières, la règle selon laquelle une société à capital variable est définitivement constituée après le versement du dixième du capital social (al. 3). Il s'ensuit que les autres sociétés (SARL, société en commandite par actions, SAS...)

1996, p.82, obs. E. ALFANDARI et M. JEANTIN. – Sur cet arrêt, P. LE CANNU, S.A.R.L. à capital variable et libération des parts, arrêt E.M.E. du 1^{er} juin 1995, Bull. Joly sociétés, 1995, p.1034. – C.A. Paris, 7 juill. 1995, J.C.P., G., 1995, I., 3885, n°12, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

⁽³⁶⁾ C.A. Versailles, 8 juin 1995, R.J.D.A., nov. 1995, n°1248. – En ce sens, C.A. Douai, 23 sept. 1999, J.C.P., E., 2000, p.588; Bull. Joly sociétés, 2000, p.718, note G.B. – Rép. min., n°12691 à M. L. SOUVET, J.O. Sénat, Q., 11 mars 1999, p.507.

⁽³⁷⁾ C.A. Paris, 3^{ème} ch., A, 8 févr. 2000, Baumgartner c/Foucher, Juris-Data, n°2000-109145.

⁽³⁸⁾ C.A. Aix-en-Provence, 14 juin 1996, R.J.D.A., 10/1996, n°1216; Rev. sociétés, 1996, p.849, obs. Y. GUYON; R.J. com., 1997, p.207, note J.-F. GONZALES.

⁽³⁹⁾ Sur cette loi, J.O., 16 mai 2001, n°113, p.7776. – B.R.D.A., 10/2001, n°19. – A. VIANDIER, Sociétés et loi N.R.E., F. LEFEBVRE, 2001; J. MESTRE et D. VELARDOCCIO, loi N.R.E., réformes du droit des sociétés commerciales, R.L.D.A., juill. 2001, n°40, p.49.

demeurent soumises à leurs propres dispositions législatives⁽⁴⁰⁾. Pour ces sociétés, peu importe donc que le capital soit fixe ou variable, la règle demeure identique dans ce domaine. C'est dire que dans les SARL, les parts sociales qui représentent des apports en numéraire, peuvent n'être libérées que d'un cinquième du capital souscrit, alors qu'elles devaient auparavant être totalement libérées au moment de la constitution de la société⁽⁴¹⁾. S'agissant seulement des SARL à capital variable, il n'est plus possible lors de la constitution de la société, de s'affranchir de tout délai pour la libération du solde, celle-ci devant intervenir dans un délai qui ne peut excéder cinq ans à compter de l'immatriculation de la société au registre du commerce⁽⁴²⁾. Un même délai de cinq ans est accordé aux sociétés pour se mettre en conformité avec cette exigence⁽⁴³⁾. Antérieurement à la loi NRE, la libération du capital devait intervenir au plus tard à la disparition de la société, le liquidateur pouvant exiger ce versement bien que la société fasse l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire⁽⁴⁴⁾.

-17- Les associés déterminent le capital social en respectant les règles légales impératives, notamment celles relatives à l'existence pour certaines sociétés d'un capital minimal⁽⁴⁵⁾. C'est le cas de la société en commandite par actions⁽⁴⁶⁾, alors que s'agissant d'une SARL à capital variable, il n'est plus nécessaire, comme avant la loi pour l'initiative économique n°2003-721 du 1^{er} août 2003, que son capital social minimal s'élève à 7 500 euros. Désormais, il est librement fixé par les statuts, son montant pouvant être symbolique⁽⁴⁷⁾. Il en va pareillement

⁽⁴⁰⁾ J.-P. DOM, Les dispositions relatives à la libération du capital des S.A.R.L. et des sociétés à capital variable: article 124 de la loi n°2001-420 du 15 mai 2001, Bull. Joly sociétés, 2001, §169, p.758 et s.

⁽⁴¹⁾ C. com., art. L.223-7, al.1, modifié L. N.R.E.

⁽⁴²⁾ Rép. min., n°34634, J.O.A.N., Q., 8 nov. 2001, p.3564; Bull. Joly sociétés, 2001, p.1305.

⁽⁴³⁾ L. N.R.E., 15 mai 2001, art. 124, II, 2°; Ord. n°2004-604 du 24 juin 2004.

⁽⁴⁴⁾ C.A. Rennes, 17 janv. 2001, B.R.D.A., 8/2001, n°2; R.J.D.A., 6/2001, n°703; Bull. Joly sociétés, 2001, p.163, note M.-N. LEGRAND; Dr. sociétés, 2001, comm. 160, obs. J.-P. LEGROS.

⁽⁴⁵⁾ D. VIDAL, Droit des sociétés, 7^{ème} éd., L.G.D.J., 2010, n°1215, p.650.

⁽⁴⁶⁾ C. com., art. L.224-2, al.1 remplacé à compter du 1^{er} avril 2009, Ord. n°2009-80, 22 janv. 2009, art. 7, sur renvoi de C. com., art. L.226-1, al.2. – Rép. min., n°7661 à M. FANTON, J.O.A.N., 3 mai 1968, p.1521; Bull. Joly sociétés, 1968, p.216; Rev. sociétés, 1969, p.424.

⁽⁴⁷⁾ P. PAILLER, préc., Fasc. 167-20, 9 janvier 2013, n°31, p.6.

de la SAS, depuis la loi de modernisation de l'économie n°2008-776 du 4 août 2008⁽⁴⁸⁾.

-B- Les conditions de forme:

-18- La constitution d'une société à capital variable répond aux règles traditionnelles qui impliquent la rédaction de statuts et l'accomplissement de formalités de publicité.

-1- La rédaction des statuts:

-19- L'élaboration des statuts d'une société à capital variable exige beaucoup de minutie, car elle doit respecter les dispositions applicables à la forme de société retenue et celles relatives aux sociétés à capital variable. Parmi celle-ci, figure la stipulation expresse d'une variabilité du capital dans les statuts⁽⁴⁹⁾. On ne peut en effet déroger au principe de l'intangibilité du capital social que par une énonciation claire et précise des statuts. À défaut, le groupement ne pourrait fonctionner selon les règles des sociétés à capital variables⁽⁵⁰⁾. Dans ce cas, les modifications dans la composition des associés et le montant du capital social obéiraient aux règles habituelles de la forme de société constituée, à moins d'adopter par la suite la forme de société à capital variable⁽⁵¹⁾.

-20- Par ailleurs, l'article L.231-5 du Code de commerce commande aux statuts de déterminer la somme en dessous de laquelle le capital social ne peut être abaissé comme déjà précité, ainsi que les conditions de retrait et d'exclusion des associés⁽⁵²⁾ habituels dans ce type de société et qui doivent intervenir selon une procédure aisée à mettre en œuvre, mais protectrice des droits des associés.

⁽⁴⁸⁾ C. com., art. L.227-1, écartant l'application de l'article L.224-2 du Code de commerce. V. sur cette loi, J.-J. BARBIERI, La S.A.S. revisitée par la L.M.E., Bull. Joly sociétés, 2008, p.560; T. MASSART, La modernisation de la S.A.S. ou comment apporter moins pour gagner plus, Bull. Joly sociétés, 2008, §136, p.632.

⁽⁴⁹⁾ J. MESTRE, M.-E. PANCRAZI, I. ARNAUD-GROSSI, L. MERLAND et N. TAGLIARINO-VIGNAL, Droit commercial, Droit interne et aspects de droit international, 29^{ème} éd., L.G.D.J., 2012, n°702, p.535.

⁽⁵⁰⁾ M. JEANTIN, Droit des sociétés, 2^{ème} éd., Montchrestien, 1992, n°143, p.73.

⁽⁵¹⁾ Y. GUYON, Traité des contrats, les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés, 5^{ème} éd., L.G.D.J., 2002, n°128, p.211.

⁽⁵²⁾ J.-P. BERTREL, Prospectives du droit économique, Dialogues avec Michel JEANTIN, Dalloz, 1999, p.127 et s.

-2- La publicité de la clause de variabilité du capital:

-21- La société à capital variable doit répondre aux conditions de publicité exigées pour la forme particulière qu'elle revêt⁽⁵³⁾: sociétés de personnes civile ou commerciale, à responsabilité limitée ou par actions. Il convient donc de procéder à l'insertion d'un avis dans un journal d'annonces légales, à l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, et à la publicité au bulletin officiel des annonces civiles et commerciales, aussi bien lors de la constitution de la société qu'à l'occasion de toute modification des statuts.

-22- Par ailleurs, des dispositions légales expresses imposent la publicité de la clause de variabilité du capital. Ainsi, l'avis dans un journal d'annonces légales doit préciser que la société est à capital variable et indiquer le montant du minimum irréductible du capital social⁽⁵⁴⁾. Ce montant doit figurer parmi les mentions de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés⁽⁵⁵⁾. De plus, l'article L.231-2 du Code de commerce a conservé la disposition de l'article 64, alinéa 2 de la loi de 1867 aux termes de laquelle les mots «société à capital variable» doivent être mentionnés dans tous les actes et documents provenant de la société et destinés aux tiers, notamment, les actes, factures, annonces, publications et autres documents imprimés ou autographiés.

-23- Toutefois, la loi n°2012-387 Warsmann II, de simplification et d'allégement des démarches administratives du 22 mars 2012, entrée en vigueur le 24 mars 2012, a supprimé l'amende qui était attachée à ce manquement en abrogeant l'article L.247-10 du Code de commerce⁽⁵⁶⁾. En outre, elle a expressément écarté la possibilité pour le ministère public ou tout intéressé de demander en référé au président du tribunal d'enjoindre, le cas échéant sous astreinte, au représentant légal d'indiquer le capital social sur ces actes et documents: l'injonction ne peut viser qu'à faire précéder ou suivre immédiatement et lisiblement la dénomination sociale des mots «à capital variable»⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵³⁾ P. PAILLER, préc., Fasc. 167-10, 15 janvier 2013, n°22, p.5.

⁽⁵⁴⁾ C. com., art. R.123-157, 3° et R.210-4. – D., n°78-704, 3 juill. 1978, art. 22, al.3, 3°, pour les sociétés civiles.

⁽⁵⁵⁾ C. com., art. R.123-53, 3°.

⁽⁵⁶⁾ L. n°2012-387, 24 mars 2012, art. 21.

⁽⁵⁷⁾ C. com., art. L.238-3 mod. L. n°2012-387, 24 mars 2012, art. 18, III, 2°.

-24- Échappent aux formalités de dépôt et de publication, les actes constatant les augmentations ou les diminutions du capital social intervenues conformément aux énonciations de l'article L.231-1 du Code de commerce, ou les retraits d'associés autres que les gérants ou administrateurs⁽⁵⁸⁾.

○ **Paragraphe II: Le fonctionnement de la société à capital variable:**

-25- Les particularités de fonctionnement de la société à capital variable concernent les opérations sur capital et la situation des associés.

-A- La variabilité du capital social:

-26- Le capital social peut varier à la hausse, en raison d'une décision d'augmentation, ou à la baisse, en raison d'une décision de réduction.

-1- L'augmentation du capital social:

-27- L'augmentation du capital social déroge aux règles de droit commun. Elle peut affecter le capital statutaire, autrement dit le capital maximum autorisé, ou le capital effectivement souscrit.

-a- L'augmentation du capital social statutaire:

-28- L'augmentation du capital social statutaire⁽⁵⁹⁾ par les associés suppose la modification du seuil au-dessus duquel le capital social effectivement souscrit peut évoluer ; il s'agit de la modification du seuil théorique et non du capital effectivement souscrit. Une telle augmentation suppose une modification statutaire ; par conséquent, elle doit respecter les conditions requises pour la modification des statuts. Elle suppose donc la compétence de l'assemblée générale extraordinaire⁽⁶⁰⁾ statuant aux conditions normales de quorum et de majorité. Il s'agit uniquement ici de modifier les statuts, sans qu'il soit nécessaire de mettre en œuvre les procédures légales prévues pour les

⁽⁵⁸⁾ C. com., art. L.231-3. – Rép. min., n°10942, à M.POUDONSON, J.O. Sénat, 8 févr. 1972, p.42; Bull. Joly sociétés, 1972, p.98.

⁽⁵⁹⁾ Cass. com., 6 févr. 2007, n°5-19.237, R.J.D.A., 5/07, n°515. – R. MORTIER, Augmentation du capital en numéraire, J.-CL., G., Sociétés Traité, Fasc. 156-10, 2 févr. 2009.

⁽⁶⁰⁾ T. com. Seine, 12 nov. 1959, J.C.P., 1960, 2, 11809, note D. BASTIAN.

augmentations ou les réductions du capital fixe⁽⁶¹⁾, car les modifications ne concernent pas ici le capital effectivement souscrit.

-b- L'augmentation du capital social souscrit:

-29- C'est au stade de l'augmentation du capital effectivement souscrit⁽⁶²⁾ que la spécificité de la société à capital variable se manifeste. Dans ce cas, l'article L.231-1 du Code de commerce prévoit que «le capital social est susceptible d'augmentation par des versements successifs», sans qu'aucune publicité soit requise⁽⁶³⁾. La notion de «versements successifs» concerne la nouvelle souscription de droits sociaux et non la libération des apports, même si la formule, maladroite, peut susciter une certaine confusion. La notion de «versements successifs» doit être interprétée strictement⁽⁶⁴⁾. D'une part, elle ne vise que l'augmentation du capital par apports en numéraire, à l'exclusion de l'augmentation du capital par apports en nature, qui doivent être soumis à la procédure de droit commun en raison des difficultés d'évaluation qu'ils peuvent susciter⁽⁶⁵⁾. D'autre part, cette mention semble exclure l'augmentation du capital par incorporation de bénéfices, de réserves et de primes d'émission⁽⁶⁶⁾. L'augmentation du capital souscrit connaît une limite générale, qui tient au plafond fixé dans les statuts, autrement dit au capital autorisé⁽⁶⁷⁾: quand le plafond du capital autorisé est atteint, la variabilité à la hausse du capital ne sera de nouveau possible qu'à la suite du retrait ou de l'exclusion de certains associés ou d'une décision de modification statutaire du montant du capital autorisé.

-2- La réduction du capital social:

-30- La réduction du capital social est en principe très encadrée, car elle réduit le gage des créanciers sociaux. Mais, sous certaines conditions, elle est aussi simplifiée dans les sociétés à capital variable. Il convient, comme en matière d'augmentation du capital social, de

⁽⁶¹⁾ Sur la notion de capital social, S. DANA-DEMARET, *Le capital social*, Litec, 1989.

⁽⁶²⁾ J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, préc., 1980, n°829, p.638.

⁽⁶³⁾ C. com., art. L.231-3.

⁽⁶⁴⁾ Lamy sociétés commerciales, préc., 2004, n°4837, p.2072.

⁽⁶⁵⁾ M. JEANTIN, préc., 1992, n°147, p.75.

⁽⁶⁶⁾ J. MESTRE, D. VELARDECCHIO et A.-S. MESTRE-CHAMI, op.cit., n°1568.

⁽⁶⁷⁾ A. CHARVERIAT, A. COURET et B. ZABALA, préc., 2013, n°30141, p.387.

distinguer selon que la réduction a pour objet le capital social statutaire ou le capital souscrit.

-a- La réduction du capital social statutaire:

-31- Le capital autorisé connaît un plafond à la hausse et un plancher à la baisse, en deçà duquel la réduction du capital est impossible⁽⁶⁸⁾. Ce plancher est fixé par la loi, qui précise le capital social minimum pour chaque forme de société⁽⁶⁹⁾. La liberté est toutefois de plus en plus souvent de mise⁽⁷⁰⁾ ; ainsi, dans les sociétés de personnes, et dans certaines sociétés à responsabilité limitée comme la SARL, depuis la loi n°2003-721 sur l'initiative économique du 1^{er} août 2003, et même dans la SAS, depuis la loi n°2008-776 de modernisation de l'économie du 4 août 2008, pour lesquelles le législateur a supprimé le minimum légal comme nous l'avons déjà évoqué.

-b- La réduction du capital social souscrit:

-32- L'article L.231-1 du Code de commerce prévoit la possibilité d'une diminution du capital souscrit «par la reprise totale ou partielle des apports effectués». La diminution du capital souscrit, qui est dispensé de publicité⁽⁷¹⁾ va résulter soit des reprises d'apports effectués par un associé exclu ou qui se retire⁽⁷²⁾, soit du décès, de la faillite ou de la déconfiture d'un associé⁽⁷³⁾. La notion de «reprise d'apports», comme celle de «versements successifs», doit être interprétée strictement. La réduction du capital par incorporation de pertes ou par diminution du nominal des titres déjà émis par la société ne relève pas de cette procédure simplifiée et doit donc être décidée par une assemblée générale extraordinaire. Les statuts peuvent également

⁽⁶⁸⁾ M.-H. MONSERIE-BON, préc., févr. 2001, n°29, p.5.

⁽⁶⁹⁾ C. com., art. L.224-2, al.1, remplacé à compter du 1^{er} avril 2009, Ord. n°2009-80, 22 janv. 2009, art. 7. - En ce sens: Rev. Lamy dr. aff., mars 2009, n°2193; Dr. sociétés, 2009, comm. 52, obs. H. HOVASSE.

⁽⁷⁰⁾ J.-F. BARBIERI, La S.A.S. revisitée par la L.M.E., Bull. Joly sociétés, 2008, p.560; Th. MASSART, La modernisation de la S.A.S. ou comment apporter moins pour gagner plus, Bull. Joly sociétés, 2008, p.632; J. MESTRE, La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008: les aspects de droit des sociétés, Rev. Lamy dr. aff., oct. 2008, n°1820.

⁽⁷¹⁾ C. com., art. L.231-3.

⁽⁷²⁾ C. com., art. L.231-6.

⁽⁷³⁾ C. com., art. L.231-8.

compléter la reprise d'apports par la reconnaissance au profit de l'associé d'un droit sur les réserves⁽⁷⁴⁾.

-33- L'article L.231-5 du Code de commerce pose des limites à la réduction du capital souscrit⁽⁷⁵⁾: il dispose, en son alinéa 1^{er}, que «les statuts déterminent une somme au-dessous de laquelle ne peut être réduit par les reprises des apports autorisés par l'article L.231-1». En son alinéa 2, il précise, depuis une modification de la loi n°2001-420 du 15 mai 2001, que «cette somme ne pourra être inférieure ni au dixième du capital social stipulé dans les statuts ni, pour les sociétés autres que coopératives, au montant minimal du capital exigé pour la forme de la société considérée par les dispositions législatives la régissant». Deux conditions doivent donc être remplies. Selon une première condition, le capital souscrit ne peut être inférieur au minimum prévu par les statuts, ou, le cas échéant, par la loi. Si le retrait ou l'exclusion implique une réduction du capital souscrit en deçà de ce seuil, les statuts doivent préalablement être modifiés par une décision collective des associés concernant le montant du capital minimum autorisé⁽⁷⁶⁾. La loi réserve alors le cas de la société coopérative, qui n'est pas soumise à cette exigence⁽⁷⁷⁾. Selon une seconde condition, le montant du capital souscrit ne peut pas être inférieur au seuil du dixième du capital social statutaire. La question s'est posée de l'assiette de ce pourcentage⁽⁷⁸⁾. La référence au «capital social stipulé dans les statuts», donc au capital statutaire, est claire: après réduction, le capital social souscrit doit être au moins égal à un dixième du capital social statutaire. Ce choix paraît d'autant plus justifié que cette mesure est destinée à protéger le gage des créanciers sociaux, qui peuvent se prévaloir d'un capital social souscrit minimum⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁴⁾ D. GIBIRILA, préc., 1^{er} mars 2009, n°14, p.6.

⁽⁷⁵⁾ T. com. Marseille, 6 déc. 1912, Journ. sociétés, 1913, p.448. – Contr. L. RENAULT et Ch. LYON-CAEN, Traité de droit commercial, T.2, 5^{ème} éd., L.G.D.J., 1929, n°1041.

⁽⁷⁶⁾ C.A. Versailles, 14^{ème} ch., 10 févr. 2010, Reuilly c/S.A.R.L. Ontrendesign, n°09-2504.

⁽⁷⁷⁾ L. n°47-1775, 10 sept. 1947, art. 13.

⁽⁷⁸⁾ M.-H. MONSERIE-BON, préc., févr. 2001, n°41 et s., p.6.

⁽⁷⁹⁾ M.-L. COQUELET, Réduction du capital social, J.-Cl., Sociétés Traité, Fasc. 159-10, 18 févr. 2011, spéc. n°16.

-B- La variabilité du nombre d'associés:

-34- La situation des associés est très originale dans les sociétés à capital variable. L'article L.231-1 du Code de commerce prévoit en effet de manière simplifiée l'admission de nouveaux associés ou la sortie du capital d'associés présents.

-1- L'admission de nouveaux associés:

-35- Le principe d'admission de nouveaux associés est l'un des moyens prévus par la loi, mais le législateur n'encadre pas les modalités de cette admission.

-a- Le principe d'admission de nouveaux associés:

-36- L'admission de nouveaux associés est une des modalités d'augmentation du capital social indiquée par l'article L.231-1 du Code de commerce sans que soient précisées les conditions de mise en œuvre de ce mécanisme. Or, dans les sociétés marquées d' «*intuitus personae*», comme la société en nom collectif, la SARL ou la société civile, l'entrée de nouveaux associés est soumise à des règles strictes de contrôle⁽⁸⁰⁾. Cette réglementation contraignante est-elle applicable si les statuts de la société renferment une clause de variabilité du capital social? Aucune réponse légale nette n'étant fournie, deux hypothèses⁽⁸¹⁾ peuvent être dissociées en considération des modalités d'admission des nouveaux associés.

-b- Les modalités d'admission de nouveaux associés:

-37- D'une part, l'admission de nouveaux associés peut entraîner une augmentation du capital conformément à l'article L.231-1 du Code de commerce. Cette opération doit s'accomplir sans contrainte afin de donner toute son efficacité à la variabilité du capital social⁽⁸²⁾. Dès lors, la majorité des auteurs admet que l'admission obéit à des règles propres et que les dispositions attachées à la forme de la société ne s'appliquent

⁽⁸⁰⁾ P. PAILLER, préc., Fasc. 167-20, n°30, p.6.

⁽⁸¹⁾ D. GIBIRILA, préc., Fasc. 1014, n°17, p.7.

⁽⁸²⁾ P. LE VEY, Le statut des associés dans les sociétés à capital variable non coopératives, Droit sociétés, 7 juill. 2008, n°2, p.6.

pas⁽⁸³⁾. Ainsi, lors de la constitution de la société à capital variable, il faudra prévoir dans les statuts les conditions d'admission des nouveaux associés. Certaines qualités peuvent être requises des associés pour l'entrée dans la société. Il est surtout nécessaire de détailler la procédure d'admission, à savoir l'existence ou non d'un agrément, l'organe compétent pour le prononcer. D'autre part, l'admission d'un nouvel associé dans la société à capital variable peut résulter d'une cession de titres⁽⁸⁴⁾ par un associé. L'article L.231-4 du Code de commerce mentionne cette situation en précisant que les statuts pourront donner, soit au conseil d'administration, soit à l'assemblée générale, le droit de s'opposer au transfert qui conditionne la négociation des titres⁽⁸⁵⁾. Il ressort de ce texte que les cessions de droits sociaux sont soumises à un régime autonome dans les sociétés à capital variable et doivent faire l'objet d'une réglementation dans les statuts de la société.

-2- La sortie des associés:

-38- La sortie des associés résulte du retrait ou de l'exclusion. Les associés sortant bénéficient de certains droits, mais assument certaines obligations.

-a- Le retrait des associés:

-39- Dans les sociétés à capital variable, le retrait de l'associé apparaît comme une caractéristique de fonctionnement alors que cette faculté n'est accordée que rarement par le droit commun des sociétés⁽⁸⁶⁾. L'article 231-6 du Code de commerce apporte des précisions quant à ce retrait volontaire des associés en indiquant que «chaque associé pourra se retirer de la société lorsqu'il le jugera convenable, à moins de conventions contraires et sauf application du premier alinéa de l'article L.231-5».

-40- La notion de retrait est duale et son analyse juridique soulève des controverses. En premier lieu, il est possible de différencier le retrait

⁽⁸³⁾ G. BARANGER, article préc., n°15; Ch. BLANCHARD-SEBASTIEN et D. VELARDOCCIO, article préc., n°4670; Dict. perm. dr. affaires, V. Sociétés à capital variable, n°19.

⁽⁸⁴⁾ P. PAILLER, préc., Fasc. 167-10, n°37 et s., p.7.

⁽⁸⁵⁾ G. GOURLAY, préc., 1995, n°70.

⁽⁸⁶⁾ J.-P. BERTREL, Le droit de retrait dans les sociétés à capital variable, in Prospectives du droit économique, Dialogues avec M. JEANTIN, Dalloz, 1999, p.127.

volontaire du retrait forcé. Le premier correspond à la faculté laissée à l'associé, dans les sociétés à capital variable, de quitter la société quand il le souhaite en obtenant le remboursement de ses droits sociaux, ce qui conduit à une réduction du capital⁽⁸⁷⁾. Le retrait forcé interviendra lorsqu'une condition exigée par les statuts pour être associé de la société disparaîtra⁽⁸⁸⁾. En second lieu, l'analyse juridique et la qualification du retrait de l'associé ont soulevé récemment des difficultés en jurisprudence. Il était assez couramment admis que le retrait d'une société, qu'elle soit ou non à capital variable, pouvait s'analyser en un partage partiel d'actif⁽⁸⁹⁾.

-41- La mise en œuvre du droit de retrait accordé aux associés de la société à capital variable qui n'est pas décrite par les textes soulève diverses interrogations. L'article L.231-6 du Code de commerce pose le principe que chaque associé peut se retirer de la société lorsqu'il le juge convenable⁽⁹⁰⁾. La retraite sera le plus souvent totale, en ce sens que l'associé ne fera plus partie de la société, mais elle pourrait aussi n'être que partielle, lorsque l'associé possédant plusieurs parts décide de n'en conserver qu'une ou quelques-unes. Ce droit de retraite, la jurisprudence estime à juste raison qu'il est de l'essence de la société à capital variable et le reconnaît indistinctement pour toutes les sociétés ayant adopté cette modalité, qu'elles soient civiles ou commerciales⁽⁹¹⁾. Les statuts de la société à capital variable pourront indiquer les conditions de mise en œuvre du droit de retrait, sous réserve qu'elles

⁽⁸⁷⁾ L. n°66-879, 29 nov. 1966. – Adde, A. CATHELIN, Le retrait dans les sociétés civiles professionnelles, J.C.P., E., 2001, p.888.

⁽⁸⁸⁾ C.A. Paris, 24 sept. 1996, Bull. Joly soc., 1996.1036, note B. CAILLAUD.

⁽⁸⁹⁾ C.A. Paris, 3^{ème} ch., 20 oct. 2000, Société civile Rente-Sopropgepa c/Tempa, Dr. sociétés, 2001, comm. 56, note Th. BONNEAU. - Contr. Cass. 3^{ème} civ., 15 janv. 1997, n°94-22.154, Chabert c/Soalhat, Juris-Data, n°1997-000098; Bull. civ., 1997, n°15; Dr. sociétés, 1997, comm. 38, note Th. BONNEAU; Defrénois, 1998, p.70, note A. CHAPPERT; J.C.P., G., 1997, II, 22842, note A. COURET; Bull. Joly soc., 1997, §131, p.328, note J.-J. DAIGRE; R.T.D. civ., 1997, p.687, note P.-Y. GAUTIER; Defrénois, 1997, p.664, note H. HOVASSE; D., 1997, jurispr., p.216, note P. MALAURIE.

⁽⁹⁰⁾ Pour une présentation générale de la faculté de retrait: J.-C. LESAGE, La retraite des associés dans les différentes formes de sociétés, Thèse, Rennes, 1964, spéc. p.122 et s.; C. LAPOYADE-DESCHAMPS, La liberté de se retirer d'une société, D., 1978, chron., p.123, spéc. p.127; D. DEBENEST, La retraite forcée des associés dans les sociétés à capital variable, Thèse, Poitiers, 1933.

⁽⁹¹⁾ Cass. civ., 7 nov. 1927, D.H., 1927, p.558; Cass. civ., 8 juin 1939, S., 1939.1.249, Journ. soc., 1940.34.

n'entravent pas exagérément ce droit⁽⁹²⁾. Ainsi, les statuts peuvent imposer le respect d'une forme particulière pour l'exercice du droit de retrait par l'associé ou l'observation d'un délai de préavis.

-42- Les limites qu'il est permis d'assigner au droit de retrait des associés dans la société à capital variable sont strictement encadrées par la loi et la jurisprudence. La rédaction de l'article L.231-6 du Code de commerce pourrait laisser croire que les statuts peuvent supprimer le droit pour chaque associé de se retirer de la société. Il n'en est rien. Comme il est dit dans l'arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 8 juin 1939⁽⁹³⁾, il est seulement «permis aux statuts sociaux de réglementer, dans la mesure compatible avec le respect d'une disposition d'ordre public, l'exercice de ce droit»; toute clause qui tendrait à le supprimer directement ou indirectement serait nulle d'une nullité d'ordre public⁽⁹⁴⁾. D'abord, en vertu de ce principe, il incombe à la jurisprudence de statuer au cas par cas sur les «limites statutaires» apportées au droit de retrait de l'associé. Si l'admission de conditions de forme imposées statutairement pour le retrait des associés n'est pas contestable, la réponse est plus nuancée en ce qui concerne les conditions de fond⁽⁹⁵⁾. Ensuite, le droit de retrait de l'associé peut être également assujéti à la «limite légale» posée par l'article L.231-5 du Code de commerce⁽⁹⁶⁾. À la lecture de ce texte, il apparaît que le droit

⁽⁹²⁾ C.A. Poitiers, 19 mars 1956, D., 1956.325.

⁽⁹³⁾ Cass. civ., 8 juin 1939, S., 1939.1.249, Journ. soc., 1940.34.

⁽⁹⁴⁾ Cass. 8 juin 1939, S., 1939, I, 249, note H. ROUSSEAU; C.A. Paris, 14^{ème} ch., 9 févr. 2000, Sté Rente-Soprogepa c/Epoux Clément, n°1999/228224, Juris-Data, n°2000-105318; Rev. soc., 2000, p.308, note B. SAINTOURENS; Bull. Joly soc., 2000, §124, p.564, note P. LE CANNU; C.A. Paris, 3^{ème} ch., 20 oct. 2000, Sté civile Rente-Soprogepa c/Tempa, Juris-Data, n°2000-129644; Rev. soc., 2001, p.343, note L. GODON; Bull. Joly soc., 2001, §50, p.187, note J.-J. DAIGRE.

⁽⁹⁵⁾ Cass. 1^{er} civ., 27 avr. 1978, n°76-14.071, Juris-Data, n°1978-700161; Bull. civ., 1978, n°161; Rev. soc., 1978, p.772, note C. ATIAS; Cass. 1^{er} civ., 8 juill. 1986, n°84-14.758, Bull. Joly soc., 1986, §262, p.865, note D. LEPELTIER; Cass. 1^{er} civ., 31 janv. 1989, n°87-10.092, Bull. Joly soc., 1989, §119, p.345, note D. DENIS; Cass. 1^{er} civ., 30 mai 1995, n°93-11.837, Bull. Joly soc., 1995, §265, p.770, note P. SCHOLER; Cass. 1^{er} civ., 18 janv. 2000, n°98-10.378, Bull. Joly soc., 2000, §123, p.560, note A. CATHELINÉAU; C.A. Paris, 25^{ème} ch., 11 juill. 2005, S.A. Bmini c/S.A. Sacfom, Rev. soc., 2006, p.920, note I. URBAIN-PARLEANI; C.A. Grenoble, 6 janv. 2011, n°09-1686, Le Bobinnec c/S.C.A. Scapar, Dr. soc., 2011, comm. 74, note M. ROUSSILLE.

⁽⁹⁶⁾ Cass. com., 13 juill. 1971, D., 1972, jurispr., p.245, note G. CHESNE et E.-N. MARTINE; Cass. 3^{ème} civ., 13 févr. 1973, D., 1973, jurispr., p.536, note M. CABRILLAC et A. SEUBE; Cass. ch. Mixte, 21 févr. 1975, Gaz. Pal., 1975, I, jurispr., p.264, note J. ROZIER.

de retrait de l'associé peut être limité par la nécessité de respecter le capital minimum prévu dans les statuts qui ne peut être inférieur au dixième du capital social comme nous l'avons déjà relaté. Toutefois, la Cour de cassation, dans l'arrêt précité du 8 juin 1939, a décidé que le droit de retrait de l'associé ne devait pas être paralysé par cette règle⁽⁹⁷⁾. En effet, la formulation de l'article L.231-5 du Code de commerce vise seulement l'impossibilité de reprendre les apports, non la faculté de se retirer. Il paraît délicat d'admettre que l'associé puisse exiger le rachat de ses titres, alors que cela ferait descendre le capital en dessous du seuil légal du dixième⁽⁹⁸⁾.

-43- Si la société est en procédure collective, un associé peut-il exercer sa faculté de retrait ? La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a jugé que l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire a pour conséquence de fixer l'actif social qui constitue le gage des créanciers sociaux ; par conséquent, un associé ne peut plus exercer son droit de retrait qui aurait pour effet de réduire l'actif social et d'entraîner une réduction du capital social⁽⁹⁹⁾. Mais la Cour de cassation semble ne rien trouver à redire à cette faculté dans le cas du redressement judiciaire de la société. Cette solution était toutefois loin d'être acquise dans la mesure où le remboursement des apports, davantage encore que le droit de retrait en lui-même, peut s'avérer difficile, dès lors que l'associé ne pourra que faire valoir une créance de remboursement subordonnée, qui sera soumise au principe d'interdiction des paiements qui découle de la discipline collective⁽¹⁰⁰⁾.

-b- L'exclusion des associés:

-44- L'article L.231-6, alinéa 2 du Code de commerce envisage la mise en œuvre d'une exclusion des associés dans la société à capital variable⁽¹⁰¹⁾. Aux termes de ce texte, «il pourra être stipulé que

⁽⁹⁷⁾ Cass. civ., 8 juin 1939, préc., supra, n°91.

⁽⁹⁸⁾ Cass. 1^{er} civ., 3 mars 1992, Bull. Joly soc., 1992.557, note J.-J. BARBIERI.

⁽⁹⁹⁾ C.A. Aix-en-Provence, 1^{er} ch., 24 janv. 2002, S.A. Logirem Marseille c/Cohen, n°01/09723, Juris-Data, n°2002-177157; Dr. soc., 2002, comm. 172, note F.-X. LUCAS.

⁽¹⁰⁰⁾ Cass. com., 17 juin 2003, n°99-15.805, Juris-Data, n°2003-019663; Dr. soc., 2003, comm. 190, note F.-X. LUCAS.

⁽¹⁰¹⁾ G. DURAND-LEPINE, L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées, L.P.A., 24 juill. 1995, n°88, p.7. – Adde: P. LE CANNU et B. DONDERO, Droit des sociétés, 3^{ème} éd., Montchrestien, 2009, n°553, p.648.

l'assemblée générale aura le droit de décider, à la majorité fixée pour la modification des statuts, que l'un ou plusieurs des associés cesseront de faire partie de la société». Il s'explique par le désir d'assurer le bon fonctionnement de la société qui suppose la confiance réciproque et l'honnêteté des associés, ainsi que leur zèle pour la chose commune⁽¹⁰²⁾. Il n'en est pas moins exorbitant du droit commun, plus encore que le droit de retraite. De là, la nécessité de le maintenir strictement dans les limites que la loi lui a assignées.

-45- Les conditions de l'exclusion apparaissent partiellement dans les dispositions légales. En premier lieu, et sur ce point, l'article L.231-6, alinéa 2 du Code de commerce est explicite ; l'exclusion n'est possible que si elle fait l'objet d'une disposition statutaire⁽¹⁰³⁾. Ainsi, l'exclusion, contrairement au retrait, n'est pas de l'essence de la société à capital variable mais apparaît cependant comme la contrepartie de ce dernier⁽¹⁰⁴⁾. L'admission de ce mécanisme d'exclusion des associés est controversée dans la majorité des sociétés en raison du droit fondamental de l'associé de demeurer dans la société et la jurisprudence est plutôt réservée quant à sa reconnaissance⁽¹⁰⁵⁾. Ainsi, il n'est prévu par le législateur que dans les sociétés à capital variable et dans les sociétés par actions simplifiées⁽¹⁰⁶⁾. La clause prévoyant la faculté d'exclusion des associés peut être insérée dès l'origine dans les statuts, ce qui ne soulève aucune discussion, sur le fondement de l'article L.231-6 du Code de commerce. En revanche, l'intégration de cette clause d'exclusion après la constitution de la société pose la question des conditions de cette insertion. En effet, il est possible d'hésiter entre une modification pure et simple des statuts ou une augmentation des engagements des associés qui requiert alors l'unanimité des associés,

⁽¹⁰²⁾ J.-M. DE BERMOND DE VAULX, L'exclusion d'un associé, *Dr. soc.*, oct. 1996, p.4.

⁽¹⁰³⁾ Cass. com., 13 déc. 1994, n°93-11.569, 93-12.349, *Rev. soc.*, 1995, p.298, note D. RANDOUX; Cass. com., 8 mars 2005, n°02-17.692, *Rev. soc.*, 2005, p.618, note D. RANDOUX. - D. VIDAL, préc., 2010, n°1219, p.651.

⁽¹⁰⁴⁾ Cass. civ., 30 déc. 1940, *D.A.*, 1941, p.81.

⁽¹⁰⁵⁾ Cass. com., 21 oct. 1997, *Bull. civ.*, 1997, IV, n°281; *R.J.D.A.*, 1/1998, n°67; *D. aff.*, 1997, n°44, p.1474, obs. M. BOIZARD; *D.*, 1998, somm. p.400, obs. J.-C. HALLOUIN; *R.T.D. com.*, 1998, p.169, obs. B. PETIT et Y. REINHARD; *L.P.A.*, 5 juin 1998, n°67, p.17, note L. GRYNBAUM.

⁽¹⁰⁶⁾ *C. com.*, art. L.227-16.

selon l'article 1836 du Code civil. Les auteurs⁽¹⁰⁷⁾ sont tous favorables à la faculté d'insérer une clause d'exclusion des associés dans les statuts à l'unanimité au motif que cette clause est de nature à porter atteinte au droit fondamental de l'associé de rester dans la société. Cette position a, d'ailleurs, été confirmée par une décision des juges du fond⁽¹⁰⁸⁾. En second lieu, les associés lors de la constitution de la société ou lors de l'insertion de la clause d'exclusion devront se pencher sur son contenu et sa rédaction. La première interrogation réside dans la nécessité de préciser statutairement les motifs justifiant l'exclusion de l'associé, alors que l'article L.231-6 du Code de commerce ne fournit aucune indication. Au regard de l'évolution jurisprudentielle⁽¹⁰⁹⁾ actuelle qui ne cesse de protéger les associés, il paraît indispensable de préciser dans la clause d'exclusion les causes de celle-ci, en ne retenant que des motifs suffisamment graves en raison du caractère exceptionnel de l'exclusion en droit des sociétés.

-46- La mise en œuvre de la procédure d'exclusion est partiellement décrite par l'article L.231-6 du Code de commerce qui précise que cette décision relève du pouvoir de l'assemblée générale qui statue aux conditions de majorité requises pour la modification des statuts⁽¹¹⁰⁾. Il ressort clairement de ce texte que seule l'assemblée générale de la société est compétente pour prononcer l'exclusion d'un associé et les statuts ne peuvent pas modifier cette compétence ou prévoir une exclusion automatique fondée sur certains manquements. Enfin, la procédure à observer lors de l'exclusion d'un associé devra assurer la protection de ses droits. Ainsi, les statuts ne peuvent pas décider que l'exclusion de l'associé se déroulera hors de sa présence et de sa participation⁽¹¹¹⁾. L'associé exclu devra toujours être entendu avant que la mesure soit votée par l'assemblée générale afin de pouvoir faire valoir sa position. Une exclusion prononcée sans que l'associé ait pu

⁽¹⁰⁷⁾ G. BARANGER, article préc., n°17; J. MESTRE, Ch. BLANCHARD-SEBASTIEN et D. VELARDOCCIO, article préc., 2000, n°4672; G. GOURLAY, article préc., 1995, n°43.

⁽¹⁰⁸⁾ T. com. Paris, 12 juin 1972, Bull. Joly soc., 1973, p.324.

⁽¹⁰⁹⁾ T. com. Paris, 24 sept. 1984, confirmé par C.A. Paris, 3^{ème} ch., A, 17 mars 1987, Juris-Data, n°1987-021512.

⁽¹¹⁰⁾ C.A. Paris, 15^{ème} ch., 24 sept. 1996, Sté Soficom c/Adidas, Juris-Data, n°1996-022283; Bull. Joly soc., 1996, §378, p.1036, note B. CAILLAUD.

⁽¹¹¹⁾ Cass. com., 23 oct. 2007, n°06-16.537, D., 2008, p.47, note Y. PACLOT; Bull. Joly soc., 2008, p.101, note D. SCHMIDT; Defrénois, 2008, art. 38804-3, p.1481, note B. THULLIER.

s'expliquer sur les faits qui lui sont reprochés aurait un caractère abusif⁽¹¹²⁾. Lorsque l'exclusion de l'associé aura été prononcée dans des conditions irrégulières, les tribunaux⁽¹¹³⁾ pourront retenir la nullité de la décision qui entraînera la réintégration de l'associé dans la société et l'octroi de dommages et intérêts, s'il apporte la preuve de l'existence d'un préjudice.

-c- Les conséquences du retrait ou de l'exclusion:

-47- L'associé sortant, démissionnaire ou exclu, bénéficie de certains droits (reprise des apports, droit aux réserves), mais assume en contrepartie des obligations. L'associé partant volontairement ou non, a droit à la restitution totale ou partielle de son apport⁽¹¹⁴⁾, selon la situation financière de la société, autrement dit selon qu'au moment de sa sortie l'actif social est resté ou non au moins égal au capital social. Si la société a subi des pertes, la reprise de l'apport a lieu après déduction d'une quote-part de ces pertes. Les statuts prévoient souvent que les actions retirées à un associé lui seront remboursées à concurrence de leur montant libéré non amorti⁽¹¹⁵⁾. Ce droit à la reprise des apports consacré par l'article L.231-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce est d'ordre public⁽¹¹⁶⁾. Reste à savoir si l'associé retiré peut prétendre à la reprise telle quelle de ses apports en nature ou si au contraire il doit se contenter d'une reprise en valeur. Sur cette question, la Cour de cassation avait jugé à propos d'une société coopérative ouvrière de production, que l'associé sortant n'avait droit qu'à un remboursement en espèces⁽¹¹⁷⁾. Cette jurisprudence paraît désuète de nos jours, si on applique au retrait volontaire ou forcé d'un associé d'une société à capital variable la disposition de l'article 1844-9, alinéa 3 du Code civil qui consacre le droit à la reprise des apports en nature,

⁽¹¹²⁾ Cass. com., 21 oct. 1997, n°95-13.891, Defrénois, 1998, art. 36889, p.1289, note J. HONORAT; Cass. com., 9 nov. 2010, n°10-10.150, Bull. Joly soc., 2011, §58, p.115, note P. MOUSSERON.

⁽¹¹³⁾ C.A. Nîmes, 4 mars 2010, S.A.S. Cabinet Hudault c/Hudault, Juris-Data, n°2010-015183; Dr. soc., 2010, comm. 228, note M. ROUSSILLE.

⁽¹¹⁴⁾ C. com., art. L.231-1 et L.231-5. – Adde: C.A. Paris, 9 févr. 2000, confirmé par Cass. 3^{ème} civ., 12 juin 2002, B.R.D.A., 15-16/2002, n°5; R.J.D.A., 11/2002, n°1159.

⁽¹¹⁵⁾ P. LE VEY, préc., juill. 2008, n°23, p.9.

⁽¹¹⁶⁾ Lamy sociétés commerciales, préc., 2004, n°4842, p.2074. – M. LAROCHE, Perte de la qualité d'associé, quelle date retenir?, D., 2009, p.1772.

⁽¹¹⁷⁾ Cass. com., 17 mars 1952, J.C.P., G., 1953, II, 7359, note D. B.

à condition que le bien apporté se trouve encore dans l'actif social. Sinon, la reprise porte sur la valeur de l'apport⁽¹¹⁸⁾. L'associé retiré volontairement ou non peut, dans le silence des statuts, exiger le remboursement de ses apports dès la date d'effet de son retrait⁽¹¹⁹⁾.

-48- S'agissant du droit de l'associé démissionnaire ou exclu à une part des bénéfices mis en réserve, la réponse à cette question ne soulève aucune difficulté en présence d'une clause statutaire qui octroie à l'associé retiré un droit sur les réserves⁽¹²⁰⁾. En absence de toute disposition statutaire tout associé sortant quelle que soit la cause, a vocation aux bénéfices mis en réserve, car la liquidation partielle de l'actif social provoquée par le départ volontaire ou forcé de l'associé et la nécessaire prise en considération des réserves pour déterminer la part contributive de l'intéressé au passif, contrepartie de son droit de reprise⁽¹²¹⁾.

-49- L'étendue de la responsabilité de l'associé qui cesse de faire partie de la société à capital variable est importante. Il reste tenu pendant cinq ans envers les associés et les tiers, de toutes les obligations existant au moment de son retrait. Il en va ainsi pour les héritiers de l'associé décédé⁽¹²²⁾. Ce délai de cinq ans court du jour du retrait ou du dernier jour du préavis qui doit être donné pour ce départ, dans le cas d'une démission ou du jour de la décision de l'assemblée générale, dans l'hypothèse d'une exclusion. Il n'est donc pas nécessaire que cette sortie soit publiée. Ce délai est impératif de sorte que serait considérée comme nulle la clause statutaire qui limiterait la responsabilité de l'associé à une durée inférieure à cinq ans, sans que cette nullité entraîne

⁽¹¹⁸⁾ J.-P. GARCON et F.-X. LUCAS, Peut-on encore parler de partage partiel d'une société?, J.C.P., E., 1998, 1296. – C.A. Paris, 3^{ème} ch., 26 mars 1999, Juris-Data, n°1999-101631; R.T.D. com., 1999, p.681, note C. CHAMPAUD et D. DANET.

⁽¹¹⁹⁾ Cass. com., 4 mai 2010, n°08-20.693, Juris-Data, n°2010-005328; Dr. soc., 2010, comm. 137, note H. HOVASSE; Bull. civ., 2010, n°85; R.D.I., 2010, p.372, note H. HEUGAS-DARRASPEN; D., 2010, p.1278, note A. LIENHARD; Rev. soc., 2010, p.577, note J. MOURY; D., 2010, p.2797, note A. RABREAU.

⁽¹²⁰⁾ C.A. Dijon, 2 déc. 1909, D.P., 1914, 2, p.89, note M. PERCEROU.

⁽¹²¹⁾ Cass. com., 22 oct. 1956, J.C.P., G., 1956, II, 9212, note D. BASTIAN; J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, préc., 1980, n°830; D. DEBENEST, Thèse, préc., 1933, p.153.

⁽¹²²⁾ C. com., art. L.231-6, al.3. – Cass. 1^{er} civ., 18 déc. 2001, n°99-18.044, Bull. Joly soc., 2002, §88, p.411, note P. NEAU-LEDUC; Rev. soc., 2002, p.308, note B. SAINTOURENS.

celle de la société⁽¹²³⁾. La portée des obligations de l'associé démissionnaire ou exclu varie en fonction de la nature des rapports envisagés: entre l'associé et les tiers ou entre les associés eux-mêmes. Vis-à-vis des tiers, le droit de poursuite des créanciers se détermine selon la forme de la société à laquelle se rattache la modalité de la variabilité du capital⁽¹²⁴⁾. L'obligation de l'associé porte sur toutes les dettes antérieures à sa sortie⁽¹²⁵⁾. Sa responsabilité est indéfinie et solidaire ou illimitée et proportionnelle au capital social, selon qu'il était membre d'une société en nom collectif ou d'une société civile. Elle est limitée à sa mise sociale s'il faisait partie d'une société à responsabilité limitée ou d'une société par actions. Mais si l'associé a reçu moins que ses apports, il demeure tenu à concurrence de la valeur de ceux-ci. À l'égard de la société et des autres associés, l'obligation aux dettes de l'intéressé est toujours limitée à sa part dans le passif restant à régler⁽¹²⁶⁾, indépendamment des limitations issues de la forme de la société. Si l'actif dépasse le passif, la société ou les autres associés ne peuvent rien lui réclamer. L'ancien associé ne peut être poursuivi que dans la limite du passif net existant au moment de son retrait volontaire ou forcé. L'action en revendication exercée à son encontre est une action sociale qui appartient aux représentants de la société, et au liquidateur si la société est en liquidation⁽¹²⁷⁾. Mais si ceux-ci négligeaient de l'intenter, elle pourrait l'être par chacun des associés au nom de la société⁽¹²⁸⁾.

⁽¹²³⁾ Cass. com., 16 juin 1981, Bull. civ., 1981, IV, n°274; R.T.D. com., 1981, p.777, obs. E. ALFANDARI et M. JEANTIN.

⁽¹²⁴⁾ Cass. com., 26 juin 1984, Juris-Data, n°1984-701203; Bull. Joly soc., 1984, p.1000; Rev. soc., 1985, p.124, note J. H.

⁽¹²⁵⁾ C.A. Nancy, 7 juill. 1992, B.R.D.A., 2/1993, p.9; R.J.D.A., 11/1992, n°1036. – Adde: Cass. com., 4 janv. 1994, R.J.D.A., 5/1994, n°538; Dr. soc., 1994, comm. 55, obs. H. LE NABASQUE.

⁽¹²⁶⁾ C. com., art. L.231-6.

⁽¹²⁷⁾ Cass. civ., 25 mars 1941, Gaz. Pal., 1941, 1, jurispr., p.486; Rev. soc., 1942, p.80; Journ. soc., 1944, p.20.

⁽¹²⁸⁾ Ibid.

○ **Paragraphe III: La transformation et la dissolution de la société à capital variable:**

-50- Bien que différentes, ces deux opérations méritent d'être rapprochées, dans la mesure où elles entraînent la disparition de la société à capital variable initiale qui, soit renaît sous un autre aspect, sans création de la personne morale, il s'agit de la transformation ; soit se trouve dissoute, avec pour conséquence la disparition de la personne morale.

-A- La transformation de la société à capital variable:

-51- En matière de société à capital variable, la transformation recouvre deux situations différentes, selon qu'elle s'attache à la forme sociale, sans perdre la variabilité du capital, ou consiste à supprimer la clause de variabilité du capital.

-1- La transformation avec maintien de la clause de variabilité du capital:

-52- Une société à capital variable constituée sous une certaine forme peut se muer en une autre forme, tout en conservant la variabilité du capital. Il s'agit d'une véritable transformation⁽¹²⁹⁾. Elle peut concerner tout groupement autorisé à fonctionner sous la forme de société à capital variable. Cette transformation régulière d'une société à capital variable n'a pas pour conséquence de créer une personne morale nouvelle. Elle n'engendre pas de difficultés autres que celles inhérentes à la forme de société adoptée. Son régime est celui du droit commun⁽¹³⁰⁾. Il convient alors de réunir une assemblée générale extraordinaire habilitée à modifier les statuts selon les règles de majorité propres à chaque type de société. Si la transformation, notamment celle d'une société à risque limité en société à risque illimité, a pour conséquence d'accroître l'engagement des associés, la décision doit être prise à l'unanimité ou, tout au moins, avec l'accord de tous ceux dont la responsabilité se trouve aggravée⁽¹³¹⁾.

⁽¹²⁹⁾ Ph. MERLE, Droit commercial, Sociétés commerciales, préc., 2000, V. Transformation.

⁽¹³⁰⁾ C. civ., art. 1844-3; C. com., art. L.210-6.

⁽¹³¹⁾ C. civ., art. 1836, al.2; C. com., art. L.223-43, al.1.

-2- L'adoption ou la suppression d'une clause de variabilité du capital:

-53- Dès l'instant où elle ne constitue pas une forme autonome de société et que la variabilité est simplement une modalité statutaire, il y a lieu de considérer que la suppression tout comme l'insertion d'une clause de variabilité dans les statuts d'une société à capital fixe ne constitue pas une transformation au sens strict du terme⁽¹³²⁾. Il s'agit seulement d'une modification statutaire qui relève des règles relatives à une telle opération. Il appartient donc à l'assemblée générale extraordinaire d'y procéder, sans obligatoirement se conformer à la règle de l'unanimité⁽¹³³⁾. Dès lors que la société à capital variable obéit à un régime spécifique parfois plus favorable que celui du droit commun, l'élimination de ladite clause va en faire perdre le bénéfice au groupement. La décision de suppression doit s'accompagner des mesures nécessaires à la mise en harmonie de la société avec les règles de son nouveau statut juridique⁽¹³⁴⁾.

-B- La dissolution de la société à capital variable:

-54- Les clauses de dissolution des sociétés à capital variable, initialement énoncées par l'article 54 de la loi du 24 juillet 1867 et reprises par l'article L.231-8 du Code de commerce, n'excluent pas les causes communes de dissolution des sociétés.

-1- Les causes de dissolution propres aux sociétés à capital variable:

-55- Les sociétés à capital variable ne sont dissoutes ni par la mort ou le retrait d'un associé, ni par un jugement de liquidation ou une mesure d'interdiction d'exercer une profession commerciale, ni par une mesure d'incapacité prononcée à l'égard de l'un des associés ou la déconfiture de l'un d'entre eux. Elles continuent de plein droit entre les autres associés⁽¹³⁵⁾, les héritiers et ayants droit ne pouvant prétendre qu'à la reprise des apports du défunt. Le principe constitue un moyen

⁽¹³²⁾ V. supra, n°9.

⁽¹³³⁾ V. supra, n°10.

⁽¹³⁴⁾ Cass. req., 29 déc. 1931, D.P., 1932, I, p.41, note P. CORDONNIER, exigeant une libération immédiate d'au moins un quart dans le cas où une société anonyme supprime la clause de variabilité.

⁽¹³⁵⁾ C. com., art. L.231-8.

terme entre le respect de l' «*intuitus personae*» et l'existence d'un capital et d'un personnel variables⁽¹³⁶⁾. Il n'est cependant pas d'ordre public, si bien que les statuts peuvent l'écarter en décidant que la société se poursuivra en cas de décès d'un associé avec ses héritiers éventuellement agréés par les autres associés, ou que l'associé interdit, failli ou en déconfiture continuera à faire partie de la société. Ils peuvent également stipuler que les événements préalablement évoqués entraîneront la dissolution de la société⁽¹³⁷⁾. Toutefois, s'il s'agit d'une société en nom collectif comportant un ou plusieurs héritiers mineurs, la société doit se convertir en société en commandite dans le délai d'un an à compter du décès. À défaut, elle est dissoute⁽¹³⁸⁾.

-2- Les causes de dissolution communes à toutes les sociétés:

-56- L'article 1844-7 du Code civil qui énonce les différentes hypothèses de dissolution des sociétés s'applique aux sociétés à capital variable. Néanmoins, les règles spécifiques à cette dernière catégorie de sociétés sont susceptibles de modifier la mise en œuvre de certains cas légaux. Il en va notamment ainsi de la dissolution pour mésentente entre associés⁽¹³⁹⁾ et pour la dissolution des sociétés à responsabilité limitée et par actions, lorsque les capitaux propres deviennent inférieurs à la moitié du capital social⁽¹⁴⁰⁾. S'agissant de la première cause, la doctrine majoritaire et la jurisprudence s'accordent pour refuser à l'associé retiré de la société à capital variable, la possibilité de demander la dissolution du groupement pour mésentente grave rendant impossible le maintien de la vie sociale⁽¹⁴¹⁾. En ce qui concerne la deuxième cause, la particularité de la société à capital variable réside en ce que doit être

⁽¹³⁶⁾ M.-H. MONSERIE-BON, préc., févr. 2001, n°89, p.11.

⁽¹³⁷⁾ Lamy sociétés commerciales, préc., 2004, n°4846, p.2075.

⁽¹³⁸⁾ P. PAILLER, préc., 15 janv. 2013, n°75, p.13.

⁽¹³⁹⁾ Cass. com., 12 mars 1996, n°93-17.813, Bull. civ., 1996, IV, n°86; Rev. soc., 1996, p.554, note D. BUREAU; D., 1997, jurispr., p.133, note T. LANGLES. - H. MATSOPOULOU, La dissolution pour mésentente entre associés, Rev. soc., 1998, p.21; P. CANIN, La mésentente entre associés, cause de dissolution judiciaire anticipée des sociétés, Dr. sociétés, 1998, chron. 1.

⁽¹⁴⁰⁾ B. MAUBRU, La perte du capital des sociétés à risque limité, Defrénois, 1983, p.1185.

⁽¹⁴¹⁾ Cass. req., 10 mai 1926, S., 1926, 1, p.193, note G. BOURCART; D., 1927, 1, p.133, note A. CHERON; Cass. civ., 7 nov. 1927, cité supra n°41. - Contr. C.A. Pau, 19 nov. 1958, D., 1959, jurispr., p.176, 1^{er} esp., note F. GORE; R.T.D. com., 1959, p.729, note R. SAINT-ALARY.

pris en considération le capital souscrit⁽¹⁴²⁾. En outre, tout intéressé, par conséquent un associé sortant, exclu ou retiré, peut dans le délai de prescription de l'article L.231-6 du Code de commerce, agir en dissolution de la société. Son intérêt subsiste, puisqu'il reste tenu des dettes antérieures à son départ⁽¹⁴³⁾.

-57- À l'heure actuelle, ce système permet de résoudre les difficultés liées au fonctionnement des sociétés dans lesquelles les associés changent constamment⁽¹⁴⁴⁾: actionnariat ouvrier ou professionnel, groupement d'achats. Cela explique d'ailleurs qu'elles soient souvent appelées sociétés à capital et personnel variables⁽¹⁴⁵⁾. C'est notamment le cas des sociétés dont le capital est partiellement, voire totalement détenu par les salariés, non point par l'intermédiaire d'un fonds commun de placement, mais directement et individuellement⁽¹⁴⁶⁾.

⁽¹⁴²⁾ V. supra, n°17.

⁽¹⁴³⁾ V. supra, n°49.

⁽¹⁴⁴⁾ J.-P. BERTREL, préc., Bull. Joly soc., 2009, §239, p.1192.

⁽¹⁴⁵⁾ Cass. civ., 30 déc. 1940, S., 1941, I, p.30.

⁽¹⁴⁶⁾ M. COZIAN et A. VIANDIER, Droit des sociétés, 21^{ème} éd., Litec, 2008, n°58.

القسم الثاني: دراسات في العلوم السياسية

- د. كميل حبيب، ثغرات النظام السياسي اللبناني على ضوء الأزمة الاقتصادية الحالية
- د. برهان الدين الخطيب، إعادة هيكلة القطاع التعليمي وحوكمته المؤسسية بما يتواءم مع متطلبات التعليم الذكي والالكتروني
- د. حسين أحمد العزّي، دور القانون الناعم في القانون الدولي المعاصر
- د. علي مطر، صفقة القرن في ضوء القانون الدولي، الانتهاكات الأميركية لاتفاقيات وقرارات الأمم المتحدة
- د. ناصر زيدان، لبنان ومجلس الأمن الدولي من القرار 425 الى القرار 1757
- د. محمد نعمة إسماعيل، الحدود البحرية اللبنانية
- د. كاتيا يوسف عواضة، المقاومة اللبنانية في سوريا وحق الدفاع الشرعي
- Camille H. Habib, The International Balance of Power System: From Stalin To Putin

ثغرات النظام السياسي اللبناني على ضوء الأزمة الاقتصادية الحالية

د. كميل حبيب

هل يوجد في لبنان دولة؟ الجواب نعم، ولكنها دولة العميقة تخفي في طياتها تحالفات وتسويات بين مصرف لبنان والمصارف والصرافين وقادة الاحزاب الطائفية المرتبطين بالسفارات التي تحدد من هم النواب والوزراء والمدراء العامون وغيرهم من المحشورين في وظائف الفئة الأولى. فعندما تخلفت السفارات بعد عام 1990 عن تمويل الميليشيات لجأت هذه الميليشيات الى الدولة تنهب منها عن طريق الصفقات والسمسارات التي لا تحصى ولا تعد.

إن التعيينات لمراكز معينة تثير مخاوف شبح السيطرة المذهبية. وهكذا، فإن ما يحكى بأن هناك خلاف على الهوية (كألية نزاع) تخفي وراءها، ولدرجة معينة، تغييراً في طبيعة المنافسة على السلطة، وتحولها الى صراع مذهبي. ويمكننا القول ان لبنان ليس وطناً غير محتمل الحدوث، بل دولة العميقة متعددة الاطراف غير محتملة البناء.

للدولة العميقة نظامها السياسي، ولكنه نظام سياسي طائفي فاسد لا ينتج الا الأزمات والويلات، ولا يوفر للبنان الا طبقة من الفاسدين والمفسدين. إنها دولة تحكم بدستور غير مكتوب، اما الدستور المكتوب فلا يطبق. إنه النهج التوافقي الهش للحكم، والذي اجاز للطبقة المذهبية الحاكمة الاهتمام بتعزيز مواقع عائلاتها، وإن تتعامل مع النظام، او اللانظام، لتحقيق مكاسب شخصية.

ومن باب المزيد من التهكم والسخرية، ان عصابة المنظومة المذهبية تتلاعب بالرموز الدينية لمضاعفة ثروتهم، ويصرون على ترسيخ حاسم لحقهم التمثيلي كعنوان لحماية

مجموعاتهم. والناس يوظفون بحسب انتمائهم الطائفي. وبكلام آخر، اذا كانت الوظيفة محددة لمذهب معين، تصبح من امتيازات الزعيم المذهبي، وله ان يختار الشخص الذي يراه مناسباً لتلك الوظيفة. من هنا قول كمال جنبلاط: "لقد عاش النظام طويلاً، على تحررية ضبابية بلا قوانين او حدود، ودون قيود اخلاقية او انسانية".

إن التطور الرجعي السياسي الذي اختبره لبنان يعود الى العام 1989، عندما انتقل بنا اتفاق الطائف من النظام الطائفي الى النظام المذهبي. والنظام المذهبي هذا أطاح بالنهج التوافقي للحكم لتحل محله معادلة الترويكات التي لم تتبدل رموزها منذ عام 1990 وحتى اليوم. وخلال هذه الفترة كانت الحكومات المتعاقبة عاجزة عن اتخاذ قرارات اصلاحية في السياسة والاقتصاد، لأن مثل هذه الاجراءات قد تمس مصالح قادة المذاهب انفسهم. وبكلام آخر، ان تحالف رأس المال ومنظومة الزعامة القبلية، هي دوماً بحاجة الى حكومات بلا سياسات، وحكومة تعمل القليل ما عدا احتفاظها بتركيبه البلد السياسية والمذهبية.

لقد أوجد اتفاق الطائف "دويلات" متعددة داخل الدولة، والتي اخذت احكاماً مذهبية، مهمتها نهب المال العام. فهناك العديد من الوزارات والمؤسسات العامة والصناديق الانمائية التي طغت عليها الوان مذهبية دون اخرى. ولا بأس من التذكير ان بعض الهيئات لا تخضع لديوان المحاسبة العمومية وليس عندها حتى جداول بقطع الحساب.

خلاصة القول، ان النظام الطائفي الفاسد، ومن بعده النظام المذهبي الفاسد ايضاً، انتجا شيئاً واحداً: حروب وأزمات وتخلفاً سياسياً وانهياباً اقتصادياً. فلا استقلالية الدولة تحققت، ولا التآخي والتآلف بين المواطنين تمّاً، ولا نال المواطن حقوقه، لأن المنظومة الحاكمة بنت نفسها على فكرة تكريس الفئوية، وعلى فكرة المساواة الوطنية، والتوازن بين الطوائف والمذاهب المتناحرة والمتضاربة الاتجاهات. وتبقى تعابير "الميثاق والوثيقة" تعابير مجوجّة، لأنه في ظلها حصل التعاقد الجهني الذي جعل المواطنين، وبخاصة اتباع الحزبية الدينية، رعايا؛ انه التعاقد الجهني الذي أوصلنا الى ما نحن فيه الآن.

لديّ قناعة راسخة بأن النظام السياسي الطائفي مسؤول عن أزمات لبنان المتكررة. إن طائفية النظام السياسي وضعت لبنان، ومنذ ما قبل الاستقلال في دائرة الاستهداف الاقليمي

والدولي. فالطوائف، والاحزاب المذهبية التي تمثلها، اعتادت ان تتعامل مع بعضها البعض بخوف وشك وحذر؛ وهي في تناحرها الدائم للتسلط، شرعت الابواب امام التدخل الخارجي، ووضعت لبنان، وبشكل دائم، امام أزمات كبرى، لا يمكن لنظامه التشاركي، بطبيعته الهشة، معالجتها.

إنطلاقاً من كل ما تقدّم، فإننا سوف نسلط الضوء على الثغر في النظام السياسي الطائفي وارتباطه العضوي بالأزمة المالية والاقتصادية الحالية. وعليه، فإن هذا البحث ينقسم الى ثلاثة اقسام:

1- الثغر في الدستور وفي النهج التوافقي للحكم.

2- الفساد... الطامة الكبرى.

3- اقتصاد وسياسة، طائفية وفساد.

1- الثغر في الدستور وفي النهج التوافقي للحكم

إن نظام لبنان الطائفي لا يولد الا الأزمات، ويقوم على نسف كل الجهود المبذولة لتحقيق السلام والتماسك الاجتماعي. وما زاد الأمور تعقيداً ان طائفية النظام باتت عند اتباع الفكر الطائفي صمام أمان للحفاظ على عدد من الامتيازات والمناصب المحترقة. أما في اوقات الأزمات، فإن اتباع الفكر الطائفي يدركون مصيرهم من خلال المقاييس والمعايير الطائفية، وليس على اساس فردي او طبقي او علماني. فلبنان بالنسبة اليهم يقوم على الحلول الوسط، التي تحمل في طياتها البذور لأزمات مستقبلية.

لقد غيبت طائفية النظام تطبيق الدستور وقواعد اللعبة الديمقراطية. فلا يمكننا الحديث عن الديمقراطية في ظل الطائفية السياسية. وهذا الأمر انتج اشكاليات في المؤسسات الدستورية، التي لا تتضمن تمثيلاً حقيقياً لكل الشرائح الاجتماعية. ففي مؤسسة مجلس الوزراء، مثلاً، قد يتم توزيع اشخاصاً يمثلون اقلية داخل مذاهبهم، على حساب آخرين، يعطون تمثيلاً أقوى لنفس المذاهب.

كرّس الميثاق (1943)، ومن بعده الوثيقة (1989)، دور الطوائف في نظام الحكم. وهذا ما حصل في الممارسة العملية. إذ انكفاً كل فرد الى طائفته، ومن ثم الى مذهبه، كونهما الباب الرسمي للوصول الى الوظائف العامة، وراح كل مواطن يمر بزعماء طائفته، قبل ان يصل الدولة. وهكذا، اصبح الانتساب الى الدولة، ومن خلفها الى الوطن، انتساباً غير مباشر عن طريق الطائفة والمذهب.

أعادت الطائفية بناء الدولة الحديثة. فالنظام الطائفي جعل المساواة والعدالة حكراً على بعض اللبنانيين، دون سواهم، وبخاصة على حساب ابناء الطوائف الذين يعيشون خارج المدن. وحقيقة الأمر ان نظام المحاصصة الطائفية يقضي على طموح الأفراد، وبخاصة المبدعين منهم، ويمنع - على عكس لغة العقل والمنطق - حل المسائل المطروحة بشكل علمي. أخيراً، ان نظام الطائفية السياسية هو نظام يقر بحقوق سياسية للطوائف، بوصفها اجساماً وسطية بين الدولة والمواطن.

ويمكن ملاحظة طائفية النظام على صعيدي الدستور والمجتمع:

♦ **اولاً، في الدائرة الدستورية:** إن النظام الدستوري في لبنان هو نظام طائفي بمقتضى الفقرة (ي) من مقدمة الدستور، وطبقاً لما نصّ عليه الدستور من تبين لقاعدة التوافق الطائفي في المواد 24 و65 و95، ووفقاً للمادتين 9 و 10 اللتين نصتا على حرية التعليم واحترام نظام الأحوال الشخصية للطوائف، وطبقاً للمادة 19 من الدستور التي تعطي حقاً حصرياً لرؤساء الطوائف بمراجعة المجلس الدستوري.

♦ **ثانياً، هناك دائرة الانتماء الطائفي،** إذ ان السلطة تستمد شرعيتها في قدرتها في الحفاظ على صيغة "العيش المشترك" بين اللبنانيين، ما يعني انه ينبغي على السلطة ان تأخذ بعين الاعتبار الواقع الطائفي للمجتمع. كل هذا جعل الطوائف تشكل دويلات ضمن الدولة، وتدعم دورها الديني والديني، إذ انها توفر النخب على الصعيد السياسي. لقد وفرت الطوائف العديد من الثغرات الدستورية، والتي لم تتم معالجتها لأسباب طائفية، لا تمت بصلة للفقهاء الدستوري. وهذه الثغرات نوجزها على الشكل التالي:

- 1- ليس من حل في الدستور اذ فقدت الحكومة ميثاقيتها ورفضت الاستقالة، ولم تتوفر اغلبية نيابية لحجب الثقة عنها.
 - 2- ليس من مهلة على رئيس الحكومة وعلى الوزير لتوقيع المراسيم المتخذة في مجلس الوزراء، على الرغم من تقييد رئيس الجمهورية بمهلة 15 يوماً لإصدار المرسوم او رده.
 - 3- ليس بمقدور السلطة التنفيذية حل المجلس النيابي الا في حالات شبه مستحيلة حتى لو كان غير منتج وشبه مشلول.
 - 4- ليس بمقدور رئيس الجمهورية جمع الوزراء بدون موافقة رئيس الحكومة.
 - 5- جاء النص الملتبس بجعل الاخلال بالواجبات الوظيفية لدى رئيس الحكومة والوزراء من اختصاص المجلس الاعلى لمحاكمة الرؤساء والوزراء بناء على اتهام يصدر عن مجلس النواب بتأييد ثلثي الاعضاء الذين يتكون منهم المجلس ليحصن هؤلاء من المساءلة عملياً.
 - 6- هناك التباس بكيفية عمل مجلس الوزراء خلال الشغور الرئاسي ادى الى شلّه احياناً كثيرة.
 - 7- الحاجة الى ميثاقية جلسات مجلس النواب بحسب التقليد المتأرجح وبدون نص صريح ادى الى تعطيل البرلمان في كثير من الاحيان.
 - 8- لا توجد مهلة محددة للرئيس المكلف بتشكيل الحكومة، وقد يأخذ الأمر سنوات. أما بدعة المشاركة المضمونة للطوائف على مستوى المؤسسات قد أدت الى ما يلي:
 - 1- إرضاء الطوائف على حساب المواطن.
 - 2- قيام تحالف بين الكوتا الطائفية والفساد
 - 3- تطييف الحياة السياسية برمتها
- تجدر الإشارة الى ان توافق الطوائف لا يحقق مصلحة لبنان العليا، لأن من مصلحة الطائفيين الممسكين بزمام الأمور ان تبقى الدولة غير قادرة، وغير فاعلة. أضف الى ذلك ان الاصطفافات المذهبية لا تؤدي الى الوحدة الوطنية. وفي رأينا، ان تحالف طائفة مع

أخرى، يساوي فقط ذلك التحالف في مواجهة تحالف آخر من طوائف أخرى، الأمر الذي يغذي روح الخوف والشك عند كل الأقليات، التي تؤلف مجتمعة مكونات المجتمع اللبناني. وكانت اهم القواعد التي طبقت، ولا تزال تطبق، في حكم لبنان السياسي والاقتصادي نوجزها على الشكل التالي:

1- اعتبار الوظائف العامة مغانم للطوائف، تتوزع عليها، بموافقة زعمائها وممثلهم، بل بواسطتهم، ما عطل معنى الكفاءة، وألغى مبدأ المساواة.

2- توزيع المنافع الاقتصادية، حتى عندما تنتكر في زي خطة انمائية، كأنها اسلوب يتقاسمها الزعماء، تبعاً لنفوذهم الشخصي.

اما أهم نتائج هذه القواعد للنظام السياسي الطائفي، فنوجزها على النحو التالي:

1- قيام هوة سحيقة بين الحكم، اي حكم، والشعب.

2- ترسيخ القبيلية الطائفية وزعاماتها واقطاعاتها.

3- تخلف لبنان السياسي والاقتصادي

إن التعاقد بين زعماء الطوائف (1943-1990) قد جاء نتيجة تسوية، والتسوية كمبدأ دائم في السياسة الداخلية دليل جمود، واسلوب تجميد. فالانسان يلجأ الى التسوية عندما يستعصي عليه الحل الذي يرغب فيه. لكن التسوية كمبدأ دائم في السلوك السياسي، انما تعني مصلحة الاطراف المعنية في تجميد الوضع على ما هو عليه، حتى يتسنى لها استغلاله. وفي الواقع يدافع السياسيون اللبنانيون عن التسوية الطائفية في الحكم، لأنهم يؤمنون بذلك حصتهم، دونما اضطرار الى فكر سياسي جديد.... وهذا يعني ان الاختلاف على البديل من اسباب التمسك بالنهج التوافقي.

إن التعاقد المؤسس لكيان اللبناني، ليس تعاقداً بين الدولة ومواطنيها، بل هو تعاقداً بين جماعات مختلفة، من حيث الهوية الذاتية لكل منها، وهذا ما لا يتلاءم مع مبادئ الوطنية وشروطها. وغني عن القول، ان الجماعة ليست مواطناً، والمواطن، من جهته، هو فرد وليس جماعة. فكيف بالإمكان تطبيق مفهوم المواطنة في لبنان، ما دام العقد المؤسس للمجتمع اللبناني هو عقد بين الطوائف وليس بين الافراد؟

التوافقية لم تمهّد الطريق لقيام حكم ديمقراطي حقيقي. هذا يعني ان المساومة التي اخترعتها التوافقية تحافظ على الفرقة المجتمعية وتعمقها. بمعنى اكثر دقة، ان التوافقية تقدّم للطوائف المتعاقدة شروط سلم اهلي وهدنة بين حربين، ليتمكنوا خلالها من مراجعة نقدية عقلانية لتفادي دورة عنف جديدة. وعلى اللبنانيين الاقرار بهذه الحقيقة، وأن يدركوا ايضاً الحقائق التالية التي ضختها التوافقية في النظام السياسي.

- 1- التوافقية اجراء مؤقت لمعالجة ازمت سياسية واقتصادية واجتماعية معقدة.
- 2- التوافقية، في احسن احوالها، صيغة تشبه حالة المساكنة بين الزواج والطلاق.
- 3- لم تستطع التوافقية ان تجنب لبنان معاناة حربين اهليتين، ولا يمكنها توفير الآلية الضرورية لحل ازمتة الاقتصادية اليوم.
- 4- توفر التوافقية مخرجاً للتملّص من المسؤولية الوطنية والالتزامات الدستورية.
- 5- ان التمثيل التوافقي على الاساس المذهبي، لا يحمي لبنان من اخطار التقسيم والابتلاع والتوطين.
- 6- ان التركيبة التوافقية تحد من حرية الفرد الذي ينشد التغيير في الولاء السياسي، وتعرض سبل صياغته لشعوره الوطني.

2- الفساد --- الطامة الكبرى

كل هذ الثغر التي ذكرناها آنفاً مسؤولة بشكل مباشر عن الأزمة المالية والاقتصادية التي يعاني منها لبنان، لأنها وفرت الحرية لزعماء الطوائف، ومن وراءهم لنهب المال العام. فالأزمة المالية الحالية دفعت الاقتصاد اللبناني الى الركود، وارتفاع معدّل التضخّم، وارتفاع كبير في معدلات البطالة، ونقص في السلع المستوردة، واعسار الدولة على كل الاصعدة. انها ازمة قادت لبنان الى الافقار، وشعبه الى الجوع؛ والى التفكير في الهجرة الى اي بلد آخر دون عودة هذه المرة.

فالاقتصاد هو مصدر قوة الأمم وعصب الحياة، وهو الخبز والكتاب والاستقرار والرخاء وجوهر العلاقات والمصالح بين الشعوب. اما التخلف في الاقتصاد فيعني التخلف وما

يتبعه من جهل وفقر ومرض وبطالة، ويترافق معه الازمات وانهيار الامن، وتقويض الاساسات التي ترتفع فوقها الامم ويهيمن عليها التسلط والظلم والفساد....

اما بالنسبة لمسألة المال العام، فعلينا توضيح التالي. كان التعريف القديم للدولة يقوم على ثلاثية الارض والشعب والسلطة الحاكمة. اعتمد هذا التعريف عندما كانت الارض هي الثروة الوحيدة وهي مصدر استقطاب الشعوب. اما اليوم فإن الارض لم تعد وحدها كافية لتعريف الدولة، حيث برز مصطلح المال العام ليكون عنصراً أساسياً في تكوين الدولة، وان انتقاص سيادة الدولة لم يعد مقتصراً على خروج ارض من سيطرة الدولة. بل يمكن اعتبار ان التعدي على المال العام يؤدي الى انتقاص السيادة. ولهذا القول اساس دستوري، حيث ورد في الدستور ان الشعب مصدر السلطات وصاحب السيادة. فهذا الشعب الذي يملك السيادة، ثم يأتي من يعتدي على الاموال العامة التي هي ضمن سيادة الشعب؛ الا يشكّل ذلك تعدياً على السيادة؟

إن حماية المال العام هو حماية للسيادة الوطنية، وإن التعدي على المال العام لا يقتصر اثره على خسارة الدولة لجزء من مالها، بل ان آثاره ستطال المجتمع وستصبح الدولة اما عرضة للإحتلال من دول اخرى او خاضعة لإملاءات وشروط خارجية او ستفقد الأجهزة القادرة على الحكم واتخاذ القرارات.

إنه الفساد كنتاج للمنظومة السياسية المذهبية المسؤولة عن افقار اللبنانيين، وشرعت الابواب لكل التدخلات الخارجية: اقليمية ودولية.

الفساد بما هو استغلال او إساءة استعمال الوظيفة العامة من اجل مصالح شخصية، من تداعياته حرمان الدولة من المداخل او يزيد من النفقات وهو ما يتسبب في تقويض الوضع الاقتصادي ويحصل ذلك عندما لا تصل الضرائب والرسوم الجمركية الى خزائن الدولة او عندما تزيد نفقات المشاريع العامة عن طريق التلاعب بالمناقصات او ارسالها على المحاسيب او عندما تنفق الاموال العامة من دون رقابة مالية مستقلة ومسؤولة.

ومن الثابت ان الفساد ينمو حيث تكون مؤسسات الدولة ضعيفة ويتقلص حكم القانون ويصبح السجال السياسي عن اختلاسات وصفقات وسمسرات وفساد وإفساد، ولا يتحرك القضاء استيضاحاً او استفساراً، بل يعتبر هذا الإقرار جزءاً من لغة السياسة السائدة. دون الرجوع كثيراً الى الوراء فإن من المناسب الوقوف على نماذج فساد حديثة محمية بجدران صلبة تمنع المساس بمرتكبيها ونجم عنها خدمة سيئة يحصل عليها المواطن وبأكلاف مرتفعة نجم عنها مديونية عامة اقتربت من 80 مليار دولار.

ابتدأت سبحة الأعمال التي أسهمت في تشجيع الهدر والخروج عن الرقابة من خلال اللجوء الى الاتفاقات بالتراضي لتنفيذ الصفقات والتلزمات العمومية، مع ما تعنيه هذه الوسيلة من استبعاد المنافسة والشفافية لصالح الشركات المحسوبة او المقربة من سياسيين او نافذين.

وكانت الخطوة التالية من خلال استبعاد رقابة ديوان المحاسبة المسبقة من خلال الاعتماد في تنفيذ المشاريع على مؤسسات عامة غير خاضعة لهذه الرقابة. ثم انشئت العشرات من المؤسسات العامة غير المنتجة والتي لا يهدف من ورائها سوى تأمين فرص عمل لمحسوبيين على جهات نافذة.

وكانت التوظيفات بخاصة في الفئة الاولى وفي المؤسسات العامة خاضعة لمعيار المحسوبة وليس الكفاءة.

وحلت الوساطة كأداة لتسيير شؤون الادارات العامة، بل وتغلغت الوساطة الى القضاء، بحيث ان خدمة الناس وتلبية طلباتهم المتوافقة مع القانون لم تعد تمر بدون وساطة، علماً ان ثقافة الوساطة اصبحت شائعة بين الناس بحيث لا يقبل مواطن على طلب الخدمة الا ومشفوعة مسبقاً بالوساطة.

بل وامتدت الوساطة الى قطاع التعليم وإن كانت غير ذات اثر إلا انها موجودة، بحيث ان مباراة الدخول الى الجامعة يرافقها كم هائل من الاتصالات تفوق عدد الطلاب المتقدمين اذ قد يلجأ بعض الطلبة الى أكثر من وساطة لزيادة حظوظه. والأمر ذاته في مباريات الدخول الى السلك العسكري او المدني.

وانتشرت الرشوة وشاعت (بخاصة في المؤسسات الخدمتية ووزارة العدل) حتى أصبحت عادة واستبدلت تسميتها بالإكرامية او الهدية، بل لم يعد الراشي يجد حرجاً في التباهي بمشروعية فعلته حتى امام القضاء.

لقد ثبت ان الملفات الكبرى لم تتم أي ملاحقة جادة لتوقيف مرتكبيها، واليكم أسئلة عن ملفات لم نعلم خواتيمها:

- ملف الشركة العقارية لإعمار وسط بيروت سوليدير، حيث تقدم النائب السابق نجاح واكيم بإخبار عن تلقي نواب رشاوى لتمرير قانون شركة سوليدير التي تملك وسط مدينة بيروت ببدلات رمزية وأحياناً بأموال الخزينة العامة التي سدّدت بواسطة صندوق المهجرين عن طريق ما يسمى ببدلات الإخلاء.

- إخبار من النائب السابق نجاح واكيم حول استنثار المسؤولين والزعماء بتراخيص محطات إذاعية وتلفزيونية.

- ملف الهدر واختلاس اموال عامة في ملف المشتقات النفطية لعام 1999 حيث أقفل الملف دون استرداد الخزينة الأموال المنهوبة مع العلم ان سبب الهدر والتشجيع على الاختلاس ان المشتقات النفطية تدار من قبل شركة لا تخضع للرقابة وترتبط مباشرة بالوزير.

- ملف الطوابع المزورة والمسروقة حتى العام 1996 حيث وبالصدفة ونتيجة اصطدام سيارة تنقل هذه الطوابع بسيارة تابعة للأمن العام اوقفت السيارة التي وجد بداخلها كمية كبيرة من الطوابع وقد قتل موظفون في وزارة المال وأقفل الملف، ولم نعلم مقدار الطوابع المختلسة والمزورة، لا لصالح من يتم التزوير والاستيلاء على المال العام، ولا المبالغ للأموال المنهوبة.

- اموال الصندوق المستقل للبلديات حيث بيّن تقرير ديوان المحاسبة لعام 1999 أن هناك 1130 مليار ليرة لبنانية قد أنفقت من أموال الصندوق دون وجه حق.

- ملف مافيا الدواء وكلفة الاستشفاء التي تتحملها المؤسسات الضامنة الرسمية حيث تثار دائماً ملفات الهدر والاختلاس والاحتيال غير المشروع، ولكن تفتح هذه الملفات ثم تقفل بدون الوصول الى حقائق دامغة.
- ملف مرفأ بيروت الذي يدار من قبل لجنة معينة من قبل مجلس الوزراء، وهي تتولى الانفاق خارج اطر قانون المحاسبة العمومية (وآخر الملفات التي أثرت بوجه هذه اللجنة تلزيم ردم الحوض الرابع في مرفأ بيروت بموجب اتفاق بالتراضي لصفقة قيمها 129,9 مليون دولار، وهي مخالفة لقانون المحاسبة العمومية ولأصول التلزيما). ولهذه اللجنة صلاحية البت بطلبات التوظيف وتحديد الرواتب المغايرة كلياً لما يتقاضاه بقية موظفي القطاع العام، فهي لا تخضع للأنظمة العامة (تجاوز عند موظفي المرفأ 1500 موظف).
- ملف الأملاك العامة البحرية حيث بلغت التعديلات على الملك العام البحري حداً لا يوصف وظاهراً للعيان ومع ذلك تجري محاولات لفتح الملف ولكن دون جدوى، حتى يقال بأن تسوية هذه التعديلات تحقق للخرينة العامة عائدات بمليارات الدولارات، الا ان احداً لم يجرؤ على تكريس هذه التسوية.
- ملف وزارة الاتصالات حيث فتح مرتين واقفل دون معرفة النتيجة، بالرغم من ان حسابات المحتسب المركزي للاتصالات من العام 2006 الى العام 2011 هي الآن محل تحقيق ديوان المحاسبة. وان جريدة الأخبار قد نشرت اكثر من تحقيق حول الفساد المالي في الوزارة.
- ملف هيئة اوجيرو التي لم تخضع للتدقيق المالي الخارجي والداخلي منذ العام 2006. وكان تقرير التفتيش المركزي قد اثبت ان هناك شوائب في اعمال الصيانة التي تؤديها الهيئة. وقد احيلت عشرات الملفات حول مخالفات مالية لدى الهيئة ولكن تم استرداد الشكاوى قبل استكمال التحقيقات
- ملف التخابر غير الشرعي وفضيحة استجزار الأنترنت من قبرص. اقفل الملف على الإدعاء على شركة خاصة دون سؤال احد لماذا لا تستخدم الأجهزة التي تملكها

- الوزارة والقادرة على كشف حالات التخابر غير الشرعي، ولماذا جرى تعطيل الوزارة القادرة على كشف حالات التخابر غير الشرعي، ولماذا جرى تعطيل الهيئة الناظمة للإتصالات التي أناط بها القانون ملاحقة المعتدين على قطاع الاتصالات.
- ملف الفساد في قطاع الكهرباء الذي يحتاج الى دليل، حيث كلف هذا القطاع الخزينة أرقاماً خيالية مع خدمة أكثر من رديئة؛ فالنتائج الكارثية واضحة ولكن لم تتم مساءلة أي فرد ولا زال العاملون في هذا القطاع على رأس عملهم وكأن شيئاً لم يحصل.
- ملف تلوث نهر الليطاني حيث يعدّ من اكثر ملفات الفساد قذارة ووقاحة، حيث غض النظر عن رمي البلديات والشركات والمعامل المرخصة وغير المرخصة لنفاياتها وفضلاتها الملوثة في مجرى النهر بتغطية وحماية خاصة.
- ملف انفاق 11 مليار دولار خارج الأصول القانونية، وقد أثارت الملف لجنة المال والموازنة في مجلس النواب في العام 2012 وحتى تاريخه لم يبت بهذا الملف.
- ملف النفايات، والذي يعدّ من الملفات الوقحة ايضاً حيث أدى سوء ادارة هذا القطاع الى انتشار النفايات في الشوارع لأشهر. مع العلم ان ديوان المحاسبة في تقريره لعام 1999 قد أوصى باعتبار العقود مع شركة سوكلين باطلة ومع ذلك تجددت العقود معها بحيث يخيّر اللبناني بين سوكلين او النفايات في الشارع.
- ملف الخليوي الذي سمي في كتاب أكبر فضائح العصر، ويسعى البعض لاعتبار ان الخليوي مال خاص يدار وفق إدارة الشركات وعليه لا تخضع شركتنا الخليوي لقانون المحاسبة العمومية والتوظيف فهما خارج الرقابة والرواتب والتعويضات خيالية والعقود مع الشركات بالتراضي.
- ملف مناقصة المعاينة الميكانيكية حيث جرى استبعاد كافة الشركات المناقصة على الشركة التي قدمت العرض الأعلى من كافة العروض المستبعدة حيث بلغ الفارق 220 مليون دولار وكان الاستبعاد لأسباب غير جدية وأن المنافسة كانت محصورة بين الشركة الفائزة والشركة المشرفة على اعمال في هيئة ادارة السير كان قانوناً يجب استبعاده.

3- اقتصاد وسياسة، طائفية وفساد

هي نماذج عن فساد يستوجب استئصاله، فساد أرهق الخزينة والمواطن، ونسأل لم لا تفتح جدياً هذه الملفات؟ ولم لا يكون هناك حرص على تطبيق القانون على الجميع دون أي تمييز ومواجهة موجة الفساد والاهدار التي اصبحت علنية وتحصل بدون خجل، والتي لا تتوقف عند ملف واحد ولا عند شخص معين؟ هناك دلالات عديدة على الفساد يمكننا من خلالها تحديد من المستفيد ومن المسؤول عن استئصال ظاهرة الفساد. من هذه الدلالات نذكر:

1- من قبل السلطة:

- استغلال النفوذ السياسي لتمير مشاريع ذات منفعة خاصة. ويتم ذلك عبر قيام من هم في السلطة بتوزيع المنافع على بعض الافراد والمؤسسات معتمدين في ذلك على بعض المعايير "القانونية" دون ضمانات تجبر المكلف على دفع ما يتوجب عليه من رسوم وضرائب.
- بواسطة المشاريع التي تقوم بها (دون خطة او دراسة لجدواها الاقتصادية) والتي قد تكلف كثيراً بحجة انها ضرورية ثم يتبين بأنه لا حاجة اليها، او ان هذه الحاجة لم تعد من الاوليات.
- بفعل تقاعس السلطة واهمالها وتغاضيها عن استعمال سلطتها لأجل تحصيل المال العام او المحافظة عليه او استعمال مشوه وغير متساو لهذه السلطة.
- لجوء بعض المسؤولين الى القضاء لتقليص الكلفة المفروضة عليه أكانت على شكل ضرائب او تعرفه جمركية وغير ذلك من الرسوم.

2- من قبل الاداريين:

- بعض المسؤولين الاداريين لا يقومون بواجباتهم بحجة رواتبهم المتواضعة، وهذا يؤثر على سير العمل، وشيوع الرشوة.

3- من قبل المواطنين:

- بفعل احجامهم عن دفع ما يترتب عليهم من ضرائب او استعمالهم وسائل غش واحتيال للتخلص من الواجبات.

وبناء على ما تقدّم، يمكننا تجزئة مشكلة الفساد او مسألة الاستنزاف في المال العام الى مستويين اثنين:

- 1- بنية الدولة ونظامها السياسي واستشراء الفساد بين المسؤولين وبالتالي في طريقة المعالجة.
 - 2- فساد الإدارة وسوء التعاطي مع المواطنين وحماية المرشحين وعدم التمييز بين الرشوة والخدمة والهدية.
- من جهته يعزو الدكتور حسن صالح اسباب النزف في المال العام الى كون المؤسسات العامة:

- 1- جاهلة بالعلم الاداري الحديث.
 - 2- عاجزة: بحيث تتكدّس المعاملات وتسير ببطء.
 - 3- فاسدة: لا تتجز المعاملة الا اذا حملها سمسار.
 - 4- مفسدة: بحيث يتم افساد المواطنين بطلب المنفعة المادية والمعنوية.
 - 5- متأخرة: فقدان الكفاءة بكافة انواعها.
 - 6- مسيسة: بحيث يتدخل السياسيون بالتوظيف لمصلحة اقاربهم او انصارهم.
 - 7- ادارة مطيقة ومنتزعة (د. صالح، 2011، مرتكزات الاصلاح الاداري والمالي).
- أما الدكتور محمد وهبة فيعتبر ان الفساد أضحى في لبنان واقعا اجتماعيا عاديا يمكننا ايجاز مسبباته على النحو التالي:

- 1- عدم وجود آليات ووسائل وإجراءات خاصة للحدّ من الرشوة.
- 2- عدم وجود اجراءات لتطوير نظام اختيار وتعيين وترقية العاملين من دون أي تدخل وتبعاً لتقييم موضوعي وبإشراف لجان متخصصة.

- 3- عدم وجود فصل في السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية والأمنية.
 - 4- عدم تطبيق مبدأ المساءلة والمحاسبة.
 - 5- الحماية المتوفرة للموظف من قبل طائفته او عائلته او حزبه.
 - 6- عدم وجود شفافية في نشر سياسات وبرامج الحكومات بحيث لا يمكن للمواطنين مراقبتها.
 - 7- تدخل السياسة في القضاء .
 - 8- عدم تطبيق مبدأ من أين لك هذا؟.
 - 9- الرواتب والمداحيل في المؤسسات العامة لا توفر متطلبات عيش كريم.
 - 10- عدم وجود قوانين صارمة لمكافحة الفساد والحدّ من الرشوة.
 - 11- عدم وجود جهاز رقابة داخلي يراقب أعمال المؤسسات العامة، ويعمل على استبدال مدقي الحسابات بشكل دوري لمنع أية عمليات تقارب مع الرؤساء أو اعضاء مجالس الادارة. (محمد وهبة، 2009، المحاسب المجاز).
- على المستوى النظري، ان النتائج السلبية لإستشراء ظاهرة الفساد يمكننا ملاحظتها على النحو التالي:

- 1- تأكل سيادة القانون وانعدام ثقة المواطنين بدولتهم.
 - 2- احداث تشوهات في الاقتصاد الوطني قد ينتج عنها حالات عجز ضخمة.
 - 3- تراجع ثقة المستثمرين.
 - 4- يمثل حصول صاحب المنصب على رشوة خطراً على استقرار المجتمع.
- وبحسب البنك الدولي، يشكّل الهدر بين خمسة وستة بالمئة من الناتج المحلي سنوياً، وهو رقم مرتفع جداً (حوالي 15 مليار دولار)، أي ما يوازي ثلاثين في المئة من الدين العام. اما عناصر الهدر داخل الموازنة العامة والخزينة فتظهر بوضوح في النفقات الاستثمارية، لجهة التعهدات والالتزامات التي تتم بالتراضي، او عبر زيادة حجم النفقات الاستثمارية، على غرار ما حصل في مشروع موازنة 2001، حيث بدت النفقات الاستثمارية فضفاضة وانفلاشية متجاوزة الملياري دولاراً، مع العلم ان لا قدرة للوزارات على استيعاب

هذا الحجم الكبير من الاموال. كما يظهر الهدر في المشتريات العامة حيث يتحكّم "كارتل" خاص بأسعار النفط، كما تغيب المنافسة في قطاع الأدوية، ويستشري الهدر كذلك في المجالس والهيئات والصناديق التي أسستها الدولة ومنها الهيئة العليا للإغاثة التي حصلت منذ حرب تموز على أكثر من الف مليار ليرة، لم يخضع جزء كبير منها لهيئات الرقابة البرلمانية والقضائية، اضافة الى العقود غير الواضحة.

كما يمكننا ملاحظة الهدر على صعيد النفقات العامة من خارج الموازنة العامة والخزينة. ويظهر ذلك من خلال الهبات والقروض التي حصل عليها لبنان في حرب تموز و "باريس3" والتي تقدر بمليارات الدولارات من دون الافصاح وبوضوح وشفافية عن وجهة استخدامها. وللدلالة على الاستنزاف في المال العام، نورد الأمثلة التالية:

1- يخسر لبنان حوالي مليار ومئتي مليون دولار لعدم اقرار الضريبة على التحسين العقاري.

2- بين 2007 و 2010 قدرت خسائر الدولة بأكثر من مئتي مليون دولار بفعل مبيعات عقارية تجاوزت قيمتها 30 مليار دولار، ومصرحة بأقل من قيمتها الفعلية بنسبة 20 في المئة.

3- اما النيابة العامة المالية ملفات تؤكّد هدر أكثر من 250 مليون دولار في دائرة المراقبة الضريبية والاسترداد التي تتبع لمديرية الضريبة على القيمة المضافة في وزارة المال.

4- إن تردي قطاع الكهرباء يستنزف الدولة بأكثر من 1,5 مليار دولار سنوياً ما يساوي 4,2% من الناتج القومي، او 18% من واردات الدولة، وينعكس سلباً على قطاع الصناعة ما يسبب خسائر للقطاع قدرها البنك الدولي ب 400 مليون دولار.

○ خلاصة:

إن أية خطة لمواجهة الفساد تتطلب بالضرورة البدء في استئصال اسبابه، وليس في استكشاف بعض نتائجه بإعتبار ان القضاء على الاسباب يؤدي الى القضاء على النتائج. اما الامساك بالنتائج كلياً او جزئياً فلا يعني الا الافساح في المجال لتفريخ الفساد من جديد. ان حامي الفساد هو النظام الطائفي، والطائفية والفساد، او المذهبية والفساد، هما وجهان لعملة واحدة. فطالما ان الطائفية تشكل دعماً للفساد، تبقى محاسبة زعماء الطوائف شبه مستحيلة في ظل واقع يستطيع ان يصور الزعيم للملأ ان ادانته هي بمثابة ادانة للذات الالهية التي يمثلها حصرياً ذلك الزعيم.

من هنا ينتهي الرئيس سليم الحص (مقالة بعنوان المحاسبة مدخل الإصلاح- جريدة السفير تاريخ 20/5/2005)، الى أن لا نجاه للبنان الا بثورة ديمقراطية. ولن يكون ذلك، إلا باعتماد نظام انتخابي جديد يضمن تجديد الطبقة السياسية مع كل دورة انتخابية، واستكمال مقومات الفصل بين السلطة الاشتراعية والسلطة الاجرائية بحظر الجمع بين النيابة والوزارة، وكذلك تنمية الحياة الحزبية على قواعد لا فئوية بحيث تتناوب الاحزاب على الحكم. وتنمية الحياة الحزبية تتلائم بالضرورة وتنمية الثقافة الديمقراطية لدى الفرد، وهذا في منتهى الأهمية في أي مشروع لتنمية الحياة الديمقراطية. ومن الملح اقامة السلطة القضائية المستقلة، بحيث يحصن القضاء في وجه اي تدخل في شؤونه من جانب السلطة الاجرائية، وأخيراً تحميل رئيس الجمهورية تبعة ممارساته في حال صرف النفوذ على وجه غير مشروع إضافة الى حالتها مخالفة الدستور والخيانة العظمى اللتين ينص عليهما الدستور.

فالمطلوب بعبارة موجزة محاكمة الطبقة السياسية في لبنان، لأنه لم يحاسب المسؤولون عن واقع زري آلت اليه حال البلاد والعباد، فلا اصلاح يرتجى على اي صعيد. يعود السبب بتحميل الطبقة السياسية لهذه المسؤولية، هو ان الدستور قد أناط السلطة الاجرائية تحديداً بمجلس الوزراء. وقد تعاقب على السلطة حكومات لها رؤساؤها ووزراؤها. هؤلاء هم المسؤولون دستورياً، ولو كان لهم شركاء متواطئون. فالحكومات تبقى أساساً

مسؤولة دستورياً عن أداء الحكم سواء بسياساتها وممارساتها مباشرة او بسكوتها او اغفالها او استسلامها او عدم تصديها.

وأيضاً مجلس النواب شريك كامل للحكومة في مسؤولياتها. فهي تتبثق منه، ولا يوجد أي مبرر يعفي البرلمان من مسؤولياتها، لأن مجلس النواب غير مضطر الى الرضوخ او القبول بواقع غير صحيح في أي حال من الأحوال.

فالمحاسبة المطلوبة يجب ان تأتي بإجابات حاسمة عن اسئلة محددة تراود المواطن: من المسؤول عن الدين العام المتفاقم، ومن المسؤول عن الفساد والافساد، ومن المسؤول عن استشرء المذهبية والطائفية؟ ومن باع نفسه لجهات خارجية فكان سبباً لكوارث في بلده؟

كيف تراكم الدين العام الى حدود ثمانين مليار دولار، فأوقع مالية الدولة في حلقة مفرغة بين عجز مستحکم ودين متعاظم، علماً بأن الدين العام مرشح للتصاعد المستمر سنة بعد سنة باستمرار عجز الخزينة. الدين العام كان يبلغ اقل من مليار دولار عام 1990. فكيف قفز الى هذا الرقم من دون ان تعترضه محاولات جدية لوقف التدهور؟ يقال ان هناك من افتعل عقبات عند محطات معينة، ولكن ماذا فعلت الحكومات لتذليل تلك العقبات، ولماذا سلّمت بالهزيمة واستمرت؟ ومن المسؤول عن تعطيل هيئات المساءلة والمحاسبة والرقابة في الادارة، لا بل من المسؤول عن افسادها؟ ويرى الرئيس سليم الحص انه آن الاوان ان تفتح هذه الملفات على أوسع نطاق، وان تجري محاسبة شاملة ودقيقة وفاعلة. ولكن السؤال يبقى من الذي سيجري هذه المحاسبة؟

ونخلص من هذا العرض الموجز الى ان مكافحة الفساد تتطلب اموراً خمسة:

1- اصلاح قانون الانتخاب لتصحيح التمثيل الشعبي بحيث يصبح مجلس النواب بأكثرية يمثل الشعب. عندها يصبح المجلس مديناً للشعب ويتفاعل معه، ويحاسب السلطة التنفيذية دفاعاً عن حقوق الناس.

2- تفعيل الرقابة على السلطة التنفيذية، وتعزيز هيئات الرقابة وتحسينها والاعتماد على العنصر البشري الكفؤ.

3- بإعادة النظر في قانون الاثراء غير المشروع الذي جرى تشويبه وإفراغه من مضمونه، والسعي الى انشاء الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد، وقانون محاسبة ناهبي المال العام.

4- اصلاح السلطة القضائية، لتصبح قادرة على وضع يدها تلقائياً ومن دون توجيهات وارشادات وتنبهات ومحابة، ويتم ذلك عبر تحديد مفهوم السلطة القضائية وعدم اقتصار هذه السلطة على القضاة، بل يجب ان نعطي لهذه السلطة حجمها الحقيقي لتشمل القضاة العدليين والإداريين والماليين والدستوريين ونقابتا المحامين، وكبار فقهاء وأساتذة القانون، فيكون جميع هؤلاء اركاناً في السلطة القضائية، يمثلهم جميعاً المجلس الأعلى للسلطة القضائية.

5- الاصلاح الإداري والارتقاء في ممارسة المسؤولية لأن الادارة تشكل في أكثريتها الساحقة ان لم تكن كلها من المحسوبين على اطراف الحكم ولو بنسب متفاوتة. والعقدة هنا ليست في ولاء الإداري على اي مستوى كان للحكم، فالولاء هو للمرجعية التي كانت وراء تعيين هذا او ذاك. المشكلة في الادارة هي في اولوية الولاء للجهة التي كانت وراء التعيين وليس للدولة لأن الصحيح ان لا يكون الاصلاح على مقياس الولاء. فهل يقارب الاصلاح الإداري الجديد ميزان العدالة؟ إن مسألة مكافحة الفساد والمفسدين وفتح الملفات على مداها، ومحاكمتها امام الرأي العام بعد إعطاء الحصانة لأجهزة الرقابة واستقلالية القضاء هي الوسيلة الأنجع لإستئصال هذه الآفة، مع ما تعنيه من ملاحقة الجناة الذين نهبوا المال العام والحجز على اموالهم المنقولة وغير المنقولة واحالتهم على المحاكمة لمعاقتهم والتنفيذ على اموالهم تحصيلاً لمال الشعب. فالمطلوب بعبارة موجزة محاكمة الطبقة السياسية في لبنان، لأنه إن لم يحاسب المسؤولون عن الواقع المزري التي آلت اليه حال البلاد والعباد، فلا اصلاح يرتجى على اي صعيد.

إعادة هيكلة القطاع التعليمي وحوكته المؤسسية بما يتواءم مع متطلبات التعليم الذكي والالكتروني

د. برهان الدين الخطيب

قدمت تكنولوجيا الاتصال قيمة مضافة للعملية التعليمية، كما ساهمت في تحسين تسيير وتنظيم المؤسسات التعليمية⁽¹⁾، ويمثل التعليم محركاً قوياً للتنمية وأحد أقوى أدوات الحد من الفقر وتحسين الصحة والمساواة بين الجنسين والسلام والاستقرار. وغالبا ما يبدي الطلاب حماسة شديدة عندما يتعلق الأمر بعرض ما يتعلمونه والتعبير عن مدى تمكنهم من مهارة أو كفاية معينة، فما بالك إذا ما اقترن ذلك باستخدام التكنولوجيا وخصوصا الأجهزة اللوحية كالأيباد، فذلك سيضفي حتما الإثارة المرغوبة على عملية التعلم.

على الرغم من وجود الاستثمارات الكبيرة في التعليم على مدى السنوات الخمسين الماضية والنمو المبهر في معدلات الالتحاق والتكافؤ بين الجنسين على تقريبا جميع مستويات التعليم، فإن منطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا لم تتمكن من تحقيق الفوائد الشخصية والاجتماعية والاقتصادية للتعليم بشكل كامل. وأنظمة التعليم فيها ظلت جامدة إلى حد كبير... وبالتالي، فإن أنواع المهارات المطلوبة للنجاح في سوق العمل آخذة في التغير بينما يعد دور التكنولوجيا كمشكل للطلب في مستقبل العمالة أمر مؤكد، فإن دورها كعامل مساعد للتوصيل.

أضف إلى ذلك التحديات التي ستواجه سوق العمل من خلال اندثار 50% من الوظائف الحالية، لمصلحة العمل الالكتروني والذكي. وذلك بسبب قصور المناهج التعليمية

(1) Eugueni Khoilon et al., Information and communicp pckr technology in education a curriculum for schools and programme of teacher development, Paris, UNESCO (Division of Higher Education), 2002.

بحيث لا تتلاءم مع الاحتياجات التي تفرضها التطورات العلمية والتكنولوجية ومتطلبات سوق العمل⁽¹⁾.

أمام هذه الاشكالية الأساسية التي تطرح حول مدى قدرة مؤسسات التعليم (العام والعالى) القيام بدورها على أحسن وجه وتحقيق الأهداف المرجوة منها دون أن تكون هناك آليات يتم الاعتماد عليها في تسييرها وتنظيمها وتحسين مستوى مخرجاتها، ومن أهمها المشاركة، الشفافية، المسالة، هذه الآليات هي حوكمة المؤسسات التي من أهم دعائمها هي تحقيق الجودة. وكذلك مدى قدرة الوسائل التعليمية في الوطن العربي على مواكبة متطلبات التعليم الإلكتروني والذكي. بالرغم من ان المنطقة العربية تتمتع بالقدرة والموارد اللازمة للاستعانة بالتكنولوجيا لإنشاء أنظمة التعليم التي من شأنها أن تبني رأسمالها البشري، وتحظى المنطقة بكافة الأدوات والفرص لتحقيق قفزات إلى الأمام وإرساء مجتمعات مزدهرة وسلمية. غير أن قوة التعليم في بناء رأس المال البشري وخلق التغيير تتوقف على جودة التعليم، وقدرة إيصاله إلى البيئات الاقتصادية والاجتماعية المكملة، والاستعانة الذكية بالتكنولوجيا.

ويسعى البحث إلى تحقيق العديد من الأهداف أهمها التعرف على إيجابيات ومزايا الحوكمة المؤسسية وكيفية الاستفادة منها لتحسين جودة التعليم. وتحديد محددات ومعايير ومبادئ الحوكمة المؤسسية في إطار عام متكامل لتحقيق الوصول الى أفضل السبل للوصول بالتعليم إلى مرحلة تطبيق التعليم الإلكتروني والتطبيقات الذكية. وتكمن أهمية البحث بأنه يأتي للتأكيد على ضرورة التوسع في تطبيق مفهوم الحوكمة المؤسسية في التعليم لاسيما التعليم الإلكتروني، وبيان الاستفادة من الحوكمة المؤسسية في تطوير الممارسة التعليمية وتطوير مهنة التعليم (العام والعالى) وطرقها لتواكب التطورات التكنولوجية.

ولأهداف البحث سوف يعتمد الباحث على المناهج العلمية التالية:

(1) فاروق شوقي البوهي، التعليم العالى واتجاهات تطويره من منظور مقارن، دار المعرفة الجامعية، مصر، 2013، ص 71.

1- **المنهج الوصفي:** هو المنهج الأكثر استعمالاً في العلوم الاجتماعية، وذلك لأن أي بحث أو دراسة لا تخلو من الجانب الوصفي للظاهرة المدروسة، ويتم استخدامه بغية معرفة حيثيات وجوانب الظاهرة وفي هذه الدراسة اعتماد التحليل من أجل المعرفة الدقيقة عن مختلف مكونات الظاهرة مفهوم حوكمة مؤسسات، استخدامه لتعريف مفهوم حوكمة المؤسسات ومفهوم مؤسسات التعليم الإلكتروني.

2- **المنهج المقارن:** وذلك بهدف المقارنة بين تجارب الدول للوقوف على النتائج التي توصلت إليها وعلى كيفية الاستفادة منها، بموضوع البحث في التغلب على اشكالية لبحث.

3- **المنهج الاستنباطي:** والذي يعتمد على التفكير المنطقي الإستنتاجي لمحاولة الربط بطريقة منطقية بين الجوانب المختلفة للحوكمة المؤسسية بما تتواءم مع التعليم الإلكتروني والذكي، واستنتاج معايير ومحددات للتعليم الإلكتروني والذكي.

○ القسم الأول: الهيكلية والحوكمة المؤسسية في التعليم

◆ الفقرة الأولى - الهيكلية المؤسسية والتعليم:

يتمحور مفهوم إعادة الهيكلية في القطاع التعليمي من خلال منظومة تكاملية تجتمع في أدوار عديدة تأخذ بعين الاعتبار متطلبات العصر والتطور التكنولوجي، أبرزها:

1- الدور التشريعي.

2- الدور التخطيطي.

3- الدور التنظيمي.

4- الدور الرقابي.

5- الدور التنفيذي.

وتجدر الإشارة إلى ضرورة وضع مشاريع استراتيجية والقيام بمبادرات ستحدث نقلة نوعية في قطاع التعليم العام، وذلك من خلال:

• أولاً- مستوى الجهاز الاكاديمي:

يقتضي العمل على تركيز الجهود في السنوات المقبلة في مجال تطوير التعليم العام على الجهاز الأكاديمي من خلال: اختياره، إعداده، تدريبه، تحفيزه، تقييمه، زيادة ولائه وانتمائه للمهنة.

• ثانياً- متابعة المشاريع ومعالجة المعوقات:

- 1- رفع نوعية التعليم العام وجودته.
 - 2- السعي إلى تقليل الهدر في التعليم العام وخفض تكاليفه.
 - 3- المحافظة على جودة ونوعية التعليم.
- وفقاً لأبرز الأسس والمنطلقات للمرحلة المستقبلية.

• ثالثاً- بناء القدرات على التنفيذ والإدارة:

تقدم أنظمة التعليم خدمة معقدة، يوماً بعد يوم، لملايين الطلاب. فقد تفشل تصميمات البرامج، حتى عندما تتوفر الموارد لها، إذا كانت تفتقر إلى قدرات الإدارة المالية والمشتريات والقدرات الإدارية.

ويعتبر التنفيذ والقدرات الإدارية أمراً حاسماً لنجاح النظام التعليمي. ويجب أن تعمل الدول العربية على بناء قدراتها على تنظيم وإدارة النظم التعليمية.

وتجدر الإشارة ان مجموعة البنك الدولي هي أكبر ممول للتعليم في العالم النامي. ففي عام 2018، قدم حوالي 4.5 مليار دولار لبرامج التعليم، والمساعدة الفنية، وغيرها من المشاريع المصممة لتحسين التعليم وتزويد الجميع فرصة الحصول على التعليم الذي

يحتاجونه للنجاح. وتبلغ قيمة مشاريع التعليم 17 مليار دولار، مما يبرز أهمية التعليم لتحقيق هدفنا المتلازمين وهما وإنهاء الفقر المدقع وتعزيز الرخاء المشترك. وتعمل مجموعة البنك الدولي على برامج التعليم لمساعدة البلدان على بلوغ الهدف الرابع من أهداف التنمية المستدامة الذي يدعو إلى إتاحة الحصول على تعليم جيد وتوفير فرص للتعلم أمام الجميع بحلول 2030⁽¹⁾.

♦ الفقرة الثانية - الحوكمة المؤسسية:

• أولاً- مفهوم الحوكمة المؤسسية:

الحوكمة، أو (الحاكمية، الحكمانية، الحوكمة الإدارية) كلها مصطلحات معرّبة لكلمة Governance وعلى الرغم من اختلاف التسميات فإنها في مجملها تركز على تفعيل مبدأ مشاركة الأفراد والمنظمات غير الحكومية في صنع السياسات العامة واتخاذ القرارات وتقييم مستوى أداء الحكومة، نحو خدمات عامة ذات جودة عالية. مفهوم الحوكمة يركز على تغيير دور الحكومة من التقرد في رسم السياسات العامة واتخاذ القرارات إلى المشاركة والتنسيق بين المشاركين في إدارة شؤون الدولة⁽²⁾.

وكما يعرفها البرنامج الإنمائي للأمم المتحدة UNDP " هي ممارسة صلاحياتها في الاقتصادية، السياسية والإدارية لتسيير أعمالها على كل المستويات وهي تتضمن الآليات، العمليات والمؤسسات، والتي من خلالها المواطنون يعبرون عن أهدافهم ويمارسون حقوقهم ويلتزمون بواجباتهم، ويولونها كل الاهتمام من أجل حل خلافاتهم"⁽³⁾.

فالحوكمة المؤسسية لنظام الرقابة والتوجيه على المستوى المؤسسي، يحدد المسؤوليات والحقوق والعلاقات مع جميع الفئات المعنية ويوضح القواعد والإجراءات اللازمة لصنع القرارات الرشيدة المتعلقة بعمل المؤسسات لا سيما التربوية.

⁽¹⁾ <https://www.albankaldawli.org/ar/topic/education/overview>

⁽²⁾ د. بسام بن عبد الله البسام، الحوكمة في القطاع العام، معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، 2016، ص 10.

⁽³⁾ United Nation Economic and social commission for the pacific, What is good governance?, in the web www.unescap.org, p 3. , Date of entry to the site 12/1/2019.

وهو نظام يدعم العدالة والشفافية والمساءلة المؤسسية ويعزز الثقة والمصداقية في بيئة وظروف العمل⁽¹⁾.

اذ تؤكد أحدث استقصاءات مجموعة البنك الدولي لقادة الرأي العام في البلدان المتعاونة معه "أن نظم الحوكمة تأتي في موقع الصدارة على قائمة أولويات سياساتها!!". (سبتمبر 2018).

• ثانياً - صفات الحوكمة المؤسسية (التعليمية):

وضع تقرير برنامج الأمم المتحدة الإنمائي عدداً من الصفات للحوكمة المؤسسية تكون المنظومة العامة لإدارة الحكم والتي تعمل على تحقيق تنمية بشرية مستدامة من الآتي:

1- المشاركة: تعتبر المشاركة حجر الأساس في الحوكمة الرشيدة، وتبدأ من عمل الموارد البشرية جنباً إلى جنب في المجتمع.

2- سيادة القانون: تتطلب الحوكمة الرشيدة هياكل قانونية عادلة يتم فرضها بشكل نزيه. بحيث تضمن حماية كاملة لحقوق الإنسان، خصوصاً حقوق الطفل بالتعلم ومحو الأمية.

3- الشفافية: الشفافية تعني توفير المعلومات والافصاح عنها، وبأن القرارات المتخذة تراعي الأنظمة والقوانين.

4- العدل والشمولية: وجود نظام عادل يدافع على جميع المعنيين بالأمر (إدارة، جهاز تعليمي، طلاب) وأنهم ليسوا بعيدين أو محايدين عن المسيرة⁽²⁾.

5- التجاوب: أن الحوكمة الرشيدة تتطلب التجاوب مع متطلبات جميع الشرائح ضمن أطر زمنية معقولة ومحددة.

6- التوافق: تتطلب الحوكمة الرشيدة الوسطية في التعامل مع المصالح المختلفة بحيث تؤدي الى توافق أعم وأشمل لجميع الفئات المختلفة.

(1) د. بسام بن عبد الله البسام، المرجع السابق الذكر، ص 19 وما بعدها.

(2) Democratic Governance group, Discussion paper Governance for sustainable development, integration governance in the post_2015 Development framework, UNDP, march 2014.

بالإضافة إلى الصفات الست السابقة يمكن إضافة صفتين هما:

7- **الفعالية والكفاءة:** تعمل المؤسسات لتحقيق احتياجات المجتمع باستخدام أمثل للموارد المتاحة بفعالية، ولكن هذه الفعالية لا ترتبط فقط بصفة المخرجات ولكن هي عملية مستمرة مرتبطة بالمؤسسة بداية من مدخلاتها إلى مخرجاتها⁽¹⁾. والفعالية أيضاً تعني القدرة على تحقيق النشاط المرتقب والوصول إلى النتائج المرجوة. أما الكفاءة في منظور الحوكمة فتعني الاستغلال الأمثل للموارد المتاحة.

8- **المساءلة والمحاسبة:** المساءلة هي عامل مهم ومؤثر في الحوكمة الرشيدة، من يحاسب الآخر يعتمد على القرارات المتخذة هل هي خارجية أم داخلية ومن هي الجهة المتأثرة بتلك القرارات ولا يمكن تحقيق ذلك إلا بوجود الشفافية ووجود دولة قانون⁽²⁾.

• ثالثاً- فوائد حوكمة مؤسسات التعليم:

توفر الحوكمة العديد من الفوائد أبرزها:

- 1- تساعد في تحقيق الأهداف واتخاذ القرارات وبأفضل الطرق.
- 2- تضمن حماية المصالح والموجودات.
- 3- تضمن الالتزام تجاه المؤسسة والالتزام بالقوانين والأنظمة.
- 4- تحدد المسؤوليات والمهام.
- 5- تضمن الموازنة بين المسؤوليات الاستراتيجية والتشغيلية.
- 6- تعزز الثقة والمصداقية.
- 7- تبني بيئة وعلاقات عمل متميزة.

(1) Stefanos Mouzas, " Efficiency versus Effectiveness", Journal of business research ,vol 59, issue 10-11, 2006 p3.

(2) مركز أبو ظبي للحوكمة، أساسيات الحوكمة مصطلحات ومفاهيم، لا ذكر لتاريخ النشر، ص 10-11.

• رابعاً - أشكال حوكمة مؤسسات التعليم⁽¹⁾:

تختلف أشكال حوكمة مؤسسات التعليم، أهمها:

- 1- الحوكمة الأحادية: هي التي تكون فيها الحوكمة مسيرة ومراقبة من طرف جهة واحدة وهي الإدارة العليا، وهي التي من حقها فقط وضع القوانين والانظمة الناظمة لهذه المؤسسات.
- 2- الحوكمة الثنائية: هي المؤسسة التي تتواجد فيها هيئتين مسؤولتين عن صناعة القرار وتسيير الحوكمة فيها، مثل المجلس الأكاديمي ومجلس الإدارة.
- 3- الحوكمة الثلاثية الأطراف - التشاركية: هي التي يتم فيها تسيير الحوكمة ومراقبة تنفيذها والسهر على نجاحها من طرف مجلس الإدارة، المجلس الأكاديمي والمجلس العلمي فيها.
- 4- الحوكمة الأكاديمية الذاتية: إدارة أداء أعضاء هيئة التدريس ذاتياً ووفقاً لمهامهم الوظيفية هي التي تشير إلى عمليات الرقابة الذاتية.
- 5- الحوكمة الإدارية الذاتية: هي تشير إلى ادوار ومسؤوليات القيادة الإدارية وإدارة الأفراد العاملين التي تضع الأهداف وتتخذ القرارات في الاتجاه والسلوك الذي تتقبله المؤسسة.
- 6- الحوكمة الالكترونية: تشير إلى احد أشكال الحوكمة المؤسسية التي تشمل العمليات والإجراءات التي تضمن توصيل الخدمات الالكترونية والمعلومات عن المؤسسة لعملائها الداخليين والخارجيين باستخدام تكنولوجيا المعلومات.
- 7- الرقابة الخارجية: حيث عمليات التوجيه والرقابة المستمرة على عمل هذه المؤسسات تكون من طرف المساهمين وأصحاب المصالح إنه مهما اختلفت أشكال حوكمة مؤسسات التعليم، فإن الأساس الأهم من إستعمالها هو تجسيد حوكمة مؤسسية ناجحة وفعالة.

⁽¹⁾ Elias Choueiri and other, University and autonomy in the changing landscape of higher education, paper present in the fourteen seminars in year of the araba organization for quality assurance in education, 2 & 3, September 2012 ,p p 324-325.

• خامساً- تحديات حوكمة مؤسسات التعليم:

يشوب هذه الإنجازات المبهرة أمر لا يدعو للارتياح: فبالنسبة للكثير جداً من التلاميذ بأنحاء المنطقة لا يُعد الالتحاق بالمدارس مرادفاً للتعلم:

1- عدم توافق المهارات:

تشير الدراسات إلى وجود عدم توازن بين ما يحتاجه سوق العمل من مهارات وما يتم تعليمه في المدارس. ويقر الكثير من شركات المنطقة بأن عدم كفاية مهارات القوى العاملة، سواء الفنية منها أم الشخصية، تعوق نموها وقدرتها على توظيف العاملين. وتظهر دراسات البنك الدولي إلى "ان نحو ثلث الخريجين الجدد فقط هم الجاهزون لمكان العمل. ولا تستثمر المنطقة سوى القليل في التدريب بشكل عام قبل العمل وأثناءه... ويعي الطلاب، مثلهم في ذلك مثل أرباب العمل تماماً، هذا النقص في توافق المهارات. والأمر المثير للاهتمام هو أن أكثر من ثلث الطلاب أبدوا استعدادهم لدفع المال في مقابل التعليم إذا ما كان من شأنه أن يتيح أمامهم فرص ووظائف أفضل".

2- جودة التعليم:

تظهر الدلائل أن الأنظمة المدرسية في المنطقة العربية تتسم بشكل عام بتدني جودة التعليم. فلا أحد يتعلم المهارات الأساسية، وهي حقيقة تظهرها بأوضح برهان الاختبارات القياسية الدولية التي تكشف نتائجها أن المنطقة مازالت دون المستوى المتوقع بالنظر إلى متوسط دخل الفرد فيها. فالتعليم خطوة حيوية على مسار إتاحة فرص جديدة سواء للأفراد أو الأمم. لكن في عالم لا يحصل فيه الأطفال على ما يحتاجونه من مهارات كي يحيا حياة منتجة وتظهر النتائج ان 250 مليون طفل لا يستطيعون القراءة والكتابة رغم أن أكثرهم مقيد بالمدرسة!- أي أن الأساليب المقدمة لا تتواءم مع متطلبات الالفية الثالثة لاسيما على مستوى التعليم الذكي والالكتروني.

وتتوصل الدراسات على ضرورة عمل جميع الأطراف المعنية بالتنمية معاً لضخ استثمارات أكثر ذكاءً وأكثر توجهاً للنتائج التي تحقق جودة التعليم لجميع الطلاب. **والنتيجة؟** عندما يمتلك الطلاب مهارات تتواءم مع متطلبات العمل ومكاسب اقتصادية مستدامة تسهم عندها في تحقيق السلام والاستقرار والنمو العادل.

3- الحوكمة والمساءلة:

تتردد في الوطن العربي المطالبة بتعزيز المساءلة وتقديم خدمات عامة أكثر استجابة لاحتياجات المواطنين، مع تركيز بالمطالب مباشرةً على التعليم، والدعوة على وجه الخصوص بالمزيد من المساءلة للمدارس والمدرسين عن نتائج تعلم التلامذة. ومازال يجب تلبية هذه المطالب. من هنا يظهر جليلاً أن مشكلة التعليم في الوطن العربي ترتبط بشكل أساسي في سوء الجودة وضعف آليات المساءلة وهما من المتطلبات الأساسية للحوكمة المؤسسية.

4- الحوكمة وتقديم الخدمات الاجتماعية:

الحكم الرشيد شرط لازم لفعالية وكفاءة السياسات والبرامج والخدمات العامة. ويفترض ذلك مسبقاً أن تحسّن التفاعل بين الحكومة ومواطنيها يتوقف على الشفافية، والمساءلة، والمشاركة. ويحتل إصلاح أنظمة الحوكمة مرتبة رفيعة على جدول أعمال التنمية في العديد من بلدان المنطقة، لاسيما فيما يتعلق بتقديم الخدمات العامة في مجالي التعليم والصحة.

○ القسم الثاني: التعليم الإلكتروني والذكي

◆ الفقرة الأولى- التعليم الإلكتروني:

• أولاً- مفهوم التعليم الإلكتروني:

يقصد بالتعليم الإلكتروني عملية التعلم أو تلقي المعلومة العلمية عن طريق استخدام تقنيات الوسائط المتعددة بمعزل عن ظرفي الزمان والمكان، حيث يتم التواصل بين الدارسين والأساتذة عبر وسائل عديدة قد تكون الإنترنت، الإنترانت، أو التلفاز التفاعلي. وتتم عملية التعليم وفق المكان والزمان والكمية والنوعية التي يختارها المتعلم، وذلك وفق معايير دولية تتضمن استيعاب الدارس للمناهج والبرامج التي يتحصل عليها. وتقع مسؤولية التعلم بصفة أساسية على عاتق المتعلم ذاته.

ومن هنا التعليم الإلكتروني هو تقديم البرامج التدريبية والتعليمية عبر وسائط الكترونية متنوعة تشمل الأقراص وشبكة الإنترنت بأسلوب متزامن أو غير متزامن وباعتماد مبدأ التعلم الذاتي⁽¹⁾.

• ثانياً- تحديات التعليم في ظل التقدم التكنولوجي:

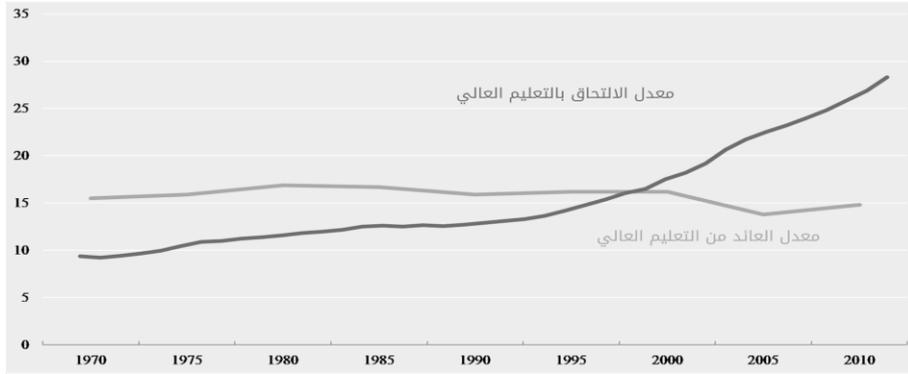
أشار عالم الاقتصاد الحائز على جائزة نوبل في عام 1974 "يان تينبرغن" إلى استناد التقدم التكنولوجي إلى "المهارة" وما يستتبع ذلك من تفاوت في مستويات الدخل. كما ألقى الضوء على الدور المحوري الذي يلعبه التعليم في تسوية وضع هذه العلاقة. وأنطلاقاً من ذلك يطرح السؤال ما الذي يمكن عمله؟ يمكن للتعليم المساعدة، غير أنه من المحتمل أن البلدان ستكون بحاجة إلى تعزيزه، وسيتعين أن يكون أعلى جودة، وأن يتيح اكتساب مهارات جديدة.

(1) د. فياض عبدالله علي، رجاء كاظم حسون، حيدر عبود نعمة، التعليم الإلكتروني والتعليم التقليدي دراسة تحليلية مقارنة، كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة العدد التاسع عشر، 2009، ص 4.

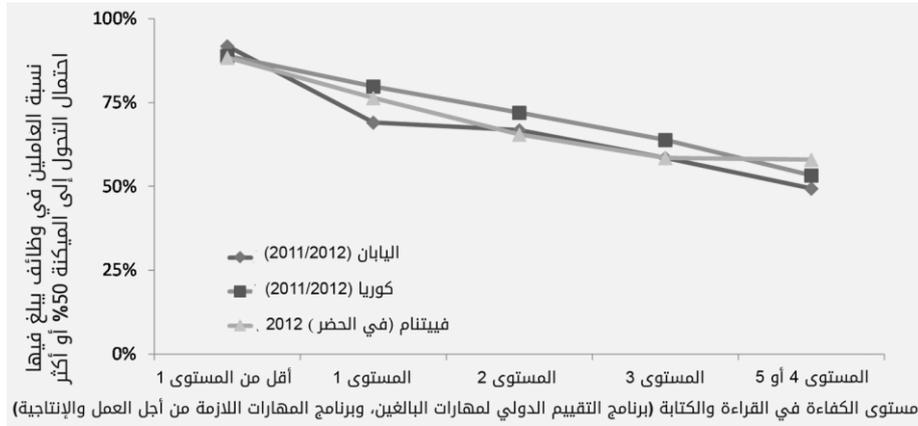
أن خريجي التعليم ما بعد الثانوي هم الأقل عرضة لخطر فقد أعمالهم بسبب المكننة. ويقل احتمال وجود الحاصلين على مستويات أعلى من التعليم في وظائف قد تكون عرضة للتحويل إلى المكننة.

كما يكون من لديهم كفاءة مرتفعة في القراءة والكتابة أقل عرضة لفقد وظائفهم بسبب التحويل إلى المكننة.

أمام هذه التحديات حان الوقت لواضعي السياسات التربوية في الدول العربية ليشعروا بالقلق حيال أثر المكننة على أنظمتهم. فعائدات التعليم مرتفعة - غير أن جودة التعليم منخفضة في الوقت الراهن. والعمل على جعل الابتكار في المناهج الدراسية والتأهيل وتكنولوجيا المعلومات والاتصالات.



الشكل 1: السباق بين التعليم والتكنولوجيا



الشكل 2: المهارات المعرفية

• ثالثاً- حاجات التعليم في ظل التقدم التكنولوجي:

لقد اصبح التعليم اليوم بحاجة إلى حلول دائمة لا مسكنات، وجائحة كورونا حالة عابرة، وليس هناك أي مجال للتأخير أو التراخي في تطبيق إصلاحات هيكلية حقيقية، تتواءم مع متطلبات العصر الحديث. لا سيما من خلال تركيز الدول العربية أولاً على التعليم في الطفولة المبكرة. وهذا الموضوع يتسم بأهمية خاصة حيث تتضاءل فرص بعض الأطفال الذين ينحدرون من أسر أفقر في تطوير قدراتهم الكامنة.

والتركيز على اكتساب مهارات تنمي فيهم روح الابداع من خلال وسائل التعليم الذكي (كالحساب الذهني UCMAS) وتطوير مهاراتهم من خلال استخدام المعلوماتية والتكنولوجية الحديثة في المراحل المبكرة.

ويجب ان تبنى الحوكمة المؤسسية لهيكله قطاع التعليم على نهج متوازن تجاه التعليم العام، والتركيز أكثر على التعليم المهني والفني توازياً مع متطلبات سوق العمل. وتتركز الأنماط الجديدة للتعلم الإلكتروني على: التعلم النقال، التعلم الإلكتروني المفتوح العالي الاستقطاب (MOOCS)⁽¹⁾، التعلم الذكي، وتجدر الإشارة إلى أن المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم (الألكسو Alecso) وضعت مشروع للنهوض بالتعلم الذكي في الوطن العربي (بالتعاون مع المكتب الإقليمي بالقاهرة للاتحاد الدولي للاتصالات)، وسنركز في دراستنا على التعليم الذكي الهادف.

• رابعاً- مزايا استعمال تكنولوجيا الاتصال في التعليم:

تساهم تكنولوجيا المعلومات في تحقيق فوائد عديدة أهمها:

1- توفير الوقت: إن الوسيلة البصرية والحسية (الوسائل الحسية) تعتبر بديلاً عن جميع الجمل والعبارات التي ينطق بها المعلم ويسمعه الطالب والتي يحاول أن يفهمها ويكون لها صورة عقلية في ذهنه ليتمكن من تذكرها.

(1) سايمون تاكر، البرنامج العربي لتحسين جودة التعليم : نعمل معاً من أجل تحسين جودة التعليم في الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، <http://araieq.alecso.org>، تاريخ الدخول 2018/12/24.

- 2- الإدراك الحسي: إن الألفاظ لا تستطيع أن تعطي المتعلم صورة حقيقية جلية تماما عن الشيء موضوع الحديث أو الشرح، تلك الألفاظ لا تستطيع تسيد هذا الشيء مثلما الوسيلة الإيضاحية.
 - 3- الفهم: الفهم هو قدرة الفرد على تمييز المدركات الحسية وتصنيفها وترتيبها، فإن الفرد يتصل بالأشياء، والمظاهر المختلفة عن طريق حواسه وبالطبع لا يستطيع هذا الفرد أن يفهم المسميات أو الأشياء إلا إذا تم فهمها والتعرف عليها.
 - 4- أسلوب حل المشكلات: حينما يشاهد الطالب تقنية تعليمية، فإنها في الغالب تثير فيه بعض التساؤلات والتي قد لا تكون مرتبطة مباشرة بموضوع الدرس. وقد تنمي هذه التساؤلات أو التي تنبع من حب الاستطلاع، أسلوب حل المشكلات لدى هذا التلميذ إذ في العادة ما يسير هذا الأسلوب.
 - 5- المهارات: تقوم التقنيات التعليمية بتقديم توضيحات علمية للمهارات المطلوبة تعلمها.
 - 6- محاربة اللفظية: عدم معرفة الطالب أحيانا لبعض الجمل أو الكلمات، مما يتسبب بخلط المعنى لديه، ولكن بالصورة توضح المعنى لها.
 - 7- تتيح للمتعم فترة تذكر أطول للمعلومات.
 - 8- تشوق المتعلم وتجذبه نحو الدرس.
 - 9- تدفع المتعلم ليتعلم عن طريق العمل.
 - 10- تدفع المتعلم نحو التعلم الذاتي.
 - 11- تنمي الحس الجمالي فالتقنية التعليمية تكون في الفرد والقدرة على حسن العرض.
 - 12- تنمية الميول الايجابية لدى التلاميذ
 - 13- معالجة مشاكل النطق والتأتأة.
- ويرى الباحث مزايا أخرى للتكنولوجيا في التعليم:

- 1- إنها تساعد تقوية الشخصية للتلميذ.
- 2- تساعد على التعلم الذاتي.
- 3- تنمي التفكير الإبداعي⁽¹⁾.

• خامساً- التكنولوجيا والحلول لتحسين منظومة التعليم:

1- وضع نظام للرقابة المدرسية الالكترونية يمتد إلى المناطق النائية: إن نظام الرقابة المدرسية يجمع معاً التكنولوجيا وآلية قوية للمساءلة لمعالجة مشاكل الإدارة والحوكمة القائمة منذ وقت طويل في قطاع التعليم.

ويمكن التوسع في تطبيق هذا الحل لمعالجة مشاكل تغيب المعلمين ونقص المرافق وحضور الطلاب وتسجيلهم. يتيح هذا النظام الرقمي الأول مراقبة المعلمين والطلاب والبنية التحتية على نحو يتسم بالشفافية والفاعلية وهي من الصفات الاساسية للحوكمة، وفقاً لما ذكرناه سابقاً.

2- إعداد بيانات معلم وإداري باستخدام معلومات بيومترية تغطي المدارس: يمكننا عن طريق تلقي البيانات مباشرة من الميدان الاضطلاع بالسياسات والإجراءات الإدارية الرئيسية في الوقت المناسب. ونعتبر ذلك خطوة مهمة نحو تحسين نواتج التعليم. تعتبر فنلندا المثال على بلد لا توجد فيه اختبارات قياسية موحدة أو عمليات تفتيش على المدارس، لكن نظام التعليم يعتمد على المساءلة "الذكية". وتعطي سياسة التعليم في فنلندا أهمية أكبر للجودة وأهمية أقل للرقابة والمنافسة. فالتقييم الذاتي للمدارس ومقدمي الخدمة التعليمية موجود ويطبق بانتظام.

وما يميز المدارس الفنلندية ان الفروقات بينها ضئيل جداً. إذ يتميز نظام التعليم الفنلندي بعدة خصائص منها تحقيق تكافؤ الفرص للجميع، لانه نظام تعليمي مرن.

(1) أحمد بن صالح، إدماج تكنولوجيايات الاتصال في التعليم، 28 ايار 2010، <http://www.edutic.edunet.tn/histgeo/archives/423/3>، تاريخ الدخول 2019/1/22.

وتشمل المبادرات المطروحة في فنلندا عدة نقاط: تعزيز التطوير المهني للمعلمين، وإدخال أنشطة جديدة في التجارب والابتكارات، وتوفير مدربين للمدرسين في كل مدرسة من أجل دعم الرقمنة والمناهج التربوية الجديدة، وتعزيز تدويل التعليم، وضمان أن المدارس الفنلندية "تحرز تقدماً" في تشجيع النشاط البدني للطلاب لضمان أن كل طالب يمارس التدريبات الرياضية ساعة واحدة على الأقل يومياً.

أمام كل ذلك فإن التكنولوجيا سوف تساهم في تسهيل العملية التعليمية للمتعلم وحتى ان David Moursund يعتبر ان التكنولوجيا ستنقل القوة والهيمنة في العملية التعليمية من المعلم إلى المتعلم، فالمتعلم الذي تتاح له المقدرة للتحكم الجيد في شبكة الانترنت مثلاً، والحصول على مصادر جيدة، بإمكانه التفوق على أستاذه⁽¹⁾.

♦ الفقرة الثانية- التعليم الذكي:

• أولاً- مفهوم التعلم الذكي:

من أكثر المصطلحات تداولاً اليوم في مجال التقدم العلمي هو مصطلح "التعلم الذكي" وعند الحديث عنه يتبادر إلى الذهن على الصعيد العالمي كلاً من اليابان وسنغافورة كدول لها السبق في الدخول إلى تجربة التعلم الذكي، وبالمقابل على الصعيد العربي "برنامج محمد بن راشد للتعلم الذكي" الذي يعتبر من المبادرات الأهم في العالم العربي التي تهدف إلى الارتقاء بمستوى التعليم في دولة الإمارات العربية المتحدة تماشياً مع أهداف "أستراتيجية 2021" والرامية إلى رفع معايير العملية التعليمية إلى مستويات تضاهي أفضل المعايير الدولية⁽²⁾.

هناك العديد من التعريفات التي تتناول التعليم الذكي، أبرزها:

1- التعلم الذكي هو الذي يعتمد على الأجهزة الذكية والتكنولوجيات الحديثة لتحقيق الأهداف التعليمية بسهولة وفعالية ومرونة.

(1) David Moursund, Introduction to Information and communication Technology in Education, Oregon, 2005, P. 111.

(2) <http://www.albayan.ae/across-the-uae/government-summit/2015-02-08-1.2306358>

2- التعلم الذكي كعملية تعليمية تُتيح التعلم بفعالية وتشخيص لدعم المتعلم وتوجيهه حسب السياق والأهداف والوتيرة والخصائص.

3- التعلم الذكي هو التعلم الذي يستند إلى منهجية متكاملة لتوظيف التكنولوجيا المتطورة في إحداث تغيير إيجابي في منهجيات التعليم التقليدي، وخلق بيئة محفزة لبناء مهارات الإبداع والابتكار والمشاركة الاجتماعية وتنمية الثقافة الفكرية والتواصل الفعّال بين عناصر العملية التعليمية من المعلمين والإدارة وأولياء الأمور والمجتمع والتواصل الفعال بين الطلاب أنفسهم، بما يمكنهم من الاندماج بفعالية ضمن العالم الرقمي الذي يمثل أحد أبرز ملامح العصر الحالي.

من خلال تحليلنا لهذه التعريفات الثلاث -على سبيل المثال وليس الحصر- للتعلم الذكي، نلاحظ التركيز على دور التقنية كمسهل وداعم لعملية التدريس، وأن التعليم الذكي هو تعليم قائم على توظيف التكنولوجيا، إلا أنه يختلف عنها عموماً بالنظر لما يمكن أن تحدثه التقنية في المنهجية التقليدية للتعلم، وفي بيئات التعلم، وفي إتاحة التواصل الفعال بين مكونات العملية التعليمية بهدف إدماج الطلاب في عالم التقنية.

لا يبدو الأمر صعباً للتوصل إلى أن التقدم المذهل في الأجهزة التقنية والألواح الرقمية وأدوات العرض ووسائل التواصل الاجتماعي مثل الفيسبوك وتويتر وغيرها من الأدوات التقنية. يحتم علينا كجهات مسؤولة عن المنظومة التعليمية ان نواكب حاجات طلابنا ومهاراتهم سواء المكتسبة أو النابعة من الذكاء الذي يغذيه التقدم العلمية والتقنية الغير محدود والمتسارع كل ثانية⁽¹⁾.

(1) للتوسع في تناول البرامج للذكاء الاصطناعي من النواحي المختلفة لا سيما الاكاديمية والتعليمية راجع كتاب د. عبد البديع محمد سالم، تكنولوجيا الذكاء الاصطناعي، سلسلة الكتب العلمية المبسطة في المعلوماتية، اللجنة القومية لتجهيز المعلومات والجمعية المصرية للحاسب الآلي، القاهرة، 2001، ص 10 وما بعدها.

• ثانياً - أدوات التعلم الذكي ووظائفها:

يعتمد التعليم الذكي بشكل أساسي على أجهزة الكمبيوتر والألواح التفاعلية وأدوات العرض ووسائل التواصل الاجتماعي وغيرها من تكنولوجيات المعلومات والاتصالات بغرض:

- 1- تأمين الوصول بسهولة إلى المضمون التعليمي باستخدام ألواح التعليم التفاعلية الذكية لعرض المناهج الرقمية.
- 2- تأمين الوسائل التفاعلية للطلاب مع وسائط الاتصال والتقنيات الحديثة وإتاحة القدرة على التعلم والاكتشاف في البيئة المدرسية.
- 3- تأمين الدعم والتوجيه اللازمين من المعلمين لمتعلميهم من خلال إرسال وتقييم الواجبات إلكترونياً.
- 4- توفير فرص للطلاب بهدف الحصول على تجربة تعليمية غير تقليدية، والتي تشكل التقنية فيها دوراً مهماً كوسيلة لإشراك الطلاب في التخطيط للتعلم.
- 5- تسهيل عملية استخدام واستعانة المعلمين بالتقنيات المتطورة من أجل عرض دروسهم وتطوير علاقات مهنية مع غيرهم من المعلمين تساعدهم في الاستفادة من خبرات مختلفة.
- 6- تعزيز قدرة التواصل بين اضلع العملية التعليمية، التي تتمحور على تواصل الطلاب فيما بينهم من جهة أولى ومع معلمهم من جهة ثانية، وبين المعلمين وإداراتهم المدرسية من جهة ثالثة، وبين المدرسة وأولياء الأمور من جهة رابعة بطريقة سلسة وسهلة ودورية.
- 7- **الحساب الذهني UCMAS**: يُقصد به القيام بالعمليات الحسابية من الجمع والطرح والقسمة والضرب ولكن بواسطة الدماغ البشري، وبدون الحاجة إلى استخدام الآلة الحاسبة، ومن الملاحظ أن الطالب الذي لديه القدرة على عمل حساب ذهني يتمتع بثقة كبيرة بنفسه ومهاراته.

وإن الحساب الذهني يُعتبر من المهارات المهمة جداً للطلاب في مادة الرياضيات على وجه الخصوص، وهو يعزز ثقة الطلاب بأنفسهم، حين يستطيعون الإعتماد على أنفسهم، وعدم الإستعانة بالآلة الحاسبة، ومن أهميته أنه يُقوي الذاكرة لدى الطلاب ويُنمي قدرتهم على التفكير، ويعزز مهارات الفهم والتحليل عند الطلاب، ويقوي التركيز السمعي لديهم.

• ثالثاً- عوامل نجاح استراتيجية التعلم الذكي:

حددت أخصائية التعليم في شركة إنتل "سابين هوبر"، عدة عوامل يجب مراعاتها،

وهي:

- أ- "أهمية وجود رؤية واضحة لتطبيق استراتيجيات التحول الذكي بالتعاون مع جميع الأطراف المعنية، من مدراء، ومدرسين، ومناهج وتقييم وغيرها.
- ب- تحديد السياق التنفيذي والتطويري بدءاً من مراحل وآلية التنفيذ والمدة الزمنية وموضوع الاستدامة، والميزانية، والشراكات الاستراتيجية مع المؤسسات (5W 3H).
- ج- أن يكون الانتقال تدريجياً مع إضافة بعد جديد في كل مرحلة، وذلك لضمان فهم واستيعاب متبادل من قبل جميع الأطراف.
- د- أن تتم عملية التقييم بشكل صحيح من خلال تركيزها بشكل رئيسي على التحديات التي تعترض تبني استراتيجيات التحول الذكي.
- هـ- أن يتم توفير ورصد متطلبات استراتيجية التعلم الذكي المادية والبشرية من معلمين ومشرفين وفنيين وبرامج تدريبية وتأهيلية."

• رابعاً - متطلبات التعلم الذكي:

- أ- تحديث البنية التحتية للمدارس وتزويدها بالتقنيات المتقدمة من اللوح التفاعلية والكمبيوترات المحمولة التي تساهم في عرض المحتوى الإلكتروني بطرق مبتكرة وبمبسطة وشيقة.
- ب- تأمين شبكات تواصل عالية المستوى، تتسم في مضمونها بالمرونة، وفي أدواتها بالدقة والسرعة.
- ج- تطوير المناهج لتتواءم مع المناهج الإلكترونية، مع الأخذ بعين الاعتبار تقديم المحتوى العلمي التقني، الذي يتيح للطلاب فرص التعلم الحديث والمستمر الذي يوفر للطلاب فرصة استيعاب التقنيات الجديدة مثل أنظمة التصنيع الذكية وشبكات الاتصال ونظم استخدام الطاقة وغيرها.
- د- توفير الأدوات المتقدمة، لا سيما البرامج الإلكترونية التي تساهم في سرعة ودقة تقييم سير العملية التعليمية، ومراجعة الخطط والبرامج، والتحقق من مسارات التطوير، ومعدلات الإنجاز وفق البرمجة الزمنية المحددة، استناداً لمعايير متفق عليها.
- هـ- تفعيل وتطوير البرامج التدريبية المخصصة للمعلمين وتزويدهم بالأدوات الإلكترونية المناسبة لمساعدتهم على وضع برامج الدروس والامتحانات، وتوفير الامكانيات اللازمة لتبادل المعلومات والتواصل مع جميع أطراف العملية التعليمية من أساتذة وطلاب وأولياء الأمور... وذلك من خلال استخدام الشبكات الإلكترونية الحديثة والفائقة السرعة⁽¹⁾.

(1) د. اخلاص محمد عبد الحي، ما هو التعلم الذكي؟ ما هي عوامل نجاحه؟ وما هي متطلبات تطبيقه؟

تاريخ الدخول 2019/1/25, 2017, ما-هو-التعلم-الذكي/https://www.new-educ.com

♦ الفقرة الثالثة - مقترحات للعلاج:

- أولاً- إن الابتكار والإبداع في مجال التعليم يجب أن يكونا أحد العناصر الأساسية في عملية وضع السياسات، فضلاً عن تصميمها وتطبيقها.
- ثانياً- تعديل القوانين والأنظمة التي تعنى بالتعليم، وتنظم التعليم عن بعد لا سيما الجامعي منه.
- ثالثاً- تفعيل دور مادة المعلوماتية لتكون مدمجة مع جميع المواد وفق طموحات المناهج الجديدة.
- رابعاً- تدريس مناهج التوجيه الوظيفي بدءاً من الصف التاسع (عندما يكون التلاميذ قد بلغوا الرابعة عشر من عمرهم).
- خامساً- استخدام أدوات غير تقليدية في التعليم، كوسائل الإعلام، والتأكيد على دور المجتمع المدني في التعليم غير الرسمي.
- سادساً- ترسيخ المساءلة على كافة المستويات. فأى إصلاح حقيقي لا يمكن أن يحدث بدون ترسيخ ثقافة المساءلة في قلوب وعقول مديري المدارس والمدرسين وأولياء الأمور.
- سابعاً- متابعة وتقييم مختلف الإجراءات والتدابير، واستخدام تقييم الطلاب كوسيلة لمساءلة المدرسين ومديري المدارس.
- ثامناً- تحويل الازمات الى فرص، والعمل فوراً على تحقيق وانجاز الحوكمة الرقمية
الرشيدة E-Governance = E-Government + E-Democracy

○ الخاتمة

في ختام هذه الدراسة لا بد من وضع استراتيجية تعتمد في طرائق ووسائل العمل على التعليم الالكتروني، ولكن بالمقابل لا بد من أن تستقي أي استراتيجية منطلقاتها الأساسية من واقع التربية والتعليم والتراث وثقافة كل بلد، لا سيما من حيث الشراكة الوطيدة بين القطاعين العام والخاص في تأمين الخدمات التربوية والقيمة التفاضلية لكل بلد على

الصعيدين العربي والعالمي التي تكمن في رأس المال البشري وفي طاقاته المهنية والإبداعية، واصلاح التعليم الرسمي العام والعالي وتعزيز التعليم المهني والتقني وتطويره بما يلي ويلئم حاجات البلاد الإنمائية، وإعادة النظر في المناهج وتطويرها بما يعزز الانتماء والانصهار الوطنيين والانفتاح الروحي والثقافي⁽¹⁾. وهذه الاستراتيجية تتواءم مع التوصيات التي قدمها تقرير عن التنمية في العالم 2018 ثلاث توصيات بشأن السياسات التعليمية:

- أولاً- تقييم مستوى التعلّم بحيث يصبح هدفاً قابلاً للقياس.
 - ثانياً- جعل المدارس تعمل للتغذية والتحفيز في سن مبكرة لكي يبدأ الأطفال الدراسة وهم مستعدون للتعلّم. واستخدام وسائل تكنولوجية تساعد المعلمين على التدريس بطريقة تناسب مستوى الطالب، وتقوية الإدارة المدرسية بما في ذلك المديرين.
 - ثالثاً- حشد كل من له مصلحة في التعلّم، من خلال استخدام المعلومات والمقاييس لتعبئة المواطنين، وزيادة المساءلة، وخلق إرادة سياسية لإصلاح التعليم. وإشراك أصحاب المصلحة المباشرة، بما فيهم مجتمع الأعمال، في جميع مراحل إصلاح التعليم بدءاً من التصميم حتى التنفيذ⁽²⁾.
 - رابعاً- التركيز على الثورة المعرفية (اقتصاد المعرفة)⁽³⁾، حيث يتطلب مع اقتصاد المعرفة إعادة النظر في إنتاج المعرفة وقواعد فعالية وفاعلية جميع المخرجات، أهدافها وفي طريقة أدائها ووسائل عملها، وهذا بسبب تطور مفهوم اقتصاد المعرفة الذي يعتمد على إنتاج وتوزيع المعرفة الذي أساسه الرأسمال الفكري.
- وبالتالي أصبح من الضروري الأهتمام برأس المال البشري وصيانته عن طريق التعليم والتدريب والصحة والعناية به من أجل تنمية الأفراد والمجتمع ودفع البلاد نحو التقدم

⁽¹⁾ وزارة التربية والتعليم العالي في لبنان، خطة تطوّر التعلّم العام، جودة التعليم من أجل التنمية الإطار العام لاستراتيجية التربية والتعلّم (2010-2015)، بيروت، آذار 2010، ص 12.

⁽²⁾ www.un.org آخر دخول 2019/1/24.

⁽³⁾ Henri Jorda, Universités l'innovation l'enseignement et la recherche dans l'économie des connaissances, L'harmattan, paris, 2007, pp. 11-53

والازدهار. ففي ظل عصر المعلومات من الصعب تحقيق فإنه من الصعب تحقيق مزيد من التنمية الاقتصادية وتسريع وتائر النمو الاقتصادي دون الاهتمام برأس المال البشري كما تؤكد نظريات النمو الداخلي⁽¹⁾.

وأخيراً يجب أن نعمل جميعاً على:

- 1- تبادل المعارف والخبرات.
- 2- التشجيع على الابتكار.
- 3- الاستثمار في التعليم والتدريب.
- 4- إيجاد آليات تمويل وشراكات متنوعة من أجل تطوير حلول متكاملة لما تبقى من تحديات.

المعرفة، والمشاركة، والابتكار هم مفاتيح التعليم في الألفية الثالثة تبقى العبرة

بالتنفيذ.

(1) سالم حمد الفيكاوي، د. بلقاسم العباس، د. وليد من مولا، وآخرون، قياس معدلات العائد على دولة الكويت، دراسة مشتركة بين وزارة التربية الكويتية والمعهد العربي للتخطيط، الطبعة الثانية، 2017، ص 38.

دور القانون الناعم في القانون الدولي المعاصر

د. حسين أحمد العزّي

يوكب هذا البحث أبرز التطورات في القانون الدولي العام، حيث حظي القانون المرن أو القواعد الواردة بصياغة مرنة (Soft Law) بأهمية كبيرة⁽¹⁾، فهو يعدّ أحد الأدوات الجديدة التي يتسمّ بها القانون الدولي المعاصر، وذلك لأن القانون المرن يجسّد أبرز مخرجات الأنشطة التي تقوم بها الأطراف الفاعلة من غير الدول والمعروفة ب (Non State Actors).

فالبحت في هذا النوع من النصوص المرنة في القانون الدولي العام ذو أهمية خاصة، تتجلى في حداثة الموضوع وعدم تعرّض الفقه العربي له إلا على سبيل الإشارة الموجزة له في بعض المؤلفات التي تحدثت عن القانون الدولي العام سواءً أكانت قديمة أو حديثة أو معاصرة.

ولم يكن يسيراً على الفقه أن يركن إلى القول الفصل في تحديد هوية هذا القانون، وسرعان ما انقسم الرأي بشأنه، فمنهم من حجب عن نصوصه وصف الالتزام، في حين ذهب آخرون إلى أن تلك القواعد المرنة تحظى بالالتزام ولكن لا يمكن الاحتجاج بها أمام القضاء. وأي كان الأمر، فإنها تحظى باحترام الجماعة الدولية وتعكس رغباتها أو على أقل تقدير رغبة الأغلبية منها، وبالتالي لا يمكن إطلاقاً تجاهلها.

ولأغراض هذه الدراسة، فإننا سنعمد استعمال مصطلح "القانون الناعم" أو القانون المرن (Soft Law)، وذلك اقتضاءً بغالبية الفقه القانوني الذي تناول هذا الموضوع، وتأييداً

(1) "Soft Law" in English, "Weiches Völkerrecht" in German, and "droit mou, Droit vert, pré-droit, droit doux" in French.

للرأي الفقهي القائل بأنه قانون ناعم، وإلزاميته مشروطة بقبول الأطراف المطبقة له، وهذا لا يشدّ عن جوهر القانون الدولي العام بوصفه قانوناً توافقياً من حيث المبدأ. وعليه سنتناول في هذه الدراسة القانون الناعم "المرن" بصفته من سمات القانون الدولي المعاصر، عارضين لمفهومه القانوني ودوره الوظيفي وعلاقته ببقية مصادر القانون الدولي العام، وذلك وفقاً للتفصيل الآتي:

مبحث تمهيدي: مفهوم القانون الدولي المعاصر

المبحث الأول: مفهوم القانون الناعم وأشكاله

المبحث الثاني: وظيفة القانون الناعم في صناعة القانون الدولي المعاصر

○ مبحث تمهيدي: مفهوم القانون الدولي المعاصر

يتأثر القانون الدولي كغيره من القوانين بالمتغيرات الكبرى، ويمتاز في هذا السياق بمرونة الاستجابة للأحداث المعاصرة، فقد تخلّى عن طابعه التقليدي القائم على مبدأ السيادة الجامد بوصفه قانون تعايش بين مجموعة دول ليتحوّل الى قانون تعاون بين المكونات الدولية من دول وأطراف فاعلة من غير الدول. فالتداعيات التي أنتجتها العولمة بأبعادها كافة حثّت تمدّد القانون الدولي وتوسّعه الى مجالات جديدة كالتجارة الدولية والبيئة وحقوق الإنسان وغيرها، مع ما يستتبع ذلك التوسّع من إنشاء أجهزة ومؤسسات متخصصة وضرورية لمواكبة التطورات المستجدة على الساحة العالمية، وقد ترك هذا التمّد أسئلة كثيرة عند رجال القانون حول التوصيف القانوني للملائم للبنية القانونية بعد ترايد حجم الاتفاقيات الدولية وتعددها وانتشارها ما أصاب تلك البنية بظاهرة التجزؤ (1) Fragmentation.

فالقانون الدولي ليس مجرد تجميع لأحكام أو قواعد قانونية، إنه عملية مستمرة من التطور التدريجي والتحوّل الدائم لمجموعة من المؤسسات والتشريعات، الذي تمليه التغيرات

(1) غيرهارد هافنر، تقرير الأمم المتحدة، اللجنة السادسة للقانون الدولي، المخاطر الناشئة عن تجزؤ القانون الدولي، الدورة 55، سنة 2000، ص33.

الطارئة على المفاهيم المؤسّسة للقانون الدولي من مبادئ وقيم، كمبدأ السيادة ومركز الفرد في النظام القانوني الدولي وما رافقه من تحولات. هذه التحولات المدفوعة بالعمولة حيناً وبالمصالح أحياناً كثيرة، ساهمت في توسّع مجالات القانون الدولي وانتشار مؤسساته من أجل القيام بمهام حماية البشرية وضمان ازدهارها وتكريس حكم القانون.

فقد أثبت القانون الدولي جدارته كأبي قانون عصري وقدرته على مواكبة المتغيرات العالمية بما يتّسم هذا القانون بمرونة عالية في الاستجابة للتطورات، ومن أبرز تلك التطورات تحوّل القانون الدولي من قانون التعايش إلى قانون التعاون⁽¹⁾، مع ما يستتبع ذلك من ظهور لقواعد قانونية جديدة قادرة على تلبية الدور الوظيفي للقانون الدولي المعاصر.

فقانون التعايش وفقاً لتعريف أبي صعب⁽²⁾ هو نظام مبني على اجماع ناظم للعلاقات المتداخلة بين الدول، في حين أن قانون التعاون هو نظام قائم على مفهوم الجماعة الدولية بوصفه بناءً قانونياً عقلانياً، يعكس تفاهات متشاركة ومشتركة تجسّد شخصية المنظومة القانونية ومبادئها الأساسية الحاكمة للمجتمع.

ومن سمات القانون الدولي المعاصر أيضاً تعاضد دور الفاعلين من غير الدول في نطاق القانون الدولي. فمصطلح الجماعة الدولية يبدو أكثر مواكبة للتطورات الحاصلة في القانون الدولي العام، حيث يتلاءم مع النشاط الملفت لأطراف فاعلين على الصعيد الدولي من غير الدول، أو ما اصطلح على تسميتهم الفاعلين أو الأطراف الفاعلة من غير الدول (Non-State Actors).

(1) Pierre Marie Dupuy, "International law between co-existence, Cooperation and Globalization, General Conclusions", EJIL, N.9, 1998, P.278-286.

-Myres S. McDougal and W.Michael Reisman, "The Changing Structure of International Law, Unchanging Theory for Inquiry", Colombia Law Review, V.65, 1965, P.810-835.

(2) Georges Abi-Saab: Whither the International Community? European Journal of International Law 9 (1998). 248-265, p 250.

إن مصطلح الفاعلين من غير الدول، في الواقع هو مصطلح مفتوح إلى ما لا نهاية⁽¹⁾، فمعناه يعتمد على المجال الذي يستعمل فيه، فقد حاول الكثيرون تعريف مصطلح الأطراف الفاعلة من غير الدول وهذا المصطلح ذو مفهوم واسع يشتمل على جميع الفاعلين من غير الدول، فهو يتضمن الشركات المتعددة الجنسية أو غير الوطنية، والمنظمات غير الحكومية، ومنظمات المجتمع الدولي، وكذلك يمتد إلى المنظمات المتخصصة في الشؤون التجارية والمالية كمنظمة التجارة العالمية والبنك الدولي وصندوق النقد الدولي⁽²⁾.

وبالتالي فإن معظم مخرجات أنشطة هذه الأطراف تظهر في شكل قانون ناعم كالمبادئ التوجيهية أو الاسترشادية والاعلانات وخطط عمل وبرامج وما إلى ذلك من أشكال القواعد الدولية المرنة.

وعليه فإن القانون الدولي، وبلا شك دخل مرحلة جديدة، بحيث لم يعد يرهق نفسه في حقوق والتزامات مترابطة تقوم بين الدول فقط، ولكنه يدمج أيضاً المصالح المشتركة للجماعة الدولية بأكملها، التي لا تقتصر مكوناتها على الدول، بل تضم جميع الكائنات البشرية، وهو أكثر فأكثر بدأ بإظهار ملامح لا تتناسب مع البنية أو التركيبية الثنائية للقانون الدولي التقليدي، وبعبارة أخرى بدأ يشق طريقه ليصبح قانوناً دولياً حقيقياً⁽³⁾. وبالتالي يجب أن يوجه وظيفياً نحو هدفين: إرساء السلام بين الأمم وحماية حقوق الإنسان⁽⁴⁾.

اذن، القانون الدولي الحالي هو مجموعة من الأدوات المتداخلة الملزمة وغير الملزمة، فهو بهذا المفهوم الواسع للمكونات يستطيع فقط أن يستجيب للتطورات ومواكبتها قانونياً.

(1) Phillip Alston: The "Not-a-Cat" Sysdron: Can the International Human Rights Regime Accommodate Non -State Actors (Non- State Actors and Human Rights), Oxford University Press, Oxford, 2005, P. 5 (3-36).

(2) Manisuli Ssenyonjo: ibid. P. 108-109.

- Sigrun I. Skogly: the Human Rights Obligations of the World Bank and the International Monetary Fund, Cavendish Pub, Limited, London, 2001, P. 93- 108.

(3) Benedick Kings and Megan Donaldson: From Bilateralism to Publicness in International law, (From Bilateralism to Community Interest in International law); P. 81, (79-112).

(4) Hersh Lauterpacht: The Grotian Tradition in International law: British Yearbook of International law, 1946, N. 23, V.1, P. 51.

وهذا التفاعل بين الأدوات القانونية كافة، أثار نقاشاً حول مدى تمسك القانون الدولي أو تجزئته⁽¹⁾.

ويتمس القانون الدولي التقليدي ببطء تطوره، حتى بات مقصراً في مواكبة التطورات المعاصرة المتسارعة، مما دفع أشخاص الجماعة الدولية إلى اللجوء نحو قانون غير ملزم نظراً لقبوله الجامع من الأطراف، طالما انه لا يرتب التزامات مباشرة وفورية على المعنيين، وكذلك توفر القدرة الذاتية لهذا القانون المرن إلى أن يتحول إلى قاعدة ملزمة وفقاً للحاجة العملية التي تفرضها التطورات المعاصرة والمستقبلية في المجتمع الدولي على الصعيد كافة. فالقانون الدولي، القائم من حيث المبدأ على رضا الدول باعتباره منظومة توافقية⁽²⁾، يفترق الى وجود مشرع مركزي يستطيع أن يتجاوز إرادة الدول المعارضة، ولكن التأثير في تغيير تصرفات الدول المعارضة يبقى ممكناً من خلال القانون الناعم. فالقانون الدولي يسمح باستعمال الضغط السياسي على الدول بهدف تعديل وجهة نظرهم أو ادخال تعديلات على ممارساتها، ودون أن يطلب منها الانسجام مع قانون لم يقبلوا به. فالتزامات الصكوك المرنة أدخلت بدقة لتعكس إرادة الجماعة الدولية في حل المشاكل العالمية الضاغطة⁽³⁾، على الرغم من وجود دولة معترضة أو أكثر مسؤولين عن تقادم المشكلة، وبذلك يتم التجاوز عن العائق الذي يخلقه غياب موافقتهم على الالتزام بمعيار قانوني صارم.

كما يبدو أن القانون الناعم ظاهرة قانونية واجهت سوء فهم مستمر على المستوى القانوني، كما تم، في احياناً كثيرة، تجاهل دورها كعنصر هام في صناعة القانون الدولي الحديث، ولاسيما على مستوى الإعلانات أو قرارات الجمعية العامة مقارنة بالوضوح المسيطر على علاقة الاتفاقية بالعرف. فإن العلاقات بين القانون الناعم وسائر مصادر

(1) Alan Boyle & Christine Chinkin, The Making of International Law Law- Making Instruments Oxford University Press, New York, 2007, P. 210.

(2) David Armstrong: Handbook of International Law, Routledge Press, New York, 2008, P. 68.

(3) Andreas Paulus, International law and international community, Handbook of International Law, Ibid, P.46.

القانون الدولي ما زالت بحاجة الى بحث معمق نظراً لأهميتها في فهم التحولات الطارئة على القانون الدولي المعاصر والتي لا تقل أهمية عن العلاقة بين المصادر التقليدية⁽¹⁾. ولربما من أهم النقاط التي ينبغي بحثها هي الاختلاف الفقهي الحاد بشأن تعريف القانون الناعم⁽²⁾ ودوره في صناعة القانون الدولي المعاصر سواءً على مستوى تكوّن العرف أو الاتفاقية. ومن غير المفيد الاكتفاء بالقول، بأن القانون الناعم ليس قانوناً وفقاً للمفهوم التقليدي للقانون. فأساتذة القانون الدولي وإن اختلفوا على توصيفه بالقانون أو ب "لا القانون"، إلا أن معظمهم لا ينكر دوره في صناعة القواعد القانونية، فالقانون الناعم اليوم لن يبقى كذلك، بل غالباً ما يصبح قانوناً صارماً حسبما تقتضي التطورات المستجدة. ومن هذا المنطلق نجد أن دور القانون الناعم في صناعة القانون الدولي المعاصر مؤثر بشكل مباشر ولا يحتاج الى تبرير⁽³⁾.

ويتفق معظم الفقهاء على أن القانون الدولي بغالبية يشكل منظومة توافقية (اتفاقية) من القواعد التي تقبل بها الدول وترضى الخضوع لإحكامها في مجالات ينظمها ذلك القانون⁽⁴⁾. إذن، هو قانون من صنع الدول ووفقاً لإجراءات معينة يمكن وصفها على أنها عملية تشريعية. وهذه الآلية الاجرائية متعارف عليها باعتبارها الطريق الطبيعي والمناسب لوضع قواعد قانونية ملزمة ومنتجة للالتزامات الدولية.

فمصادر القانون الدولي على الأقل ولغرض حل النزاعات الناشئة بين الدول حددتها المادة (38) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية⁽⁵⁾، حيث وجهت هذه المادة المحاكم

(1) Alan Boyle & Christine Chinkin, The Making of International Law, Ibid, P. 211.

(2) Stephanie Lagoutte, & others, Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights, Oxford University Press, U.K, 2016, P. 15.

(3) Alan Boyle & Christine Chinkin, The Making of International Law Law, P. 212.

(4) Dinah Shelton: **Soft Law**, Handbook of International Law, Routledge Press, 2008, P.66.

(5) المادة 38

1. وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن:

(أ) الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفاً بها صراحة من جانب الدول المتنازعة،

(ب) العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال،

(ج) مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدنة،

نحو آلية اعتماد المصادر القانونية الواجبة التطبيق في القضايا المعروضة أمامها، وذلك باتباع الاتفاقيات ومن ثم العرف الدولي⁽¹⁾.

وبمقابل هذه المصادر التقليدية للقانون الدولي، والتي تضمنتها المادة (38)، فقد دلت ممارسة الدول في العقود الأخيرين على أنه وبشكل متزايد، تم وضع نصوص صكوك معيارية في شكل أدوات سياسية غير ملزمة، ومنها الإعلانات والقرارات وخطط البرامج العمل، حيث أعلنت الدول في مناسبات كثيرة على نيتها واستعدادها للامتثال لهذه الأدوات. ويطلق الشارحون على هذه الأدوات مسمى "القانون الناعم" (SOFT LAW)، حيث يثار النقاش حول ما إذا كانت الممارسة في اعتماد هذه الأدوات تشكل دليلاً على ظهور أداة جديدة من أدوات صناعة القانون الدولي⁽²⁾. فالقول تدرك بوضوح أن هذا القانون الناعم هو نصوص تعبر عن التزامات سياسية قد تؤدي الى وجود قانون، إلا أنها ليست بقانون⁽³⁾، ولكنه في الوقت عينه يرتب نتائج سياسية.

فالقانون الناعم مفيد أيضاً في معالجة مواضيع جديدة تتطلب استعمال وسائل خلاقة ولاسيما من قبل الفاعلين من غير الدول (NSA & IO)، وهم ليسوا أعضاء في معاهدات، أو غير منخرطين في تكوين العرف الدولي⁽⁴⁾. فتزايد استعمال دليل التعليمات أو التصرفات code of conduct وغيره من صور القانون الناعم يعكس تطوره في مجالات عدة، فعلى سبيل المثال الحوكمة⁵ ومعايير المسؤوليات عن اعمال الشركات عبر الوطنية وغيرها من

(د) أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم، ويعتبر هذا أو ذاك مصدراً احتياطياً لقواعد القانون وذلك مع مراعاة أحكام المادة 59.

2. لا يترتب على النص المتقدم ذكره أي إخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل في القضية وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك.

(1) المبادئ العامة للقانون هي قليلة الاستعمال بوصفها مصدراً ثالثاً للقانون الدولي، بالإضافة الى القرارات القضائية أو آراء الفقهاء المعروفين، والتي تستخدم من حين الى آخر كدليل على وجود معيار قانوني معين.

(2) José Alvares: *International Organizations as Law- Makers*, Oxford University Press, New York, 2006, P. 36.

(3) Dinah Shelton: *Soft Law*, Handbook of International Law, Routledge Press, 2008, P.

(4) Cecilia M. Bailliet, *Non –States Actors, Soft Law, and Protective Regimes (From the Margins)*, Cambridge University Press, U.K., 2012, P.120.

(5) Remi Clavet & others, "Governance, International Law and Corporate Responsibility", ILO, International Institute for Labour Studies, 116, Geneva, 2008.

مؤسسات الاعمال للعام 2003، أما فيما يتعلق بحقوق الانسان اعتمدت من قبل اللجنة الفرعية للأمم المتحدة الخاصة بتعزيز وحماية حقوق الانسان، وبالتالي اختصرت الوضع بعبارتها التالية: تؤكد اللجنة الفرعية على أن المعايير ليست ارادية بالكامل، ولكنها بدلاً عن ذلك تزود الشركات بدليل تصرفات نافذ⁽¹⁾.

وقد توسع انتشار القانون الناعم الى أبعد من القانون الدولي التقليدي، حيث جرى التفاوض بشأن بعض الصكوك المرنة واعتمدت بغالبيتها من قبل الفاعلين من غير الدول مؤسّسة لنوع جديد من الحوكمة الخاصة⁽²⁾، كما هو الحال بالنسبة الى مبادرة الإبلاغ العالمية: the global reporting initiative وهي مبادرة استنها منظمات غير حكومية مع الشركات بهدف التحالف من اجل استجابة الاقتصاديات للشواغل البيئية. Coalition for environmentally responsive economics، وكذلك مبادرة الشفافية الدولية في الصناعات الاستخراجية (EITI) وأيضاً منتدى الاستقرار المالي ومجموعات الضغط المالية كمجموعة العشرين التي تعمل على وضع دليل تصرف ونماذج بهدف توحيد الإجراءات المالية في المصارف لتشكل دليلاً لتوحيد النظم القانونية المحلية⁽³⁾.

فالتمييز بين ما هو قانون بالمفهوم الضيق للقانون وبين ما هو ليس كذلك، غير واضح ولا يتوقع ان يكون سهلاً، ولا سيما أن القواعد المرنة في بعض الحالات تثبت فعاليتها لناحية التزام الأطراف الدولية بها، كما هو حال القانون في معالجة بعض المشاكل الدولية في مجالات التجارة والاعمال والشواغل البيئية وحقوق الانسان⁽⁴⁾. وعلاوة على ذلك، فإن قواعد القانون الناعم قابلة لان تصبح أكثر الزامية وجدية، وخاصة أنها وبشكل متكرر تتحوّل الى اتفاقيات لاحقة أو تصبح قانوناً دولياً عرفياً، وذلك نتيجة لممارسات الدول المستمرة. وعلى الصعيد الوطني تتضمن هذه القواعد أدوات غير ملزمة يمكن أن توفر

(1) D.Shelton, **Soft Law**, Handbook of International Law, Routledge Press, 2008, P.68.

(2) Chris Brummer, **Soft Law and the Global Financial Systems**, Rule Making in the 21st Century, Cambridge University Press, Newyork, 2015 , P.69.

(3) John Kirton, M. Iarionova, P. Savona, **Makin Global Economic Governance Effective**, Hard and Soft Law Institutions in a Crowded World, Ashgate Pub. Limited, U.K., 2010,P.235.

(4) Stephanie Lagoutte, & others, **Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights**, op.cit, P. 16.

نموذجاً MODEL للتشريع الوطني، وبالتالي تصبح ملزمة قانوناً على الصعيد الداخلي، في حين تبقى غير ملزمة دولياً⁽¹⁾.

وبعد بيان، التطور المفاهيمي للقانون الدولي المعاصر وما رافقه من تطور في وظيفته الحمائية والناظمة للمجالات المستجدة والمتسارعة في التقدم على الصعيد الدولي، ولأهداف اكتمال الدراسة على نحو ممنهج وأكاديمي، سنعرض فيما يلي ما تبقى من مباحث.

○ المبحث الأول: مفهوم القانون الناعم وأشكاله

تتجلى أبرز تحديات هذه الدراسة في تحديد المفهوم القانوني للقانون الناعم، وذلك عبر التعريف به وتمييزه عما يتشابهه معه، فضلاً عن الإحاطة بأبرز صورته، لذلك سنعرض لهذه التحديات في مطلبين أساسيين وهما:

مطلب أول: التعريف بالقانون الناعم

مطلب ثان: صور القانون الناعم

◆ مطلب أول: التعريف بالقانون الناعم

القانون هو أحد الأدوات المعتمدة في إيجاد حلول للمشاكل التي يواجهها أي مجتمع ولكنه ليس الأداة الوحيدة، فالمجتمعات تناضل من أجل حفظ النظام وحل الخلافات. فحفظ النظام والقيم الاجتماعية يمكن أن يتحقق أيضاً من خلال أدوات ناعمة اجتماعية كالعقوبات المعنوية الأخلاقية حصراً، ومنها العزل والحرمان من المنافع والتي تفرض بواسطة القانون الناعم باعتباره ظاهرة اجتماعية⁽²⁾.

ومن منظور الحوكمة، القانون هو شكل من أشكال التحكم أو السيطرة الاجتماعية، ولكن مع توفر المتطلبات الأساسية للسلوك المستندة الى الاخلاق والمجاملة واللياقات،

(1) Dinah Shelton: Soft Law, op.cit, 2008, P.68.

(2) Cecilia M. Bailliet, Non –States Actors, Soft Law, and Protective Regimes, op.cit, P. 220.

علاوة على العرف الاجتماعي الذي يعكس قيم المجتمع. كل ذلك يشكل جزءاً من الحوار الاجتماعي والامتثال لتلك القواعد مع توقع معاقبة المنتهكين⁽¹⁾.

ولربما يُشكل القانون بمعناه الضيق، في يومنا هذا، الاستجابة السائدة والمتعارف عليها للمشاكل الاجتماعية، حيث يعكس الحاجات الحالية والقيم الحاضرة للمجتمع، ويوفّر الأسس الضرورية وغالباً غير الكافية لتنظيم التصرفات. فلغة القانون وخاصة المكتوبة هي أكثر دقة من حيث تحقيق التطلعات لان تدوينها يحضّ على الامتثال انطلاقاً من طبيعتها المكتوبة. فالقانون يدرك ويلاحظ بوصفه مشروعاً ومنصفاً كلما كان ملموساً بشكل مادي.

لا شك إن محاولة اعطاء تعريف للقانون الناعم في القانون الدولي العام لن تكون يسيرة، إذ أن معظم التعاريف التي سبقت سابقاً ركزت على جانب الالتزام من جهة (أي المضمون) أو ركزت على التسمية أو المصطلح (أي الشكل) الذي يطلق على تلك القواعد، في حين ذهب آخرون⁽²⁾ الى تبني رأياً ثالثاً وسطياً، على ما سنراه لاحقاً.

وتعود أولى الكتابات الفقهية بشأن قواعد القانون المرن في القانون الدولي العام تعود إلى القاضي باكستر (Baxter) الذي كشف عنها في العام 1980، حيث عرّفها بأنها " مجموعة من القواعد التي لا تفرض التزاماً حقيقياً على أطرافها"⁽³⁾. وبعد ذلك بذل الفقه عدة محاولات لتصنيف التصرفات التي تتدرج ضمن القانون الناعم، برز منها ما نشره الفقيه "مايكل اسمان" في مجلة القانون الدولي تحت عنوان "اتفاقيات الجنتلمان"، والفقيه "مايكل فيرلاي" في مقاله المعنون بالتميز بين النصوص الدولية ذات المضمون القانوني والنصوص الدولية المجردة من المضمون القانوني⁽⁴⁾.

(1) Dinah Shelton: **Soft Law**, op.cit, 2008, P.65

(2) Pierre Marie Dupuy , **Soft Law and The International Law of The Environment** Michigan Journal of International Law, V.12 , 1991. He said” Soft Law is a trouble maker, because it is either not yet or not only Law”.

(3) R. Baxter , **Huague Recuei** , Frist edition ,Oxford , 1980.

(4) Hartmut Hillgenberg: **A fresh look at Soft law**; EJIL, No.10, 1999,P.500.

ويستعمل قسم من الفقه مصطلح (LAW – MAKING) بدلاً من (SOFT LAW) ويعرفونه بأنه "مجموعة من القواعد العامة تحكم تصرفات الأطراف في المستقبل في اطار نصوص قانونية مقترحة"⁽¹⁾.

وعلى العموم انقسمت الآراء الفقهية في تعريفها للقانون الناعم إلى فئات متعددة، وذلك انطلاقاً من المدارس الفكرية القانونية التي ينتمون إليها، ولاسيما المدرسة الوضعية أو المذهب الاجتماعي أو المدرسة البنائية وغيرها⁽²⁾. فمنهم من أنكر صفة القانون عن "الصكوك الناعمة" واعتبرها مجرد سياسات أو قواعد مجردة من الالتزام، بينما اعتبرها الآخرون انها تستحق، نظراً لأهميتها ودورها صفة القانون، وأطلقوا عليها اسم القانون الناعم أو المرن⁽³⁾.

ومن أبرز الآراء التي رفضت وصف " القانون الناعم " بأنه قانون رأي "دينا شلتون"، والتي ذهبت الى أن "القانون الناعم هو نوع من القاعدة المعيارية الاجتماعية (Social Norm) أكثر منه قاعدة قانونية"⁽⁴⁾، حيث يطلق هذا المصطلح غالباً على الأدوات والصكوك الدولية المكتوبة من غير الاتفاقيات، والتي تتضمن المبادئ والمعايير، أو أي مستند خطي ينظم بموجبه سلوكاً معيناً. ويعتقد هذا التيار الفقهي أن القانون الناعم يعبر عن أرجحية أو أفضلية وليس عن التزام على الدول واجب التقيد به. فهذه الأفضلية المعبر عنها في اتباع سلوك معين تهدف الى تحقيق التعاون الوظيفي بين الدول للوصول الى الأهداف الدولية الكبرى⁽⁵⁾.

(1) Alan Boyle and christine Chinkin; The Making of International law, Oxford Univ. press, NewYork, 2007, P. 210- 211.

(2) Tiago de Melo Cartaxo, Theories of Legal Sources and Soft Law, or the Unbearable Lightness of Ought, Nova Unv. Lisbon, 2017, P.16-17.

(3) Gregory Shaffer & Mark A. Pollack, Hard and Soft Law: What Have We Learned? SSRN, Research Paper, University of Minnesota Law School, 2012.P. 3.

حيث ذهب أصحاب المدرسة الوضعية الى أن أساس التمييز هو أن الصك ملزم أو غير ملزم، لأن القانون لا يمكن الا أن يكون ملزماً. بينما ركز مؤيدو المدرسة البنائية على تأثير الصك القانوني وليس على شكله، بينما اختار فريق آخر موقفاً وسطياً مستندين على فكرة تعدد مستويات الالتزام في القانون الدولي.

(4) P.M. Dupuy , Soft Law and The International Law of The Environmental Michigan Journal of International Law,V.12 , 1991 P. 420.

(5) Dinah Shelton: Soft Law, Handbook of International Law, Routledge Press, 2008, P.

وتعتقد " Shelton " أنه من الخطأ في التسمية إطلاق اسم القانون على أداة غير ملزمة، سواء كان ناعماً أو صارماً، ومع ذلك الكثير من الفقهاء يفعلون ذلك لأسباب تتعلق بالملاءمة والسهولة، فهذا المصطلح يستعمل كمرادف للنص المعياري الوارد في صك ليس ملزماً من الناحية القانونية⁽¹⁾. فالقانون برأيها مصطلح يحتل طيفاً أوسع من المصادر المذكورة في المادة (38) من نظام محكمة العدل الدولية.

ويتفق قسم من الفقه مع رأي "Dinah Shelton" لجهة أن القانون الناعم ليس قانوناً بالمفهوم الضيق لمصطلح قانون، ومن هؤلاء البروفسور ويل "Weil" الذي يعتقد أن "ما يصفه الفقهاء بالقانون الناعم بأنه ليس قانوناً ناعماً أو ملزماً، ببساطة انه ليس قانوناً على الاطلاق، وببساطة أكثر انه ليس مجرد سياسات فقط⁽²⁾". ويدعم هذا الرأي كل من "Klabbers"⁽³⁾ "Cerone" إذ يعتقدان أن القانون الناعم ليس قانوناً بمعناه الضيق من منظور النظرية الوضعية التي تصنف القواعد استناداً لمصدرها وليس لمضمونها⁽⁴⁾.

ويميل الدكتور حامد سلطان وبعض فقهاء القانون الدولي العام إلى استبعاد نصوص القانون المرن من قواعد القانون الدولي العام، لأن المشرع في القانون الدولي هو نفسه المخاطب بالأحكام التي يضعها ويترتب على ذلك نتيجة حتمية هي استبعاد تقسيم القواعد الدولية إلى قواعد آمرة واخرى مرخصة⁽⁵⁾.

بينما وجد بعض الفقه أن الصكوك الناعمة هي قانون ناعم، ولكنه يتمتع بقوة الإلزامية محدودة وليست مباشرة وفورية على غرار القانون الصارم. ومن أبرز هؤلاء "غوزمان" الذي

(1) Dinah Shelton: Soft Law, Handbook of International Law, Routledge Press, 2008, P.68.

(2) Gregory Shaffer & Mark A. Pollack, Hard and Soft Law: What Have We Learned? SSRN, Research Paper, University of Minnesota Law School, 2012, P.3.

(3) Jan Klabbers, Reflections on Soft International Law in a Privatized World, Finnish year book of International Law, 16, 2005. P. 313

(4) John Cerone, A Taxonomy of Soft Law, Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights, P. 16.

(5) حامد سلطان ود. عائشة راتب ود. صلاح الدين عامر، القانون الدولي العام، ط 3 دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.

عرّفه بأنه "على نحو عام هو النص الذي يتضمن توصيات ومواضع، أكثر مما يتضمن التزامات ملزمة قانوناً"⁽¹⁾.

ويطرح هذا التعريف تحديين: الأول وهو كيفية ترسيم الحدود بين الناعم والصارم. وهذا أمر ما زال غامضاً ومعقداً لجهة التمييز بين الناعم وغياب أي التزام، على سبيل المثال إذا القى مسؤول ما خطاباً، فهل هو قانون ناعم أو مجرد سياسات؟، فعلى سبيل المثال المعاهدة الثانية الاستراتيجية لتقييد التسلح المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفياتي السابق في العام 1979، والتي لم تبرمها الولايات المتحدة الأمريكية ولكن ريغان قرّر الالتزام الطوعي بها لطالما الروس ملتزمين بها. فهي قانون ناعم إذا أنشئت بغرض تحويلها عن قصد الى صك ملزم قانوناً.

ومن وجهة نظر الاستاذين "Guzman و Meyer" القانون الناعم يمكن أن يُفهم بشكل أفضل على انه "طيف من الاستمرارية المتدرّجة أو الطيف الذي يتراوح بين المعاهدات الملزمة والأوضاع السياسية البحتة". فالنظر اليه من هذه الزاوية، يجعل منه شيئاً متوازياً مع التزام الدولة، فكلما زاد الالتزام ازداد أهمية، ويستمران معاً لحين الاختفاء سوياً⁽²⁾.

التحدي الثاني: يكمن في تحديد نطاق القانون الناعم؟ فأى شيء يمكن وصفه بما يشبه القانون "Law – Like" يمكن تصنيفه بأنه قانون ناعم، وهذا يشمل أيضاً المستندات المكتوبة والموقعة من قبل ممثلي الدول، ولكنها لسبب ما لم تستوف جميع الشروط القانونية والاجرائية حتى تتحول الى معاهدة. ويشمل أيضاً الوعود الدبلوماسية المتبادلة بشكل غير رسمي، وآليات التصويت في المنظمات الدولية، وقرارات المحاكم الدولية وغيرها.

وكانت القاضي "روزالين هيغينز" قد ألمحت الى دور القانون الناعم بمعرض وصفها عملية التأثير على الدول إذ اعتبرت أن "المرور أو المسار الخاص بالقرارات الملزمة الصادرة عن الأجهزة الدولية ليست الطريق الوحيد لحدوث تطورات في القانون الدولي،

(1) Andrew Guzman & Timothy L. Meyer, International Soft Law, No. 2 J. legal analysis, 171, 2010,P.5.

(2) Andrew T.Guzman & Timothy L. Meyer, International Soft Law, P.5.

فالتائج القانونية يمكن أن تصدر عن تصرفات ليست ملزمة وفقاً للمفهوم الضيق والرسمي للالتزام⁽¹⁾.

كما اعتبر "ماير" بأنه "مجموع القواعد غير الملزمة أو الأدوات التي تفسر أو تشير الى فهمنا للقواعد القانونية الملزمة أو تلك التي تجسد الوعود التي تنبئ بالتصرفات المستقبلية.⁽²⁾ بينما أقرّ السيد "الفاريز" بصفة القانون للصكوك غير الملزمة والتي هي نتاج المنظمات الدولية، معتبراً أن القانون الناعم ليس مجرد قانون لمرحلة انتقالية⁽³⁾. وفي رأي مشابه، يرى "Cerone" أن طيف القانون الناعم هو ذلك الطيف الذي يبدأ في لحظة نشوء القاعدة الملزمة واكتسابها القبول العام، ويستمر الطيف بالظهور لحين تبلورها في صفة قاعدة ملزمة بمفهوم المادة (38) من نظام محكمة العدل الدولية⁽⁴⁾. بينما يعتقد آخرون بأن القانون الناعم هو قانون ولكنه خارج المصادر التي حددتها المادة (38)⁽⁵⁾. كما تقرّد الدكتور صلاح الدين عامر برأيه القائل "إن مصادر القانون الدولي العام المعاصر تتمتع بمستويين أساسيين من الإلزام بالنسبة للمخاطبين بالقاعدة القانونية، وهما القاعدة القانونية الملزمة والتي تساهم مباشرة في صناعة القانون الدولي العام، وتشكل ما يعرف بالقانون الملزم (Hard Law) للأطراف المخاطبين به، وأما في المستوى الثاني فنجد ما بات متعارفاً عليه في الفقه المعاصر بالقانون المرن (Soft Law)، والذي يتميز بصفته غير الملزمة للأطراف المخاطبين به⁽⁶⁾.

(1) Rosalyn Higgins, Problem and Progress, International law and How to Use it, Oxford Uni. Press, 1995, P.25.

(2) Andrew, Andrew T.Guzman & Timothy L. Meyer, International Soft Law, P.6.

(3) José Alvares: International Organizations as Law- Makers, Oxford University Press, New York, 2006, P.259.

(4) John Cerone, A Taxonomy of Soft Law ,Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights, P. 18

(5) Isabelle Duplessis, Soft law International Labour Law, The Preferred Method of Regulation in a Decentralized Society, " Governance, International Law and Corporate Responsibility, ILO, International Institute for Labour Studies, 116, Geneve, 2008, P. 18.

(6) John F. Murphy: the Evolving Dimensions of International Law; Hard choices for the world Community, Cambridge Univ, Press; NewYork, 2010, P. 20-21.

- صلاح الدين عامر: مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 120.
Martti Koskenneimi: Sources of International law, Ashgate Pub. Limited, England, 2000.

لا شك أن من أبرز أوجه الصراع في موضوع القانون الناعم تتجلى في التنازع بين التمسك بالشكل الجامد لصناعة القاعدة القانونية على مستوى القانون الدولي وبين التمسك بمضمون تلك القاعدة وما يمكن أن تنتج من آثار قانونية، وعليه ذهب بعض الفقه الى القول بأن " القانون الناعم وإن لم يكن قانوناً فهو حتماً ينتج آثاراً قانونية"⁽¹⁾.

لذا ركّز بعض الفقه على المعيار المميز بين القانون الصارم والقانون الناعم، فمنهم من استند الى شكل الصك، بينما اعتمد آخرون على المضمون، وفريق آخر استند الى فكرة الالتزام⁽²⁾، بمعنى أن المعاهدات (Treaties) يمكن أن تتميز عن الأدوات غير الملزمة باستعمال لغة مميزة، خصوصاً أن المعاهدات تتضمن بنوداً بشأن التصديق أو دخول حيز النفاذ، ولكن التمييز بين تلك الأدوات يزداد صعوبة من حيث التحديد والتعريف. ففي بعض الحالات، تعبر الدول عن تحفظات على جزء من الإعلان كما فعلت الولايات المتحدة لحق التنمية في اعلان "ريو دي جينيرو" للبيئة والتنمية⁽³⁾. بينما حملت المبادئ التوجيهية الأمم المتحدة بشأن النزوح الداخلي⁽⁴⁾، عنواناً يدلّ على أن المضمون هو أداة غير ملزمة، ولكن نصت مقدمتها على لزوم الانسجام مع حقوق الانسان الدولية والقانون الدولي الإنساني، و"تحدد حقوقاً و ضمانات". واستناداً لتلك المبادئ التوجيهية فقد اعتمدت معاهدة الاتحاد الأفريقي بشأن حماية ومساعدة النازحين داخلياً وأصبحت نافذة في العام 2012، حيث احتوت آليات ل حلول دائمة للنازحين، وبالتالي شكلت هذه المعاهدة نقلة نوعية من الناعم الى القانون الملزم. ويستنتج مما تقدّم أن العبرة ليست بالشكل، ولكن الشكل يعطي مؤشراً ولكنه ليس حاسماً بحد ذاته.

فلغة مقدمة تلك المبادئ تبدو وكأنها ترجع الى المعاهدة والى القانون العرفي، علماً أنها تتضمن واقعاً ثلاثة أنواع من المعايير (Norms)⁽⁵⁾:

(1) Stephanie Lagoutte, & others, Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights, op.cit, P. 24.

(2) Chris Brummer, Soft Law and the Global Financial Systems, op. cit, P. 180.

(3) A/CONF.151/26 (vol.1)(1992). Rio Declaration.

(4) Stephanie Lagoutte, & others, Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights, op.cit. P.163. UN High Commission for Refugees, 22 July 1998.

(5) Dinah Shelton: Soft Law, Handbook of International Law, Routledge Press, 2008, P.70.

1- المعايير التي تكرر القواعد القانونية الملزمة والمذكورة بموجب اتفاقية أو القانون الدولي العرفي.

2- المعايير التي تتضمن تطبيقاً جديداً لقواعد قانونية عمومية موجودة مع إضافة مضمون جوهرى لها.

3- المعايير التي تشمل مبادئ جديدة كلياً وجدت بالتمائل مع معايير موجودة. ويمكن أن تجري الكثير من المفارقات أو المقارنات المماثلة لمعايير تتضمنها أدوات قانونية غير ملزمة.

كما تؤثر اللغة المعتمدة، في صياغة تلك الصكوك (الإعلان العالمي، قرارات لجنة حقوق الانسان، قرارات محكمة العدل الدولية، مقررات بازل، الوثيقة النهائية لهلنسي، على سلوك الدول بسبب الطابع الشبه الزامي Quasi- Legal⁽¹⁾. ولكن القول بهذه الصفة يطرح تساؤلات جدلية حول ما هو الخط الفاصل بين القانوني وشبه القانوني، فعدم الانسجام الفقهي بين الفقهاء وبين جذور القانون الناعم يعود بأصله الى الغموض الذي يكتنف جذور القانون الناعم، فهو فئة تكميلية residual تعرّف بالمقارنة مع غيرها من الفئات القانونية الاوضح منها ولا تستعمل بمفردها⁽²⁾.

لذا نرى أنه لإيضاح غموض المعيار الذي يفصل بين ما هو صارم وبين ما هو ناعم، لا يمكن الركون الى الشكل بمفرده أو الاكتفاء بالتدقيق في المضمون، فكلاهما يمكن ان يتضمنا مؤشرات تتكامل فيما بينها وتساعد على تصنيف طبيعة الصك المكتوب. ويؤكد جانب من الفقه على أن القضية الجوهرية التي يستند اليها القانون الناعم هي التمييز بين القواعد التي تتضمن التزامات واضحة ومحددة وتشكل قانون صارم (HARD LAW) كالقاعدة التي تنص على أنه "لا يمكن لأي دولة أن تباشر سيادتها على أي جزء من اعالي البحار من جهة، وبين المبادئ (PRINCIPIES) والمعايير (NORMS) التي تصاغ بصيغ عامة في محتواها ولفظها والتي يمكن أن تُسمى قانون مرّن.

(1) José E. Alvarez: International Organization law- Makers, Oxford, Univ. Press, U.S.A, 2005. P.458.

(2) Andrew T.Guzman & Timothy L. Meyer, International Soft Law,op.cit, P.4.

لذلك فانعدام الالتزام الرسمي والعمومية والغموض والابهام هو الذي اخرجها من دائرة القانون الصارم، وفي هذا السياق فقد أعطت اتفاقية الإطار المناخي لسنة 1992 نموذجاً يدعم هذه الوجهة، حيث تمّ تبنيتها بالاتفاق في مؤتمر "ريو" اذا فرضت هذه الاتفاقية بعض الالتزامات على اطرافها ولكن المواد التي تشكّل صلب الاتفاقية تعاملت مع الإجراءات والترتيبات المتعلقة بالحد من الانبعاثات بشكل حذر يكتنفه الغموض والضعف والحذر، إذ لا توحى أبداً بأنها بصدد ترتيب التزامات محددة وحقيقية على الدول الأطراف فيها.

ومن العلامات المميزة بين القانون والمعايير غير الملزمة هو خلق أجهزة اشرافية لمتابعة الامتثال لبعض الأدوات غير الملزمة، وعلى سبيل المثال لجنة الأمم المتحدة للتنمية المستدامة، تشرف على تطبيق برنامج القرن 21، وخطّة العمل المعتمدة في العام 1992 الناتجة عن مؤتمر ريو للبيئة والتنمية. في بعض الحالات الأخرى طلبت بعض الدول اصدار تقارير عن مدى الامتثال للإعلانات وبرامج العمل.

وقد ميّز بعض الفقهاء القانون الناعم والصارم بواسطة التأكيد على أن خرق القانون يرتب نتائج قانونية بينما انتهاك المعايير السياسية يرتب نتائج سياسية. ولكن التمييز ليست امراً يسيراً. وسبب ذلك أن خرق قانون ملزم يمكن أن يدفع الى تحمل عواقب سياسية وكما أن الفشل في تطبيق معايير غير ملزمة يمكن أن يرتب عقوبات انتقامية من الصعب تمييزها عن التدابير الانتقامية المضادة (counter measures) القانونية المنصوص عليها في قانون مسؤولية الدول. فالحكومة مثلاً التي تستدعي سفير دولة ما لديها قد يُفسر الأمر على أنه تعبير عن عدم الرضا على سياسة الدولة الممثلة بسفيرها في مسألة معينة. أو قد يفهم على انه عقوبة على عدم الالتزام بمعيار قانوني ما. مثال آخر، انتهاء المساعدة الأجنبية يمكن أن يصنف بطريقة أخرى. حتى أن قرارات مجلس الامن الملزمة التي تستند الى تهديد السلم الدولي قد لا تستند بالضرورة الى انتهاك القانون الدولي⁽¹⁾.

(1) Dinah Shelton: Soft Law, Handbook of International Law, Routledge Press, 2008, P.71.

وقد ميز فرق آخر بين القانون الناعم بصفته قانوناً وبين أداة القانون الناعم أي Soft Law Instrument⁽¹⁾، فاعتبر ان المضمون هو قانون بينما الأداة أي الشكل هو الجانب الناعم، كما هو حال المبادئ التوجيهية التي تتضمن التزامات قانونية⁽²⁾. ويرأي مماثل ذهب البعض الى التمييز بين القانون الناعم من حيث الشكل (Informal Soft Law)، بين القانون الناعم من حيث المضمون (Substantive Soft Law)⁽³⁾.

بينما قدمت محكمة العدل الدولية مقارنة مختلفة في رأيها الاستشاري بشأن التهديد أو استعمال الأسلحة النووي، حيث اعتبرت المحكمة أن القانون الناعم يمكن أن يؤسس على خلفية طبيعته كونه Lex Ferenda بمعنى انه القالب الذي يحمل القاعدة القانونية قبل صيرورتها قاعدة ملزمة، وهو الحاضن للقاعدة القانونية قبل ان تصبح ملزمة بصفتها (Lex Lata). وقد لجأت المحكمة الى هذا التحليل المعقد لكي توصف القانون الناعم بهدف فهم طبيعته القانونية باعتباره Lex Ferenda، وأكدت على مستوى القانون الدولي وجود تطابق كبير بين القانون الناعم و Lex Ferenda، واستندت برأيها الى أن الممارسة المستقرة للدول بعدم استعمال الأسلحة النووية وفرت الاعتقاد القانوني Opinio Juris بعدم شرعية استعمالها، ولكنها عادت وذكرت القرارات الكثيرة للجمعية العامة بهذا الشأن والصادرة بأغلبية وليس بالإجماع ما يدل على وجود ممارسة رافضة لممارسة عدم الاستعمال والتمثلة بالأصوات الراضية والتمتعة عن التصويت ما ينال من توفر صفة الممارسة المستقرة والمقبولة وهي عنصر لازم لتكون العرف الدولي الى جانب الاعتقاد

(1) Cecilia M. Bailliet, Non –States Actors, Soft Law, and Protective Regimes, op.cit, P. 206. وتصنف الكاتبة تلك الأدوات الى 3 فئات: قرارات المنظمات الدولية غير الملزمة، واتفاقات والاعلانات الدولية الخالية من الالتزامات المحددة، توصيات المنظمات الدولية غير الحكومية.

(2) Jean D’aspremont, The politics of DE formalization in International law, Gottingen Journal of Int. Law, V.3, 2011, P. 526 -27.

(3) Isabelle Duplessis, Soft law International Labour Law, The Preferred Method of Regulation in a Decentralized Society, “ Governance, International Law and Corporate Responsibility, ILO, International Institute for Labour Studies, 116, Geneve, 2008, P. 15.

بالإلزامية، وعليه فإن تلك القرارات هي بمثابة Lex Ferenda، وهي تدخل في فئة القانون الناعم لجهة دورها في صناعة القاعدة الملزمة⁽¹⁾.

وبعض الفقه يرى ضرورة النظر الى القانون الناعم بصفته قانوناً غائياً، بمعنى أنه انعكاس الواقع الاجتماعي وحاجات الفاعلين الدوليين⁽²⁾.

فالقانون المرن يشمل مجموعة أدوات وآليات قانونية، لا تزال في مرحلة التكوين ولم ترق بعد الى مصاف القواعد القانونية الدولية الملزمة، بمعنى أنها تقتصر إلى عناصر الإلزام أو التنفيذ الجبري وعدم ترتب المسؤولية والجزاء المادي على مخالفتها أو عدم مراعاتها. فالمعيار هنا للمضمون الذي احتوى قاعدة مقبولة بصورة واسعة وذلك اثناء صيرورتها قاعدة ملزمة⁽³⁾.

وعليه، نرى أن هذا التمييز لا يتعلق، كما يبدو للوهلة الأولى، بمصدر القاعدة القانونية، بمعنى أن صفة الإلزامية أو قوة القاعدة القانونية لا تتركز على مصدر القاعدة القانونية، إنما تستمد من مضمون هذه القاعدة⁽⁴⁾، فعندما يميل صانعو القانون الدولي العام إلى وضع قواعد قانونية غير محددة المضمون بدقة، أو الى وضع قاعدة قانونية لا يترتب على مخالفتها جزاء، عندئذ نكون أمام قاعدة قانونية مرنة Soft، خلافاً للقاعدة القانونية الملزمة.

المسألة هي مسألة مضمون ورضا، اما توصيف الشكل القانوني ليس حاسماً. فالتمييز بين الناعم والصلب ليس مطابقاً للتمييز بين الاتفاقية وغيرها، كما أن تفاعل الصك غير

(1) John Cerone, A Taxonomy of Soft Law ,Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights, op.cit, P. 20.

ICj, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion, 1996, 8 July 1966, P.226.

(2) Isabelle Duplessis, Soft law International Labour Law, The Preferred Method of Regulation in a Decentralized Society, " Governance, International Law and Corporate Responsibility, ILO, International Institute for Labour Studies, 116, Geneve, 2008, P. 14.

(3) Stephanie Lagoutte, & others, Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights, op.cit, p. 22.

(4) صلاح الدين عامر، مذكور سابقاً، ص 121.

الملزم مع معاهدة ما يمكن أن يسمح بتلاشي الصفة غير الملزمة وبالتالي تحوُّله الى قانون ملزم⁽¹⁾.

◆ مطلب ثان: صور القانون الناعم

لقد بات القانون الناعم يظهر في أشكال متنوعة لا نهائية. حيث تنامي ظهور تلك الأدوات المعيارية غير الملزمة مع تكاثر المنظمات الدولية على اختلاف أنواعها، وذلك في الحالات التي يتعذر فيها اعتماد صكوك أو تدابير ملزمة. أما أشكال القانون الدولي المرن فمتعددة ومنها التوصيات، وإعلانات المبادئ، القرارات والإعلانات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة⁽²⁾، واتفاقات الشرف (Gentlemen)، والآراء الاستشارية لمحكمة العدل الدولية⁽³⁾، ومدونات السلوك والإعلانات الدولية للبيئة كإعلان استكهولم 1972 للبيئة البشرية، وإعلان ريو في مؤتمر قمة الأرض للبيئة والتنمية للعام 1992. وقد ميّز بعض الفقه بين قانون مرن قانوني وقانون المرن غير القانوني (Non- Legal Soft law)، كإعلانات الوزارية التي تحدد السياسات الاقتصادية للمنظمة، والتوصيات الصادرة عن المجلس العام⁽⁴⁾.

(1) Alan Boyle & Christine Chinkin, The Making of International Law Law- Making Instruments, P. 213.

(2) خلافاً للرأي الغالب في الفقه، يعتبر د. صلاح الدين عامر، أن الإعلانات لا تشكل نوعاً من القانون المرن.

- صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 119-121.
- H. Hillgenberg: A fresh look at Soft law; EJIL, No.10, p. 499-515.

- الإعلان عن مبادئ العلاقات الودية بين الدول للعام 1970.

- إعلان حقوق الشعوب الأصلية، الجمعية العامة للأمم المتحدة، للعام 2007

- المبادئ التوجيهية بشأن الأعمال التجارية وحقوق الإنسان: "الحماية، الاحترام والانتصاف"، للعام 2011.

(3) الأسلحة النووية: رأي استشاري محكمة العدل الدولية، 1996، ص 226.

- الصحراء الغربية: رأي استشاري محكمة العدل الدولية، 1975، ص 12.

(4) Coherence Declaration on the contribution of the world trade Organization to Achieving Creator Coherence Economic Policymaking.

- Recommendations of the task Force on Aid for trade: WTO, Doc wt/AFT/I, 27 July, 2006.

وفي إطار توازن السلطات منحت الجمعية العامة بموجب الميثاق صلاحية اتخاذ قرارات، وإصدار الدراسات وبحث المسائل وإصدار التوصيات⁽¹⁾. فعندما تعمم الجمعية العامة نص الإعلان أو مجموعة المبادئ الاسترشادية أو ميثاق، فإن هذه النصوص تبقى في إطار التوصيات، ومع ذلك فإن اختيار العنوان أو المسمى هو أمر مؤثر، ولكن تبقى الحالة الأبرز هي حالة اتخاذ قرار بالإجماع أو بغالبية موصوفة، عندئذ لا بد لهذا القرار أن يمتلك قوة ملزمة ووزناً سياسياً مؤثراً في قضايا دولية، ونذكر على سبيل المثال، مسألة المسؤولية من أجل الحماية⁽²⁾ والقرار رقم (v) 377 A الصادر بتاريخ 1950/11/3، والمعروف بقرار "الاتحاد من أجل السلام"⁽³⁾، وذلك في الحالة التي يخفق فيها مجلس الأمن باتخاذ قرار لعدم توفر الإجماع بمسألة تتعلق بالسلم والأمن الدوليين. وفي السياق نفسه يرد القرار الخاص بالقدس، الصادر في العام 2017 بمعرض مواجهة قرار الرئيس الأميركي "ترامب" والذي أعلن بموجبه أن القدس عاصمة "لإسرائيل"⁽⁴⁾، حيث أسفرت عملية التصويت عن نتائج مخالفة لقرار "ترامب"، بأكثرية 128 صوتاً، بمقابل 9 أصوات معارضة وامتناع 35 دولة عن التصويت. وقد تضمن القرار الطلب من جميع الدول الامتثال لقرارات مجلس الأمن المتعلقة بالقدس وعدم الاعتراف بأي إجراءات أو تدابير مخالفة لتلك القرارات. ومن الأشكال المعروفة للقانون الناعم وضمناً القرارات المعيارية للمنظمات، خلاصات مخرجات المؤتمرات واللقاءات وتوجيهات الاتفاقيات للامتثال للالتزامات تلك الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف والاتفاقيات السياسية التنفيذية أو الخطوط التوجيهية أو كتيبات التصرف. بعض هذه النصوص قد يكون قانوناً صارماً لبعض الدول وناهماً لبعضها الآخر، فقرارات المحكمة الأميركية لحقوق الإنسان هي ملزمة للدول الأعضاء فقط، أو للدول الأطراف في القضية المعروضة، ولكنها ليست كذلك بالنسبة لبقية الدول استناداً

(1) ميثاق الأمم المتحدة المادة 13:

(2) Gregory Shaffer & Mark A. Pollack , Hard Versus Soft Law in International Security, Op. cit. p. 1227.

(3) UN. G.A., Res: A/ Res/ 377 (v), Adopted, 3 November 1950.

حيث اعتمد هذا القرار بعد مضي 14 يوماً من النقاشات بين أعضاء الجمعية العامة، وتم اعتماده بأكثرية 52 صوتاً مقابل 5، وتغيب دولتين.

(4) UN.G.A. Res, A/ES – 10/ L.22, Adopted, 19 December,2017.

لمبدأ نسبية الأثر. كما أن اجتهاد هذه المحاكم قد يكون له سلطة مانعة أو مُقنعة للمحاكم الوطنية أو المحلية للدول الأعضاء، ولكنه ليس ملزماً لها. كما أنه يُشكل مظهر من مظاهر القانون الناعم لبعض المنظمات (N.S.A & NGO) بما فيها مؤسسات الأعمال والأفراد غير المخاطبة مباشرة باتفاقيات دولية⁽¹⁾.

وينشط استعمال القانون المرن في ميدان القانون الدولي للبيئة كما في العديد من المجالات، فمن الأمثلة الواضحة على قواعد القانون الناعم بصياغته المرنة هي تلك التصرفات من ممارسات وإعلانات ومؤتمرات مثل اعلان استكهولم لسنة 1972 وبرنامج الامم المتحدة للبيئة وعلان ريو لسنة 1992 الخاص بالبيئة والتنمية والقرارات الصادرة من الجمعية العامة للأمم المتحدة مثل الاعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة 1948 وعلان سنة 1970 الخاص بمبادئ الامن والسلم بين الدول أو القرارات التي تعاملت مع الفضاء الخارجي وأعماق البحار والمصادر الطبيعية، وكذلك التوصيات التي تصدر من مجموعات دولية⁽²⁾ والمنظمات الدولية مثل الارشادات الصادرة عن UNEP بخصوص البيئة لسنة 1987⁽³⁾ ومجموعة الارشادات الصادرة عن منظمة FAO بخصوص الصيد أو بقية الاعلانات الصادرة عن الوكالة الدولية للطاقة الذرية أو منظمة البحار الدولية⁽⁴⁾، إضافة إلى بعض المجموعات الاقتصادية المالية كمجموعة العشرين التي تصدر مبادئ توجيهية بشأن الممارسات الفضلى في مجال المعاملات المالية والمصرفي⁽⁵⁾.

وفي هذا السياق تعتقد "شيلتون"⁽⁶⁾ بأنه يمكن تصنيف القانون الناعم إلى فئتين، فئة أولية أو أساسية، وفئة ثانوية:

الفئة الاولى الأساسية Primary، ويتألف من النصوص المعيارية التي لم تدرج في اتفاقيات، وتخاطب الجماعة الدولية كلها أو تخاطب جميع المؤسسات المنضمة الى منظمة

(1) D. Shelton:: Soft Law, Handbook of International Law, op.cit, p.68.

(2) John Kirton, M. Iarionova, P. Savona, Makin Global Economic Governance Effective, Hard and Soft Law Institutions in a Crowded World, Ashgate Pub. Limited, U.K., 2010.

(3) Cecilia M. Bailliet, Non –States Actors, Soft Law, and Protective Regimes, op.cit, P. 206.

(4) José Alvares: International Organizations as Law- Makers, Oxford University Press, New York, 2006, P.198.

(5) Chris Brummer, Soft Law and the Global Financial Systems, op. cit, P. 121-123.

(6) D. Shelton:: Soft Law, Handbook of International Law, op.cit, p.69.

معينة، فمثل هذه الأداة القانونية تتضمن تصريحاً عن معايير (Norms) جديدة بصفتها مؤشراً أولياً على نية اعتمادها في اتفاقية لاحقة، أو يمكن أن تؤكد أو تضع معايير سبق أن أدرجت في صك ملزم أو غير ملزم. فمعايير الأمم المتحدة بشأن الحد الأدنى لمعاملة السجناء التي اعتمدت في أول جلسة للجنة منع الجريمة ومعاينة المرتكبين في العام 1955، وتمت الموافقة عليها من قبل المجلس الاقتصادي والاجتماعي في العام 1957، هي مثال جيد في هذا السياق.

أما الفئة الثانية (Secondary) من القانون الناعم فتتضمن التوصيات والتعليقات العامة للأعضاء التنفيذيين والمراقبين، واجتهاد المحاكم واللجان وقرارات المقررين وغيرها من الأجهزة المنفصلة أو الملحقة وقرارات الأجهزة السياسية للمنظمات الدولية التي تطبق معايير القانون الناعم الاولي⁽¹⁾.

ويدور النقاش الأكثر شدة بشأن العلاقة التكاملية بين القانون بنوعيه الصارم والناعم في المساحات المشتركة ذات الاهتمام العالمي، أي كيف أن تلك الأدوات الملزمة وغير الملزمة تقوم بوظائف تبادلية أو كيف أن كلاهما يفضيان الى استمرار الالتزام القانوني، وبالتالي الى العمل بحرية كاملة بأسلوب يجعل الأدوات غير الملزمة وكأنها ملزمة أكثر من غيرها. فالخط الفاصل بين القانون واللا- قانون يمكن أن يختفي، خاصة مع المعاهدات الناطمة للمواضيع الجديدة التي تتضمن "التزامات ناعمة" (Soft Obligation) والتي تحضّ على التعاون. بالإضافة الى أن كلا النوعين يمكن أن يتضمننا إجراءات للامتثال والتي تتحرك من الناعم الى القانون الصارم⁽²⁾.

فقرارات بعض الأجهزة القضائية الدولية والتحكيمية قد ساهمت في هذا النقاش. فكل قرار صادر عن جهاز أو منظمة دولية يمتلك قيمة قانونية ما، ولكن هذه القيمة تختلف من قرار الى آخر. فهناك العديد من العوامل كاللغة، التصويت، تاريخ اعداد المسودة،

(1) Stephanie Lagoutte, & others, Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights, Oxford University Press, U.K, 2016, op.cit, P.31.

(2) D. Shelton: Soft Law, Handbook of International Law, op.cit, p.70.

والممارسة السابقة واللاحقة للدول تؤدي دوراً في تحديد القيمة المعيارية للأداة المستعملة، كما رأينا مع قرار الجمعية العامة الخاص بالاتحاد من أجل السلام.

ومن اشكال القانون الناعم الدليل التفسيري الصادر عن الأجهزة الخاصة بحقوق الانسان⁽¹⁾، والمنظمات غير الحكومية، والمبادئ التوجيهية، وتعليمات التصرف والتوصيات واصدارات المؤسسات المالية الاسترشادية. كما أدت التعليقات العامة الصادرة عن اللجان الأممية المختصة في متابعة احترام الدول للمواثيق الإنسانية وخاصة فيما يتعلق بالالتزام بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية دوراً بارزاً في تحديد مفاهيم قانونية " كالتزامات الحد الأدنى" والتكيف القانوني للالتزام الدول ب " الاحترام" و"الحماية" و"الايفاء".⁽²⁾

ويفرض تعدد الأشكال بالضرورة اختلافاً في مستويات الأثر القانوني لتلك الأشكال، ولكن المشترك بينها هو امتلاكها لتأثير معياري بعيداً عن الإلزامية، وكذلك أداءها دور البديل للمعاهدات المتعددة الأطراف لجهة عملية صناعة تلك المعاهدات⁽³⁾.

كما يوسّع هذا التعدد في الأشكال وتدرجها في الأهمية باتجاه القانون الصارم، من دائرة التكامل بينهما لمواجهة القضايا العالمية، ويأتي عدم الاعتماد على شكل الصك بمفرده، وجنوح البعض لتغليب مضمون الصك على شكله، استجابة للمرونة التي يفرضها الاقتصاد المعولم، فضلاً عن التعاون لمواجهة الازمات الكونية من مشاكل حوكمة وبيئة وحقوق إنسان، في حين تبقى العبرة في الالتزام بحسن نية في تطبيق أي نص بصرف النظر عن طبيعته القانونية.

(1) UN G.A, Res,48/104, 20 Dec. 1993, A/Rea/48/104.

حيث أثر القانون الناعم في ظهور اتفاقية منع العنف ضد النساء، وذلك استناداً الى التوصيتين 12 للعام 1989 و19 للعام 1999 بالإضافة الى قرار الجمعية العامة في العام 1993، وتوجت هذه المساهمة بوضع اتفاقية CEDAW..

(2) Stephanie Lagoutte, & others, Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights, op.cit, P. 71-79.

(3) G. Shaffer & M. Pollack, Hard Versus Soft Law in International Security, Boston College Law Review, 52,2011, P.1162.

○ المبحث الثاني: وظيفة القانون الناعم في صناعة القانون الدولي المعاصر

يتضمن هذا المبحث عرضاً مركزاً للأسباب الدافعة لاعتماد القانون الناعم، وكذلك بيان العلاقة المعقدة والوثيقة بين القانون الناعم ومختلف المصادر الأخرى للقانون الدولي، وذلك وفقاً للتقسيم الآتي:

مطلب أول: أسباب اعتماد القانون الناعم

مطلب ثان: العلاقة بين القانون الناعم والمصادر الأخرى

◆ مطلب أول: أسباب اعتماد القانون الناعم

إن ازدياد استعمال القانون الناعم أو الصكوك المرنة في مختلف المجالات هو دليل على دورها المؤثر، فهناك العديد من الأسباب التي تدفع دولة ما لاعتماد القانون الناعم كبديل عن الاتفاقية أو في غيابها، ويمكن أن نذكر الأسباب الرئيسية لاعتماده كما يلي:

1- تزايد الشواغل ذات الاهتمام الدولي، كظهور المشاكل البيئية العالمية وتحديات حقوق الانسان وحرياته⁽¹⁾ أو تطورات متعلقة بالحوكمة والمسائل التجارية والمالية على مستوى عالمي والتي تحتاج الى استجابة سريعة، وهو أمر صعب التوصل اليه بواسطة المعاهدات التي تتطلب إجراءات معقدة ومفاوضات طويلة الأمد بهدف تحصيل القبول الواسع بأي شكل من اشكال الصكوك الملزمة، فضلاً عن انها محل تجاذب سياسات دولية

(1) Felipe Gomez Isa, The Role of Soft Law in the Progressive Development of Indigenous Peoples Rights, Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights, op. cit, p. 185- 214.

نذكر على سبيل المثال المبادئ التوجيهية للأعمال وحقوق الانسان، وهي تجربة ناجحة لخلطة ذكية بين القانون الناعم والقانون الملزم في مجال القانون الدولي لحقوق الانسان، حيث جمعت هذه المبادئ التوجيهية بين العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وبين معايير القانون الناعم للمسؤولية الاجتماعية للشركات.

أثر القانون الناعم في تعزيز تطوير حقوق الشعوب والسكان الأصليين، حيث اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة قراراً بأغلبية ساحقة تضمن ما أقرته منظمة العمل الدولية في اتفاقيتين 107 و169.

UN Doc, G.A. Resolution, No. 61/295, 13 sep 2007.

كبرى⁽¹⁾. وقد وصف بعض الفقه القانون الناعم بأنه مهندس العلاقات الاجتماعية في مجتمع معقدة⁽²⁾، إذ سمح للمشرع العالمي بأن يصيغ السياسات الكبرى في أدوات قانونية. وعلى سبيل المثال احتاج اعلان الجمعية العامة للعام 1981 الخاص بإزالة كل أشكال التعصب والتمييز على أساس الدين والمعتقد، الى سنتين من المفاوضات ولم يتم تضمينه في اتفاقية ملزمة لاحقة، وذلك لأسباب تعود الى الاعتراضات الكثيرة والجوهرية لبعض بنود هذا الإعلان.

فالصكوك غير الملزمة تؤمن سرعة الاعتماد، وسهولة التعديل، وهي أكثر فائدة لجهة معالجة التفاصيل التقنية بشكل سريع. وهذا الأمر غاية في الأهمية عندما يكون الموضوع المعالج لم ينضج بعد لتأثيره في معاهدة وذلك لأسباب تتعلق بضبابية النتائج، أو لعلّة غياب التوافق السياسي. في مثل هذه الحالات الخيار لا يكون بين اعتماد معاهدة أو قانون ناعم بل بين اعتماد قانون ناعم أو لا شيء على الاطلاق، فالقانون الناعم يؤمن غطاءً لعدم الاتفاق في مسائل محددة، فضلاً عن تجاوزه لإشكالية تعارض غايات المنظمات.

2- تنامي الاهتمام بسياسة الراكب المجاني (Free Rider)، أي أن الدولة بانضمامها الى الصك المرن، تستفيد من هذا التنظيم القانوني على شكل تعليمات وهو مقبول من قبل الأطراف الاخرين، وفي الوقت عينه تعزز تحقيق مصالحها وخاصة الاقتصادية، ومنها على سبيل المثال استغلال الموارد المحظورة أو الناضبة، مثال صيد الأسماك المستنفدة،

(1) Peter Veled Kessing, The Use of Soft Law in Regulating Armed Conflict, From Jus in Bello to Soft law in Bello, Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights, op. cit, P. 129.

على سبيل المثال القضايا المتعلقة بالقانون الدولي الإنساني، ومدى مساهمة القانون الناعم بتحويلها الى اتفاقيات ملزمة ومنها:

اتفاقية الأسلحة البيولوجية للعام 1972، اتفاقية الأسلحة الكيميائية للعام 1977، اتفاقية أوتاوا للألغام ضد الافراد للعام 1997، اتفاقية القذائف العنقودية للعام 2008، الدليل التفسيري لمفهوم المشاركة المباشرة في الاعمال العدائية للعام 2009 والصادر عن خبراء في اللجنة الدولية للصليب الأحمر، وكتيب تعليمات تالزن الخاص بالقانون الواجب التطبيق على الحرب السيبرانية وغيرها.

(2) Isabelle Duplessis, Soft law International Labour Law, The Preferred Method of Regulation in a Decentralized Society,P.24.

أو المضي في انتاج وبيع المواد المحظورة كما هو الحال مع المواد التي تستنزف طبقة الأوزون⁽¹⁾.

فنشاط الجمعية العامة بشأن حظر الصيد بواسطة الشباك العائمة المنصوبة والتي سميت بـ"جدران الموت" Walls of Death دفعت الجماعة الدولية الى المطالبة بضرورة حل المشكلة واعتبارها أساليب صيد غير قانونية ومعاقبة بالحظر، حتى لو انها لم تدرج في صك ملزم. وهذا التوجه يمكن اعتماده فيما خص المسائل التي تتعلق مباشرة وبعمق بقيم الانسان والقانون الدولي الإنساني⁽²⁾.

3- الإفادة من صكوك القانون الناعم التي تعتمد بشكل لاحق لاتفاقية من أجل إزالة الغموض في نصوصها الملزمة وسد الثغرات بدون الحاجة الى اتباع سلسلة إجراءات طويلة ومعقدة⁽³⁾.

4- أداة لمواجهة ازدياد تعقيد المنظومة الدولية باحتوائها قيم متنوعة وقيم قانونية متفاوتة فالقانون الناعم وسيلة لتطوير الأنظمة المعقدة ولإدارة المساحات المشتركة الدولية، كأعالي البحار والفضاء الخارجي مثلاً.

5- إدخال بعض المرونة على الهياكل الإقليمية الكبرى كالاتحاد الأوروبي الذي اعتمده لزيادة المرونة على منظومته التنظيمية، وذلك لمواجهة حالات الانضمام اليه من قبل دول ضعيفة اقتصادية وبمؤسسات سياسية ضعيفة. فالمحكمة الأوروبية بدأت بالعمل على تبسيط الإجراءات عبر إزالة التداير غير الضرورية والقديمة، واعتمدت لذلك أدوات القانون الناعم بدلاً عن الأدوات التنظيمية التقليدية المعروفة بالتوجيهات⁽⁴⁾ Directives.

(1) Shelton, soft law. Op.Cit, P.71.

(2) Shelton, soft law. Op.cit, P.72.

(3) Isabelle Duplessis, Soft law International Labour Law, The Preferred Method of Regulation in a Decentralized Society, P. 27.

(4) David Trubek, Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe, The Role of open method of Co-ordination, European Univ. Institute, Italy, 2003.

6- القانون الناعم بصفته أداة أو جهاز تنسيق⁽¹⁾:

القانون الناعم هو خيار وسطي للدول بين دخولها في اتفاقية ملزمة وبين عدم الدخول وترك الموضوع بلا ضوابط، لذا تختار الدول الدخول في شكل من أشكال النصوص التي تضع ضوابط مع ترك هامش واسع للأطراف في الالتزام بها أو عدم الالتزام دون تداعيات لذلك وعلى ضوء مصالح الدول.

كما يستعمل القانون الناعم في مساعدة الدول في تنسيق تصرفاتها، وذلك عند استعمال مذكرات التفاهم، كمذكرة تفاهم باريس بشأن الرقابة الدولية على المرافئ، بهدف تنسيق الإجراءات الخاصة بالتنقيش الهادفة الى تعزيز الامتثال بالاتفاقيات البحرية الأساسية الحاكمة للتلوث والحماية منه.

وفي هذا السياق يمكن الاستفادة من سهولة وضع القانون الناعم، حيث يمكن وضعها من قبل موظفين رسميين في مستويات أدنى من المراكز الأولى، ولاسيما إذا ما كانوا متخصصين ويمتلكون الخبرة والمعرفة بدقائق التفاصيل، وهذا ما يسهل وضعها ويتجنب الإجراءات الإدارية المعقدة والتي تتطلبها في الغالب الصكوك الملزمة⁽²⁾.

وأحياناً ما تبدأ الدول في المفاوضات دون امتلاك فكرة واضحة عن النهايات أو التوقعات لما سيؤول اليه الامر في النهاية، وبالتالي يعمدون أحياناً لاستعمال وسيلة سهلة بمعنى يسهل التملص منها، وهي الانضمام الى صك ناعم على سبيل التجربة كأداة تعاون وتنسيق لفترة معينة تسمح التأكد من النتائج ومن ثم يبنى على الشيء مقتضاه⁽³⁾.

7- وسيلة لتجنب الخسارة⁽⁴⁾ بكلفة سياسية محدودة.

وفقاً لهذه النظرية يزيد القانون الناعم من مرونة إتمام المعاملات في السوق المالي، ولاسيما لجهة تعديل القواعد القانونية، وكذلك تعديل الإجراءات بدون حاجة الى اتباع

(1) Andrew T.Guzman & Timothy L. Meyer, International Soft Law, No. 2 J. legal analysis, 171, 2010, P.17

(2) Chris Brummer, Soft Law and the Global Financial Systems, op. cit, P.179.

(3) Andrew T.Guzman & Timothy L. Meyer, International Soft Law, P.19.

(4) Andrew T.Guzman & Timothy L. Meyer, International Soft Law, P.20.

الأصول المعقدة في إعادة التفاوض. فاعتماد القانون الناعم يكون أقل كلفة لجهة تحمل تبعات عدم الالتزام بالقواعد الناعمة، لذا يشجع الدول على الانضمام لتلك الصكوك المرنة. كما أنه يعزز روح المبادرة الخلاقة لدى الأطراف. وهذا التوجه يساهم في زيادة فرص تطوير القانون وتقدمه، دون الخشية من الوقوع في عوائق إعادة التفاوض والاقناع، كما يقلل من فرص اعتراض دول أخرى أطراف في الصك الناعم. وفي هذا السياق يؤدي القانون الناعم دور الأداة لتخفيف المخاطر (1) Risk Mitigation Device.

فالقواعد القانونية الدولية تقيد تصرفات الدول، وبالتالي عندما تدخل دولة ما في اتفاقية تضع ضمن حساباتها احتمال الاضطرار الى خرقها لأسباب جدية وهامة، لذا عند اتخاذ القرار بالانضمام الى اتفاقية ملزمة فإنها لا تحسب المنفعة المتصلة فقط، بل الكلفة المترتبة عن خرق تلك الاتفاقية (2). وهذه الكلفة على المستوى الدولي تمس بالسيادة (3) ولا تقتصر على التعويض المادي، بل تشمل خسارة منافع مادية كالامتيازات والحقوق التجارية وغير ذلك، فضلاً عن كلفة الحفاظ على سيادتها في العلاقات الدولية (4).

8- القانون الناعم أداة مقايضة بديلة عن القانون الصارم

يعتبر "غوزمان" ووفقاً لنظرية التفويض أو الانتداب (5)، ان القانون الناعم يؤدي دور المفوض أو الممثل المنتدب عن القانون الصارم، وذلك في المواضع التي لا تعمل فيها القواعد الدولية بشكل محدد، حيث تدخل الدول في عضوية منظمات دولية وتفوضها صلاحياتها لاتخاذ قرارات في مسائل تتعلق باختصاص تلك المنظمة الدوابة، ففي هذه الحالة تكون الدول قد انتدبت أو فوضت تلك المنظمة لإصدار قوانين بالنيابة عنها، مع الاعتراف بشرعيتها وقوتها الإلزامية لأنها صادرة عن رضا وقبول الدول الأعضاء فيها

(1) Chris Brummer, Soft Law and the Global Financial Systems, op.cit, P.129.

(2) G. Shaffer & M. Pollack, Hard Versus Soft Law in International Security, op. Cit, P. 1168-1170.

(3) Kenneth Abbott & Duncan Snidal, Hard and Soft Law In Intrnational Governance, Inter. Organization, N.54, 3, 2000, P. 436.

(4) Gregory Shaffer & Mark A. Pollack, Hard and Soft Law: What Have We Learned? Op. cit, P.8.

(5) Andrew T.Guzman & Timothy L. Meyer, International Soft Law, op. cit, P.24.

بشكل مسبق. وتستمر الدول من خلال المنظمة في الضغط باتجاه تطوير القواعد بما يستجيب للظروف المتغيرة في المسائل المستجدة كالتغير المناخي أو البيئة أو حقوق الانسان أو التجارة وغير ذلك من مجالات⁽¹⁾. فهذه النظرية تفترض أن في ظل ظروف معينة يوفر القانون الناعم فعالية أو طريقة فعالة، تساعد الدول على التخلي عن عدم يقينية أو عدم التأكيد المرافق للمستجدات المستقبلية، ولاسيما بشأن القواعد غير المرغوب في الالتزام بها مستقبلا عند تغير الظروف⁽²⁾.

لذلك فإن خيار اعتماد أداة قانونية مرنة يعزز عملية تسوية⁽³⁾ أو المقايضة بين التمسك بالإجراءات الصارمة الملازمة للمساواة في السيادة وبين زيادة فعالية القواعد القانونية وتطويرها بشكل سلس⁽⁴⁾.

تستعمل هذه النظرية عندما تتوقع الدول أن التعديل بإرادة منفردة للقواعد عبر الالتزام الفردي بها، سيعود عليها بالمنفعة أكبر من الالتزام بالقواعد، أو عندما تشعر أن كلفة عدم التزام القاعدة لناحية العقاب ستكون اقل عبئا عليها من كلفة الاستمرار بالالتزام. بمعنى اخر تتجح هذه النظرية عندما تكون كلفة العقوبة الناتجة عن عدم الالتزام اقل من المنفعة المتحصلة من الالتزام بها.

ونذكر على سبيل المثال حالة من التعديل بإرادة منفردة هو التعديل لذي طال المبادئ الاسترشادية الخاصة بتزايد الطاقة النووية الذي سمح بالتجارة مع الهند على اعتبار أن الولايات المتحدة الأمريكية رأت أن الظروف تغيرت منذ العام 1974 ما يسمح لها باستعمال الطاقة النووية لأغراض مدنية.

(1) José Alvares: International Organizations as Law- Makers, Oxford University Press, New York, 2006, P.121.

(2) Gregory Shaffer & Mark A. Pollack, Hard and Soft Law: What Have We Learned? SSRN, Research Paper, University of Minnesota Law School, 2012, P. 15.

(3) Kenneth Abbott & Duncan Snidal, Hard and Soft Law In Intrnational Governance, Inter. Organization, N.54, 3, 2000, P. 444.

(4) Andrew T.Guzman & Timothy L. Meyer, International Soft Law,P.26.

9- القانون الناعم أداة لتعزيز حضور الأطراف الفاعلة من غير الدول⁽¹⁾

يعدّ القانون الناعم الأداة الرئيسية لتطوير أداء الأطراف الفاعلة من غير الدول، وكذلك يوسع دائرة الناشطين على الساحة الدولية من غير المخاطبين عموماً بقواعده بشكل أصيل⁽²⁾، لذا يعتبر القانون الناعم هو نتاج الأطراف الفاعلين الدوليين من غير الدول، كالمنظمات الدولية غير الحكومية Non State Actors والمنظمات الدولية والتي لها سلطة اصدار احكام أو اتخاذ قرارات أو تقارير تتعلق بالقواعد القانونية الدولية⁽³⁾. وبالتالي هو أداة لبناء الثقة بين أطراف الجماعة الدولية من أجل العمل الجماعي المستدام⁽⁴⁾.

فهذه المحاكم بواسطة قراراتها ترسم أو تضع تصورات لما يمكن أن يشكل سلوكاً معارضاً أو مخالفاً لأحكام الاتفاقية، ومن هذه الأمثلة محكمة العدل الدولية فيما يتعلق بنسبية الأثر لقضايا الناظرة بها، فالرأي الاستشاري يحمل سمات مزدوجة بين القانون واللا-قانون، وهو مكون أساسي للعرف الدولي.

♦ مطلب ثان: علاقة القانون الناعم مع مصادر القانون الدولي العام

إن العلاقة ما بين مصادر القانون الدولي، ولا سيما الاتفاقيات والعرف، وبين القانون المرن، يشوبها الغموض حيناً، والتعقيد حيناً آخر⁽⁵⁾. وعلى الرغم من الاعتراف بدور القانون المرن الهام في صناعة القانون الدولي المعاصر، إلا أنه لم يكن محل اهتمام القانونيين لفترة طويلة من الزمن⁽⁶⁾. وبصرف النظر عن الأشكال التي قد يتخذها القانون المرن، فإن

(1) Andrew T.Guzman & Timothy L. Meyer, International Soft Law, International common law, ICL.

تعرف هذه النظرية عند " غوزمن وماير " بنظرية القانون الدولي العمومي، ويقصد بها كافة المصادر غير التقليدية للقانون الدولي العام، كقرارات المحاكم والأجهزة التنفيذية للجان والهيئات المتخصصة.

(2) Cecilia M. Bailliet, Non –States Actors, Soft Law, and Protective Regimes, op.cit, P. 129.

(3) José Alvares: International Organizations as Law- Makers, Oxford University Press, New York, 2006, P.123.

(4) Chris Brummer, Soft Law and the Global Financial Systems, op, cit, P. 179.

(5) Alan Boyle and christine Chinkin; The Making of International law, Oxford Univ. press, NewYork, 2007, P. 212- 213.

(6) Gerald G. Fitzmaurice: Some Problems Regarding the formal Sources of International Law, (Sources) International law); P. 57-80.

دوره المؤثر في صناعة القانون الدولي المعاصر لم يعد محل شك، بل لا يمكن تجاهله، فالقانون المرن بدأ يؤدي دور الآلية القانونية البديلة للاتفاقيات الشارعة⁽¹⁾، كما انه أصبح يحتل مركزاً هاماً في مراحل عملية صناعة القانون الدولي، بواسطة الاتفاقيات المتعددة الأطراف، والاتفاقيات الإطارية⁽²⁾ التي تضمنت مبادئ كادت تلامس الإلزام بالمعنى الضيق للقانون الملزم، والتي سرعان ما أصبحت مبادئ عامة تحكم مجالات متخصصة كحقوق الإنسان والبيئة والقانون التجاري الدولي.

ويؤدي القانون الناعم، على الرغم من أثره المحدود قضائياً، دوراً متنامياً في العلاقات الدولية وفي تطوير القانون الدولي. ففي الممارسة غالباً ما يُشكل هذا القانون نذيراً (precursor) لأي تحوّل جديد حيث يمهد لمفاوضات سابقة لمعاهدة ما، وأحياناً يحفز ممارسة الدولة التي تؤدي في نهاية المطاف الى تكوين القانون الدولي العرفي⁽³⁾. في الواقع أن للقانون الناعم أدواراً متعددة يؤديها في علاقته مع القانون الصارم. فالصكوك غير الملزمة يمكن أن تقوم بالأدوار الآتية⁽⁴⁾:

- 1- تقنين العرف الدولي الموجود أصلاً وبذلك تساهم في جعله أكثر دقة عبر تدوينه، ما يخفف من خطورة عدم اليقين⁽⁵⁾ (Uncertainty).
- 2- بلورة توجه قانوني معين نحو معيار محدد متجاوزة بذلك الآراء المعارضة أو المخالفة التي لا تتوفر لديها الممارسة الكافية لاعتراض تطور ذلك المعيار⁽⁶⁾.
- 3- تشكل سابقة وتساعد في تشكل عرف دولي قانوني جديد.
- 4- توحد الآراء السياسية بشأن الحاجة الى عمل أو فعل لحل مشكلة ما، وتعزز التوافق المؤدي الى مفاوضة بشأن معاهدة جديدة أو قانون ناعم في مرحلة لاحقة.

(1) على سبيل المثال: معايير السلامة النووية الذي اعتمده وكالة الطاقة الذرية، لتطبيق التزامات اتفاقية السلامة النووية.
(2) اتفاقية التغير المناخي، المادة الثالثة والتي تضمنت مبادئ حول وجوب حماية النظام المناخي من أجل مستقبل البشرية، وكذلك مبدأ التحوط والتدابير الاحترازية، والتزامات التنمية المستدامة...

(3) Alan Boyle & Christine Chinkin, The Making of International Law, op. cit. P.216.

(4) D.Shelton, Soft Law, op.cit, P. 72 -73.

(5) Kenneth Abbott & Duncan Snidal, Hard and Soft Law In International Governance, op. cit, P.442.

(6) Ian Johnstone, Law- Making through the Operational Activities of International organizations, Int. law Review, 40 Geo. Wash, 2008, P. 87.

- 5- تسد الثغرات في معاهدات موجودة⁽¹⁾.
- 6- تشكل جزءاً من الممارسة المتتابة للدول والتي يمكن أن يستفاد منها في تفسير المعاهدة.
- 7- توفر دليلاً أو نموذجاً ارشادياً للقوانين المحلية بدون أن تتحمل التزامات دولية.
- 8- تقدم بديلاً مناسباً للقيام بالتزام قانوني عندما تكون العلاقة الدولية الجارية أو الحالية تتطلب كلفة عالية لتتحول الى معاهدة رسمية. وكما توفر الوقت المستهلك في ابرام المعاهدة⁽²⁾.

1- القانون الناعم والعرف

تؤثر قرارات المنظمات الدولية واعلانات المتعددة الأطراف الدولية على القانون الدولي العرفي، سواء بتوفير الدليل على قانون موجود أو على توفر الاعتقاد القانوني بإلزاميته، أو للدلالة على وجود ممارسة دولية كافية، كل حالة تعالج على حدة. فالقرار أو الإعلان المفضي الى صناعة القانون ليس بالضرورة أن ينص على حقوق والتزامات محددة كالقانون، ولكن يجب على العبارات المستعملة أن تمتلك خاصية صناعة القانون بحيث يحتمل أنها تشكل أسس قاعدة عرفية قانونية⁽³⁾.

وينبغي أيضاً أن تكون الإعلانات والقرارات متوافقة مع المبادئ العامة، وان يكون لها تأثير أكبر من مجرد توصيات. فمضمون هذه الاتفاقات يناقش ويتم التفاوض بشأنه بين مجموعة دول ما يمنحه ميزة حيابة الاعتقاد القانون بإلزاميته، إضافة الى أن عدد الدول الموافقة عليه، وآلية التصويت عليه توفر مؤشرات كافية لتكوين ذلك الاعتقاد، فالقرار الصادر بالإجماع هو أعلى قيمة من القرار الصادر بالأغلبية⁽⁴⁾.

(1) Isabelle Duplessis, Soft law International Labour Law, The Preferred Method of Regulation in a Decentralized Society, P. 28.

(2) Gregory Shaffer & Mark A. Pollack, Hard Versus Soft Law in International Security, Boston College Law Review, V.52, 2011, P. 1162.

(3) D.Shelton, Soft Law, op.cit, P.72-84., Henry Deed Gabriel: The Advantages of Soft law in International Commercial law: the Role of Unidroit, Uncitral and the Hague Conference, Brook Journal of international Law, 2010, V.34:3, P. 658.

(4) Alan Boyle & Christine Chinkin, The Making of International Law Law.p.226.

بعض الفقهاء يرى أن قرارات الجمعية العامة وإعلاناتها يمكن أن تصنع قانوناً عرفياً حالياً، ومنهم (Cheng) حيث يستنتج أن التعبير الواضح عن الاعتقاد الملزم من خلال قرارات غير ملزمة وإعلانات، يمكن أن يكون كافياً بدون حاجة إلى عنصر ممارسة الدولة حتى يقوم دليل على نشوء قاعدة عرفية جديدة أو قانون دولي عمومي⁽¹⁾.

فاستعمال قرارات الجمعية العامة بصفاتها أداة صناعة قانون جذابة، ولكنها ليست حجة مستدامة وبالتالي تكون مشروطة بأمرين⁽²⁾:

1- حيازة اجماع لمصلحة القرار

2- اعتماد صياغة بعبارات ملائمة.

إن التداخل بين القانون الناعم والعرف وثيق، فبعض نصوص القانون الناعم غالباً ما تتوحيّ تكريس نص مكتوب، بمعنى أنها لا تضع مجموعة جديدة من المعايير أو القواعد أكثر مما تضمنته وثيقة مكتوبة وموجودة، خاصة لجهة الحقوق والالتزامات. مثال ذلك التعليق على المبادئ الاسترشادية للأمم المتحدة الخاصة بحق التعويض والمعالجة لضحايا الانتهاكات الجسيمة لقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني، الموافق عليه من قبل لجنة حقوق الإنسان، والذي اعتمد في الجمعية العامة في العام 2005⁽³⁾، إذ يزعم أن المبادئ والخطوط الإرشادية لا تضمن أي معياراً جديداً. ولكن بدلاً من ذلك تعكس شريحة كبيرة من القوانين الموجودة والتي تتضمنها عدد كبير من المعاهدات والممارسات الدولية المنتشرة. وهناك صكوك أخرى قد تتضمن مزيجاً من القانون الموجود حالياً وتطوير لهذا القانون، من النادر أن يكون صكاً غير ملزم قد دون بشكل كامل أو أوجد قاعدة جديدة⁽⁴⁾.

كما أن نصوص القانون الناعم يمكن أن تستهدف تعديل نص موجود، حيث تصاغ كمسودة لتوحيد اتجاه قانوني معين لتغيير عرف دولي قائم أو أن تترك بصمة لصالح أحد

(1) Bin Cheng, United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law? Oxford Univ. Pub, 2012. See also, A. Roberts, "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law, A Reconciliation, AJIL, 95,2001, P. 757.

(2) Alan Boyle & Christine Chinkin, The Making of International Law Law. P. 227.

(3) UNGA Res. A/Res/60/147, Dec, 16, 2005.

(4) D. Shelton, Soft Law, op.cit, P.73.

الآراء القانونية من بين توجهات متعارضة في مسألة قانونية محددة. فقد بدأت الجهود التي تبذل في مجال الاعمال التجارية والاقتصادية لإحداث تغييرات مماثلة مع الإعلان الخاص⁽¹⁾ بالسيادة الدائمة للدول على مواردها الطبيعية وصولاً الى اعلان الجمعية العامة بشأن تأسيس نظام اقتصادي دولي جديد⁽²⁾، وميثاق حقوق الدول الاقتصادية والتزاماتها⁽³⁾. وفي أحيان كثيرة، يؤدي الامتثال لمعيار ناعم جديد بشكل كامل الى ولادة عرف دولي جديد، فقد ساهمت بعض الصكوك غير الملزمة في السنوات الأخيرة في تكوين الاعتقاد القانوني بالإلزامية قانون ما، المترافق والمتزامن مع وجود ممارسة دولية والتي تكون مضمون القاعدة الملزمة⁽⁴⁾. فالإعلان يمكن أن يعكس تحركاً مثالياً نحو تأكيد وجود ممارسة دولية المستندة بشكل كبير الى الاعتقاد القانوني الملزم، عندما يتضمن الإعلان تصريحاً حول ما هو القانون العرفي أو حول ما يجب الا يكون، فإنه لا يحدد بالرجوع الى عبارات (بصيغة الاجازة Permissive)، أو بصيغة الالتزام وحدها، فاللغة أيضاً مهمة وتعكس نوايا معدي المعاهدة⁽⁵⁾.

وفي هذا السياق يرى (Brownlie) انه بمواجهة الوضع النسبي أو نسبية الأثر فإن قرارات الجمعية العامة توفر مؤشراً فعالاً على تنامي السريع لممارسة الدول ويسميه بالأثر المساعد الحاسم Decisive catalytic effect⁽⁶⁾.

كما تعكس الإعلانات أحياناً غموضاً متعمداً Deliberate Ambiguity. بين الممارسة المنشودة وبين الواقع العملي وتصمم بهدف تطوير القانون⁽⁷⁾، مع الإشارة الى أن الممارسات الأخيرة يبدو انها تستند الى سرد الالتزامات أكثر من ذكر التصرفات، وذلك

(1) UNGA Res. 1803 (xvii), 14 Dec, 1962, Permanent Sovereignty over Natural Resources, UN GAOR.

(2) UNGA Res. 3201 (S - vi) , 6 (special) of 1 May 1974, UN GAOR, Supp. No.1, 3, UN Doc. A/9559, 1974.

(3) UNGA Res, 3281, (xxix), 12 Dec 1974, Charter of Economic Right and Duties of states, UN Doc. A/9631, 1975.

(4) UN General Assembly ban on Driftnet Fishing in UNGA Res 46/215, 2001.

(5) D.Shelton, Soft law, op.cit, P.74.

(6) Ian Brownlie, The Legal Status of Natural Resources, Recueil des Cours, 162, 1979, P. 261.

(7) D.Shelton, Soft law, op.cit, P.75.

بهدف فسح المجال للدول بان تشارك في تكوين القانون على النحو الذي تراه مناسباً، بمعنى انها تكتفي بذكر الالتزامات وتترك للدول حرية التصرف للإيفاء بهذا الالتزام. مثال على ذلك، يمكن أن نلاحظه في تطور قانون الفضاء الخارجي، حيث بدأ مع انخراط بعض الدول في أنشطة مماثلة ولكن الدولة التي شاركت في وضع المسودة وفي اعتماد الإعلان الخاص بالمبادئ القانونية الحاكمة لأنشطة الدول في استكشاف الفضاء الخارجي كانت أكثر بكثير من الدول التي تمارس هكذا أنشطة⁽¹⁾. هذه العملية أضفت طابعاً ديمقراطياً على عمليات صناعة القانون⁽²⁾.

وعلى الرغم من الاتفاق الفقهي بشأن أن القانون الدولي الخاص بتنظيم أنشطة الفضاء الخارجي قد بُني على أفكار القانون الناعم⁽³⁾، إلا أن قرار الجمعية العامة الخاص بتنظيم الأنشطة في الفضاء الخارجي فشل في تحقيق ذلك، لأنه تضمن مبادئ أكثر من قواعد قانونية محددة، وهذه القرارات لا تحظى بممارسة دولية، لذا يتوجب على الدول المعنية بقضايا الفضاء الخارجي أن تتأكد بأن لا يوجد معارضة جدية للمبادئ التي تضمنها القرار، وان هذه المبادئ التي تأكدت لاحقاً باتفاقيات تظهر قيمة القانون الناعم كسابقة قانونية. وبالتالي فإن اعتماد قرار غير ملزم وإعلان يمكن أن يؤدي الى تغيير في القانون الموجود في مجالات محددة وبشكل سريع. فمسألة شبك الصيد العائمة في أعالي البحار قدمت مثلاً جيداً على نجاح قرارات الجمعية في هذا المجال، وإن كان هذا القرار لا ينشئ قانون مستقل بشكل آني، ولكنه يدفع الدول على اعتماد آليات وإجراءات صيد متوافقة معه. فهذا القرار أثر إيجاباً على تغيير عادات وممارسات الصيد بالشباك مع انه لم يصدر قانون بشأنه⁽⁴⁾.

(1) GA Res, 1962, (xvii).Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space. Jennifer Ann Urban, Soft Law, The Key to Security in a Globalized Outer Space, SSRN, 2016.

(2) D. Shelton, Soft Law, op. cit, P. 76.

(3) P. J. Blount, Renovating Space, The Future of International Law, 40 Denv.Int.Law & Policy, 515, 2011, P. 525.

(4) Alan Boyle & Christine Chinkin, op. cit, p.228.

فاعتماد قرار غير ملزم بالإجماع يؤثر في سلوك الدول أكثر من وجود اتفاقية لم تحظ إلا بتأييد بسيط أو وجود اتفاقية لم توقع من بعض الدول. الاتفاقية غير الموقعة لا تلزم الدول بسلوكها، اذن العبرة ليست في شكل الصك بل في رضا الدول وممارساتها التي تخلق القوة الإلزامية لأي صك.

وعليه يكون للقانون المرن الدور الأبرز في عملية صناعة القانون الدولي الملزم، الذي يقوم على مساهمته الفاعلة في تكوين العرف الدولي، وتقديمه دليلاً على الاعتقاد القانوني (Opinio Juris) الصادر عن عدد كبير من الدول، وهو شرط لازم لتكوين قانون جديد، إذا ما اقترن بممارسة واسعة النطاق بين الدول. وفي هذا المجال ينظر إلى كل حالة على حدة في تكوين عرف ما، لأنه لا توجد قاعدة أو معيار موحد لشرطي العرف وهما الاعتقاد القانوني بالإلزام والممارسة العملية الواجبين لتكوين العرف الدولي⁽¹⁾. ومن الشواهد الواضحة على دور القانون الناعم في تكوين العرف بعض الآراء الاستشارية لمحكمة العدل الدولية في قضايا محددة ومنها الرأي الاستشاري بشأن الأسلحة النووية والصحراء الغربية. أما بالنسبة لاجتهاد المحاكم فقد تواجه محاذير في صناعة القانون الدولي على ضوء مبدأ نسبية الأثر، وانطباقه على حالات محددة عرضت على المحاكم المختصة، وبالتالي قد تقتصر إلى شرط الممارسة المخالفة، وإن كانت تؤثر في سلوك الأطراف بصورة غير مباشرة⁽²⁾.

(1) Jan Klabbbers: the Redundancy of Soft Law, (sources of International law; P. (189- 204), p. 171.

قرارات محكمة العدل الدولية التي تناولت فيها علاقة العرف والقانون المرن على صورة اتفاق بين دول أو معاهدة صادرة عن منظمة دولية انظر:

- قضية الجرف القاري لبحر الشمال، محكمة العدل الدولية، تقارير العام 1969، رقم 3، مقطع 72.
- قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية، نيكارغوا، الولايات المتحدة الاميركية، تقارير العام 1986، رقم 14، مقطع 184.

(2) Andrew T.Guzman & Timothy L. Meyer, International Soft Law,P.32.

وانطلاقاً من الوجوه⁽¹⁾ المتعددة للقانون المرن وعلاقته المتينة مع مصادر القانون الدولي التقليدية (الاتفاقية وغير الاتفاقية)، وغير التقليدية (قرارات المنظمات الدولية، أعمال الدولة بإرادتها المنفردة، قرارات المحاكم ومراكز التحكيم) يؤدي القانون المرن دوراً ناشطاً في التطور التدريجي للقانون الدولي فهو محرك ناشط ومؤثر في عملية صناعة القانون الدولي لا يمكن إنكاره.

2- العلاقة بين القانون الناعم والمعاهدة

العلاقة بين القانون الناعم هي أيضاً معقدة كما العلاقة مع العرف. ففي معظم الحالات فإن القانون الناعم يربط بطريقة ما بصك ملزم، فأسباب اعتماد القانون الناعم كبديل عن الاتفاقية في صنع القانون الدولي متعددة⁽²⁾، والشواهد على ذلك كثيرة كالمعايير الدولية الصادرة عن الوكالة الطاقة الذرية المعتمدة في اتفاقية الحماية النووية، وبرنامج عمل الفاو لأغراض تنفيذ اتفاقات الصيد.

فالقانون الناعم يكون بمثابة النذير (Precursor) الذي يطلق عملية تكوين توافق نحو التزامات صارمة تتضمنها الاتفاقيات هي محل ضرورة لحل مشكلة مستجدة. مثال على ذلك العديد من مقدمات الاتفاقيات المتعددة الأطراف التي عقدت في الآونة الأخيرة، والتي تستند الى صكوك معيارية غير ملزمة باعتبارها سوابق قانونية تم البناء عليها. ففي مجال حقوق الانسان فإن معاهدات الإقليمية والعالمية غالباً ما تذكر الإعلان العالمي لحقوق الانسان في مقدمتها بوصفه النذير لها أو السابقة القانونية المعيارية. كما أن

⁽¹⁾ ذهب كرسيتيان شنكن إلى التمييز بين القانون المرن ذات الطبيعة القانونية، أي الذي تجسده قاعدة صلبة، ولكن بمضمون مرن (Legal soft law; hard Rule- soft content)، وبين القانون المرن، المجرى من الشكل القانوني والمضمون القانوني (non- legal soft law; soft rule- soft to hard content)

- Christine Chinkin: the challenge of soft law: Development and change, International law; International and Comparative law quarterly; 1984, p. 850-851.

- José E. Alvarez: International Organization law- Makers, Oxford, Univ. Press, U.S.A, 2005; p. 217- 257. and 599- 600.

⁽²⁾ Alan Boyle & Christine Chinkin, The Making of International Law Law, P.215.

الإعلان نفسه تضمن الرغبة في وضع صكوك قانونية ملزمة أو اتفاقيات، فالكثير من الاتفاقيات المتعددة الأطراف على المستوى العالمي قد تمّ استبقاها بإعلان غير ملزم⁽¹⁾. وقد تكون بعض صور القانون الناعم جزءاً من عملية صنع الاتفاقيات المتعددة الأطراف. حيث يكون الخطوة الأولى في عملية التفاوض الفعلي المفضي الى وضع الاتفاقية المتعددة الأطراف. فالإعلان العالمي لحقوق الانسان للعام 1948 جعل من توقيع العهدين الدوليين 1966 أمراً ممكناً. ومن الأمثلة الأخرى قرار الجمعية العامة الخاص بالفضاء الخارجي⁽²⁾، وأعماق البحار⁽³⁾، والمناخ⁽⁴⁾ كانت النذر الأولى لاتفاقيات دولية، علاوة على مبادئ الوكالة الدولية للطاقة، التي مهّدت لاعتماد سريع لاتفاقية الإنذار المبكر لحوادث النووية التي وضعت بعد حادثة تشيرنوبل.

ويؤدي القانون الناعم دوراً تفسيريّاً لنص المعاهدة، إذ تستعمل النصوص غير الملزمة لإضفاء تفسير رسمي لمعاهدة ما، وذلك في الحالات التي تترك المسائل المستدامة بدون حلول في الاتفاقية الملزمة⁽⁵⁾. فالمادة (8) من اتفاقية التنوع البيولوجي التي تهتم بالمعرفة التقليدية وكيفية الوصول اليها ومشاركة منافعها، تشكل مثلاً على عدم الاتفاق الجوهري الناتج عن التعقيد والغموض والتناقض في الأحكام. ولذلك فإن المفاوضات اللاحقة التي تمت خلال المؤتمر الخاص بالمبادئ التوجيهية للوصول الى الموارد الجينية والتقاسم العادل والمنصف لمنافعها المتحصلة من الاستعمال، شكلت محاولة لتحديد بعض المسائل العالقة بواسطة القانون الناعم⁽⁶⁾.

وتستعمل بعض الدول صوراً أخرى من القانون الناعم بشكل مشابه للتفسير الرسمي لالتزامات بعض الاتفاقيات السابقة الوجود. فعلى سبيل المثال تبدو المعايير العملية للبنك

(1) D.Shelton, *Soft Law*, Op.cit, P.78.

(2) Resolution 1721 (xviii),1961 and Res. (xviii), 1963, Res.1721 (xvi),1961.were replaced by treaties, such as outer space treaty 1967 and the moon treaty 1979.

(3) The Declaration of Principles Governing the Seabed and Ocean Floor, UNGAes 2749 (xxv), 1970.

(4) UNGARes 43/53 , Dec 1988, Protection of Global Climate for Present and Future Generations of Mankind.

(5) Isabelle Duplessis, *Soft law International Labour Law, The Preferred Method of Regulation in a Decentralized Society*, op.cit, P. 29.

(6) Shelton, *Soft Law*, op.cit, P.74.

الدولي انها توجه إرشادات للموظفين حول الالتزام المنصوص عليه في الاتفاقية. مثال ذلك اعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ الأساسية للحقوق في العمل⁽¹⁾. والإعلان العالمي لحقوق الانسان وغيره من الإعلانات التي تذكر بالالتزامات الواردة في اتفاقيات دولية⁽²⁾. وقد تتحوّل معايير القانون الناعم الى قانون صارم من خلال اعتمادها في القوانين المحلية، أو بواسطة الشركات الداخلة في اتفاقات خاصة ملزمة كما هو الحال مع المبادرة الدولية للصناعات الاستخراجية والتي سنراها في التطبيقات العملية في مطلب مستقل. وكذلك مشروع قانون مسؤولية لدولة دليل جديد على أهمية القانون الناعم. فاعتماد قانون ناعم أقوى من اعتماد اتفاقية ولاسيما في حال إعادة النظر والتفاوض على اتفاقية موجودة كما هو حاصل بشأن اتفاقية قانون البحار واتفاقيات حقوق الانسان⁽³⁾. فالقانون الناعم والاتفاقية كلاهما وسائل نقل للوصول الى التوافق بمسألة معينة، حيث توفر آلية التصويت على قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة مثلاً عنصر ممارسة الدولة المشروط للعرف، وبالتالي يكون الأثر المحتمل للقانون الناعم مماثلاً للاتفاقية في هذه الحالة.

في بعض الحالات تظهر الصكوك غير الملزمة وكأنها مستقلة نسبياً وغير مرتبطة بصك ملزم، ولكن اثناء البحث والنقاش تحيل الى صكوك ملزمة سابقة، كما هو الحال مع اتفاقات هلنسكي⁽⁴⁾ التي أدت الى منظمة الأمن والتعاون في أوروبا ولجنة زنجر للرقابة المتعددة على الأسلحة⁽⁵⁾.

(1) José Alvares: International Organizations as Law- Makers, Oxford University Press, New York, 2006, P.230.

(2) Isabelle Duplessis, Soft law International Labour Law, The Preferred Method of Regulation in a Decentralized Society, "Governance, International Law and Corporate Responsibility, ILO, International Institute for Labour Studies, 116, Geneve, 2008, P. 37.

دور القانون الناعم واضح في اتفاقيات وتوصيات منظمة العمل الدولية ولاسيما في العديد من اتفاقاتها نذكر منها: الاتفاقية رقم 175 الخاصة ب العمل الجزئي للعام 1994 والاتفاقية رقم 177 الخاصة بالعمل المنزلي للعام 1996.

(3) Alan Boyle & Christine Chinkin, op.Cit., P.216.

(4) John Murphy, The Evolving Dimensions of International Law, Hard Choices for the World Community, Cambridge Un. Press, New York, 2009, P.21- 22.

(5) D. Selton, Soft Law, Op.cit, P. 79., Zangeer Committee for multilateral weapons control.

وتعدّ التقارير والتعليقات العامة الصادرة عن خبراء اللجان، المنبثقة عن الأجهزة المنشأة بموجب اتفاقيات حقوق الانسان، بمثابة قانون ناعم صدر بموجب السلطة المخولة لهذه الأجهزة نتيجة وكالة الدولة المعطاة للأجهزة استناداً لنظرية (Delegation)⁽¹⁾، فالتعليقات العامة مكملة لفقه اتفاقيات حقوق الانسان الأممية وتساهم في الحفاظ على سمة تلك الاتفاقيات باعتبارها أدوات حية⁽²⁾ Living Instruments

كما أن اعتماد المعايير غير الملزمة في أحيان كثيرة يؤدي الى تدوين قواعد مشابهة أو مماثلة في اتفاقات لاحقة، وهذا ما حصل بشأن القانون البيئي، حيث تمّ تضمين المبدأ رقم (21) من اعلان ستوكهولم للبيئة البشرية⁽³⁾ الخاص بحظر التسبب بإضرار بيئية ومسؤولية الدول عن ذلك، والذي تكرر في اعلان "ريو" للبيئة والتنمية، في معظم المعاهدات المتعددة الأطراف، وأيضاً المادة (3) من اتفاقية التنوع البيولوجي⁽⁴⁾.

وبناء على ما تقدّم، نجد أن القانون الناعم البيئي⁽⁵⁾ يضع قواعد ومعايير عامة تعبّر عن أفضل ممارسات الدول، أو تتضمن التزام "بذل عناية" للوصول لأهداف القانون الناعم. هذه المعايير هي التي تمنح الصلابة والالزامية لمضمون الاتفاقيات، وكذلك المبادئ الارشادية الصادرة في القاهرة والمتعلقة بنقل المواد الخطرة والسامة شكلت الأساس القانوني للمادة (4) من اتفاقية بازل للعام 1989 الخاص بالرقابة على نقل حركة النفايات السامة عبر الحدود، وبالتالي فإن اعتماد قانون ناعم هو أمر إيجابي لجهة معالجة تلك المشكلات بموجب قانون ناعم قابل للتعديل وللتكيف مع متغيرات المناخ أو السياسة.

ولتأكيد تفاعل القانون الناعم مع المعاهدة⁽⁶⁾ نورد ديباجة معاهدة الأمان النووي للعام 1994 التي قدمت الدليل التوجيهي المتضمن لوسائل معاصرة لتحقيق أعلى مستوى من

(1) A. Guzman & T. Meyer, International soft law, op.cit, P.24.

(2) Alan Boyle & Christine Chinkin, Ibid, P.217.

(3) Stockholm Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, June, 1972, UN Doc. A/CONF.48/14, 1974.

(4) Convention on Biological Diversity, 5 June, 1992, 31 ILM 818, 1992.

(5) Arif Ahmad & Md. Mustafa, Rule of Soft Law in Environmental Protection: An Overview Global, journal of Politics & Law Research, v.4, N2, 2016, P. 1-18.

(6) Richard Williamson Jr, Hard Law, Soft Law, and Non- Law Multilateral Arms Control: Some Compliance Hypotheses, Chicago J.int. Law, v4, N2, 2003.

الأمان، فوضع الاتفاقية موضع التطبيق مع بقاء المبادئ الإرشادية يخلق اطاراً قانونياً مستمراً ومقنعاً لإدارة المخاطر النووية. ونطرح أيضاً مثلاً آخر على ذلك وهو اعتماد منظمة "الفاو" مزيج من القانون الناعم والصلب لتعزيز عملية تطبيق الاحكام الخاصة بالصيادين الواردة في اتفاقية البحار للعام 1982، حيث منحت قوة ملزمة لآليات القانون الناعم، وذلك عبر ادراجها في نص اتفاقية والاحالة اليه بطريق غير مباشرة أو ضمنية⁽¹⁾. والامثلة في هذا السياق كثيرة منها اتفاقية قانون البحار للعام 1982 تضمنت توصيات صادرة عن المنظمة البحرية الدولية IMO والملاحق التنظيمية لاتفاقية "ماريل" للعام 1973⁽²⁾.

كما يمكن لأدوات القانون الناعم أن تعمل بالتوافق والتزامن والتطابق مع المعاهدة لتؤمن دليلاً على توافر الاعتقاد القانوني الملزم المساعد على تكوين العرف. ففي قضية نيكارغوا أظهرت محكمة العدل الدولية كيفية التداخل بين الميثاق الاممي وقرارات الجمعية العامة التي تمتلك ذات التأثير⁽³⁾.

وفي اطار التكامل، هناك معاهدات تبدو كأنها قانون ناعم، حيث ذهب بعض الفقه الى القول بوجهة نظر بديلة ركزت على التناقض بين قواعد تتضمن التزامات صريحة وقواعد خالية من التزامات دقيقة، إذ يرى "باكستر" أن بعض نصوص الاتفاقية، وكان قد أطلق عليها مصطلح "Soft Instrumentum" هي قانون ناعم حيث تفرض التزامات غير جدية على الأطراف ولكنها قوليت بقالب ملزم، ولكن غموضها وعدم وضوحها وعموميتها يمكن أن يسلبها صفتها الإلزامية كقانون صارم⁽⁴⁾، وتقدم الاتفاقية الاطارية للمناخ للعام 1992 مثلاً جيداً حيث اعتمدت بإجماع أعضاء مؤتمر "ريو" وفرضت تلك

(1) Gregory Shaffer & Mark A. Pollack, Hard and Soft Law, Alternatives, op. cit, P.706.

(2) Alan Boyle & Christine Chinkin, The Making of International Law, ibid, P. 219.

وهي اختصار لعبارة (Marine pollution) المبرمة في تشرين الثاني 1973، والتي انضم إليها لبنان بموجب القانون 83/13، وهي اتفاقية خاصة بمنع تلويث مياه البحر بالمرحوقات السائلة.

(3) A. Guzman & T. Meyer, International soft law, op.cit, P. 202, ICJ, Military and Paramilitary Activities, in and Against Nicaragua, 1968, P. 14.

(4) Richard R. Baxter, International Law in "Her Infinite Variety", 29 ICLQ, 2980, P.549, see also Hartmut Hillgenberg: A fresh look at Soft law; EJIL, 1999, No.10, P.499.

الاتفاقية الالتزامات على الأطراف ولكن موادها الأساسية التي عالجت السياسات وإجراءات التخفيف من اضرار الانبعاثات السامة للبيوت البلاستيكية وجاءت ضعيفة من حيث المضمون، ولم تؤكد أي التزام جدي. فتفسير الأمم المتحدة للمادة (4) فقرة 1 و2 تقيد أن المادة لا تفرض أي التزام محدد على الأطراف، وهكذا اتفاقية صعب أن تخرق لذلك دعاها باكستر بالقانون الناعم وهي تؤمن مكاسب سياسية أكثر منها قانونية⁽¹⁾.

أضف الى ذلك وجود اتفاقيات هي أقرب للقانون الناعم منها للقانون الصارم بسبب اتسامها بسمات معيارية محتملة، وأيضاً تضمنها مبادئ ومعايير أكثر مما تتضمن من قواعد محددة وملزمة. وعليه نجد أن صياغة النص أو الصك هي عامل حاسم لتصنيفه ناعماً أو صلباً وليست طريقة تشكله أو شكله في قلب معاهدة. وفي هذا الإطار نورد المادة (87) فقرة 2 من اتفاقية قانون البحار التي نصت على أن الحرية في أعالي البحار يجب أن تمارس من بعض الدول ولمصلحة الدول الأخرى. وهي تضمنت عبارة (due regard) أي واجب مراعاة أي موجب "بذل عناية" وباستعمالها تعني وجوب تحليل النص حالة بحالة لتقييم الالتزام، وبالتالي فهي تتضمن معياراً وليس قاعدة⁽²⁾، ما يجعلها مماثلة بطبيعتها للقانون الناعم.

فمعاهدة التغيير المناخي⁽³⁾ أيضاً هي مثال جيد ولاسيما المادة (3) والتي تنص على كيفية قيام النظام الخاص بتغير المناخ المعتمد من غالبية الدول بتطوير نفسه من قبل الدول الأطراف حيث أورد المبدأ الثالث منه:

تسترشد الدول الأطراف في الإجراءات التي تتخذها لبلوغ هدف الاتفاقية وتنفيذ أحكامها بما يلي، في جملة أمور:

- 1- تحمي الأطراف النظام المناخي لمنفعة الأجيال القادمة على أساس الانصاف:...
- 2- يولى الاعتبار التام للاحتياجات المحددة...

(1) Jean d'Aspremont: Softness in International Law: A Self – Serving Quest for New Legal Material, EJIL, V.19, N.5, 2008, P. 1082.

(2) Alan Boyle & Christine Chinkin, The Making of International Law, Op.cit, P.221.

(3) United Nations frame work Convention of Climate Change, 1992.

3- تتخذ الأطراف التدابير الوقائية لاستيعاب أسباب تغير المناخ أو الوقاية منها أو تقليلها الى الحد الأدنى وللتخفيف من اثارها الضارة.

4- للأطراف حق تعزيز التنمية المستدامة وعليها هذا الواجب...

هذه القيود الثلاثة الواردة في الاتفاقية اخذت مباشرة كما هي من اعلان "ريو" للتنمية والبيئة، وهو اعلان أي أداة غير ملزمة وهذه البنود هي ليست فقط جزء من اتفاقية الاطارية للتغير المناخي، بل هي أصلاً قواعد عرفية في القانون الدولي العام، وحتى إن لم تكن ناضجة وملائمة للوضع القانوني العرفي، ولم تدرج في صيغ الزامية في الاتفاقية⁽¹⁾.

إن سياق الصياغة في المادة (3) لها طابع روائي لجهة حماية البيئة، ولكنها تبقى ضرورية لوضع إطار عام ناظم للدول، فيما خص القضايا التي يجب أن تأخذ بحسبانها عند القيام بأفعال تتعلق بالتغير المناخي. وقد تكررت هذه المبادئ في مفاوضات "كيوتو" ووردت في ديباجة البرتوكول. وتجدر الإشارة هنا الى أن التنمية المستدامة والانصاف والمساواة بين الأجيال القادمة ومبدأ الحيطة والحذر، كل ذلك وبشكل مقنع ليست واجبات ملزمة قانوناً بل هي اعتبارات وأهداف سياساتية يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار وبالتالي هي بالمضمون ناعمة ويبقى لها اثار قانونية⁽²⁾.

ونذكر في هذا السياق، قرار محكمة العدل الدولية في قضية (Oil Plat forms) الذي تضمن الآتي "مع الاقرار بان المعاهدات ملزمة قانوناً إلا أن نصوص معينة في تلك المعاهدات قد ينظر لها أو قد تتم صياغتها بشكل اكثر عمومية بحيث يمكن القول بانها لا تنشئ التزامات قانونية أو حقوق"⁽³⁾، لذلك فالنصوص التي تتحدث عن اقامة علاقات ودية وضمن هذه العلاقات لا يمكن أن تخلق حقوقاً أو التزامات قانونية بالمعنى القانوني للكلمة، ولكن يمكن استخدامها في تفسير بقية نصوص المعاهدة.

(1) Arif Ahmad & Md. Mustafa, Rule of Soft Law in Environmental Protection: An Overview Global, op.cit, P.4.

(2) Alan Boyle & Christine Chinkin, op.cit, P. 219.

(3) Jean d'Aspremont: Softness in International Law: A Self – Serving Quest for New Legal Material, EJIL, V.19, N.5, 2008, P. 1086. ICJ, Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America, Judgment, 12 Dec. 1996.

هذه الأمثلة تقود الى أن عدم الزامية القانون الناعم أمر مبالغ فيه، فالدول ليست حرة في تجاهل القانون الناعم، فتلك الأدوات صحيح انها ليست ملزمة ولكن بانسجامها مع المعاهدة تصبح شيئاً أكثر من قانون غير ملزم⁽¹⁾.

3- القانون الناعم والمبادئ العامة.

يعتقد بعض أساتذة القانون الدولي أن القانون المرن قد يظهر في صورة مبادئ عامة، حيث يقترن بالمبادئ والقواعد الدولية التي تتطلب مراعاة المرونة، والاعتبارات الإنسانية أو الأخلاقية أو السياسية أو العملية، كما في قانون التجارة الدولية⁽²⁾، وفي القانون الدولي البيئي⁽³⁾، والقانون الدولي الاقتصادي⁽⁴⁾، فضلاً عن قيام القانون المرن بوظائف مشابهة أو مطابقة - إلى حد بعيد- لوظائف مبدأ العدل والإنصاف⁽⁵⁾ (Ex aequo et Bono). إن الفكرة أو الطريقة التي تؤثر فيها المعايير العمومية أو المبادئ على قضاء المحاكم عند استعمالها لسلطتها الاستثنائية ليست رهينة الاتفاقيات فقط. ففي العلاقات الدولية غالباً ما توجد مثل تلك المعايير والمبادئ في شكل إعلانات غير ملزمة أو قرارات منظمات دولية أكثر مما توجد في نصوص الاتفاقيات المتعددة الأطراف. والاعلان العالمي يبقى الأكثر وضوحاً في هذا المجال وللمحكمة الدولية سلطة الرجوع الى المبادئ العامة للقانون بموجب المادة (38) من نظام المحكمة.

ويتطلب هذا النهج في معظم الحالات الاستعانة ببعض المبادئ العامة في النظم الوطنية، كمبدأ عدم التمييز أو مبدأ المحاكمات العادلة، كما يمكن للمحاكم استعمال مبادئ

(1) Alan Boyle & Christine Chinkin, op.cit, P. 221.

(2) Gabrielle Kaufmann- Kohler: Soft law in International Arbitration: Codification and Normativity, Journal of International Dispute settlement; Oxford Journal, 2010, P. 1-17.

- Henry Deed Gabriel: The Advantages of Soft law in International Commercial law: the Role of Unidroit, Uncitral and the Hague Conference, Brook Journal of international Law, 2010, V.34:3 P. 655-672.

(3) Dinah Shelton: Guide to International Environment law, Martinus Nijhoff Pub, Leiden, 2007 P. 8-10.

(4) Andrew T. Guzman and Timothy Meyer: International Soft law; Journal of Legal analysis; Berkeley, 2010, v. 2, 1, P. 171-225.

⁵ Alan Boyle and Christine Chinkin, the Making of International law, ibid, P. 228-229.

من خارج النظم المحلية، ولكن هذه المبادئ لا يمكن أن تساهم في خلق أعراف لافتقارها الى الممارسات الدولية، ولكن تبرز أهميتها في عملية تفسير احكام الاتفاقية وتطويرها دون القدرة على تعديلها، وهذا ما لحظته المادة 3/31 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات⁽¹⁾.

فمبدأ الحيطة والحذر الحائز على اجماع وارد في المبدأ (15) من اعلان "ريو" للعام 1992 هو ذات الصلة بهذه النقطة. وهذا المبدأ هو سمة مشتركة بين "ريو" وبعض الاتفاقيات اللاحقة به⁽²⁾. وينص هذا المبدأ على انه " من اجل حماية البيئة تأخذ الدول على نطاق واسع بالنهج الوقائي، حسب قدرتها وفي حال ظهور ضرر جسيم أو ضرر غير قابل للإصلاح فإن النقص في درجة التأكد العلمية لا يمكن الركون اليه كسبب لاتخاذ تدابير فعالة لتعويض الكلفة أو لمنع التدهور البيئي⁽³⁾.

ويرى بعض الفقهاء أن مبدأ الحيطة والحذر هو ذو منشأ عرفي، ولكن المحاكم قررت منحه هذه الميزة، ومع ذلك ينظر اليه كمبدأ عام ويستعان به في تفسير الاتفاقيات وكذلك يستعمل كوسيلة معيارية لإدارة المخاطر البيئية⁽⁴⁾. وهذا ما ذهب اليه المحكمة في قضية صيد سمك التونة⁽⁵⁾، ويذهب "بروانلي"⁽⁶⁾ الى أن هذا المبدأ متضمن في مبدأ مسؤولية الدولة. كما اعتبر مقرر اللجنة السادسة في قضية الضرر العابر للحدود أن مبدأ الحيطة مباشرة هو عنصر لقاعدة عرفية تمنع الضرر بالبيئة ولا يمكن فصلها عنه. فالتنمية المستدامة باتت مبدأ وسيطاً بين الحق في التنمية والواجب في الرقابة على المصادر الضارة بالبيئة. فالمعايير الوسيطة أو المبادئ التي لا تحتاج الى فرض التزامات أو الى تنظيم سلوك معين، ولا تعتمد على ممارسات الدول ولا تحتاج الى ذات الوضوح والدقة التي تميز القواعد.

(1) Ulf Linderfalk, On The Interpretation of Treaties, Springer, 2007.

(2) José Alvares: International Organizations as Law- Makers, Oxford University Press, New York, 2006, P. 168.

(3) Alan Boyle & Christine Chinkin, Op.cit, P. 223.

(4) Remé Von Schomberg: The Precautionary Principles, Its Use within Hard and Soft Law, European Journal (EJRR), V.2, 2012., P.156.

(5) Beef Hormones , case , para 120-5, Southern Bluefin Cases Provisional Measures , 1999, ITLOS, no. 3 &4 , Para, 77-9.

(6) Ian Brownlie, Principles of Public International Law, Oxford, 2nd ed., 2003, P.276.

وبالتالي لا شك أن ما يمنح المبادئ العامة هذا النوع من السلطة والمشروعية هو ببساطة تأييد الدول لها أي الاعتقاد بإلزاميتها. وهذا المبادئ لها ميزة تشبه الفكرة التي عبر (دوركين) بالنسبة للمبادئ الدستورية⁽¹⁾. بمعنى انها تضع الإطار العام الذي تتحرك ضمنه المحاكم وتمارس من خلاله المؤسسات الدولية السلطة الاستثنائية أو التقديرية. وهي إن كانت تفتقد الى الجانب الصلب للقاعدة أو الالتزام ولكن التشابه بينها وبين القاعدة الملزمة أمر أكيد، وهذا ما يستفاد من قرار محكمة العدل الدولية في قضية التنمية المستدامة⁽²⁾، فهي ليست مبدأ أو التزاماً قانونياً، ولكنها تحمل هدفاً سياسياً ومبدأً يؤثر على مخرجات سلوك الدول وممارساتها والتي تؤدي الى تغيير في القانون الحالي، وبالتالي على الدول أن تأخذها بالحسبان عند وضع برنامج عمل هدفه تحقيق التنمية المستدامة⁽³⁾. فاستعمال القانون الناعم لا يقلل من الحاجة الى التوافق بين الدول، وعليه فمن ايجابيات اعتماد مبادئ على شكل قانون ناعم تكمن في تجنب اعتماد اتفاقية أو إجراءات ابرام اتفاقية في حال تعذر ذلك لأي سبب كان⁽⁴⁾.

○ الخلاصة:

بناءً على ما تقدم بحثه، فمن المسلم به أن مكانة القانون الناعم أو الأدوات القانونية الناعمة هي في تقدم مستمر، تساعد في ذلك ظروف متعددة، سواء ما كان منها بنوياً نظراً لطبيعة تكون القانون الدولي أو ما كان طارئاً عليها كظاهرة العولمة. وهذا التقدم طرح تساؤلات عديدة بشأن الطبيعة الجديدة للقانون الدولي المعاصر على ضوء مهامه الوظيفية المستجدة.

وبالتالي بات من الضروري أن نطرح التساؤل الآتي، هل نحن جدياً أمام وضع يحتم علينا ان نختار بين الالتزام بالنص القانون الصارم وبين الامتثال للنص القانوني الناعم؟

(1) R. Dworkin, Taking Rights Seriously, London, 1977.

(2) Gabicikovo- Nagymaros, ICJ, 1997, Reports, 7, Para 140.

(3) Such as, Un Fish Stocks Agreement 1995 and Un Convention on International watercourses 1997.

(4) Russel Lamotte, Mechanisms for Global Agreement", International Environmental Law, American Bar Ass., 2014, P.965-968.

فإذا كانت الدول تتوقع الامتثال وبالواقع الالتزام مع القواعد والمبادئ المتضمنة في القانون الناعم بالمستوى نفسه الموجود في القواعد والاتفاقيات الملزمة، لربما يمكن القول إننا بحاجة الى توسيع مفهوم القانون الدولي أو توسيع لائحة مصادره. وبشكل متبادل يمكن أن نعترف بان الالتزام القانوني ليس عاملاً مؤثراً في تصرف الدول كما يعتقد البعض. وهناك احتمال أبعد من ذلك، وهو أن القانون الملزم يبقى هو الأساس وتختار الدول القانون الناعم لمعالجة بعض المسائل الخاصة التي يتوقع الاختلاف بشأنها لجهة عدم الامتثال⁽¹⁾.

بعد استخدام معلومات وداتا بيانات مستقاة من 107 دول لمعرفة لماذا الدول تتسجم مع القانون الناعم؟ أظهرت النتائج أن اعتبارات خاصة بسمعة الدولة هي عامل مؤثر، كما توصلت الى أن وجود أنظمة ديمقراطية له أثر على التنفيذ، كما هو الحال مع اتفاق بازل. أضف الى ذلك وجود نظام مؤسستي محلي هو عامل مؤثر في الالتزام بالقوانين والاتفاقيات السياسية، أضف الى ذلك تحالف المنظمات الدولية غير الحكومية يساعد على تحشيد وتحريك مجموعات الضغط، لدفع الحكومات على تبني مجموعة معايير وهذا ما حصل مع مجموعات الضغط المالي والاقتصادي في العالم.

في بعض الحالات فإن الامتثال لمعايير مرنة وآليات غير ملزمة هو أمر جيد، ويكون من الأفضل تضمينها في نصوص ملزمة، ولكن في الواقع أن الاختيار أحياناً لا يكون دائماً بين وجود نص ملزم أو وجود نص مرن، انما يكون بين وجود نص مرن غير ملزم أو لا شيء على الاطلاق.

The choice is between a non- binding text and no text at all

وبالتالي الخيار بين الدخول في مفاوضات معقدة وطويلة لإقرار نص ملزم وبين الموافقة على نص مرن، يكون من الأفضل في بعض الحالات اعتماد نص مرن. من وجهة نظر ممارسة الدول، يبدو واضحاً أن القرارات، كتيب التعليمات أو التصرفات، المؤتمرات والاعلانات وغيرها من الصكوك المشابهة، ليست بقانون ناعم أو صارم، فهي ارتبطت بشكل أو بآخر بقانون أو أدت الى صدور قانون. فالدول وغيرها من الفاعلين الدوليين يوافقون عن علم على الدخول بصكوك غير ملزمة، فهم على وعي تام

⁽¹⁾ D.Shelton, Soft Law, op.cit, P. 84.

بأنه غير ملزم قانوناً. فالمراقبون الدوليون لممارسة الدول يرون أنه يوجد حركة مستمرة للانتقال من القانون المرن الى القانون الناعم، بل هناك نظام مزدوج حيث يتم تطبيق صكوك على انها قانون أو غير قانون.

فالسك غير الملزم قد يكون له قوة الزامية سياسية أو معنوية، ويبقى الفارق واضح عبر النقاشات والمفاوضات السابقة لإقراره. فهي ليست قوانين، انما يمكن أن تعبر عن توجه أو عن مرحلة تمهيدية لتشكيل اتفاقية أو عرف، فالقانون الناعم ليس له مقياس متحرك للإلزامية، كما أن الرغبة في الالتزام به لا تحوله الى قانون ولو تكررت.

فالالتزام بالصكوك المرنة يظهر تقدماً في العلاقات الدولية ولاسيما مع وجود تعدد لاعبين ما يزيد الأمور تعقيداً وبالتالي تظهر الحاجة الى اللجوء لاعتماد هكذا صكوك، ولاسيما لتنظيم مسائل اجتماعية، وبيئة الاعمال، والبيئة، وحقوق الانسان، وانتشار الأسلحة، وحسن الجوار وغيرها. فالمعايير غير الملزمة والمعايير الاجتماعية غير الرسمية، تكون مفيدة وفعالة لتوفير المرونة والفعالية للاستجابة للمشاكل المشتركة. فهي ليست بقانون ولا تحتاج له لتؤثر في تغيير التصرفات على نحو غير مرغوب.

وفي الختام، برأينا انه لا يوجد وصفة جاهزة للنجاح في حل المشاكل الدولية الملحة والنزاعات المشتقة من تشابك المصالح أو الايدولوجيات، بينما هناك بعض العوامل الخاصة التي تبدو مؤثرة في سلوك الدول وغير الدول، حيث محددات التنفيذ والامتثال والفعالية تتغير من مجال الى آخر، فالقانون الدولي منظومة تبدو اليوم معقدة ودينامية لجهة تداخل العلاقات بين القانون الصارم والناعم، حيث تعطي القوانين الصارمة أكثر أو اقل أولوية، أو من حيث اعتماد تعليمات دولية أو توجيهات محلية. فإذا لم يكن القانون الناعم قانوناً بالمفهوم الضيق، فإنه بلا شك مصدر الصلاحية القانونية (Validity) للقاعدة المطبقة بوصفه جزءاً منها، وأيضاً يكون مصدر الفاعلية (Effectiveness) أي القوة الإلزامية الناتجة عن القبول به كقانون، وذلك في الحالات التي رضي الأطراف بتطبيقه. في نهاية المطاف الجميع يسعى الى تعزيز حكم القانون.

صفحة القرن في ضوء القانون الدولي الانتهاكات الأميركية لاتفاقيات وقرارات الأمم المتحدة

د. علي مطر

تعد القضية الفلسطينية، الأزمة الأكثر تعقيداً في الشرق الأوسط، منذ عام 1917 حتى يومنا هذا. وما من صراعٍ شهد تدخلاتٍ خارجية، وتشابك مصالح دولية، كالصراع العربي الإسرائيلي الذي مر عليه عقود طويلة، وتبدلات في القوى السياسية الحاكمة عليه من بريطانيا إلى الولايات المتحدة الأميركية، وما تخلل ذلك من تبدل في الرؤى وطرائق التعامل مع الصراع بحسب تبدلات الإدارات الأميركية، فيما يعد الرئيس دونالد ترامب الأكثر وضوحاً في الوقوف إلى جانب "إسرائيل" في مقابل إسقاط الحقوق الفلسطينية. وفي هذا المسار الصعب والحساس من عمر الصراع، لم يكن مستغرباً إعلان ترامب عن صفقة القرن. لقد بدأ التمهيد لهذه العملية منذ بدء ولايته عام 2017. بدأ في ذلك من خلال إعلان نقل السفارة الأميركية، واعتبار القدس عاصمةً لـ"إسرائيل"، ومن ثم إعلان الشق الاقتصادي من الصفقة عبر مستشاره جاريد كوشنر في ورشة البحرين منتصف العام 2019. خطوات عدة، مهدت لما يريده دونالد ترامب، بدأت بإعلان القدس عاصمة لـ"إسرائيل"، في خطوة تدل على مدى دعم الإدارة الأميركية لها، وضربها لكل المواثيق الدولية عرض الحائط. أتى دونالد ترامب ليخدم الإسرائيليين خدمة تاريخية لا يراها إلا وعد بلفور، قاطعاً أمامهم شوطاً كبيراً في تهويد القدس وتضييع القضية الفلسطينية لحساب الاحتلال.

على مدى سنوات استخدم الإسرائيليون وسائل عدة لتهويد القدس منها (الاستيطان، مصادرة الأراضي، تهجير الفلسطينيين، سحب الهويات منهم، وإصدار القوانين المتعلقة

بهذا التهويد) دون أن يستطيعوا تنفيذ كل ما يريدون، فأتى دونالد ترامب ليقدم لهم على طبق من ذهب إعلان القدس عاصمة للكيان، في ظل تغافل عربي عن ذلك يساهم بشكل أو بآخر بتضييع الحقوق الفلسطينية. أتى دونالد ترامب، ليكفل جهود الصهاينة منذ أكثر من 70 سنة لتقسيم مدينة القدس المحتلة وتهويدها من أجل أهدافهم التوسعية وتغيير معالم فلسطين ونزع الهوية العربية التاريخية من مدينة القدس. ما قام به ترامب، لم يأت نتيجة صدفة، بل نتيجة تهيئة ظروف منذ تسعينات القرن الماضي لإعلان القدس عاصمة لـ"إسرائيل" سيما أن واشنطن اليوم هي الداعم الأول لها، وقد أتى قرار ترامب بشكل أحادي، ومن خارج ما أقرته الشرعية الدولية من خلال ما صدر من قرارات تعنى بالقضية الفلسطينية سواء في الجمعية العامة للأمم المتحدة أو من خلال مجلس الأمن الدولي، وفي بحثنا سنحاول معالجة إشكالية أساسية يجب عدم إغفالها في هذا الصراع لعلها تدعم طريقة التعامل مع خطة ترامب للسلام، وتتمحور حول إنتهاك الولايات المتحدة الأمريكية للقانون الدولي والقرارات الدولية التي اهتمت بالقضية الفلسطينية وعالجتها، لننطلق في ذلك من إظهار هذه المخالفات مستندين على أبرز الاتفاقات والقرارات الدولية، ومستخدمين لذلك المنهج التاريخي للوقوف على بعض النقاط التاريخية والمنهج التحليلي الذي نقف من خلاله على تحليل أبرز هذه القرارات لمعرفة دلالاتها وكيف عالجت القضية وخطورة إنتهاك هذه القرارات.

ولأهمية البحث في هذه الإشكالية، التي كان لا بد من سبر أغوارها، من أجل تقييم تجربة الولايات المتحدة الأمريكية في تعاطيها مع القضية الفلسطينية، والتي تقوم في الأصل على عدم الاهتمام بالقانون الدولي الذي يحكم التعامل مع القضية الفلسطينية، قمنا بتقسيم البحث إلى ثلاثة مطالب حمل المطلب الأول عنوان " إعلان القدس عاصمة لـ"إسرائيل" من خارج الشرعية الدولية"، فيما أتى المطلب الثاني تحت عنوان "قراءة في أهم قرارات مجلس الأمن والجمعية العامة"، بينما تطرقنا في المطلب الثالث إلى "الانتهاكات الأمريكية للشرعية الدولية".

○ المطلب الأول: إعلان القدس عاصمة لـ"إسرائيل" من خارج الشرعية الدولية

اختارت إدارة الرئيس دونالد ترامب تعقيد الترتيبات السياسية في الشرق الأوسط، وذهبت نحو تصفية القضية الفلسطينية، من أجل إرضاء "إسرائيل، وتحقيق مصالح إنتخابية لترامب ومنتيا هو المأزومين سياسياً، فقد استغل الرئيس الأميركي دونالد ترامب ما يعيشه العالم العربي من ظروف سياسية حساسة خاصة في ظل ما حدث بعد ثورات الربيع العربي وانطلاق الحرب السورية، وما شهده من خلافات وتجاذبات عربية جمّة فذهب نحو "الاعتراف بالقدس عاصمة لـ"إسرائيل" ونقل السفارة الأميركية إليها"، وقد ترتّب على ذلك رفض عربي وفلسطيني أدى إلى إسقاط الخيار بالذهاب نحو أيّ مفاوضات برعاية أميركية أحادية، في ظلّ التخلّي الأميركي عن إمكانية حلّ الدولتين من قبل إدارة دونالد ترامب، ومن ثمّ الذهاب نحو إعلان "دولة إسرائيل الكبرى" عبر صفقة القرن على حساب حقوق الفلسطينيين بشكل يخالف الشرعية الدولية.

◆ الفقرة الأولى: إعلان القدس عاصمة لـ"إسرائيل"

قد أعلن الرئيس الأميركي دونالد ترامب في يوم 6 كانون الأول/ ديسمبر 2018 اعتراف إدارته بالقدس عاصمةً لـ"إسرائيل"، كما وجّه وزارة الخارجية لـ"بدء التحضيرات لنقل السفارة الأمريكية من تل أبيب إلى القدس". ومن ثمّ كشف الرئيس الأميركي، دونالد ترامب، عن صفقة القرن بين إسرائيل والفلسطينيين بتاريخ 28 كانون الثاني 2020،⁽¹⁾ وبتقريرٍ قد لا يبدو مستغرباً نتيجة العقلية الأميركية، كان هذا القرار خطوةً تدلّ على مدى دعم الإدارة الأميركية لـ"إسرائيل"، وضربها لكل الموثيق الدولية عرض الحائط.⁽²⁾

ويمكن عرض أبرز النقاط في هذه الخطة الأميركية التي نشير إليها كالتالي:

(1) "صفقة القرن" بـ9 نقاط أساسية، شبكة "سي ان ان"، 29 يناير / كانون الثاني 2020، على الرابط

<https://arabic.cnn.com/middle-east/article/2020/01/29/here-are-key-points-trumps-plan>

(2) Harriet Sherwood, **What does US recognition of Jerusalem as Israel's capital mean?** The Guardian, 9 Feb 2018.

- 1- كل المستوطنات الإسرائيلية في الضفة الغربية ستضم لـ"إسرائيل".
- 2- غور الأردن الذي تزعم "إسرائيل" إنه مهم لأمنها سيكون تحت السيادة الإسرائيلية.
- 3- القدس غير مقسمة عاصمة لـ"إسرائيل".
- 4- الوصول إلى الأماكن المقدسة في القدس مسموح لجميع الديانات، والمسجد الأقصى سيبقى تحت الوصاية الأردنية.
- 5- عاصمة الفلسطينيين المستقبلية ستكون في منطقة تقع إلى الشرق والشمال من الجدار المحيط بأجزاء من القدس وقد أعلنها ترامب بأبو ديس.
- 6- نزع سلاح حركة حماس وأن تكون غزة وسائر الدولة الفلسطينية المستقبلية منزوعة السلاح.
- 7- إنشاء رابط مواصلات سريع بين الضفة الغربية وغزة يمر فوق أو تحت الأراضي الخاضعة للسيادة الإسرائيلية.
- 8- اعتراف الطرفين بالدولة الفلسطينية بأنها دولة للشعب الفلسطيني والدولة الإسرائيلية بأنها دولة للشعب اليهودي.
- 9- ألا تبني إسرائيل أي مستوطنات جديدة في المناطق التي تخضع لسيادتها في هذه الخطة لمدة 4 سنوات.⁽¹⁾

عندما نقول أن ترامب اتخذ قراراً أحادياً لا يعني أنه يخالف تطلعات الولايات المتحدة الأميركية، إنما يخالف الشرعية الدولية ويصادر قرارات الدول مجتمعة، فالكونغرس هو من يعبر عن هذه الرؤية مع الرئيس مباشرة، فبالإضافة إلى الأساس القانوني لهذا القرار الرئاسي المرتكز على قانون الكونغرس الأميركي عام 1995، فإن ترامب قد تلقى دعوة إلى الالتزام بهذا القانون من مجلس الشيوخ الأميركي وذلك في تموز/ يونيو الماضي، مؤكداً على نقل السفارة الأميركية من "تل أبيب" إلى القدس المحتلة. وهذا إن دل على شيء، فإنه يظهر التزام الولايات المتحدة لحلفائها وأصدقائها في "إسرائيل" بالوقوف إلى

⁽¹⁾ Peace to prosperity (A vision to improve the lives of the Palestinian and Israeli people, January 2020, <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2020/01/Peace-to-Prosperty-0120.pdf>)

جانبهم، وقد أكد على ذلك، زعيم الأغلبية في مجلس الشيوخ ميتش ماكونيل. ويمكننا هنا الحديث عن البعد الدستوري والقانوني في القرار الأمريكي في موضوع القدس؛ حيث تُقرُّ الولايات المتحدة من الناحية القانونية، وعبر مواقفها المعلنة في المنظمات الدولية، وخصوصاً مجلس الأمن الدولي، وفي بيانات اللجنة الرباعية المختلفة، وفي تأييدها لما ورد في المعاهدات العربية الإسرائيلية (مع الأردن ومع مصر)، وفي اتفاق أوسلو على:

1. عدم الاعتراف بقرار الضمّ الإسرائيلي لمدينة القدس، وهو ما تجلّى في امتناع الولايات المتحدة عن التصويت على القرار رقم 478 الصادر عن مجلس الأمن الدولي بموافقة 14 دولة، وهو القرار الذي يُعدُّ الضم الإسرائيلي مخالفاً للقانون الدولي.

2. أن التصريحات الأمريكية المختلفة تؤكد أن موضوع القدس هو من ضمن مواضيع الحل النهائي، مما يعني أنه ليس لأحد الأطراف أن يقرر فيه منفرداً. لكن المشهد القانوني ينطوي على بعد آخر، وهو ما صدر في 1995/10/23 عن الكونجرس الأمريكي من قانون عُرف باسم "قانون سفارة القدس لسنة 1995" "Jerusalem Embassy Act" والذي نصّ وبأغلبية كبيرة (93 مقابل 5 في الشيوخ، 374 مقابل 37 في النواب) على الشروع بتمويل عملية نقل السفارة الأمريكية من تل أبيب إلى القدس؛ على أن يتم ذلك في حدّ أقصى هو 1999/5/31، والتأكيد على بقاء القدس مدينة موحدة كعاصمة لـ "إسرائيل"، مع الإشارة إلى أن الأمر متروك للرئيس لتقدير ما إذا كان ذلك يضر المصالح العليا للولايات المتحدة أم لا، إذ إنّ الأمر يقع ضمن صلاحيات الرئيس كأعلى سلطة تنفيذية. هذا القانون لم ينتقل إلى حيّز التنفيذ لسببين، هما أنّ المستشار القانوني لوزارة العدل الأمريكية رأى أنّ هذا القانون غير دستوري، وينتهك صلاحيات الرئيس في مجال السياسة الخارجية من ناحية، وأنّ الرؤساء الأمريكيين منذ تلك الفترة وحتى الآن رفضوا "التخلي" أو "التنازل" (waiver) عن مسؤوليتهم الدستورية في هذا الجانب من ناحية ثانية، وامتنع كل من الرئيسين بيل كلينتون وجورج بوش عن تنفيذه،

وعمل باراك أوباما على تناسيه، على الرغم من أن الأول والثاني وعدا بذلك خلال الحملات الانتخابية.⁽¹⁾

ماذا تعني هذه الخطوة من قبل إدارة دونالد ترامب:

1. إخراج ملف القدس من أي مفاوضات بين الفلسطينيين والإسرائيليين، رغم أن الجانب الأمريكي نفسه كان قد طمأن الفلسطينيين منذ مفاوضات مدريد في نوفمبر/ تشرين الثاني 1991 بأن الوضع النهائي لمدينة القدس تحدده المفاوضات بين الجانبين. مع العلم أن مواقف الإدارات الأمريكية المتعاقبة كانت تقوم على مبدأ عدم الاعتراف بضم القدس لـ"إسرائيل"، وبناءً على هذا الموقف كان يصدر دورياً كل ستة أشهر قراراً رئاسياً بتأجيل نقل السفارة الأمريكية إلى القدس.

2. إعطاء الضوء الأخضر لـ"إسرائيل" كي تمضي في فرض سيطرتها الكاملة على المقدسات الإسلامية والمسيحية في المدينة المقدسة، ودعم سياسة الاحتلال القائمة على التهويد والتهمير وضمّ الأراضي، وهو ما سيزيد من المعاناة اليومية للفلسطينيين عامةً وللمقدسيين خاصةً.

3. ضوء أخضر إلى بقية دول العالم بالتعامل مع الواقع الحالي على اعتبار أن إسرائيل سيصبح له دولة واضحة المعالم ومُعترف بها من جيرانها، وقد سارع رئيس الوزراء الإسرائيلي بنيامين نتنياهو بدعوة دول العالم إلى السير على خطى أميركا.

4. الخطوة الأمريكية تنسف خيار حل الدولتين الذي يتبناه المجتمع الدولي لحل القضية الفلسطينية.⁽²⁾

⁽¹⁾ سيناريوهات ترامب لنقل السفارة الأمريكية للقدس، التقدير الاستراتيجي (96)، مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات، كانون الثاني/ يناير 2017، ص 2.

⁽²⁾ ماذا يعني نقل السفارة الأمريكية للقدس؟ موقع الجزيرة، 14 ايار/ مايو 2018، الدخول إلى الموقع 2019/5/4 <https://www.aljazeera.net/encyclopedia/events/2018/5/14/>

5. تعزيز موقف ننتيا هو وحكومته تجاه قضم حقوق الفلسطينيين، وأعطاء فلسطين للإسرائيليين.⁽¹⁾

♦ **الفقرة الثانية: الشرعية الدولية وأبرز قرارات الأمم المتحدة المتعلقة بالقضية الفلسطينية**
أمام ما قام به دونالد ترامب من انتهاكات للقانون الدولي وقرارات الشرعية الدولية، كان من الضروري التطرق إلى ذلك، والحديث عن مفهوم الشرعية الدولية ومدى إلزامية القرارات الصادرة عن مجلس الأمن في هذا الإطار. وعليه، كان لا بد من البحث في تأثير تلك القرارات الدولية، الصادرة عن منظمة الأمم المتحدة، على مسار القضية الفلسطينية.

• أولاً: مفهوم الشرعية الدولية

قبل الولوج إلى عرض وتحليل أبرز هذه القرارات، حريّ بنا أن نعرّج على مفهوم الشرعية الدولية الذي لا يمكن تجاوزه، عند الحديث عن المجتمع الدولي والمؤسسة الدولية، بأجهزتها وقراراتها. ونقصد به هنا، مقاصد هيئة الأمم المستمدة من مبادئ وقواعد القانون الدولي المعاصر، بالإضافة إلى كلّ القرارات والتوصيات، ذات العلاقة بالمسألة الفلسطينية، المنققة من حيث الشكل والموضوع، مع أحكام ميثاق المنظمة الدولية.

حيث يعني مصطلح الشرعية الدولية "الالتزام بمجموعة المبادئ والقوانين التي تحكم وتوجّه العلاقات الدولية من خلال منظمة الأمم المتحدة وبما تصدره هيئاتها، المكلفة بحفظ السلم والأمن العالميين، وعلى رأسها مجلس الأمن الدولي"⁽²⁾. وتتجسد الشرعية الدولية في أحكام القانون الدولي أياً كان مصدره، وعلى ذلك فإنّ فرض الشرعية الدولية يكون بفرض أحكام القانون الدولي على المخاطبين به، وانتهاك الشرعية الدولية يكون بانتهاك أحكام

(1) صلاح عبد العاطي، نقل السفارة الأميركية إلى القدس... المخاطر وخيارات المواجهة، المركز الفلسطيني لأبحاث السياسات - مسارات، ص 3.

(2) موسوعة الجزيرة، تاريخ الدخول 2019/3/28

<https://www.aljazeera.net/encyclopedia/conceptsandterminology/2016/1/16/>

هذا القانون.⁽¹⁾ وبالتالي هي وجوب تطبيق قواعد القانون الدولي على سائر التصرفات التي تصدر عن أشخاص هذا القانون في كل ما يتصل بعلاقتهم؛ أي ضرورة الوجود المسبق للنصوص القانونية الدولية وضرورة اتفاق أي تصرف مع هذه النصوص.⁽²⁾ على أن هناك تعريفاً آخر للشرعية الدولية، والذي ذهب إليه البعض من أنه يقصد بها "المرجع الذي يحتكم إليه لقياس مدى الانحراف أو الخروج منه في سلوك الدولة والمجتمع الدولي".⁽³⁾ ومن الممكن القول أن الشرعية الدولية هي إرادة المجتمع الدولي، لا إرادة دولة واحدة، مهما بلغت هذه الدولة من قوة وهيمنة، وبالتالي لا يمكن لهذه الدولة أن تحدد منفردةً هذا المفهوم وفق رؤيتها أو أن تتعاطى معه وفق مصالحها. وعليه، فإن الشرعية هي صفة أي نظام مؤسس على مرتكزات قانونية أو أخلاقية أو قيمية؛ ينعقد وينطبق هذا التفسير بجله على موضوع بحثنا؛ حيث يذهب بعض المحللين والمراقبين السياسيين إلى القول بأنه لم يولد طيلة القرن العشرين مشروعٌ سياسيٌّ قادرٌ على تحقيق وفرض نفسه على أرض الواقع، وبلوغ أهدافه كما فعل المشروع الصهيوني. وقد كان أحد أدوات هذا المشروع هو الاعتماد على الشرعية الدولية. وتعدّ قرارات الأمم المتحدة أحد أدوات الشرعية الدولية، لحلّ الصراع العربي - الإسرائيلي، ورغم ذلك فقد أسقطت مسيرة التسوية مرجعية العديد من هذه القرارات، فخفضت لتوازن القوى، وبالتالي لإملاءات إسرائيلية أميركية واشتراطاتها المستمرة. حولها إجماع مجموعة معينة أو أغلب أفرادها، نظراً لما يجمع بينهم من تلك الأسس وما توفره من إنصاف وعدالة، في تنظيم المعاملات بينهم وحماية حدود دنيا من الحقوق لكل واحد منهم.

(1) ماهر عبد المنعم أبو يونس، استخدام القوة في فرض الشرعية الدولية، المكتبة المصرية، الإسكندرية، 2004، ص 12.

(2) محمد عبد الرحمن إسماعيل الذاري، مدى انطباق الشرعية على نظام العقوبات الدولية، دراسة بحثية لمركز المعلومات والتأهيل لحقوق الإنسان، 2005، ص 32-34.

(3) انظر المرجع نفسه، ص 33.

• ثانياً: أبرز القرارات المتعلقة بالقضية الفلسطينية

مما لا شك فيه أنّ قرارات الأمم المتحدة التي صدرت بشأن القضية الفلسطينية (أو ما سمي بالصراع العربي - الإسرائيلي)، تفوق عدد القرارات بشأن أيّ قضية أخرى؛ منذ إنشاء الأمم المتحدة بثوبها الأول، ك"عصبة الأمم" بعد الحرب العالمية الأولى، والتي أصدرت قرارها بانتداب بريطانيا على فلسطين، مع توصية العمل على تنفيذ وعد بلفور للعام 1917. من ثم بثوبها الثاني ك"هيئة الأمم المتحدة" بعد الحرب العالمية الثانية، فمنذ عام 1947 وحتى عام 2004 فقط، أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة 820 قراراً بشأن تلك القضية. فلا توجد أزمة دولية "استحوذت على ثلث قرارات الأمم المتحدة كأزمة الشرق الأوسط هذه".⁽¹⁾

أمّا مجلس الأمن الدولي فقد أصدر عشرات القرارات التي أكدت إدانة "إسرائيل الدولة"، ليس في نطاق تعاطيها مع فلسطيني الداخل الإسرائيلي وحسب، وإنّما في نطاق سياستها كقوة قائمة بالاحتلال، اعتباراً من العام 1967 إلا أنّ مجلس الأمن لم يتخذ أي قرار مستند إلى الفصل السابع (باستثناء القرار الرقم 62 الذي فرض بموجبه الهدنة بين "إسرائيل" والعرب 1948-1949) ضد "إسرائيل"، وبذلك استطاعت أن تتملّص من كل هذه القرارات ومن دون أي هاجس.⁽²⁾ ونعرض هنا أبرز القرارات الصادرة عن المنظمة الدولية فيما يتعلق بالقضية الفلسطينية.

- قرار رقم 237 الصادر في عام 1967 بتاريخ 14 يونيو، وفيه يدعو مجلس الأمن إسرائيل إلى احترام حقوق الإنسان في المناطق الفلسطينية التي تأثرت بصراع الشرق الأوسط 1967، حيث يأخذ بعين الاعتبار الحاجة الملحة إلى رفع المزيد من الآلام عن السكان المدنيين وأسرى الحرب في منطقة النزاع في الشرق الأوسط.

(1) عدنان السيد حسين، التسوية الصعبة دراسة في الاتفاقات والمعاهدات العربية الإسرائيلية، مركز الدراسات الإستراتيجية للبحوث والتوثيق، بيروت، الطبعة الأولى 1998، ص 161.

(2) شفيق المصري، حق الشعب الفلسطيني في العودة والتعويض وحق الشعب اللبناني في رفض التوطين، الدفاع الوطني اللبناني، العدد 38 - تشرين الأول 2001، ص 53.

- قرار رقم 271 لعام 1969 بتاريخ 15 سبتمبر/أيلول يدين إسرائيل لحرق المسجد الأقصى فى يوم 21 أغسطس من عام 1969 ويدعو فيه إلى إلغاء جميع الإجراءات التى من شأنها تغيير وضع القدس.
- قرار رقم 592 لعام 1986 بتاريخ 8 ديسمبر/كانون الأول يشجب مجلس الأمن فيه قيام الجيش الإسرائيلى بإطلاق النار ضد المدنيين، الأمر الذى أدى إلى وفاة وإصابة عدد من طلاب جامعة بيرزيت.
- قرار رقم 605 لعام 1987 بتاريخ 22 ديسمبر/كانون الأول وفيه يشجب مجلس الأمن الممارسات الإسرائيلىة التى تنتهك حقوق الإنسان للشعب الفلسطينى فى الأراضى المحتلة ويطلب من إسرائيل أن تنقيد فوراً وبدقة باتفاقية جنيف المتعلقة بحماية المدنيين وقت الحرب.
- قرار رقم 607 لعام 1988 بتاريخ 5 يناير/كانون الثانى يطلب فيه مجلس الأمن أن تمتنع إسرائيل عن ترحيل مدنيين فلسطينيين عن الأراضى المحتلة.
- قرار رقم 608 لعام 1988 بتاريخ 5 يناير/كانون الثانى يطلب من إسرائيل إلغاء أمر ترحيل المدنيين الفلسطينيين وكفالة عودة من تم ترحيلهم فعلاً.
- قرار رقم 636 لعام 1989 الصادر بتاريخ 6 يوليو/تموز يطلب من إسرائيل أن تكفل العودة إلى الأراضى المحتلة لمن تم إبعادهم (ثمانية مدنيين فلسطينيين فى 29 يونيو 1989) وأن تكف إسرائيل عن إبعاد أى فلسطينيين مدنيين آخرين.
- قرار رقم 641 لعام 1989 بتاريخ 30 أغسطس/آب يشجب استمرار إسرائيل فى إبعاد المدنيين الفلسطينيين (إبعاد خمسة مدنيين فلسطينيين فى 27 أغسطس 1989) ويطلب من إسرائيل أن تكفل العودة الآنية والفورية لمن تم إبعادهم.
- قرار رقم 672 لعام 1990 بتاريخ 12 أكتوبر/تشرين الأول يدين أعمال العنف التى ارتكبتها قوات الأمن الإسرائيلىة فى 8 أكتوبر من عام 1990 بالحرم القدسى الشريف، ما أسفر عن مقتل ما يزيد على 20 فلسطينياً، وإصابة 150 شخصاً بجراح من بينهم مصليين.

- قرار رقم 681 لعام 1990 بتاريخ 20 ديسمبر/كانون الأول يشجب قرار إسرائيل استئناف إبعاد المدنيين الفلسطينيين في الأراضي المحتلة.
- قرار رقم 694 لعام 1991 بتاريخ 24 مايو/أيار يشجب إبعاد إسرائيل للفلسطينيين الذي يمثل انتهاكاً لاتفاقية جنيف المتعلقة بحماية المدنيين وقت الحرب.
- قرار رقم 799 لعام 1992 بتاريخ 19 يناير/كانون الثاني يدين قيام إسرائيل بإبعاد 418 فلسطينياً إلى جنوب لبنان منتهكة التزاماتها بموجب اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1948 ويطلب من إسرائيل أن تكفل عودة جميع المبعدين الفورية والمأمونة إلى الأراضي المحتلة.
- قرار رقم 1860 لعام 2009 بتاريخ 8 يناير/كانون الثاني يدعو إلى وقف فوري ودائم لإطلاق النار بعد الهجوم على غزة في ديسمبر/كانون الأول 2008، وانسحاب الجيش الإسرائيلي، وتقديم المساعدات الإنسانية لسكان قطاع غزة.
- قرار رقم 2334 لعام 2016 بتاريخ 23 ديسمبر/كانون الأول الذي حث على وضع نهاية للمستوطنات الإسرائيلية في الأراضي الفلسطينية وبيد بناء المستوطنات، وتوسيعها؛ ومصادرة الأراضي، وهدم المنازل، وتشريد المدنيين الفلسطينيين في الأرض الفلسطينية المحتلة منذ عام 1967، بما فيها القدس الشرقية.

○ **المطلب الثاني: قراءة في أهم قرارات مجلس الأمن والجمعية العامة**

تكمن أهمية قرارات منظمة الأمم المتحدة، في شرعيتها⁽¹⁾ الدولية المنبثقة عن التوافق الدولي عليها وإقرارها بطريقة رسمية عبر قراراتٍ تصدر عن أجهزتها، سوف نتطرق في

(1) الشرعية لغةً؛ تفيد الطريق المستقيم أو ما شرّعه الله لعباده، كما تفيد النصية أو القانونية أي وجود نص قانوني يلزم اتباعه، بمعنى أن المشرع القانوني هو المنوط به تحديد النموذج الأصلي أو الموثوق به (للمزيد، انظر، السيد أبو عيطة، *الجزاء الدولية بين النظرية والتطبيق*، الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2013، ص24).

هذا المطلب إلى قراءة أهم القرارات الصادرة عن مجلس الأمن الدولي أو عن الجمعية العامة للأمم المتحدة والتي تتعلق بالقضية الفلسطينية.

♦ الفقرة الأولى: قرار مجلس الأمن الدولي رقم 242

يُعدّ قرار مجلس الأمن (242) من أهم القرارات الأممية التي لا تزال تستند إليها كافة المشاريع السياسية لحلّ الصراع إلى الآن. وبعد جهودٍ دولية، سوفياتية وأميركية وبريطانية وفرنسية وعربية وغيرها، أصدر مجلس الأمن القرار رقم 242، لإقرار "مبادئ سلام عادل ودائم في الشرق الأوسط وللانطلاق في مسيرة التسوية السلمية.

• أولاً: حيثيات القرار

إبان الحرب المصرية الإسرائيلية عام 1956، قادت مصر حرباً دبلوماسية نشطة مع الإفادة من المتغيرات الدولية آنذاك، ممّا أدى إلى انسحاب الجيش الإسرائيلي من صحراء سيناء من دون أن تعلن "إنهاء حالة الحرب"، كما كان الشرط الإسرائيلي. بالإضافة إلى أنّها تحوّلت إلى قاعدة أساسية للمواجهة مع "إسرائيل" وللعمل العربي المشترك، وخاصةً في حرب 1967، بكل ما أنتجته من وقائع جديدة بعد هزيمة الجيوش العربية التي دخلت هذه الحرب على الجبهات الأردنية والمصرية والسورية. فقد احتل الجيش الإسرائيلي صحراء سيناء بكاملها، ومرتفعات الجولان، والضفة الغربية لنهر الأردن ومدينة القدس الشرقية. وبذلك تقدّمت قضية الصراع العربي - الإسرائيلي على ما عداها من قضايا المنطقة، وارتبطت قضية فلسطين بالصراع العربي - الإسرائيلي.⁽¹⁾ في هذا المناخ الإقليمي والدولي، تحرّك مجلس الأمن وعقد جلسات عدّة ليضع يده على ملف النزاع توصلًا إلى تسوية سلمية، وأصدر القرار 242 في 22 نوفمبر/ تشرين الثاني 1967.⁽²⁾

(1) مرجع سابق، عدنان السيد حسين، التسوية الصعبة، 27.

(2) William B Quandt, *Decade of Decisions: American Foreign Policy toward the Arab-Israeli Conflict, 1967-1976*. Berkeley: University of California Press, 1977.

• ثانياً: قراءة في نص القرار 242

يجسد القرار 242 مبدأ "الأرض مقابل السلام"، الذي أرسى معظم خطط السلام اللاحقة. حيث دعا إلى "انسحاب القوات المسلحة الإسرائيلية من الأراضي التي احتلتها في النزاع الأخير" و"احترام سيادة أي دولة في المنطقة والاعتراف بها وسلامة أراضيها واستقلالها السياسي وحقها في العيش بسلام في ظل حدود آمنة ومعترف بها بعيداً عن أي تهديدات أو تصرفات باستخدام القوة"⁽¹⁾. إلا أنّ هذا قرار يغفل الحقوق السياسية للشعب الفلسطيني، ويعطي "إسرائيل" الحق في العيش بسلام وأمن. ومع ذلك، فإنّ "إسرائيل" قامت بالمماطلة ولم تطبق القرار، وأعطت تأويلاً مغايراً لنصّه. حيث أنّ القرار تعوزه الدقة والوضوح، إذ "تنصّ صياغة النسخة الإنجليزية على "انسحاب من أراضٍ"، ما يعني ذلك بحسب الإسرائيليين، عدم الانسحاب من جميع الأراضي. لكن المفاوضون العرب يقولون إنّ الانسحاب ينبغي أن يشمل جميع الأراضي التي احتلت عام 1967."⁽²⁾

• ثالثاً: مفاعيل القرار 242 وقيّمته القانونية الدولية

لقد صيغ القرار تحت الفصل السادس من ميثاق الأمم المتحدة، ما يعني أنّه يندرج في إطار التوصيات وليس بموجب الفصل السابع من الميثاق. إلا أنّ قرار مجلس الأمن رقم 242 قد شكّل نقطة مرجعية ومحورية في خط الدبلوماسية العربية الإسرائيلية منذ عام 1967. فقد كان "كلّ اتفاقٍ عربيّ إسرائيليّ رئيسيّ - من معاهدة السلام المصرية الإسرائيلية لعام 1979 وحتى اتفاقيات أوسلو 1993 - يشير إلى القرار 242. وقد حدد القرار، ولأول مرة، التوقّعات الدولية بشأن مدى أيّ انسحابٍ إسرائيليّ في المستقبل من المناطق التي سيطر عليها جيش الدفاع الإسرائيلي في حرب الأيام الستة عام 1967. وربط ذلك الانسحاب بتحقيق السلام بين الطرفين. أخيراً، وبحسب السفير

⁽¹⁾ بول راينولدز، 29 يوليو/ تموز 2013، تم الدخول إلى الموقع في 2019/4/5

http://www.bbc.com/arabic/middleeast/2013/07/130729_timeline_history_mid_east_peace_talks

⁽²⁾ Quigley, John. "Security Council Resolution 242 and the Right of Repatriation." Journal of Palestine Studies 37, 1 (Autumn 2007).

الاسرائيلي الأسبق إلى الولايات المتحدة "مير روزينه"، أرسى أساس حقّ إسرائيل القانوني في حدود يمكن الدفاع عنها".⁽¹⁾ وهنا يمكن الإشارة إلى سلبيات القرار على القضية الفلسطينية من خلال كلام كبار الدبلوماسيين الإسرائيليين. ومما يمكن أن يؤخذ عليه قانونياً هو أنه لا يعيّن بوضوح الخطوط التي يجب أن ينسحب منها الكيان الإسرائيلي (لا يعطي كامل الأراضي المحتلة). كما أنه يُقرّ للكيان الإسرائيلي بما حازه من توسع غير قانوني قبل حرب 1967، فيعطي اعترافاً ضمناً بدولة للكيان على حدود ما قبل حرب 1967. إضافةً إلى أنه لا يتناول جوهر "النزاع" وهو قضية فلسطين إلا من زاوية اللاجئين الإنسانية، وهو يعفي الكيان الصهيوني من إثم وتبعات تهجير حوالي مليون فلسطيني خارج بلادهم وبيوتهم وديارهم. ومنذ نكبة 1948 توالى القرارات الصادرة عن مجلس الأمن بشأن الانتهاكات الإسرائيلية وإجراءاتها الرامية لتهويد المدينة المقدسة لجعلها عاصمتها الموحدة، لكن هذه القرارات ظلت في معظمها حبراً على ورق بسبب عدم التزام إسرائيل بها، ولأن هذه القرارات نفسها غير ردعية.

♦ الفقرة الثانية: أهمية قرارات الجمعية العامة وتأثيرها

بالرغم من أنّ قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة تصدر على شكل توصيات غير ملزمة، فإنّ قراراتها ممكن أن تتحوّل إلى قرارات ذات أهمية تطبيقية على أرض الواقع وذات قيمة بشروط معينة، والتي اعتبرت محل إشكال لدى بعض القانونيين. فما هو شكل قرارات الجمعية العامة التي صدرت بحقّ القضية الفلسطينية والتي كان أهمها قرار 181 المعروف بـ "قرار التقسيم"، والقرار 194 المعروف بـ "قرار حق العودة"؟ وما هي الإشكاليات والملازمات القانونية والسياسية الدولية التي نتجت عن إقرار هذين القرارين المصيريين؟

(1) Meir Rosenne, **Understanding UN Security Council Resolution 242, JERSULAM CENTER FOR PUBLIC AFFAIRS**, http://jcpa.org/requirements-for-defensible-borders/security_council_resolution_242/

• أولاً: قرار التقسيم 181

يُعتبر القرار الصادر عن الجمعية العامة رقم 181 من أخطر القرارات الأممية في ملف القضية الفلسطينية، والتي أعطت الكيان الإسرائيلي حقوقاً في الأراضي المقدسة. يشكّل هذا القرار الأممي، القاضي بتقسيم فلسطين عام 1947، دون الأخذ برأي سكّانها الأصليين، المعارضين لتقسيم بلادهم، فاتحةً للحرب والنكبة التي حلّت عام 1948 بالعرب عامّة والفلسطينيين خاصة. ومن الجانب الآخر، فإنّ هذا القرار كان تنويجاً لنجاحات الحركة الصهيونية بشرعنة مشروعها في إقامة دولة يهودية في فلسطين على حساب أهلها الأصليين. فما هي حيثيات ذلك القرار وما الذي قد جاء فيه؟ وما هي إشكالياته القانونية والسياسية والدولية والأخلاقية؟

أ: حيثيات القرار

يمكن القول إنّ وعد بلفور في بداية نوفمبر عام 1917، الخطوة الأولى على الطريق الطويل، الذي قاد إلى قرار التقسيم، في أعقاب الحرب العالمية الثانية. أمّا الخطوة الثانية والأشدّ خطورة على القضية الفلسطينية، فكانت نجاح الحركة الصهيونية في جعل وعد بلفور جزءاً لا يتجزأ من صكّ الانتداب البريطاني وسياسته منذ عام 1922. ورغم أنّ اليهود لم يشكّلوا آنذاك سوى 10% من سكّان فلسطين، فإنّ وعد بلفور، وسياسة الانتداب البريطاني المدعومة من "عصبة الأمم"⁽¹⁾ آنذاك، قد أعطيا لليهود حقوقاً قومية في فلسطين لا تقلّ عن حقوق أهلها الأصليين. وقد أفرزت الحرب العالمية الثانية بويلاتها الكثيرة التي شملت الكارثة التي حلّت باليهود في أوروبا، مستجداتٍ سياسيةٍ دوليةٍ ساهمت في اتخاذ قرار التقسيم عام 1947. حيث كسبت الصهيونية، بعد تلك الحرب العالمية، عطفاً أكبر من ذي قبل على مشروعها بإقامة دولة يهودية في فلسطين.⁽²⁾

(1) قبل إنشاء منظمة الأمم المتحدة أنشئت عصبة الأمم، وهي منظمة ولدت خلال الحرب العالمية الأولى، في العام 1919 بموجب معاهدة فرساي؛ لتعزيز التعاون الدولي، وتحقيق السلام والأمن". كما وأنشئت منظمة العمل الدولية بموجب معاهدة فرساي كوكالة تابعة لعصبة الأمم. وقد أوقفت عصبة الأمم أنشطتها بعد أن فشلت في منع الحرب العالمية الثانية.
(2) انظر، عادل مناع، قرار تقسيم فلسطين عام 1947، موقع عرب 48، الدخول في 7 اذار 2019،

ب: قراءة في نص القرار 181

بحسب ديباجة القرار، اعتبرت الجمعية العامة أن "من شأن الوضع الحالي (حينها) في فلسطين إيقاع الضرر بالمصلحة العامة والعلاقات الودية بين الأمم". وأوصت "المملكة المتحدة بصفتها السلطة المنتدبة على فلسطين، وجميع أعضاء الأمم المتحدة الآخرين، فيما يتعلق بحكومة فلسطين المستقلة، بتبني مشروع التقسيم والاتحاد الاقتصادي".⁽¹⁾ وبناءً على نص القرار؛ كان من المفترض أن "تقسّم فلسطين إلى ثلاثة أقسام: قسم تقام عليه دولة فلسطينية، وقسم تقام عليه دولة يهودية والقسم الثالث يقام عليه كيان منفصل، يخضع لنظام دولي خاص، تتولى الأمم المتحدة إدارته. ويتألف هذا الكيان الخاص من مدينة القدس، ورغم كون مشتملات المدينة قد ضمت في خريطة ألحقت بقرار التقسيم، إلا أن ما يسمى بـ"تدويل القدس" هذا لم يرَ النور لمعارضة كلِّ من البلدان العربية والكيان الإسرائيلي له آنذاك، ولم يُنفذ من قرار التقسيم المذكور إلا الجزء الخاص بإقامة الدولة اليهودية، وهي الدولة التي قامت على رقعة أكبر مما ورد في القرار، وضمت "إسرائيل" عنوةً القسم الأكبر من القدس المتمثل بـ"القدس الغربية".⁽²⁾ أما الدولة الفلسطينية فلم تتم إقامتها، حيث أثر الشعب الفلسطيني الراض لقرار التقسيم إلحاق الضفة الغربية إدارياً وسياسياً بالأردن الذي ضمَّ إليه القدس الشرقية. في حين أصبحت مصر مسؤولة عن إدارة قطاع غزة لمرحلة مؤقتة.⁽³⁾ لقد تعددت آثار هذا القرار على القضية الفلسطينية، حيث كان هدف الصهيونية هو "خلق وطنٍ للشعب اليهودي في فلسطين يضمه القانون العام"، وقد حدّد "مؤتمر

<https://www.arab48.com>

⁽¹⁾ *Future government of Palestine, RESOLUTION ADOPTED ON THE REPORT OF THE AD HOC COMMITTEE ON THE PALESTINIAN QUESTION, A/PV.128 29 Nov. 1947, [https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/181\(II\)](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/181(II))*

⁽²⁾ حنا عيسى، قراءة قانونية.. قرار التقسيم 181، موقع المدينة الأخباري، 09 أيار / مايو 2018،

<http://www.almadenahnews.com/article/>

⁽³⁾ مرجع سابق، عدنان السيد حسين، التسوية الصعبة، ص 26.

بازل" (1) الوسيلة إلى ذلك بالعمل على استعمار فلسطين بواسطة اليهود المستقدمين لهذه الغاية من أنحاء العالم، وباستثناء الهجرات اليهودية الأولى التي تمت قبل انعقاد المؤتمر، فإن الهجرة الفعلية والمنظمة المستتدة إلى العديد من المؤسسات الدينية والاجتماعية والسياسية والمالية قد بدأت بعد المؤتمر حيث وصل عدد المهاجرين اليهود حتى نهاية عام 1916 إلى 48 ألف مهاجر يقطن منهم 12 ألف في 62 مستعمرة تمثل نواة حركة بناء المستعمرات. (2)

فقد جاء في محاضر المؤتمر الصهيوني الأول أنه "يجب أن نحاول نقلهم أي الفلسطينيين" بهدوء إلى خارج الحدود وإيجاد عمل لهم في الأقطار التي ينقلون إليها". وهو الأمر الذي أكدته قرارات المؤتمر الصهيوني في لاهاي عام 1908 أنه "على اليهود أن يُضيقوا الخناق على أهل فلسطين حتى يجبروهم على تركها إلى الأقطار العربية الواسعة". (3)

وفي سبيل تغيير الخارطة السكانية لفلسطين قامت الحركة الصهيونية بإنشاء العديد من المؤسسات الخاصة بهذا الغرض. وقد عملت هذه المؤسسات عبر الإرهاب والمذابح والطرد المباشر؛ حيث جرى قبل 15 أيار 1948 طرد السكان العرب من مدن عديدة وعبر الاستيلاء على الأراضي وطرد أصحابها منها والحرمان من العمل، الأمر الذي أدى إلى تهجير آلاف الفلسطينيين. وتشير بعض التقديرات إلى أن عدد الفلسطينيين الذين هجروا قبل 15 أيار 1948 قد وصل إلى "300 ألف لاجئ، ومع نهاية عام 1948 كانت إسرائيل قد هجرت ما يقارب 90% من الفلسطينيين من الأراضي التي استولت عليها عام

(1) هو المؤتمر الصهيوني الأول عقد في مدينة بازل (29-31 آب 1897) والذي طرح فيه هرثزل مشروعه الذي أصبح يحمل اسم "مشروع بازل". وجرى انتخاب لجنة تنفيذية مكونة من 15 عضواً ولجنة إدارية مصغرة مكونة من خمسة أعضاء. وكتب هرثزل في يومياته: "في بازل وضعت الأساس لدولة اليهود".

(2) لكس تاكنبرغ، وضع اللاجئيين الفلسطينيين في القانون الدولي، الطبعة الأولى، مؤسسة الدراسات الفلسطينية، بيروت، 2003، ص 1.

(3) أحمد حسن محمد أبو جعفر، دراسة نقدية في قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 181 و194 المتعلقين بالقضية الفلسطينية، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، 2008، ص 48.

1948، أي أكثر من ثلثهم من الأراضي التي استولت عليها زيادة على قرار التقسيم.⁽¹⁾ وعليه، فإنّ قرار التقسيم قد "مكّن دولة الكيان من الانتقال من فكرة الوطن القومي إلى فكرة الدولة. لذلك فإنّ العرب قد رفضوه، رغم أنّ قبله الفلسطينيون بعد أربعين عاماً في دورة المجلس الوطني الفلسطيني في الجزائر عام 1988".⁽²⁾

ج: المواقف الدولية من قرار التقسيم

تباينت المواقف الدولية من قرار التقسيم، فقد تمّ رفضه بالكامل من قبل الدول العربية والدول الإسلامية، وكذلك بعض الدول المناصرة لها، وذلك لعدم شرعيته وعدم قيامه على أسس الحقّ والمنطق. حيث تمّ رفض القرار 181، في 11 كانون الأول/ديسمبر 1947، من قبل ممثلو الحكومات العربية الذين اجتمعوا في القاهرة. ثم "عقدت اللجنة السياسية لجامعة الدول العربية اجتماعات متعددة في القاهرة، حضرها معظم رؤساء الحكومات العربية وأذاعوا في نهايتها بياناً باستنكار التقسيم والعزم على مقاومته. وجرى في الاجتماعات الحديث عن وجوب استعمال سلاح النفط، الذي آن أوانه بعد قرار التقسيم، واتضح موقف الولايات المتحدة وبريطانيا وفرنسا، ولكن الأمر لم يتعدّ حدود الكلام. وأسفرت هذه الاجتماعات عن قرارٍ بالعمل على إحباط التقسيم والحيلولة دون قيام دولةٍ يهوديةٍ في فلسطين، والاحتفاظ بفلسطين عربيةً وموحدةً، وتقديم الأسلحة المقررة في اجتماع عاليه "تشرين الأول 1947" إلى اللجنة العسكرية للجامعة، مع عتادٍ كافٍ لها وإمداد عرب فلسطين، بما يمكن من السلاح وإرسال ثلاثة آلاف متطوع كاملٍ العدة بأسرع ما يمكن، لمعونة عرب فلسطين".⁽³⁾ أمّا "الوكالة اليهودية"، فقد وافقت على قرار التقسيم، بعد أن أبدت تحفظها على الحلّ المقترح لمسألة الهجرة اليهودية من أوروبا وعلى الحدود المقترحة للدولة اليهودية، علماً بأن حدود هذه الدولة غطت 54% من مساحة فلسطين، في حين لم

(1) فتحي الكليب، ألم النكبة، الطبعة الأولى، الدار الوطنية الجديدة، دمشق، 1994، ص 210.

(2) مرجع سابق، عدنان السيد حسين، التسوية الصعبة، ص 162.

(3) أكرم زعيتير، القضية الفلسطينية، الطبعة الثالثة، دار الجليل للنشر والدراسات والابحاث الفلسطينية، الأردن، 1985، ص 98.

يكن تعداد اليهود في فلسطين يتجاوز نسبة 30 في المئة من مجموع سكانها".⁽¹⁾ وبالنسبة إلى بريطانيا وهي الدولة المنتدبة على فلسطين، فقد "أعلنت الموافقة على قرار الأمم المتحدة؛ وأنها عازمةً على إنهاء انتدابها وسحب قواتها من فلسطين، وأنها ستتركها لمن يقيم فيها، نافضةً يدها من الانتداب الذي نفذته على مدار ثلاثين عاماً لصالح الحركة الصهيونية. أمّا بالنسبة إلى الولايات المتحدة؛ فقد كانت من أشدّ الدول المؤيدة لقرار التقسيم، إذ أنها قد أيدت الحركة الصهيونية سياسياً وأمدتها عسكرياً. لقد كانت تقوم بتسهيل شحن الأسلحة من مطار بن غوريون إلى فلسطين، حيث كان يهود أمريكا يقومون بدفع ثمنها، وكان المتطوعون من يهود أميركا يصلون إلى فلسطين تباعاً بعد صدور قرار التقسيم".⁽²⁾ كان الرجاء العربي بإحقاق الحقّ قد بقي رجاءً، وسط إصرارٍ دوليٍّ شاملٍ على إقامة "دولة إسرائيل"، ووسط تراجعٍ عربيٍّ عامٍ ظهر في الهزيمة العسكرية عام 1967 التي أعطت لـ"إسرائيل" أراضٍ عربيةٍ جديدة خارج جغرافية فلسطين.⁽³⁾

د: مفاعيل القرار 181 وقيمه القانونية الدولية

لا بد أن نتطرق إلى القيمة القانونية لهذا القرار، وإلى الجهة التي صدر عنها. حيث أنّ للجمعية العامة للأمم المتحدة اختصاص مناقشة أية مسألة يكون لها صلةٌ بحفظ الأمن والسلم الدوليين، يرفعها لها أيّ عضوٍ من أعضاء الأمم المتحدة أو مجلس الأمن أو أيّ دولةٍ حتى لو لم تكن عضواً من أعضائها. كما أنّ لها أن تقدم توصياتها بصدد هذه المسائل للدولة صاحبة الشأن أو كليهما معاً. إلا أنّ الكثير من الجدل قد أُثير حول الطابع الشرعي والملزم للقرار "181"، حيث أنّه يوجد مجموعة من القرائن ضد الاعتراف بوجود القوة القانونية الملزمة للقرار المذكور.⁽⁴⁾

(1) ماهر الشريف، سبعون عاماً على قرار تقسيم فلسطين الدولي، مؤسسة الدراسات الفلسطينية،

<https://www.palestine-studies.org/sites/default/files/uploads/files/Sharif>

(2) مرجع سابق، أحمد حسن محمد أبو جعفر، ص 39.

(3) مرجع سابق، عدنان السيد حسين، التسوية الصعبة، 162.

(4) محمد سعيد الدقاق، القانون الدولي العام - المصادر والأشخاص، الطبعة الثالثة، الدار الجامعية للنشر، مصر، 1983، ص 450.

إنّ الحكم على مدى قانونية قرار التقسيم، يقتضي البحث في مدى توافقه مع الالتزامات الواردة في ميثاق الأمم المتحدة من جهة، وفي مدى اختصاص الجمعية العامة بإصدار هذا القرار من جهة أخرى.⁽¹⁾ لقد حدّدت المواد " 14/12/11/10، من ميثاق الأمم المتحدة اختصاص الجمعية العامة في مجال حفظ الأمن والسلام الدوليين، وفي جميع هذه المواد، تصدر الجمعية توصيات غير ملزمة، وسواء كانت تلك التوصيات بالإجماع أو بالأغلبية، فإنّها لا تتمتع بقوة الإلزام.⁽²⁾ ومن ناحية ثانية، لم يعطِ الميثاق الجمعية العامّة _ أو أيّ جهازٍ من أجهزة المنظمة - في أيّ نصٍّ من نصوصه، حقّ خلق دولة لشعبٍ مقيمٍ في أرض مأهولة بالسكان. ومن ثمّ، فإنّ إصدار الجمعية لقرارٍ يتضمن خلق دولة جديدة، بتقسيم دولةٍ قائمةٍ، يُعدّ خروجاً من الجمعية العامة عن نطاق الاختصاص الذي قرره الميثاق. كما أن قرار التقسيم كذلك يعتبر تدخلاً في الشؤون الداخلية لبلد غير مستقل، وفقاً للفقرة السابعة من المادة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة، التي لا تجيز التدخل للأمم المتحدة في الشؤون التي تكون من صميم السلطات الداخلية لدولة ما،⁽³⁾ أي قبل أن تخضع فلسطين لحالةٍ قانونيةٍ وسياسيةٍ جديدةٍ. ثم إنّ مضمون قرار التقسيم نفسه يتعارض مع الميثاق الأمميّ الأنف الذكر، الذي يؤكد في الفقرة الثانية من المادة الأولى حقّ الشعوب في تقرير مصيرها. لهذه الأسباب مجتمعة، نشأت إشكالية قانونية عند الأمم المتحدة كمنظمةٍ دوليةٍ ناشئةٍ بعد الحرب العالمية الثانية لتوطيد السلم والأمن الدوليين، عندما خالفت ميثاقها وأسست لحالةٍ سياسيةٍ خطيرةٍ هددت ولا تزال، المجتمع الدولي في أمنه وسلامته.⁽⁴⁾ وجدير بالذكر، أن "وثيقة إعلان قيام إسرائيل كانت قد تضمنت الإشارة إلى القرار "181" بوصفه ينصّ على إقامة دولة يهودية في "أرض إسرائيل"، ويجسد اعتراف منظمة الأمم بحقّ الشعب اليهودي بإقامة دولةٍ له. وقد ورد في الفقرة الأخرى من الوثيقة المذكورة أن "الدولة

(1) Hans Kelsen, *The Law of the United Nations, A Critical Analysis of Its Fundamental Problem*, Frederick A. Praeger, "New York", 1964, p.195.

(2) ميثاق الأمم المتحدة، الفصل الرابع، المواد من 10 إلى 14.

(3) جابر إبراهيم الراوي، القضية الفلسطينية في القانون الدولي والوضع الراهن، الطبعة الأولى، دار الجليل للنشر، الأردن، 1985، ص 40.

(4) مرجع سابق، عدنان السيد حسين، التسوية الصعبة، ص 25-26.

الإسرائيلية" قد أقيمت تلبيةً لحقوق الشعب اليهودي التاريخية، وبحكم قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة. لقد قامت "إسرائيل" بإنشاء دولتها على جميع أراضي فلسطين، حيث أنها تجاوزت الحدود المخصصة لها بناءً على قرار التقسيم، وبعد ذلك قامت باحتلال أراضي الضفة الغربية وقطاع غزة في حرب عام 1967".⁽¹⁾

والى اليوم، لا زال الأمين العام للأمم المتحدة أنطونيو غوتيريس يعتبر أنّ "قضية فلسطين مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بتاريخ الأمم المتحدة؛ وهي واحدة من أطول القضايا التي تدوم طويلاً في جدول أعمال المنظمة". ورغم مرور سبعون عاماً على اعتماد قرار الجمعية العامة رقم 181، لم تظهر بعد دولة فلسطين ذات السيادة والمستقلة إلى جانب (دولة إسرائيل) بحسب تعبيره. ومع ذلك، فإنّه لا زال "مقتنعاً بأنّ حل الدولتين هو الحلّ الوحيد لتحقيق سلام عادلٍ ودائمٍ وشاملٍ بين الإسرائيليين والفلسطينيين".⁽²⁾ وهذا الكلام إنّما هو دليلٌ جليٌّ على فشل هذا القرار، وغيره من قرارات منظمة الأمم المتحدة في التأثير بشكلٍ إيجابي على مسار القضية الفلسطينية أو إلى الوصول إلى التسوية السلمية، فهو بداية التأسيس لنكبة فلسطين وتشيت أهلها وتضييع حقوقها.

• ثانياً: قرار اللاجئين 194 (عام 1948)

بالإضافة إلى المادة 13 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁽³⁾، و المادة 12 من الشريعة الدولية للحقوق السياسية والمدنية⁽⁴⁾ وغيرها من النصوص القانونية الدولية، فقد اعتبر القرار 194 أنّه النّص القانوني المباشر الذي أقرّ الحقّ بالعودة والتعويض للشعب

⁽¹⁾ محمد عبد الحميد سيف، حق اللاجئين الفلسطينيين في العودة والتعويض في ضوء أحكام القانون الدولي العام، الطبعة الثالثة، وزارة الثقافة، عمان، 1988، ص 31.

⁽²⁾ UN NEWS, On Day of Solidarity, UN reaffirms two-state solution as only answer to "question of Palestine", 9 November 2017, <https://news.un.org/en/story/2017/11/637741-day-solidarity-un-reaffirms-two-state-solution-only-answer-question-palestine>

⁽³⁾ تنص على أن "لكل فرد حرية التنقل واختيار محل إقامته داخل كل دولة. ويحق لكل فرد أن يغادر أي بلاد بما في ذلك بلده كما يحق له العودة إليه".

⁽⁴⁾ تنص على أن "لكل فرد حرية مغادرة أي بلد بما في ذلك بلده" وأنه "لا يجوز حرمان أحد، تعسفاً، من حق الدخول إلى بلده".

الفلسطيني والذي صدر عن الجمعية العامة في 11/12/1948، أي في وقتٍ متزامنٍ مع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (1948/12/10).⁽¹⁾ فبعد ما أقره قرار الجمعية العمومية للأمم المتحدة، الألف الذكر، 181، من ويلاتٍ على فلسطين، وبعد دعمها المتماذي للكيان الإسرائيلي؛ قامت بإصدار القرار 194 المتعلق باللاجئين، الذي يعتبر غير كافٍ رغم أهميته. ففي الوقت الذي كان يتطلب الأمر، أن تصدر الجمعية العامة أو مجلس الأمن، قراراتٍ ملزمة تُرغم "إسرائيل" على إعادة هؤلاء اللاجئين المشردين، إلى قراهم، بأسرع وقتٍ ممكنٍ، ومن دون أي قيدٍ أو شرطٍ؛ تجاهلت الجمعية العامة هذه المأساة وربطت حلها بالتسوية الشاملة للصراع، ورغم ذلك فقد تمّ نقضه من قبل الجانب الإسرائيلي. لقد جاء القرار المذكور بهدف "إنشاء لجنة توفيق تابعة للأمم المتحدة، وتقرير وضع القدس في نظامٍ دوليٍّ دائمٍ، وتقرير حق اللاجئين في العودة إلى ديارهم، في سبيل تعديل الأوضاع، بحيث تؤدي إلى تحقيق السلام في فلسطين في المستقبل"⁽²⁾ وقد عرفت الأنوروا اللاجئ "هو الشخص الذي يتمتع بإقامة طبيعية في فلسطين لسنتين كحد أدنى قبل صراع 1948، والذي نتيجة نتيجة لهذا النزاع؛ خسر كلاً من بيته ووسائل عيشه، ولجأ إلى إحدى البلدان التي تتواجد فيها الوكالة". ويعتبر بحكم اللاجئ أيضاً وفقاً لهذا التعريف، المولود المباشر للاجئ وهو الذي يحصل على مساعدة من الأنوروا".⁽³⁾

- أولاً: قراءة في نص القرار 194

يدعو البند الخامس من القرار، الحكومات والسلطات المعنية، إلى توسيع نطاق المفاوضات المنصوص عليها في قرار مجلس الأمن الصادر (في ١٦ تشرين الثاني/نوفمبر) سنة ١٩٤٨، وإلى البحث عن اتفاق بطريق مفاوضات تجري إما مباشرة أو مع لجنة التوفيق، بغية إجراء تسوية نهائية لجميع المسائل المتعلقة بينها. ويمكننا أن نعتبر أن

(1) مرجع سابق، شفيق المصري، ص 53.

(2) Palestine - progress report of the United Nations Mediator, RES/194, UN, 11 Dec. 1948, [https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/194\(III\)](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/194(III))

(3) United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East [UNRWA], A Breif History, 1950-1982, p: 66.

هذا البند في هذا القرار الأممي مجرد دعوة لتحريك الدبلوماسية الثنائية، أو عبر وسيط أي لجنة التوفيق المشار إليها. وهذا يعني توسيع نطاق المفاوضات المباشرة لتسوية جميع المسائل الأخرى العالقة والمتعلقة بشكل رئيسي، بمسألتي التهجير الجماعي واحتلال مدينة القدس.

بعد الأحداث التي ألمت بفلسطين جرّاء استيلاء العصابات الصهيونية على 78% من أرضها، وطرد ما يزيد عن مليون إنسان من أرضهم وديارهم، واحتلال ما يزيد عن ثلاثة أرباع مدينة القدس؛ جاء القرار المذكور ليس فقط لتثبيت حق العودة، بل لإنشاء لجنة توفيق دولية تقوم بإجراء الاتصالات مع الأطراف المتصارعة بهدف التوصل إلى تسوية سلمية. وهذا يعني أن الهدف غير المعلن للجنة والقرار يرمي إلى التوفيق بين ما نص عليه القرار (181) وبين ما جرى على أرض الواقع. لقد تم اعتبار القرار 194 ذي أهمية بالغة، كونه تناول "حق العودة"⁽¹⁾ مباشرة للشعب الفلسطيني وأقر له بها، كمجموعة بشرية وليس كمجرد أفراد. وقد صدر أساساً عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بناء لتقرير المندوب الخاص للجمعية (الكونت برنادوت) الذي أكد أحقية الشعب الفلسطيني "المضطهد" في العودة إلى بلاده والتعويض عن الأضرار التي لحقت به.⁽²⁾ والقرار 194 يشير إلى "وضع الفلسطينيين كشعب (وليس مجرد أفراد) يحق له العودة إلى دياره بصرف النظر عن الجنسية والاعتبارات السياسية وحتى الإنسانية المتمثلة بجمع الشتات".⁽³⁾ إلا أن القرار ربط "حلّ هذه المسألة الملحة أو الجريمة التي أطلق عليها "أرنولد توينبي" "جريمة العصر"، بالتوصل إلى حلّ شامل للصراع؛ أي أنه ربط حلّ هذه المسألة بعملية التسوية النهائية للصراع، مع العلم أن مأساة اللاجئين كانت تتطلب حلاً عاجلاً وسريعاً، وهذا ما أشار إليه

⁽¹⁾ راجع المادة 11 من القرار 194 في الملحق رقم 1 ص 161.

⁽²⁾ United Nations Division for Palestinian Rights under the Guidance of the Committee on the Exercise of the Inalienable Rights of the Palestinian People, **The Origins & Evolution of the Palestine Problem**, United Nations, 1978/1990, p: 140-147.

⁽³⁾ إيلىا زريق، اللاجئين الفلسطينيون وحق العودة، مجلة الدراسات الفلسطينية، المجلد 5، العدد 19، صيف 1994، ص 80.

وأكد عليه كلٌّ من الكونت برنادوت وخليفته الدكتور رالف بانس⁽¹⁾. كما أنّ حق العودة لم ينشأ من خلال القرار 194، إنّما هو تأكيدٌ له. فالفلسطينيون لهم الحق في الأصل؛ أن يكون وطنهم حراً مستقلاً من الاحتلال الصهيوني، ومع وجود هذا الاحتلال الواقع، وحيث هجرهم الصهاينة، يكون حقهم المكتسب هو العودة إلى ديارهم. وليس من حق أحد أن يفرط به أو يسلبهم إياه، فهو يتبع الحق في وجود الوطن والحق في تقرير المصير وبالتالي فهو حقٌ طبيعيٌّ بمعزل عن أي قرار. لقد ربط القرار 194 العودة بالقرار الشخصي لكل فلسطيني لاجئ، بحيث يكون القرار بحرية تامة دون إغراء أو إكراه أو تدخل. ورغم كلّ تلك الإشكاليات القانونية التي تدور حول القرار 194، يمكننا القول أنّه يشكّل أول تأكيد صريح من الأمم المتحدة بحق عودة اللاجئين الفلسطينيين أو الحصول على التعويضات. وقد أكد حقهم بالعودة إلى ديارهم وبيوتهم وليس إلى دولة جديدة أو مكان آخر. وقد فسّر أساتذة وفقهاء القانون الدولي⁽²⁾ ذلك، بعودتهم إلى ممتلكاتهم التي كانوا يملكونها قبل التهجير وإعادتها اليهم بعد أن اغتصبت، كما يقرّ التعويض لهؤلاء اللاجئين. حيث شرحوا أن القرار 194 قد ركّز على حق الإنسان - الشعب وليس على حق اللاجئ - الفرد الفلسطيني وحسب. وأكد وجوب عودة جميع اللاجئين الفلسطينيين إلى بيوتهم « to their homes » وليس إلى ديارهم أو بلادهم، ذلك لأن كلمة «بيوتهم» أكثر دقةً وتحديداً.⁽³⁾

- ثانياً: المواقف الدولية من قرار 194

إنّ الموقف الأميركي واضحٌ وعلنيٌّ من القرارات التي تنتظر في حقوق الفلسطينيين؛ فما أن تتخذ الجمعية العامة للأمم المتحدة أو مجلس الأمن الدولي قراراً لصالح القضية الفلسطينية، وخاصة لصالح عودة اللاجئين الفلسطينيين، الذين هُجروا من ديارهم إبان نكبة

⁽¹⁾ فتحي رشيد، قراءة في القرار 194، قسم الأبحاث والدراسات في تجمع العودة الفلسطيني، الدخول إلى الموقع في <https://www.safsaf.org/11-2009/art/pal/fathi-rashid/194.htm>، 2019/5/1

⁽²⁾ ومن بينهم الأستاذ الدكتور شفيق المصري والأستاذ الراحل الدكتور محمد المجذوب.

⁽³⁾ شفيق المصري، مسألة الدولة الفلسطينية في القانون الدولي، مجلة الدفاع الوطني اللبناني، العدد 83 - كانون الثاني 2013، 12-13.

عام 1948، حتى يلوح في الأفق "الفيتو" الأمريكي". لقد استعمل هذا "الفيتو" دعماً للكيان الصهيوني في كل مراحلها، لتصبح سياسة الإدارة الأمريكية في "الشرق الاوسط" مبنية على قاعدة واحدة "حماية أمن ووجود الكيان الإسرائيلي"، هذا وتعتبر الإدارة الأمريكية أن عودة اللاجئين الفلسطينيين إلى ديارهم يُشكل خطراً على وجود هذا الكيان الغاصب.⁽²⁾ وقد رفضت القرار وصوتت ضده كل من أفغانستان، بلوروسيا (روسيا البيضاء)، كوبا، تشيكوسلوفاكيا، مصر، العراق، لبنان، باكستان، بولندا، المملكة العربية السعودية، سوريا، أوكرانيا، الاتحاد السوفييتي، اليمن، يوغسلافيا، وامتنعت عن التصويت كل من بوليفيا، بورما، الشيلي، كوستاريكا، غواتيمالا، الهند، إيران، المكسيك.⁽³⁾

- ثالثاً: مفاعيل القرار 194 وقيمه القانونية الدولية

المعروف أنّ قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة تصدر عادةً بشكل توصيات غير ملزمة. إلا أنّ ثمة قرارات تكون ملزمة استثنائياً، والقرار 194 واحد منها. ذلك لأنّ ثمة اجتهاداً في القانون الدولي⁽⁴⁾ يؤكد أنّ القرارات التي تتخذها الجمعية العامة بأكثرية بارزة، والتي تعود إلى تأكيدها في مناسبات متكررة، تعكس رأياً عاماً دولياً غير متردد، وبالتالي يقتضي اعتبارها ملزمة قانوناً.⁽⁵⁾ والمعروف أنّ الجمعية العامة قد أكّدت مضمون القرار 194 عشرات المرّات، واعتبرت حقّ تقرير المصير (ومن مستلزماته حق العودة) من

(1) الفيتو هو حق النقض للقرارات التي تقدم لمجلس الأمن من قبل للأعضاء الخمس دائمي العضوية فيه، (الولايات المتحدة الأمريكية، الاتحاد الروسي، الصين، المملكة المتحدة وفرنسا. ولم يرد لفظ "فيتو" في ميثاق الأمم المتحدة، بل ورد لفظ "حق الاعتراض" وهو في واقع الأمر "حق إجهاض" للقرار وليس مجرد اعتراض. إذ يكفي استعمال هذا الحق من قبل أي من الدول الخمس الدائمة العضوية في مجلس الأمن ليرفض القرار ولا يمرّ نهائياً. حتى وإن كان مقبولاً للدول الأربعة عشر الأخرى.

(2) محمد يوسف أبو ليلا، القرارات الدولية وآثارها على قضية اللاجئين وحق العودة، 12 كانون الأول / ديسمبر 2012 <https://www.bahethcenter.net/essaydetails.php?eid=20378&cid=24>

(3) قرارات الأمم المتحدة بشأن فلسطين والصراع العربي الإسرائيلي، المجلد الأول، 1947 - 1974، مؤسسة الدراسات الفلسطينية، نقلاً عن المحاضر الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية، الملحق رقم 11، المجلد الأول إلى الرابع.

(4) Ian Brownlie, Principles of Public International Law, 1995, first edition, p 596-597.

(5) مرجع سابق، شفيق المصري، حق الشعب الفلسطيني في العودة والتعويض وحق الشعب اللبناني في رفض التوطين.

الحقوق الإنسانية غير القابلة للتصرف. فمنذ العام 1974 مثلاً؛ أصدرت الجمعية قرارها الرقم 3236 الذي أكد على الحقوق غير القابلة للتصرف للشعب الفلسطيني، والتي تشمل حقه في تقرير المصير والاستقلال والسيادة وحقه في العودة إلى دياره.⁽¹⁾ ثمّة موجبين أساسيين تعهّدت "إسرائيل"، منذ قبولها في عضوية الأمم المتحدة، بالتزامهما: احترام القرار 181، واحترام القرار 194. ولكن "إسرائيل" ثابرت على رفض القرارين معاً. وكان للجمعية العامة موقفٌ حيال ذلك، وهو الذي تمثل في قرار الجمعية 180/38 تاريخ 1983/12/19 وفيه: «.. إنَّ إسرائيل ليست دولةً محبّةً للسلم لأنها... لم تقم بالالتزامات المترتبة عليها بموجب القرار 273⁽²⁾. ولذلك تطلب الجمعية من كل الدول قطع العلاقات الدبلوماسية والتجارية والثقافية مع "إسرائيل".⁽³⁾

○ المطلب الثالث: الانتهاكات الأميركية للشرعية الدولية

أمام ما عرضناه انفاً سننترق في هذا المطلب، إلى الانتهاكات القانونية التي ارتكبتها الإدارة الأميركية، في إعلانها صفقة القرن، خاصةً حق تقرير المصير للشعب الفلسطيني، ومن ثم ضرب كل قرارات الأمم المتحدة التي ذكرناها في هذا الإطار.

◆ الفقرة الأولى: حق الشعب الفلسطيني بتقرير مصيره

يعد تقرير المصير من المبادئ الأساسية في القانون الدولي، باعتباره حقاً مضموناً لكلّ الشعوب على أساس المساواة بين الناس، لذلك كانت هناك صلة، قوية ومباشرة، بين مفهوم حق تقرير المصير بكل أشكاله، وبين مفهوم حقوق الإنسان، كفرد أو جماعة عرقية أو ثقافية.

⁽¹⁾ The UN & the question of Palestine, UN Publ. 1994, p. 14-15.

<https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/3B58E8D0ADF62B5F852561230077C62D>

⁽²⁾ قرار الجمعية العامة الذي تمّ بموجبه قبول عضوية "إسرائيل" في الأمم المتحدة المؤرخ في 1949/5/11.

⁽³⁾ شفيق المصري، مقاضاة إسرائيل بحسب القانون الدولي، الدخول إلى الموقع في 2019/4/23،

<http://palestine.assafir.com/Article.aspx?ArticleID=2329>

وهذا الحق ثابت في ميثاق وقرارات الأمم المتحدة، حيث تنص الفقرة (2) من المادة الأولى على «إنماء العلاقات الودية بين الأمم، على أساس احترام المبدأ الذي يقضي بالمساواة في الحقوق بين الشعوب، وبأن يكون لكلّ منها تقرير مصيرها». بالإضافة إلى المادة (55) من الفصل التاسع، الخاص بالتعاون الدولي والاقتصادي والاجتماعي، إذ يعتبر هذا المبدأ في المادة الخامسة والخمسين أساساً لخلق شروط الاستقرار والرفاه اللازمين لعلاقات الصداقة والسلام بين الأمم.⁽¹⁾

لقد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة، في 16 كانون أول 1952، القرار رقم (673)⁽²⁾ والذي اعتبرت بمقتضاه حق الشعوب في تقرير مصيرها شرطاً ضرورياً للتمتع بالحقوق الأساسية جميعها. ويعتبر القرار 1514⁽³⁾ الخاص بمنح الاستقلال للبلدان والشعوب المستعمرة، من أهم قرارات الجمعية العامة، فهو تميز بأهمية خاصة من حيث أنه اتخذ محوراً استندت إليه قرارات الأمم المتحدة اللاحقة كافة، والخاصة بحق تقرير المصير، وقد نصّ على حق الشعوب، من دون تمييز، في تقرير مصيرها السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي.

لقد ضرب ترامب حق الشعب الفلسطيني مباشرةً في تقرير مصيره، الذي تم التأكيد عليه في العديد من القرارات الدولية، منها قرار الجمعية العامة رقم (2535)⁽⁴⁾ الذي اعترفت صراحة فيه بالشعب الفلسطيني وحقوقه غير القابلة للتصرف، وكذلك قرار الجمعية العامة (2628)⁽⁵⁾ الذي أكدت فيه ضرورة انسحاب "اسرائيل" من الأراضي التي احتلتها

⁽¹⁾ للمزيد، الرجوع إلى ميثاق الأمم المتحدة.

⁽²⁾ يوجد القرار على موقع الأمم المتحدة، يمكن الدخول إليه عبر الرابط التالي:

[https://undocs.org/ar/S/RES/673\(1990\)](https://undocs.org/ar/S/RES/673(1990))

⁽³⁾ إعلان منح الاستقلال للبلدان والشعوب المستعمرة، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة 1514 من 14 كانون

الأول/ديسمبر 1960، يمكن الرجوع إليه على الرابط التالي:

<https://www.un.org/ar/decolonization/declaration.shtml>

⁽⁴⁾ لقراءة القرار على الرابط التالي، موقع الأمم المتحدة، قرارات الجمعية العامة،

[https://undocs.org/ar/A/RES/2535\(XXIV\)](https://undocs.org/ar/A/RES/2535(XXIV))

⁽⁵⁾ العودة للقرار في موقع الأمم المتحدة، على الرابط التالي:

<https://undocs.org/ar/A/RES/2628%28XXV%29>

عام 1967 مع مراعاة حق اللاجئين في العودة. كذلك هناك قرار الجمعية العامة رقم (2649)⁽¹⁾ الذي يقوم على إدانة إنكار حق تقرير المصير للشعب فلسطين، وقرار الجمعية العامة رقم (2672)⁽²⁾ الاعتراف لشعب فلسطين بحق تقرير المصير، وكذلك قرار الجمعية رقم (2993)⁽³⁾ الصادر في كانون أول 1972 والذي أكدت فيه عمق قلقها لعدم السماح للشعب الفلسطيني التمتع في حقوقه غير قابلة للتصرف.

♦ **الفقرة الثانية: مخالفة الاتفاقيات والقرارات الدولية المتعلقة بالأراضي الفلسطينية والقدس**
تعد مدينة القدس في القانون الدولي أرضاً واقعة تحت الاحتلال، وتبعاً لذلك ينطبق عليها ما يقره النظام القانوني الدولي المتعلق بالاحتلال الحربي، ويُدرس ضمن اللائحة الملحقة باتفاقية لاهاي لعام 1907، الخاصة بقوانين وأعراف الحرب البرية، وأحكام اتفاقية جنيف الرابعة للعام 1949، التي تحظر وتجزم التغيير في معالم الإقليم المحتل، وتوجب على حكومة الاحتلال الحفاظ على التوزيع الديمغرافي والجغرافي وتنص المادة 42، على أنه "تعتبر أرض الدولة محتلة حين تكون تحت السلطة الفعلية لجيش العدو ولا يشمل الاحتلال سوى الأراضي التي يمكن أن تمارس فيها هذه السلطة بعد قيامها"، فيما تحدد المادة 43، مهام القوة القائمة بالاحتلال، وتنص على أنه "إذا انتقلت سلطة القوة الشرعية بصورة فعلية إلى يد قوة الاحتلال، يتعين على هذه الأخيرة، قدر الإمكان، تحقيق الأمن والنظام العام وضمانه، مع احترام القوانين السارية في البلاد، إلا في حالات الضرورة القصوى التي تحول دون ذلك".⁽⁴⁾

وعندما أعلنت "إسرائيل" القدس عاصمة لها عام 1980، رد مجلس الأمن بقراره رقم 478 الذي يؤكد فيه أن ذلك يشكل خرقاً للقانون الدولي ولا يؤثر على تطبيق اتفاقية جنيف الخاصة بحماية المدنيين في الأراضي الفلسطينية والأراضي العربية الأخرى المحتلة منذ

(1) توجد وثيقة القرار، على الرابط التالي، [https://undocs.org/ar/A/RES/2649\(XXV\)](https://undocs.org/ar/A/RES/2649(XXV))

(2) القرار على الرابط التالي: [https://undocs.org/ar/A/RES/2672\(XXV\)](https://undocs.org/ar/A/RES/2672(XXV))

(3) توجد وثيقة القرار على الرابط التالي: [https://undocs.org/ar/A/RES/2993\(XXVII\)](https://undocs.org/ar/A/RES/2993(XXVII))

(4) يمكن الرجوع إلى الاتفاقية الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية، لاهاي في 18 أكتوبر/ تشرين الأول 1907.

يونيو العام 1967 بما فيها القدس. ويقرر أن جميع الإجراءات التشريعية والإدارية التي اتخذتها "إسرائيل"، السلطة القائمة بالاحتلال، والتي غيرت أو تعترض تغيير وصف ووضع مدينة القدس مخالفة للقواعد القانونية، وبالتالي فإن ذلك ينطبق أيضاً على ما يقوم به ترامب.⁽¹⁾ لقد أكد قرار الأمم المتحدة رقم 106/60 بتاريخ 8 كانون الأول/ديسمبر 2005 أن المستوطنات الإسرائيلية في الأرض الفلسطينية، بما فيها القدس الشرقية، وفي الجولان السوري المحتل، غير قانونية وتشكل عقبة أمام السلام والتنمية الاقتصادية والاجتماعية. وطالبت "إسرائيل" كونها السلطة القائمة بالاحتلال أن تتقيد في هذا الصدد تقيداً دقيقاً بالتزاماتها بموجب القانون الدولي، بما في ذلك القانون الإنساني الدولي، إزاء تغيير طابع ووضع الأرض الفلسطينية المحتلة، بما فيها القدس الشرقية. وقد أصدر مجلس الأمن الدولي قراره الشهيرين 242 (1967) و338 (1973) اللذين يضعان الأساس القانوني في تحديد أن "إسرائيل" قوة محتلة لقطاع غزة والضفة الغربية بما في ذلك القدس ويطالبانها بالانسحاب. وبالإضافة إلى ذلك، فقد أصدر مجلس الأمن عدداً من القرارات التي تؤكد وجوب احترام القدس من جانب قوات الاحتلال، منها القرارات رقم 252 (1968) و267 (1969) و271 (1969) و453 (1979) و465 (1980) و476 (1980) و478 (1980) و1073 (1996)، وكلها تؤكد أن مدينة القدس جزء لا يتجزأ من الأراضي المحتلة عام 1967، وينطبق عليها ما ينطبق على بقية الأراضي الفلسطينية من عدم جواز القيام بأي إجراء يكون من شأنه تغيير الوضع الجغرافي أو الديموغرافي أو القانوني لمدينة القدس المحتلة.⁽²⁾ وقد أصدرت محكمة العدل الدولية فتواها أو ما يعرف برأيها الاستشاري بخصوص الجدار الإسرائيلي في الأرض الفلسطينية بتاريخ 9 تموز/ يوليو 2004، وأكدت المحكمة أن الجدار وكذلك الاستيطان الإسرائيلي في الأرض الفلسطينية

(1) Territories occupied by Israel, [https://undocs.org/en/S/RES/478\(1980\)](https://undocs.org/en/S/RES/478(1980))

(2) لمزيد من الإطلاع يمكن الدخول إلى هذه القرارات على موقع مجلس الأمن الدولي، وقد قمنا بقرائنها وتلخيص أفكارها التي تتمحور حول مطالبة إسرائيل بالانسحاب من أراضي 1967 والتأكيد على هوية القدس وعدم اعتبارها أرضاً مقسمة.

المحتلة، هي أعمال غير شرعية، واعتبرت المحكمة أن الاستيطان والجدار الإسرائيلي هما من جرائم الحرب ويحولان دون ممارسة الشعب الفلسطيني لحقه في تقرير المصير.⁽¹⁾ وتقول المحكمة إن "القانون المطبق هو ميثاق الأمم المتحدة قرار الجمعية العامة 2625 (25) عدم شرعية أي امتلاك للأراضي نتيجة تهديد باستخدام القوة حق الشعوب في تقرير المصير. القانون الانساني الدولي اللوائح الملحقه بمعاهدة لاهاي الرابعة للعام 1907 معاهدة جنيف الرابعة للعام 1949 قابلية تطبيق معاهدة جنيف الرابعة في الأراضي الفلسطينية المحتلة قانون حقوق الانسان المعاهدة الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية معاهدة حقوق الطفل العلاقة بين القانون الانساني الدولي وقانون حقوق الانسان قابلية تطبيق اتفاقيات حقوق الانسان خارج الأراضي القومية قابلية تطبيق تلك الاتفاقيات في الأراضي الفلسطينية المحتلة.

المستوطنات التي أقامتها "إسرائيل" على الأراضي الفلسطينية المحتلة في انتهاك صريح للقانون الدولي بناء الجدار والقواعد المرتبطة به تنشئ "أمرًا واقعاً" على الأرض، يمكن ان يصبح دائماً خطراً نشوء وضع يتساوى مع الضم الفعلي بناء الجدار يعوق بشدة ممارسة الشعب الفلسطيني حقه في تقرير المصير، ويمثل بالتالي اخلاً بالتزام "إسرائيل" باحترام ذلك الحق".⁽²⁾ ويتضح أن "المحكمة تعتبر الأراضي الواقعة بعد الخط الأخضر والحدود الشرقية لفلسطين الانتدابية أراضي محتلة، وهو أمر له دلالة قانونية وعملية مهمة".⁽³⁾

تنتهك الولايات المتحدة الأميركية ومعها "إسرائيل"، العديد من اتفاقيات القانون الدولي التي أكدت على حماية الممتلكات الثقافية في فترة النزاعات المسلحة، وقد نظمت اتفاقية لاهاي للحرب البرية، عام 1907 حماية هذه الممتلكات، لتتطور مع اتفاقية لاهاي الموقعة

(1) يمكن الاطلاع على فتوى المحكمة لما له من أهمية فائقة تتعلق بعدم شرعية ضم "إسرائيل" للأراضي الفلسطينية المحتلة، وذلك بالدخول إلى موقع المحكمة، على الرابط التالي <https://www.icj-cij.org/files/advisory-opinions/advisory-opinions-2004-ar.pdf>

(2) وثائق محكمة العدل الدولية، موقع المحكمة، فتوى محكمة العدل الدولية بشأن الآثار القانونية الناشئة عن تشييد جدار في الأرض الفلسطينية المحتلة، ص 3.

(3) محمد خليل موسى، رأي محكمة العدل الدولية في الجدار الفاصل: الأبعاد القانونية، مجلة الدراسات الفلسطينية، المجلد 18، العدد 69، 2007، ص 6.

عام 1954 وبروتوكولها الإضافيين لحماية الممتلكات الثقافية في وقت الحرب، وقد أكدت المادة 2 من الاتفاقية على أن حماية الممتلكات الثقافية تشمل بموجب هذه الاتفاقية، وقاية هذه الممتلكات واحترامها.⁽¹⁾

وحظرت المادة 56 من لائحة لاهاي الرابعة كل حجز أو تدمير أو إتلاف عمدي للمؤسسات والآثار التاريخية والفنية والعلمية، وأوجب اتخاذ الإجراءات القضائية ضد مرتكبي هذه الأعمال.⁽²⁾ ومن بين هذه الاتفاقيات، التي تحرم الاعتداء على الممتلكات الثقافية اتفاقيتا جنيف الثالثة والرابعة الموقعتان عام 1949، وبروتوكولهما الإضافيان الموقعان عام 1977، وقد اعتبرت المادة 147 اتفاقية جنيف الرابعة⁽³⁾ والمادة 85 من البروتوكول الإضافي الأول أن تدمير واغتصاب الممتلكات على نحو لا تبرره ضرورات حربية وعلى نطاق كبير بطريقة غير مشروعة وتعمدية من المخالفات الجسيمة. كما حظرت المادة 53 من البروتوكول الإضافي الأول الأعمال العدائية الموجهة ضد الآثار التاريخية أو الأعمال الفنية أو أماكن العبادة، التي تشكل التراث الثقافي أو الروحي للشعوب، واستخدامها في دعم المجهود الحربي.⁽⁴⁾

إن الإطلاع على هذه القرارات، يجعلنا نؤكد أنها بجميعها اعتبرت أن القدس جزء لا يتجزأ من الأراضي المحتلة وهي حق للفلسطينيين، ولا يجوز اقتطاعها واعطاؤها لـ"إسرائيل"، وبالتالي فإن ما يقوم به ترامب يعتبر ضرباً للقوانين الدولية.

(1) اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، 1954، موجودة على موقع اللجنة الدولية للصليب

الأحمر، على الرابط التالي: <https://www.icrc.org/ar/document/protection-cultural-property-event-armed-conflict-model-law>

(2) انظر، قصي تيم، مدى فاعلية القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، فلسطين، 2010، ص 76-83.

(3) اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب المؤرخة في 12 آب/أغسطس 1949.

(4) الملحق (البروتوكول) الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في 12 آب / أغسطس 1949 والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة،

<https://www.icrc.org/ar/doc/resources/documents/misc/5ntccf.htm>

○ الخاتمة:

بعد كل ما تقدم، يمكننا القول إن الاحتلال يسعى جاهداً لقمع الحقوق الفلسطينية، وتجريد اللاجئين الفلسطينيين من حقهم بالعودة إلى ديارهم، كما يمارس جريمة "تطهير عرقي" في القدس وذلك بحسب ما تشير إليه تقارير الأمم المتحدة، وينطبق على تصرفاته جريمة الحرب وجريمة ضد الإنسانية، حيث يقوم بتدمير الممتلكات والتغيير بمعالم المنطقة، ويمارس الطرد القسري وأخذ الرهائن ويشرد الفلسطينيين، والمؤسف أن المجتمع الدولي يستتكر ولا يضغط يدين ولا يتحرك، أما الأمم المتحدة فهي الغائب الأبرز الرازح تحت عبء الأموال الأميركية، وهذه المنظمة هي الغائب الأبرز في ظل حفلة الجنون الأميركي الذي أصبح غير معلوم المخاطر بعد وصول ترامب للرئاسة الأميركية. أما الدول العربية فهي ملتھية بكيف تتعايش مع "اسرائيل" في المنطقة فكيف لها أن تتحرك لتتصر القدس وقضيتها.

بناءً على ما تقدم ايضاً، يمكن القول إنّ الاتجاه الدولي لتسوية أزمة الشرق الأوسط وخاصة في ظل الهيمنة الأميركية على النظام الدولي قد تزامن مع سياسة القوة أكثر ممّا استجاب لقواعد القانون الدولي، بما فيها مبدأ الحق والعدل حتى سأل كثيرون عن جدوى الركون إلى القانون الدولي وقرارات الأمم المتحدة لصون حقوق الشعوب وقضاياها العادلة. وبينما تعاطى المجتمع الدولي مع قضية فلسطين والصراع العربي الإسرائيلي باعتبارها قضيةً واحدةً متداخلةً في فروعها، ونهض التخطيط الإسرائيلي استراتيجياً على هذا الأساس، فإنّ الجهود العربية ظلت مشتتة، والسياسات العربية متباعدة، فيما يشكل القرار المتهور لترامب نكسة للنظام الدولي بأكمله، خاصةً مع غياب التحركات الدولية الحقيقية لإسقاط صفقة القرن. ويبقى أنه بعد ظهور جائحة كورونا أصبحت مساحة المساعي الدولية للتوصل إلى حل للقضية الفلسطينية بعيداً أكثر مما قبل، هذا فضلاً عن استغلال "إسرائيل" للإلتهااء الدول بالتعامل مع الجائحة الفيروسية، من أجل تنفيذ مشاريعها في القدس وغور الأردن، ومن غير المتوقع أن يتحرك المجتمع الدولي والدول العربية في وجع المساعي الإسرائيلية، التي تستند على دعم أميركي مطلق، لا يعير أية أهمية للقانون الدولي وأسس العلاقات الدولية.

لبنان ومجلس الأمن الدولي من القرار 425 الى القرار 1757

د. ناصر زيدان

بين لبنان ومجلس الأمن الدولي علاقة قديمة، فيها الكثير من الإخفاقات، كما فيها محطات من التعاون المثمر. وما يربط مجلس الأمن مع لبنان يتجاوز ما يربط هذا المجلس مع العديد من الدول الأخرى المنضوية في إطار الأمم المتحدة. وقد كان لقرارات هذا المجلس تأثيرات واسعة على سياسة لبنان الداخلية والخارجية، واختلف الإجماع السياسي اللبناني حول تقييم دور القرار الدولية حول لبنان، فهناك قوى واحزاب اعتبرتها - كلها او بعضها - تدخل في الشؤون الداخلية، وليست في مصلحة لبنان، وهناك قوى واحزاب أخرى رأت فيها نافذة مضيئة أنقذت لبنان من براثن العدوان الإسرائيلي أحياناً، ومن التدخلات "الأخوية" أحياناً أخرى.

يحمل كل قرار من قرارات مجلس الأمن الدولي التي تتعلق بلبنان؛ معناً مختلفاً عن القرار الآخر. وقد صدر عن المجلس منذ إنشائه عام 1945 أكثر من 32 قرار لهم علاقة جزئية او كلية بلبنان، لكن هناك قرارات كان لها وقع كبير على البلاد، او أنها صدرت في أوقات مفصلية، وتناولت أحداث هامة، او غير عادية. سنتناول في بحثنا هذه القرارات ذات الطابع الإستراتيجي، او التي أحدثت تأثيرات جوهرية، وهي 6 قرارات: القرار رقم 425 تاريخ 1978/3/19، والقرار رقم 1559 تاريخ 2004/9/2 والقرار 1595 تاريخ 2005/4/7 والقرار رقم 1980 تاريخ 2006/5/17 والقرار رقم 1701 تاريخ 2006/8/11، والقرار رقم 1757 تاريخ 2007/5/30 والذي بلور أو وضع قيد التنفيذ

توصية القرار رقم 1644 تاريخ 2005/12/15. إضافة الى هذه القرارات التي سنتناولها بالبحث او غيرها التي لم نرى ضرورة ملحة لدراسات تفصيلها؛ هناك عدد كبير من البيانات الصادرة عن مجلس الأمن تتعلق بلبنان - منها الرئاسية، ومنها صادرة بموافقة الدول الأعضاء - لا يمكن ذكرها كلها في سياق هذا البحث، رغم أن بعضها كان مؤثراً، لكن عدد من هذه البيانات يتعلق بقضايا جانبية، او شكلية، مثل التهنئة بالانتخابات، او تعليق على تأليف الحكومة، او غير ذلك.

سنعرض في سياق هذا البحث لهذه القرارات المنوه عنها أعلاه فقط، لنبيّن للمتابع مدى قوتها السياسية والقانونية، وهدف كل منها، وأهم ما تضمنه كل قرار، وما هي الأحداث التي رافقت صدور كل قرار؟ ومن خلال هذا الإستعراض؛ سنوضّح مواقف القوى والدول المعنية، كما سنحاول رصد المفاعيل الناتجة عن هذه القرارات على الوضع الداخلي في لبنان، وعلى محيطه، على إعتبار أن مجلس الأمن هو المنظمة الدولية الوحيدة المسؤولة عن حفظ السلم العالمي، ويملك القوة لتنفيذ قراراته⁽¹⁾.

إن الهدف، أو الإشكالية التي تقف وراء هذا الجهد؛ هي تقييم الآثار الواقعية لموقف الأمم المتحدة إتجاه لبنان - لا سيما مجلس الأمن - وهل أفادت مواقفه لبنان؟ أم أنه (أي مجلس الأمن) كان مُقَصِّراً إتجاه لبنان، ولم يقف معه كما ينبغي؟ علماً أن لبنان يستضيف أهم مقر للأمم المتحدة في المنطقة، وتعمل فيه لجنة الأمم المتحدة الاقتصادية والاجتماعية لغرب آسيا ESCWA.

○ الفرق بين قرارات مجلس الأمن وبين البيانات الصادرة عنه، وقوة كل

منهم

ينبثق مجلس الأمن الدولي عن الأمم المتحدة التي أنشأت بموجب ميثاق سان فرانسيسكو في 26 حزيران 1945، وهو يتألف من مندوبين عن 15 دولة يجب أن تكون

(1) د. توفيق الحاج، مجلة الدراسات الأمنية، بيروت، العدد 76، 2018، ص 175.

كل منها عضوة في الجمعية العامة التي تتألف من مجموع المنتسبين. من هذه الدول الـ 15 هناك خمسة دول دائمة العضوية وهي: الولايات المتحدة الأمريكية والصين وروسيا وفرنسا وبريطانيا، وعشرة دول أعضاء مؤقتين تنتخبهم الجمعية العامة لمدة سنتين، وهم يمثلون جميع المناطق الجغرافية في العالم، وتُراعى في عملية إنتخاب كل دولة؛ أهمية دورها في تحقيق السلام العالمي. وتجري عملية إنتخاب هؤلاء الأعضاء غير الدائمين كلما إنتهت ولاية أحد هذه الدول في المجلس.

ومن المعروف وفقاً للفصل الرابع من ميثاق الأمم المتحدة؛ أن الجمعية العامة تصدر قرارات وتوصيات غير ملزمة، وهي تلُفت نظر مجلس الأمن الى اي مسألة قد تهدد السلم العالم⁽¹⁾.

وقد تألف مجلس الأمن الدولي بموجب الفصل الخامس من الميثاق، وأُعطي صلاحية البت بكل ما يتعلّق بالأمن والسلام الدوليين، وعلى مساحة العالم أجمع، بما في ذلك في المناطق التي قد تكون فيها دولة معينة غير عضوة في هيئة الأمم المتحدة - كسويسرا على سبيل المثال - ويتخذ مجلس الأمن تدابير مختلفة لحفظ السلام العالمي وفق مقاصد الأمم المتحدة، عن طريق المندوبين او من خلال تشكيل لجان لحل النزاعات بين الدول، او عبر اصدار بيانات رئاسية يوافق عليها المجلس، ومن خلال قرارات صادرة عنه تتناول القضايا المطروحة، والتي غالباً ما تُطرح على جلسات للمجلس بعد تقديم شكاوى من قبل الدول الأعضاء لرئاسة المجلس. والقرارات التي تصدر عن المجلس تحتاج الى موافقة 10 دول أعضاء، بشرط أن لا تستخدم إحدى الدول دائمة العضوية " الفيتو" الذي يمنع صدور القرار نهائياً. وهذه القرارات تختلف في قوتها بين قرارٍ وآخر، لأنها على أنواعٍ أولاً، ولأن تنسيب هذا القرار او ذاك لهذا الفصل او لغيره من ميثاق الأمم المتحدة؛ يعطي للقرار قوة مختلفة عن قوة القرار الآخر، ولأي من هذه القرارات تأثيرات مختلفة وفقاً للقانون الدولي.

أ- القرارات التي تتخذ بموجب الفصل السادس من الميثاق. وهي تعتمد على النداءات لحل المنازعات، وتألّف لجان للمساعدة في عمليات التفاوض السلمي،

⁽¹⁾ راجع المادة 11 من الفصل الرابع من ميثاق الأمم المتحدة.

أو إحالة النزاع على محكمة العدل الدولية، أو إقتراح توصيات أخرى، فيما لو تفاقم النزاع (راجع المادة 34 و35 من الميثاق) ونستطيع القول أن القرارات التي تصدر بموجب هذا الفصل غير ملزمة للإطراف المعنية قانوناً، ولا تملك آلية محددة للتنفيذ.

ب- القرارات التي تصدر عن مجلس الأمن بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، تأخذ صيغة تنفيذية ملزمة، سواء كانت تتعلق بفرض عقوبات مالية أو اقتصادية أو بحرية أو جوية على أحد الدول، أو على عدة دول، والدول الأعضاء في الأمم المتحدة ملزمة بتنفيذ هذه القرارات. كما أن مواد الفصل السابع 41 و42 و43 أجازت لمجلس الأمن تشكيل قوة عسكرية من الدول الأعضاء لفرض تنفيذ قراراته التي تتخذ بموجب هذا الفصل بالقوة.

○ أولاً: القرار 425 ودوافعه ونتائجه، والإشكاليات التي رافقت تنفيذه

صدر القرار رقم 425 عن مجلس الأمن الدولي بتاريخ 1978/3/19، في أعقاب عدوان إسرائيلي على لبنان، إستهدف منشآت مدنية وعسكرية، واجتاحت القوات الإسرائيلية مساحة واسعة من الجنوب اللبناني، وهجرت أغلبية أهالي تلك المناطق. كانت حجة إسرائيل إنطلاق عمليات فدائية فلسطينية على قواتها من الأراضي اللبنانية، لاسيما عملية دلال المغربي في 1978/3/11 التي حصلت قرب تل ابيب وقُتل فيها 37 اسرائيلي وجرح 67، إلا ان النوايا العدوانية لإسرائيل كانت أكبر بكثير من المواقف المُعلنة.

القرار 425 صدر بعد معركة دبلوماسية في نيويورك، حيث كانت إسرائيل تطمح أن يتضمن القرار إقامة "ترتيبات أمنية مناسبة" من دون تشكيل قوة دولية⁽¹⁾. لكن القرار طلب من قوات الإحتلال الإسرائيلي وقف الأعمال العسكرية والإسحاب الفوري من الأراضي اللبنانية المحتلة، وعدم الإعتداء على أراضيها وأجوائها ومياهها الإقليمية في المستقبل، كما دعى القرار الى إحترام سيادة وإستقلال لبنان، وعدم إستخدام أراضيها لأي هدف عدواني.

(1) راجع جريدة الحياة، بيروت، 1978/4/13، بعنوان (معركة القرار 425).

وقد كلف مجلس الأمن في متن القرار الأمين العام للأمم المتحدة تشكيل قوة حفظ سلام دولية مؤقتة من الدول الأعضاء، تنتشر في الجنوب لحفظ السلام ومنع أي أعمال تهدد الإستقرار، ومراقبة الأنشطة العسكرية، ومساعدة الحكومة اللبنانية على تأمين عودة سلطاتها لتلك المنطقة⁽¹⁾.

لم تلتزم إسرائيل بتنفيذ القرار 425، وقد أبقّت قواتها العسكرية على الأراضي اللبنانية، كما لجأت الى تشكيل ميليشيا تابعة لها مؤلفة من بعض السكان المحليين، وأطلقت على هذه الميليشيات اسم "جيش لبنان الجنوبي" وزودتهم بالأسلحة والمعدات بهدف الحفاظ على أمن السكان كما إدعت، ولكن هذه الميليشيات كانت بالفعل تقوم بدور حراسة قوات الإحتلال وتعمل لخدمتها.

من حيث القوة القانونية؛ أعطى القرار مشروعية للتحركات اللبنانية الشعبية والدبلوماسية والعسكرية في مواجهة الإحتلال، لأن ميثاق الأمم المتحد يكفل الحق المشروع بمقاومة الإحتلال بالقوة العسكرية، فيما لو تعرض أي دولة لإحتلال جزء من - او كل - اراضيها. أما من حيث الواقع فلم تلتزم اسرائيل بتنفيذ موجبات القرار، بل أنها وسّعت عدوانها بين الحين والآخر ليطال أراضٍ لبنانية خارج الشريط المحتل، ولم تحترم مهام قوات حفظ السلام الدولية، بذريعة أن هذه القوات لم تمنع الأنشطة العسكرية المعادية لها في المنطقة.

أكثر من ذلك؛ فقد قامت إسرائيل بعملية عدوانية واسعة في حزيران من العام 1982، واحتلت جزء كبير من الأراضي اللبنانية، الى أن وصلت الى العاصمة بيروت، مخلفة وراءها الآف الشهداء والجرحى، ودماراً شاملاً لأغلبية المنازل والبنى التحتية في البلدات والقرى والمدن التي إحتلتها، من دون أي رادع، كما ساعدت ميليشيات محلية على ارتكاب مجازر جماعية بحق المدنيين اللبنانيين والفلسطينيين، كما حصل في مخيمي صبرا وشاتيلا جنوب بيروت في ايلول 1982.

⁽¹⁾ www.stl-tsl.org/ar/documents/un-documents/un-security-council-resolutions

رغم المطالبات السياسية والدبلوماسية اللبنانية والعربية والدولية لإسرائيل بضرورة الإنسحاب من الأراضي اللبنانية المحتلة، وفق ما جاء في متن القرار 425؛ إلا أنها لم تنسحب إلا في 25 أيار 2000، وبضغط من ضربات المقاومة اللبنانية بمكوناتها الوطنية والإسلامية. لكن إسرائيل لم تُطبق حتى اليوم كامل القرار 425، لأنها أبتت على إحتلالها لمزارع شبعا وتلال كفرشوبا في القطاع الشرقي من جنوب لبنان، بحجة أنها غير تابعة للأراضي اللبنانية، وأنها تقع ضمن الأراضي السورية وفقاً لما تضمنته الخارطة المسجلة في الأمم المتحدة عن حدود الأراضي السورية، ودائماً وفق إدعاءات إسرائيل. لا يمكن إنكار أن لبنان إستفاد من القرار 425، كما أن وثيقة الوفاق الوطني التي أُقرّت في الطائف في العام 1989 أشارت الى القرار كقاعدة متفق عليها دولياً، ليس فقط لتحرير جنوب لبنان من الإحتلال الإسرائيلي، بل كعنوان لترسيخ سلطة الدولة على كامل الأراضي اللبنانية،⁽¹⁾ ولكن قوة القرار لم تفرض على إسرائيل تنفيذ مندرجاته، وبالتالي فإن قوة اللبنانيين ومقاومتهم المسلحة، هي التي فرضت تطبيق القرار المذكور، وليس قوة الدبلوماسية الدولية.

○ ثانياً: القرار 1559 والتداعيات الكبيرة

كان لصدور قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1559 تاريخ 2 ايلول 2004 تداعيات كبيرة على الأوضاع في لبنان، منها وقوع تفجيرات مأساوية وعمليات إغتيال طالت عدد كبير من الشخصيات الوطنية، وفي مقدمتهم رئيس الحكومة الأسبق الشهيد رفيق الحريري، ومن التداعيات أيضاً؛ وقوع أحداث سياسية كبيرة - كخروج القوات السورية من لبنان على سبيل المثال - لم تكن لتحصل لولا صدور هذا القرار.

ماذا جاء في القرار 1559؟

طالب نص القرار كافة القوى المسلحة غير اللبنانية بالإنسحاب فوراً من الأراضي اللبنانية، والمقصود القوات العسكرية السورية بشكلٍ خاص، لأن ما يناهز 40 ألف ضابط

⁽¹⁾ لبنان وآفاق المستقبل، شفيق الحوت، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 1991، ص 225.

وجندي سوري كانوا متمركزين في مناطق لبنانية، بما فيها العاصمة بيروت، ويتدخلون بالحياة السياسية اللبنانية بكل تفاصيلها، بما في ذلك خلال تشكيل الحكومات المتعاقبة، وكان لهم دور مؤثر في الانتخابات النيابية، وعلى إدارات الدولة المختلفة، ويتهيب من نفوذهم أصحاب المؤسسات الخاصة، المالية والصناعية والتجارية وغيرها (دائماً وفق توصيف ديباجة القرار).

كما دعى القرار كافة الدول الى دعم سيادة وإستقلال لبنان، وحلّ كافة الميليشيات المسلحة، وبسط سيادة الدولة دون غيرها على كافة الأراضي اللبنانية.

وطالب مجلس الأمن الدولي بإجراء إنتخابات رئاسية نزيهة وحرّة وفقاً للدستور اللبناني، من دون أية ضغوطات خارجية. لأن ولاية رئيس الجمهورية اميل لحود الذي كان يتعاون الى أبعد الحدود مع القوات السورية؛ إنتهت، ويرغب السوريين بتعديل الدستور لإنتخابه من جديد، لأن الدستور لا يسمح للرئيس بتولي منصب الرئاسة مرتين متتاليتين.

سبّب صدور القرار 1559 توتراً داخلياً غير مسبوق. وقد تعاضمت على إثر صدوره حركة الإحتجاج على تدخلات القوات السورية وأجهزتها الأمنية في الشؤون اللبنانية، فصدر بيان المطارنة الموارنة الشهير من الصرح البطريركي في بكركي بتاريخ 20 ايلول 2004 والذي دعى القوات السورية للإسحاب من لبنان، وبعده؛ طالب رئيس الحزب التقدمي الإشتراكي وليد جنبلاط جهاراً بإعادة تموضع هذه القوات وفق ما جاء في اتفاق الطائف للعام 1989، كما تشكّل لقاء "البريستول" الذي ضمّ أحزاب وشخصيات هامة ومتعددة في مواجهة التدخلات السورية، وأيد رئيس الحكومة الراحل رفيق الحريري مطالب هذا اللقاء من دون أن ينظّم الى صفوفه في بداية الأمر.

وكان القرار 1559 سبباً رئيسياً لتنامي موجة الإغتيالات بواسطة التفجيرات الإرهابية، والتي طالت شخصيات معارضة، منهم من نجا بإعجوبة كالوزير السابق مروان حمادة في 2004/10/1، والوزير السابق الياس المر في 2005/7/12، والصحافية السابقة الوزير الحالية مي شدياق في 2005/9/25. ومنهم من قضى نحبه بواسطة التفجيرات؛ كالرئيس الشهيد رفيق الحريري في 2005/2/14، والصحافي سمير قصير في 2005/6/2، وأميين

عام الحزب الشيوعي جورج حاوي في 2005/6/21، والنائب جبران التويني في 2005/12/12، والوزير بيار الجميل في 2006/10/20، والنائب انطوان غانم في 2007/9/19، وكان هناك ترابط واضح بين عمليات الإغتيال المذكورة أعلاه، لأن الضحايا ينتمون الى فريق سياسي واحد، وهذا الترابط تبناه لاحقاً مجلس الأمن الدولي عندما أصدر القرار 1757 تاريخ 2007/5/30 والذي أنشأ بموجبه المحكمة الدولية الخاصة بلبنان، لمحاكمة قتلة الرئيس الحريري ورفاقه المذكورة اسماؤهم أعلاه.

وفي ذكرى مرور شهر على إغتيال الرئيس رفيق الحريري، وبعد اسبوع من التظاهرة الكبيرة التي حشد لها أصدقاء سوريا في 8 آذار 2005 وسط بيروت؛ شارك مئات الآف اللبنانيين في تظاهرة في 14 آذار 2005 في وسط بيروت، وطالبوا القوات السورية بالخروج من لبنان، وقد لاقت هذه التظاهرة - او ما أطلق عليها منظميها "ثورة الأرز" - تأييداً عربياً ودولياً واسعاً، مما دفع بالرئيس السوري بشار الأسد الى إتخاذ قرار بسحب قواته المسلحة من لبنان في 26 نيسان 2005.

لم ينفذ مجلس الأمن الدولي بالقوة القرار 1559 كما ينص عليه الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة؛ ولكن صدور القرار كان كافياً لخلق تداعيات سياسية كبيرة، أدت الى تنفيذ معظم بنوده، لاسيما منها انسحاب القوات السورية.

لكن الإنتخابات الرئاسية لم تجري وفق ما طالب به القرار 1559، بل تمّ تجاهل مطالب القرار بإجراء إنتخابات نزيهة لرئيس جديد، وقد عدل الدستور بتأثير من القيادة السورية (على ما أعلن من قبل عدد من النواب في تصريحات صحفية) لمرة واحدة، سمحت للرئيس أميل لحود تمديد ولايته لثلاث سنوات إضافية.

ورغم أن قوى سياسية لبنانية عديدة معارضة للقوات السورية؛ لم تتبنّى او تؤيد كامل مُنדרجات القرار 1559 مراعاةً للمقاومة الإسلامية التي يقودها حزب الله، وهذا الحزب كان له دور أساسي في تحرير الأراضي التي كانت تحتلها " اسرائيل" في الجنوب اللبناني قبل العام 2000، ومن هذه القوى تحديداً رئيس الحكومة الراحل الشهيد رفيق الحريري، ورئيس اللقاء الديمقراطي النيابي وليد جنبلاط؛ لكن القرار أحدث إنقساماً هائلاً بين القوى اللبنانية،

إستمرّ الى ما بعد إنسحاب القوات السورية، وبقِيَ التشنج السياسي كبيراً جداً في البلاد لمدة طويلة، على خلفية انتشار السلاح غير الشرعي مع قوى مُقربة من المقاومة، مما أدى الى صدام دموي قاسي في ايار 2008، كاد أن يُدخل لبنان في حرب أهلية جديدة. أحدث القرار 1559 تداعيات كبيرة على الساحة اللبنانية، منها السلبية التي صنعت نفوراً كبيراً بين المجموعات المكوّنة للبنانيين، وكاد هذا النفور أن يسبب فتنة مذهبية او طائفية أكثر من مرة. ومن التداعيات أوجه إيجابية، تحديداً لأنه كان السبب الرئيسي وراء الإندفاع المحلية والدولية التي فرضت إنسحاب القوات العسكرية السورية من لبنان، رغم بقاء بعض التأثير لأجهزة الأمن السورية في أماكن عديدة.

ومهدّ القرار 1559 لصدور القرار 1595، بعد الترابط الذي بدى واضحاً بين العملية السياسية التي أحدثها القرار 1559، وعملية إغتيال الرئيس رفيق الحريري. ويقول رئيس وزراء روسيا الأسبق يفيغيني بريماكوف عند زيارته الى بيروت في تلك الفترة: أن الحريري أكد له إستعداده للذهاب الى دمشق رغم كل التوترات القائمة، وتطمينها بعدم القيام بأي خطوة خارجية بمعزل عنها، بما في ذلك عدم توقيع أي إتفاق مع إسرائيل، وقال الحريري: بلّغ الأسد أن جماعته يتدخلون في كل شاردة وواردة في لبنان، بما في ذلك تعيين أي حاجب في الدولة".⁽¹⁾

وفي علم السياسة؛ لا يمكن تجاهل الترابط بين هذا الكلام الذي نقله رئيس وزراء دولة عظمى، وبين ما حصل، بصرف النظر عن مواقف أطراف المعادلة اللبنانية، وعن كل التحليلات الأخرى التي تناولت أحدث تلك الفترة في لبنان.

○ ثالثاً: القرار 1595 وبداية البحث عن الأدلة الدامغة

من الأسباب الموجبة لصدور القرار 1595 بتاريخ 2005/4/7، الشكوك التي كانت تعترى التحقيقات اللبنانية في جريمة إغتيال الرئيس الأسبق للحكومة الشهيد رفيق الحريري، خصوصاً بعد أن تمّ تسريب الصور من موقع حصول الإنفجار على شاطئ وسط بيروت،

⁽¹⁾ يفيغيني بريماكوف، الشرق الأوسط؛ المعلوم والمخفي، دمشق، دار اسكندرون، 2006، ص 220.

بحيث رُفعت السيارات التي دمرت في الحادث من قبل القوى الأمنية اللبنانية المتعاطفة مع القوات السورية، وبدأت الورش الحكومية في رفع الأنقاض من المكان. والخبراء في التحقيقات الجنائية يعتبرون هذا الأمر؛ شكلاً من أشكال إخفاء معالم الجريمة، وعادةً لا يجوز القيام بمثل هذه الأعمال عندما تقع مثل هذه الحوادث الإرهابية المروعة. بل أن المُتفق عليه في علم التحقيقات الجنائية؛ هو الحفاظ على الوقائع والأدلة كما هي، ريثما يتم أخذ كل العينات من موقع الجريمة، لتقفي الأثر وصولاً إلى معرفة هوية الجناة.

والقرار 1595 الذي جاء بطلب لبناني ودولي؛ نصّ على إنشاء لجنة تحقيق دولية مستقلة، تُولف من خبراء دوليين في هذا المجال. كما طلب القرار من الدول الأعضاء في الأمم المتحدة التعاون مع أعضاء فريق التحقيق الذي سيشكله الأمين العام للأمم المتحدة. ويُلزم القرار بموجب الفصل السابع السلطات اللبنانية الحكومية بالتعاون مع فريق التحقيق الدولي، وتزويد اللجنة بكل ما تطلبه من معلومات وبيانات وتسهيلات تساعد على التحقيق، وفرضت مندرجات القرار على الأجهزة الرسمية اللبنانية حماية أعضاء البعثة الدولية وتأمين مقر خاص لها، تتوافر فيه الظروف الملائمة لعمل المحققين، و يحتوي على المختبرات العلمية اللازمة.

كما طلب القرار من كافة الدول المعنية؛ التعاون مع اللجنة، وفوض الأمين العام للأمم المتحدة متابعة مراحل التنفيذ، وتوفير كل ما يتطلبه حسن سير عمل اللجنة، ورفع تقارير لمجلس الأمن عن أي معوقات قد تواجه أعضاء فريق التحقيق. ولهذه الغاية عيّن الأمين العام للأمم المتحدة كوفي عنان السيد تيري رود لارسن مبعوثاً خاصاً، لمتابعة تنفيذ القرار 1595.

ولمساعدة أعضاء فريق التحقيق؛ كان لارسن يقوم بدور دبلوماسي واسع، خصوصاً بعد أن تكشّفت بعض الخيوط عن الجريمة من خلال التحقيقات، وتطلبت هذه التحقيقات مقابلة بعض ضباط الأمن السوريين الذين كانوا يتعاطون في الشأن اللبناني - خصوصاً في موضوع طلب رفع مخلفات الانفجار عن الطريق - ورغم تأكيد رئيس فريق التحقيق القاضي دانيال بلمار "أن اللجنة لم تتأثر بأي إعتبارات سياسية في عملها القضائي

المستقل"⁽¹⁾ فقد كانت الشكوك والدلائل تشير الى مسؤولية قوى سياسية أقليمية تقف وراء عملية التفجير .

وبدأ القرار 1595 يُحدث تداعيات سياسية على لبنان، خصوصاً بعد توقيف اربعة من قادة الأجهزة اللبنانية بطلب من لجنة التحقيق الدولية. والمبعوث تيري رود لارسن، وبعد عودته الى نيويورك من جولة في المنطقة في حينها، التقى خلالها رؤساء مصر والسعودية والأردن وأمين عام الجامعة العربية؛ صرّح لمحدثيه: " أن أحداً لم يتهم الرئيس السوري بشار الأسد مباشرة، لكن جميع منّ التفتيهم قلقين من عدم سيطرة الأسد على نشاط بعض أجهزته الأمنية".⁽²⁾

وفي أوج تأثير القرار 1595 على لبنان وتداعياته؛ حصل العدوان الإسرائيلي على لبنان في تموز 2006، وطال الجنوب والمناطق اللبنانية الأخرى، وأدى الى تهجير مؤقت لأكثر من نصف مليون لبناني من الجنوب ومن ضاحية بيروت الجنوبية، وهذا الحدث قلب صفحة من الأحداث التي تمحورت حول بنود القرارين 1559 و1595، وأسس لنوع جديد من التطورات، كان محورها، التضامن الداخلي اللبناني رغم كل شيء، وصدر قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1701 بتاريخ 11 آب/ اوغسطس 2006، وفتحت مندرجات القرار صفحة جديدة من التطورات على الساحة اللبنانية، كان عنوانها الرئيس؛ العمل على لملمة آثار العدوان، وبدء هدنة أمنية جنوبية طويلة، يحكمها إستقرار فيه شيء من توازن الرعب.

○ رابعاً: ماذا في مندرجات القرار 1701، وما هي تأثيراته؟

بعد عدوان إسرائيلي إستمرّ شهراً كاملاً، وطال كافة الأراضي اللبنانية بقصف جوي وبحري وبري، ودمّر قسماً كبيراً من البنى التحتية - لا سيما الجسور - ودخلت خلاله قوات الإحتلال الى جزء من الأراضي اللبنانية في الجنوب؛ صدر القرار رقم 1701 بتاريخ

⁽¹⁾ راجع مجلة اليوم السابع، القاهرة، 2009/2/27.

⁽²⁾ راجع يفغيني بريماكوف، الشرق الأوسط؛ المعلوم والمخفي، دمشق، دار اسكندرون، 2006، ص 223.

12 آب 2006، وتمّ بموجبه وقف إطلاق النار، بعد أن ردّت المقاومة على العدوان بضرب الأراضي الفلسطينية المحتلة وأصابت بعض المدن والمستوطنات الإسرائيلية. ماذا جاء في مضمون القرار الذي صدر بإجماع الدول الأعضاء في مجلس الأمن الدولي؟

حمّل القرار حزب الله مسؤولية بدء الحرب، لأنه أقدم على خطف الجنديين الإسرائيليين من منطقة محاذية للحدود قرب الخط الأزرق في الجنوب، وطالب القرار بالإفراج عنهما، كما طلب من قوات الاحتلال الإسرائيلي الإنسحاب من الأراضي التي إحتلتها في الجنوب فوراً، كما طالبها بإعادة الأسرى اللبنانيين لديها، ودعى الدولة اللبنانية الى فرض سلطاتها الكاملة دون غيرها على كامل الأراضي اللبنانية، بإعتبارها القوة الشرعية الوحيدة التي يحق لها حمل السلاح كما جاء في القرار.

وأوصى مجلس الأمن تأليف قوى إضافية تابعة للأمم المتحدة، تنظّم الى قوات اليونيفيل الموجودة أصلاً، ليصل عديدها الى 15 الف ضابط وجندي، تنتشر على أراضي الجنوب وفي البحر، لتفرض الأمن وتساعد قوات الجيش اللبناني التي ستنشر في الجنوب، ولمنع المظاهر المسلحة جنوب نهر الليطاني، سوى للقوى النظامية الحكومية، كما فوّض القرار قوات اليونيفيل مساعدة القوات الشرعية اللبنانية على عدم السماح لإدخال السلاح غير الشرعي الى لبنان، من كل الجهات، لا سيما من جهة الشرق والشمال، حيث الحدود اللبنانية مع سوريا⁽¹⁾.

وطالب القرار كافة الدول لمساعدة الشرعية اللبنانية على بسط نفوذها على كامل أراضي البلاد، وتوفير المساعدة للحكومة اللبنانية لإعادة بناء ما تهدّم من منشآت وبنى تحتية وتقديم العون للنازحين والمتضررين من السكان. ودعى القرار الى إحترام كافة القرارات السابقة الصادرة عن مجلس الأمن ذات الصلة، وطالب ببذل أقصى الجهود لتحقيق السلام الشامل في الشرق الاوسط على أساس القرارات الدولية، لاسيما القرارين 242 و338.

(1) راجع الفقرة 14 من القرار 1701.

أحدث القرار 1701 تغييرات هائلة على الأوضاع في لبنان، وأعاد بعض الأمل بالدولة اللبنانية. وبعد أن كان حزب الله وحلفاءه يرفضون إرسال الجيش اللبناني الى الجنوب، فقد أصبح هذا الموضوع بعد العدوان الإسرائيلي، وبعد صدور القرار المذكور؛ أمراً عادياً ومطلوباً لتنفيذ القرار.⁽¹⁾

والعدوان الذي كان السبب الرئيسي لصدور القرار 1701؛ طوى بالتضامن الوطني الذي حصل ضده صفحة الخلافات الداخلية اللبنانية التي كان محورها الإنقسام الذي أعقب إغتيال الرئيس رفيق الحريري؛ لكن بعد وقف الحرب، أنتج القرار خلافات جديدة من جهة ثانية، كان محورها سلاح حزب الله. ففي الوقت الذي كانت قوى 8 آذار تعتبره شرعياً؛ كانت الحكومة التي يرأسها فؤاد السنيورة تعتبره غير شرعي وإمتداد للنفوذ الإيراني الذي ورث النفوذ السوري بعد إنسحابها من لبنان.⁽²⁾

كما أن خلافاً من نوع جديد برز بين القوى اللبنانية بعد بدء تطبيق القرار، عنوانه: هل أن إسرائيل إنسحبت من كامل الأراضي اللبنانية، أم أن أراضٍ لبنانية ما زالت تحت الإحتلال، وهذا الأمر يعطي مشروعية للمقاومة الشعبية المسلحة، وفقاً لما جاء في ميثاق الأمم المتحدة؟ وبينما إعتبرت قوى 14 آذار التي تدعم حكومة السنيورة؛ أن لبنان لا يحق له إعتبار منطقة مزارع شبعا وتلال كفرشوبا محتلتين رغم أن ملكيتها لبنانية، إلا بعد أن تُقدم الحكومة السورية على تسليم خرائط ترسيم الحدود للأمم المتحدة، توضّح فيها أن هذه الأراضي اللبنانية وتحتلها إسرائيل، وعلى إعتبار أن القرار 1701 طالب حكومة لبنان، وحكومة العدو الإسرائيلي بإحترام الخط الأزرق للعام 2000 الذي لم يشمل هذه المزارع؛ لكن قوى 8 آذار التي تدعم حزب الله كانت تعتبر أن هذه الأراضي حكماً لبنانية بموجب وثائق ملكية لبنانية، وينبغي تحريرها بالمقاومة المسلحة، كما تسمح بذلك الشرعية الدولية.⁽³⁾

⁽¹⁾ راجع كريم مروة، في البحث عن المستقبل، دار الساقى، بيروت 2009، ص 112.

⁽²⁾ د. كمال حماد، كتاب وثائق مؤتمر الشرق الأوسط في ظل النظام العالمي الجديد، الجيش اللبناني، بيروت، تموز 2016، ص 273.

⁽³⁾ راجع د. موسى ابراهيم، تاريخ لبنان الحديث والمعاصر، دار المنهل اللبناني، بيروت 2011، ص 286.

وما زال الخلاف قائماً بين اللبنانيين حتى اليوم حول هذه المسألة، برغم أن التطورات المأساوية التي حصلت في أيار 2008، وكادت أن تُشعل حرب أهلية شاملة؛ فرضت معادلة جديدة، إُعترفت بموجبها كل القوى اللبنانية الرئيسية التي إجتمعت في مصالحة الدوحة عاصمة قطر في 21 ايار 2008، بمعادلة حق الجيش والشعب بمقاومة الإحتلال، وتضمنت المصالحة إتفاقاً على إنتخاب العماد ميشال سليمان رئيس جديد للجمهورية بعد أن كان الموقع شاغراً، وتشكيل حكومة تملك فيها الأطراف المؤيدة للمقاومة ثلثاً معطلاً، يمنع إتخاذ أي قرار يمسّ بعمل المقاومة، او يتعرض لها، كما تمّ الإتفاق على بيان وزاري للحكومة الجديدة يعترف بحق الشعب اللبناني بمقاومة الإحتلال.

الأمم المتحدة قامت بما عليها في مجال تطبيق القرار 1701، وأرسلت قوات أممية إضافية الى الجنوب، مؤلفة من عدة جنسيات، كما أوكلت للقوات البحرية الألمانية مراقبة الشواطئ اللبنانية ومنع تهريب السلاح، على أن تساعد الحكومة البريطانية قوات الجيش اللبناني بمراقبة الحدود البرية مع سوريا، لكن التطورات اللاحقة أثبتت أن الحدود البرية غير مضبوطة بالكامل، وتهريب الأسلحة من سوريا قائم على قدمٍ وساق، خصوصاً من قبل قوات حزب الله التي تربطها صداقة مع الحكومة السورية. وهذا ما إثبتته التطورات عند إندلاع الإحتجاجات الشعبية في سوريا، والتي تحوّلت في ما بعد الى ما يشبه الحرب الأهلية الطاحنة، وشارك فيها حزب الله الى جانب الحكومة السورية.

وقد أصدر مجلس الأمن الدولي لاحقاً مجموعة من البيانات الرئاسية، يدعوا فيها الحكومة اللبنانية الى ضبط تهريب السلاح عبر الحدود، وفرض سلطتها على كامل اراضي البلاد، كما طالبها بإعتماد سياسة النأي بالنفس عما يجري في محيطها، وتحديدأ في سوريا، لكن الخروقات لهذه التوجهات الدولية كانت واضحة من أطراف حكومية لبنانية، ومن قوى تربطها علاقات مع الحكومة السورية، او مع بعض أطراف المعارضة.⁽¹⁾

لا يمكن إعتبار القرار 1701 بأنه أمّن حلاً كاملاً للأزمة اللبنانية، ولا هو وضع حد للعدوان الإسرائيلي بشكل نهائي؛ ولكن لا يمكن التخفيف من أهمية التغييرات التي أحدثتها

(1) راجع: WWW.UNIFIL.UNISSIONS.ORG

القرار على لبنان، وفي الجنوب بشكلٍ خاص، ذلك أن مقاربات جديدة أصبحت بحكم الأمر الواقع، ومنها الحدّ من الإنتشار المسلح داخل منطقة جنوب الليطاني، وحصر هذا الإنتشار بالجيش اللبناني وقوات اليونيفل - بالظاهر على أقل تقدير - ذلك بعد أن كان هذا السلاح متقلّماً من كل الضوابط قبل صدور القرار. وقد أخرج القرار أيضاً قوات المقاومة المسلحة الى ما بعد خط نهر الليطاني، من دون أن يكون لها قواعد عسكرية ظاهرة للعيان بعد هذا الخط. ولكنه بالمقابل أخفق في منع كامل الإنتشار المسلح غير الشرعي في لبنان، كما نصّ على ذلك القرار ذاته، لا في المخيمات الفلسطينية، ولا في بعض المواقع الأخرى.

ومن المفاعيل التي يمكن تسجيلها بعد صدور القرار؛ إنتاج أجواء مدنية سلمية في منطقة الجنوب، بعد سنوات عديدة من وجود حالة من الإستنفار العسكري الذي كان مفروض على المنطقة. وقد ساهمت قوات اليونيفل بفعالية واضحة في خلق هذه الأجواء، من خلال التفاعل المدني مع السكان المحليين، وقيامها بدور إجتماعي ظاهر للعيان، وبمساعدها السكان المحليين في تنفيذ مشروعات تنمية محلية، بما في ذلك حفر آبار المياه، وشق الطرقات، وتقديم بعض المساعدات الطبية والإجتماعية، مما عزز من اجواء التعاون بين بعض أفراد القبعات الزرق والسكان المحليين، وأدى الى حصول تزاوج بين أفراد من القوات الدولية وفتيات من أبناء القرى الحدودية.⁽¹⁾

يُعتبر القرار 1701 من أهم القرارات التي إتخذها مجلس الأمن حول لبنان، وما زالت مفاعيله ذات تأثير واسع حتى اليوم؛ لكنه مازال أيضاً بحاجة الى تطبيق أدق وأوضح مما هو عليه الحال، لأن لبنان بقي يعاني من العدوان الإسرائيلي، وهو معرّض للتدخلات الخارجية التي تُسبب فوضى، او إضطرابات أمنية. كما أن تهريب السلاح غير الشرعي ما زال قائماً، وهناك تفلّت مسلح غير مقبول في بعض المخيمات الفلسطينية.

⁽¹⁾ راجع كتاب العميد المتقاعد د. رؤوف الصباح، القبعات الزرق من القرار 425 الى القرار 1701، منشور في جريدة النهار، بيروت 2019/3/21.

○ خامساً: القرار 1680 وترسيم الحدود

جاء القرار 1680 الذي صدر عن مجلس الأمن بتاريخ 17 ايار 2006 في سياق التجاذبات التي حصلت بين العام 2004 والعام 2007، بمعنى أنه مرتبط عضويًا بمجموعة أحداث تلك الفترة، وكان لهذه الأحداث تأثير جوهري على الوضع في لبنان. ومن المؤشرات الهامة التي جاءت في سياق القرار؛ وضوح جزء من صورة الإنقسام الدولي حول ما يحدث في جنوب لبنان، كذلك حول السياسة التي تعتمدها سوريا إتجاه لبنان بعد انسحاب قواتها العسكرية منه في 26 نيسان 2005. وقد تبلور هذا التباين الدولي - الذي لم يصل الى حد الخلاف - في إمتناع روسيا والصين عن التصويت على القرار، بينما أيدته الدول الـ 13 الأخرى، كما أن القرار المذكور تعاونت على صياغته فرنسا وبريطانيا والولايات المتحدة الأميركية، وهي دول دائمة العضوية في مجلس الأمن.

أهم ما جاء في مقدمة القرار 1680؛ هو التأكيد على جهود الأمين العام للأمم المتحدة ومبعوثه الخاص في مساعيها لتطبيق باقي بنود القرار رقم 1559، كما دعى الدولة اللبنانية الى بذل جهود إضافية لتنفيذ بنود القرار المذكور، خصوصاً بند حلّ الميليشيات اللبنانية وغير اللبنانية المتواجدة على الأراضي اللبنانية، ونزع سلاحها، كي يبقى السلاح بيد القوات النظامية فقط لا غير. وأشار القرار الى ضرورة تطبيق كامل بنود القرارات السابقة ذات الصلة، بما في ذلك القرارين 425 و426 (للعام 1978) والقرار 520 (للعام 1982) والقرار 1655 (للعام 2005).

لكن المضمون الأساسي للقرار 1680، او الدافع وراء إصداره؛ هو الطلب من الحكومة السورية التجاوب مع طلب الحكومة اللبنانية في تعيين الحدود المشتركة بين البلدين، وإيداع نسخة عن هذا التعيين في الأمانة العامة للأمم المتحدة. والقصد الجوهري من هذا الأمر، هو توضيح الصورة فيما يتعلق بمزارع شبعا وتلال كفرشوبا التي تقع عند مثلث تلاقي الحدود عند الطرف الجنوبي من جبل الشيخ، لأن دولة الإحتلال الإسرائيلي تعتبرها اراضٍ سورية، لأن مخفر شرطة سوري كان قائماً في تلك المنطقة قبل إحتلالها عام 1967، وقد خضعت لنفوذ قوات التندوف الدولية المتواجدة بالأراضي السورية المحتلة،

بناءً على إتفاق الهدنة بين سوريا والعدو الإسرائيلي في العام 1973، وبالتالي لا تنطبق عليها أحكام القرار 425 في القانون الدولي، خصوصاً لناحية السيادة، ولكن مواطنين لبنانيين يحملون سندات ملكية دامغة لبعض العقارات في المنطقة التي هي بالفعل اراضي لبنانية، ولكن خط ترسيم الحدود الذي جرى في ايار من العام 2000 لم يشملها، ولم يأتي هذا الخط على ذكر مزارع شبعاء. وسوريا تقول في تصريحات إعلامية على لسان أكثر من مسؤول فيها؛ أن المزارع لبنانية، ولكنها لم توقع على تعيين الحدود فيها وفقاً لما هو متبع بين الدول، وبالتالي فإن الأمم المتحدة لم تعترف بلبنانية المزارع لتاريخه. علماً أن الأمم المتحدة تقول في القرار 1680: أن من شأن تعيين الحدود تحسين العلاقات بين البلدين، كما يُعطي شرعية للمطالبة بفرض انسحاب الإحتلال الإسرائيلي منها تطبيقاً للقرار 425، وكذلك إعطاء مشروعية لعمل المقاومة المسلحة لتحريرها، وفي تلك الإشارة الأممية، إيجاء واضح بأن المزارع بالفعل لبنانية، ولكن الأمر يحتاج الى إجراءات بروتوكولية لتظهير قانونية وضع المزارع.

اما الجانب الثاني الهام من أهداف القرار 1680؛ هو الدعوة الى إقامة علاقات دبلوماسية بين لبنان وسوريا، وهذا يصب في خانة تدعيم إستقلال وسيادة لبنان، ويؤدي الى تطوير وتحسين العلاقات بين البلدين كما جاء في القرار، ولكن روسيا والصين إعتبرتا أن هذه الدعوة تتم عن تدخّل في الشؤون الداخلية للدول، وبالتالي إمتنعتا عن التصويت على القرار، لكنهما تنسّفاً القرار، حيث كان بإمكان إبي منهما إستخدام الفيتو وتعطيل القرار لو ارادا ذلك.

وبالفعل فقد وافقت الجمهورية العربية السورية على طلب الحكومة اللبنانية بإقامة علاقات دبلوماسية بين البلدين، وأعلن عن بدأ هذه العلاقات بتاريخ 2008/10/15، إلا أن موضوع تعيين الحدود لم يجري - خصوصاً في القسم الجنوبي منها - بحجة عدم امكانية الوصول الى المنطقة كونها تقع تحت الإحتلال الإسرائيلي، وبالتالي فإن هذه الإشكالية مازالت قائمة حتى اليوم - أقله بالنسبة للمشروعية الدولية - التي تعتبر أن غموضاً يكتنف واقعية السيادة على مزارع شبعاء وتلال كفرشوبا، برغم تصريح وزير خارجية

سوريا في أن المنطقة اللبنانية، ولكن إسرائيل التي تحتل تلك الأراضي لا تعترف بهذه التصريحات، وتريد خرائط موقعة من الدولتين، وفي هذا الموقف يتوضّح أن مقاصدها تعقيد الموقف، للإستمرار في إحتلال تلك المنطقة.

صحيح أن القرار 1680 تناول الملف اللبناني، وهو دعى الى مساعدة الحكومة اللبنانية على تنفيذ طلباتها فيما يتعلّق بالعلاقة بين لبنان وسوريا، والتي إعتراها شكل من اشكال الغموض إبان تواجد القوات العسكرية السورية في لبنان خلال ما يقارب 30 عاماً؛ ولكن الصحيح ايضاً: أن القرار حمل في طياته مرامٍ دولية تتعلّق بالتجاوزات الحاصلة بين القوى الدولية والإقليمية الكبرى حول أحداث منطقة الشرق الأوسط برمتها.

○ سادساً: القرار 1757، والمحكمة الدولية الخاصة بلبنان

بعد مخاضٍ عسير، صدر عن مجلس الأمن الدولي القرار 1757 بتاريخ 30 ايار 2007، وهو بطبيعة الحال إستند الى قرار سابق كان قد صدر عن المجلس رقم 1644 تاريخ 15 كانون الأول 2005، وهذا القرار الأخير كان قد أقرّ مبدأ إنشاء محكمة خاصة بلبنان " ذات طابع دولي" بناءً لطلب الحكومة اللبنانية، مهمتها محاكمة مرتكبي جريمة إغتيال الرئيس رفيق الحريري ورفاقه. وقد إنكبت لجنة كلفها الأمين العام للأمم المتحدة مع قضاة لبنانيين على وضع نظام المحكمة، وتمّ ارسال هذا النظام الى الحكومة اللبنانية بعد إقراره من قبل مجلس الأمن بتاريخ 25 تشرين الثاني 2006، لكن مجلس النواب اللبناني، ولإسباب سياسية - كما جاء في ديباجة القرار - لم يتمكن خلال مدة 6 أشهر من الإنعقاد للتصديق أصولاً على معاهدة إنشاء المحكمة.⁽¹⁾

وإستناداً الى عريضة موقعة من 72 نائب - وهم أكثر من نصف أعضاء مجلس النواب المؤلف من 128 نائب - قُدمت الى الأمين العام للأمم المتحدة، ويشرحون فيها ظروف عدم إنعقاد مجلس النواب لإسباب داخلية ناتجة عن الإنقسام السياسي، وأدى عدم الإنعقاد الى تعطيل قدرة السلطة التشريعية اللبنانية في التصديق على معاهدة إنشاء

⁽¹⁾ راجع مجلة الدفاع الوطني، العدد 103، كانون الثاني 2018، بيروت، بحث للعميد سامي خوري.

المحكمة التي كانت تحتاج الى إمبارام الطرفين الشريكين - أي مجلس الأمن كشخصية دولية والحكومة اللبنانية؛ عندها لجأ مجلس الأمن الى الخيار الآخر، وأصدر القرار 1757، صادق فيه على نظام المحكمة وأصول التقاضي أمامها، كما أعتبرها مؤسسة قضائية دولية مستقلة قائمة بذاتها وفقاً للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، لها مقر خارج لبنان في مدينة لاهاي الهولندية، وبالتالي تجاوز شرط الموافقة اللبنانية.

وبالفعل فقد تشكلت المحكمة، وتم تعيين قضااتها، وكان أول إجراء قامت به؛ هو الطلب من السلطات اللبنانية التنازل عن ملف التحقيق في جريمة إغتيال الحريري ورفاقه، وقد تنازلت هذه السلطات عن إختصاصها بالتحقيق في 8 نيسان 2009، وعلى إثر هذا التنازل؛ أصدر مدعي عام المحكمة الدولية قرار بإخلاء سبيل الضباط الأربعة الذين كانوا موقوفين على ذمة التحقيق في القضية بتاريخ 29 نيسان 2009، وهم القادة السابقين للمخابرات العسكرية ولقوى الأمن الداخلي والأمن العام وقائد لواء الحرس الجمهوري، وبعد إخلاء سبيل الضباط؛ بدأت تأثيرات القرار 1757 على لبنان، بشكل فعلي، لما كان لقرار إخلاء سبيل هؤلاء القادة من تأثير.

كان للقرار 1757 وما زال إنعكاس واسع على الوضع اللبناني، وعند كل محطة قضائية تصدر عن المحكمة الدولية التي أنشئت بموجب القرار؛ كان الوضع اللبنانية يتفاعل معها سلباً أو ايجاباً، وكانت مرحلة الإستماع العلني للشهود من القادة السياسيين والأميين أمامها، تستقطب الوسط الإعلامي، ويتفاعل معها الشعب اللبناني برمته، وكادت هذه الشهادات أن تختصر الحياة السياسية اللبنانية في بعض الأحيان. واليوم وأكثر من أي وقت مضى، ورغم التطورات التي حصلت في سوريا منذ ما يُقارب العشر سنوات، وأودت بحياة العديد من الأشخاص التي وردت أسماؤهم خلال مجرى التحقيقات في الملف؛ فإن صدور الأحكام المنتظرة عن المحكمة سيكون لها إرتدادات واسعة، برغم أن المعني الأساسي في الملف، وهو رئيس الحكومة سعد رفيق الحريري، قال: لن نجعل من أي قرار أو حكم وسيلة لإرباك البلد، او تهديد مستقبل أبنائه.

والقرار 1757 كان كما أغلبية قرارات مجلس الأمن الأخرى المتعلقة بلبنان؛ مصدر إنقسام سياسي بين مؤيد له او معترض عليه. ولكنه في ذات الوقت كان مفيداً في ضبط الإنفلاش السياسي والأمني الذين يهددان الوضع اللبناني باستمرار، نظراً لترابط الوضع في لبنان مع الوضع الأقليمي، خصوصاً من خلال العدوان الإسرائيلي من الجنوب، ومن التدخلات السياسية والأمنية من أطراف عربية وأقليمية ودولية أخرى، وهؤلاء يتأثرون نسبياً بالقرارات الدولية بطبيعة الحال.

○ الخاتمة والإستنتاجات

يمكن التأكيد أن قرارات مجلس الأمن الدولي التي تناولت الوضع في لبنان، خصوصاً منها التي صدرت بين العام 1978 والعام 2007 (محل بحثنا) قد أفادت لبنان، وعدّلت من مجرى الأخطار التي واجهت البلد الصغير وصاحب المشكلات الكبيرة. وقد إنقذت مؤسساته الشرعية والدستورية من مأزق متكررة. وهذه القرارات والمواقف الدولية؛ كان لها الباع الطولى في إعادة السيادة الى أرضية التي تعرّضت الى العدوان والإحتلال من قبل إسرائيل أكثر من مرة، كما انها ساهمت في إنقاذه من الويلات التي أصابته من جراء التدخلات الخارجية في شؤونه - خصوصاً عندما كانت القوات السورية متواجدة على أراضيه - وهي أيضاً وأيضاً اوقفت موجة الإغتيالات التي حصلت خلال حقبة مصيرية من تاريخه، وأصابت خيرة من قياداته السياسية والعسكرية، بدءاً من إغتيال كمال جنبلاط عام 1977، وصولاً الى إغتيال رفيق الحريري ورفاقه.

وكان للأمم المتحدة دوراً أساسياً في المحطات التي تعرّض فيها لبنان الى خطر الفوضى وإنحلال الدولة. كما وقفت المنظمة الدولية الى جانب لبنان في أزماته الإقتصادية والمالية الخانقة أكثر من مرة، وهيئات الأمم المتحدة؛ دعت - او شاركت - في المؤتمرات الدولية لمساعدة لبنان، خصوصاً في مؤتمر باريس - 1 في العام 2002، وفي مؤتمر سيدر في العام 2017، وفي غيرها من المؤتمرات التي كانت تبحث في أزمات النازحين

الفلسطينيين والسوريين الذي قدموا الى اراضيهم هرباً من هول الحرب في سوريا، خصوصاً مؤتمر الكويت في العام 2016.

لكن كل ذلك لا يبرر التقصير من قبل المنظمة الدولية - لاسيما من مجلس الأمن - إتجاه لجم العدوان الإسرائيلي المستمر على أراضيهم وأجوائهم وعلى مياههم الإقليمية. ورغم تواجد قوات اليونيفيل في الجنوب، لم تتوانا آلة القتل الإسرائيلية عن ارتكاب مجزرة قانا في مقر هذه القوات في 30 تموز 2006، وذهب ضحيتها 62 شهيد معظمهم من الأطفال⁽¹⁾، ورغم وجود بعض القوات الأممية في البحر مقابل سواحل لبنان؛ فإن السفن الحربية الإسرائيلية تجوب في مياههم الإقليمية بين الحين والآخر، كما أن الطيران الحربي الإسرائيلي يخلق في أجوائهم باستمرار، وغالباً ما تتعرض بعض أراضيهم في الجنوب لقذائف صاروخية إسرائيلية، ولعمليات تجسس تقنية، وقد تمّ كشف العديد من هذه العمليات في الآونة الأخيرة. والعدوان الإسرائيلي مستمر أيضاً بواسطة تجنيد عملاء للتخريب على الوضع الداخلي اللبناني، وقد أوقف الأمن اللبناني عدد من هؤلاء العملاء، وأُعترفوا بأن المخابرات الإسرائيلية قامت بتجنيدهم لغايات عدوانية.

من ناحية ثانية؛ فإن الحجّة الإسرائيلية؛ بأن هناك خلاف على ملكية مزارع شبعا وتلال كفرشوبا؛ لا تُبرر استمرار إحتلالها لتلك الأراضي فيما لو كان موقف مجلس الأمن الدولي أكثر حزمياً في مطالبته بتطبيق كافة مندرجات القرار 425 الذي ينص على الإنسحاب من كامل الأراضي اللبنانية المحتلة، وبطبيعة الحال؛ يستطيع مجلس الأمن أن يضع آلية لتنفيذ الجانب الثاني من القرار 1680، وهو توقيع الحكومة السورية على تعيين الحدود في مزارع شبعا، كي لا يبقى عدم التحديد حجة عدوانية لإسرائيل.

أما فيما يتعلق بالشؤون الأخرى التي تناولاتها القرارات الدولية محل البحث؛ فإن المخاوف من عدم تطبيقها بالكامل مازالت قائمة، لاسيما موضوع السلاح غير الشرعي المتواجد على الأراضي اللبنانية، وفي مسائل منع تهريب السلاح عبر الحدود. كما أن

⁽¹⁾ راجع كتاب يوميات الحرب على لبنان، تموز - آب 2006، الصادر عن يونيفرسل كومباني، بيروت، 2006. ص

التدخلات الدولية والإقليمية في الشؤون اللبنانية موجودة وواضحة في العديد من الملفات، ومنها على سبيل المثال في المحطات الدستورية التي يتم فيها إنتخاب رئيس جديد للجمهورية - وهذا ما أشار الى عدم السماح بإستمراره القرار 1559 الذي دعى الى إجراء الإنتخابات الرئاسية في لبنان من دون أي تدخلات، لكنه لم يلحظ إتخاذ تدابير ضد المخالف للقرار، ولم يضع آلية رادعة⁽¹⁾، بينما نلاحظ أن تعطياً لهذه الإنتخابات بتشجيع خارجي حصل في العام 2007 وفي العام 2014 وما بعده.

اللبنانيون عاتيون على مجلس الأمن الدولي، لأنهم يرون أن بإستطاعته فعل أكثر مما فعله لحماية لبنان، وردع العدوان الإسرائيلي والتدخلات الخارجية الأخرى في شؤونه، بينما بعض المؤثرين في الأمم المتحدة، لاسيما من كبار الموظفين الدائمين؛ يعتبرون أن السلطات اللبنانية كانت قادرة على التعاون أكثر لتنفيذ كافة مندرجات القرارات المتصلة بلبنان. وفي رأينا أن الأمم المتحدة بإستطاعتها مساعدة لبنان أكثر مما هو عليه الحال اليوم.

⁽¹⁾ راجع حسن الرفاعي - حارس الجمهورية، دار سائر المشرق، بيروت 2018، ص 425.

الحدود البحرية اللبنانية

د. محمد نعمة اسماعيل

تشكل الامتدادات البحرية للدول الساحلية أهمية قصوى لارتباطها بالمصالح الحيوية العليا للدولة من الناحية الاقتصادية والامنية والعسكرية، ولأهيتها القومية الأمر الذي يجعل المنازعات الناجمة عن تحديدها بين الدول المتقابلة أو المتجاورة لا تتميز بكثرتها وتنوعها وبتنوع تقسيمات البحر من الناحية القانونية فحسب بل بتشابكها وتعقيدها لارتباطها بمسائل اقتصادية وسياسية، وبالعوامل الجيولوجية والجغرافية في المنطقة التي يتم تحديد الحدود البحرية فيها، يعد لبنان من بين الدول الأكثر عرضة للنزاعات الحدودية، خاصة مع وجود الكيان الغاصب الإسرائيلي على حدوده الجنوبية. الذي يسعى بشكل مستمر لتحقيق إستراتيجيته التوسعية من خلال تغيير هذه الحدود. وقد أتت الإكتشافات الأخيرة لإحتياطيات النفط والغاز المتوقع وجودها قبالة شواطئ شرقي المتوسط، لتزيد من منسوب التوتر بين لبنان والعدو الإسرائيلي. من هنا لا بد من معالجة إشكاليات ترسيم الحدود البحرية للدولة اللبنانية وتسليط الضوء على أبرز المراحل والخطوات التي مرت بها عملية ترسيم الحدود البحرية والنتائج النهائية لهذا الترسيم.

○ الحدود الدولية:

الحدود هي عبارة عن خط يحيط بالدولة، يفصل إقليمها عن إقليم الدولة المجاورة، تبدأ سيادة الدولة داخل نطاقه وتنتهي خارجه، وهي ظاهرة اتفاقية بشرية لأن اختيارها وتعيينها وتخطيطها يتم بواسطة الإنسان، وهناك العديد من العوامل التي تحدّد ترسيم الحدود منها: ميزان القوى السائد بين الدول لحظة الترسيم، وإرادة الشعوب، لأنّ الترسيم

مرتبطة بمجموعة بشرية لها علاقة بكيان ووحدة سياسية، والعوامل الجغرافية. وعملية ترسيم الحدود تنقسم إلى ثلاثة أقسام: الأولى تعيين الحدود وهي عملية سياسية قانونية تثبت الحيز المكاني لسلطة الدولة. والقسم الثاني هو تعيين الخط الحدودي وهي عملية تقنية تحدد الحدود على الأرض. والقسم الأخير هو التحديد أي العملية التي تحدد الحدود على الأرض من طريق الأوتاد أو العلامات... الخ. لذلك فإن تحديد الحدود يلزم الدولة حاضراً ومستقبلاً، فإن تحديد الحدود يعني الوصول إلى اتفاق مستقر ونهائي. وينتج عن ذلك أنواع مختلفة من الحدود الدولية وذلك بحسب الطبيعة الجغرافية للدولة، أهمها الحدود الطبيعية، الاصطناعية، التاريخية، الحدود الناشئة عن حالة الحرب كخط الهدنة، والعديد من تصنيفات وأشكال الحدود الدولية.

○ الحدود السياسية

تعود أهمية دراسة الحدود إلى ما بعد الحرب العالمية الثانية، حيث بدأ الاهتمام بإيجاد الرابطة بين الحدود السياسية والمساحة التي تتكون وتحيا ضمنها الهوية الثقافية للمجتمع. وكان طبيعياً أن تتوطد علاقة الإنسان بالأرض وبتحديد هذه الأرض مع انتشار مبادئ الحرية وحقوق الإنسان والمواطنة.. هذا بالإضافة إلى الدور الهام للحدود في تأمين متطلبات الدفاع الخارجي لصد أي عدوان. وكذلك تعتبر مناطق الحدود الآمنة من أهم المناطق الاقتصادية لدورها الحيوي في نقل الأشخاص والبضائع بين جانبي الحدود⁽¹⁾، لكن تحقق هذا الدور، يبقى مرتبطاً بعوامل أخرى، أبرزها الأمن والاستقرار على الحدود، لأن مناطق النزاع الحدودي تكون مناطق عسكرية شبه خالية من السكان وتتعدم فيها مقومات الحياة الاقتصادية، ويزداد الأمر تعقيداً عندما يكون طرفي الحدود في حالة عداة كحالة الحدود اللبنانية مع فلسطين المحتلة، ففي هذه المنطقة يستحيل في ظل الكيان الإسرائيلي المحتل إيجاد أي فرص للتبادل الاقتصادي على الحدود، وهذا بخلاف حالة الحدود اللبنانية السورية، فهي منطقة اقتصادية بامتياز نظراً لحركة نقل البضائع والأشخاص

(1) فايز العيسوي - الجغرافيا السياسية المعاصرة، دار المعرفة الجامعية، دون ذكر سنة النشر ص 192.

النشطة بين الدولتين، أو عبور الترانزيت، ولقد تأثرت المنطقة الحدودية بين لبنان وسوريا خلال الأزمة السياسية بعد العام 2005، بحيث انعكس الخطاب السياسي الحاد بين الطرفين على المنطقة الحدودية، التي أصيبت بشبه شللٍ بعد إقفال المعابر أو تشديد إجراءات الرقابة والتفتيش والتدقيق على نقاط العبور. وطاول هذا الشلل كافة المرافق الموجودة في المنطقة الحدودية من مطاعم ومحلات وفنادق وأسواق وشركات النقل السياحي...

ومن المؤثرات على المنطقة الحدودية هو الموارد الموجودة في تلك المنطقة، فإذا كانت المنطقة غنية بالمواد الأولية أو صالحة لأنشطة صناعية أو سياحية أو زراعية، فإن النشاط الاقتصادي في هذه المنطقة يكون أفضل من حالة منطقة خالية من هذه المقومات، ونذكر كمثال: التجمعات الصناعية على الحدود الأميركية الكندية عند البحيرات الكبرى، فهي تتمتع بفرصة تبادل الخبرات واليد العاملة وتستفيد من تخفيضات جمركية، وتسهل عملية ترويج البضائع بين الدولتين. يعود تطور شكل الحدود من مساحة إلى خط يعود إلى عدة عوامل، منها التكاثر السكاني وعدم جواز ترك أرض دون سيادة وعدم قبول الدول بوجود أقاليم غير معروفة السيادة لما يستتبع ذلك من تهديد لأمنها دون أن تتمكن من تحديد المسؤول بالإضافة إلى أهمية مراقبة الحدود وتنظيم الدفاع عنها وعن البلاد بأكملها⁽¹⁾. وينعكس الاهتمام الذي توليه الدول لمسألة احترام حدودها، بوضوح في القانون الدولي الذي يكرس مبدأ سلامة أراضي الدول وعدم جواز انتهاك الحدود وعدم جواز المس بها. إلا أن هذه الأهمية الإستراتيجية للحدود تظهر اليوم رمزية أكثر منها واقعية بوجود الأسلحة بعيدة المدى وإمكانية عبور الحدود الطبيعية الصعبة ووسائل النقل المتطورة وسرعة الحركة. هذا التطور جعل من الضروري مواجهة التهديد ببناء قواعد عسكرية تكون حاضرة للدفاع بنفس القوة والمدى. لذلك شهدنا عودة المناطق العسكرية أو "الحدود-المناطق"، للدفاع أو الهجوم. ونشهد اليوم الحروب التي تشنها الولايات المتحدة تحت شعارات مختلفة لا يمكن تبريرها قانوناً وهي تهدف إلى التوسع وإنشاء قواعد عسكرية لها

(1) أحلام بيضون - ترسيم الحدود ومزارع شبيعا الأبعاد القانونية والسياسية للمسألة - بحث منشور ضمن موقع:

في أماكن تبعد كثيراً عن حدودها الجغرافية وكأنها بذلك تتقل حدودها إلى ما وراء حدود الدول هناك حيث تشاء. في المقابل هناك دول تنازع للدفاع عن خطوط هي أصلاً حدود سيادتها..(1).

1- تعريف الحدود والتخوم

الحدود الدولية هي خطوط تفصل بين أراضي دولتين متجاورتين ومُعترف بها دولياً. ترتدي هذه الحدود أهمية خاصة في القانون وفي الممارسة لأنها أولاً تحدد لمن تعود الأرض وهذا من الأهمية بمكان كون ذلك يحدد لمن تعود الثروات الطبيعية ومساحة الملكية ومجال سيادة الدولة حيث تمارس صلاحياتها وسلطاتها بصورة مستقلة مبدئياً وتطبق قوانينها ولا ينافسها في سيادتها أحد فهي السلطة العليا التي تضع النظم والقوانين لتسيير شؤون الرعايا الذين يعيشون داخل حدودها بالدرجة الأولى.

والحدود هي خطوط مرسومة على خرائط يقابلها خطوط على الأرض، يجب احترامها بدقة من قبل الدول المعنية ولا يجوز اختراقها من قبل قوة خارجية دون علم الدولة وإلا اعتبر ذلك عدواناً يبرر للأخر ممارسة حقه المشروع بالدفاع عن النفس لرد الاعتداء(2). رغم هذه الوضعية فإن المناطق الحدودية أي تلك التي تقع على جانبي الحدود تحكمها أنظمة خاصة تخضع لقواعد حسن الجوار أو ما جرت عليه العادة والاتفاقيات الخاصة، وتتمتع هذه المناطق بسهولة الانتقال عبر الحدود بقدر ما تكون العلاقات جيدة بين الدولتين المتجاورتين. كما أن الدولتين أو الدول المتجاورة يمكن أن تتعاونوا في أمور كثيرة تخدم مصالح مواطنيها كتقاسم المياه أو معالجة شؤون البيئة أو تسهيل أمور المواطنين..(3).

(1) أحلام بيضون - ترسيم الحدود ومزارع شيعا الأبعاد القانونية والسياسية للمسألة - بحث منشور ضمن موقع: www.legallaw.ul.edu.lb

(2) أمين حطيط - صراع على أرض لبنان بين الحدود الدولية والخط الأزرق - دار الأمير - الطبعة الأولى 2004 ص 121.

(3) أحلام بيضون - ترسيم الحدود ومزارع شيعا الأبعاد القانونية والسياسية للمسألة - بحث منشور ضمن موقع: www.legallaw.ul.edu.lb

أما التخوم فتدلُّ على منطقة أو مساحة واسعة من الأرض متروكة في كثيرٍ من الأحيان بسبب عدم صلاحيتها لسكن الإنسان، يختلف اتساعها باختلاف الظروف، وتصل هذه المنطقة أو المساحة بين مناطق مأهولة بالسكان، وقد تكون على شكل أحزمة أو مساحات واسعة من الظواهر الطبيعية كالجبال أو السهول أو الغابات. وتعد هذه المناطق من وجهة نظر لجغرافيا السياسية غير مملوكة لأحد وتستطيع الجماعات المجاورة لتلك المناطق أن تحتلها أو تضمها إلى إقليمها⁽¹⁾. وعادةً فإن الدول التي لها تخومٍ مشتركة لا تحيِّد اتخاذ إجراءات ترسيم الحدود فيما بينها. وتعود مسألة التخوم إلى المرحلة السابقة على تقسيم سطح الأرض إلى دولٍ مستقلة، كانت هناك مناطق غير أهلة بالسكان (تسمى بالتخوم)، تستخدم كحواجز تمَّ استيطانها لاحقاً نظراً لأن التخوم تمَّ دمجها مع أرض الدول، وبهذا بدأ استبدال مناطق التخوم بخطوط الحدود⁽²⁾.

ويتضح الفرق بين الحدود التخوم كالاتي:

1. التخوم ذات دلالة خارجية لأن اهتمام الدولة يكون منصباً على المناطق الخارجية التي تشكل مصدر خطر أو مناطق ترغب بالاستيلاء عليها، في حين أن الحدود ذات داخلية، إذ تسعى الدولة إلى تثبيت حدودها وضمن سلطتها على الرقعة الجغرافية التي تقع داخل هذه الحدود.
2. التخوم عامل تكامل بين الدول الواقعة على جانبيها، في حين أن الحدود هي عامل فصل.
3. التخوم مناطق واقعة بين أقاليم جغرافية وليس بين الدول، لذا فهي جغرافية بطبيعتها، بينما الحدود هي سياسية في أصلها ووظيفتها.
4. تشكل التخوم طبيعة مساحية أي انها جزء من سطح الأرض، في حين أن الحدود هي على شكل خط، وظاهرة صناعية اختارها وحددها ورسمها الانسان.

(1) صالح بدر الدين - التحكيم في المنازعات الدولية - دار الفكر العربي - القاهرة - 1991 ص 41.

(2) فايز العيسوي - الجغرافيا السياسية المعاصرة - مرجع سابق ص 169.

5. تتميز التخوم بالثبات، في حين أن الحدود تتغير باستمرار، إذ أن أي نزاعٍ حدودي قد ينجم عنه تغيير في مواقع الحدود، وكذلك فإن أي تقسيم لدولة إلى عدة دولة سيؤدي إلى تكوّن حدود جديدة⁽¹⁾.

2- تصنيف الحدود الدولية

يُعتمد في مسألة تصنيف الحدود الدولية على التفرقة بين الحدود الاصطناعية والحدود الطبيعية. ويقصد بالحدود الاصطناعية بأنها تلك الحدود التي عمدت يد الإنسان على رسمها وتحديدها، أما الحدود الطبيعية فهي التي يجري تعيينها وفقاً للملامح الطبيعية الواضحة مثل الجبال أو الأنهار أو البحيرات أو أطراف الغابات⁽²⁾.

أ- الحدود الاصطناعية

وهي الحدود التي لا ترجع إلى الطبيعة، بل إن تعيينها يجري من قبل الإنسان، باستخدام علامات لتعيين الحدود، كالأعمدة والأبنية والأحجار وغيرها من الأدوات التي يقوم الإنسان بصنعها.

وتكون الحدود الإصطناعية إما مرتبطة بظواهر تاريخية وعرقية أو دينية، أو تكون ذات منشأ اتفاقي أو معينة من قبل الهيئة الدولية أو الدول الاستعمارية.

أ-1: الحدود المتصلة بأحداث تاريخية

يهدف هذا التصنيف إلى ربط الحدود بالمظاهر الحضارية واختلافاتها في المنطقة وبخاصة تقسيمات الأديان والأعراق واللغات، مثل الحدود التي توجد في شرق أوروبا أو ما بين الهند وباكستان، أو الحدود بين الهند وبنجلادش للفصل بين المسلمين والهندوس، وكذلك من أمثلتها الحدود بين الولايات المتحدة الأمريكية والمكسيك.

(1) فايز العيسوي - الجغرافيا السياسية المعاصرة - مرجع سابق ص 171.

(2) صالح بدر الدين - التحكيم في المنازعات الدولية - مرجع سابق ص 50.

وهذه الحدود هي إما حدود محددة قبل نشأة الدول، بحيث أن الفصل الثقافي أو اللغوي أو الحضاري هو سابق على نشأة الدولة، التي اكتفت بعد وجودها بالعمل ضمن الحدود المرسومة مسبقاً. أو تكون هذه الحدود لاحقة على نشأة الدولة، حيث يجري تعيين هذه الحدود استجابةً لتطور المعالم الثقافية للدولة. ويجري رسم التقسيمات الثقافية بين الدول بعد مفاوضات ومباحثات دولية⁽¹⁾. ومن الأمثلة على الحدود التاريخية ذكر ترسيم الحدود ما بين فرنسا وألمانيا التي جاءت مطابقة لحدود دوقية الإلزاب التاريخية⁽²⁾. وفي العصر الحديث، عمدت الدول الاستعمارية إلى رسم حدود المناطق الإفريقية بصورة منافية لثقافة وعادات سكان هذه البلاد، ونجم عن هذا التقسيم الاستعماري المفروض أن أصبحت قبيلة واحدة منقسمة ضمن حدود أكثر من دولة. وهذا ما ولد نزاعات حدودية قد تصل في نهايتها إلى حلول دبلوماسية بحيث يعود تجميع القبائل ضمن بيئة سياسية واحدة، أو تسيطر الدولة الأقوى على المناطق الحدودية التي تعتقد أنها تنتمي إليها ثقافياً أو حضارياً أو قبلياً.

أ-2: الحدود الاتفاقية:

هي الحدود التي تتم بموافقة الدولتين المتجاورتين، ويجري تعيين هذه الحدود بموجب اتفاقية دولية بين الدول المعنية، وتعتبر الطريقة الاتفاقية هي الطريقة الاعتيادية لتحديد الحدود بين الدول، حيث جرى تحديد معظم الحدود في القارة الأميركية عن طريق اتفاقات ثنائية⁽³⁾. ونظراً لأهمية الحدود السياسية والإستراتيجية فإن ترسيمها تشترك فيه أحياناً أو يتم مباشرة من قبل أطراف ثالثة أو من قبل منظمات إقليمية أو دولية كما يحدث في اتفاقيات السلام (بعد الحرب العالمية الأولى والثانية) أو من قبل منظمات إقليمية أو دولية كما في حالة تقسيم فلسطين. أخيراً يمكن أن تأتي الاتفاقية لوضع حدود أو إدخال إقليم جغرافي ما ضمن نطاق دولة معينة أو تأتي الاتفاقية لوضع حد لنزاع على حدود بين

(1) فايز العيسوي - الجغرافيا السياسية المعاصرة - مرجع سابق ص 173.

(2) صالح بدر الدين - التحكيم في المنازعات الدولية - مرجع سابق ص 51.

(3) صالح بدر الدين - التحكيم في المنازعات الدولية - مرجع سابق ص 51.

دولتين أو لتحديد وضع أراضي يشوب السيادة عليها عدم اليقين. في مطلق الأحوال سواء كانت الاتفاقية التي ترسم الحدود عامة أو خاصة، ثنائية أم متعددة الأطراف، وسواء تمت صياغتها من قبل دول أو منظمات فإن اتفاقيات الحدود تحتل موقعاً خاصاً في القانون الدولي لما تحتاجه من استمرارية تؤثر في استقرار أوضاع الدول وتسهم في تثبيت الأمن والسلم الدوليين. لذلك فقد كرسّت اتفاقية فيينا لعام 1969 في مادتها 62 حول قانون الإتفاقيات مبدأ استمرارية اتفاقيات الحدود وعدم تأثرها بتغير الظروف. وأحياناً يتم ترسيم الحدود بين الدول بشكل استثنائي عن طريق المحاكم أو التحكيم إذا لم تستطع الدول المعنية أن تتوصل إلى اتفاق حبي أو أن الاتفاقية التي ترعى هذه المسألة يشوبها الغموض أو النقصان، كأزمة الحدود بين الشارقة ورأس الخيمة... أو بين الولايات المتحدة وكندا⁽¹⁾.

تتم عملية تثبيت الحدود على مرحلتين:

المرحلة الأولى: ويتم فيها تعيين وتحديد الحدود بالعودة بشكل عام إلى مرتكزات جغرافية كمجاري الأنهر أو قمم الجبال أو مرتكزات فلكية كخطوط العرض والطول أو بخطوط مستقيمة تصل بين نقاط معينة. يقوم بذلك فريق يعين من قبل الأطراف أو من قبل المحاكم في حال النزاع

المرحلة الثانية: هي الترسيم وفي هذه المرحلة يجري تطبيق ما تمّ الاتفاق عليه في اتفاقية ما أو ما صدر في حكم قضائي أو تحكيمي على الخرائط وعلى الأرض يترافق ذلك عادةً بإقامة فاصل. هذه المرحلة هي مرحلة تقنية يكلف بها عادةً لجنة متخصصة مختلطة ترفع تقريرها المستند إلى وثائق أو خرائط أو شهادات... إلى الحكومات المعنية التي يجب أن تقره أو توافق عليه أحياناً من خلال اتفاقية. إن التقارير والخرائط والمستندات التي تصدر عن اللجنة تعتبر وسائل إثبات يمكن العودة إليها في حال الخلاف أو التشكيك. إن إثبات الحدود هو عملية ذات طابع خاص تخضع للعلاقة بين الدول المعنية وللظروف وللموقع الجغرافي وللتاريخ وللثروات التي تحتويها الأرض. وبالتالي يتم الاتفاق عليها في

(1) أحلام بيضون - ترسيم الحدود ومزارع شيعا الأبعاد القانونية والسياسية للمسألة - مقالة سابق ذكرها.

اتفاقيات بين الأطراف المعنية ولا تخضع للقواعد العامة للقانون الدولي إلا فيما يتعلق بقواعد الإثبات أو ما يتعلق بتعيين الحدود على الأنهار أو البحيرات أو إذا كان الأمر يتعلق باكتساب صفة قانونية وتعتبر ممارسة الأعمال الإدارية من قبل سلطات الدولة دليل إثبات على سيادتها على الأرض⁽¹⁾.

أ-3: الحدود المتوافقة مع خطوط الطول والعرض:

هي خطوط مستقيمة تتبع خطوط الطول والعرض، وتستخدم لترسيم الحدود بين الدول، وقد تأخذ شكل رسم أقواس مركزها نقطة ثابتة. واتخاذ خطوط الطول والعرض أساساً لتعيين الحدود هو أمر شائع الاستعمال، خاصة في القارات الأميركية والأفريقية والآسيوية، إذ كان الدول المستعمرة تلجأ إلى استخدام هذا الأسلوب في ترسيم الحدود في مستعمراتها. فتمت عملية ترسيم الحدود قبل الاستكشاف الكامل لهذه المناطق ولا المعرفة الحقيقية بطبيعة الأرض. فكانت الخطوط المستقيمة بمثابة فواصل سهلة ومناسبة لتقسيم المستعمرات بين القوى المستعمرة، خاصة في الأماكن الخالية من السكان. ويلاحظ أن العديد من الحدود الأفريقية المستقيمة الشكل تمّ تحديدها بين عامي 1884-1885 بناءً على توصية مؤتمر برلين لتحديد مناطق نفوذ القوى الأوروبية الاستعمارية. أما في دول العالم الجديد (الأميركيتين وأستراليا)، فكان للفراغ النسبي من البشر، وعدم دراية المستعمر بطبيعة الأرض دور مؤثر في إقامة الحدود الهندسية. وكانت تلك الحدود حينئذٍ لا تثير المشكلات نظراً لترسيمها في المناطق الخالية من السكان.

ويوجد نوعين من الحدود الهندسية، حدود تسير فعلياً مع خطوط الطول ودوائر العرض، وخطوط هندسية بين نقط معلومة في الطبيعة. ومن الأمثلة عن النوع الأول نذكر الحدود المصرية السودانية التي تسير مع دائرة العرض 22° شمالاً، والخط الذي يفصل بين كندا والولايات المتحدة الأميركية يسير مع دائرة العرض 49° شمالاً لمسافة 2400 كم.

(1) أحلام بيضون - ترسيم الحدود ومزارع شيعا الأبعاد القانونية والسياسية للمسألة - مقالة سابق ذكرها.

وكما دوائر العرض، فإن خطوط الطول تستخدم لترسيم الحدود بين الدول، كمثال الحدود بين مصر وليبيا التي تسير مع خط الطول 26° شرقاً، والخط الفاصل بين الألسكا وكندا تسير مع خط الطول 140° غرباً. أما النوع الثاني، أي الحدود التي تأخذ شكل خطوط هندسية بين نقط معلومة في الطبيعة، فإنه من أكثر الأنواع انتشاراً في ترسيم الحدود بين الدول، مثل الحدود بين اليمن وسلطنة عمان، والحدود الأردنية السعودية⁽¹⁾.

ب- الحدود الطبيعية:

يربط هذا التصنيف بين الحدود السياسية والمعالم الطبيعية الواقعة على الحدود، مثل الجبال والهضاب والمسطحات المائية، والبحيرات، والمستنقعات والصحاري.. لذا تسمى الحدود التي ترتسم بالاستناد إلى المواقع الطبيعية، بالحدود الطبيعية. وتعرّف بأنها الحدود التي يتم رسمها على أساس المواقع الطبيعية، ورغم تسميتها بالحدود الطبيعية، لكن فعلياً هي حدود اصطناعية لأنها من صنع الإنسان، وتتميز عن الحدود القائمة على أساس الفصل الثقافي أو اللغوي أو الديني، بأنها حدود تسير مع الظواهر الطبيعية⁽²⁾. اعتمدت المظاهر الطبيعية في ترسيم الحدود بين دول القارة الأوروبية، فحينما بدأت مرحلة ترسيم الحدود بين دول القارة، فإن سلاسل الجبال ومجاري الأنهر، وغيرها من الظواهر الطبيعية التي لها مظهر حدودي، تمّ اختيارها لتكون بمثابة حدود بين الدول.

ب-1: الحدود الجبلية:

لعبت الجبال دوراً مؤثراً في العلاقات الدولية، ذلك أن السلاسل الجبلية تشكّل مواقع حدود مميزة بين الدول، وهي النوع المفضّل لترسيم الحدود، لأن ثباتها على الأرض يعطيها صفة الديمومة. كما تشكل خطوط حماية طبيعية وإن كانت لم تتجح في ضمان عدم عبور

(1) فايز العيسوي - الجغرافيا السياسية المعاصرة - مرجع سابق ص 186.

(2) فايز العيسوي - الجغرافيا السياسية المعاصرة - مرجع سابق ص 174.

الحدود بين الدول، إذ أن وعورة الجبال لم تعد تشكل عوائق أمام البشر، وفي الغالب تتميز الجبال الحدودية بندرة الوجود السكاني. أما عن آلية تعيين الحدود بوسطة الجبال، فهي إما عبر قمم الجبال أو عبر خط تقسيم المياه⁽¹⁾.

تنتشر الحدود الجبلية في كثيرٍ من المناطق، مثل: الحدود بين الصين والنيبال التي تفصل بينها جبال الهملايا، وكذلك بين الصين والهند التي تفصل بينها جبال الهملايا وجبال وصحراء تلاماكان، والحدود بين تشيلي والأرجنتين التي تفصل بينهما جبال الأنديز، وبين فرنسا وإيطاليا التي تفصل بينهما جبال الألب، وبين فرنسا وأسبانيا التي تفصل بينها جبال البيرينه، وبين بولندا والتشيك التي تفصل بينهما جبال السوديت، وبين السويد والنرويج حيث تفصل بينهما المرتفعات الاسكندنافية.

ب-2: الحدود المائية

رسمت كثير من الحدود الدولية على أساس مجاري الأنهار والبحيرات، إلا أن هذه الحدود أثبتت عدم صلاحيتها، ذلك أن قنوات الأنهار تمثّل قنوات للنقل والتحرك مما يشجع التبادل التجاري والاجتماعي، كما أن أحواض الأنهار تضمّ بين جنباتها سهولاً فيضية خصبة تجلب أعداداً سكانية مرتفعة الكثافة. لذا فإن استخدام الأنهار لتشكّل حدوداً دولية يعني تفرُّق المجتمعات الزراعية المتماسكة اجتماعياً التي تعيش في أمانٍ على ضفاف الأنهار وتخلق صعوبات في استخدام مياه النهر وإدارتها. لذا غالباً ما تستخدم الأنهار كحدود فصل بين الوحدات الإدارية في الدولة.

ورغم هذه السلبيات، فإن الأنهار كحدودٍ سياسية فيما بين الدول، من أكثر الأساليب المتبعة في ترسيم الحدود بين الدول في كافة القارات، كمثل النهر الكبير الذي يشكّل الحدود الشمالية للبنان مع سوريا، ونهر الميكونج بين تايلاند ولاوس، ونهر الآمور بين الصين وروسيا، ونهر بياندج الذي يفصل بين أفغانستان وطاجيكستان، ونهر الراين بين أجزاء من ألمانيا وسويسرا، ونهر الدانوب ما بين رومانيا وبلغاريا، ونهر الأودير ما بين بولندا وألمانيا.

(1) صالح بدر الدين - التحكيم في المنازعات الدولية - مرجع سابق ص 53.

وفي القارة الأفريقية، يفصل نهر الكونغو ما بين زائير والكونغو، ويفصل نهر ليمبويو ما بين جمهوريتي جنوب أفريقيا وزيمبابوي، كما يفصل نهر أورانج ما بين جمهورية جنوب أفريقيا وناميبيا خارطة الحدود النهرية.

وفي القارة الأميركية، يفصل مجرى نهر اليوتومايو ما بين كولومبيا والبيرو، ونهر بيلكو مايو ما بين غرب الباراغوي والأرجنتين، ونهر ريو بارانا ما بين جنوب الباراغوي والأرجنتين، ونهر ريو بافاري ما بين غربي البرازيل والبيرو، ونهر ريو جراند ونهر كولورادو ما بين المكسيك والولايات المتحدة الأميركية، أما الحدود ما بين الولايات المتحدة الأميركية وكندا، فتفصل بينها عدة مسطحات مائية من أنهر وبحيرات تبلغ حوالي 2198 ميلاً أي يوازي 55% من طول الحدود بين الدولتين، ومن هذه الحدود المائية نذكر: نهر السان لوران، وبحريات أوناريو وسابيريو وهورون وإيري.

ولما كانت علامات الحدود النهرية هي من العلامات التي يصعب وضعها في المياه، وبخاصة إذا كان النهر يجري بسرعة أو يستخدم في الملاحة وصيد الأسماك، لذا فإن العلامات النهرية تظهر على الخرائط فقط، بحيث يتم اعتماد أحد الطرق الآتية في ترسيم الحدود النهرية.

- ترسيم الحدود عند إحدى شواطئ النهر.
 - اعتبار الحدود هي الخط المتوسط في مجرى النهر.
 - اعتماد النقطة الأكثر عمقاً في قعر النهر كمرتكز لترسيم الحدود.
 - اعتماد الخط الذي يُحدد بواسطة المحكمين أو بالاستناد إلى القوانين الدولية.
- إن الآلية الأخيرة هي المعتمدة في ترسيم الحدود التي تقع على مجرى الأنهر، أما الآلية الأولى فهي نادرة الاستعمال ومثالها الأبرز الحد الشمالي الشرقي للعراق مع إيران في منطقة شط العرب. إذ جرى في العام 1914 ترسيم الحدود لتسير بماحزاة خط المياه في الضفة الإيرانية، ومن ثمّ فهو يحرم إيران من استعمال النهر للملاحة. فنشأت عدة منازعات

بين البلدين على شط العرب قبل توقيع اتفاقية صداقة بين البلدين، وقضت هذه الاتفاقية بان يكون لإيران منافذ على شط العرب في منطقتي عبادان وخورمشهر⁽¹⁾. ويسعى الكيان الغاصب الإسرائيلي إلى تطبيق ذات الآلية في ترسيم الحدود بين فلسطين المحتلة وسوريا في منطقة الجولان، بحيث كانت تتوقف المفاوضات بسبب إصرار الكيان الغاصب على اعتبار أن حدود سوريا تقف عند شط بحيرة طبريه دون أن يكون للسوريين أي حق بالاستفادة من هذه البحيرة والمشكلة الحدودية في مناطق البحيرات، هي أقل حدة من المشاكل التي تنشأ عن الحدود النهرية، وذلك بسبب اتساع المسطح المائي واستقرار حركة المياه، فأصبح من السهل تحديد خط الحدود الدولية في المناطق الوسطى إذا كانت البحيرة تقع بين الدولتين مثل البحيرات الواقعة بين الولايات المتحدة الميركية وكندا. وفي أفريقيا تسير الحدود داخل بحيرة تتجانقاً بين تنزانيا والكونغو، وبحيرتي البرت وإدارو بين الكونغو وأوغنده، وبحيرة كيفو بين الكونغو ورواندا، وبحيرة فيكتوريا التي تقع بين عدة دول (أوغندا وكينيا وتنزانيا) فهي تقسم بالتساوي بين هذه الدول الثلاث.

ب-3: الحدود السياسية في أقاليم الغابات والمستنقعات والصحاري

تعد هذه المناطق من مناطق الانقطاع البشري وتمثل فواصل طبيعية بين الأقاليم الحضارية، فلقد فصلت الصحراء الكبرى بين الحضارة الإسلامية والحضارة الإفريقية، وبين الشام وساحل الجزيرة العربية الجنوبي. أما المستنقعات فتمثل حواجز حضارية أقل فعالية، لذا فهي نادراً ما تستخدم كحدود دولية، ومع ذلك نجد بعض الحالات التطبيقية مثل مستنقعات تشاد غرب بحيرة تشاد التي تفصل دولة تشاد عن كل من النيجر ونيجيريا والكاميرون⁽²⁾.

(1) فايز العيسوي - الجغرافيا السياسية المعاصرة - مرجع سابق ص 180.

(2) فايز العيسوي - الجغرافيا السياسية المعاصرة - مرجع سابق ص 184.

3- الخطوط الدولية الناشئة عن حالة الحرب

لا تعد هذه الأنواع من الخطوط الدولية، حدوداً بالمعنى القانوني، ولكنها مجرد خط يفصل بين قوات متحاربة، وذكر من نماذجها:

أ- خط وقف إطلاق النار:

ينشأ خط وقف إطلاق النار نتيجةً للضرورات الحربية كالسماح لنقل الجرحى ودفن الموتى وذلك عن طريق اتفاق وقف القتال. ولهذا الاتفاق طبيعة عسكرية بحتة وليس له أي صفة سياسية وهو مغاير لاتفاق إنهاء حالة الحرب الذي له صفة سياسية. وإلى الطابع العسكري، فإن فإن لخط وقف إطلاق النار الطابع المؤقت، إذ يكتفي بالاتفاق على خط معين يفصل بين المواقع التي تحتلها قوات الفريقين أو جزء منها قبل الاتفاق على وقف إطلاق النار، ولا يحق لأي من الفريقين أن يتعدى هذا الخط خلال فترة وقف القتال.

وبهذا التوصيف لا يعتبر خط وقف إطلاق النار خط حدود من ناحية القانون الدولي، لأن الطرف المنتصر يقف دائماً خارج حدوده. ولا يمك فرض تغيير للحدود بالقوة العسكرية، لأنه من ناحية القانون الدولي لم يعد مشروعاً للاحتلال العسكري أن يغيّر من حدود الدولة عبر فرض سيطرته على بعض أقاليم الدولة المنهزمة⁽¹⁾.

وخط وقف إطلاق النار وإن لم يدخل في مجال التنظيم الدولي، لكنه من التدابير المؤقتة التي يتخذها مجلس الأمن الدولي وفقاً للمادة 40 من ميثاق الأمم المتحدة⁽²⁾. كاتخاذ القرار 2006/1701 الذي بموجب المادة الأولى منه إلى: " يدعو إلى وقف تام

(1) صالح بدر الدين - التحكيم في المنازعات الدولية - دار الفكر العربي - القاهرة - 1991 ص 61.

(2) المادة 40: منعا لتفاقم الموقف، لمجلس الأمن، قبل أن يقدم توصياته أو يتخذ التدابير المنصوص عليها في المادة 39، أن يدعو المتنازعين للأخذ بما يراه ضرورياً أو مستحسناً من تدابير مؤقتة، ولا تخل هذه التدابير المؤقتة بحقوق المتنازعين ومطالبهم أو بمركزهم، وعلى مجلس الأمن أن يحسب لعدم أخذ المتنازعين بهذه التدابير المؤقتة حسابه.

للأعمال القتالية، يستند بصورة خاصة إلى وقف حزب الله الفوري لجميع الهجمات، ووقف إسرائيل الفوري لجميع العمليات العسكرية الهجومية.

ب- خط الهدنة:

هو خط اتفاقي يوضع اثر نزاع مسلح للفصل بين مناطق عمل القوى المتنازعة من شأنه أن يحفظ حالة الحرب ويوقف النزاع المسلح مؤقتاً بوقف النار دون ان ينهي الصراع ... ويكون خطأ مؤقتاً قد يتوافق مع الحدود الدولية ان كانت قائمة قبل النزاع أو لا يتوافق ويسقط هذا الخط اما بتطوير العلاقة بين المتنازعين ايجابياً ويحل السلام أو يسقط سلباً اذا عادت القوى الى الحرب من جديد وتنازل الفريقان عنه. والهدنة عمل عسكري وسياسي، وهذا ما يفرّق الهدنة عن وقف إطلاق النار. ولقد خصصت اتفاقية لاهاي لعام 1907 المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية، الفصل الخامس منها لوضع قواعد اتفاقيات الهدنة، وعرفت في المادة 36: "تعلق اتفاقيات الهدنة عمليات الحرب باتفاق متبادل بين الأطراف المتحاربة ويجوز لأطراف النزاع، في حالة عدم تحديد مدة الهدنة، استئناف العمليات في أي وقت، شريطة أن يتم إنذار العدو في الأجل المتفق عليه، وفقاً لشروط الهدنة". واعتبر نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998 أن اساءة استعمال علم الهدنة هو من جرائم الحرب. يمكن أن تكون الهدنة شاملة أو محلية. وبموجب الهدنة الشاملة تعلق عمليات الحرب في كل مكان بين الدول المتحاربة، بينما تقتصر الهدنة المحلية على بعض أجزاء الجيوش المتحاربة وضمن نطاق معين⁽¹⁾.

(1) المادة 37 من اتفاقية لاهاي لعام 1907 المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية.

ج- الخط الأزرق:

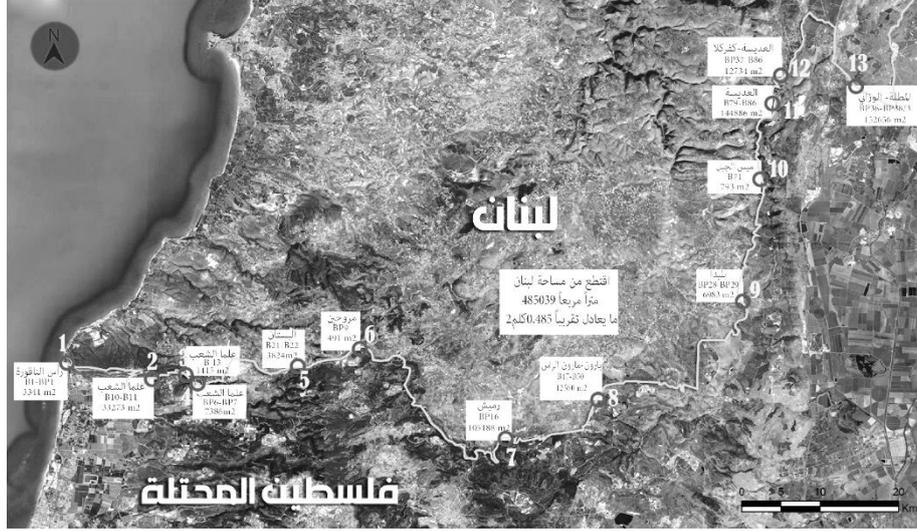
هو خط مبتكر لا يوجد مثيل له سابقاً أو حالياً في القانون الدولي العام. أملت وجوده ضرورات عملية، نشأت بغرض التأكد من الانسحاب الإسرائيلي ... انه خط مفروض، وغير اتفاقي آخر وأهميته بأنه لا يلغي الحدود الدولية، أو خط الهدنة وأن لا يخل بالاتفاقات القائمة والمستقبلية بين الدول ولا يعطي أو ينقص أي حق مكتسب...

ولكن جاء منتقياً حقوقاً لبنانية رفض لبنان الاقرار بحرمانه منها فتحفظ عليه ... ان قيمته القانونية مستمدة فقط من موافقة مجلس الأمن عليه لاقتراحه بتقرير الأمين العام للأمم المتحدة. فهو ليس بحدود دائمة ... لأن تعيين الحدود من صلاحية الدول واردة. كما أنه ليس بخط هدنة مؤقتة، لأن وضع خط الهدنة منوط باتفاق الفرقاء وبما أن هذا الانسحاب قد اتخذ وفقاً لرؤية واضعيه (الأمم المتحدة) فيكون هذا الخط قد استنفذ غرضه.

هدف مجلس الأمن من خلال ترسيم الخط الأزرق إلى مراقبة سلوك العدو الإسرائيلي في خروجه من الأرض اللبنانية... ولتأكد الأمم المتحدة عمّا إذا كان العدو قد انسحب إلى خلف الخط الأزرق. وبالتالي لا يعتبر الخط الأزرق هو الخط النهائي للحدود اللبنانية، ولذلك وضع لبنان جملة تحفظات عند رسم هذا الخط. لذا فإن قياس سلوك لبنان على الخط الأزرق الوهمي، هو أمر خارج الغرض الذي توخاه رسم هذا الخط ويخالف القانون الدولي العام ويعتبر مساواة غير محقة بين المعتدي والمعتدى عليه. وأن أي تبني لهذا الخط يعتبر تنازلاً أو تجاهلاً ضمناً للحدود الدولية اللبنانية⁽¹⁾، إذ للبنان حدود دولية مع فلسطين المحتلة نشأت بموجب الترسيم الذي أجرته لجنة بوليه نيو كامب المعينة من قبل الانتداب الفرنسي - البريطاني على كل من لبنان وفلسطين. حيث صادقت دولتا الانتداب على هذا الترسيم بتاريخ 17 آذار 1923، كما صادقت عصبة الأمم عليه في العام 1934⁽²⁾.

(1) أمين حطيط - صراع على أرض لبنان بين الحدود الدولية والخط الأزرق - مرجع سابق - ص 124.

(2) أمين حطيط - صراع على أرض لبنان بين الحدود الدولية والخط الأزرق - دار الأمير - الطبعة الأولى 2004 ص 121.



○ مفهوم الحدود البحرية:

الحدود البحرية، بحسب قاموس مصطلحات القانون الدولي، هي الخط الذي يتشكل من تتالي نقاط يحدد بداية الأقاليم التي تعود لدولتين متجاورتين ونهايتها، والحدود بالمفهوم المعاصر أصبحت الخط الذي يفصل إقليمين يقعان تحت سيادتين مختلفتين، كما نصت محكمة العدل الدولية.

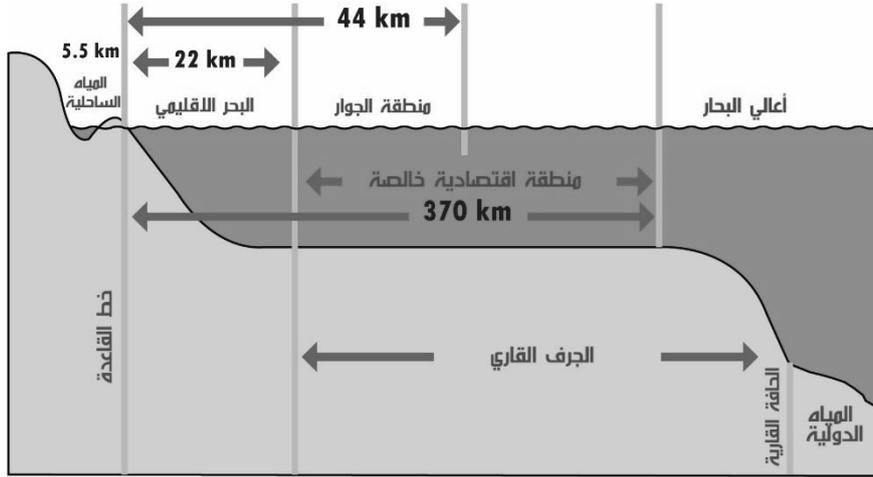
تشكل السواحل البحرية خطوطاً طبيعية مناسبة لامتدادات السيادة القومية للدول، ربما هي أكثر وضوحاً وتحدداً من الجبال والأنهار، فالساحل البحري، ولو أنه في حد ذاته منطقة انتقالية طبيعية وليس خطأ فاصلاً، إلا أنه في الواقع يفصل فصلاً واضحاً بين نوعين منفصلين من البيئة: اليابس الأرضي والمسطح المائي المالح، على هذا النحو فإن سواحل البحار هي عادة حدود طبيعية طيبة، ولكن جودة مثل هذه الحدود تكمن في تناسب علاقة اليابس والبحر ونوعية البحار المطلة عليها أراضي الدول.

♦ خصائص الحدود البحرية:

مناطق الحدود البحرية تعبر عن الحدود المعنية المحيطة بالساحل والشريط الساحلي

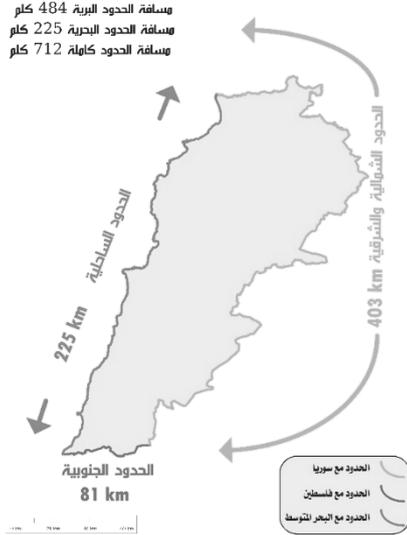
وهي تقسم الى:

- المياه الساحلية، منطقة تمتد مسافة 3 عقد بحرية (5.5 كلم) من الشريط الساحلي.
- البحر الاقليمي، منطقة تمتد مسافة 12 عقدة بحرية (22 كلم) من الشريط الساحلي.
- منطقة الجوار، منطقة تمتد مسافة 24 عقدة بحرية (44 كلم) من الشريط الساحلي.
- منطقة اقتصادية خالصة، منطقة تمتد 200 عقدة بحرية (370 كلم) من الشريط الساحلي باستثناء الأتقل المساحة بين البلدين عن 400 عقدة بحرية (740 كلم).



○ موقع لبنان الجغرافي:

يقع لبنان في الجزء الغربي من القارة الآسيوية، ضمن منطقة الشرق الأوسط، تحديداً في المنطقة المطلّة على الجزء الشرقي من ساحل البحر المتوسط، في النقطة التي تلتقي عندها ثلاث من قارات العالم، هي أوروبا، وآسيا، وأفريقيا. أما من الناحية الفلكية، فإن لبنان يقع على خطي الطول (35 و36) شرق غرينتش، ودائرتي عرض (33 و34) شمال الاستواء. يمتلك لبنان حدوداً برية تمتد على مسافة 484 كم، وأخرى ساحلية، حيث يشترك

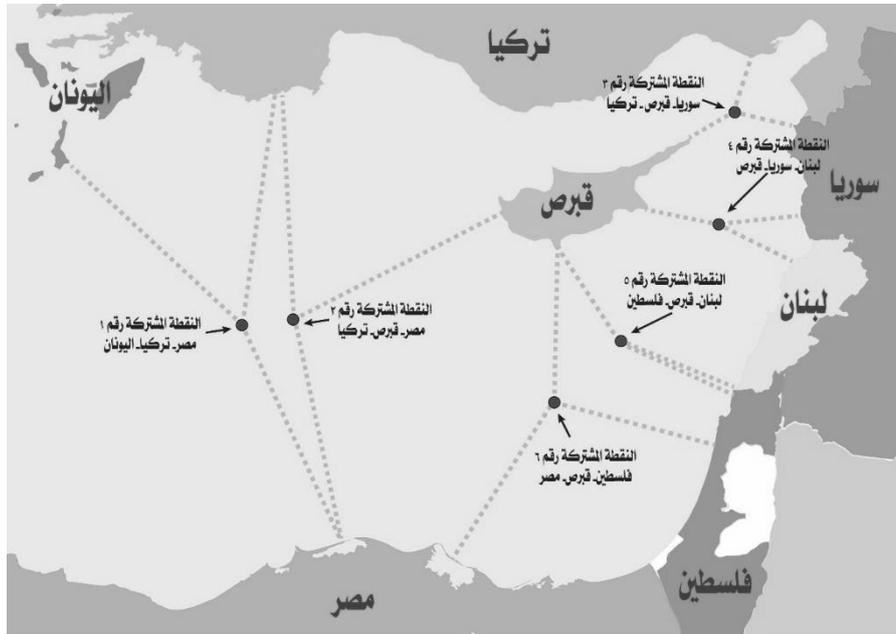


في حدوده البرية مع الجمهورية العربية السورية من الجانبين الشمالي والشرقي بطول حدود يبلغ 403 كم، ويحده دولة فلسطين من الجهة الجنوبية بمسافة حدودية تصل إلى 81 كم، في حين تطل حدوده الغربية على ساحل البحر المتوسط بطول 225 كلم.

○ المنطقة الاقتصادية الخالصة للبنان:

يتم تعيين حدود المنطقة الاقتصادية الخالصة بين الدول ذات السواحل المتقابلة أو المتلاصقة عن

طريق الاتفاق على أساس القانون الدولي من أجل التوصل إلى حل منصف. وفي انتظار التوصل إلى اتفاق، تبذل الدول المعنية بروح من التفاهم والتعاون، قصارى جهودها للدخول في ترتيبات مؤقتة ذات طابع عملي، وتعمل خلال الفترة الانتقالية على عدم تعريض التوصل إلى الاتفاق النهائي للخطر أو إعاقته.

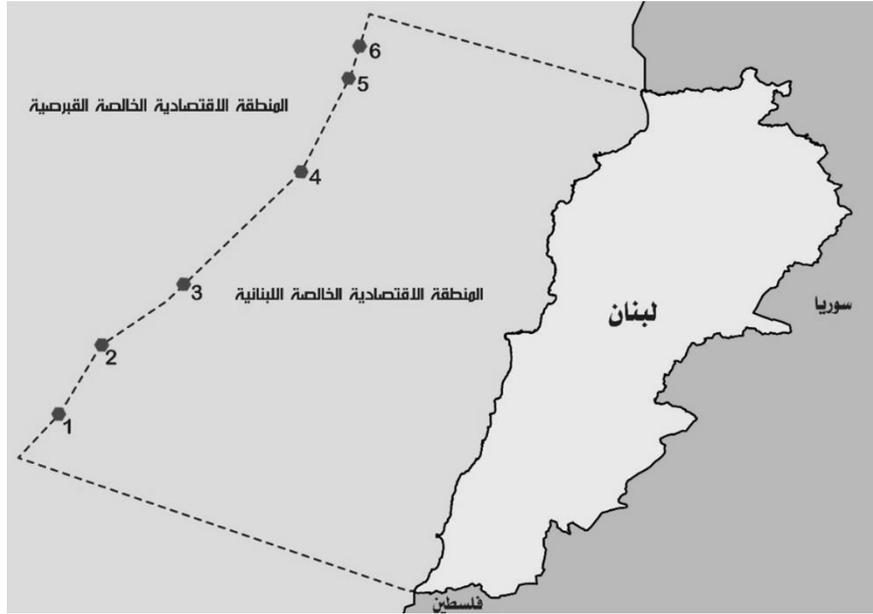


تم اعتماد ستة نقاط مشتركة بين كل من لبنان، سوريا، فلسطين، مصر، تركيا، قبرص، اليونان. وقد انطلق التعيين المنطقة الخالصة بين لبنان وقبرص وسوريا وفلسطين على النقطتين رقم 4 و5.

♦ مراحل عملية ترسيم حدود المنطقة الخالصة:

يشارك لبنان في حدوده البحرية مع كل من فلسطين وسوريا وقبرص، وبالتالي فإن عملية ترسيم حدود المنطقة الخالصة بحجة الى اتفاق مع كل من الدول المشتركة في الحدود مع لبنان وهذا ما حدث باستثناء الكيان الغاصب، فقد تم الاتفاق بين لبنان وقبرص لتحديد الحدود بين البلدين، فهما دولتان ذات سواحل متقابلة تتداخل مناطقهما الاقتصادية الخالصة، مما دفعهما إلى إبرام اتفاق حول تحديد المنطقة الاقتصادية لكل منهما. بتاريخ 17 كانون الثاني 2007، تم توقيع اتفاق ثنائي بين البلدين لتحديد المنطقة الاقتصادية الخالصة. ينص الاتفاق على أن "يتم تحديد المنطقة الاقتصادية الخالصة بين الطرفين بالاستناد إلى خط المنتصف الذي تكون كل نقطة على طول امتداده متساوية الأبعاد من أقرب نقطة على خطوط الأساس لكلا الطرفين" كما هو معرف ومحدد وفق النقاط المحددة من (1) إلى (6) وفق الطريقتين الآتيتين:

1. الخط الوسطي البحري (STRICT EQUIDISTANT LINE) على كامل الحدود البحرية من الجهة الشمالية (مع سوريا) والغربية (مع قبرص) وحتى حدود المياه الإقليمية عن الجهة الجنوبية (مع فلسطين المحتلة).
2. الخط العامودي (PERPENDICULAR BISECTOR) للاتجاه العام للشاطئ على الحدود البحرية الجنوبية (مع فلسطين المحتلة) اعتباراً من حدود المياه الإقليمية اللبنانية الجنوبية وحتى الالتقاء بالحدود الغربية للمنطقة الاقتصادية الخالصة (من 12 ميل بحري إلى النقطة 23).



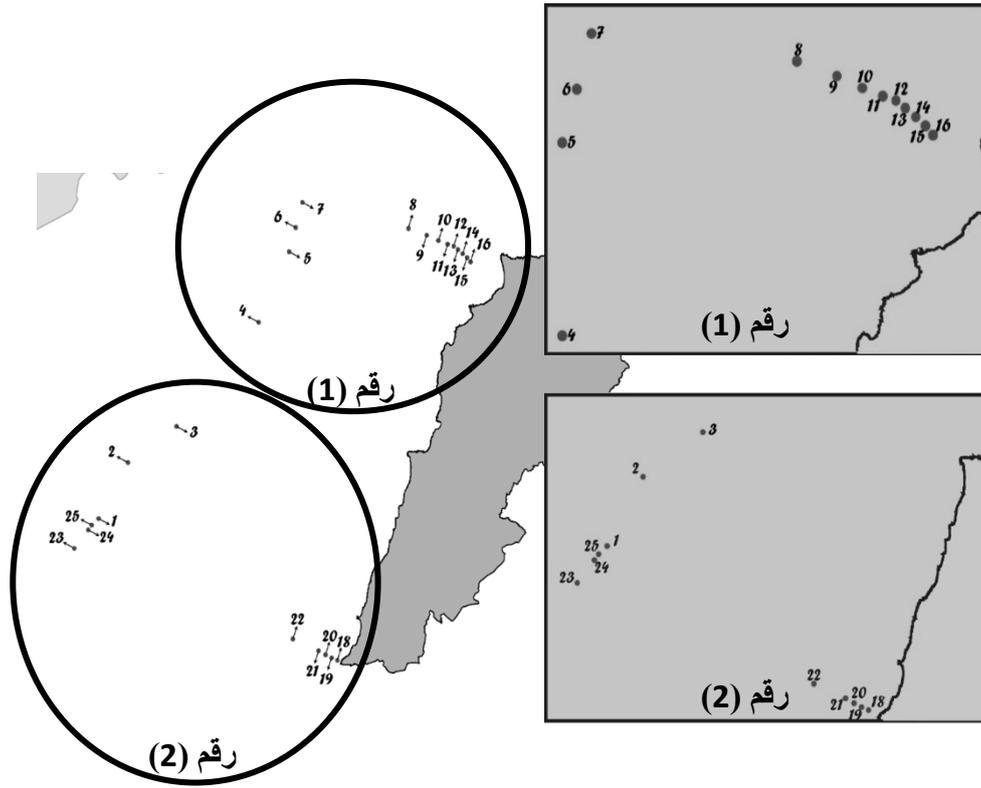
في عام 2009، استكملت الدولة اللبنانية ترسيم حدودها الشمالية والجنوبية وأصبحت هذه الحدود مع قبرص تمتد جنوباً إلى النقطة (23) بدلاً من النقطة (1)، وشمالاً إلى النقطة (7) بدلاً من النقطة (6).

في عام 2010، استغل العدو الإسرائيلي هذه الثغرة في الاتفاقية بين لبنان وقبرص لناحية ترسيم حدودهما انطلاقاً من نقطة مؤقتة يمكن تعديلها لاحقاً وهي النقطة الرقم (1)، وبدلاً من أن يرسم حدوده مع قبرص اعتباراً من النقطة (23)، بدأ بهذا الترسيم اعتباراً من النقطة (1) حتى النقطة (12).

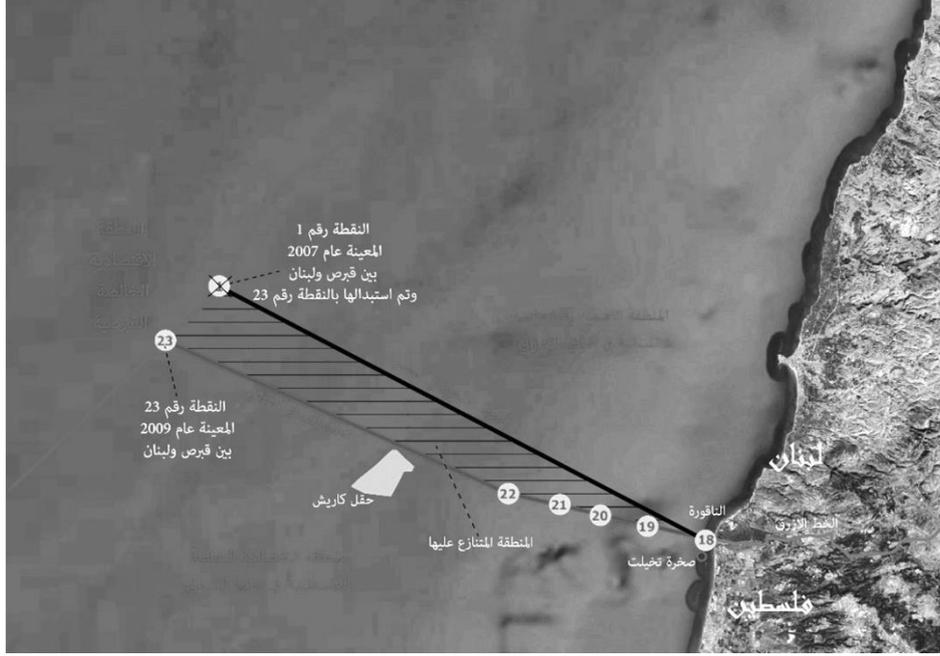
في تموز 2011، عمد العدو إلى ترسيم حدوده البحرية مع لبنان بخط يبدأ من رأس الناقورة حتى النقطة (1) بدلاً من النقطة (23)، وأبلغ الأمم المتحدة بهذا الترسيم، ويكون بذلك قد خلق منطقة بحرية متنازعاً عليها تقدر بحوالي 860 كلم².

تجدر الإشارة إلى أن الجيش اللبناني أجرى في العام 2011 مراجعة تقنية لما تمّ انجازه من قبل اللجنة المذكورة للوقوف على دقة العمل في ما خصّ نقاط الأساس وتطبيق منهجية الترسيم وإحداثيات المنطقة الاقتصادية الخاصة وتوصّل إلى رسم خطوط حدودية

أكثر دقة وكانت النتيجة: إعتقاد إحداثيات نقاط حدود المنطقة الاقتصادية الخالصة التي وضعتها اللجنة المشتركة ولاسيما أنّها قد صدرت بالمرسوم 2011/6433 وأنّ المرسوم المذكور ترك الباب مفتوحاً أمام إمكان مراجعة هذه الحدود وتحسينها عند توافر بيانات أكثر دقة وفق الحاجة.



بتاريخ 19/10/2010، أودع لبنان الأمم المتحدة الاحداثيات الجغرافية للجزء الجنوبي لمنطقته الاقتصادية الخالصة التي تمتدّ من النقطة B1 وموقعها رأس الناقورة إلى النقطة .23



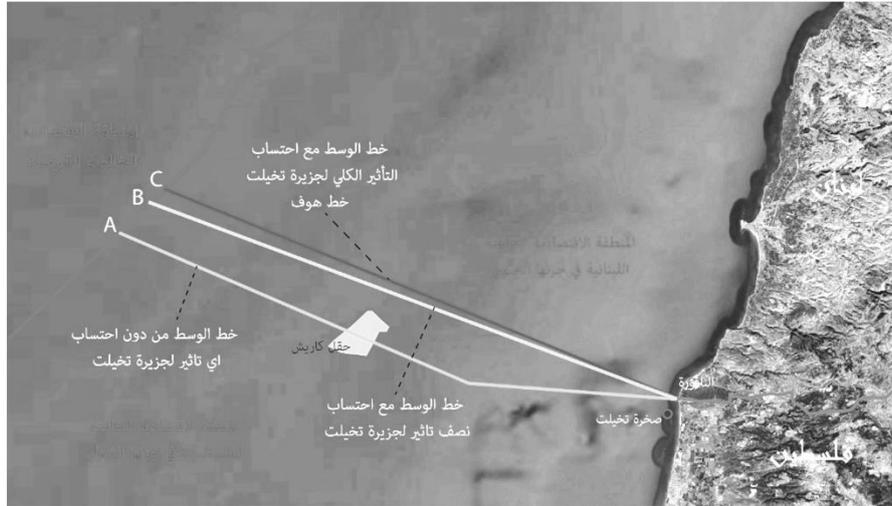
• جزيرة تخيلت: هي عبارة عن

"صخرة" مقابل الشاطئ "الفلسطيني"، إذ لا يتجاوز طولها 70 متراً وعرضها 40 متراً تقريباً، واعتبرت امتداداً للبر الفلسطيني وتم التعامل معها على أساس ما يعرف بقانون البحار بـ "التأثير الكلي للجزر" في ترسيم الحدود. والغريب بل المريب، أن لبنان اعتمد هذا المعيار في النسخة الأولى "الخاطئة" للترسيم في

2006، وكذلك في النسخة الثانية في 2008، التي يفترض أنها أعدت لتصحيح الخطأ. وذلك أمر مستهجن في قانون الأمم المتحدة للبحار الذي لا ينص في أي مادة منه على إعطاء تأثير كلي للجزر الصغيرة عند ترسيم الحدود وبخاصة غير المأهولة والتي تغمر

مياه المد الجزء الأكبر منها. كما إن هناك عشرات الأحكام الصادرة عن محكمة العدل الدولية والمحكمة الدولية لقانون البحار في حالات مشابهة تتعلق بجزر كبيرة وليس "صخرة" قضت بعدم إعطاء أي تأثير لهذه الجزر أو بإعطاء نصف تأثير في الحد الأقصى. ولحل مثل هكذا نزاعات بين الدول يقوم على ترسيم الحدود البحرية بطريقة خط الوسط كما هي الحال في نزاعات مشابهة للوضع اللبناني وتم بنّها أمام محكمة العدل الدولية والمحكمة الدولية لقانون البحار ومحاكم تحكيم خاصة، وكانت الخيارات ما بين عدم إعطاء تأثير للجزر أو إعطائها نصف تأثير عند رسم خط الوسط، أو اعتماد طريقة الخط العمودي على الاتجاه العام للشاطئ. وتكون هذه الخيارات بالنسبة إلى ترسيم الحدود البحرية الجنوبية مع العدو الإسرائيلي على الشكل الآتي:

- 1- خط الوسط من دون احتساب أي تأثير لجزيرة تخيلت: الناقورة - النقطة (A) يعطي لبنان مساحة إضافية جنوب الخط المعلن تقدر بحوالي 1350 كلم².
- 2- خط الوسط مع إعطاء نصف تأثير لجزيرة تخيلت: الناقورة - النقطة (B) يعطي لبنان مساحة إضافية تقدر بحوالي 500 كلم².
- 3- خط الوسط مع احتساب التأثير الكلي لجزيرة تخيلت (ما يعرف بخط هوف): الناقورة - النقطة (C).



♦ عمليات المسح في المنطقة الاقتصادية الخالصة:

في خضمّ الأزمات السياسية والاقتصادية، لاح بريق أمل في الأفق، تمثّل بملف النفط، يثلج قلوب اللبنانيين، يطمئنهم إلى مستقبلهم ومستقبل أولادهم، وقد يشكّل حلاً لأزمة المديونية العامة. وفق التقديرات الأولية لحجم الثروة البترولية في المياه اللبنانية ستمكّن هذه الثروة لبنان من تطوير البنى التحتية والخدمات، كما أنها ستتيح استعادة التوازن بين أبناء الوطن على مستوى متقارب مما يتيح عاجلة إنقاذية على كافة المستويات الاقتصادية عامة.

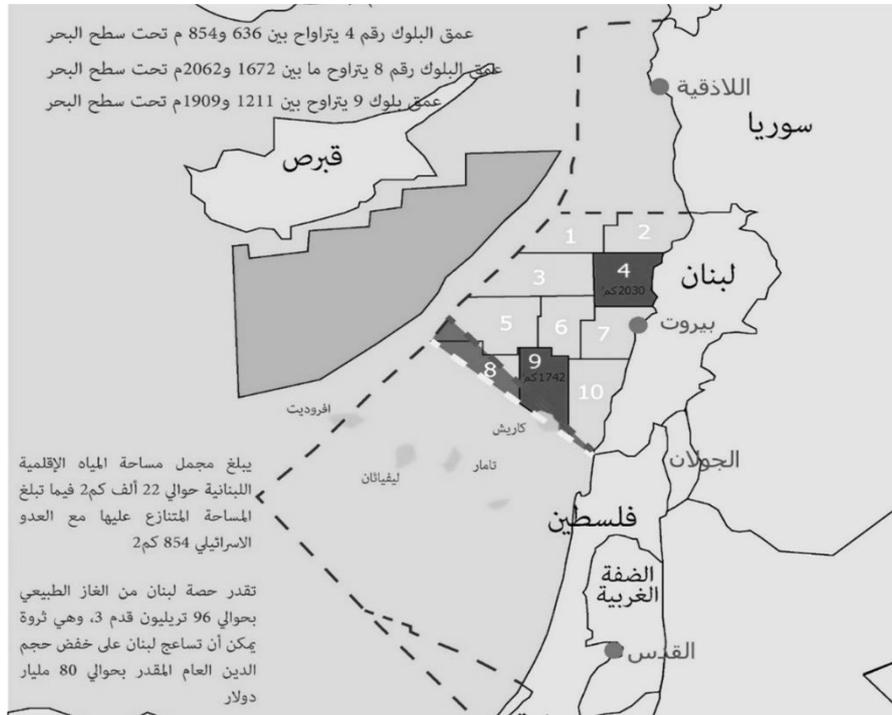
♦ عمليات المسح

بعد المسح الذي شمل أكثر من 70 في المئة من مياه لبنان، وتحليل نحو 10 في المئة منها، تبيّن من التقديرات الأولية أن لدينا 30 تريليون قدم مكعب من الغاز و660 مليون برميل من النفط السائل. أنجز لبنان قانون الموارد النفطية، ووضع كافة المراسيم التطبيقية وأقرت في مجلس الوزراء، كما وضعت قواعد العمل للأنشطة البترولية، وتمّ تعيين هيئة إدارة قطاع النفط. هذه الثروة يمكن أن تحدث تحولاً جذرياً في الواقع الإقتصادي. نتائج المسح المائي جعلت عشرات الشركات العالمية تتنافس للحصول على حقوق التنقيب عن النفط واستخراجه وقد بلغ عدد الشركات التي حصلت على التراخيص في المرحلة الأولى 46 شركة، وذلك على أثر المناقصة التي جرت خلال العام 2013.

في عام 2017 تم الاتفاق مع الشركات (توتال الفرنسية وايني الايطالية ونوفاتيك الروسية) الذي سيعمل في البلوكين النفطيين 4 و9 حصلت الدولة اللبنانية على أمرين هما "حفر 5 آبار في كل بلوك، وبدء الأعمال في العام 2019، على أن يكون العام 2018 للتحضير"، في شباط 2020 باشرت باخرة الحفر «Tungsten Explorer» عملها في المياه اللبنانية بلوك رقم 4، قبل أن تجري شركة «توتال» التحاليل اللازمة بهدف تحديد إذا ما كانت هناك كميات تجارية قابلة للاستخراج، الى حين ذلك إن الدولة بانتظار النتائج النهائية لتحديد الكميات التجارية القابلة للاستخراج، وأوصت هيئة إدارة قطاع البترول

الحكومية بإدراج أربع مناطق بحرية للتقيب في الجولة الثانية من تراخيص الغاز. وتفيد الدراسات الصادرة عن شركات التقيب عن النفط، بأن استخراج النفط من لبنان يحتاج ما بين 7 و10 سنوات، بجدول الزمني على الشكل التالي:

- عام 2020 حفر البئر الاستكشافي وإيجاد المواد النفطية.
- عام 2021 حفر البئر التقييمي لتحديد كمية ونوعية المواد القابلة للاستخراج.
- عام 2021 و2022 يتخذ الكونسورتيوم القرار الاستثماري النهائي تبعاً للجدوى التجارية.
- الأعوام الممتدة بين 2022 و2026 الكونسورتيوم يطلب الموافقة الحكومية على خطة الإنتاج في حقل النفط، إضافة إلى تصميم المنصة الاستخراجية والأنابيب والبنى التحتية.
- الأعوام الممتدة بين 2026 و2029 انتهاء تحضير البنى التحتية.
- وختاماً عام 2029 بدء الاستخراج.



○ خلاصة:

تؤكد الوقائع والأحداث أن أغلب الدول التي تم فيها اكتشاف النفط والغاز، وخاصة حديثاً، قد تحوّلت إلى ساحات صراع نفوذ والسيطرة على منابع هذه الموارد وعلى طرق نقلها إلى الأسواق العالمية. بل وتحولت الصراعات من صراع على النفط إلى صراع على الغاز الطبيعي. لذلك من أهم أوجه الصراع في لبنان إضعاف حزب الله عبر العقوبات الاقتصادية الخانقة وتأزيم الوضع الاقتصادي والمعيشي وتنفيذ مندرجات صفقة القرن المرتبطة بلبنان، هو بالتأكيد السيطرة على الغاز والنفط المحتمل.

إن اكتشاف الغاز والنفط في لبنان قد يشكّل تحدياً وسوقاً تنافسية للغاز الإسرائيلي، ما يزيد من حدّة هذا الصراع من أجل ضمان السيطرة الإسرائيلية على سوق الغاز الطبيعي في المنطقة، والتي تسعى الدولة الإسرائيلية إلى زيادة صادراتها من الغاز الطبيعي لتصل إلى 7 مليارات متر مكعب في غضون 10 سنوات. يعوّل الكثيرون على اكتشافات الغاز والنفط في لبنان للخروج من أزمتته وتسييد التزاماته من الدين العام والنهوض باقتصاده لبناء دولة حديثة متطورة، وقد أغفل هؤلاء أن التجارب التاريخية للدول النفطية تُظهر عكس ذلك. والخطورة في الموارد المتوقعة في لبنان أنها حوّلت لبنان من ساحة رسائل متبادلة لأطراف إقليمية ودولية إلى ساحة صراع مباشرة، نشهد تجلياتها في الأحداث الجارية والانهيال المتتالي للاقتصاد اللبناني. وما زيارات المبعوثين الأميركيين المتتالية من ساترفيلد إلى شينكر إلى ديفيد هيل إلا أكبر دليل على ذلك.

المقاومة اللبنانية في سوريا وحق الدفاع الشرعي

د. كاتيا يوسف عوضة

يعتبر لبنان من أكثر الدول تأثراً بتداعيات الأزمة السوريّة، لما تربط بينهما من علاقات جوار جغرافي وتداخل الحدود المشتركة التي تفصل بين البلدين، حيث يبلغ طولها ما يقارب 375 كلم، تحولت إلى معبراً وممرّاً وخط امداد وانتقال وتمركز للحركات التكفيرية التي وجدت فيها ملاذاً آمناً يتيح لها التحضير لمشروعها المتمثل بإقامة إمارة تكفيرية على الحدود خصوصاً في منطقة القصير الملاصقة لمدينة الهرمل.

ومع سيطرة عدد من التنظيمات الإرهابية على قسم كبير من الحدود التي يقطنها نسبة كبيرة من المواطنين اللبنانيين الذين تعرضوا للقتل والتكيد علي يد الإرهابيين، كان لا بدّ من تأمين الحماية لهم، من قبل المقاومة اللبنانية، التي كانت بمثابة الدرع الواقي لدرء الخطر التكفيري، لا سيما بعد تقاعس الدولة اللبنانية عن حماية مواطنيها، وانقسام أطراف حكومة الرئيس نجيب ميقاتي ونأيها بالنفس وعزوفها عن اتخاذ أي تدابير أو إجراءات للحد من الخطر التكفيري والذي وجد أرضية خصبه له في لبنان، حيث عمدت بعض الجهات اللبنانية وانطلاقاً من دوافع وارتباطات مذهبية عقائدية إلى مد هذه الجماعات بالدعم المادي والمعنوي واللوجستي، بتشجيع من بعض الدول الغربية والإقليمية.

○ أولاً: موقف المقاومة اللبنانية من الأزمة السوريّة

في 15 آذار 2011، إنطلقت المظاهرات في سوريا تحت عنوان الحراك الشعبي، حيث طالب المتظاهرون بإسقاط النظام وإصلاحات، مما دفع بالرئيس بشار الأسد بالقيام بجملة من الإصلاحات؛ وكان موقف المقاومة اللبنانية في بداياتها داعماً لها باعتبار أنّها

تظاهرات مطلبية، وهذا ما أعلنته المقاومة على لسان أمين عام حزب الله السيد حسن نصرالله في 25 أيار 2011 من بلدة النبي شيت البقاعية. فلقد دعمت المقاومة مطالب الإصلاح (كون أن الرؤية الإستراتيجية لم تكن بعد اكتملت لدى حزب الله باعتبار أن التظاهرات تظاهرات مطلبية) وضرورة الحفاظ على أمن سوريا وعدم نقلها من موقع الممانع إلى موقع التابع. "علينا أن نكون جميعاً حريصين على أمن سوريا، نظاماً وشعباً وجيشاً، وأن يتم الإعتماد طريق الحوار وليس الصدام. يجب أن نتعاون جميعاً لتخرج سوريا قوية منيعة، لأن في ذلك مصلحة سورية ومصلحة لبنانية ومصلحة عربية ومصلحة للأمة..."(1).

وسرعان ما أخذت الأحداث بالتسارع، حيث أعلن من تركيا عن إنشاء المجلس الوطني السوري للمعارضة، وبدأت حالات الإنشقاق في الجيش السوري، وأعلن عن ما يسمى بالجيش السوري الحر. ارتفع منسوب الدم، ولم نعد نسمع إلا لغة الحديد والنار، وتوافدت الحركات التكفيرية الإرهابية من كافة أنحاء العالم إلى سوريا.

○ ثانيًا: أسباب دخول المقاومة الحرب السورية

تطوران خطيران كانا سبباً رئيسياً لدخول حزب الله إلى سوريا:

• التطور الأول: قيام الجماعات التكفيرية بمهاجمة قرى لبنانية داخل الأراضي السورية، يسكنها لبنانيون مسيحيون وشيعة، ومحاولة القيام بعمليات تطهير جماعية في هذه المناطق. هذه القرى تواجد بين سكانها عناصر ومؤيدون لحزب الله، وفي ظل تعرضهم للهجمات وعجز الدولة اللبنانية عن القيام بحمايتهم، بالرغم من الدعوات المتكررة لها لحماية مواطنيها، وفي ظل تقاعس الدولة اللبنانية عن تأمين حماية مواطنيها اللبنانيين، نتيجة اتخاذ رئيس الحكومة اللبنانية نجيب ميقاتي قرار النأي بالنفس، بناءً على ضغوطات إقليمية، كان لا بد من أن تتشكل قوة تحمي هؤلاء المواطنين، فكانت المقاومة اللبنانية

(1) خطاب الأمين العام لحزب الله السيد حسن نصرالله بمناسبة عيد النصر والتحرير، بلدة النبي شيت، 25 أيار 2011.

الملاذ الوحيد لهم. فلطالما أخذت هذه المقاومة على عاتقها حماية لبنان ومواطنيه، بداية من الخطر الصهيوني المدعوم دوماً من الإدارة الأميركية إلى الخطر التكفيري. والمعروف أن حزب الله هو مقاومة وطنية هدفها الأساسي حماية الإنسان والعرض والأرض، كيف وإذا كان هذا الإنسان مواطناً لبنانياً إذا لم يدافع عنه سيقطع عنقه ويؤكل كبده وتسبى نساءه وينگل به، لذلك قام حزب الله بدعم هؤلاء المواطنين اللبنانيين، ومن ثمّ الدخول فعلياً بالحرب في سوريا، بعد أن تبلورت صورتها وماهية اللاعبين وأهدافهم.

• التطور الثاني: مهاجمة المقامات المقدّسة في دمشق، ممّا أنتج إحتقاناً مذهبياً في كل المنطقة، فمقام السيّدة زينب (ع) في العاصمة السوريّة يعتبر بالنسبة للشيعة من المقدّسات التي يمنع المساس بها. إذ أنّ السيّدة زينب (ع) هي بنت الإمام علي (ع)، وأمّها سيّدة نساء العالمين فاطمة الزهراء (ع) بنت رسول الإنسانية محمد (ص)، وأخت الحسين شهيد كربلاء، وقد وقفت معه في تلك المعركة، التي يتعلّم منها كل إنسان حر معنى الحرّيّة والكرامة والثورة ضدّ الظلم والفساد والتضحية والإيثار وحفظ الدين المحمدي الأصيل، بالرغم من كل المصائب والمحن، شامخة عزيزة في وجه يزيد الطاغية حيث قالت (ع): "كذ كيدك واسع سعيك فوالله لن تمحو ذكرنا...".

ولا بد هنا من الإشارة إلى مجموعة من الأحداث التي أوضحت حقيقة الحرب على

سوريا:

- أولاً: تصريح أول رئيس للمجلس الوطني السوري برهان غليون لصحيفة وول ستريت جورنال 2011: "أنّ الحكومة المقبلة في سوريا ستغيّر الشراكة الإستراتيجية مع إيران وستوقف إمداد السلاح لحزب الله، وبما أنّ العلاقة مع إيران ستغيّر فسننتغيّر مع حزب الله وحركة حماس...". هذا التصريح يحمل في طياته رسالة واضحة لحركات المقاومة ولمحورها، والإتجاه الصريح لتغيير سوريا من موقع الدولة الممانعة والواقفة ضد أي مشروع صهيوني أميركي في المنطقة، إلى موقع الدولة التابعة الراضخة لمطالب الكيان الصهيوني والولايات المتّحدة الأميركية.

- ثانياً: دعوة أيمن الظواهري في شباط 2012 إلى الجهاد في سوريا، وبالتالي أصبحت سوريا أرض جهاد تدفق إليها الآلاف من المقاتلين مع المال والسلاح. ووفقاً لمعهد واشنطن تدفق أكثر من 800000 مجهزون بالعتاد والسلاح، وبدعم صهيوني، أميركي وخليجي⁽¹⁾.
- ثالثاً: ضبط الجيش اللبناني في نيسان 2012 باخرة لطف الله، والتي كانت تحمل السلاح للمقاتلين في سوريا، والتي انطلقت من ليبيا، مروراً بمرفأ مصري وآخر تركي، وصولاً إلى طرابلس في لبنان⁽²⁾.
- رابعاً: تصريح الخبير الإسرائيلي في شؤون الشرق الأوسط عوزي رابي: "إنني أعتقد أنّ بشار وآخرين في أيامهم الأخيرة في الشرق الأوسط، ويجب أن يلتقط الصور، وسقوط بشار هو أمر لا يمكن تجنبه. لذا أعتقد أنّ عام 2012 هو عام الحسم...".
- خامساً: تنفيذ أبشع الجرائم الإرهابية من قطع رؤوس وشق صدور وأكل قلوب وقتل جماعي وحرق واغتصاب ونبش قبور، وتدمير لمعالم تاريخية...أضف إلى انتشار الجماعات التكفيرية على طول الحدود اللبنانية، وقد شكّلت مدينة القصير مركز صقل لتلك الجماعات، وجرّت محاولات لحصار العاصمة السورية دمشق من خلال تموضع في بلدات ومدن الغوطة الشرقية والغربية.
- سادساً: الانفجار في 18 تموز 2012 في العاصمة دمشق والذي أدى إلى استشهاد كبار الأمنيين وعدد كبير من العسكريين. إستشهد العماد حسن تركماني نائب الرئيس للشؤون العسكرية، آصف شوكت، صهر الرئيس بشار الأسد، وهو رئيس مكتب الأمن القومي، هشام بختيار وغيرهم من الشهداء العسكريين. وقد نقلت صحيفة السفير عن مصدر فرنسي، أنّ قسم مكافحة الإرهاب في الإستخبارات الأميركية، هو الذي تولّى منذ العام 2012 التحضير لتلك العملية، بعدما أعطى

(1) خيار الضرورة: حزب الله في سوريا، قناة الميادين، 2016/1/23.

(2) رضوان مرتضى، رحلة سفينة لطف الله لم تنته بعد، 28 أيلول 2012، موقع الميادين الإلكتروني،

الرئيس باراك أوباما موافقته لجون برينان، وهو كبير مستشاري مكافحة الإرهاب في البيت الأبيض، وأصبح فيما بعد رئيساً لوكالة الإستخبارات الأميركية سي أي أي، والهدف من التفجير حدوث انقلاب عسكري من الداخل، وقد أشار المصدر ذاته إلى أنّ جهات أمنية لبنانية تعمل منذ العام 2006 إلى إنشاء شبكة لها في سوريا، بالتفاهم مع الإستخبارات الأميركية والسعودية والتنسيق معها. فالهدف ليس فقط القضاء على النظام السوري إنما القضاء على حزب الله⁽¹⁾.

بعد كل هذه التطورات والأحداث وفي ظل صمت الدولة اللبنانية، يتعرّض مواطنوها لجرائم وإرهاب العدو التكفيري، جاء خطاب الأمين العام لحزب الله السيد حسن نصرالله في 30 نيسان 2013، ليشكّل مفصلاً أساسياً من موقف الحزب من الحرب في سوريا، وأعلن دخول الحزب رسمياً المعركة في سوريا، وأصبح بالتالي جزءاً أساسياً في المعادلة الميدانية، وبالتالي تمحورت أهداف حزب الله في سوريا حول ما يلي:

1- حماية لبنان وكل اللبنانيين ومنع أن يكون لبنان مسرحاً لجرائم التكفيريين والفتنة المذهبية.

2- حماية المرافق المقدّسة في سوريا ومنع محاولات الإعتداء عليها.

3- حماية سوريا ومنع كسرها وبالتالي تحصين المقاومة وحماية ظهرها.

4- منع سقوط سوريا في يد قوى ولاؤها للولايات المتحدة الأميركية وإسرائيل ودولاً أجنبية وعربية داعمة لها.

5- تأمين الحدود اللبنانية السورية لحماية اللبنانيين ومناطق تمركز المقاومة اللوجستية (مخازن، معسكرات...) في البقاع الشمالي والغربي حتّى الجنوب، إذ تشكّل الحدود عمقاً حقيقياً يجب أن يكون آمناً⁽²⁾.

ويمكننا إيجاز الأهداف الصهيونية والأميركية وبعض الدول الأجنبية والعربية بأدواتهم التكفيرية بالتالي:

(1) محمد بلوط، تفجير خلية الأزمة في دمشق، أدوار أميركية ولبنانية، جريدة السفير، 2015/3/14.

(2) رضا البوري، حزب الله في سوريا، الحرب على الإرهاب، جريدة الأخبار، 29 نيسان 2014.

- 1- إسقاط النظام السوري الداعم الرئيسي للقضية الفلسطينية وحركات المقاومة ضدّ العدو الصهيوني وتحويله من نظام مقاوم ممانع إلى نظام خاضع للهيمنة الأميركيّة والصهيونيّة على غرار بعض الأنظمة العربيّة.
- 2- تغيير الشراكة الإستراتيجيّة بين إيران وسوريا وإيقافها بشكل تام بعد تغيير النظام وبالتالي قطع الإمدادات العسكريّة التي تصل إلى حزب الله وحركات المقاومة من إيران عبر سوريا ووقف عمليات الإنتقال والتنقّل التي تتم عبر سوريا.
- 3- إعتراف النظام السوري الجديد بإسرائيل المحتلّة لدولة فلسطين دولة قائمة بحد ذاتها وليس كيان غاصب محتل وذلك بعد القضاء على محور المقاومة والتسوية النهائيّة للقضية الفلسطينيّة فتنعم إسرائيل بالأمن والإستقرار وبحدود آمنة.
- 4- القضاء على المقاومة اللبنانيّة ومهاجمة حزب الله في عقر داره بعد أن يكون قد جرى تطويقه من كافة النواحي والقيام بعمليات تصفية واعتقال لقيادات المقاومة ولشعبها.
- 5- إقامة إتفاقيّات سلام وتعاون مع الدولة اللبنانيّة بعد أن يكون قد تمّ القضاء على حزب الله وحركات المقاومة والحصول على اعتراف رسمي بدولة إسرائيل بعد أن كانت كياناً غاصباً محتلاً لدولة فلسطين.

○ ثالثاً: المقاومة اللبنانيّة وحق الدفاع الشرعي

إنّ أعمال المقاومة اللبنانيّة إنطلقت منذ بداياتها من أجل هدف محدّد وواضح، هو الدفاع المشروع من أجل تحرير الأرض والدفاع عن النفس والعرض، وأفرادها هم مواطنون لبنانيون منظمون ضمن إطار تنظيمي، وأهدافهم دوماً عسكريّة وليست مدنيّة، وفي أعمالهم لا يتوجهون إلى المدنيين بل يعتمدون مبدأ حماية المدنيين أثناء النزاعات المسلّحة، التي نصت عليها إتفاقيّات جنيف الأربع لعام 1949. إنّ سلاح المقاومة وجّه ضدّ العدو المغتصب للحقوق، وهذا ما كان واضحاً وجلياً خلال فترات العمل للمقاومة ضدّ العدو الصهيوني حتّى يومنا الحالي.

1- إنَّ عمل المقاومة اللبنانيَّة مشروعاً في القانون الدولي بناءً على مبدئين: مبدأ حق تقرير المصير، ومبدأ مواجهة الإحتلال. وإذا ما عدنا إلى دخول المقاومة اللبنانيَّة إلى سوريا، فإنَّ دخولها لم يتم إلا بعد حصول إعتداء على المواطنين اللبنانيين القابعين ضمن الأراضي الحدوديَّة للبنان وسوريا. وهؤلاء أناس تمَّ الإعتداء عليهم، وبالتالي يحق لهم الدفاع عن أنفسهم إستناداً إلى مبدأ حق تقرير المصير. خصوصاً أنَّ الدولة اللبنانيَّة لم تؤمِّن لهم الحماية، ومصيرهم سيكون حتماً كمصير الكثيرين الذبح أو القتل أو السبي. وقد شاهدنا على شاشات التلفزة وعاشنا المجازر والجرائم الإرهابيَّة ضدَّ الإنسانيَّة التي ارتكبتها تلك الجماعات التكفيرية. أمام هذا الإرهاب التكفيري لا بدَّ أن يكون هناك مقاومة تحمي المدنيين اللبنانيين وتحفظ لهم حياتهم، إنطلاقاً من مبدأ حق تقرير المصير. إنَّ هؤلاء المواطنين اللبنانيين، وإنطلاقاً من تجربة المقاومة اللبنانيَّة المشرفة ضدَّ العدو الصهيوني، وثقوا بمقاومتهم التي استطاعت أن تدحر العدو الصهيوني وتحقِّق النصر تلو النصر، حتَّى أنَّ بعضهم ينتمون إليها، توجَّهوا للمقاومة باعتبارها الملاذ الوحيد لهم بعدما أعلنت دولتهم اللبنانيَّة سياسة النأي بالنفس. فلا يمكن لأحد أن يتنكَّر لهؤلاء حق تقرير مصيرهم، إستناداً إلى القرار رقم 3103 تاريخ 1973 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتَّحدة، والذي ينص على أنَّ نضال الشعوب في سبيل حقِّها في تقرير المصير والإستقلال، هو نضال مشروع يتفق تماماً مع مبادئ القانون الدولي، وأنَّ أيَّة محاولة لقمع الكفاح المسلَّح هي مخالفة لميثاق الأمم المتَّحدة ولإعلان مبادئ القانون الدولي ولإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وأنَّ المحاربين المناضلين الذين يقعون في الأسر، يجب أن يعاملوا كأسرى حرب وفق أحكام إتفاقيَّة جنيف المتعلقة بأسرى الحرب⁽¹⁾.

2- التهديد المباشر للمقاومة من قبل العدو التكفيري، وبشكل واضح وصريح، على لسان ما يسمَّى أمراء داعش، دفع بالمقاومة إلى التنبّه لهذا الخطر الداهم من هذا العدو الذي يهدِّد أمنه وأمن الوطن في كل لحظة، فتمَّ اللجوء إلى الدفاع الوقائي عن النفس وعن الوطن بشكل عام. فهؤلاء الأعداء التكفيريين قاموا بأعمال إرهابية وإجرامية، بدءاً من إرسال

(1) د. كمال حماد، الإنتفاضة كمقاومة في القانون الدولي العام، الموقع الإلكتروني لمنديات باحث، دت،

السيارات المفخخة إلى الداخل اللبناني، وصولاً إلى اختطاف الجنود اللبنانيين وقتلهم ذبحاً والتفاخر بذلك أمام وسائل الإعلام وتسجيل جرائمهم هذه وبنّها بشكل مباشر على شاشات التلفزة، ممّا دفع المقاومة إلى اعتماد مبدأ الدفاع الوقائي عن النفس، وليس اعتماد حرباً إستباقية، كما عمدت الولايات المتحدة الأميركية في حربها ضدّ أفغانستان والعراق. الجدير بالذكر، قانوناً، ليس في ميثاق الأمم المتحدة ما يشير إلى تشريع الحرب الإستباقية، لا صراحة ولا ضمناً، بل العكس هو الصحيح، ذلك أنّ واضعي الميثاق إتفقوا على التخلّي عن فكرة المبادأة باستعمال القوة العسكرية تحت أيّ ذريعة، واعتبروا، بعد تجارب الحربين العالميتين التي ذهب ضحيتها أكثر من مليون ضحية بشرية، أنّ البادئ باستعمال القوة هو معتد، وأنّ العدوان جريمة دولية ترتّب المسؤولية القانونية على مرتكبيها. وحرّم الميثاق ليس استعمال القوة وحسب إنّما التهديد باستعمالها.

وجاءت المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة لتعطي الدولة المعتدى عليها حق استعمال القوة العسكرية للدفاع عن نفسها، حتّى يتّخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدوليين، وهذا ما يعرف باسم الدفاع الشرعي عن النفس.

وقد تطوّر هذا المفهوم في عصرنا الحالي ليصبح أوسع وأشمل، ويكتسي طابع الدفاع الشرعي الوقائي، الذي ترتبط به مفاهيم الحرب الوقائية والحرب الإستباقية. ويقصد بالدفاع الوقائي عن النفس مبادأة الدولة بالهجوم إستجابةً لتهديد حال باستخدام القوة قبل أن يتم فعلياً هذا الاستخدام. ولا يلزم أن تصل الأعمال الوقائية إلى حد شن حرب على طرف آخر. ويرى البعض أنّ المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة يجب تفسيرها حرفياً، وبالتالي يكون الدفاع الوقائي عن النفس مرفوضاً كلياً؛ بينما يعتقد آخرون أنّ الدفاع الشرعي عن النفس يشمل أيضاً ما يسمّى بالدفاع الوقائي، أي المبادأة بالهجوم توقيياً لعدوان وشيك الوقوع.

يستند أصحاب الرأي الأول، بأنّه لا يجوز استخدام القوة توقيياً لعدوان وشيك الوقوع أي ما يعرف بالدفاع الوقائي، على ما يلي:

1- إشتطت المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة أن يكون الإعتداء مسلّحاً، سواء أكان إعتداءً مسلّحاً مباشراً أو غير مباشر وهذا فيه حسم قاطع للمشكلة.

- 2- إنَّ السماح باستخدام القوَّة في حالة الدفاع الشرعي الوقائي من شأنه أن يفتح الباب أمام أعمال الإنتقام والأعمال العدوانية تحت حجة الدفاع الشرعي، ولعلَّ في ذلك من المخاطر ما يؤثِّر على الإستقرار الدولي.
- 3- إنَّ استخدام القوَّة في حالة الدفاع الشرعي يعدُّ إستثناءً على قاعدة حظر إستخدام القوَّة في العلاقات الدوليَّة، والإستثناء لا يجوز التوسُّع في تفسيره.
- 4- إنَّ الحق في الهجوم الإستباقي في مواجهة عدو محتمل قد استبعده الميثاق في الفقرة الرابعة من المادة الثانية، والتي تحظرُّ الإستخدام الأحادي للقوَّة، إلاَّ إذا تمَّ بتقويض من مجلس الأمن.
- في حين أنَّ أصحاب الرأي الثاني الذين يقرُّون بأنَّ الدفاع الشرعي يشمل أيضاً ما يسمَّى بالدفاع الوقائي يستندون إلى:
- 1- أنَّ ميثاق الأمم المتَّحدة فننَّ القواعد المستقرَّة قبل صدور الميثاق التي كانت تسمح بالدفاع الشرعي الوقائي.
- 2- إنَّ التفسير الضيق لمدلول الإعتداء المسلَّح فيه إضعاف كبير من فعالية وفائدة الدفاع الشرعي.
- 3- إنَّ الدفاع الشرعي الوقائي من شأنه حماية المعتدى عليه وذلك بإعطائه ميزة هامةً له وهي المبادرة بالهجوم بالذات في عصر التطور الرهيب في الأسلحة الهجومية، وبالذات الأسلحة النوويَّة والأسلحة الدمار الشامل⁽¹⁾.
- بالعودة إلى شروط الدفاع المشروع عن النفس، ينبغي توفر شرطين هما: اللزوم والتناسب.

أ- اللزوم: هو الوسيلة الوحيدة التي كانت أمام المدافع عن نفسه هي تلك التي لجأ إليها لصد الإعتداء، وإذا كان أمام الدولة المعتدى عليها وسيلة أخرى يمكن اللجوء إليها امتنع عليها الدفاع، كما إذا كان أمامها الإستعانة بمنظمة دوليَّة، وكانت هذه الوسيلة كافية

⁽¹⁾ الدفاع الوقائي عن النفس: دراسة نظريَّة تطبيقية في ضوء أحكام القانون الدولي، المركز الديمقراطي العربي، 28 يوليو 2016، موقع غوغل الإلكتروني.

لمنع وردع الإعتداء الواقع عليها، فيعتبر فعل الدفاع غير موجود وفقاً للدكتور حسنين عبيد.

وبالعودة إلى نص المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة فإنها تقر بمبدأ الدفاع عن النفس بشكل فوري، إلى أن يتخذ مجلس الأمن تدابير لازمة لحفظ السلم والأمن الدوليين. ومن المفروض أن يوجّه الدفاع على مصدر الإعتداء ولا يجوز أن يوجّه إلى دولة أخرى محايدة، لأن انتهاك الحياد يعتبر جريمة دولية وإن كان بهدف الدفاع المشروع. فعلى سبيل المثال: إن انتهاك ألمانيا لحياد بلجيكا ولوكسمبورغ أثناء الحرب العالمية الأولى لا يمكن أن يستند إلى مبدأ الدفاع المشروع.

إنّ المواطنين اللبنانيين ضمن الأراضي السوريّة، بعد إتخاذ دولتهم اللبنانية قرار النأي بالنفس، لم يكن لديهم سوى وسيلة وحيدة هي المقاومة اللبنانيّة لصد الإعتداء الإرهابي عليهم وبالتالي تكون المقاومة اللبنانية دخلت الأراضي السورية إنطلاقاً من مبدأ اللزوم الذي هو شرط من شروط الدفاع الشرعي عن النفس.

ب- التناسب: ويعني أن يكون استخدام القوّة متناسباً مع فعل العدوان من حيث الحجم والجسامة والقوّة والأضرار البشريّة والماديّة التي تسبب فيها العدوان. ففي إطار القانون الدولي، يطبق معيار التناسب كما هو الحال في القانون الداخلي حيث يقاس مسلك الدولة في ردّها الدفاعي عن العدوان الذي تعرّضت له، فإذا كان ما قامت به للدفاع يتناسب مع ما تعرّضت له من أعمال العدوان أو أقل منه درجة، فإنّ التناسب يعدّ متحققاً في مثل هذه الحالة، وأمّا إذا كان ما قامت به يزيد عن أعمال العدوان فإنّ تصرّف الدولة عندئذ يخرج من دائرة الدفاع إلى دائرة العدوان⁽¹⁾.

إنّ السلوك التي اعتمدهت المقاومة اللبنانيّة في الدفاع عن المواطنين اللبنانيين في المناطق الحدوديّة جاء أقل تناسباً مع الإجراء الذي ارتكبهت الجماعات التكفيريّة بحق المواطنين اللبنانيين، فلقد اعتمدت المقاومة مبدأ رد الإعتداء لحماية حياة هؤلاء المواطنين. في حين أنّ سلوك تلك الجماعات التكفيريّة كان وما زال إرهابياً من ناحية التفجيرات وخطف

(1) د. علي صبرا، حدود لبنان البحرية للإستفادة من الثروة النفطية، أطروحة دكتوراه، جامعة بيروت العربية، 2017، ص 17-18.

المواطنين وقتلهم وقطع الرؤوس... أما الحرب الإستباقية التي شنتها الولايات المتحدة الأميركية على العراق وأفغانستان، لا تمت إلى التناسب بصلة، وهي بالحقيقة وسيلة استخدمتها لتبرير حربها وإضفاء صفة المشروعية عليها.

إنّ قرار النأي بالنفس الذي اتخذته الدولة اللبنانية بشأن الأزمة السورية لا يمنع المقاومة اللبنانية من التدخل لحماية أمن وحياتة المواطنين اللبنانيين، إذ أنّه لا يوجد في القانون الدولي العام ما يسمّى نأيًا بالنفس. ففي القانون الدولي يوجد مبدأ الحياد وهذا لم تتّخذة الدولة اللبنانية. ففي قرار الحياد ينبغي للدولة المحايدة أن تمتنع عن الإشتراك في المنازعات المسلّحة. وهذا الإمتناع يحتمّ عليها عدم إستخدام قوّاتها العسكرية في المعارك، وعدم تحالفها مع إحدى الدول المحاربة، وعدم سماحها للدول المحاربة باستعمال أرضها ومرافئها ولو اضطرّها ذلك إلى استخدام القوّة. فسويسرا أُجبرت، في أثناء الحرب العالمية الثانية، جميع الطائرات التي خرقت حرمة أجوائها على الهبوط في أرضها⁽¹⁾.

ونحن، في لبنان، تخترق الطائرات الإسرائيلية الأجواء اللبنانية لتشن هجوما على الدولة السورية وتقوم بغارات وهمية فوق الأراضي اللبنانية، سواء بطائرات حربية أو مسيرة، حتّى أنّها شنت هجوماً بطائرتين مسيرتين، واحدة سقطت وأخرى كانت مفخّخة، على مركز إعلامي لحزب الله في الضاحية الجنوبية، نجم عنه ثلاثة جرحى كانت إصابتهم طفيفة ولحق بالمركز أضراراً كبيرة. فأين هي قرارات الأمم المتحدة لتلك الإنتهاكات الصارخة للقانون الدولي؟

○ رابعاً: اهداف المقاومة من دخولها إلى سوريا

لا يمكننا فصل النتائج التي تحققت من دخول المقاومة اللبنانية إلى سوريا عن أهداف المقاومة في سوريا. فلقد استطاعت المقاومة اللبنانية بالرغم من الخسائر البشرية التي لحقت بعناصرها من شهداء وجرحى أن تحقق ما يلي:

(1) د. محمد المجذوب، القانون الدولي العام، طبعة 2007، ص. 216.

أ- حماية الداخل اللبناني:

إستطاع حزب الله بعد كل التضحيات التي قدّمها في سوريا وفي المناطق الحدودية أن:

- 1- يحمي لبنان وكل اللبنانيين من جرائم الإرهاب التكفيري ومن عملياته الإنتحارية بسياراته المفخّخة بعد تأمين الحدود اللبنانية السورية والتي كان يتم عبرها عملية نقل السيارات المفخخة والتي أودت بحياة العشرات من اللبنانيين الأبرياء.
- 2- يحمي لبنان من خطر الحرب الأهلية وما ينتج عنها من تقسيم ويحافظ على وحدة لبنان وأراضيه وسيادته ويمنع من إقامة إمارات إسلامية أو ولايات داعشية على غرار ما قامت به في الدول العربية الأخرى.
- 3- يمنع إطلاق الصواريخ التي كانت تطلق على المناطق اللبنانية والسيطرة على مناطق إنطلاق السيارات المفخّخة والتي أودت بحياة العشرات من المواطنين اللبنانيين.
- 4- يجعل النسبة الأكبر من المواطنين اللبنانيين يعتبرون أن دخول حزب الله إلى سوريا هو ضرورة وطنية لتأمين حمايتهم وأمنهم وللقضاء على الإرهاب التكفيري منعاً لامتداده إلى لبنان.
- 5- تثبيت وترسيخ ثلاثية الجيش والشعب والمقاومة بعد تضافر الجهود والتعاون العملي والفعلي الذي تحقق في عملية تحرير الجرد.

ب- توظيف الخبرات العسكرية المتكسبة للمقاومة في المواجهة المقبلة مع إسرائيل:

- 1- تطور أداء حزب الله وقدراته على الأرض عن ما كان عليه منذ تأسيسه وبات مقاتليه أكثر خبرة وكفاءة وتطوراً أكثر ممّا كان عليه في العام 2006 وقد مكّنه ذلك من خوض معارك إستراتيجية وحقق الإنتصار فيها ومعركة القصير خير شاهد على ذلك. فوفقاً لمحلل الشؤون العسكرية في القناة العبرية ألون بن دافيد: "إنّ الأمور في الحرب القادمة لن تكون سهلة. صحيح أنّ حزب الله سيستنزف في سوريا، إلا أنّ مقاومته وجنوده

يكتسبون خبرة عالية هناك، وهي خبرات غير موجودة لدى غالبية القيادات العسكرية في الجيش الإسرائيلي؛ فلقد حصل مقاتلو حزب الله على خبرات قتالية برية عالية وعلى الجيش الإسرائيلي أن يضع في احتماله أن الحرب القادمة ضدّ حزب الله ستكون على أراضٍ إسرائيلية والإدراك أنه حتى في إسرائيل لن يكون هناك مكان آمن⁽¹⁾.

أما المحلل العسكري الإسرائيلي عاموس هرنيل: "حزب الله يدير مناورات هجومية خطيرة خلال مشاركته في القتال في سوريا لأول مرة في تاريخه". ووفقاً لصحيفة هآرتس فإنّ حزب الله يكتسب خبرات خطيرة من الجيش الروسي. حزب الله اكتسب خبرات قتالية جديدة خاصة في مجال إستراتيجية الهجوم والمواجهة. ومما يساهم في صقل هذه الخبرات هو التدخل العسكري الروسي في سوريا. فالجيش الروسي يؤدي دوراً فعالاً في زيادة قوّة مقاتلي حزب الله⁽²⁾.

2- تعاضم القدرات الصاروخية للحزب بشكل قصّ مضاجع إسرائيل، فزاد السلاح من إيران وسوريا؛ وأصبح الحزب اليوم يمتلك صواريخ متوسطة المدى وبعيدة المدى إضافة إلى صواريخ روسية مضادة للدبابات والطائرات وغالبيتها تتميز بدقة الإصابة والقدرة التدميرية. ونقلاً عن موقع صحيفة رأي اليوم الإلكترونية، عن مقال نشرته مجلة "Between the poles"، عن قائد سلاح البحرية الإسرائيلية إيلي شربيت: "إنّ حزب الله صنع سفينة هي الأفضل في العالم وتحمل صواريخ كثيرة ومؤمنة من الغرق". أما قائد سلاح البحرية في أسدود، يوفال أيلون، فقد قال: "إنّ قدرات العناصر المعادية لاستهداف المصالح الإستراتيجية لإسرائيل ليست مقتصرة على الصواريخ؛ لكن يمكن لنا أن نفترض في المواجهات القادمة أننا سنواجه تهديدات تحت الماء بشكل كبير من قبل العناصر المعادية التي تسعى للإضرار بقوّة إسرائيل. ووفق أيلون: "فإنّ هناك مجموعة واسعة ومتعددة من الوسائل والقدرات التي تملكها الجهات المعادية بدءاً من السباحين الإنتحاريين

(1) الإعلام الإسرائيلي، حزب الله يكتسب خبرات غير موجودة في الجيش الإسرائيلي، الموقع الإلكتروني لقناة العالم، الأربعاء 3 مايو 2018، www.alalamtv.net.

(2) هآرتس، حزب الله يكتسب خبرات خطيرة من الجيش الروسي، موقع الخليج أون لاين الإلكتروني، 2016/1/18، www.alkhaleejonline.net.

مروراً بتسيير القوارب المتفجرة وصولاً إلى الغواصين المتخصصين بالغوص في المياه العميقة لوضع المتفجرات واستخدام غواصات صغيرة وزرع ألغام وعبوات ناسفة من صنع محلي⁽¹⁾.

في حين وصف مستشار الأمن القومي الإسرائيلي السابق، الجنرال يعقوب عميدرور، القدرات العسكرية لحزب الله باللامثيل لها، إذ أنّ في حوزته 150 ألفاً من الصواريخ والقذائف الصاروخية مشيراً إلى أنّ الآلاف من هذه الصواريخ بعيدة المدى وتغطي كافة الأراضي الإسرائيلية. وأكد عميدرور المعاني الكامنة في ترسانة حزب الله، واصفاً إياها بالنادرة والهائلة، وربما هي أكبر مما يوجد لدى جميع الدول الأوروبية مجتمعة⁽²⁾.

3- إمتلاك حزب الله للطائرات المسيّرة بدون طيار: لقد استخدم الحزب هذا النوع من الطائرات في العامين 2006/2004 بشكل محدود، أمّا اليوم فقد ازداد إستخدامها منذ العام 2014.

4- إنتشار عناصر حزب الله على مساحات واسعة بين سوريا ولبنان بعد أن كان إنتشاره مقتصرًا على مواقع محدّدة في جنوب لبنان.

بالرغم من تلك المكاسب الكبيرة التي حقّقتها حزب الله إلاّ أنّه خسر المئات من خيرة شبابه ما بين شهيد وجريح وكان من أبرز شهدائه القادة الشهيد القائد مصطفى بدر الدين. كما وتكبّد حزب الله خسائر ماديّة نتيجة إغلاق حسابات تعود إلى أفراد ومؤسسات كانوا يشكلون داعماً مادياً رئيسياً للحزب وذلك بسبب قانون مكافحة تمويل حزب الله الذي أصدرته الولايات المتّحدة الأميركيّة في كانون الأول 2015.

ج- التداعيات الاستراتيجية لدخول المقاومة الحرب السورية.

إستطاعت المقاومة من خلال دخولها الحرب السورية:

(1) البحريّة الإسرائيليّة: حزب الله صنع أفضل سفينة حربيّة في العالم تحمل صواريخ كثيرة ومؤمنة من الغرق، موقع صحيفة رأي اليوم الإلكتروني، 3 كانون الأول 2018، www.raialyom.com.

(2) يحيى ديق، إسرائيل: صواريخ حزب الله 150 ألفاً، الموقع الإلكتروني لجريدة الأخبار، 10 كانون الثاني 2015، www.al-akhbar.com.

1- حماية سوريا التي تعتبر صلة الوصل بين دول محور المقاومة، ومنع سقوط نظامها بيد قوات ولاؤها للولايات المتحدة الأميركية وإسرائيل المحتلة لدولة فلسطين، وبالتالي منعت المقاومة من تحويل النظام السوري من نظام مقاوم ممانع إلى نظام خاضع للهيمنة الأميركية والصهيونية على غرار بعض الأنظمة العربية.

2- منع تفتيت محور المقاومة (إيران-العراق- سوريا- حزب الله لبنان) مما أبقى على طريق الإمدادات التي تصل إلى المقاومة، لا بل إزداد إمداد المقاومة بالعتاد والسلاح والتدريب. وقد انعكس ذلك على التخوف الإسرائيلي من تنامي قدرات حزب الله وعلى المشروع الغربي وتبدد حلم الربيع العربي.

3- نزع فتيل حدوث فتنة سنة شيعية على مسوى المنطقة، من خلال حماية الإرث الثقافي الإسلامي اي المراقد المقدسة في سوريا خصوصاً مرقد السيدة زينب (ع) ومنع محاولات الإعتداء عليها، فكان شعار الدفاع المقدس العنوان الرئيسي لالتهاب المشاعر وحث الكثيرين من المجاهدين على الإلتحاق بصفوف المقاومة للدفاع عن المراقد المقدسة بشكل عام ومرقد السيدة زينب (ع) بشكل خاص.

4- تعاضم دور حزب الله وأصبح لاعباً إقليمياً لا يمكن تجاهله بالرغم من محاولات العمل على إنهائه ومحاصرته والإنتقاض عليه بعد الإنتصار الكبير الذي حققته المقاومة في حرب تموز 2006 والهزيمة التي لحقت بإسرائيل. والحل الوحيد بمحاصرة حزب الله يتم بتفتيت محور المقاومة (إيران-العراق- سوريا- حزب الله لبنان) وقطع طريق الإمدادات التي تصل إلى المقاومة، والطريق الوحيد الذي يتم من خلاله تزويد المقاومة بالعتاد والسلاح والتدريب. وقد انعكست إرتدادات هذا الإنتصار ليس على إسرائيل فقط، بل كذلك على المشروع الغربي كله الذي كانت إسرائيل ثمرة رئيسية من ثماره في المشرق. فلقد أرادت إسرائيل، وبتأييد ودعم من الولايات المتحدة الأميركية ومواقفة دول أجنبية ودول عربية في حرب تموز، القضاء على حزب الله؛ ولكن محاولتها باءت بالفشل، إذ أنّ قوة حزب الله تنامت وتضاعفت. وصار حزب الله بعد حرب تموز هدفاً إستراتيجياً وكانت الحرب السورية محور آمال الكثيرين في إنهاء حزب الله فقيل أنّ انخراطه فيها سينهيها، ولكن تضاعفت

قوته من حزب يقود مقاومة ضدّ إسرائيل عبر لبنان إلى أبرز أعمدة محور كامل على مستوى المنطقة.

5- تمكّن حزب الله من إبعاد خطر الحرب الإسرائيليّة عن لبنان فكل المؤشرات والمعطيات تدل على أنّ حرباً مقبلة ستخوضها إسرائيل ضدّ المقاومة اللبنانيّة. إذ أنّ إسرائيل المحتلة لدولة فلسطين لن تسكت على الهزائم التي منيت بها، وآخرها في حرب تموز 2006. وإنّما ستحاول جاهدة لإعادة صورة جيشها الذي لا يقهر.

وإذا ما راجعنا بعض من خطابات الأمين العام لحزب الله السيّد حسن نصرالله، سنجد أنّ في معظمها تحمل في طياتها تهديدات واضحة وصريحة بحجم الخسائر التي ستلحق بإسرائيل وقد توصلها إلى نهايتها. وهذا ما يتوافق مع ما تقدّم من تصريحات إسرائيلية حول قدرات حزب الله.

○ الإستنتاجات:

خلال الأشهر الأولى من الأزمة السوريّة، قام حزب الله بمساع كبيرة وجدية لاحتواء الأزمة، واتصل بجهات في المعارضة السوريّة لم يسبق له أن تواصل معها، وكان لافتاً التدخل الشخصي للأمين العام لحزب الله السيد حسن نصرالله لإطلاق سراح مجموعة من المعارضين السوريين في فترات متفرقة: قبل اندلاع الأزمة مباشرة، خلال فترة الثورات في تونس ومصر وليبيا، وبعد اندلاع الأزمة السوريّة بأسابيع وأشهر.

بعد عامين من الأزمة السوريّة كانت الحدود اللبنانيّة مع سوريا، باستثناء بعض الحدود الرسميّة كطريق دمشق بيروت، تحت سيطرة المعارضة على اختلاف توجهاتها، حتّى أنّ بعض أهم خطوط الإمداد التي كانت تستخدمها المقاومة الإسلاميّة سقطت في يد من حملوا السلاح. وقد تناقلت وسائل إعلاميّة عدّة خبر سقوط عدد من شاحنات الأسلحة التي كانت متوجهة إلى لبنان بأيدي المسلحين ويعتبر هذا الأمر، بالنسبة لحزب الله، مساساً سافراً بخطوط وشرابيين حياته.

في هذا الوقت كانت منطقة السيّدة زينب (ع)، حيث يقع مرقد ابنة الإمام علي (ع)، على وشك الإنهيار وقد تلقت مئذنة المقام العديد من القذائف، وعلى الجانب الآخر من محيط العاصمة، في داريا، كان مقام شقيقتها السيدة سكيّنة قد سقط وانهار جزء منه. بدأت إرهابات قرار بالتدخل المحدود تظهر تحت عناوين مختلفة، لكنّها كانت دائماً تصطدم بالخشية من ردّة الفعل. نشير إلى أنّ شكل حضور حزب الله في سوريا اليوم لم يكن أبداً في البال لحظة إتخاذ القرار. إتخذ القرار الأوّل من أجل حماية الأماكن المقدّسة واستعادة المناطق ذات الأهميّة الإستراتيجيّة وتنظيفها وتعزيزها لاستعادة وظائفها السابقة، والقصد هنا خطوط إمداد المقاومة. تدريجياً بدأت المشاركة، وتدرجياً بدأت العمليات، وبدأ التحضير للمعركة الكبيرة في القصور، ومن بعدها في الغوطين وفي القلمون.

في نيسان من عام 2013 أعلن حزب الله المشاركة الرسميّة في "معركة القصور". أسباب عدّة دفعت حزب الله للدخول في تلك المعركة، منها: أنّ "حزب الله" ينظر إلى سوريا على أنّها الدولة العربيّة الوحيدة الداعمة للقضية الفلسطينيّة وحركات المقاومة ضدّ العدو الإسرائيلي، وكانت سوريا أمام تحدٍ وجوديّ، وكان سقوطها يشكّل التهديد الأخطر على قوى المقاومة، فهدف التخلّص من المقاومة هو مطلب أميركي إسرائيلي. لذلك كان لا بدّ من الوقوف إلى جانب سوريا، وقد أراد "حزب الله" من خلال الدخول إليها حماية عمقه الإستراتيجي وعدم خسارة خطوط الإمدادات الإيرانيّة والسوريّة. هذا فضلاً عن التهديد الذي شكّله الجماعات الإرهابيّة وعلى رأسها تنظيمي "جبهة النصرة" و"داعش" على الحدود والداخل اللبناني.

دخول "حزب الله" إلى سوريا، أدّى أيضاً إلى حماية اللبنانيين في المناطق الحدوديّة بين لبنان وسوريا وحماية الأضرحة المقدّسة في سوريا، وعلى رأسها ضريح السيّدة زينب ابنة الإمام علي بن أبي طالب (ع). من هنا كانت إشارة السيّد حسن نصرالله إلى مسألة مقام السيّدة زينب لم تأت عرضاً، وإنّما للحساسيّة البالغة له في الوجدان الشيعي، ولأنّ التعرّض لهذا المقام الذي تضعه الجماعات التكفيريّة في قائمة أهدافها له تداعيات خطيرة، وسيؤدي إلى خروج الأمور عن السيطرة.

فالانتصارات الكبرى التي حقّقتها "حزب الله" في سوريا وتحريره لجرود عرسال والسلسلة الشرقية من الجماعات الإرهابية بالتعاون مع الجيش اللبناني، جعلته يلعب دوراً إقليمياً عابراً لدوره المحلي، وجعلته ينطلق من الحماية لمناطقه وعمقه الإستراتيجي، إلى ركيزة أساسية للدفاع عن "محور المقاومة". لقد شكّل "حزب الله" قوّة رئيسية مساهمة في محاربة الجماعات الإرهابية ومشاركة في حماية العمق السوري، خاصةً أنّ الحزب قد أرسل المئات من خيرة مقاتليه وقياديه للعمل بشكل مباشر في الميدان السوري. كما تحوّلت قوّة "حزب الله"، التي اكتسبت خبرات جديدة خلال مشاركتها في سوريا، إلى تهديد إستراتيجي "إسرائيلي" عبر إرساء معادلات ردع جديدة نتيجة تمكّنها من العمل في الجنوب السوري، ومن محاكاة معارك مختلفة البيئات.

وفي هذا الإطار نشر "معهد واشنطن لسياسة الشرق الأدنى" في العام 2016 دراسة أعدّها ضابطاً في جيش الدفاع الإسرائيلي عام 2014، خلص فيها إلى إمكانية إنتهاج "حزب الله" إستراتيجية قتالية أكثر هجومية في أي حرب مستقبلية مع إسرائيل بهدف تقصير مدّة الصراع. وتابع أنّ "هذا الإنخراط العميق في سوريا يؤثّر في النهج العام الذي يتّبعه التنظيم في تخطيط عملياته العسكرية وتنفيذها"، مؤكداً أنّ "بعضاً من قدراته العسكرية قد تحسّن بشكل ملحوظ. فقد تعلّم كيفية استخدام طائراته دون طيار على نحو أكثر فعالية، فضلاً عن الإستفادة بشكل أفضل من صواريخه قصيرة المدى، وتنفيذ عمليات هجومية معقّدة".

The International Balance of Power System: From Stalin To Putin

Camille H. Habib⁽¹⁾

○ Introduction

Perhaps the most significant systemic characteristic in world politics is the way power is distributed in the international system. This is the concept of the balance of power. It describes a system that is dominated by major powers, whose presence is crucial to the operation of the system as a whole. In *Politics Among Nations*, Morgenthau uses the term “balance of power” with four different meanings: (1) as a policy aimed at certain state of affairs; (2) as an actual state of affairs; (3) as an approximately equal distribution of power; and (4) as any distribution of power. Yet, Morgenthau contends that “whenever the term is used without qualification, it refers to an actual state of affairs in which power is distributed among several nations with approximate equality.”⁽²⁾ As Kaplan puts it:

The balance of power system in its ideal form is a system in which any combination of Action within alliance is possible so long as no alliance gains a marked preponderance in capabilities. The system tends to be maintained by the fact that even should any nation desire to become predominant itself, it must to protect its own interests, act to prevent any other nation from accomplishing such an objective⁽³⁾.

This description of the balance of power system stipulates that the international system is an international social system in which national

⁽¹⁾ Dean of the Faculty of Law, Political and Administrative Sciences, Lebanese University.

⁽²⁾ H. Morgenthau, *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace*, New York: Alfred A. Knoff, 1985, p.167.

⁽³⁾ J.E. Dougherty and R.L. Pfaltzgraff, Jr, *Contending Theories of International Relations: A Comprehensive Survey*, New York: Harper and Row, Publishers, 1988, p.157.

actors negotiate, fight, or stop fighting to constrain those actors who subscribe to supranational organizational principles⁽¹⁾. In other words, the balance of power system is based on the ability of states to react to the effort to change the power balance of the system, thereby producing stability and a certain level of international peace. This is not a recent phenomenon, nor is it a product of the Second World War. In fact, the multipolar system which dominated European politics between 1600 and 1914 was not utterly chaotic. Rather, the European Concert of the nineteenth century was able to maintain an impressive balance of power based on mutual understanding among the great powers (i.e, Austria, Britain, France, Prussia and Russia) to preserve the balance among them, to go to war for strictly limited territorial objectives, to compete only at the expense of outside parties, and to resist collectively unilateral attempts at universal domination⁽²⁾. As a result, the multistate system endured, and out of it developed the basic features of international law.

Nevertheless, the outbreak of both the First and Second World Wars have generated little agreement about the relationship between multipolarity and international stability. Waltz argues, for instance, that the previous bipolar international systems, with its inherent previous bipolar international systems, with its inherent disparity between the superpowers and the lesser states was more stabilizing than a multipolar system. Furthermore, superpower primacy appears to be what the world needs: a system of two dominant powers is more likely to lead to “stability” the best prospects for the management of international affairs at large⁽³⁾. He defines bipolarity as the reciprocal control of the two strongest states, which is expressed by each out of their mutual antagonism, extensive and intensive competition, and their tendencies to develop schemes for coping with recurrent crises or their minor shifts in the power balance⁽⁴⁾. Waltz therefore sees utility in the maintenance of strength by each of two competing superpowers in a bipolar systems,

⁽¹⁾ Ibid., pp.157 – 158. See also M. Kaplan, “Variants on Six Model of the International system”, in J.N. Rousseau, ed., *International Politics and Foreign Policy*, New York: The Free Press, 1969, p.292.

⁽²⁾ See G. Craing and A. Georges, *Force and statecraft*, New York: Oxford University Press, 1983, pp.29-37.

⁽³⁾ K. Waltz, *Theory of International Politics*, New York: Random House, 1979, p.175.

⁽⁴⁾ J.E. Dougherty and R.L. Pfaltzgraft, Jr, *Contending Theories*, pp. 164 -165.

since states that are “supreme in their power have to use force less often”⁽¹⁾.

However, with the disintegration of the Soviet Union in 1991 and the eventual collapse of Communism in Eastern Europe, the United States emerged as the only superpower dominating world politics and, hence, redefining the international system in terms of a unipolar order. By its very nature, unipolarity conceptualizes a state of affairs characterized by the existence of only one fully- fledged great power. And today, no country seems as powerful, dynamic or as exceptional as the United States.

In fact, since the early 1990s, the United States has found itself in a unique position to spread its own political model and set the international agenda. From a merely political perspective, it is expected that Washington’s foreign policy would embody the spread of free market capitalism and liberal democracy as, of course, whatever these terms are defined in such ways to justify American military action. More recently, Washington’s foreign policy has been compatible with expectations of a unipole in regard to balancing of resources, interaction with other states, tendency to overstep all multilateral arrangements, and defining the international agenda by establishing a hub-spoke pattern of influence over a weaker periphery.

From a military perspective, unipolarity underlines a situation where the United States retains superiority in the sphere of all kinds of conventional and non-conventional weapons. This implies that Washington is the master of war; it can fight wars of its own choice and unilaterally... with and without obtaining a mandate from the United Nations Security Council.

If the aforementioned views are taken into account, argues Birthe Hansen, “we then face future international developments where the USA will play a predominant international role, and in which the unipolar distribution of power will affect international trends and outcomes”⁽²⁾.

⁽¹⁾ Ibid, p. 165.

⁽²⁾ B. Hansen, “The Unipolar World Order and its Dynamics”, In B. Hansen and B. Heurlin, (eds), *The New World Order: Contrasting Theories*, London: Macmillan Press LTD, 2000, p.112.

Kenneth Waltz, however, questions the durability of unipolarity. He argues that unipolarity “appears as the least durable of international configurations”⁽¹⁾. According to Waltz, the underlying reasons are as follows: first, is that the United States may take on too many tasks and commitments beyond its own borders, thus weakening itself in the long run. Second, the short duration of unipolarity stems from the fact that even if a dominant power behaves with moderation, restraint and forbearance, weaker states will worry about its future behavior⁽²⁾. Finally, Waltz draws an analogy between nature and international politics. He explains: “As nature abhors a vacuum, so international politics abhors unbalanced power”⁽³⁾.

This means that the unbalanced distribution of power would force states to increase their own strength or to ally themselves with others to bring the international distribution of power into balance. And all American efforts to freeze such a historical development by working to keep the world unipolar is doomed. Historically, however, international peace has been linked either to the presence of a hegemonic power or, sometimes, to a balance among powers. To ask which view is relevant misses the point. What is important is that the post-Cold War era has provoked new developments of theory and caused a reevaluation of the existing mass of theory.

In general, the balance of power remains a means by which power is managed within a decentralized international system. Inis Claude suggests that given “a pattern of independent states existing in mutual contact and relationship, those states manipulate the distribution of power among themselves, and share in the decentralized management of the system, and in the absence of an institution equipped to exercise central direction”⁽⁴⁾. As a result, Claude continues, “twentieth- century efforts to replace the system have at most introduced modifications of its operative mechanism: today, the balance of power system exists by default”⁽⁵⁾. It is clear that despite the capacity of both the superpowers

⁽¹⁾ K. Waltz, “Limitations of Multipolarity”, In B. Hansen and B. Heurlin, (eds.), *The New World Order*, p.1.

⁽²⁾ *Ibid.*

⁽³⁾ *Ibid.*, p.4.

⁽⁴⁾ I.L. Claude, *Power and International relations*, New York: Random House, 1962, p.93.

⁽⁵⁾ R.W. Mansbach, *The Global Puzzle*, Boston: Houghton Mifflin Company, 1994, pp. 399-401. See also *Dictionary of International Relations*, London: Penguin Books, 1998, p. 584.

to moderate and absorb destabilizing changes, anarchy at the regional levels persists. In retrospect, this means that the overall management of the international system is not anymore solely based on the nation-state's ability to control events.

This paper attempts to examine Russia's perspective of the balance of power system, beginning in February 1945 at Yalta Conference. The paper is divided into three parts. The first part incorporates an analysis of Joseph Stalin's view of Moscow's security and interests on the world stage. The second part provides an overview of the East-West difficult relations during the cold war. Furthermore, and finally, the paper studies Vladimir Putin's perception of world politics and Russia's role in building up a new world order. Throughout, it will be argued that continuity rather than change has been the hallmark of Moscow's foreign policy. In other words, we contend that all Russian leaders think and act in terms of interest defined as power and that historical evidence proves this assumption. Great powers, other than Russia, must recognize the fact that Moscow is an indispensable nation in any formation of the balance of power system, and no comprehensive understanding of international relations can be attained outside such a reality.

○ **The Yalta Conference**

In February 1945, three allied leaders: General Secretary Joseph Stalin of the Soviet Union, President Franklin D. Roosevelt of the United States, and Prime Minister Winston Churchill of the United Kingdom, met in the Crimean city of Yalta to discuss the future conduct of the war and the shape of the post-war international order. The agreement reached, also known as the Yalta agreements, stipulates the following arrangements⁽¹⁾:

- 1- The United Nations: the allied leaders made an important decision regarding the proposed United Nations Organization. In particular, a bargain was struck whereby the U.S.S.R. was granted three seats in the General Assembly (the Soviet Union, Ukraine, and Byelorussia). Regarding the Security Council, each

⁽¹⁾ G.A. Craig and A.L. Georges, *Force and Statecraft: Diplomatic Problems of Our Time*, New York: Oxford University Press, 1983, pp. 104-107.

permanent member of the great powers would be given a veto power to halt any resolution on any substantive action proposed. This latter meant that the permanent members must work together if the United Nations were to function effectively.

- 2- Germany should surrender unconditionally, reparations should be extracted, and those responsible for war crimes should be punished. In addition, Germany itself was to be divided into four zones of occupation, and an inter allied control council was established for Berlin. Furthermore, a new border line was drawn whereby Polish and Soviet borders would move westwards to the Oder-Neisse and Curzon lines at the territorial expense of Germany.
- 3- Japan: for the Soviet Union to join the war against Japan within three months of Germany's defeat.
- 4- Eastern Europe: perhaps the most controversial arrangement at Yalta was the "Declaration on Liberated Europe", which pledged the Yalta participants to foster free elections and guarantee basic freedoms in all liberated countries. However, when this pledge was not honored by Stalin in Eastern Europe, argued Western writers, it became a powerful rationale for Washington's suspicions and mistrust about Soviet intentions and actions.

Since no peace treaty was signed at the end of the war, the Yalta agreement formed the basis of the post-war settlement. However, the differences between a treaty and an agreement became a matter of a bitter controversy. Some argue that President Roosevelt, in his quest to appease the U.S.S.R. had, in effect, "sold out" most of Eastern Europe to Communist domination. On the other hand, others disagree on the basis that the Red Army, in its efforts to defeat the Nazis, had liberated most of Eastern Europe and established a new status quo. Hence, at Yalta, the West had conceded very little and the provisions of the agreement had just recognized a pure fact; that is, the Soviet sphere of influence in central Europe.

Amid the legality or the illegality of the Yalta agreement in the light of international law, many anti-communist cells in the West claimed that in 1945 the USA had won the war but lost the peace. Presumably, the Yalta agreement was no less than a reflection of President

Roosevelt's perceptions of the post-war international system. Reflecting on the lessons of the First World War, Roosevelt's Great Design for a new world order had to do with the fact that Washington's failure to join the league of Nations had indeed, indirectly, pursued a generally isolationist foreign policy. In so doing, the U.S.A. had contributed to worldwide great depression of the 1930's and the rise of totalitarian regimes. Standing firm by his unwavering belief that Washington should cooperate with other allies once the WWII ended, Roosevelt had to tackle two difficult objectives: (a) to create a new international system, and (b) to find ways of preventing dangerous competition with the Soviets on the international scene⁽¹⁾.

In order to accomplish these two organically linked goals, Roosevelt adopted the following tasks:

- 1- To reduce the potential for conflict in the new balance of power system by giving each of the major powers generous sphere of influence in areas of special interests to them.
- 2- To establish a post-war security system in which the U.S.A. and the U.S.S.R would form a consortium of overwhelming power by having a monopoly of military forces that would cooperate to achieve world peace.
- 3- To urge victorious powers to work out mutually acceptable settlements of territorial and political spheres of influence⁽²⁾.

It is argued that Russian behavior during the war in Eastern Europe was increasingly perceived as a harbinger of more expansionist aims, and it became difficult to avoid the drift toward the Cold War. Perhaps Roosevelt's possession with the need to defeat the enemy had encouraged him to develop a benign, optimistic image of the Soviet Union. Many felt that Roosevelt was "naïve" or "foolish" in believing that Stalin shared his vision of the international system he had desired.

Henry Kissinger contends that the naivete that Roosevelt had been charged with emerged from this "great reliance on the management of personalities"⁽³⁾. Roosevelt expressed the conviction that the new world order would be built on the basis of personal trust:

The kind of world order which we the peace-loving nations must

⁽¹⁾ Ibid., pp. 107-108.

⁽²⁾ Henry Kissinger, *World Order*, New York: Penguin Press, 2014, p.270.

⁽³⁾ Ibid., p.270.

achieved, must depend essentially on friendly human relations, on acquaintance, on tolerance, on unassailable sincerity and good will and good faith⁽¹⁾.

Roosevelt reiterated this theme in the fourth inaugural address:

We have learned the simple truth, as Emerson said that: ‘The only way to have a friend is, to be one’, We can gain no lasting peace if we approach it with suspicion and mistrust or with fear ⁽²⁾.

Even when Roosevelt was confronted with evidence of Moscow’s record of broken promises and agreements, he remained faithful to his pronouncements. He is reported to have assured he former American ambassador in Moscow William C. Bulliot:

Bill, I don’t dispute your facts; they are accurate. I don’t dispute the logic of your reasoning. I just have a hunch that Stalin is not that kind of man... I think if I give him everything that I possibly can and ask nothing from him in return, no bless oblige, he won’t try to annex anything and will work for a world of democracy and peace⁽³⁾.

Finally, Charles Bohlen, an architect of the Cold War U.S. policy relationship, faulted Roosevelt’s “American conviction that the other fellow is good guy who will respond properly and decently if you treat him right”:

He (Roosevelt) felt that Stalin viewed the world somewhat in the same light as he did, and that Stalin’s hostility and distrust... were due to the neglect that Soviet Russia had suffered at the hand of other countries for years after the Revolution. What he did not understand was that Stalin’s enmity was based on profound ideological convictions⁽⁴⁾.

In fact, Stalin based his approach to the restructuring of European and world politics on Realpolitik; that is on objective factors rather than on personal relationships. This means that when Stalin participated in

⁽¹⁾ Ibid., p. 270

⁽²⁾ Ibid., p. 271

⁽³⁾ Ibid., p. 274

⁽⁴⁾ K.R. Nossal, *the Patterns of World Politics*, Scarborough: Prentice Hall and Allyn Bacon, 1998, p. 389.

the Yalta Conference he was equipped with the Marxist – Leninist ideology, security concerns, and the status of the Soviet Union on the international scene. Nossal explains that Stalin interpreted the notion of “sphere of influence” quite differently than that of Roosevelt. In Stalin’s view, “influence” meant direct control of the countries that the Red Army had liberated on its way to Berlin, putting in place Communist dominated governments and, hence, eliminating potential capitalist rivals. In term of security, “influence” meant pushing the borders of Russia as far west as possible and weakening the countries beyond these security borders through communist parties and covert operations. In retrospect, the Yalta agreement, as Stalin understood it, should give Russia generous freedom to prevent any external power to intervene in Eastern Europe⁽¹⁾.

Had this been achieved, the division of Europe between Moscow and the West would pave the way for the U.S.S.R to define the concept of world peace on the basis of parity at all levels: economic, political, and military.

Thus, the Soviet Union’s historical experience, its specific political belief, and the nature of the international system, are considered to be the major factors that determined Stalin’s stand at Yalta. Although these factors are intertwined, they will be examined separately in order to enhance our understanding and enrich our ability to predict adequately Moscow’s future behavior in the management of the balance of power system.

a- Russia’s past experience:

Behind Stalin’s approach at Yalta lies a hard and recognizable reasoning which is rooted in the very essence of Russian history and tradition. Mr. Toom, a former American ambassador to the Soviet Union, noted that “centuries of invasions from both East and West have left their mark on the outlook on the Russian people and its rulers⁽²⁾. This statement clearly indicates that in order to comprehend Russian or Soviet foreign behavior, one should be aware of Moscow’s bitter and painful historic experience at the hand of foreign aggressors.

⁽¹⁾ 22- D. Murray and P. Viotti, (ed.), *The Defense Policies of Nations*, Baltimore: The John Hopkins University Press, 1982, p.82.

⁽²⁾ *Ibid.*, p.82.

Indeed, old Russia was continually beaten by foreign enemies. The first invasion involved Napoleon's penetration to the outskirts of Moscow in 1812. This was followed by the Crimean war of 1854- 1855. During this war, Turkey, France, and Great Britain formed a united front against Russia and eventually prevented the latter from gaining access to the Black Sea through Turkish Straits. Then, in the Twentieth Century, the Russians have had to face three onslaughts on their Western Front, namely: the invasion by imperial Germany just weeks after the Bolsheviks seized power in November 1917; the military intervention of Britain, France, the United States, and Japan on behalf of the rival "white" forces that battled the Bolsheviks during the Russian Civil War between 1918 and 1920; and, most recently, the devastating effects of the Nazi invasion with its brutal occupation from 1941 until 1944 during which some twenty million Russians lost their lives⁽¹⁾.

These invasions and their drastic consequences had undoubtedly made the Russian stand on the issue of securing their borders-especially the Western Front -as being "holy" or unchangeable over the years. In terms of foreign policy, the issue of protecting the homeland against external threat of any kind has, throughout the entire Russian history, dominated the decision-making process regardless of who is controlling such a decision. In other words, the security of the Russian Western front has become sensitive to the extent that it has made Stalin more than willing to take the greatest risk. At Yalta, Stalin sought to establish and enlarge a territorial buffer between Russia and its enemies as a mean to provide an "absolute security" for the land and its people. Stalin was able to transform such an aspiration into a tangible reality.

b- Soviet ideological concerns:

Apart from the agony of past experience, Stalin's approach to foreign affairs came quickly to be associated with the Marxist-Leninist ideology. Such a trend is highly significant and empirically important in the light of at least three general observations. First, Communism is basically an international movement. It extends beyond national

⁽¹⁾ J. Noguee and R. Donaldson, *Soviet Foreign Policy since World War II*, New York: Pergamon Press, 1981,p.13.

boundaries and sometimes is spread from one nation to another with messianic zeal, either by missionaries or, occasionally, by the use of force. Second, the Soviet Union was the first to claim the idea of Marxism as the basis for all public policy, both domestic and foreign. Finally, Marxism- Leninism ideology has, or is perceived, as having an impact on the Soviet's foreign policy choices. It effects how Soviet leaders view the world, what things they see as important or unimportant, and what their predispositions are in responding to a given issue. This generalization is quite visible given the fact that Stalin explained and defended his action as conforming to the principle of Marxism-Leninism⁽¹⁾.

Ironically, however, the difficulty of explaining a specific Soviet action on the international arena stems from the fact that the Marxist ideology does not set forth a theory of international relations. Marx focused his emphasis on the nature of social change within societies, not on the interaction among them⁽²⁾. It was up to Lenin to transpose Marx's ideas on internal politics to the sphere of external affairs.

The situation that confronted Lenin was that of intense conflict among European powers for hegemonic positions within Europe. Furthermore, there was conflict and rivalry among the same powers for conquest and control of countries outside Europe, in Asia and Africa. Writing in the midst of the bloody World War I, Lenin introduced his celebrated theory on imperialism. Lenin argued that as imperialism attains maturity, opportunities for easy profit increase. In this situation, the bourgeois classes employ the war making machinery of the state to conquer other nations and capture their markets. For him, imperialism is the highest form of capitalism. Lenin contends, as long as imperialism exist, war must inevitably break out on account of the bourgeoisie's lust for profit. The economic factor is the cause of all wars⁽³⁾. This means that war will disappear once capitalism has been wiped out.

Thus, if policy is by definition the authoritative allocation of values in the society, for Stalin foreign policy meant the authoritative allocation of values across the borders of the Soviet Union. At Yalta, Stalin complained of the "capitalist encirclement" of the Soviet Union,

⁽¹⁾ Ibid., p.15.

⁽²⁾ Ibid., p.17-21

⁽³⁾ K.R. Nossal, the Patterns of World Politics, p. 390

and repeated his view that as long as capitalism existed, another war was inevitable⁽¹⁾. In retrospect, for Stalin, in order to protect Moscow's Western front, the neighboring countries in Eastern Europe must adopt communism as the way of their political and social lives. This be considered as the driving force which led Stalin to unveil his plan concerning the fate of Eastern Europe at the latter stage of the Second World War:

This war (i.e., WWII) is not as in the past; whoever occupies a territory also imposes on it his own social system. Everyone imposes his own social system as far as his army has power to do so. It can't be otherwise⁽²⁾.

c- The nature of the international system:

At Yalta, Stalin's approach to negotiations with Western power was influenced by his understanding of the nature of the international system. Since the treaty of Westphalia (1648), the international system was described as being anarchic and highly competitive rather than ordered and highly cooperative. In other words, the system is one of "self- help", where states pursue their own immediate interests regardless of the consequences to others. In short, states operate within a system that is "policed" by self -interest, and ultimately, in an environment where competition, rivalry, and fear prevail.

Stalin was convinced that in the present international system small powers have little or no room to manoeuvre on their own will. For him, Eastern European countries cannot stand on their own feet but must lean on one of the other of its powerful neighbors. Hence, if Eastern Europe moved away from Russia, it was bound to move closer to the West. There is absolutely no other option.

The point needing emphasized here is that maintaining the status of the Soviet Union as a great power cannot be realized without meeting three requirements, namely: political stability, economic prosperity, and permanent security. In other words, Eastern Europe was considered

⁽¹⁾ J. Baylis and G. Sega, *The Soviet Strategy*, London: Groom Helm, Ltd., 1981, p.81.

⁽²⁾ M. Tatu, "Intervention in Eastern Europe", in S. Kaplan, (ed.), *diplomacy of Power: Soviet Armed Forces as Political Instrument*, Washington, D.C.: The Brooking Institution, 1981, pp.266-267.

by Stalin as an invaluable tool in the conduct of Soviet's foreign relations.

In fact, the mid- 1940's marked the beginning of a new era of relations between the great powers. Stalin was determined to achieve parity and gain an American recognition as one of the world leading powers. Thus, the initial design of Stalin's foreign policy to:

secure together with other socialist countries, favorable conditions for the building of Socialism and Communism, strengthening the unity and solidarity of the socialist countries, their friendship and brotherhood... and to offer decisive resistance to the aggressive forces of imperialism⁽¹⁾.

In brief, Stalin's position at Yalta represents a mere calculation of realpolitik. Unlike Roosevelt, Stalin knew very well that in a world of "self-help", armed forces or coercive diplomacy remains as an available option capable of serving state's interests. For Stalin, the essence of the game is simply that of might.

○ **The Cold War as a Balance of Power System**

We have learned from the Yalta conference that the U.S.S.R., much like other nations, was driven fundamentally by power considerations. For its part, the U.S.A. had hoped to employ economic aid and international control of atomic energy as inducements to gain compliance with the Yalta declaration on "liberated Europe" and the agreement on "unifying Germany"⁽²⁾. However, the following events in Eastern Europe began to raise doubt in Washington about Moscow's future intentions. For instance, free and democratic elections were not held in eastern Europe as promised at Yalta. Instead, first coalition, and eventually communist dominated governments, came to power in Poland, Hungary, Bulgaria, Romania, and Czechoslovakia. These events powerfully affected American public opinion and, most prominently, transformed official perception of mistrust into the well-known policy of containment toward the U.S.S.R.

⁽¹⁾ R.W. Mansbach, *The global Puzzle*, p.401.

⁽²⁾ *Ibid.*, p.403.

While Washington was still celebrating the wartime victory, George Kennan, serving as head of the political section of the American Embassy in Moscow, predicted a looming confrontation with Moscow, asserting that at the end of the war the Soviet Union would turn into an adversary. Kennan drew the conceptual framework of containment in an article published in the *Foreign Affairs* (July 1947) entitled: "The Sources of Soviet Conduct". Kennan argued that the United States ought to attempt to circumscribe the spread of Soviet power by challenging "the Russians with unalterable counter force at every point where [the U.S.S.R.] shows signs of encroaching upon the interest of a peaceful world".

Kennan's words imply two things: first, the Russians ought to be checked by military means - - "counterforce"; and second, the scope of counterforce ought to be applied globally - - "at every point". However subsequent usage of the term "containment" suggests that the idea means both more and less. On the more side, it appears to mean the application of not only military but political and economic means as well. This internal subversion against the Soviet Union and its friends and allies across the world has come to be interpreted as part of containment policy. So has the use of economic measures such as sanctions on the export of technology come to be taken as an aspect of containment designed, in this case, to retard the expansion of the Soviet economy. On the less side, the concept appears to mean not the application of constraints "at every point"; rather only at points that do not demand the expenditure of too much blood and money. For this reason, the then impending fall of the people's republic of China in 1949 was not deemed to require the commitment of U.S. Forces against the Communist. IT should be noted that at the same time the Soviets held an equally wary view of American's intentions. The Soviet ambassador to Washington, Nicolai Novikov, sent a secret report to Soviet Foreign Minister in September 1946, outlining dangers from the United States. The opening line in "Novikov telegram" provided a summary of the tone: "The Foreign policy of the United States, which reflects the imperialist tendencies of American monopolistic capital, is characterized in the postwar period by a striving for world

supremacy”⁽¹⁾. In his view, America had instituted a military draft, increased its defense expenditures, and placed military forces around the world; actions that had one purpose: a decisive role... for world domination by the United States is played by its armed forces”⁽²⁾.

All of this suggest one thing: as world War II ended, the world drifted into the Cold War. The Cold War is a descriptive term that was adopted in the forties to characterize the hostile relationship that developed between the United States and the Soviet Union.

The origin of the Cold War can be viewed from three perspectives. First, the realist perspective which interpreted the onset of the Cold War as the outcome of sequence and moves by two powerful states between 1945 and 1991. Second, the perceptual perspective sees the image that each power set of decision- makers had of the other may have been as starting the Cold War as their actions. Finally, there is the complex – interdependence perspective which contends that the universality of both world views, Communism and Capitalism, set the stage for the Cold War. Communists believed that American policy was part of a transnational “capitalist” efforts to “strangle” Socialism in general and the Soviet Union in particular. On the other hand, a reciprocal interpretation of the Cold War formed in the West. Marxism – Leninism guided strictly by U.S.S.S.R., which controlled a worldwide network of Communist parties, was “on the march”, not only in Western Europe but globally as well.

In short, the containment policy meant that Washington accept a balance of power to protect the De Facto status quo in Europe, but it could not adopt it as a policy. In other words, “wherever and whenever in the world the Soviet pushed the United states had to push back”⁽³⁾.

President Harry S. Truman was faced with the “daunting task” to respond to Soviet expansionism. In a speech to Congress on 12 March 1947, Truman introduced the so-called “Truman Doctrine” which was linked to a “declaration of Cold War” since he asked congress to defend the “free peoples” and oppose “totalitarian regimes” everywhere⁽⁴⁾. It

⁽¹⁾ Ibid., p.405.

⁽²⁾ K.R. Nossal, *The, Patterns of World Politics*, p.391.

⁽³⁾ H. Kissinger, *World Order*, p.287.

⁽⁴⁾ Gar. Alprovitz, *Cold War Essays*, Massachussets: Schentman Publishing Co. Inc.,1966, p.118.

was, however, up to Truman to implement the Marshall Plan to rebuild the economy of Western European countries, organized NATO as Western military alliance, and to avoid a military confrontation with the Soviets that may lead to a third world war.

In the postwar era, each of the two great power moved quickly to organize and dominate a worldwide alliance system. More importantly, due to the Cold War, Moscow and Washington started to view world politics in terms of a “zero-sum-game”, that is loss of an ally, no matter how insignificant it is, with great apprehension for fear of its effects on the rest of their alliances⁽¹⁾.

The policy of containment has been applied globally both along the Soviet periphery as well as against Soviet clients, friends and allies in other parts of the world. It would be appropriate to begin with the policy concerned directly with the U.S.S.R.

In the years that followed the cessation of World War II, American ideals received destructive blows in the regions situated on the periphery of the Soviet Union. Eastern European suffered the worst. In rapid succession in one country after another prospects of democracy died in Eastern Europe. Single-party Communist governments were brought to power on the strength of Soviet bayonets in Poland, Romania, Bulgaria, East Germany, Czechoslovakia, and Hungary, with Soviet-style governments imposed in these countries. American ideals of individual freedom and independent press and judiciary also perished. Very soon the free enterprise economic systems too came under threat. The totalitarian governments of Eastern Europe began to progressively encroach upon private ownership and independent economic activity.

With the policy of containment, the United States drew an approximate north-south line along central Europe. To the west of this line Soviet power could not advance. Americans got down to creating a world cast in their own image, or if this were not possible, in an image that differed from that of the Soviet Union. Americans saw a threat to the survival of democracy in Western Europe if Communist participation in government was permitted. Consequently, Washington

⁽¹⁾ R.W. Mansbach, *The Global Puzzle*, pp.405-407

applied pressure to exclude the participation of Communists in the governments of, notably, France and Italy.

The restoration of democracy in Western Europe realized one American political ideal--but till the economic counterpart of that ideal was restored to health democracy stood in constant danger of extinction. In the war ravaged economic systems of Europe, with their growing unemployment, poverty and hunger the appeal-potential of statist Communist methods was high. America's European Recovery Program, better known as the Marshall Plan with its \$13 billion outlay relieved hunger and poverty and undercut the temptation to recourse to radical alternatives.

Not only did the policy of containment thus enable the realization of American ideals, it also helped to serve American interests. Containment gave the United States a forward defense position in the Western half of the continent of Europe. This meant that in the event of another war the enormous industrial and human resources of Europe would not be at the service of an enemy nation. The position in Europe meant also that the U.S. could confront any future European enemy nation far away from the American mainland, thus enabling territorial United States to escape the devastation that wars inevitably bring in their wake. The advent of intercontinental missiles has of course done away with this advantage; nevertheless, an advance position in Western Europe is not without advantages even today.

Economically, too, containment served US interests. The survival of European capitalism gave American business an enormous market. Western Europe also provided opportunities for American investment and, consequently, profits. The Marshall Plan channeled surplus American production into Europe. The loans extended to the Europeans brought back profit in the form of interest.

Moving eastwards from Europe, we reach Iran, the next geographic region where the containment line was drawn. In Iran American intervention beat back possible Soviet designs; the ideal of democracy was not as a result automatically realized but the ideal of free enterprise was. The presence in Iran also yielded military and economic advantages. The ice-bound Soviet naval forces were denied access to the warm waters of the Indian Ocean. The Soviets were also denied control to a plentiful and vital Middle-Eastern resource-crude oil.

In the Far-East the containment line against the U.S.S.R. was drawn between the Koreas, along the 38th parallel; later in the seventies China too was enlisted in the struggle for Soviet containment.

The other country in the Far East and along the Soviet periphery that was and continues to be a participant in American containment of the U.S.S.R. is China. The People's Republic was of course a latecomer to the US side, having defected only in the early seventies. However, when it did defect it was received with elation by the U.S. side. The policy of American containment of Moscow through friendship with Peking undeniably served U.S. strategic self-interests. Chinese friendship gave to the American struggle against the Soviet Union a million-plus army, a billion-plus population support base, as well as large economic resources. Friendship with China also opened partly a potentially large market of consumers. However, the enlistment of China within containment suited American ideals little. Friendship with the totalitarian PRC with its authoritarian political system and state controlled economy revealed the U.S. as an opportunistic power that befriended any nation, regardless of the befriended nation's ideological orientation, so long as help was available against the principal enemy, the U.S.S.R.

We may turn now to appraise the application of containment in the regions beyond the immediate proximity of the U.S.S.R. It would be appropriate to begin with the region closest to the United States--South and Central America. Traditionally this region has been an American sphere of influence. Before the advent of Soviet power, the region was securely in the American orbit. The Cuban revolution was, however, a big disaster for the American position in the region. The Soviet Union came to be provided a vital bridgehead in the Western hemisphere, a bridgehead that could be used to sow disaffection and revolution in the American backyard. Containment endeavored therefore to seal revolutionary Soviet and Cuban influence within the confines of the Island of Cuba. In application of containment the U.S. exerted its influence within conservative circles to suppress left wing movements either through the encouragement of coup d'états or through support to authoritarian right-wing regimes.

In Africa the containment formula has been the same -- the ideal of political democracy put aside, the ideal of free enterprise realized and

political interests (exclusion of Soviet or left wing influence) and economic interests (access to markets and vital raw materials) secured through support of conservative authoritarian regimes.

It is in Asia, in Vietnam, that we find the most spectacular episode in the practice of containment. Whether the policy of containment in Vietnam served any ideal or interest is a question that can be, and has been, debated endlessly. Apparently the policy was a disaster. The successive governments of South Vietnam never came even distantly close to being democratic. The regimes of Thieu, Lon Nol and others reflected little of the American political ideal. While American forces remained, Indo-China did remain a market economy, but an economy that soaked billions of American fighting prestige. Yet, a case can be made for the argument that containment in Indo-China was not a complete failure. It is possible, though of course one can never tell for sure, that had U.S. intervention not taken place the whole of south-east Asia would have fallen to Communist hegemony, as a part of it did the moment American troops had departed. That being so we may say that U.S. intervention in Vietnam gave the rest of South-East Asia time to build secure economic, social and political institutions - - institutions which enabled the region to stand up independently to Communist pressure. Consequently, we may also say that while U.S. containment policy in Vietnam served neither U.S. ideals nor U.S. interests, the intervention did salvage American values and interests in the remainder of South-East Asia. South-East Asia outside of Indo-China became, and continues to become, a flourishing free market region with sound growth rates and a widening market⁽¹⁾.

The Soviet Union was much like any other state, it based its foreign policy on rational calculations. This implied that Moscow would set to advance its interests but it would also recognize that its power had limits. Such a recognition was behind Moscow's cooperative approach with Washington to reduce tensions in Korea, Cuba, and the Middle East. In brief, the Cold War as a balance of power system had allowed the two superpowers to advent their interests worldwide and, at the

⁽¹⁾ R.W. Mansbach, *The Global Puzzle*, pp.405-407

same time, enabled them, when necessary, to seize opportunities to prevent the eruption of a third world war.

○ **Vladimir Putin and the New Balance of power System: the Middle East as a Case Study**

The dilemma of the East-West polarization influenced the Russian character and affected Moscow's foreign policies. Whenever a Russian tendency towards convergence or divergence between westernization and easternization exists, it results in controversy, divisions, and debates over the structure of the Russian foreign geopolitics. Moreover, any Russian foreign policy concerning a specific party raises concerns among key players on the international level, that is, everyone who sees Moscow as a competitor, a friendly partner, or an opponent.

After the collapse of the Soviet Union, Russia entered a stage of profound hibernation, as it had no choice but to focus on preserving its territorial integrity and culture, and on recuperating part of its influence, which was lost due to some countries that had previously been part of the Soviet Union. During the Yeltsin era, Russia found itself surrounded by an allied force and another hostile one. In Eurasia specifically, the conflict intensified over the control of the strategic roads and all land, sea and air transportation routes and energy fields. It is the region over which the most heated conflicts worldwide are occurring: the Palestinian cause, the Iraqi, Afghan and Syrian crises and the accompanying waves of new terrorism, and the mysterious future which is open to all possibilities and risks. With its gradual exit from the Yeltsin era, Russia was able to create a kind of relative stability at the domestic level, supported by a modest economic revival.

Upon any evaluation of Russia's foreign policy, one must consider some facts about the Federal Republic of Russia:

- 1- Russia is the world's largest country by landmass, and the one with the most ancient civilization in Eurasia. Therefore, its history and present state draw the attention of the whole world. Its forests, along with the Amazon jungle, constitute the world's lungs, and it possesses water reserves, natural resources and energy sources that are vital to human life. In addition, the

contributions of Russian creative minds to science and art remain bright signs of cosmic civilization.

- 2- Russia is also a great power, and its greatness lies not only in the geopolitical and military level, but also in its present culture spreading all over the world. The Russians did not hesitate at any time to pump the global culture with new elements of creativity as they always tried to build civilizational alternatives that are more just and more humane for the world's population⁽¹⁾.

These two facts made it imperative for Moscow to pursue a realistic foreign policy that takes into account Russia's interests first which are far from utopianism and stereotypes inherited from the Communist era. We can notice this by:

- 1- The rational-pragmatic focus on Western Europe.
- 2- The strategic focus on China and the Group of Seven Tigers.
- 3- The focus on Iran, Israel, Egypt and Algeria in the Middle East, and the work on taking the initiative in Syria without neglecting the relationship with the Arab Gulf states.
- 4- The relationship between Moscow and the United States of America is in a state of tense coexistence that varies between confrontation and agreement, between a state of harmony and total divorce, or between excessive interdependence and final disengagement. It seems that since the economic crisis that struck Washington in 2008, Moscow has managed to impose a new structure for the world order. The role that Russia has been playing in more than one international crisis, whether in the corridors of the UN Security Council or on the ground, has made it a key partner in the International decision-making, a development that had ended the unipolar world order.

The rise of the Russian role on the international level came in line with a national revival among all Russians after the return of Crimea to the homeland, and after the show of strength of the Russian army in the Middle East, specifically in Syria. This role was also reinforced after

⁽¹⁾ See Suhail Farah, *Russia: Meaning and Destiny*, Beirut: Arab Scientific Publishers, Inc., 2017.

the remarkable accomplishment of the Olympic Games and the success in making Moscow the omega point in the world energy policy, the BRICS group, and the Shanghai Organization. All of the above indicates that the Russian geopolitical body is witnessing a noticeable revival through the collection of strong points on the regional and international arenas.

Regardless of all calls for Russia to work on rearranging its internal affairs and stop playing the role of a humanitarian or international missionary, the Russian model remains strong and rich with its rational and spiritual aspects. Russia is not strictly rational like Europe, nor it is spiritual like the East. Therefore, the main bet remains on Russia's ability to establish new and strong geopolitics, which perhaps will save humanity from the dictatorships, injustice, and intolerance, and, at the same time, contribute in the emergence of more humane civilized alternatives. This is precisely what the countries of the Middle East, especially the Arab group, need. Arab countries share many characteristics, including: The absence of democracy, the political, social, and economic instability which exposes its people to intellectual and military terrorism, and the disappointment after the failure of the so-called Peace Process to establish the Palestinian state with Jerusalem as its capital. The decisions of the American President Donald Trump, who are biased towards the Zionist entity and are hostile to the Arabs, have dramatically ended the role of the United States as a mediator in the peace process in the Middle East, and gave way to a Russian active and serious role in this region of the world. Russia, like any other nation, cannot live independently without a sphere of influence beyond its borders⁽¹⁾.

Accordingly, this part highlights the Russian-Arab relations from a historical perspective in order to reveal the political interactions of these relations, to discuss the challenges facing the Russian role and the available opportunities, and to identify the means of cooperation at all political, economic and cultural levels.

⁽¹⁾ See Naser Zaydan, *Russia's Role in the Middle East and North Africa from Peter the Great Until Vladimir Putin*, Beirut: Arab Scientific publishers, Inc., 2013.

A- Russia and the Arabs: a Historical Perspective:

In this part, we cannot cover all the events and interactions that have characterized Russian-Arab relations from the seventeenth century up until now. However, we will mention some examples that might be helpful and beneficial to strengthen any future relations between both parties:

Russia, which has endeavored since ancient times to impose its presence in the international arena, knows very well that it cannot live without areas of influence beyond its borders. During the time of the Caesars, for example, Russia's timid intervention was often limited to its geographical surroundings, which was considered as the ethnic expansion of the Slavic nation. As for the Middle East, the Russian presence was motivated by the preservation of religious sanctities, as Russia was always considered as the sponsor, the supporter, and the protector of the Orthodox Christian doctrine in the world.

The Middle East has always held a privileged position in Russia's eyes, while Moscow was considered as a safe haven for the Arabs, especially during times of war and crisis. In spite of the political changes in both sides, Russia's influence in the area remained the same: a southwest neighbor to the Middle East.

As the governance models changed from the time of the Tsars, through the Communist rule, to the Federal Republic of Russia, the visions of Moscow's decision-makers did not change. The fundamentals of the Russian foreign policy over the past centuries can be determined by approaching the common strategic pillars between Tsarist Russia and the Soviet Union:

- 1- The permanent aspiration to reach warm water, whether through the Black Sea to the Mediterranean Sea or to Iran through the Arabian Gulf.
- 2- The Joint recognition of the importance of the Arab world in the geopolitical conflict, as it has been the scene of international conflicts throughout history.
- 3- The region south of the Russian territory is a vital area, and leaving it to hostile or competitive powers may pose a threat to Russian security.
- 4- A passion for learning the Arabic language and a yearning to get acquainted with the Arab culture. The Caesars established many

schools, and the Bolsheviks established institutes to learn the Arabic language. The Caesars also founded Mesopotamian schools in the Arab Mashreq through the Palestinian Imperial Orthodox Association in the last quarter of the Nineteenth Century, which strengthened the Arab nationalist sentiments in the face of the Ottoman Empire; as for the Soviets, they provided university scholarships to tens of thousands of Arab students to pursue their education in the Soviet Union as part of a policy of cultural competition with Western countries. It should be noted that neither the Caesars nor the Communists had any expansionist or colonial goals, or even greed for the oil and gas wealth of the Arab countries, contrary to what is the case with the major Western nations⁽¹⁾.

With the dissolution of the Soviet Union in 1991, the second pole in the world, around which many Arab countries converged in their struggle with the Zionist entity, fell down. President Boris Yeltsin's era witnessed a decline in Russia's presence in the international arena. This was due to President Yeltsin's preoccupation with rearranging Russia's internal affairs, while the new administration in Moscow was floundering and struggling to suggest solutions to the country's economic crisis, and maintaining its ambition to become part of the Western world. In Yeltsin's first speech to the United Nations General Assembly in January 1992, he said: "Russia will meet Western society and its democratic forces in solving regional problems and urging cooperation, especially on the Middle East crisis." Yeltsin argues: "Russia considers the United States and the West not as mere partners but rather as allies. It is a basic prerequisite for, I would say, a revolution in peaceful cooperation among civilized nations". In order to do so, Yeltsin rejects "any subordination of foreign policy to pure ideology or ideological doctrines".

As for Arab countries that have experienced friendship and cooperation with the Soviets, Yeltsin did not have a clear vision of the foreign policy to be followed, as Russia began to lose its friendship and

⁽¹⁾ See Naser Zaydan, *Russia's Role in the Middle East and North Africa from Peter the Great Until Vladimir Putin*, Beirut: Arab Scientific publishers, Inc., 2013.

influence in the Middle East. Yeltsin's decision to seek help from the West was the influencing factor that caused Moscow's detachment from its historic Arab allies: Syria, Iraq, Yemen, Algeria and Libya. Moscow pressured these countries to pay their debts which emerged from the purchasing of weapons and withdrew its military and technical experts from these countries, who were estimated to be 2,500 experts. Moreover, it strengthened its relations with the Gulf countries and Egypt which have Western orientations. Also, in 1995 Russia signed a treaty with Tehran to build peaceful nuclear reactors at a value of one Billion dollars.

In conclusion, President Yeltsin's era marked a major shift in Russia's foreign policy toward Arab countries: changes in priorities, changes in friendships, diplomatic relations and cooperation with Israel in various fields, and establishment of new friendships with Arab countries loyal to the West so that the influence in Russian-Arab relations becomes purely commercial and economic and is no longer on the basis of alliances and international cooperation.

But with President Vladimir Putin's coming to power in 2000, the Russian Federation witnessed a fundamental transformation in its foreign policy, based on a political and economic renaissance to re-establish its status and to restore Moscow's prestige worldwide. Thanks to the realistic policy pursued by President Putin, consideration began to return to Russia as it increased its influence in the course of international politics until it became a major contributor to drawing the geopolitical map of the world, especially in the Middle East- - a geostrategic cross road, and a hotbed of incompatibility and convergence of interests between major countries.

President Putin has clearly devoted his attention to crafting a new direction for his foreign policy in an attempt to restore Russia's role on the international scene. President Putin adopted a realistic foreign policy, as he refrained from making commitments outside the limits of the capabilities of the Federation, but his foreign policy went along with the state's progress, growth, and political and economic stability. This policy has been characterized by emphasizing Russia's need to restore its global role and position, leading to a multi-polarization that will fulfill the needs of the new world order and the requirements of the international law.

As a result, Moscow has realistically dealt with the Middle Eastern issues according to its political and economic interests, and has endeavored over the past ten years to maintain its position by fulfilling its obligations without relying on its military alliances. Its diplomacy has worked to seek peaceful solutions in accordance with the standards of international law without interfering in the internal affairs of states.

President Putin would have never accepted that the Russian Federation remains trapped in its new geographical location, far from the most important seas and maritime trade routes in the world. Therefore, the Middle East was Russia's way out of its geographical isolation. While the Soviet Union had common borders with Turkey and Iran, the Russian Federation is today adjacent to states of the Caucasus and countries in Central Asia that separate Russia from the Middle Eastern region. However, Iran, Turkey and Russia are all bordering the Caspian Sea. Therefore, the Black Sea remains the only passage for Russia to the heart of the Middle East region through the Turkish Straits. At first, the economic considerations were the main motivation of Moscow's policies towards the Middle East due to the urgent need to boost the Russian economy. But later on, it became clear that the strategic and security considerations prevailed and they became a priority in Russia's move towards the Middle East. And one of the most important considerations was the importance of strengthening Russia's presence in the Mediterranean Sea as a unique passage to the Black Sea, and working to combat and eliminate terrorism in the regions that surround Russia from the southwest.

On the geopolitical level, some requirements are imposed on Russia regarding the Arab affairs. The Middle East in general, and the Arab world in particular, is a weak point neighboring the Central Asian republics and the Caucasus states. Moscow considers these countries as vital fields and it works hard to forbid any possible threat or attack on them, especially by Turkey or Iran, as they are the most two Middle Eastern countries that wish an access to this region. On the other side, the failure of Moscow to reassemble the Russian empire and to reach the warm water means that it will face several problems, including the possibility of Islamic integration between Central Asian countries, Turkey, Iran and the rest of the Arab Islamic countries. Therefore,

Moscow's access to the warm waters in the south and west is a necessity for Russia to attain its position on the geopolitical level.

Another factor that supports the Russian-Arab rapprochement is the religious factor. The latest statistics indicate that the number of Russian Muslims has reached about 23 million, or 19% of the population of Russia and most of them are concentrated in the North Caucasus. This region, which most of its inhabitants embrace the Islamic religion, will make the geographical rapprochement not a pure physical one, but rather a dynamic rapprochement that will expand and contract according to the current situation in the region.

On the religious level, the establishment of Russian schools in the Levant region was part of the foreign policy of Tsarist Russia in the last quarter of the nineteenth century. These schools aimed at strengthening the presence of the Russian culture in the region to face the Turkification policy. Also, France and Great Britain started establishing schools and universities in the region. It is worth mentioning how important is Jerusalem and the Church of the Holy Sepulcher to the Russians, which made the protection of the Orthodox community in the Levant a priority in the Russian foreign policy.

In addition to all aforementioned factors, President Putin was truly aware of the Russian economic interests with Arab countries, and the need of the Arabs to get closer to the Russian Federation. First, the energy sector represents one of the main areas in which Russian-Arab interests converge, and it forms the backbone of the partnership, especially between Moscow and the Arab Gulf countries. Second, the Arab region represents an important market for Russian exports, and the trade balance usually goes in Russia's favor by a large margin. Third, the Arab countries constitute the major purchasers of Russian weapons and arms.

As for the Arab countries' need to get close to Moscow, it is purely political and related to regional issues, especially the Palestinian cause. Russia is a member of the Middle East Quartet concerned with the peaceful settlement in the Middle East, and a permanent member of the Security Council; it is also an honest mediator seeking a peaceful settlement taking into account the interests of all parties, unlike the United States of America, which gives absolute support to Israel. Russia is also more inclined and ready to cooperate with the Arab world as a

"regional entity" with an independent civilization, identity and culture. It differs from the United States, which rejects the concept of the Arab world and seeks to divide it into sectarian states, or to dissolve it in the broader Middle East as a heterogeneous or unidentified entity.

Considering all these factors, President Putin turned towards the Arab countries:

- 1- He revived the agreements signed between the Soviet Union and the Arab countries, exempted them from their debts and rescheduled the payment of other parties.
- 2- He concluded commercial agreements with countries that were not previously considered as friends, especially the Kingdom of Saudi Arabia, the Hashemite Kingdom of Jordan, and the United Arab Emirates.
- 3- He opposed the American war on Iraq and the occupation of the latter.
- 4- He redrew attention to the Palestinian cause, supported the peaceful efforts to solve one of the most important international conflicts in the region, and condemned the Israeli aggression on Lebanon (2006) and on Gaza (2007).
- 5- He visited Tehran - the first visit of a Russian president after Stalin's visit in 1943 - during which he signed several agreements, including supplying the Bushehr nuclear reactor with 82 tons of enriched uranium.
- 6- He worked on strengthening the relations with Turkey - the land route of Russian exports, especially gas. With this, President Putin has sent a clear message to all Russia's international competitors that Moscow will not accept any underestimation of its international status, or any marginalization or exclusion from the course of international events, and that Washington should acknowledge the peer relationship with Moscow in accordance with common strategic interests. Perhaps the strengthening of Russian-Arab relations may become the mean to oppose the unipolar system.

Despite the withering away of ideological differences and the mutual understandings between the Russian Federation and the United States, there are civilizational contradictions and competitive interests

that separate them; there is a gap between the American policy and the balanced Russian attitude towards many international issues. Washington deals with all these issues based on its interests only and it sees that the exclusion of Russia and other international powers (China, for example) is necessary to fully achieve its goals. As for the Russian policy, it is based on cooperation, not on confrontation and conflict with Washington, as was the case under the Soviet Union, nor on dependency, as was the case during the period of former President Yeltsin. President Putin has emphasized in many occasions that Russia does not intend to get in conflict with anyone, but it has the power to influence the process of establishment of the new world order so that the future international relations can be balanced⁽¹⁾.

B- Russia and the Arabs: Challenges and Opportunities

The Russian Federation has always considered Middle Eastern issues with great caution and firmness, based on its political, economic and cultural interests. In this context, Moscow faced many complications and heated files, which posed new challenges to its relentless pursuit to restructure the world order and remove it from its unipolar state. For example, these heated files include: terrorism, the Iranian nuclear file and its international ramifications, and the international race to dominate the locations of the oil reserves:

1- Russia is very strict when dealing with terrorism, and it was never flexible concerning many terrorist acts that affected the Russian interior security and threatened its national interests. On 23 January 2008, Foreign Minister Sergey Lavrov announced that Russia and the Arabs agreed to combat terrorism and religious and political extremism.

2- Russia has been associated with the Iranian nuclear file since 1995 when the deal to build the Bushehr reactor on the Shatt al-Khaleej was signed. With the increasing opposition of the West and the International Atomic Energy Agency which announced in a report published in 2002 that Tehran violated the regulations of the Non-Proliferation Treaty, Moscow has repeatedly called on Tehran to allay the concerns of the international community and confirm the

⁽¹⁾ Nourhan El- Sheikh, *Russian Policy Towards the Middle East in the Twenty-First Century*, Cairo: Center for European Policy, 2010.

peacefulness of its nuclear program. But at the same time, Moscow did not surrender to the Western blackmail, to agree on punishing Iran to signing, (in return) a renewal of the START 2 treaty for the reduction and limitation of strategic offensive arms.

3- Perhaps the most prominent objective of Russia's entry into Arab markets was to expand its areas of cooperation with Arab countries that did not have relations with the Soviet Union. Needless to say, the Russian moves have raised concern among successive American administrations (Bush Jr., Obama and Trump). And Israel has expressed its disapproval about the Russian-Syrian rapprochement in all trade, culture, and military levels. Things got complicated in the Middle East by the firm belief of the Western decision-makers that the Russian-Arab rapprochement has a geopolitical dimension, that is, the arrival of the Russians to the Mediterranean region in order to participate in the administration of Eurasia's affairs (Rimland)⁽¹⁾.

Although Moscow has repeatedly declared that Russian interests come first and anything that achieves common interests can be negotiated, there is a state of conflict imposed on Russia by the United States of America and its Western allies. Moscow has so far thwarted all American attempts to gain access to the resources of Central Asia and the Caspian Sea. And if the Middle East conflict is a zero-sum game, the Russians know very well that there is no foreign policy without a price. From his part, President Putin adopts a foreign policy that tries to secure his country's interests at the lowest cost. But the development of Russian-Arab relations (the Syrian scene as a model) has aroused the indignation and resentment of the Zionist entity, which viewed the Russian role in the Middle East with concern and suspicion.

What are the challenges facing the Russian foreign policy towards the Arab world?

The first challenge is that the Arab world and the Middle East in general, has always been the platform of international conflict. President Putin was right in describing the Middle East as a "very dangerous area" and, consequently, Moscow cannot underestimate this region which lies to the south of Russia's vulnerable flank in the

⁽¹⁾ Nourhan El- Sheikh, *Russian Policy Towards the Middle East in the Twenty-First Century*, Cairo: Center for European Policy, 2010.

Caucasus, nor is it able to achieve advanced qualitative steps that would ignore the influence of other international world powers. Accordingly, Russia delayed the delivery of Russian missiles to Tehran, and Moscow supported a United Nations resolution (1995) calling for making the Middle East a zone free of nuclear arms and weapons of mass destruction.

Previous Russian experience in dealing with the United States and the Western countries confirms that understandings achieved in the lobbies of the United Nations usually overthrow Russia's interests. Moscow believes that Washington and its allies bypassed the text of Security Council Resolution #1973 regarding Libya and implemented it according to their interests. Needless to say, this has affected the Russian position in Syria, and has led Moscow to being cautious and refusing to repeat the American interference scenario in the Syrian case under any umbrella whatsoever.

Obviously, there is an American-Israeli attempt to distance Russia from the settlement process regarding the Palestinian cause. Israel believes that the Russian position supporting the Palestinian Authority is a major obstacle to the Russia's role as a second sponsor and member of the Quartet for a peaceful settlement in the Middle East. Therefore, Moscow is not capable of influencing or imposing any pressure on Israel. The pace of events accelerated since September 2018 (the downing of the Russian L20 plane over Latakia by the Israeli air force on the night of 17-18 September 2018, and the Israeli threats to Lebanon by Netanyahu on the platform of the United Nations General Assembly) which escalated the tension in Russian-Israeli relations. Moscow has responded violently to Tel Aviv by sending S-300 missiles to Syria, and by stating a warning conveyed by Foreign Minister Sergey Lavrov, stating that any Israeli attack on Lebanon "would be a serious violation of international law and we will strongly oppose such measures." The escalation of tension between Moscow and Tel Aviv will negatively affect Moscow's relations with Washington, and President Putin does not want to reach such results.

Secondly, the strengthening of the Russian-Israeli relationship will be interpreted by Arabs as being at the expense of their legitimate rights, which will help Israel in achieving many of its military and economic interests. What role can Russia play in the Palestinian- Israeli conflict?

If Russia's interests are the motive behind Moscow's interference in the Middle East, how can it reconcile its foreign policy and its distinguished relationship with both the Kingdom of Saudi Arabia and the Islamic Republic of Iran? Needless to say that there is a conflict in the region between Iran, Israel and Turkey, and none of these countries is Arab. This is what motivated Riyadh to protect its interests facing its new enemy, Iran. Will Russia be able to appease the conflict between these countries and impose stability in the most troubled region in the world? Stability in the Middle East is a prerequisite for the prosperity of economic relations between Russia and the Arab countries.

This precondition constituted a challenge to the Russian foreign policy in the Arab countries that witnessed instability and wars since the beginning of 2011. The accelerated pace of events in Tunisia, Egypt and Libya embarrassed all major countries, including Russia. The demonstrations that were activated by political Islam raised concern and caution in Moscow. Concern is due to the emergence of political Islam that will activate the radical Islamic groups in the Caucasus. As for caution, it is due to the growing Russian feeling of marginalization, as the leaders of the new regimes are not friendly with Russian policy. In addition, repeated Russian statements of the importance of stability and gradual change were misunderstood by the demonstrators, who were eager for reform at any cost. The price was high in Libya, as Moscow did not use its veto power on the Security Council Resolution #1973, which did not aim to protect civilians in Libya, but rather aimed at opening the door for transatlantic countries to control Libyan oil fields⁽¹⁾.

This deceit constituted a setback for Russian diplomacy and Moscow made sure not to repeat it in Syria by using, along with Beijing, the veto right three times. This resulted in a change in the structure of the world order and a return to the multipolar system. For Moscow, Damascus is the key to the Middle East, and any change of the political system must be decided by the Syrians themselves. Finally, the Russian military intervention on September 29, 2015 can be considered as a shift in the terrorist war on Syria, as the Syrian crisis became par excellence

⁽¹⁾ Camille H. Habib, *Jerusalem: Historical, Legal, and Political Perspectives*, Beirut: Al HAYAT AL NIYABIYA- Revue Parlementaire, vol: 107, June 2018.

an international conflict. The Russian presence in the Syrian crisis proved that Russia will not concede in Syria, no matter how big the sacrifices are, because saving Damascus from the clutches of international terrorism means restoring Russia's greatness in the Levant.

Russian's success in Syria came at a price, but President Putin has succeeded in pursuing a foreign policy based on politics of engagement, that is, connecting countries with contradictory interests to help in achieving security and stability in Syria. We are referring to the role played by Russia with both Turkey and Iran - the two countries influencing the Syrian crisis - to propose solutions for the crisis. This is what actually resulted from the recent Sochi summit that brought together Presidents Putin and Erdogan on September 8, 2018, and saved Idlib governorate from a humanitarian tragedy that could have affected innocent civilians. Does Erdogan's willingness to fight terrorism mean his departure from NATO's policies and the beginning of paving the road for his alliance with Moscow?

The policies adopted by US President Trump towards the Arab-Israeli conflict paved the way for Moscow to enhance its presence in the Arab world. Trump has made a number of decisions that demonstrate Washington's public bias towards Israel: a- he recognized Jerusalem as the capital of Israel on 6 December 2017, b- the US funding for the UNRWA was completely suspended on 31 August 2018, c- he decided to close the office of The Palestine Liberation Organization in Washington on 10 September 2018. There is no doubt that these decisions have opened the door for Moscow to strengthen its relations with Arab countries, and consequently to benefit for these relations on the economic, military and political levels.

Russia's attitude towards Arab issues is characterized by the following:

- 1- It recognizes the legitimate rights of the Palestinian people.
- 2- It seeks to settle the Arab-Israeli conflict based on the relevant international legitimacy resolutions.
- 3- It supports the right of people to self-determination without any external interference.

From their side, Arabs must understand and accept the Russian interests in order to build and maintain better relationships with Moscow.

Needless to say that Russia's active participation in organizing strategic partnerships with Arab countries has made Russian foreign policy a main contributor in international decision-making, meaning that no settlement to limited disputes or conflicts will be reached without securing the Russian interests. Russia's history with the Arab world shows its commitment to fulfill its obligations within the framework of international legitimacy.

America's bias in favor of Israel paved the way to Russia to strengthen its relations with Arab countries. Russia's bright future does not only depend on the development of its military industries, but also on its ability to contribute effectively to the production of new material and cultural values. Arabs should be reassured that the strengthening of Russian military capabilities does not mean that Russians are imposing their values and ways of thinking on others. Putin expressed it clearly in his annual speech (12 December 2013) on the occasion of the twentieth anniversary of the Russian constitution, in which he outlined his country's role and ambitions at the global level with rationality and dignity: "We do not aspire to be any sort of superpower with a claim to global or regional hegemony; we do not encroached on anyone's interests, impose our patronage on to anyone, or try to teach others how to live their lives. But we will strive to be leaders, defending international law, striving for respect and national sovereignty and peoples' independence and identity".

Unlike the culture of consumerism and globalization and the experiences of Western dominance, Russia has a historical and cultural background that makes it able to provide more humane and more reassuring alternatives for people around the world. People in the Arab world, and specifically in Lebanon, are very aware of the Russian role in the region. Therefore, we recently established a Master of Russian Studies at the Faculty of Law, Political and Administrative Sciences at the Lebanese University. Through this program, we are seeking to exchange professors and students for the scientific and cultural benefit of both parties. It is in the best interest of Arabs to strengthen their relation with Russia on all levels, in order to fulfill the aspirations of

their people for a decent life. To be more precise, Arabs should activate their relations with Moscow in order to gain its total and effective support concerning Arab issues. In order to do so, it is imperative to link Russia to a network of economic interests that will become the driving force behind its effective interference in the region. The Middle East is going through an important phase of transformation in its history, and we must, as Arabs, understand the current balance of power system in order to preserve our interests and gain the support of Moscow whose role is expected to become more influential in the international and regional affairs in the Twenty-First century⁽¹⁾.

○ **Conclusion**

There is no doubt that a new balance of power system is still in the making. Between 1991 and 2008, that is, throughout the American leadership of world politics, the elements of international stability had gradually weakened, while the destabilizing Forces continuously gained strength. The United Nations has become paralyzed, international law has not been strictly observed, and the promises of globalization in terms of prosperity based on open trade borders have been broken. At best, the international order, argues Kissinger, “Faces a paradox: its prosperity is dependent on the success of globalization, but the process produces a political reaction that often works counter to its aspirations”⁽²⁾. What is needed, then, is for Washington to assess its foreign policy on the bases of existing new realities, the ascendancy of Moscow and Beijing on the world stage.

At varying degrees, the two nations (F.R.R. and P.R.C) have been playing an active role at all levels: military, diplomatic, and economic. This means that the current values underlying arrangements of the unipolar system have been fundamentally altered. This means that crises associated with world politics today (Iran, Iraq, Syria, Libya, Pelastine...etc) are related to the fact that Washington proves to be unable to accommodate the major changes in power relations among nations.

⁽¹⁾ Camille H. Habib, *Jerusalem: Historical, Legal, and Political Perspectives*, Beirut: Al HAYAT AL NIYABIYA- Revue Parlementaire, vol: 107, June 2018.

⁽²⁾ H. Kissinger, *World Order*, p.369

Many obstacles impede the emergence of a new world order. First, state, the basic unit of study in international relations, has lost much of its sovereignty to forces of social media. Second, international economic and political organizations are at variance with each other. While the international economic system has become global, the political structure of the world based on the nation – state has, to a great extent, remained intact. Finally, the United Nations and other international regimes (the IMF, World Bank, WTO...etc) are weak enough not being able to provide effective mechanisms on the most acute crises (starvation, poverty, global warming ...etc). Throughout, the United States must soon recognize the limiting conditions of its role in reconstructing a new world order; for the latter cannot be achieved by anyone nation acting alone. In retrospect, Russia's constructive role in the Middle East and other regions remains a case in point.