



مجلة الحقوق والعلوم السياسية

العدد الثالث والثلاثون:

2021/4

مجلة فصلية محكمة تصدر عن
كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية

مجلة الحقوق والعلوم السياسية

هيئة التحرير	الهيئة الاستشارية العليا
رئيس هيئة التحرير العميد د. كميل حبيب	العميد د. كميل حبيب
نائب الرئيس د. خالد الخير	د. علي رجال
المدير المسؤول د. عصام إسماعيل	د. ليلى نقولا
أمين السر د. جوزف رزق الله	د. جنان خوري
المسؤول المالي د. سامر عبدالله	د. وسيم منصورى
مسؤول التواصل مع الكتاب د. علي شكر	د. وسام غياض
مسؤول العلاقات العامة د. حبيب قزي	

المدير المسؤول	رئيس التحرير
د. عصام إسماعيل	العميد د. كميل حبيب

لجان التحكيم		
لجنة القانون الدولي والعلوم السياسية	لجنة القانون الدستوري والإداري	لجنة القانون الخاص
د. البير رحمه	د. مروان القطب	د. أكرم ياغي
د. وليد الأيوبي	د. جوزف رزق الله	د. بيار طوبيا
د. كمال حمّاد	د. حسين عبيد	د. أحمد اشراقية
د. جهاد بنوت	د. محمود سيف الدين	د. سابيين الكك
د. امين لبس	د. عادل يمين	د. محمود ملحم
د. عماد وهبه	د. عصام مبارك	
د. كميل حبيب		

ممثل المجلة في دولة الكويت: د. محمود ملحم

◆ 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 الحدائق ومعتدماً الأصول العلمية في كتابة البحث.
 - د- منسقاً شكلاً ومدققاً لغوياً بحيث يردّ البحث غير مستوفي هذا الشرط.
 - هـ- المراجع موثقة ومدرجة في هوامش صفحات البحث (وليس في آخر البحث) وبشرط أن تقتصر الهوامش على ذكر المراجع أما الحواشي المطوّلة المذكورة في الهوامش فهي تحذف حكماً.
 - و- غير مقتبس عن بحث آخر.
 - ز- لم يسبق نشره في مجلة أو موقع الكتروني.
 - ح- ليس جزءاً من أطروحة الدكتوراه أو رسالة الماجستير، أو جزءاً من كتاب للباحث سبق نشره.
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.

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

للإستفسار 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

محتويات المجلة

7	كلمة رئيس التحرير
15	كلمة المدير المسؤول
19	القسم الأول: دراسات في القانون الدولي والعلوم السياسية
21	• د. محمد بن سعيد الفطيسي، الباعث السياسي كمعيار للتمييز بين الجريمة السياسية والجريمة الارهابية
45	• د. عبد العزيز خنفوسي ود. محمد الأمين كمال، العراقيل التي تواجه عمل الأنتربول الشرطي في إطار التعاون الدولي من أجل مكافحة الجريمة المنظمة
69	• د بلمداني علي، الحصانة القضائية للدول على ضوء قانون جاستا الأمريكي
91	• د. نور الدين بيدكان، أزمة مياه النيل بين إثيوبيا ومصر
116	• Marie line Karam, Arbitration and third parties: Challenges and adaptation
133	القسم الثاني: دراسات في القانون العام
135	• د. سعد العنزي، نطاق تطبيق التعديل الرابع للدستور الامريكي على قضايا التكنولوجيا المعاصرة
150	• د. بركات أحمد، الأسس التي تقوم عليها المسؤولية المدنية للدولة عن القوانين
163	• د.عبد المجيد سلامة، أهمية الشراكة العمومية الخاصة على المستوى المحلي وتحدياتها في الجزائر

180	Dolly HAMAD-NAJJAR, La crise de l'eau au Liban: une violation des droits humains
-----	--

209	القسم الثالث: دراسات في القانون الخاص
211	• د. مساعد راشد العنزي، الأثر القانوني للإعتراف تحت وطأة الإكراه "دراسة مقارنة"
243	• د. إبراهيم خالد يحيى ود. عمرو إبراهيم صعابنة، الإكراه في ضوء مبادئ اليونيدروا
287	• د. جبر غازي شطناوي بعنوان: "مدى فعالية الضوابط القانونية لعمل الوسيط المالي في حماية حقوق العملاء."
316	• د. درار نسيم، إصدار الأصول المالية و تداولها في الأسواق الثانوية
344	• د. فاتن حسين حوى، قراءة في مستجدات التنظيم القانوني للأعمال التجارية والافلاس والشركات في ضوء التشريع المقارن (القانون القطري نموذجاً)
403	• د. علاء الدين عبدالله الخصاونه، قراءات قانونية في مدى تكريس قانون الملكية العقارية الأردني رقم (13) لسنة 2019 للأمن العقاري واستقرار المعاملات وتشجيع الاستثمار
460	• د. ابراهيم محمد عبيدات، معايير الحماية القانونية لحق المؤلف الأجنبي
485	• د. محمود ملحم و د. محمد الحريتي، التطور التشريعي لمزاولة مهنة الطب في الكويت
511	• د. عبد المجيد خلف منصور العنزي، أهلية الموافقة على الأعمال الطبية في دولة الكويت

اللامركزية الإدارية ودورها في اصلاح الادارة وتسهيل حياة المواطن

العميد د. كميل حبيب

نال موضوع اللامركزية الادارية حيز الاجماع اللبناني كمدخل من مداخل بنيان الدولة ككل هدفها تعزيز المشاركة المحلية في عملية الانماء المتوازن اقتصادياً واجتماعياً وتربوياً وثقافياً. وعليه، ومنذ وثيقة الوفاق الوطني (1989) طرحت مشاريع قوانين عدة جرى تداولها ومناقشتها، الا ان اي منها لم يسلك دربه الى الاقرار؛ على الرغم من ان المسؤولين على كافة المستويات التشريعية والاجرائية اشاروا الى اهمية انجاز قانون اللامركزية الادارية.

أما الخطوة الأكثر جدية فتمثلت بإصدار رئيس مجلس الوزراء نجيب ميقاتي قراراً يحمل الرقم 2012/166 بتاريخ 2012/11/7 شكّل بموجبه لجنة لإعداد مشروع قانون لتطبيق اللامركزية الادارية برئاسة وزير الداخلية السابق زياد بارود. ولقد انجزت اللجنة المذكورة عملها عام 2014 عبر وضع مشروعها اللامركزية الادارية والذي تضمن العناوين التالية:

- 1- يلحظ المشروع في كل قضاء مجلساً منتخباً بالكامل مع صرحيات واسعة جداً او مالية مستقلة مدعومة بواردات تجيز لمجلس القضاء الاضطلاع بالمهام العديدة العائدة له.
- 2- يلغي المشروع القائمقاميات ووظيفة القائمقام وينقل صلاحيات الاخير الى مجلس القضاء المنتخب.
- 3- يحد المشروع من الرقابة المسبقة ويرفع في الوقت عينه منسوب الشفافية من خلال آليات اطلاق الزامية ورقابة شعبية (عبر المندوبين المنتخبين) ورقابة لاحقة قضائية وضوابط تنفيذية.
- 4- يستبدل مشروع القانون الصندوق البلدي المستقل بصندوق الامركزي يراعي ضرورات الانماء المتوازن، يكون مجلس امناته منتخباً وتخضع آلية توزيع عائداته لمؤشرات علمية موضوعة مسبقاً.

- 5- خصّ المشروع فصلاً كاملاً للمشاركة بين القطاعين العام والخاص وتعزيز مشاركة المرأة والشباب وكافة السكان المقيمين في القضاء في العملية الديمقراطية.
- 6- يدفع المشروع في اتجاه تعزيز اللامركزية حيث امكن فتعمل الحكومة على تأمين الخدمات في المناطق، باستثناء ما يدخل منها ضمن اختصاص مجالس الأفضية والبلديات⁽¹⁾.
- تاريخياً، ان اللامركزية الادارية في لبنان هي تراث سبقت بوجودها التنظيمات الادارية التابعة للسلطة اللبنانية. فهي تعود لعام 1983، عندما أنشأ ابراهيم باشا مجلس شورى بيروت، ثم أجاز لكل مدينة او قرية يزيد عدد سكانها عن 2000 نسمة ان يكون لها ديوان بلدي يختار رئيسه من السكان. اما البلدية كمؤسسة للسلطة المحلية فذكرت للمرة الأولى بالقانون العثماني لعام 1864. ثم استمرّ تواجد البلديات في عهدي الانتداب فالاستقلال حيث صدر قانون البلديات لعام 1977، الذي هو التشريع المعتمد حتى الآن كتشريع للإدارة اللامركزية، على اساس ان البلدية تتمتع وحدها دون سائر الوحدات الاقليمية المحلية بالشخصية المعنوية. إسمحو لي ان أطرح امامكم بعض المسائل اللصيقة بموضوع اللامركزية الادارية:

1- اللامركزية مرحلة وسط بين الادارة المركزية والفدرالية:

- أ- اللامركزية الادارية هي اسلوب من أساليب ادارة المرافق العامة.
- ب- اللامركزية سابقة في وجودها على التنظيم السياسي، وهي تقر حتى بدون حاجة الى اجازة دستورية.
- ت- لكن اذا توسّعت اللامركزية الادارية لتصل الى حدود اللامركزية السياسية، هنا نكون قد خرجنا من اطار القانون الاداري لندخل في شكل الدولة والتنظيم السياسي---
- وهو مجال القانون الدستوري.
- ث- الفدرالية نظام حكم، او نظام للحكم بعكس اللامركزية التي هي نظام ادارة.
- ج- اللامركزية بتعبير مبسط هي توزيع وظائف الدولة الادارية بينها وبين اشخاص القانون العام الاخرى الاقليمية التي تتمتع بالشخصية المعنوية. على ان يكون للدولة سلطة الاشراف والرقابة على النحو الذي يقرره القانون.

(1) اللجنة الخاصة باللامركزية الادارية، مشروع قانون اللامركزية الادارية، 2014، ص، 13-14.

إن اختيار الصورة الملائمة للامركزية الادارية ليس من السهولة بمكان. فهي تطرح مشاكل عدّة معقّدة نذكر منها:

- أ- مشكلة تحديد الوحدات الادارية التي تضمها الدولة.
- ب- مشكلة تحديد مستويات الوحدات الادارية: هل تكون على مستوى واحد ام عدّة مستويات.
- ت- تحديد العلاقة الأنسب بين الوحدات من جهة وبينها وبين السلطة المركزية من جهة اخرى.

وإذا كان النموذج الساري في معظم دول العالم هو باعتبار البلدية النموذج الطبيعي والتجسيد التنظيمي والواقعي لصورة اللامركزية الادارية الاقليمية، الا ان اعتبارات ومقتضياتها الخاصة اوجدت في بعض الاحيان ان المدن او المحافظات او الاقاليم او الولايات او المقاطعات هي جزء اساسي في التنظيم الاداري اللامركزي.

2- اللامركزية الادارية في وثيقة الطائف

تضمّنت وثيقة الوفاق الوطني اللبناني فقرة خاصة بعنوان اللامركزية الادارية، وتحت هذا العنوان وردت خمسة بنود تعتبر بمثابة القيود على أي مشروع لامركزية مقترح في لبنان، وهذه البنود هي:

- أ- الدولة اللبنانية دولة واحدة موحدة ذات سلطة مركزية قوية.
- ب- توسيع صلاحيات المحافظين والقائمقامين وتمثيل جميع ادارات الدولة في المناطق الإدارية على أعلى مستوى ممكن تسهياً لخدمة المواطنين وتلبية لحاجاتهم محلياً.
- ت- إعادة النظر في التقسيم الاداري بما يؤمن الانصهار الوطني وضمن الحفاظ على العيش المشترك ووحدة الأرض والشعب والمؤسسات.
- ث- اعتماد اللامركزية الادارية الموسعة على مستوى الوحدات الإدارية الصغرى (القضاء وما دون) عن طريق انتخاب مجلس لكل قضاء يرئسه القائمقام تأميناً للمشاركة المحلية.
- ج- اعتماد خطة انمائية موحدة شاملة للبلاد قادرة على تطوير المناطق اللبنانية وتنميتها اقتصادياً واجتماعياً، وتعزيز موارد البلديات والاتحادات البلدية بالامكانات المالية اللازمة.

من خلال قراءة هذه البنود، نلاحظ بأن اللامركزية المقترحة يجب ان لا تنتقص من سلطة الدولة الواحدة الموحدة ذات السلطة المركزية القوية. وبالتالي، هناك قيود تمنع تطبيق اللامركزية الادارية. هذه القيود هي:

1- ترؤس القائمقام، وهو موظف تابع للإدارة المركزية، ليكون على رأس المجلس الانمائي للقضاء، وهذا ما يخالف نظام اللامركزية الذي أساسه المشاركة السياسية للمواطنين عبر الانتخاب.

2- اما القيد الثاني على اعتماد اللامركزية على اساس الوحدة- القضاء، فقد ربطتها الوثيقة بإعادة النظر بالتقسيم الاداري بما يؤمن الانصهار الوطني، وهذا امر متعذر التحقق نظراً للتركيب الطائفية للأقضية، حيث نجد ان أكثرية الأقضية هي مناطق ذات لون طائفي واحد.

3- ربط اللامركزية بالخطة الانمائية الموحدة والشاملة للبلاد والقادرة على تطوير المناطق اللبنانية، وهذا امر ليس بقريب التحقق.

المهم ان اتفاق الطائف قد وضع القيود على حدود اللامركزية الادارية تاركاً الأمر لمرحلة لاحقة، وضمن خطة اصلاحية شاملة لقانون الانتخاب والتقسيمات الادارية وإلغاء الطائفية السياسية.

وعليه، فإن قانون البلديات الصادر في العام 1977 هو الساري المفعول حالياً؛ وبأن أي نقاش حول الامركزية الادارية يجب ان يكون محوره الاساسي البلدية.

3- اللامركزية الادارية في التشريع اللبناني

أغفل الدستور اللبناني عن التعرض للامركزية الادارية، او حتى التنظيم الاداري في الدولة، لكن كما أشرنا فيما تقدّم، فإن غياب التفويض الدستوري الصريح، لا يعني ان المشرع لا يستطيع اعتماد اللامركزية كأداة للتنظيم الاداري، خاصة وأن المجلس الدستوري في أكثر من قرار قضى بأن للمجلس النيابي اختصاص تشريعي واسع، بحيث يستطيع ان يشرّع في أي مجال يريده بشرط ان يكون تشريعه منسجماً وأحكام الدستور، وطالما ان الدستور اللبناني لم يحظر اعتماد اللامركزية، فتدخل ضمن المواضيع المباح التشريع فيها.

وربط المجلس الدستوري اللبناني بين اللامركزية الادارية والديمقراطية، وذلك في حكمه رقم 1997/1 الذي جاء فيه: "ان قوام الديمقراطية يكون في مشاركة الشعب في سير الحياة العامة وفي ادارة الشؤون العامة وايضاً في احترام الحقوق والحريات العامة وينسحب ذلك على المستوى المحلي كما هو على المستوى الوطني.

فهذه الديمقراطية لا تأخذ فقط وجهاً سياسياً يقوم على مشاركة الشعب في الحكم عبر ممثليه وفي ادارة الشؤون الوطنية، ولكنها تأخذ ايضاً وجهاً ادارياً يقوم على مشاركة الجماعات المحلية في ادارة شؤونها الذاتية من خلال مجالس منتخبة تتولى هذه الشؤون. وان الجماعات المحلية تتمثل مبدئياً في لبنان، في ظل التشريع القائم حالياً، في البلديات التي تعتبر ادارات محلية تتمتع بالشخصية المعنوية وبالاستقلال الذاتي، المالي والاداري، وتمارس صلاحياتها المحددة في القانون تحت رقابة ووصاية السلطة المركزية، وفيها يتجسد النظام الاداري اللامركزي. وإذا عدنا بالتشريع اللبناني، فإن المرسوم الاشتراعي 59/116 قد عمل على تقسيم لبنان الى محافظات والمحافظات الى أقضية، والأقضية الى مدن وقرى. واعتمد نظام اللاحصرية، اما الادارة اللامركزية في لبنان فتقوم على مستوى واحد هو البلديات في المدن والقرى، يجد سنه التشريعي في المرسوم الاشتراعي 118 تاريخ 1977/6/30 المسمى قانون البلديات.

4- البلدية هي الشكل الوحيد للإدارة اللامركزية في لبنان

أ- البلدية هي ادارة محلية ذات صفة عامة تقوم ضمن نطاقها بممارسة الصلاحيات التي يخولها اياها القانون.

ب- تتمتع البلدية بالشخصية المعنوية وبالانقلال المالي والادارية.

ت- تخضع البلدية للقانون العام في تنظيمها ونشاطها (المال والاستخدام). اما قراراتها هي قرارات ادارية تختص مجلس شورى الدولة بأمر النظر في مشروعيتها.

ومن اجل اعتماد الدولة لنظام اللامركزية المحلية، ينبغي ان تتوفر المقومات التالية:

1- الاعتراف بوجود مصالح محلية متميزة عن المصالح الوطنية:

- وجود درجة من تفويض السلطة ممنوحة الى التنظيمات الادارية، حيث يناط

بالمجالس البلدية ان تؤدي دوراً له بعد انمائي واجتماعي.

- ترك الشؤون المحلية للسلطة المنتخبة المعينة مما يسمح للحكومة المركزية بالتفرغ لإدارة المرافق الوطنية وحدها.
- 2- ان تدار المصالح المحلية بواسطة مجالس منتخبة: ان الانتخاب هو حق يمارسه المواطن كأى حق آخر، بل هو من اولى حقوق الانسان السياسية، ومن المسلمات التي اجمعت عليها الاعراف والقوانين والانفاقيات الدولية.
- تقرب الانتخابات المحلية من سلطة اتخاذ القرار، وهذا ما سيثعر الناخبين بأن صوتهم سيكون له تأثير أكبر على سير الحياة العامة في الهيئات المحلية.
- يؤدي انتخاب المجالس المحلية دوراً في تفعيل المجتمع المدني، لأنه بدون المجتمع المدني لا وجود للديمقراطية.

5- فوائد اللامركزية الادارية:

أنتج اتفاق الطائف دولة ضعيفة ومنظومة قوية، فاسدة ومجرمة، عبثت بالدستور وبكل قواعد اللعبة الديمقراطية. وانني أرى ان اقرار اللامركزية الادارية تشكل احدى المداخل الرئيسية للخروج من الازمة الحالية التي نقلت لبنان من ازمة الحكم الى ازمة وجود. ومن فوائد اللامركزية الادارية انها تقلص من سلطة المنظومة الفاسدة على رقاب الناس وتحد من حرة اركانها من نهب المال العام. ويمكننا تنفيذ فوائد اللامركزية الادارية على مستويات عدة هي:

1- على المستوى السياسي:

- تجسد مبدأ الديمقراطية الادارية
- تكون المواطنين سياسياً عن طريق مشاركتهم في صنع القرار.
- تؤدي الى تركيز المواطنين على مطالب الشعب الحقيقية وليس على املاءات الطبقة الحاكمة المركزية او اوامرها.
- تساعد على تقريب القرارات العامة من الناس وتبعدهم عن السياسيين، وذلك لسببين:
 - قدرة الاهالب على فهم قضاياهم
 - تشجع الناس على مساءلة السلطة المركزية
- تنمي المساواة السياسية عبر توسيع هامش المشاركة السياسية في انحاء البلاد.

2- على مستوى الحوكمة الرشيدة:

- تفتح الباب امام عدّة انواع من الرقابة (المحاسبية) وتقرمل ظاهرة استثناء الفساد:
 - الرقابة الشعبية: انتخابات مجالس الأفضية تسمح للمواطنين بالاطلاع على اعمال ممثليهم ومشاريعهم والمشاركة بها والاعتراض عليها ومراقبة تنفيذها.
 - الرقابة الداخلية: تمارس الهيئة العامة الرقابة الداخلية على مجلس الادارة حيث لها لاحق في طرح الثقة بمجلس الادارة كاملاً او برئيس المجلس او بنائبه او بأحد اعضاءه او بإحالة اي من اهضاء المجلس على الهيئة التأديبية.
 - الرقابة المركزية: اي مراقبة السلطة المركزيو التي تقتصر على مخالفة مجلس ادارة القضاء لأحكام الدستور.
- تمنح سلطة تقريرية لمجالس الأفضية التي يعود اليها اقرار موازنة الاتحادات البلدية ووضع الخطط الانمائية.

3- على المستوى الاقتصادي:

- تعالج غياب الانماء المتوازن ووقف النزوح الى المدينة وتحسين الخدمات الادارية.
- تسمح باعتماد برنامج للتنمية الوطنية أكثر عقلانية، ويعود ذلك الى اختلاف الحاجات والفرص باختلاف المناطق.
- تساهم في عدم تمرکز رأس المال والاستثمار في المركز (العاصمة)، وقد تساعد المقاربة المتنوعة للتنمية على التنافس بين المناطق لتأمين استثمارات وفرص عمل.
- يؤدي التطبيق السليم للنظام اللامركزي على توزيع الدخل الوطني والضرائب بقدر من العدالة.
- تزيد الوعي لدى السكان المحليين بأهميتهم وأهمية الأعمال التي يقومون بها تحوهم الرغبة في التقدّم والمنافسة.

4- على المستوى الإداري:

- تبتعد اللامركزية عن الروتين الإداري في اتخاذ القرارات المتعلقة بالمصالح المحلية نظراً لقربها منها وتعد أسرع في تلبية الحاجات المحلية.
- تتفادى مشكلة الجمود الإداري.

5- على المستوى الاجتماعي:

- يعزز الانسجام والتوافق الاجتماعي؛ فهو يتيح للسكان وممثليهم فرصة اكتساب الخبرة في مجال حل الأزمات والصراعات في إطار مجتمع محلي يمكن إدارته.

○ خاتمة:

إن ما هو مطلوب من المجتمع المدني الضغط في سبيل إقرار اللامركزية الإدارية لأن تنمية المناطق لا يجوز أن يبقى متروكاً بيد المنظومة الحاكمة التي تتاجر به خدمة لمصالحها السياسية، ولنا أدلة واضحة في غياب الإنماء المتوازن وربطه بقرارات التحكم السياسي ومن يريد أن تبقى بيده مفتاح إدارة المنطقة، ولعل التأخر في بناء المجمع الجامعي في عكار هو أحد صور التجاذبات السياسية والمذهبية بين ما يسمى مرجعيات المنطقة السياسية. وعليه وحيث أن مؤسسات الإدارة المركزية عجزت عن تأدية الخدمات الأساسية للصيقة بالناس كالطبابة والتعليم والكهرباء والماء والمحروقات والتخلص من النفايات والصرف الصحي وغيره، فإنه وفي ظل هذا العجز لا يسعنا سوى البحث عن حلول ولعل أكثرها منطقية هو الحل القائم على اعتماد اللامركزية المحلية الفاعلة والمؤهلة على إدارة هذه الشؤون الحياتية بحرفية وأمانة لكون القائمين على هذه الخدمة هم أصحاب الحاجة وأهل البيت.

ليتهم ما اجتهدوا

د. عصام نعمة اسماعيل

ابتلينا بإدارة بطيئة في تطبيق القوانين وإصدار الأنظمة التنفيذية لها، حتى أنه لغاية تاريخه لم تصدر مراسيم تعيين الهيئة الناظمة لقطاع الكهرباء المنشأة بموجب القانون رقم 2002/462 ولا للهيئة العامة للطيران المدني المنشأة بموجب القانون رقم 2002/484، ولا كذلك صدرت مراسيم تعيين الهيئة الناظمة للاتصالات المنتهية ولايتها منذ العام 2011، ولا الهيئة اللبنانية لسلامة الغذاء المنشأة بموجب القانون رقم 2015/35، ولا الهيئة العامة للمتاحف المنشأة في بموجب القانون رقم 2008/36، وغيرها الكثير الذي لا حصر له، وكان من نتائج عدم تعيين أعضاء هذه الهيئات أن تعطل تنفيذ قوانين إصلاحية أقرها مجلس النواب، وقد استدعى ذلك تشكيل لجنة في مجلس النواب هدفها العمل على متابعة عملية تنفيذ الإدارة للقوانين.

وكان مجلس شوري الدولة اللبناني حريصاً على عدم إهدار قوانين أقرها مجلس النواب بسبب مماثلة السلطة التنفيذية في إصدار الأنظمة والقرارات التطبيقية لهذه القوانين، ولهذا وضع قاعدة مفادها أنه يمكن تطبيق النص دون انتظار صدور الأنظمة كلما كان ذلك ممكناً، حيث قضى المجلس: "أن النصوص التشريعية الجديدة تطبق فوراً غير أنه استقر العلم والاجتهاد على أرجاء تنفيذ احكام هذه النصوص عند استحالة تطبيقها وذلك ريثما تتمكن السلطة التنفيذية من وضع هذه النصوص موضع التنفيذ، وهذا لا يعني ان النصوص الجديدة هي غير نافذة بل هي نافذة باستثناء بعض الاحكام التي تستوجب تدخل السلطة التنفيذية ان لجهة اصدار النصوص التنظيمية التي تجعلها قابلة للتطبيق وان لجهة اصدار الاعمال الادارية التي تقضي بتشكيل الهيئات المكلفة تطبيق التشريع الجديد (م.ش. قرار رقم: 276 تاريخ: 2013/2/5 انطوان عزام ورفاقه/ الدولة - وزارة الخارجية والمغتربين).

من هذا المنطلق كانت نية المشرع في عدم ترك قانون الشراء العام الذي يعدّ من القوانين الإصلاحية متروكاً تطبيقه بيد السلطة التنفيذية التي قد تماطل أو تتأخر في تشكيل هيئة الشراء العام التي أدرجها المشرع تحت عنوان: حوكمة الشراء العام.

ولهذا وخلافاً لما انتهى إليه المجلس الدستوري، فإن الأحكام الانتقالية لم يكن القصد منها أبداً "أحكاماً مؤقتة" بل على العكس من ذلك، كان القصد التشريعي هو الشروع فوراً في تطبيق هذا القانون، وتمّ تعيين الحارس الأمين على هذا القانون والذي خبره مجلس النواب في مجابهته للفساد وفي مناقشته لمواد قانون الشراء العام مادةً مادةً في اللجان النيابية. فالمقصد التشريعي واضح لا يحتمل التأويل عملاً بقاعدة لا اجتهاد في معرض النص الصريح. وهذا المقصد هو في تولية مدير عام المناقصات المباشرة الفورية في تطبيق قانون الشراء العام.

وحرصاً على تحقيق هذا الهدف كانت صياغة الفقرة الأولى من المادة 88 واضحة بحيث تضمنت ثلاثة ثوابت متصلة بعضها ببعض ولا يمكن تجزئتها ولا تفسير جزء منها بمعزلٍ عن الآخر، وهذه الثوابت هي: إلغاء إدارة المناقصات، ويكون مدير عام المناقصات رئيساً للهيئة، كما يكون موظفو ومتعاقدو وإجراء إدارة المناقصات في الهيكل الإداري للهيئة. هذه الثلاثية الواضحة جزأها المجلس الدستوري في حكمه رقم 2021/5 تاريخ 2021/9/16، فاعتبر أن الجزئيتين (الأولى والثالثة هما دائمتين) أي إلغاء إدارة المناقصات وألحاق موظفي إدارة المناقصات بالهيكل الإداري والهيئة بينما الجزئية الثانية (الخاصة بالمدير العام للمناقصات) هي مؤقتة.

ولقد توصل المجلس إلى هذه النتيجة أن دون يعللها أو يسندها إلى أساس قانوني أو دستوري، وقد اكتفى المجلس بالاستعانة باللغة العربية، لكنه أيضاً لم يجد استخدامها فلقد لجأ إلى تفسير فعل: "يكون" وقضى المجلس بأن فعل "يكون" يدلّ على الطبيعة المؤقتة. وليته استعان بمعاجم اللغة العربية لما كان اجتهده فأخطأ، إذ أن فعل: "يكون" لغوياً هو الفعل الذي يدلّ على حصول الفعل بالزمن الحاضر ولكن لا ينفي وقوع الفعل بالزمن الماضي، ولا يتضمن هذا الفعل ما يفيد على انحسار مفاعيله بالحاضر دون امتدادٍ للمستقبل، بل لقد استخدم القرآن هذا الفعل بمعنى الاستمرار: "وَيَكُونُ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيداً"، فهذه الآية تدلّ على استمرارية وليس الحالة المؤقتة.

يضاف إلى ذلك أن هذه الفقرة من المادة 88 قد ورد فيها فعل: "يكون" مرتين: مرة أولى بخصوص المدير العام ومرة ثانية بخصوص باقي الموظفين، فكيف يبرر المجلس الطابع المؤقت لـ "كان" الأولى والطابع الدائم لـ كان الثانية؟؟

لم يكتفِ المجلس الدستوري في حكمه بتحويل نية المشتري ومقصده الواضح لناحية تولية مدير عام المناقصات رئاسة الهيئة، بل تمادى لناحية تحويل البند الثاني من المادة 88 بالرغم من كونها الواضحة جداً والمنسجمة مع البند الأول.

حيث وبعد أن ثبت القانون في الفقرة الأولى من المادة 88 موقعية مدير عام المناقصات برئاسة هيئة الشراء العام، فإن المشتري وللمقصد الذي ذكرناه لناحية التطبيق الفوري لقانون الشراء العام، فإنه وضع البند الثاني الذي يؤكد هذه الغاية وبمقتضاه يتولى رئيس الهيئة أعمال الهيئة إلى حين تعيين الأعضاء.

والمشتري لم يضع هذا النص عبثاً أو من غير بيّنة أو على غير هدى كما أوحى المجلس الدستوري في قراره، بل على العكس كانت هذه الفقرة محل مناقشة مستفيضة في اللجان النيابية حتى تمّ تثبيتها بهذه الصيغة، وأتت هذه الصياغة لتؤكد الطابع النهائي لتولي مدير عام المناقصات رئاسة الهيئة، ولتمنح المدير العام الإذن بالمباشرة بتطبيق قانون الشراء العام إلى حين تعيين أعضاء الهيئة.

ولهذا فإن ما خلص إليه المجلس الدستوري في تفسيره هو تجاوز للنص الصريح وتحويل لنية المشتري والاستعانة باللغة لتقرير نتيجة مغايرة لهذه النية، والخروج عن دور هذا المجلس في التحقق من انطباق النص على الدستور، إذ نفت الحثثيات المتصلة بهذه المادة وجود مخالفة للدستور أو للمبادئ الدستورية.

وحيث أن المجلس الدستوري لم يجد في المادة 88 من قانون الشراء العام أي مخالفة للدستور، فإن هذه المادة تبقى نافذة ولا يوجد أي إلزام للسلطة التنفيذية لاعتماد التفسير الذي تبناه المجلس الدستوري، ولهذا على مدير عام المناقصات الشروع فور نفاذ القانون إلى العمل على تطبيق المواد في قانون الشراء العام التي يمكن تطبيقها دون حاجة لصدور مراسيم تطبيقية لأحكامه.

القسم الأول: دراسات في القانون الدولي والعلوم السياسية

- د. محمد بن سعيد الفطيسي، الباحث السياسي كمعيار للتمييز بين الجريمة السياسية والجريمة الإرهابية
- د. عبد العزيز خنفوسي ود. محمد الأمين كمال، العراقيل التي تواجه عمل الأنتربول الشرطي في إطار التعاون الدولي من أجل مكافحة الجريمة المنظمة
- د بلمداني علي، الحصانة القضائية للدول على ضوء قانون جاستا الأمريكي
- د. نور الدين بيدكان، أزمة مياه النيل بين إثيوبيا ومصر
- Marie line Karam, Arbitration and third parties: Challenges and adaptation

الدراسة الأولى:

الباعث السياسي

كمعيار للتمييز بين الجريمة السياسية والجريمة الارهابية

د. محمد بن سعيد الفطيسي⁽¹⁾

اضفاء المظهر السياسي على الجريمة الارهابية في العديد من التعريفات اللغوية والفقهية، بالإضافة الى استخدام وسائل ارهابية عنيفة في العديد من الانشطة السياسية المشروعة نتيجة استعجال الناشط السياسي لنتائج عمله وانشطته السياسية؛ مما يدفعه في بعض الاوقات الى استخدام وسائل عنيفة ومرعبة ينتج عنها خسائر في الارواح والممتلكات بالإضافة الى تصاعد ادعاء المنظمات الارهابية والموالين لها من الذئاب المنفردة بان وراء عملياتهم الارهابية أهداف سياسية اصلاحية فاقم من مشكلة التمييز بين الجريمة السياسية والجريمة الارهابية؛ خصوصا ان معيار التمييز بينهما يعتمد على أمر نفسي داخلي وليس مادي ملموس او مشاهد وهو الباعث السياسي، وقد ترك تقديره هذا الاخير للفقه والقضاء وفق تقدير موضوعي وشخصي يتم فيه مراعاة الزمان والمكان.

♦ أولاً: مشكلة الدراسة

لا شك ان لكل جريمة باعث يدفع المجرم للقيام بالسلوك الاجرامي، سواء كانت تلك الجريمة سياسية او جريمة عادية؛ والقول ان وراء الجريمة السياسية والجريمة الارهابية باعث سياسي دون التمييز بين حقيقة ذلك الباعث بشكل واضح، يؤدي الى الخلط بين الجريمة الارهابية والجريمة السياسية؛ الامر الذي يمكن ان يؤثر على تكييف الفعل المرتكب او الجريمة، وهل

⁽¹⁾ أكاديمي، باحث في السياسات الجنائية (مكافحة الارهاب)- سلطنة عمان

هي جريمة سياسية او جريمة ارهابية، وما يمكن ان يترتب على ذلك سواء على مستوى الاحكام القضائية او الامتيازات والحقوق التي يجب ان يحصل عليها المجرم السياسي ولا تنطبق على المجرم الارهابي، كذلك في جانب تسليم المجرمين السياسيين في الاتفاقيات الدولية، وهو ما لا ينطبق على من يرتكب جريمة ارهابية.

♦ ثانيا: اسئلة الدراسة

1. ما هو وجه الشبه والاختلاف بين المظهر السياسي للجريمة الارهابية والجريمة السياسية؟
2. ما المقصود بالباعث السياسي للجريمة الارهابية والجريمة السياسية، وكيف يمكن التمييز بينهما؟
3. هل وقوع الجريمة الارهابية وفق باعث سياسي يحول بعض الجرائم الارهابية الى جريمة سياسية، بالتالي يحق للمجرم الارهابي الحصول الى حقوق المجرم السياسي؟
4. هل يغير استعمال وسائل ارهابية في الجريمة السياسية وصفها القانوني؟

♦ ثالثا: أهداف الدراسة

1. التمييز بين المظهر السياسي للجريمة السياسية والمظهر السياسي للجريمة الارهابية
2. تحديد الباعث في كل من الجريمة السياسية والباعث في الجريمة الارهابية
3. التمييز بين الباعث السياسي للجريمة الارهابية والباعث السياسي للجريمة السياسية

♦ رابعا: أهمية الدراسة

1. تساهم في مساعدة الكادر القضائي واعضاء الادعاء العام على تكييف الافعال والسلوكيات من حيث كونها من جرائم الارهاب او من الجرائم السياسية
2. تحديد الجناة وطبيعة السلوك المجرم في كل من الجريمة الارهابية والجريمة السياسية
3. توجيه السياسة الجزائية للتجريم والعقاب في كل من الجريمة السياسية والجريمة الارهابية

♦ خامسا: الدراسات السابقة

1. دراسة خديجة عبد الحميد القطيشات، التمييز بين الجرائم السياسية وجرائم الارهاب في النظام السعودي والقوانين المقارنة / مجلة العلوم الاقتصادية والادارية والقانونية، ع(5)، م(1) يوليو 2017 والتي خلصت الى وجود سمات مميزة وحدود فاصلة بين الجرائم السياسية والجرائم الإرهابية من الناحية النظرية ولكن من الناحية النظامية والقانونية تبين ان هذا التمييز يكاد يكون ضعيفا للغاية في النظام السعودي والقوانين العربية المقارنة.
2. دراسة ياسر عبدالله إبراهيم. الجريمة الارهابية في التشريعات الوطنية والدولية والتشريع الاسلامي دراسة مقارنة، جامعة شندي / السودان، اطروحة دكتوراه، العام الدراسي 2013م والتي خلصت الى وجود خلط واضح بين الجرائم الإرهابية والجرائم العادية، كما خلصت الى ان العديد من الجرائم تتقاطع أو تتداخل أو تشترك مع الجريمة الإرهابية في بعض الصفات أو العناصر، كالجريمة المنظمة، والإتجار غير المشروع في الأسلحة، والمتفجرات، والإتجار في المخدرات، والجريمة السياسيّة وجرائم أمن الدولة، ومنها ما يعتبر من وسائل تنفيذ الجريمة الأرهابية وتخلق نوعاً من الضبابية والإختلاف في الرؤى والتفسير لهذه الجرائم وخطها مع الجريمة الإرهابية.

♦ سادسا: منهج البحث

1. **المنهج التاريخي:** يهتم هذا المنهج بالوصول إلى تلك الحقائق التاريخية التي تساعد على فهم اشكاليات وتحديات الحاضر وتفسيره من خلال وقائع وأحداث الماضي، خصوصا أنني أبحث في قضية قديمة متجددة ومتطورة بشكل سريع وكثيف من حيث الكم والكيف، وهي تداخل جرائم الارهاب مع الجرائم السياسية في العديد من العصور التاريخية.
2. **المنهج التحليلي:** من المهم للغاية في مثل هذا النوع من الدراسات أن يتم تناول تلك المعلومات والبيانات المتعلقة بالجريمة الارهابية والجريمة السياسية، وتحليلها ووصفها بشكل دقيق، ففي دراسة القضايا التي ترتبط فيها النظريات القانونية بتلك المتعلقة

بحقل السياسة والعلاقات الدولية لاشك في أهمية استعمال المنهج الوصفي التحليلي، خصوصا عندما ترتبط بدراسة ظاهرة مشتركة كالظاهرة الإرهابية والجرائم السياسية وأثرها على تطور وتحديث القوانين والتشريعات والسياسات الجنائية.

3. **المنهج المقارن:** من المهم استعمال المنهج المقارن في مثل هذا النوع من الدراسات، حيث اعتمدت الدراسة على مقارنة الجريمة الارهابية والجريمة السياسية من حيث طبيعة الحق المعتدى عليه والادوات المستخدمة في ارتكاب كل منها والاهداف التي سعى المجرم الارهابي والمجرم السياسي لتحقيقها وذلك بغية التميز بين الباعث السياسي في كل منهما.

♦ سابعا: هيكلية البحث

لتحقيق اهداف الدراسة والوصول بها الى اقصى درجة من الجودة والفائدة العلمية فقد تم تقسيمها على النحو التالي: مبحث اول سلط الضوء على الإطار النظري والواقعي للباعث السياسي لكل من الجريمة السياسية والجريمة الارهابية، حيث تناول المطلب الاول منه جانب المظهر السياسي النظري للجريمة الارهابية والسياسية في اللغة والاصطلاح والتشريعات العقابية، اما في المطلب الثاني فقد تم تسليط الضوء على البعد السياسي الواقعي للجريمة الارهابية والسياسية.

اما في المبحث الثاني من الدراسة فقد تناولت دلالة الباعث للجريمة السياسية والجريمة الارهابية على النحو الاتي: تناول المطلب الاول تحديد مدلول الباعث، اما المطلب الثاني فقد سلط الضوء على معايير التميز بين الجريمة السياسية والجريمة الارهابية من خلال الباعث السياسي.

○ المبحث الأول: الإطار النظري والواقعي للباعث السياسي

التداخل بين المظهر السياسي بشقيه النظري والواقعي للجريمة الارهابية والجريمة السياسية أثر بشكل واضح في رسم السياسة الجزائية للتجريم والعقاب لكلا الجريمتين نظرا لتشابه الباعث السياسي لكل منهما؛ وحتى نصل الى فهم أدق لدلالة الباعث لكل من الجريمة الارهابية

والسياسية، وجدت من الضروري اولا التطرق لماهية المظهر السياسي للجريمة السياسية والجريمة الارهابية نظريا وواقعا.

على ضوء ذلك تم تقسيم هذا المبحث على النحو التالي: سيتناول المطلب الاول المظهر السياسي النظري لكل من الجريمة الارهابية والجريمة السياسية، وذلك من خلال التعرف على ذلك في اللغة واصطلاح الفقهاء والتعريفات العقابية، اما في المطلب الثاني فسنركز على المظهر السياسي الواقعي او العملي لكل من الجريمة السياسية والجريمة الارهابية.

• المطلب الاول: المظهر السياسي النظري للجريمة الارهابية والسياسية

♦ في اللغة والاصطلاح والتشريعات العقابية

أوضح المجمع اللغوي أن الإرهابيين وصف يطلق على الذين يسلكون سبيل العنف لتحقيق أهداف سياسية⁽¹⁾ هذا التعريف يشير الى امكانية ان يكون للمجرم الارهابي غاية او هدف سياسي من وجهة نظره ويأمل تحقيقه من خلال قيامه بالعملية الارهابية.

على ان حصر الوسائل المستخدمة في الجريمة الارهابية بالوسائل العنيفة لتحقيق اهداف سياسية يضيق من تلك الوسائل المستخدمة في العمليات الارهابية ويهمل الادوات الناعمة أو غير العنيفة مثل استخدام التكنولوجيا ووسائل الاعلام الا ان كان الاثر النفسي العنيف ينطبق على سبل العنف.

وتعرّف الموسوعة السياسية الارهاب بأنه " استعمال للعنف غير القانوني أو التهديد به بمختلف أشكاله كالاغتيال والتعذيب والتخريب والنسف؛ بغية تحقيق هدف سياسي"⁽²⁾ وأجد ان هذا التعريف أكثر دقة وشمولية خصوصا انه قسم وسائل العنف الارهابية الى وسائل غير قانونية واخرى قانونية، كما اضاف اليها مختلف وسائل التهديد.

(1) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الادارة العامة للمعجمات واحياء التراث، مكتبة الشروق الدولية القاهرة، ط2 /

1972، ص 282

(2) الكيال وآخرون، الموسوعة السياسية، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت / لبنان، ج(1)، ط2 / 1985م، ص

ويلكنستون⁽¹⁾ بدوره يعرّف الإرهاب بأنه: "نتاج العنف المتطرف الذي يرتكب من أجل الوصول إلى أهداف سياسية معينة"⁽²⁾، أما المؤرخ وولتر لاكيور فيعرّفه بأنه "نوع من الطرق العنيفة التي تهدف الى نشر الرعب في المجتمع لإضعاف الحكم وتحقيق تغييرات سياسية"⁽³⁾. بعض التشريعات العقابية هي الاخرى اضفت المظهر السياسي او البعد السياسي على الجريمة الارهابية كما فعل المشرع البريطاني، حيث عرّف المشرع البريطاني الإرهاب في قانون مكافحة الإرهاب الصادر في العام 2000 بأنه: "استعمال للعنف لتحقيق أهداف سياسية..."⁽⁴⁾، ولم أجد مثل هذا الاسقاط السياسي على الجرائم الارهابية في اغلب التشريعات الغربية والعربية باستثناء التشريع البريطاني.

اما بخصوص الجريمة السياسية فيعتبر مفهوما من أكثر المفاهيم القانونية غموضاً وتعقيداً، وترجع هذه الصعوبة في تحديد المفهوم إلى الطبيعة المعقدة للجريمة السياسية في حد ذاتها واختلاف رؤية الدول في معالجة هذا النوع من الجرائم حسب طبيعة نظامها السياسي، كذلك إلى صعوبة وضع تعريف محدد لمصطلح "السياسة" نفسه الذي ما يزال معناه غامضاً ومطاطاً مفتوحاً لكل التأويلات يصعب أن يكون أساساً لنظرية معينة في صلب قواعد القانون الجزائي المنسمة بالثبات والاستقرار⁽⁵⁾.

ويترتب على تحديد مفهوم الجريمة السياسية نتائج وأحكام خطيرة في تعامل السلطة والقضاء مع الجريمة والمجرم السياسي. لذا انقسم الفقه في تعريفه للجريمة السياسية إلى ثلاثة اتجاهات.

(1) البروفسور بول ويلكنسون هو مدير معهد دراسات النزاعات والإرهاب في بريطانيا

(2) أحمد محمد رفعت وصالح بكر الطيار، الإرهاب الدولي، مطبوعات مركز الدراسات العربي الأوروبي، باريس / فرنسا، ط1 / 1998 ص 215

(3) أمين الحذيفي، مكافحة ظاهرة الإرهاب من واقع التجربة اليمنية، مجلة العدل، وزارة العدل السودانية، ع(18) 2006م، ص 8.

(4) حول تعريف الإرهاب في قانون الإرهاب البريطاني للعام 2000م انظر: منتصر سعيد حمودة، الإرهاب الدولي، جوانبه القانونية ووسائل مكافحته في القانون الدولي العام والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية / مصر، ط1 / 2006م، ص 300.

(5) د. عادل عامر، ما هي الجريمة السياسية؟ موقع دنيا الوطن، تاريخ النشر 2014/8/11م، تاريخ الدخول 23 / 3 / 2021م على الرابط:

<https://pulpit.alwatanvoice.com/articles/2014/08/11/338303.html>

اتجاه أول اعتمد المعيار الموضوعي، واتجاه ثان يأخذ بالمعيار الشخصي، والثالث يجمع بين المعيارين الشخصي والموضوعي (المذهب المزدوج).

يعرف الدكتور كامل السعيد الجريمة السياسية بأنها " تلك الجرائم التي يقصد من وراءها الجاني بصورة مباشرة أو غير مباشرة تغيير الوضع السياسي في الدولة"⁽¹⁾ وما يؤخذ على هذا التعريف انه لم يميز الوسائل المستخدمة في تحقيق اهداف المجرم السياسي حتى وان كانت وسائل ارهابية او متطرفة.

كما يعرفها الأستاذ سمير عالية بأنها " عمل سياسي يجرمه القانون فهو صورة للنشاط السياسي الذي استعجل صاحبه تحقيقه فلجأ إلى الجريمة بدلا من الاستمرار بالعمل السياسي السلمي"⁽²⁾ وهذا التعريف هو الادق والاصح من وجهة نظري للجريمة السياسية كون التعريف اخذ في الاعتبار ان الجريمة السياسية تبدأ بكونها نشاط سياسي قانوني ولكن نتيجة اتجاه الجاني الى القيام بسلوكيات وتصرفات يجرمها القانون بغض النظر عن كونها انشطة قد تكون غير مجرمة في انظمة قانونية او دول اخرى، او اعتبارها من وجهة نظر الناشط السياسي بانها انشطة حقوقية وانسانية.

وعرفها مرسوم القانون رقم 241 لسنة 1952م الخاص بالعفو الشامل عن الجرائم السياسية في جمهورية مصر العربية صراحة بأنها" الجرائم التي تكون قد ارتكبت بسبب أو لغرض سياسي، وتكون متعلقة بالشئون الداخلية للبلاد"⁽³⁾، المشرع السوري اخذ في المادة 195 المقتبسة حرفياً من قانون العقوبات الإيطالي لسنة 1930 (المادة 3/2041) تعريفه للجريمة السياسية بأنها " كل فعل يضر بمصلحة سياسية من مصالح الدولة أو بحق سياسي من حقوق المواطنين يعتبر جريمة سياسية. كما تعتبر جريمة سياسية كل جريمة عادية وقعت بدافع سياسي كلي أو جزئي".

(1) هاني رفيق محمد، الجريمة السياسية ضد الأفراد (دراسة فقهية مقارنة)، الجامعة الإسلامية، غزة، 2009، 37
(2) ابو بكر صالح الجريمة السياسية في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية -دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر. العام الدراسي 2004-2005، ص 114
(3) راجع أحكام النقض -المكتب الفني -جنائي، العدد الثالث -السنة 4 -ص 1119 جلسة 7 من يولييه سنة 1953، (378)، القضية رقم 14 سنة 23 القضائية

اما المشرع اللبناني فقد عرف الجرائم السياسية بأنها " الجرائم المقصودة التي أقدم عليها الفاعل بدافع سياسي. وهي كذلك الجرائم الواقعة على الحقوق السياسية العامة والفردية"⁽¹⁾ كما وضع المشرع الجنائي الايطالي تعريفا للجريمة السياسية ورد في المادة رقم 8 من قانون العقوبات الايطالي الصادر عام 1930 جاء فيها أنها "الجريمة التي تمس مصالح الدولة السياسية أو أحد الحقوق السياسية للمواطنين تعد جريمة سياسية؛ كذلك جرائم القانون العام التي ترتكب كليا أو جزئيا ببواعث سياسية"⁽²⁾، فان اتفقت مع المشرع الايطالي في الشق الاول من التعريف فانه ليس من المقبول ان تكون جميع جرائم القانون العام مثل القتل والسرقة وان وقعت لتحقيق اهداف سياسية تعد جرائم سياسية.

ويرى أصحاب المذهب الموضوعي أن موضوع الجريمة هو الذي يحدد طبيعة الجريمة السياسية مهما كان الباعث على ارتكابها، فالجريمة السياسية هي التي تتطوي على معنى الاعتداء على نظام الدولة السياسي سواء من جهة الخارج، أي المس باستقلالها أو سيادتها، أو من جهة الداخل، أي المساس بشكل الحكومة أو نظام السلطات أو الحقوق السياسية للأفراد والجماعات. "ويقتصر اهتمام هذا المذهب على طبيعة الحق المعتدى عليه أو موضوع الجريمة، وتتجاهل تماما نفسية المجرم. فالجريمة السياسية بنظره هي التي تقع على الحقوق السياسية للدولة باعتبارها نظاما سياسيا"⁽³⁾؛ لذا ووفقا لهذا المذهب اعتبرت من الجرائم السياسية⁽⁴⁾ التي تمس سلامة الدولة الداخلية، وتشمل الجرائم الموجهة ضد شكل الحكومة، وتنظيم السلطات العامة والمؤسسات الدستورية والحقوق الدستورية، كحق الترشيح وحق الانتخاب، كذلك الجرائم الموجهة ضد سلامة الدولة الخارجية، وتشمل استقلال الدولة وسلامة أراضيها وعلاقتها مع الدول الأجنبية.

(1) قانون العقوبات اللبناني، رقم 340 لسنة 1943 -الفصل الثاني، النبعة(3)، المادة 196

(2) منتصر سعيد حمودة، الإرهاب الدولي، جوانبه القانونية ووسائل مكافحته في القانون الدولي العام والفقهاء الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية / مصر، ط1 / 2006م، ص 132

(3) د. سمير عالية، قانون العقوبات (دراسة مقارنة) المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت/ لبنان، ط1/ 1992، ص 186

(4) د. عبد الوهاب حومد، شرح قانون الجزاء الكويتي -القسم العام، مطبوعات جامعة الكويت / الكويت، بدون ط / بدون تاريخ، ص 140

شائع هذا الاتجاه الموضوعي المؤتمر الدولي لتوحيد قانون العقوبات الذي انعقد في كوبنهاجن سنة 1935، حيث اعتبر الجريمة السياسية إذا كانت موجهة ضد تنظيم الدولة أو ضد مباشرة مهامها أو ضد ما يتصل بذلك من حقوق⁽¹⁾ وهذا المذهب الأخير المذهب الموضوعي - هو السائد بين علماء الفقه الجنائي - ذلك أن الاعتداء على المصالح القانونية المحمية، ومن ثم فإن التمييز بين الجرائم يجب أن يستند إلى أنواع هذه المصالح أو درجة الاعتداء عليها⁽²⁾. ومع ذلك فلم يسلم هذا المذهب من النقد الذي يتركز على أن طبيعة الحق المعتدى عليه لوحد لا يكفي للتفريق بين الجريمة السياسية والجريمة العادية، لأن الاعتداء على حق الدولة السياسي، لا يصح أن يعطى دائما صفة سياسية إذا لم يكن الدافع على هذا الاعتداء سياسيا فقد يتأمر عدد من الأشخاص على قلب نظام الحكم لمصلحة دولة أجنبية، ويكون الدافع لهذه المؤامرة هو الحصول على المال وقد تغتصب فئة من الناس سلطة سياسية لتنفيذ اغراض مخالفة النظام الاجتماعي أو للروح الإنسانية، فهل يمكن لنا أن نعتبر هذه الجرائم سياسية؟ لذا لا مبرر دون شك لإضفاء الصفة السياسية على مثل هذه الجرائم لانتهاء العلة الأساسية في تفريق الجريمة السياسية من الجريمة العادية⁽³⁾.

وقد انتقد هذا المذهب من قبل الفقهاء الوضعيين، في أن هذه النظرية تؤدي إلى "توسيع دائرة الجرائم السياسية توسعا كثيرا، حيث انه يمكن وفقا لها أن تنقلب الجرائم العادية إلى جرائم سياسية، متى كان الباعث عليها سياسيا. هذا فضلا عن انه من المسلم به استبعاد الباعث من نطاق التجريم كقاعدة عامة. وهو أحيانا مهم يستحيل إجلأؤه، أو خفي مستكن يتعذر نبشه واستكناه ما خفي منه وقد يختلج في نفس الجاني عند اقرار جريمته دوافع مختلفة وبواعث متعددة متنوعة. وقد يندم في بعض الحالات النادرة كل دافع أو باعث"⁽⁴⁾

(1) د. محمد عبد المنعم عبد الخالق: الجرائم الدولية (دراسة تأصيلية للجرائم ضد الإنسانية والسلام وجرائم الحرب)، ط1/

1989، ص 100

(2) مجلة العدالة، الإمارات، العدد 30 - 33، العام 1982، الصفحة 7 - 18

(3) د. عبود سراج: قانون العقوبات القسم العام، جامعة حلب، ط1/ 1997 ص 175 - 176

(4) مهدي فرحان قبيها، الجريمة السياسية في القوانين العقابية، (دراسة مقارنة) جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا،

بحث مقدم استكمالاً لمادة التشريعات الجنائية المقارنة للفصل الدراسي 2014 - 2015

اما أنصار المذهب الشخصي فيذهبون الى ان الجريمة السياسية يمكن ان ترتكب لتحقيق أغراض سياسية أو تدفع إليها بواعث سياسية، بالتالي فان [الجريمة الارهابية] إذا كان الهدف منها ينطوي على باعث أو رغبة سياسية فإنها تعتبر جريمة سياسية " ويرى أنصار هذا المذهب أن الجريمة تعتبر سياسية أو عادية حسب الباعث الذي دفع المجرم إلى ارتكاب الجريمة، فإذا كان الباعث سياسيا كانت الجريمة سياسية وإلا كانت الجريمة عادية، وعلى هذا يمكن القول بان كل الجرائم يمكن أن تعتبر سياسية ما دام الباعث على ارتكابها سياسيا"⁽¹⁾

وتبرر النظرية الشخصية رأيها بان أساس الدعوة إلى تخفيف العقوبة في الجريمة السياسية هو الإحساس بالعطف والتقدير نحو المجرم السياسي بسبب نيل الهدف الذي يسعى إليه وهو الصالح العام ومحاربة الفساد الذي يتمثل في اعتقاده في الحكم الذي يريد تغييره، ولهذا ينبغي إقامة التمييز بين الجريمتين العادية والسياسية على أساس هذا الباعث فمتى كان الباعث دنيئا أو أنانيا اعتبرت الجريمة عادية ومتى كانت غاية الجاني من جريمته نبيلة هي إصلاح المجتمع وخدمته استحق فعله هذا وصف الجريمة السياسية⁽²⁾

اما في إطار التوفيق بين المذهبين الموضوعي والشخصي فيذهب أنصار المذهب المزدوج إلى " ربط الجريمة السياسية بالمعيار الموضوعي (طبيعة الحق المعتدى عليه) والمعيار الشخصي (الباعث لدى الجاني والهدف الذي يرمي إليه)، وعرفوا الجريمة السياسية بأنها الجريمة التي يكون الباعث الوحيد منها محاولة تغيير النظام السياسي أو تعديله أو قلبه ويشمل النظام السياسي استقلال الدولة وسلامة أملاكها وعلاقتها مع الدول الأخرى، وشكل الحكومة ونظام السلطات وحقوق الأفراد السياسية، فكل تعد مباشر على هذه النظم يكون جريمة سياسية"⁽³⁾.

(1) د. مصطفى كامل: شرح في قانون العقوبات العراقي القسم العام في الجريمة والعقاب، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف، بغداد، 1949، ص 69

(2) احمد الخليلي: شرح القانون الجنائي القسم العام، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرباط، ط1/ 1985، ص 104-105

(3) قانون العقوبات الإيطالي لسنة 1930، المادة 3/2041

• المطلب الثاني: البعد السياسي الواقعي للجريمة الارهابية والسياسية

لا شك ان الجريمة السياسية تقع لتحقيق غايات واهداف سياسية واضحة يدفع مرتكبها باعث سياسي عام غير شخصي أو أناني بغيته الاصلاح والتغير لصالح المجتمع، على ان واقع حال العمليات الارهابية يختلف اختلافاً كلياً وجذرياً حتى في غاياته واهدافه وان ظهرت بمظهر سياسي، حيث يعتبر هذا الاخير من أكثر الابعاد "تضرراً من جرائم الإرهاب، والتي يلاحظ أنها في أكثر الأوقات تستعمل للضغط على الحكومات والأنظمة السياسية لتبني وتحقيق غايات وسياسات معينة لا تكون في صالح البلاد، أو للتراجع عن قرار"⁽¹⁾.

ويعد الضغط على الأنظمة السياسية "للوصول إلى قرار سياسي بمعنى إرغام دولة أو جماعة سياسية على اتخاذ قرار معين أو الامتناع عن قرار تراه في مصلحتها، وما كانت لتتخذه أو تمتنع عنه إلا بضغط العمليات الإرهابية"⁽²⁾ من أبرز الاهداف الارهابية السياسية، وان تشابهت بعض الجرائم السياسية مع الجرائم الارهابية في بعض السلوكيات او الغايات او طرق تنفيذ الجريمة، فان الجريمة السياسية لا يمكن ان تقع بوسائل ارهابية او مدمرة لان ذلك يتنافى مع غاياتها السامية والاصلاحية، وهو عكس غايات الارهاب واهدافه التي في الغالب ما تكون مرعبة متطرفة ومدمرة.

وقد أشارت دراسة تحليلية صدرت في العام 1979 وتم إعدادها من قبل سكرتارية منظمة الأمم المتحدة عن الإرهاب أن من أبرز الأسباب السياسية الكامنة وراء ممارسة الأنشطة الإرهابية حول العالم هو "الموقف السيئ لما يسمى بالنظام العالمي الجديد"⁽³⁾، وعجز مجلس الأمن عن اتخاذ المواقف القانونية والأخلاقية اللازمة للتصدي لذلك، خصوصاً تلك الانتهاكات

(1) عبد الحفيظ عبد الله المالكي، نحو مجتمع أمن فكرياً: دراسة تأصيلية واستراتيجية وطنية مقترحة لتحقيق الأمن الفكري، مطابع الحميضي، الرياض / السعودية، ط1 / 2010م، ص 291

(2) د. شريف عبد الحميد، الإرهاب الدولي-أسبابه وطرق مكافحته في القانون الدولي والفقهاء الإسلامي-دراسة مقارنة، كلية الشريعة والأنظمة، جامعة الطائف / المملكة العربية السعودية، ع (31) ج (3)، ص 1145.

(3) إبراهيم أحمد، الدولة العالمية والنظام الدولي الجديد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الفلسفة، جامعة السانبا، كلية العلوم الاجتماعية، الجزائر / وهران، السنة الجامعية 2009 / 2010م، ص 33، كذلك: جودت سعيد وعبد الواحد علواني، الإسلام والغرب والديموقراطية، دار الفكر المعاصر، دمشق / سوريا، ط1 / 1996م.

التي تتعرض لها بعض الفئات والجماعات الإنسانية للدفاع عن وجودها إزاء حملات الإبادة والتطهير العرقي التي تتعرض لها"⁽¹⁾.

ويعتبر المتغير السياسي الدولي المؤثر في جرائم الإرهاب وهو مجموعة الأنشطة والسلوكيات والتفاعلات والمخاطر السياسية الدولية الناتجة عن علاقات الصراع والتعاون بين الدول في النظام الدولي والتي تؤثر في جرائم الإرهاب، حيث تعتبر التفاعلات السياسية جوهر هذه العلاقة بين أشخاص القانون الدولي، وهو ما يؤكد هانس مورجانتاوا أستاذ العلاقات السياسية الدولية بقوله إن "جوهر العلاقات الدولية هو السياسة الدولية، وإن موضوع السياسة الدولية هو الصراع بين الدول المستقلة من أجل القوة والنفوذ"⁽²⁾.

كما "تقف الدوافع السياسية وراء الكثير من الأعمال والسلوكيات الإرهابية، وذلك بسبب عجز السياسة في بعض الأحيان عن تحقيق الأهداف المنشودة، عليه فإن الأعمال الإرهابية تتحول إلى وسيلة عنيفة للتعبير عن قضية أو لنشر مظلمة أو من أجل الاحتجاج على سياسة معينة، أو بقصد الأضرار بمصالح دولة معينة لتعكير الأمن والأمان في تلك الدولة وإحداث حالة فوضى"⁽³⁾. وعلما يبدو بأن "وراء العديد من عمليات العنف وحركات الإرهاب دوافع سياسية، إذ إنه بمعتقد هؤلاء الذين يمارسون هذه الأعمال الإرهابية أنهم يحاولون من خلال ذلك الاحتجاج على سياسات الدول الكبرى من أجل جذب العالم إلى قضيتهم، فمثلا يسعى الإرهابيون إلى إجبار سلطات الدولة على اتخاذ خطوات متفكرة مع أهدافهم السياسية أو حتى إنزال الضرر بالدولة أو رعاياها"⁽⁴⁾.

كما أن الأضرار بالعلاقات الدبلوماسية بين الدول يعد من أبرز الغايات والأهداف التي وضعتها التنظيمات الإرهابية على رأس قائمة الأهداف السياسية لجرائم الإرهاب، وبالفعل فقد

(1) عبد الناصر حريز: النظام السياسي الإرهابي الإسرائيلي - دراسة مقارنة مع النازية والفاشية والنظام العنصري في جنوب أفريقيا، مكتبة مدبولي، القاهرة، بدون ت/ ط1، ص 69.

(2) ناصيف يوسف حنا، النظرية في العلاقات الدولية، دار الكتاب العربي، بيروت/ لبنان، ط1/ 1985م، ص 8.

(3) هيثم موسى حسن، التفرقة بين الإرهاب الدولي ومقاومة الاحتلال في العلاقات الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة / مصر، (1999)، ص 81

(4) فانتن فرج، الإرهاب: دراسة في الأبعاد القانونية والإنسانية، دراسة في كتاب، الكتاب رقم (102)، مركز المسبار للدراسات والبحوث، دبي / الإمارات العربية، يونيو / 2015م، ص 65

نجح هذا التوجه إلى حد بعيد خلال الفترة الزمنية التي تلت أحداث الحادي عشر من سبتمبر 2001م في الولايات المتحدة الأمريكية، خصوصا العلاقات الدولية بين الدول التي ينتمي إليها الأفراد الذين قاموا بتلك الأعمال، فأحداث الحادي عشر من سبتمبر تمثل أبرز الأمثلة التاريخية على ما يطلق عليه بالإرهاب السياسي، والذي غالبا ما يتم بمطالب أو من غير مطالب.

كما تؤكد الخاصية السياسية للسياسة الجنائية الخاصة بمكافحة جرائم الارهاب البعد السياسي للجريمة الارهابية؛ وبما أن العمل الإرهابي يحمل طابعا أمنيا وقانونيا وسياسيا في ذات الوقت، فإن "كل سياسة جنائية لا بد أن ترتبط بالوضع السياسي والأمني القائم في الدولة، والذي يوجهها ويحدد إطارها، حيث هناك علاقة أساسية بين المسائل المهمة والسياسة الوطنية والسياسة الجنائية"⁽¹⁾ وهو ما يؤكد العلاقة والرابط الواضح بين الإرهاب من الناحية القانونية وتدخلات السياسة الداخلية والدولية في صياغته المفاهيمية، وحتى مضمونه من حيث تسمية الجرائم وتكييفها والعقاب عليها.

"فالدول التي تسيطر عليها الأنظمة الديكتاتورية تختلف عن غيرها في سياستها الجنائية عن الدول ذات النظم الديمقراطية"⁽²⁾، حيث تتميز النظم الديمقراطية عن الأنظمة الاستبدادية بتمسكها بحكم القانون والمبادئ الديمقراطية مثل الانفتاح وشفافية الإجراءات والرقابة والمحاسبة المستمرة⁽³⁾ وعلى ذلك "ليس كل ما يتوصل إليه علم الإجرام من نتائج يتلقفها القائمون على السياسة الجنائية ويطبّقونها على مجتمعاتهم، بل لا بد أن يكون هناك معايير وضوابط سياسية تحكم السياسة الجنائية، فلا تعالج قضية رد الفعل ضد الجريمة بعيدا عن قضية الحرية، وعلى ضوء هذه المعالجة تتحدد السياسة الجنائية"⁽⁴⁾.

(1) قطاف تمام عامر، دور السياسة الجنائية في معالجة العود إلى الجريمة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ليسانس في الحقوق:

تخصص قانون جنائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة/الجزائر، ع. الدراسي 2013-2014، ص 10.

(2) أسامة صلاح بهاء الدين، مكانة الإصلاح والتأهيل في السياسة الجنائية المعاصرة، مجلة كلية الدراسات العليا، جامعة النيلين، السودان، م(4)، ع (16)، ص 12.

(3) مسألة ارتباط السياسة الجنائية بشكل النظام السياسي يعتبر أمرا نسبيا، ويعود ذلك إلى ضابط اعتبار النظام السياسي ديمقراطيا أو دكتاتوريا. فالبعض ينظر إلى الولايات المتحدة الأمريكية على أنها رائدة الدول الديمقراطية، وبالتالي سياساتها الجنائية ستكون كذلك، على أن ذلك يختلف على أرض الواقع في كثير من المشاهد والأحداث.

(4) ناصر بن محيا المطيري، السياسة الجنائية لمواجهة جريمة غسل الأموال في دول مجلس التعاون الخليجي واتجاهات السياسة الجنائية الدولية، (اطروحة دكتوراه منشورة) جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض / السعودية، (2007)، ص 75

○ المبحث الثاني: دلالة الباعث للجريمة السياسية والجريمة الارهابية

بالرغم من ان العديد من القوانين لا تعدد بالباعث في تكوين الجريمة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، فان معرفة الباعث وماهيته وتحديده بدقة والتميز بين البواعث نفسها في حال تشابهها في بعض الجرائم كما هو حال الجريمة السياسية والجريمة الارهابية يكشف علة ارتكاب الجاني لجريمته في كثير من الاحيان؛ كما ان طبيعة العديد من الجرائم تستلزم وجود الباعث كشرط من شروط وقوعها كما هو حال جريمة السرقة وجريمة القتل، وكذلك في الجرائم السياسية. هذا إذا ما اضفنا الى ذلك ان تكشف الباعث ووضوحه قد يعفي او يخفف بنص القانون الجاني من العقاب في بعض الجرائم، كما ان لمحكمة الموضوع ووفق سلطة تقديرية تشديد العقوبة في جريمة ما في حال كان باعثها دنيئاً او وضيعاً، والعكس صحيح، هذا إذا ما اضفنا ما للباعث من اهمية في توجيه السياسية الجنائية عموماً في مجال التجريم والعقاب. على ضوء ذلك ولتحقيق اهداف هذا المبحث تم تقسيمه على النحو التالي: يسلط المطلب الاول الضوء على مدلول الباعث بوجه عام والباعث السياسي على وجه الخصوص، اما المطلب الثاني فيركز على جانب التميز بين الباعث السياسي للجريمة السياسية والباعث السياسي لجريمة الارهابية.

• المطلب الأول: تحديد مدلول الباعث

العديد من "التشريعات العقابية المقارنة لم تضع تعريفا للباعث⁽¹⁾ بل تركت ذلك للفقه والقضاء وفق تقدير موضوعي وشخصي يتم فيه مراعاة الزمان والمكان على اساس ان الباعث هو امراً نفسياً داخلياً يختلف من جريمة الى اخرى، بل يختلف في بعض الاحيان في ذات النوع من الجرائم"⁽²⁾ وعلى هذا الاساس وجدت بعض الاتجاهات الفقهية التي تعرف الباعث بانه " عامل نفسي محرك للإرادة"⁽³⁾ او "النشاط النفسي المتعلق بالغاية"⁽⁴⁾.

(1) من أبرز تلك التشريعات قانون العقوبات المصري والعراقي وقانون الجزاء العماني

(2) د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات/ القسم العام، لبنان / بيروت، ط1 / 2018، ص 32

(3) د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات / القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط6 / 2015م، ص

526

(4) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات/القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ط8 / 2017،

ص 634

ومع ذلك فان بعض قوانين العقوبات في الدول العربية اوردت تعاريف للباعث مثل قانون العقوبات اللبناني رقم 340 / لسنة 1947 وقانون العقوبات السوري رقم 148 لسنة 1949م⁽¹⁾ اما المدلول القضائي للباعث فقد ذهبت المحكمة العليا في ولاية فرجينيا الامريكية الى تعريف الباعث بانه: السبب الدافع الذي يحمل على اتيان الفعل⁽²⁾ كما " ذهبت محكمة النقض المصرية الى تعريف الباعث بانه " الاحساس او المصلحة التي تدفع الجاني الى ارتكاب الجريمة"⁽³⁾.

ونعتقد بان الباعث هو محفز نفسي يحرك او يدفع الارادة للقيام بالفعل او النشاط، فاذا اضمنا الى هذا الباعث الغايات والاهداف السياسية، فيمكن تعريف الباعث السياسي بانه مجموعة المحفزات والمحركات السياسية النفسية التي تدفع ارادة الفرد للقيام بالنشاط او الفعل المادي، وهو باعث سياسي لأنه يقتصر أهدافه على تحقيق غايات واهداف سياسية. من هذا المدلولات وتلك التعريفات السابقة نجد اننا امام أكثر من معضلة قانونية وهي التمييز بين الباعث السياسي في الجريمة السياسية والباعث السياسي للجريمة الارهابية، حيث يتضح ان كل نشاط يكتسي المظهر السياسي ويسعى لتحقيق غايات سياسية فهو نشاط سياسي ويمكن ان يطلق على صاحبه مجرم سياسي بغض النظر عن الوسائل المستخدمة في تحقيق تلك الاهداف؛ الامر الذي ينطبق على المجرم الارهابي الذي يسعى من خلال قيامه بعملية ارهابية كتفجير مركبة بين المارة في الاحياء السكنية والتجارية مدعيا ان غايته النهائية الضغط على الحكومة لمزيد من الاصلاحات والحقوق السياسية او لتحقيق اهداف وغايات سياسية. أمر اخر وهو ان الباعث السياسي أمر يقع في النفس وتحركه المشاعر والاحاسيس والعواطف والانذفاعات الداخلية للفرد، يقوم على تحقيق اهداف وغايات سياسية في ظاهره، فاذا تحول الى النشاط النفسي الى فعل سياسي مادي ملموس او مشاهد، وجب تمييزه بين نشاط مجرم واخر غير مجرم؛ ولكون هذا التمييز يعتمد على باعث غير محسوس او يمكن

(1) د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 206

(2) أ.م.د. كاظم عبدالله الشمري، دور الباعث في تجريم الارهاب، مجلة العلوم القانونية / كلية القانون - جامعة بغداد، العدد الخاص لبحوث مؤتمر فرع القانون الجنائي المنعقد تحت عنوان " نحو سياسية جزائه معاصرة تجاه الجرائم الارهابية، في الفترة من 22-23 / 11 / 2017م، ص 158

(3) مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، نقض نوفمبر، ع (3) لسنة 1964، ص 1008

تميزه بسهولة ودقة لكونه امر نفسي، ترك امر تميز ذلك للفقهاء والقضاء وفق تقدير موضوعي وشخصي يتم فيه مراعاة الزمان والمكان، وهذا الامر بحد ذاته كذلك يعتبر مشكلة قانونية مؤثرة في تحقيق العدالة الجنائية.

لذلك ظهرت اتجاهات حديثة توسع من موضوع تميز الباعث السياسي نفسه، بهدف تسهيل التميز النفسي بين الباعث السياسي للجريمة الارهابية والباعث السياسي للجريمة السياسية، الامر الذي يساعد ويسهل على محكمة الموضوع واعضاء الادعاء العام تقدير تلك الانشطة الاجرامية، فليس من المقبول ان تعتبر الجرائم الارهابية التي تقوم على قتل الابرياء وتدمير الممتلكات العامة والخاصة جرائم سياسية لكون باعثها النفسي او الداخلي الذي صرح بظاهرة مجرم لا يعرف الرحمة والشفقة والشرف بانه باعث سياسي يهدف للإصلاح السياسي او تحقيق اهداف سياسية.

كما لا يمكن القبول باعتبار كل نشاط سياسي تستخدم فيه وسائل ارهابية تقوم على ذات الافعال التي لا تعرف الشرف والذمة والرحمة، بل تعتمد على قتل الابرياء وتدمير الممتلكات ونشر الخوف والرعب في المجتمع بهدف تحقيق اهداف سياسية حتى وان كانت واقعية جرائم سياسية.

إذا بات من الضروري بالفعل ضرورة تميز الباعث السياسي نفسه لكل من الجريمة السياسية والجريمة الارهابية من جهة وفي ذات الجريمة نفسها، لذا ذهب بعض الفقهاء الى تقسيم البواعث الى اتجاهين اتفقا على اهمية الاخذ بالجانب الاجتماعي والاخلاقي لمعرفة مدى حظها من السمو والوضاعة، أي تقسيم البواعث على اساس الكيف فهي إما بواعث شريفة واخرى وضيعة او دنئية⁽¹⁾.

بالتالي من الافضل والاكثر دقة واقرب الى تحقيق معايير العدالة الجنائية تميز الباعث السياسي في كل من الجريمة السياسية والجريمة الارهابية او حتى في ذات الجريمة الى باعث سياسي وضيع او دنئي واخر شريف حتى وان كان هذا التمييز كذلك يعتمد على جوانب غير

(1) انظر حول هذا التقسيم كل من د. علي حسن عبد الله الشرفي، الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية (دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الاسلامية) اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق/ جامعة القاهرة، 1986، ص 41 و د. عبد الرحيم صدقي، الارهاب السياسي والقانون الجنائي، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1985، ص 69 نقلا عن أ.م.د. كاظم عبد الله الشمري، دور الباعث في تجريم الارهاب، مجلة العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 160

ملموسة او مادية قد تشكل بحد ذاتها عقبة امام عضو الادعاء العام او النيابة وكذلك امام محكمة الموضوع، ولكن أصبح امامنا على اقل تقدير امكانية تجاوز الباعث السياسي كمعيار للتمييز بين كل من الجريمة السياسية والجريمة الارهابية، هذا التمييز الجديد يدفعنا الى ضرورة تعريف كل من الباعث الشريف والباعث الدنيء .

ويعرف بعض الفقه الباعث الدنيء بانه " ذاك الدافع الذي ينم عن سوء ووضاعة وانحطاط شخصية الجاني وميله للإساءة والاضرار"⁽¹⁾، كما يعرف كذلك بانه: كل باعث يهدف الى الحاق الضرر بالمجتمع او تعريضه للخطر"⁽²⁾ بالتالي يمكن تعريف الباعث الشريف عكس ذلك بكونه الدافع الذي ينم عن حسن وصدق نوايا الجاني واتجاهه للإصلاح والتغيير الايجابي دون تعريض المجتمع للخطر .

وفي القضاء الايطالي تعرف البواعث الشريفة بانها " البواعث النبيلة السامية التي تكون تطبيقا للأفكار والمفاهيم السائدة في ضمير المجتمع واتجه بناءا على ذلك الى تخفيف العقوبة إذا ارتكبت الجريمة حفاظا على الشرف في حين رفض هذا القضاء وصف الباعث شريفا إذا كانت الجريمة قد ارتكبت بدافع الانتقام"⁽³⁾ كما عرفت محكمة التمييز اللبنانية الباعث الشريف بانه " الباعث الذي يخلو من كل أنانية وفردية ليكون من الامور المجردة العامة التي تشمل المجتمع بأكمله"⁽⁴⁾.

على ضوء ذلك يمكن تعريف الباعث السياسي الدنيء بانه الباعث الذي يدعي صاحبه اهدافه السياسية الشريفة او الاصلاحية بينما تخفي حقيقة اهدافه الخسة والوضاعة ويتضح ذلك من خلال النتائج والاثار الضارة والخطيرة بالأفراد والمجتمع، والتي تتم من خلال وسائل غير قانونية او ارهابية، اما الباعث السياسي الشريف فيمكن تعريفه بانه الباعث الذي يقوم

(1) د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ط 3، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997، ص 132

(2) قرار محمة التمييز العراقية/ 288 / هيئة عامة/ 1971 في 11 / 9 / 1971، النشرة القضائية، العدد (3)، السنة

(1) العام 1971، ص 165؛ راجع كذلك حول الباعث الشريف الدنيء المواد (406 الفقرة ج) والمادة (135) والمادة

(128) والمادة (193) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969

(3) د. حسنين ابراهيم صالح عبيد، النظرية العامة للظروف المخففة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق/ جامعة القاهرة،

1971، ص 216

(4) قرار رقم 47 في 13 / 1974، منشور في مجلة العدل، السنة (8) العدد (3) لسنة 1974، ص 329

على تحقيق اهداف سياسية اصلاحية غير انانية او شخصية، تتضح عبر نتائج نبيلة وسامية تعود بالنفع على المجتمع ومن خلال ادوات ووسائل لا تقوم على الارهاب والترويع حتى وان خالفت القانون.

• المطب الثاني: ضوابط التمييز بين الجريمة السياسية والجريمة الارهابية

الجرائم السياسية هي تلك الجرائم التي يقصد من وراءها الجاني بصورة مباشرة أو غير مباشرة تغيير الوضع السياسي في الدولة، أي إلى إقامة هذا الوضع على صورة مختلفة عن صورته القائمة بالفعل والتي تفترض ان يتم تقرير ذلك من خلال الكثرة الغالبة من المواطنين. "فالمدلول العام للجريمة السياسية تتمثل بأنها صورة للنشاط السياسي الذي ينكب صاحبه طريق القانون فحملته العجلة في تحقيق أهدافه أو الميل إلى العنف في مواجهة الخصوم على أن يستبدل بالأسلوب الذي يرخص به القانون أسلوباً يحظره"⁽¹⁾.

الامر الذي يؤكد ان الجريمة السياسية تبدأ بنشاط سياسي مشروع غايته اصلاحية شريفة، تستخدم فيه الوسائل السلمية المشروعة، ويمكن ان تتم عبر الوسائل التي يجرمها القانون حتى وان لم تكن عنيفة او ارهابية، وهنا يتحول النشاط السياسي السلمي المشروع الى نشاط غير مشروع، فيتحول الناشط السياسي الى مجرم سياسي لمخالفته قانون الدولة.

فبالرغم من أن "الرغم من أن الجريمة الإرهابية والجريمة السياسية قد تتفقان أحيانا في الهدف الذي ترميان إليه، إلا إنهما تختلفان في الآليات المعتمدة لتحقيق ذلك، وكذلك في الصدى والتأثير اللذان تخلفانه على مستوى الرأي العام الدولي، والذي وان كان يتعاطف أحيانا مع الجريمة السياسية، فإنه يجمع على الادانة الكلية وغير المشروطة للجريمة الارهابية"⁽²⁾

⁽¹⁾ مهدي فرحان قباها، الجريمة السياسية في القوانين العقابية، (دراسة مقارنة) جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، بحث مقدم استكمالاً لمادة التشريعات الجنائية المقارنة 2014 - 2015

⁽²⁾ هاني رفيق محمد عوض، الجريمة السياسية ضد الافراد -دراسة فقهية مقارنة-رسالة لاستكمال متطلبات الماجستير، الجامعة الاسلامية بغزة، العام 2009 ص 53 ، نقلا عن د. خديجة عبدالحميد القطيشات ، التمييز بين الجرائم السياسية وجرائم الارهاب في النظام السعودي والقوانين المقارنة ، مجلة العلوم الاقتصادية والادارية والقانونية ، ع (5) ، م (1) يوليو 2017م ص 110

إذا ذات النشاط السياسي قد يكون مشروع في دولة ما ولكنه مخالف للقانون في دولة أخرى، حيث تخضع مشروعية النشاط السياسي الى معايير دستورية وقانونية واخلاقية تختلف من نظام سياسي الى اخر، لذا نجد ان العديد من الانشطة السياسية التقليدية في الدول التي لا تعترف بالأنشطة والمعارضة السياسية تعارض القانون والنظام العام وهنا يتم تحويل الناشط او المعارض السياسي الى مجرم سياسي، كما قد يستعجل بعض النشطاء او المعارضين السياسيين السلميين نتائج عملهم او نتيجة التضييق عليهم او بسبب ضيق مساحة الحرية السياسية فيتجهون الى اعمال يجرمها القانون عبر استخدام ادوات ووسائل ارهابية او وسائل عنيفة تتسبب بالإضرار بالمجتمع والافراد، الامر الذي يحول النشاط السياسي المشروع الى عمل ارهابي او جريمة ارهابية.

يتضح تاريخيا ومن خلال الاطلاع على العديد من الدراسات القانونية ان هذا الخلط بين الجريمة الارهابية والجريمة السياسية لم يقتصر على الدول الحديثة فقط، فقد شهدته العديد من الإمبراطوريات كالإمبراطورية الرومانية على سبيل المثال. فالرومان " لم يتمكنوا من التفرقة بين الإرهاب والجرائم السياسية حيث اعتبر المجرم السياسي عدو للأمة وكانت الجرائم السياسية تعد ضمن الجرائم العامة وهي الجرائم التي تشمل الأفعال الخطيرة التي يتعدى ضررها الأفراد فتصيب المجتمع بأسره مثل التآمر مع أعداء الوطن وجرائم المساس بأمن الدولة وإثارة الفتن والقتال والتمرد والثورة على سلطة الرئيس"⁽¹⁾

أما حديثا فيمكن إرجاع هذا الخلط بين تعريف الجريمة السياسية وتعريف الجريمة الارهابية الى " ارتباط تلك التعريفات بالمراحل الأولى لتداول مصطلح الإرهاب في المجتمعات الغربية والتي كان الغالب فيها المعاني السياسية دون غيرها، حيث وظف هذا المصطلح في وصف أعمال العنف المتبادل بين السلطة السياسية والمناهضة لها"⁽²⁾.

وقد تشكل مدلول ومعنى مصطلح الارهاب في نهاية القرن الثامن عشر إبان الثورة الفرنسية، وبالتحديد ابتداء من سنة 1794 حيث استعمل المصطلح الأول مرة في سياق سياسي بحت

(1) محمود سلام، موجز تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، مطبعة العربية الحديثة ومصر/ القاهرة، 1975م ص 28

(2) إمام حسانين عطا الله، الإرهاب والبنيان القانوني للجريمة - دراسة مقارنة - دار المطبوعات الجامعية / الإسكندرية،

" حيث عرف عن قادة الثورة الفرنسية اعتناقهم منهج وسياسات الإرهاب لإحكام سيطرتهم على أعداء الثورة، وقد صرحوا في مراسلاتهم وخطبهم السياسية بانتهاجهم لسياسات القمع والإرهاب"⁽¹⁾.

كما " اتسعت استخدامات هذا المصطلح بعد ذلك لتتضمن بالإضافة الى المعنى السياسي معاني أخرى كالعنف والترويع وكذلك المعاني الإجرامية كالتدمير والتفجيرات والقتل والخطف والابتزاز"⁽²⁾ وفي الموسوعة السياسية للمرحوم الأستاذ عبدالوهاب ألكيالي عرفت الجريمة الإرهابية بأنها:- استخدام العنف - غير القانوني - (او التهديد به) بأشكاله المختلفة , كالاعتقال والتشويه والتعذيب والنسف , بغية تحقيق هدف سياسي معين او كوسيلة من وسائل الحصول على معلومات او مال وبشكل عام: استخدام الإكراه لإخضاع طرف مناوئ لمشيئة الجهة الإرهابية⁽³⁾.

اما بخصوص مفهوم المعتقل السياسي والمجرم السياسي، فحتى نهاية القرن الثامن عشر تقريبا كان المجرم السياسي يعامل معاملة قاسية، نظرا للاستبداد الحكم الفردي المطلق على مختلف نواحي الحياة العامة، وكان معاملة المجرم السياسي ثمة تضامن بين الملوك على تعقب المجرمين السياسيين، حتى إن مجال استرداد المجرمين كان مقتصرًا على الجرائم السياسية، " ولم تتغير نظرة التشدد مع المجرم السياسي إلا في مطلع القرن التاسع عشر، ومع اندلاع الثورات في سبيل حرية الشعوب، فظهرت الدعوى إلى وجوب معاملة المجرم السياسي بنوع من الرأفة"⁽⁴⁾.

وينظر القضاء الفرنسي إلى الجرائم السياسية في إطار تطبيق إجراءات التسليم بكيفية مغايرة عن الطريقة التي يبت فيها في الجرائم المذكورة كمحاكمة داخلية فرنسية، حيث رفض اعتبار جريمة اغتيال رئيس الجمهورية الفرنسي Paul Dormer جريمة سياسية وقرر محاكمة

(1) سامي جابر، إرهاب الدولة في القانون الدولي العام، دار المعارف بمصر بدون ط / 2003م، ص 10 - 11

(2) إمام حسانين عطا الله، الإرهاب والبنيان القانوني للجريمة، مرجع سابق ص 13.

(3) عبد الوهاب ألكيالي، موسوعة السياسية، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، لبنان / بيروت، ط3 / 1990م، الجزء

الأول، ص 153

(4) د. سمير عالية والمحامي هيثم سمير عالية، الوسيط في شرح قانون العقوبات، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر

والتوزيع، 2010، ص 226-227

المتهم بارتكابها على أساس أنها جريمة من جرائم الحق العام⁽¹⁾، كما اعتبر أعمال العنف المرتكبة ضد أفراد القوة العمومية جرائم الحق العام بالرغم من الباعث السياسي⁽²⁾ ونفس الأمر ينطبق على جرائم الكتابات الحائطية التي اعتبرها جرائم عادية وليست بسياسية رغم مساسها بالنظام السياسي القائم وارتكابها لأهداف سياسية⁽³⁾.

غير أن القضاء الفرنسي كان يعتبر الأفعال ذاتها جرائم سياسية حينما يتعلق الأمر بمطلوبين للتسليم من طرف دول أخرى، ويرفض تسليمهم من أجلها⁽⁴⁾ أما الجريمة العادية فان الأصل فيها أن تكون دوافعها عادية، كما ان الدافع فيها دافعاً أنانياً دنيئاً يتعلق بالمصالح الشخصية من قتل، أو سرقة، أو قذف الخ، وبقصد جنائي من غير باعث سياسي⁽²⁾.

على ضوء ما سبق يمكن تمييز الجريمة السياسية عن الجريمة الارهابية وفق المعايير التالية:

1. يجب ان يكون الباعث على اقتراف الجريمة السياسية هو باعث نبيل وشريف، اما الجريمة الارهابية فالباعث عليها دائما ما يكون وضيع ودنيء.
2. وراء الجرائم السياسية دوافع سياسية عامة تقوم على اهداف اصلاحية للمجرم السياسي، فيعود خير عمله على وطنه والمجتمع، اما الجرائم الارهابية فدائما ما تكون شخصية وأنانية، حتى وان وقعت من قبل تنظيمات او جماعات ارهابية.
3. تستخدم في الجرائم السياسية غالبا وسائل سلمية حتى وان خالفت القانون، مع التأكيد على خضوع سلمية تلك الوسائل الى اعتبارات نسبية من بلد الى اخر، بينما تستخدم في الجرائم الارهابية وسائل تعتمد على العنف والارهاب والتطرف
4. الجريمة السياسية جريمة داخلية تنسم بطابعها الوطني، اما الجريمة الارهابية فغالبا ما تظهر بمظهر دولي عابر للحدود الوطنية رغم كونها من جرائم امن الدولة الداخلية.

(1) قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1932/08/20

(2) قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 12 مارس 1969/ وقرارها بتاريخ 13 يونيو 1972

(3) قرار محكمة النقض بتاريخ 1972/2/29 و 1983/11/15

(4) هشام الملاطي، مفهوم الجريمة السياسية، موقع صحيفة هسبريس www.hespress.com

○ خاتمة الدراسة:

الاثار الناتجة عن صعوبة التمييز بشكل أكثر دقة بين الباعث السياسي للجريمة الإرهابية والباعث السياسي للجريمة السياسية أثر كثيرا على متطلبات العدالة الجنائية من جهة؛ كما كانت لها النتائج السلبية في ما يتعلق بمعالجة إشكاليات المتهمين الذين يتم استغلالهم نفسيا وذهنيا لارتكاب جرائم إرهابية من جهة اخرى، فاذا اضفنا الى ذلك تحول العديد الأنشطة السياسية المشروعة الى جرائم تنطبق عليها متطلبات التجريم السياسي وحتى اعتبارها جرائم إرهابية فسنجد انفسنا أمام قائمة طويلة من التحديات والعقبات القانونية والقضائية والأمنية. على ضوء ذلك سعت هذه الدراسة الى معالجة تلك التحديات والصعوبات التي يقع على راسها معيار التمييز بين الباعث السياسي للجريمة الإرهابية والباعث السياسي للجريمة السياسية الى الحد الذي يمكن معه من تقليص نتائجها وانعكاساتها الخطيرة على الجهات ذات الاختصاص بتحقيق العدالة الجنائية، وهو ما يمكن استخلاصه من النتائج والتوصيات التي توصلت اليها.

• أولا: النتائج

- 1- للجريمة الارهابية مظهر سياسي نظري واخر عملي كما هو حال الجريمة السياسية
- 2- يمكن ان تقع الجريمة الارهابية لتحقيق غايات او اهداف سياسية كما هو حال الجريمة السياسية، على ان ذلك لا يعني ان وصفها القانوني يتغير من جريمة ارهابية الى جريمة سياسية، ولكن يمكن ان يكون باعثها السياسي محل تقدير ويمكن ان يخفف من العقوبة
- 3- من الطبيعي ان يتحول العمل او النشاط السياسي الى جريمة سياسية، كما يمكن ان تتحول الجريمة السياسية الى جريمة ارهابية ان استعجل صاحبها تحقيق غاياته السياسية فلجأ إلى استخدام اساليب الارهاب بدلا من الاستمرار بالعمل السياسي السلمي.
- 4- ليس بالضرورة ان تقع الجريمة الارهابية بوسائل عنيفة، حيث يمكن ان تقع بوسائل ناعمة او غير عنيفة ولكن جميع تلك الوسائل والادوات تكون متطرفة واثارها ارهابية
- 5- الجريمة السياسية جريمة داخلية او وطنية على عكس الجريمة الارهابية والتي وان عدت من جرائم الداخل فهي جريمة في الغالب الاعم عابرة للحدود الوطنية اثارها دولية

- 6- تبدأ الجريمة السياسية بنشاط سياسي مشروع يتحول الى جريمة سياسية نتيجة مخالفة القانون
- 7- طبيعة الحق المعتدى عليه لوحد لا يكفي للتفريق بين الجريمة السياسية والجريمة العادية، لان الاعتداء على حق الدولة السياسي، لا يصح أن يعطى دائما صفة سياسية
- 8- متى كان الباعث دنيئا أو أنانيا اعتبرت الجريمة عادية ومتى كانت غاية الجاني من جريمته نبيلة هي إصلاح المجتمع وخدمته استحق فعله هذا وصف الجريمة السياسية
- 9- معرفة الباعث وماهيته وتحديد بدقه والتميز بين البواعث نفسها في حال تشابهها في بعض الجرائم كما هو حال الجريمة السياسية والارهابية يكشف علة ارتكاب الجاني لجريمته في كثير من الاحيان
- 10- طبيعة العديد من الجرائم تستلزم وجود الباعث كشرط من شروط وقوعها كما هو حال جريمة السرقة وجريمة القتل، وكذلك في الجرائم السياسية.
- 11- تكشف الباعث ووضوحه قد يعفي او يخفف بنص القانون الجاني من العقاب في بعض الجرائم، ولمحكمة الموضوع ووفق سلطة تقديرية تشديد العقوبة في جريمة ما في حال كان باعثها دنيئا او وضيعا، والعكس صحيح
- 12- للباعث اهمية في توجيه السياسة الجنائية عموما في مجال التجريم والعقاب العديد من التشريعات العقابية المقارنة
- 13- قد تتفق الجريمة الإرهابية والجريمة السياسية في الهدف الذي ترميان إليه، إلا إنهما تختلفان في الآليات المعتمدة لتحقيق ذلك
- 14- النشاط السياسي قد يكون مشروع في دولة ما ولكنه مخالف للقانون في دولة اخرى، حيث تخضع مشروعية النشاط السياسي الى معايير دستورية وقانونية واخلاقية تختلف من نظام سياسي الى اخر
- 15- قد يستعجل بعض النشطاء او المعارضين السياسيين السلميين نتائج عملهم او نتيجة التضيق عليهم او بسبب ضيق مساحة الحرية السياسية فيتجهون الى اعمال يجرمها القانون عبر استخدام ادوات ووسائل ارهابية او وسائل عنيفة تتسبب بالإضرار بالمجتمع والافراد، الامر الذي يحول النشاط السياسي المشروع الى عمل ارهابي او جريمة ارهابية

• ثانيا: التوصيات

- 1- اعتبار الباعث السياسي الدنيء والشريف معيار ادق للتمييز بين الجريمة السياسية والجريمة الارهابية وعدم الاكتفاء للتمييز بينهما على مجرد الباعث السياسي
- 2- ترك تقدير الباعث السياسي للجريمة السياسية والارهابية للفقه والقضاء وفق تقدير موضوعي وشخصي يتم فيه مراعاة الزمان والمكان على اساس ان الباعث هو امر نفسيا داخليا يختلف من جريمة الى اخرى، بل يختلف في بعض الاحيان في ذات النوع من الجرائم.
- 3- لا يجب الاكتفاء بطبيعة الحق المعتدى عليه حتى وان تلبس بالمظهر السياسي او كانت اهدافه سياسية للتفريق بين الجريمة السياسية والجريمة العادية.
- 4- نفي صفة الجريمة السياسية في حال وقوعها بأدوات ووسائل ارهابية
- 5- امكانية التخفيف من العقوبة في الجرائم الارهابية التي يثبت وقوعها وفق باعث سياسي او نتيجة تغرير بالمجرم الارهابي.
- 6- تاهيل الكوادر القضائية واعضاء النيابة او الادعاء العام التأهيل الأكاديمي والتدريبي المناسب للتعامل مع مثل هذا النوع من البواعث النفسية الداخلية.

الدراسة الثانية:

العراقيل التي تواجه عمل الأنتربول الشرطي في إطار التعاون الدولي من أجل مكافحة الجريمة المنظمة

د. عبد العزيز خنفوسي⁽¹⁾

د. محمد الأمين كمال⁽²⁾

لطالما شكلت الجرائم الخطيرة هاجسا مُرعبا يُهدد كيان المجتمعات برمتها، وهذا لما تسببه من زعزعة وتهديد للأمن ينجم عنه في نهاية المطاف حالة اللإستقرار بين مختلف مكونات المجتمع، وعليه فالمجرم الذي يرتكب هذا النوع من الجرائم يسعى بكل قوة إلى تقييد سير التنمية، وشل كل المؤسسات والمرافق العامة الحساسة داخل البلد، ولعل من أبرز المشاكل والصعوبات التي تواجهها البلدان التي تعاني من هذه الجرائم هو قيام مرتكبيها بالفرار والهروب إلى دول أخرى، الأمر الذي يدفع بالدول المتضررة إلى محاولة إعداد منظومة قانونية وقضائية تكون قادرة على كشف هذا النوع من الجرائم وقت وقوعها، وكذا الوصول إلى المجرمين الفارين خارج حدود دولهم عن طريق تطبيق وسائل قانونية تسمح بذلك، والتي تكون في أغلب الأحيان عبارة عن اتفاقيات دولية خاصة بتسليم المجرمين الهاربين.

لقد تأثر الفكر الإجرامي بالتطور الرهيب والمذهل الذي أصبح بلا شك يمثل سمة العصر الحالي، مما جعله يحمل العديد من المتغيرات التي يصعب التنبؤ بها في ظل عدم القدرة على التوقع، فنمط ارتكاب الجريمة قد انتقل من المجتمع العادي الداخلي إلى المجتمع المنطور الدولي، فهذا الأخير أصبح يعتمد في ارتكابه للإجرام المنظم الدولي على كل ما يوجد به

(1) أستاذ محاضر قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهر مولاي بسعيدة، الجزائر.

(2) أستاذ محاضر قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون بتيارت، الجزائر.

التقدم العلمي الذي يتم تسخيره لتحقيق الأغراض الإجرامية غير المشروعة، وبالتالي فظهور النمط الجديد والمستحدث في ارتكاب الجريمة بدءًا من المستوى الوطني والإقليمي ثم المستوى العالمي لتسمى بذلك الجريمة المنظمة العابرة للحدود، هو الذي جعل الدول غير قادرة على مواجهة جميع الأنشطة الإجرامية المنظمة، وهذا إما لأن هذه الدول غير قادرة على المواجهة الفردية، أو أنه لا تربطها مع الدول الأخرى اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف بغية التصدي للجريمة المنظمة، وكذا تسليم المجرمين الفارين إلى أقاليم دول أخرى.

1- الإطار النظري للدراسة:

إن الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية تقوم على أساس الإستخدام الأمثل والفعال لمجموعة من الأساليب والطرق والوسائل التي تمكنها من تنفيذ مخططاتها بغية الوصول إلى غايتها وأهدافها التي سطرته، ولتحقيق ذلك فإنه يتوجب عليها الإستعانة بالخبراء والمختصين من مختلف القطاعات والإختصاصات، فهؤلاء وما يُمكن أن يقدموه للمنظمات الإجرامية سواء فيما يتعلق بالتقنيات الحديثة المستعملة في ارتكاب هذا النوع من الجرائم، أو افكار تتمثل في سهولة التنقل لعناصر الجريمة المنظمة العابرة للحدود، وهذا من خلال صعوبة تتبعهم ومعرفة أماكن تواجدهم، بالإضافة إلى ذلك فالدول التي وقع على إقليمها هذه الجرائم قد تصطدم بعائق الحدود والسيادة هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد يثار أمامها كذلك مسألة إختلاف التشريعات بين مختلف الدول، الأمر الذي يجعل هذه الدول غير قادرة من خلال ما تمتلكه من أجهزة على مكافحة الإجرام المنظم، مما يعني أنه يجب خلق عمل متكامل قادر على إيجاد آليات تعاونية يتم تفعيلها على كافة مستويات المكافحة المحلية والإقليمية والدولية، كما يجب كذلك تطبيق الأسلوب العلمي، والاستعانة بوسائل غير تقليدية يكون لها القدرة الكافية على القيام بإجراءات البحث والتحري في سبيل مجابهة المخاطر والتهديدات الصادرة عن أعضاء المنظمات الإجرامية.

لقد تأكد للجميع بأن هناك قلق حيال إتساع دائرة الجريمة المنظمة العابرة للحدود، وهذا لعدم قدرة الدولة بمفردها تتبع أماكن إختباء الأشخاص المرتكبين لهذه الجريمة، وكذا من الصعوبة بمكان إلقاء القبض عليهم والقيام بمحاكمتهم. من هنا كان لابد من إيجاد آلية دولية

تساعد الدول في القبض على المجرمين وتسليمهم إلى الجهات القضائية المختصة من أجل محاكمتهم وفق قواعد المحاكمة العادلة، وبالفعل استطاعت الدول في عام 1923 أن تشكل المنظمة الدولية للشرطة الجنائية - أو ما يسمى الأنتربول -، والتي سمحت لكل أعضائها من تبادل المعلومات فيما بينهم خصوصا تلك المتعلقة بالمجرمين الدوليين، والعمل على مكافحة كل أشكال وأنواع الجرائم المنظمة الدولية، ودعم جهود سلطات الشركة الجنائية في إطار التعاون المتبادل بين الدول، والقائم على تطبيق كل القوانين الموجودة في سبيل محاربة هذه الجرائم العابرة للحدود الوطنية.

2- الدراسات السابقة للموضوع:

- **الدراسة الأولى:** "ردع الجرائم الدولية بين القضاء الدولي والقضاء الوطني"، والتي تقدمت بها الباحثة مارية عمرواي في إطار أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق تخصص علوم جنائية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر ببسكرة، الجزائر، وهذا خلال السنة الجامعية: 2015/2016، وعليه فقد حاولت الباحثة من خلال دراستها أن تركز قدر الإمكان على مصطلح الجرائم الدولية، وهذا حتى لا يقع خلط مع المصطلحات الأخرى الكثيرة والمتشابهة، كما تطرقت كذلك إلى عنصر القضاء الوطني كأداة رادعة لها الأولوية في كشف وتتبع الجرائم الدولية، ثم انتقلت بعد ذلك على القضاء الدولي الذي يعتبر أجنبيا لدى العديد من الدول التي لم يستقر في ذهنها فكرة قبوله، واللجوء إليه عند وقوع الجرائم الدولية، فهو يعتبر العنصر المكمل والمنقذ للقضاء الوطني في حالة انهياره أو تبين أنه غير مستقل، بالإضافة إلى ذلك فهو يسد كل الفراغات التي يتركها القضاء الوطني حتى يتم التقليل من حالات الهروب والعقاب والمحاسبة القانونية عن هذا النوع من الجرائم.

- **الدراسة الثانية:** "انضمام فلسطين للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الانتربول) والآثار القانونية المترتبة عليه (دراسة تحليلية في ضوء الشريعة الإسلامية)"، والتي تقدم بها الباحث عصام محمود محمد الكحلوت استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام بكلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين خلال شهر اوت 2018، ومن خلال هذه الدراسة حاول الباحث أن يعطينا مفاهيم حول كل ما يتعلق بعمل آليات التعاون

الدولي في سبيل مكافحة الجريمة المنظمة سواء في القانون أو في الشريعة الإسلامية، وكذا التطرق بنوع من التفصيل إلى المنظمة الدولية للشرطة الجنائية من خلال اعطاء تعريف لها، وتبيان الوسائل التي تعتمد عليها في سبيل مكافحة الجريمة المنظمة، بالإضافة إلى ذلك نجد أن الباحث تكلم في خضم رسالته عن الشروط والإجراءات التي تمكن فلسطين من الانضمام إلى منظمة الأنتربول، وأهم الآثار المترتبة عن ذلك.

- **الدراسة الثالثة:** "الآليات الدولية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية"، والتي تقدمت بها الباحثة ذنايب آسية في إطار نيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع العلاقات الدولية وقانون المنظمات الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الأخوة منتوري بقسنطينة، الجزائر، وهذا خلال السنة الجامعية: 2010/2009، وقد خلصت الباحثة من خلال الموضوع المتناول إلى القول بأن الانتشار الرهيب وغير المسبوق للجريمة المنظمة خصوصا وما تخلفه من أضرار كثيرة ومختلفة على جميع الأصعدة استدعى الأمر إعطاء مفهوم عام وشامل للجريمة المنظمة من خلال اتفاقية باليرمو سنة 2000، وكذا المساعي الحثيثة والجهود الجبارة والمضنية التي اتخذت في سبيل مكافحة الظاهرة على جميع الأصعدة من خلال إيجاد تعاون دولي كفيل بالقضاء عليها والحد من أضرارها، وهذا لأن النظم القانونية السابقة كانت عاجزة عن مكافحتها بصفة إنفرادية، الأمر الذي تطلب وضع أساليب ذات التعاون المشترك، وآليات متعددة - قانونية، فضائية وأمنية - قادرة على تخطي كل العوائق التي تقف حائلا أمام مكافحة الجريمة المنظمة على المستويات المحلية.

- **الدراسة الرابعة:** "التعاون الدولي في مكافحة الإجرام المنظم"، والذي تقدمت به الباحثة بورحلة عقيلة في إطار حصولها على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، وهذا خلال شهر جوان 2014، ومن خلال هذه الدراسة توصلت الباحثة إلى أن الإجرام المنظم أصبح ظاهرة عالمية تهدد كيان الأمن الدولي، وأن آثارها لم تقتصر فقط على الإقليم الداخلي للدولة الواحدة، وإنما امتدت لتشمل بذلك الدول والقارات، والذي سهل انتشارها هو جملة التحولات والتغيرات التي أحدثتها ثورة المعلومات والتكنولوجيا الرقمية خصوصا في مجال الاتصالات، فبات من الضروري التفكير في إقامة تعاون دولي يكون قادراً على القضاء على الإجرام المنظم في جميع صورته ومختلف أشكاله.

3- أهداف دراسة للموضوع:

يمكن القول بأن الجريمة المنظمة تقوم على أساس التخطيط الدقيق والمنظم لإفراغ نشاطها الإجرامي، فهي تُرتكب من قبل أشخاص يتمتعون بهيكل تنظيمي تغلب عليه الإحترافية العالية، وهذا بهدف تحقيق أرباح وأموال طائلة، وبغض النظر عما يمكن أن تسببه هذه الأنشطة غير المشروعة من أضرار اجتماعية وإقتصادية، وحتى نفسية تصيب المجتمع في تركيبته وكيونته، وبهذا فالجريمة المنظمة مبنية على أساس تنظيمي هرمي يحاول من خلاله كل عناصرها الفاعلة استخدام وسائل متطورة وتقنيات حديثة جد عالية في سبيل ارتكاب كافة الأنشطة الإجرامية التي لا حدود لها، كما أنها قد تستخدم وسائل وأنشطة مشروعة في سبيل تحقيق أنشطتها غير المشروعة، وقد يصل الأمر بها كذلك إلى عقد اتفاقات وتحالفات مع مجموعات إجرامية أخرى تنشط في نفس مجالها بغية تحقيق الأهداف التي كانت تسعى إليها.

وعليه نسعى من خلال حديثنا عن مدى الصعوبات والعراقيل التي يُمكن أن تواجه المنظمة الدولية للشرطة الجنائية بغية مكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود في إطار التعاون الدولي، وكذا من خلال اللجوء إلى المساعدة القضائية بشأن جرائم معينة تحقيق جملة من الأهداف نجملها فيما يلي:

1. إثبات أن ظهور مصطلح الجريمة المنظمة العابرة للحدود، أو الجريمة المنظمة عبر الدول كان نتاج ظاهرة عولمة الاقتصاد والثقافة الذي أدى في الأخير إلى عولمة الجريمة.
2. التأكيد على أن الجريمة المنظمة عبر الدول أصبحت غير مقتصرة على الأنشطة التقليدية العادية من أجل ارتكاب نشاطها الإجرامي، وإنما أصبحت تعتمد على أنماط حديثة تواكب كل تطور تكنولوجي يظهر على الساحة الوطنية والإقليمية والدولية.
3. الإعتراف القاطع بأن الدولة لوحدها غير قادرة على مواجهة التحديات التي تفرضها الجريمة المنظمة، وهذا بسبب فرض هيمنتها وسيطرتها في إطار التحالفات التي تقام بين مختلف المنظمات الإجرامية الوطنية.
4. القول بأن عدم وجود نموذج موحد للنشاط الإجرامي المنظم لا يمكن مواجهته إلا من خلال توحيد النظم القانونية الإجرائية بين مختلف الدول المعنية.

5. العمل على تحديث التشريعات المحلية الوطنية الخاصة بالجرائم المنظمة، وإبرام اتفاقيات تُراعى فيها خصوصية هذا النوع من الإجرام العابر للحدود، وهذا بغية القضاء على كل العراقيل والصعوبات التي يُمكن أن تواجه منظمة الأنتربول في التصدي لهذه الجريمة المنظمة عبر الدول.

6. لا مفر من تطبيق مبدأ التعاون القضائي الدولي الذي يعتمد أساساً على تعاون السلطات القضائية في مختلف الدول من أجل مكافحة الجريمة المنظمة.

4- الإشكالية الرئيسية والتساؤلات الجزئية للموضوع:

إن رغبة الدول وسعيها إلى إنشاء المنظمة الدولية للشرطة الجنائية كان نتيجة إقرارها وإقرارها أن هذا النوع من الجرائم يصعب مواجهته ومكافحته من طرف دولة واحدة، وعليه كان لابد من أن يتم خلق مجموعة من الآليات يُمكن من خلالها وضع سبل التعاون والعمل على مكافحة الجريمة المنظمة، وفي هذا الصدد يُمكن القول أن مكافحة الجريمة المنظمة لا يتم فقط على المستوى الوطني، وإنما كذلك على المستوى الدولي، فالعالم اليوم سيعرف عصرًا جديدًا يُسمى عصر العدالة الجنائية الدولية حسب رغبة الفقيه "جروسو" GROSSO " الذي قال بأنه لا يمكن لأي جاني أن يسلم من جنائته في جميع الدول.

وعليه، فالإشكالية الرئيسية التي نحن بصدد طرحها، ونود الإجابة عليها مع التساؤلات الجزئية في متن الموضوع تتمثل فيما يلي:

ما هي العراقيل التي تواجه المنظمة الدولية للشرطة الجنائية في إطار التعاون الدولي أثناء مكافحة الجريمة المنظمة؟

كما ويتمخض عن الإشكالية الرئيسية مجموعة من التساؤلات الفرعية أو الجزئية نذكر منها الآتي:

• هل يصعب على المنظمة الدولية للشرطة الجنائية مكافحة الجريمة المنظمة، وهذا نظرًا لتشعبها وتشابكها، وكذا نتيجة تأثيرها السلبي على الدول التي ترتكب فيها مثل هذه الجرائم؟

- لماذا لا يوجد اتفاق بين الدول على وضع نموذج موحد للجريمة المنظمة؟، فهل الأمر يرجع إلى المصالح الاقتصادية والسياسية لكل دولة، أم أن الأمر له علاقة بالأنماط الحديثة التي أصبحت تُرتكب بواسطتها الجريمة المنظمة؟
- هل تنوع واختلاف النظم التشريعية الإجرائية كان عائقاً أمام الكثير من الدول التي كانت تسعى إلى مكافحة ومواجهة الجريمة المنظمة؟
- ما مدى اعتبار التنازع في الاختصاص القائم بين الدول بالنسبة للجرائم المنظمة من أهم الصعوبات التي يُمكن أن تواجه منظمة الأنتربول.

5- تصميم هيكل الدراسة: يتم تقسيم الموضوع بجانب المقدمة والخاتمة إلى:

- المطلب الأول: غياب الإتفاق بين الدول من أجل وضع نموذج موحد للجريمة المنظمة.
- المطلب الثاني: التنوع والإختلاف في النظم القانونية الإجرائية الخاصة بمجابهة الجريمة المنظمة.
- المطلب الثالث: التنازع في الإختصاص القائم بين الدول من أجل مواجهة الجريمة المنظمة.

○ المطلب الأول: غياب الإتفاق بين الدول من أجل وضع نموذج موحد للجريمة المنظمة

لا غرابة اليوم في أن العالم أصبح يعكس الهاجس المُربع الذي فرضت عليه الجماعات الإجرامية المنظمة، وهذا لما لها من تأثير واضح في العديد من المجالات بسبب ما تخلفه ورائها من أضرار خطيرة واسعة الإنتشار، فالجريمة المنظمة أصبحت أكثر تناعماً وتجانساً مع المجتمع المتطور، خصوصاً وأنها تتلائم مع المجتمعات الحديثة التي لم يُعد للإجرام التقليدي مكاناً فيها، وهذا بسبب أن الجريمة المنظمة أصبحت تقوم على قدر كبير من التخطيط والتنظيم المُحكم في السلوك الإجرامي الذي يتم من خلال وسائل وتقنيات جُد متطورة⁽¹⁾.

(1) أنظر: عباسي محمد الحبيب، الجريمة المنظمة العابرة للحدود، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص: القانون العام، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، السنة الجامعية: (2016/2017)، ص: 07.

ومما يُمكن القول معه أن أي دولة من دول العالم، إلا وعانت من ويلات الجريمة المنظمة العابرة للحدود، فالمكافحة الفردية التي تقوم بها الدولة لوحدها أصبحت غير مجدية ونافعة، الأمر الذي تطلب معه تكاتف جهود جميع الدول في سبيل مجابتهتها على جميع الأصعدة، وهذا من خلال خلق مجموعة من الآليات إما على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي عن طريق التعاون الأمني، أو حتى القيام بإنشاء أجهزة دولية ذات طابع عالمي أو إقليمي تكون متخصصة في مكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود⁽¹⁾.

يذهب البعض إلى القول بأنه الجريمة المنظمة العابرة للحدود مازالت محل خلاف بين التشريع والفقهاء بخصوص وضع التعريف الدقيق لها، فالغموض الذي يكتنفها يُمكن أن يؤثر بشكل أو آخر في تحديد السياسة الجنائية التي يُمكن انتهاجها في سبيل مكافحتها سواء على المستوى الدولي أو الوطني، كما أن الجريمة المنظمة العابرة للحدود تُعتبر إحدى السلوكيات الإجرامية المُعقدة، وهذا لأنها تتألف من العديد من الحلقات وكل حلقة تحتوي على حلقات أخرى، مما يجعل منها جريمة كاملة فريدة من نوعها⁽²⁾ هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد اعتبرت الجريمة المنظمة من الجرائم المتشابكة والمتشعبة التي صعبت من عمل المنظمة الدولية للشرطة الجنائية بخصوص مكافحتها، فهي إلى حد ما مازالت تؤثر بشكل أو آخر تأثيراً سلبياً على كل الدول التي عانت من خطورتها⁽³⁾، وكما لا يخفى على الجميع بأن اختلاف وجهات النظر حول تحديد مفهوم الجريمة المنظمة العابرة للحدود بين الدول يرجع في الأساس إلى عدة اعتبارات، والتي من بينها أن بعض الدول تنظر إلى هذه الجريمة بمثابة تهديد لها على جميع المستويات، وهي بذلك خطر يُهدد أمنها وسلامتها، أما البعض الآخر من الدول يراها بأنها لا تشكل أي خطورة مهما تعددت واختلفت آثارها الناجمة عنها، كما أن عدم وضع تعريف لها يجعل من المجتمع الدولي غير قادر على إيجاد السبل الكفيلة لمكافحتها في إطار تنسيق الجهود المبذولة من الجميع.

(1) أنظر: عباسي محمد الحبيب، المرجع نفسه، ص: 08.

(2) أنظر: نسرين عبد الحميد نبيه، السلوك الإجرامي المُعقد، ط2، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2012، ص، ص: 12، 13.

(3) أنظر: فنور حاسين، المنظمة الدولية للشرطة الجنائية والجريمة المنظمة، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق "بن عكنون"، جامعة الجزائر 01، الجزائر، ص: 122.

وهذا وترجع الصعوبة في نموذج موحد للجريمة المنظمة العابرة للحدود إلى غياب الإتفاق بين الدول بخصوص تكوين رؤية متكاملة حول تعريفها كظاهرة، بالإضافة إلى أن ظاهرة الجريمة المنظمة تقوم على مسألة تعدد الأشكال وتنوع الأنشطة والسلوكيات الإجرامية التي ترتكب بصدها، كما أن الآراء مازالت مختلفة في تحديد الوصف الدقيق لها، حيث نجد أن البعض يعتبرها فكرة شعبية أكثر منها قانونية، وفي هذا عمدت وسائل الإعلام المختلفة إلى اعتبارها مفهوم أدبي يتم استخدامه في المحافل العلمية⁽¹⁾.

لقد بات من الضروري علينا أن نبحث في جملة الصعوبات التي تقف عائقاً أمام وضع تعريف للجريمة المنظمة العابرة للحدود، والتي نراها تبدأ من مسألة الاختلاف الذي يحوم حول اختيار المصطلح الذي يُناسب الجريمة ويُدل عليها دلالة أكيدة وقاطعة، الأمر الذي فرض على الباحثين والأكاديميين الإستغناء عن الطروحات الأكاديمية والقانونية جانباً، ومُحاولة الإلتفاف إلى الجانب الواقعي العملي الذي من خلاله نستطيع إظهار مدى الخطورة الإجرامية للجريمة المنظمة بغية استيعابها بكل الطرق المُتاحة والمُمكنة، وبهذا نكون قد خطونا أولى الخطوات في وضع تعريف جامع وشامل ومتكامل لكل المفردات القانونية للجريمة المنظمة⁽²⁾. ولتفادي مشكلة عدم وجود نموذج موحد للجريمة المنظمة العابرة للحدود، يتطلب الأمر منا البحث عن كل المحاولات الجادة التي سعت إلى وضع تعريف لهذه الجريمة، والتي منها محاولات فقه القانون الوضعي، حيث نجد أن الدكتور "عبد الواحد محمد الفار" يعرف لنا الجريمة المنظمة بأنها: "أفعال مؤثمة، تُمثل سلوكاً إجرامياً منحرفاً وممنوعاً بحكم القانون، تقوم على فكرة التنظيمات أو العصابات الدولية ذات النشاط المُخطط والمستمر، والمُعقد الهرمي، المُدرب على ممارسة نشاطها الإجرامي وعبور الحدود بين الدول، والتي قد تنظم إلى عضويتها أو ينظوي تحت ولايتها بعض الشخصيات من ذوي المكانة الإجتماعية المرموقة في المجتمع بالتواطؤ مع آخرين أو عن طريق الرشوة والفساد"⁽³⁾.

(1) أنظر: حسام محمد السيد أفندي، التشكيلات العصابية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011، ص: 66، 67.

(2) أنظر: محمد إبراهيم زيد، الجريمة المنظمة: تعريفها وأنماطها وجوانبها التشريعية، أبحاث حلقة علمية حول الجريمة المنظمة وأساليب مكافحتها، مركز الدراسات والبحوث، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، ج1، 1999، ص- ص: 28- 30.

(3) أنظر: عباسي محمد الحبيب، المرجع السابق، ص: 24، وهذا أخذاً عن محمد عبد الله حسين العاقل، النظام القانوني الدولي للجريمة المنظمة عبر الدول (دراسة نظرية تطبيقية)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص: 46.

أما الدكتور "عادل عبد الجواد" فيذهب إلى تعريفه للجريمة المنظمة بأنها: "الجريمة المنظمة هي عبارة عن مجموعة من الأفراد تقوم بعمل غير قانوني ومخالف للنظام الاجتماعي للمجتمع "بنشاط إجرامي"، وتتسم بالتنظيم والتسلسل "النظام الهرمي"، مع وجود قائد "زعيم" أو أكثر حسب نوع النشاط، وتعتمد إدارة النشاط على التخطيط والحيلة والحذر والتخصص غالباً، وتهدف إلى تحقيق أكبر قدر ممكن من الكسب المالي"⁽¹⁾.

هذا، ونجد أن اتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، أو كما تعرف كذلك باتفاقية اليرمو التي رأت النور في 2000/11/15 نتيجة إحدائها نقلة نوعية وجذرية في التصدي لكل الأنشطة الإجرامية التي أفرزتها متغيرات العولمة خصوصاً فيما يتعلق بحرية تنقل الأشخاص والأموال، وعليه يُمكن القول أن هذه الاتفاقية قد عرّفت لنا مصطلح "جماعة إجرامية منظمة" على أنها: "جماعة ذات بناء هيكلي محدودة البنية مؤلفة من ثلاثة أشخاص أو أكثر تُدوم فترة من الزمن، وتقوم بارتكاب واحدة أو أكثر من الجرائم الخطيرة، أو إحدى الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية من أجل الحصول على منفعة مالية أو مادية أخرى"، أما تعبير الجريمة الخطيرة حسب ذات الاتفاقية فالمقصود به هو: "سلوك يُمثل جرماً يُعاقب عليه بالحرمان لمدة قصوى لا تقل عن أربع سنوات أو بعقوبة أشد". هذا وقد عرّفت المادة الثانية من نفس الاتفاقية مصطلح الجريمة المنظمة على أساس المنظمة الإجرامية التي ترتكب الجريمة، مع تحديد طبيعة الأفعال الإجرامية المرتكبة، وكذا جملة الأهداف التي تسعى إلى تحقيقها⁽²⁾.

كما سعت المنظمة الدولية للشرطة الجنائية للجريمة المنظمة هي الأخرى إلى إيجاد تعريف للجريمة المنظمة من خلال الملتقى الدولي المنعقد بسان كلود بفرنسا حول الجريمة المنظمة في الفترة الممتدة من 16 إلى 19 ماي من سنة 1988، ومن خلال التعريف يتبين لنا أن منظمة الأنتربول سعت إلى الربط بين أفراد الجماعة الإجرامية التي تمتاز بطابع الإستمرارية في كل سلوك إجرامي تقوم بارتكابه في ظل احتراق الحدود الوطنية، وهذا بهدف تحقيق العائد

(1) أنظر: بورحلة عقيلة، التعاون الدولي في مكافحة الإجرام المنظم، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع القانوني الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، ص: 12.

(2) أنظر: ذنايب أسية، الآليات الدولية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع علاقات دولية وقانون المنظمات الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري-قسنطينة-الجزائر، السنة الجامعية (2010/2009)، ص، ص: 23، 24.

المادي - الربح-، إلا أنه يُعاب على هذا التعريف إهماله للخصائص الأخرى التي تتميز بها الجريمة المنظمة⁽¹⁾.

ولتفادي عائق عدم وجود نموذج موحد للنشاط الإجرامي للجريمة المنظمة، فإن الأمر يفرض على جميع الدول الموقعة على إتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية توحيد نظمها القانونية، أو أنها تسعى إلى تطبيق وسيلة أخرى أكثر نجاعة تتمثل في الإلتجاء إلى التعاون القانوني والقضائي الدوليين تماشياً مع طبيعة الجريمة المنظمة، ومن أجل تخفيف كل الفوارق الموجودة في التشريعات العقابية الداخلية هذا من جهة، ومن جهة أخرى يتوجب على الدول إعادة النظر في تشريعاتها الداخلية، وجعلها أكثر اهتمام وعناية بالجريمة المنظمة، كما يجب كذلك على الدول أن تسعى جاهدة إلى إبرام العديد من الإتفاقيات سواء الثنائية منها أو الإقليمية تراعي هذا النوع من الجرائم العابرة للحدود بغية القضاء على كل المُعوقات والصعوبات التي يُمكن أن تواجه المنظمة الدولية للشرطة الجنائية، فالإختلاف في تحديد مفهوم الجريمة المنظمة هو من أكبر العوائق التي يُمكن أن تواجه منظمة الأنتربول، وهذا خصوصاً في الجرائم المستحدثة التي تتم داخل البيئة الافتراضية، والتي منها على وجه الخصوص الجرائم السيبرانية الغير معترف بها في العديد من الدول بأنها تدخل في نطاق الجريمة المنظمة عبر الوطنية، مما يُصعب من مُلاحقة مرتكبيها، مع عدم القُدرة على تحديد المكان الذي أرتكبت فيه.

○ **المطلب الثاني: التنوع والإختلاف في النظم القانونية الإجرائية الخاصة بمجابهة الجريمة المنظمة**

إذا ما حاولنا الرجوع إلى الأنظمة القانونية الإجرائية الخاصة بمواجهة الجريمة المنظمة في العديد من الدول، يتضح لنا أن هناك تضارب وعدم وجود إتفاق بين الدول فيما يخص تجريم الأفعال التي يرتكبها الأشخاص في إطار الجريمة المنظمة، فما يُعتبر مجرماً في أحد الأنظمة القانونية يكون مباحاً في نظام آخر، ولعل مكامن هذا الإختلاف ترجع بصورة أساسية إلى

(1) أنظر: شريف سيد كامل، الجريمة المنظمة في القانون المقارن، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001، ص:53.

العديد من العوامل والأسباب التي يُمكن لنا أن نحصرها في: طبيعة المجتمع، الموروث الثقافي، الديانة، تنوع العادات والتقاليد، السياسة التشريعية والتجريبية... الخ.

بالإضافة إلى ذلك نجد أن من بين أسباب اختلاف الأنظمة القانونية الإجرائية ما يرجع بالأساس إلى إجراءات التحري والبحث والتحقيق التي قد تكون قانونية في دولة ما ما دامت احترمت فيها النصوص التي تنظمها، وعلى العكس من ذلك نجد أن نفس هذه الإجراءات تعتبر غير مشروعة طبقاً لقانون دولة أخرى، كما نجد كذلك أن إجراءات المحاكمة العادلة التي تكون ذات فائدة وفعالية في دولة ما، قد تكون غير منصفة للمتهمين بالجريمة المنظمة في دولة أخرى، ويُمكن أن يُثار الاختلاف كذلك حول مسألة المراقبة الإلكترونية والتسليم المراقب والعمليات المُستترة التي تختلف إجراءاتها من دولة إلى أخرى، بالإضافة إلى ذلك قد يُثار مشكل استخدام دليل الإثبات المتحصل عليه بطرق مشروعة لدى السلطات القضائية في الدولة الأولى، ويبقى غير مشروع في نظر السلطات القضائية لدى الدولة الثانية بالرغم من مشروعية الحصول عليه في الدولة الأولى⁽¹⁾.

وعليه، ومن أجل تذليل العقبات والصعوبات أمام منظمة الأنتربول بغية مكافحة الجريمة المنظمة نظراً لتصادمها مع ترسانة النظم القانونية الإجرائية المختلفة بين الدول خصوصاً عندما يتعلق الأمر بالبحث عن المجرم الدولي الذي يكون محل مساءلة ومحاكمة نتيجة ارتكابه للجريمة المنظمة، وفي هذا الصدد نجد أن المنظمة الدولية للشرطة الجنائية كثيراً ما تسعى إلى الحصول على المعلومات والبيانات التي يُمكن تبادلها مع الدول اعتماداً على قنوات اتصال مأمونة، وكل هذا بغرض تنفيذ عمليات التصدي للجريمة المنظمة، وتوقيف أكبر عدد ممكن من المجرمين، مما يُساهم إلى حد ما في القضاء على الجماعات الإجرامية المنظمة، كما يسمح نظام الإتصال الخاص بالجهات القائمة على التحقيق من جمع الأدلة والمعلومات المهمة عن طريق الإتصال بالجهات الأجنبية بناءً على النظم القانونية للدول الأعضاء في المنظمة الدولية للشرطة الجنائية⁽²⁾.

(1) أنظر: فنور حاسين، المرجع السابق، ص: 124.

(2) أنظر: عباسي محمد الحبيب، المرجع السابق، ص: 556.

كما نجد أن منظمة الأنترنت تستخدم شبكة اتصالات لاسلكية مؤمنة عبر أنحاء العالم، وهي بذلك تحاول الربط بين كل الدول الأعضاء مع بعضها البعض مُعتمدة على المكاتب الوطنية الرئيسية الموجودة في هذه الدول مع سكرتارية الأنترنت في مدينة ليون بفرنسا. هذا ونجد أن شبكة اتصالات لاسلكية تُسهل النقل السريع للرسائل الإلكترونية المُشتملة على: الصور الفوتوغرافية، الرسائل المكتوبة، البصمات،... الخ، وعليه نجد أن هذه الشبكة تنقل لنا خلال العام الواحد ما يُقارب أكثر من مليوني رسالة إلكترونية لتنفيذ عمل المنظمة الدولية للشرطة الجنائية⁽¹⁾.

وأما بخصوص الصكوك الدولية الصادرة عن هيئة الأمم المتحدة، فنجدها هي الأخرى كثيراً ما تُشجع الدول الأعضاء على استخدام تقنيات التحقيق التي تمتاز ببعض الخصوصية والسرية في سبيل التخفيف من شدة الإختلاف في النظم القانونية الإجرائية الخاصة بالجريمة المنظمة، وطبقا للمواد من 20 إلى 22 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة، نجدها أنها أشارت إلى جملة من الإجراءات المُختلفة التي يتوجب على كل دولة عضو في الاتفاقية اتخاذ مجموعة من التدابير، واستخدام أساليب خاصة - التسليم المُراقب أو المُراقبة الإلكترونية -، كما لها الحق في إبرام الاتفاقيات ذات الطابع الثنائي أو الإقليمي، واتخاذ جملة من الترتيبات ذات الصلة بالتحريات الخاصة مراعية في ذلك مبدأ السيادة والولاية القضائية، كما يحق للدول الأعضاء القيام بنقل الإجراءات الجنائية، وإنشاء سجل جنائي يكون الغرض منه رصد المعلومات الواجب الحصول عليها⁽²⁾.

أما المواد من 26 إلى 31 من نفس الاتفاقية، فقد نصت على تدابير التعاون الواجب اتخاذها من طرف كل دولة، وعادة ما تكون هذه التدابير عبارة عن تدابير فردية أو جماعية تتخذ في سبيل القيام بعمليات التحري والتدقيق من أجل الحصول على معلومات مهمة ومفيدة، كما يُمكن لهذه الدول أن تتعاون مع الأشخاص الذين كانوا منطوين في الجماعات الإجرامية المنظمة شريطة مساعدتهم في تقليص العقوبة جراء الخدمات التي يقدمونها. هذا ويتعين على

(1) أنظر: محسن عبد الحميد أحمد، التعاون الأمني العربي والتحديات الأمنية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، (1420هـ/1999م)، ص: 249.

(2) أنظر: ذنايب آسية، المرجع السابق، ص، ص: 136، 137.

الدول توطيد علاقاتها التعاونية في إطار تفعيل آليات مكافحة الجريمة المنظمة من خلال تعزيز قنوات الإتصال بين أجهزتها أو سلطاتها لغرض تبادل المعلومات، وإجراء التحريات اللازمة حول كل شخص يتبين أنه ضالع في الجرائم المنظمة، والبحث عن الوسائل والأدوات التي تستخدمها الجماعات الإجرامية المنظمة في سبيل تنفيذ مخططاتها الإجرامية.

هذا، وقد نصت المادة 29 من الإتفاقية الأوروبية الخاصة بالجريمة الإلكترونية على مسألة التعجيل في حفظ بيانات الكمبيوتر المُخزنة حفاظاً على سرية البيانات الإلكترونية، كما أنه يجوز لأي دولة طرف أن تطلب من الدولة الطرف الآخر الحفظ الفوري والسريع للبيانات الإلكترونية عن طريق إحدى الوسائل والوسائط الإلكترونية الموجودة داخل النطاق الجغرافي للدولة الطرف الآخر، وهذا عندما تنوي الدولة الطرف تقديم طلب بالمساعدة المتبادلة للدولة الطرف الآخر بغية البحث عن البيانات، والنفاز إليها، ومصادرتها، وتأمينها أو كشفها⁽¹⁾.

أيضاً نجد أن المادة 30 من نفس الإتفاقية، قد أكدت على مسألة الكشف السريع للبيانات المحفوظة، وهذا عندما يتعلق الأمر بتنفيذ طلب حفظ البيانات المتعلقة بالتجارة غير المشروعة بناءً على إتصال خاص حسب ما جاء في المادة 29 من نفس الإتفاقية، وعليه فإنه يتوجب على الطرف المُساند في حالة اكتشافه وجود مؤدي خدمة في بلد آخر يكون قد شارك في نقل هذا الإتصال أن يقوم فوراً وعلى وجه السرعة بكشف كمية كافية من البيانات المتعلقة بالتجارة غير المشروعة إلى الطرف طالب المساعدة، وهذا حتى يتمكن من تحديد هوية مؤدي الخدمة، والطريق الذي تم الإتصال من خلاله⁽²⁾.

(1) أنظر: تنص المادة 29 من الإتفاقية الأوروبية المتعلقة بالجريمة الإلكترونية الصادرة في: 2001/11/23 على ما يلي: "التعجيل في حفظ بيانات الكمبيوتر المُخزنة، 1- يجوز لأي دولة طرف أن تطالب دولة طرفاً أخرى أن تأمر أو تحصل بطريقة أخرى على التعجيل في حفظ بيانات مُخزنة بواسطة نظام كمبيوتر، يُوجد على أراضي الدولة الطرف الأخرى، والتي تنوي أن تقدم بشأتها طلباً بالمساعدة المتبادلة من أجل البحث عن بيانات، النفاز إليها، ومصادرتها، تأمينها أو كشفها".

(2) أنظر: تنص المادة 30 من الإتفاقية الأوروبية المتعلقة بالجريمة الإلكترونية الصادرة في: 2001/11/23 على ما يلي: "تعجيل الكشف عن بيانات الحركة المحفوظة، 1- في حال اكتشفت الدولة الطرف المطلوب منها المساعدة، أثناء تنفيذ طلب مقدم وفقاً للمادة 29 بحفظ بيانات الحركة المتعلقة باتصال محدد، أن أحد مزودي الخدمة في دولة أخرى مشترك في نقل الإتصال، تقوم الدولة الطرف المطلوب منها المساعدة على الفور بالكشف عن القدر الكافي من بيانات الحركة لتحديد هوية مزود الخدمة، والمسار الذي تم من خلاله ذلك الإتصال".

وبالتالي يُمكن القول أنه وبالرجوع إلى التقرير التفسيري لإتفاقية الجريمة الإلكترونية الذي تم اعتماده من طرف لجنة وزراء مجلس أوروبا في دورتها التاسعة بعد المائة - 08 نوفمبر 2001-، وهذا في إطار فتح باب التوقيع على الإتفاقية في بودابست في 23 نوفمبر من سنة 2001 بمناسبة المؤتمر الدولي حول الجريمة الإلكترونية يتأكد لنا أن الإتفاقية الأوروبية للإجرام المعلوماتي أعطت وفي العديد من المواد حلولاً قانونية واقعية يُمكن من خلالها أن تتغلب على مُشكل التنوع والإختلاف في النظم الإجرائية الخاصة بمجابهة الجرائم المعلوماتية. وفي ذات السياق نجد أن المادة 31⁽¹⁾ من الإتفاقية الأوروبية المتعلقة بالجريمة الإلكترونية، قد أجازت لأي دولة طرف في الإتفاقية أن تطلب المساعدة من الدولة الطرف الأخرى الولوج إلى بيانات الكمبيوتر المُخزنة في إطار المساعدة المتبادلة ذات الصلة بسلطات التحقيق، وهذا عندما تكون البيانات المطلوب الحصول عليها مخزنة في نظام كمبيوتر يوجد داخل أراضي الدولة الطرف المطلوب منها المساعدة، وهذا دون أن ننسى البيانات التي تم حفظها وفقاً للمادة 29 من نفس الإتفاقية.

أما المادة 32⁽²⁾ من نفس الإتفاقية، فقد أجازت لكل دولة طرف في الإتفاقية الأوروبية للجريمة الإلكترونية، ودون الحصول على ترخيص من الدولة الطرف الأخرى بالنفوذ إلى بيانات الكمبيوتر المخزنة إذا كانت متاحة ومفتوحة للجميع، أو في حالة الحصول على الموافقة القانونية والطوعية من الشخص الذي يمتلك السلطة القانونية بغية الكشف عن بيانات الكمبيوتر المُخزنة.

(1) أنظر: تنص الفقرة 01 من المادة 31 من الإتفاقية الأوروبية للجريمة الإلكترونية على ما يلي: "يجوز لأي دولة طرف أن تطلب من دولة طرف أخرى البحث في بيانات النفاذ إليها، مصادرتها، تأمينها أو الكشف عنها عندما تكون تلك البيانات مخزنة بواسطة نظام كمبيوتر يوجد داخل أراضي الدولة الطرف المطلوب منها المساعدة، بما في ذلك البيانات التي تم حفظها وفقاً للمادة 29".

(2) أنظر: تنص المادة 32 من نفس الإتفاقية على ما يلي: يجوز لدولة طرف دون ترخيص من دولة طرف أخرى: أ- النفاذ إلى بيانات كمبيوتر مخزنة متاحة للعموم (مصدر مفتوح) بغض النظر عن مكان تواجد البيانات جغرافياً، أو ب. النفاذ إلى بيانات كمبيوتر مخزنة موجودة لدى دولة طرف أخرى أو تلقيها، من خلال نظام كمبيوتر داخل أقاليمها، في حال حصول تلك الدولة الطرف على الموافقة القانونية والطوعية للشخص الذي يتوفر على السلطة القانونية للكشف عن البيانات لتلك الدولة الطرف عبر نظام الكمبيوتر المذكور".

كما نصت كذلك المادة 33⁽¹⁾ على قيام الدول الأطراف بتقديم المساعدة المتبادلة لبعضهم البعض عندما يتعلق الأمر بجمع بيانات الحركة المرتبطة باتصالات محددة في أقاليمها، أو عندما يتعلق الأمر كذلك بالجرائم الجنائية.

وذاً المادة 34 من الإتفاقية الأوروبية للجريمة الإلكترونية، فقد ألزمت الدول الأطراف على تقديم المساعدة المتبادلة لبعضها البعض، وهذا بخصوص جمع بيانات المحتوى في الوقت الحقيقي، أو القيام بتسجيلها وفقاً لاتصالات محددة تتم بواسطة نظام الكمبيوتر، وطبقاً للقوانين الوطنية والمعاهدات الدولية الواجبة التطبيق.

○ المطلب الثالث: التنازع في الإختصاص القائم بين الدول من أجل مواجهة الجريمة المنظمة

يُمكن القول أن الجريمة المنظمة إذا ارتكبت داخل إقليم الدولة، فإنه لا تطرح أي مشاكل قانونية بشأنها، أما في حالة ما إذا تجاوزت حدود الدولة، أو تبين أنها ارتكبت في أكثر من إقليم دولة، فالمنطق يستدعي منا تحديد القانون الواجب التطبيق من بين مجموعة من القوانين الجنائية لكل الدول التي ارتكبت الجريمة المنظمة على مستوى إقليمها⁽²⁾، وعليه فالتنازع في الإختصاص بين الدول بشأن مواجهة الجريمة المنظمة قد يُثار بسبب مسألة الولاية القضائية بغية النظر في الجريمة المنظمة العابرة للحدود، وهذا إما بسبب اختلاف النصوص الجزائية التي يقع عليها عبء تحديد المقصود بمبدأ إقليمية القوانين، أو بسبب جملة المبادئ التي تسمح بتحديد الإختصاص الموجب للنظر في الجرائم التي يُمكن أن تقع خارج إقليم الدولة⁽³⁾.

⁽¹⁾ أنظر: تنص المادة 33 من نفس الإتفاقية على ما يلي: 1- تقدم الدول الأطراف المساعدة المتبادلة لبعضها البعض لجمع بيانات الحركة في الوقت الحقيقي المرتبطة باتصالات محددة في أقاليمها، والتي يتم نقلها بواسطة نظام كمبيوتر، وطبقاً لأحكام الفقرة 02، تخضع هذه المساعدة للشروط والإجراءات المنصوص عليها بموجب القانون الوطني.

2- توفر كل دولة طرف مساعدة من هذا القبيل على الأقل فيما يتعلق بالجرائم الجنائية التي يكون فيها جمع بيانات الحركة في الوقت الحقيقي متاحاً في قضية محلية مماثلة .

⁽²⁾ أنظر: كوركيس يوسف داود، الجريمة المنظمة، ط 1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001، ص: 51.

⁽³⁾ أنظر: عثمانية لميسي، عولمة التجريم والعقاب، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص: 60.

هذا ونجد أن الجريمة المنظمة العابرة للحدود تُثير مسألة التنازع في الإختصاص بين دولتين أو أكثر نظرًا لأنها تضم أشخاص يحملون جنسيات متعددة ومختلفة، ويهدفون إلى ارتكاب نشاط إجرامي في أكثر من إقليم دولة واحدة، أو على الأقل فإن آثارها تتجاوز حدود الإقليم. ومما يزيد في حدة التنازع القضائي القائم بين الدول بخصوص مجابهة الجريمة المنظمة العابرة للحدود هو مشكلة افتقار النصوص الداخلية لأي دولة كانت إلى المرونة التامة التي يُمكن من خلالها معالجة المسائل الدولية في مجال الجرائم المنظمة، وهذا من خلال موافقتنا على تطبيق قوانين دولية أو داخلية أخرى على الإقليم الداخلي للدول، وهذا بالرغم من الإختلافات الواضحة والصريحة في تشريعات الدول فيما بينها، بالإضافة إلى ذلك نجد أن قواعد الإختصاص القضائي تحكمه مجموعة من المبادئ المتنوعة، والتي تتمثل في: مبدأ الإقليمية، مبدأ العينية، مبدأ الشخصية⁽¹⁾.

هذا ونجد أن مسألة التنازع في الإختصاص القضائي بين الدول بخصوص الجريمة المنظمة العابرة للحدود، يُمكن أن يجعل من كل دولة تتمسك بحقها في ملاحقة المتهمين الذين ارتكبوا جزءًا من هذه الجرائم المنظمة على مستوى إقليمها، وأنها بذلك ترى مساسًا وتهديدًا لمصالحها من قبل هؤلاء المتهمين⁽²⁾، الأمر الذي يمس بصورة مباشرة بحقوق المتهمين ومصالحهم في الحصول على محاكمة عادلة، وعقوبة تتناسب مع خطورة وجسامته النشاط الإجرامي الذي ارتكبه، وبطبيعة الحال لا يُمكن لنا أن نطبق على المتهمين الإزدواجية سواء في المحاكمة أو عند النطق بالعقوبة من طرف قاضي الحكم⁽³⁾.

وبالرجوع إلى نص المادة 15 ف05 من إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية نجدها أنها نصت على ما يلي: "إذا أبلغت الدولة الطرف التي تُمارس ولايتها القضائية بمقتضى الفقرة 01 و02 من هذه المادة، أو علمت بطريقة أخرى، أن دولة أو أكثر من الدول الأطراف الأخرى تجري تحقيقها أو تقوم بملاحقة قضائية أو تتخذ إجراءً قضائياً

(1) أنظر: فاطمة محمد العطوي، الإشكاليات التي يثيرها التعاون الدولي في المواد الجنائية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2013، ص: 244.

(2) أنظر: محمد عبد الله حسين العاقل، المرجع السابق، ص: 318.

(3) أنظر: هدى حامد قشقوش، الجريمة المنظمة، ط1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001، ص: 79.

بشأن السلوك ذاته، تتشاور السلطات المختصة في هذه الدول الأطراف فيما بينها حسب الإقتضاء، بهدف تنسيق ما تتخذه من تدابير"، ومما يستشف من نص هذه المادة هو ضرورة تشاور السلطات المختصة في الدول الأطراف فيما بينها، وهذا بخصوص وضع خطة واحدة تتبعها كل الدول الأطراف في سبيل مواجهة الجريمة المنظمة العابرة للحدود، وكذا الوقوف أمام مسألة انعقاد اختصاص النظر في هذه الجرائم إلى عدة جهات قضائية في أكثر من دولة واحدة تبعا لقوانينها الداخلية.

لقد دأبت المنظمة الدولية للشرطة الجنائية جاهدة إلى حل مشكلة تنازع الإختصاص في سبيل مجابهة الجريمة المنظمة من خلال دعوتها إلى ضرورة الإلتزام بتطبيق مضمون مبدأ عالمية النص الجنائي على كل من يرتكب الجريمة المنظمة العابرة للدول، وفي هذا الصدد نجد أن النص الجنائي يسمح بتطبيق النصوص الجنائية الوطنية على كل الجرائم التي يقوم بإرتكابها أشخاص يتم القبض عليهم في إقليم دولة ما، وهذا بغض النظر عن جنسيتهم، وعن المكان الذي ارتكبوا فيه هذه الجرائم، وبطبيعة الحال، فإن سريان التشريعات الجنائية الوطنية يقتضي أن الجرائم المنظمة العابر للحدود تكون قد أرتكبت في الخارج من قبل أشخاص أجانب، ودون أن يُشترط فيهم المساس بالمصلحة الخاصة للدولة جراء الجرائم المُرتكبة، كما أن فلسفة تطبيق مبدأ عالمية النص الجنائي تشترط في الجرائم أن لا تكون ذات طابع عسكري أو سياسي أو ديني، وهذا باعتبار أن السلطات القضائية للدولة سوف تتمكن من ملاحقة أشخاص يقومون بإرتكاب جرائم خطيرة تمس البشرية جمعاء⁽¹⁾.

وَإِستنادًا إلى مبدأ عالمية النص الجنائي، فهناك العديد من القضايا التي رفضت فيها دولة مكان تواجد المتهم القيام بتسليمه إلى دولة أخرى هي المعنية بمحاكمته، ومن بين هذه القضايا نجد قضية "أبو داود" الرأس المُدبر لعمليات عسكرية ضد رياضيين إسرائيليين خلال الألعاب الأولمبية بمدينة ميونيخ، وفحوى هذه القضية هو أن الحكومة الفرنسية رفضت تسليم "أبو داود" إلى كل من إسرائيل وألمانيا الغربية اللتين تقدمتا بطلبين بالتسليم بناءً على الإتفاقية الموقعة

(1) أنظر: الأستاذ طيهار أحمد، محامي معتمد لدى المجلس القضائي، عولمة وعالمية النص الجنائي كآليات لمكافحة الجريمة المنظمة، مقال منشور في منتدى الأوراس القانوني بتاريخ الثلاثاء 03 نوفمبر 2009، ولمزيد من التفاصيل يمكن الإطلاع على الرابط الإلكتروني التالي:

http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/profile.forum?mode=send_password

بين فرنسا وإسرائيل بتاريخ: 1958/11/12، وكذا الإتفاقية الثانية بين فرنسا وألمانيا الغربية التي تم توقيعها بتاريخ: 1958/11/29، وعليه نجد أن سبب رفض الحكومة الفرنسية يرجع إلي القرارين الصادرين عن مجلس قضاء باريس بتاريخ 11 جانفي سنة 1971، حيث جاء في قرار الرفض الأول الصادر عن مجلس قضاء باريس بخصوص تسليم المدعو "أبو داود" هو أن شرط إزدواجية التجريم لم يتحقق طبقاً للقانون الفرنسي الجزائري، أما القرار الثاني فتسببته كان من منطلق أن الأفعال التي أدين بها " أبو داود " سنة 1972 لم تكن مجرمة في القانون الفرنسي آنذاك، والذي لم يتضمن أي اختصاص يُمكن من خلاله النظر في الجرائم التي تُرتكب من طرف أجنب في الخارج⁽¹⁾.

أما القضية الثانية، فقد رفضت الحكومة الأفغانية طلب تسليم المتهمين باختطاف طائرة تابعة لإحدى الشركات الباكستانية بتاريخ 02 مارس 1981، وهذا بالرغم من أن أفغانستان كانت عضو في إتفاقية لاهاي المتعلقة بقمع الإختطاف غير المشروع للطائرات⁽²⁾.

وأما ثالث قضية، فهي تخص المتهم "حسان حبري" رئيس جمهورية تشاد السابق، والذي وضع تحت الإقامة الجبرية من قبل قاضي التحقيق لدى المحكمة الجهوية بديكار بتاريخ 03 فيفري 2000، وهذا عقب شكوى تقدم بها بعض المواطنين التشاديين ضد شخص الرئيس التشادي السابق الذي إرتكب أعمال تعذيب، وجرائم ضد الإنسانية في الإقليم التشادي خلال فترة توليه رئاسة دولة تشاد، وبالتحديد بين عامي 1982 و1990.

وبعد أخذ ورد إنتهت قضية المدعو "حسان حبري" أن أصدرت المحكمة العليا السنغالية بتاريخ 25 نوفمبر 2005 قراراً يقضي بعدم الإختصاص في قضية المتهم "حسان حبري"، الأمر الذي شكل إخلالاً واضحاً وصريحاً بقواعد الإختصاص العالمي التي نجدها تُجبر الدول على تسليم أو محاكمة المتهمين الذين يقومون بإرتكاب نوع معين من الجرائم⁽³⁾.

(1) أنظر: دخلافي سفيان، مبدأ الإختصاص العالمي في القانون الجنائي الدولي، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر " يوسف بن خدة "، السنة الجامعية: 2007-2008، ص: 190، 191.

(2) أنظر: دخلافي سفيان، المرجع نفسه، ص: 192، وهذا أخذاً عن:

Ch. Rousseau, chronique de s faits internationaux, R.G.D.I.P, 1981(85), p.p.913- 914.

(3) أنظر: دخلافي سفيان، المرجع السابق، ص: 193، وللإطلاع أكثر على قرار المحكمة السنغالية العليا يُرجى زيارة الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.hrw.org/french/themes/habre.htm>

وعليه يُمكن القول أنه وفي كثير من الأحيان ما ترفض الدول تسليم الأشخاص المتهمين الموجودين على إقليمها الي دولة أخرى، وهذا بسبب عدم وجود أي إلتزام دولي يُجبرها على ذلك، بالإضافة إلى أن الدولة التي يتواجد على إقليمها المتهم مُخيرة بين التسليم أو المحاكمة، وهذا في ظل اشتراطها لوجود إتفاقية التسليم بينها وبين الدولة التي تطلب تسليم المتهم إليها، وسواء أكانت دولة الإقليم أو دولة الجنسية، بل أكثر من ذلك فقد لا يتم التسليم بطريقة آلية، بالرغم من وجود إتفاقية التسليم، وقد يرفض التسليم حتى في وجود الإتفاقية، وهذا نظراً لنقص التعاون القضائي بين الدول.

وفي سبيل القضاء على مشكلة الإختصاص التي تُثار بشأن الجرائم المنظمة العابرة للحدود يتوجب علينا الدعوة إلى إبرام إتفاقيات دولية ذات الطابع الثنائي، وهي في الغالب تكون على شكل إتفاقيات ثنائية تخص تسليم الأشخاص المتهمين أو المحكوم عليهم هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد تأخذ الإتفاقيات الثنائية كذلك صورة الإتفاقيات التي من خلالها يُسمح للدولة العضو بأن تقوم بتطبيق قوانينها على أراضي الدولة الأخرى، وقد تجلى الأمر في العديد من الإتفاقيات التي أبرمت في هذا الشأن، ونذكر على سبيل المثال: الإتفاقية التي تم إبرامها بين بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية بتاريخ: 1983/12/13، وفي إطارها يُمكن للسلطات الأمريكية أن تقوم بتفتيش السفن الخاصة التي تحمل الجنسية البريطانية في حالة ما إذا اشتبه أنها تنقل مواد مخدرة، كما نجد كذلك الإتفاقية الثنائية الخاصة بالمخدرات لسنة 1970، والتي أبرمت بين المكسيك والولايات المتحدة الأمريكية، وفحوى هذه الإتفاقية أن تقوم السلطات المكسيكية بتقديم كل التسهيلات الممكنة من أجل إنجاز التحقيقات التي تقوم بها السلطات الأمريكية علي الإقليم المكسيكي عندما يتعلق الأمر بقضايا المخدرات، وأخيراً هناك الإتفاقية التي جمعت بين دولة بوليفيا والولايات المتحدة الأمريكية سنة 1990، وهذا في إطار تكريس التعاون المشترك بينهما من أجل مكافحة المُخدرات، وما يُمكن أن تُقدمه دولة بوليفيا من تسهيلات بهذا الشأن على مستوى أراضيها⁽¹⁾.

كما أن العمل على إيجاد سياسة جنائية فعالة ومُحكمة بغية مكافحة الجريمة المنظمة العابرة للدول يستدعي خلق تعاون إقليمي الغرض منه إيجاد نظام قانوني موحد يجمع عدة دول تنتمي

(1) أنظر: فنور حاسين المرجع السابق، ص: 130.

جغرافيا إلى نفس المنطقة، وهذا بُغية إنتاج قواعد جنائية تكون مُتعلقة بمكافحة الجريمة المنظمة، وأبرز مثال على الإتفاقيات التي أبرمت على المستوى الإقليمي، نجد كل من: إتفاقية التعاون القضائي في المجال الجنائي لسنة 1959، إتفاقية مكافحة الإرهاب الأوروبية، إتفاقية ستراسبورغ الخاصة بغسيل الأموال لسنة 1990، كما نجد أن المجلس الأوروبي أنشأ بتاريخ: 1995/07/26 ما يُسمى بالبوليس الأوروبي الذي كان له الدور الكبير في تسهيل التعاون على المستوى الأوروبي بخصوص مكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود⁽¹⁾.

هذا، وتواصل الجريمة المنظمة العابرة للحدود انتشارها عبر مختلف أنحاء العالم، مما جعل منها ظاهرة إجرامية خطيرة ذات بعد دولي، وهذا بسبب إرتكاب أفرادها لأنشطة ضارة، فما كان من المجتمع الدولي إلا أن يقوم بالبحث عن آليات أخرى يضمن من خلالها المحافظة علي النظام الإجماعي للدول، وكذا كافة المصالح الإقتصادية لكل الجماعات الإنسانية في إطار تحقيق السلم والأمن الدوليين، ومن هذا المنطق كان لا بد من تبني الجماعة الدولية لعدة إتفاقيات أرادت من خلالها التصدي لكل أنواع وأشكال الجرائم المنظمة العابرة للدول، وقد تجلى ذلك من خلال الميثاق العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948، والعهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 اللذين جعلتا من الإستعباد والإتجار بالرقيق محرم على مستوى الدولي، أما في مجال الجريمة المنظمة، فنجد أن هيئة الأمم المتحدة إهتمت بمسألة مواجهة الجريمة المنظمة في إطار الخطة المدروسة التي قامت بوضعها عام 1985، والتي تمخض عنها قرار الجمعية العامة رقم 49/59 المؤرخ في 1994/12/23، والذي تضمن برنامجا ثريا خاص بالوقاية من الجريمة وتحقيق العدالة الجنائية في نابولي سنة 1994، كما تم كذلك إنشاء شعبة خاصة بالجريمة المنظمة تعمل داخل المنظمة الدولية للشرطة الجنائية سنة 1998⁽²⁾.

وفي مجال مواجهة تجارة المُخدرات والمؤثرات العقلية أبرمت الجماعة الدولية العديد من الإتفاقيات في هذا الشأن، ونخص بالذكر الإتفاقية الموحدة لسنة 1961 بشأن المخدرات، إتفاقية سنة 1971 بخصوص المؤثرات العقلية، إتفاقية الإتجار غير المشروع بالمخدرات لسنة 1988، وعليه نجد مثلا أن إتفاقية 1988 نصت على ضرورة القيام بتسليم المجرمين

(1) أنظر: فنور حاسين، المرجع السابق، ص: 131.

(2) أنظر: فنور حاسين، المرجع السابق، ص، ص: 131، 132.

المفترضين بين الدول الموقعة على الإتفاقية هذا من جهة، ومن جهة أخرى أوجبت التمكين من حجز ومصادرة جميع الأموال المتحصل عليها من تجارة المُخدرات، والموجودة في الدولة الطرف في هذه الإتفاقية⁽¹⁾.

○ الخاتمة:

إنّ التطور الحاصل الذي عرفته ظاهرة الجريمة، وهذا بانتقالها من جرائم تقليدية مادية إلى جرائم متطورة حديثة هو الذي أدى بنا إلى البحث عن آليات جديدة تساير بها الوضع الجديد المفروض علينا، وعليه فقد نجد أن المنظمة الدولية للشرطة الجنائية هي الآلية المتقدمة والجديدة لمجاعة التقدم الذي عرفته الجريمة والمجرم على حد سواء، فقد أثبتت في العديد من المرات أنها من أهم المنظمات الدولية الناشطة في التصدي للجرائم الجديدة، إلا أنه وفي سبيل قيامها بعملها خصوصا في مواجهة الجريمة المنظمة، نجدها تواجه جملة من المعوقات والعراقيل خصوصا عندما يُعهد إليها مهمة البحث عن المتهمين والإسراع في القبض عليهم في أي مكان في العالم، وهذا بغية تقديمهم أمام الجهات القضائية الدولية. ومما لا شك فيه، فإن هذه الدراسة قد أوصلتنا إلى التأكيد على الدور الذي يمكن أن تلعبه المنظمة الدولية للشرطة الجنائية في التصدي للجريمة المنظمة بمختلف أشكالها وأنماطها، وهذا في ظل جملة العراقيل والصعوبات التي تجعل من منظمة الأنتربول الشرطي لا تقوم بدورها على أكمل وجه، وعليه فقد خلصنا من خلال ما تقدمنا به إلى جملة من النتائج والتوصيات (الإقتراحات) نسردها على الشكل الآتي:

• أولا: النتائج

1. يمكن القول أن الجريمة المنظمة أضحت هاجسا مخيفا لكل المجتمع الدولي، وهذا نظراً لما يُمكن أن يترتب على أنشطتها المُختلفة من تهديد للأمن القومي وأمن المجتمع الداخلي، وكذا تهديدها لحقوق الأفراد وحرّياتهم نتيجة عدم إقتصار مخاطرها على دولة

⁽¹⁾ أنظر: مروك نصر الدين، جريمة المخدرات في ضوء القوانين والإتفاقيات الدولية، دار هومة، الجزائر، 2007، ص - ص: 239- 242.

- واحدة معينة، وإنما إمتد الأمر إلى كل الدول، مما يستلزم معه الإسراع فوراً إلى تجسيد التعاون الدولي بغية مكافحتها.
2. تُعد الجريمة المنظمة من الجرائم الخطرة التي تُرتكب من طرف مجموعة من الأفراد يمتهونون الإجرام بكل إحترافية، ويسعون دائماً إلى تحقيق الربح المادي نتيجة تنظيمهم الدقيق الذي يتسم بالسرية والكتمانيين مختلف أعضائه، وكذا استخدامهم لكل صور العنف والترهيب، واستعمال الرشوة في سبيل تحقيق غاياتهم التي تجاوزت كل الحدود الدولية.
3. إن المجتمع الدولي عاجز اليوم في التوصل إلى وضع تعريف عام ودقيق للجريمة المنظمة، بحيث يتم الإتفاق عليه من جميع الدول، وفي خضم هذا الخذلان تظل كل الجهود المبذولة غير قادرة على الحد من انتشار جميع الأنشطة التي تقوم بها الجماعات الإجرامية المنظمة، وبالتالي تجد المنظمة الدولية للشرطة الجنائية صعوبة في مكافحتها والتصدي لها.
4. لقد أيقن المجتمع الدولي بضرورة مواجهة الجريمة المنظمة، وهذا على أساس أنها لا تُعد مشكلة فردية، وإنما هي مشكلة تخص المجتمع الدولي برمته، فلهذا توجب التمسك بالتعاون القضائي والشُرطي الدولي، والإبتعاد عن الأخذ بمبدأ السيادة الذي لم يعد له أي سبيل في ظل إفرزات العولمة.
5. يقول الفقيه جروسو "Grosso" أن العالم اليوم سوف يشهد ميلاد عصر جديد لا يمكن لأي كان من أفراد الجماعات الإجرامية المنظمة الإفلات من المحاكمة والعقاب في جميع الدول نتيجة ما إرتكبه من نشاط إجرامي، ويضيف هذا الفقيه بأن هذا العصر الجديد هو عصر العدالة الدولية.
6. حتى تتمكن المنظمة الدولية للشرطة الجنائية من مكافحة الجريمة المنظمة، فإن الأمر يقتضي وجود تعاون دولي فعال بين جميع الدول الأعضاء التي تولي اهتماماً كبيراً بمكافحة الجريمة المنظمة في إطار تعاونها مع منظمة الأنتربول الشُرطي، بل أكثر من ذلك يجب أن لا يقتصر هذا التعاون على الدول الأعضاء فقط، وإنما يجب العمل على إقحام الدول غير الأعضاء مع المنظمة، بالإضافة إلى ذلك يُطلب من جميع الدول

الأعضاء، وغير الأعضاء الإسراع في تحديث نصوصهم القانونية الوطنية بما يتماشى وتنشيط التعاون الشرطي في مكافحة كل أشكال الجرائم المنظمة.

• ثانياً: التوصيات (الإقتراحات)

1. إنه، وفي إطار مواجهة الجرائم المنظمة يتوجب الإستفادة من كل الدراسات التي تهتم بتنظيم الجماعات الإجرامية المنظمة، ومعرفة مختلف أنشطتها الإجرامية التي تُرتكب سواء عبر الحدود الإقليمية، أو من خلال فروعها المنتشرة في جل أنحاء العالم.
2. إن الإنتشار غير المسبوق للجريمة المنظمة يُحتم على جميع الدول التعاون فيما بينها في إطار تكثيف جهودها الداخلية والإقليمية بغية مواجهة كل أنشطة الجرائم المنظمة.
3. العمل على الرفع من كفاءات مواجهة المنظمات الإجرامية، وهذا من خلال إبرام إتفاقيات ثنائية وإقليمية ودولية بين جميع الدول، وكذا استحداث آليات قضائية وأمنية جديدة تكون مهمتها تعقب الجناة، كما يجب كذلك الرد على أساليب النشاط الإجرامي المُنظم بأساليب مستحدثة ومتطورة.
4. ضرورة إعمال مبدأ التضامن الدولي كحل كفيل بتذليل كل الصعوبات وإزالة كل التناقضات، والعمل على خلق توازن قائم بين الدول تقتضيه ضرورة المصالح الوطنية، ومقتضيات العدالة في سبيل التصدي للجرائم المنظمة.
5. العمل على تطبيق مبدأ عالمية العقاب - مبدأ عالمية النص الجنائي- الذي يقوم على تعقب الجناة أينما كانوا وأينما وجدوا، وهذا بغية القبض عليهم، كما أن إعمال هذا المبدأ سيمكن مختلف سلطات الدول من ملاحقة أعضاء الجماعات الإجرامية المنظمة، وبهذا يتم تجاوز كل الخلافات التي يُمكن أن تنشأ من تنازع الإختصاص.
6. العمل على خدمة العدالة الجنائية الدولية من خلال استخدام التكنولوجيا المتطورة، وكذا استخدام شبكة تبادل المعلومات التي تُساعد إلى حد ما في توفير المعلومات عن المشتبه فيهم، ومحاولة تبادلها مع الدول الأخرى لما تتميز به من سرعة وقلة في التكاليف.

الدراسة الثالثة:

الحصانة القضائية للدول على ضوء قانون جاستا الأمريكي

د بلمداني علي⁽¹⁾

من المظاهر الدالة على سيادة الدول ومساواتها أمام القانون في نظر القانون الدولي، تمتعها بالحصانة القضائية السيادية التي يدفع عنها هذا الامتياز من الناحية المبدئية أي احتمال لمثلها أمام سلطة قضائية أجنبية خاصة عندما يتعلق الأمر بالتصرفات ذات الطابع السيادي.

إن الممارسة الدولية أجمعت على أن الحصانة القضائية لكل دولة، تستند في بادئ الأمر وكأصل عام الى قاعدة عرفية قبل أن تحتمى لاحقا بأداة تعاھدية دولية بعد الجهد الكبير الذي بذلته لجنة القانون الدولي التي خلصت في نهاية المطاف الى استحداث اتفاقية الأمم المتحدة للحصانات القضائية للدول وممتلكاتها المعتمدة في 2004/12/02 من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة، كما انها علاوة عن ذلك تحظى بالحماية القضائية طبقا لاجتهاد محكمة العدل الدولية في قرارها الصادر في 2012/02/03 الذي أكدت فيه على عدم قابلية هذه الحصانة في عمومها للانتهاك إلا في حدود ما نصت عليه المعاهدة من استثناءات تتصل مباشرة بالأعمال الإدارية والتجارية التي لن يكون بمقدورها الاعتداد بالحصانة، كل ذلك كان بفعل تطور القانون الدولي الذي أفضى في الأخير الى إضفاء النسبية على حق الحصانة القضائية. وفي هذا الصدد، فان المقاربة الدولية العرفية والاتفاقية للحصانة القضائية للدول تركز على مبادئ القانون الدولي والقواعد الأمرة التي تبناها ميثاق الأمم المتحدة سيما ما تعلق بالسيادة والمساواة وحظر التدخل... الأمر الذي يفيد بداهة، عدم جواز مخالفة الحصانة القضائية

(1) أستاذ محاضر أ بكلية الحقوق جامعة بومرداس - الجزائر.

الجارية تطبيقها بين الدول المتساوية جميعها في الحقوق والالتزامات بصرف النظر عن الاعتبارات الواقعية التي تفصل بين الدول كما هو معلوم.

وإذا كان ما سبق بيانه هو الأصل الذي ينبغي أن يتحاكم إليه جميع الدول في توطيد علاقاتهم الدولية، إلا أن القانون الفيدرالي الذي صدر عن المشرع الأمريكي في أيلول 2016 - المعروف باختصار بجاستا أو قانون محاربة رعاة وممولي الأفعال الإرهابية- الذي يسمح للمحاكم الفيدرالية الأمريكية مقاضاة الدول الأجنبية التي تتورط في اقتراح الأعمال الإرهابية الموجهة ضد المصالح الأمريكية يعد سابقة خطيرة في تاريخ العلاقات الدولية ومساس جسيم بالعرف الدولي أحد المصادر الرئيسية والمهمة للقانون الدولي بعد أن أقر-أي القانون- بأهلية المواطنين الأمريكيين ضحايا تفجيرات 2001/09/11 في رفع دعاوى قضائية ضد الدول التي أقيمت عليها الحجة في اشتراكها في الأحداث أمام القضاء الأمريكي.

ومن دون أي لبس، ليست المرة الأولى والأخيرة التي تتجاوز فيها الولايات المتحدة الأمريكية القانون الدولي وتضعه جانبا، فالتصرفات غير المشروعة دوليا أضحت تغطي على السياسة الخارجية الأمريكية منذ أمد طويل، فالنص التشريعي محل النظر ليس إلا قانون أيدلوجي متصل أيما اتصال بمحددات والتوجهات الثابتة للسياسة الخارجية للولايات المتحدة الأمريكية ذات النهج الانفرادي الذي أخذ في التصاعد بعيد الحرب الباردة والذي يرمي الى فرض الهيمنة على المجتمع الدولي كأيدلوجية وسياسة منتظمة.

وبعد هذا التمهيد، نصل الى طرح الإشكال التالي: الى أي مدى يمكن اعتبار قانون جاستا

الأمريكي متعارض مع الأحكام العرفية والاتفاقية للقانون الدولي؟

وقصد الإجابة على هذه الإشكالية، ارتأينا تقسيم المقال الى المحاور التالية:

- **المبحث الأول: أوجه مخالفة قانون جاستا للقانون الدولي**

المطلب الأول: انتهاك مبدأ مساواة الدول في السيادة

المطلب الثاني: الاعتداء على الحصانة القضائية للدول

- **المبحث الثاني: تأكيد الحصانة القضائية للدولة في الاجتهاد القضائي**

المطلب الأول: الاجتهاد القضائي الدولي

المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي الوطني

– المبحث الثالث: الموقف الأمريكي من الحصانة القضائية

المطلب الأول: التشريع الأمريكي في ميدان الحصانة القضائية الدولية

المطلب الثاني: الدبلوماسية والحصانة القضائية

المطلب الثالث: آثار تنفيذ قانون جاستا

○ المبحث الأول: أوجه مخالفة قانون جاستا للقانون الدولي

من خلال الاطلاع على قانون العدالة ضد ممولي الإرهاب، يتضح دون أدنى شك، أن مضمون النص التشريعي يحمل في طياته خروقات للقانون الدولي بعد أن أجاز بغير وجه حق للأفراد الأمريكيين ضحايا هجمات سبتمبر 2001 متابعة الدول المتورطة في تدبيرها- على رأسها السعودية الحليف الاستراتيجي للولايات المتحدة الأمريكية في الشرق الأوسط- أمام القاضي الأمريكي.

لتوضيح ذلك وبيان حجم الخرق للقانون الدولي الذي ظهر جليا في مواد القانون المثير للجدل، يلاحظ أن هذا الأخير اعتدى على قاعدتين جوهريتين في القانون الدولي، الأولى، مبدأ مساواة الدول في السيادة (المطلب الأول)، والثانية، الحصانة القضائية للدول (المطلب الثاني).

• المطلب الأول: انتهاك مبدأ مساواة الدول في السيادة

إن أحكام القانون المصادق عليه بإجماع الكونغرس الأمريكي-مجلس الشيوخ في ماي 2016 ومجلس النواب في سبتمبر 2016- تسمح بنوده للأطراف المدنية -في أوسع نطاق ممكن بالتوافق مع الدستور الأمريكي- المتضررة من العمليات الإرهابية، المطالبة بالتعويض من الأشخاص والكيانات والدول الأجنبية التي تقوم بتقديم دعم مادي مباشر أو غير مباشر لأفراد أو منظمات تعتبر مسؤولة عن أنشطة إرهابية ضد الولايات المتحدة الأمريكية.

ولا ريب، أن هذا القانون خرج الى العلن وهو محاط بظروف في غاية الأهمية، يتقدمها مرور خمسة عشر سنة عن تفجيرات نيويورك التي كانت مطية لاتهام عدة دول بالضلوع فيها كالعراق وأفغانستان والسعودية... فضلا على أن النص تزامن صدوره مع تصاعد حدة النشاط الإرهابي والتهديدات المحققة التي أصبحت تمثل تحديا للمصالح الحيوية الأمريكية طبقا

لتوجهات السياسة الدبلوماسية للبيت الأبيض كما جاء في ديباجة القانون، إضافة الى أن تمريره ترافق كما هو معلوم مع الانتخابات الرئاسية الأمريكية وسيطرة الجمهوريين على الرئاسة والبرلمان المعروف عنهم التشدد في مسائل السياسة الخارجية والدفاعية ليجد القانون حيزه المناسب للتطبيق بعيد فوز مرشح الحزب الجمهوري دونالد ترامب بالرئاسة.

كما يلاحظ على هذا القانون، أنه لم يتم بالتعيين الاسمي للدول المستهدفة بهذا التشريع- وان كانت السعودية في نظر الكثيرين هي الدولة المعنية ببنوده بالدرجة الأولى وهي التي سبق لها أن أبدت اعتراض على تصرف الكونغرس- مما يؤكد فرضية انتهاك تشريع جاستا للحصانة القضائية لدول لم تكن مدرجة أصلا في القائمة الأمريكية الرسمية الراحية للإرهاب.

وأي كانت طبيعة هذه الأسباب والدوافع التي يطغى عليها الطابع السياسي المحض، إلا أن ما جاد به القانون من أحكام ومواد يعمق أكثر فأكثر أزمة القانون الدولي بعد أن نال من أحد ركائز هذا القانون، وهي السيادة.

وما يقوي ذلك، أن المادة 1/2 من ميثاق الأمم المتحدة جعلت مساواة الدول الأعضاء وسيلة لتحقيق مقاصد المنظمة الدولية المبينة في المادة الأولى خصوصا الهدف المنصوص عليه في المادة 2/1 المتمثل في إنماء العلاقات الودية بين الأمم على أساس احترام المبدأ القاضي بالتسوية في الحقوق بين الشعوب...

ولقد أدى قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2625 المتضمن إعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول وفقا لميثاق الأمم المتحدة دور المفسر للمادة 1/2 بحيث رتب لمقتضيات هذا المبدأ وعناصره، تساوي الدول من الناحية القانونية، وتمتع كل دولة بالحقوق الملازمة للسيادة الكاملة، واحترام كل دولة شخصية الدول الأخرى...

إن منح قانون محاربة رعاية الإرهاب للأفراد حق مقاضاة الدول الأجنبية لا يخرج عن كونه انقلاب حقيقي على هرمية أشخاص القانون الدولي الممثلين في الدول والمنظمات الدولية، ويعترف وفقا لذلك بصفة غير رسمية للأشخاص الطبيعيين بالشخصية القانونية الدولية مما يفيد بدهاءة، إنزال الأفراد منزلة الدول في القانون الدولي الذي لا يقر هذا الأخير بهذا الوضع في الظرف الحالي باعتبار أن الفرد الى هذه اللحظة هو مجرد موضوع للقانون الدولي وليس شخص من أشخاصه كما يرمي الى ذلك قانون جاستا.

ومن جهة ثانية، تقتضي السيادة في القانون الدولي قطع كل صلة تبعية دولة تجاه أخرى - وهذا الذي يجب أن يكون من باب أولى - الامر الذي يترتب عنه أليا عدم قابلية تصور في قضية الحال أن يخالف قانون وطني محض غير مجمع عليه حتى داخل الولايات المتحدة الأمريكية هذه العلاقة الاستقلالية بين الدول في العلاقات الدولية، فتخضع على إثر ذلك دولة لأخرى ليس على أساس المساواة القانونية المنعدمة نسبيا في القانون الدولي عند الحديث عن التبعية وإنما على تبعات اللامساواة الواقعية.

لقد انطلق قانون جاستا في حد ذاته من قاعدة اللامساواة الفعلية التي تفصل بين دولة عظمى بحجم الولايات المتحدة الأمريكية وبقية الدول ليصل الأمر في نهايته الى انتهاك المساواة القانونية بين الدول المرتبطة أشد ارتباط بحق كل دولة في السيادة. وتأسيسا على ذلك، يتأكد خرق قانون جاستا للقانون الدولي في الشق المتصل بمساواة الدول في السيادة في عدة مناحي:

- إن الدول متساوية قانونا من حيث التمتع بالحقوق وأداء الالتزامات في النطاق الدولي بصرف النظر عن الاعتبارات الواقعية للمساواة التي لا يجب أن تتخذ ذريعة للاعتداء على سيادة الدول وتجاوز المساواة مما يجعل هذا النص متصفا بهذا العيب يتعين لاحقا نقضه.

- إن من الحقوق المرافقة للسيادة، انتفاء أي مظهر للتبعية بين الدول في القانون الدولي بحيث أن كل دولة تمارس باستقلالية وظائفها السيادية في العلاقات الدولية، وهذا ما اعترض عليه جسامة قانون جاستا الذي لم ير مانعا من محاكمة دول أمام قضاء وطني يحتكم لتشريع وطني ويطبق مستقبلا على الدول في تعارض مع المساواة والسيادة والاختصاصات الوطنية التي يفترض في هذه الأخيرة أن تمارسها الدولة بموجب القانون الدولي في حدود إقليمها الوطني.

- عدم احترام قانون مكافحة مدبري وممولي الإرهاب الشخصية القانونية للدول التي قد تلاحق قضائيا بتهم مساندة وتمويل الإرهاب الدولي في اتساق واضح مع المفهوم والتكييف الأمريكي للإرهاب الذي لم يعرف بعد طريقه للتعريف القانوني المحكم.

إن الشخصية القانونية للدولة تستهدف إظهار الدولة مقدرتها على التمتع الكامل بالحقوق وتحمل التعهدات الدولية، والإسهام في تطوير القانون الدولي... مما يفيد أن قانون جاستا ينزع

هذه الصفة عن الدولة ويعرض وجودها القانوني الى خطر لا يمكن تصور تبعاته على المركز القانوني للدولة في القانون الدولي سيما تلك التي تبدي استعداد في إطار علاقات غير متكافئة في التعامل الايجابي مع القانون.

• **المطلب الثاني: الاعتداء على الحصانة القضائية للدول**

من أبرز النتائج اللصيقة بمبدأ مساواة الدول في السيادة، الحصانة القضائية ذات المنشأ العرفي، والتي يراد بها في القانون الدولي كمفهوم تقليدي له، عدم قابلية امتثال دولة أمام قضاء دولة أخرى.

ولغرض تعزيز موقع الحصانة القضائية للدول في القانون الدولي عن طريق إخراجها من الدائرة العرفية الى المعيار الاتفاقي، توصلت الأمم المتحدة الى إبرام اتفاقية حول الحصانات القضائية للدول وممتلكاتها في 2004/12/02 التي كانت نتاج تدوين لجنة القانون الدولي لهذه القاعدة العرفية الذي شرع فيه في 1978 وامتد زهاء 27 سنة.

لقد أرسيت المادة 05 من الاتفاقية أصل عام في مسألة الحصانة القضائية، تتعلق بتمتع الدولة فيما يتعلق بنفسها وممتلكاتها بالحصانة من ولاية محاكم دولة أخرى، رهنا بأحكام هذه الاتفاقية⁽¹⁾، هذه الأخيرة أوردت على هذه القاعدة العامة جملة من الاستثناءات التي جرى إحصاؤها في الجزء الثالث من الاتفاقية الذي عالج التدابير والإجراءات التي يستعصي على الدولة من خلالها إثارة الحصانة القضائية، بما يفيد أن هذه الطريقة المنتقاة في الاتفاقية، تمثل تسوية بين مختلف النظريات التي دافعت عن أساس الحصانة وطبيعتها⁽²⁾.

وفي ذات الاتجاه، تلزم المادة 06 الدول بالامتناع عن ممارسة الولاية القضائية في دعوى مقامة أمام محاكمها ضد دولة أخرى، وتضمن لهذه الغاية أن تقرر محاكمها من تلقاء نفسها

(1) تتصل هذه الاستثناءات بالمعاملات التجارية (م 10)، عقود العمل (م 11)، الأضرار التي تلحق بالأشخاص والممتلكات (م 12)، الملكية وحياسة الممتلكات واستعمالها (م 13)، الملكية الفكرية والصناعية (م 14)، الاشتراك في شركات أو في هيئات جماعية أخرى (م 15)، السفن التي تملكها أو تستغلها الدولة (م 16)، الأثر المترتب على اتفاق التحكيم (م 17).

(2) Gerhard Hafner et Leonore Lange: La Convention Des Nations Unies Sur Les Immunités Juridictionnelles Des Etas Et De Leurs Biens In: AFDI L-2004-CNRS Éditions Paris P: 59

احترام حصانة تلك الدولة الأخرى بموجب المادة 05 الأمر الذي يعني بدهاءة أن الاتفاقية جعلت الحصانة من النظام العام وارتقت بها الى مصاف القواعد الآمرة التي يمنع على الدول على مخالفتها.

وإذا أسقطنا الحصانة القضائية الاتفاقية على قانون جاستا، سنجد أن هذا الأخير حاد كلياً عن المادتين 05 و06 المشار إليهما أعلاه حيث أن المادة الثالثة من القانون المتعلقة بمسؤولية الدول الأجنبية عن الإرهاب تقضي بعدم احتماء أية دولة بالحصانة التي تجعلها بمنأى عن الامتثال أمام السلطات القضائية الأمريكية في أية قضية يتم فيها المطالبة بتعويضات مالية من دولة أجنبية نظير إصابات مادية تلحق بأفراد أو ممتلكات أو نتيجة لحالات وفاة تحدث داخل الولايات المتحدة الأمريكية وتتجم عن فعل إرهابي أو عمليات تصيرية أو أفعال تصدر من دول أجنبية أو من أي مسؤول أو موظف أو وكيل بتلك الدولة أثناء فترة توليه منصب بغض النظر إذا كانت العمليات الإرهابية تمت أم لا.

إن ثمة ملاحظات وجيهة ينبغي التوقف عندها بخصوص التعارض الجسيم الفاصل بين القانون الوطني والقانون الدولي:

- إن الولايات المتحدة الأمريكية ليست طرف في اتفاقية الأمم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية، والإشكال المطروح في هذا الصدد، هل يعتبر عدم انتساب هذه الدولة للاتفاقية بمثابة أساس قانوني صلب يمنحها امتياز إصدار قانون يتجافى مع القانون الدولي؟

كما سبق الإشارة آنفاً، تعتبر الحصانة القضائية للدول من منظور القانون الدولي مسألة عرفية محضة، وسيادة هذا الحق الأصل لكل دولة كان قائماً قبل التدوين، ومن المعلوم بالضرورة، أن العرف اعتمد على المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية مصدر من مصادر القانون الدولي الذي يستعان به لتأسيس الأحكام القانونية بمختلف صورها.

على ضوء ذلك، اعتبرت محكمة العدل الدولية في إحدى حيثيات قرارها الصادر في 1986/06/27 في القضية المتعلقة بالأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا-، بشأن عدم استخدام القوة الذي يعد من مبادئ القانون الدولي العرفي، أن هذا المبدأ مستقل

عن الأحكام التي يخضع لها على صعيد قانون المعاهدات المتمثل في ميثاق الأمم المتحدة على النحو الذي يعني، أن هذه القواعد تظل تحافظ على الزاميتها باعتبارها تدخل في طائفة الأعراف الدولية بصرف النظر عن المعاهدات التي دونتها.

وعليه، لا ينظر الى صرف الولايات المتحدة النظر عن الانضمام والتصديق على اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 2004 مبرر قانوني يعفيها من التقيد بعرف دولي يتصل بالحصانة القضائية لكل دولة ذات سيادة وعضو كامل الحقوق والواجبات في المجتمع الدولي. ولقد لجأت عدة دول ربما ستكون مستهدفة بقانون جاستا الى الاحتماء باتفاقية الأمم المتحدة حول الحصانات القضائية أين قام العديد منها على غرار السعودية بالانضمام إليها في 2015/09/01، والعراق في 2015/12/02، وتصديق لبنان في 2008/11/21...

- وبما أن الولايات المتحدة الأمريكية ليست طرف الى حد الآن في الاتفاقية الأممية، فإن ذلك يترتب عنه عدم أحقيتها في الاستفادة من الاستثناء الذي وضعته المادة 07 من الاتفاقية التي تنص على إمكانية موافقة الدولة الصريحة على إقامة دعوى أمام محكمة دولة أخرى، إما بواسطة اتفاق دولي، أو عقد مكتوب، أو إعلان أمام المحكمة أو برسالة خطية في دعوى محددة... التي تعد آليات إجرائية تعاهدية بعيدة عن الميزة العرفية، وعملا بالمادة 34 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 التي تنص على نسبية آثار المعاهدات وعدم انتقال الحقوق والالتزامات الى دولة الغير دون موافقتها، فإنه بناء على ذلك، لا يحق للولايات المتحدة الأمريكية الاحتجاج بحق ممارسة الولاية القضائية على دولة أجنبية القائمة على التنازل أو القبول الصريح من لدن الدولة كما هو مرسوم في المادة 07 مادام أنها ليست طرف في اتفاقية الأمم المتحدة 2004، ومقابل ذلك، ينعقد بالتمام صحة حجة الدولة - المستهدفة بقانون جاستا- بالحصانة القضائية حتى لو لم تكن طرف في الاتفاقية مادام أن ذلك الادعاء يستند الى العرف الدولي المعترف به، والحصانة كما هي منقولة عليها جزء لا يتجزأ من القواعد العرفية التي يحتج بها في مواجهة الجميع بمعزل عن الأدوات الاتفاقية.

- إن ثبوت تورط مواطني دولة ما في أعمال إرهابية، ينجر عن ذلك وجوباً تحمل الدولة تبعات المسؤولية الدولية المنعقدة في حقها في هذه الحالة بمقتضى القانون الدولي، والتي نجد

من نتائجها الهامة، تقديم التعويض المناسب عن الضرر اللاحق والواقع الذي يعتبر مسألة تقديرية تخضع لسلطة القاضي الدولي من حيث شكله وحجمه ومداه.⁽¹⁾ وتتخذ وسائل تسوية هذا المشكل كحال موضوع قانون جاستا عدة صور لا نجد من بينها إقدام دولة بواسطة قانون وطني رفع الحصانة القضائية عن دولة ذات سيادة، إذ يترك الأمر للطرق الدبلوماسية-كما نص عليه استثناء قانون جاستا-أين يتم الاتفاق إذا تبث فعلا توافر شروط انطباق المسؤولية في حق الدولة المعنية التسوية السياسية بين الدولتين، وإذا تعذر الأمر أمكن حينئذ اللجوء الى القضاء أو التحكيم الدوليين أو إجراء مفاوضات دولية لحل النزاع.

إن العمل غير المشروع دوليا الذي يفضي الى قيام المسؤولية الدولية للدولة بحكم المادة الأولى من مشروع القرار الثاني للجنة القانون الدولي-الذي أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة دون تصويت بموجب اللائحة 83/56 المؤرخة في 2001/12/12 حول مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليا-ينجر عنه قانونا، الجبر طبقا لفحوى المادة 31 من المشروع⁽²⁾، ولا نجد من ضمن وسائل أعمال المسؤولية الدولية للدولة، المتابعة القضائية على مستوى المحاكم الوطنية للدولة المتضررة، هذا إذا افترضنا أن الأشخاص الذين ارتكبوا عمليات إرهابية تصرفوا بناء على تعليمات رسمية صادرة عن الدولة التي يمكن أن يستهدفها قانون جاستا كما أبانت عن ذلك المادة 8 من مشروع القرار، وبما أنه يجوز الجمع بين أكثر من أشكال الجبر وفقا للمادة 34، فإن الدولة التي يقع عليها عبء المسؤولية الدولية، يقع على عاتقها التعويض والترضية، هذه الأخير لا تخرج عن كونها مجرد اعتراف بالانتهاك، أو تعبير عن أسف، أو تقديم اعتذار رسمي أو أي شكل آخر مناسب حسب ما حددته المادة 2/37 من مشروع القرار .

(1) د/ محمد المجذوب: القانون الدولي العام ط 6 منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2007 ص: 332.

(2) تنص المادة 31 من مشروع القرار:

- على الدولة المسؤولة التزام بجبر كامل الخسارة الناجمة عن الفعل غير المشروع دوليا
- تشمل الخسارة أي ضرر سواء كان ماديا أو معنويا ينجم عن الفعل غير المشروع دوليا الذي ترتكبه الدولة
- وحددت المادة 34، أنواع الجبر المتمثلة في الرد والتعويض والترضية بحيث يكون الجبر الكامل للخسارة بإحدى هذه الصور أو جميعها، ونصت المادة 36 عن التعويض عن الضرر الناتج عن هذا الفعل

وفي نفس الإطار، أكدت محكمة العدل الدولية في الأمر الصادر في 1959 المتعلق بقضية interhandel بين سويسرا والولايات المتحدة، أن اللجوء الى المحكمة الدولية ينبغي أن يسبقه منح الدولة التي أحدثت الانتهاك فرصة إصلاح الضرر عبر وسائلها الخاصة وداخل نظامها القانوني، حيث أن حرمان الدولة من ممارسة اختصاصاتها الخاص بلجوء الأجنبي الى مطالبتها بإصلاح الضرر قبل استنفاد الوسائل التي يتيحها قانونها لجبر الضرر يعد تدخلا في سياستها الداخلية.

واسترشاد بمضمون هذا القرار، يلاحظ أن محكمة العدل الدولية تصدت لقاعدة عرفية، وهي استنفاد طرق الطعن التي يوفرها القانون الوطني للدولة قبل الاحتكام الى الآلية القضائية الدولية، ومن باب أولى، لا يجوز خرق الحصانة القضائية للدولة أمام محكمة وطنية كما ذهب إليه المشرع الأمريكي.

وأمام انعدام نص تعاهدي متعدد الأطراف يعرف بوضوح جريمة الإرهاب الدولي ويقوم لها مسؤولية خاصة عملا بمبدأ التخصيص الذي أشار إليه مشروع القرار في مادته 55، تبقى المبادئ العامة للمسؤولية الدولية سارية التطبيق على الأفعال الإرهابية المرتكبة بأمر رسمي من الدولة وبرعايتها أين تتعدم سبل مخالفة الحصانة القضائية كطريق لتحريك المسؤولية الدولية في حق الدولة، وهذا ما رعاه مشروع القرار الذي لم يتجاوز قاعدة عرفية مجمع عليها. وما يزيد في دحض قانون جاستا، هو ما ورد في إحدى حيثيات قرار مجلس الأمن الدولي 2001/1373 المتعلق بالتهديدات التي يتعرض لها السلام والأمن الدوليان نتيجة للأعمال الإرهابية الذي صدر بعيد أحداث نيويورك، حيث أن هذا القرار المؤسس على الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، احترام مبدأ الحصانة القضائية للدول عندما جعل من التزامات الدول في محاربة الإرهاب كما ورد في المقطع ه من الفقرة الثانية، تقديم أي شخص يشارك في تمويل أعمال إرهابية أو تدبيرها أو الإعداد لها أو ارتكابها أو دعمها للعدالة وكفالة إدراج الأعمال الإرهابية في القوانين والتشريعات المحلية...

إن قرار مجلس الأمن 1373- وغيره من القرارات الصادرة عنه أو عن الجمعية العامة- وحده يكفي أن يكون مصدر لتجريم رعاية الإرهاب الدولي بكافة صوره دونما حاجة أن تكون هنالك ضرورة لانفصال قانون جاستا عن التشريع الدولي.

والتساؤل الوجيه الذي يطرح في هذا المقام، إذا كان قرار مجلس الأمن الذي يتبوأ قيمة قانونية متميزة في ميثاق الأمم المتحدة والذي يسمو على بقية القواعد القانونية الأخرى قد اعتنى بهذه الجزئية في المسائل الجنائية على نحو يعزز الحصانة القضائية لكل دولة حتى لو ارتكب أحد أفرادها عمل إرهابي دون توجيهات وتعليمات من دولة الجنسية، فكيف لقانون وطني أن ينال من الحصانة في عنصرها المدني؟

وليس غريباً، أن يتم إيلاء العناية في هذا التشريع الشاذ للعدالة المدنية على حساب العدالة الجنائية التي كان يفترض في هذه الأخيرة أن تحظى بالدعوى القضائية والتحقيق القضائي المعمق بدل البحث عن التعويض وإبراز حقوق الأطراف المدنية بعد مرور 16 سنة من الهجمات مادام أن أحداث أيلول 2001 بشهادة العديد من الخبراء الأمنيين والباحثين تحيطها نقاط غموض كثيرة والتي من شأن الكشف عنها في وقت لاحق أن تؤدي الى عواقب خطيرة على سياسة الولايات المتحدة الأمريكية.

○ المبحث الثاني: تأكيد الحصانة القضائية للدولة في الاجتهاد القضائي

مما لا شك فيه وكما أسلفنا الذكر، تنكر قانون جاستا بشكل سافر لقاعدة عرفية تتعلق بحق كل دولة ذات سيادة في الحصانة القضائية، وما يدعم بطلان هذا القانون ذا البعد الدولي، هو ما ذهب إليه اجتهادات قضائية عززت مفهوم الحصانة في الاتجاه الذي يراد به، تحلل كل دولة من التبعية القضائية تجاه سلطة قضائية أخرى.

وعليه، سنتناول في هذا المبحث أهم ما توصل إليه القضاء بهذا الخصوص بشقيه الدولي (المطلب الأول) والوطني (المطلب الثاني)

• المطلب الأول: الاجتهاد القضائي الدولي

في هذا الموضوع، أصدرت محكمة العدل الدولية قرار بتاريخ 2012/02/03 في قضية ألمانيا ضد إيطاليا واليونان كطرف متدخل⁽¹⁾، جاء في أحد فقراته، أن المحكمة تستخلص أن

(1) تقدمت ألمانيا في 23 / 12 / 2008 بشكوى الى محكمة العدل الدولية بعدما تزايدت الدعاوى القضائية المرفوعة من العائلات - ضحايا الجرائم النازية والورثة الايطاليين الذين هاجروا ألمانيا وأجبروا على العمل بين سبتمبر 1943 وماي

القرارات القضائية الإيطالية المصريح بإنفاذها في إيطاليا، وكذا الأحكام المدنية المنطوق بها في المحاكم اليونانية في مواجهة ألمانيا في قضية مجزرة distome، انتهكت واجب إيطاليا في احترام الحصانة القضائية لألمانيا، وجاء في منطوق القرار، أن الجمهورية الإيطالية، أخلت بالتزام احترام الحصانة المعترف بها لألمانيا من طرف القانون الدولي عندما سمحت بإقامة في مواجهة ألمانيا دعوى مدنية بدعوى خروقات القانون الدولي الإنساني المقترفة من قبل الرايخ الألماني بين 1943 و1945، إضافة إلى كون إيطاليا لم تلتزم بواجب الحصانة القضائية المقررة لألمانيا بمقتضى القانون الدولي عندما اتخذ قضاءها تدابير تنفيذية جبرية استهدفت فيلا vigoni⁽¹⁾.

إن محكمة العدل الدولية التي تصدر قرارات نافذة وغير قابلة للمراجعة، أعادت التأكيد على حق كل دولة في الحصانة القضائية كما هو ثابت في القانون الدولي العرفي ولم يكن أمامها خيار الحياد أو التنكر لأساس عرفي استقر المجتمع الدولي على الأخذ به.

وبالنتيجة، فإن العرف الدولي هو المصدر المباشر الوحيد والفوري والمناسب لمسائل حصانة الدول الأجنبية أمام المحاكم الإيطالية.⁽²⁾

وفي نفس الاتجاه، أيدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في ثلاث قرارات صدرت عن الغرفة الكبرى بتاريخ 2001/11/21، الاتجاه الذي يصون الحصانة القضائية بصرف النظر عن ظروف كل قضية، حيث أن المحكمة تبنت نفس المقاربة واعتبرت في هذا السياق، أن

1945 بينما كانت إيطاليا تحت الاحتلال الألماني على إثر سقوط التحالف بينهما-أمام المحاكم الإيطالية أين قامت إيطاليا بمباشرة إجراءات التنفيذ الجبري على أملاك ألمانية تقع في إيطاليا.

قبل ذلك، أصدرت محكمة النقض الإيطالية في 2008/10/21 قرار يقضي بممارسة القاضي الإيطالي ولايته القضائية في مواجهة ألمانيا بخصوص جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية المرتكبة من قبل القوات العسكرية للرايخ الثالث أثناء الحرب العالمية الثانية مما أدى بألمانيا إلى اللجوء إلى محكمة العدل الدولية في 2008/12/23.

راجع بقية بنود القرار المتعلق بالأوجه المختلفة لانتهاك إيطاليا للحصانة القضائية لدولة ألمانيا، علماً أن المحكمة دعت في الأخير إيطاليا إلى إصدار تشريع ملائم أو أية وسيلة أخرى تختارها لعدم بموجب ذلك كل أثر قانوني لقرارات محاكمها المعتدية على الحصانة القضائية لألمانيا.

(1) ANNALISA CIAMPI: L'immunité De L'État Responsable De Crimes Internationaux Devant Les Juridictions Italiennes. In AFDI 2008/ Vol 54 N 01 P: 47

(2) Laure Milano: Les Immunités Issues Du Droit International Dans La Jurisprudence Européenne In Revue. Trim.Dr.H 76/ 2008 P: 1075

حصانة الدول ذات السيادة هو مفهوم متجذر في القانون الدولي العرفي، وتقدر أن منح الحصانة هو لأجل متابعة هدف مشروع يتصل باحترام القانون الدولي بغرض مراعاة المجاملة والعلاقات الجيدة بين الدول بفضل احترام سيادة دولة أخرى.

إن هذا الموقف يستدعي توجيه ملاحظتين:⁽¹⁾

- إن مبادئ السيادة والمساواة بين الدول تشكل الأسس التقليدية للحصانات بمقتضى القانون الدولي إلا أنها تحتفظ بالطابع النسبي بعد أن زال عنها الصفة المطلقة كما دلت على ذلك الأدوات الاتفاقية الموضوعة في هذا الشأن كاتفاقية بال 1972 التي اعتمدها مجلس أوروبا حول الحصانة القضائية للدول، واتفاقية الأمم المتحدة لسنة 2004 مما يفيد وجود تيار قوي في القانون الدولي يرمي الى تقييد الحصانات القضائية.

- ومن ناحية ثانية، بررت المحكمة هذه الحصانات على أساس المجاملات والعلاقات الحسنة بين الدول مما يعطي الدلالة السياسية لتعليقات قرارات المحكمة.

وعلى هذا الأساس، يلاحظ أن ثمة إجماع قضائي لا يرتقي الى درجة الشك حول مسألة الحصانة القضائية السيادية للدول المستمدة من العرف والاتفاق، فلا يمكن تبعا لذلك أن يسهم القضاء في هدم القانون الدولي المستند في وجوده الى السيادة والرضا وإلا تحول الى عامل قوي لعدم استقرار العلاقات الدولية.

• **المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي الوطني**

ومن ناحيتها، ميزت محكمة النقض الفرنسية في 20/06/2003 في قضية المدرسة السعودية بين التصرف محل النزاع الذي يكتسي من حيث طبيعته وغايته طابعا سياديا أين يجب في هذه الحالة احترام الحصانات القضائية للدول الأجنبية عملا بالقانون الدولي، وبين أعمال الإدارة موضوع المنازعة القضائية، هذه الأخيرة لا يمكن الدفع تجاهها من قبل الدول بحق الحصانة أمام القضاء الأجنبي-وهذا ما سارت عليه حقا اتفاقية الأمم المتحدة حول

(1) Carlo Focarelli: Immunité Des Etas Et Jus Cogens. La Dynamique Du Droit International Et La Fonction Du Jus Cogens Dans Le processus De Changement De La règle Sur l'Immunité Juridictionnelle Des Etas Étrangers. In: R.G.D.I.P.2008-4 P: 763

الحصانات القضائية للدول وممتلكاتها-وبالتالي توصلت الى أن النزاع المطروح أمامها المتعلق بعدم تصريح أجير أجنبي في النظام الفرنسي للحماية الاجتماعية تصرف إداري بحت لا محل له من الاعتبار في مبدأ الحصانة القضائية.

تتمتع لذلك، وفي هذا الموضع بالذات، ثمة معايير يعمل بها للفصل بين أعمال السيادة التي يمكن لها أن تحمي بالحصانة القضائية وتلك المعروفة بأعمال الإدارة والتسيير التي لا يسمح لها بالاستفادة من هذا الامتياز، والتي نجد من ضمنها، طبيعة التصرف أو الهدف المتوخى منه، ذلك أن المادة 2/2 من اتفاقية الأمم المتحدة حول الحصانات القضائية منحت الأولوية والأفضلية لمعيار طبيعة العقد مع أن النص لم يقص تماما إمكانية الاعتماد أيضا على معيار الهدف أو الغاية في بعض الحالات.⁽¹⁾

وعلى أساس هذه المعايير المعتمدة للفرقة بين أعمال الحصانة القضائية وغيرها التي ليس في وسعها الاستناد إليها، سيجد القاضي الدولي أو الوطني نفسه أمام مهمة ذات مخاطر أقل في إحداث التمايز المطلوب منه في المنازعات المطروحة أمامه والمدعو للفصل فيها مادام أن معايير الفرقة متوفرة ولا تحتاج الى اجتهاد منه قد يؤدي الى تجاوز النص الدولي، وبالتالي تمكن القاضي في نهاية المطاف من احترام الحصانة السيادية للدولة الأجنبية بسلاسة تجنب الدولة من المسؤولية الدولية الناجمة عن انحراف السلطة القضائية في استعمال اختصاصاتها.

○ المبحث الثالث: الموقف الأمريكي من الحصانة القضائية السيادية للدول

سبق للولايات المتحدة الأمريكية أن أصدرت تشريع ينظم ويعالج الحصانة القضائية السيادية للدول الأجنبية على غرار دول أخرى والذي لم يكن آنذاك يحمل طابعا عدائيا تجاه مفهوم الحصانة (المطلب الأول).

⁽¹⁾ للإشارة فقط، كانت الدول قبل 1996 بمنأى عن المسؤولية المدنية أمام المحاكم الأمريكية جراء الأضرار والإصابات التي التي تتسبب فيها الأعمال الإرهابية المرتكبة من قبل أعوانها ووكلائها. وفي 1996، أقدم الكونغرس الأمريكي على تعديل قانون الحصانات السيادية الخارجية FSIA حتى يتم السماح بالقيام بمتابعات قضائية مدنية من طرف المواطنين الأمريكيين ضحايا العمليات الإرهابية ضد الدول المتواطئة، وقام الرئيس الأمريكي بيل كلينتون بتوقيع التعديل بعد قيام سلاح الجو الكوبي بقصف طائرة مدنية في المياه الدولية، وهذا ما قاد الى أولى المحاكمات بمقتضى الاستثناء الجديد لقانون الحصانة السيادية الخارجية.

وبما أن حصانة الدول الأجنبية ليست بمنأى عن تأثيرات السياسة الخارجية وتفاعلاتها، أوجد المشرع الأمريكي في صلب القانون صلة وثيقة بين تجاوز الحصانة والدبلوماسية في اتجاه ينقذ الحصانة من خطر وشيك (المطلب الثاني).

ومن ناحية ثانية، فإن التنفيذ الحرفي لهذا التشريع ينجم عنه مخلفات في قمة الأهمية مرتبطة بالقانون الدولي تمس الدولة ذاتها التي تجرأت انفراديا على هدم قاعدة عرفية لا تقبل الدول عن التنازل عنها مهما كان الأمر إلا في نطاق ما تسوسه الاتفاقيات الدولية (المطلب الثالث).

• المطلب الأول: التشريع الأمريكي في ميدان الحصانة القضائية السيادية للدول الأجنبية

يرمي قانون الحصانة السيادية للدول الأجنبية الذي صادق عليه الكونغرس الأمريكي في 1976 الى تحديد التدابير التي بمقتضاها يعقد الاختصاص للمحاكم الأمريكية في مباشرة المتابعات القضائية الموجهة ضد الدول الأجنبية، وتبيان الدول التي تستفيد من الحصانة، هذا القانون يعد بمثابة تفسير للمادة 2/3 من الدستور الأمريكي لسنة 1789 من جهة، واعتراف مبدئي من ناحية ثانية بالحصانة القضائية للدول مع ورود استثناءات بما أنه يميز بين التصرفات السيادية المحتمية بالحصانة والأعمال التجارية-الإدارية التي تكون بمنأى عن الحصانة كما هو جار به العمل.

ولقد أضاف تشريع جاستا الى حزمة الاستثناءات الواردة على الحصانة القضائية تنفيذًا للمادة 1605 من قانون الحصانة، حكم جديد يتصل بمسؤولية الدول الأجنبية عن الإرهاب الدولي ضد الولايات المتحدة الأمريكية، بمعنى أن الإرهاب الذي تتورط في تدبيره دولة ما يكون محل محاكمة قضائية مدنية أمام القضاء الأمريكي، ولن يكون على إثر ذلك في وسع الدولة بمفهوم قانون جاستا الدفع بعدم الاختصاص بحجة الحصانة القضائية.

غير أن القانون أوجد في طياته حكم مرن يقضي بعدم القدرة على رفع الحصانة القضائية عن الدولة في حالة ثبوت صدور تقصير منها أو ارتكبت دون قصد فعل أو مجموعة من الأفعال لا ترقى الى مصاف تدبير عمل إرهابي.

إن قانون جاستا لم يكن السباق في عدم الاعتراف بالحصانة القضائية للدول المتورطة باتهام أمريكي خالص في الأعمال الإرهابية حسب التكييف الأمريكي للظاهرة، فلقد سبقه الى ذلك قانون أفريل 1996 الذي تبناه الكونغرس والذي أجاز في محتواه، الملاحقات القضائية ضد إيران بعد التفجير الذي استهدف ثكنة عسكرية أمريكية في بيروت علما أن المحكمة العليا الأمريكية بعد الاحتجاج الإيراني، أيدت المسعى الفيدرالي في محاكمة الدول المحتمل تورطها في هجمات إرهابية، وهذا ما يعزز بلا شك الاتجاه الذي يقيد الحصانة القضائية للدول بإضافة استثناء جديد لم يكن في الحسبان مما يفيد أن جاستا 2016 ارتكز في بنيانه القانوني على قانون مكافحة الإرهاب 1996.⁽¹⁾

وتطبيقا لهذا القانون، تم تحريك عدة دعاوى قضائية ضد إيران وكوبا اللتين وكما كان منتظرا لم تعترفا إطلاقا باختصاص القضاء الأمريكي للنظر في هذه القضايا، وأصدرت في هذا الشأن عدة محاكم فيدرالية أحكام ضد الدولتين اللتين رفضتا الانقياد لها وجبر الخسائر. فضلا عن كون قانون جاستا وقبله قانون محاربة الإرهاب لعام 1996 يخلفان أثرا قانونيا مشتركا يتمثل في انتهاك الحصانة السيادية لكل دولة تستهدف من وراء تطبيق بنوده، يرتب هذا القانون أيضا، نتائج مالية بالغة الأهمية، فالمحاكم الأمريكية التي منحت لها صلاحية مباشرة الدعوى المدنية في حق الدول الراعية للإرهاب حسب قانون 1996 بناء على بلاغات الضحايا، حكمت لصالح الأطراف المدنية ما يقارب 19 مليار دولار تدفع من طرف الدول التي تعنيها الأحكام، هذا المبلغ لم يجمع منه سوى النصف.⁽²⁾

إن منح تقدير التعويض المناسب لسلطة قضائية أجنبية يعهد إليها محاكمة دولة ذات سيادة في مسألة مدنية ناجمة عن فعل جنائي مجرم دون تحفظ، فعل غير سليم حيث أن هذا

⁽¹⁾ يرمي القانونين من خلال المادة الثالثة لكل منهما الى إظهار السياسة الدولية للولايات المتحدة الأمريكية، فبالنسبة للقانون الأول، يهدف هذا الأخير الى مساعدة الشعب الكوبي لاسترجاع حريته وازدهاره وتقوية العقوبات الدولية ضد الراحل فيدال كاسترو وتشجيع تنظيم انتخابات ديمقراطية حرة ونزيهة... أما القانون الثاني، فهو يعمل على حرمان إيران وليبيا من مساندة الإرهاب الدولي وتمويله والحيلولة دون امتلاك أي منهما لأسلحة الدمار الشامل.

⁽²⁾ Jeunifer K.Elsea: Suits Against Terrorist States By. Victims of Terrorism. Updated August 8/ 2008 In: Fas.Org/ Sgp/Crs/Terror/ RI 31258.Pdf P: 06

الوضع يتعارض مع مبدأ الحياد واستقلالية ونزاهة القاضي حتى لو كان نظامه السياسي يركز على مبدأ الفصل المطلق بين السلطات إذ لن يكون في كل الأحوال بمقدور القاضي الأمريكي أن يحيد عن تطبيق قانون دولته المفعم بالسياسة والأيدلوجيا تجاه دولة ثانية، كما أن تقدير قيمة التعويض لن يكون هو الآخر في ذروة الموضوعية والعدالة الذي سيتأثر بالطابع الليبرالي للدولة الأمريكية الممجة للفرد والإنسان، لذلك كان من الأخرى ترك التعويض للقاضي الدولي أو تسوية الأمر بالوسائل الدبلوماسية المتاحة التي عادة ما توليها الدول اهتمام خاص... وغير ذلك سيساهم القضاء الأمريكي في تجاوز وانتهاك مبدأ عدم جواز الإثراء بلا سبب.

• المطلب الثاني: الدبلوماسية والحصانة القضائية

إذا كان الأصل يقضي وفقا للتشريع الأمريكي منح الأسبقية للطريقة القضائية عن طريق الدعوى المدنية لتحصيل التعويضات لفائدة الضحايا حين يتم إرغام دولة ما على الامتثال للقضاء الأمريكي، فإن الاستثناء الذي لم يشأ المشرع الأمريكي تغييبه كبديل مؤقت عن خرق الحصانة القضائية، هو إمكانية تدخل المدعي في أية قضية تخضع على أساسها دولة أجنبية للسلطة القضائية الأمريكية وذلك بغرض السعي لوقف الدعوى المدنية كليا أو جزئيا. وعليه، يمكن القول إن القانون يبقي على هامش متواضع لاحترام الحصانة القضائية السيادية للدولة حيث يؤدي إلى إيقاف إنفاذ وقتي للدعوى لا تزيد عن 180 يوما مع إمكانية تجديد فترة الإيقاف لمدة 180 يوما إضافية.

والغرض من تقرير مدة وقف سريان الدعوى لأجل محدد، هو جنوح الإدارة الأمريكية للأسلوب الدبلوماسي والتسوية السياسية مع الدول المشمولة بخطر انتهاك الحصانة القضائية في الاتجاه الذي يسمح بالتعويض التوافقي في إطار مسار تفاوضي لن يكون بكل تأكيد سهل يقوده كاتب الدولة للخارجية إذا ما شهد هذا الأخير، أن بلاده تشارك بحسن نية مع الدولة الأجنبية المدعى عليها بغية التوصل برفقتها إلى حلول للدعوى المرفوعة ضدها أو أي جهات أخرى مما ينجر عن هذا السلوك التفاوضي إيقاف الدعوى لمدة 180 يوما إضافية.

في هذا الصدد، ثمة ملاحظات جديرة بالاهتمام حول هذا البند أرى أنها من الضرورة القصوى طرحها:

- إن التسوية الودية للنزاعات بين الدول في إطار المسؤولية الدولية عن الأعمال غير المشروعة دوليا هو ما يجب أن يتبع كقاعدة عامة خصوصا عندما يتعلق الأمر باحترام الحصانة القضائية للدول كما أشرنا سالفا، وعندما يستلزم الحال سلوك طريق التسوية القضائية، فالقضاء هنا لا يجب أن يخرج عن صبغته الدولية في صورة التحكيم أو محكمة عالمية، في حين أن قانون جاستا جعل من الأصل استثناء والاستثناء المطلوب مراعاته لم يتم الوقوف عنده، فالتصرف محل التحاكم القضائي من منظور التشريع الأمريكي ليس تصرفا إداريا أو تجاريا لا يتصل بحكم طبيعته من الحصانة بل المسألة تخص الإرهاب سيما أن الولايات المتحدة الأمريكية عودت المجتمع الدولي على التوصيف الخاص بها للإرهاب وهي التي لم تكن يوما بريئة عن اصطناع دوائرها الاستخباراتية للتنظيمات الإرهابية مما جعلها وفقا للواقع دولة راعية للإرهاب.
 - إن مباشرة المفاوضات مع الدول التي يخاطبها تطبيق قانون جاستا المثير للجدل من شأنها أن تتحول الى أداة استفزاز وضغط على الدول لحملها على قبول الاشتراطات المالية الأمريكية أو مطالبات أخرى مقابل التوقف عن تحريك الادعاء المدني الأمريكي، فينتقل تقييم التعويض من القاضي الى الدبلوماسي.
 - كما أن الوسيلة السياسية المنتهجة لهذا الغرض يمكن أن تنتقص من فعالية العدالة وإنصاف الضحايا، فيتم على اثر ذلك تقديم المصالح وحسابات السياسة والنفوذ على القانون والعدل.
 - إن هذا البند المتعلق بسلطة المدعي العام في الإرجاء لا يعد إلا حكم مستسخ من المادة 16 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية التي تجيز إرجاء التحقيق أو المفاوضات لمدة اثني عشر شهرا بناء على طلب مجلس الأمن.
- وفي جميع الظروف، لا ينبغي أن تتحول الوسيلة السياسية التفاوضية الى بديل نوعي عن الآلية القضائية في ممارسة الابتزاز ضد الدول والحصول منها على تعويضات لم يكن بمقدور الوصول اليها عن طريق القضاء الأجنبي أو نيل فوق المقابل المالي امتيازات او تنازلات لا صلة لها بمضمون الدعوى المدنية... علاوة على أن الأسلوب الدبلوماسي يجب أن يرفق بكل عناصر اثبات عبء المسؤولية الدولية في حق الدولة المستهدفة الناتج عن التورط في فعل إرهابي ما والا تحول كل ذلك الى عمل غير مشروع يستهدف الأثراء بدون سبب ويستجوب بناء على ذلك المسؤولية الدولية المبتزة.

• المطلب الثالث: آثار تنفيذ قانون جاستا

يتمخض عن قانون جاستا في حال تنفيذه العملي الكثير من النتائج والتداعيات على مستوى القانون الدولي والعلاقات الدولية بفعل أن ما أقدم عليه الكونغرس الأمريكي يعد مواجهة للمجتمع الدولي.

أولاً: إن أول ما يتصدر القانون النادر من مخلفات بديهية، خرق الحصانة القضائية السيادية لكل دولة يمكن أن تتعرض في أية لحظة -بناء على وجود به الوصف الانفرادي والإرادي للولايات المتحدة الأمريكية للإرهاب- لأحكام هذا القانون، هذا الأخير سيجد بلا ريب مقاومة عنيفة ومستमितة من جانب الدول المستهدفة به رغم وجود أزمة سيادة مع الإشارة الى أن جاستا قد يطال حتى الدول الحليفة للولايات. م. أ مادام أن مواده لا تستثني أحد من الدول خصوصاً بعد أن أصبح الإرهاب الدولي صناعة استخباراتية بامتياز.

ثانياً: ومن ناحية ثانية، يعمل هذا القانون على ترتيب أوضاع مالية في شكل تعويضات ضخمة مبالغ فيها بعد أن استأثرت السلطة القضائية الفيدرالية الأمريكية باختصاص تقييم التعويض مما يشكل إسهام من لدن هذه المحاكم في توطيد قاعدة الإثراء بلا سبب في حين كان من الأجدر ترك التعويضات ذات البعد التقني المحض للقضاء الدولي طبقاً لقواعد المسؤولية الدولية عن الأفعال غير المشروعة دولياً التي ترتكبها الدول.

ثالثاً: إن هذا القانون وغيره من القوانين التي عكفت الإدارة الأمريكية وبموافقة البرلمان على إصدارها، تجسد فكرة عولمة القانون الأمريكي أو لا إقليمية التشريع الأمريكي الذي يعتدي بهذه الصفة على إقليمية القانون الوطني للدولة.

لذلك، جاز القول، أن قانون جاستا لا يعد أن يكون سوى أداة تكميلية لقوانين أمريكية سابقة امتد نطاق تطبيقها الجغرافي خارج حدود الولايات المتحدة الأمريكية منتهكة بذلك السيادة الإقليمية للدول، فلقد سبق للكونغرس أن تبنى في 1996 قانون ضد كوبا المعروف Cuban Liberty And Democratic Solidarity وكذا قانون Iran and Libya Sanctions Act

الذين اصطلح على تسميتهما بقانوني Helms-Burton و Amato-Ken (1).

(1) يرمي القانونين من خلال المادة الثالثة لكل منهما الى إظهار السياسة الدولية للولايات المتحدة الأمريكية، فبالنسبة للقانون الأول، يهدف هذا الأخير الى مساعدة الشعب الكوبي لاسترجاع حريته وازدهاره وتقوية العقوبات الدولية ضد

لكن الأستاذ pellet لا يعتبر أن مثل هذا النوع من النشاط التشريعي يمثل بحق قوانين ما وراء الإقليمية لسببين في نظره، الأول، أن الآثار القانونية التي تنتجها هذه القوانين تنحصر في حدود الولايات المتحدة الأمريكية ولا تعد بمفهوم المخالفة الآثار الأخرى الناجمة عن تطبيقها خارج التراب الأمريكي ذات صفة قانونية، والثاني، أن هذه القوانين التي لا يصدق عليها صفة اللإقليمية بحيث لا تستطيع الدول معارضتها.⁽¹⁾

وبمعزل عن الجدل الدائر حول تصنيف كذا قوانين بين من يعتبرها ما وراء الإقليمية وبين من ينفي عنها بتاتا هذا التكييف، يبقى من المؤكد أن ثمة تشابه في الغرض بين النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وقانون جاستا، فإذا كان الأول يهدف الى الانتقاص من فعالية قاعدة إقليمية القانون الجنائي، فإن الثاني يعمل على انتهاك عرف دولي يتصل بالسيادة أين يتم إجبار عنوة دولة كاملة الأركان والحقوق والالتزامات على الخضوع لقانون أجنبي تطبقه محاكم أجنبية في غير أوجه الاستثناءات الصحيحة القائمة على مبدأ الحصانة كما فصلت في ذلك اتفاقية الأمم المتحدة للحصانات القضائية.

- إن من التبعات القانونية لهذا القانون، المعاملة بالمثل، فالدول ذات السيادة تمتلك هذه الآلية كآخر ما تستعين به للدفاع عن سيادتها الوطنية عملا بالقانون الدولي باعتبار أن هذا الإجراء المماثل هو من نتائج العمل بالسيادة والشخصية القانونية للدولة، واللجوء إليه افتراضي بمعزل عن أي نص بما فيه قانون جاستا الذي اعترف للدول بحق استصدار تشريعات مماثلة قد يترتب عنها إخضاع الولايات المتحدة الأمريكية للقضاء الأجنبي حال ثبوت تورطها في ارتكاب عمليات إرهابية.

في هذا الموضوع، أود أن أشير الى ما يلي:

* إن المعاملة بالمثل كقاعدة عرفية في القانون الدولي قد يصعب عمليا ممارستها في مواجهة دولة عظمى كالولايات المتحدة الأمريكية، فالتجارب أثبتت أن في حالات كثيرة أحجمت الدول عن تطبيق هذه القاعدة في حق الولايات المتحدة الأمريكية لاعتبارات سياسية بالدرجة الأولى.

الراحل فيدال كاسترو وتشجيع تنظيم انتخابات ديمقراطية حرة ونزيهة... أما القانون الثاني، فهو يعمل على حرمان إيران وليبيا من مساندة الإرهاب الدولي وتمويله والحيلولة دون امتلاك أي منهما لأسلحة الدمار الشامل.

(1) Citer par Michel Cosnaro: Les Lois Helms-Burton Et D'amato Kennedy, interdiction De Commercer Avec Et D'investir Dans Certains Pays In: A.F.D.I XLII-1996-CNRS Edition PP: 36, 37

* إن الولايات المتحدة الأمريكية متورطة في كذا مرة في دعم جماعات التمرد والإرهاب وسوابقها في ذلك سيئة للغاية حيث سبق أن أدانتها محكمة العدل الدولية في قرارها الصادر في 1986 في قضية نيكاراغوا، لذلك من الممكن جدا إصدار تشريع مشابه لجاستا يقيم المسؤولية في حق الولايات. م. أ ويجعلها هي الأخرى غير معنية بالحصانة.⁽¹⁾

- إن قانون جاستا الذي مارس في حقه الرئيس الأمريكي الأسبق بارك أوباما الاعتراض بكل ما تقتضيه أحكام المادة الأولى/ الفقرة السابعة من الدستور الأمريكي لعام 1789- المعدل في 1992 خصوصا ما تعلق بالتصويت المدون، وعدم إعداد الرئيس أي مشروع قانون في حدود عشرة أيام من تاريخ تقديمه للاعتراض، يصبح مشروع القانون دون حاجة الى توقيعه- يعتبر من الزاوية القانونية نافذ إلا في حالة تخلف التصويت المدون.⁽²⁾

لقد شهدت مثل هذه النصوص المعبرة عن توجهات السياسة الخارجية الأمريكية تطبيقات عملية في حق عدة دول كإيران وليبيا وكوبا...لكن فرص تعطيل أعمال أحكام هذا القانون، أوفر حظا من تلك البنود الموضوعة لتنفيذه بعد أن وضع التشريع آليات تحد مؤقتا من صرامة القانون كتدخل المدعي العام في إرجاء المقاضاة، ومنح فرصة للنهج الدبلوماسي والتفاوض لتجاوز انتهاك الحصانة السيادية القضائية للدول.

○ الخاتمة

انطلق قانون جاستا من فكرة مناهضة الإرهاب ومكافحته واتخذ في هذا السبيل طريق إنصاف الضحايا المدنيين عن طريق تمكين هؤلاء من إجراء مقاضاة الدول أمام القضاء الأمريكي في الشق المدني لا الجنائي الأمر الذي يبيح في واقعة مستحدثة، المساس والتعرض الجسيم وغير المبرر للحصانة القضائية السيادية للدول التي تركز على أساس عرفي واتفاقي.

(1) في هذا السياق، صرح الرئيس الأمريكي الأسبق بارك أوباما الذي سبق له أن اعترض على مشروع القانون لشبكة أنه إذا فتحنا المجال أمام أفراد أمريكيين لمقاضاة الحكومات بشكل مستمر فإننا سنفتح الباب أمام مقاضاة الولايات المتحدة من قبل الأفراد في بلدان أخرى

(2) يقصد بالتصويت المدون بمفهوم المادة 7/1 من الدستور الأمريكي، هو إدراج أسماء المصوتين بالموافقة على مشروع القانون أو معارضته في محاضر كلا المجلسين على حدا..

إن القانون الدولي وفر إمكانيات معتبرة لتحريك المسؤولية الدولية للدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً التي تصدر بإرادة أو من غير قصد من الدول، وهو ما يفيد طبعا طرح كل إجراء انفرادي وطني يمكن أن يحل محل الوسيلة الدولية ذات الفعالية القصوى في جبر الضرر سيما وأنها محاطة بضمانات دولية تتقدمها أجهزة ومؤسسات الأمم المتحدة والمنظمات الإقليمية.

في هذا الصدد، أضاف قانون جاستا للقانون الدولي والعلاقات الدولية مشكلة جديدة وخطيرة هي في غنى عنها من شأنها أن تعمق أزمة المجتمع الدولي وتمضي قدما في مسار سلبي للأحادية والهيمنة الأمريكية على العالم.

لقد كانت لدينا فرصة سانحة في هذا المقال للتدليل على مواطن تجاوز التشريع الأمريكي للقانون الدولي، هذا الأخير وكما يعلم الجميع يقوم على أركان ثابتة تحكم العلاقات بين الدول كالرضا والسيادة والمساواة وحق البقاء... مما يجعل هذا القانون في حال تنفيذه أداة لعدم الاستقرار في الحياة الدولية وتقويض مباشر لمبادئ قانون الأمم المتحدة.

والمطلوب من الدول التي يمكن أن يطالها تطبيق قانون جاستا أن تحافظ على بنيانها القانوني الصلب باعتبارها شخص قانوني دولي تام الحقوق والواجبات في سياق المساواة القانونية بما يشمل هذا المركز الدولي للدولة من نتائج قانونية ذات حماية دولية، وعدم الانقياد للقانون الأمريكي الوطني الذي جاء كغيره من النصوص السابقة ليحطم وحدة وفعالية القانون الوطني ويعزز حسب منظوره لا إقليمية القانون كنتيجة لعولمة القانون الدولي والعلاقات الدولية.

إن إصدار تشريعات مطابقة للنص الأمريكي هي أفضل ما يلتجأ إليه للدفاع عن الحصانة السيادية للدول عملاً بمبدأ المعاملة بالمثل خصوصا أن الولايات المتحدة الأمريكية ليست بالدولة البريئة عن الإرهاب الدولي والشواهد التي تدل على ذلك لا يرقى إليها الشك رغم صعوبة إنفاذ المعاملة بالمثل، هذا العائق مرده لتأثيرات السياسة والعلاقات الإستراتيجية مع قوة عظمى كالولايات المتحدة الأمريكية وليس لاعتبار قانوني آخر.

الدراسة الرابعة:

أزمة مياه النيل بين إثيوبيا ومصر

د. نور الدين بيدكان⁽¹⁾

يواجه العالم الكثير من التحديات فيما يتعلق بالموارد المائية في العقود الأخيرة، وأصبحت مسألة ندرة المياه من ألح القضايا على الساحة السياسية الدولية، بحيث اكتسبت اهتماماً متزايداً من دول وجهات دولية، بسبب عوامل أدت إلى تفاقم الضغوط على موارد المياه العذبة المحدودة، كتزايد معدلات النمو السكاني، وتغير المناخ، والهجرة، وأنماط الاستهلاك المتغيرة، والنزاعات الإقليمية. وقد باتت وطأة عواقب تغير المناخ شديدة بالفعل على الموارد المائية في العديد من المناطق، منها إفريقيا، وهو ما يتبين من انخفاض نسبة هطول الأمطار في مناطق مختلفة من القارة الإفريقية.

فالمياه العذبة هي أهم مورد على الإطلاق بالنسبة إلى البشرية، فهي تقترن بجميع الأنشطة الاجتماعية والاقتصادية التي يضطلع بها الإنسان، ويمكن أن تكون عاملاً يعزز أو يعرقل التقدم الاجتماعي والتكنولوجي، كما يمكن أن تكون سبباً للتعاون أو للنزاع. ومن هنا برزت الحاجة إلى تفعيل "الدبلوماسية المائية" مع احتدام الجدل حول قضايا توزيع المياه.

وفي هذا الصدد توقع تقرير للأمم المتحدة العالمي عن تنمية الموارد المائية سنة 2020 أن يتزايد الطلب العالمي على المياه بمعدل يبلغ زهاء 1 في المائة سنوياً، وتزايد الطلب الصناعي والمنزلي على المياه بشكل أكبر مقارنة مع الطلب الزراعي، رغم أن الزراعة ستظل أكبر مستخدم للمياه بوجه عام، وسيتركز معظم الطلب المتزايد على المياه في البلدان ذات الاقتصادات النامية أو الناشئة.

⁽¹⁾ جامعة محمد الخامس - الرباط، كلية الحقوق - سلا - المغرب.

ويضاف إلى التحديات المتعلقة بتغير المناخ ديناميات اجتماعية واقتصادية وسياسية معقدة، تؤثر في المياه على المستويين الوطني والإقليمي، وما فتئ تسييس الموارد المائية وتسليحها يمثل تحديات رئيسية تواجهها البلدان التي تشترك في مورد مائي عابر للحدود، مثل منطقة "حوض النيل"، وذلك في ظل حالة من التفاعلات الهيدروبوليتيكية (The Hydro politics)⁽¹⁾ المؤثرة في علاقات دول "حوض النيل"، إذ تحظى منطقة حوض النيل بأهمية بالغة بسبب الموارد المائية التي تترخر بها، وهي تعد بمثابة شريان الحياة لشعوب الدول المتشاطئة على مياه نهر النيل، الذي يعتبر أطول أنهار العالم، بطول يمتد لحوالي 6650 كيلومتر. ويبلغ الحجم المتوسط السنوي للأمطار على حوض النيل حوالي 900 مليار م³ سنوياً، يمثل السريان السطحي منه 137 مليار م³، بينما إيراد النيل لا يتجاوز 84 مليار م³، يأتي 72 مليار م³، أي 87% من مياه النيل الأزرق الذي ينبع من بحيرة (تانا) في إثيوبيا، بينما يأتي 13% من منطقة البحيرات العظمى أي حوالي 12 مليار م³. وبالتالي فإن إيراد نهر النيل ليس هو الأغزر مائياً من حيث تصرف المياه عند المصب مقارنة مع نهر الأمازون أو نهر الكونغو. ويجري نهر النيل داخل حدود 11 دولة، (تنزانيا، الكونغو الديمقراطية، بوروندي، رواندا، كينيا، أوغندا، إثيوبيا، إريتريا، جنوب السودان، السودان، ومصر). وتكمن أهمية هذا النهر في أن اقتصاديات دول الحوض تعتمد عليه في الزراعة وتربية الأسماك والسياحة وتوليد الطاقة الكهربائية.

ومن أجل تحقيق عدد من الأهداف مثل تنمية المصادر المائية لحوض النيل، وضمان كفاءة إدارة المياه والاستخدام الأمثل لمواردها، وضمان تحقيق التعاون المشترك وتعزيز التكامل الاقتصادي، تأسست "مبادرة حوض النيل" سنة 1999 بتنزانيا، هدفت إلى تدعيم أواصر التعاون الإقليمي بين دول حوض النيل. لكن بالرغم من هذه المبادرة لا يوجد حتى الآن اتفاقية شاملة بين دول حوض النيل تنظم استخدام مياهه، بل فقط اتفاقيات غلب عليها الطابع الثنائي خاصة اتفاقية تقاسم مياه النيل سنة 1959 بين السودان ومصر، والتي جاءت مكملية

(1) يشير معنى الهيدروبوليتيक्स Hydropolitics إلى العلم الناتج عن التزاوج بين علم السياسة وعلم المياه، حيث يقوم هذا العلم بدراسة وتحليل وتفسير الظواهر السياسية، كالتفاعلات الدولية و الصراعية أو التعاونية، في إطار الدراسات المائية.

لاتفاقية أبرمتها بريطانيا -بصفتها الاستعمارية- نيابة عن عدد من دول حوض النيل (أوغندا وتنزانيا و كينيا) مع الحكومة المصرية سنة 1929.

و تتص اتفاقية 1959 على أحقية مصر والسودان في نسبة حوالي 90 بالمائة من مياه النيل الأزرق والنيل الأبيض، إضافة إلى حق النقص "الفيتو" بالنسبة لبناء مشروعات عليهما. مما أدى إلى بروز انقسامات وصراعات مائية ثنائية تارة وجماعية تارة أخرى. وتمركز النزاع في حوض النيل بين دول المنبع وبين دولة الممر (السودان) ودولة المصب (مصر)، وخاصة بين إثيوبيا من جهة ومصر من جهة أخرى حول تقاسم مياه النيل.

فمنذ بداية الألفية الجديدة، تضاعف نشاط الدبلوماسية الإثيوبية المائية، منادية باعتماد اتفاق جديد يتعلق بتقسيم المياه وتنظيم استخدامها، وقد تبع ذلك النشاط العديد من الاجتماعات لوزراء مياه دول حوض النيل، وجميعها فشلت نتيجة تمسك مصر والسودان باتفاقية 1959. وفي خضم ذلك لجأت دول الحوض بقيادة إثيوبيا إلى الإنفراد بإبرام "اتفاق إطاري للتعاون في حوض نهر النيل" بمدينة عنتيبي (أوغندا) سنة 2010 (Agreement On the Nile River Basin Cooperative Framework)، لتنظيم مسألة الانتفاع المنصف والمعقول للموارد المائية. وتركزت الخلافات بين دول حوض النيل على ثلاثة بنود رئيسة أصرت مصر والسودان على تضمينها في الاتفاقية، وهي: الاعتراف بحقوق مصر والسودان في استخدامات مياه النهر وفقاً للمعاهدات السابقة المنظمة لها؛ وضرورة الإخطار المسبق بأي مشاريع تُقام على مجرى النهر وفروعه قد تؤثر على تدفق مياهه، وأخيراً التزام كل دول حوض النيل باحترام قاعدة التصويت بالإجماع عند النظر في تعديل أي من البنود الأساسية للاتفاقية التي تمس مصالح دول الحوض وأمنها المائي، أما البنود الأخرى الأقل أهمية فيمكن التصويت عليها وفق قاعدة الأغلبية على أن تكون دولتا المصب (مصر والسودان) ضمن هذه الأغلبية.

وكانت دول المنبع قد عارضت الحصول أولاً على إذن من مصر قبل استخدام مياه نهر النيل في أي مشروع تنموي مثل الري أو إنشاء السدود، ووقعت على اتفاقية "عنتيبي" في ماي 2010، وهي إثيوبيا؛ أوغندا؛ رواندا؛ تنزانيا؛ كينيا، ثم بوروندي في فبراير 2011، ليتسنى للاتفاقية أن تدخل حيز التنفيذ حسب ما نصت عليه المادة 42 من الاتفاقية.

وكرر فعل، جمدت مصر مشاركتها في الأنشطة والاجتماعات المرتبطة بمبادرة حوض النيل بعد توقيع اتفاقية "عنتيبي"، وتسبب ذلك في امتناع البنك الدولي -الداعم الرئيسي للمبادرة- وبقية المانحين عن تمويل برامج التعاون في مبادرة حوض النيل، نتيجة وجود خلافات بين الدول. وبعد غياب دام لسنوات، عادت مصر لحضور اجتماعات المبادرة سنة 2015.

وتأسيسا على ما سبق، يهدف هذا البحث إلى إبراز قضية الأمن المائي الذي يكتسي أهمية كبيرة بالنسبة لجميع دول العالم، باعتبار الماء مادة حيوية وإستراتيجية لأمن البلدان والمجتمعات، خاصة مع تزايد الطلب على هذا المورد من أجل تحقيق التنمية والأمن الغذائي وتوفير الطاقة، ما جعل منه عاملا للتنافس الدولي، لاسيما في منطقة حوض النيل، كما يهدف البحث إلى عرض القواعد القانونية التي تحكم استخدام الأنهار الدولية في الأغراض غير الملاحية والاتفاقيات الخاصة بتنظيم استغلال مياه النيل، بالإضافة إلى تسليط الضوء على الأسباب الحقيقية لمشكلة المياه حوض النيل ومسار تطورات أزمة سد النهضة الإثيوبي، وإبراز نقاط الخلاف الأساسية حوله.

ويستمد الموضوع أهميته كونه ذا أبعاد إقليمية ودولية لها علاقة بالمساس بالأمن القومي المائي لدول حوض نهر النيل، ولعل ما يؤكد هذه الأهمية هو الخلافات والنزاعات القائمة بين بعض الدول النيلية حول قضايا الانتفاع المشترك، والتقاسم العادل والمنصف لمياه النيل، ومن بين أبرز النزاعات المائية بين الدول النيلية النزاع الإثيوبي-المصري، بحيث أن أغلب دول المنبع لا تخفي رفضها للاتفاقيات السابقة المنظمة لعملية تقاسم المياه، والمتمثلة أساسا في المعاهدات والاتفاقيات الموروثة منذ فترة الاستعمار، فضلا عن عدم وجود اتفاقية تنظم العلاقات المائية تشمل جميع دول نهر النيل فيما بينها. فالحكومة المصرية ترفع مبدأ "الحقوق التاريخية المكتسبة"، وتستند إلى اتفاقها مع السودان عام 1959، في حين ترفع إثيوبيا مبدأ الحق في التنمية، وترفض أن تلزمها أي معاهدات ترى فيها تعطيل لهذا الحق. كما أن ما زاد من حدة النزاع المائي بين إثيوبيا ومصر هو

التدخل الغير المباشر لبعض القوى الإقليمية والدولية في مسألة المياه بمنطقة حوض النيل.

على هذا الأساس يطرح موضوع الأزمة المائية بين إثيوبيا ومصر إشكالية مؤداها:

ما مدى تداعيات بناء سد النهضة على الأمن المائي في إثيوبيا ومصر؟

والتي تتفرع عنها التساؤلات الآتية:

- ما هي المبادئ القانونية التي تحكم استخدام الأنهار الدولية؟
- ما طبيعة النزاع المائي في منطقة حوض النيل، وما أهم الاتفاقيات التي تنظم نهر النيل؟

- ما هي نقاط الخلاف الأساسية بين إثيوبيا ومصر؟

- ما هي الخيارات الممكنة لحل الأزمة؟

وبالنظر إلى طبيعة الموضوع استدعى الأمر الاستعانة بمجموعة من المناهج وهي كالاتي:
- المنهج التاريخي: لدراسة مشكلة المياه في حوض النيل عبر التاريخ، وذلك بالرجوع لأسباب الأزمة المائية بين إثيوبيا ومصر، بالإضافة إلى التطرق إلى الاتفاقيات السابقة بين دول حوض النيل.

- المنهج الوصفي: من خلال جمع لمجموعة من المعلومات والحقائق وتحليلها، وإبراز تأثير الأمن المائي على العلاقات بين الدول النيلية.

- منهج دراسة الحالة: وتم الاستناد أيضا على أحد الأدوات الفرعية للمنهج الوصفي وهو منهج دراسة الحالة من خلال جمع البيانات المتعلقة بالتفاعل الدولي مع النزاع المائي بين مصر وإثيوبيا.

وسعيا لإيجاد الإجابات المناسبة، ستسلط هذه الورقة الضوء في المحور الأول على الإطار القانوني في شأن الانتفاع بمياه الأنهار الدولي، حيث تم التركيز على القواعد القانونية التي تحكم استخدام الأنهار الدولية في الأغراض غير الملاحية، والاتفاقيات الخاصة بتنظيم استغلال مياه النيل، فيما سيتطرق المحور الثاني إلى إبراز الوضع المائي لدول حوض النيل، والخلاف القائم حول سد النهضة بين مصر وإثيوبيا، ومستقبل الأمن المائي في حوض النيل والخيارات الممكنة لحل أزمة سد النهضة.

○ المحور الأول: الإطار القانوني في شأن الانتفاع بمياه الأنهار الدولي

تقدر المساحة التي تغطيها أحواض الأنهار الدولية بنصف مساحة اليابسة الأرض، وهي تؤمن 60 في المائة من مخزون المياه العذبة في العالم، ويعيش حولها 40 في المائة تقريبا من مجموع سكان العالم. وفي ظل تزايد الطلب على الموارد المائية كان من الضروري الاستعانة بصكوك قانونية دولية، لتوضيح القواعد والحقوق والواجبات المتصلة باستخدام الأنهار الدولية لأغراض الملاحة، ففي حالات النزاع، تحتكم البلدان التي تشترك في مورد مائي للاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف والإقليمية، أو إلى المعاهدات والاتفاقيات الدولية لحل النزاع على توزيع المياه وإدارتها، لكن يعيب الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف القائمة أنها اتفاقيات غير شاملة، كما هو الشأن في منطقة حوض النيل، بمعنى أنها لا تشمل مصالح جميع الدول المتشاطئة. وتتخذ دول المنبع من عدم وجود معاهدات شاملة حجة لإيلاء اهتمام كبير لقضايا السيادة على الأراضي واستخدام الموارد المائية لخدمة مصالحها، إذ غالبا ما يتكون لديها تصور بأنها تتمتع بسلطة تخولها التحكم بهذه الموارد⁽¹⁾.

• أولا: القواعد القانونية التي تحكم استخدام المجاري المائية الدولية

عقدت في السابق العديد من الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية اهتمت بتنظيم استخدام الأنهار الدولية في مجال الملاحة، مثل مؤتمر فيينا سنة 1815، واتفاقية برشلونة عام 1921، التي غيرت من مصطلح الأنهار الدولية واستبدلتها بمصطلح المجاري المائية الدولية، إذ وسعت اتفاقية برشلونة من مفهوم النهر الدولي، وأصبح النهر الدولي أي نهر داخلي يمكن لموقعه الجغرافي أن يؤهله ليصبح نهرا دوليا، وبذلك وسعت هذه الاتفاقية من مفهوم حرية الملاحة في الأنهار الدولية، لكن هذه الاتفاقيات لم تشر إلى الاستخدامات غير الملاحية، بل نظمت حرية الملاحة في هذه الأنهار فقط. وقد شكلت قواعد هلسنكي الخاصة باستخدامات مياه الأنهار الدولية، التي أقرتها جمعية القانون الدولي في المؤتمر الثاني والخمسين لعام 1966

⁽¹⁾ تعزيز القدرات في إدارة الموارد المائية المشتركة في البلدان الأعضاء في الإسكوا، تقرير المياه والتنمية، العدد الرابع، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا (الإسكوا)، الأمم المتحدة نيويورك 2011، ص 33.

أول وثيقة شاملة تعنى باستخدامات الأنهار الدولية. ومع أن هذه القواعد غير ملزمة، إلا أنها كانت الأساس الذي انطلقت منه عملية إعداد اتفاقية 1997.

وبعد انتظار دام سنوات عديدة، أصبحت للمجاري المائية الدولية ذات الأغراض غير الملاحية اتفاقية تحكم استخداماتها وحمايتها وإدارتها، بعد الجهود الكبيرة التي بذلتها لجان القانون الدولي على مدى 27 عام (1970-1997)، حيث اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 21 ماي 1997 الاتفاقية الدولية لاستخدام المجاري المائية الدولية ذات الأغراض غير الملاحية. وانتقت بذلك عنها صفة أنها المورد الطبيعي الرئيسي الوحيد الذي لا تحكمه اتفاقية دولية، وقد اكتمل في 19 ماي 2014 العدد المطلوب من وثائق التصديق والقبول والموافقة على الاتفاقية والبالغ خمسة وثلاثين. وقد جاءت هذه الاتفاقية بموافقة 104 صوت، واعتراض ثلاث دول هي (الصين - تركيا - بوروندي)، وامتناع 27 دولة عن التصويت من بينها (مصر - إثيوبيا)، وما زال الباب مفتوح للتوقيع عليها من قبل باقي دول العالم.

وكما تمت الإشارة، فإن مسلسل اعتماد هذه الاتفاقية يعود إلى سبعينيات القرن الماضي، بالضبط في ديسمبر 1970، بحيث اعتمدت الجمعية العامة القرار 2669 (د-25)، تحت عنوان "التطوير التدريجي لقواعد القانون الدولي المتعلقة بالمجاري المائية الدولية وتدوينها". وفي ذلك القرار، أوصت الجمعية العامة لجنة القانون الدولي بأن تقوم "بدراسة قانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية بغية تطويره تدريجياً وتدوينه". وفي الحقيقة، أظهرت الجمعية العامة أنها أدركت أهمية هذا الميدان قبل أكثر من 10 أعوام، عندما اعتمدت القرار 1401 (د-14) في نوفمبر 1959. إذ أشارت في ذلك القرار إلى أن: "من المرغوب فيه الشروع في إجراء دراسات تمهيدية عن المشاكل القانونية المتعلقة باستخدام الأنهار الدولية والانتفاع بها، لمعرفة مدى ملائمة هذا الموضوع للتدوين"⁽¹⁾.

وتعد اتفاقية الأمم المتحدة لعام 1997 بشأن قانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية هي المعاهدة الوحيدة التي تغطي المياه العذبة المشتركة. وهي اتفاقية إطارية، أي توفر إطاراً للمبادئ والقواعد التي يمكن أن تطبق وتعديل لتلائم السمات المميزة

(1) ستيفن سي ماكفري، اتفاقية قانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية، كلية ماكجورج للحقوق - جامعة المحيط الهادئ 2011، ص 1.

للمجري المائية الدولية المعنية. وعلى الرغم من أن اتفاقية 1997 لم تدخل حيز التنفيذ إلا في سنة 2014 لكن أهميتهما أكدتها محكمة العدل الدولية عام 1997، بعد أشهر فقط من تاريخ إجازتها. عندما طلب للمرة الأولى في التاريخ من محكمة العدل الدولية حل نزاع بين دولتين هنغاريا وتشيكوسلوفاكيا حول مجرى مائي دولي وهو نهر الدانوب.

تكتسب هذه الاتفاقية أهمية خاصة كونها كرسست في موادها معظم القواعد القانونية الدولية والعرفية في مجال تنظيم استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية، وترد الأحكام الرئيسية في الأبواب الأول والثاني والثالث والرابع. فالباب الأول يتضمن تعريف مصطلح "مجرى مائي دولي"، الذي من الواضح أن له أهمية محورية. ويعرف مصطلح "مجرى مائي" في المادة 2 تعريفاً عاماً بوصفه "شبكة المياه السطحية والمياه الجوفية التي تشكل، بحكم علاقتها الطبيعية بعضها ببعض، كلاً واحداً وتتدفق عادة صوب نقطة وصول مشتركة". وبعد ذلك، يعرف المصطلح "مجرى مائي دولي" بأنه "أي مجرى مائي تقع أجزاؤه في دول مختلفة". إضافة إلى هذه الاتفاقية، تقدم اتفاقية حماية واستخدام المجاري المائية العابرة للحدود والبحيرات الدولية لعام 1992 إطار عمل أكثر تحديداً في هذا المجال، وقد بدأت باعتبارها اتفاقية إقليمية للدول الأعضاء في لجنة الأمم المتحدة الاقتصادية لأوروبا (اللجنة الاقتصادية لأوروبا)، واعتمدت الاتفاقية في هلسنكي، بفنلندا في عام 1992 وأصبحت نافذة في عام 1996، وفي عام 2003، وافقت الأطراف في الاتفاقية على تعديل المعاهدة لتمكين أي دولة عضو في الأمم المتحدة من الانضمام إلى هذا الصك، وفي عام 2016، أصبحت الاتفاقية إطاراً قانونياً رسمياً لجميع الدول الأعضاء للتعاون بشأن المياه العابرة للحدود⁽¹⁾.

تكمل الاتفاقيتين المعاهدات الحالية المختصة بالأحواض وتهدف إلى التشجيع على إدخال التغييرات التنظيمية الضرورية على أنظمة هذه المعاهدات، بالإضافة إلى سد الفجوات حيث لا توجد معاهدات محددة. كما أن الاتفاقيتين تقدمان إلى الدول المتشاطئة المعايير الأساسية للمشاركة في المجرى المائي على نحو عادل ومنصف، وفي الوقت ذاته، تشددان على واجب هذه الدول بالامتناع عن إحداث أي ضرر جسيم، وعليها واجب التعاون عبر

(1) اتفاقية المياه: الاستجابة للتحديات العالمية للمياه، لجنة الأمم المتحدة الاقتصادية لأوروبا - الأمم المتحدة، 2019،

تبادل المعلومات وحماية النظم الإيكولوجية وتسوية النزاعات بشكل سلمي وإدارة مشتركة للموارد المائية بين الدول المتشاطئة⁽¹⁾.

رغم الجهود الدولية إلا أنه اقتصرت المعاهدات الرئيسية المتعددة الأطراف على عدد ضئيل فقط من الدول الأطراف: هناك 36 دولة طرفاً باتفاقية الأمم المتحدة حول المجاري المائية 1997 (من بينها المغرب "تاريخ المصادقة 3 إبريل 2011")، في حين يصل عدد الدول الأطراف في الاتفاقية حول حماية واستخدام المجاري المائية العابرة للحدود والبحيرات الدولية اتفاقية المياه لعام 1992 إلى 41 دولة⁽²⁾.

وتوضح المبادئ والقواعد القانونية التالية الطبيعة الخاصة بالقانون الدولي للمياه:

1) السيادة المطلقة: بمعنى أن للدولة حق التصرف بحرية كاملة في مياه النهر بإقليمها، حتى لو أدى ذلك إلى منع تدفق مياه النهر إلى الدول التي تقع بعدها أو تقليل الكمية، أو غير ذلك من الأضرار دون النظر إلى حقوق الدول الأخرى. فالبلدان الواقعة عند منبع الموارد المائية المشتركة تؤيد عادةً مبدأ السيادة الذي يعطيها هامشاً أكبر من السيطرة على هذه الموارد⁽³⁾. ومع أن هذا المبدأ ينسجم مع ميثاق الأمم المتحدة، فالموارد المائية متحركة بعكس الحدود البرية الثابتة، وتوزع منافعها عبر الحدود، ولذلك فالسيادة عليها تبقى محدودة. ومن الطبيعي أن تعارض الدول الواقعة في أسفل المجرى إدراج مبدأ السيادة في الصكوك القانونية⁽⁴⁾.

2) مبدأ الاستخدام المنصف والمعقول: يركز هذا المبدأ على مفهومي التسوية والإنصاف، وفي غياب تعريف واضح للإنصاف، تعتمد بلدان كثيرة تعريفاً يخدم أهدافها. فقد تعتبر دولة واقعة عند المنبع مثلاً أنه من الإنصاف تغيير مجرى المياه، في حين تعترض الدول الواقعة باتجاه المصب على هذه الخطوة لأنها غير منصفة بالنسبة إليها. والتوزيع العادل

(1) مسألة بقاء، تقرير الفريق العالمي رفيع المستوى المعني بالمياه والسلام، جنيف 2015، ص 35.

(2) المرجع نفسه، ص 39.

(3) Salman, "The United Nations Watercourse Convention Ten Years Later: Why has its Entry Into Force Proven Difficult?", Water International, vol. 32, No. 1 (2007), pp. 1-15.

(4) McCaffrey, "Current Developments: The International Law Commission Adopts Draft Articles on Transboundary Aquifers", The American Journal of International Law, vol. 103, No. 2 (2009), p. 272.

لا يعني المساواة في الحصص. ووفقاً لمبدأ الاستخدام العادل والمعقول للموارد المائية المشتركة، لكل دولة متشاطئة الحق في الانتفاع من حصة معقولة وعادلة من المياه. ولتسهيل هذه العملية، وضعت المادة 6 من اتفاقية 1997 عوامل ذات الصلة بالانتفاع المنصف والمعقول تحدد توزيع الموارد المائية⁽¹⁾.

3) الالتزام بعدم التسبب بضرر ذي شأن: يعتبر مبدأ الالتزام بعدم التسبب بضرر ذي شأن من المبادئ العامة للقانون الدولي، وترتكز عليه مجموعة من المعاهدات والإعلانات والصكوك القانونية الدولية، وفي إطار إدارة الموارد المائية، يُقصد بالضرر عادةً الضرر الذي قد يؤدي الاستغلال المفرط للموارد المائية المشتركة أو تحويل مياه نهر مشترك إلى إلحاق ضرر جسيم بأراضي دولة أخرى. وبمقتضى المادة 7 من اتفاقية 1997 تتخذ دول المجرى المائي، عند الانتفاع بمجرى مائي دولي داخل أراضيها، كل التدابير المناسبة للحيلولة دون التسبب في ضرر ذي شأن لدول المجرى المائي الأخرى.

4) مبدأ التعاون: تناولت اتفاقية المجاري المائية مبدأ التعاون كمبدأ قائم بذاته، وتعتبر أن التعاون بين البلدان المتشاطئة يقوم على المساواة المرتكزة على السيادة ووحدة الأراضي وحسن النية والمنفعة المشتركة التي تهدف جميعها إلى الاستخدام الأمثل للموارد المائية المشتركة، وإلى حمايتها وتشجيع الاتفاقية على وضع آليات إدارية مشتركة، وتقضي بتبادل البيانات والمعلومات وإرسال إشعارات مسبقة بالتدابير المقرر اتخاذها⁽²⁾، وهي مسائل تتطلب ترتيبات ملائمة على المستوى الوطني، والمزيد من التنسيق على المستوى الثنائي والمتعدد الأطراف وعلى مستوى الحوض. وهذه الخصائص التي تنتم بها الاتفاقية تشير إلى طابعها التعاوني، وهو أمر متوقع نتيجة للبحث الذي خضعت له هذه الاتفاقية بهدف إرضاء الجميع خلال عملية إعدادها المطولة.

5) المصالح المشتركة: يقضي مبدأ المصالح المشتركة باستخدام المياه المشتركة في حوض النهر كوحدة متكاملة، وتحقيق الفوائد القصوى الممكنة من استخدامها، وتوزيع هذه الفوائد على جميع البلدان المتشاطئة. وهكذا، يذهب مبدأ المصالح المشتركة أبعد من مبدأ

(1) تعزيز القدرات في إدارة الموارد المائية المشتركة في البلدان الأعضاء في الإسكوا، مرجع سابق، ص 42.

(2) المادتان 8 - 9 من اتفاقية 1997.

الاستخدام المعقول والعاقل، إذ يشجع تحقيق أعلى مستوى ممكن من الكفاءة الاقتصادية والاستخدام الأمثل للموارد المائية المشتركة حتى ولو كان ذلك على حساب التوزيع العادل للفوائد بين الدول المعنية. ومع أن نظرية المصلحة المشتركة تعتبر النظرية الأكثر كفاءة في إدارة موارد المياه المشتركة، فتطبيقها يواجه العديد من المعوقات المتصلة بالمعايير التي ينبغي اعتمادها في توزيع المكاسب، أو بالسيادة والأمن القومي. وقد تحول هذه المعوقات دون تنفيذها، لاسيما في ظل ضعف الثقة المتبادلة بين البلدان المتشاطئة⁽¹⁾.

6) مبدأ الإخطار المسبق: بمعنى التزام الدول المتشاطئة لنهر دولي ما عندما تعتزم القيام بمشروع قد يسبب ضررا لدولة متشاطئة أخرى، فإنه يتعين عليها أن تقوم بإخطار تلك الدولة الأخرى، التي قد تتأثر بالمشروع بالمعلومات والبيانات العلمية والهندسية والفنية والبيئية المتعلقة بذلك المشروع، وأن تمنحها فترة زمنية مناسبة لدراسة المشروع، وإبداء ملاحظاتها واعتراضاتها إن وجدت، مع التزام الدولة المستفيدة بدفع التعويضات اللازمة⁽²⁾. وما يؤكد أهمية شرط الإخطار المسبق وعدم التسبب في ضرر ذي شأن في مسألة المجاري المائية والأنهار الدولية، اتفاقية الأمم المتحدة لعام 1997 المتعلقة باستخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية، والتي ذهبت بعيدا في تناول شرط الإخطار المسبق وشرحه بشكل موسع، من حيث المفهوم والشروط والتوقيت والإجراءات اللازمة عند قيام أي دولة نهريّة بمشروع على الحوض، حيث أكدت على "التزام جميع الدول النهريّة بالإعلان عن التدابير التي يمكن أن تؤثر على حالة المجرى المائي"⁽³⁾.

يستخلص مما سبق سعي المجتمع الدولي لتبني الحلول التي تعمل على التقليل من أثر الصراعات حول المياه الدولية، وذلك بإبرامه لهذه الوثائق والاتفاقيات تقاديا للنزاعات المائية التي قد تنشأ مستقبلا، والتشجيع على التعاون الثنائي والجماعي بين الدول التي يجمعها مورد مائي مشترك.

(1) تعزيز القدرات في إدارة الموارد المائية المشتركة في البلدان الأعضاء في الإسكوا، مرجع سابق، ص 46.

(2) محمد شوقي عبد العال، الأبعاد القانونية للتعاون بين دول حوض النيل، مشروعات التعاون المائي بين مصر ودول حوض النيل، القاهرة، برنامج الدراسات المصرية الأفريقية، 2002، ص 3.

(3) المواد 12 - 13 - 14 من اتفاقية 1997.

• ثانياً: الاتفاقيات الخاصة بتنظيم استغلال مياه النيل

شهدت دول حوض النيل أثناء فترة الاحتلال الأجنبي العديد من الاتفاقيات المتعلقة بتنظيم استخدام مياه نهر النيل، وبعد فترة الاستقلال، قامت الدول المستقلة إما باستكمال تنظيم استخدام مياه النهر، طبقاً للاتفاقيات الموقعة خلال الفترة السابقة على استقلالها، وإما بتوقيع اتفاقيات بعد استقلالها مع باقي دول الحوض، لتحقيق أفضل استفادة ممكنة من النهر، أو بغرض إقامة منشآت مائية عليه⁽¹⁾.

وفيما يلي أهم الاتفاقيات التاريخية في حوض النيل:

- **بروتوكول 1891 بروما:** أبرم بين بريطانيا ممثلة عن مصر والسودان، وإيطاليا، من أجل تحديد مناطق النفوذ لكل منهما في شرق أفريقيا، حيث جاء في المادة الثالثة من البروتوكول على أن "تتعهد الحكومة الإيطالية بالألا تقيم على نهر عطبرة⁽²⁾ أي مشروعات للري يكون من شأنها أن تؤثر تأثيراً محسوساً على كمية مياه النهر التي تصب في نهر النيل"، كما يقضي البروتوكول بضرورة التفاوض والتشاور بين الدولتين قبل القيام بمشروعات استغلال النهر⁽³⁾.

- **اتفاقية 1902:** أبرمت بين بريطانيا وإثيوبيا بالعاصمة الإثيوبية أديس أبابا بين بريطانيا والإمبراطورية الإثيوبية، قصد ترسيم الحدود بين السودان وإثيوبيا، وقد تطرقت الاتفاقية إلى مسألة مياه النيل.

- **اتفاقية 1906:** أبرمت بين بريطانيا والكونغو بالعاصمة لندن، حيث تعهدت الكونغو بالألا تقيم أي أشغال على نهر "السليكي" أو نهر "أوسانجو" أو بجوار أي منهما. وحظرت الاتفاقية إقامة أي مشاريع من شأنها أن تمس بحجم المياه المتدفقة إلى بحيرة ألبرت، وبالتالي يؤثر. سلبا على الإيرادات المائية لكل من مصر والسودان.

- **اتفاقية 1929:** عقدت هذه الاتفاقية بين مصر وبريطانيا ممثلة عن كل من (السودان أوغندا، كينيا، وتنزانيا) بشأن استخدام مياه النيل، وأكدت الاتفاقية على وجوب مراعاة حاجة

(1) صاحب الربيعي، صراع المياه وأزمة الحقوق بين دول حوض النيل، دمشق: دار الكلمة، 2001، ص 109.

(2) نهر عطبرة هو آخر روافد النيل، يقع شمال شرق السودان ويبلغ طوله حوالي 800 كم، من منابعه في الهضبة الأثيوبية حتى يصب في النيل جنوب مدينة عطبرة.

(3) حسام الدين ربيع الإمام، " نحو آلية إقليمية لتنظيم استخدامات حوض النيل"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس 2003، ص 42.

السودان من مياه النيل، فيما تعلق بلزوم التوسع الزراعي فيه، بما لا يؤثر على حاجة الزراعة والحياة في مصر، وكذا ضرورة التنسيق الفني في مسائل الري بين مصر والسودان، فضلاً عن تأكيدها على حقوق مصر في مياه النيل.

- **اتفاقية الانتفاع الكامل بمياه النيل لسنة 1959:** أبرمت بين مصر والسودان عام 1959، فبعد استقلال السودان قدم اعتراضه على اتفاقية 1929 بحجة أنه اتفاق سياسي، لذلك باشرت مصر والسودان المفاوضات إلى غاية توقيع الاتفاق بشأن الانتفاع الكامل بمياه النيل في نوفمبر 1959، بهدف تنظيم استغلال مياه النيل، واستغلالها الأمثل وفقاً لقواعد القانون الدولي للأَنْهَار، واستغلال المياه الناتجة عن إقامة السد العالي في أسوان، وخزان الروصيرص في السودان.

وتكتسب اتفاقاً عام 1929 بين مصر وبريطانيا، وعام 1959 بين مصر والسودان، أهمية خاصة، فقد ألزمت الأولى دول منابع النيل بعدم القيام بأي مشاريع مياه على مجرى النهر من دون موافقة مصر، ومنحت مصر حق النقض "الفيتو" على أي مشروع من شأنه التأثير على منسوب مياه النيل التي تصل إلى مصر، باعتبارها دولة المصب. أما اتفاقية عام 1959 فقد حددت حصة مصر من المياه بـ 55.5 مليار متر مكعب سنوياً، وحصة السودان بـ 18.5 مليار متر مكعب.

وانطلاقاً من أهمية هذه الاتفاقيات كونها تضمن حصة محددة لمصر والسودان من مياه النيل، تصر الحكومتين المصرية والسودانية على ضرورة تضمين بنود هذه الاتفاقيات في أية اتفاقية جديدة تنظم استخدامات مياه النهر. غير أن هذا التوجه تقابله معظم دول المنبع بالرفض والتحفظ، لاسيما إثيوبيا، على أساس أن هذه الاتفاقيات تم توقيعها في عهد الاحتلال الأجنبي ولا تمثل إرادة شعوبها، وأنها لم تراعى احتياجات دول المنبع.

- **اتفاقية عنثيبي سنة 2010⁽¹⁾**، وقعت دول حوض النيل بينما اعترضت عليها مصر والسودان، لأنها تنهي ما يسمى بالحصص التاريخية لهما في مياه النيل. وقد سعت اتفاقية

(1) اتفاقية عنثيبي هي اتفاقية إقليمية وقعت عليها دول المنبع في حوض النيل عام 2010 (إثيوبيا وكينيا وأوغندا ورواندا وتنزانيا وبروندي) في مدينة عنثيبي الأوغندية.

عنينيبي إلى السماح ببناء السدود على نهر النيل، وإلغاء اتفاقيتي 1929 و1959. وبسبب هذه الاتفاقية جمدت مصر أنشطتها في مبادرة دول حوض النيل⁽¹⁾. وفيما يتعلق باتفاقية 1997 فقد اتخذت الدول المتشاطئة لنهر النيل مواقف متباينة أثناء عرض مشروع الاتفاقية، بحيث صوتت السودان وكينيا لصالح المشروع، وصوتت بوروندي ضد المشروع وامتنعت كل من مصر ورواندا وإثيوبيا عن التصويت، فيما لم تشارك إريتريا وجمهورية الكونغو الديمقراطية وأوغندا في التصويت بسبب الغياب، وذهب مندوب إثيوبيا إلى أن المشروع لا يحقق التوازن المطلوب، خاصة فيما يتعلق بحماية مصالح دول أعالي المجاري المائية الدولية مثل إثيوبيا. ولغاية الآن لم توقع مصر وإثيوبيا على الاتفاقية.

○ المحور الثاني: الوضع المائي لدول حوض النيل

يعتبر حوض النيل من أكبر الأحواض في العالم بمساحة تقدر ب 3 ملايين كلم²، وبالنظر إلى النظام الإقليمي لحوض النيل، يلاحظ أن النمو الديموغرافي وموجات الجفاف، التي تتعرض لها مناطق واسعة داخل دول حوض النيل منذ سنوات قد أدت إلى التنافس على مياه النهر، وباتت مسألة تقاسم المياه المشتركة أحد أهم أسباب الصراع بين دول الحوض، لذلك أفرز الوضع المائي في حوض النيل نمط من التفاعل والصراع المائي، خاصة بين دول المنبع ومصر والسودان.

تتمسك دول المنبع عامة بحقها السيادي في استخدام المياه على أراضيها لأغراض إنمائية، أما دولة المصب (مصر) فتشدد على مفهوم التكامل الإقليمي المطلق لحماية حقوقها، ومع ما تشهده معظم بلدان حوض النيل من توسع ونمو اقتصادي واجتماعي سريع في العقود الماضية، ارتفع الطلب على المياه، فازدادت الاستثمارات في المنشآت المائية التي تهدف إلى معالجة المياه وتنظيم الري، وإنشاء محطات توليد الكهرباء وتحسين إدارة المياه. ترى دول المنبع، وعلى رأسها إثيوبيا، أنها تحتاج إلى دفع عجلة التنمية، وتعتبر أن مياه نهر النيل تشكل لها كنزا لا يقل عن النفط، وما ينقصها فقط هو الخبرات والتكنولوجيا والدعم

⁽¹⁾ يضم حوض النيل 11 دولة، هي: إريتريا، أوغندا، إثيوبيا، السودان، جنوب السودان، مصر، الكونغو الديمقراطية، بوروندي، تنزانيا، رواندا، وكينيا.

المالي، وإذا كانت هناك هيئات دولية وحكومات دولية ستوفر لها هذه العناصر، فإنه لن يمنعها أحد من إحداث هذه التنمية، وهو الأمر الذي سيؤثر حتما على كمية تدفق مياه النيل إلى السودان ومصر⁽¹⁾.

وتتحصّر الموارد المائية في مصر في مياه نهر النيل، الذي تعتمد عليه بشكل أساسي في تلبية 95% من احتياجاتها المائية، وهذا ما يفسر اعتراض مصر على بناء سد النهضة الإثيوبي الذي شيد على الروافد الإثيوبية العليا للنيل الأزرق بالقرب من الحدود السودانية، وترى مصر أن السد يهدد تدفق مياه النيل التي ينبع معظمها من الهضبة الإثيوبية وسيؤثر سلبا على الأمن المائي المصري.

فيما تعتبر إثيوبيا أنها غير مسؤولة عن الاحتياجات المائية المتزايدة مصر، بفعل تزايد عدد السكان بها وتوسيع استصلاح الأراضي بغرض الزراعة، وما يتبعه ذلك من استهلاك كبير للمياه. وترى إثيوبيا في مشروع سد النهضة السد أكبر من مجرد كونه مشروع تنموي، بل فرصة للإقلاع الاقتصادي، بحيث يستهدف المشروع تخفيض حاجة إثيوبيا من واردات النفط، وفي الوقت نفسه توسيع القطاع الصناعي في البلاد. وتوفير الكهرباء في كل المناطق الإثيوبية التي تعاني من صعوبات الوصول لهذه المادة الحيوية ومن حالة انقطاع الكهرباء المتكررة، وعلاوة على ذلك، تخطط الحكومة الإثيوبية لتصدير حوالي ألفي ميغاوات من الكهرباء إلى دول الجوار.

وبسبب هذا التجاذب، دخلت الدول الثلاث منذ شروع أثيوبيا في بناء السد سنة 2011، في مفاوضات للاتفاق حول الحد من تأثير السد الأثيوبي على كل من السودان ومصر، اللتان تخشيان من تراجع إمداداتهما من مياه النيل.

• أولا: سد النهضة وأثره في النزاع المائي الإثيوبي-المصري

لطالما استخدمت مياه النيل كمادة للصراع السياسي في اتجاه مصر من قبل إثيوبيا، فهناك قضية السدود الإثيوبية التي تطرح بين الحين والآخر، ومطالب إثيوبيا بسحب امتيازات الحق

(1) عصام عبد الشافي، سد النهضة وقضية المياه والأمن القومي المصري، المعهد المصري للدراسات 2020، ص 28.

التاريخي المكتسب الذي تدعيه مصر، ومحاولات الإيحاء بالقدرة على التأثير في حصة مصر من المياه، وموقفها الراض للاتفاقية الموقعة بين مصر والسودان عام 1959.

وقد برز التوتر في العلاقات المصرية الإثيوبية، خلال فترة السبعينيات، بسبب إريتريا بعد دعم السودان لحركة تحرير إريتريا، ومساندة إثيوبيا لحركة جنوب السودان، مما كان له التأثير السلبي على العلاقات المصرية الإثيوبية بعد إعلان الرئيس الراحل محمد أنور السادات وقوفه إلى جانب السودان. وفي تلك الحقبة، بدأ ملف المياه يدخل دائرة الخلافات بين مصر وإثيوبيا، حين أعلنت مصر مشروع تحويل جزء من مياه النيل لري 35 ألف فدان في سيناء في 1979. وقد أثار هذا المشروع رد فعل قوي في إثيوبيا، حيث اعتبرت أن هذا المشروع ضد مصالحها، وتقدمت بشكوى إلى منظمة (الوحدة الأفريقية)، الاتحاد الإفريقي حاليا، تتهم فيها مصر بإساءة استخدام مياه النيل⁽¹⁾. وتصاعدت الأمور بتهديد الرئيس الإثيوبي السابق "منغستو هيلامريام" بإمكان تحويل مجرى نهر النيل، ومن جانبه وجه الرئيس السادات خطابا حاد إلى إثيوبيا، وأعلن أن مياه النيل خط أحمر مرتبط بالأمن القومي المصري⁽²⁾.

وسعت مصر، بعد إعلان إريتريا استقلالها عن أثيوبيا في عام 1993، إلى استغلال إريتريا كوكيل لصراعها مع إثيوبيا، وقد أدى هذا الاستقلال إلى جعل إثيوبيا دولة حبيسة غير ساحلية، وزاد التوتر بين البلدين بعد حادثة محاولة اغتيال الرئيس المصري السابق "حسني مبارك" في أديس أبابا عام 1995، وهو الأمر الذي دفع إثيوبيا للمضي قدما في تكوين تحالف مضاد لمصر، والرغبة في إعادة توزيع حصص الدول من مياه النيل.

وبالتالي فقد طالبت إثيوبيا بالدخول في مفاوضات لوضع إطار قانوني جديد لمياه النيل، وأصررت إثيوبيا على ذلك وتحقق لها ما أرادت، إذ تم التوصل إلى إطار قانوني سنة 2010 (اتفاقية عننتيبي)، ولكن لم يتم الاتفاق حول جميع بنودها، وتركز الخلاف بين دول المنابع، وفي مقدمتها إثيوبيا من جهة، ودولتي المجرى والمصب (السودان ومصر) من جهة أخرى

(1) حسين خلف موسى، إثيوبيا بين التواجد المصري والحضور الإسرائيلي في حوض النيل الرؤى و الإشكاليات، المركز الديمقراطي العربي المركز الديمقراطي العربي، 2014، ص27.

(2) العلاقات المصرية الإثيوبية، الهيئة العامة للاستعلامات المصرية، www.sis.gov.eg، تاريخ الزيارة:

.20/08/2020

حول المادة 14 الخاصة بالأمن المائي لدول الحوض، وتحديدًا الفقرة (ب) من هذه المادة⁽¹⁾، حيث ترى إثيوبيا وغيرها من دول المنابع أن تكون صياغة هذه الفقرة بشأن استخدام مياه النيل على النحو التالي:

"أن لا يؤثر تأثيرًا ذا شأن على الأمن المائي لأية دولة أخرى من دول حوض النيل".

بينما ترى مصر والسودان أن تكون الصياغة على النحو التالي:

"أن لا تؤثر سلبيًا على الأمن المائي والحقوق والاستخدامات الحالية لأية دولة أخرى من دول حوض النيل"⁽²⁾.

لقد سعت إثيوبيا، بمقتضى اتفاقية عنتيبي 2010، إلى تجريد مصر من امتيازاتها في مياه النهر، أبرزها حق الفيتو في منع إقامة أي مشروع على النهر خارج أراضيها. واعتبرت اتفاقية 2010 شرارة أزمة بناء سد النهضة الإثيوبي.

وتعود فكرة إنشاء السدود في إثيوبيا إلى عام 1964، بعد دراسة أجريت بواسطة "مكتب الاستصلاح الأمريكي US Bureau of Reclamation"، حدد فيها المكتب 26 موقعًا لإنشاء السدود، أهمها أربعة سدود على النيل الأزرق، وحمل سد النهضة في تلك الدراسة اسم سد "بورد - Border"، ثم أطلق عليه اسم "المشروع X - Project X"، ثم سد الألفية بعد الإعلان عنه في فبراير 2011⁽³⁾، وحين وضع حجر الأساس في أبريل 2011 تغير اسمه ليصبح سد النهضة الإثيوبي العظيم، وتقدر سعته المائية بـ 74 مليار م³، تم تشييده بالقرب من الحدود السودانية في منطقة "بنشنگول". وتعلق عليه إثيوبيا رهانات كبيرة في تحقيق الاكتفاء الذاتي في مجال الطاقة الكهربائية، مع إمكانية التصدير للدول المجاورة.

ظهر الخلاف بين إثيوبيا ومصر على إثر مباشرة الحكومة الإثيوبية بناء سد النهضة سنة 2011، على نهر النيل الأزرق الذي يشكل 87% من مجموع مياه نهر النيل، وتمحورت الأزمة حول الحقوق المائية لكل من الدولتين، وعدم إخطار إثيوبيا مصر مسبقًا بنيتها في إنشاء السد.

(1) صبحي على قنصوه، المطالب الإثيوبية في مياه النيل وأثرها على الأمن المائي المصري، معهد البحوث والدراسات الإفريقية، جامعة القاهرة، 2014، ص16.

(2) الملحق الخاص بالمادة 14، الاتفاقية الإطارية للتعاون في حوض نهر النيل 2010، (اتفاقية عنتيبي).

(3) مصطفى إبراهيم، مصر وتحدياتها الاستراتيجية: سد النهضة نموذجًا، المعهد المصري للدراسات 2017، ص 3.

وقد أبدت مصر رفضها لاستكمال بناء السد الإثيوبي إلا بعد قيام لجنة فنية مختصة بدراسة التصميمات وآثار المشروع، وبالفعل شكلت لجنة من خبراء فنيين من الدول الثلاث (إثيوبيا، السودان، مصر) إلى جانب خبراء دوليين سنة 2012. وعقدت هذه اللجنة العديد من الاجتماعات وأعدت تقارير أولية. والحال أنه منذ اتفاقية إعلان المبادئ حول مشروع سد النهضة الإثيوبي سنة 2015، تجاهلت إثيوبيا تماما ما يجري على المسار التفاوضي، ومضت في بناء السد.

يدور الخلاف الحالي في المقام الأول حول الإطار الزمني الذي يجب أن يملأ فيه السد. ففيما تضغط الحكومة المصرية من أجل ملء بطيء يمتد بين 12 و21 سنة لتجنب التراجع الحاد في إمدادات المياه، تسعى الحكومة الإثيوبية لتحقيق ذلك في غضون ست سنوات حتى تتمكن من تشغيل التوربينات لتوليد الطاقة بشكل أسرع. أما السودان، فيشارك في المفاوضات بموقف محايد إلى حد كبير⁽¹⁾.

ولم تنجح في الفترة الماضية الجهود المصرية لممارسة الضغط على إثيوبيا من خلال حشد الدول المتحالفة معها. حيث تحتفظ الولايات المتحدة ودول الاتحاد الأوروبي، وكذلك دول الخليج والصين، بعلاقات جيدة مع كلا البلدين، ومن الواضح أنهم لا يرغبون في الانحياز إلى أي طرف في مسألة النزاع على مياه النيل.

تتوقع إثيوبيا أن المردود الاقتصادي لسد النهضة سيدفع باقتصادها إلى مستوى البلدان متوسطة الدخل بحلول عام 2025. وبهذا، فإن تكلفة السد التي تتأهز 6 مليارات دولار، تبقى تكلفة مقبولة في نظر الإثيوبيين، بالنظر إلى ما سيذر عليهم من عوائد. ويزيد من رغبة إثيوبيا في الإسراع بإنجاز هذا السد، إقبال الدول المجاورة لها على طلب الكهرباء، وتوقيع عدد منها عقودا طويلة الأمد منها: (كينيا، والسودان، وجيبوتي، وجنوب السودان)⁽²⁾.

وفي سبيل الوصول إلى اتفاق تفصيلي حول استخدام مياه النيل وتحقيق مصالح مشتركة، وقعت مصر والسودان وإثيوبيا في الخرطوم سنة 2015 على "اتفاق إعلان المبادئ" حول

(1) خبراء ألمان يرسمون آفاق حل لمعضلة سد النهضة <https://www.dw.com>، تاريخ الزيارة 2020/07/15.

(2) عبده موسى، أزمة سد النهضة بين مصر وإثيوبيا: استعادة مسار التفاوض أم الانحدار نحو مواجهة؟، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، 2019، ص 6.

مشروع سد النهضة الإثيوبي. وقد أعطت مصر والسودان، بشكل أساسي، من خلال هذا الاتفاق، شهادة ميلاد شرعية لسد النهضة⁽¹⁾. لكن رغم توقيع هذا الاتفاق، إلا أنه لم يحسم الخلاف حول مسألة فترة ملأ السد الذي تقدر سعته التخزينية بـ 74 مليار متر مكعب وتصل قدرته الإنتاجية من الطاقة الكهربائية عند اكتماله إلى 6 آلاف ميغاوات، ليكون أكبر سد كهرومائي في القارة الأفريقية. كما يتضح أن اتفاقية إعلان المبادئ⁽²⁾، وبنودها المستلهمة من الاتفاقيات الأممية لا تنص صراحة على الحقوق المصرية المكتسبة.

لقد امتدت المفاوضات والاجتماعات بشأن أزمة سد النهضة بين إثيوبيا ومصر والسودان منذ عام 2011، ومرت عبر محطات عديدة اتسمت بالتعثر والفشل في التوصل إلى اتفاق عادل ومتوازن، وتعد الوساطة الأمريكية من أبرز هذه المحطات، التي جاءت عبر "وزارة الخزانة الأمريكية"، حين وجهت الدعوة لوزراء خارجية مصر وإثيوبيا والسودان بالإضافة إلى البنك الدولي في 31 أكتوبر 2019، بعد طلب مصري لوساطة دولية في المفاوضات، وتواصلت جلسات التفاوض، حيث انطلقت في نونبر 2019، واستمرت خلال 4 أشهر، دون أن تسفر عن نتائج ملموسة، وانتهت برفض إثيوبيا التوقيع بالأحرف الأولى على مقترح اتفاق تقدمت به الولايات المتحدة الأمريكية، وتغيبها في الجولة الأخيرة من المفاوضات التي عقدت بواشنطن يومي 27 و28 فبراير 2020، بينما وقعت مصر ولم توقعه السودان.

وفي يونيو 2020 تقدمت مصر بطلب إلى مجلس الأمن بالأمم المتحدة، في إطار بند جدول الأعمال المعنون بـ"السلم والأمن في أفريقيا"، للنظر في موضوع سد النهضة الإثيوبي، تدعو فيه إلى التدخل من أجل تأكيد أهمية مواصلة التفاوض، من أجل التوصل إلى حل متوازن لقضية سد النهضة الإثيوبي، وعدم اتخاذ أية إجراءات أحادية قد يكون من شأنها التأثير على فرص التوصل إلى اتفاق، ولجأت مصر إلى مجلس الأمن استناداً إلى الفقرة الأولى من المادة 35 من ميثاق الأمم المتحدة، التي تجيز لكل عضو من الأمم المتحدة أن ينبه مجلس الأمن أو الجمعية العمومية إلى أي نزاع أو موقف من شأنه أن يعرض للخطر حفظ السلم والأمن الدولي⁽²⁾.

(1) حمدي عبد الرحمن، مستقبل التعاون في حوض النيل في مرحلة ما بعد سد النهضة، مجلة قراءات إفريقية، العدد 35 يناير 2018، ص 29.

(2) الفقرة الأولى من المادة 35، ميثاق الأمم المتحدة 1945.

كما اتجهت مصر إلى جامعة الدول العربية واستطاعت الحصول على قرار بالتضامن معها، حيث أصدرت جامعة الدول العربية، في دورتها غير العادية التي عقدت في 23/06/2020 (عبر تقنية الفيديو كونفرانس)، قراراً بشأن سد النهضة الإثيوبي. وأكدت الجامعة في قرارها أن الأمن المائي لمصر والسودان هو "جزء لا يتجزأ من الأمن القومي العربي"، مشددة على ضرورة امتناع إثيوبيا عن البدء في ملء خزان السد دون التوصل إلى اتفاق مع دولتي المصب حول قواعد ملء وتشغيل السد لما يمثله هذا الإجراء من خرق صريح لاتفاق إعلان المبادئ المبرم بين الدول الثلاث في الخرطوم بتاريخ 23 مارس 2015. كما حث القرار على تشكيل لجنة لمتابعة تطورات الملف والتنسيق مع مجلس الأمن بالأمم المتحدة حول كافة تطورات الموضوع على أن تتألف عضويتها من كل من: الأردن - السعودية - المغرب - العراق والأمانة العامة⁽¹⁾.

وعادت الدول الثلاث في يوليو 2020 إلى استئناف المفاوضات برعاية الاتحاد الإفريقي، وتلخصت النقاط الخلافية حول عملية تشغيل وملء السد في فترة الجفاف، والجفاف الممتد، ومسألة الاعتراف بالاتفاقيات السابقة لتوزيع حصص المياه، بالإضافة إلى إشكالية أمان السد، والآثار البيئية المترتبة عليه. واختتمت الجولة الأولى من المفاوضات هي الأخرى دون التوصل إلى حل توافقي، وتزامن ذلك مع قيام إثيوبيا بالملء الأولي للسد، تلتها قمة إفريقية مصغرة عقدت يوم 21 يوليو 2020، دعت إلى مواصلة المفاوضات والسعي لبلورة اتفاق قانوني ملزم بشأن قواعد ملء وتشغيل سد النهضة.

وانتهت في 28 غشت 2020 جولة أخرى من المفاوضات بين الدول الثلاث حول سد النهضة دون التوافق على مسودة اتفاق، كان من المفترض تقديمها إلى رئاسة الاتحاد الإفريقي، وقررت الدول الثلاث أن ترسل كل دولة تقريراً منفصلاً إلى رئاسة الاتحاد الإفريقي.

وفي هذا السياق، سعت مصر في المفاوضات إلى تضمين أي اتفاق مع أديس أبابا أكبر قدر ممكن من التفاصيل تغطي جميع الاحتمالات الممكنة في المستقبل، فيما تحاول إثيوبيا

⁽¹⁾ القرار رقم 8524 الصادر عن اجتماع مجلس الجامعة على المستوى الوزاري في دورته غير العادية (المنعقدة عبر تقنية الفيديو كونفرانس) بشأن سد النهضة الإثيوبي، الأمانة العامة - أمانة شؤون مجلس الجامعة، القاهرة، الثلاثاء 23/06/2020.

إبقاء الاتفاقية مفتوحة قدر الإمكان وعدم التوقيع على أي بند من شأنه أن يلزم بحد أدنى من المياه لجيرانه، نظرا للتقلبات المتعلقة بالتغيير المناخي، الذي قد يفسد الحسابات المستقبلية. وعلى عكس مصر، فإن السودان لا ترى في خفض حجم مياه النيل التي تصله مشكلة كبيرة، بل إن بناء سد النهضة قد ينظم في المستقبل مشكل الفيضانات التي تتعرض لها، إضافة إلى إمكانية الحصول على طاقة كهربائية رخيصة من إثيوبيا⁽¹⁾. ومن بين أسباب التقارب الإثيوبي السوداني اعتماد إثيوبيا على الموانئ السودانية، واستيرادها بعض المواد الأساسية من السودان.

• ثانيا: الخيارات الممكنة لحل النزاع المائي بين إثيوبيا ومصر

عكست المفاوضات السابقة، التي جرت في الخرطوم والقاهرة وأديس أبابا وواشنطن، استمرار الخلافات على القضايا الرئيسية لقواعد ملء وتشغيل سد النهضة، مع بدء إثيوبيا عملية الملء الأولية للسد، الشيء الذي وضع ضغوطا على الموقف المصري. وانتقلت بذلك قضية السد من كونها نزاع إلى أمر واقع، وذلك بفعل تفاوض عقيم تبني طرفي التفاوض خلاله إستراتيجية تفاوضية مناقضة للآخر، فإثيوبيا اعتمدت إستراتيجية "استهلاك الزمن وسياسة فرض الأمر الواقع"، أما مصر فكانت إستراتيجيتها "انتهاج الدبلوماسية الناعمة والتفاوض وطلب الوساطة".

لقد كشف النزاع القائم بين إثيوبيا ومصر حول مياه النيل ومشروع سد النهضة أن السياسة الخارجية المصرية تجاه إفريقيا، بشكل عام، لا تشكل فاعلية أو تأثيرا ملموسا على المصالح المصرية في إفريقيا⁽²⁾، كما أظهر فشل الدبلوماسية المصرية وتراجع دورها في منطقة حوض النيل، ويبرز ذلك من خلال لجوء مصر إلى وساطة الولايات المتحدة الأمريكية وإلى طلب تدخل مجلس الأمن الدولي في قضية سد النهضة، وغض النظر، منذ بداية الأزمة، عن وساطة الإتحاد الأفريقي. وفي المقابل تصاعد الدور الإثيوبي بشكل كبير وكسب تأييد دول المنبع. و في ظل هذا الوضع تبرز أهمية طرح خيارات حل الأزمة، أهمها:

(1) حسن زينبد، خبراء ألمان يرسمون آفاق حل لمعضلة سد النهضة، 2020، dw.com، تاريخ الزيارة 18/08/2020.

(2) نيكواج فيتر، تطور السياسة الخارجية المصرية تجاه إفريقيا، قراءات إفريقية 2018، www.qiraatafrican.com، تاريخ الزيارة: 26/08/2020.

1- التفاوض: إن الخيارات المصرية أما إثيوبيا باتت محدودة، فالخيار الدبلوماسي التفاوضي هو الخيار متاح الآن، و حسب الرؤية المصرية، فقد بات طويلا ومملا ومضيقا متعمدة للوقت⁽¹⁾. ومن المتوقع أن يطول مسار المفاوضات حول سد النهضة، وهو ما يعني أن أمام مصر وإثيوبيا معركة طويلة وشاقة. ما يجعل إثيوبيا المستفيد الأول. وعليه، يجب على طرفي النزاع تبني خطاب تصالحي، والبعد عن أسلوب التصعيد والتهديد، الذي غالبا ما يحمل معه نتائج عكسية. ولعل الخطاب الأمثل هو الذي يركز على بعد مياه النيل كمصدر من مصادر التعاون والتنمية المستدامة لجميع شعوب الدول المتشاطئة على نهر النيل.

2- التعاون والتكامل الإقليمي: إن حل النزاع حول مياه النيل الأزرق بين إثيوبيا ومصر بالإضافة إلى السودان ينطلق من مدخل التعاون والتكامل بينها، فإثيوبيا تطمح لتكون رائدة في إنتاج الطاقة الكهربائية في المنطقة عبر سد النهضة والسدود الأخرى داخل البلاد، والسودان تتوفر على أراضي واسعة وخصبة صالحة للزراعة والرعي يمكن أن تؤمن الغذاء لشعوب الدول المتنازعة، أما مصر فتتوفر على الإمكانيات والخبرات الكافية في العديد من المجالات التي ستساعد على سد احتياجات إثيوبيا والسودان.

وقد أكد اتفاق إعلان المبادئ حول سد النهضة سنة 2015 على مبدأ التنمية والتكامل الإقليمي والاستدامة من خلال المبدأ الثاني، حيث نص صراحة على أن "الغرض من سد النهضة هو توليد الطاقة؛ المساهمة في التنمية الاقتصادية؛ الترويج للتعاون عبر الحدود والتكامل الإقليمي من خلال توليد طاقة نظيفة و مستدامة يعتمد عليها".

وسوف يؤدي هذا التعاون - إذا توفرت الإرادة السياسية والتمويل الكافي - إلى تلبية الحاجات المائية والتنمية. فالطريق الوحيد للمضي قدما هو التعاون، الذي يجب أن يحقق السلام والاستقرار لجميع بلدان حوض النيل⁽²⁾. بالإضافة إلى أن هذا التعاون سيتيح بروز

⁽¹⁾ المحبوب أبو علي، سد النهضة بين الرؤية الإثيوبية والمأزق المصري، المعهد المصري للدراسات 2019، ص 3.
⁽²⁾ Abdul Karim Seid, Cooperation in the Nile Basin: Sharing and using knowledge to improve water resource management, BRIEFING NOTE 6, world bank - May 2015, P 6.

لحضور مصري فعال في المشروعات المقترحة في دول المنابع، ما سينعكس بشكل ايجابي بالنسبة للمصالح المائية المصرية، بدلا من غياب مصر وتنفيذ إثيوبيا وغيرها من دول المنابع لهذه المشروعات بشكل أحادي ومنفرد. إلا أن وجود إطار "تعاوني إقليمي" لاستخدام موارد مياه النيل قد يتطلب بعض التنازلات المشتركة من كلا الجانبين (مصر وإثيوبيا). وبالإضافة إلى ذلك، يمكن القول أن توجيه الاهتمام بالتجارة مع دول حوض النيل، وتشجيع الاستثمار بها، وفقا لمبدأ المصالح المتبادلة من شأنه تقوية العلاقات المصرية مع دول المنبع بما فيها إثيوبيا⁽¹⁾.

وفي هذا الجانب يمكن لمصر أن تستفيد من تجربة وتوجهات المملكة المغربية تجاه العديد من الدول الإفريقية، ومن بينها إثيوبيا التي وقع معها المغرب سنة 2016 اتفاقيات التعاون الاقتصادي بهدف تعزيز التعاون جنوب - جنوب.

3- استغلال الفوائد المائية وترشيد استخدامها: هناك العديد من المشروعات قامت بها مصر بالمشاركة مع السودان في النيل بهدف السيطرة على فقد مياهه وتدبير موارد إضافية، من أهمها: مشروع "قناة جونجلي" بجنوب السودان، والذي يدخل ضمن أهداف الاتفاق الذي وقع بين حكومتي مصر والسودان سنة 1959 بشأن الانتفاع الكامل بمياه النيل، بحيث تضمن هذا الاتفاق في "بنده الثالث" مشاريع استغلال المياه المفقودة في حوض النيل ما نصه: "تتولي جمهورية السودان بالاتفاق مع مصر إنشاء مشروعات زيادة إيراد النيل بمنع الضائع من مياه حوض النيل، ويكون صافي فائدة هذه المشروعات من نصيب الجمهوريتين بحيث توزع بينهما مُناصفة، ويساهم كل منهما أيضا بالتساوي في التكاليف"⁽²⁾.

وتقوم فكرة مشروع "قناة جونجلي" على شق قناة بطول 360 كلم بين مدينتي (بور و ملكال) في دولة جنوب السودان. وكان من المخطط أن تؤدي القناة إلى توفير المياه التي تضيع في المستنقعات بجنوب السودان، ما سيؤدي إلى تجفيف أراضي واسعة بقرب المستنقعات صالحة للزراعة.

(1) نيكوجا فيتر، مرجع سابق.

(2) البند الثالث من اتفاقية الاستغلال الكامل لمياه النيل بين السودان ومصر، الموقعة بالقاهرة في 8 نوفمبر 1959.

وقد بدأت مصر العمل في مشروع "قناة جونجلي" في سبعينيات القرن الماضي، لتوفير نحو 4 مليار متر مكعب في مرحلته الأولى و3 مليار متر مكعب في مرحلته الثانية، يقسمها مناصفة بين مصر والسودان. وتم حفر 250 كلم، وتبقى 110 كلم لاستكمال المشروع، لكن توقف عند قرية "الكونقر" نتيجة نشوب الحرب الأهلية عام 1983 بين الحركة الشعبية بقيادة "قرنق" والحكومة المركزية في السودان آنذاك⁽¹⁾. ومن شأن إعادة إحياء هذا المشروع تعويض نقص الإمدادات المائية المرتقبة، جراء بدء إثيوبيا عملية ملء سد النهضة.

ومن بين أهم البدائل أمام مصر، في حال انتهاء إثيوبيا من بناء السد وحجب الإمدادات المائية عنها، هو ترشيد استهلاك المياه، وذلك بأن يتم إلغاء زراعة ما يقرب من 100 ألف فدان أرز، ما سيوفر كميات مهمة من المياه، لأن مصر تستهلك حوالي 10 مليار متر مكعب في زراعة الأرز، بالإضافة إلى تطوير أجهزة الري، واعتماد أجهزة جديدة لتوفير أكبر قدر من المياه، مع استخدام طريقة الري الليلي لمنع تبخر المياه في النهار⁽²⁾. كما يمكن أن تزيد تحلية مياه البحر من إمدادات المياه العذبة.

4- الخيار العسكري: إن الخيار العسكري الذي هددت به مصر سابقا بضرب موقع سد النهضة يبقى صعب التحقيق في الوقت الحالي، لاسيما بعد اكتمال إنشاء الأجزاء الأساسية للسد وبدء عملية الملء، وأيضاً بسبب تداعيات الضربة العسكرية للسد على المدن السودانية القريبة من مجرى نهر النيل. وقد كان من الممكن أن يكون هذا الخيار متاحاً في الفترات الأولى التي عقب إعلان مشروع بناء السد سنة 2011، لكن كان سينعكس بشكل سلبي على صورة مصر، وسيجلب التعاطف الدولي مع الطموح الإثيوبي المشروع بتحقيق التنمية.

(1) رحمة حسن - هشام سويد، قناة جونجلي بين الواقع والمأمول، المركز المصري للفكر والدراسات الاستراتيجية 2019، marsad.ecsstudies.com، تاريخ الزيارة 2020/08/24.

(2) مصطفى إبراهيم، مرجع سابق، ص 27.

○ خاتمة:

من الواضح أن أزمة سد النهضة تتجاوز الجوانب الفنية والتقنية التي يمكن حلها، إنها بالأساس تتعلق بمسألة التنافس الإقليمي بين البلدين. فقد تمكنت إثيوبيا منذ بداية هذا القرن من أن تصبح قوة إقليمية في المنطقة، دفعها لمنافسة النفوذ المصري - السودان، وبذلك فإن هذا السلوك الإثيوبي المتحدي لمصر يمكن أن يؤثر سلباً على نفوذ مصر ومكانتها في حوض النيل، ويمكن أن يشجع باقي دول المنابع على القيام بمشروعات أحادية مماثلة. وفي ظل هذا الوضع السياسي تصبح احتمالات التسوية عسيرة، وهو ما يعني أن أمام مصر ومعها السودان مسار طويل.

وفي هذا الإطار، تفرض المرحلة القادمة ضرورة خلق آليات جديدة لتفعيل التعاون بين الدول النيلية في إطار مبدأ رابح - رابح، لأن السلوك النزاعي من شأنه أن يطيل من أزمة الأمن المائي بين دول حوض نهر النيل بشكل عام، لذلك يستوجب الأمر وضع أطر الحوار الثنائي والجماعي بين دول الحوض، قصد التوصل لحل توافقي يحقق الانتفاع العام والمنصف والعاقل للموارد المائية.

الدراسة الخامسة:

**Arbitration and third parties:
Challenges and adaptation**

Marie line Karam⁽¹⁾

♦ **Abstract:**

The extension of the arbitration agreement to subjects or parties who did not initially sign it constitutes, without a doubt, one of the most interesting and fundamental subjects of contemporary arbitration and, in particular, of international arbitration. The characteristics of the current operations and the fact that our economy is increasingly globalizing require a flexible and effective response from the legal system. However, the contractual nature of arbitration constitutes a limit to the extension of the clause or the agreement of arbitration. What might be the remedies?

♦ **Keywords:**

Arbitration, third party, relative effect, autonomy of the will, agreement, clause, implicit consent, jurisprudence, public order

○ **Introduction**

Alternative dispute resolution ("ADR") refers to the means of preventing or settling disputes outside the judicial Courts. These methods of settlement are characterized by their independence from the public

⁽¹⁾ Ph d International law, International Arbitrator and lawyer, board member of the European Scientific journal, A. Professor of International law, Alternative dispute resolution, International economic law, negotiation and Diplomacy, coordinator of the legal clinic at LU, director of Arbitration at IMGH-Paris.

official organisation. Traditionally, the ADR includes early neutral evaluation, negotiation, conciliation, mediation, and arbitration.

As a matter of fact, alternative dispute resolution has gained widespread acceptance in recent years. The rising importance of ADR can be explained by the increasing caseload of traditional courts, the perception that ADR implies fewer costs, is more flexible and compatible with the need of the current legal relationships.

In 2019 the world faced a pandemic that affected almost every aspect of human life. States had to act to protect above all their citizens. Nevertheless, the measures taken have multiplied the number of disputes while the courts were paralyzed.

Globally, the judicial authorities have been under great pressure to continue operating during the pandemic, notwithstanding the impact of social distancing lockdown and restrictions on movement and other measures intended to suppress, if not eliminate, the pandemic.

This situation led to a growing confidence in alternative dispute resolution as an effective means of overcoming disputes and conflicts arising from different kinds of relationships.

For instance, the ICC International Court of Arbitration recorded a total of 946 new arbitration cases in 2020 – the highest number of cases registered since 2016, when a complex cluster of small disputes effectuated a marked increase in the statistics⁽¹⁾.

Arbitration consists in the submission of a dispute to the binding decision of one or more independent third persons other than a court⁽²⁾. Like all alternative means of settlement, arbitration is based on the will of the parties. This contractual nature of arbitration will affect the effectiveness and the limitation of this procedure.

⁽¹⁾ Jonatan Baier, Corina Moschen, March 2021, ICC announces record caseloads in 2020, www.mme.ch

⁽²⁾ Laure BEMHEIN – Van de Castele, *les Principes Fondamentaux de l'arbitrage*, édition BRUYLANT, 2012, p.249

In contrast to mediation or conciliation, the arbitration procedure ends with the issuance of a binding and enforceable arbitral award, which, in general, cannot be appealed by another arbitral tribunal or court⁽¹⁾.

The evolution of international economic and commercial relations has led to the emergence of new types of conflicts, sometimes involving several parties, or several interdependent contracts.

The arbitrators have had to deal with situations where third parties are not signatories of the arbitration agreement or have not consented to the arbitration clause. In this case, based on the traditional approach, the arbitrator is not entitled to include them in the procedure despite the fact that the award might affect their interests⁽²⁾.

However, the complexity of the modern transactions demonstrated the limits of the effectiveness of the arbitral procedure and award in case it does not include the third parties. Modern investor-State arbitration is founded on a great number of bilateral and multilateral investment treaties between States which developed during the second half of the 20th century. These types of relationships are complicated and might lead to the intervention of different parties⁽³⁾.

One of the most troubling issues in the realm of international arbitration is the participation of third parties in international arbitration, which can manifest itself in many forms.

The problem is to know if the evolution and the interdependence of the international legal relationships led to the extension of the arbitration (procedure, award effects...) to third parties?

Is it possible to talk about a modification in the nature of Arbitration?

The present article aims to analyze the impact of Arbitration on third parties, the challenges and the potential mechanisms of adaptation.

⁽¹⁾ Bouchez, L.J., "The Prospects for International Arbitration: Disputes between States and Private Enterprises," *Journal of International Arbitration*, vol.8, No 1, p. 81-115, 1991

⁽²⁾ An arbitration agreement is a contract and can only bind and be invoked by those parties who are party to the agreement. However, there are circumstances in which third parties, who were not parties to the original agreement, may either be bound by, or take the benefit of, an arbitration agreement.

⁽³⁾ Sornarajah, M., *The International Law of Foreign Investment*, 4th ed., 2018.

I- Importance of the will of the parties: obstacles and challenges

Private justice, arbitration is, in essence, a contractual method of settling disputes. As such, it is largely governed by the will of the parties. First, in principle, it draws its source from an agreement based on the will of the parties⁽¹⁾, so that it is this will that invests the arbitrator and defines his competence; the legislators and the jurisprudence thus sometimes recall the necessity of the will of the parties to establish the jurisdictional power of the arbitrators⁽²⁾.

Then, the will of the parties will define the functioning of the arbitral jurisdiction and, as regards international arbitration, at all stages of the arbitral proceedings, the will of the parties is autonomous or quasi-autonomous. Today's arbitration law goes even further by providing that "the parties may agree on the age, profession, experience, etc., of future arbitrators".

The globalization, the internet revolution and the Covid 19 pandemic led to the resurgence of complicated international commercial transactions, which often involve multiple contracts, parties, jurisdictions and third parties, international arbitration has witnessed a growing pressure by its users for it to develop increasingly appropriate mechanisms in response to the disputes emerging from such transactions⁽³⁾.

However, if we consider that the arbitration agreement is a contract it means that it can only bind and be invoked by those parties who are party to the agreement. However, there are circumstances in which third parties, who were not parties to the original agreement, might be affected directly or indirectly by the procedure or the award or might have an interest in participating in the procedure. In some cases, a third party may invoke an arbitration agreement.

⁽¹⁾ Tr. AZZI, note under CA Paris, 1^{re} ch. C, 17 juin 2004, Rev. arb. 2006, p. 178

⁽²⁾ The Court of Cassation in France consider that the common will of the contracting parties only can invest the arbitrator with a jurisdictional authority over the dispute, C. Cass, 1^{civ.}, 19 March 2002, JIL, 2003, p.139, note E. Loquin

⁽³⁾ Park, Arbitration of International Business Disputes, Oxford, 2012

The arbitrator is an individual (or a panel of arbitrators) nominated by the parties with a view to finally settling the dispute between them. Here the word arbitrator is used in the widest sense of the term, whether he is acting alone or as one of a panel of arbitrators, whether he is chairman of the arbitral tribunal or a co-arbitrator, whether he has been appointed by the parties directly, by a permanent arbitration institution or indeed by the relevant judicial authority, and finally whether the arbitration is ad hoc or institutional.

In other terms, the arbitrator does not have any authority on third parties who did not nominate him⁽¹⁾.

Based on a judgment rendered in 2001, the Hamburg Court refuses to extend an arbitration clause to the mother company which declared itself liable for the execution of the contract signed by its branch, considering that this execution could not be covered by the clause arbitration⁽²⁾.

There are different mechanisms by which the third parties might be involved in the procedure of arbitration: for instance at his own request or initiative or at the request of a party to the arbitration. In case of confirmation, the third party is authorized to participate within a pending arbitration⁽³⁾.

The situation of consensual confirmation by the parties involved or by the arbitrators does not challenge the nature of this procedure. However, the real challenge appears when the resolution of the dispute and the effectiveness of the award depend on the intervention of the third party. This is the case for example in the presence of a loan agreement and an act of guaranty related to it or in case of interrelated contracts or relationships. The issue will become more and more complicated in the occasion of rejection by the any of the parties involved of this intervention.

⁽¹⁾ Gabrielle Kaufmann-Kohler, "Globalization of Arbitral Procedure," p. 1328, 36 Vand. J. Transnat'l L. 1313 2003.

⁽²⁾ OLG Hamburg, 8 november 2001, 6 Sch 4/01, OLGR 2002. 305, 306.

⁽³⁾ W. Laurence Craig, Some Trends and Developments in the Law and Practice of International Commercial Arbitration, 30 TEX. INT'L L.J. 1, 8 (1995)

The unique possibility for the third party resides in the initiation of a claim together with the procedure of arbitration, while the two measures are strongly connected and depends on each others. This situation might lead to potential challenges, objections and contradictions.

One of the most important characteristic of the arbitration resides in the confidentiality of this procedure. The intervention of third parties in arbitration brings to light certain issues that may prove to be difficult to solve, such as those related to confidentiality. How can we accept the intervention of third party without violating this basic obligation of privacy and confidentiality that led the parties to choose the arbitration instead of the litigation in Courts⁽¹⁾?

In reality, when asked why they choose to resolve their disputes through international arbitration, parties often identify confidentiality as an important factor. While the parties may think their arbitration is confidential, in many cases, the proceeding is merely private. In the context of arbitration, privacy and confidentiality are not necessarily the same. Privacy means that arbitration proceedings are not open to the public, but privacy does not preclude the parties from disclosing the proceedings to third parties. Confidentiality, by contrast, means the parties (and the arbitrators) may not disclose the proceedings to third parties or the public, including evidence, written submissions, arbitral awards, and even the existence of the proceedings and the identities of the parties. Most arbitrations are private, but many arbitrations are not confidential⁽²⁾.

⁽¹⁾ See, e.g., American Arbitration Association Statement of Ethical Principles (available at <https://bit.ly/36wknN5>). Arbitration is a creature of contract, and confidentiality, as an aspect of arbitration, may be achieved by the parties' agreement. A confidentiality agreement may be expressly provided for in the underlying arbitration clause, or it may be imbedded in the adoption of the arbitration rules of a designated arbitration service provider that requires specified confidentiality levels.

Parties also may agree to certain forms of confidentiality after a dispute has arisen. For example, similar to the litigation context, parties may agree that documents produced in discovery, or testimony elicited during depositions or at the evidentiary hearing, shall be deemed confidential and protected from disclosure to third parties.

⁽²⁾ Neil Popovic and Kevin Costello, "Privacy And Confidentiality Are Siblings, Not Twins", June 27, 2019 posted in Commercial Arbitration, *Lex Arbitri: The law of international dispute resolution*, 2019.

Moreover, the intervention of a third party may raise certain concerns relating to an increase of the complexity, length and costs of the arbitration along with a potential increased risk of the arbitral award being challenged⁽¹⁾.

It is important to note that one of the advantages of arbitration is the ability of the parties to appoint and elect the arbitrator or the institution of arbitration. In case of intervention of a third party, the capacity of election will be affected. In this regard, it is possible to distinguish between the case of intervention at the beginning of the procedure or during the procedure or at the end.

The French jurisprudence considered that the right of a party to participate in the constitution of its arbitral tribunal is related to the “public policy”⁽²⁾. Based on this precedent, in case the right to participate in the election of the arbitrator or the tribunal of arbitrators is not conferred to the third party, then the execution of the award may be contested and the third party will challenge the possibility of enforcement on grounds of the principle of equality, fair trial, equity....

Traditionally, courts have held, and commentators have argued, that a third party has no right to intervene in or join an already existing arbitration proceeding⁽³⁾. However, the emergence of multi-party contracts and the complexity of the modern transactions require a deepest analysis of the issue.

It is important to note that the parties may choose to resort to arbitration before the emergence of any dispute or conflict or after. *Submission was*

⁽¹⁾ Dyala Jiménez Figueres, ‘Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration’ (2003) 14(1) ICC Bulletin, p. 71

⁽²⁾ French Cour de Cassation (7 January 1992 – XV Yearbook Com. Arb. (1992) 124 et seq

⁽³⁾ Charles S. Baldwin, IV, “Protecting Confidential and Proprietary Commercial Information in International Arbitration”, 31 TEX. INT’L L.J. 451, 467 (1996); John Milligan-Whyte & Mary Cannon Veed, Bermudian, “English and American Reinsurance Arbitration Law and Practice and Alternative Dispute Resolution Methods”, 25 TORT & INS. L.J. 120, 139 (1989); Alan Scott Rau & Edward F. Sherman, “Tradition and Innovation in International Arbitration Procedure”, 30 TEX. INT’L L.J. 89, 91 (1995); Thomas J. Stipanowich, “Arbitration and the Multiparty Dispute: The Search for Workable Solutions”, 72 IOWA L.REV. 473, 506 (1987).

the first form of arbitration agreement. Later, practice gave birth to the arbitration clause⁽¹⁾.

In both cases, the intervention of the third party may take the form of joinder or intervention. Prior to any further analysis, a distinction between the joinder or intervention of a third party to an arbitration is necessary⁽²⁾:

- a. Joinder/extension is a term used to describe a situation where a third party is **asked** to join either a pending arbitral proceeding, i.e. where the arbitral tribunal has not been constituted and the proceeding has not yet commenced or where a third party is asked to join an arbitral proceeding at a later stage of the arbitration, i.e. where the arbitral tribunal has been constituted and the arbitration has commenced.
- b. Intervention on the other hand, entails a situation, where a third party **seeks** to join the arbitral proceedings, at either before the commencement stage or the post commencement stage, on its own motion, i.e. without being requested to do so by either the claimant or the respondent (the original parties to the arbitration proceedings).

In the case of multi-party, multi-contracts disputes and in order to prevent challenges or objections, the most efficient way to resolve these kind of disputes is to join them in one single arbitration. A number of methods have been adopted to achieve these multi-party/multi-contract arbitrations. These methods include “string” arbitrations, concurrent hearings (with the same arbitrator for all the different arbitrations), court-ordered consolidation, consolidation by consent, as well as some mechanisms adopted by some arbitral institutions to deal with the problem⁽³⁾.

In this regard, some legislations remain silent about the mechanism for joinder of third parties, which is also the case of the UNICITRAL Model

⁽¹⁾ A. C. FOUSTOUCOS, « Conditions Required for the Validity of an Arbitration Agreement », Rev. hell. dr. int'l., 1989, p. 181-199, spéc. p. 183

⁽²⁾ Simran Brar and Medhavi Singh, “Composition Of Arbitral Tribunal And Participation Of Third Parties In International Arbitration”, 09 October 2020, Mondaq 2020.

⁽³⁾ Redfern, A., Hunter, M., Law and Practice of International Commercial Arbitration (4th Ed.) ; Nana Adjoa Hackman, “THE PROBLEM OF ARBITRATION AND MULTI-PARTY/MULTI-CONTRACT DISPUTES: IS COURT-ORDERED CONSOLIDATION AN ADEQUATE RESPONSE?”, www.international-arbitration-attorney.com

law⁽¹⁾ contrarily to what occurs with the UNCITRAL Arbitration Rules applicable to ad hoc arbitrations⁽²⁾; While other legislations expressly regulate the joinder of third parties in arbitration proceedings like the Portuguese Law, the Dutch Law, the Belgian *Code Judiciaire* and the Italian Law.

The joinder of third parties, which is, broadly speaking, triggered when a third party, at its own initiative or at the request of a party to the arbitration, is authorized to participate within a pending arbitration, differs from a case to another depending on the nature of the conflict⁽³⁾.

II- Adaptation and implementation

Between the questions raised by the relations between the institution of arbitration and third parties, we generally mention the issue of multiparty arbitration in the context of the extension of the arbitration agreement to non-signatories including the group of companies.

As regards the notion of third parties, it is relative. In civil law, it means that a person is not a party to a legal act or a dispute⁽⁴⁾. However, the concept varies depending on the context.

From a pure pragmatic approach, it is possible to distinguish between different situations where the third party might be affected, directly or indirectly, with the arbitration. From the absolute third party, to a party with a cause, to a beneficiary or victim to a party who may be interested in it, but are not sufficiently engaged in the arbitral proceedings, or are not aware of its existence; different approaches must be taken into

⁽¹⁾ C. Croft, C. Kee and J. Waincymer, *A Guide to the UNCITRAL Arbitration Rules*, Cambridge (2013)

⁽²⁾ Based on the principle of Party Autonomy, arbitration allows contacting parties substantial control over the process that will be used to resolve their conflicts. Arbitration provides an unbiased platform where both parties believe that they will get a fair hearing. Additionally, the parties have the flexibility to alter the dispute resolution process to their needs and requirements and choose an arbitrator well-versed with the field of law in which subject-matter of the dispute lies.

⁽³⁾ João Duarte de Sousa, “Joinder of third parties in international arbitration”, 2020, www.carrigues.com

⁽⁴⁾ J.-L. Delvolvé, « L’arbitrage et les tiers: III. – Le droit de l’arbitrage », *Revue de l’Arbitrage*, Comité Français de l’Arbitrage 1988, vol. 1988, issue 3, p. 501–556; B. Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, Kluwer Law International, 2006

consideration while analysing the issue especially when the turnover of arbitration might affect their legal situation.

To analyze the above-mentioned hypotheses, it is first necessary to raise the question of the limits of the nature of arbitration. On the one hand, the overlap between the notion of third party and the question of arbitration evokes its contractual nature. Since the arbitration agreement is a contract, it therefore has a relative effect (*inter partes*) and does not have any binding effect vis-à-vis third parties.

Indeed, according to the theory of autonomy of will, the valid concluded arbitration agreement binds the contracting parties only. On the other hand, the problem is more complicated in the field of the relative effect of the arbitration award (the absolute authority of *resjudicata*).

In reality, we can analyse different types of issues depending on the position of the third party and the action/ reaction of the contracting parties.

If all parties to an agreement agree explicitly to the joining of third parties, there is no legal obstacles since the intervention of the third party will be consensual.

However, the issue will be more complicated in the absence of agreement. This will be the case if a party might perceive itself to be in a disadvantaged position.

Moreover, most of the controversy arises when the arbitrator or the arbitral tribunal orders other parties to be joined over the objection of one or more parties.

The question is to know if it is time to consecrate a right for third parties to intervene or be joined in an arbitration proceeding?

In the presence of a clear legal orientation in this regard, the possibility of controversial solutions will be eradicated.

The risk of challenges of the award, the cost of subsequent litigation, the possibility of inconsistent results will affect the efficacy of arbitration. In addition, the presence of the third party might play a major role in the decision making process especially if the third party has primordial evidence.

In the absence of a clear convention or a binding source of law clarifying this issue, it is important to analyze, in a comparative study, the position of the jurisprudence.

The first case mentioned in this regard is the Dow Chemical case⁽¹⁾. According to the award rendered in the Dow Chemical arbitration, a third party non-signatory to the contract containing the arbitration clause can be obliged to submit to arbitration proceedings if the common intentions of the signing parties demand for such interpretation.

This may be the case in particular if the non-signatory company has effectively and individually participated in the conclusion, performance and termination of the respective contract, appeared as the actual party both to the contract and to the arbitration clause and has taken or will probably take advantage of such appearance. The award was upheld by the Court of Appeal in Paris⁽²⁾ and has caused numerous arbitral tribunals in subsequent cases to accept jurisdiction over non-signatories of the arbitration clause.

The Paris Court of Appeal considered in two judgments of 1988 and 1989 that "the arbitration clause inserted in an international contract has its own validity and effectiveness which require its application to be extended to the parties directly involved in the contract. performance of the contract and in the disputes which may result from it, once it is established that their situation and their activities give rise to the presumption that they were aware of the existence and the scope of the arbitration clause, although 'they have not been signatories of the contract stipulating it'⁽³⁾.

The orientation of the Court of Appeal is clear: based on the autonomy of the arbitral clause, the effect of the arbitration might be extended to third parties if their situation and activities demonstrate the presumption of awareness despite the absence of signature from their side.

The Supreme Court in Paris confirmed this traditional approach and specified that once the third party company in question has replaced the co-contracting distribution company for the execution of a distribution contract, "the effect of the arbitration clause contained in an initial contract

⁽¹⁾ ICC Case No. 4131, Y.C.A. Vol. IX (1984), 131

⁽²⁾ Rev. Arb. 1984, 98

⁽³⁾ Société Korsnas Marma v. Société Durand-Auzias, CA Paris, Ch 1, November 30, 1988, (1989) 4 Revue de arbitrage, pp. 691 et seq; see also Société Ofer Brothers v. The Tokyo Marine and Fire Insurance Co Ltd and others, CA Paris, Ch 1, February 14, 1989, (1989) 4, Revue de l'Arbitrage, pp. 691 et seq

extends [...] to the parties directly involved in the execution of the contract”⁽¹⁾.

As a conclusion, the Supreme Court judges that substitution by a third party in the performance of a contract creates a presumption of knowledge and implicit acceptance of the arbitration clause, which therefore becomes enforceable against this third party in the contract. However, the third party still has the option of overturning this presumption. In this regard, the Paris Court of Appeal recently ruled that the arbitration clause contained in a confidential contract is manifestly inapplicable to a subsidiary, third party to the initial contract, since it could not have knowledge of it precisely because of the confidential nature of the contract⁽²⁾.

These judgments confirm the admission of the presumption of implied consent by French case law and the extension of the effects of the arbitration clause to third parties in the contract, in particular because of their involvement in the execution of the latter. This approach is nonetheless tempered by the Paris Court of Appeal, which sets up confidentiality as a safeguard against the principle of extension.

In reality, lot of experts considered that *«More and more, the classical concept of arbitration based on consent is being supplemented by other concepts of arbitration which largely ignore this requirement. This is so especially in the areas of sport, consumer transactions, and investment arbitrations based on treaties or national statutes»*⁽³⁾.

The Swiss Federal Court, in application of Swiss law, recognizes the same orientation as the French Courts. In some cases, an implied consent to arbitration is recognized and extends the effect of the arbitration clause to third parties because of their behavior. In 2008, it was admitted that “in a certain number of hypotheses, such as the assignment of receivables, the assumption (simple or cumulative) of debt or the transfer of a contractual relationship, [...] that an agreement of 'arbitration can even bind people who have not signed it and who are not mentioned therein", since "the third

⁽¹⁾ Cass. civ. 1, November 7, 2012, No. 11-25.891

⁽²⁾ CA Paris, Chambre 1, 23 October 2012, No 12/04027

⁽³⁾ G. KAUFMANN-KOHLER, « Art et arbitrage : quels enseignements tirer de la résolution des litiges sportifs », in *Resolution Methods for Art-related Disputes*, Studies in Art Law, vol. 11, Schulthess, Zürich, 1999, note 26 p.186

party who interferes in the execution of the contract containing the arbitration agreement is deemed to have adhered, by conclusive acts, to it if one can infer from this interference its will to be party to the arbitration agreement”⁽¹⁾.

We will also recall that an arbitration award rendered under the UNCITRAL rules, in which Swiss law was applicable, also went in this direction⁽²⁾.

In the German jurisprudence, a decision in 2009^(3), the Schiedsfaehigkeit II judgment, declared that an arbitration award concerning the validity of a general meeting resolution of a GmbH (LLC) may have effect on the company and all partners under strict conditions. First, the consent to the arbitration agreement must have been expressed by all the partners and the company itself. Second, all partners must have been notified of the initiation of arbitration proceedings. Third, all partners must have been able to participate in the constitution of the arbitral tribunal. Fourth, all actions relating to the same issue must be consolidated before the same arbitral tribunal.

It becomes clear that arbitrators ignore in some cases the doctrinal rule governing the relative effect of contracts. However, this deviation is not based on objective legal criteria or common standards. Different means might be used by the arbitrators in order to involve non-signatory parties in the process. The general guide line is based on the consent of the parties despite everything example the participation in the constitution of an arbitration tribunal. Other important criteria are used like the interest of third parties or the public order.

Arbitration remains, in principle, a consent-based dispute resolution mechanism. In general, the willingness to participate in the arbitration proceeding will continue to come from all the contractual parties. It is only when this intention to be part of a common arbitration procedure is not explicitly expressed that it is for the arbitrators to determine it⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Swiss Federal Tribunal, August 19, 2008, ATF 129 III 727, pp 735-737

⁽²⁾ E. Holding v Z Ltd., Mr. G. et al, Arbitrage UNCITRAL, final award, August 24, 2010, ASA Bulletin, 4/2011, pp. 884 - 896

⁽³⁾ BGH, decision of April 6 2009, II ZR 255/08, 2009 NJW 1962 (Schiedshaehigkeit II)

⁽⁴⁾ Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties, Law Com No 242 (1996), paragraphs 14.14-14.16.

This orientation is contested by lot of experts. For instance, Professor Philippe Fouchard noted, resorting to seeking the will of the parties can, sometimes, lead to arbitrariness⁽¹⁾. However, In international arbitration law, the effects of the arbitration clause is extended to the parties directly involved in the performance of the contract as soon as their behaviours and activities give rise to the presumption that they were aware of the existence of this clause. This reality will extend the scope of arbitration so that the arbitrator can appreciate all the economic and legal aspects of the dispute⁽²⁾.

In summary, companies participating in the execution of a contract, even incidentally, are warned that the existence of an arbitration clause in the initial contract may be enforceable against them, even if they are not signatories to it.

In *Jardine Lloyd Thompson Canada Inc v Western Oil Sands Inc*, the Alberta Court of Appeal held that third parties to arbitration agreements can be compelled to produce evidence in an arbitration⁽³⁾. On 29 March 2019, the High Court of England and Wales, followed on 20 January 2020 by the England and Wales Court of Appeal⁽⁴⁾ both refused to enforce an award on the basis that it was rendered against a non-party to the relevant arbitration agreement. Meanwhile, on 23 June 2020, the Paris Court of Appeal refusing to be bound by the English decisions, dismissed the application to set-aside the same award in *Kabab-Ji SAL (Lebanon) v. Kout Food Group (Kuwait)*⁽⁵⁾. It thus confirmed the arbitral tribunal's findings upholding its jurisdiction over a third party to the arbitration agreement.

The ability of the parties to choose arbitration as a dispute resolution mechanism can engender several issues especially when the effect of

⁽¹⁾ Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, on International Commercial Arbitration, edited by Savage, Gaillard, Goldman, Kluwer law international, 1999. Final Report on Multi-party Arbitration. ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 6 No. 1 (1995).

⁽²⁾ Court of Appeal in Paris, 7/2/1994 RTD 1995, p.40

⁽³⁾ *Jardine Lloyd Thompson Canada Inc v Western Oil Sands Inc*, 2006 ABCA 18

⁽⁴⁾ England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions, *Kabab-Ji SAL (Lebanon) v Kout Food Group (Kuwait)* [2020] EWCA Civ 6 (20 January 2020).

⁽⁵⁾ CA Paris, 23 June 2020, n°17/22943.

arbitration affect third parties. Any position in this regard must respect the principle of equality, fairness, equity and transparency⁽¹⁾.

○ **Conclusion**

Arbitration derives its existence from the consent of the parties who have previously adhered to it under an arbitration agreement.

This conception of arbitration would suggest that the arbitration agreement concluded by the parties binds only the parties in accordance with the principle of the relative effect of contracts. In other terms, it is not possible to extend its application to non-signatory third parties.

However, the nature of the current conflicts requires in lot of cases the intervention of third parties in order to cover the whole issue efficiently. Whether in international or domestic matters, no clear legislative sources, in general, seem to mention any mechanism or criteria for extending the arbitration agreement. However, especially in international disputes, exceptions to this rule are often made by arbitrators primarily for pragmatic reasons and in favour of the efficiency of the arbitral process.

The absence of common standards and criteria might lead to arbitrary decisions. Legal remedies exist at different levels. However, due to the fact that it is a common international issue, it is time to determine at least basic rules related to this issue. Otherwise, the award might be challenged and the effectiveness of the arbitration will be affected.

⁽¹⁾ “This, in fact, makes sense even to those who support third parties' right to intervene or be joined in an arbitration. For example, if the third party does not want to join the arbitration, the other parties can agree not to resolve their dispute through arbitration but instead to take their disagreement to court, where all necessary parties can be joined and all related conflicts resolved at one time. Third parties who want to join an arbitration over the existing parties' objections have no similar opportunity to unify all claims in a single forum. Conversely, arbitrators, who have the inherent power to control the arbitral proceedings and require parties to the contract to adhere to certain procedural requirements such as equality of the parties and other mandatory rules of law, should be allowed to permit a willing third party to join or intervene in the arbitration even over the objection of the parties, since the arbitrators are then merely retaining jurisdiction over the resolution of the dispute pending before them ». S. I. Strong, *Intervention and Joinder As of Right in International Arbitration: An Infringement of Individual Contract Rights or A Proper Equitable Measure?*, 31 Vand. J. Transnat'l L. 915 (1998).

In reality, it would be difficult to suggest that the presence of a third party will equally serve the interest of all the parties involved in the arbitration. Since the arbitration is considered as a form of private justice, and if the arbitrator will settle the case based on a binding award, it is normal to consider that one of the parties will have no interest in having a third party join the proceedings.

However, if we consider the interest of third parties, or the effectiveness of arbitration, the situation will change.

It is not possible to recommend any solution before studying the nature of the conflict ; in other terms, the subjects involved directly and indirectly, the substance of the dispute and the effects of the award.

The flexibility in this regard will offer satisfactory compromise between the several conflicting interests:

The interests of several parties involved in multi party contractual relationships, the challenges of awards before the Courts, the efficiency in International arbitration. Moreover, this approach will expand the material scope of arbitration. In this regard, the arbitration might cover disputes that are in principle considered inarbitrability⁽¹⁾ for several considerations like the public policy.

Finally, as a conclusion, when the issue of the intervention of third parties is invoked, the arbitrator or the arbitral tribunal will study the circumstances of each case and decides based on the different considerations if the parties to the original arbitration agreement consented to the participation of third parties, expressly or implicitly. In addition, the quality or the status of the third party must be taken into consideration: as an example, the interrelatedness of the parties at the issue, the presence or the absence of contractual relation between the parties, the different factors affecting the decision.

⁽¹⁾ L. Mistelis, S. Brekoulakis, *Arbitrability: International & Comparative Perspective*, Kluwer (2009)

القسم الثاني: دراسات في القانون العام

- د. سعد العنزي، نطاق تطبيق التعديل الرابع للدستور الامريكي على قضايا التكنولوجيا المعاصرة
- د. بركات أحمد، الأسس التي تقوم عليها المسؤولية المدنية للدولة عن القوانين
- د. عبد المجيد سلامة، أهمية الشراكة العمومية الخاصة على المستوى المحلي وتحدياتها في الجزائر
- Dolly HAMAD-NAJJAR, La crise de l'eau au Liban: une violation des droits humains

الدراسة الأولى:

**نطاق تطبيق التعديل الرابع للدستور الأمريكي على قضايا
التكنولوجيا المعاصرة**

(دراسة على ضوء حكم المحكمة العليا في قضية "carpenter" الصادر بتاريخ 22-6-2018)

د. سعد العنزي

ادى التدفق المتزايد والغزير للمعلومات من القطاع الخاص إلى الحكومة في الولايات المتحدة الأمريكية - خاصة في ضوء الاستجابة لمقتضيات الامن بعد احداث 11 سبتمبر 2001- إلى حصولها على كمية غير مسبوقه من المعلومات والتفاصيل الشخصية عن الأفراد، وهذه المعلومات تم الحصول عليها من قبل مختلف البنوك والشركات ومواقع الويب وأرباب العمل ومزودي خدمات الإنترنت والكيانات الأخرى.⁽¹⁾ وفي ضوء هذا الكم المتزايد من تلك البيانات الشخصية التي يحتفظ بها القطاع الخاص، كان السؤال الذي يطرح نفسه -وبقوة- إلى أي مدى يجب تقييد الحكومة في جمع البيانات الشخصية للأفراد من شركات القطاع الخاص؟

⁽¹⁾ لدرجة أن تطبيق "مسلم برو" الذي يذكر المستخدمين بالصلاة ويوفر قراءات من القرآن الكريم "يقوم كذلك بتتبع مواقع المستخدمين وبيع بياناتهم لوسطاء من ضمنهم الجيش الأمريكي". وأضاف الموقع أن التطبيق يحظى بأكثر من 98 مليون مستخدم، ويعد التطبيق الإسلامي الأكثر شعبية. وأشار الموقع إلى أن "مسلم برو" واحد من مئات تطبيقات الهواتف الذكية التي تكسب المال عن طريق بيع بيانات مواقع المستخدمين إلى وسطاء من طرف ثالث، وقد قام الجيش الأمريكي بشراء بيانات التطبيق من خلال أحد الوسطاء. وعقب ذلك، دعا بعض المشرعين الأمريكيين إلى ضرورة اتباع خطوات أكثر صرامة لحفظ الخصوصية بعد الكشف عن قيام وزارة الأمن الداخلي بشراء بيانات موقع لتعقب الأشخاص المشتبه بهم في الهجرة غير الشرعية للولايات المتحدة.

<https://www.facebook.com/motherboardtv/>

وللإجابة عن هذا السؤال يجب ان نعرف ان اجهزة الشرطة والجهات المختصة بإنفاذ القانون استفادت من الطفرة التكنولوجية الحديثة بأجهزة المراقبة في اكتشاف الجريمة، وجمع الادلة المتحصلة عنها في وقت قياسي مما ادى الى انحسار الجريمة بشكل واضح قياسا على الفترات الزمنية السابقة، التي كانت قدرة السلطات فيها محدودة في تتبع المجرمين، ولكن مهما كانت اجهزة الرقابة فعالة، فإنه يجب ان لا يتعارض استخدامها بشكل مع الاشكال مع القيم الاساسية الاصلية التي ترسخت في نصوص الدستور .

ويحمي التعديل الرابع للدستور الامريكي (Fourth Amendment) الحقوق والحريات الاساسية بشكل عام، وطبقا لهذا التعديل: لا يجوز المساس بحق الناس في أن يكونوا آمنين في أشخاصهم ومنازلهم ومستنداتهم ومقتنياتهم من أي تفتيش أو احتجاز من دون سبب، ولا يجوز إصدار مذكرة بهذا الخصوص إلا في حال وجود سبب معقول، وتبين بالتحديد المكان المراد تفتيشه والأشخاص أو الأشياء المراد احتجازها.⁽¹⁾

وبالرغم من تلك الحماية المقررة، -والمنصوص عنها في الدستور - الا انها لا تكفي بحد ذاتها دون فهم عميق من المحاكم، ذلك أن مبدأ الخصوصية غير واضح المعالم في الدستور الامريكي⁽²⁾، كما ان المشرع يحجم عن التدخل لحماية مبدأ الخصوصية خصوصا بعد احداث سبتمبر التي ادت الى ميل واضح للأمن على حساب الخصوصية.

لذلك يقع العبء على المحكمة العليا في حماية الخصوصية- لاسيما الرقمية منها - ووضع الاساس الدستوري لها موضع التنفيذ. ولكن ما يصعب مهمتها ان القضاء الدستوري الامريكي يعتمد على مبدأ السوابق القضائية المتناثرة على مدار السنين، بالرغم من التطورات الرهيبة التي حصلت ظل ثورة المعلومات، وما تشكله من تهديد حقيقي، منذ أن بدأت هذه الثورة بالتوغل داخل المساحات الامنة، والمناطق المحرمة، والمحمية لدى الانسان.

⁽¹⁾ انظر لمزيد من التفاصيل في التعديل الرابع:

Michael W. Price. Rethinking Privacy: Fourth Amendment "Papers" and the Third-Party Doctrine- [tps://www.law.nyu.edu/sites](https://www.law.nyu.edu/sites)

⁽²⁾ Daniel J. Solove, Digital Dossiers and the Dissipation of 4th Amendment Privacy, 75 S. Cal. 2002) 1083

وقد كان من اهم العوائق امام المحكمة العليا في اطار حماية الخصوصية الرقمية - بالإضافة الى عدم وجود جذور نصية دستورية واضحة - هو مبدأ الطرف الثالث هذا المبدأ الذي اسسته المحكمة بنفسها، ولكنه اصبح عقبة كأداء امامها، ويقوم هذا المبدأ على اعتبار أن المعلومات التي يقدمها العملاء طواعية لطرف ثالث - مثل شركة اتصالات أو البنوك- لا يعد كشفها انتهاك للخصوصية وذلك لعدم تمتعها بحماية التعديل الرابع للدستور.⁽¹⁾ لذلك يشكل حكم المحكمة في قضية (كاربنتر) ضد الولايات المتحدة الامريكية والصادر في 22-6-2018 حقبة جديدة في الخصوصية الرقمية. فقد تفوقت الخصوصية لأول مرة على مبدأ الطرف الثالث بموجب هذا الحكم.⁽²⁾

♦ اهمية الموضوع

تعالج هذه الدراسة مدى كفاية التعديل الرابع للدستور الامريكي كأساس لمبدأ لخصوصية، كما تثير هذه الدراسة القيود المفروضة على مبدأ الحماية الدستورية، والتي ادت الى تجريد الحماية من مضمونها في بعض الحالات، لاسيما في بعض السوابق القضائية التي حدت بصورة كبيرة من فاعلية الرقابة القضائية، وكذلك تناقش هذه الدراسة حدود السلطة المقررة للجهات الحكومية في معرفة مواقع الاشخاص عن طريق تتبع ابراج الهواتف النقالة الخاصة بمزودي الخدمة الهاتفية للأفراد والتي كانت الاساس في تضيق المحكمة العليا لمبدأ الطرف الثالث والذي كانت تعتقه منذ اكثر من اربعين سنة او اكثر.

♦ الاسئلة التي يطرحها البحث

يثير البحث العديد من الاسئلة المهمة من ضمنها ما يلي:

- ما هو الاساس الدستوري لحماية الخصوصية الرقمية بالدستور الامريكي، وهل يحمي التعديل الرابع لدستور الولايات المتحدة الهواتف الخلوية وتسجيلها المستمر لمواقع الهواتف المحمولة أم لا؟

⁽¹⁾ Paul ohm. The Many Revolutions of Carpenter – Harvard Journal of law. Volume 32 nov 2 spring 2019. p. 358

⁽²⁾ SHERRY F. COLB – The Third-Party Doctrine vs. Katz v. United State–
<https://verdict.justia.com/2020/06/17/the-third-party-doctrine-vs-katz-v-united-states>

- ما هي القيود التي ترد على حق الخصوصية؟
- ما هو دور المحكمة العليا في ترسيخ الحماية الدستورية في سوابقها القضائية
- ما هو الاثر المترتب على هذا الحكم مستقبلا في مواجهة الانتهاكات على مبدأ الخصوصية

○ المبحث الأول: الاساس الدستوري للخصوصية في امريكا

تقتضي دراسة الاساس الدستوري للخصوصية في الولايات المتحدة دراسة تطور الرقابة على الخصوصية، من اجل فهم نشأة وتطور هذه الرقابة على مدار السنين منذ صدور الدستور الامريكي، كما تقتضي ايضا دراسة القيود التي وضعتها المحكمة العليا على نفسها وهي تمارس هذه الرقابة، وهو سنتناوله في هذين المطلبين.

• المطلب الاول: تطور مبدأ الخصوصية

لا يحتوي دستور الولايات المتحدة كما هو معلوم على حق صريح في الخصوصية، ولم تكن تثار قضايا الخصوصية بصورة قوية الا في عام 1884 عندما اخترع (يستمان كوداك) كاميرا محمولة من الممكن ان تلتقط الصور في الأماكن العامة،⁽¹⁾ هذا الاختراع بما يشكله من ثورة حقيقية في عالم التكنولوجيا شكل اول تهديد حقيقي على الخصوصية. الامر الذي ادى الى خشية المحامي صامويل ود. وارن وقاضي المحكمة العليا الأمريكية المستقبلي لويس برانديز أن تستخدم "الصحافة المثيرة" هذه التكنولوجيا الجديدة بالتعدي على خصوصية الافراد، مما ادى الى ظهور المقال الشهير لصامويل وارن ولويس برانديز "الحق في الخصوصية" والذي يعد ركيزة هامة في التأصيل القانوني لمبدأ الخصوصية في الولايات المتحدة الامريكية⁽²⁾.

⁽¹⁾ Joe Bambara, Information Privacy and the Law within these United States.

<https://www.ijc.net/library/detail>

⁽²⁾ Warren and Brandeis, 1890- Harvard Law Review- Vol. 4, No. 5, Dec. 15, 1890

وكان النقاش في ظل الفقه الأمريكي يبدو محتتما ولعقود طويلة بشأن ما اذا كان الدستور الأمريكي يحمي الخصوصية ام لا؟⁽¹⁾

ولكن المحكمة العليا قطعت سيل هذه النقاشات عندما قررت ان الدستور يحمي الخصوصية بشكل ضمني، ومع ذلك فقد تم تحديد الحماية بشكل ضيق، وعادة ما تتعلق الامور فقط بالأسرة والزواج والأمومة والإنجاب وتربية الأطفال.

وتعد قضية غريسيول ضد كونكت في عام 1965 اول قضية تتناول فيها موضوع المحكمة العليا الخصوصية بشكل واضح، فقد الغت المحكمة العليا قانون ولاية كونكتكت الذي يحظر تقديم المشورة بشأن وسائل منع الحمل. وأقر الحكم بأن الدستور لا يحمي بشكل واضح حق المرء العام في الخصوصية ؛ ولكن يمكن استنباطه بشكل ضمني فهو يستنتج من اللغة والتاريخ وبنية الدستور، وإن لم يذكر صراحةً في النص⁽²⁾.

• المطلب الثاني: نطاق رقابة المحكمة العليا على الخصوصية وقاعدة الطرف

الثالث

تناولنا في المطلب السابق المبادئ التي شكلت عقيدة المحكمة في العديد من المسائل التي تتعلق بالخصوصية، ولكن يبقى السؤال عن كيفية تطبيق التعديل الرابع لظاهرة جديدة هي الخصوصية الرقمية؟

استقر قضاء المحكمة العليا، على انه لتطبيق التعديل الرابع للدستور الأمريكي بشأن الحق في الخصوصية، فانه يتعين على الشخص الذي تم الحصول على المعلومات منه أن يثبت

(1) Party Doctrine Michael W Rethinking Privacy: Fourth Amendment "Papers" and the Third-Third-Party Doctrine.

https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Price%20Rethinking-Privacy-Fourth-Amendment-Papers_2.pdf

(2) جاء قرار المحكمة بأغلبية 7 مقابل 2 وقدم كل من القاضي هوغو بلاك وبوتر ستوارت آراء مخالفة توضح أن الحكومة لديها الحق في انتهاك خصوصية الفرد ما لم يكن هناك نص دستوري محدد يحظر مثل هذا الانتهاك. وجادل القاضي ابلان بأن الحق في الخصوصية غير موجود في أي مكان في الدستور. ووصف القاضي ستوارت قانون كونيتيكت بأنه "قانون سخيفة غير مألوف"، لكنه زعم أنه ما زال دستورياً.

بأن تلك المعلومات لم تكون متاحة للجمهور، وأنه احتفظ بها بطريقة مصممة لضمان خصوصيتها.⁽¹⁾

واكدت المحكمة ان التعديل الرابع يحمي الناس وليس الأماكن⁽²⁾ لذلك فإن مايكشفه الشخص عن عمد للجمهور، حتى في منزله أو مكتبه، لا يخضع لحماية التعديل الرابع. لكن ما يسعى إلى الحفاظ عليه باعتباره خاصًا، حتى في منطقة يسهل الوصول إليها للجمهور، قد يكون محميًا دستوريًا.⁽³⁾

من الأمثلة على الأماكن التي يملك فيها الشخص توقعًا منطقيًا للخصوصية هي مكان إقامة الشخص أو غرفته الفندقية⁽⁴⁾ او الاماكن العامة المتوفرة من قبل شركات الأعمال أو القطاع العام بهدف تأمين الخصوصية أو أجزاء خاصة من السجون،⁽⁵⁾ او كشك الهاتف⁽⁶⁾.

(1) Hunter v Southam Inc. , 1984 CanLII 33 (SCC), [1984] 2 SCR 145, per Dickson J, at pp. 159 to 160 –

(2) Reasonable Expectation Of Privacy – Individuals, Vehicle, Amendment, and Public – JRank Articles
<https://law.jrank.org/pages/10049/Search-Reasonable-Expectation-Privacy.html#ixzz6UQMMyvRTE>

(3) MIKE GODWIN-What’s Next for the Reasonable Expectation of Privacy?
<https://slate.com/technology/2018/06/after-the-supreme-courts-carpenter-ruling-where-is-the-reasonable-expectation-of-privacy-heading.html>

(4) علي الرغم من أن غرف الفنادق تثير مشكلات مثيرة للاهتمام في التعديل الرابع، مثل التسجيلات غير الصحيحة والأسماء المزيفة وضيوف الضيوف والضيوف الذين يقيمون بعد فترة الإيجار، فإن هذه الورقة تجادل بأن توقع الخصوصية في الفنادق يجب أن يقاس بنفس الطريقة التي يتم بها قياس التعديل الرابع يتعامل مع أنواع أخرى من المساكن ويقترح أن تطبق المحاكم عالميًا قاعدة تتطلب من الفندق التصرف أولاً لإنهاء توقع خصوصية الضيف الذي ينتهك سياسة الفندق .

^ Do Not Disturb: Fourth Amendment Expectations of Privacy in Hotel Rooms, Medical examination rooms, Social Science Research Network (2010)

(5) Bergman, Paul; Berman-Barrett, Sara J. (2007). The Criminal Law Handbook: Know Your Rights, Survive the System. NOLO. pp. 38, 62. ISBN 1-4133-0704-3.

(6) Katz v. U. S. , 389 U. S. 347, 361 (1967)

وكانت المحكمة العليا ترى أن الحماية المثالية للتعديل الرابع هي حماية الخصوصية في المنزل بحيث يعد اي انتهاك لخصوصية الانسان في منزله يعد انتهاكا للتعديل الرابع من الدستور الامريكي.(1)

والجدير بالذكر ان المحكمة العليا ذهبت الى أن ضيوف المنزل لا يملكون توقعًا معقولًا للخصوصية في المنازل التي يزورونها، خاصةً عندما لا يمتثلون سوى عشية وضحاها، ويكون غرضهم الوحيد من التواجد داخل المنزل هو المشاركة في نشاط إجرامي مثل صفقة مخدرات(2). وبالرغم من الاجتهادات السابقة التي تبنتها المحكمة العليا الا انها لم تعد كافية فلم تعد الحكومة بالوقت الحاضر بحاجة إلى دخول منزل الشخص للتعرف عليه، فيمكن -كما يرى البعض - معرفة الكتب التي يقرأها، او اتصالاته، او معرفة اهتماماته وهواياته كل ذلك يتم من خلال جمع المعلومات عنه ومراقبة اتصالاته، فمع ظهور المنزل الذكي، سيكون لدى الأطراف الثالثة كمية غير مسبوقه من المعلومات حول الحياة في المنزل. وبالتالي، يمكن انتهاك الخصوصية في المنزل الآن من خلال معلومات الطرف الثالث، وهذا يعني، أن التعديل الرابع سيتوقف عن كونه حماية كبيرة للخصوصية، فلا يمكن حماية خصوصية الافراد الا في اقناعهم بالتخلي عن استخدام التكنولوجيا في ظل مبدأ الطرف الثالث.(3)

◆ مبدأ الطرف الثالث (Third-Party Doctrine)

هذا المبدأ بدأت المحكمة العليا تطبيقه في قضية *United States v. Miller*, 425 US 435 (1976) حيث اكدت على أن تطبيق القانون لا يحتاج إلى مذكرة من أجل الوصول إلى السجلات المصرفية، لأن "التعديل الرابع لا يحظر الحصول على المعلومات التي تم الكشف عنها لطرف ثالث.(4)

(1) R v Wong, 1990 CanLII 56 (SCC), [1990] 3 SCR 36, per La Forest J

(2) Minnesota v. Carter, 525 U. S. 83

(3) Daniel Solove- 10 Reasons Why the Fourth Amendment Third Party Doctrine Should Be Overruled in Carpenter v. US <https://teachprivacy.com/carpenter-v-us-10-reasons-fourth-amendment-third-party-doctrine-overruled/>

(4) انظر في تفاصيل الحكم في مجموعة احكام المحكمة العليا بالموقع الالكتروني

وتتلخص وقائع القضية في انه عام 1973، تم اتهام المدعو ميتش ميلر في الاتجار بالخمور بطريقة غير قانونية. وطلبت وزارة الخزانة من البنوك المحلية، التي تحتفظ بحسابات ميلر، تقديم جميع الأوراق الخاصة بمعاملاته المصرفية، حاول ميلر منع تقديم السجلات المصرفية كدليل، مدعياً أنه تم الحصول عليها بشكل غير قانوني، يخالف التعديل الرابع للدستور. رفضت محكمة المقاطعة حجج ميلر، وأسفرت عن إدانته بالسجن ثلاث سنوات قام المذكور باستئناف الحكم امام محكمة الاستئناف، والتي قضت بأن قانون السرية المصرفية لا يلغي تدابير الحماية بموجب التعديل الرابع، وألغت حكم محكمة المقاطعة. وقدمت الحكومة التماساً إلى المحكمة العليا على هذا الحكم حيث قضت المحكمة.. أن السجلات المصرفية لم تكن أوراقاً خاصة لميلر، بل مملوكة للبنوك كجزء من عملياتها التجارية الضرورية⁽¹⁾.

وفي عام 1979 وسعت المحكمة من مبدأ الطرف الثالث في، قضية سميث ضد ماريلاند عندما قررت أن مبدأ الطرف الثالث يمتد أيضاً إلى سجلات المكالمات التي تجمعها شركات الهاتف⁽²⁾. وحتى نفهم مبدأ او قاعدة الطرف الثالث يجب ان نفهم الامثلة التالية.. إذا اعترف مجرم لصديقه بجرائمه، فيمكن للحكومة الحصول على المعلومات من الصديق دون الدخول في حقوق وضمانات المجرم في التعديل الرابع للدستور الامريكي، وكذلك إذا ارتكب شخص ما جريمة أمام شاهد عيان، فيمكن للحكومة الحصول على المعلومات من شاهد العيان، وكذلك إذا ذهب شخص ما إلى البنك وأودع شيئاً، فيمكن للحكومة الحصول على المعلومات من البنك دون التورط في مسألة حقوق هذا الشخص الذي يمنحه له التعديل الرابع، واخيراً إذا اتصل شخص برقم لإجراء مكالمة هاتفية، فيمكن للحكومة الحصول على الأرقام التي تم الاتصال بها من شركة الهاتف دون الخوض بمسألة حقوق المتصل بالتعديل الرابع للدستور⁽³⁾.

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/425/435/>

⁽¹⁾ ext. of United States v. Miller , 425 US 435 (1976) is available from

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/425/435/>

⁽²⁾ "Smith v. Maryland, 442 U. S. 735 (1979)"

⁽³⁾ Orin Kerr. Third party rights and the Carpenter cell-site case. Washington post. / 15., 62017

وبالرغم من عيوب هذا المبدأ فقد استقر في قضاء المحكمة العليا، واصبحت المعلومات الشخصية للأفراد تفقد حماية التعديل الرابع عندما يتم الكشف عنها عن قصد لطرف ثالث، ويقوم هذا الأمر على أساس ان المعلومات لم تعد بحوزة صاحبها وانما عند جهة ثالثة، ويعتبر تقديمها لتلك الجهة بمثابة التنازل الطوعي عن الحماية المقررة للحق في الخصوصية.

ونظرا لما تشكله هذه القاعدة من تجريد للحماية الدستورية هاجمها فقهاء القانون الدستوري الامريكيين على أساس أنها غير مقنعة في ظاهرها، وتعطي الحكومة الكثير من السلطة، بينما ترد الحكومة بأن هذه القاعدة تساعد في ضمان وضوح قواعد التعديل الرابع⁽¹⁾.

والحقيقة انه اذا كان هناك ثمة تسامح مع هذا المبدأ، واعتبار القيود مقبولة نوعا ما في القرن العشرين، لكن يحق لنا ان نتساءل مع الكثيرين عن هذا المبدأ وكيف يتم تطبيقه على تقنيات القرن الحادي والعشرين، لاسيما وقد تغير الكثير منذ السبعينيات الى اليوم خصوصا في ظل الاستخدام المفرط للإنترنت والهواتف المحمولة والتطبيقات والخدمات المستندة إلى السحابة، ونظام تحديد المواقع العالمي (GPS) وتقنيات أخرى.

وغني عن البيان القول أن هذه التقنيات الضخمة بالتأكيد تترك كميات هائلة من المعلومات في أيدي أطراف ثالثة، لذا كان هناك نقاش قوي حول الملاءمة المستمرة لمبدأ الطرف الثالث، حتى قبل أن تبدأ وثائق وكالة الأمن القومي التي سربها إدوارد سنودن في الظهور على الصفحات الرئيسية لمواقع الأخبار العالمية.⁽²⁾

وامام كل ذلك كان من الضروري إعادة النظر في هذه القيود، فهذا النهج غير مناسب للعصر الرقمي، حيث يكشف الناس عن قدر كبير من المعلومات عن أنفسهم لأطراف ثالثة في سياق تنفيذ المهام العادية⁽³⁾.

(1) Orin S. Kerr, the Case for the Third-Party Doctrine, 107 Mich. L. Rev. 561 (2009).
at: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol107/iss4/1>

(2) Villasenor, John (December 30, 2013). "What You Need to Know about the Third-Party Doctrine
<https://www.theatlantic.com/technology/archive/2013/12/>

(3) "United States v. Jones, 132 S. Ct. 945, 957 (2012)".

وتأسيسا على ذلك اعتبرت عدة محاكم امريكية أن برامج المراقبة الحكومية الواسعة، بما في ذلك بعض برامج المراقبة التابعة لوكالة الأمن القومي، تغتلب من نطاق حماية التعديل الرابع بسبب مبدأ الطرف الثالث.⁽¹⁾

○ المبحث الثاني: حكم (كاربنتر) ومحاولة بناء قاعدة للخصوصية

هلل الكثير من المعلقين والباحثين في الولايات المتحدة الامريكية لحكم المحكمة العليا في قضية (كاربنتر) لاسيما انه اول حكم يقوم بالتضييق من مبدأ الطرف الثالث، هذا المبدأ الذي أضعف من فاعلية تطبيق التعديل الرابع للدستور. وتأسيسا على ذلك يقول رئيس مركز الدستور الوطني الامريكي، ان هذا الحكم يمكن أن يكون أهم قضية خصوصية إلكترونية في القرن ال 21، ومن الممكن على ضوءه بناء عقيدة خصوصية مستقرة في الولايات المتحدة الامريكية المتحدة⁽²⁾، لذلك سوف نناقش هذا الحكم في مطلبين على النحو التالي:

• المطلب الاول: وقائع الحكم⁽³⁾

في نيسان / أبريل 2014، حكم على (تيموثي أيفوري كاربنتر) بالسجن لمدة 116 عاما لقيامه بسرقة ستة مخازن للهاتف الخليوي، تحت تهديد السلاح. واعتمد المدعون العامون لإدانته على كميات هائلة من البيانات التي تم جمعها من شركات الهاتف المحمول التي أظهرت تحركات كاربنتر لمدة 127 يوم (تم الحصول على سجلات تحركاته دون أمر قضائي). لم تكشف سجلات الهاتف المحمول عن محادثات للمدعو كاربنتر. بدلا من ذلك، اكتشف أنه على مدى خمسة أشهر في عامي 2010 و2011، كان هاتفه الخليوي متصل بأبراج الخليوي في محيط السرقة.

(1) Stephen E. Henders- the Fourth Amendment-, William & Mary Bill of Rights Journal Volume 26 (2017-2018. p. 501

(2) Caminker, Evan (1 May 2019). "Location Tracking and Digital Data: Can Carpenter Build a Stable Privacy Doctrine?". Supreme Court Review. 2018: 411-481

(3) وقائع الحكم موجودة في موقع المحكمة العليا على الانترنت، وكذلك موقع مكتبة الكونجرس

رفض كاربنتر الاتهامات، وقال ان الحصول على بيانات سجل هاتفه النقال تم بدون صورة قانونية، لأنه لم يتم وفقا لأمر قضائي، لكن محكمة محلية رفضت الطلب، قائلة إن كاربنتر "ليس لديه توقع معقول بالخصوصية في سجلات مواقع الهواتف المحمولة التي يحتفظ بها مزود الخدمة". وأدين في 11 من 12 تهمة وجهت إليه.

وقد أيدت محكمة الاستئناف الأمريكية للدائرة السادسة إدانات كاربنتر، ورفضت كذلك حجج كاربنتر بأن الكشف عن سجلات هاتفه للحكومة الاتحادية هو اجراء تحتاج الحكومة إلى مذكرة قضائية بشأنه.

رأت تلك المحكمة أن كاربنتر ليس لديه ما يدعو للاعتقاد بأن سجلات هاتفه المحمولة ستبقى خاصة، بالنظر إلى أن السجلات تظهر ببساطة أن هاتفه متصل بأبراج الخليوي، دون التخلي عن أي معلومات حول محتوى المكالمات.

وعند ما احيلت القضية الى المحكمة العليا طلب المدعي العام أن يحكم في القضية بشكل مباشر بقرارات المحكمة في قضية الولايات المتحدة ضد ميلر وسميث ضد ولاية ماريلاند، والتي تجسد ما يُعرف باسم "قاعدة الطرف الثالث"، والذي بموجبه لا يحمي التعديل الرابع السجلات أو المعلومات التي تشاركها مع شخص آخر. وشدد على أن مزودي خدمات الهاتف المحمول قاموا هنا بإنشاء السجلات لأغراضهم الخاصة وقدموها إلى الحكومة التي لم تجمع الحكومة البيانات بنفسها، ومن ثم لا يستحق الحصول على تلك المعلومات مذكرة قضائية.

• **المطلب الثاني: مضمون الحكم واثاره**

في هذا الحكم طبقت المحكمة العليا لأول مرة التعديل الرابع للدستور على ضوء الظروف التكنولوجية المتغيرة عندما قررت أنه يجب على الشرطة استخدام مذكرة قضائية للحصول على سجلات شركة الهاتف الخليوي التي توضح موقع وحركات مستخدم الهاتف. وكانت الحكومة لا تحتاج في السابق الى امر قضائي للحصول على السجلات التاريخية للهواتف.

بالرغم من ان مزودو خدمة الهواتف يقومون بتخزين معلومات بيانات الموقع لعدة سنوات، وهذه المعلومات خطيرة جدا لا نها تحوي قدرًا كبيرًا عن المكان الذي يعيش فيه شخص ما،

وكذلك تحركاته المختلفة والاماكن التي يزورها، وكذلك معرفة الاشخاص الذين يزورونه،
والمكان الذي يقضون فيه ساعات فراغهم، وكثير من الاسرار الخطيرة عنه.⁽¹⁾

كان السؤال الاساسي امام المحكمة هل يحمي التعديل الرابع لدستور الولايات المتحدة
الهواتف الخلوية وتسجيلها المستمر لمواقع الهواتف المحمولة أم لا؟ هل هذه السجلات خاصة،
أم أن شركات الهاتف أقرب إلى شهود العيان على جريمة.

وقد قال رئيس المحكمة والذي كتب رأي الاغلبية⁽²⁾ ان الثورة المعلوماتية تطلب من المحكمة
إيجاد طرق للحفاظ على الخصوصية، ذلك ان أدوات المراقبة قد عززت قدرة الحكومة على
"التعدي على المناطق التي عادة ما تكون محمية من أعين الناس.

واضاف أن "مراقبة نظام تحديد المواقع العالمي (GPS) على المدى الطويل في التحقيقات
يؤثر على خصوصية الافراد. ذلك أن "البيانات ذات الطابع الزمني توفر نافذة حميمة على
حياة الشخص، لا تكشف فقط عن تحركاته الخاصة، ولكن من خلالها روابطه العائلية
والسياسية والمهنية والدينية والجنسية."

وان خطورة الهواتف الخلوية تكمن في انها تعد "سمة من سمات التشريح البشري"، وانه من
الخطورة الاحتفاظ بمعلومات السجلات التاريخية للهواتف لمدة تصل الى خمس سنوات مما
يتيح للشرطة باثر رجعي الوصول إلى فئة من المعلومات التي لا يمكن معرفتها بطريقة أخرى".

⁽¹⁾ في هذه الحالة بإمكان مشغل الخدمة تعقب المستخدم عن طريق مراقبة قوة الإشارة التي تتلقاها الأبراج من هاتف
مشارك ومن ثم حساب موقع المشترك تبعاً لتلك الإحداثيات. عادة ما يمكن لتلك الطريقة أن تحدد المربع السكني الذي
يتواجد فيه المستخدم في المدينة لا توجد هنالك طريقة تمكنك من تقادي مثل هذا النوع من التعقب طالما أن جهازك يعمل
وبيت إشارات لمشغل شبكة الخدمة الهاتفية. على الرغم من أنه عادة فإن مشغل الخدمة الهاتفية وحده من يستطيع القيام
بذلك النوع من التعقب، إلا أن الأنظمة الحكومية قد تجبره على تسليم بيانات الموقع لمشارك ما (سواء كانت بيانات قديمة
أو كان تعقباً بالوقت الحقيقي).

في عام 2010 قام أحد الناشطين في مجال حماية خصوصية الفرد يدعى مالت سبايتز، وهو ألماني الجنسية، بالحصول
على سجل هاتفه المحمول من مشغل الخدمة المشترك بها مستخدماً قوانين الخصوصية في بلاده؛ ثم بعد ذلك قام بنشره
على الملأ لتوعية الناس حول القدرات التي يمكن لمشغل الخدمة الهاتفية استخدامها في مراقبة المشتركين

انظر الموقع الالكتروني لمنظمة Surveillance self defense

وهي منظمة مستقلة غير ربحية تعمل على حماية الخصوصية على الإنترنت <https://ssd.eff.org/ar>

⁽²⁾ جاء الحكم بأغلبية ضئيلة 5 مقابل 4 وقد اعد كل فريق مذكرة بأرائه، بل ان بعض الآراء جاءت في 119 صفحة
وهو ما يكشف حجم الخلاف بين اعضاء المحكمة

وشرح سبب عدم امتداد مبدأ الطرف الثالث بسبب "التحولات الزلزالية في التكنولوجيا الرقمية" حيث هناك فرق شاسع بين أنواع محدودة من المعلومات الشخصية التي يتناولها حكم المحكمة العليا في قضية سميث وميلر والمعلومات التي تم جمعها من قبل مشغلي الشبكات اللاسلكية اليوم."

واضاف ان "هذه القضية لا تتعلق بـ" استخدام الهاتف "أو حركة الشخص في وقت معين وانما هي عبارة عن سرد تفصيلي للحضور الجسدي للشخص يتم تجميعه كل يوم، وكل لحظة، على مدى عدة سنوات وهو امر من شأنه ان ينتهك الخصوصية اكثر من قضية سميث وميلر".

وذهب الى انه "لا يتم" مشاركة "معلومات موقع الهاتف الخليوي حقًا كما يفهم المرء المصطلح عادةً فالتلف الخليوي "لا غنى عنه في المجتمع الحديث"، ويقوم هذا الهاتف بتحديد موقع الشخص، دون أي فعل إيجابي من جانب المستخدم لهذا السبب، وخلص أخيرا إلى أن المستخدم لا يتحمل طواعية مخاطر مشاركة البيانات.

بينما جاء الرأي المعارض من قبل الاقلية في المحكمة في أن "سجلات موقع الهاتف الخليوي، لا تختلف عن الأنواع العديدة الأخرى من السجلات التجارية التي تتمتع الحكومة بحق قانوني في الحصول عليها وان لها دورا كبيرا في التحقيقات الجنائية"، ومن خلالها تم ربط العصابة الإجرامية في هذه الحالة بعمليات السطو المحددة التي يشتبه في ارتكابها.

وجاء في هذا الرأي ايضا أن "المحكمة تخطئ... عندما تخلص إلى أن سجلات المواقع الخلوية تنطوي على قدر أكبر من مصالح الخصوصية - وبالتالي تستحق حماية أكبر في التعديل الرابع - من السجلات المالية وسجلات الهاتف.

كما ان تحركات الشخص ليست مهمة بشكل خاص، أنه "لا يمكن أن يكشف عن اين يعيش ويعمل (كاربنتر)، ناهيك عن "ارتباطاته العائلية والسياسية والمهنية والدينية والجنسية". كما أنه يرسم أوجه التشابه بين حميمية معلومات الموقع والألفة بين البيانات في السجلات المالية والهاتفية، بالإضافة إلى أوجه التشابه في وصولها بأثر رجعي، والحاجة إلى توفير هذه المعلومات لأطراف ثالثة للمشاركة في المجتمع.

♦ الأثار المستقبلية للحكم:

يتضح من عرض اراء الاغلبية والاقلية الذين تناولوا الموضوع، ان ثمة اختلاف بينهم وان هناك تباين شديد بوجهات النظر بين كل منهم، هذا التباين مرجعه بالأساس عدم وجود نصوص صريحة بالدستور الامريكي تحسم مسألة الخصوصية، لاسيما الخصوصية الرقمية التي انفجرت في مطلع القرن الحالي بطريقة لم تستطع القوانين والاحكام القضائية معالجتها بصورة مقبولة.

كان رأي الاغلبية بالمحكمة ينطلق من خطورة انتهاك مبدأ الخصوصية بهذه الصورة السافرة، فالوصول إلى سجلات المواقع الخلوية التاريخية لشخص ما - يعد عملية بحث بموجب التعديل الرابع لأنه ينتهك "التوقع المشروع للخصوصية في سجل تحركاته الجسدية". وعليه فإن الوصول إلى تلك السجلات يتطلب أمراً قضائياً نظراً لحساسية تلك المعلومات، لا نها كما جاء في الحكم تختلف تماماً عن السجلات المصرفية أو أرقام الهواتف.

ولكن السؤال الذي طرحه بعض الفقهاء هو مدى الرقابة بعد هذا الحكم وهل يشمل تقنيات اخرى اكثر تطورا كالمطائرات بدون طيار والمنازل الذكية وتقنيات اخرى⁽¹⁾. كإنترنت الاشياء واختبارات الحمض النووي⁽²⁾.

والحقيقة ان الحكم لايزال مبكراً على كثير من قضايا الخصوصية المعقدة ولكن دون شك يصلح اساساً للتطبيق في كثير من الحالات المتعلقة بالخصوصية، ويحمي الافراد من المراقبة المكثفة، ويحد من مبدأ الطرف الثالث هذا المبدأ الذي اضعف رقابة المحكمة العليا لسنين طويلة. ولكن ما يعيب الحكم بتقديرنا ان الحكم لم ينسف مبدأ الطرف الثالث برمته وانما قام بالتضييق منه، وهو ما سيؤدي الى عقبات اخرى ستثور بالمستقبل القريب وتحتاج الى رؤية ثاقبة من المحكمة خصوصاً في ظل التقنيات المستقبلية والتي ستجتاح العالم قريباً وتحتاج الى مواجهة تشريعية وقضائية حازمة خصوصاً في ظل تراخي الحكومة الامريكية عن دورها المفترض.

(1) Matthew Tokson. <https://dc.law.utah.edu/cgi/viewcontent>

(2) Eunice Park. Objects, Places and Cyber-Spaces Post-Carpenter: Extending The Third-Party Doctrine Beyond CSLI: A Consideration of It and DNA 21 Y ALE JL & T ECH (2019) p 6

○ الخاتمة

ادت ثورة التكنولوجيا خصوصا بعد انتشار الهواتف المحمولة الحديثة الى تحديات حقيقية على مبدأ الخصوصية الامر الذي من شأنه تضخيم المخاوف على هذه الحقوق للدرجة التي معها يرى البعض ان الخصوصية الان اصبحت من الماضي، واننا نعيش الان في بيوت من زجاج تكشف للآخرين مايدور خلالها.

ذلك أن تطور الوسائل التكنولوجية الحديثة، وما رافقها من جمع وتخزين للبيانات الشخصية سهل الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة، من خلال التعامل غير المشروع مع هذه البيانات واستغلالها بدون وجه حق، لاسيما من ناحية الاحتفاظ بالبيانات أكثر من المدة القانونية اللازمة وهو مايرجح اعادة استخدامها في ظروف اخرى ويزيد المخاطر بشأنها.

وقد كانت النصوص القانونية كافية إلى حد كبير لحماية الحياة الخاصة للفرد والحفاظ عليها من الاعتداءات التي تطالها باستعمال الوسائل التقليدية، إلا أن التطورات التقنية المشار إليها سابقا جعلت هذا الأمر موضع شك وتساؤل على مستوى الفقه القانوني ودفعت إلى الحديث عما يعرف بأزمة الحياة الخاصة، فإذا كان مفهوم الحق في الحياة الخاصة قد تأثر بتطور تكنولوجيا المعلومات وما رافقها من تحولات، فالإشكالية التي تطرح في هذا الإطار هل رافق هذا التطور في المفهوم تطور مكافئ له في مظاهر الحماية القانونية.

لذلك كان حكم المحكمة العليا والذي تم مناقشته في هذه الدراسة هو اول انفراجة في قضايا الخصوصية الرقمية ويضع الاساس الدستوري لقضايا ستثور مستقبلا الا انه مع كل ذلك لا يعد كافيا بهذا الشأن، لعدم وضوح الدستور الامريكي كما تم اوضحنا في معالجة قضايا الخصوصية في ظل ثورة المعلومات التي حدثت بعد مئات السنين من صدوره.

الدراسة الثانية:

**الأسس التي تقوم عليها المسؤولية المدنية للدولة عن القوانين
(وفقاً لآخر ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي)**

د. بركات أحمد⁽¹⁾

لقد كان لقرار Blanco الشهير الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية في 1873/02/08 الفضل الكبير في إنهاء مبدأ عدم قيام المسؤولية المدنية للدولة عن أعمالها، هذا القرار الذي فهمه الكثير من فقهاء القانون العام في فرنسا في بداية الأمر على أنه قرر فقط مسؤولية الدولة المدنية عن أعمالها الإدارية دون أعمالها التشريعية وهي القوانين التي تسنها السلطة التشريعية، التي تبقى غير مسؤولة عنها حتى ولو ترتب على القيام بها ضرر، وهو ما ذهب إليه كذلك مجلس الدولة الفرنسي الذي كان يرفض أن يحكم بمسؤولية الدولة عن القوانين التي تسنها السلطة التشريعية في دعاوى التعويض التي كان يرفعوها أمامه الأفراد.

ولكن مع بداية القرن العشرين قدم العديد من فقهاء القانون العام في فرنسا مجموعة من الحجج التي تستدعي مساءلة الدولة عن القوانين، ونظراً لقوة هذه الحجج اضطر مجلس الدولة الفرنسي إلى اتباعها ومن ثم قرر في عام 1938 في قرار La Fleurette لأول مرة مسؤولية الدولة عن القوانين التي تسنها السلطة التشريعية متى كانت تخل بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.

ونظراً لأن فلسفة مجلس الدولة الفرنسي فيما يخص المسؤولية المدنية للدولة تقوم في المقام الأول على توفير حماية شاملة لحقوق وحيات الأفراد من الأضرار التي قد تلحق بها جراء الأعمال التي تقوم بها الدولة، أوجد المجلس في القرن الحالي أساساً ثانياً يستند عليه في إثارة

⁽¹⁾ كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة طاهري محمد بشار-الجزائر

مسئولية الدولة عن القوانين، حيث أنه سمح للأفراد عندما يصيبهم ضرر بفعل قانون ما أن يحصلوا على التعويض متى أثبتوا ارتكاب السلطة التشريعية لخطأ في سنه، وذلك بأنه مخالف لمعاهدة أو اتفاقية دولية أو مخالف للدستور.

وعليه فإن دراسة موضوع الأسس التي تقوم عليها المسؤولية المدنية للدولة عن القوانين التي تسنها السلطة التشريعية يكتسي أهمية كبيرة، وذلك نظراً لأن هذه المسؤولية تتعلق بنوع متميز من أعمال الدولة تختلف عن الأعمال الإدارية التي كانت مهذا لتقرير مبدأ مسؤوليتها المدنية، كما أن هذا النوع من المسؤولية كانت وما زال مجالاً خصباً للقضاء الإداري لابتكار نظريات جديدة.

ونظراً لأن هذه الدراسة ستعتمد في المقام الأول على ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي، فإنه كان لا بد من الاعتماد على المنهج التحليلي المناسب لتحليل مضمون القرارات القضائية الصادرة عن هذا المجلس، والتي وجدنا فيها أنه كان في بداية الأمر يقيم فيها المسؤولية المدنية عن القوانين التي تسنها السلطة التشريعية على أساس الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة (المطلب الأول)، ثم أصبح فيما بعد يقيّمها على أساس الخطأ (المطلب الثاني).

○ المطلب الأول: الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، كأول أساس وضع لمساءلة الدولة عن الأضرار الناجمة عن القوانين

تعتبر مسؤولية الدولة عن أعمالها التشريعية حديثة العهد مقارنة بمسئوليتها عن الأعمال الإدارية، حيث أن القضاء الإداري لم يقر المسؤولية عن الأعمال التشريعية وهي القوانين التي تسنها السلطة التشريعية إلا بعد مرور 65 سنة من تقرير مسؤوليتها عن أعمالها الإدارية، حيث أنه إلى غاية سنة 1938 اعترف مجلس الدولة الفرنسي أثناء فصله في قضية La Fleurette بإمكانية مساءلة الدولة عن القوانين التي تسنها السلطة التشريعية، حيث أسسها على أساس الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.

وقبل التطرق إلى أحكام مساءلة الدولة عن القوانين على هذا الأساس (الفرع الثاني)، لا بد من دراسة الأسباب التي جعلت مجلس الدولة الفرنسي يتأخر في الاعتراف بهذه المسؤولية (الفرع الأول).

• الفرع الأول: أسباب تأخر مجلس الدولة الفرنسي في الاعتراف بمسئولية الدولة عن القوانين

يرجع سبب تأخر القضاء الإداري في تقرير مسئولية الدولة عن القوانين التي تسنها السلطة التشريعية إلى الجمود الكبير في التعامل مع مبدأ عدم مسئوليتها سواء من قبل الفقه أو القضاء الإداري، حيث كان يسجل الرفض الشديد لإمكانية مساءلتها عن القوانين وذلك للمبررات التالية:

- اعتبار العديد من الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه Laferrière أن القانون يعد عمل من أعمال السيادة، وذلك لأنه يعبر عن الإرادة العامة التي تمثل السيادة، ومن ثم ليس من حق أي قاضي أن يراقب ما قام به المشرع⁽¹⁾.
 - كما أن القانون من طبيعته أنه لا يمكن أن يتضمن مخاطر⁽²⁾، بالإضافة إلى أنه يتضمن قواعد عامة ومجردة فإنه حتى ولو ترتب على سنه وتنفيذه ضرر، فإن هذا الضرر سيكون عام ومن ثم يصبح عبأ عاماً يجب على كل مواطني الدولة تحمله.
 - اعتبار أن مهمة القاضي الإداري تقتصر على ضمان احترام القانون دون أن تتعداه لمراقبة هذا العمل التشريعي، وهذا ما يفرضه مبدأ الفصل بين السلطات⁽³⁾.
- فهذه المبررات هي التي دفعت إلى عدم تقرير مسئولية الدولة عن القوانين، ولم يكن للمواطنين الحصول على التعويض إلا إذا أقر المشرع ذلك صراحة، وعندما يمنح هذا الأخير تعويض على قانون قد سنه فإنه في حقيقة الأمر لا ينظم مسئوليته وإنما يضع فقط نظام تشريعي للتعويض.
- وكانت أغلب القوانين التي تنص على التعويض تتعلق برغبة المشرع في الحد من صناعة ما أو إلغائها كلية، مثل قانون 1882/08/01 الذي نص على تعويض أصحاب مصانع المياه المعدنية، بسبب إلزامهم لنقل مصانعهم خارج العاصمة باريس.

(1) Clément Malverti, Cyrille Beauvils, la responsabilité de l'Etat du fait des lois inconstitutionnelles, AJDA, N°9, 9Mars 2020, Dalloz, Paris, p 511.

(2) رشيد خلوفي، قانون المسئولية الإدارية، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017، ص 61.

(3) Benoit Camguilhem, Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif, Dalloz, Paris, 2014, p 205.

ورغم أنه في هذه الفترة كان يسود مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن القوانين التي تسنها السلطة التشريعية، كان مجلس الدولة الفرنسي يقرر للمتعاقدين مع الإدارة الحق في الحصول على تعويض بسبب ضرر ناجم عن قانون، وكان الأساس الذي يستند عليه في منحهم التعويض هو نظرية فعل الأمير⁽¹⁾.

لكن بمرور الوقت أصبح الفقه ينتقد مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية، وذلك على أساس أن تكريس دولة الحق والقانون يقتضي خضوع جميع السلطات للقانون، ومن ثم فإنه يجب على كل سلطة قامت بعمل سبب ضررًا للأفراد أن تلتزم بدفع التعويض حتى ولو كانت السلطة التشريعية.

كما أنه هناك حالات تقتضي فيها العدالة تعويض من يضارون من جراء صدور بعض التشريعات، بسبب تضرر مورد رزقهم بشكل فاضح، كالتشريعات التي تحرم صناعة من الصناعات بعدما كانت مشروعة.

ولعل أبرز اتجاه فقهي قدم حجج منطقية لوجوب مساءلة الدولة عن القوانين التي تسنها السلطة التشريعية هو الذي تزعمه الفقيه Duguít الذي ميز بين نوعين من القوانين: فهناك قوانين تحرم نشاطًا أو صناعة ضارة بالمجتمع، كتحريم البغاء أو الفسفور الأبيض أو أندية القمار... الخ، ففي هذه الحالة لا تعويض، لأن من يزاولون هذه الأعمال غير جديرين بالحماية، كما أن المشرع من واجبه حماية الأخلاق والصحة العامة.

أما الفئة الثانية من القوانين فهي التي تحرم نشاطًا أو صناعة غير ضارة ولا منافية للأخلاق، ففي هذه الفئة يجب تقرير مسؤولية الدولة ومن ثم إلزامها بالتعويض، لا سيما إذا كان القصد من هذه القوانين إفادة الدولة فقط دون المحافظة على الصحة العامة أو الاقتصاد الوطني، فهذه الحالة شبيهة بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، وكما هو معلوم فإن نزع الملكية لا يكون إلا بمقابل⁽²⁾.

(1) Benoit Camguilhem, Op cit., p 193-194.

(2) سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني (قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام)، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1986، ص 39-43.

فأمام قوة هذه الحجج ما كان على مجلس الدولة الفرنسي إلا أن يغير من موقفه إزاء مسؤولية الدولة عن القوانين، حيث اعترف بها وأقامها في بداية الأمر على أساس واحد فقط وهو الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، وكان ذلك في قراره الصادر في 1938/01/14 المتعلق بقضية La Fleurette.

• الفرع الثاني: أحكام مساءلة الدولة عن القوانين على أساس الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة

ابتداءً من قضية La Fleurette تخلى مجلس الدولة الفرنسي عن مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن القوانين التي تسنها السلطة التشريعية، وتتلخص وقائع هذه القضية في إصدار المشرع الفرنسي لقانون 29 جوان 1934 المتعلق بحماية منتجات الألبان، الذي منع بموجب المادة الأولى منه صناعة أو بيع أو استيراد أو تصدير أي قشدة لا تكون مصنوعة من اللبن الطبيعي، وما ترتب على هذا القانون اضطراب شركة منتجات الحليب La Fleurette إلى التوقف عن إنتاج القشدة غير الطبيعية التي كانت تصنعها والتي كانت تحمل اسم Gradine التي كانت تتكون من خليط من اللبن بنسبة 70% والزيت النباتي وصفار البيض بنسبة 30%، ونظرا لحجم الأضرار اللاحقة بالشركة اضطرت إلى رفع دعوى تعويض التي قضى فيها مجلس الدولة بموجب قراره الصادر في 1938/01/14⁽¹⁾ بما يلي: "ومن حيث أن الحظر المقرر على هذا الوجه لصالح صناعة الألبان قد ألزم الشركة الطاعنة بوقف تصنيع المنتج الذي كانت تباعه من قبل تحت اسم Gradine والذي يدخل ضمن التعريف الذي ذكرته مادة القانون سابقة الذكر والتي لم تذكر أنه يمثل تهديد على الصحة العامة، كما أنه لا يوجد في القانون نفسه ولا في أعماله التحضيرية ولا في مجموع ظروف القضية ما يبيح على الاعتقاد بأن المشرع أراد أن يحمل الشركة المعنية عبئا لا تتحمله عادة، في حين أن هذا العبء الذي تقرر في إطار المصلحة العامة يجب أن يتحمله الجميع، وبناءً على هذا فإن شركة La Fleurette على حق في طلبها بالحكم على الدولة بتعويضها عن الضرر اللاحق بها".

(1) long Morceau, Proper Weil et autres, les grandes arrêts de la jurisprudence administrative, 19 édition, Dalloz, Paris, 2013, p 313.

وما يستشف من منطوق قرار مجلس الدولة الفرنسي أنه أقام مسؤولية الدولة عن قانون 29 جوان 1934 الذي منع شركة La Fleurette من صنع القشدة غير الطبيعية على أساس الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.

كما أنه ما يستشف من هذا القرار حسب فقهاء القانون العام في فرنسا أنه ضبط شروط قيام مسؤولية الدولة عن القوانين التي تسنها السلطة التشريعية، وتنقسم هذه الشروط إلى نوعين وهي:

♦ أولاً: الشروط المتعلقة بإرادة المشرع

وتتمثل هذه الشروط في:

- إن قيام مسؤولية الدولة عن القوانين مرتبط بعدم وجود نص في التشريع ذاته يمنع الحصول على التعويض، أي أن هذه المسؤولية تتميز عن غيرها بأنها متوقفة عن إرادة محدث الضرر، فإذا أجاز ذلك يمكن مساءلة الدولة، وإذا منع ذلك فلا يمكن مساءلتها.
- ومنع المشرع الحصول على التعويض من القانون الذي سنه قد يكون صريحاً مثل قانون 13/04/1946 المتعلق بغلق دون تعويض لمحاللات الدعارة⁽¹⁾، وأحياناً أخرى يكون ضمناً وذلك حينما يلجأ مجلس الدولة إلى الأعمال التحضيرية للقانون وكذا للتفسير، ومهما كان نوع المنع صريحاً أو ضمناً يجب احترام إرادة المشرع بعدم إقامة مسؤولية الدولة⁽²⁾.
- فبخصوص الرجوع للأعمال التحضيرية للتشريع استخلص مجلس الدولة في قراره الصادر في 11/07/1990 من الأعمال التحضيرية لقانون 12/07/1983 إرادة المشرع استبعاد التعويض بمنعه بعض ألعاب القمار في الأماكن العامة⁽³⁾.
- تستبعد مسؤولية الدولة إذا كان موضوع القانون الذي سنه السلطة التشريعية هو الاستجابة لمصالح عامة ذات شأن، مثل مصالح الصحة العامة، حماية الطبيعة، الدفاع الوطني

(1) لحسن بن الشيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الثاني (المسؤولية بدون خطأ)، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 81.

(2) Benoit Camguilhem, Op.cit., P 207.

(3) long Morceau, Proper Weil et autres, Op.cit., p 316.

أو الاقتصاد الوطني في مجموعه والمالية العامة⁽¹⁾، أي تعبير آخر نقول يجب أن تكون المصالح التي لحقها ضرر من جراء القانون مشروعة⁽²⁾، وهو ما عبره عنه مجلس الدولة في قرار La Fleurette " والتي لم تذكر أنه يمثل تهديد على الصحة العامة". وسجل فقهاء القانون العام أن مجلس الدولة الفرنسي وسع في تفسيره لمفهوم المصلحة العامة، ومن ثم لم يحكم بمسئولية الدولة عندما يريد المشرع إنهاء نشاط خطر أو ضار بالصحة العامة، أو مكافحة ارتفاع الأسعار أو لكفالة التوزيع العادل للمواد الغذائية الأساسية أو لتخفيض استهلاكها⁽³⁾.

♦ ثانيا: الشروط المتعلقة بالضرر

اشتراط مجلس الدولة الفرنسي لقيام مسئولية الدولة عن القوانين التي تسنها السلطة التشريعية ضرورة أن يكون الضرر الذي سببته خاصا وغير عادي، حيث أنه يجب على المضرور في هذا النوع من المسئولية أن لا يكتفي بالشروط العامة للضرر وهي أن يكون مؤكدا ومباشرا أي ترتب مباشرة على صدور القوانين الجديدة، بل يجب عليه كذلك أن يثبت أن الضرر الذي لحقه خاص، وذلك بأن يثبت أنه قد أصابه بالذات أو أصاب مجموعة من الأشخاص بالذات. كما يجب عليه أن يثبت أن الضرر الذي لحقه غير عادي، وذلك من خلال إثباته أن هذا الضرر يتجاوز الأضرار المألوفة التي يتحملها الأفراد فيما بينهم، وعليه إذا كان الضرر المترتب على القوانين الجديدة يسيرا ومحتملا، فإن مجلس الدولة لا يعرض عنه باعتباره من الأعباء المحتملة التي يتعرض لها أفراد الجماعة، وبناءا على هذا رفض مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في 1953/10/22 الدعوى الذي تقدمت به شركة Etablissement Lacaussade المتضمنة تعويضها عن الأضرار اللاحقة بها بسبب صدور القانون الصادر في 1953/07/30 الذي نص احتكار الدولة للكحول اللازم للصناعة، وذلك على أساس أن

(1) Marie Christine Rouault, Rachid Zouaimia, droit administratif, édition Berti, Alger, 2009, p 322.

(2) سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 46.

(3) long Morceau, Proper Weil et autres, Op.cit., p 317.

هذا النشاط ليس هو النشاط الرئيسي للشركة، ومن ثم فإن نقص أرباحها نتيجة للقانون الجديد يمثل نسبة ضئيلة من الأرباح⁽¹⁾.

○ **المطلب الثاني: التوجه نحو تقرير مسؤولية الدولة عن القوانين على أساس الخطأ**

نظرا لاستمرار مجلس الدولة الفرنسي في رفض إقامة مسؤولية الدولة عن القوانين على أساس الخطأ، انتقد بعض الفقهاء هذا المسلك على أساس أن البرلمان في حقيقته ما هو إلا مجموعة من الأفراد الذين هم عرضة للخطأ والصواب كسائر الأفراد، وما تقرير الدول الحديثة للرقابة على دستورية القوانين إلا دليل على ذلك، حيث أن هذه الرقابة قررت على أساس احتمال وقوع المشرع في الخطأ، وهو مخالفة الدستور⁽²⁾.

وما يفهم من هذا القول أنه ما دام يتصور ارتكاب السلطة التشريعية لخطأ حينما تسن قانون ما، فهذا يعني أنه يمكن مساءلتها عن الأضرار الناجمة عنه على أساس الخطأ. وما زاد من قوة هذا الرأي ما قرره المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر في 1985/08/23 بأن التشريع لا يعد معبرا عن الإرادة العامة إلا في ظل احترام الدستور⁽³⁾، ومن ثم فإن إرادته غير مطلقة بل مقيدة بالأسس الدستورية التي يضعها المؤسس الدستوري.

وبناء على هذا تراجع مجلس الدولة الفرنسي سنة 2007 عن فكرة عدم إمكانية مساءلة الدولة عن القوانين التي تسنها السلطة التشريعية على أساس الخطأ، وكان ذلك بمناسبة فصله في قضية Gardedieu (الفرع الأول)، ثم وسع من نطاق استناده على هذا الأساس في قراره الصادر في 2019/12/24 المتعلق بقضية Société Hôtelière Paris Eiffel Suffren (الفرع الثاني).

(1) سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 50.

(2) سامي جمال الدين، القضاء الإداري، مؤسسة حورس الدولية للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2003، ص 144.

(3) C.C, 23/08/1985, voir www.conseil-constitutionnel.fr

• الفرع الأول: أحكام المسؤولية الخطئية للدولة عن القوانين المقررة في قرار

Gardedieu

تراجع مجلس الدولة الفرنسي عن فكرة عدم إمكانية مساءلة الدولة عن القوانين التي تسنها السلطة التشريعية على أساس الخطأ بمناسبة فصله في قضية Gardedieu والتي تتلخص وقائعها في أنه بتاريخ 1985/02/27 صدر مرسوم تقرر بموجبه الزيادة في الاشتراك الأدنى الإجباري لمنتسبي صندوق التقاعد المستقل لجراحي الأسنان، والتي رفض السيد Gardedieu دفعها باعتباره منخرطاً في هذا الصندوق، على أنها غير قانونية ومن ثم استمر في دفع الاشتراكات القديمة، وأثناء فصل محكمة شؤون التأمين الاجتماعي ل Beauvais في النزاع القائم بين صندوق التقاعد والسيد Gardedieu، أثار هذا الأخير مسألة عدم قانونية مرسوم 1985/02/27 والتي قضى فيها المجلس الدستوري باعتباره الجهة القضائية المختصة بموجب قراره الصادر في 1994/02/18 بعدم قانونية هذا المرسوم، لكونه خالف قانون التأمين الاجتماعي الذي ينص على وجوب موافقة أغلبية المشتركين على هذه الزيادات وهو ما لم يتوافر في المرسوم السابق الذكر.

بعد ذلك قام المشرع الفرنسي في 1994/07/25 بسن قانون تأمين اجتماعي ينص على أن الاشتراكات المحددة بمرسوم 1985/02/27 تصبح سارية المفعول، ومن ثم قضت محكمة شؤون التأمين الاجتماعي بوجوب دفع السيد Gardedieu مبلغ الفرق في الاشتراكات الواجبة. وعلى إثر ذلك رفع السيد Gardedieu دعوى تعويض ضد الوزير الأول على أساس أن قانون 1994/07/25 قد ألحق به ضرر، ونظراً لأن هذه الدعوى رفضت من قبل المحكمة الإدارية ومحكمة الاستئناف الإدارية لباريس، تقدم السيد Gardedieu بطعن بالنقض أمام مجلس الدولة الذي قضى في قراره الصادر في 2007/02/08⁽¹⁾ بمسؤولية الدولة، على أساس أن قانون التأمين الاجتماعي لسنة 1994 قد تجاهل المادة 6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تنص على مبدأ المحاكمة العادلة، وذلك لأنه تضمن المصادقة على مرسوم 1985/02/27 بأثر رجعي رغم أن هذا المرسوم هو محل منازعة قضائية، ولم يكن هذا التدخل التشريعي مبرراً بتحقيق المصلحة العامة.

⁽¹⁾ C.E 08/02/2007, Gardedieu, voir, www.conseil-etat.fr.

وبقرار Gardedieu يكون مجلس الدولة الفرنسي قد قضى بوجود تحمل الدولة للأضرار الناجمة عن سنها قانون يخالف الاتفاقيات الدولية، وهو ما يعني أن هذه المسؤولية لم ترتبط بإرادة المشرع مثل قضية La Fleurette بل ارتبطت بكونه قد ارتكب خطأ بسن قانون غير مشروع⁽¹⁾ وهو ما يعني أن الدولة مسؤولة مدنيا على أساس الخطأ، وليس على أساس الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة كما قال بعض فقهاء القانون العام في فرنسا، وذلك لأنهم اعتبروا أن منطوق قرار Gardedieu لم يتضمن إشارة إلى هذا المصطلح، كما أن لا يتعلق بمدى صلاحية القانون وإنما بمدى قابليته للتنفيذ أو التطبيق في وضعية ما⁽²⁾.

• الفرع الثاني: أحكام المسؤولية الخطئية للدولة عن القوانين المقررة في قرار Société Hôtelière Paris Eiffel Suffren

بفعل التطورات المهمة التي شهدتها فرنسا في عام 2008 والتي تمثلت في فصل محكمة التنازع الفرنسية بصورة قطعية بأن القضاء الإداري هو المختص لتقرير مسؤولية الدولة عن النشاط التشريعي⁽³⁾، وفي إصدار المشرع الدستوري الفرنسي في 2008/07/23 للتعديل الدستوري الذي نص في المادة 61-1 لأول مرة على إمكانية إثارة الأفراد لعدم دستورية تشريع أثناء الفصل في دعوى أمام القضاء العادي أو الإداري عن طريق آلية تسمى بالمسألة الأولية الدستورية⁽⁴⁾ (Question Prioritaire de Constitutionnalité).

وبفضل قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر في 2010/06/11 الذي قرر فيه بمناسبة فصله في مسألة أولية دستورية بأنه لا يعترف باستبعاد المشرع لأي مسؤولية عن

(1) Clément Malverti, Cyrille Beaufils, Op.cit., p 509.

(2) Clément Malverti, Cyrille Beaufils, Op.cit., p 512.

(3) T.C 31/03/2008, Société Boiron/Direction générale des douanes et droits indirects, voir, www.tribunal-conflits.fr

(4) ما تنبغي الإشارة إليه أن المادة 61-1 لم تبين الآلية التي يستطيع من خلالها الأفراد الطعن بعدم دستورية التشريعات، وتركت ذلك حسب الفقرة 2 منها إلى قانون عضوي، وهو ما تم فعلا في القانون العضوي 2009-1523 المحدد لكيفية تطبيق المادة 61-1 من الدستور الذي استحدث بابا ثانيا في الأمر 58-1067 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالمجلس الدستوري خاصا بالآلية التي تمكن الأفراد من الطعن بعدم الدستورية وهي آلية المسألة الأولية الدستورية.

أعماله الخطئية، وسع مجلس الدولة الفرنسي من مسؤولية الدولة الخطئية لتشمل حتى القوانين المخالفة للدستور، وكان ذلك في قراره الصادر في 2019/12/24 الذي تتمثل وقائعه في مطالبة شركة Hôtelière Paris Eiffel Suffren الدولة بتعويضها عن الأضرار التي سببتها لها أحكام الفقرة 1 من المادة 15 من أمر 1986/10/21 وذلك لأنه ألزمت بموجبها أن تدفع لعمال سابقين لها مبلغ 10 ملايين أورو عن الأرباح التي حققتها في الفترة ما بين 1989-2001.

ونظرا لأن المجلس الدستوري قرر في 2013/08/01⁽¹⁾ بمناسبة فصله في المسألة الأولية الدستورية المرفوعة إليه (QPC) الذي تقدمت به الشركة، بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة 15 من أمر 1986/10/21 رفعت هذه الأخيرة دعوى تعويض التي نظرا لرفضها من قبل كل من المحكمة الإدارية ومحكمة الاستئناف الإداري لباريس، رفعت طعنا بالنقض أمام مجلس الدولة والذي رغم أنه قرر عدم الحكم على الدولة بالتعويض لعدم وجود علاقة سببية بين الضرر الذي أصاب الشركة والفقرة الأولى من المادة 15 من الأمر السابق الذكر، إلا أنه يفهم منه أنه قبل بإمكانية مساءلة الدولة عن القوانين التي قضى المجلس الدستوري بعدم دستورتها بمناسبة فصله في مسألة أولية دستورية (QPC) أو حتى القوانين المخالفة للاتفاقيات والمعاهدات الدولية متى توافرت الشروط التي حددها والذي جاء في منطوق قراره ما يلي "... وكنتيجة لأحكام المواد 61، 61-1 و 62 من الدستور فإن مسؤولية الدولة تقوم عن حكم تشريعي قرر المجلس الدستوري أنه مخالف للدستور طبقا لأحكام المادة 61-1 أثناء فصله في مسألة أولية دستورية..."⁽²⁾.

كما أنه حسب قرار مجلس الدولة الفرنسي فإنه حتى يستطيع الأفراد مساءلة الدولة عن قانون قرر المجلس الدستوري عدم دستوريته طبقا للمادة 61-1 فإنه يجب أن لا يكون قرار المجلس الدستوري قد استبعد التعويض صراحة، أو أنه قد أبقى على كل أو بعض الآثار المالية للنص محل دعوى التعويض.

(1) C.C, 01/08/2013, voir www.conseil-constitutionnel.fr

(2) C.E 24/12/2019, Société Hôtelière Paris Eiffel Suffren, voir, www.conseil-etat.fr.

وإذا كان القضاء الإداري الفرنسي قد استطاع أن يقيم مسؤولية الدولة عن أعمالها التشريعية على أساس الخطأ، وذلك حينما تسن سلطتها التشريعية قانون يخالف أحكام اتفاقية أو معاهدة دولية، أو يخالف أحكام الدستور، فإن نظرائه في الوطن العربي ما زالوا يجهلون هذه المسؤولية رغم أن نظمها القانونية تتوافر على نفس المبررات القانونية التي اعتمد عليها القضاء الإداري الفرنسي في تقرير مسؤولية الدولة عن أعمالها التشريعية.

فمثلا في النظام القانوني الجزائري نجد أن المؤسس الدستوري نص في ديباجة الدستور على ما يلي: "يكفل الدستور الفصل بين السلطات واستقلال العدالة والحماية القانونية، ورقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية...".

كما نجد أنه نص في المادة 150 على ما يلي: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون".

كما أنه بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016⁽¹⁾ قد سمح المشرع الدستوري بموجب المادة 188 للأفراد بإمكانية الطعن بعدم دستورية نص تشريعي، عن طريق آلية الدفع بعدم الدستورية.

فما يترتب على الأحكام الدستورية أنه ما دام قد كفل الدستور رقابة عمل السلطات العمومية فإن كلها معنية بهذه الرقابة بما فيهم السلطة التشريعية، ومصطلح الرقابة لا يقتصر على الرقابة الدستورية بل يشمل حتى الرقابة القضائية عن القوانين التي تسنها هذه السلطة، ومن ثم فإن وجدنا أن قانون يخالف اتفاقية أو معاهدة دولية أبرمتها الجزائر، أو وجدنا أن قانون قرر المجلس الدستوري عدم دستوريته بمناسبة فصله في دفع بعدم الدستورية تقدم به أحد الأفراد، وترتب عن ذلك ضرر فإنه وجب جبر هذا الضرر وذلك عن طريق تقرير مسؤولية الدولة على أساس الخطأ، لكونها لم تحترم مبدأ الشرعية المقرر في ديباجة الدستور، ولم تحترم كذلك الأحكام التي جاءت بها مواد.

(1) التعديل الدستوري لسنة 2016 الصادر بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06/03/2016، الجريدة الرسمية رقم 14 لسنة 2016، ص. 3.

○ خاتمة

لقد كان القضاء الإداري الفرنسي و مازال مهذا لجل نظريات القانون الإداري، وذلك بفضل اجتهاداته التي تتوافق مع قواعد العدالة، وما أدل على ذلك النتائج التي توصلنا إليها من خلال دراسة موضوع الأسس التي تقوم عليها المسؤولية المدنية للدولة عن القوانين التي تسنها السلطة التشريعية، حيث وجدنا أنه رغم تأخر مجلس الدولة الفرنسي في الاعتراف بهذه المسؤولية، إلا أنه لم يكتفي بالأساس الذي استند عليه في بداية تقرير هذه المسؤولية وهو الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، بل أضاف له في القرن الحالي ومن خلال اجتهاداته الجديدة أساسا ثانيا يمكن أن يستند عليه في إثارة مسؤولية الدولة المدنية عن القوانين التي تسنها السلطة التشريعية وهو الخطأ، هذا الأخير الذي يعتبر القاعدة العامة التي تحكم المسؤولية المدنية للدولة عن أعمالها الإدارية.

وما يترتب على هذا التطور في قضاء مجلس الدولة الفرنسي بخصوص الأسس التي تقوم عليها المسؤولية المدنية للدولة عن القوانين التي تسنها السلطة التشريعية، هو توسعة تطبيق هذا النوع من المسؤولية بعدما كانت منتوجا قضائيا لا يستعمل كل يوم.

ونظرا لتوافق هذا التطور في قضاء مجلس الدولة الفرنسي مع قواعد العدالة فإننا نوصي في آخر هذه الدراسة بأن يحدوا القضاء الإداري في الدول العربية نفس هذا التطور، بل يجب عليه أن لا يتأخر في اتباعه، وذلك لأن تكريس دولة الحق والقانون يقتضي خضوع جميع السلطات للقانون بما فيها السلطة التشريعية، وعليه فإن سنت هذه الأخيرة تشريعا يخالف القوانين التي تسمو عليه وهي الدستور والمعاهدات والاتفاقيات الدولية وترتب على ذلك إلحاق ضرر لفرد أو لمجموعة من الأفراد المعينين بالذات، فلا بد للقضاء الإداري أن يتصدى لذلك، وذلك بأن يقضي بوجوب تحملها مسؤولية جبر هذه الأضرار، ما دامت هذه الأخيرة ناجمة عن خطئها.

الدراسة الثالثة:

**أهمية الشراكة العمومية الخاصة على المستوى المحلي
وتحدياتها في الجزائر**

د. عبد المجيد سلامة⁽¹⁾

إن تحقيق التنمية المحلية المنشودة تتطلب تعزيز مشاركة بين جميع الفواعل والشركاء في التخطيط للتنمية المجتمعية، لذا فإن التنسيق بين كل شركاء التنمية المحلية في أهداف وغايات وخطط التنمية المحلية سيسهم دون شك في تحقيق أعلى مستويات التنمية. ويعتبر القطاع الخاص من هؤلاء الشركاء في التنمية المحلية، فلم تعد الدولة والجماعات المحلية الفاعل الوحيد في عملية التنمية المحلية، كما يعتبر القطاع الخاص شريك حقيقي يساهم في عملية التنمية المحلية في جميع المناحي والمجالات مهما كان حجمه. ولما كان للقطاع الخاص دور في التنمية المحلية عن طريق عقود الشراكة لاسيما في السنوات القليلة الماضية فإن الأمر يدعو للإهتمام والبحث في أهمية هذه العقود والتحديات التي تعترض تجسيدها لاسيما في ظل تراجع إيرادات الدولة من النفط وإختلال التوزنات العامة في الجزائر وعجز الكثير من ميزانيات الجماعات المحلية عن سداد نفقاتها، وحتى تستطيع هذه الجماعات المحلية النهوض بهذه التنمية كان لزاما عليها التعاون مع الشركاء المحليين لاسيما القطاع الخاص لما له من موارد وخبرات من هنا تظهر أهمية الشراكة مع القطاع الخاص إنطلاقا من مجالاتها الإقتصادية الإدارية والإجتماعية وإنهاءا بتحديات تجسيدها.

⁽¹⁾ جامعة تبسة، الجزائر

وإذا كانت تلك العقود بهذه الأهمية البالغة، فما هي الجوانب التي تمسها هذه الأهمية بشكل كبير؟ وما هي التحديات المستقبلية التي تواجه إعتقاد هذا النوع من العقود كألية للتنمية المحلية في الجزائر؟

وللإجابة على هذا الإشكال إعتدنا المنهج التحليلي الوصفي وفقا لما يقتضيه موضوع البحث، مع الإقتصار أحيانا فقط -وبصفة مقتضبة- على المنهج التحليلي لبعض النصوص القانونية.

وكان تقسيم هذا الموضوع ثنائيا تضمن مبحثين بمطلبين لكل منهما، ففي الأول تم دراسة أهمية الشراكة بين القطاع العام والخاص وتحديات هذه الشراكة في المبحث الثاني.

○ المبحث الأول: الأهمية الإقتصادية والإدارية

لقد أصبح القطاع الخاص يحظى بأهمية كبيرة على مستوى الإدارة المحلية حيث يعتبر أحد أهم الشركاء في التنمية المحلية، خاصة وأن تحقيق هذه الأخيرة لا يكون إلا بالعمل بالتنسيق بين الدولة والجماعات المحلية بمختلف أجهزتها الإدارية من جهة والقطاع الخاص والفاعلين الآخرين للمجتمع المدني من جهة أخرى، ويظهر دور القطاع الخاص بصفة أوضح على المستوى المحلي في ظل التوجه نحو اللامركزية الإدارية وزيادة مستوى المشاركة الشعبية في عملية إتخاذ القرار، ويتطلب ذلك وضع إستراتيجية إدارية وإقتصادية تقوم على الشراكة بين القطاعين العام والخاص، خاصة وأن القطاعين أكثر علاقة على المستوى المحلي منه على المستوى الوطني، وتكون هذه الإستراتيجية بمثابة الإطار والخريطة الإقتصادية والإدارية التي تستدل بها جميع القطاعات نحو تحقيق التنمية الشاملة، تظهر هذه الأهمية بصفة أوضح من خلال قانون البلدية والولاية وتحديد في عقود الإمتياز لاسيما المادة 155 و156 من قانون البلدية⁽¹⁾ والمادة 149 من قانون الولاية⁽²⁾ وسنعالج أهمية المجالين الإقتصادي والإداري ضمن المطلبين التاليين:

⁽¹⁾ قانون رقم 10/11 المؤرخ في: 22 يونيو 2011 في المتضمن قانون البلدية، ج ر عدد 37.

⁽²⁾ قانون رقم 07/12 المؤرخ في 21 فبراير 2012 المتضمن قانون الولاية، ج ر عدد 12.

• المطلب الأول: الأهمية الاقتصادية

لقد أصبح تحقيق التنمية المحلية رهينا بتفعيل العلاقة الاقتصادية بين القطاع الخاص والقطاع العام والإيمان بأن هذه الشراكة هي منطق التنمية الحقيقية في المجتمعات المحلية لأن لها أهميتين إقتصاديتين أساسيتين تتفرع عنهما الكثير من صور الأهمية الاقتصادية وهما: أهمية تحريك عجلة التنمية ، وبناء إقتصاد قوي وهما وجهان لعملة واحدة وسنبحث في هذين النقطتين جميع جوانب الأهمية الاقتصادية حسب كل جانب وفق الفرعين التاليين:

♦ الفرع الأول: تحريك عجلة التنمية

إن من شأن الشراكة بين القطاع العام والخاص على المستوى المحلي أن تخلق مشروعات تعاونية لتوفير التجهيزات الأساسية الكفيلة بتشجيع روح المبادرة الحرة وخلق المقاولات بناء على الخبرة المزدوجة، ولهذا كان على الدولة بمختلف مؤسساتها وضع سياسات تسمح بخلق بيئة تمكينية للقطاع الخاص تسهم في تطويره وتقويته بما يمكنه من أن يصبح شريكا أساسيا مع القطاع العام في إرساء التنمية المحلية الاقتصادية⁽¹⁾ وتعتبر شراكة القطاع الخاص للإدارة المحلية نموذجا متطورا لأنشطة الأعمال التي تساعد على زيادة إستثمارات القطاع الخاص في كافة مجالات النشاط الإقتصادي من أجل الوفاء بإحتياجات المجتمع المحلي من السلع والخدمات بأساليب مستحدثة⁽²⁾ ويساعد في ذلك التغير التقني والإقتصادي المتسارع الذي يتيح الفرصة لتخفيض كلفة المشاريع، فكلما كان هناك تقدم في هذين المجالين كلما كانت التكلفة أقل.

وإذا كانت الجماعات المحلية تعاني من محدودية الموارد المالية والبشرية والتكنولوجية بسبب تعدد المجالات والمشاريع فهنا تظهر أهمية الشراكة بصفة أوضح في معالجة هذه المحدودية من خلال تبادل الإلتزامات بين الشركاء القطاع العام والخاص، كما أن هناك إمكانية لمعالجة قصور التمويل الحكومي عن طريق الإستفادة من رأس المال للقطاع الخاص الراكد

(1) أحمد سرير، واقع ورهان الإدارة المحلية الجزائرية في ظل التحول السياسي والإقتصادي 1989-2012، رسالة ماجستير، 2014، جامعة الجزائر 3، ص 196 و197.

(2) ضياء مجيد الموسوي، الخصوصية والتصحيحات الهيكلية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1995 ص10.

بالإضافة إلى توفير السيولة النقدية وتقليل التكاليف المالية على ميزانيات الجهات الحكومية خلال كافة مراحل المشروع، مما يساهم في الحدّ من المخاطر التي تتحملها هذه الجهات بتطبيقها الإجراءات العادية المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية⁽¹⁾ ناهيك عن نقل تبعية المخاطر التجارية بشكل أساسي إلى القطاع الخاص وتوزيع المخاطر التي قد تنشأ أثناء تنفيذ العقد بكافة مراحلها على طرفي العقد «الجماعة المحلية والقطاع الخاص المتعاقد معها»، عوضاً عن تحملها لها بالكامل في العقود التقليدية⁽²⁾، كما أن الشراكة العمومية الخاصة تتيح نقل التكنولوجيا الحديثة وذلك من خلال إمكانية الحصول على تقنيات متطورة وتكنولوجيا حديثة عادة يتمتع بها القطاع الخاص فيما يتعلق بإنشاء المرافق العامة⁽³⁾ أو التعاون فيما بين القطاعين العام والخاص على المستوى المحلي أو عقد شراكات فيما بينهما وبين شركاء آخرين لتطوير التقنيات والتكنولوجيات عن طريق البحوث العلمية لإستخدامها في المشروعات المحلية المنشودة.

♦ الفرع الثاني: بناء إقتصاد محلي قوي

إذا كانت ميزانية الجماعات المحلية في الجزائر تعتمد في معظمها على ميزانية الدولة من حيث التمويل والصراف فإن ذلك يفرغ اللامركزية الإدارية من محتواها بداءة ناهيك عن وضع المعوقات الإجرائية والموضوعية لإنعاش إقتصاديات هذه الجماعات المحلية عن طريق الشراكة مع القطاع الخاص والتي تؤدي إلى إستقلال هذه الأخيرة عن ميزانية الدولة سواء من حيث الإيرادات (الجباية المحلية) أو من حيث النفقات (الصراف على المشاريع المحلية الواعدة) وحتى يتم الإستفادة من أهمية هذه الشراكة وجب وضع حد لتبعية الوعاء المالي المحلي لميزانية الدولة وتحريره لصالح المالية المحلية الأمر الذي يجلب إستثمارات القطاع الخاص ويحركها نحو التنمية المحلية المنشودة.

(1) مرسوم رئاسي رقم 247/15 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50.

(2) مال الله الحمادي، أهمية عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، جريدة الوطن، 4 مارس 2018، البحرين، ص 2

(3) مال الله الحمادي، المرجع السابق نفسه

ولما إتفق الكثير من الباحثين حول أن الشراكة مع القطاع الخاص تكتسب على مستوى الجماعات المحلية في تقديم الخدمات بعدا جديدا كآلية لمكافحة التضخم⁽¹⁾، فإن تقديم هذه الخدمات يغطي معظم الإحتياجات المحلية ويساعد على تفرغ الجماعات المحلية وإستغلال مواردها في مشروعات كبرى وهامة أخرى ومن ثم تحقيق أفضل إستثمار وأعلى عائد وأفضل مستوى، ثم إن تشجيع القطاع الخاص على الدخول في تعاقدات مع الجماعات المحلية في مشروعات كانت حكرا عليها وكان القطاع الخاص يتخوف من المشاركة فيها، ومن ثم الإستفادة من رأس مال القطاع الخاص في خطط التنمية ومختلف مشروعات البنى التحتية ويعمل على جذب إستثمارات خاصة إلى مجالات عامة والتي كان يقتصر الإستثمار فيها عادة على الدولة والجماعات المحلية بشكل عام وعليه فالشراكة مع القطاع الخاص تتيح إمكانية تعزيز البنية التحتية على المستوى المحلي ومرافق الخدمات العمومية المحلية حتى في ظل قلة الموارد المالية لديها بل وحتى مع تخفيض الإنفاق العمومي وهو ما حصل في بريطانيا خلال الثمانينيات والتسعينيات وهي الفترة التي عرف فيها القطاع العام أزمة تجسدت في قلة الموارد المالية لدى أغلب المنظمات العمومية وقد تم اللجوء الى شركات مع القطاع الخاص على المستوى المحلي لاسيما في بناء المستشفيات الجسور السجون... الخ.

ولما كانت الجماعات المحلية هي خلايا الدولة التي تعتمد عليها هذه الأخيرة في تحقيق التنمية المحلية المأمولة فإن منح هذه الأخيرة مزيدا من الإستقلالية والحرية في إبرام عقود الشراكة مع القطاع الخاص يؤدي إلى بناء إقتصادي محلي قوي يؤدي بالضرورة إلى تمتين الإقتصاد الوطني.

• المطلب الثاني: الأهمية الإدارية والإجتماعية

لما كانت الأهمية الإقتصادية لعقود الشراكة المحلية بين الجماعات المحلية والقطاع الخاص واضحة وجليّة من خلال ماسبق ذكره فإنها بالضرورة كتحصيل حاصل تلقي بضلالها على الميادين الإدارية والإجتماعية والتي لاتنفصل عنها وعليه وجب التطرق لها من خلال الفرعيين التاليين: الفرع الأول الأهمية الإدارية، الفرع الثاني الأهمية الاجتماعية.

(1) غربي وهيبه، الشراكة بين الإدارة المحلية والقطاع الخاص ودورها في تحقيق التميز في تقديم الخدمات العامة، أبحاث اقتصادية وإدارية، العدد السادس عشر، ديسمبر 14 - كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 209.

♦ الفرع الأول: الأهمية الإدارية

بمأن القطاع الخاص يتميز بالقدرة على الإبتكار والتجديد وتقديم الخدمات بالموصفات المطلوبة، فإن الشراكة معه تمنح إمكانيات وفرص حقيقية من أجل تسيير المرافق العامة المحلية، وذلك عن طريق عقد إتفاقيات التعاون والشراكة أو شركات الإقتصاد المختلط أو التسيير المفوض أو عقود الإمتياز... وهذا بدوره يتيح آليات جديدة للتسيير وتجاوز الطرق التقليدية في إدارة المرافق العامة المحلية ويكون ذلك من خلال الإستفادة من الخبرة الفنية والإدارية للقطاع الخاص وما يتميز به من المعرفة والخبرة في إدارة المشاريع عن طريق تدريب موظفي الإدارة المحلية المتعاقدة على أهم وأحدث الوسائل والنظم الفنية والإدارية والتكنولوجية المتعلقة بالمشاريع والخدمات الكبيرة وإكسابهم الخبرات المتخصصة، ناهيك عن التحرر من الإجراءات الإدارية النمطية التي ستتطبع بحركية وسرعة القطاع الخاص في تنفيذ المعاملات ناهيك عن تقليص الإجراءات الإدارية وتبسيطها بما يكفل السرعة والإئتمان والبساطة لدى المتعاملين مع الإدارة.

أما عن الإدارة المالية فإذا نظرنا إلى كيفية تسيير الميزانيات المحلية نجدها تابعة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة للميزانية العامة للدولة الشيء الذي يفرض مراجعة السلطات المركزية ممثلة في وزارة الداخلية أو الولاية بالنسبة للبلديات لتنفيذ المبادرات المحلية التي يقوم بها المنتخبون المحليون على المستوى المحلي فإذا ما تم منح الجماعات المحلية دور في عقد شراكة مع القطاع الخاص فإن ذلك من شأنه أن يعزز الإستقلالية المحلية ولو بصفة جزئية الأمر الذي يمنح الجماعات المحلية حرية المبادرات والمساهمة في التنمية المحلية بصفة جديدة ويكرس لفكرة اللامركزية الإدارية الحقيقية.

إن أعظم أهمية إدارية للشراكة العمومية الخاصة على المستوى المحلي هي السرعة في الإنجاز والجودة في الإلتقان وتنفيذ المشاريع المقامة بطريق الشراكة بدقة وكفاءة عالية فالجماعات المحلية وعلى الرغم من وزنها الإداري والمالي المحلي لا تستطيع تلبية حاجيات المواطنين المحليين بالسرعة المطلوبة والمتزايدة فإذا ماتم إشراك القطاع الخاص الفاعل والنشط شراكة محلية حقيقية فستتحقق سرعة الإنجاز والإلتقان.

إن الشراكة تؤدي إلى المنافسة بين المتعاملين المحليين خاصة الخواص منهم الأمر الذي يؤدي إلى رفع مستوى الخدمة المقدمة والمنافسة بين هؤلاء المتعاملين الخواص من أجل تطوير الخدمة وتقديمها في أحسن حال، على إعتبار أن هذه المنافسة هي أداة تطويرية ومنهج إداري حديثا لتحقيق الحاكمية المتوازنة والتنمية المستدامة⁽¹⁾.

والشراكة تعمل على توسيع الموارد وتوزيع المخاطر وتعزيز المسائلة وزيادة الكفاءة وتبادل الخبرات والمعرفة وتقليل درجة الإزدواجية والتغلب على القيود التنظيمية⁽²⁾. وهذه الإيجابيات التي قد تحد من تلك الممارسات الإدارية التي تطبعها الرتابة والبطء في الإجراءات ناهيك عن البروقراطية تؤدي بالضرورة إلى رفع مستوى كفاءة الفاعلين المحليين سواء كانوا منتخبين أو معينين.

♦ الفرع الثاني: الأهمية الإجتماعية

إن تجليات عقود الشراكة المحلية على الواقع الإجتماعي تظهر من خلال توفير الخدمات الأساسية للمواطنين بكفاءة عالية، تظهر هذه الكفاءة في تلك المنتوجات والخدمات المقدمة، بالإضافة إلى خلق مناصب عمل للسكان المحليين، فمن خلال هذه الشراكة يتم إستيعاب ذلك الكم الهائل من العمالة على المستوى المحلي في ظرف وجيز، ناهيك عن تحسن سلم الأجور لدى هذه الفئات نظرا لتحررها من جهة وإعتمادها على عنصر المنافسة والإنتاج من جهة أخرى، الأمر الذي يلقي بضلاله على تحسن المستوى المعيشي للسكان المحليين الذي يرتبط إرتباطا وثيقا بعنصرين أساسيين هما القدرة الشرائية ومستوى دخل الفرد، وهما العنصران اللذان تساهم في تحسينهما كما أسلفنا هذه الشراكة، والتي تكون لصالح المستهلك في النهاية، وخصوصا في المجالات التي تعد مجالات إحتكارية بطبيعتها، ثم إن الشراكة مع القطاع الخاص في مجال الخدمات الإجتماعية تترك الخدمات الإجتماعية الأساسية للجماعات المحلية والقطاع العام وإنحصارها فيه بإعتبار أنها من مهام الدولة والسلطات المحلية لاسيما إذا علمنا أن الدولة تحاول دائما المحافظة على الطابع الإجتماعي لها.

(1) الرشيد عادل، إدارة الشراكة بين القطاعين العام والخاص، المنظمة العربية للتنمية، جمهورية مصر العربية، ص 216.

(2) لطفى علي. التخطيط الإقتصادي، الدار الجامعية، بيروت، 1988، ص 21.

وإذا كانت الشراكة الاقتصادية العمومية الخاصة تؤدي إلى تنسيق وتظافر الجهود بين مختلف الفاعلين الإقتصاديين على المستوى المحلي تبعاً لما تحققه من مصالح إقتصادية، فإنها بالضرورة تؤدي إلى تكافل إجتماعي متين يؤسس لحياة مجتمعية متكاملة، وإن مشاركة القطاع الخاص بجميع مكوناته في القرارات المحلية بما يضمن المصلحة الإقتصادية العامة بالدرجة الأولى يؤدي إلى توسيع دائرة المشاركة الإقتصادية.

وبناء على قيام العلاقة الإقتصادية بين القطاعين العام والخاص على المستوى المحلي على أسس وقواعد حرة يؤسس بالضرورة لتحرر إجتماعي من كل ما هو روتيني ليستشرف عالماً جديداً للأفكار يلقي بضلاله على عالم المشاريع ناهيك على أن الشراكة العمومية الخاصة تؤدي إلى نمو العلاقات الإنسانية والإقتصادية.

○ المبحث الثاني: تحديات تحقيق الشراكة العمومية الخاصة على المستوى المحلي

إذا كانت تحديات تحقيق الشراكة العمومية والخاصة على المستوى الوطني كبيرة، فإن تحديات تحقيق هذه الشراكة على المستوى المحلي أكبر وأعمق لاسيما إذا علمنا أن الجماعات المحلية هي الخلايا القاعدية التي تنطلق منها التنمية، وتتمثل هذه التحديات عموماً في البناء القانوني الهش والمعقد لمنظومة الإستثمار القانونية الوطنية والمحلية والتي بنيت على منظومة دستورية تتبنى فكرياً أيديولوجياً بالياً وهجيناً، هذا من جهة ومن جهة أخرى تبرز تحديات الموارد المحلية والتي تلخص أساساً في المورد البشري الذي يمتاز بالضعف والهشاشة والمورد المادي الذي يتأرجح بين الشح وعدم التحكم فيه كما سننتظر لذلك من خلال المطالبين التاليين:

• المطالب الأول: التأطير القانوني والدستوري لعقود الشراكة المحلية

إن البناء القانوني لعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، لاسيما على المستوى المحلي معقد وشائك لإرتباطه بعدة منظومات قانونية كثيرة ومتشعبة من الصعب إحتوائها من جهة أو البناء عليها من جهة أخرى لاسيما بهذا الوضع، وعليه يجب إعادة بناء النظام السياسي والدستوري للدولة بدءاً لتتعلق فيما بعد في سن التشريعات التي تحكم هذه الشراكة حتى يكون هناك توافق بين البناء الدستوري والقانوني وهذا ما سيتم بحثه من خلال الفرعين التاليين غير أننا سنبدأ بالبناء القانوني لتعقده.

♦ الفرع الأول: تعقيدات التأطير القانوني لعقود الشراكة المحلية

بينت التجارب السابقة بأنه كلما عمدت الحكومة بالإنقال من إصلاح سياسات الإقتصاد الكلي إلى تفاصيل إعادة هيكلة قطاع مؤسساتها العامة فإنها غالبا ما تميل إلى إغفال الحاجة إلى تغييرات قانونية أو أن تخطئ في تقدير الوقت الذي تتطلبه هذه التغييرات، وإن نجاح أو فشل برنامج تحريك الإقتصاد في اتجاه تحقيق كفاءة أعلى قد يتوقف على تغييرات جوهرية في البيئة القانونية للمساعدة في خلق مناخ تنافسي أكبر، ومساءلة أكبر في كلا القطاعين العام والخاص، وقد يظهر قصور في التنظيم التشريعي من خلال الإفتقار إلى وجود قواعد وأحكام خاصة بإختيار المستثمر وأفضل العروض وغياب أسس التقييم التي تتفق مع طبيعة هذه المشاريع من الناحية المالية الفنية والتشغيلية، كما أن بعض التشريعات تتضمن العديد من القواعد التي لا تتلائم مع المبادئ التمويلية والإقتصادية المعاصرة ناهيك على أن عدم تعرض التشريعات إلى كافة صور مشاركة القطاع الخاص وهو الأمر الذي ألقى بكثير من الغموض حول أشكال الشراكة التي يمكن تطبيقها.⁽¹⁾

وإذا نظرنا إلى عقود الشراكة المحلية بين القطاع العام والخاص وجدناها تبنى على مزيج بين قواعد القانون العام والقانون الخاص، الأمر الذي يتنافى وتبني المشرع الجزائري نظام الإزدواجية قانونا وقضاء، مما يطرح عدة إشكالات فيما يتعلق بالقواعد القانونية الواجبة التطبيق على هذه العقود ومن ثمة الجهة القضائية صاحبة الإختصاص في حال النزاع.

ومهما يكن من أمر فإن هذه التعقيدات القانونية يجب أن تكون محل دراسات جادة تحل هذه التعقيدات وترفع الغموض عنها وتتزع عنها غطاء الرتابة والجمود التي تتميز بها قواعد القانون الإداري لتتعلق بحرية وحركية وسرعة تواكب ما هو حاصل في المجتمعات المتقدمة هذا من جهة وتراعي المصلحة العامة والنفع العام من جهة أخرى.

⁽¹⁾ دراجي كريمو /موالدي سليم / حزي اكرم ، مقال علمي بعنوان: التجربة الفرنسية في الشراكة بين القطاع العام والخاص وأهميتها التنموية، مجلة معارف، المجلد 14، العدد 1، ص 237

♦ الفرع الثاني: البناء الدستوري والسياسي للدولة

إن التذبذب وعدم الوضوح في البناء الدستوري والسياسي للدولة يلقي بضلاله على النظام الإقتصادي لها، ويؤدي إلى تباين التشريعات وتناقضها في الكثير من الأحيان على إعتبار أن الأرضية الدستورية الحالية التي تنطلق منها التشريعات المعمول بها لم توضح بدقة معالم النظام السياسي والإقتصادي للدولة لاسيما في ظل دستور 1996، وعليه وجب تحديد معالم هذا النظام بدقة ووضوح من خلال وضع دستور جديد مع ضرورة الفصل في هذه المعالم بصورة تمنع أي تشوه سياسي أو إقتصادي للبناء الدستوري. فإذا مرجعنا إلى تاريخ تجربة التحول الديمقراطي بالجزائر نجد أن هذه التجربة منذ بدايتها تعطي إنطباع متفاوتا حول حقيقته التغيير وإتجاهه وإن كانت مؤشرات الديمقراطية على مستوى النص الدستوري والقوانين مشجعة لتوفرها على الحد الأدنى من مبادئ الديمقراطية التي نص عليها دستوري 1989 و1996 المعدل له، كما تجدر الإشارة إلى أن هناك مؤشر إيجابي يخدم التحول الديمقراطي وذلك على مستوى النص من حيث غلبة الطابع الديمقراطي على روح الدستور والقوانين المنظمه للحياه السياسييه في البلاد، وهذا من شأنه أن يساهم في تحقيق الإستقرار السياسي بدمقرطه الحياه السياسييه وتحقيق التنميه السياسييه.⁽¹⁾ ومهما يكن من أمر فإنه برأينا على الدولة في هذه المرحلة بالذات المضي قدما في وضع دستور جديد يتوافق والمرحلة الجديدة وتبني نظام سياسي وإقتصادي محدد ، تنطلق منه المنظومة القانونية المحددة للتوجهات الإقتصادية الجديدة للدولة ويبقى الرهان في الجزائر ليس على النصوص بقدر ما يكون تطبيقاتها رغم أهميه الامرين معا.

ومن خلال ماسبق يظهر لنا بصفة جلية تأثر عقود الشراكة من حيث طبيعتها بالبناء السياسي والدستوري للدولة على الأقل من الناحية القانونية النظرية حيث أن شكل الدولة ونظامها السياسي هو من يحدد طرق وأساليب التنمية الوطنية أو المحلية والتي تعتبر الشراكة أحد هذه الطرق والأساليب.

(1) د. سفيان طبوش، مقال علمي، تحديات الأمن الإقتصادي والإستقرار السياسي في الجزائر، المجله الجزائريه للأمن والتنمية، المجلد 6 العدد 2 الصفحه 6.

• المطلب الثاني: التحدي البشري والمادي

إن من أكبر التحديات التي تواجهها الجماعات المحلية في ممارستها لإختصاصاتها التنموية لاسيما إبرام عقود الشراكة مع القطاع الخاص هو مشكلة توافر الموارد المادية والبشرية اللازمة والكاملة، والواقع على المستوى القانوني والعملي ينبىء بضعف وهشاشة الأول ونقص وعدم التحكم في الثاني كما سنوضح ذلك من خلال الفرعين التاليين:

♦ الفرع الأول: هشاشة وضعف المورد البشري

لقد أوكل المشرع مهمة التنمية المحلية لاسيما المبادرات بإبرام عقود الشراكة للمنتخبين المحليين أصالة، ويمارس هؤلاء لاسيما على مستوى البلديات إختصاصات مختلفة متعلقة بالتنمية فهي تظال كل ما يهم المصالح والشؤون المحلية، إلا ما أخرج بنص قانوني⁽¹⁾ ومن هذه الإختصاصات إبرام عقود الشراكة والتوأمة، فإذا نظرنا إلى الممارسة نجد أن الكثير من المنتخبين المحليين يتأثرون في تسييرهم للشأن العام المحلي بعقلية ذات طابع قبلي أحيانا والحسابات السياسية الضيقة التي من شأنها أن تعرقل الفعل التنموي، لذا فإن تحقيق الأهداف المسطرة لبلوغ التنمية الإقتصادية والإجتماعية والثقافية عن طريق الشراكة المحلية يستدعي بإستمرار النكول عن هذا النهج والتوجه إلى تصحيح هذا المسار بضرورة تأهيل هؤلاء المنتخبين المحليين علميا وإداريا لما لهم من صلاحيات هامة ومتعددة ترتبط بكل مجالات التسيير المحلية، فلقد أصبح مفهوم الجماعة المحلية يحدد إنطلاقا من البعد الإقتصادي، الأمر الذي يتطلب تكريس ثقافة التسيير التي تؤسس على أسلوب «التسيير المقاولاتي» بهدف إعطاء فعالية أكبر للعمل المحلي، وإن هذا النوع من التسيير يتطلب توفر هؤلاء على مؤهلات وإمكانيات معينة لتساعدهم على فهم هذا النوع من العقود المحلية الذي يرتبط بالتنمية إرتباطا وثيقا، ولقد أثبتت الممارسة المحلية أن القدرة على إبرام مثل هذه العقود بشكل يؤدي الى إستفاد الغرض منها يعترضها ضعف المستوى التعليمي والتدريبي والثقافي للمنتخبين المحليين،

⁽¹⁾ د. عبد المجيد سلامة، النظام القانوني للمنتخب المحلي في التشريع الجزائري، دكتوراة علوم كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 ص 180.

حيث أن هناك نسبة من المنتخبين المحليين غير متحصلين على مستوى عال⁽¹⁾ هذا أولا وعدم درايتهم لما لهذه العقود من اثر عميق على التنمية عموما ثانيا. وعلى الرغم من التعديلات الجديدة والإصلاحات الواردة في القوانين المتعلقة بتنظيم الجماعات المحلية فلقد عمدت وزارة الداخلية إلى تكوين رؤساء المجالس الشعبية البلدية لتحضيرهم لمهامهم بصفة أفضل وقد أصبح التكوين لهؤلاء إجباريا⁽²⁾ إلا أن هذه التعديلات لم تكن لها مرسيم أو قرارات تطبيقية يمكن تنفيذها على الميدان، لذا تراجعت وبقي المسؤول الأول عن التنمية المحلية بعيدا عن مقتضياتها، وإن ترك هذا الوضع قائما من شأنه أن يبقي السؤال مطروحا: ما مدى مساهمة منتخبين بهذا المستوى التعليمي والثقافي الهزيل في تحقيق هذه الشراكة ومن ثمة التنمية المحلية؟ خاصة أمام الدور الجديد الذي أصبحت الجماعات المحلية مطالبة به، حيث يفترض في المنتخبين توفرهم على مستوى يؤهلهم للتأقلم مع شروط الإدارة المحلية والإستيعاب المحكم للإختصاصات المسندة إليهم.⁽³⁾

♦ الفرع الثاني: نقص المورد المادي وعدم التحكم فيه

إذا كانت اللامركزية ينبغي أن تخول للبلديات والولايات كامل المهام للنظر في المشاكل ذات المصلحة المحلية أو الجهوية التي بإمكانها حلها، ومن ثمة يتم تحويل جميع الصلاحيات المركزية إلى السلطات المحلية فإنه مقابل هذا التحويل لهذا السيل العرم من الإختصاصات والمهام للمنتخبين المحليين يقتضي تحويل الموارد المادية بجميع أنواعها عقارية ومنقولة لهذه الجماعات وتزودها بالإستقلالية المالية فتكتمل بذلك الاستقلالية الإدارية⁽⁴⁾ التي تقضي إلى حرية التعاقد وإطلاق المبادرات المحلية.

وحتى يمكن للإدارة المحلية ممارسة مهامها وإختصاصاتها لاسيما إبرام عقود شراكة مع القطاع الخاص فإنها بحاجة إلى الموارد المادية المحلية بشكل مستمر ومتزايد ومتجدد والتي يمكن

(1) الجريدة الرسمية لمناقشات المجلس الشعبي الوطني للسنة الرابعة رقم 205، مناقشة مشروع قانون البلدية، ص 9.

(2) الجريدة الرسمية لمناقشات المجلس الشعبي الوطني مرجع سابق ص 10.

(3) رضوان حميدي، الجماعات المحلية ورهانات الإنتخابات، مرجع سابق، ص 4.

(4) د. عبد المجيد سلامة، مرجع سابق نفسه.

توفيرها من مصادر مختلفة لتمويل التنمية المحلية على مستوى الجماعات المحلية⁽¹⁾ بالصورة التي تحقق الإستقلالية التعاقدية عن الحكومة المركزية، وهذه الموارد تنقسم إلى أملاك وميزانيات. أما الأولى فقواعد تسييرها جد معقدة نظرا لتعدد النظام القانوني للأملاك الوطنية لذلك تطرق لها المشرع في مجموعتين تشريعتين الأولى: هي قواعد التسيير الموجودة في قانون الأملاك الوطنية والمراسيم المطبقة له والنظام الثاني هو مانجه في قانون الولاية والبلدية فلقد منحت المادة 09 من القانون المتعلق بالأملاك الوطنية⁽²⁾ صلاحية تسيير الأملاك الوطنية المحلية للولاية ورؤساء المجالس الشعبية عن طريق الشراكة والتعاقد مع القطاع الخاص، كما لهما صلاحية تمثيل الجماعات المحلية أمام القضاء، كما إترف قانون الأملاك الوطنية للمجالس الشعبية المحلية ببعض الصلاحيات في هذا المجال وتختلف هذه الصلاحيات بين هاتين الهيئتين حسب العملية بحد ذاتها فتكون للوالي أو وزير الداخلية حسب الحالة إذا تعلق الأمر بقاعدة تسيير ذات طابع تقني وتكون للمنتخب وبمداولة إذا تعلقت عملية التسيير بإستثمار أو تحويل الملكية مثلا⁽³⁾.

أما الثانية أي الميزانيات فإن إعدادها يخضع للرقابة الوصائية المشددة على الجماعات المحلية فمن خلال المادة 57 من قانون البلدية والمادة 55 من قانون الولاية التي تفرغ صلاحيات الجماعات المحلية المالية من محتواها والتي تؤثر على عقود الشراكة بشكل مباشر، ومن ثمة إجهاض عملية التنمية المحلية بإعتبار أن الميزانية وإعدادها والتصويت عليها من أهم الصلاحيات التي لها الأثر العميق على إبرام عقود الشراكة المحلية مع القطاع الخاص والتي لازالت بيد السلطة المركزية ممثلة في وزارة الداخلية ومن يمثلها على مستوى الجماعات المحلية، وإضافة إلى ذلك فإن سلطة الرقابة عن طريق الوصاية على إعداد الميزانية والتصويت عليها أهدرت كل قدرة للجماعات المحلية في حرية التعاقد أو التصرف وإضافة إلى هذه السلطة للإدارة المركزية فإن لهذه الأخيرة سلطة أخطر من الأولى وهي سلطة الحلول التي تجرد الجماعات المحلية من كل سلطة ومنها سلطة إبرام عقود الشراكة تماما ولقد أسند المشرع هذه

⁽¹⁾ عبد المطلب عبد الحميد، التمويل المحلي والتنمية المحلية، الدار الجامعية للنشر، 2001، ص 22.

⁽²⁾ قانون رقم 90-30 المؤرخ في: 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر عدد 52.

⁽³⁾ عايلى رضوان، أملاك الجماعات المحلية ومبدأ اللامركزية، مقال علمي، مجلة المفكر، جامعة يسكرة، العدد العاشر

سنة 2018 الجزائر، ص 510 وما بعدها

السلطة للسلطة المركزية ممثلة في الوالي ووزير الداخلية حسب الحالة بدعوى ضبط الميزانية لا سيما في حالة عدم التصويت عليها.⁽¹⁾

○ خاتمة:

لقد تم التأكيد على أهمية الشراكة بين القطاع الخاص والعام لا سيما على المستوى المحلي على إعتبار أن الإعتقاد على القطاع العام لوحده أثبت فشله لا سيما في السنوات الأخيرة ونظرا لهذه الأهمية فإن إعتقاد عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص أصبحت حتمية لاسيما في الأونة الأخير غير أن تحديات هذا الإعتقاد كبيرة كما سبق وأن فصلنا، وعليه نستطيع أن نحصل النتائج المتوصل إليها فيما يلي:

◆ أولا: على مستوى الأهمية

- لعقود الشراكة المحلية أهمية بالنسبة للتنمية المحلية خصوصا تمس الجوانب الإقتصادية والإدارية والإجتماعية.
- إعتقاد عقود الشراكة مع القطاع الخاص لتحسين الأوضاع الإقتصادية والإجتماعية يتطلب ضرورة التوعية والتحسيس لجميع مكونات المجتمع المحلي بهذه الأهمية.
- تسلسل وترابط صور الأهمية بدءا بالأهمية الإقتصادية التي تلقي بظلالها على الجوانب الإدارية والإجتماعية يؤدي بنا إلى الوصول إلى نتيجة مفادها أن الأولوية في البداية للشراكة الإقتصادية العمومية الخاصة المحلية حتى تتحقق الجوانب الأخرى.

◆ ثانيا: على مستوى التحديات

- وجود تذبذب على مستوى البناء الدستوري والقانوني للدولة أدى إلى عدم وضوح معالم النظام الإقتصادي للدولة أدى ذلك كله إلى وجود تعقيدات قانونية على مستوى المنظومة التي تحكم الشراكة العمومية الخاصة على المستوى المحلي ناهيك على المستوى الوطني.

(1) د. عبد المجيد سلامة، مرجع سابق، ص 180.

- لقد تبين بما لا يدعو مجالاً للشك فقر تشريعات الإدارة المحلية فيما يتعلق بالتأطير القانوني لعقود الشراكة المحلية بين القطاع العام والخاص وتبيان تفاصيلها.
 - نقص الموارد المادية عقارية أو منقولة أو مالية من جهة وعدم وضعها تحت تصرف الجماعات المحلية بشكل يؤدي إلى إستنفاد حقها في تسيير هذه الموارد وعدم منح صلاحيات حقيقية للمنتخب المحلي لإدارتها وإبرام العقود بشأنها.
 - إن ضعف تكوين وخبرة المنتخبين المحليين وكذا الموظفين المحليين في ميدان الشراكة الإقتصادية بين القطاع العام والخاص أدى إلى بروز عقدة الخوف من ولوج هذا الميدان الأمر الذي ينتج عنه بالضرورة عدم وجود مبادرات محلية في إبرام هذا النوع من العقود.
- وبناء على هذه النتائج تبرز للباحث بعض المقترحات لمعالجة ما جاءت به النتائج من سلبيات وعليه فالباحث يوصي بما يلي:

♦ أولاً: على مستوى الأهمية

- حتمية إستخدام جميع وسائل الإعلام والإتصال وكذا وسائل التواصل الإجتماعي للتوعية والتحسيس لجميع الفاعلين المحليين بأهمية الشراكة الإقتصادية المحلية دون إهمال السكان المحليين من خلال حملات توعوية ناهيك عن إعداد ملتقيات وأيام دراسية بهذا الشأن.
- تعتبر أهمية الشراكة النابعة مما يمكن أن تحققه هي على المستويات الإقتصادية والإجتماعية نقطة الإنطلاق للنهوض بها وبالتنمية المحلية عموماً.

♦ ثانياً: على مستوى التحديات

- حتمية إطلاق المبادرات المحلية وتحريرها بما يتناسب مع الضرورة الملحة لإعتماد عقود الشراكة المحلية الخاصة والعمومية بمعنى وجوب منح إستقلالية حقيقية للجماعات المحلية لاسيما في إبرام عقود التعاون والشراكة.
- يجب توفير تكوين حقيقي للموظفين لاسيما ذوي المصاف الأولى منهم في مجال العقود والشراكات المحلية وكذا المنتخبين المحليين لاسيما رؤساء البلديات بإعتبارها الوحدات القاعدية للتنمية المحلية.

- إعادة النظر في منظومة التشريعات المحلية لا سيما قوانين الإستثمار وقانوني الولاية والبلدية بما يتلائم مع أهمية هذه الشراكة وضرورة المرحلة الراهنة وذلك سواء من حيث تنظيم الجماعات المحلية أو من خلال إعادة النظر في طبيعة تلك العقود التي تبرمها.
- محاولة إيجاد حلول تحكم الجوانب القانونية والإدارية للفصل بين مجالي تطبيق هذه الشراكة، بمعنى ضرورة الفصل بين تنازع إختصاص القانون العام والقانون الخاص في تسيير هذه العقود وما يترتب عنها من منازعات تضمن للقطاع الخاص حقوقه والقطاع العام إستهداف المصلحة العامة.

○ قائمة المراجع:

◆ أولاً: الكتب

- الرشيد عادل، إدارة الشراكة بين القطاعين العام والخاص، (جمهورية مصر العربية: المنظمة العربية للتنمية)، سنة 2007.
- محمد محمود الطعمنة / محمد سمير عبد الوهاب، الحكم المحلي في الوطن العربي وإتجاهات التطوير، (جمهورية مصر العربية: المنظمة العربية للتنمية الإدارية)، 2005
- عبد المطلب عبد الحميد، التمويل المحلي والتنمية المحلية، (جمهورية مصر العربية: الدار الجامعية للنشر)، 2001 .
- لطفي علي، التخطيط الإقتصادي، (لبنان، بيروت:، الدار الجامعية)، 1988.
- ضياء مجيد الموسوي، الخوصصة والتصحيحات الهيكلية، (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية)، 1995.

◆ ثانياً: الرسائل العلمية

- أحمد سرير، واقع ورهان الإدارة المحلية الجزائرية في ظل التحول السياسي والإقتصادي 1989-2012، رسالة ماجستير، 2014، جامعة الجزائر 3، الجزائر.
- أمل البشيشي، نظام البناء والتحويل والتشغيل، المعهد العربي للتخطيط، 2004، الكويت.
- بن عبد الحق فوزي، دور المجالس المحلية في التنمية المحلية -رسالة ماجستير- سنة 2016، جامعة الجزائر 3، الجزائر.

- عبد المجيد سلامة، النظام القانوني للمنتخب المحلي في التشريع الجزائري، دكتوراة علوم كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2019، الجزائر.

♦ ثالثا: المجالات العلمية

- حموري بلال، شراكة القطاعين العام والخاص كمطلب تنموي، المعهد العربي للتخطيط، سلسلة دورية تعني بقضايا التنمية في الدول العربية، العدد 117، 2014 الكويت.
- دراجي كريمو وآخرون، مقال علمي بعنوان: التجربة الفرنسية في الشراكة بين القطاع العام والخاص وأهميتها التنموية، مجلة معارف، المجلد 14، العدد 1 سنة 2019، الجزائر.
- عابلي رضوان، مقال علمي بعنوان: أملاك الجماعات المحلية ومبدأ اللامركزية، مجلة المفكر، العدد العاشر، جامعة بسكرة، سنة 2018، الجزائر.
- غربي وهيبية، المشاركة بين الإدارة المحلية والقطاع الخاص ودورها في تحقيق التميز في تقديم الخدمات العامة، أبحاث إقتصادية وإدارية، العدد السادس عشر، كلية العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر.
- سفيان طبوش، مقال علمي بعنوان: تحديات الأمن الإقتصادي والإستقرار السياسي في الجزائر، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، المجلد 6 العدد 2، 2017، جامعة باتنة 1.
- مال الله الحمادي، أهمية عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، جريدة الوطن 4 مارس 2018، البحرين.

♦ رابعا: المراجع القانونية

- قانون رقم 30/90، المؤرخ في: 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية ج ر عدد 52.
- قانون رقم 10/11، المؤرخ في: 22 يونيو 2011، المتضمن قانون البلدية، ج ر عدد 12.
- قانون رقم 07/12، المؤرخ في: 21 فبراير 2012، المتضمن قانون الولاية، ج ر عدد 37.
- مرسوم رئاسي رقم 247/15، المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، ج ر عدد 50.
- الجريدة الرسمية لمناقشات المجلس الشعبي الوطني للسنة الرابعة رقم: 205 متضمنة مناقشة مشروع قانون البلدية.

الدراسة الرابعة:

**La crise de l'eau au Liban:
une violation des droits humains**

Dolly HAMAD-NAJJAR⁽¹⁾

Cela fait des années que le Liban est ébranlé par de multiples crises, notamment le secteur de l'eau qui fait face à de nombreux défis (dont la pénurie et la mauvaise qualité)⁽²⁾, le secteur électrique dysfonctionnel et la gestion inadéquate des déchets solides et des eaux usées; des crises qui se sont aggravées par les effets de la COVID-19⁽³⁾ qui a frappé le pays à un moment de grave crise socioéconomique et les effets des deux crises sur la situation des droits humains ne peuvent donc être dissociés⁽⁴⁾. Il va de soi que le droit à un niveau de vie suffisant subit notamment les conséquences les plus graves de ces deux crises.

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CODESC) dans ses Observations finales concernant le deuxième rapport périodique du Liban⁽⁵⁾ a noté «avec préoccupation que l'impasse politique dans laquelle se trouve actuellement l'État partie a retardé l'adoption de mesures législatives et stratégiques essentielles à la réalisation des droits

⁽¹⁾ Docteure en Droit, consultante juridique, formatrice à l'Institut supérieur de la magistrature (Tunisie)

⁽²⁾ Seulement 36 % de la population du pays consomme une eau qui répond aux normes internationales de sécurité, selon une étude de l'Unicef de 2016: <https://www.france24.com/fr/20200905-la-crise-de-l-eau-au-liban-un-vaste-chantier-devenu-une-priorite>.

⁽³⁾ Évaluation rapide des dommages et des besoins à Beyrouth, Août 2020, Groupe de la Banque mondiale en coopération avec l'Organisation des Nations unies et l'Union européenne, page 13.

⁽⁴⁾ Voir, A/HRC/WG.6/37/LBN/2, § 46.

⁽⁵⁾ E/C.12/LBN/CO/2.

économiques, sociaux et culturels» (§ 8). Il est préoccupé par l'accès insuffisant à l'eau potable et regrette le manque de renseignements sur les mesures prises pour faire face à cette situation (§ 54).

Il recommande à l'État de s'efforcer d'honorer ses obligations en vertu du Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) malgré la situation politique (§ 9).

Incontestablement, l'eau est une ressource naturelle essentielle à la vie et à la santé; la pandémie de COVID-19 a démontré l'importance cruciale de l'assainissement, de l'hygiène et d'un accès adéquat à l'eau potable afin de prévenir et de contrôler les maladies⁽¹⁾.

Bien plus, un déficit de 40 % des ressources en eau douce d'ici à 2030 associé à une population mondiale en pleine expansion, selon les estimations, a conduit la planète à une crise mondiale de l'eau. Consciente du défi croissant, l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations unies a lancé l'initiative Décennie internationale d'action sur le thème «L'eau et le développement durable» (2018-2028) pour mobiliser l'action qui aidera à transformer la façon de gérer l'eau⁽²⁾.

Par ailleurs, l'Objectif 6 des Objectifs de développement durable (ODD) vise à garantir l'accès de tous à des services d'alimentation en eau et d'assainissement gérés de façon durable.

Avec la Résolution n° 64/292 de l'Assemblée générale (2010), l'Organisation des Nations unies a reconnu nommément le droit de l'Homme à l'eau pour la toute première fois (I). Avant cela, elle ne le consacrait qu'indirectement; le droit fondamental à l'eau potable et à l'assainissement découlait en effet du droit à un niveau de vie suffisant et du droit d'être à l'abri de la faim, prévus à l'article 11, § 1 et 2 du PIDESC, et était inextricablement lié au droit au meilleur état de santé physique et mental susceptible d'être atteint, ainsi qu'au droit à la vie et à la dignité⁽³⁾, en application des principes d'interdépendance et d'indivisibilité des droits de l'Homme (II).

⁽¹⁾ <https://www.un.org/sustainabledevelopment/fr/water-and-sanitation>.

⁽²⁾ <https://www.un.org/sustainabledevelopment/fr/water-and-sanitation/>

⁽³⁾ Conseil des droits de l'Homme, Résolution n° 24/18, « Le droit fondamental à l'eau potable et à l'assainissement », A/HRC/RES/24/18, § 1.

I- Le droit à l'eau comme droit humain autonome

Le droit à l'eau est une condition préalable fondamentale à l'exercice des autres droits de l'Homme⁽¹⁾ tels que le droit à la vie, à l'éducation, au logement et au travail. L'absence d'accès à l'eau potable et à l'assainissement a également de graves répercussions sur le droit à la santé⁽²⁾; la Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 28 juillet 2010 (n° 64/292, «Le droit de l'Homme à l'eau et à l'assainissement»)⁽³⁾ a constaté «l'importance que revêt l'accès équitable à l'eau potable et l'assainissement, qui fait partie intégrante de la réalisation de tous les droits de l'Homme». Elle a reconnu le droit à l'eau comme droit humain autonome (A). Un cas spécifique mérite l'attention, à savoir la pollution qui engendre de réels risques (B).

A. La reconnaissance de l'autonomie du droit à l'eau

Le droit à l'eau n'est pas inscrit explicitement dans la Charte internationale des droits de l'Homme. La Résolution n° 64/292 a reconnu «(1) que le droit à l'eau potable et à l'assainissement est un droit de l'Homme, essentiel à la pleine jouissance de la vie et à l'exercice de tous les droits de l'Homme»; et a demandé «(2) aux États et aux organisations internationales d'apporter des ressources financières, de renforcer les capacités et de procéder à des transferts de technologies, grâce à l'aide et à la coopération internationales, en particulier en faveur des pays en développement, afin d'intensifier les efforts faits pour fournir une eau potable et des services d'assainissement qui soient accessibles et abordables pour tous».

Dans le même cadre, la Résolution adoptée par le Conseil des droits de l'Homme n° 24/18 («Le droit fondamental à l'eau potable et à l'assainissement») a réaffirmé le droit fondamental à l'eau potable et à l'assainissement reconnu par l'Assemblée générale dans sa Résolution n° 64/292 (§ 1).

⁽¹⁾ CODESC, Observation générale n° 15 (2002), « Le droit à l'eau » (article 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), § 1.

⁽²⁾ Le droit à l'eau, fiche d'information n° 35, Haut-Commissariat aux droits de l'Homme, ONU Habitat, OMS, avril 2011, pages 13 et 14.

⁽³⁾ A/RES/64/292.

Il convient de noter que le droit à l'eau est indissociable de l'accès à un assainissement adéquat car sans assainissement, la ressource sera rapidement dégradée.

En droit national, et contrairement à la Constitution libanaise, de nombreuses constitutions mentionnent explicitement le droit à l'eau, notamment celles de la Tunisie (article 44: «Le droit à l'eau est garanti...»), l'Afrique du Sud, la Bolivie, l'Équateur, l'Ouganda, la République démocratique du Congo et l'Uruguay; le droit à l'assainissement est également reconnu dans certaines constitutions et législations nationales dont celles de l'Afrique du Sud, de l'Algérie, de la Bolivie, des Maldives, de Sri Lanka et de l'Uruguay⁽¹⁾.

Toutefois, il n'est pas jugé nécessaire que le droit à l'eau soit inscrit dans la Constitution libanaise pour notamment l'invoquer devant les juridictions, vu qu'il est déjà ancré en tant que composante d'un droit humain fondamental dans plusieurs conventions internationales ratifiées par le Liban (le PIDESC, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et la Convention relative aux droits de l'enfant). Ainsi, le droit à l'eau est «sous-entendu» dans le Préambule de la Constitution (alinéa B) qui engage l'État libanais à appliquer les principes énoncés dans les instruments de l'Organisation des Nations unies dans tous les secteurs et domaines sans exception.

Par contre, l'article 2 du Code de l'eau (loi n° 192 du 16 octobre 2020) prévoit formellement que «Tout être humain a le droit fondamental d'obtenir l'eau nécessaire à ses besoins, qui garantit les conditions de base pour une vie décente, y compris l'assainissement. Ceci en échange du paiement des frais d'abonnement pour l'utilisation de l'eau»⁽²⁾. Ainsi le législateur a expressément consacré le droit à l'eau avec une référence à la «vie décente».

Il convient de noter que le chapitre 8 du Code est consacré aux dispositions pénales (articles 89 et suivants). Ces dispositions s'ajoutent aux articles 745 et suivants du Code pénal qui prévoient des infractions contre l'eau et les milieux aquatiques telles que le fait de redresser ou régulariser les cours d'eau temporaires ou permanents sans autorisation

⁽¹⁾ Le droit à l'eau, fiche d'information n° 35, op. cit., page 8.

⁽²⁾ Traduction libre.

(article 746), laisser écouler, répandre ou jeter dans les eaux du domaine public, concédées ou non, des liquides ou substances susceptibles de nuire à la salubrité, à la commodité publique ou à la bonne utilisation de ces eaux (article 748), toute pollution de l'eau servant à l'alimentation d'autrui (article 749).

Selon les standards internationaux, des facteurs sont pertinents quelles que soient les circonstances, à savoir, (1) la disponibilité: l'eau disponible pour chaque personne doit être suffisante et constante pour les usages personnels et domestiques (qui sont normalement la consommation, l'assainissement individuel, le lavage du linge, la préparation des aliments ainsi que l'hygiène personnelle et domestique); (2) la qualité: l'eau nécessaire pour chaque usage personnel et domestique doit être salubre et donc exempte de microbes, de substances chimiques et de risques radiologiques qui constituent une menace pour la santé; (3) l'accessibilité: l'eau, les installations et les services doivent être accessibles, sans discrimination, à toute personne relevant de la juridiction de l'État partie; ainsi, le droit à l'eau consiste en un approvisionnement suffisant, physiquement accessible et à un coût abordable, d'une eau salubre et de qualité acceptable pour les usages personnels et domestiques de chacun⁽¹⁾.

Il convient de noter que le droit à l'eau, comme tout droit humain, impose trois types d'obligations aux États parties au PIDESC, à savoir: 1) l'obligation de respecter, 2) l'obligation de protéger contre des violations commises par des tiers; et, 3) l'obligation de mettre en œuvre les droits.

Dans l'affaire *Residents of Bon Vista Mansions v. Southern Metropolitan Local Council*, la Cour supérieure sud-africaine a estimé que le fait d'interrompre l'alimentation en eau représentait à première vue une violation de l'obligation constitutionnelle de l'État de respecter le droit à l'eau⁽²⁾.

De sa part, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme a conclu le 6 février 2020 que l'Argentine avait violé ses obligations au titre de l'article 1.1 de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme et des articles 2, 8.1, 21, 23.1, 25.1 et 26, en refusant aux communautés autochtones leur droit à la propriété collective, à un environnement sain, à

⁽¹⁾ CODESC, Observation générale n° 15 (2002), préc., § 2.

⁽²⁾ Le droit à l'eau, fiche d'information n° 35, op. cit., page 45.

une nourriture adéquate, à l'eau, à une identité culturelle et à une protection judiciaire dans un délai raisonnable⁽¹⁾.

La Cour a constaté que des activités telles que l'abattage illégal de bois par les colons créoles avaient nui au mode de vie des communautés autochtones et à l'accès à l'eau, à la nourriture et à un environnement sain. L'effet préjudiciable sur l'alimentation et le mode de vie traditionnels des communautés a eu un impact sur le mode de vie culturel et les identités culturelles des communautés autochtones. L'État était conscient de ces activités nuisibles et de leur impact sur le mode de vie des autochtones et ne les a pas réellement arrêtées. Étant donné que les activités préjudiciables n'étaient pas consensuelles, les communautés autochtones ne les autorisant pas, l'Argentine n'a pas garanti aux communautés autochtones le droit de déterminer les activités menées sur leur propriété et a violé les articles 26 et 1.1 en rapport avec les droits à un environnement sain, la nourriture, l'eau et l'identité culturelle.

La Cour a ordonné à l'Argentine, entre autres, de lui soumettre une étude identifiant les cas critiques de manque d'accès à l'eau potable ou à la nourriture, et créer un plan d'action pour faire face aux situations et commencer la mise en œuvre; et de préparer, dans un délai d'un an, une étude sur les mesures à prendre pour la conservation de l'eau et pour remédier à la contamination, pour éviter la perte de ressources forestières et récupérer les sources de nourriture perdues.

Certes, le PIDESC prévoit la réalisation progressive des droits qui y sont énoncés et prend en considération les contraintes dues à la limitation des ressources disponibles, mais il n'en impose pas moins aux États parties au Pacte diverses obligations avec effet immédiat. Ainsi, ces États ont des obligations immédiates au regard du droit à l'eau; par exemple, celle de garantir son exercice sans discrimination (article 2, § 2) et celle d'agir (article 2, § 1) en vue d'assurer l'application pleine et entière des articles 11, § 1, et 12⁽²⁾.

⁽¹⁾ Disponible en ligne sur: <https://www.escri-net.org/fr/caselaw/2020/membres-communautes-autochtones-lassociation-lhaka-honhat-our-land-contre-largentine>.

⁽²⁾ CODESC, OG n° 15, § 17.

L'affaire Lindiwe Mazibuko et autres c. Ville de Johannesburg et autres (2009)⁽¹⁾ concerne une allégation de violation du droit d'avoir accès à une quantité d'eau suffisante au titre de la section 27 de la Constitution; la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud a estimé que le droit d'accès à suffisamment d'eau protégé en vertu de la Constitution exige que l'État prenne des mesures législatives et autres raisonnables pour la réalisation du droit au moyen des ressources disponibles.

Pour la Cour, l'obligation de réalisation progressive impose une obligation au gouvernement de continuellement revoir ses politiques afin de s'assurer que la réalisation du droit est progressivement réalisée.

On note qu'il arrive souvent que les États en développement ou en transition ne disposent pas des ressources nécessaires pour assurer le plein exercice des droits économiques, sociaux et culturels y compris le droit à l'eau. C'est pour cela que le PIDESC impose aux États d'accepter, le cas échéant, «l'assistance et la coopération internationales» (article 2).

B. Cas spécifique: la pollution comme violation du droit à l'eau

Les juridictions libanaises ont eu à connaître des affaires de pollution de l'eau; suite à la dénonciation de l'Office national du Litani (qui a ensuite porté plainte), l'action publique a été mise en mouvement par le Ministère public contre nombre d'usines qui polluent le fleuve Litani. De nombreux jugements ont été rendus tels que celui du juge unique pénal de Zahlé du 30 avril 2020 qui a condamné une société à une peine d'amende; en la contraignant en outre, conformément à l'article 89 et au troisième alinéa de l'article 103 de la loi n° 77/2018, à nettoyer le cours du Litani dans la zone parallèle à son usine, et à planter mille pins sur les rives du fleuve dans la même zone, et mille plantes de canne à sucre dans la zone s'étendant de son usine au fleuve; en la contraignant également à effectuer des contrôles périodiques tous les trois mois sous la supervision du ministère de l'environnement et l'Office national du Litani, etc⁽²⁾...(dans

(1) Manuel sur la justiciabilité des droits économiques sociaux et culturels, Haut-Commissariat des Droits de l'Homme-Tunisie, Commission internationale de juristes, 2015-2016, page 80.

(2) "...ثانياً: بإدانة المدعى عليها شركة (...) وبتغريمها...؛"

le même sens également, même tribunal, jugements du: 31 janvier 2019, 18 juillet 2019, 5 septembre 2019, 16 octobre 2019; juge unique pénal de Baalbek, jugements n° 4406/64 et 4407/65 du 7 novembre 2019).

Ces jugements mettent l'accent sur les mesures de dépollution ainsi que les principes du droit de l'environnement à savoir «le pollueur-payeur, la prévention et la précaution»⁽¹⁾, sans pour autant faire référence au droit à l'eau en tant que droit humain, et par conséquent ne reflètent pas l'importance de traiter l'eau sous cet angle, tout en notant que ces jugements ont été rendus avant le nouveau Code de l'eau de 2020 qui a érigé l'eau en un droit fondamental.

Il n'en reste pas moins que le juge avait l'occasion d'invoquer ce droit en se référant notamment aux dispositions du PIDESC, par application du Préambule de la Constitution.

Quant à la catastrophe qui a touché la capitale libanaise le 4 août 2020, elle a manifestement des impacts environnementaux à courts et longs

ثالثاً: الحكم سناً للفقرة الثانية من المادة 103 المذكورة بوقف جميع الأعمال و يمنع إستخدام التجهيزات والمنشآت العائدة للمعمل العائد للمدعى عليها شركة (...);

رابعاً: بإلزام المدعى عليهما سناً للمادة 89 وللفقرة الثالثة من المادة 103 من القانون رقم 2018/77 بتنظيف مجرى نهر الليطاني على طول ألف متر تبدأ من النقطة الموازية لمعمله وتنتهي على بعد ألف متر منها جنوباً؛ وبأن يزرعا على ضفتي النهر في المنطقة عينها، ألف غرسة من أشجار الصنوبر، وبإلزامهما بأن يزرعا ألف نبتة من قصب السكر على طول المنطقة الممتدة من معملهما حتى نهر الليطاني؛

خامساً: بإلزام المدعى عليهما (...) بالقيام بفحوصات دورية كل ثلاثة أشهر تحت إشراف وزارة البيئة والمصلحة الوطنية لنهر الليطاني؛

سادساً: بإلزام المدعى عليهما بالتضامن والتكافل في ما بينهما، بأن يدفعوا للجهة المدعية مبلغاً قدره خمسة ملايين ليرة لبنانية كتعويض عن العطل والضرر الذي أصابها، على أن يُجعل مبلغ مليوني ليرة لبنانية من أصل التعويض المحكوم به، معجل التنفيذ إعمالاً لأحكام المادة 202 من قانون أصول المحاكمات الجزائية...".

(1) "وحيث إن معظم القوانين البيئية والمعاهدات الدولية انطلقت من مبادئ ثابتة لحماية البيئة ومنها مبدأ الاحتراس، الذي يقضي باعتماد تدابير فعالة ومناسبة بالاستناد إلى المعلومات العلمية وأفضل التقنيات النظيفة المتاحة الهادفة إلى الوقاية من أي تهديد بضرر محتمل وغير قابل للتصحيح يلحق بالبيئة، وقد نصت أيضاً على مبدأ العمل الوقائي لكل الأضرار التي تصيب البيئة، من خلال استعمال أفضل التقنيات المتوافرة، وعلى مبدأ "الملوث - يدفع" الذي يقضي بأن يتحمل الملوث تكاليف التدابير الوقائية ومكافحة التلوث وتقليصه، ومبدأ الحفاظ على التنوع البيولوجي الذي يقضي بأن تتقاضي النشاطات كافة إصابة المكونات المختلفة للتنوع البيولوجي بضرر، ومبدأ تقادي تدهور الموارد الطبيعية، فتكون هذه القوانين اعتمدت إضافة إلى العقوبات الجزية والتدابير الإدارية، مبادئ وقائية موجهة...".

termes; dans ce contexte complexe, les autorités doivent mettre en place un mécanisme de coordination et de suivi pour mesurer notamment l'impact des explosions sur l'environnement en général et l'eau en particulier.

D'autant plus, le CODESC dans ses Observations finales concernant le deuxième rapport périodique du Liban (2016) ⁽¹⁾ a entravé gravement la capacité de l'État partie à faire face aux situations d'urgence, comme l'afflux de réfugiés et la crise de la gestion des déchets (§ 8).

Il recommande à l'État de prendre des mesures pour prévenir d'éventuelles futures crises de gestion des déchets, compte tenu de ses effets dangereux potentiels sur la santé dans les zones densément peuplées de l'État; il recommande également à l'État d'assurer l'accès à l'eau potable et à l'assainissement sans discrimination, notamment en investissant dans les infrastructures, et de mettre en place, si nécessaire, un système réglementaire indépendant pour contrôler les services d'approvisionnement en eau, ainsi que les services d'assainissement et de gestion des déchets⁽²⁾.

Le Comité note les renseignements sur les nouveaux moyens d'éliminer les déchets, mais il est préoccupé par le temps considérable qu'il a fallu pour résoudre la récente crise de gestion des déchets⁽³⁾.

Dans un contexte pareil, l'affaire Di Sarno et autres c. Italie du 10 janvier 2012 devant la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH)⁽⁴⁾ concernait la «crise des déchets», soit l'état d'urgence établi du 11 février 1994 au 31 décembre 2009 en relation avec la collecte, le traitement et l'élimination des déchets – y compris une période de cinq mois durant laquelle des tonnes de déchets s'empilaient dans les rues – qui affecta la région de Campanie en Italie où les requérants vivaient et / ou travaillaient. Les requérants soutenaient notamment qu'en s'abstenant d'adopter les mesures appropriées pour assurer le bon fonctionnement du service public de collecte des déchets et en appliquant une politique législative et

⁽¹⁾ E/C.12/LBN/CO/2.

⁽²⁾ Ibid., § 55.

⁽³⁾ Ibid., § 54.

⁽⁴⁾ Il convient de noter que la question du droit à l'eau et à l'assainissement est abordée par la CEDH bien que ce droit ne figure pas dans la Convention de 1950.

administrative inadaptée, l'État avait nui gravement à l'environnement de leur région et mis en danger leur vie et leur santé. Ils reprochaient également aux autorités publiques de n'avoir pas informé les intéressés des risques liés au fait d'habiter dans un territoire pollué.

La Cour a observé que la collecte, le traitement et l'élimination des déchets constituent des activités dangereuses. Dès lors, il pesait sur l'État l'obligation positive d'adopter des mesures raisonnables et adéquates capables de protéger les droits des intéressés au respect de leur vie privée et de leur domicile et, plus généralement, à la jouissance d'un environnement sain et protégé. En l'espèce, la Cour a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention sous son volet matériel: même si on considère que la phase aiguë de la crise n'avait duré que cinq mois, de fin 2007 à mai 2008, et malgré la marge d'appréciation reconnue à l'État italien, force était de constater que l'incapacité prolongée des autorités italiennes à assurer le fonctionnement régulier du service de collecte, de traitement et d'élimination des déchets avait porté atteinte au droit des requérants au respect de leur vie privée et de leur domicile. La Cour a par ailleurs conclu à la non-violation de l'article 8 sous son volet procédural: les études commandées par le service de la protection civile avaient été rendues publiques par les autorités italiennes en 2005 et 2008 et celles-ci s'étaient dès lors acquittées de l'obligation d'informer les personnes concernées, y compris les requérants, quant aux risques potentiels auxquels elles s'exposaient en continuant à résider dans la région. Enfin, la Cour a conclu à la violation de l'article 13 (droit à un recours effectif) de la Convention concernant le grief des requérants portant sur l'absence, dans l'ordre juridique italien, de voies de recours effectives qui leur auraient permis d'obtenir réparation de leur préjudice.

En droit comparé, l'article 45 de la Constitution tunisienne prévoit que «L'État garantit le droit à un environnement sain et équilibré et contribue à la protection du milieu. Il incombe à l'État de fournir les moyens nécessaires à l'élimination de la pollution de l'environnement».

En application de ces dispositions, le juge cantonal d'Agareb (Gouvernorat de Sfax), a ordonné l'arrêt immédiat de jets d'ordures et de déchets dans la décharge de Kanna (jugement du 11 juillet 2019). Pour justifier sa décision, le juge évoque les dangers que représente la décharge

pour la santé des citoyens. Elle les empêche aussi de jouir de leur droit de vivre dans un environnement sain.

La décision concerne le ministère des Affaires locales et de l'environnement, la société chargée de transporter les déchets, l'Agence nationale de la gestion des déchets et l'Office national du thermalisme et de l'hydrothérapie. Ainsi, ces organes sont désormais tenus de rassembler les déchets qui ont été jetés. Ils disposent, pour ce faire, de 6 mois à compter de la publication de la décision⁽¹⁾.

En ce qui concerne la question de la pollution de l'eau, la CEDH a reconnu que «L'obligation positive de prendre toutes les mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits que les requérants puisent dans le paragraphe 1 de l'article 8 [de la Convention européenne des droits de l'Homme] implique, avant tout, pour les États, le devoir primordial de mettre en place un cadre législatif et administratif visant à une prévention efficace des dommages à l'environnement et à la santé humaine» (Tatar c. Roumanie, 27 janvier 2009, § 88)⁽²⁾; dans le même sens également, Budayeva c. Russie, §§ 129-132, 20 mars 2008).

Dans le cadre des obligations positives découlant de l'article 8 de la Convention, la Cour tient à souligner l'importance du droit du public à l'information, tel que consacré par sa jurisprudence. Elle rappelle que l'importance de l'accès du public aux conclusions des études environnementales préliminaires ainsi qu'à des informations permettant d'évaluer le danger auquel il est exposé ne fait pas de doute (§ 113).

De sa part, la Commission africaine des droits de l'Homme et des Peuples (CnADHP) a traité la question de la pollution dans l'affaire SERAC et CESR contre le Nigéria (2002)⁽³⁾.

La communication allègue que le gouvernement militaire nigérian est directement impliqué dans l'exploitation du pétrole par le biais d'une société d'État, le Nigeria National Petroleum Company, laquelle est actionnaire majoritaire dans un consortium avec Shell Petroleum

⁽¹⁾ D'autre part, le juge cantonal assure que plusieurs données ont démontré que l'air respiré par les citoyens aux alentours de la décharge est pollué et que sa teneur en certaines substances dépassent les normes, ce qui constitue un danger.

⁽²⁾ Disponible en ligne sur: <https://hudoc.echr.coe.int/eng>.

⁽³⁾ Disponible en ligne sur: <https://www.achpr.org/fr>.

Development Corporation; et que les activités de ce consortium ont causé de graves dommages à l'environnement et des problèmes de santé au sein de la population Ogoni du fait de la contamination de l'environnement.

Pour la Commission, «Le droit à un environnement général satisfaisant tel que garanti en vertu de l'article 24 de la Charte africaine ou le droit à un environnement sain, comme c'est bien connu, impose en conséquence des obligations claires au gouvernement. Cela requiert de l'État de prendre des mesures raisonnables et d'autres mesures pour prévenir la pollution et la dégradation écologique, favoriser la préservation de l'environnement et garantir un développement écologiquement durable et l'utilisation des ressources naturelles» (§ 52).

«Le respect par le gouvernement de l'esprit des articles 16 et 24 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples doit également inclure le fait d'ordonner ou au moins de permettre la surveillance scientifique indépendante des environnements menacés, d'exiger et de publier des études sur l'impact social et environnemental avant tout développement industriel majeur; d'entreprendre la surveillance appropriée et d'informer les communautés exposées aux activités et produits dangereux et d'offrir aux individus la possibilité d'être entendus et de participer aux décisions relatives au développement affectant leurs communautés» (§ 53).

Pour la Commission, les gouvernements ont le devoir de protéger leurs citoyens, non seulement en adoptant des législations appropriées et en les appliquant effectivement, mais également en protégeant lesdits citoyens d'activités préjudiciables qui peuvent être perpétrées par les parties privées (voir *Union des jeunes avocats c. Tchad*). Ce devoir requiert une action positive de la part des gouvernements lorsqu'ils doivent s'acquitter de leurs obligations aux termes des instruments des droits de l'Homme. Les procédures engagées devant d'autres tribunaux permettent également de faire ressortir cette exigence, comme on peut l'observer dans le litige *Velásquez Rodríguez c. Honduras*. Dans ce jugement historique, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme a statué que lorsqu'un État permet à des personnes ou à des groupes privés d'agir librement et avec impunité au détriment des droits reconnus, il se met en réelle violation de ses obligations consistant à protéger les droits humains de ses citoyens (§ 57).

La Commission conclut enfin que «les droits collectifs, environnementaux, économiques et sociaux sont des éléments essentiels des droits de l'Homme en Afrique (...). Le gouvernement nigérian n'a pas satisfait au minimum des attentes de la Charte africaine» (§ 68).

«La Commission africaine ne souhaite pas mettre en cause les gouvernements qui travaillent dans des conditions difficiles en vue d'améliorer le niveau de vie de leurs populations. Toutefois, la situation du peuple Ogoni exige, du point de vue de la Commission, une révision de l'attitude du gouvernement face aux allégations contenues dans la communication en question» (§ 69).

II- Le droit à l'eau comme composante d'autres droits fondamentaux

Si le droit à l'eau n'est pas expressément reconnu en tant que droit de l'Homme autonome dans les instruments internationaux contraignants, le droit international des droits de l'Homme prévoit certaines obligations régissant l'accès à l'eau potable, dans la mesure où il couvre à la fois le droit à un niveau de vie suffisant, le droit la vie et à la santé, mais aussi le droit à l'environnement, ainsi que la notion même de dignité de la personne humaine et de la vie privée⁽¹⁾.

Ainsi, le recours aux droits fondamentaux fournit le maximum de garanties à la réalisation du droit à l'eau (A); par ailleurs, l'eau est une ressource indispensable pour produire l'énergie en particulier l'électricité (B).

A. L'importance du recours aux droits fondamentaux

Outre le PIDESC où le droit à l'eau est consacré indirectement, on retrouve ce droit mentionné dans des instruments spécifiques; dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes («conditions de vie convenables, notamment en ce qui concerne le logement, l'assainissement, l'approvisionnement en électricité et en eau, les transports et les communications», article 14 § 2); dans la

⁽¹⁾ Le droit à l'eau, fiche d'information n° 35, op. cit., page 3.

Convention relative aux droits de l'enfant («Lutter contre la maladie et la malnutrition, y compris dans le cadre de soins de santé primaires, grâce notamment à l'utilisation de techniques aisément disponibles et à la fourniture d'aliments nutritifs et d'eau potable, compte tenu des dangers et des risques de pollution du milieu naturel», article 24, § 2); et dans la Convention relative aux droits des personnes handicapées («Assurer aux personnes handicapées l'égalité d'accès aux services d'eau salubre», article 28 § 2).

La Charte arabe des droits de l'Homme (2004) consacre le droit à l'eau par l'intermédiaire des droits à la vie (article 5) et à un niveau de vie suffisant (article 38), mais aussi à l'aune des droits au développement (article 37) et à la santé («[la] garantie à chacun de la nourriture de base et de l'eau potable», article 39 § 2).

Le Droit international humanitaire contient également des dispositions qui protègent expressément l'accès à l'eau potable et à l'assainissement; les Conventions de Genève (1949) et leurs Protocoles additionnels (1977) mentionnent l'importance fondamentale de l'accès à l'eau potable et à l'assainissement pour la santé et la survie lors de conflits armés internationaux et non internationaux (article 54 du Protocole I à titre d'exemple). Bien plus, constitue un crime de guerre, le fait d'affamer délibérément des civils comme méthode de guerre en les privant de biens indispensables à leur survie (article 8, § 2-b-xxv du Statut de Rome créant la Cour pénale internationale).

En jurisprudence comparée, les tribunaux ont jugé un nombre croissant d'affaires ayant trait à l'accès à l'eau potable et à l'assainissement dans le cadre de la protection du droit à la vie, à la santé et à un logement convenable ou du droit à un environnement sain.

En effet, l'article 11 du PIDESC reconnaît le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence (également, l'article 27 de la Convention relative aux droits de l'enfant; l'article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme).

Le CODESC a déjà reconnu que l'eau est un droit fondamental visé par l'article 11 § 1 (voir l'Observation générale n° 6 de 1995). En outre, le

Comité examine régulièrement le droit à l'eau (et à l'assainissement) sous l'angle des articles 11 (droit à un niveau de vie suffisant) et 12 (droit à la santé) du PIDESC. Le droit à l'eau est ainsi inextricablement lié aux droits à une nourriture et à un logement suffisants et au droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint.

En premier lieu, et selon le Comité, l'article 11 § 1 du Pacte énonce un certain nombre de droits qui découlent du droit à un niveau de vie suffisant – «y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants» – et qui sont indispensables à sa réalisation. L'emploi de l'expression «y compris» indique que ce catalogue de droits n'entendait pas être exhaustif. Le droit à l'eau fait clairement partie des garanties fondamentales pour assurer un niveau de vie suffisant, d'autant que l'eau est l'un des éléments les plus essentiels à la survie.

Pour le Conseil constitutionnel français, il existe un lien entre le droit à l'eau et l'objectif de valeur constitutionnelle de disposer d'un logement décent issu du Préambule de la Constitution de 1946, d'où l'interdiction d'interrompre la distribution d'eau dans les résidences principales (décision n° 2015-470 QPC du 29 mai 2015, Société SAUR SAS).

Le Conseil, «Considérant qu'il résulte des premier, dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 que la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle (§ 6);

Considérant, en premier lieu, qu'en interdisant aux distributeurs d'eau d'interrompre la distribution d'eau dans toute résidence principale tout au long de l'année pour non-paiement des factures, le législateur a entendu garantir l'accès à l'eau pour toute personne occupant cette résidence; qu'en ne limitant pas cette interdiction à une période de l'année, il a voulu assurer cet accès pendant l'année entière; qu'en prévoyant que cette interdiction s'impose quelle que soit la situation des personnes titulaires du contrat, il a, ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires de la loi du 15 avril 2013 susvisée, entendu s'assurer qu'aucune personne en situation de précarité ne puisse être privée d'eau; que le législateur, en garantissant dans ces conditions l'accès à l'eau qui répond à un besoin essentiel de la personne,

a ainsi poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent» (§ 7).

En second lieu, le CODESC dans son Observation générale n° 14 (2000) sur le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint, a souligné que le processus d'élaboration du PIDESC et le libellé de son article 12 § 2 reconnaissent que le droit à la santé s'étendait aux déterminants de la santé, y compris l'accès à l'eau potable et à l'assainissement⁽¹⁾.

La CnADHP a traité plusieurs types de violations du droit à la santé dans l'affaire SERAC et CESR (citée plus haut).

Les Plaignants allèguent que le gouvernement nigérian a violé le droit à la santé et le droit à un environnement propre, tels que reconnus aux termes des articles 16 et 24 de la Charte africaine en négligeant d'accomplir les obligations minimales liées à ces droits. Les Plaignants allèguent en outre que le gouvernement a fait cela en: participant directement aux activités de contamination de l'air, de l'eau et du sol, nuisant, en ce faisant, à la santé du peuple Ogoni; négligeant de protéger la population Ogoni contre les torts causés par le Consortium Shell NNPC, et en utilisant plutôt ses forces de sécurité pour faciliter les dommages causés; négligeant de fournir ou de permettre la conduite d'études sur les risques éventuels ou réels sur l'environnement et la santé, causés par les activités pétrolières (§ 50).

Dans l'affaire Otgon c. République de Moldova du 25 octobre 2016, la requérante se plaignait du montant de l'indemnité (l'équivalent de 648 euros) octroyée par les tribunaux après qu'elle avait bu de l'eau du robinet contaminée, à la suite de quoi, elle avait dû passer deux semaines à l'hôpital. La CEDH a conclu à la violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée) de la Convention, jugeant que, si les tribunaux internes avaient certes établi les responsabilités et octroyé une indemnité dans la procédure conduite contre le prestataire public local, la somme allouée avait été insuffisante au vu de la gravité du préjudice causé à la santé de la requérante.

⁽¹⁾ Le droit à l'eau, fiche d'information n° 35, op. cit., page 6.

Pour la Cour de justice de l'Union européenne, l'accès à l'eau est un enjeu majeur non seulement en termes de santé mais également de développement (Grande chambre, 11 septembre 2012, affaire C-43/10, *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias et a. c/ Ypourgos Perivallontos et al*)⁽¹⁾.

En 3^{ème} lieu, le droit à l'eau devrait également être considéré conjointement avec les autres droits consacrés dans la Charte internationale des droits de l'Homme, et d'abord les droits à la vie et à la dignité (CODESC, OG n° 15, § 3).

En interprétant le droit à la vie au regard du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Comité des droits de l'Homme, dans son Observation générale n° 6 (1982), a souligné que, outre la protection contre la privation arbitraire de la vie, ce droit imposait aux États d'assurer l'accès à des moyens de survie et d'adopter des mesures positives notamment pour réduire la mortalité infantile, accroître l'espérance de vie et éliminer la malnutrition et les épidémies.

Dans l'affaire *Subhash Kumar v. State of Bihar*, la Cour suprême de l'Inde a fait valoir que le droit à l'eau était un droit fondamental en vertu de l'article 21 de la Constitution et qu'il englobait le droit de jouir d'une eau exempte de pollution aux fins du plein exercice du droit à la vie⁽²⁾.

Pour la Cour interaméricaine des droits de l'Homme également, l'absence d'accès à l'eau potable et à l'assainissement est une violation du droit à la vie. Dans l'affaire *Sawhoyamaxa Indigenous Community c. Paraguay*, la Cour a estimé que les conditions de vie des populations autochtones Sawhoyamaxa, qui avaient entraîné la mort de plusieurs de leurs membres, constituaient une violation de leur droit à la vie.

Interdite d'accès à ses terres ancestrales, la communauté autochtone Sawhoyamaxa avait été contrainte de vivre le long des routes, sans aucun service de base tel que soins de santé, eau potable ou assainissement. La source la plus fiable de leur eau de boisson était l'eau de pluie, mais elle était disponible en très faible quantité en raison de l'insuffisance des capacités de stockage. Bien que les autorités aient mis à leur disposition

⁽¹⁾ Voir: <http://www.gisti.org/spip.php?article5245>.

⁽²⁾ Le droit à l'eau, fiche d'information n° 35, op. cit., page 45.

deux réservoirs en fibre de verre, l'eau fournie n'était pas potable. Dans ce contexte, de nombreux membres de la communauté, en particulier des enfants et des personnes âgées, étaient morts de déshydratation.

Dans son jugement, la Cour a enjoint au Gouvernement d'adopter sans délai et de façon régulière et permanente des mesures visant à fournir aux membres de la communauté de l'eau potable en quantité suffisante pour leur consommation et leur hygiène personnelle, et de mettre en place des latrines ou d'autres types d'installations sanitaires là où était implantée la communauté. Elle a souligné que ces services devraient être assurés en attendant que les terres traditionnelles de la communauté autochtone Sawhoyamaxa lui soient effectivement restituées⁽¹⁾.

Encore faut-il prouver le lien de causalité entre la disponibilité, la qualité et/ou l'accessibilité et le droit à la vie; la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples l'a clairement rappelé dans l'affaire Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Kenya (arrêt du 26 mai 2017, requête n° 006/2012)⁽²⁾, une affaire relative à l'expulsion d'une population autochtone, les Ogiek, de la forêt de Mau, ayant affecté leur mode de vie traditionnel.

La Cour relève que le droit à la vie, consacré à l'article 4 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, est un droit dévolu à l'individu indépendamment du groupe auquel il appartient. La Cour comprend en outre que la violation des droits économiques, sociaux et culturels (y compris par des expulsions forcées) est généralement susceptible de créer des conditions peu favorables à une vie décente. Toutefois, la Cour estime que le seul fait de l'expulsion et de la privation des autres droits sociaux, économiques et culturels ne donne pas nécessairement lieu à la violation du droit à la vie aux termes de l'article 4 de la Charte (§ 153).

En l'espèce, il est sans conteste que la forêt de Mau a été le domaine où les Ogiek ont vécu depuis des générations et que leurs moyens de subsistance dépendent de cet environnement. En tant que population de

⁽¹⁾ Ibid., page 49.

⁽²⁾ Disponible en ligne sur: <https://fr.african-court.org/images/Publications/Recueil-de-jurisprudence-de-la-Cour-africaine-Volume-2.pdf>.

chasseurs-cueilleurs, c'est dans la forêt de Mau que les Ogiek ont installé leurs habitations, qu'ils collectent et produisent leur nourriture, leurs médicaments ainsi que les autres moyens de survie. Il n'y a donc aucun doute que leur expulsion a eu un impact négatif sur leur existence décente dans la forêt. Selon la requérante, des membres de la communauté Ogiek ont perdu leur vie à diverses périodes, à cause du manque de biens de première nécessité comme la nourriture, l'eau, l'abri, les médicaments, de même que l'exposition aux intempéries et aux maladies, suite à leur expulsion forcée. La Cour note cependant que la requérante n'a pas démontré le lien de causalité entre l'expulsion des Ogiek par le défendeur et les décès qui seraient dûs à cette expulsion. La requérante n'a apporté aucune preuve à ce sujet (§ 155). De ce qui précède, la Cour conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article 4 de la Charte (§ 156).

Par ailleurs, la notion d'approvisionnement en eau adéquat doit être interprétée d'une manière compatible avec la dignité humaine⁽¹⁾. La non-discrimination et l'égalité sont également des principes fondamentaux qui sous-tendent les droits de l'Homme et elles jouent un rôle déterminant dans le droit à l'eau.

La discrimination en matière d'accès à l'eau potable et à l'assainissement peut trouver ses racines dans des lois, des politiques ou des mesures discriminatoires; des politiques d'exclusion; des politiques de gestion de l'eau discriminatoires; le refus de garantir le maintien dans les lieux; l'insuffisance de participation à la prise de décisions; ou l'absence de protection contre des pratiques discriminatoires de la part d'acteurs privés⁽²⁾.

En juillet 2010, le Comité des droits de l'Homme a adopté des «observations» sur les actions d'Israël dans le secteur de l'eau. Il a mis en évidence les restrictions d'eau affectant de manière disproportionnée la Palestine et a demandé que tous les résidents de cette zone soient traités de façon égale. Il a aussi demandé qu'Israël autorise la construction

⁽¹⁾ CODESC, OG n° 15, § 11.

⁽²⁾ Le droit à l'eau, fiche d'information n° 35, op. cit., page 16.

d'infrastructures concernant l'eau et l'assainissement. Ces observations stigmatisent les discriminations en la matière⁽¹⁾.

Il s'agit ainsi d'un droit qui s'applique à tout être humain, sans aucune discrimination; face à la question de savoir si, d'un point de vue constitutionnel, les requérants d'asile qui ont fait l'objet d'une décision de non-entrée peuvent-ils être privés de l'aide d'urgence pour le motif qu'ils ont manqué à leur devoir de collaborer lors de l'exécution du renvoi, un arrêt du Tribunal fédéral suisse (arrêt 131 I 166, 18 mars 2005) a conclu que «la menace de lui couper les vivres ne saurait être brandie pour contraindre un étranger se trouvant illégalement en Suisse à accepter de partir»⁽²⁾.

Dans l'affaire *European Roma Rights Centre*⁽³⁾ c. Italie (plainte n° 27/2004, décision du 7 décembre 2005)⁽⁴⁾, le Comité européen des droits sociaux a décidé, à titre préliminaire, que les articles 31 et E de la Charte sociale européenne révisée s'étendent aux Roms. L'article 31 oblige les gouvernements à promouvoir l'accès à un logement convenable, à prévenir le sans-abrisme et à garantir l'accès au logement social. L'article E interdit la discrimination, qu'elle soit intentionnelle ou non, fondée sur la race ou l'origine sociale. Le Comité a interprété le droit au logement de la Charte comme incluant le droit à des éléments de confort indispensables: eau, installations sanitaires, électricité⁽⁵⁾...

Contrairement à ces constatations, la CEDH n'a pas conclu à des violations des droits des requérants, tous des ressortissants slovènes

(1) Henri SMETS, « Le droit de l'homme à l'eau et à l'assainissement est finalement reconnu », *Revue juridique de l'environnement* 2011/1 (Volume 36), pages 79 à 89, disponible en ligne sur: <https://www.cairn.info/revue-revue-juridique-de-l-environnement-2011-1-page-79.htm>.

(2) <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/HRViolations/Switzerland.doc>

(3) *European Roma Rights Centre* a intenté une action contre l'Italie pour violation des articles 31 et E de la Charte sociale européenne révisée en ne protégeant pas le droit de la population rom au logement et en discriminant systématiquement la communauté rom.

(4) Disponible en anglais sur:

https://www.escri-net.org/sites/default/files/caselaw/errc_v_italy_decision.pdf.

(5) « Article 31 § 1 guarantees access to adequate housing, which means a dwelling which is structurally secure; safe from a sanitary and health point, i.e. it possesses all basic amenities, such as water, heating, waste disposal, sanitation facilities, electricity; not overcrowded and with secure tenure supported by law » (§ 35).

d'origine rom, qui alléguaient qu'ils n'avaient pas pu bénéficier d'un accès à l'eau potable et aux services d'assainissement, faute pour l'État d'avoir pris en considération leur style de vie et leur statut de minorité (Hudorovič et autres c. Slovénie du 10 mars 2020). La Cour a en effet conclu à la non-violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée) de la Convention européenne des droits de l'Homme à l'égard des requérants. Elle a jugé en particulier que les autorités slovènes avaient pris des mesures positives, en tenant compte de la situation défavorisée des requérants, aux fins de fournir aux intéressés un accès adéquat à l'eau potable. Elle a estimé en outre que les requérants avaient aussi la possibilité d'installer d'autres équipements d'assainissement grâce aux aides sociales qu'ils percevaient de l'État. La Cour a également conclu à la non-violation de l'article 14 (interdiction de la discrimination) de la Convention combiné avec l'article 8 et à la non-violation de l'article 3 (interdiction des traitements inhumains ou dégradants) de la Convention pris isolément ou combiné avec l'article 14.

Les juridictions administratives françaises ont, de leur part, contribué à renforcer un cadre protecteur du droit à l'eau sous l'angle de ces principes; illustration du principe d'égalité devant le service public s'agissant de l'eau (Conseil d'État, 28 avril 1993, n° 95139); pour les droits des demandeurs d'asile, Conseil d'État, 15 novembre 2019, n° 435462 (demandeurs d'asile tibétains dans un camp en lisière de forêt, considérant 8 pour la carence des autorités liée à l'accès à l'eau et à l'hygiène des occupants); «l'atteinte aux droits et à la dignité des requérants ainsi que l'extrême précarité de leurs conditions de vie et l'insécurité à laquelle ils sont soumis au sein du bâtiment révèlent une situation d'urgence caractérisée et d'atteinte grave et manifestement illégale à la dignité humaine» (Conseil d'État, référé, 22 janvier 2019, n° 425888 et autres; également, Tribunal administratif Melun, référé, 14 avril 2020, n° 2002971 (être confiné dans un campement sans accès à l'eau potable et sanitaire porte atteinte à la dignité humaine; Tribunal administratif Cergy Pontoise, référé liberté, 28 avril 2020, n° 2004196: l'absence d'accès dans un campement à l'eau potable sur place ou à proximité et à des toilettes porte atteinte à la dignité des personnes qui y vivent).

En 4^{ème} lieu, ces juridictions ont même conclu à la violation du droit à ne pas subir un traitement inhumain et dégradant; ainsi, «en raison d'un accès manifestement insuffisant à l'eau et à des toilettes et de l'absence de ramassage des déchets, la population du camp est confrontée à une prise en compte insuffisante de ses besoins élémentaires en matière d'hygiène et d'alimentation en eau potable et se trouve exposée à un risque d'insalubrité; qu'il est ainsi porté une atteinte grave et manifestement illégale à son droit à ne pas subir un traitement inhumain et dégradant» (Tribunal administratif de Lille, référé liberté, association Médecins du monde et autres, 2 novembre 2015, n° 1508747, décision confirmée par le **CE, 23 novembre 2015**); également Tribunal administratif de Nantes, 30 septembre 2019, n° 1910212 (demandeurs d'asile dans un gymnase, considérants 13, 14 et 15 montrant la carence des autorités et traitements inhumains et dégradants qui découlent s'agissant de l'accès à l'eau et aux sanitaires).

Pour la CEDH également, des conditions d'incarcération inappropriées du fait du manque d'eau ou d'assainissement sont jugées comme étant constitutives d'un traitement dégradant (affaire Kadikis c. Lettonie n° 62393/00 du 4 mai 2006). La Cour a relevé «l'absence d'eau potable et, plus généralement, d'eau courante dans la cellule du requérant». Elle considère qu'en toute hypothèse, la détention de celui-ci dans de telles conditions pendant quinze jours ne pouvait que porter atteinte à sa dignité et lui inspirer des sentiments d'humiliation et d'avilissement. Aux yeux de la Cour, cela suffit pour conclure que le traitement infligé au requérant constituait un «traitement dégradant», au sens de l'article 3 de la Convention (§§ 55 et 56)⁽¹⁾; voir également affaire Marian Stoicescu c. Roumanie (n° 12934/02) où le prisonnier a été dans l'obligation d'utiliser une eau impropre à la consommation.

En 5^{ème} lieu, le refus de branchement au réseau d'eau potable, indépendamment de la régularité ou de l'irrégularité du domicile (caravanes), contrevient au droit au respect de la vie privée et familiale

⁽¹⁾ Disponible en ligne sur: <https://juricaf.org/arret/CONSEILDELEUROPE-COUREUROPEENNEDES DroitsDELHOMME-20060504-6239300>

consacré à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (Conseil d'État français, 15 décembre 2010, n° 323250).

De sa part, la CEDH traite parfois la question de l'eau sous l'angle du respect du domicile et de la vie privée et familiale, comme c'est le cas de l'affaire Dzemyuk c. Ukraine du 4 septembre 2014; le requérant alléguait que la construction d'un cimetière à proximité de sa maison avait entraîné la contamination du réseau d'approvisionnement en eau (eau potable et eau d'arrosage), rendant sa maison pratiquement inhabitable et son terrain inutilisable. Il se plaignait également des perturbations causées par les cérémonies d'enterrement. En outre, il mettait en cause l'inexécution par les autorités du jugement définitif et exécutoire déclarant le cimetière illégal, indiquant que rien n'avait été fait pour fermer le cimetière, arrêter les enterrements ou, malgré ses demandes, lui soumettre une proposition détaillée et spécifique de réinstallation.

La Cour a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention, jugeant que l'ingérence dans le droit du requérant au respect de son domicile et de sa vie privée et familiale n'était pas prévue par la loi au sens de cette disposition. Elle a notamment observé que le gouvernement ukrainien n'avait lui-même pas contesté que la construction et l'exploitation du cimetière avaient enfreint les lois et règlements nationaux. Les conclusions des autorités chargées de l'environnement avaient en outre été ignorées. Des décisions judiciaires définitives et contraignantes ordonnant notamment la fermeture du cimetière demeuraient par ailleurs inexécutées et les dangers liés à la pollution de l'eau pour la santé et l'environnement n'avaient pas été pris en compte.

Il va de soi que le droit à un recours effectif en cas de violation des droits humains est indispensable; tout particulier ou tout groupe dont le droit à l'eau a été enfreint doit avoir accès à des recours effectifs, judiciaires ou autres, à l'échelle nationale et internationale (voir l'Observation générale n° 9, § 4, et le Principe 10 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement)⁽¹⁾. A cet effet, les États parties devraient encourager les magistrats et autres professionnels de la justice à

⁽¹⁾ CODESC, OG n° 15, § 55.

s'intéresser davantage, dans l'exercice de leurs fonctions, aux atteintes au droit à l'eau⁽¹⁾.

La jurisprudence française est abondante **contre des coupures** ou une réduction du débit d'eau, telle que l'arrêt de la Cour de cassation du 23 juin 2016, n°15-20338 («la coupure d'eau unilatérale de l'alimentation en eau d'une maison destinée à l'habitation constitue un trouble manifestement illicite» alors même que la cour avait considéré que la maison était inhabitée au moment de la coupure d'eau et que personne n'avait été privé subitement de l'eau); Cour de cassation, 16 mai 2018, 17-13.395 (confirmation définitive que, en cas de non-paiement de factures, les distributeurs d'eau ne peuvent pas réduire le débit de l'eau fournie, quelle que soit la période de l'année).

La CEDH a mis l'accent sur le droit à un recours effectif dans l'affaire Cordella et autres c. Italie du 24 janvier 2019 (émissions nocives de l'usine sidérurgique Ilva de Tarente sur l'environnement et la santé); concluant à la violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée) ainsi qu'à la violation de l'article 13 (droit à un recours effectif) de la Convention, elle a estimé que les requérants n'avaient pas bénéficié d'un recours effectif qui leur aurait permis de soulever, devant les autorités nationales, leurs griefs portant sur l'impossibilité d'obtenir des mesures garantissant la dépollution des zones concernées. Par ailleurs, sous l'angle de l'article 46 (force obligatoire et exécution des arrêts) de la Convention, la Cour a rappelé qu'il appartenait au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe d'indiquer au gouvernement italien les mesures qui devaient être adoptées pour assurer l'exécution de son arrêt, tout en précisant que les travaux d'assainissement de l'usine et du territoire touché par la pollution environnementale occupaient une place primordiale et urgente, et que le plan environnemental approuvé par les autorités nationales, et contenant l'indication des mesures et des actions nécessaires à assurer la protection environnementale et sanitaire de la population, devrait être mis en exécution dans les plus brefs délais.

⁽¹⁾ Ibid., § 58.

B. L'interdépendance entre l'eau et l'électricité

Dans le cycle énergétique, l'eau est nécessaire pour produire l'électricité; sur le plan juridique, l'**article 14 § 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes** est explicite concernant l'électricité comme une composante du droit à un niveau de vie suffisant où les États parties assurent aux femmes le droit de «bénéficier de conditions de vie convenables, notamment en ce qui concerne le logement, l'assainissement, l'approvisionnement en électricité et en eau, les transports et les communications».

L'Objectif 7 des ODD vise à garantir l'accès de tous à des services énergétiques fiables, durables et modernes, à un coût abordable.

Dans de nombreuses régions du monde, le manque d'accès à l'énergie peut entraver les efforts visant à contenir la COVID-19. En effet, les services énergétiques sont indispensables à la prévention des maladies et à la lutte contre les pandémies, que ce soit pour alimenter les établissements de soins de santé et fournir de l'eau salubre aux fins de l'hygiène de base, ou pour assurer la mise en place de communications et de services informatiques qui permettent aux personnes de rester en contact tout en observant une distanciation physique. Sans accès à l'électricité, les hôpitaux et les communautés locales pourraient pâtir davantage de cette catastrophe et le relèvement mondial pourrait s'en trouver considérablement ralenti.

La Représentante spéciale du Secrétaire général pour l'énergie durable pour tous a expliqué pourquoi l'accès à l'énergie est essentiel pendant la crise du coronavirus et a défini trois moyens d'action pour répondre à la crise provoquée par la COVID-19: (1) Donner la priorité aux solutions énergétiques visant à alimenter les établissements de santé et les premiers secours; (2) Maintenir les consommateurs vulnérables connectés; (3) Augmenter la production d'énergie fiable, ininterrompue et suffisante afin de favoriser une reprise économique plus durable⁽¹⁾.

En jurisprudence comparée, le Tribunal judiciaire de Bordeaux (France), référé (22 juin 2020, n° RG 20/00254), dans une affaire où un délai a été accordé jusque mars 2021 aux habitants menacés d'expulsion

⁽¹⁾ <https://www.un.org/sustainabledevelopment/fr/energy/>

pour quitter les lieux, a considéré que «L'expulsion immédiate et sans mesure d'accompagnement des demandeurs et des membres de leur communauté serait donc disproportionnée et constituerait une atteinte à la dignité humaine plus grave que l'atteinte à la propriété immobilière»; «l'eau et l'électricité sont des fluides indispensables à la vie humaine en milieu urbain, et les branchements constatés, pour dangereux et illicites qu'ils soient, répondent à des besoins vitaux».

L'affaire *Leon Joseph and Others v. City of Johannesburg and Others* de la Cour Constitutionnelle de l'Afrique du Sud du 9 octobre 2009 (cas CCT 43/09) fournit un exemple de cas dans lesquels les juridictions ont interprété des aspects des droits économiques, sociaux et culturels comme éléments nécessaires à la protection de la dignité humaine.

Dans cette affaire, l'interruption de l'approvisionnement en électricité a été considérée par la Cour constitutionnelle comme constituant non seulement une mesure rétrogressive, en violation de l'obligation de respecter le droit à un logement convenable garanti en vertu de la Constitution, mais également comme une atteinte à la dignité humaine⁽¹⁾.

En Colombie, le tribunal s'est intervenu suite à une interruption de service pour non-paiement; en raison d'une insuffisance rénale et du traitement médical rendu de ce fait nécessaire, Jimenez de Correa n'était plus apte au travail et ne pouvait plus régler les factures pour les services fournis par les entreprises publiques de Medellín. La compagnie lui a donc coupé l'eau et l'électricité. Le tribunal de district a fait valoir que les services publics étaient inhérents à l'action sociale de l'État et reconnu l'obligation de ce dernier de garantir la prestation desdits services à tous les habitants du pays. En appel, la Cour a confirmé cette décision et ordonné le rétablissement immédiat de l'alimentation en électricité et en eau en faveur de Jimenez, en faisant valoir qu'il s'agissait d'un service public et en mentionnant notamment dans ses décisions les normes internationales et les Observations générales du CODESC⁽²⁾.

On rappelle que dans l'affaire *European Roma Rights Centre c. Italie* (citée plus haut), le Comité européen des droits sociaux a interprété le droit au logement de la charte sociale révisée comme incluant le droit à des

⁽¹⁾ Disponible en ligne sur: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2009/30.html>.

⁽²⁾ Le droit à l'eau, fiche d'information n° 35, op. cit., page 39.

éléments de confort indispensables: eau, installations sanitaires, électricité...

La position du Conseil constitutionnel français dans sa décision du 29 mai 2015 (Société SAUR SAS, citée plus haut) est différente en distinguant le droit à l'eau qui ne tolère aucune exception et le droit à l'électricité; le Conseil «Considérant, en premier lieu, que la société requérante soutient qu'en imposant une interdiction d'interrompre la distribution d'eau tout au long de l'année, alors que les fournisseurs d'électricité, de chaleur et de gaz ne se voient pas imposer une interdiction comparable, les dispositions contestées méconnaissent le principe d'égalité devant la loi (§ 11).

...Considérant que les distributeurs d'eau ne sont pas placés dans la même situation que celle des fournisseurs d'électricité, de gaz ou de chaleur; que les règles applicables à la distribution de l'eau dans les résidences principales sont en rapport direct avec l'objectif poursuivi par le législateur d'assurer la continuité de la distribution de cette ressource; que le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi doit être écarté» (§ 13).

Dans le même sens, la Cour de cassation française (16 mai 2018) a confirmé qu'en cas de non-paiement de factures, les distributeurs d'eau ne peuvent pas réduire le débit de l'eau fournie, quelle que soit la période de l'année, à la différence des fournisseurs d'électricité qui peuvent procéder à une réduction de puissance⁽¹⁾.

○ **En conclusion**, qu'il soit un droit autonome ou une composante d'un droit, l'eau est incontestablement un droit humain. Outre les dispositions relatives à un niveau de vie suffisant notamment, les obligations concernant l'accès à l'eau potable et à l'assainissement sont également implicites dans un certain nombre d'autres dispositions relatives aux droits de l'Homme; elles s'inspirent d'obligations relatives à la promotion et la protection de ces droits, dont les droits à la vie, à la dignité humaine et à la santé.

⁽¹⁾ Disponible en ligne sur:

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/arrets_publics_2986/premiere_chambre_ci_vile_3169/2018_8490/mai_8757/520_16_39354.html.

Avant l'adoption du Code de l'eau (octobre 2020), le droit libanais n'accordait pas une attention au droit à l'eau qui ne constituait pas un droit humain fondamental. Pour ce faire, de développements jurisprudentiels seront nécessaires après l'adoption de ce code, notamment pour mettre l'accent sur le droit à l'eau en tant que droit humain et non pas seulement sur l'incrimination. Le Préambule de la Constitution, les lois nationales notamment le Code de l'eau, le droit international et le droit comparé, constituent des guides encadrant les choix que les juges doivent effectuer dans l'interprétation des textes afin de garantir un système de justice efficace contre les violations du droit à l'eau.

Par ailleurs, plongé dans une profonde crise budgétaire, le Liban n'a d'autre choix pour sortir de la crise de l'eau (y compris les déchets) et de l'électricité, que de compter sur l'aide internationale conformément aux dispositions du PIDESC.

Ainsi, par un «appel au soutien de la Communauté internationale» lancé dans le rapport national soumis au Conseil des droits de l'Homme au 37^{ème} session (janvier 2021) du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel, «L'État libanais compte sur le soutien de la communauté internationale, des bailleurs de fonds et des organisations internationales pour reconstruire ce qui a été détruit, s'attaquer aux causes de la crise financière et économique et réaliser des réformes, afin de préserver l'avenir des habitants du Liban»⁽¹⁾. Encore faut-il que l'État respecte ses engagements en matière des droits humains.

⁽¹⁾ Voir, A/HRC/WG.6/37/LBN/1, § 215.

القسم الثالث: دراسات في القانون الخاص

- د. مساعد راشد العنزي، الأثر القانوني للإعتراف تحت وطأة الإكراه "دراسة مقارنة"
- د. إبراهيم خالد يحيى ود. عمرو إبراهيم صعابنة، الإكراه في ضوء مبادئ اليونيدروا
- د. جبر غازي شطناوي بعنوان: "مدى فعالية الضوابط القانونية لعمل الوسيط المالي في حماية حقوق العملاء."
- د. درار نسيمية، إصدار الأصول المالية و تداولها في الأسواق الثانوية
- د. فانتن حسين حوى، قراءة في مستجدات التنظيم القانوني للأعمال التجارية والافلاس والشركات في ضوء التشريع المقارن (القانون القطري نموذجاً)
- د. علاء الدين عبدالله الخصاونه، قراءات قانونية في مدى تكريس قانون الملكية العقارية الأردني رقم (13) لسنة 2019 للأمن العقاري واستقرار المعاملات وتشجيع الاستثمار
- د. ابراهيم محمد عبيدات، معايير الحماية القانونية لحق المؤلف الأجنبي
- د. محمود ملحم و د. محمد الحريتي، التطور التشريعي لمزاولة مهنة الطب في الكويت
- د. عبد المجيد خلف منصور العنزي، أهلية الموافقة على الأعمال الطبية في دولة الكويت

الدراسة الأولى:

الأثر القانوني للإعتراف تحت وطأة الإكراه "دراسة مقارنة"

د. مساعد راشد العنزي

إن اعتراف المتهم يعتبر أهم أدلة الإثبات منذ القدم فله أهمية كبيرة ومكانة خاصة حيث يعتبر سيد الأدلة وملكها ولا خلاف في أن اعتراف المتهم بجرمه في أي منعطف أو مدار من منعطفات أو مدارات مراحل الحدث الإجرامي وهي إجراءات جمع الاستدلالات أو التحقيق سواء بمعناه الضيق أو الواسع أو المحاكمة ولكونه سيد الأدلة والدليل الأمثل الذي له أثره في إنزال العقوبة بالمتهم فإنه رغم ذلك قد يثير مثل هذا الاعتراف عدة أمور توهن من قوته خاصة حال العدول عنه أو ثبوت صدوره إثر تهديد أو وعد أو وعيد أو حفظ أو تعذيب حيث يفقد حينئذ أهميته التدليلية ابتداءً بل وقوته الاقناعية انتهاءً ولما كان الاعتراف ذو صلة وثيقة بحرية الفرد باعتباره مواطناً في المجتمع وأن الأصل في الإنسان البراءة لاسيما في المواد الجزائية حتى تثبت إدانته ولذا فقد قيدته التشريعات الجزائية وأحاطته بسياج من الشروط لكفالة سلامته.

ولما كان البحث عن أدلة الحدث الإجرامي في كواليس المجهول قد يؤدي إلى المساس بالحريات الفردية للمتهم إزاء ما قد يكتنفها من صعوبات وغموض وما قد يستتبع أقدام المتهم طائعاً مختاراً أو مضطراً إلى الاعتراف على نفسه بارتكاب الجريمة وحينئذ وأثناء هذا الاعتراف تبرز أهمية الاعتراف كدليل يسقط عن المتهم قرينة البراءة الأصلية الأمر الذي يستلزم دائماً إحاطة الاعتراف بضمانات تضمن سلامته قانوناً وتكفل صدقه واقعاً وعملاً.

ولاشك أن المجتمعات التي تسعى إلى كفالة حقوق الإنسان والحريات الفردية حيث تعدها من الأمور الأساسية لتعاضم المجتمع وتقدمه وازدهاره تدرج الاعتراف في أطار تلك الحقوق وفي مقدمة تلك الحريات أي أن الاعتراف لدى تلك المجتمعات يحظى بالعديد من الضمانات

حيث يمتنع وبالتالي لا يتصور إتيان ضغط أو عنف أو تهديد أو وعيد أو إكراه أو حيلة من أجل محاولة انتزاع الاعتراف من المتهم، لكل ذلك ولكون حجية الاعتراف كدليل إدانة له من الرقة والحساسية والخطورة والآثار والنتائج ما من شأنه أن يوجد نوعاً من التناقض بل والتنافر وعدم التلازم بين سعى المتهم نحو الإفلات من العقاب وبين تطويق ذاته وإحاطتها بدليل إدانة مما يثير العديد من الجدل في أروقة المحاكم الجزائية على اختلاف درجاتها عند إنزال العقاب بالمعترف.

لهذا وجدنا ان نقدم هذه الدراسة الموجزة عن الاعتراف على ان نركز فيه على حالات صدور الاعتراف تحت وطأة صور الاكراه المختلفة، وما كان ذلك الا لما تشهده الساحة من انتشار عادة اللجوء إلى الوسائل والإجراءات الغير قانونية لانتزاع الاعتراف من المتهم.

• مبحث تمهيدي: ماهية الاعتراف

♦ أولاً: الإقرار لغة واصطلاحاً

الإقرار لغة: هو مرادف للإقرار، يقال اعترف بالشيء إذا أقر به على نفسه وهو كذلك عند الفقهاء .

أما الإقرار اصطلاحاً: فلم يستقر الفقه على رأي واحد في تحديد معنى الإقرار في المفهوم الاصطلاحي، الا ان الراجح من بين اراء الفقهاء هو ان الاعتراف فقد عرفه البعض بأنه " الإقرار على النفس بحرية وإدراك بارتكاب الأفعال المكونة للجريمة أو بعضها دون تأثير وإكراه وإن أقر المدعى بارتكابه وقائع الجريمة كلها أو بعضها وأنه هو الذي قام بهذا الفعل بنفسه بألفاظ جريئة واضحة وهذا ما أقره الفقه والقضاء⁽¹⁾.

ويتضح بذلك أن الاعتراف في جوهره تقرير أو إعلان وأن موضوعه هو الواقعة سبب الدعوى ونسبة هذه الواقعة إلى المتهم وأنه يتعين أن يكون من صدر الإقرار عنه هو نفسه من تنسب إليه الواقعة بما يترتب عليه من قيام المسؤولية الجنائية عنها ويعني ذلك أن المتهم هو المقر وهو نفسه الذي تنسب إليه الواقعة موضوع الإقرار .

(1) د. محمود نجيب حسني، "شرح قانون الإجراءات الجنائية" الطبعة الثالثة 2001 ص 23

♦ ثانياً: الاعتراف في الشريعة الإسلامية

ويطلق على الاعتراف في الشريعة الإسلامية الإقرار وقد اعتبرت الشريعة الإقرار وسيلة من وسائل الإثبات الإقرار بأخبار بحق لأخر لا إثبات له عليه وهو خبر يتردد بين الصدق والكذب فهو خبر محتمل باعتباره ظاهرة وبذلك لا يكون حجة ولكنه جعل حجة إذا أصطحب بدليل معقول يرجح جانب الصدق على جانب الكذب⁽¹⁾.

ويتضح لنا استناد الشريعة الإسلامية إلى الإقرار كأحد أدلة الإثبات من خلال بعض الآيات القرآنية الكريمة. قوله تعالى: (وَأَخْرُورَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ)، وكذلك قوله تعالى (فَاعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ فَسُخِّفَ لِأَصْحَابِ السَّعِيرِ).

أما في السنة النبوية الشريفة فقال صلى الله عليه وسلم "أغدُ يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فأرجمها" ويدل هذا الحديث الشريف على استعمال الشريعة الإسلامية لاصطلاح الاعتراف في المواد الجزائية أما في المواد المدنية وغيرها فيستعمل اصطلاح الإقرار.

وقد أجمع العلماء على الإقرار وسيلة من وسائل الإثبات وقد أجمعت الأمة الإسلامية على صحة الإقرار لأنه أخبار بنفي التهمة والريبة عن المقر ولأن العاقل لا يكذب على نفسه كذباً ولهذا كان الإقرار أكد من الشهادة وكان حجة في حق المقر يوجب عليه الحد والقصاص والتعزير كما يوجب عليه الحقوق المالية. فأى دليل أقوى من الإقرار بالجريمة لكنه كأى دليل من العناصر التي تملك محكمة الموضوع كامل الحرية في تقدير صحته وحجته في الإثبات. فلا خلاف بين الفقهاء في أن الحدود تثبت بالبينة أو الإقرار عن استجماع شرائطهما وفي أنها تسقط "الحدود" بالرجوع إذا كان الحد حقاً لله تعالى⁽²⁾.

ورغم الحجية التي للإقرار بالنسبة لمن اقر على نفسه فقد وجب على القاضي أن يتيقن من صحته وإلا تعين عدم التعويل عليه فطرح الإقرار إن قام الدليل على عدم الاطمئنان إليه هو من القواعد المعمول بها لدى فقهاء الإسلام.

(1) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق ص 26,27

(2) د. محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، مكتبة دار البيان، دمشق بيروت، ط 1، سنة 1402، (23-22/1).

والإقرار حجة قاصرة على نفس المقر لا تتعداه إلى غيره لأنه خبر يحتمل الصدق والكذب وجانب الصدق منه أرجح لأن العاقل البالغ الراشد المختار لا يخبر بحق يلزمه إلا إذا كان معتقداً بصدق ما يقوله مقرر إقراره واقع عليه وحده وأما قصوره فلأنه حجة على نفس المقر غير متعدية إلى الغير أعتبر حجة بترجيح جانب الصدق فيه.

○ الفصل الأول: أشكال الاعتراف وشروط صحته

◆ تمهيد

الاعتراف دليل من أدلة الإثبات ولكل دليل شروط وقواعد تحقق به صحته فبعض هذه القواعد وارد صراحة في التشريع والبعض الآخر من اجتهاد الفقه اجتهاد يقيد حرية القاضي في الاقتناع وتبرره الرغبة في تأمين الحريات الفردية التي كفلها الدستور⁽¹⁾. ونلاحظ وجود اختلاف في تحديد هذه الشروط وتعدادها بين الفقهاء فمنهم من قسمها إلى ثلاث شروط⁽²⁾ وآخرون إلى أربعة شروط⁽³⁾ والبعض قسمها على ستة شروط⁽⁴⁾.

• المبحث الأول: اشكال الاعتراف وانواعه

◆ أولاً: أشكال الاعتراف

اعتراف المتهم أما أن يكون شفهياً وإما أن يكون مكتوباً وأي منهما كاف في الإثبات. والاعتراف الشفوي يمكن أن يثبت بواسطة كاتب التحقيق أو كاتب الجلسة ولا يلزم أن يكون الاعتراف المثبت بمحضر التحقيق موقفاً عليه من المتهم طالما أن المحضر قد وقع عليه المحقق أو الكاتب.

ولكن الاعتراف الشفهي يعتبر أقل قيمة من الاعتراف المكتوب فكثير من المعترفين ينكرون اعترافاتهم الشفهية ويدعون أنهم أجبروا عليها باستعمال العنف معهم أو التهديدات والوعود.

(1) د. توفيق الشماوي، فقه الإجراءات الجنائية، سنة 1953 ص 4 (م 2 - الإجراءات الجنائية).

(2) د. رؤوف عبيد - مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، ط 12، 1978، ص 247.

(3) د. محمد علي السالم عياد الحلبي، ضمانات الجرية الشخصية أثناء التحري والإستدلال في القانون المقارن، جامعة الكويت، 1981، ص 77.

(4) د. عماد أحمد ربيع، حجبة الشهادة في الإثبات الجنائي، دار الحكمة للطباعة، ص 14.

والاعتراف المكتوب لا يتطلب أن يكون له شكل معين فقد يكون مكتوباً على الآلة الكاتبة أو باليد أو في صورة حديث مستمر أو في شكل أسئلة وأجوبة. وقد نصت بعض التشريعات على أنه يجب لكي يقبل الاعتراف في الإثبات أن يكون مكتوباً وموقعاً عليه من المتهم. وعلى أية حال فإن الاعتراف سواء كان شفويّاً أو مكتوباً فأمره متروك لتقدير القاضي وإقناعه به.

♦ ثانياً: أنواع الاعتراف:

يمكن تقسيم الاعتراف إلى عدة أنواع ترجع إلى فكرة معنية.

- من حيث السلطة التي يصدر أمامها الاعتراف: ينقسم الاعتراف إلى:

1 - اعتراف قضائي:

وهو الاعتراف الذي يصدر أمام المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية بالفعل ويجوز هذا الاعتراف للمحكمة الاكتفاء به والحكم على المتهم بغير سماع الشهود فيبدأ التحقيق في الجلسة بالمناداة على الخصوم والشهود ويسأل المتهم عن اسمه ولقبه وسنة وبعد ذلك يسأل المتهم عما إذا كان معترفاً بارتكاب الفعل المسند إليه فإن اعترف جاز للمحكمة الاكتفاء باعترافه والحكم بغير سماع الشهود وإلا فتسمع شهادة شهود الإثبات⁽¹⁾.

2- اعتراف غير قضائي:

وهو الاعتراف الذي يصدر خارج المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية فإذا صدر الاعتراف الجزائي أمام محكمة مدنية بصدد دعوى مدنية منظورة أمامها فإنه يعتبر اعترافاً غير قضائي واعتراف المتهم في تحقيق النيابة أو أمام إحدى جهات التحقيق أو قضاء الإحالة أو في محضر جمع الاستدلالات يعتبر اعترافاً غير قضائي⁽²⁾.

(1) د. محمد معروف عبدالله، خصائص الإثبات الجنائي، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، 1986 ص 244.

(2) د. محمد معروف عبدالله، المرجع السابق ص 254.

كما يعتبر اعترافاً غير قضائي الاعتراف الذي يرد ذكره في التحقيقات نقلاً عن أقوال منسوبة على المتهم خارج مجلس القضاء.

كمن يعترف في تحقيق أداري أو كمن يعترف بارتكاب الجريمة أمام أحد الأشخاص ويشهد ذلك الشخص بالتحقيق بالاعتراف الذي سمعه على أنه طبقاً لمبدأ حرية القاضي في تكوين اعتقاده فإن القاضي الجزائي حر في تقدير قيمة الاعتراف قضائياً كان أو غير قضائي وليس هناك ما يمنع من أن يكون الاعتراف الغير قضائي سبباً في الإدانة لأنه لا يخرج عن كون دليلاً في الدعوى يخضع لتقدير القاضي كباقي الأدلة وكل ما في الأمر أن الاعتراف الغير قضائي لا يصلح أن يكون سبباً في اكتفاء المحكمة به والحكم على المتهم بغير سماع شهود.

- من حيث الحجية ينقسم الاعتراف إلى نوعين:

1- الاعتراف كدليل أثبات: ويستوي فيه أن يكون اعترافاً قضائياً أو غير قضائي وينقسم هذا الاعتراف بدوره إلى نوعين.

أ. الاعتراف كدليل إقناع شخصي: وهو الذي لا يحتّمه القانون كدليل للإدانة بل أنه يستوي مع غيره من أدلة الإثبات في قوته الإقناعية.

ب. الاعتراف كدليل قانوني: وهو الذي يستلزمه القانون كمصدر للإدانة هو أو بعض الأدلة القانونية الأخرى.

2- الاعتراف كسبب للإعفاء من العقاب: رأى المشرع في بعض الجرائم الخاصة التي ترتكب في الظلام أو يصعب إثبات التهمة فيها بالنظر إلى ما يحيطها من دقة في تنفيذ أن يشجع الجناة على كشفها وإرشاد السلطات إلى حقيقة المساهمة فيها فنص على إعفاء الجناة من العقاب إذا اعترفوا بشروط معينة.⁽¹⁾

• المبحث الثاني: شروط صحة الاعتراف

الاعتراف دليل من أدلة الإثبات ولكل دليل شروط وقواعد تحقق به صحته فبعض هذه القواعد وارد صراحة في التشريع والبعض الآخر من اجتهاد الفقه اجتهاد يقيد حرية القاضي

(1) د.حاتم بكار - حماية المتهم في محاكمة عادلة، منشأة المعارف بالاسكندرية، بلاسنة الطبع، ص 33.

في الاقتناع وتبرره الرغبة في تأمين الحريات الفردية التي كفلها الدستور، ونلاحظ وجود اختلاف في تحديد هذه الشروط وتعدادها بين الفقهاء فمنهم من قسمها إلى ثلاث شروط وآخرون إلى أربعة شروط والبعض قسمها على ستة شروط. وسنتناول في هذا المبحث الشروط الأربعة المتفق عليها على النحو التالي:

- 1- أن تتوافر الأهلية الإجرائية لدى المعترف
- 2- أن يصدر الاعتراف عن إرادة حرة.
- 3- أن يكون الاعتراف صريحاً.
- 4- استناد الاعتراف إلى إجراءات صحيحة.

♦ الشرط الأول: أن تتوافر الأهلية الإجرائية لدى المعترف

الأهلية الإجرائية شرط هام ينبغي أن تتوافر في الشخص الذي صدر عنه الاعتراف وهي تعني الأهلية لمباشرة نوع من الإجراءات على نحو يعتبر معه هذا الإجراء صحيحاً ويتبع آثاره القانونية وهي لا ترتبط بضوابط الأهلية للمسئولية الجنائية ولكن مناطها فهم ماهية الإجراء وإمكان تقدير آثاره أي توافر الإدراك أو التمييز دون اشتراط حرية الاختيار. أما الأهلية الجنائية فهي الأساس لمساءلة الشخص جنائياً ويتمثل ذلك في مدى قدرة الشخص على الإرادة الحرة وهذه الأخيرة أساس المسئولية الجنائية وعناصر هذه الأهلية هي الشروط التي يوجبها القانون للاعتداد بإرادة الجاني وتتمثل في الإدراك أو التمييز وحرية الاختيار. فالإدراك والتمييز هو قدرة الشخص على فهم ماهية أفعاله وطبيعتها وتوقع آثارها وما يترتب عليه من نتائج وليس في فهم التكليف القانوني للفعل أما حرية الاختيار فهي أن يتوفر لدى الشخص الإرادة الحرة أي القدرة على توجيه الإرادة إلى عمل معين أو الامتناع عنه⁽¹⁾.

والأصل العام أن كل من توافرت له الأهلية للمسئولية الجنائية تتوافر له كذلك الأهلية الإجرائية ولكن هذه القاعدة غير مطلقة فقد يكون المتهم أهلاً جنائياً وإجرائياً وقت ارتكاب الفعل الإجرائي ثم يفقد أهليته الإجرائية بعد ذلك كمن يصاب بجنون لاحق على ارتكاب الجرم بل قد

(1) د. محمد سعيد مجذوب، الحريات العامة وحقوق الإنسان، الطبعة الأولى، طرابلس، لبنان، 1986، ص 199

يكون المتهم أهلاً لمسئولية جنائية وقت فعله ولكن أهليته الإجرائية تكون منتفية كالحديث والأصل عدم جواز اتخاذ ذات الإجراءات ضد شخص إلا إذا توافرت له الأهلية الإجرائية كما تقتضيه الإجراءات وخاصة مرحلة المحاكمة من مشاركة للمتهم فيها واستطاعته لإبداء دفاعه كاملاً. والأهلية الإجرائية للمعترف تقوم على شرطين هما: أن يكون المعترف متهماً بارتكاب الجريمة وتوافر الإدراك والتمييز وقت الإدلاء بالاعتراف وسوف نوضح هذين الشرطين كما يلي.

أ- أن يكون المعترف متهماً بارتكاب الجريمة

يشترط في الشخص الذي يصدر منه الاعتراف أن يكون وقت اعترافه متهماً بارتكاب الجريمة فالشاهد الذي يعترف بارتكاب الجريمة أثناء الإدلاء بشهادته لا يعتبر ما صدر منه اعتراف بالمعنى القانوني لأنه وقت صدور هذا الاعتراف لم يكن أهلاً له وبعبارة أخرى لم تتوافر فيه الأهلية اللازمة للاعتراف بارتكاب جريمته وهي أن يكون متهماً.

ب- أن يتوافر الإدراك والتمييز وقت الإدلاء بالاعتراف

لاكتمال الأهلية الإجرائية لدى المتهم المعترف يجب أن يكون متمتعاً بالإدراك والتمييز وقت الإدلاء باعترافه بأن تكون لديه القدرة على فهم ماهية أفعاله وطبيعتها وتوقع أثارها ولا يتمتع الصغير والمجنون والسكران بهذه الأهلية وينعدم الإدراك والتمييز لديهم والاعترافات الصادرة منهم غير مقبولة في الإثبات الجزائي. وعليه سنتناول اعتراف الصغير، اعتراف المجنون أو المصاب بعاهة في العقل واعتراف السكران على النحو التالي:

1- اعتراف الصغير:

في المسائل الجنائية لا يشترط في المتهم سناً معينة عند اعترافه أي أنه لا يتقيد بسن الرشد الذي تعارف على تحديد في القانون المدني وذلك لاختلاف الاعتراف الجنائي عن الإقرار المدني كما بينا سابقاً.⁽¹⁾

(1) د. عبدالحكم فودة، امتناع المساءلة الجنائية في ضوء الفقه، دار المطابع الجامعية، اسكندرية، ص 31.

وعليه فإن اعتراف الصغير دون السابعة لا يقبل في الإثبات لانعدام التمييز لديه مما يترتب عليه عدم توافر القوى الذهنية القادرة على تفسير المحسوسات وإدراك ماهية الأفعال وتوقع أثارها. أما الصغير الذي أكمل السابعة من عمره فيرجع لسلطة قاض الموضوع في تقديره لمدى فهم الصغير لماهية أفعاله التي اعترف بها وما يترتب عليها من نتائج وعلى ضوء ذلك للمحكمة أن تأخذ بها الاعتراف أو أن تطرحه جانباً.

وهنا يظهر الاختلاف بين الأهلية الجنائية والأهلية الإجرائية فمن مظاهر هذا الاختلاف إن الصغير ناقص الأهلية الجنائية ممكن أن يكون أهلاً لصدور اعتراف صحيح منه رغم كونه غير كامل التمييز ومسئوليته الجنائية ناقصة ولكن قد يتبين للقاض أنه أهل لصدور اعتراف صحيح منه فيأخذ به في الإثبات.

ولا يأخذ القضاء الانجليزي باعتراف الصغير الذي لم يبلغ عشر سنوات لانعدام التمييز لديه أما الصغير من سن عشر سنوات إلى أربع عشر سنوات فيشترط للأخذ باعترافه أن تثبت مقدرته على تمييز الخطأ.⁽¹⁾

2- اعتراف المجنون أو المصاب بعاهة في العقل:

لقد عرف الفقه الجنون بعدة تعريفات منها أنه "حالة الشخص الذي يكون عاجزاً عن توجيه تصرفاته على صورة صحيحة بسبب توقف قواه العقلية عن النمو أو انحرافها أو انحطاطها بشرط أن يكون ذلك في نطاق الحالات المرضية المعينة وفي الإثبات الجنائي لا يعتد باعتراف المتهم المصاب بالجنون أو مرض عقلي أو نفسي لأن هذه الحالات تعدم الشعور والإدراك وتؤثر في مقدرة المتهم على فهم ماهية أفعاله وطبيعتها وتوقع أثارها"⁽²⁾.

3- اعتراف السكران:

ينشأ السكر نتيجة تناول عقاقير مخدرة أو كحول فيتترتب عليها فقدان الشعور أو الإدراك وإذا تناول الشخص الكحول أو مادة مخدرة بدون علمه اعتبر سكرأ قهرياً وإذا كان بعلمه فيكون سكرأ اختيارياً.

(1) د. عبداللطيف أحمد، التحقيق الجنائي العلمي، الطبعة الرابعة، شركة الطبع والنشر الأهلية بغداد 1965 ص 224.

(2) د. عبداللطيف أحمد، المرجع السابق ص 227.

فإذا اعترف المتهم وهو في حالة سكر وكان فاقد الشعور وقت الإدلاء باعترافه نتيجة تناوله الكحول قهراً بطل اعترافه ولا يقبل الاعتراف والمعترف فاقد الشعور نتيجة سكر اختياري حيث أن افتراض الشعور عند السكران بإرادته لا يمتد إلى الاعتراف وهذا مظهر من مظاهر الاختلاف بين الأهلية الإجرائية والأهلية الجنائية فالشخص السكران باختياره أهل للمسئولية الجنائية افتراضاً ولكن لا يمكن أن يكون أهل للاعتراف.

وإذا لم يفقد المتهم الشعور تماماً فلا يبطل اعترافه ولكن للمحكمة أن تأخذ به إذا تأيد بأدلة أخرى مع مراعاة أن تقدير توافر السكر وفقد الشعور من المسائل الموضوعية التي تخضع للسلطة التقديرية للمحكمة.

وقد استقر الفقه والقضاء الانجلو أمريكي على صحة الاعتراف الصادر من المتهم وهو في حالة سكر إذا كان المتهم لا زال في وعيه وصدر الاعتراف عن أرادة حرة ولو أن ذلك يضعف من قيمته ولا يفي هذا الاتجاه التسليم بصحة الاعتراف الصادر من السكران وذلك أن هذا الاعتراف لا يعتبر صحيحاً إلا إذا ثبت أن المتهم كان في وعيه وإدراكه أي أن السكر لم يصل إلى حد إفقاد الوعي أو الإدراك ولذا قضى بأنه إذا كان سكر المتهم وصل إلى درجة الهوس وكان غير قادر على فهم معنى إقراراته فإن الاعتراف يكون غير مقبول. وعليه يجب أن تتوافر لدى المعترف الأهلية الإجرائية بأن يكون مدركاً مثيراً وأن تصبغ عليه صفة المتهم والعمل الإجرائي الباطل إذا توافرت فيه عناصر عمل إجرائي آخر صحيح أنصرف إلى هذا العمل الأخير وهذا ما أخذت به التشريعات الإجرائية. إما بالنسبة إلى توافر التمييز والإدراك فإن جزاء تخلفهما هو البطلان المطلق بالنظام العام وذلك باعتبار أن التمييز والإدراك هما أساس حرية الشخص في الاختيار ولا يمكن مصادرة هذه الحرية أو افتراضها لتعلقها بالنظام العام فيجوز التمسك بهذا البطلان في أية حالة تكون عليها الدعوى وتقضى به المحكمة ولو بغير طلب كما أن البطلان يمتد أثره إلى جميع الآثار التي تترتب عليه مباشرة فما بني على باطل فهو باطل.⁽¹⁾

(1) د. عبداللطيف أحمد، المرجع السابق ص 244.

♦ الشرط الثاني: أن يصدر الاعتراف عن إرادة حرة

حتى يصبح الاعتراف مقبولاً في الإثبات يجب أن يكون صادراً عن إرادة حرة وواعية وان يكون المعترف متمتعاً بحرية الاختيار لذا يجب أن يكون بعيداً عن أي تأثير خارجي وأن كان هناك تأثير على إرادة المعترف أصبح اعترافه باطلاً فالاعتراف الذي يعتبر حجة ضد المتهم هو الذي يصدر عن إرادة حرة وواعية فإذا شاب إرادته أكرهه مادي أو أدى عُد الاعتراف باطلاً، وهذا ماسوف نفضله في الفصل الرابع.

♦ الشرط الثالث: ان يكون الاعتراف صريحاً

ان صحة الاعتراف تتطلب أن يكون الاعتراف صريحاً لا ليس فيه ولا غموض ولا يحتمل أكثر من تأويل دالاً بذاته على اعتراف المعترف للفعل المسند إليه وفي حالة عدم تحقق هذا الشرط فلا يجوز للمحكمة التعويل على الاعتراف كدليل في الإثبات.

ويشترط لاعتبار الاعتراف بينه كافية أن يكون خالي من أي لبس أو إبهام وأن تقنع المحكمة بأن المتهم يفهم تماماً ماهية التهمة المعزوة إليه وما يترتب على اعترافه من نتائج.

فلا يجوز لمحكمة الموضوع أن تستنتج اعتراف المتهم من بعض تصرفاته كالهروب أو المصالحة مع المجني عليه على تعويض معين أو عدم الحضور فقد يكون ذلك خشية من القبض عليه. ولا يعتد بالاعتراف المجمل إلا أنه لا يستلزم الأمر صدور الاعتراف بصيغة معينة ويكفي أن تحمل أقوال المتهم معنى الاعتراف كما في حالة الاعتراف الضمني "كإبداء المتهم استعداده للتوبة" أن يكون واضحاً لا تقبل عبارات المتهم تفسيراً آخر غير التسليم بارتكاب الجريمة وعلى المحقق أن يتأكد من أن كل جزء من الاعتراف مفهوم وواضح لكل شخص يقرؤه ويسمعه وإذا وجد أي غموض يجب أن يسأل المتهم عدة أسئلة لإيضاح الغموض.

وما جاء في حكم محكمة التمييز أنه " من خلال ما ورد في بنص في الفقرة الأولى من المادة 157 من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية على أن "ولا يعتبر اعترافاً من أقوال المتهم إلا ما يكون منها صريحاً قاطعاً في ارتكابه الجريمة المنسوبة إليه عن بينة وحرية وإدراك...". يدل على أن الاعتراف لا يعول عليه إلا إذا كان صحيحاً صادراً من المتهم وهو واع ومدرك لمبنى ما يقر به من أقوال، ومقتضى ذلك أن الدفع بعدم صحة الاعتراف لصدوره

من المتهم وهو غير مدرك لما يقوله هو دفع جوهرى يجب على محكمة الموضوع مناقشته والرد عليه ما دام أنها عولت في حكمها بالإدانة على الاعتراف..⁽¹⁾

♦ الشرط الرابع: استناد الاعتراف إلى إجراءات صحيحة

أن أدق شروط صحة الاعتراف وأكثرها أهمية هو أن يكون الوصول إلى الاعتراف مشروعاً⁽²⁾ فإذا جاء الاعتراف بعد إجراء باطل فإنه ينبغي للتعويل عليه بحث الرابطة بينه وبين الإجراء الباطل.

أي قد يكون الاعتراف مترتب على الإجراء الباطل وقد يكون مستقلاً عنه وهذا ما سوف نوضحه.

○ الفصل الثاني: حجية الإقرار واثاره في الإثبات

• المبحث الأول: حجية الاعتراف

إن ترتيب مسؤولية المتهم بناء على الاعتراف الصادر منه يخضع لمبدأ القناعة الوجدانية "الاقتناع القضائي" ويحكم القاضي حسب القناعة والعقيدة التي تكونت لديه ويختلف تقدير الاعتراف حسب الجهة التي صدر أمامها.⁽³⁾

♦ أولاً: خضوع الاعتراف لمبدأ الاقتناع القضائي

أن الاعتراف كباقي أدلة الإثبات الجزائي يخضع لمبدأ الاقتناع القضائي الذي يدل على حرية المحكمة في تكوين قناعتها بما هو مطروح من أمور في الدعوى وطبقاً لهذه القناعة فمحكمة الموضوع هي صاحبة القرار في تقدير قيمة الاعتراف وتحديد مدى صلاحيته كدليل إثبات بعد أن تتكون لديها القناعة بتوافر جميع أركان وشروط صحته. ولا يجوز الاعتداد بالاعتراف ولو كان صادقاً متى ثبت أنه غير صحيح كما إذا وقع تحت تأثير الإكراه أما إذا

(1) د. محمد سامي النبراوي، استجواب المتهم، دار النهضة العربية، الطبعة العالمية، القاهرة 1968 ص 462

(2) د. محمد راجح نجاد، حقوق المتهم في مرحلة جمع الإستدلالات الطبعة الأولى 1999 ص 325

(3) د. رؤوف عبيد، "مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري"، الطبعة العاشرة، سنة 1974م، ص 641.

تخلفت إحدى شروط صحة الاعتراف فلا يعتبر في هذه الحالة دليلاً يبرر الاستناد إليه في حكم الإدانة ولو توافرت أدلة أخرى في الدعوى وكانت مؤيدة بذاتها إلى الحكم بالإدانة وذلك طبقاً للقاعدة العامة التي استقر عليها الفقه الجزائري بأن الأدلة في المواد الجزائية متساندة يكمل بعضها بعضاً فإن بطل أحداها بطل الحكم المستند إليه.

أما فيما يتعلق بالاعتراف الذي استكمل شروط صحته وأصبح صالحاً في الدعوى فعلى المحكمة إذا ثبت لها صحته أن تقدره للتحقق من صدقه وفقاً لمطلق حريتها في التقرير استناداً لمبدأ حرية القاضي الجزائري في تكوين عقيدته.⁽¹⁾

وفقاً لما سبق ذكره واستناداً لمبدأ الإقناع القضائي فإن الاعتراف يعد عنصراً من عناصر الاستدلال ومسألة تقدير صحته وقيمه من المسائل الموضوعية التي تملك محكمة الموضوع كامل الحرية في تقدير صحته وقيمه في الإثبات مادام مطابقاً للحقيقة والواقع وأن منازعة الدفاع في صحة الاعتراف هي مجادلة موضوعية في حق محكمة الموضوع في تقدير أدلة الدعوى التي لا يجوز مجادلتها فيها أو مصادرة عقيدتها في شأن البينات بدون معقب عليها أمام محكمة التمييز ما دام الحكم قد استخلص الحقيقة استخلاصاً سائغاً لا تناقض فيه. فجميع الأمور التي تعتبر مسائل موضوعية ومنها صدق وصحة الاعتراف متروكة لقناعة محكمة الموضوع ولا رقابة عليها من محكمة التمييز. ما دام أن النتيجة التي توصلت إليها محكمة الموضوع قد استخلصتها استخلاصاً سائغاً ومقبولاً وعللت قرارها تعليلاً وافياً وكونت قناعتها من بينات ثابتة في القضية والسؤال الذي يطرح نفسه هل يجوز للمحكمة أن تستند على الاعتراف لوحده للحكم بإدانة المتهم، هناك رأيان.

الأول: يرى أن مجرد اعتراف المتهم لا يكفي بمفرده لحمل القضاء على أدانته وإن الاعتراف بداية الإثبات ويجب لإتمام الاقتناع أن يضاف إليه أدلة أخرى.

وهذا الرأي سائد في الفقه والقضاء الفرنسي وخصوصاً أنه دليل قوي غير محسوس لا يقطع بذاته بالإدانة وقد يدعو للوهلة الأولى إلى الشك في صدمة وساد أيضاً في الاتحاد السوفيتي "سابقاً" فقها وتشريعاً والفقه الأمريكي مستقر على ذلك.

(1) د. رؤوف عبيد، المرجع السابق ص 650.

أما الرأي الثاني: فيرى أنه لا توجد قاعدة تقرر أن الاعتراف لا يكفي لوحده كدليل للإدانة فهذا القول يناقض مبدأ الإقتناع القضائي إذ يعني استبعاد دليل اقتنع به القاضي.⁽¹⁾ وتأكيداً لمبدأ القناعة الوجدانية للقاضي يجب على المحكمة أن تبحث الظروف المحيطة بالاعتراف وأن تتحرى بواعثه التي دفعت المتهم إلى الاعتراف.

- "متى تحقق قاضي الموضوع من أن الاعتراف سليم مما يشوبه واطمأنت له نفسه كان له أن يأخذ به بغير معقب عليه".

- "الاعتراف في المسائل الجزائية من عناصر الاستدلال التي تملك محكمة الموضوع كامل الحرية في تقدير صحتها وقيمتها في الإثبات ولها أن تأخذ به متى اطمأنت إلى صدقه ومطابقته للحقيقة والواقع، إذ العبرة في المحاكمات الجزائية هي باقتناع قاضي الموضوع بناء على الأدلة المطروحة عليه.

وبما أن سلطة القاضي ليست مطلقة في تقدير قيمة الاعتراف فيجب على المحكمة أن تبين في حالة عدول المتهم عن اعترافه أو إنكاره له في حكمها سبب عدم أخذها بعدوله أو إنكاره وتحويلها على اعترافه السابق.⁽²⁾

♦ ثانياً: حجية الاعتراف من حيث جهة صدوره

يقصد بحجية الاعتراف صلاحيته حال توافر أركان وشروط صحته كدليل لإدانة المتهم وتقدير ذلك يعود لمحكمة الموضوع إلا أن هذه الحجية لها خصوصيتها حسب الجهة التي يصدر أمامها الاعتراف حيث ينقسم وفقاً لذلك إلى نوعين اعتراف قضائي واعتراف غير قضائي وقد يرد في محاضر لها حجية خاصة.⁽³⁾

1- حجية الاعتراف القضائي

الاعتراف القضائي هو الذي يصدر من المتهم أمام المحكمة التي تنتظر الدعوى الجزائية بالفعل أو أمام المدعى العام والمستكمل لكافة شرائطه ويخضع صدوره كدليل لإثبات إدانته.

(1) د. عبد الوهاب حومد الوسيط في الإجراءات الكويتية الطبعة الرابعة 1989 مطبوعات جامعة الكويت ص 191.

(2) د. سامي صادق الملا "اعتراف" رسالة دكتوراه الطبعة الثالثة 1986، مصر، ص 50.

(3) د. حسن فتلاوي، تاريخ النظم القانونية، الطبعة الأولى، 1990، دار الفكر المعاصر، ص 110.

ولها الحق في استبعاده إذا لم تتكون لديها مثل هذه الفناعة سواء تم الإدلاء به أمام المحكمة أو أمام الادعاء العام.

والمقصود بالاعتراف هنا هو تسليم المتهم بالتهمة تسليماً غير مقيد إذا لم يعترض عليه محاميه فإن كان جزئياً أو قيده المتهم بتحفظات أو اعترض محاميه وجب على المحكمة المضي في التحقيق وسماع شهود الدعوى.

فإذا كان الاعتراف القضائي كاملاً أي يتناول جميع وقائع الاتهام فإنه يمتاز بأنه يعني المحكمة من سماع البيانات الأخرى إلا إذا رأيت غير ذلك وإذا كان الاعتراف جزئياً أي يتناول بعض وقائع الاتهام فيمتاز أنه يكون بعيداً عن الضغط والخديعة فلا يبقى للمحكمة إلا البحث عن مدى مطابقته للواقع وصدقه فالافتتاح الوجداني لقاضي الموضوع في الاعتراف الذي تم أمامه في المحكمة هو الذي يسبغ عليه الحجية في الإثبات فيجب أن يكون مستوفياً كافة شروطه وأركانه وخاضعاً للعقل والمنطق وأن يقنع القاضي بأن المتهم عند أدلائه بأقواله يعرف بصورة قطعية التهمة الموجهة إليه والنتائج المترتبة عليها ولا يجوز استنتاج الاعتراف من وقائع أخرى، وتقدير حجية الإثبات المستمد من الاعتراف هو من المسائل الموضوعية التي يستقل قاضي الموضوع بالفصل فيها متى اطمأنت نفسه إليه واقتنع بصحته شأنه شأن سائر الأدلة الأخرى.

2- حجية الاعتراف غير القضائي:

الاعتراف الغير قضائي هو الذي يصدر من المتهم خارج مجلس القضاء فإما أن يكون خطأً أو أن يكون شفهيًا. وكأن يصدر أمام الشرطة أو أمام السلطة الإدارية فتمتاز بخلوها من الضمانات لأن من يباشرها لا يمارس فيها سلطة تحقيق أو حكم ولا يتلقى ما يحصل أمامه من اعترافات في أوضاع وقيود وإجراءات رسمها القانون مقدماً لتحقيق التوازن بين حقوق الدفاع وما يلزم لإظهار الحقيقة من وسائل التحقيق والبحث. وقد سميت اعترافات غير قضائية كونها غير منظمة تنظيمياً يحدد أوضاعه قانون الإجراءات.⁽¹⁾

(1) د. سامي صادق الملا، المرجع السابق، ص 62.

فإذا كان الاعتراف صادراً بالكتابة وقد ثبت بالطرق القانونية فإنه لا يقل قيمة عن الاعتراف القضائي ويكون مثله خاضع لتقدير القاضي. أما إذا كان شفهيًا فيمكن أثبات صدوره عند اللزوم بشهادة الشهود إذا كان موضوعه يقبل الإثبات بالبينة وإلا فلا يمكن أثباته إلا بالكتابة. وطالما أن الأدلة في المواد الجنائية إقناعية فإن الجهة التي يتم أمامها الاعتراف سواء في مجلس القضاء أو خارجه لا تثير أهمية لأنه في أي من الحالتين يخضع في تقديره لسلطة القاضي الموضوعي.

وبالإضافة لخضوع الاعتراف الغير قضائي لمبدأ الإقناع القضائي فلا يقبل من الإثبات إلا إذا قدمت النيابة بينه على الظروف التي فيها واقتنعت بان المتهم قد أداه طوعاً واختياراً. وعليه فلا يكفي الاعتراف الغير القضائي وحده للحكم بموجبه بل يشترط لذلك⁽¹⁾:

1. أن يتم الإدلاء به طوعاً واختياراً وليس نتيجة الضغط والإكراه.
 2. إثبات الظروف التي فيها الإدلاء به.
 3. ضرورة اقتناع المحكمة بصحة الاعتراف الغير قضائي مطمئنة إلى صدقه ومطابقتها للواقع والحقيقة.
 4. أن يعترف المتهم مرة أخرى أمام المحكمة بارتكابه وقائع الجريمة مع استظهار بواعثه من غير تعسف أو تنافر في حكم العقل والمنطق.
 5. ألا يكذب ظاهر الحال الإقرار.
- وقد اجمع القضاء في مصر على أن المحكمة لها أن تعول على الاعتراف الغير قضائي وأن تتخذه سبب للإدانة. أما في الدول ذات النظام الأنجلو أمريكي فإن تشريعاتها لا تعترف بأية حجية للاعتراف غير القضائي.

3- حجية الاعتراف الوارد في محاضر لها حجية خاصة

القاعدة العامة أن محاضر التحقيق التي تجريها الشرطة أو النيابة وما تتضمنه من اعترافات للمتهمين وسائر الإجراءات الأخرى هي عناصر إثبات تخضع في كل الأحوال لتقدير القاضي

(1) د. عمر الفاروق الحسيني، "تعذيب المتهم لحمله عن الاعتراف، طبعة المطبعة العربية الحديثة، 1986، القاهرة ص

وتحتل الجدل والمناقشة كسائر الأدلة وهذه المحاضر لا حجية لها و للخصوم أن يقوموا بتنفيذها دون أن يكونوا ملزمين بسلوك الطعن بالتزوير وللمحكمة وفق ما تراه مناسباً أن تأخذ بالاعتراف الوارد بها إذا ثبت صحته وصدوره من المتهم ولها أن تطرحه إذا ثبت عدم صحته وعدم صدوره من المتهم وقد وصفت المحاضر بأنها شهادة صامتة مجمدة في ورقة.

كما جاء في حكم محكمة التمييز "من المقرر أن الاعتراف في المسائل الجنائية عنصر من عناصر الاستلال التي تملك محكمة الموضوع كامل الحرية في تقدير صحتها وقيمتها في الإثبات⁽¹⁾، ولها في سبيل ذلك أن تأخذ باعتراف المتهم في أي دور من أدوار التحقيق متى اطمأنت إلى صدقه ومطابقته للواقع".

فإذا أنكر المتهم الاعتراف المنسوب إليه في هذه المحاضر وجب على المحكمة أن تتحقق من ذلك فتأخذ بالاعتراف إذا تبين لها صدقه وصدوره من المتهم وتطرحه إذا ثبت لها أنه غير صحيح ولم يصدر عنه، كما جاء في حكم محكمة التمييز "للمحكمة أن تأخذ بإقرار المتهم ولو كان وارداً بمحضر الشرطة متى اطمأنت إلى صدقه ومطابقته للواقع ولو عدل عنه في مراحل التحقيق الأخرى دون بيان السبب".

ولا يخرج عن القاعدة السابقة إلا ما استثناه القانون وجعل له قوة إثبات خاصة بحيث يعتبر المحضر حجة بما ورد فيه من وقائع مالم يثبت أنه مزور أو يقوم الدليل على عكس ما ورد فيه بالطرق الاعتيادية ومن الأمثلة على المحاضر التي تعتبر حجة بما ورد فيها محاضر المحكمة.

واعتبار هذه حجة لا يعني أن تكون المحكمة ملزمة بالأخذ بها ما لم يثبت تزويرها أو نفيها بل تستطيع المحكمة الأخذ بما ورد فيها من وقائع دون أن تعيد تحقيقه بالجلسة لكن لها أن تقرر مضمون هذه الوقائع وأثرها الموضوعي بمنتهى الحرية فترفض الأخذ بها ولو لم يطعن فيها على الوجه الذي رسمه القانون وإن كان لهذه المحاضر حجة بالنسبة للوقائع المكونة لها وحجة بصدور الاعتراف لكنها ليست حجة على صدق هذا الاعتراف أو مطابقته للحقيقة وللقاضي مطلق الحرية في ذلك دون حاجة للطعن بالتزوير.⁽²⁾

(1) د. عمر الفاروق الحسيني، المرجع السابق ص 15.

(2) د. عمر الفاروق الحسيني، المرجع السابق ص 27.

• المبحث الثاني: آثار الاعتراف في الإثبات

بعد أن فرغنا من تحديد ما هية الاعتراف وطبيعته القانونية وأركانها وشروط صحته وخضوع الاعتراف لمبدأ القناعة الوجدانية للقاضي كغيره من أدلة إثبات الدعوى الجزائية فلا بد من التعرض إلى اثر الاعتراف في الإثبات حيث أن أثره يختلف من وقت إلى آخر حسب الجهة التي يصدر أمامها.

♦ أولاً: أثر الاعتراف في مرحلة جمع الاستدلالات والتحقيق الابتدائي

ترى أغلب التشريعات الجنائية أن الاعتراف دليل كباقي الأدلة ولكن يفضل أن يكون الاعتراف قد صدر صحيحاً بدون وعد أو وعيد أو عنف وأن يكون صادقاً لا أثر للكذب والخداع فيه وهو بذلك يسهل الإجراءات ويختصرها ويريح في الغالب ضمير المحقق والقاضي. ففي هذه الحالة يسهل الاعتراف جمع باقي الأدلة دون حاجة لتشعب إجراءات البحث إلا أن مجرد اعتراف المتهم أمام سلطة جمع الاستدلالات أو التحقيق الابتدائي ليس مضاه قرب إنهاء التحقيق بل يجب التحقق من صحة هذا الاعتراف وصدقه وفي القضايا التي تحتاج إلى خبرة لا يجوز للمحقق أن يكتفي باعتراف المتهم ولو أطمأن إلى صحة اعترافه وصدقها بل لابد من أدلة أخرى مثل تحليل المادة المخدرة رغم اعتراف المتهم بأنها مادة مخدرة لان الدليل الفني في مثل هذه القضايا يحسم مشكلة صدق الاعتراف ويسد باب العدول عن الاعتراف بعد ذلك و يختلف أثر الاعتراف في التحقيق أمام سلطة الاستدلالات عنه أمام سلطة التحقيق في أمرين. 1- إذا اعترف المتهم أمام سلطة الاستدلالات فلا يجوز لها أن تستجوبه أو أن تواجهه بغيره من الشهود للتأكد من صحة الاعتراف لأنه لا يجوز لها استجواب المتهم بخلاف سلطة التحقيق.

2- اعتراف أحد المتهمين في الدعوى مما يعد مانعاً للعقاب سلطة الاستدلالات لا تملك سوى إحالة المحضر إلى المحقق كالأفراج المؤقت عن المتهم إلا أن هذا لا يحول دون أحالة القضية إلى المحكمة للتأكد من صحة الاعتراف⁽¹⁾.

(1) د. حسني الجندي "أصول الإجراءات الجزائية في الإسلام"، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، 1992. مطبعة جامعة القاهرة، ص 65.

○ الفصل الثالث: الاعتراف في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي

الاعتراف في القانون الكويتي هو قول صادر عن متهم يقر فيه نسبة التهمة إليه ويعتبر الاعتراف سيد الأدلة ولكن يشترط لصحة هذا الاعتراف شروط أربعة.

1- يجب أن يكون المتهم قد أدلى به وهو في كامل إرادته ووعيه ولا يكفي أن يكون المتهم قد أدلى باعترافه عن أرادة واعية بل يلزم أن تكون هذه الإرادة لم يباشر عليها أي ضغط من الضغوط التي تصيبها أو تؤثر عليها كالإكراه أو التعذيب أو التهديد. ولا يتوافر للاعتراف شروط صحته في الأحوال التي يحصل فيها هذا الاعتراف نتيجة تقليل أو خداع كالوعد بالإفراج أو خلافه.

2- يجب أن يكون الاعتراف قد توافر فيه الشكل القانوني المستمد من الجهة التي يدلى أمامها المتهم باعترافه.⁽¹⁾ فالاعتراف الصادر أمام مأمور الضبط القضائي أو أمام النيابة العامة بمحاضر الاستدلالات والتحقيق الابتدائي لا يعتبر اعتراف بل مجرد أقوال وليست اعترافاً بالشكل القانوني الذي يتطلبه القانون. فلا يجوز الاستناد إلى اعتراف المتهم في الشرطة أو في محاضر تحقيق النيابة إذ تحقق القاضي إن إرادته كانت معيبة.

3- يجب أن يكون الاعتراف قد صدر بناء على إجراء صحيح فلا يعتد بالاعتراف الصادر والذي جاء وليد إجراء باطل لأن ما بني على باطل فهو باطل.

4- يجب أن يكون الاعتراف صريحاً وواضحاً ولا يحتمل تأويلاً أو تفسيراً فيجب التحقق من تطابق الاعتراف الموضوعي مع وقائع الدعوى وتطابقه النفس من حيث اتجاه المعترف إلى اقتراح السلوك الإجرامي وليس مجرد تحمل المسؤولية.⁽²⁾

وقد تناول المشرع الجزائي الكويتي الإقرار في جميع مراحل الدعوى العمومية، وذلك على النحو التالي:

(1) د. عبد القادر عودة، "التشريع الجنائي الإسلامي مقارن بالقانون الوضعي" الجزء الثاني الطبعة الثالثة عشر 1994 مؤسسة الرسالة بيروت، ص 303.

(2) د. عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 305.

1- الاعتراف في محضر جمع الاستدلالات:

يثبت رجل الشرطة أثناء تحرير محضر التحري ما يديه المتهم من أقوال وما يتقدم به من دفاع وإذا كانت أقوال المتهم تتضمن اعترافاً بارتكاب جريمة فلرجل الشرطة تدوينه مبدئياً في محضره ويحال إلى المحقق ولاستجوابه والتثبت من صحة الاعتراف " م / 42 من قانون الإجراء الجزائية".

2- الاعتراف في النيابة العامة:

إذا كان المتهم حاضراً فعلى المحقق قبل البدء في إجراءات التحقيق أن يسأله شفويّاً عن التهمة الموجهة إليه.

فإذا اعترف المتهم بارتكاب الجريمة في أي وقت أثبت اعترافه في محضر التحقيق فور صدوره ويناقش فيه تفصيلاً.

وإذا أنكر ما وجه إليه من اتهام وجب استجوابه تفصيلاً بعد سماع شهود الإثبات ويوقع المتهم على أقواله بعد تلاوتها عليه أو يثبت في المحضر عجزه عن التوقيع أو امتناعه عن التوقيع.

وللمتهم الحق في أن رفض الكلام أو يطلب التأجيل لحين حضور محاميه ولا يجوز تحليف المتهم اليمين ولا استعمال أي وسائل إغراء أو إكراه ضده وللمتهم أن يناقش شهود الإثبات وأن يطلب سماع شهود نفي أو اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق وتثبيت طلباته ودفاعه في المحضر " م 98 من قانون الإجراءات الجزائية".⁽¹⁾

3- الاعتراف أمام المحكمة:

توجه المحكمة التهمة إلى المتهم بقراءتها عليه وتوضيحها له ثم يسأل عما إذا كان مذنب أم لا مع توجيه نظره إلى أنه غير ملزم بالكلام أو الإجابة وأن أقواله قد تكون حجة ضده.⁽²⁾ " م 155 من قانون الإجراءات الجزائية".

(1) د. رؤوف عبيد مبادي الإجراءات الجنائية في القانون المصري الطبعة العاشرة سنة 1974، ص 641

(2) د. رؤوف عبيد مبادي، المرجع السابق، ص 644

وإذا اعترف المتهم في أي وقت أنه مذنب فعلى المحكمة أن تسمع أقواله تفصيلاً وتناقشه فيها وإذا اطمأنت إلى أن الاعتراف صحيح ورأت أنه لا حاجة إلى أدلة أخرى فلها أن تستغني عن كل إجراءات التحقيق الأخرى أو بعضها وأن تفصل في القضية ولها أن تتم التحقيق إذا وجدت لذلك داعياً. "م155 من قانون الإجراءات الجزائية".

ومن المقرر أن اعتراف المتهم يقتصر أثره عليه دون سواه ولا يعتبر اعترافاً من أقوال المتهم إلا ما يكون صريحاً وقاطعاً في ارتكاب الجريمة المنسوبة إليه عن بينه وحرية وإدراك دونما تجزئه لأقواله أو تأويلها أو حذف شئ منها وفيما عدا ذلك فإن أقوال المتهم سواء في المحكمة أو التحقيق السابق على المحاكمة تخضع كغيرها من أقوال الخصوم أو الشهود لتقدير المحكمة ولها أن تستخلص منها قرائن في الإثبات أو النفي سواء بالنسبة إلى المتهم أو إلى غيره من المتهمين ولو أقتضى الأمر تفسيرها أو تجزئتها وأن أقوال المتهم في أي تحقيق أو محاكمة تصلح دليلاً له أو عليه في أي تحقيق آخر أو أي محاكمة أخرى. "م157 من قانون الإجراءات الجزائية".

ولا يجوز تحليف المتهم اليمين ولا إكراهه أو إغراءه على الإجابة ولا على أبداء أقوال معينة بأية وسيلة من الوسائل ولا يفسر سكوت المتهم أو امتناعه عن الإجابة على سؤال بأنه أقرار بشئ ولا تصح مؤاخذته على ذلك. ولا يجوز معاقبة المتهم على شهادة الزور بالنسبة للأقوال التي يبديها دفاعاً عن نفسه. ولكن للمحكمة أن تستخلص من امتناع المتهم على الإجابة أو من إجابته غير الصحيحة ما ترى استخلاصه. "م158 من قانون الإجراءات الجزائية".

وإذا رأت المحكمة أن أقوال المتهم أو اعترافاته قد صدرت نتيجة تعذيب أو إكراه فعليها أو تعتبرها باطلة ولا قيمة لها من الإثبات. "م159 من قانون الإجراءات الجزائية".

ومن المقرر في قضاء التمييز الكويتي أن الاعتراف الذي يعول عليه يجب أن يكون اختياريًا وهو لا يعتبر كذلك ولو كان صادقاً إذا صدر أثر إكراه أو تهديد كائناً ما كان قدره وان الدفع ببطلان الاعتراف من الدفوع الجوهرية الذي يجب على محكمة الموضوع مناقشته والرد عليه. "طعن رقم 154 / 99 جزائي جلسة 2001/1/25، طعن رقم 99/57 جزائي جلسة 2000/2/22 طعن رقم 210 / 99 جزائي جلسة 2000/4/4".

ومن المقرر في قضاء التمييز الكويتي أن الرهبة والخوف لا يعتبران سبباً لبطلان الاعتراف فإن نص الطاعن بأن اعترافه بتحقيقات النيابة العامة جاء وباطلاً لأنه كان وليد الخوف والرهبة لعدم سبق مثوله أمام سلطات التحقيق غير سديد. "طعن رقم 2001/207 جزائي جلسة 2001/10/2".

ومن المقرر أيضاً في قضاء التمييز أن الاعتراف اللاحق الصادر من المتهم بعد التفتيش الباطل لا يحول دون أخذ المحكمة به لأن هذا الاعتراف إجراء مستقل مثبت الصلة بالقبض والتفتيش الباطلين. "طعن رقم 251 / 99 جزائي جلسة 2000/2/29".

ومن المقرر أن إطالة أمد الاستجواب لا يبطل اعتراف للمحقق أن يباشر التحقيق بالكيفية التي يراها محققة لغايته وهي استجلاء الحقيقة واستجماع أدلة إدانة المتهم أو براءته وأن استتالة أمد الاستجواب لا يبطل الاعتراف ما دام أن المتهم الطاعن لم يتم الدليل على أن المحقق تعمد الإطالة دونما مقتضى لإرهاقه والتأثير على إرادته. "طعن رقم 98 / 163 جزائي جلسة 1999/6/22".

○ الفصل الرابع: الاعتراف الصادر تحت وطأة الاكراه وتأثيره على صحة المحاكمة

◆ تمهيد:

نتناول فيه قيمة الدليل المتحصل عليه نتيجة إكراه المتهم و غير المتهم، و الجزاءات المترتبة على إكراه المتهم على الاعتراف وتأثيره على صحة المحاكمة.

• المبحث الأول: صور الاكراه

◆ أولاً: الاكراه المعنوي او الادبي

1- الوعد والأغراء:

يعتبر الوعد أحد الوسائل التقليدية لحمل المتهم على الاعتراف وهو كل ما من شأنه إيجاد الأمل لدى المتهم بتحسين ظروفه إذا اعترف بجريمته كالوعد بالعفو. وليس كل وعد أو أغراء يبطل الاعتراف لكن القاعدة العامة أن يبطل الاعتراف عندما يكون الأغراء من الصعبة على

الشخص العادي مقاومته مما يؤدي لاعترافه. فالاعتراف الصادر نتيجة الوعد يكون باطلاً ولو كان اعترافاً حقيقياً طالما صدر نتيجة التأثير بهذا الوعد وعلى الحكمة أن تبين مدى تأثير ذلك الوعد على إرادة المتهم وأن تبحث الصلة أو الرابطة بين الوعد والاعتراف⁽¹⁾. وإذا كانت القاعدة العامة تقض بأن الوعد والأغراء يبطل الاعتراف إلا أنه يرد استثناء على هذه القاعدة بحيث لا يبطل الاعتراف إذا كانت الفائدة التي ستعود على المتهم لا تتناسب مع الضرر الذي يصيبه في الاعتراف بالجريمة كالوعد بمكافئة مالية. الاعتراف من المتهم نتيجة أمل رواده في احتمال العفو والإفراج عنه أو عدم محاكمته دون أن يكون هذا الأمل صادراً من المحقق فيعتبر الاعتراف صحيحاً ومقبولاً في الإثبات متى ثبت أنه كان صادقاً ومطابقاً للحقيقة كما يؤثر الوعد على حرية المتهم في الاختيار بين الإنكار والإقرار فيدعو إلى الريبة في القرار ويهدد قوته كدليل.

2- التهديد:

وهو عبارة عن ضغط يمارسه شخص على إرادة شخص آخر لتوجيهها إلى سلوك معين ويستوي في ذلك أن يكون التهديد بإيذاء المهدد في شخصيته أو في ماله أو بإيذاء غيره من أعزائه. فإذا اعترف المتهم نتيجة للتهديد الذي وقع على إرادته أعتبر اعترافاً باطلاً ويجب استبعاده كدليل في الإثبات فالتهديد المبطل للاعتراف يستوي أي كون مصحوباً بفعل مادي أم لا ويستوي أن يكون يتضمن إيقاع الأمر المهدد به في الحال أم لا وكذلك يكفي تخويف المهدد بحيث يحمله على تنفيذ ما طلب منه ويستوي أن يكون المهدد قد قصد تنفيذ تهديده أولاً. والتهديد قد يكون مباشراً أو غير مباشر ويكون التهديد مباشراً كالتهديد بالاعتداء على زوجته أو حرمانه من الطعام ومن صور التهديد الغير مباشر المبطل للاعتراف تعذيب شريك المتهم أمامه إلا أن مجرد وجود المتهم داخل السجن لا أثر له في صحة الاعتراف ويكون اعتراف المتهم باطلاً إذا أدلى بأقواله وهو محاط بأهله القتل وكان خاضعاً لسيطرتهم ويسمع شتائمهم ويراهم يهينون الوسيلة لقتله أو إيذائه⁽²⁾.

(1) د. جمال الدين العطيبي "الحماية الجنائية للخصومة" رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، 1965 ص 42: 53.

(2) د. جمال الدين العطيبي، المرجع السابق، ص 60.

ويشترط في التهديد المبطل للاعتراف شرطان:

- الأول: صدور التهديد بناء على سبب غير مشروع.

أن بعض إجراءات الاستدلال والتحقيق تتسم بطبيعتها بالقهر أو العنف ولذلك يجب التمييز بين الوسائل المشروعة وغير المشروعة التي أتت مع المتهم لحمله على الاعتراف فلا يكفي مجرد إخضاع المتهم للتهديد ما لم يكن هذا التهديد وليد إجراءات غير مشروعة.⁽¹⁾

- الثاني: أن يؤدي التهديد مباشرة إلى الاعتراف.

لا يكفي مجرد حصول تهديد غير مشروع على المتهم لبطلان الاعتراف الصادر منه بل يجب أن يؤدي هذا التهديد مباشرة إلى حمل المتهم على الاعتراف وإذا لم يصدر من المتهم أي اعتراف نتيجة هذا التهديد ثم صدر منه اعتراف في مناسبة أخرى فلا يجوز له الادعاء أن هذا الاعتراف قد جاء في أعقاب التهديد ولا يشترط أن يكون الخوف الناتج عن التهديد بدرجة معينة حتى يكون مفيداً للاعتراف.

ففي حالة توافر الشرطين السابقين في التهديد واعتراف المتهم نتيجة لذلك التهديد كان ذلك الاعتراف باطلاً لأنه صدر عن إرادة غير حرة علماً أن أثر التهديد على إرادة المعترف متروك لتقدير محكمة الموضوع حيث أن التهديد وأثره يختلف من شخص لآخر. فمن أعتاد الإجرام لا يتأثر بالتهديد الذي يمس شخصه ولكن إذا كان التهديد يمس أشخاصاً أعزاء عليه فإنه في الغالب يضعف أمام ذلك التهديد ويعترف بارتكاب الجريمة.

جاء في حكم محكمة التمييز "ما جاء بنص في المادة 1/158 من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية على أنه "لا يجوز تحليف اليمين وإكراهه أو إغراهه على الإجابة ولا على إبداء أقوال معينة بأية وسيلة من الوسائل" مفاده أن الاعتراف الذي يعول عليه كدليل إثبات في الدعوى يجب أن يكون إختيارياً صادراً عن إرادة حرة فلا يصح التعويل على الاعتراف ولو كان صادقاً متى كان وليد إكراه أو تهديد كائناً ما كان قدره.⁽²⁾

(1) د. جمال الدين العطيبي، المرجع السابق، ص 62.

(2) د. جمال الدين العطيبي، المرجع السابق، ص 66.

لما كان ذلك وكان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الدفع ببطلان الاعتراف لصدوره تحت تأثير الإكراه هو دفع جوهري يجب على محكمة الموضوع مناقشته والرد عليه مادام الحكم قد عول عليه في إدانة المتهم.

3- تحليف المتهم - اليمين:

ألزمت القوانين الإجرائية المختلفة الشاهد بأن يحلف اليمين وذلك بهدف حمله على الصدق في أقواله إلا أن هذا الإلزام لا ينطبق على المتهم لمخالفته لمبادئ الدستورية ووثيقة إعلان حقوق الإنسان.

فمن المستقر عليه في الدول اللاتينية أنه لا يجوز تحليف المتهم اليمين لأن ذلك يمثل اعتداء على حريته في الدفاع كما يؤدي إلى وضعه بين اختياريين كلاهما مرهق لمصلحته في حلف اليمين كذباً فيخالف ضميره الديني والأخلاقي ومصلحته في أرضاء ضميره فيكشف عن الحقيقة ويتهم نفسه ويعرض نفسه للعقاب.

وفي القانون الانجليزي يجوز تحويل المتهم إلى شاهد في الدعوى المقامة بناء على طلبه وذلك طبقاً لقانون الإثبات لسنة 1898 وفي هذه الحالة يحلف اليمين ويناقش فيما يدلي به من أقوال.

وفي القانون المصري فإن تحليف المتهم اليمين يعتبر من صور الإكراه الأدبي في إرادة المتهم مما لا يجوز الالتجاء إليه. ولا يصح أن يطالب المتهم تحليفه اليمين قبل استجوابه إلا أنه إذا حلف اليمين من تلقاء نفسه أثناء استجوابه فلا يعتبر هذا تقييداً لحريته في أبداء أقواله وإنما هو أسلوب الدفاع يهدف إلى بث الثقة في صدق ما يقره.⁽¹⁾

♦ ثانياً: الاكراه المادي

وهو النوع أو الشكل الثاني من أشكال التأثير التي تؤثر على إرادة المتهم وبالتالي فإن الاعتراف الصادر نتيجة هذا الإجراء يكون باطلاً ومن أهم صور هذا التأثير العنف "الإكراه المادي، إرهاب المتهم بالاستجواب المطول، الاستعانة بكلاب الشرطة، الاعتراف تحت التنويم

(1) تقرير د. محمود حمود مصطفى المقدم في المؤتمر الدولي السادس لقانون العقوبات المنعقد في روما، سنة 1953.

المغناطيسي، الاعتراف الناتج عن تأثير العقاقير المخدرة، الاعتراف نتيجة استخدام جهاز كشف الكذب، وسنعرض لكل منها على النحو الآتي:

1- العنف:

ويتم عن طريق المساس بجسم المتهم ويتحقق بأية درجة من درجات العنف التي تفسد إرادته أو تفقده السيطرة على أعصابه ويراد بالعنف المباشر الذي يقع على الشخص ويمس جسده ومن شأن هذا العنف أن يعيب إرادة المتهم نسبياً أو يعدمها. ويستوي أن يكون العنف سبباً للمتهم أم لم يسبب شيئاً من ذلك لأن المتهم لا يتصرف بحرية وتكون إرادته معيبة لخضوعه للتعذيب فاعترافه لا قيمة له فمن السهل أن تجبر المتهم على الكلام لكن من الصعوبة إجباره على قول الحقيقة. وقد استبعد القضاء الفرنسي الاعترافات الناتجة عن استعمال العنف مع المتهم.⁽¹⁾ وهذا ما استقر عليه القضاء الأنجلو أمريكي على أن العنف يفسد الاعتراف.

2- إرهاب المتهم بالاستجواب المطول:

أن الاستجواب في حد ذاته إجراء مشروع من إجراءات التحقيق وما يترتب عليه صحيح إلا أن المحقق قد يلجأ إلى إرهاب المتهم بالاستجواب المطول حتى يضعف معنوياته ويقل من حدة انتباهه أثناء الإجابة فيحمله على الاعتراف⁽²⁾. فيؤدي الاستجواب المطول إلى إرهاب المتهم وقول ما ليس في صالحه ويتعين على المحاكم بحث ما إذا كان من شأنه أن يؤثر في إرادة المتهم وذلك بدراسة الظروف المختلفة المحيطة به والضغط الذي يواجهه وقوة مقاومته مع الأخذ في الاعتبار سنه وحالته الصحية والعقلية والضابط في اعتبار الاستجواب مطول ليس زمني لكنه مجرد شعور المتهم بالإرهاب وهو ضابط نسبي يختلف باختلاف درجة تحمل كل شخص.

(1) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق ص 156

(2) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق ص 168

فيخرج المحقق عن حياده الواجب متى تعمد إطالة الاستجواب لإرهاق المتهم وإجباره على الاعتراف الأمر الذي يمس أهليته الإجرائية في مباشرة التحقيق وتحديد أثر هذه الإطالة. وما جاء في حكم محكمة التمييز أنه "ومن المقرر أن إطالة أمد الإستجواب لا يبطل الاعتراف" فللمحقق أن يباشر التحقيق بالكيفية التي يراها محققة لغاياته وهي استجلاء الحقيقة واستجماع أدلة إدانة المتهم أو براءته، وليست استطالة أمد الاستجواب في حد ذاتها مما يعد قرين الإكراه المبطل للاعتراف حقيقة أو حكما مادام أن الطاعن لم يقدم الدليل على أن المحقق تعمد الإطالة من دون مقتضى لإرهاقه والتأثير على إرادته".

3- الاستعانة بكلاب الشرطة:

كلاب الشرطة نوع خاص من الكلاب له مزايا ينفرد بها عن غيره كقوة الشم ودقة السمع وتؤدي مهام مثل تتبع الأثر والتعرف على الجاني أو الجناة والحراسة واستخدام كلاب الشرطة من الوسائل الحديثة التي يستعين بها المحققون للتعرف على الفاعل ومكان اختفاء الجناة الهاربين والمكان الذي تخفى فيه المسروقات والمواد المخدرة والأدوات المستخدمة في ارتكاب الجريمة. وكل ذلك دون المساس بنفسية المتهمين وسلامة أجسامهم.⁽¹⁾ ولما كانت الأحكام الجنائية تبني على الجزم واليقين وليس على الظن والتخمين واستعراف الكلب البوليسي على المتهم لا يكون إلا مجرد قرينة يصح الاستناد عليها في تعزيز الأدلة الأخرى القائمة في الدعوى ولا تصح وحدها دليل أساس في ثبوت التهمة على المتهم. وقد استقر القضاء الأنجلو أمريكي على قبول الدليل الناتج عن استعراف الكلب الشرطي بشرط أن يعزز بأدلة أخرى بمعنى أنه لا يعول عليه وحده كدليل فهو ليس سوى قرينة غير حاسمة من دلالتها ويجب مساندها بقرائن أخرى.

ويعرض المتهم على الكلب البوليسي وسط مجموعة من الناس وقد يتعرف الكلب على المتهم إذا كان هو صاحب الأثار التي شمها إلا أن المتهم مع هذا قد يعترف وهنا يجب أن نفرق بين أمرين:

(1) د. جمال الدين العطيبي، المرجع السابق، ص 101.

1- إذا كان الاعتراف من المتهم تم قبل قيام الكلب بدوره في عملية الاستعراق ولدى التجهيز لها في هذه الحالة يكون الاعتراف طواعية واختيارياً ويكون لهذا الاعتراف نتائج القوية.

2- أما إذا كان الاعتراف لدى مهاجمة الكلب للمتهم فإنه لا يكون صادراً طواعية واختيارياً ومن ثم لا يعول عليه.

4- الاعتراف تحت التنويم المغناطيسي:

أن فكرة الاستجواب تحت تأثير التنويم المغناطيسي تتطوي على اعتداء على شعور المتهم ويمكن سره الداخلي وفيها انتهاك لأسرار النفس البشرية الواجب احترامها ويرى البعض أنه ليس هناك مانع قانوني يمنع من تنويم الشخص المستوجب مغناطيسياً إذا وافق أو طلب ذلك بنفسه وهو بكامل شعوره ووعيه لإظهار براءته لأنه من الظلم أن يرفض طلب المتهم قد يحقق له فائدة.

وخلاصة القول أنه لا يجوز استخدام التنويم المغناطيسي حتى برضاء المتهم طالما يحتمل أن يكون رضاه ناتجاً عن خوفه من اعتبار رفضه الخضوع للتنويم قرينة على إدانته كما أن موافقة أو رضا المتهم ليس له أي قيمة قانونية لأنها لا تستطیع أن يتنازل عن الضمانات الدستورية التي تحيط بدفاعه وأن هذه الضمانات لا تخصه فقط بل تخص المجتمع كله ويعتبر استجوابه باطلاً لأنه ليس وليد إرادة حرة واعية دون تأثير ولم نعثر في القضاء المصري على حكم يفصح عن اتجاه المحاكم واتجه القضاء الأمريكي إلى استبعاد الاعتراف الناتج عن التنويم المغناطيسي واعتباره غير مقبول لأنه يحرم المتهم من حقوقه الدستورية.⁽¹⁾

5- الاعتراف الناتج عن تأثير العقاقير المخدرة:

أن استخدام العقاقير المخدرة تؤثر على الوعي والشعور وتستعمل للارتخاء وتطلق العنان بعدم السيطرة على المشاعر ولا التحكم بالإرادة ولذلك فإن استعمالها يعتبر اعتداء على الحرية

(1) د. أحمد فتحي بهنسي "موقف الشريعة من نظرية الدفاع الاجتماعي"، دار الشروق بيروت، طبعة ثانية، 1980، ص130.

الشخصية للفرد واعتبرت محكمة النقض المصرية أن هذه الوسيلة من قبيل الإكراه المادي الذي يؤثر على أقوال المتهم الصادرة منه فيشوبها البطلان ويرفض القضاء الأمريكي استخدام هذه العقاقير التي تعوق حرية الإرادة للحصول على الاعتراف من المتهم ويعتبر الاعتراف باطلاً طالما استخدم العقار المخدر للحصول عليه حيث أنحرف تمييز المتهم ولم تعد إرادته حرة ومقيدة قانوناً وقد ذهبت المؤتمرات الدولية إلى رفض استخدام هذه العقاقير مثل مؤتمر لوزان سنة 1945 والحلقة الدراسية المنعقدة في فينا سنة 1960م.⁽¹⁾

6- الاعتراف نتيجة استخدام جهاز كشف الكذب:

إن الاعتراف المتهم الصادر نتيجة استعمال جهاز كشف الكذب هناك من يعتبره من عناصر الإثبات لكنه لا يرقى على مرتبة الدليل الكامل وآخر يعتبره صادراً عن إرادة حرة لعدم استناده إلى إجراء باطل في ذاته وأنه يشبه مواجهة المتهم ببصمات أصابعه بشرط أن يكون اعترافاً إرادياً لا يشوبه ما يبطله وآخر يعتبره من قبيل الإكراه المادي. إلا أن الرأي الراجح في الفقه الجزائري أعتبر الاعتراف الصادر من المتهم نتيجة استخدام جهاز كشف الكذب باطلاً ويجب استبعاده كدليل في الإثبات لأن القانون رتب للإفراد ضمانات للدفاع لا يجب المساس بها. وإنني أوافق الرأي.⁽²⁾

• المبحث الثاني: اثر الاكراه علي صحة الاعتراف (البطلان)

البطلان هو جزاء عدم مراعاة شروط صحة الاعتراف وجميع هذه الشروط متساوية في أهميتها فيترتب البطلان على مخالفة أي منها دون استثناء ومتى لحق البطلان الاعتراف زالت عنه قيمته القانونية كدليل في الدعوى، فيشترط فيمن يدلى بالاعتراف أن يكون متهماً بارتكاب جريمة وأن تتوافر لديه الأهلية الجنائية بأن يكون متمتعاً بالتمييز والإدراك فإن لم يكن كذلك أصيب الاعتراف بالبطلان.

(1) د. أحمد فتحي بهنسي، المرجع السابق، ص 133.

(2) د. أحمد فتحي بهنسي، المرجع السابق، ص 135.

وأن يكون الاعتراف صادر عن إرادة حرة بعيداً عن وسائل الإكراه سواء مادية أو معنوية وأن يكون الاعتراف صريحاً لا لبس ولا غموض فيه وإلا أصبح اعتراف باطل وتزول عنه القيمة القانونية كدليل في الدعوى وإذا كانت الإجراءات السابقة على الاعتراف باطلة فإن البطلان يلحق بالاعتراف ويفقد قيمته القانونية كدليل في الدعوى وقد يرتب القانون على الإخلال بضمانات صحة الاعترافات جزاءات أخرى بالإضافة إلى البطلان كالجاء التأديبي والتعويض المدني الذي يلتزم مرتكب الإخلال بدفعه نتيجة الضرر الذي نجم عن تصرفه كما قد يكون جزاء جنائياً إذا توافر في الإخلال عناصر الجريمة كتعذيب المتهم.⁽¹⁾

• المبحث الثالث: موقف المشرع الكويتي من استخدام الإكراه لانتزاع الاعتراف من المتهم

تنوعت اشارات المشرع الكويتي لمنع المساس بجسم الانسان بشكل عام وعدم تعرضه لاي صوره من صور المعاملة القاسية لانتزاع الاعتراف منه فقد ذهب المشرع الدستوري الكويتي في المادة 30 الي أن (الحرية الشخصية مكفولة)، كما نصت في المادة 31 فقرة 2 على انه (ولا يعرض اي انسان للتعذيب او للمعاملة الحاطة للكرامة)، كما نصت المادة 34 على ان (المتهم بريء حتى تثبت ادانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع. ويحظر ايزاء المتهم جسمانيا او معنوياً). كما حظر المشرع الجزائي استخدام العنف او اي صوره من صور الاكراه ضد المتهم لاجبارة على الاعتراف، وذلك حسبما نص في المادة 120 من قانون الجزاء الكويتي على انه (كل موظف عام استعمل سلطة وظيفته لمجرد الاضرار بأحد الافراد يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تجاوز ثلاثة الاف روبية او باحدى هاتين العقوبتين). كما نصت المادة 121 من نفس القانون على انه (كل موظف استعمل القسوة مع الناس اثناء تأدية وظيفته، او اوجب على الناس عملا في غير الحالات التي يجيز فيها القانون ذلك، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تجاوز ألف روبية او بإحدى هاتين العقوبتين).

(1) د. أحمد فتحي بهنسي، المرجع السابق، ص 170.

يضاف الي ذلك ان دولة الكويت تعد من اوائل الدول الموقعة علي جميع الاتفاقيات الدولية التي تحظر تعريض اي شخص للاكراه او التعذيب سواء في الظروف العادية او عن خضوعهم للمحاكمات او التوقيف الشرطي، ومن امثلة تلك الاتفاقيات الاعلان العالمي لحقوق الانسان والعهد الولي للحقوق المدنية والسياسية ومجموعة المبادئ الخاصة بالاشخاص الخاضعين لأي شكل من اشكال الاحتجاز او السجن والاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية او اللانسانية، وكل هذه الاتفاقيات فيها من النصوص الواضحة الدلالة علي تجريم الاكراه ايا كانت صورته لانتزاع الاعترافات من المتهم.

○ الفصل الخامس: تجريم الاكراه لانتزاع الاعتراف من المتهم في النصوص الدولية

لقد حرصت جميع المواثيق والاتفاقيات والاعلانات الدولية على اقرار حق الانسان في سلامة جسده ونفسه وعدم تعريضه لأي شكل من اشكال الإكراه او التعذيب.

في مقدمة تلك النصوص يأتي الاعلان العالمي لحقوق الانسان الذي نص في المادة 5 علي انه (لا يجوز اخضاع احد للتعذيب ولا للمعاملة القاسية او اللانسانية او الحاطة من الكرامة)، كما اكدت مواد الاعلان علي حق كل شخص في الحصول علي محاكمة عادلة، والتي من ابعدياتها عدم تعريض المتهم لاي صورة من صور العنف او الاكراه لحملة علي الاعتراف، وفي ذلك نصت المادة 8 من الاعلان علي انه (لكل شخص حق اللجوء الي المحاكم الوطنية المختصة لانصافه الفعلي من اية اعمال تنتهك الحقوق الاساسية التي كفلها له الدستور او القانون)، ونصت المادة 9 علي انه (لا يجوز اعتقال اي انسان او حجرة او نفية تعسفياً). كما أكد العهد الدولي للحقوق المدنية والساسية على نفس المعني حين نصت المادة 7 منه على انه (لا يجوز اخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة القاسية او اللانسانية او الإحاطة للكرامة)، كم نصت المادة 14 في شأن ضمانات المحاكمة العادلة على انه (لا يجوز ان يكره شخص على الشهادة ضد نفسه او الاعتراف بذنب).

كما اصدرت الجمعية العامة للامم المتحدة القرار رقم 43\173 والمتضمن مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية الاشخاص الذين يتعرضون لاي شكل من اشكال الاحتجاز او الحبس، وقد دارت هذه المبادئ في مجموعها في فلك التأكيد توفير ضمانات المحاكمة العادلة التي

تتضمن احترام حقوق المتهم وعدم تعريضة لاي صوره من صور الاكراه او التعذيب خاصة اذا كانت لحملة علي الاعتراف بذنب ما حتي لو كان قد ارتكبه بالفعل.⁽¹⁾

○ الخاتمة والتوصيات

في نهاية هذا العرض نخلص الي ان جميع المواثيق الدولية وكذلك التشريعات الوطنية الكويتية علي مختلف درجاتها قد حرصت علي التأكيد علي اهمية تجنب الأشخاص خطر التعرض لاي شكل من اشكال الاكراه البدني او المعنوي سواء في الظروف العادية او في حالات التوقيف والتحقيق والمحاكمة فضلا عن ابطال كافة مايصدر عن الاشخاص الموقوفين من اعترافات ضد انفسهم تكون قد صدرت تحت وطأة الاكراه او التعذيب، ودفعا لكل الشبهات فقد حرص المشرع الجزائي اكويتي علي التقليل من اهمية الاعتراف الذي يدلي به الموقوف في مراحل الاستدلال والتحقيق من قبل السلطات التنفيذية ممثلة في اجهزة الامن والشرطة، وماكان ذلك الا لان شبهة عدم مراعاة ضمانات المحاكمة العادلة في الغالب الاعم في حق هذه الاجهزة لحرصها الاكيد علي استيفاء محاضر الاستدلال باي طريقة كانت، بل والاكثر من ذلك ان ذهب المشرع بعيداً عندما لم يلزم القاضي بالتعويل حتي علي اعتراف المتهم امام النيابة العامة، كل ذلك مايدفعنا الي التوصية التي تؤيد المنحي الدافع الي تطبيق قاعدة الفصل بين السلطات بشكل أكثر حرفية مما هي عليه الان باخضاع جميع الجرائم للتحقيق بمعرفة النيابة العامة وقصر سلطات أجهزة الامن والضبط علي مراحل الاستدلال وجمع البيانات، وذلك علي سند من ان النيابة العامة هي الجهة التي اناط بها الدستور حماية الدعوي العمومية ومتابعتها وتحريكها نيابة عن المجتمع، فضلا عن تقادي العوار المنطقي المتمثل في تولي السلطة التنفيذية ممثلة في جهاز الشرطة القيام بمهام جمع المعلومات والاستدلال وكذلك توجيه التهام والاحالة للمحاكمة وهو الامر الذي لا تتقدم معه شبهات من التعسف في استعمال السلطة وعدم تمتع الموقوف بكافة ضمانات المحاكمة العادلة التي لطالما كان الدستور الكويتي شديد الحرص على توفيرها.

(1) د.سلطان أنور، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دراسة في القانون المصري واللبناني، جامعة بيروت سنة

الدراسة الثانية:

الإكراه في ضوء مبادئ اليونيدروا

"دراسة مقارنة في التشريعات الوطنية: الفلسطيني والقطري والأردني"

إبراهيم خالد يحيى⁽¹⁾

عمرو إبراهيم صعابنة⁽²⁾

نصت المادة (6-2-3) من مبادئ اليونيدروا على أنه "يجوز لأحد الأطراف التمسك ببطلان العقد إذا كان ما دفعه إلى إتمام العقد هو تهديدات غير مبررة من الطرف الآخر، وكانت هذه التهديدات - بالنظر إلى الظروف المحيطة - حالة وخطيرة بحيث لاتجعل للطرف الأول بديلاً معقولاً. ويعتبر التهديد غير مبرر -بوجه خاص - إذا كان العمل، أو الامتناع الذي هدد به الطرف الآخر، غير مشروع في حد ذاته أو كان عدم المشروعية يلحق باستخدام هذا التهديد بهدف التوصل إلى إبرام العقد".⁽³⁾

في حين نصت المادة (1006) من مجلة الأحكام العدلية⁽⁴⁾ على أنه "لا يعتبر البيع الذي وقع بالإكراه ولا الشراء ولا الإيجار ولا الهبة ولا الفراغ ولا الصلح والإقرار والإبراء عن مال ولا

⁽¹⁾ الجامعة العربية الأمريكية، فلسطين

⁽²⁾ الجامعة العربية الأمريكية، فلسطين

⁽³⁾ مبادئ اليونيدروا لعقود التجارة الدولية، منشورة على موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على الرابط:
<https://www.unidroit.org/overview-principles-2010-other-languages/arabic-black-letter>

تاريخ الدخول 2020/7/27.

⁽⁴⁾ مجلة الأحكام العدلية لسنة 1876 ميلادي، المنشور في العدد (0)، مجموعة عارف رمضان (الحكم العثماني)، صفحة (1)، انظر موقع المقتفي: <http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/LegCard.aspx?id=3905>، تاريخ

الدخول: 2020/6/15.

تأجيل الدين ولا إسقاط الشفعة ملجئاً كان الإكراه أو غير ملجئ ولكن لو أجاز المكره ما ذكر بعد زوال الإكراه يعتبر".

وقد نصت المادة (137) من القانون المدني القطري⁽¹⁾ على أنه "1- يجوز طلب إبطال العقد للإكراه لمن تعاقد تحت سلطان رهبة قائمة على أساس بعثت في نفسه دون حق. 2- وتعتبر الرهبة قائمة على أساس، إذا وجهت إلى المتعاقد وسائل إكراه جعلته يستشعر الخوف من أذى جسيم محقق يتهدهه أو غيره في النفس أو الجسم أو العرض أو الشرف أو المال. 3- ويراعى في تقدير الرهبة في نفس المتعاقد حالته من الذكورة أو الأنوثة، وسنه، وعلمه أو جهله، وصحته أو مرضه، وكل ظرف من شأنه أن يؤثر في مدى هذه الرهبة"⁽²⁾.

كما نصت المادة (141) من القانون المدني الأردني⁽³⁾ على أنه "من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده ولكن لو أجاز المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحاً".

ولم تنص مبادئ اليونيدروا ولا القانون القطري، ولا المشروع الفلسطيني على تعريف واضح للإكراه⁽⁴⁾، خلاف المجلة التي عرفته بموجب المادة (948) بأنه "هو إجبار أحد على أن يعمل عملاً بغير حق من دون رضاه بالإخافة ويقال له المكره (بفتح الراء) ويقال لمن أجبر مُجبرٌ ولذلك العمل مكره عليه وللشيء الموجب للخوف مكره به"، وعرفه كذلك القانون المدني الأردني

⁽¹⁾ قانون رقم (22) لسنة 2004 بإصدار القانون المدني، الجريدة الرسمية: العدد 11، تاريخ النشر: 08/08/2004 الموافق 1425/06/22 هجري، الصفحة 364.

⁽²⁾ وقد نصت المادة (126) من مشروع القانون المدني الفلسطيني (القانون المدني الفلسطيني المطبق في غزة) على نفس حكم القانون القطري، بقولها "1- يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وكانت قائمة على أساس. 2- تكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال. 3- يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه".

⁽³⁾ القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 المنشور في عدد الجريدة الرسمية 2645 بتاريخ 1976/8/1.

⁽⁴⁾ فقد نصت المادة (6-2-3) من المبادئ على شروط للإكراه المادة (137) من القانون القطري، والمادة (126) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على شروط الإكراه دوت تعريفه.

بموجب المادة (135) بقوله "الإكراه هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه ويكون مادياً أو معنوياً"⁽¹⁾.

وقد خرجت المبادئ عن المفهوم التقليدي للإكراه، الذي يقصر أثره على النفس أو المال، حين أشارت شروحات المبادئ الرسمية إلى الإكراه الاقتصادي، الذي شغل حيزاً كبيراً من هذا البحث لما فيه من أحكام حديثة، وتقاطع مع العديد من المفاهيم والأنظمة القانونية التي ينبغي تحليلها، ومعرفة أوجه التشابه والاختلاف بينها.

والذي يجعل موضوع الإكراه - وتحديدًا الذي تبنته المبادئ - موضوعاً لا يتقدم مهما طال الزمان، هو أن صوراً للإكراه ووسائله تتطور باستمرار، وإننا في هذه الفترة نعيش واقعاً ملموساً، شاهداً على تطور وسائل الإكراه، إذ إن انتشار جائحة فيروس كورونا، وما تلاه من أزمات اقتصادية، أفرز صوراً حديثة من الإكراه، تقترب من الإكراه الاقتصادي وعيب الاستغلال، فيما يتعلق باستغلال حاجة الكثير من الدول إلى الوسائل الصحية في مكافحة الجائحة، كالمعدات والكمامات وأجهزة التنفس الاصطناعي، إذ عمدت الدول ذات الهيمنة الاقتصادية إلى فرض شروطها العقدية بأسعار محددة قد لا تتناسب قيمة هذه الوسائل الصحية، مستغلة حالة الحاجة وقلة الخبرة والضعف الإنتاجي والاقتصادي لدى العديد من الدول خاصة النامية منها⁽²⁾، وهو ما يجعل الحديث عن الإكراه إذن ملازماً لكل فترة زمنية، ما يستدعي تطور المعالجة القانونية للواقع العملي المتجدد.

♦ أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في تحليل الاختلافات بين مبادئ اليونيدروا والتشريعات الوطنية المقارنة وعلى رأسها مجلة الأحكام العدلية، سواء من حيث تكييف الإكراه، أو نطاقه، أو شروطه، أو أثره على العقد، وكذلك في ظل إشارة شروحات المبادئ الرسمية إلى الإكراه الاقتصادي كصورة

⁽¹⁾ القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، وقد اعتمد المشرع الأردني في مواد الإكراه على مجلة الأحكام العدلية استناداً للمواد (948-949) وشرحها لعللي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، طبعة خاصة بموافقة دار الجيل - بيروت، دار عالم الكتب، الرياض، 2003. والمواد 191 - 192 من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، لمؤلفه محمد قدرى باشا، نظارة المعارف العمومية، ط2، مصر، 1891.

⁽²⁾ شناتلية، وفاء وشوايدية، منية، الحماية القانونية للمتعاقد للضعيف من الإكراه الاقتصادي في ظل أزمة فيروس كورونا (COVID-19)، حوايات جامعة الجزائر 1، مج 34، عدد خاص، جامعة الجزائر، الجزائر، 2020، ص 372 - 373.

لم تشر إليها التشريعات الوطنية ومنها المجلة، والنظر في إمكانية الاستفادة من أحكام المبادئ والتقريب بينها وبين موقف القوانين الوطنية المقارنة، باعتبارها مبادئ عقدية يمكن الاستهداء بها من قبل المشرع الوطني.

كما أن البحث في الإكراه وفق المبادئ له خصوصية تتمثل في ضرورة التطرق إلى عيوب الإرادة الأخرى وفق المبادئ، وأنظمتها المقاربة، لبحث العلاقة فيما بينها، والنظر في الاختلافات بين عيوب الإرادة وفق التشريعات الوطنية ذاتها، في ضوء المذهب الفريد للمجلة الذي لا يعتبر الإكراه عيب إرادة، إنما عيباً في الرضا مفسداً للعقد.

◆ إشكالية البحث

بغية تجسد أهمية البحث يجدر بنا الإجابة على تساؤلات تمثل إشكالية البحث على النحو التالي: ما هو تكييف الإكراه وفق المبادئ، ومدى اختلافه عنه في المجلة؟ وما هي شروط الإكراه التي تميزت بها المبادئ والمجلة والتشريعات الوطنية المقارنة عن بعضهما البعض؟ ما هو نطاق الإكراه وفق المبادئ والتشريعات الوطنية المقارنة؟ ما هو أثر الإكراه على العقد في كل من المبادئ والتشريعات الوطنية المقارنة، وأيها أكثر خدمة للمتعاقدين وتحقيقاً للعدالة؟ ما هي أوجه التشابه والاختلاف بين الإكراه وغيره من النظم القانونية المشابهة؟ كيف عالجت المبادئ الإكراه الاقتصادي، وما مدى اقترابه من عيب الاستغلال وفق المبادئ، وما موقف التشريعات الوطنية المقارنة منه؟ هل يفضل تنظيم الإكراه في المبادئ عنه في التشريعات والوطنية المقارنة؟ وكيف يمكن التوفيق بين موقف التشريعات المذكورة المختلفة تحقيقاً لمصلحة المتعاقد المكره؟

◆ منهجية البحث

اعتمد البحث المنهج الوصفي التحليلي لنصوص مبادئ اليونيدروا، ومقارنتها بالتشريعات الوطنية، وعلى رأسها مجلة الأحكام العدلية بصفتها القانون المدني النافذ في الضفة الغربية في فلسطين، والقانون المدني القطري لسنة 2004، ومشروع القانون المدني الفلسطيني الذي هو القانون المدني النافذ في قطاع غزة في فلسطين، وكذلك القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، ويعتمد البحث على تحليل الآراء الفقهية في القوانين المذكورة، والاجتهادات القضائية رغم قلتها في هذا الصدد.

○ المطلب الأول: مفهوم الإكراه

يعالج هذا المطلب المفهوم التقليدي للإكراه، ثم المفهوم الحديث المتمثل بالإكراه الاقتصادي الذي تنبته مبادئ اليونيدروا، ومن ثم تمييز الإكراه عن الأنظمة القانونية المشابهة كحالة الضرورة، والشوكة والنفوذ الأدبي، والإذعان.

• الفرع الأول: نطاق الإكراه

يعالج هذا الفرع المفهوم التقليدي للإكراه، الذي تنبته العديد من التشريعات الوطنية، ومن ثم المفهوم الحديث الذي تنبته مبادئ اليونيدروا تلبية لتطورات التجارة الدولية.

◆ البند الأول: المفهوم التقليدي للإكراه "المعنى العام"

رغم عدم نص المبادئ على مفهوم للإكراه إلا أن مفهومه لا يخرج عن المعنى الذي استقر عليه الاجتهاد الفقهي والقضائي في القوانين الوطنية، فقد عرفه الأستاذ السنهوري بأنه "ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد"⁽¹⁾، وقيل "هو ضغط يتعرض له المتعاقد فيولد بنفسه رهبة أو خوفا فتحمله على التعاقد بوجه غير مشروع، والإكراه بهذا المعنى عيب من عيوب الإرادة أي انه يفسد الرضا ولا يعدمه فإرادة المكره موجودة ولكنها معيبة لفقدانها أهم العناصر الأساسية الحرية والاختيار"⁽²⁾، كما تم تعريفه بأنه "ضغط على الشخص يولد رهبة تحمله على التعاقد"⁽³⁾. وقضاء، عرفته محكمة استئناف غزة الفلسطينية أنه "ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد نتيجة الرهبة التي تقع في نفسه"⁽⁴⁾.

(1) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص 334.

(2) العربي، بالحاج، مصادر الالتزام في ضوء قواعد الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية والاجتهادات القضائية العربية والفرنسية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2015، ص 277.

(3) سلطان، أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط8، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015، ص 81. ومؤمن، عمر السيد، الإكراه المفسد للرضا في قانون المعاملات المدنية الإماراتي دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري والفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 11.

(4) حكم محكمة الاستئناف الفلسطينية/استئناف غزة، حقوق رقم 17 / 1996 بتاريخ 1997/6/29، منشور على موقع المقتفي على الرابط: <http://muqtafi.birzeit.edu/>، تاريخ الدخول 2020/7/11، وانظر حكم محكمة التمييز

ويختلف الإكراه أو التهديد عن التحذير أو التنويه إلى أن ثمة نتائج معينة سوف تترتب في حالة عدم موافقة المتعاقد على ما يبتغيه الطرف الآخر في العقد⁽¹⁾، كما أن الإكراه يختلف عن الإقناع ومحاولة التأثير في المتعاقد الآخر، ما دام لم يصل ذلك حد التهديد وإيقاع الرهبة⁽²⁾. ويختلف الإكراه عن عيوب الإرادة الأخرى، حيث يختلف عن الغلط والتدليس من حيث الموضوع، ففي حين أن الأخيرين يمسان من العاقد علمه بما يرتضيه بحيث يجئ رضائه عن غير بينة بواقع الحال وحقيقته، فإن الإكراه لا يمس من العاقد إلا الاختيار فيه، فضاء المكره يأتي عن بينة ولكن رضائه لا يجئ عن حرية إنما قسر وإجبار⁽³⁾.

وقد يكون الإكراه حسياً مادياً وهو الذي يقع على البدن فعلاً، أو يكون الإكراه نفسياً معنوياً وهو الذي يقع على النفس، ومثال الأول الضرب أو الإيذاء عموماً، ومثال الثاني التهديد بالحاق الأذى دون إيقاعه فعلاً⁽⁴⁾.

والأصل أن يكون الإكراه إيجابياً، وهو الصورة الشائعة من الإكراه الذي يقترن بأفعال تهديدية سواء كانت منصببة على البدن أو المال أو التأثير النفسي⁽⁵⁾؛ إلا أنه يمكن أن يكون سلبياً،

الأردنية، رقم 2654 لسنة 2016 - محكمة التمييز بصفتها الحقوقية الصادر بتاريخ 2016-10-19، منشور على موقع قمارك: <https://qarark.com/>، تاريخ الدخول: 20/7/2020.

(1) دواس، أمين، واخرون، شرح مبادئ اليونيدرو لعقود التجارة الدولية (2010)، ج1، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017، ص522.

(2) حيث قضت محكمة النقض المصرية بالقول "إذا كانت المحكمة قد أثبتت بأدلة مقبولة أن حصول المشتري على عقد البيع من البائعة لم يكن بطريق الإكراه بل بطريق الإقناع والتأثير البريء، وأن وقائع الإكراه التي ادعتها - بفرض صحتها - لم تكن لتؤثر في نفسها تأثيراً يحملها على توقيع العقد لأخيها بغير رضا وتسليم، فلا يكون ثمة محل لمجادلتها في ذلك، وإذا كانت المحكمة قد ذكرت في حكمها أن البائعة لم تكن واقعة تحت تأثير الإكراه الذي سلبها إرادتها فإن ذلك لا يعني أنها قصدت إلى الإكراه السالب للإرادة دون الإكراه المفسد لها، وخصوصاً إذا كانت عبارة الحكم جلية في الدلالة على نفي حصول الإكراه إطلاقاً". (الطعن رقم 84 لسنة 14 جلسة 12/04/1945 س ع 1 ص 628 ق 238)، منشور على موقع محكمة النقض المصرية على الرابط:

<https://www.cc.gov.eg/judgments>، تاريخ الدخول 2020/7/2.

(3) مؤمن، عمر السيد، مرجع سابق، ص13.

(4) السنهوري، عبد الرزاق، ج1، مرجع سابق، ص338.

(5) منصور، أمجد محمد، النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص102.

وذلك في صورة الامتناع عن القيام بعمل كقبول شخص القيام بعمل معين ولكنه بغية الحصول على زيادة في الأجر؛ امتنع عن القيام بذلك العمل ولم يقد به الا بعد ان حصل على الزيادة المطلوبة، ونظرا لأن ظروف العاقد الآخر تنذر بوقوع خطر جسيم إذا لم يقد العاقد بعمل متفق عليه يكره هذا العاقد على قبول ذلك⁽¹⁾.

ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى نوعي الإكراه الملجئ وغير الملجئ اللذين أخذ بهما المجلة والقانون المدني الأردني لارتباطهما بكون التهديد حالا وخطيرا، فقد نصت المادة (1007) من المجلة على أنه "كما أن الإكراه الملجئ يكون معتبرا في التصرفات القولية على ما ذكر في المادة السابقة كذلك في التصرفات الفعلية وأما الإكراه غير الملجئ فيعتبر في التصرفات القولية فقط ولا يعتبر في التصرفات الفعلية بناء عليه لو قال أحد لآخر اتلف مال فلان وإلا أقتلك أو اقطع أحد أعضائك وأتلف ذلك يكون الإكراه معتبرا ويلزم الضمان على المجرر فقط وأما لو قال اتلف مال فلان وإلا أضربك أو أحبسك وأتلف ذلك فلا يكون الإكراه معتبرا ويلزم الضمان على المتلف فقط".

وقد نصت المادة (136) من القانون المدني الأردني على أنه "يكون الإكراه ملجئا إذا كان تهديدا بخطر جسيم محقق يلحق بالجسم أو المال. ويكون غير ملجئ إذا كان تهديدا بما دون ذلك"، ونصت المادة (138) من ذات القانون على أنه "الإكراه الملجئ يعدم الرضا ويفسد الاختيار وغير الملجئ يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار".

وعليه فالإكراه نوعان من حيث أثره على الرضا، فالإكراه الملجئ ما يعدم الرضا ويفسد الاختيار، بمعنى أن الرضا عن فكرة ونتائج إبرام العقد غير موجود ولا حتى اختيار إبرام العقد موجود بإرادة تامة، فلا يكون المكروه مختارا التعاقد ولا راضيا عن نتائجه، وهذا الإكراه هو الذي يكون جسيما واقعا على النفس والمال، كالتهديد بالقتل أو إتلاف عضو أو إتلاف جميع المال، وهذا الإكراه يعتبر في التصرفات القولية (التصرفات القانونية)، والتصرفات الفعلية (الوقائع المادية)⁽²⁾.

(1) الجبوري، ياسين محمد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني الجزء الأول مصادر الحقوق الشخصية مصادر الالتزامات دراسة مقارنة، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص173-174.

(2) باز، سليم رستم، شرح المجلة، ط3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1986، ص560. الأتاسي، محمد خالد، شرح المجلة، المجلد الثالث (الكفالة- الحوالة- الرهن- الامانات- الهبة - الغصب والاتلاف- الحجر والاكراه والشفعة)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2017، ص529-530.

أما الإكراه غير الملجئ فيعدم الرضا ولا يفسد الاختيار، فلا يقصد المتعاقد فيه نتائج العقد أي الرضا وإنما يقصد إبرامه (الفعل الإرادي) فالاختيار موجود ولا يشوبه تعيب الإرادة، وهو ما يقع على النفس والمال لكن ليس على قدر من الجسامة والخطورة، كالتهديد بالحبس أو الضرب غير المفضي إلى موت، أو التأنيب، فهذا الإكراه يعتبر في التصرفات القولية دون الفعلية⁽¹⁾.

ولا فرق بين الاكراه الملجئ وغير الملجئ في التصرفات القولية حيث إنهما يعتبران عيبا من عيوب الإرادة، خلاف التصرفات الفعلية⁽²⁾.

وقضت محكمة النقض الفلسطينية بأنه يجب التفريق بين الإكراه الملجئ والإكراه غير الملجئ، إذ بحسب نص المادة 1007 من مجلة الأحكام العدلية فإن الإكراه غير الملجئ غير معتبر في التصرفات الفعلية⁽³⁾.

ونعتقد أن المبادئ باشرطها أن يكون التهديدا حالا وجسيما، وبعدم إشارتها إلى نوع الإكراه غير الملجئ الذي لا يفسد الاختيار؛ فإنها تكون قد اقتربت مما يعرف وفق المجلة بالإكراه الملجئ، وقد يصعب القول بأنها تعترف بالإكراه غير الملجئ، في ظل ما أشرنا له من أن الإكراه غير الملجئ لا ينطوي على قدر كبير من الجسامة، ولذلك يخشى في ظل هذا الصيغة الحالية لنص المبادئ أن تفسر على قصرها على الإكراه الملجئ.

ونرى أن موقف المجلة أكثر سعة من هذا التفسير الممكن لنص المبادئ، ويوفر حماية أكبر للمتعاقد المكره، باعترافها بالإكراه غير الملجئ في التصرفات القولية⁽⁴⁾، ونعتقد أن المبادئ بتنظيمها للعقود التجارية الدولية ذات القيمة المالية الضخمة غالبا؛ تحتاج إلى الأخذ بموقف المجلة، خاصة وأن صورة التهديد المتصورة في مجال العقود الدولية يندر أن يكون من خلال التهديد الجسيم الواقع على النفس والمال بصورة مباشرة كالقتل أو الإتلاف، إنما يكون من قبيل

(1) السرحان، عدنان ابراهيم ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية الانتزاعات دراسة مقارنة، ط5، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص123.

(2) المرجع السابق، ص123.

(3) محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله، حقوق رقم (31 / 2004)، تاريخ 2004/5/8، منشور على موقع المفتي على الرابط: <http://muqtafi.birzeit.edu/>، تاريخ الدخول 2020/7/27.

(4) راجع المادة (1007) من مجلة الأحكام العدلية.

التهديد المرتبط بالسمعة الاقتصادية، وهو ما يعني أن صورة الإكراه غير الملجئ شائعة في العقود التجارية الدولية، وإن الأخذ بها ينسجم مع موقف المبادئ نفسه حين نظم الإكراه المنصب على السمعة الاقتصادية والقيم المعنوية.

وتجدر الإشارة إلى أن الإكراه الذي يصل حد إعدام الإرادة المكروه على التعاقد إنما يجعل العقد باطلا⁽¹⁾، وهو يخرج إذن عن معنى الإكراه الذي تعالجه التشريعات المقارنة باعتباره من عيوب الإرادة، ويخرج عن معنى الإكراه الذي تنظمه المجلة باعتباره مفسدا للرضا، لأن الإكراه الذي يعدم الإرادة لا يمكن القول أنه مفسد للرضا وفق المجلة، ولا معيب للإرادة وفق المبادئ أو التشريعات الوطنية الأخرى، ومثاله أن يمكس المكروه يد المكروه إجبارا فيوقعه على عقد ما، ففي هذه الحالة لم يرد المكروه لا إبرام العقد أي مجرد التوقيع، ولا حتى نتائج العقد.

♦ البند الثاني: المفهوم الحديث للإكراه "الاقتصادي"

ورد في شروحات مبادئ اليونيدروا الرسمية أن الإكراه ليس محصورا في وقوعه على الجسد أو المال، وإنما يعتبر من قبيل الإكراه ما يقع على السمعة والمصالح الاقتصادية للطرف المهتد⁽²⁾، وأقر بهذا النوع من أنواع الإكراه الفقه الفرنسي الحديث⁽³⁾.

وورد في الشروحات الرسمية للمبادئ مثال على الإكراه الاقتصادي على النحو التالي "إزاء تهديد موجه من لاعبي فريق لكرة السلة بإضرارهم ما لم يحصلوا على مكافأة أكبر من المكافأة المتفق عليها في حالة الفوز بالمباريات الأربعة المتبقية في الموسم الرياضي، يضطر مدير الفريق إلى دفع المكافأة المطلوبة. يحق لصاحب الفريق في هذه الحالة أن يتمسك ببطلان هذا العقد الجديد مع اللاعبين على أساس أن الإضرار من شأنه أن يهبط بالفريق تلقائيا إلى درجة أدنى، ومن ثم يمثل إكراها جسيما وخطيرا يهدد سمعة النادي ومركزه المالي"⁽⁴⁾.

(1) النجار، عبدالله مبروك، مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001-2002، ص91.

(2) انظر الشرح الرسمي للمبادئ للمادة (3-2-7): <http://www.unilex.info/principles/text>، تاريخ الدخول: 2020/8/5.

(3) انظر رأي هذا الفقه لدى العربي، بالحاج، مرجع سابق، ص283.

(4) انظر الشرح الرسمي للمبادئ للمادة (3-2-7): <http://www.unilex.info/principles/text>، تاريخ الدخول: 2020/8/1.

ولم يرد مثل هذا الحكم في المجلة أو القانون القطري، أو المشروع الفلسطيني، أو القانون المدني الأردني، مما يثير تساؤلاً حول إمكانية إدراج هذا النوع من الإكراه ضمن الحكم العام، باعتبار أن النصوص في التشريعات المذكورة جاءت عامة، وهو ما يعني أن المطلق يجري على إطلاقه؟

ذهبت بعض الاتجاهات إلى أن الإكراه الاقتصادي يدخل ضمن المفهوم العام للإكراه، أي المفهوم التقليدي⁽¹⁾، بحيث ذهبت بعض الآراء الفقهية إلى القول أن الإكراه الاقتصادي يمكن رده إلى صورة من صور الإكراه العامة وهي الإكراه المعنو⁽²⁾، في حين ذهب رأي آخر إلى أن الإكراه الاقتصادي مدلول قائم بذاته ويخرج عن المفاهيم العامة الكلاسيكية⁽³⁾. وأكثر من ذلك، ثار نقاش بخصوص مدى إمكانية وجدوى الأخذ بمفهوم الإكراه الاقتصادي في ظل وجود قوانين خاصة تعالج حالة التبعية الاقتصادية بين طرف وآخر، باعتبار أن هذه القوانين تضع ضوابط لمنع فرض الضغوط الاقتصادية من الطرف القوي على الطرف الضعيف، ومنها قانون المستهلك، وقانون المنافسة، وغيرها، أو حتى بالاستناد إلى بعض الأنظمة القانونية البديلة؟

هذا السؤال كذلك حظي بنقاش جدي بين قائلين بضرورة الأخذ بالإكراه الاقتصادي في ظل قصور القوانين الخاصة عن تحقيق الفائدة العملية المرجوة من تبني فكرة الإكراه الاقتصادي، خاصة في ظل أن تطبيق نصوص الحماية في هذه القوانين الخاصة يتطلب توفر صفات خاصة في المتعاقد المتضرر، مثل أن يكون مستهلكاً⁽⁴⁾، وقائلين بأن مفهوم الإكراه الاقتصادي ما هو إلا بدعة قانونية، ويمكن استيعابه ضمن القوانين الخاصة المذكورة⁽⁵⁾.

(1) علي، كاظم كريم، الاكراه الاقتصادي واثره على العقد في القانونين الانجليزي والعراقي، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الثاني، 2019، ص 305. وانظر أبو مسلم، نبيل، دور نظرية الإكراه الاقتصادي في المحافظة على التوازن العقدي، ص3، 5. مقال منشور على الرابط التالي:

<http://aboumouslime.ma/images/abm/pdfs/lacontrainte.pdf>. تاريخ الدخول: 2020/7/28.

(2) كاظم، عمار كريم وجواد كاظم سميسم، الاكراه الاقتصادي دراسة تحليلية في ضوء قانون العقود الجديد والقضاء الفرنسي، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد 8 العدد 29، 2019، ص 59-60.

(3) اللومي، عبد الرؤوف، الاكراه الاقتصادي، مجلة دراسات قانونية، جامعة صفاقس- كلية الحقوق، ع 22، 2015، ص 97-98.

(4) المرجع السابق، ص 124-125، 129.

(5) انظر تفصيلاً المرجع السابق، ص 116-120.

ويرتبط بذات السؤال أنه دائما ما يرتبط الحديث عن الإكراه الاقتصادي بما يسمى عيب الاستغلال، الذي هو أحد عيوب الإرادة المتبنى حديثا في العديد من التشريعات⁽¹⁾، منها مبادئ اليونيدروا⁽²⁾، وكذلك القانون المدني القطري⁽³⁾، ومشروع القانون المدني الفلسطيني⁽⁴⁾. ويعالج عيب الاستغلال حالة استغلال طرف قوي لحاجة وضعف وطيش في المتعاقد الآخر ليبرم العقد، والذي يقترب كثيرا من مفهوم الإكراه الاقتصادي، بحيث أدى هذا القرب إلى طرح سؤال مفاده: هل إن الإكراه الاقتصادي ما هو إلا أحد صور عيب الاستغلال وبالتالي لا داعي لتبني مفهوم الإكراه الاقتصادي؟ أم هو نظام قانوني قائم بذاته؟

اختلفت الإجابة، فبعض التشريعات رأّت أن الاستغلال عيب من عيوب الإرادة يشترط درجة كبيرة من "عدم التعادل الفاحش" بين الالتزامات⁽⁵⁾، في حين إن الإكراه الاقتصادي يتيح للطرف المتضرر إبطال العقد لمجرد حدوث خلل في الاختيار، دون اشتراط عدم التعادل الفاحش، بمعنى أن الإكراه عيب يطل الإرادة فعلا بتأثيره على مسألة شخصية لدى المتعاقد، في حين إن الاستغلال - وهو هنا قريب من الغبن في هذه الجزئية - يشترط خلا في ماديات العقد، وبالتالي ضرورة حصول هذا التفاوت الفاحش..

والاتجاه الآخر الراض لوجود نظام الإكراه الاقتصادي يعتقد أنه يمكن بدلا من اللجوء إلى الأخير اللجوء إلى عيب الاستغلال بسبب التشابه الكبير بينهما⁽⁶⁾.

ويثور تساؤل حول الحدود الفاصلة بين اللجوء لعيب الاستغلال أو الإكراه الاقتصادي وفق مبادئ اليونيدروا، على اعتبار أنها تتبنى هذين النظامين بوضوح في نصوصها وشروحها الرسمية؟

(1) نصت عليه المادة (3. 2. 7(1)/a) من مبادئ اليونيدروا. ونصت عليه المادة (128) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(2) انظر المادة (3. 2. 7(1)/a) منه.

(3) المادة (140 - 142) منه.

(4) انظر المادة (128) منه.

(5) انظر المادة (3-2-7) من مبادئ اليونيدروا. وانظر المادة (128) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(6) بالكناني، فوزي، نقلا عن اللومي، عبد الرؤوف، مرجع سابق، ص 114 - 116.

الحقيقة أن ثمة أوجه تشابه واختلاف بين نظامي الإكراه والاستغلال وفق المبادئ، وتتمثل أوجه التشابه في أن كلا من الاستغلال والإكراه - وتحديدًا الإكراه الاقتصادي- ينطويان على استغلال حالة ضعف أو تبعية اقتصادية أو حاجة مادية تدفع المتعاقد الضعيف إلى إبرام العقد. بينما تتمثل أوجه الاختلاف في العديد من النقاط، أولها أن الاستغلال وفق المبادئ لا يعتبر عيبًا من عيوب الإرادة، وذلك لأنه ليس نظامًا قانونيًا مستقلًا بذاته، وإنما هو مؤشر على توفر الغبن أي عدم التفاوت الفاحش وغير العادل بين الالتزامات، ولا يمكن القول بوجود الاستغلال إلا بوجود الغبن، وعليه فإن الغبن وفق المبادئ قد يتحقق استقلالًا عن وجود استغلال في العقد⁽¹⁾، وإنما بالنظر إلى مؤشرات أخرى مرتبطة بطبيعة العقد ذاته، كما أن الاستغلال وفق المبادئ ليس مؤصلًا باعتباره عيب إرادة حتى في حالة اقترانه بالغبن، ولذلك أسست تبنيها للغبن بشقيه في الفقرة (أ) و(ب) على أساس أنه خرق للأخلاق التعاقدية ومبادئ حسن النية والأمانة في التعامل⁽²⁾، وهو ما تؤكد الفقرة 2 من المادة 3-2-7 بقولها "... لتجعله متفقاً مع مقتضيات حسن النية وأمانة التعامل في المجال التجاري"، وهو تأصيل مختلف عن تأصيل نظريات الاستغلال الوطنية التي لم تعدد بالغبن إلا بارتباطه بالاستغلال كعيب من عيوب الإرادة، ومختلف كذلك عن النظرية المادية التي عدت الغبن خلافاً في ذات العقد بناءً على أرقام حسابية. ولهذا تعتبر المبادئ حلاً وسطاً بين نظرية الغبن المادية "lesion" ونظرية الغبن الشخصية "qualified laesio enormis"⁽³⁾.

⁽¹⁾ في هذا الصدد أشار الأستاذ Joseph M. Perillo إلى أن المبادئ دمجت مفهوم الغبن اللاتيني الذي يعتد بالتفاوت الفاحش دون شرط الاستغلال مع الغبن في نظام الكومن لو الذي يأخذ بنظام الاستغلال، للمزيد انظر Perillo, M. Joseph, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review*, Fordham Law Review, Volume 63 | Issue 2, 1994, p. 293.

⁽²⁾ Hasibuan, Fauzie Yusuf and others, *Harmonization of the UNIDROIT Principles into the Indonesian Legal System to Achieve Justice of Factoring Contracts* Journal of Law, Policy and Globalization, Vol. 42, ISSN 2224-3240, 2015, p. 53.

وانظر نصار، عبد ومكي، إيناس، خيار الغبن: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، مجلة العلوم الإنسانية، العراق، ع11، 2012، ص118.

⁽³⁾ Chochrin, Tomas, op. cit, p. 1169. see also: Neculaescu, SACHE and Vasilescu, Liviu, *A New Approach Regarding the Legal Contract Lesion*, EIRP Proceedings, vol 5, 2010, p. 97, available at:

والاختلاف الثاني أن الاستغلال لا يتطلب أن يمارس الطرف المستغل أفعالاً إيجابية تجاه المتعاقد الآخر، وإنما يكفي مجرد انتهاز الطرف القوي في العلاقة حالة الضعف أو الطيش أو الحاجة لدى المتعاقد الآخر ليقوم الاستغلال⁽¹⁾، فالمطلوب إذن هنا هو سوء نية الطرف المستغل، في حين يشترط الإكراه أن يقوم الطرف المكره بأفعال تهديد إيجابية أو سلبية تكون هي الدافعة للطرف الآخر لإبرام العقد⁽²⁾، ففي حالة الإكراه الاقتصادي لا يكفي مجرد توفر علاقة تبعية مع ضعف من قبل المتعاقد المكره، وإنما أن يمارس المكره أفعالاً، سواء فعلاً إيجابياً، أو سلبياً بالامتناع، ترغم الطرف الآخر على التعاقد، وقد لاحظنا أن الإكراه بنوعيه: الإيجابي والسلبي ينطوي على فعل، فالامتناع في الإكراه السلبي، هو امتناع عن فعل ينطوي على تأثير على إرادة المتعاقد الآخر، في حين إن الإكراه الاقتصادي لا يستلزم ما يعرف في الإكراه السلبي بالامتناع، إنما هو انتهاز فرصة موجودة، متمثلة في ضعف أو طيش أو حاجة المتعاقد الآخر. واختلاف آخر هام هو أنه لا يشترط في الإكراه الاقتصادي أن يؤدي إلى تفاوت غير عادل فاحش في الالتزامات، فيكفي أن يدفع الإكراه المتعاقد إلى التعاقد بغير رضا منه، ولو كان العقد أصلاً يحقق العدالة ولا غبن فاحشاً فيه، بينما يشترط كشرط رئيس في المبادئ أن يقترن الاستغلال بغبن فاحش غير مبرر⁽³⁾.

<http://www.proceedings.univ-danubius.ro/index.php/eirp/article/view/610/561>, Entering date: 2020/7/11.

⁽¹⁾ الخشروم، عبد الله حسين، عيب الاستغلال في القانون المدني الأردني وفقه الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية- كلية الدراسات العليا، عمان، 1992، ص 44-45.

⁽²⁾ وبالتالي يمكن القول إن الطرف الضعيف في حالة الغبن الاستغلالي - خلاف التذليل - قد يعلم بأنه عرضة للاستغلال من الطرف القوي ولكن لا يجد بداً من إبرام العقد تحت وطأة الضعف التي تعتريه وهو ما يجعله ناقص الإرادة الحرة، انظر:

Fabre-Magnan, Muriel, Defects of Consent at in Contract Law, in:

Hartkamp/Hesselink/Hondius, Towards a European Contract Code, 2. Ed. , The Hague 1998, p. 222, available at:

<https://www.trans-lex.org/131800>, Entering date: 2020/7/22.

⁽³⁾ حيث قضت محكمة استئناف رام الله الفلسطينية بأنه "... يجب أن يتوفر عنصرين عنصر موضوعي وآخر نفسي، الأول يتعلق باختلال التعادل والثاني حالة الضعف التي يوجد فيها أحد الطرفين فيستغلها الطرف الآخر". محكمة استئناف رام الله، حقوق رقم 811 / 2016، تاريخ 2016/10/27، منشور على موقع مقام للأحكام القضائية: على الرابط

وفيما يخص موقف المبادئ من الإكراه والاستغلال مقارنة مع القوانين الوطنية، فمن الجدير ذكره أن المبادئ تتفق مع القوانين الوطنية في جزئية كون الإكراه عيباً من عيوب الإرادة باستثناء المجلة، لأنها - المجلة - لم تعتبر الإكراه كذلك، وإنما اعتبرت أنه يمس الرضا في ذاته لا الإرادة، ولذلك رتب على توافر الإكراه فساد العقد، لا أن يكون غير لازم - كحالة الغبن والتغريب - ولا أن يكون موقوفاً - كموقف القوانين الوطنية من عيوب الإرادة - فالفساد في المجلة يكون نتيجة خلل في شروط صحة العقد، لا في إرادة المتعاقد، ومعروف أن الرضا هو الركن المعبر عن المجلة (المذهب الحنفي) في العقد، ولأنه بسبب الإكراه يصبح مختلاً فيترتب الفساد، ولم ترتب المجلة البطلان لأن البطلان يكون في حالة انعدام الرضا كلياً، أما الإكراه فلا يعدم الرضا تماماً، وإنما يمس به بأن يكون الرضا متوفراً من ناحية الأهلية وقصد انعقاد العقد، بينما لا يقصد المتعاقد حقيقة إبرام العقد، فهو يقصد الفعل لا نتيجته.⁽¹⁾

وأما بخصوص نظام الاستغلال، فإن الغبن وفق المبادئ قد يقوم دون استغلال، في حين أن نظام الغبن الاستغلالي وفق القوانين الوطنية المقارنة التي تبنته ومنها القانون القطري، والمشروع الفلسطيني يتطلب اقتران الغبن باستغلال لتطبيق النص⁽²⁾.

كما أن ثمة اختلافاً بين المبادئ من جهة، والقانون القطري والمشروع الفلسطيني من جهة أخرى، متمثلاً في أن المبادئ وسعت من نطاق الاستغلال فلم تشترط صفة معينة في الهوى أو الطيش أو الحاجة لدى المتعاقد المستغل، بخلاف القوانين الوطنية ومنها القانون القطري التي تطلبت أن يكون الهوى "جامحاً" وأن يكون الطيش "بيناً" وأن تكون الحاجة "ملحة"⁽³⁾، مما يعني أن حماية المبادئ للمغبون المستغل أكبر في هذا الصدد من القوانين الوطنية المقارنة، وأمر آخر هو أن المبادئ وسعت من نطاق أمثلة الاستغلال حين نصت على التبعية الاقتصادية، والمصاعب الاقتصادية، وعدم الخبرة، وعدم التبصر، والجهل، والافتقار إلى مهارات التفاوض، وهو ما يكفل حماية أكبر بالاستناد إلى كل هذه الصور.

<https://maqam.najah.edu/judgments/>، تاريخ الدخول 2020/8/11.

(1) الاتاسي، محمد خالد، مرجع سابق، ص 578.

(2) تنص المادة (1/128) على أنه "... وجعله ذلك يبرم لصالحه أو لصالح غيره عقداً ينطوي عند إبرامه على عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم بأدائه بمقتضاه وما يجره عليه من نفع مادي أو أدبي... "

(3) تنص المادة (1/128) على أنه "إذا استغل شخص في آخر حاجة ملحة، أو طيشاً بيناً، أو هوى جامحاً...".

وبخصوص أثر كل من الإكراه والغبن الاستغلالي بموجب المبادئ؛ فنلاحظ أن المبادئ أتاحت للطرف المتضرر في كلا النظامين أن يتمسك ببطلان العقد، مع إمكانية طلب تعديل التفاوت الفاحش في نظام الغبن الاستغلالي، إلا أنه خيار غير متوفر في نظام الإكراه لأن الإكراه أصلا لا يتشترط وجود تفاوت في الالتزامات، وبالتالي فلا مبرر لطلب تعديل العقد، وإن كان يحق للطرف المكروه أن يجيز العقد على ما فيه من إكراه، لأن البطلان هنا ليس مقرا بحكم القانون، وإنما هو حق للمتضرر، ودليل ذلك ما نصت عليه المادة (6-2-3) بقولها "يجوز لأحد الأطراف التمسك ببطلان..."، وهو نفس موقف القوانين الوطنية المقارنة كلها بما فيها المجلة- كما سنرى- التي تمنح للمتعاقد المكروه حق إزالة سبب الفساد وهو الإكراه.

وخلاصة لما سبق، نرى أن الإكراه الاقتصادي لا يخرج عن الحكم العام للإكراه وفق المبادئ، باعتبار أن شروطه هي ذات شروط الإكراه التقليدي، ولذلك لا جدوى من إيجاد نظام قانوني مستقل تحت عنوان "الإكراه الاقتصادي"، مع الإشارة إلى أنه في ظل القوانين الوطنية التي لم تشر إلى مصطلح "السمعة الاقتصادية" و"الإكراه الاقتصادي"؛ من الأفضل إدراج هذه الصورة من صور الإكراه في النص العام الذي ينظم الإكراه، لكي تدخل ضمن الحكم العام للإكراه، كما فعلت المبادئ، خشية حصول جدل بخصوص انطباق نصوص الإكراه العامة على هذه الصورة الخاصة من الإكراه.

ونشير إلى أن الآراء التي تنادي بكون نظام الإكراه الاقتصادي ما هو إلا صورة من صور عيب الاستغلال هي غير دقيقة، لأن الاستغلال كما رأينا في المبادئ يختلف عن الإكراه الاقتصادي الذي -أي الأخير- يندرج تحت الإكراه العام، ولذا لا يمكن الاستغناء عن الفصل بين نظام الإكراه والاستغلال. كما أن الآراء التي تنادي بكون الإكراه الاقتصادي منظما تحت نصوص خاصة مثل حماية المستهلك، والمنافسة؛ فنرى أنها نصوص تشترط صفات خاصة لانطباقها ولا تصلح لتكون قاعدة عامة، كما أنها تدور في فلك عيب الاستغلال الذي رغم تنظيمه في العديد من التشريعات الوطنية؛ إلا أنه مختلف عن الإكراه كما وضعنا.

وأخيرا، بعد استعراض الأنظمة القانونية المختلفة سواء الإكراه - ومنه الإكراه الاقتصادي، أو الاستغلال (الغبن الاستغلالي)، لم نجد نظاما قانونيا يتبنى حلا وسطا بين اشتراط الغبن واشتراط الوسائل التهديدية، مع أننا نرى إمكانية إيجاد نظام قانوني خاص ينطبق على حالة يتم فيها

استغلال وضع المتعاقد الآخر دون وجود غبن فاحش، ودون استعمال وسائل تهديدية، بل بمجرد الانتفاع من حالة وجود الطرف المتعاقد في مركز غير متساو مع الشخص المنتفع، يمكن الأخير من إبرام العقد بضرورة توفر سوء النية، بحيث نستطيع سد الثغرات المتوافرة في نظام الإكراه الذي يشترط الوسائل التهديدية، ونظام الاستغلال الذي يشترط الغبن الفاحش، وذلك في ظل أن الصورة الشائعة من الاستغلال في الوقت الحالي لا يمارس فيها المستغل أدوات تهديدية، ولا يبتغي النفع الفاحش، إنما يحقق منافع العقدية من جملة ما يمارسه من هيمنة ومركز قوة في مواجهة عديد من متعاقدين قليلي الخبرة، عديمي الحيلة، قد لا يرضون حتى عن الغبن اليسير، ولذا من المفروض حماية هذه الحالة الخاصة وفق نظام قانوني خاص وسطي.

ومن أمثلة هذه العقود التي تحوي حالة من الاستغلال لحاجة المتعاقد الآخر بسبب ظروف معينة؛ جائحة فايروس كورونا التي استغلت من خلالها الدول المتقدمة صحيا واقتصاديا وإنتاجيا الحاجة لدى الدول النامية ذات الإمكانيات الضعيفة، دون ممارسة وسائل تهديدية سلبية أو إيجابية، خاصة وأنها نتحدث عن علاقة بين دول وشركات مختلفة، أي أن الصورة التقليدية للإكراه الواقع على البدن أو المال بالمفهوم الضيق لا تنطبق في هذه الحالات، ولذلك يكون شكل الإكراه في صورة استغلال التبعية الاقتصادية، وبمجرد انتهاز حالة الضعف والحاجة، ودون اشتراط الغبن الفاحش في كل التعاقدات المتعلقة بالوسائل الصحية، فقد تكون العقود بمفردها غير متضمنة غبنا فاحشا، لكن بالنظر إلى مجموع التعاقدات الخاصة بالوسائل الصحية قد نكون بصدد غبن فاحش، مما يعني أن هذه الحالة تستحق الحماية القانونية بنظام خاص يراعي المعطيات السابقة حسبما وضعنا سلفا.

• الفرع الثاني: تمييز الإكراه عن الأنظمة القانونية المشابهة

من المهم تمييز الإكراه عن بعض الأنظمة القانونية المشابهة، وذلك على النحو التالي:

♦ البند الأول: حالة الضرورة

تشير حالة الضرورة تساؤلا فيما إذا كان يمكن اعتبارها من صور الإكراه، فحالة الضرورة لا يكون فيها سلوك صادر من المكروه ولا من الغير، وإنما تتمثل في ظروف خارجية تحيط

بالمكره فيستغلها أحد الأشخاص بحيث يضطر الطرف المحاط بهذه الظروف إلى التعاقد، ففي هذه الحالة لم يكن منشأ الظروف هو شخص المكره، بل إنه استغل الظروف المحيطة لتحقيق منافع من الطرف الآخر ما كان ليحصل عيها لو لم تقم مثل هذه الظروف⁽¹⁾.

الحقيقة أن رأيا فقهيًا فرق بين كون المكره هو مصدر الإكراه، وكونه مستغلا، فيجب أن يكون قد صدر منه شخصيا، أو على الأقل من الغير أفعال تهديدية للقول بوجود إكراه، أما حين يكون دور الشخص فقط في استغلال ظروف معينة فلا يمكن القول بوجود إكراه⁽²⁾. وقد نقد جانب آخر من الفقه⁽³⁾ هذا التوجه، ورأى أن النتيجة واحدة في الحالتين، وأن استغلال ظروف محيطة محدقة والتي تعيب إرادة شخص ما لا يختلف في شيء عن القيام ابتداء بأفعال تهديدية، ويشترط حسب هذا الرأي الأخير أن يكون ثمة سوء نية في استغلال الطرف الآخر، وهو غالبا يظهر في حالة الانتفاع الفاحش من الطرف الآخر المجبر على التعاقد.

نلاحظ أن الرأي الثاني الناقد للفقه التقليدي يقترب من مساواة الإكراه بعيب الاستغلال في حالة توافر شرط سوء النية، ونحن نرى أن ثمة ملاحظتين على هذا التوجه، الأول: هو أنه إذا كانت الحالة المذكورة التي اعتبرها هذا الفريق من الفقه إكراها وهي في حقيقتها تمثل عيب الاستغلال فلم إذن يتم تنظيم حالة الضرورة تحت نطاق الإكراه؛ ما دام ممكنا المطالبة بإبطال العقد وفق عيب الاستغلال الذي هو أصدق وصفا من الإكراه في هذا الصدد.

وحتى في حالة القول بأن الاستغلال ينحصر في استغلال حالة ضعف أو هوى أو طيش، وأنه قد لا يغطي الاستغلال حالة الحاجة الطبيعية المتمثلة في البقاء مثلا الخلاص من التعذيب أو الموت أو المرض؛ فإننا لا نعتقد أن صور الاستغلال المشار إليها في القوانين المقارنة هي صور حصرية، بل يمكن القياس عليها، أي كلما كان المتعاقد في مركز أضعف

(1) الرشدان، محمود علي، الغبن في القانون المدني دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 91.

(2) العوجي، مصطفى، مرجع سابق، ص411. وانظر النجار، عبد الله مبروك، مرجع سابق، ص 94.

(3) السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 353-354. وانظر سلطان، أنور، مرجع سابق، ص 87. وانظر أحمد، عبد الخالق حسن، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة الجزء الاول مصادر الالتزام، ط1، اكااديمية شرطة دبي، دبي، 2003، ص 107-108.

من مركز المتعاقد المستغل واستغل الأخير هذه الحالة؛ فإن عيب الاستغلال يتحقق، ولذلك يمكن إدراج حالات الحاجة الطبيعية في البقاء، والرغبة في الخلاص من التعذيب أو التهديد. والثاني: أننا نرى أن اشتراط سوء النية غير دقيق بصدده حالة الضرورة وأمثلتها التي أوردتها هذا الفقه، لأن سوء النية مفترض، وإذا كان ما قصده الفقه بسوء النية هو اشتراط الحصول على نفع فاحش وليس يسير؛ فهل معنى ذلك أن توفر سوء النية مع الحصول على نفع غير فاحش أو معقول لا يمثل إكراها في هذا الصدد؟ رغم معرفتنا أن الإكراه لا يشترط فيه الغبن الفاحش، إنما العبرة بتعيب الإرادة، ومن هنا يصبح ربط سوء النية بالغبن الفاحش غير دقيق. ونود الإشارة إلى أن رأياً فقهيًا آخر قد أيد التفريق بين الاستغلال والإكراه⁽¹⁾، حيث رأى استحالة اعتبار الإكراه في حالة الضرورة استغلالاً؛ وذلك لكون العنصر النفسي في كلا النظامين القانونيين مختلف تماماً عن الآخر، فالعنصر النفسي في الإكراه في حالة الضرورة منشأه الظروف الخارجية التي لا علاقة لأحد المتعاقدين بها، وأما في عيب الاستغلال فإن الظروف النفسية إنما هي متعلقة بالمتعاقد المستغل، مثل الهوى والطيش والجهل وغيرها، وليست خارجة عنه، ولذلك فالاختلاف حاصل بين كلا النظامين رغم تشابههما من حيث العنصر الموضوعي وهو اشتراط وجود عدم تعادل جسيم في الالتزامات.

والحقيقة أننا نرى أن هذا الرأي مجانب للصواب، وذلك لأنه ليس من الضروري أن يكون العنصر النفسي في عيب الاستغلال ناشئاً فقط عن المتعاقد نفسه، وإنما قد يكون متولداً نتيجة ظروف محيطية كونت هذه الصفات النفسية، كما أنه وعلى فرض كون الظروف النفسية متولدة عن المتعاقد ذاته وليس من ظروف خارجية؛ فإن هذا التفريق غير ذي جدوى ليكون سندا للتفريق بين نظامين قانونيين متشابهين إلى حد كبير، فالعبرة هي باستغلال ظروف المتعاقد المستغل، ولا يهم بعد ذلك منشأ هذه الظروف ومصدرها، وكل ما يهم هو أن المتعاقد المستغل وقع نتيجة ظروف معينة جعلته يندفع لإبرام العقد تحت وطأة استغلال طرف قوي لهذه الظروف.

(1) الجبوري، ياسين محمد خلف، الإكراه في حالة الضرورة "الإكراه السلبي" في القانون المدني الأردني، مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية، مج1، ع2، 2014، ص598-599.

لذا، وخلاصة لما سبق، نعتقد أنه متى توافرت شروط عيب الاستغلال كما في الأمثلة السابقة فالأوفق تطبيق أحكام الاستغلال، أي حين يكون ثمة استغلال مع غبن فاحش الذي هو شرط في نظرية الاستغلال، وعدم إمكانية تطبيق أحكام الإكراه بسبب انتفاء الأفعال الإيجابية التهديدية من قبل الطرف المستغل، وأما في حالة الغبن اليسير فلا نرى أن إمكانية تطبيق الاستغلال لعلّة عدم توافر الغبن الفاحش، ولا كذلك الإكراه لما سبق من انتفاء الأفعال الإيجابية التهديدية، وبالتالي ضرورة وجود نظام قانوني يندرج تحت عيوب الإرادة يكون في مكان وسط بين الاستغلال والإكراه، بحيث لا يتطلب الغبن الفاحش ويتحلل من شرط الأفعال الإيجابية التهديدية. وهو ما أشرنا له في الحديث عن الإكراه الاقتصادي⁽¹⁾.

♦ البند الثاني: الشوكة والنفوذ الأدبي

الأصل أن الإكراه المبني على المحبة والتبعية فيما يعرف بالنفوذ الأدبي لا يدخل في نطاق عيب الإكراه موضوع البحث، إلا إذا تجاوز صاحب النفوذ في استغلال نفوذه الحد المتعارف عليه، وكان هذا النفوذ مصحوبا بوسيلة أخرى، أي إذا لم يسبب هذا النفوذ الشعور بالاحترام نحو صاحبه بل الخوف والرهبة منه⁽²⁾، وقد ذهب رأي فقهي إلى أن المبادئ تعتبر السطوة الأدبية داخلة في نطاق تطبيق الاستغلال⁽³⁾.

ويثور تساؤل بخصوص مدى إمكانية اعتبار استغلال الشوكة والنفوذ الأدبي بمثابة إكراه؟ بداية، عالجت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني هذه الحالة، بالقول (الأصل أنه لا يكفي لتحقيق الإكراه مجرد الشوكة والنفوذ الأدبي، فالشوكة التي للزوج على زوجته وما تنطوي عليه من احتمال أن يطلقها أو يتزوج عليها ليست في ذاتها إكراها ولكن إذا استغل

(1) انظر ص (7) وما بعدها من هذا البحث.

(2) انظر في هذا المعنى تتأغو سمير، عيد السيد، مصادر الالتزام، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص 62.

(3) see the footnote No: 133 at Bonell, Michael Joachim, An International Restatement of Contract Law, 1997, available at: <https://www.trans-lex.org/100800>, Entering date: 2020/8/15.

الزوج هذه الشوكة للوصول إلى غرض غير مشروع وبخاصة إذا قرن ذلك بتخويف أو تهديد كان هذا إكراها مؤثرا في التصرف الصادر من الزوجة⁽¹⁾ وأيد ذلك الرأي الراجح فقها⁽²⁾. وبالتالي فحسب هذا التوجه يقوم الإكراه في حالة استغلال الشوكة أو النفوذ الأدبي لهدف غير مشروع، وبخاصة إذا تم استعمال وسائل تهديدية، ولكننا نلاحظ أن المذكرة الإيضاحية استخدمت عبارة "وبخاصة إذا قرن ذلك بتخويف أو تهديد"، والسؤال هنا: هل إن استعمال الوسائل التهديدية هي شرط لازم لاعتبار الحالة إكراها، أم أنها مجرد صورة شائعة بدليل عبارة "وبخاصة"، بمعنى أنه يكفي كأصل عام استغلال الشوكة أو النفوذ لغرض غير مشروع؟ لهذا السؤال أهمية كبيرة لأن النظام القانوني المترتب على كل حالة يختلف، فإذا كان يكفي استغلال الشوكة أو النفوذ دون اشتراط الوسائل التهديدية، فإن النظام القانوني الأقرب للتطبيق هو نظام عيب الاستغلال كأحد عيوب الإرادة، الذي لا يشترط وسائل معينة، وإنما استغلال حالة وضع المتعاقد الآخر الضعيف، في حال سلمنا بإمكانية تطبيق الاستغلال على حالة الشخص الخاضع للشوكة والنفوذ الأدبي، وخاصة في ظل عدم اشتراط المذكرة الإيضاحية والفقهاء الشارح لها درجة معينة في الغبن في حديثهم عن الشوكة والنفوذ الأدبي، فدرجة معينة في الغبن، وبالتالي يصبح هذا النص خروجاً على شرط مهم في عيب الاستغلال وهو الغبن الفاحش، فيكون النص قد تبنى الاستغلال بأكثر صورة اتساعاً، أي دون اشتراط الغبن الفاحش، وبالطبع دون وجود وسائل تهديدية أو أفعال مادية من قبل الطرف المستغل.

ولذا نقول إن إيراد المذكرة الإيضاحية حالة الشوكة أو النفوذ الأدبي ضمن نطاق الإكراه - في ظل عدم اشتراط الوسائل التهديدية - غير دقيق، فالمسمى هو الإكراه، لكن المضمون حقيقة هو عيب الاستغلال، بل حالة خاصة منه لا تتطلب الغبن الفاحش.

(1) القضاة، عمار محمد، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015، ص 120. وقضت محكمة النقض المصرية بالقول "ولما كان النفوذ الأدبي إذا اقترن بوسائل إكراه غير مشروعة بقصد الوصول إلى غرض غير مشروع يعتبر كافياً لإبطال التصرف". (الطعن رقم 5201 لسنة 63 جلسة 10/11/1994 س 45 ع 2 ص 1368 ق 258)، منشور على موقع محكمة النقض المصرية على الرابط:

<https://www.cc.gov.eg/judgments>، تاريخ الدخول 2020/8/5.

(2) انظر سلطان، أنور، مرجع سابق، ص 85-86. وانظر السرحان، عدنان إبراهيم وخاطر، نوري حمد، مرجع سابق، ص 132.

أما في حالة كانت عبارة "بخاصة" إنما هي بمثابة شرط لا بد من توفره إضافة إلى شرط الغرض غير المشروع؛ فلا تعدو أن تكون هذا الحالة تطبيقاً للحكم العام للإكراه الذي يشترط الأفعال التهديدية، وبالتالي لا حاجة لمعالجة خاصة لحالة الشوكة أو النفوذ الأدبي، كون أن شروط الإكراه منطبقة، مع التنويه إلى أن الشوكة والنفوذ الأدبي دائماً هما وسيلة مشروع، فلا يلحقهما الإكراه من هذه الناحية، وذلك لأن القانون يضيفي شرعية على هذه الوسيلة، إنما يمكن أن يندرجا تحت حكم الإكراه فيما إذا استخدمتا لغاية غير مشروع، إذ لا يعدو ذلك إلا تطبيقاً للحكم العام للإكراه، وهو ما قضت به محكمة استئناف رام الله الفلسطينية إذ لم تعتبر استغلال الأب ما له من شوكة على ابنه إكراها ما دام الأمر المهدد به مشروع وأن شرط خوف المكروه من المكروه به غير متحقق أصلاً، على اعتبار أن طلب الأب أمراً من ابنه في سياق ما له من شوكة لا يعد إكراها⁽¹⁾.

♦ البند الثالث: عقود الإذعان

يدق الفرق بين عقود الإذعان والإكراه الاقتصادي بسبب تشابههما في كون كليهما متضمناً استغلالاً لحاجة ملحة لدى المتعاقد تدفعه إلى إبرام العقد، وأن المتعاقد لا يجد بديلاً معقولاً من التعاقد، وأما الاختلاف بينهما فيكمن في أن الإكراه الاقتصادي - كونه يخضع للأحكام العامة في الإكراه - يشترط أن يحتوي على وسائل تهديدية تضغط على إرادة المتعاقد، في حين لا توجد مثل هذه الوسائل في حالة الإذعان، فكل ما في الأمر أن الطرف المدعّن له يستغل احتكاره للمتعاقد عليه وحاجة المتعاقد المدعّن لإبرام العقد⁽²⁾.

وذهب الفقه والقضاء الفرنسي إلى إخضاع الإذعان وتحديدًا في المسائل الاقتصادية إلى أحكام الإكراه المعنوي⁽³⁾.

(1) انظر حكم محكمة الاستئناف الفلسطينية/ استئناف رام الله، حقوق/ رقم 98/492، تاريخ 2005/1/31، منشور على موقع المتفتي على الرابط: <http://muqtafi.birzeit.edu/> تاريخ الدخول 2020/8/18.

(2) قرني، أحمد سمير، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، رسالة ماجستير، جامعة الشارقة، 2008، ص 66 - 67.

(3) انظر تفصيل ذلك لدى عبد السلام، سعيد سعد، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنوفية، كلية الحقوق، مج 17، ع 13، 1998، ص 18-19.

والحقيقة أننا لا نؤيد اعتبار عقود الإذعان من قبيل الإكراه - تحديداً الاقتصادي - لأن عقود الإذعان يمكن تنظيمها تحت إطار الشروط التعسفية⁽¹⁾، أو عيب الاستغلال إن توافرت شروطه، لأن هذه الأحكام أقرب لتطبيقها على عقود الإذعان/من الإكراه⁽²⁾، حيث إن الرهبة المتولدة في حالة الإذعان منشؤها الحاجة الضرورية والملحة وهو ما يقرب الإذعان في هذه الجزئية من الاستغلال⁽³⁾.

○ **المطلب الثاني: شروط الإكراه**

يعالج هذا المطلب شرطي الإكراه الرئيسين المتمثلين في قدرة المكره على إيقاع الإكراه، وأن يكون الإكراه حالاً وخطيراً، إذ يتضمن هذان الشرطان العديد من الاشتراطات الفرعية التي سيتم توضيحها.

• **الفرع الأول: قدرة المكره على إيقاع الإكراه**

بداية، وصفت المبادئ الإكراه أو التهديد الممارس من أحد الأطراف الموجب لإعمال النص بأنه الإكراه غير المبرر، وأعقبت ذلك بتحديد حالات يكون فيها الإكراه غير مبرر تحديداً وهما حالتان:

الأولى: أن يكون موضوع التهديد غير مشروع، بمعنى أن يكون الفعل أو الامتناع الذي يهدد به أحد الأطراف غير مشروع⁽⁴⁾.

(1) فايزة، طبيب، دور القاضي في مواجهة الشروط التعسفية في عقد الإذعان، مجلة دراسات لجامعة عمار ثلجي الأغواط، الجزائر، ع58، 2017، ص162-163.

(2) انظر قرني، أحمد سمير، مرجع سابق، ص67-68.

(3) عبد السلام، سعيد سعد، مرجع سابق، ص20.

(4) وفي هذا الصدد لم تعترف محكمة النقض المصرية بمشروعية وسيلة الإكراه ما دام الهدف غير مشروع، فقضت بالقول "ويجب أن يكون الضغط الذي يتولد عنه في نفس المتعاقد الرهبة غير مستند إلى حق وهو يكون كذلك الهدف الوصول إلى شيء غير مستحق وحتى ولو سلك في سبيل ذلك وسيلة مشروعة. محكمة النقض المصرية (الطعن رقم 3186 لسنة 58 جلسة 08/12/1994 س 45 ع 2 ص 1567 ق 294)، وانظر أيضاً (الطعن رقم 655 لسنة 40 جلسة 26/01/1976 س 27 ع 1 ص 301 ق 68)، منشور على موقع محكمة النقض المصرية، منشور على: <https://www.cc.gov.eg/judgments>، تاريخ الدخول 2020/8/5.

والثاني: أن يكون موضوع التهديد مشروعاً ولكن الهدف منه غير مشروع، كتهديد الدائن للمدين برفع دعوى قضائية إن لم يسدد دينه، ويكون الهدف من رفع الدعوى في هذه الحالة هو استئجار مستودعات المدين بشروط مجحفة⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد قضت محكمة التحكيم الدولية في حكم لها بالقول "فيما يتعلق بالتهديد من خلال رفع العديد من الإجراءات القضائية (التعليق 2 على المادة 3. 9 من مبادئ UNIDROIT)، رأت محكمة التحكيم أن المشتري لم يسيء استخدام حقه في التقدم بطلب إلى المحكمة من أجل تهديد البائع..."⁽²⁾، وفي ذات الاتجاه قضت محكمة النقض الفلسطينية⁽³⁾، ومحكمة التمييز الأردنية⁽⁴⁾.

ونلاحظ هنا أن المبادئ تبنت مفهوماً موسعاً حين اعتدت كذلك بالوسيلة غير المشروعة رغم مشروعية الغرض أو الهدف بقولها "... ويعتبر التهديد غير مبرر - بوجه خاص - إذا كان العمل، أو الامتناع الذي هدد به الطرف الآخر، غير مشروع في حد ذاتها وكان عدم المشروعية يلحق باستخدام هذا التهديد بهدف التوصل إلى إبرام العقد". في حين نجد في توجهات الفقه في التشريعات الوطنية أن الهدف المشروع ينفي الإكراه وإن كانت الوسيلة المستخدمة غير مشروعة، إلا إذا وصلت حد الجرم المعاقب عليه⁽⁵⁾، وهو اتجاه أضيق مما هو عليه في

(1) انظر دواس، أمين وآخرون، مرجع سابق، ص 524-525. وانظر اتجاه محكمة التمييز الأردنية الذي لم يعتبر رفع الدعوى لدى المحكمة من قبيل الإكراه، لأن النفاذي حق مشروع. وانظر الحكم رقم 2654 لسنة 2016 - محكمة التمييز بصفتها الحقوقية الصادر بتاريخ 10-19-2016، منشور على موقع قرارك: <https://qarark.com/>، تاريخ الدخول: 2020 / 7 / 20.

(2) ICC International Court of Arbitration 13009, 00-00-2006, available at: <http://www.unilex.info/principles/case/1661> Entering date: 2020/8/19.

(3) وذلك حين قضت بأن الإكراه يتحقق باستعمال وسائل غير مشروعة للوصول إلى غايات غير مشروعة، أما إذا كانت الوسائل مشروعة واستعملت للوصول إلى غرض مشروع فلا يبطل العقد. انظر حكم محكمة النقض الفلسطينية رام الله / حقوق، رقم 31 / 2004، تاريخ 8 / 5 / 2004، منشور على موقع المفتي على الرابط: <http://muqtafi.birzeit.edu/> تاريخ الدخول 2020/7/12.

(4) انظر قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 1279/1992 (هيئة خماسية) تاريخ 1/2/1993، منشورات مركز عدالة، منشور على الرابط: <http://www.adaleh.info>، بتاريخ 2020/7/13.

(5) منصور، أمجد محمد، مرجع سابق، ص 103. وانظر سلطان، أنور، مرجع سابق، ص 73. وانظر تناغو، سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص 63.

المبادئ، في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى ما تبنته المبادئ من أن الغرض المشروع لا ينفي الإكراه إذا كانت الوسيلة غير مشروعة⁽¹⁾.

ونرى أن موقف المبادئ أفضل لسعة نطاقه، مما يوفر حماية أكبر للمتعاقد الذي يتمسك بالإكراه، وهو ما ينسجم مع إطلاق التشريعات الحكم بخصوص الإكراه، إذ اعتبرته عيب إرادة دون تفصيل فيما إذا كانت العبرة بالوسيلة أو الغرض، وبما أن المطلق يجري على إطلاقه؛ فإن الأدق الاعتداد بالإكراه سواء في الوسيلة أو الغرض.

ومن الاختلافات بين المبادئ والتشريعات الوطنية، أن المبادئ لم تشترط قدرة المكره على إيقاع ما يهدد به، بينما هو شرط صريح حسب المادة (1004) من المجلة⁽²⁾، والمادة (140) من القانون المدني الاردني⁽³⁾، أما القانون القطري، ومشروع القانون المدني الفلسطيني فلم يوردا هذا الشرط على غرار المبادئ.

وقد ذهبت بعض الآراء إلى أن المبادئ استغنت عن هذا الشرط لأنه ليس ذا فائدة من الناحية العملية، باعتبار أن العبرة بالأثر الذي يوقعه التهديد في النفس، لا بالشخص الممارس للإكراه⁽⁴⁾، والحقيقة أننا نخالف هذا الرأي، فلهذا الشرط فائدة عملية واضحة، لارتباط هذا الشرط بشرط آخر هو أن يكون الإكراه خطيرا أو على قدر من الجسامه، فكيف سيكون الإكراه أو التهديد جسيما إذا لم يكن بإمكان المكره إيقاعه، وأليس من المهم ما يوقعه الإكراه والتهديد في نفس المتعاقد من أثر؟ فكيف سيقع هذا الأثر إن لم يكن حصول الشيء المهدد به ممكنا، فحتى لو كان التهديد ذاته على قدر من الجسامه، لكن إيقاعه غير وارد؛ فإن الرهبة التي يوقعها في نفس المكره غير قائمة، ومن أمثلة ذلك أن يهدد صبي صغير شخصا راشدا في نفسه إن لم يبرم عقدا لمصلحة الصبي الصغير، فلا يمكن القول هنا بأن التهديد بلغ أثرا في نفس

(1) الجبوري، ياسين محمد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج1، مصادر الحقوق الشخصية: مصادر الالتزامات: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص177. وسرحان، عدنان إبراهيم، ونوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص126.

(2) يشترط أن يكون المجرم مقتدراً على إيقاع تهديده بناء عليه من لم يكن مقتدراً على إيقاع تهديده وإجرائه لا يعتبر إكراهاً.

(3) يشترط أن يكون المكره قادرا على إيقاع ما هدد به وان يغلب على ظن المكره وقوع الإكراه عاجلا إن لم يفعل ما أكره عليه.

(4) دواس، أمينوآخرون، مرجع سابق، ص523. والجبوري، ياسين محمد، مرجع سابق، ص178. وسرحان، عدنان إبراهيم، ونوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص128.

المهدد، لأنه لا يستقيم وظروف الواقعة. ومثال ذلك في ميدان التجارة الدولية أن تقوم شركة ذات رأس مال وإنتاج منخفض في دولة نامية بتهديد شركة عملاقة في دولة متطورة، وذات فروع في مختلف أنحاء العالم بالتعاقد بخصوص صفقة معينة، فإن هذا التهديد يصعب إن لم يكن مستحيلاً تنفيذه، ما يعني أن قدرة المكره شرط مطلوب للقول بوجود إكراه.

ومن ثم فهو شرط مهم يمثل معيار مادياً موضوعياً⁽¹⁾ يستدل به القضاء على حقيقة تأثير التهديد على نفسية الشخص المهدد، وهو ما قد يفيد بتبني المجلة والمشرع الأردني معياراً موضوعياً إلى جانب المعيار الرئيس الشخصي.

وما يؤيد هذا المعيار المادي في المجلة والقانون الأردني؛ أن الفقه الإسلامي لم يقتصر على الشرط المتعلق بالشعور النفسي بالتهديد الواقع من الطرف المكره، بل اشترط معيار مادي أيضاً، هو القدرة على إيقاع الإكراه، وهي الفلسفة التي صيغت المادة 140 مدني أردني بناء عليها⁽²⁾.

ولذا حبذا لو ينص القانون القطري، ومشروع القانون المدني الفلسطيني على هذا الشرط أسوة بالمجلة والقانون المدني الأردني.

وبخصوص شرط حصول الخوف والرهبة قضت محكمة النقض المصرية بأنه "... وشرط تحققه أن يكون الإكراه قد بعث الرهبة في نفس المكره بغير وجه حق..."⁽³⁾.

وقد انفردت المجلة باشتراط أن يكون فعل المكره للمكره عليه في حضور المجر أو حضور تابعه، صراحة بموجب المادة (1005) بقولها "إن فعل المكره المكره عليه في حضور المجر أو من يتعلق به يكون الإكراه معتبراً وأما إذا فعله في غياب المجر أو من يتعلق به فلا يعتبر لأنه يكون قد فعله طوعاً بعد زوال الإكراه. مثلاً لو اجبر أحد آخر على بيع ماله وذهب المكره وباع ماله في غياب المجر ومن يتعلق به فلا يعتبر الإكراه ويكون البيع صحيحاً ومعتبراً".

وبالتالي يشترط أن يقوم المكره مثلاً بإبرام العقد في حضور المكره حتى يعتبر الإكراه، وبغير ذلك لا يكون ثمة إكراه، وورد في شرح المجلة أن حضور المجر أو تابعه مع تحقق

(1) وسرحان، عدنان إبراهيم، ونوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص130.

(2) سلطان، أنور، مرجع سابق، ص83.

(3) (الطعن رقم 4634 لسنة 61 جلسة 09/02/1993 س 44 ع 1 ص 542 ق 90)، منشور على موقع محكمة النقض المصرية على الرابط: <https://www.cc.gov.eg/judgments>، تاريخ الدخول: 2020/8/10.

خوف المكره من أحدهما إنما يعني قيام الإكراه، وأن حضور المكره أو تابعه دون وجود خوف من أحدهما لا يكفي لقيام الإكراه، وعليه فالخوف والرهبة لازمان مع حضورهما⁽¹⁾.
ونعتقد أن هذا الشرط غير وارد من الناحية العملية، لأن الخوف والرهبة قد يتحققان رغم عدم وجود المكره أو تابعه، فما داما قادرين أو أحدهما على إيقاع الإكراه⁽²⁾. فما العبرة بوجودهما؟ فماذا لو لم يتم المكره بإبرام العقد مثلا بسبب عدم وجودهما إلا أنه على يقين بأن المكره عازم على إيقاع المكره عليه إن هو - أي المكره - لم يتم به في الوقت المعطى له، ألا يعتبر الإكراه قائما؟

وزد على ذلك، أن هذا الشرط قد لا يستقيم مع تطورات الحياة الاقتصادية والتكنولوجية وغيرها، إذ إن وسائل التهديد وبث الرهبة قد زادت عن الوقت الذي شرع فيه نص المجلة، وخاصة وأنا نتحدث عن مبادئ اليويندرو كمبادئ تفترض أن الإكراه الأكثر شيوعا هو الإكراه بالوسائل الحديثة والذي يقع على نفس المتعاقد وسماعته وما شابه، مع بعد المسافات بين المكره والمكره، مما دفع المبادئ إلى عدم تبنيه، ولا أدل على ذلك من عدم تبنيه حتى في ظل التشريعات الوطنية المقارنة.

• الفرع الثاني: أن يكون التهديد حالا وخطيرا

اشتراطت المبادئ شرطين في التهديد، بأن يكون التهديد حالا وخطيرا⁽³⁾، لكن دون أن يصل لدرجة تحطيم إرادة المتعاقد أو جعله بمثابة آلة بيد المتعاقد المكره، والتهديد بحد ذاته غير كافي لإبطال العقد، ويشترط إذن أن يكون على قدر من الجسامه، وأن يكون المههد به قائما بالفعل، أي ليس مستقبليا، وأن تكون الظروف المحيطة بهذا التهديد تشير إلى كونه خطيرا وحالا، فالتهديد بحد ذاته ليس مبررا لإبطال العقد، إذ يفترض صمود الإنسان أمام

(1) حيدر، علي، مرجع سابق، ص 731. وانظر الأتاسي، محمد طاهر، مرجع سابق، ص 577.

(2) انظر عمر، سيد مؤمن، ص 95.

(3) قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشرط بأنه "الإكراه المبطل للرضا - وعلى ما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة - لا يتحقق إلا بتهديد المكره بحظر جسيم يحدق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها"، (الطعن رقم 1 لسنة 57 جلسة 18/07/1989 س 40 ع 1 ص 21 ق 8)، منشور على موقع محكمة النقض المصرية على الرابط: <https://www.cc.gov.eg/judgments>، تاريخ الدخول: 2020/7/27.

بعض أنواع التهديد، أي تلك التي ليست على درجة من الجسامة ولا وشوك الوقوع⁽¹⁾، في حين لم تشترط التشريعات الوطنية المقارنة محل البحث أن يكون التهديد حالاً، فيمكن أن يكون الإكراه قائماً رغم أن الشيء المهدد به سيقع مستقبلاً ما دامت الرهبة الدافعة للتعاقد قد تولدت لدى المكره⁽²⁾. ويبدو أن التشريعات الوطنية تفضل عن مبادئ اليونيدروا بالاعتراف بالتهديد الذي يقع في المستقبل، لأن الإكراه متحقق بما يوقعه من أثر دافع للتعاقد.

والمبادئ تعتمد في تقدير جسامته التهديد ووشوك وقوعه على معيار موضوعي⁽³⁾، فالعبرة إذن بمعيار الرجل العادي، وليس بالظروف الشخصية، ولذلك استخدمت عبارة "وفق الظروف المحيطة". في حين ذهب - خلاف المبادئ - القانون المدني الأردني⁽⁴⁾ إلى تبني المعيار الشخصي، حيث لم يورد أي معيار آخر متمثل في ظروف الحال أو الظروف المحيطة أو غيرها، وأيد ذلك جانب من الفقه⁽⁵⁾، والاجتهاد القضائي الأردني⁽⁶⁾، وأما الفقه الإسلامي ومنه المجلة فلم تشر إلى المعيار المتبنى في هذا الصدد، ولكن يذهب غالبية الفقه إلى أن الفقه الإسلامي عموماً يتبنى المعيار الشخصي⁽⁷⁾.

(1) دواس، أمين واخرون، مرجع سابق، ص 523.

(2) التكروري، عثمان، وسويطي، أحمد طالب، مصادر الالتزام: مصادر الحق الشخصي: في ضوء أحكام مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية بالمقارنة مع مشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني المصري والقانون المدني المصري، ط 1، المكتبة الأكاديمية، فلسطين، 2016، ص 198. وسلطان، أنور، مرجع سابق، ص 85. ومنصور، أمجد محمد، مرجع سابق، ص 107،

(3) انظر الشرح الرسمي للمبادئ للمادة (3-2-7): <http://www.unilex.info/principles/text>، تاريخ الدخول: 2020/8/13. وانظر دواس، أمين واخرون، مرجع سابق، ص 524.

(4) المادة (139) "يختلف الإكراه باختلاف الأشخاص وسنهم وضعفهم ومناصبهم ودرجة تأثرهم وتألمهم من الإكراه شدة وضعفاً".

(5) منصور، أمجد محمد، مرجع سابق، ص 104. وسلطان، أنور، مرجع سابق، ص 85.

(6) حيث قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه "من المتفق عليه فقها وقضاء أن الإكراه يختلف أثره من شخص لأخر وعليه فيشترط التناسب بين العمل المطلوب من المكره على وسيلة الإكراه بحيث يكون اثر الوسيلة كافياً لإفساد الرضا وشل إرادة الرفض لدى المكره المتقاعد". قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 1046/1990 (هيئة عامة) تاريخ 12/1/1991، منشورات مركز عدالة، منشور على الرابط: <http://www.adaleh.info/>، تاريخ الدخول 2020/8/1.

(7) وسرحان، عدنان إبراهيم، ونوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 129-130. حيدر، علي، مرجع سابق، ص 641، وانظر الأتاسي، محمد طاهر، مرجع سابق، ص 575.

ونعتقد أن توجه المبادئ، والقانون المدني الأردني، والرأي الغالب من الفقه الإسلامي المذكور غير دقيق، لاقتصار المبادئ على المعيار الموضوعي، واقتصار الرأي الغالب في الفقه الإسلامي، والقانون الأردني على المعيار الشخصي، وسبب النقد أن العبرة ليست فقط بجسامة التهديد في حد ذاته، بل أيضا بمدى تأثر الشخص بهذا التهديد أو الإكراه، فينبغي الأخذ بمعيار مختلط، وهو أن تكون جسامة التهديد ووشوك وقوعه على قدر من الجسامة وفق الظروف المحيطة، مع الأخذ بعين الاعتبار شخصية الطرف المكروه ومدى إيقاع الإكراه أثره في سلوكه.

ونعتقد أن القانون المدني القطري⁽¹⁾ قد أخذ بالمعيار المختلط، فقد نصت المادة (137/2) على أنه "وتعتبر الرهبة قائمة على أساس، إذا وجهت إلى المتعاقد وسائل إكراه جعلته يستشعر الخوف من أذى جسيم محقق يتهدهد أو غيره في النفس أو الجسم أو العرض أو الشرف أو المال"، فنلاحظ أن هذه الفقرة تحيل إلى معيار موضوعي، ثم نصت ذات المادة في فقرتها الثالثة على أنه "ويراعى في تقدير الرهبة في نفس المتعاقد حالته من الذكورة أو الأنوثة، وسنه، وعلمه أو جهله، وصحته أو مرضه، وكل ظرف من شأنه أن يؤثر في مدى هذه الرهبة"⁽²⁾، وهذه معايير شخصية تتعلق بشخص المكروه.

وأما نصوص المجلة فتوحي بتبنى المعيار المادي، لأنها تأخذ بمعيار الظروف المحيطة مثل القدرة على إيقاع الإكراه، وحضور المكروه عند الإكراه، ومع ذلك؛ ورد في شرح المادة (949) من المجلة أن الظروف الشخصية ذات اعتبار، فورد أنه "ألا ترى ما يحصل عند أشرف الناس من الغم فيما إذا وجهت إليهم كلمات قاسية بخلاف الأراذل منهم فلا يتألمون إلا من الضرب المبرح"⁽³⁾، وهذه معايير شخصية، ما يعني إمكانية القول بالمعيار المختلط وفق المجلة أيضا، وإن كانت ليست بوضوح القانون القطري والمشروع الفلسطيني لأن الإشارة إلى الظروف الشخصية ورد في شرحها، وليس صراحة في نصوصها.

(1) ومثله مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(2) وقد تبنت محكمة النقض المصرية الأخذ بالظروف الشخصية للمتعاقد، انظر (الطعن رقم 3186 لسنة 58 جلسة 08/12/1994 س 45 ع 2 ص 1567 ق 294)، منشور على موقع محكمة النقض المصرية على الرابط: <https://www.cc.gov.eg/judgments>، تاريخ الدخول 2020/8/11.

(3) حيدر، علي، مرجع سابق، ص 662.

ولذلك نقول إنه توجه محمود لكل من القانون القطري والمشروع الفلسطيني والمجلة حسب رأينا، لأنه يراعي الظروف المختلفة الدالة على تحقق الإكراه من عدمه. ولكي يكون الإكراه خطيراً؛ ينبغي أن يمثل اعتداء على جسم المتعاقد أو قيمة مالية أو معنوية تخصه إذ إن محل الإكراه هنا بكونه واقعا على هذه المسائل هو ما يضيف عليه أيضا صفة الخطورة. ومثال ذلك التهديد بالقتل أو التعذيب أو الخطف أو الحبس أو إتلاف المحصولات الزراعية، ولا يشترط أن يطل الإكراه المتعاقد شخصيا، بل أن يطل شخصا عزيزا على المكروه كالابن أو الأب أو الزوج وغيرهم⁽¹⁾.

ولم تنص المبادئ على صور الإكراه، وإنما أشارت إلى شروطه وضوابطه، ومع ذلك، ورد في شروحات المبادئ صور للإكراه متمثلة في انطباق النص على الإكراه ليس فقط التهديد بالاعتداء على النفس أو المال، بل الذي يقع على القيم المعنوية كالسمعة والمصالح الاقتصادية⁽²⁾، فهي وإن كانت غير مالية بل معنوية، إلا أن التهديد بصدها معتبر ومحل للمطالبة بإبطال العقد⁽³⁾.

وقد فعل حسنا القانون القطري⁽⁴⁾، حين نصت المادة (2/137) منه بالقول "... تهدده أو غيره في النفس أو الجسم أو العرض أو الشرف أو المال"، فالتهديد الذي يمس العرض والشرف هو عين الإكراه الواقع على قيمة معنوية، وذلك خلاف المجلة التي لم تتضمن مثل هذه الصور المعنوية أي الشرف، فقد سكتت عن الشيء الذي يقع عليه الإكراه، حيث عرفت المادة (948) من المجلة الإكراه بأنه "الإكراه: هو إجبار أحد على أن يعمل عملاً بغير حق من دون رضاه بالإخافة ويقال له المكروه (بفتح الراء) ويقال لمن أجبر مُجبرٌ ولذلك العمل مكروه عليه وللشيء الموجب للخوف مكروه به". ورغم أن سعة النص تسمح بالقول بإمكانية شموله لهذه الصور، إلا أن النص عليها صراحة أفضل.

(1) صالح، فواز، القانون المدني مصادر الالتزام الجزء الأول المصادر الإرادية، منشورات جامعة دمشق 2011-2012، ص235.

(2) انظر الشرح الرسمي للمبادئ للمادة (3-2-7): <http://www.unilex.info/principles/text>، تاريخ الدخول: 2020/8/15.

(3) أحمد، عبد الخالق حسن، مرجع سابق، ص101.

(4) ومثله مشروع القانون المدني الفلسطيني.

أما القانون المدني الأردني نص بموجب المادة (135) على أن "الإكراه هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه ويكون مادياً أو معنوياً"، فلم يشر إلى الإكراه الواقع على السمعة أو الشرف صراحة، إنما أشار إلى أن الإكراه إما يكون مادياً بالفعل المادي، أو معنوياً وهو التهديد النفسي لكن دون فعل مادي يقع على المكره⁽¹⁾.

ونرى أن المجلة والقانون المدني الأردني رغم سكوتها عن إيراد الإكراه الواقع على القيم المعنوية، مثل السمعة والمصالح الاقتصادية، فإنه من الممكن في ظل عموم النصوص الأخذ بهذه النوع من الإكراه، ما دامت الأحكام العامة منطبقة.

ويترتب على اعتبار التهديد حالاً؛ أنه لا يكون لدى الشخص المكره بديل معقول، حيث أشارت المبادئ إلى هذا الشرط، ومعناه أن يكون المكره مجبراً على التعاقد، وليس أمامه خيار آخر بالتخلص من التهديد ومن ثم عدم التعاقد، فالتهديد إذن حتمي لا مفر منه، وعليه، يجب أن يكون الإكراه هو الدافع للتعاقد، ومن ثم قيام الرابطة السببية بين الإكراه وإبرام العقد⁽²⁾، وهو ما ذهب إليه الفقه في شروحاته للقوانين الوطنية⁽³⁾.

وقد قضت محكمة التحكيم الدولية في قرار لها بصدد هذا الشرط بالقول "وفقاً للمحكم، الذي يشير إلى مبادئ UNIDROIT، فإن التهديد ترك المدعى عليه بحيث "لا يوجد لديه بديل معقول"⁽⁴⁾، وقضت في ذات الصدد محكمة استئناف رام الله الفلسطينية بالقول "الإكراه لا يحقق آثاره إلا إذا أثبت من دفع به أنه كان السبب المباشر لما أقدم عليه المكره"⁽⁵⁾.

ولم يرد في نصوص المجلة ولا شرحها أو القانون القطري، أو المشروع الفلسطيني أو القانون المدني الأردني على ألا يكون للمكره بديل معقول، ولكن نرى أن الواقع العملي يفترض ذلك، وتفرضه كذلك مجمل نصوص الإكراه في التشريعات المذكورة، ولأنه شرط لازم بديهي،

(1) سلطان، أنور، مرجع سابق، ص 81-82.

(2) العربي، بالحاج، مرجع سابق، ص 287.

(3) انظر سلطان، أنور، مرجع سابق، ص 85. وصالح، فواز، مرجع سابق، ص 239.

(4) ICC International Court of Arbitration, Paris 10504, 00-11-2000, available at:

<http://www.unilex.info/principles/case/2109>. Entering date: 2020/8/11.

(5) حكم محكمة الاستئناف الفلسطينية رام الله، حقوق رقم 218 / 1999، تاريخ 2000/1/19. منشور على موقع مقام على الرابط: <https://maqam.najah.edu/>، تاريخ الدخول: 2020/8/27.

فإن الإكراه إذا كان يمكن تفاديه بوسيلة غير التعاقد أو الفعل المجبر عليه الشخص، فإن بداهة المنطق تقتضي تقاضي الإكراه بتلك الوسيلة.

○ المطلب الثالث: أثر الإكراه على العقد

يعالج هذا المطلب الجزاء المترتب على تحقق الإكراه في العقد وفق الأنظمة القانونية المختلفة، إذ تبنت مبادئ اليونيدرا، ومشروع القانون المدني الفلسطيني جزاء قابلية العقد للإبطال، في حين تبنت مجلة الأحكام العدلية - جريا على مذهب الفقه الحنفي - فساد العقد المشوب بإكراهه، وأخيرا تبني القانون المدني الأردني وقف العقد على إجازة المكره.

• الفرع الأول: قابلية العقد للإبطال وفق مبادئ اليونيدرا والقانون القطري ومشروع القانون المدني الفلسطيني

تبني كل من مبادئ اليونيدرا والقانون القطري ومشروع القانون المدني الفلسطيني جزاء قابلية العقد الذي فيه إكراه للإبطال، على النحو التالي.

◆ البند الأول: مبادئ اليونيدرا

يبدو من خلال قراءة نص المبادئ أنها تتبنى قابلية العقد للإبطال إذا شابه إكراهه، وذلك يستشف من عبارة "التمسك ببطلان العقد"، ويبدو من وجهة نظرنا أن البطلان هنا بمعنى "الإبطال"، وليس البطلان في حد ذاته، فالبطلان حقيقة يلحق ركن العقد الذي هو الرضا فيعده، في حين إن الإكراه لا يعدم الرضا ولكن يفسده، أو بمعنى آخر فالرضا موجود لكنه مسلوب غير صادر عن إرادة حرة مختارة وفق الظروف الطبيعية.

وإن الحكم المترتب وهو إبطال العقد يشابه الحكم المتبنى في دول القانون العام (Common Law)⁽¹⁾، فقابلية العقد للإبطال تكون في الحالة التي يكون فيها أصل العقد صحيحا، إلا أن وصفه قد شابه عيب أو خلل⁽²⁾، وإن عيوب الإرادة - ومن ضمنها الإكراه - حسب الأنظمة القانونية التي تأخذ بالعقد القابل للإبطال "الباطل بطلانا نسبيا" تعتبر من

(1) دواس، أمين وآخرون، مرجع سابق، ص 522.

(2) انظر السنهوري، عبد الزراق، ج1، مرجع سابق، ص 515-517.

الأسباب التي تجيز إبطال العقد، مع ضرورة أن يتمسك بالبطلان من شرع لمصلحته⁽¹⁾، باعتبار أن العقد يظل موجوداً إلى أن يتم التمسك بالبطلان أمام القضاء، فلا يمكن إبطال العقد بإرادة منفردة، وإنما يحتاج لحكم قضائي ينشئ البطلان، أو بالطبع اتفاق الأطراف على فسخ العقد "التقاييل"⁽²⁾.

ولا يمكن القول بالتشابه بين موقف المبادئ، وموقف المجلة تماماً، وذلك لأن المجلة تبنت العقد الفاسد، بينما تبنت المبادئ العقد القابل للإبطال، وهما عقدان يختلفان عن بعضهما، فصحيح أنهما يتشابهان في أن كليهما عقد صحيح في أصله، ويشوب وصفه اختلال⁽³⁾، ولكن الفرق بينهما أن العقد القابل للإبطال ينتج آثاره القانونية ما لم يتم إبطاله، في حين إن العقد الفاسد لا يترتب آثاره، فهو غير نافذ قبل القبض⁽⁴⁾، وإنما إذا صُحح بإزالة سبب الفساد يصبح صحيحاً تماماً، بأصله ووصفه، ويرتب آثاره من وقت التصحيح، وليس من وقت الإبرام. كما أن العقد الفاسد يمكن فسخه بالإرادة المنفردة، بينما يحتاج العقد القابل للإبطال إلى حكم قضائي⁽⁵⁾.

(1) السنهوري، عبد الرزاق، ج 1، مرجع سابق، ص 529. وقضت محكمة النقض الفلسطينية بالقول "... ولما كان البين من الأوراق يفيد أن المدعي ابتداءً لم يدع في لائحة دعواه انه وقع على الكميالة تحت الضغط والإكراه، الأمر الذي يجعل من هذا الدفع قائم على غير أساس من الواقع ويكون ما توصلت إليه المحكمة مصدره الحكم الطعين من حيث عدم وجود أي عيب من عيوب الإرادة لدى التوقيع على الكميالة هو استنتاج صحيح يتفق واحكام القانون". محكمة النقض الفلسطينية رام الله، حقوق رقم 2016/344 بتاريخ 2018/10/21، منشور على موقع مقام للأحكام القضائية على الرابط: <https://maqam.najah.edu/>، تاريخ الدخول: 2020/8/27.

وانظر أيضاً حكم محكمة النقض المصرية (الطعن رقم 15 لسنة 11 جلسة 05/06/1941 س ع 3 ص 380 ق 120)، منشور على موقع محكمة النقض المصرية على الرابط: <https://www.cc.gov.eg/judg>، تاريخ الدخول: 2020/8/27.

(2) السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 531-532.

(3) انظر السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 515-517.

(4) المهداوي، علي أحمد صالح، العقد الفاسد في القانون المدني الأردني المرقم 43 لسنة 1976، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، كلية الحقوق، العراق، ع 2004، ص 20، ص 85. وانظر بركات، إياد رفيق خالد، العقد الفاسد في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، الأردن، 2004، ص 18.

(5) المهداوي، علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 86.

وبذلك، يكون العقد الفاسد وفق المجلة أكثر حماية للمتعاقد، وتحديدًا في ميدان التجارة الدولية، فيما لو تبنت المبادئ موقف المجلة في هذه الجزئية، وذلك لأن من مصلحة المتعاقد، خاصة في العقود المالية الكبيرة، ألا يرتب العقد آثاره إلا بالإجازة، وأن يكون غير نافذ قبلها، وهو ما يوفره العقد الفاسد، كما أنه يمنح حق الفسخ بالإرادة المنفردة، ويكون حكم القضاء كاشفاً لا منثناً، ما ينسجم وسرعة وتطور العقود التجارية.

♦ البند الثاني: موقف القانون القطري ومشروع القانون المدني الفلسطيني

نصت المادة (1/137) من القانون المدني القطري والمادة (1/126) من المشروع الفلسطيني على لفظة "إبطال العقد"، وهو ما يحيلنا إلى العقد القابل للإبطال⁽¹⁾، فكأن القانون القطري والمشروع يقتربان من تبني موقف المجلة، والذي يدفعا للقول بذلك هو إن إبطال العقد جزء لا يتماشى مع العقد الموقوف، فالأخير ليس محل إبطال، بل محل إجازة أو عدم إجازة، لأن الإبطال يحمل معنى "الفسخ"، والفسخ حقيقة يرد على العقود النافذة، لأن نفاذ العقد يعني ترتيب العقد لآثاره، وحين يرتب العقد آثاره في مواجهة طرفيه؛ يمكن القول أنه يرد عليه الفسخ لإزالة هذا الأثر المترتب، أما العقد الموقوف فهو عقد غير مرتب لآثاره أي غير نافذ، رغم انعقاده صحيحاً، ولذا فلا نقول أن العقد الموقوف محل إبطال أو فسخ وهو لما يرتب أثراً بعد، بل نقول هو محل إجازة أو عدم إجازة، أي محل لجعله نافذاً في حق المتعاقد أو غير نافذ.

• الفرع الثاني: فساد العقد وفق مجلة الأحكام العدلية

بالنظر إلى نص المادة (1006) نجدها تنص على أن العقود الواردة فيها تحت الإكراه لا تعتبر، وإنما تعتبر بإجازة المكره بعد زوال الإكراه، ونريد أن نتوقف عند هذا النص وشروحاته، لأن فيها العديد من التفصيلات واختلاف الآراء.

(1) انظر السنهوري، عبد الرزاق، ج1، مرجع سابق، ص288، 289، وانظر ص335 وما بعدها في شرحه للقانون المدني المصري الذي تضمن ذات العبارة المستخدمة في النص الفلسطيني وهي "إبطال"، بقوله أن الرضا يكون هنا معيباً، ومن ثم هو رضاء فاسد وإن كان موجوداً، ويجعل العقد قابلاً للإبطال لا باطلاً.

ابتداءً، نجد أن المجلة استخدمت لفظة "لا يعتبر.."، وإن هذا اللفظ حقيقة لا يدل بالقطع على حكم للإكراه على العقد بصورة واضحة، إلا أننا نعتقد أن هذا المصطلح وفق العبارات المستخدمة في المجلة يفيد إما الفساد أو البطلان، ولا يتماشى مع العقد الموقوف⁽¹⁾، ويدل على ذلك أنه ورد في شرح المجلة ما يلي "... بعد زوال الإكراه يكون معتبرا حينئذ أي لازماً"⁽²⁾، وهو ما يعني أنه كان غير لازم قبل الإجازة، وإن العقد الموقوف لا ينسجم مع هذه المصطلحات، لأن العقد الموقوف غير نافذ، وإن المصطلحات المذكورة مرتبطة بالعقد النافذ بدلالة المادة (113) من المجلة التي تنص على أنه "البيع النافذ بيع لا يتعلق به حق الغير وهو ينقسم إلى لازم وغير لازم"، فالعقد الموقوف إذن لا يصبح لازماً بالإجازة بعد زوال الإكراه، بل يصبح نافذاً بعد أن كان غير نافذ، أما العقد الفاسد فيصبح لازماً لأنه كان عقداً غير لازم لعلّة الفساد، فيصدق عليه وصف "عدم اللزوم"، إذ عدم اللزوم ليس وصفاً حكراً على العقد الذي فيه خيار، بل أيضاً على العقد الذي انتفى منه شرطاً الصحة والانعقاد، وبما أن العقد الفاسد غير صحيح فهو غير لازم إذن⁽³⁾.

وإن عبارة "ولكن لو أجاز المكره ما ذكر بعد زوال الإكراه يعتبر"، لا يمكن حملها بالضرورة على معنى العقد الموقوف بالاستناد إلى لفظة "أجاز المكره"، ومن ثم بالقول أن العقد الفاسد لا ترد عليه الإجازة، والسبب في عدم ضرورة فهم هذا المعنى؛ أن العقد الفاسد لا ترد عليه الإجازة على ما فيه من الفساد، ولكن يمكن إجازته بعد إزالة سبب الفساد، أي بتصحيحه، والنص يشترط الإجازة بعد زوال الإكراه، ومن ثم فالمقصود هو العقد الفاسد الذي يمكن إجازته بعد زوال سبب الفساد، فكأنما زوال الفساد الذي هو الإكراه؛ هو تصحيح للعقد.

(1) اختلفت الآراء بين الحنفية القائلين في عموم المذهب بالفساد، وجمهور الفقهاء القائلين بالبطلان، وأن الذي قال بالوقف من الحنفية هو زفر، وأن الراجح في مذهب الحنفية الذي منه المجلة هو الفساد. انظر محمد، عباس حسني، العقد في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً عن تفوق التشريع الإسلامي، ج1، ط1، 1993، ص 20، منشور على شبكة الألوكة: <https://www.alukah.net> / تاريخ الدخول 2020/8/29، وانظر ذات المرجع تفصيلاً، ص 203-207.

(2) الأتاسي، محمد طاهر، مرجع سابق، ص 578.

(3) انظر حيدر، علي، مرجع سابق، ص 384. وانظر الأتاسي، محمد طاهر، مرجع سابق، ص 578-579.

وبالرجوع لشروحات المجلة، نجد أن الأستاذ علي حيدر في شرحه للمجلة يقول "والمكره إذا أجاز التصرفات المذكورة بعد زوال الإكراه يكون معتبرا حينئذ أي لازما، لأن العقد والإقرار يثبتان الملك ولو كانا بإكراه. الإكراه سواء كان ملجئا أم غير ملجئ فهو معدم للرضا وبما أن الرضا شرط في لزوم العقود والمعاملات المذكورة والإقرار فتفسد العقود بفوات الرضا ويكون حق الفسخ والإمضاء بعد زوال الإكراه عائدا إلى المكره"، إذ نفهم منه أن العقد فاسد بقوله "تفسد العقود بفوات الرضا"، وهو غير لازم لقوله "والمكره إذا أجاز... يكون لازما" مما يعني أنه يصبح لازما بالإجازة، وأنه غير لازم قبلها، وهذا قول منسجم مع كون العقد فاسدا، فهو عقد غير لازم ليس لتبوت خيار بل للفساد فيه، فكما نعلم أن العقد الفاسد غير لازم وغير نافذ وقابل للفسخ أو التصحيح، فإن صحح أصبح لازما.

ثم أورد الأستاذ علي حيدر في موضع آخر من شرحه ما يلي "البيع الذي يقع بالإكراه ليس معتبرا يعني أن بيع المكره نافذ، أي منعقد، لكنه فاسد لأن الرضا شرط من شروط الصحة في المبيع وهو مفقود في الإكراه سواء أكان كل منهما مكرها أم البائع فقط أم المشتري فقط. وأي المتعاقدين كان مكرها فله حق في فسخ العقد لو لم يرض الآخر بذلك" ثم قوله "بيع المكره يشبه البيع الموقوف من حيث أنه قابل للإجازة والفسخ، ويشبه البيع الفاسد من حيث أنه يفيد الملك، وبيع المكره كما جاء في المجلة جائز ومعتبر أي لازم، والإجازة فيه تزيل الحرمة، أما البيع الفاسد فلا يجوز بالإجازة، أي لا ينقلب إلى الصحة".

ونجد أن هذا الشرح يفيد بأن بيع المكره بيع فاسد، فالعقد هنا إذن عقد فاسد لا موقوف، وهو عقد نافذ ومنعقد، فأما بخصوص كونه منعقدا فالعقد "المنعقد" وفق المجلة هو حسب المادة (106) "البيع المنعقد هو البيع الذي منعقد على الوجه المذكور وينقسم إلى صحيح، وفاسد، ونافذ، وموقوف"، والبيع غير المنعقد هو فقط البيع الباطل حسب المادة (107) بقولها "البيع غير المنعقد هو البيع الباطل"، فيكون قصد المجلة أن بيع المكره ليس باطلا.

وأما بخصوص قوله "عقد نافذ" رغم عدم نفاذ العقد الفاسد ابتداء فهذا حكم خاص ببيع المكره قياسا بالبيع الفاسد الذي ينفذ بالقبض طوعا فيفيد الملك، بمعنى أن الأصل العام في

العقد الفاسد أنه غير نافذ، ولكن في بيع المكره ينفذ العقد بالقبض⁽¹⁾، وأكد على ذلك بقوله "ولا يكون لازماً، أي يكون منعقداً وناظفاً وقابلاً للفسخ".

وأما بالنسبة لقوله "جائز ومعتبر أي لازم، والإجازة فيه تزيل الحرمة" فيفيد أن بيع المكره ترد عليه الإجازة بمعنى التصحيح في هذا الموضوع، فهي إجازة بعد زوال سبب الفساد لا قبله، ونرى أن هذا لا يخالف القاعدة العامة في العقد الفاسد الذي يصح بإزالة سبب الفساد، ونود الإشارة هنا إلى أن قوله "لازم" في الشرح معناه أنه يصبح لازماً بعد الإجازة، ولا يمكن فهم ذلك أنه ينعقد لازماً، وذلك لبداية أن البيع الفاسد غير لازم ابتداءً.

ونود التنويه إلى أن شرح المجلة المذكور لا يشير إلى تبني العقد الموقوف من زاوية مهمة هي أن استخدام مصطلحات مثل "لا يكون لازماً"، و"ناظفاً" تنسجم مع العقد الفاسد الذي هو غير لازم، أما العقد الموقوف فهو عقد مقابل للعقد النافذ، فحينما يقال عقد نافذ، فمعناه أنه غير موقوف⁽²⁾، كما أنه من جهة أخرى فإن العقد الموقوف حسب المادة (111) من المجلة هو "بيع يتعلق به حق الغير كالفضولي"، في حين إن الإكراه في العقد يتعلق به حق القانون والمتعاقدين المكره، ولا علاقة لحق الغير به كأصل عام، هذا فضلاً على أن العقد الفاسد يمس وصف العقد من حيث صحته، وهو ما ينطبق على الإكراه الذي يعيب الرضا، أي يمس ذات العقد، خلاف العقد الموقوف الذي لا يكون سبب وقفه مساساً بأصل العقد أو وصفه، وإنما تعلق حق للغير به، بدليل أنه عقد صحيح أصلاً ووصفاً⁽³⁾، وعليه كيف يكون العقد المختل الرضا؛ عقداً صحيحاً في حال قلنا بأنه موقوف؟

وقد يقال هنا بأنه لا حرج في كون البيع صحيحاً مع اختلال الرضا بالنظر إلى البيع غير اللازم في المجلة الذي فيه خيار، على أساس أن المجلة تعتبر البيوع بالخيارات بيوعاً غير لازمة، وأن خيارات مثل الغبن والتغريب إنما تطل الإرادة فلا تختلف عن الإكراه الذي يمس الإرادة.

(1) نصت المادة (366) من المجلة على أن "البيع الفاسد يصير نافذاً عند القبض. يعني يصير تصرف المشتري في المبيع جائزاً حينئذ".

(2) حيدر، علي، مرجع سابق، ص 109. وانظر الأتاسي، محمد ظاهر، مرجع سابق، ص 578.

(3) انظر حيدر، علي، مرجع سابق، ص 108-109.

ونقول هنا إن الغبن والتغريب لا يعدم الرضا، ولا يفسده، فهو موجود وصحيح، أي أنه في الغبن بتغيير؛ يكون المغبون ذا إرادة حرة صحيحة لا خلل فيها في إبرام العقد، ولكن الخلل يكون في تقدير القيمة الحقيقية للمبيع من خلال وسائل احتيالية يقوم بها المتعاقد الآخر، فيدفع المغبون إلى الاعتقاد بقيمة مختلفة عن الواقع، وهذا لا يمس الرضا بحد ذاته في شيء، فقد رضي المتعاقد المغبون بالتعاقد مختاراً ورضي بأن ينتج العقد أثره، إلا أنه وقع ضحية تقدير غير سليم لمسألة موضوعية مادية مثل الثمن وما شابه، في حين في حالة الإكراه فلا يكون ثمة رغبة حقيقية لدى المتعاقد في إنتاج العقد لأثره، وبمعنى آخر مبسط، فإن المتعاقد المغبون يقصد تحقيق العقد لأثره، وتكون نتيجة الغبن خلافاً في ماديات العقد، في حين إن المكره لا يقصد تحقيق العقد لأثره بأي صورة كانت، ويكون نتيجة الإكراه خلافاً يلحق شخص المتعاقد بغض النظر عن ماديات العقد⁽¹⁾.

ونقول خلاصة لذلك، أنه ثمة اختلاف بين الإكراه المفسد للرضا والإكراه المعدم للرضا، حيث أن وجود الرضا يستلزم وجود الاختيار، ففي الإكراه المفسد للرضا، يوجد الاختيار ولا يوجد رضا عن التعاقد، وبالتالي فإن المكره يعتبر غير راضٍ عن العقد لعدم رغبته في تحمل الآثار التي يولدها، ولكنه غير مجبر كونه عرف الشرين واختار أهونهما⁽²⁾، أما إذا وصل الإكراه إلى الحد الذي يعدم الرضا كأن يمسك شخص المكره ويستكتبه التوقيع عنوة أو أن ينومه تنويماً مغناطيسياً فإن العقد في هذه الحالة يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً⁽³⁾.

ولذلك كان الحكم المتبنى حسب المجلة في الغبن بالتغريب أقل شدة من الحكم المتبنى في الإكراه، ففي الأول هو عقد صحيح غير لازم، لكنه نافذ، أما في الثانية فهو عقد غير صحيح وغير نافذ وغير لازم.

(1) قضت محكمة النقض الفلسطينية في معنى قريب من ذلك بأن الإدعاء بأن السند أخذ بطريق الغش يتناقض مع الإدعاء أنه أخذ بالإكراه، إذ تكون الإرادة في الحالة الأولى مضللة وفي الحالة الثانية معدومة، انظر نقض حقوق رام الله، رقم 2004/31، تاريخ 2004/5/8، منشور على موقع المفتي على الرابط: <http://muqtafi.birzeit.edu/>، تاريخ الدخول 2020/8/11.

(2) سلطان، أنور، مرجع سابق، ص 81.

(3) مؤمن، عمر السيد، مرجع سابق، ص 13-14.

هذا مع الإشارة إلى أن الأستاذ سليم رستم باز في شرحه للمجلة يشير بطريقة أوضح إلى أن العقد موقوف وليس فاسداً، بدليل ما أشار إليه بصريح العبارة بقوله "بل تتوقف كل هذا التصرفات على إجازة المكره بعد زوال الإكراه"، ثم قوله "سواء كانت الإجازة قولية أو فعلية... فإنه ينفذ البيع لوجود الرضا"، حيث نلاحظ من لفظة "تتوقف"، ولفظة "تنفذ" بعد الإجازة إلى أنه يشير إلى العقد الموقوف⁽¹⁾، فلم يأت على ذكر لزوم العقد ونفاذه قبل الإجازة. وأيد كون العقد موقوفاً في ظل المجلة بعض الفقه أيضاً⁽²⁾، حيث ذهبوا إلى أن المجلة أخذت بقول "زفر" من أئمة الحنفية دون قول أبي حنيفة وصاحبيه. ولكننا لا نتفق مع هذا الرأي، إذ كما فصلنا في المتن فإن المجلة لا تقطع بتبني فكرة العقد الموقوف، بل جاءت عباراتها حمالة أوجه، كما لم يقطع بهذا الأمر شرح المجلة من جهة الأستاذ علي حيدر، بل أشار إلى العقد الفاسد في غير مرة، إلا أن الأستاذ سليم رستم باز أشار إلى العقد الموقوف، ونقصد إذن أن نصوص المجلة في حد ذاتها لا تقطع بتبني العقد الموقوف، بل إنما أروده هذا الرأي الفقهي السابق فيه تأييد لنا من جهة أنه ذكر أن مرشد الحيران - وهو مرجع المجلة في أحيان كثيرة- قد تبني العقد الفاسد بصريح العبارة بموجب المادة (297) بقولها "عقد المكره ينعقد فاسداً لا باطلاً، فيقبل الإجازة فإن أجازته المكره بعد زوال الخوف صراحة أو دلالة ينقلب صحيحاً".

كما أننا لا نؤيد الأستاذ التكروري - وهو يقول بالعقد الموقوف- في جزئية أخرى أوردها في هذا الصدد، وهي قوله أنه إذا أجاز المكره العقد أو ورثته بعد وفاته ينقلب صحيحاً وإلا فلا⁽³⁾، إذ إن هذا القول غير دقيق باعتبار أن العقد الموقوف هو عقد صحيح في حد ذاته أصلاً ووصفاً، وأن نفاذه معلق على الإجازة، فلا ينقلب صحيحاً بالإجازة، بل ينفذ بها، فكأن هذا الرأي وقع فيما وقع فيه القانون الأردني من مجانبة للصواب في إيراد عبارة "ينقلب صحيحاً" التي نقدناها.

(1) انظر باز، سليم رستم، مرجع سابق، ص 559. وانظر الأتاسي، محمد طاهر، مرجع سابق، ص 578.

(2) دواس، أمين ودودين، محمود، عقد البيع في مجلة الأحكام العدلية "دراسة مقارنة"، بدون طبعة، بدون دار نشر، 2013، ص 45-46. وانظر التكروري، عثمان، وسويطي، أحمد طالب، مرجع سابق، ص 202.

(3) انظر التكروري، عثمان، وسويطي، أحمد طالب، مرجع سابق، ص 202.

وخلاصة لما سبق، نرى أن المجلة تتبنى فساد العقد المشوب بإكراهه، باعتبار الإكراه مفسدا للرضا، وبما أن الرضا شرط في العقود المشار إليها في المادة (1006) فيعتبر العقد فاسدا⁽¹⁾، ومن ثم هو عقد صحيح الأصل لا الوصف، وغير نافذ ويرد عليه للفسخ أو الإجازة من قبل الطرف المكره بعد زوال الإكراه⁽²⁾.

• الفرع الثالث: وقف العقد وفق القانون المدني الأردني

استخدم المشرع الأردني عبارتين هامتين في معالجته لأثر الإكراه على العقد، فالأولى قوله "لا ينفذ عقده"، والثانية في آخر النص "لو أجازه المكره... ينقلب صحيحا".
والحقيقة أنه يجب الوقوف عند العبارتين أو اللفظتين، حيث إن الأولى تفيد بأن العقد لا ينفذ، والعقد غير النافذ هو العقد الموقوف، بمعنى أنه عقد صحيح لكنه غير نافذ، فيكون النص قد تبني فكرة العقد الموقوف⁽³⁾.

لكن اللفظة الثانية وهي "ينقلب صحيحا" لا تتسجم مع العقد الموقوف، فهو عقد صحيح لكنه غير نافذ، وحين تنص المادة على أنه عقد يصح بالإجازة؛ فمعناه أن العقد لم يكن صحيحا⁽⁴⁾، وإنما كان باطلا، لأن العقد غير الصحيح هو العقد الباطل، ولا يمكن القول حتى بالعقد الفاسد تبعا للتصحيح، لأن العقد الفاسد، وإن كان ليس صحيحا - لكن لا يذكر في التعريفات الفقهية ضمن العقد غير الصحيح، إنما خصص له مصطلح "الفساد" لتفريقه عن العقد غير الصحيح (الباطل)، بسبب صحة أصله، وفقا لشروحات المجلة - التي تعد مصدرا للقانون الأردني - حسبما سبق ذكره.

(1) ومع أنه عقد فاسد بسبب الإكراه إلا أنه ورد في شرح المجلة عدة فروق بين البيع الفاسد وبيع المكره، وأهمها فيما نرى اتساقا مع موضوع البحث أن بيع المكره يصح بالإجازة أما البيع الفاسد فلا يجوز بالإجازة لأن الفساد فيه ناشئ عن حق الشرع، في حين إن فساد بيع المكره ناشئ عن حق العبد.

(2) انظر حيدر، علي، مرجع سابق، ص 733.

(3) انظر دواس، أمين، القانون المدني مصادر الالتزام: المصادر الإرادية: العقد والإرادة المنفردة، ط1، دار الشروق للنشر والتوزيع، رام الله، 2004، ص 85. وسلطان، أنور، مرجع سابق، ص 77. ومنصور، أمجد محمد، مرجع سابق، ص 108.

(4) انظر هذا النقد لدى دواس، أمين، القانون المدني مصادر الالتزام: المصادر الإرادية: العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 85.

ولذلك نجد أن عبارة "ينقلب صحيحا" لا أساس لها، وتناقض فكرة العقد الموقوف المتبناة في صدر المادة، فكيف لعقد يقر المشرع بصحته دون نفاذه، ثم يقر المشرع ببطلانه قبل الإجازة، وزد على ذلك أن العقد الباطل لا ينقلب صحيحا، أي لا يجوز تصحيحه من أحد الأطراف، فالبطلان جزاء تشريعي يلحق العقد دون تدخل الأطراف في إسباغ هذا الوصف، فإذا كان استعمال الخيار بالفسخ في العقد غير اللازم أو الفسخ في العقد غير اللازم الفاسد، أو الإنفاذ بالإجازة في العقد الموقوف كلها بحاجة لمساهمة من الطرف المقررة له هذه الحقوق في إيقاع الجزاء، فإن البطلان جزاء لا ينتظر مساهمة الأطراف، بل إننا نقول إنه جزاء لا يقرر لمصلحة طرف على طرف بالمعنى الدقيق، وإنما جزاء موجه للعقد ذاته كمسألة متعلقة بالنظام العام.

والخلاصة، أن المشرع الأردني قد وقع في خطئين بإيراد عبارة "ينقلب صحيحا"، الأول أنه تبنى فكرة العقد الموقوف في صدر المادة ثم ناقضها في عجز المادة، والثانية أن ما من تصرف يجيز تصحيح العقد الباطل، ولأن العقد الفاسد صحيح في أصله، والعقد الموقوف صحيح في أصله ووصفه، فلم يكن من تفسير لعبارة النص سوى أن العقد باطل يجوز تصحيحه، وهو ما جرى نقده.

وفي ظل هذا التناقض، نلاحظ أن عبارة "ينقلب صحيحا" ناقضت قصد المشرع الأردني الذي أراد تبني مذهب العقد الموقوف حين يشوبه الإكراه، وحبذا لو تم حذف هذه العبارة، هذا مع فقداننا لكون العقد الذي فيه إكراه موقوفا، بل نعتقد بالفساد.

ويتشابه العقد الفاسد والموقوف في إن الموقوف إذا أجزى، والفاسد إذا صحح يرتبان آثارهما من وقت الإجازة أو التصحيح، وليس من وقت العقد، خلاف العقد القابل للإبطال الذي أشرنا أنه يرتب آثاره من وقت العقد في حال الإجازة.

والفرق بين العقد الفاسد والعقد الموقوف أن العقد الفاسد لا يصبح نافذا إلا بتصحيحه، بل أكثر من ذلك؛ لا يصبح صحيحا (نقصد الصحة التامة) إلا بالتصحيح⁽¹⁾، أي بإزالة سبب الفساد كما سبقت الإشارة، وهو الإكراه موضوع البحث، وأنه يحق لكل ذي مصلحة التمسك بإبطاله. في حين إن العقد الموقوف صحيح لا يحتاج تصحيحا، هو عقد وإن كان غير نافذ

(1) المهداوي، علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 80.

لتعلقه بحق من يقرر له القانون هذا الحق؛ فإنه ينفذ بالإجازة⁽¹⁾، وكذلك ينفذ بمضي مدة على عدم ممارسة صاحب الحق حق الإجازة أو عدمها، ولا يحق لأحد ممارسة الإجازة أو عدمها إلا من شرع له.

ولذلك، نقول إن العقد الفاسد أكثر حماية للمتعاقد المكره، وذلك لأنه لا ينفذ، ولا ينقلب صحيحاً مطلقاً إلا بالتصحيح، ولا يصح بمضي المدة، فيظل حق المتعاقد المكره مكفولاً، بخلاف العقد الموقوف الذي تزول حمايته إذا لم يمارس المتعاقد المكره حقه في مدة معقولة، وهو ما يتناسب مع عقود التجارة الدولية، التي يحتاج المتعاقد فيها إلى حماية أكبر.

○ الخاتمة

في نهاية الدراسة توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات على النحو التالي:

◆ أولاً: النتائج

- 1- لم تنص مبادئ اليونيدرو ولا القانون القطري، ولا المشروع الفلسطيني على تعريف واضح للإكراه، خلاف مجلة الأحكام العدلية التي عرفته بموجب المادة (948)، والقانون المدني الأردني بموجب المادة (135) منه.
- 2- تبنت المبادئ مفهومًا موسعًا للإكراه حين اعتدت بالوسيلة غير المشروعة رغم مشروعية الغرض أو الهدف، في حين نجد في كثير من توجهات الفقه في التشريعات الوطنية أن الهدف المشروع ينفي الإكراه وإن كانت الوسيلة المستخدمة غير مشروعة، إلا إذا وصلت حد الجرم المعاقب عليه. ويبدو أن موقف المبادئ أفضل لأنه يوفر حماية للمتعاقد، خاصة في ميدان التجارة الدولية.
- 3- لم تشترط المبادئ والقانون القطري، ومشروع القانون المدني الفلسطيني شرط قدرة المكره على إيقاع الإكراه، خلاف القانون المدني الأردني الذي اشترط ذلك، ونرى أنه شرط مهم لأنه أحد المعايير التي يستدل بها على تحقق الإكراه من عدمه.

(1) المرجع سابق، ص 80.

4- ورد في شروحات مبادئ اليونيدروا الرسمية أن الإكراه ليس محصورا في وقوعه على الجسد أو المال، وإنما يعتبر من قبيل الإكراه ما يقع على السمعة والمصالح الاقتصادية للطرف المهدد، وهو موقف جيد، ولم يرد مثل هذا الحكم في المجلة أو القانون القطري أو المشروع الفلسطيني أو القانون المدني الأردني، ومع ذلك فهو يدخل في المفهوم العام للإكراه، إلا أنه من الأفضل الإشارة إليه في النصوص التشريعية حسما للجدل.

5- يتميز الإكراه عن بعض الأنظمة القانونية المشابهة، وذلك على النحو التالي:

أ- **حالة الضرورة:** لا تعتبر حالة الضرورة صورة من صور الإكراه وذلك لأن حالة الضرورة لا يكون فيها السلوك صادر من المكره ولا من الغير، وإنما يكون نتيجة ظروف خارجية تحيط بالمكره فيستغلها أحد الأشخاص بحيث يضطر الطرف المحاط بهذه الظروف إلى التعاقد.

ب- **عيب الاستغلال:** يختلف الاستغلال عن الإكراه وفق المبادئ حيث لا يعتبر عيبا من عيوب الإرادة، وذلك لأنه ليس نظاما قانونيا مستقلا بذاته، وإنما هو مؤشر على توفر الغبن، وأن الاستغلال لا يتطلب أن يمارس الطرف المستغل أفعالا إيجابية تجاه المتعاقد الآخر، وإنما يكفي مجرد انتهاز الطرف القوي في العلاقة حالة الضعف أو الطيش أو الحاجة لدى المتعاقد الآخر ليقوم الاستغلال.

ج- **عقود الإذعان:** يظهر الفرق بين عقود الإذعان والإكراه الاقتصادي في أن الإكراه الاقتصادي يشترط أن يحتوي على وسائل تهديديه تضغط على إرادة المتعاقد، في حين لا توجد مثل هذه الوسائل في حالة الإذعان.

6- اشترطت المبادئ أن يكون التهديد حالا في حين لم تشترط التشريعات المقارنة ذلك، كما اشترطت المبادئ أن ألا يكون للطرف المكره بديل معقول. ويفضل موقف التشريعات المقارنة على المبادئ في هذا الصدد، لأنه يوفر حماية أكبر للمتعاقد، بخصوص الإكراه المستقبلي، إذ العبرة بما يولده الإكراه من خوف ورهبة.

7- انفردت المجلة بالنص على أن يكون فعل المكره للمكره عليه في حضور المجرر أو حضور تابعه، ونرى أنه شرط زائد، ولا يخدم الطرف المكره في

النطاق المحلي أو الدولي، إذ في مجال التجارة الدولية يكون الإكراه مع بعد المسافات ودون حضور مادي للطرف المكره.

8- يترتب على الإكراه في مبادئ اليونيدروا والقانون القطري ومشروع القانون المدني الفلسطيني قابلية العقد للإبطال، بينما تتبنى مجلة الأحكام العدلية مذهب فساد العقد المشوب بإكراه. وتبنى القانون المدني الأردني وقف العقد. ونرى أن مذهب المجلة يفضل عن التشريعات الأخرى لأنه يوفر حماية كبيرة للمتعاقد المكره.

9- نرى أن الإكراه الاقتصادي لا يخرج عن الحكم العام للإكراه وفق المبادئ، باعتبار أن شروطه هي ذات شروط الإكراه التقليدي، ولذلك لا جدوى من إيجاد نظام قانوني مستقل تحت عنوان "الإكراه الاقتصادي"؛ وإنما أشار القانون القطري إلى مصطلح "الشرف والعرض" ما يمكن من القياس عليهما، ونص المشروع الفلسطيني على مصطلح "الشرف"، والأفضل إدراج هذه مصطلح "الإكراه الاقتصادي"، أو "المصالح الاقتصادية" في النص العام للإكراه.

10- بعد استعراض الأنظمة القانونية المختلفة، لم نجد نظاما قانونيا يتبنى حلا وسطا بين اشتراط الغبن واشتراط الوسائل التهديدية، مع أننا نرى إمكانية إيجاد نظام قانوني خاص ينطبق على حالة يتم فيها استغلال وضع المتعاقد الآخر دون وجود غبن فاحش، ودون استعمال وسائل تهديدية، بل بمجرد الانتفاع من حالة وجود الطرف المتعاقد في مركز غير متساو مع الشخص المنتفع، يمكن الأخير من إبرام العقد بضرورة توفر سوء النية، بحيث نستطيع سد الثغرات المتوافرة في نظام الإكراه الذي يشترط الوسائل التهديدية، ونظام الاستغلال الذي يشترط الغبن الفاحش.

♦ ثانيا: التوصيات

1- نوصي المشرع الفلسطيني والقطري والأردني بإيراد مصطلح "الإكراه الاقتصادي" أو ما يشابهه من مصطلحات مثل "السمعة الاقتصادية" ضمن النص المنظم للإكراه.

- 2- نوصي المشرع الفلسطيني والقطري بالنص صراحة على شرط مهم وهو (قدرة المكره على إيقاع الإكراه).
- 3- نوصي المشرع الفلسطيني والقطري بالنص على أن الإكراه يتحقق في حالة استخدام وسيلة غير مشروعة رغم مشروعية الغرض.
- 4- نوصي واضعي مبادئ اليونيدروا بالاستغناء عن شرط أن يكون التهديد حالاً، ليصبح شاملاً للتهديد المستقبلي، لأن هذا يتناسب مع عقود التجارة الدولية.
- 5- نوصي واضعي مبادئ اليونيدروا بتبني أثر فساد العقد في حالة الإكراه، لأنه يوفر حماية أكبر للطرف المكره.
- 6- نوصي المشرع الفلسطيني والقطري بالعمل على وضع نص يحمي المتعاقد الضعيف في حالة عدم وجود وسائل تهديدية، وعدم وجود غبن فاحش، ويستغل الطرف القوي حالة الضعف والحاجة لدى المتعاقد الآخر، فيدفعه ذلك للتعاقد.
- 7- نوصي المشرع الفلسطيني بإلغاء شرط "حضور المكره حين الإكراه" الوارد في المجلة.

الدراسة الثالثة:

**مدى فعالية الضوابط القانونية لعمل الوسيط المالي في حماية
حقوق العملاء
دراسة في التشريعات الأردنية النازمة للتعامل بالأوراق المالية**

د. جبر غازي شطناوي⁽¹⁾

لقد تناولت هذه الدراسة موضوع الضوابط القانونية لعمل الوسيط المالي ومدى فعاليتها في حماية حقوق العملاء، وفقا لأحكام قانون الأوراق المالية الأردني رقم 18 لسنة 2017 والأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبه، وقد اعتمدت الدراسة على استخدام المنهج الوصفي التحليلي في استقراء نصوص التشريعات ذات الصلة بالدراسة مع المقارنة بالتشريعات الأخرى كلما دعت الحاجة إلى ذلك، وقام الباحث بعرض الموضوع في محورين: حيث تم بيان الشروط القانونية لممارسة نشاط الوساطة المالية في المحور الأول، من خلال بيان الشرط الخاص بشكل الوسيط المالي والشرط الخاص بالترخيص للوسيط المالي، ثم عالجت الدراسة في المحور الثاني الالتزامات القانونية للوسيط المالي من خلال بيان التزامات الوسيط المالي تجاه عملائه، والتزاماته تجاه إدارة سوق الأوراق المالية والجهات الرقابية.

ولقد توصلت الدراسة إلى أن المشرع الأردني قد كرس أحكاما تهدف لضمان حقوق العملاء بمواجهة الوسيط المالي وحماية مصالحهم، حيث وضع شروطا لترخيص الوسيط المالي تتعلق بشكله ووجوب أن يكون شخصا اعتباريا، إلى جانب الضوابط الأخرى المتعلقة بضمان سلامة العمليات التي يجريها وحفظ أسرار عميله والرقابة الصارمة على نشاطه.

⁽¹⁾ كلية القانون - قسم القانون الخاص - جامعة اليرموك - إربد - الأردن.

إلا أن بعض المواد الواردة في التشريعات ذات الصلة قد شابها بعض القصور، حيث لم ينص قانون الأوراق المالية عند تعريفه للوسيط المالي بأنه يجب أن يكون شخصا اعتباريا، ولم يضمن المشرع أي نص بخصوص التزام الوسيط المالي بتبصير العميل قبل التعاقد، كما أن المشرع جعل من انتساب الوسيط المالي لبورصة الأوراق المالية مسألة متروكة لرغبته، بالرغم من أنه لا يتصور القيام بنشاطه إلا إذا كان أحد أعضاء بورصة، لذلك فقد أوصت الدراسة بضرورة تلافي المشرع لهذا القصور الوارد في التشريعات ذات الصلة.

♦ الكلمات المفتاحية:

الأوراق المالية، الوسيط المالي، بورصة الأوراق المالية، الترخيص والاعتماد.

بداية لا بد من أن نضع نصب أعيننا أن سوق الأوراق المالية شأنه شأن أي سوق يقوم على أركان أساسية ثلاثة، عملاء، وبضائع (الأوراق المالية)، ومجموعة من القواعد التي تحكم التعامل، ويعد الاستثمار في سوق الأوراق المالية (البورصة) من أهم أوجه النشاط الاقتصادي في العصر الحالي، ذلك أن تطور الشركات وإصدارها للأسهم بهدف بيعها للجمهور الراغب في أن يصبح شريكا، وسعي الشركات إلى الاقتراض من الجمهور من خلال إصدار سندات بفائدة تمثل مديونية لصاحبها، أدى إلى انتشار التعامل بهذه الأوراق التي أصبحت تعرف بالأوراق المالية أو القيم المنقولة، فظهرت أهمية هذه الأوراق في الاستثمار والادخار سواء على صعيد الأفراد بل وعلى صعيد الحكومات التي لجأت لاستخدامها في خدمة الاقتصاد الوطني.

ولقد أدى تنوع الأوراق المالية وتعددتها إلى صعوبة التعامل فيها من قبل العملاء معتمدين في ذلك على مهاراتهم الشخصية لوحدها، لذلك يلجأ المستثمرين في سوق الأوراق المالية إلى المختصين في هذا النوع من الاستثمار للاستفادة من خبراتهم في هذا الميدان، وحرصا على مصالح هؤلاء المستثمرين كرسّت التشريعات الخاصة بالأوراق المالية أحكاما تحصر التعامل في الأوراق المالية بجهات محددة ومرخص لها بذلك وفقا لشروط صارمة تهدف إلى حماية المتعاملين بالأوراق المالية من جهة، وللسيطرة على سوق الأوراق المالية من جهة أخرى.

ومن أهم الجهات التي تعنى بالتعامل بالأوراق المالية بيعة وشراء داخل بورصة الأوراق المالية الوسطاء الماليون أو كما تسميهم بعض التشريعات (سماسرة الأوراق المالية)، حيث أن الوسيط المالي هو الجهة التي يتعين التعامل من خلالها بالأوراق المالية من قبل المستثمرين، فلا تجيز التشريعات الخاصة بالأوراق المالية للأفراد التعامل المباشر بالأوراق المالية من خلال بيعها أو شرائها إلا من خلالهم.

وبالرغم من أن التعامل بالأوراق المالية من خلال الوسطاء الماليين من شأنه أن يبعث على الاطمئنان في نفس المستثمر، لكون هذا الوسيط ذو خبرة ودراية تامة بهذا النوع من الأوراق وبالسوق الخاص بها، إلا أن ذلك لا يعني عدم وجود المخاطر بشكل مطلق، فقد يتعرض المستثمر إلى خطر التعامل مع وسطاء ماليين تنقصهم الخبرة الكافية في هذا الميدان الأمر الذي يعرض استثماره للخطر، وحتى في حال توافر الخبر والكفاءة في جانب الوسيط المالي يبقى الخطر قائماً في تعرض المستثمرين للغش والتحايل، خاصة وأن معظم المستثمرين في سوق الأوراق المالية هم من الأفراد الذين لا يتمتعون بالدراية الكافية في هذا النوع من الاستثمار. ولتفادي مخاطر قلة خبرة الوسيط المالي من جهة، ومخاطر تعرض المستثمرين للغش والتحايل من قبل الوسيط المالي من جهة أخرى، لجأ المشرع إلى تكريس أحكام وضوابط قانونية تضمن مصالح المستثمر بمواجهة الوسيط المالي الذي يعهد إليه بالتعامل بأوراقه المالية بيعة وشراء، لذلك توجب التشريعات ذات الصلة بالتعامل بالأوراق المالية أن يكون هذا التعامل عن طريق وسطاء متخصصين يملكون من الخبرة والكفاءة ما يكفل إبرام صفقات البيع والشراء للأوراق المالية بشكل صحيح، وأن يكونوا مسؤولين أمام العملاء وأمام إدارة السوق والجهات الرقابية والقضائية عن صحة وسلامة هذه الصفقات، بحيث تكون خالية من الغش والاحتيايل والاستغلال. وتبعاً لذلك فقد رتب المشرع مسؤولية الوسيط المالي في حال مخالفته لشروط الترخيص الممنوح له أثناء ممارسة عمله، وفي حال إخلاله بالضوابط القانونية التي تحكم هذا العمل.

♦ إشكالية الدراسة:

تكمن إشكالية الدراسة في بيان مدى كفاية الأحكام الناظمة لعمل الوسيط المالي لضمان حقوق ومصالح مستثمري الأوراق المالية في البورصة، وبيان أوجه النقص أو الغموض في هذه الأحكام إن وجدت، بالإضافة للإجابة على التساؤلات التي تثيرها الإشكالية الرئيسية لهذه الدراسة.

♦ منهجية الدراسة:

لوصول إلى النتائج المرجوة من هذه الدراسة، سنعتمد إلى استخدام المنهج الوصفي والتحليلي في قراءة أحكام التشريعات ذات الصلة بموضوع الدراسة، مع اللجوء إلى المنهج المقارن كلما دعت الحاجة إلى ذلك مزيداً في الإيضاح، حيث نعتقد أن ذلك سيحقق الغاية المرجوة من الدراسة والمتمثلة بتناول موضوع الضمانات القانونية لعملاء الوسيط المالي في بورصة الأوراق المالية بأسلوب علمي يغطي كافة جوانبه ويجب على التساؤلات التي يثيرها.

♦ خطة الدراسة:

لقد تم تقسيم الدراسة إلى مبحثين مع تضمينها لخاتمة تبين نتائج الدراسة والتوصيات التي خرجت بها وعلى النحو التالي:

المبحث الأول: الشروط القانونية لممارسة نشاط الوساطة المالية وفي مطلبين:

المطلب الأول: الشرط الخاص بشكل الوسيط المالي.

المطلب الثاني: الشرط الخاص بالترخيص للوسيط المالي.

المبحث الثاني: الالتزامات القانونية للوسيط المالي وفي مطلبين:

المطلب الأول: التزامات الوسيط المالي تجاه عملائه.

المطلب الثاني: التزامات الوسيط المالي تجاه إدارة سوق الأوراق المالية والجهات الرقابية.

الخاتمة

○ المبحث الأول: الشروط القانونية لممارسة نشاط الوساطة المالية

الوسيط المالي هو الجهة المخولة قانوناً في إبرام صفقات بيع وشراء الأوراق المالية لحساب الغير، فمبدأ الوساطة المالية من أهم المبادئ التي تقوم عليها العمليات المالية في البورصة⁽¹⁾، وينوب الوسيط المالي عن عملائه دون أن يكون له أية سلطة على هذه الأوراق، وهو يقوم

(1) أنظر د. رشا محمد تيسير خطاب، عقد التداول في البورصة (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، مجلد 36، العدد الأول، 2009، ص 115.

بذلك نظير عمولة يتقاضها من هذه الصفقات⁽¹⁾، فالوسيط المالي كما يعرفه البعض هو: عبارة عن شخص ذو دراية وعلم وكفاءة في شؤون الأوراق المالية، يقوم بعمليات بيع وشراء الأوراق المالية من خلال سوق الأوراق المالية (البورصة)، وفي المواعيد المحددة لها لحساب العملاء، مقابل عمولة محددة من كل من البائع والمشتري، ويعتبر الوسيط المالي ضامنا لصحة كل عملية يتم تنفيذها⁽²⁾.

ويكاد يجمع الفقه على أن عمل الوسيط هو عمل ذو طبيعة خاصة، تقتضيها ضرورات النشاط الاقتصادي بشكل عام وطبيعة التعامل بالأوراق المالية بشكل خاص، فهو ليس سمسارا بالمعنى المطلق ولا وكيلًا بشكل خالص، بل يجمع بين هاتين الصفتين⁽³⁾.

ولقد عرّف المشرع الأردني الوسيط المالي في المادة 2 من قانون الأوراق المالية رقم 18 لسنة 2017 بأنه: "الشخص الذي يمارس شراء الأوراق المالية وبيعها للغير"⁽⁴⁾. بينما عرفته بعض التشريعات المقارنة بشكل أكثر دقة بأنه "شخص اعتباري يزاول مهنة شراء وبيع الأوراق المالية لحساب الغير مقابل عمولة"⁽⁵⁾.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه أغفل عنصرا هاما يتوجب تضمينه ويتمثل في الأجر أو العمولة التي يتقاضاه الوسيط المالي من عملائه، وبالرغم من هذا الإغفال لا يمكن القول بأن الوسيط المالي قد يقوم بعمله على سبيل التبرع، حيث أن المادة 9 / أ من نظام ترخيص واعتماد

(1) Barbara Cusu, Claudia Ciradon, Philip Malyneux, Introduction to Banking, Perntic Hall, England, 2006, P.472. Francis Jack Clark, Management of Investment, Mc Graw Hill Book Company, New York, 1983, P 20.

(2) أنظر د. محمد إسماعيل هاشم، أسواق الأوراق المالية والبورصة المصرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص 198. د. محمد سويلم، إدارة البنوك وبورصات الأوراق المالية، الشركة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1992، ص 273. د. مؤمن طاهر شوقي، عقد بيع الأوراق المالية في البورصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 387.

(3) أنظر د. علي فوزي الموسوي، النظام القانوني لإدارة محفظة الأوراق المالية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 179. د. سعيد سيف النصر، دور البنوك في استثمار أموال العملاء، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 2004، ص 336. د. محمد إسماعيل هاشم، مرجع سابق، ص 224. د. رشا حطاب، مرجع سابق، ص 117.

(4) المادة 2 من قانون الأوراق المالية الأردني رقم 18 لسنة 2017. و يقابلها المادة 1/248 من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري رقم 95 لسنة 1992. والمادة 9 من قانون سوق العراق للأوراق المالية رقم 74 لسنة 2004. والمادة 1 من قانون هيئة أسواق المال الكويتي رقم 7 لسنة 2010.

(5) أنظر المادة الأولى من قانون هيئة أسواق المال الكويتي رقم 7 لسنة 2010.

الخدمات المالية حددت طبيعة عمل الوسيط المالي ببيع وشراء الأوراق المالية بالعمولة لحساب الغير⁽¹⁾. كما يلاحظ أيضا أن هذا التعريف لم يحدد فيما إذا كان الوسيط شخصا طبيعيا أم اعتباريا، أم أنه يمكن أن يكون أي منهما.

ولكن وبالرجوع إلى تعليمات تداول الأوراق المالية في شركة بورصة عمان لسنة 2018، نجد أن المادة 2 منها تبين المقصود بالوسيط في سوق الأوراق المالية وتحدد الشكل الذي يجب أن يتخذه، حيث تنص على أن الوسيط المالي هو "الشخص الاعتباري المرخص من قبل الهيئة لممارسة أعمال الوسيط المالي أو الوسيط لحسابه"، ويجدر بالذكر هنا أن الوسيط المالي يقوم بعمليات البيع والشراء للأوراق المالية لحساب الغير، بينما يقوم الوسيط لحسابه بهذه العمليات لحسابه الشخصي⁽²⁾.

وعليه، وفي سبيل ضمان حقوق العميل ومصالحه، واستقرار التعامل في سوق الأوراق المالية، نجد أن المشرع يشترط في الوسيط المالي -الذي يقوم بعمليات بيع وشراء الأوراق المالية لحساب الغير- أن يكون شخصا اعتباريا، وأن يكون هذا الشخص حاصلًا على ترخيص من الجهة المختصة يخوله ممارسة نشاط الوساطة المالية في سوق الأوراق المالية. وسنتناول في هذا المبحث الشرط الخاص بشكل الوسيط المالي في (المطلب الأول)، ثم سنتناول الشرط الخاص بالترخيص للوسيط المالي في (المطلب الثاني).

• المطلب الأول: الشرط الخاص بشكل الوسيط المالي

تشتت التعليمات الخاصة بتداول الأوراق المالية في شركة بورصة عمان أن يتم التداول من خلال وسيط مالي يتمتع بالشخصية الاعتبارية⁽³⁾، كما أن المادة 4/أ من نظام ترخيص واعتماد الخدمات المالية في هيئة الأوراق المالية رقم 17 لسنة 2018 تشترط لمنح الترخيص

(1) وتنص هذه المادة على: "تحدد طبيعة أعمال الوسيط المالي والوسيط لحسابه بما يلي: أ. الوسيط المالي: يمارس أعمال شراء وبيع الأوراق المالية بالعمولة لحساب الغير".

(2) تعرف المادة 2 من قانون الأوراق المالية الأردني الوسيط لحسابه بأنه: "الشخص الذي يمارس شراء الأوراق المالية وبيعها لحسابه الخاص مباشرة من خلال السوق".

(3) المادة 2 من التعليمات. ويقابلها المادة 27 من قانون سوق رأس المال المصري رقم 95 لسنة 1992 وتعديلاته. والمادة 6/2 من تعليمات تداول الأوراق المالية في سوق العراق للأوراق المالية لسنة 2007

لمزاولة أعمال الوساطة المالية أن يكون الشخص الاعتباري للوسيط المالي على شكل بنك، أو شركة مساهمة عامة، أو شركة مساهمة خاصة، أو ذات مسؤولية محدودة.

ويجب أن تكون الغاية الوحيدة من تأسيس هذا الشخص هي ممارسة أعمال الخدمات المالية دون غيرها⁽¹⁾، واستثنى المشرع من هذا الشرط البنوك لكونه في الأصل يتم تأسيسها لمزاولة العمليات المصرفية المختلفة، ولكن حتى يتم الترخيص للبنك بممارسة أعمال الوسيط المالي يشترط المشرع أن يتم ذلك من خلال شركة حليفة للبنك أو شركة مملوكة له بالكامل وليس بواسطة البنك مباشرة⁽²⁾. بينما تجيز بعض التشريعات للبنوك مزاولة هذا النشاط بشكل مباشر وليس من خلال شركة حليفة أو شركة مملوكة للبنك بالكامل⁽³⁾.

ونعتقد أن ما ذهب إليه المشرع الأردني بفصل نشاط العمليات المصرفية للبنوك عن نشاطها في ممارسة أعمال الوساطة المالية فيه حيلة أكبر، وذلك من خلال حصر غاية الشركة التابعة للبنك أو المملوكة له بنشاط الوساطة المالية دون غيرها، الأمر الذي سيجعل من نشاط هذه الشركة أكثر تنظيماً ودقة، الأمر الذي يحقق مصلحة البنك من جهة ومصالح العملاء من جهة أخرى.

ويلاحظ أن نظام ترخيص واعتماد الخدمات المالية في هيئة الأوراق المالية يجيز الترخيص لممارسة أعمال الوساطة المالية لشركات الأموال دون شركات الأشخاص، فلم يذكر شركة التضامن ولا شركة التوصية البسيطة من بين الشركات التي يجوز الترخيص لها لممارسة نشاط الوسيط المالي، ولعل الحكمة من ذلك تكمن في أن شركات الأموال يتكون رأس مالها من الأوراق المالية (الأسهم)، وهو الأمر الذي يجعلها مهياًة للتعامل بهذا النوع من الأوراق.

ولكن يلاحظ أيضاً أن النظام المذكور لم ينص على شركة التوصية بالأسهم من بين الشركات التي يمكن الترخيص لها لممارسة نشاط الوسيط المالي، بالرغم من أنها عدت كافة أنواع شركات الأموال، في حين أن بعض التشريعات تجيز لهذا النوع من الشركات ممارسة أعمال الوسيط المالي⁽⁴⁾، وبالتالي لا نجد ما يبرر إغفال نظام ترخيص واعتماد الخدمات المالية

(1) المادة 4/ب من نظام ترخيص واعتماد الخدمات المالية في هيئة الأوراق المالية رقم 17 لسنة 2018.

(2) المادة 4/ج من نظام ترخيص واعتماد الخدمات المالية.

(3) المادة 2 من قانون سوق العراق للأوراق المالية رقم 74 لسنة 2004.

(4) المادة 26/أ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري.

لذكر شركة التوصية بالأسهم من بين الشركات التي يجوز الترخيص لها لممارسة هذا النشاط، فإذا كانت هذه الشركة تتضمن بعضاً من خصائص شركات الأشخاص والمتمثل بوجود الشريك المتضامن فيها، فإن الجزء الأكبر من رأس مالها يتكون من الأسهم التي يكتتب بها الشركاء المساهمين⁽¹⁾.

وبالتالي لا بد بداية من تأسيس شركة تتخذ أحد الأشكال المذكورة في المادة 2 من نظام ترخيص واعتماد الخدمات المالية لتكتسب بعد ذلك الشخصية الاعتبارية، ثم تنتقل بعد ذلك لطلب الترخيص من هيئة الأوراق المالية والذي يجب أن يرفق به عقد التأسيس، ويشترط لتأسيس شركات الوساطة المالية أن لا يقل الحد الأدنى لرأس المال المدفوع عن (750.000) دينار⁽²⁾.

وبما أن قانون الأوراق المالية يعطي لمجلس مفوضي هيئة الأوراق المالية سلطة منح التراخيص ورفضها وتقييدها وإلغائها⁽³⁾، فإن نظام ترخيص واعتماد الخدمات المالية لا يجيز لأي جهة تسجيل شركة لممارسة نشاط الخدمات المالية - ومنها نشاط الوساطة المالية - إلا بعد الحصول على موافقة مبدئية من هيئة الأوراق المالية⁽⁴⁾، وحسنا فعل المشرع باشتراط الموافقة المبدئية قبل المباشرة في إجراءات التأسيس والتسجيل، وذلك لتجنب مشقة وعناء إجراءات التأسيس ثم الاصطدام بقرار الرفض لاحقاً.

ويتضح لنا مما سبق، أن منع المشرع لعمليات بيع وشراء الأوراق المالية في سوق الأوراق المالية إلا من خلال وسيط مالي، وأن يتخذ هذا الوسيط شكل شركة مساهمة عامة أو خاصة أو ذات مسؤولية محدودة أو شركة حليفة لبنك أو مملوكة له، يشكل إحدى الضمانات التي تحمي حقوق العملاء بمواجهة هذا الوسيط، وذلك بحكم الملاءة المالية التي تتمتع بها هذه الشركات من جهة، ولكون المشرع يشترط حد أدنى من رأس المال لتأسيس هذه الشركات والسماح لها بالتقدم بطلب الترخيص لممارسة أعمال الوسيط المالي من جهة أخرى.

(1) المادة 77 من قانون الشركات الأردني رقم 22 لسنة 1997 وتعديلاته.

(2) المادة 5 من نظام ترخيص واعتماد الخدمات المالية في هيئة الأوراق المالية.

(3) المادة 48/هـ من قانون الأوراق المالية.

(4) المادة 3/أ من نظام ترخيص واعتماد الخدمات المالية.

• المطلب الثاني: الشرط الخاص بالترخيص للوسيط المالي

إذا كان المشرع يمنع الراغبين في بيع وشراء الأوراق المالية في البورصة من القيام بذلك بأنفسهم، ويشترط أن يتم ذلك من خلال وسيط مالي يتمتع بالشخصية الاعتبارية، ويتخذ شكل شركة من الشركات التي حددتها المادة 2 من نظام ترخيص واعتماد الخدمات المالية، فإن مجرد تأسيس هذه الشركات لا يعتبر كافياً لممارسة هذا النشاط، حيث يشترط المشرع على هذه الشركات الحصول على ترخيص من الجهة المختصة بخولها مزاوله أعمال الوسيط المالي. وبالتالي يتعين بعد تأسيس هذه الشركات أن تتقدم إلى الجهة المختصة بطلب ترخيص مستوفيا البيانات القانونية التي تحددها التشريعات الخاصة بذلك، ثم صدور قرار الموافقة على هذا الطلب ليتم بعد ذلك اعتماد هذه الشركات كوسيط مالي.

وطلب الترخيص لمزاوله أعمال الوسيط المالي يتم تقديمه خطياً إلى هيئة الأوراق المالية، ويكون هذا الطلب وفقاً لنموذج معد مسبقاً، يتم توقيعه من مقدمه، مع توقيع تعهد بصحة المعلومات الواردة فيه⁽¹⁾، ويتضمن الطلب مجموعة من البيانات الواجب ملؤها من قبل مقدمه وتتعلق بمعلومات عن الشركة طالبة الترخيص والشركاء فيها والعاملين لديها، ومدى تمتعهم بالخبرة والسمعة الحسنة ومن أهمها: أسماء وعناوين أشخاص الإدارة العليا ذوي السلطة التنفيذية ونبذة تعريفية بتاريخهم المهني في مجال الأوراق المالية، وما يثبت عدم صدور حكم بحق أي منهم بجناية أو بجنحة مخلة بالشرف والأخلاق العامة أو حكم بشهر الإفلاس، وأسماء المالكين للشركة وحصص كل منهم إذا كانت شركة ذات مسؤولية محدودة، أو اسم كل من يملك 5% أو أكثر من رأس مال الشركة إذا كانت شركة مساهمة، وبالإضافة إلى البيانات يتعين إرفاق بعض المستندات بالطلب والتي تثبت تأسيس الشركة وتبين آلية عملها وتنظيمها من أهمها: عقد تأسيس الشركة ونظامها الأساسي، وشهادة تسجيل الشركة لدى مراقب الشركات، والهيكلة التنظيمية للشركة وخطة عملها متضمنة البيانات المالية المتوقعة للشركة خلال الإثني عشر شهراً من تاريخ مباشرتها العمل، وشهادة تثبت إيداع رأس المال المطلوب في حساب الشركة لدى البنك⁽²⁾.

(1) المادة 48/أ من قانون الأوراق المالية.

(2) المادة 5 من نظام ترخيص واعتماد الخدمات المالية والتي تبين البيانات والمستندات الواجب إرفاقها في طلب الترخيص.

ولم يكتفي المشرع بما أورده من بيانات وما تطلبه من مستندات يجب إرفاقها بطلب الترخيص، بل ترك المجال مفتوحاً لهيئة الأوراق المالية لطلب أي معلومات إضافية تتعلق بالسيرة الذاتية لمقدم الطلب وسجله وعلاقته بالشركات الأخرى للتأكد من سمعته المهنية⁽¹⁾.

كما يشترط في العاملين لدى طالب الترخيص أن يكونوا من الأشخاص الطبيعيين المعتمدين لدى هيئة الأوراق المالية⁽²⁾، وأن يكونوا من ذوي الخبرة والكفاءة والمعرفة اللازمة لمزاولة أعمالهم، وأن يتمتعوا بسيرة حسنة⁽³⁾، كما يجوز لمجلس مفوضي هيئة الأوراق المالية، قبل اعتماد أي من العاملين لدى الوسيط المالي، أن يطلب إخضاعهم لامتحانات تقيس مدى كفاءتهم وخبرتهم⁽⁴⁾، ويشترط في الشخص الطبيعي المطلوب اعتماده للعمل لدى الوسيط المالي أن يكون متمتعاً بالأهلية الكاملة، وأن يكون حاصلًا على الشهادة الجامعية الأولى، وأن يجتاز الدورات التي تعدها هيئة الأوراق المالية لهذه الغاية، وأن يجتاز الامتحان المقرر لذلك⁽⁵⁾، ويجوز لمجلس مفوضي هيئة الأوراق المالية إعفاء طالب الاعتماد من أي من الشروط السابقة إذا كان يحمل مؤهلاً علمياً أعلى أو على خبرة عملية⁽⁶⁾.

ومما يجدر ذكره هنا، أن الشروط الواجب توافرها للترخيص للوسيط المالي يجب توافرها طيلة عمله في هذا النشاط، وفي حال تخلف أي منها أثناء ممارسته لعمله قد يترتب عليه تقييد أو تعليق أو إلغاء الترخيص أو الاعتماد⁽⁷⁾.

ويتعين على مجلس مفوضي هيئة الأوراق المالية إصدار قراره بقبول أو رفض الترخيص خلال ستين يوماً من تاريخ تقديم الطلب مستوفياً الشروط والمتطلبات⁽⁸⁾. إلا أن قانون الأوراق المالية يوجب إشعار طالب الترخيص في حال رفض طلبه بسبب مخالفة الأنظمة والتعليمات أو بسبب عدم صحة البيانات الواردة في الطلب، وأن تتاح له فرصة الاستماع لأقواله بهذا

(1) المادة 48/ب من قانون الأوراق المالية.

(2) المادة 3/ج من نظام ترخيص واعتماد الخدمات المالية.

(3) المادة 4/و من النظام.

(4) المادة 47/ج من قانون الأوراق المالية.

(5) المادة 20/أ من نظام ترخيص واعتماد الخدمات المالية.

(6) المادة 20/ج من نظام ترخيص واعتماد الخدمات المالية.

(7) المادة 59 من قانون الأوراق المالية والمادة 8 من نظام ترخيص واعتماد الخدمات المالية.

(8) المادة 48/ج من قانون الأوراق المالية.

الخصوص قبل أن يصبح قرار الرفض نهائياً⁽¹⁾. كما أن القرارات الصادرة عن السوق المالي والمتعلقة بالتعامل بالأوراق المالية تكون قابلة للاعتراض لدى مجلس مفوضي هيئة الأوراق المالية خلال خمسة عشر يوماً من اليوم التالي لتاريخ تبليغ القرار، ويتوجب على مجلس مفوضي هيئة الأوراق المالية البت في هذا الاعتراض خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الاعتراض، وحرصاً على مصالح المتعاملين بالأوراق المالية من عملاء ووسطاء ماليين وغيرهم من مقدمي الخدمات المالية، فإن المشرع يعطي الحق في الطعن بقرار مجلس مفوضي الهيئة لدى المحكمة الإدارية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه⁽²⁾.

وحسناً فعل المشرع بإتاحة المجال للطعن بقرار مجلس مفوضي هيئة الأوراق المالية المتعلق برفض الترخيص، أمام المحكمة الإدارية، وذلك احتراماً لحق النقاضي المكفول دستورياً من جهة، وحرصاً على مصالح شركات الخدمات المالية ومنها شركات الوساطة المالية من جهة أخرى.

وتحتفظ هيئة الأوراق المالية بسجل خاص يقيد فيه أسماء المرخص لهم بممارسة الوساطة المالية، وأسماء الأشخاص المعتمدين العاملين لديه، وعناوينهم والأحكام الخاصة بكل منهم، ويكون هذا السجل متاحاً للجمهور للإطلاع عليه⁽³⁾، ولا شك أن ذلك يعد تطبيقاً لمبدأ الشفافية والحرص على مصالح العملاء، وحقهم في معرفة المعلومات الخاصة بالوسطاء الماليين وبالعاملين لديهم قبل التعاقد معهم.

وخلاصة الأمر في هذا الصدد، لا يتم النظر في طلب الترخيص لغاية ممارسة أعمال الوسيط المالي ما لم يكن مستوفياً لكافة البيانات التي تثبت نزاهة وحسن سيرة وخبرة طالب الترخيص، بالإضافة لملاءته المالية، وحسن تنظيمه لهذا النشاط من خلال الهيكل التنظيمي ودليل الإجراءات التي سيتبعها في عمله، على نحو يكفل حقوق العملاء ومصالحهم واستقرار سوق الأوراق المالية.

(1) المادة 60 من قانون الأوراق المالية.

(2) المادة 73 من قانون الأوراق المالية الأردني.

(3) المادة 52 من قانون الأوراق المالية.

○ المبحث الثاني: الإطار القانوني لعمل الوسيط المالي

يمارس الوسيط المالي نشاطه في بورصة الأوراق المالية بعد الترخيص له بذلك، ويحكم هذا النشاط إطار قانوني تحدده القواعد الخاصة بأعمال الوساطة المالية من جهة، والقواعد الناظمة للعمل في سوق الأوراق المالية من جهة أخرى، بحيث تشكل هذه القواعد الضوابط التي يتعين على الوسيط المالي التقيد بها في ممارسته لعمله، وتشكل هذه الضوابط صمام الأمان بالنسبة لعملاء الوسيط المالي وللسوق بشكل عام، حيث أن الهدف منها ضمان حقوقهم ومصالحهم بالإضافة لضمان استقرار سوق الأوراق المالية⁽¹⁾.

ويتمثل الإطار القانوني لعمل الوسيط المالي في جملة من الالتزامات التي يجب أن يتقيد بها وينفذها الوسيط المالي تجاه عملائه من جهة، وتجاه بورصة الأوراق المالية والجهات المسؤولة عن إدارتها من جهة أخرى.

وعليه، سنتناول في هذا المبحث التزامات الوسيط المالي تجاه عملائه في (المطلب الأول)، ثم سنتناول في (المطلب الثاني) التزامات الوسيط المالي تجاه السوق (بورصة الأوراق المالية).

• المطلب الأول: الالتزامات القانونية للوسيط المالي تجاه عملائه

يمارس الوسيط المالي نشاطه وفقا لأحكام قانون الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبه، مع مراعاة الأعراف التجارية السائدة، كما يتعين على الوسيط المالي التقيد بمبدأ حسن النية الذي يحكم المعاملات بوجه عام، والذي حرص المشرع على النص عليه صراحة في قانون الأوراق المالية، نظرا لأهمية ذلك في حفظ حقوق العملاء وتحقيق أهدافهم الاستثمارية في بورصة الأوراق المالية، فنصّ على وجوب التعامل بأمانة وإخلاص وبشكل يعظّم حقوق العملاء ودون تمييز بينهم⁽²⁾.

وتفرض التشريعات الناظمة لأعمال الوساطة المالية على عاتق الوسيط المالي التزامات قانونية تجاه عملائه، يتوجب عليه التقيد بها تحت طائلة المسائلة القانونية، وتمثل هذه الالتزامات في إبرام عقد ينظم العلاقة بين الطرفين يبين حقوق والتزامات كل منهما تجاه الآخر،

(1) د. محمد إسماعيل هاشم، مرجع سابق، ص 236.

(2) المادة 57 من قانون الأوراق المالية.

كما يتعين على الوسيط المالي أن يقوم بتبصير عميله بكل المعلومات التي تهمة قبل التعاقد وأثنائه، كما يلتزم الوسيط المالي بالمحافظة على سرية المعلومات الخاصة بعميله وبالصفقات التي يجريها، وسنتناول هذه الالتزامات تفصيلا على النحو التالي:

♦ أولاً: التزام الوسيط المالي بإبرام اتفاقية مع كل عميل

يلزم نظام ترخيص واعتماد الخدمات المالية الوسيط المالي بإبرام اتفاقية مع عميله تبين حقوق والتزامات كل طرف تجاه الآخر⁽¹⁾، وإذا كان الأصل أن العقد يكون رضائياً ولا يشترط شكل معين لانعقاده، إلا إذا كان هذا الشكل منصوص عليه قانوناً أو تم الاتفاق عليه⁽²⁾، فإن المشرع الأردني يشترط في عقد الوساطة المالية أن يكون مكتوباً، حيث أوجب المشرع أن تكون الاتفاقية بين الوسيط المالي وعميله خطية، ومتوافقة مع أحكام قانون الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبه⁽³⁾.

وبالتالي، شرط الكتابة أصبح من شروط صحة العقد وليس مجرد وسيلة إثبات، ذلك أن المشرع يهدف من هذا الشرط حماية العميل الذي يعد الطرف الضعيف في العقد، والذي قد يفتقر للخبرة الكافية في مجال التعامل بالأوراق المالية خاصة وأن التفاصيل المتعلقة بهذا النوع من التعامل كثيرة⁽⁴⁾.

وحرصاً من المشرع على ضمان حقوق العمل وحمايتها، فإن على الوسيط المالي أن يقوم بإعداد نموذج لاتفاقية التعامل مع عميله سلفاً، بل وأوجب على الوسيط المالي تزويد هيئة

(1) المادة 4 من تعليمات تداول الأوراق المالية في بورصة عمان لسنة 2018 والصادرة بالاستناد للمادة 70/أ من قانون الأوراق المالية رقم 18 لسنة 2017، والمادة 8 من النظام الأساسي لبورصة عمان والمقرة من قبل مجلس مفوضي هيئة الأوراق المالية بموجب قراره رقم 2018/224 بتاريخ 2018/7/5..

(2) أنظر د. مؤمن طاهر شوقي، مرجع سابق، ص 388.

(3) المادة 63/أ من قانون الأوراق المالية.

(4) أنظر د. هشام فضلي، مرجع سابق، ص 55، وانظر كذلك:

-M.Strock.Societe de gestion de portefeuille, jurés-classeur-crédit-bourse, Fasc. 2210, n° 39.

الأوراق المالية بهذا النموذج، إلى جانب النماذج الخاصة بفتح الحساب للعميل والكشوف الخاصة بهذا الحساب، سواء عند التقدم بطلب الترخيص أو بعد الحصول على الترخيص⁽¹⁾. ويلاحظ أن المشرع الأردني لم يحدد البنود التي يجب أن يتضمنها نموذج العقد في قانون الأوراق المالية، ولكن المادة 12 من نظام العضوية في شركة بورصة عمان لسنة 2018 تلزم الأعضاء بإبرام اتفاقية للتعامل بالأوراق المالية مع عملائهم، على أن تتضمن حد أدنى من المعلومات⁽²⁾.

ونعتقد أن تحديد البنود الأساسية للعقد من قبل المشرع، بحيث تكون موحدة بالنسبة للوسطاء الماليين، فيه حيلة أفضل بالنسبة للعميل، بحيث تكون هذه البنود الحد الأدنى الواجب توافرها في النموذج، ولا مانع من إضافة بنود تفصيلية أخرى من قبل الوسيط، وهو ما تعمل به بعض التشريعات المقارنة، فعلى سبيل المثال أوجب المشرع المصري أن يتضمن العقد بنوداً أساسية حددها في اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال⁽³⁾.

وتكمن أهمية إفراغ العقد في نموذج مكتوب ومعد مسبقاً، في مراعاة المشرع لعملاء الوسيط المالي الذين غالباً لا يملكون الخبرة الكافية للتعامل في سوق الأوراق المالية، الأمر الذي قد يعرضهم لخسائر كبيرة تلحق باستثماراتهم، ومن جهة أخرى يعتبر هذا العقد إحدى الأدوات الهامة للرقابة الذاتية التي تمارسها شركة الوساطة المالية، كما تعتبر الأساس الذي يتم الاحتكام له لبحث أي نزاع قد ينشأ بين العميل والوسيط المالي⁽⁴⁾، خاصة وأن عقد فتح الحساب يحدد في بنوده الأسلوب الذي سيتبع في تسوية وحسم المنازعات التي قد تثور بين طرفيه⁽⁵⁾.

(1) المادة 5/س من نظام ترخيص واعتماد الخدمات المالية.

(2) وتنص المادة 12 من نظام عضوية بورصة عمان لسنة 2018 على أن الاتفاقية بين الوسيط المالي وعميله يجب أن تشمل على: 1- أسم وعنوان كل من العضو والعميل. 2- بيان الخدمات التي سيقدمها العضو لعميله. 3- بيان بالعمولات التي سينتقاضها العضو أو الإشارة إلى وثيقة منفصلة تبين هذه العملات شريطة أن تكون هذه العمولات ضمن الحد المسموح به. 4- أنواع التفاوض التي يجوز للعضو تنفيذ أوامر العميل بموجبها.

(3) أنظر المادة 256 من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم 95 لسنة 1992 وتعديلاته.

(4) المادة 16/أ من نظام العضوية ومعايير السلوك المهني لمركز إيداع الأوراق المالية لسنة 2004.

(5) أنظر د. محمد إسماعيل هاشم، مرجع سابق، ص 246.

ومما تجدر الإشارة إليه هنا أن نظام عضوية بورصة عمان لا يجيز للعضو أن يضمن بنود الاتفاقية مع العميل أي بند يقيد من مسؤوليته أو يعفيه منها في حال إخلاله بأي التزام تجاهه وتقصيره في القيام بما هو مطلوب منه وفقاً للعقد التشريعات المعمول بها⁽¹⁾. ويعاقب المشرع الوسيط المالي في حال إخلاله بهذا الالتزام المتمثل بتوقيع اتفاقية مع كل عميل من عملائه، حيث يعتبر ذلك مخالفة لقانون الأوراق المالية وتستوجب الغرامة بما لا يزيد على 100,000 دينار⁽²⁾، وذلك بالإضافة لما قد يقرره مجلس مفوضي الأوراق المالية بتقييد أو تعليق أو إلغاء الترخيص الممنوح للوسيط المالي⁽³⁾.

♦ ثانياً: التزام الوسيط المالي بتبصير العميل

الالتزام بتبصير العميل يرتبط بمسألة حماية المستهلك والتي تقوم على وجود طرفين غير متكافئين في العقد، بحيث أن أحدهما قليل الخبرة ويحتاج إلى الحماية والرعاية (العميل)، والآخر هو المهني المحترف لعمله (الوسيط المالي)، والذي يمكن أن يستغل هذه الحرفية في خداع وتضليل المستهلك فيدخله في معاملة عقدية غير عادلة، لذلك يحرص المشرع على تضمين التشريعات نصاً على الالتزام بالتبصير⁽⁴⁾.

ويلاحظ أن قانون الأوراق المالية الأردني قد خلا من النص الصريح على التزام الوسيط المالي بتبصير عميله قبل التعاقد، حيث اكتفى بالنص على مبدأ حسن النية في التعامل والذي كرّسه في المادة 57، والذي يمكن أن يستنتج منه أن الوسيط المالي عليه تبصير عميله بأي معلومة أثناء ممارسته لنشاطه، لذلك يمنع قانون الأوراق المالية الأردني الوسيط المالي من إخفاء أو حذف لأي معلومة جوهرية تؤثر على قرار الشخص لشراء الأوراق المالية أو بيعها

(1) المادة 12/ب من نظام عضوية بورصة عمان لسنة 2018.

(2) المادة 107/أ من قانون الأوراق المالية تعاقب بهذه العقوبة في حال مخالفة أي من أحكام هذا القانون أو الأنظمة والتعليمات والقرارات الصادرة بموجبه.

(3) المادة 109 من قانون الأوراق المالية.

(4) Nicolas Leca, étude de règlement « REACH », gestion de risque juridique, thèse de doctorat en droit, école doctorale de droit, université Montesquieu, Bordeaux, France, 2011, P 140.

أو الاحتفاظ بها، وتعتبر ذلك من قبيل التضليل، كما يمنع القانون أي وسيلة يقصد منها التغيير بالآخرين أو يمكن أن تقود إلى التغيير بهم، واعتبر ذلك مخالفاً لأحكام القانون⁽¹⁾، وقرر لهذه المخالفة عقوبة الغرامة بما لا يزيد على 100,000 دينار⁽²⁾. وذلك إلى جانب سلطة مجلس مفوضي الأوراق المالية بتقييد أو تعليق أو إلغاء الترخيص الممنوح للوسيط المالي⁽³⁾.

ومن جهة أخرى، نجد أن تعليمات تداول الأوراق المالية في بورصة عمان تلزم الوسيط إلا بإبلاغ العميل بما تم تنفيذه من أوامر الشراء والبيع بمجرد تنفيذها أو حسب الاتفاقية المبرمة بينهما، كما تلزمه بإعلام العميل بأوامر الشراء والبيع غير المنفذة بمجرد انتهاء مدة سريان التفويض الممنوح له من قبل العميل⁽⁴⁾، ولكن خلت هذه التعليمات من أي نص على إلزام الوسيط بتبصير العميل قبل مباشرة عمليات البيع والشراء لحسابه.

ويرى البعض بأن على الوسيط المالي أن يلتزم بالكشف عن أي معلومة أو بيان قبل التعاقد، إذا كان من شأن معرفة هذه المعلومات سيؤثر على قرار العميل بقبول أو رفض التعاقد مع الوسيط المالي، وأن هذا الالتزام أصبح مستقراً في التعامل⁽⁵⁾، كما أن هنالك رأياً يذهب إلى القول بأن التزام الوسيط المالي بتبصير عميله هو التزام ببذل عناية، لكن العناية المطلوبة تكون على درجة كبيرة تجعل من هذا الالتزام يقترب من الالتزام بنتيجة، بسبب صفة

(1) المادة 105/د من قانون الأوراق المالية، وعرفت المادة 2 من القانون المعلومة الجوهرية بأنها: "أي واقعة أو معلومة قد تؤثر في قرار الشخص لشراء الورقة المالية أو الاحتفاظ بها أو بيعها أو التصرف بها". كما عرفت التضليل بأنه: "أي بيان غير صحيح يتعلق بمعلومة جوهرية أو أي حذف أو إخفاء لمعلومة جوهرية أو أي معلومة أخرى لازمة لتكون البيانات المقدمة صحيحة ودقيقة، وعرفت الخداع بأنه: "أي عمل أو ممارسة أو خطة أو نهج أو وسيلة يقصد بأي منها التغيير بالآخرين أو قد يؤدي إلى التغيير بهم" ..

(2) المادة 107/أ من قانون الأوراق المالية.

(3) المادة 109 من قانون الأوراق المالية.

(4) المادة 6 من تعليمات تداول الأوراق المالية في شركة بورصة عمان.

(5) أنظر د. ممدوح ارشيدات، تداول الأوراق المالية في القانون الأردني، منشورات جامعة البلقاء التطبيقية، الأردن، 2010، ص 60. د. عاشور عبد الجواد، دور البنك في خدمة تقديم المعلومات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 21. د. صالح راشد الحمراي، دور شركات السمسرة في بورصة الأوراق المالية، مكتبة دبي للتوزيع، 2004، ص 422 وما بعدها. د. محمد حسين طليان، التحويل المصرفي الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق-جامعة عين شمس، 2016، ص 262 وما بعدها.

المهني المحترف التي يتمتع بها الوسيط المالي، الأمر الذي يجعل منه عارفاً بدرجة كافية بظروف السوق وتعاملاته والمعلومات التي يحتاجها العميل من أجل عزم أمره على التعاقد من عدمه⁽¹⁾.

ويكون التزام الوسيط بتبصير عميله بحدود المعلومات التي يعلمها أو يفترض فيه علمها، والتي ترتبط بالورقة المالية مثل الظروف الاقتصادية التي قد تؤثر على قيمة الورقة المالية المنوي التعاقد لبيعها أو شرائها⁽²⁾. كما أن المعلومة التي يتوجب على الوسيط تزويد عميله بها يفترض أن تكون منتجة بمعنى لا يكتفى فقط بإعلامه بالواقعة أو الأمر المؤثر بل يجب أن يبين لعميله ما يتوجب فعله بهذا الخصوص⁽³⁾.

ولكن، وفي ضوء غياب النص الصريح على ذلك في التشريعات النازمة للأوراق المالية، وبالرغم من إمكانية الاستناد إلى مبدأ حسن النية في التعامل الذي تقرره المادة 57 من قانون الأوراق المالية، نرى أنه يتوجب على المشرع الأردني تضمين قانون الأوراق المالية نصاً صريحاً يلزم الوسيط المالي وغيره من شركات الخدمات المالية بتبصير العملاء، ليشمل ذلك أي معلومة يمكن أن يكون لها تأثير على قرارهم بقبول أو رفض التعاقد. وزيادة في الحرص على مصالح العملاء، والذين غالباً ما تنقصهم الخبرة في هذا النوع من الاستثمار، نرى بأن يتم اشتراط النص على هذا الالتزام في نماذج العقود التي يتم تقديمها الوسيط المالي إلى هيئة الأوراق المالية مع طلب الترخيص والاعتماد، لتكون بذلك من البيانات الأساسية في هذه النماذج.

♦ ثالثاً: التزام الوسيط المالي بقواعد السلوك المهني ومبدأ الأمانة في التعامل

يلزم المشرع الوسيط المالي بالتقيد بقواعد السلوك المهني وفقاً للتعليمات التي يصدرها مجلس مفوضي هيئة الأوراق المالية، كما يتعين على الوسيط المالي التصرف بأمانة وإخلاص

(1) د. عقيل فاضل حمد الدهان، التزام الوسيط بالتبصير في عقد الوساطة في سوق العراق للأوراق المالية، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون-جامعة كربلاء، العدد الثاني، 2015، ص 21.

(2) د. بلال عبد المطلب بدوي، الالتزام بالإفصاح عن المعلومات في سوق الأوراق المالية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 10.

(3) أنظر د. فائق محمود الشماع، الإيداع المصرفي غير النقدي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 239.

لصالح عملائه، على نحو يتم فيه تعظيم مصلحة العميل، بحيث يحقق الهدف الذي يسعى إليه هذا العميل من الاستثمار في سوق الأوراق المالية، وهذا يتطلب من الوسيط المالي عدم التمييز بين عملائه ومحاباة بعضهم على البعض الآخر⁽¹⁾.

كما تقتضي الأمانة في التعامل من قبل الوسيط المالي، عدم تحميل العملاء أية عمولات أو بدل خدمات يكون مبالغاً فيها، وعدم قطع الوعود لهم بتحقيق أرباح أو ضمانها لهم، أو ممارسة أي من أساليب الغش والخداع معهم بهدف التأثير على قراراتهم الخاصة بهذا الاستثمار⁽²⁾.

وهذا الالتزام من قبل الوسيط المالي يقتضي أيضاً امتناعه عن استخدام أموال عملائه لغايات خاصة بشركة الوساطة، حيث أن نشاطه محصور بشراء وبيع الأوراق المالية لحساب عميله⁽³⁾، فلا يجوز للوسيط المالي استخدام الأوراق المالية العائدة للعميل من أجل الحصول على قروض بضمان هذه الأوراق دون موافقة خطية منه⁽⁴⁾.

ولقد اعتبر المشرع الأردني الوسيط المالي مرتكباً لجرم التزوير والاحتيال، في حال قام بالتصرف بالأوراق المالية المملوكة لعميله بدون تفويض خطي منه أو بدون وجود اتفاقية خطية تخوله ذلك⁽⁵⁾، وعاقب على قيام الوسيط بذلك بعقوبة الغرامة التي لا تزيد على 100,000 دينار⁽⁶⁾، بالإضافة لعقوبة الحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات، دون أن يخل ذلك بأي عقوبة أشد منصوص عليها في قانون آخر⁽⁷⁾، كما يتحمل الوسيط مسؤولية تعويض الضرر الذي لحق بالعميل بمقدار ما لحق به من خسارة أو فاته من ربح⁽⁸⁾، وذلك إلى جانب سلطة مجلس مفوضي الأوراق المالية بتقييد أو تعليق أو إلغاء الترخيص الممنوح للوسيط المالي⁽⁹⁾.

(1) المادة 57 من قانون الأوراق المالية الأردني.

(2) المادة 56/ب من قانون الأوراق المالية الأردني.

(3) المادة 9 من نظام ترخيص واعتماد الخدمات المالية.

(4) المادة 56/أ من قانون الأوراق المالية الأردني.

(5) المادة 63/ج من قانون الأوراق المالية.

(6) المادة 107/أ من قانون الأوراق المالية.

(7) المادة 107/ب من قانون الأوراق المالية.

(8) المادة 107/و من قانون الأوراق المالية.

(9) المادة 109 من قانون الأوراق المالية.

♦ رابعا: الالتزام بسرية بيانات العميل

على الوسيط المالي وتابعيه الالتزام التام بالمحافظة على سرية المعلومات والبيانات الخاصة بعملائهم⁽¹⁾، كما أن القائمين على إدارة سوق الأوراق المالية والعاملين فيه المحافظة على سرية أي معلومة يتم الإفصاح عليها بحكم عملهم، ولا يجوز الإفصاح عنها إلا بموافقة مجلس مفوضي هيئة الأوراق المالية وذلك تحت طائلة المسؤولية القانونية⁽²⁾، ولكن هذا الالتزام بحفظ سرية معلومات العملاء ليس التزاما مطلقا، فقد تقضي المصلحة العامة للسوق والعملاء الإفصاح عن هذه البيانات، شريطة أن يكون هذا الإفصاح لأسباب مبررة تهدف لحماية المستثمرين في سوق الأوراق المالية⁽³⁾.

ولقد اعتبر المشرع أن قيام أي شخص باستغلال المعلومات الداخلية أو السرية بهدف تحقيق مكاسب مادية أو معنوية له أو لغيره، بما في ذلك أعضاء مجلس إدارة سوق الأوراق المالية ومركز إيداع الأوراق المالية، والموظفون العاملون بأي منهما، مخالفا لأحكام قانون الأوراق المالية ويستوجب العقوبة⁽⁴⁾، كما أن إفشاء أي معلومات داخلية يعد كذلك جرما معاقبا عليه بموجب قانون الأوراق المالية، إلا إذا كان هذا الإفصاح لمرجع مختص أو بموجب قرار قضائي⁽⁵⁾.

وفي حال إخلال الوسيط المالي بالتزامه بسرية البيانات والمعلومات الخاصة بعميله، فإن المشرع يرتب على ذلك عقوبة الغرامة بما لا يزيد على 100,000 دينار، والحبس لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات، إلى جانب مسؤوليته عن تعويض عميله عن الضرر الذي لحق به بما يعادل الخسارة التي تكبدها أو الربح الذي فاتته⁽⁶⁾، إلى جانب تقييد أو تعليق أو إلغاء الترخيص الممنوح للوسيط المالي أو الشخص المعتمد التابع له⁽⁷⁾.

(1) المادة 6/18 من نظام عضوية بورصة عمان للأوراق المالية.

(2) المادة 65/ب من قانون الأوراق المالية.

(3) المادة 24 من قانون الأوراق المالية.

(4) المادة 105/و من قانون الأوراق المالية.

(5) المادة 105/ز من قانون الأوراق المالية.

(6) المادة 107 من قانون الأوراق المالية.

(7) المادة 109/أ من قانون الأوراق المالية.

• المطلب الثاني: التزامات الوسيط المالي تجاه سوق الأوراق المالية والهيئات القائمة عليه

إلى جانب الالتزامات الملقاة على عاتق الوسيط المالي تجاه عملائه، يلتزم الوسيط المالي أيضا بجملة التزامات تجاه سوق الأوراق المالية التي يعمل هذا الوسيط من خلالها، وتقوم على إدارة هذا السوق والإشراف عليه مجموعة من الأجهزة التي تكمن وظيفتها في تنظيم علاقات المستثمرين والمتعاملين في هذا السوق وحماية حقوقهم من جهة، وضمان حسن سير العمل فيه بما يحقق مصلحة السوق بشكل عام من جهة أخرى⁽¹⁾، ولقد جاء النص على هذه الالتزامات في قانون الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبه، ويمكن لنا أن نوجز أهم الالتزامات الملقاة على كاهل الوسيط المالي تجاه بورصة الأوراق المالية والهيئات القائمة عليها على النحو التالي:

♦ أولاً: تسجيل عضويته في بورصة الأوراق المالية والتقيد بما تصدره من تعليمات

يتعين على الوسيط المالي تسجيل عضويته في بورصة الأوراق المالية وفقاً للأنظمة والتعليمات، وعلى الوسيط المالي أن يتقدم بطلب خطي أو الكتروني وفقاً لنموذج تعده البورصة لهذه الغاية متضمناً البيانات الواجب الإفصاح عنها ومرفقاً به الوثائق المحددة ومن بينها تعهد بالالتزام بالتشريعات الصادرة عن البورصة⁽²⁾، وبعد قبول عضوية الوسيط المالي يصبح بإمكانه تداول الأوراق المالية واستخدام مرافقها وأنظمتها الإلكترونية⁽³⁾.

(1) وهذه الأجهزة تتمثل في هيئة الأوراق المالية ومجلس مفوضي الهيئة ومركز إيداع الأوراق المالية: حيث جاء في المادة 7/أ من قانون الأوراق المالية أنه يتم إنشاء هيئة الأوراق المالية التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية وبالاستقلال المالي والإداري، وترتبط برئيس الوزراء، كما جاء في المادة 8/أ من القانون على أن وظيفتها حماية المستثمرين في الأوراق المالية وتنظيم سوق رأس المال وتطويره وحماية سوق رأس المال من المخاطر. كما جاء في المادة 10/أ على أن إدارة الهيئة والإشراف على شؤونها يتولاها مجلس يسمى مجلس مفوضي الهيئة، كما جاء في المادة 74 من القانون إنشاء مركز يسمى مركز إيداع الأوراق المالية، ويعتبر مؤسسة ذات نفع عام، ويتمتع بالشخصية الاعتبارية وبالاستقلال المالي وإداري، ووظيفته كما جاء في المادة 75/أ من القانون تتمثل في: تسجيل الأوراق المالية وحفظها ونقل ملكيتها، وإيداع الأوراق المالية وإجراء التقاص والتسوية للأوراق المالية. وهو الجهة الوحيدة المخولة بمزاولة هذه الأعمال.

(2) المادة 5 من نظام العضوية في شركة بورصة عمان لسنة 2018.

(3) المادة 8/أ من نظام العضوية في شركة بورصة عمان.

وبالتالي، فإن الانتساب لعضوية البورصة يعد أمراً ضرورياً للوسيط المالي ليتمكن من ممارسة نشاطه في بيع وشراء الأوراق المالية لحساب الغير، وبالرغم من هذه الضرورة إلا أن نظام عضوية بورصة عمان ترك أمر الانتساب لعضوية البورصة لرغبة الوسيط المالي دون إلزامه بذلك، حيث تنص المادة 4/أ من نظام العضوية في بورصة عمان للأوراق المالية على أنه: "الوسيط الذي يرغب في الانتساب لعضوية البورصة أن يتقدم بطلب خطي أو الإلكتروني... ونعتقد أن كلمة (يرغب) لا تتفق مع طبيعة عمل الوسيط التي تستوجب ممارسة نشاطه في إطار بورصة الأوراق المالية الأمر الذي يجعل اكتساب عضويتها لزاماً عليه.

ومن جهة أخرى، وبموجب النظام الداخلي لعضوية مركز إيداع الأوراق المالية، يكون تسجيل الوسيط المالي إلزامياً في هذا المركز⁽¹⁾، حيث يعتبر هذا المركز الجهة الوحيدة المخولة في تسجيل الأوراق المالية وحفظها ونقل ملكيتها، وإيداعها وإجراء التقاص والتسوية الخاصة بها⁽²⁾، وهذا الالتزام يعتبر من مستلزمات ممارسة نشاط الوساطة المالية، لكون عمل الوسيط المالي -كما سبق ذكره- هو بيع وشراء الأوراق المالية لحساب عملائه، ولا يمكن أن تتم هذه العمليات إلا من خلال مركز إيداع الأوراق المالية، وبالتالي يحظر على الوسيط المالي ممارسة نشاطه إلا بعد صدور قرار من مجلس إدارة المركز بقبول عضويته⁽³⁾.

ومن أهم شروط قبول عضوية الوسيط المالي في مركز إيداع الأوراق المالية، أن يقدم الوسيط المالي ما يثبت فتحه لحسابات بنكية لغايات دفع أثمان الأوراق المالية التي يقوم بشرائها لحساب عملائه⁽⁴⁾. وبهدف ضمان تقييد الوسيط المالي بأنظمة السوق المالي الداخلية وبالتعليمات الصادرة بموجبها، فإن الوسيط المالي ملزم، كبقية شركات الخدمات المالية، بتوقيع تعهد يلتزم بموجبه بهذه الأنظمة والتعليمات⁽⁵⁾.

(1) صدر النظام الداخلي لعضوية ومعايير السلوك المهني لمركز إيداع الأوراق المالية لسنة 2004 بموجب المادة 80/أ من قانون الأوراق المالية.

(2) المادة 75/ب من قانون الأوراق المالية.

(3) المادة 14 من نظام العضوية ومعايير السلوك المهني لمركز إيداع الأوراق المالية.

(4) المادة 13/أ من نظام العضوية ومعايير السلوك المهني لمركز إيداع الأوراق المالية.

(5) المادة 80/ج والمادة 68/أ من قانون الأوراق المالية.

ويعتبر عدم التزام الوسيط المالي بأحكام الأنظمة الداخلية والتعليمات الصادرة عن المركز مخالفة لأحكام قانون الأوراق المالية، ويعاقب عليها هذا القانون بغرامة لا تزيد على 100,000 دينار⁽¹⁾، كما يحق لمجلس مفوضي هيئة الأوراق المالية تقييد أو تعليق أو إلغاء الترخيص الممنوح له⁽²⁾.

♦ ثانياً: تقديم الوثائق والتقارير والمعلومات لإدارة البورصة وتمكينها من ممارسة دورها الرقابي

يجب على الوسيط المالي العضو في بورصة الأوراق المالية تزويد البورصة بجميع المعلومات والوثائق والسجلات والتقارير التي تطلبها وضمن المدد المحددة لذلك، وللبورصة التحقق من مدى صحتها وبالطريقة التي تترتبها مناسبة⁽³⁾.

ومن التقارير والمعلومات التي على الوسيط المالي تزويد البورصة بها: تقرير سنوي ببياناته المالية وأن تكون هذه التقارير مدققة من قبل مدقق حساباته، وذلك خلال تسعين يوماً من تاريخ انتهاء سنته المالية، وتقرير آخر نصف سنوي خلال ثلاثين يوماً من انتهاء سنته المالية⁽⁴⁾، كما عليه إعلام البورصة فور حدوث أي تغيير على البيانات التي قدمها في طلب عضويته سواء من حيث الأشخاص المعتمدين للعمل لديه، أو رأس المال، أو أي حادث أو واقعة من شأنها التأثير على وضعه المالي أو تنظيمه القانوني⁽⁵⁾.

ويجب على الوسيط المالي في حال رغبته بالتوقف عن ممارسة نشاطه إعلام هيئة الأوراق المالية بذلك، ويتم في هذه الحالة إلغاء الترخيص بعد استكمالها لجميع المتطلبات التي تحددها الهيئة لتسوية جميع المطالبات والأمور المتعلقة بالعمل المنوي التوقف عن ممارسته⁽⁶⁾. وفي هذه الحالة يمنع المشرع توزيع أموال الوسيط المالي وموجوداته والعائدة لعملائه على دائنيه

(1) المادة 107/أ من قانون الأوراق المالية.

(2) المادة 109 من قانون الأوراق المالية.

(3) المادة 19 من نظام عضوية بورصة عمان.

(4) المادة 20/أ من نظام عضوية بورصة عمان.

(5) المادة 20/ب من نظام عضوية بورصة عمان.

(6) المادة 61 من قانون الأوراق المالية.

في حال تصفيته أو في حال عدم الوفاء بالالتزامات المترتبة عليه، باستثناء الحالات التي يحددها المجلس في تعليماته⁽¹⁾.

ولا شك أن في مثل هذا الالتزام حرص كبير على استقرار البورصة وحماية حقوق العملاء ومصالحهم، إلى جانب ضمان التزامات الوسيط المالية تجاه السوق من عمولات وبدلات، بحيث يتم التأكد من أن الشركة أبرأت ذمتها نهائيا من التزاماتها، ومن أن العملاء استردوا حقوقهم قبل مباشرة إجراءات تصفيته⁽²⁾.

وللبورصة ومن خلال هيئة الأوراق المالية والجهات المختصة التابعة لها، أن تقوم بالتحقيق والتحقق والتفتيش على أعضائه، للتأكد من عدم مخالفتهم لأنظمتهم الداخلية والتعليمات الصادرة عنه، وبما يكفل حماية حقوق جميع الأطراف⁽³⁾، حيث يخضع الوسيط المالي للتفتيش عليه والتدقيق على وثائقه وقيوده وسجلاته المحاسبية، وتشمل هذه السجلات البيانات البنكية والمراسلات والمذكرات والوثائق وملفات الحاسوب، أو أي وسيلة لحفظ المعلومات سواء كانت خطية أو الكترونية⁽⁴⁾. ولهيئة الأوراق المالية في سبيل القيام بوظيفتها الرقابية، حق طلب الشهود وسماع شهاداتهم تحت القسم، وطلب تقديم أي وثائق ومستندات ذات علاقة بموضوع التحقيق⁽⁵⁾. وعلى الوسيط المالي أن يمكن البورصة أو الجهة المفوضة من قبلها، من إجراء التفتيش في مقر عمله وفي أي مكان خاص بعمله، وعليه تقديم المعلومات والمستندات اللازمة لإجراء التحقيقات بخصوص أي مخالفة ترتكب من قبله أو من قبل العاملين لديه⁽⁶⁾.

ويعتبر الوسيط المالي مخالفا لأحكام قانون الأوراق المالية عند عدم الاستجابة لطلبات الهيئة بتقديم الوثائق أو المستندات اللازمة، أو بالحضور للإدلاء بالشهادة، ولمجلس مفوضي الهيئة في هذه الحالة إلغاء الترخيص أو الاعتماد⁽⁷⁾.

(1) المادة 54 من قانون الأوراق المالية

(2) أنظر د. هشام فضلي، إدارة محافظ الأوراق المالية لحساب الغير، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص 26.

(3) المادة 1/71 والمادة 56 من قانون الأوراق المالية.

(4) المادة 15/ج من قانون الأوراق المالية.

(5) المادة 2/17 من قانون الأوراق المالية.

(6) المادة 18/أ من نظام عضوية بورصة عمان.

(7) المادة 18/أ من قانون الأوراق المالية.

♦ ثالثاً: التقيد بالضوابط المالية

نشاط الوسيط المالي ينطوي على درجة كبيرة من المخاطرة بأموال العملاء، إلى جانب الالتزامات المالية التي تترتب عليه بحكم عضويته لبورصة الأوراق المالية ومركز إيداع الأوراق المالية، وما يترتب على ذلك من اشتراكات وعمولات وبدلات، ولذلك يحرص المشرع على أن تتوفر في الوسيط المالي درجة كافية من الملاءة المالية، لضمان بتنفيذه لالتزاماته تجاه عملائه وتجاه السوق.

ولا يقصد بالملاءة المالية قوة المركز المالي لشركة الوساطة المالية، بل وجود أصول متداولة للشركة من نقد وحسابات جارية وودائع لدى البنوك، بحيث تطمئن هيئة الأوراق المالية إلى أن الشركة قادرة على الوفاء بالتزاماتها تجاه الغير وفي المواعيد المحددة، حيث أن تعثر شركة الوساطة المالية من شأنه الإضرار بعملائها وبالسوق كاملاً في حال وقع هذا التعثر لأكثر من شركة⁽¹⁾.

لذلك يشترط المشرع أن يكون الحد الأدنى لرأس مال شركات الوساطة المالية المدفوع 750,000 دينار حتى يتم الموافقة على ترخيصها، بحيث يقدم ما يثبت إيداع هذا المبلغ في حساب الشركة لدى البنك⁽²⁾، وحرصاً من المشرع على ضمان تنفيذ الوسيط المالي لالتزاماته، ولضمان وحماية حقوق عملائه، فإنه يعطي لمجلس مفوضي الهيئة صلاحية طلب كفالات بنكية غير مشروطة لأمر الهيئة، ويجوز للمجلس تسهيل الكفالات والتصريف بالضمانات إذا خالف المرخص له أحكام هذا القانون والأنظمة والتعليمات الصادرة بمقتضاه⁽³⁾.

وحفاظاً على حقوق العملاء، يوجب المشرع على الوسيط المالي الفصل بين أمواله وأوراقه الخاصة وبين أموال وأوراق عملائه المالية التي تكون وديعة لديه⁽⁴⁾.

(1) د. هشام فضلي، مرجع سابق، ص 26.

(2) المادة 4 من نظام ترخيص واعتماد الخدمات المالية.

(3) المادة 50 من قانون الأوراق المالية، والمادة 6 من نظام اعتماد وترخيص الخدمات المالية.

(4) المادة 54/أ من قانون الأوراق المالية.

♦ رابعا: الالتزام بصحة وسلامة العمليات التي يقوم بتنفيذها

يضمن الوسيط المالي صحة وسلامة العمليات التي يقوم بتنفيذها، ونطاق هذا الالتزام وفقا للرأي الغالب في الفقه، يتمثل في أن الوسيط المالي يضمن فقط سلامة العملية التي يقوم بإجرائها دون أن يضمن تنفيذها⁽¹⁾، فمن يضمن التنفيذ هو مركز إيداع الأوراق المالية الذي من وظائفه المقاصة والتسوية المتعلقة بعمليات التداول وعمليات نقل ملكية الأوراق المالية، وبالتالي ينتهي دور الوسيط المالي عند تنفيذه لأوامر عميله بإبرام صفقات بيع وشراء الأوراق المالية بشكل سليم ووفقا للتفويض الممنوح له⁽²⁾.

فالوسيط المالي يقع على عاتقه التأكد من توافر الشروط اللازمة لصحة العقد الذي تبرمه، بحيث تكون الورقة المالية التي سيجري بيعها أو شرائها صحيحة وقابلة للتداول، وأنها حرة وغير متقلة بأي قيد يمنع التصرف المطلق فيها، وأن تكون قابلة للتسليم الفوري⁽³⁾، ومن أن عميله يتمتع بالأهلية القانونية للتعاقد، والتحقق من شخصيته وهويته ومن صحة توقيعه، وعلى الوسيط المالي التصديق على صحة توافيق عملائه، ويتحمل المسؤولية عن صحة هذه التوافيق⁽⁴⁾.

ولا بد من الإشارة أخيرا إلى أن المشرع يعتبر أي إخلال بأحكام قانون الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبه، مخالفة تستوجب العقوبة المنصوص عليها في أحكام هذا القانون والتي تكون على ثلاثة صور:

عقوبة جزائية، وتتمثل في الغرامة وبحد لا يتجاوز 100,000 دينار بالإضافة إلى غرامة تبلغ ضعف ما حققه الوسيط المالي المخالف من ربح أو ضعف ما تجنبه من خسارة كحد أدنى ولا تتجاوز خمسة أضعاف كحد أقصى، و/أو الحبس لمدة حدها الأقصى ثلاث سنوات

(1) د. سيد طه بدوي، عمليات بورصة الأوراق المالية الفورية والأجلة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق-جامعة القاهرة، 2004، ص 242. د. صالح راشد الحمراني، مرجع سابق، ص 451. د. رشا حطاب، مرجع سابق، ص 117. ويعكس هذا الرأي، د. سميحة القليوبي، العقود التجارية، دار النهضة العربية، 2002، ص 229، حيث ترى بأن الوسيط المالي يضمن التنفيذ إلى جانب ضمانه لصحة العمليات.

(2) المادة 75/أ من قانون الأوراق المالية. أنظر كذلك د. محمد إسماعيل هاشم، مرجع سابق، ص 209.

(3) المادة 16 من تعليمات تداول الأوراق المالية.

(4) المادة 63 من قانون الأوراق المالية.

أو سنة واحدة حسب نوع المخالفة وجسامتها، وللمحكمة المختصة أن لا تحكم بعقوبة الحبس إذا كانت المخالفة المرتكبة للمرة الأولى أو إذا أودع المخالف لصندوق المحكمة أو للهيئة مبلغا كافيا لدفع قيمة الغرامات التي قد يحكم بها، وذلك بشرط دفعها قبل اكتساب الحكم الصادر الدرجة القطعية⁽¹⁾.

وإلى جانب العقوبة الجزائية يقرر المشرع حق كل شخص يتضرر من جراء مخالفة أحكام قانون الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبه، اللجوء للقضاء للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به وبمقدار ما لحق به من خسارة أو ما فاتته من كسب⁽²⁾. أما الصورة الثالثة للجزاء، فتتمثل في الإجراءات التأديبية التي يتخذها مجلس مفوضي هيئة الأوراق المالية، والتي تتمثل في إلغاء أو تقييد أو تعليق الترخيص والاعتماد الممنوح للوسيط المالي المخالف لأحكام القانون والأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبه⁽³⁾.

○ الخاتمة:

تناولت هذه الدراسة الضوابط القانونية الناظمة لعمل الوسيط المالي من خلال بيان شروط القانونية لممارسة عمل الوسيط المالي، من حيث شكل الوسيط المالي وترخيصه، والالتزامات القانونية للوسيط المالي تجاه عملائه وتجاه إدارة بورصة الأوراق المالية والجهات الرقابية فيها، ولقد خلصت هذه الدراسة إلى جملة من النتائج والتوصيات نعرضها على النحو الآتي:

◆ أولاً- النتائج:

1- يحصر المشرع الأردني ممارسة أعمال الوساطة المالية على الأشخاص الاعتبارية الحاصلين على ترخيص من هيئة الأوراق المالية، وتحديدًا على الشركات المساهمة العامة والخاصة وذات المسؤولية المحدودة، والبنوك على أن يكون ذلك من خلال شركة حليفة أو مملوكة بالكامل للبنك، بحيث يتم الفصل بين نشاطات البنك المصرفية وبين نشاطه كوسيط

(1) المادة 107/ج من قانون الأوراق المالية.

(2) المادة 107/أ من قانون الأوراق المالية.

(3) المادة 109 من قانون الأوراق المالية.

مالي، ولم يشمل المشرع شركة التوصية بالأسهم من بين الشركات التي يجوز لها ممارسة نشاط الوساطة المالية.

2- لقد حرص المشرع على تكريس أحكام تضمن توافر الملاءة المالية للوسيط المالي بما يكفي لضمان الوفاء بالتزاماته، سواء من حيث اشتراط حد أدنى لرأس المال، أو من خلال اشتراط تقديم كفالة بنكية كافية، أو تقديم أية ضمانات أخرى يحددها المجلس، ويتم اللجوء إلى استخدامها من قبل مجلس مفوضي الأوراق المالية عند إخلال الوسيط بالتزامته تجاه الغير.

3- لم تتضمن أحكام قانون الأوراق المالية أو الأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبه، أي نص يلزم الوسيط المالي بتبصير عميله قبل التعاقد بالمعلومات المؤثرة على قراره بقبول أو رفض التعاقد، بالرغم من أنه، وحسب الرأي السائد في الفقه، أصبح هذا الالتزام مستقرا في التعامل.

4- يضمن الوسيط المالي صحة وسلامة العمليات التي يقوم بتنفيذها، ونطاق هذا الالتزام يتمثل في أن الوسيط المالي يضمن فقط سلامة العملية التي يقوم بإجرائها دون أن يضمن تنفيذها، فمن يضمن التنفيذ هو مركز إيداع الأوراق المالية الذي من وظائفه المقاصة والتسوية المتعلقة بعمليات التداول وعمليات نقل ملكية الأوراق المالية.

5- قرر المشرع عقوبات شاملة ورداعة لمخالفة الأحكام الخاصة بالتعامل بالأوراق المالية، حيث اعتبر أي إخلال بقانون الأوراق المالية والقوانين والأنظمة الصادرة بموجبه، مخالفة تستوجب الجزاء والذي يتمثل بالغرامة و/أو الحبس، بالإضافة للتعويض عن الضرر الحاصل نتيجة هذه المخالفة، هذا بالإضافة إلى العقوبة الإدارية التي يتخذها مجلس مفوضي هيئة الأوراق المالية، والتي قد تكون إلغاء أو تقييد أو تعليق الترخيص والاعتماد الممنوح للوسيط المالي.

♦ ثانيا - التوصيات:

على ضوء النتائج التي توصلت إليها الدراسة يوصي الباحث بما يلي:

1- ضرورة توحيد الأحكام الخاصة بترخيص شركات الخدمات المالية بشكل عام ومنها شركات الوساطة المالية، بحيث يتم الاكتفاء بالنص عليها في المواد 4 و5 من نظام الترخيص والاعتماد للخدمات المالية وهو الخاص بذلك، بحيث يكتفى بالإحالة على هذا النظام في كل مرة يجد المشرع نفسه ملزما بالإشارة إليها.

2- أن يعاد صياغة بعض المواد الواردة في التشريعات النازمة لعمل الوسيط المالي مزيداً في الدقة والوضوح:

- بأن يضاف إلى تعريف الوسيط المالي في المادة 2 من قانون الأوراق المالية لسنة 2017 عبارة (الشخص الاعتباري) بدلاً من (الشخص)، بحيث يكون هنالك توافق بينها وبين المادة 2 من تعليمات تداول الأوراق المالية في بورصة عمان لسنة 2018.

- إعادة صياغة المادة 4/أ من نظام عضوية بورصة عمان، بحيث يكون مضمونها أن العضوية ملزمة في البورصة للوسطاء الماليين، وليست كما ورد من عبارة (الوسيط الذي يرغب في الانتساب....)، خاصة وأن المادة 3 السابقة عليها تحدد أعضاء البورصة بالوسيط المالي والوسيط لحسابه وأي جهات أخرى يحددها مجلس الإدارة، إلى جانب أن المادة 3/أ من تعليمات التداول في بورصة عمان تمنع تداول الأوراق المالية إلا من خلال الوسطاء الماليين.

3- نتمنى على المشرع الأردني إدراج شركة التوصية بالأسهم من ضمن الشركات التي يسمح لها بالترخيص للقيام بالخدمات المالية بما فيها الوساطة المالية، خاصة وأنه شركات الأموال في نظام ترخيص واعتماد الخدمات المالية، ولا سيما أن بعض التشريعات تسمح لها بمزاولة هذا النشاط كما هو الحال في قانون سوق رأس المال المصري رقم 95 لسنة 1992 وتعديلاته، وقانون سوق العراق للأوراق المالية رقم 24 لسنة 2004 وتعديلاته.

4- حرصاً على مصالح العملاء وحقوقهم، توصي الدراسة بضرورة تحديد المشرع للبيانات الأساسية التي يجب أن تتضمنها نماذج العقود التي يقدمها الوسيط المالي لغايات الترخيص والاعتماد، بالنص عليها في نظام الترخيص والاعتماد لشركات الخدمات المالية، وعدم الاكتفاء بما هو وارد في المادة 12 من نظام عضوية بورصة عمان للأوراق المالية لسنة 2018.

5- توصي الدراسة بضرورة إفراغ نص صريح في قانون الأوراق المالية وفي نظام ترخيص واعتماد الخدمات المالية، يلزم الوسيط المالي بتبصير المستثمر قبل التعاقد معه بكل معلومة من شأنها التأثير على قراره بالتعاقد من عدمه، وأن يتم اشتراط ذكر هذا الالتزام في بنود العقود النموذجية التي يرفقها الوسيط المالي طالب الترخيص، عند التقدم بطلبه أو بعد حصوله على الترخيص.

○ **Abstract**

This study has dealt with the issue of legal controls on the work of the Financial Broker and the extent of their effectiveness in protecting the rights of clients, in accordance with the provisions of the Jordanian Securities Law No. 18 of 2017 and the regulations and instructions issued accordance to it. With comparison to other legislation, whenever the need arises, and the researcher presented the topic in two axes: The legal conditions for practicing financial brokerage activity were clarified in the first axis, by stating the condition for the form of the financial broker and the condition for his licensing, then the study dealt with The legal obligations of the financial broker by stating the obligations of the broker towards his clients, and his obligations towards the management of the stock market and the regulatory authorities.

The study found that the Jordanian legislator has devoted provisions aimed at guaranteeing clients' rights and protect their interests, as it has set conditions for the licensing of the broker related to its form and the necessity for it to be a juristic person, in addition to other controls related to ensuring the safety of the transactions it carries out, keeping the secrets of its client and strict control over his activity.

However, some of the articles mentioned in the relevant legislation have been marred by some deficiencies, as the Securities Act did not stipulate when defining the broker that he should be a juristic person, and the legislator did not include any text regarding the broker's commitment to enlightening the client before contracting. The affiliation of the financial broker to the stock exchange is a matter left to his desire, although he does not envision carrying out his activity unless he is a member of an a stock exchange. Therefore, the study recommended that the legislator avoid this deficiency mentioned in the relevant legislation.

♦ **Key words:** Securities, Financial Broker, Stock Exchange, Licensing and Certification_____ .

الدراسة الرابعة:

إصدار الأصول المالية وتداولها في الأسواق الثانوية

د. درار نسيم⁽¹⁾

تلعب المؤسسات المالية دوراً محورياً في توجيه المدخرات والمخزون النقدي، من الوحدات الاقتصادية ذات الفائض المالي إلى الوحدات الاقتصادية ذات العجز المالي للقيام بعملية استثمارها⁽²⁾، الأمر الذي يؤدي إلى استثمار هذه المدخرات وإحداث النمو الاقتصادي، كما يمثل السوق المالي أيضاً أحد روافد الوصل بين الادخار والاستثمار، فالأسواق المالية - البورصة - تقوم بتهيئة الفرص الاستثمارية للأرصدة النقدية، ولذا فإن السوق المالي يشير إلى التقنية التي تضمن تجميع المدخرات وتقديم الأموال للأنشطة الاقتصادية المختلفة من خلال المؤسسات المالية التي تضمها البورصة.

علماً إن لكل سوق من أسواق المال دولياً وعربياً وبالتالي جزائرياً، خصوصية تنبثق من ظروف نشأته إلا أن جميعها قد واجهت منذ نشأتها، وقبل إصلاحها، مجموعة من العقبات والمشكلات حدثت من نموها ونالت من كفاءة أدائها، ولا زالت تعاني منها، ومنها بورصة الجزائر التي يستحدث فيها إصلاحات تهدف في مجملها إلى تطوير أدائها من النواحي التشريعية والمؤسسية وترسيخ وتدعيم نظم العمل بها.

و من هنا تأتي الإشكالية أدناه:

ما هي الضوابط القانونية والأطر التنظيمية والمبادئ الإرشادية لإصدار الأصول المالية وتداولها في الأسواق الثانوية؟ والتي تحقق العدالة والشفافية والانضباط والثقة والاطمئنان لكافة المتعاملين في هاته الأسواق؟

(1) أستاذة محاضرة قسم -أ-كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بن أحمد -وهران-02-

(2) علي توفيق الحاج، عامر علي الخطيب، الطبعة الأولى، دار الإصدار العلمي للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص15

○ المبحث الأول: الأسواق المالية وأنواعها

السوق المالي: هو التنظيم الذي يمكن أصحاب الأموال الفائضة أو الزائدة من الاتصال الدائم - المباشر أو غير المباشر - مع الأطراف التي لديها عجز في الأموال، حيث يمكنهم من إتمام التعاملات فيما بينهم بطريقة منظمة وفق شروط محددة⁽¹⁾.

وهو احد القطاعات المهمة لرأس المال المستثمر الذي يعمل على توفير السيولة للأموال المستثمرة على شكل أوراق مالية (أسهم وسندات) فهي تمثل الجهاز الذي يتم عن طريقه تمويل رأس المال وذلك من خلال تمويل الأوراق المالية بسهولة ويسر إلى نقود حاضرة وبالعكس⁽²⁾. فهي بذلك تمثل إطار يجمع المتعاملون بالأوراق المالية البائعون والمشترون وبغض النظر عن المكان الذي تم الجمع به أو الوسيلة شريطة توفر أجهزة اتصالات فعالة ليجمع المتعاملين في السوق مع ضرورة التعرف على الأسعار السائدة في لحظة زمنية واحدة خاصة بكل ورقة مالية متداولة في هذا السوق.

كما يمكن تعريفه انه نظام يتم بموجبه الجمع ما بين البائعين والمشتريين لنوع معين من الأوراق أو لأصل مالي معين حيث تمكن المستثمرين من بيع وشراء عدد من الأسهم والسندات داخل السوق أما عن طريق السماسرة أو الشركات العاملة في هذا المجال، إلا إن التقدم التكنولوجي في مجال الحاسبات وشبكات الاتصال قلل من أهمية التواجد في المقرات الخاصة والمحددة للأسواق وبالتالي مكن من التعامل خارج السوق من خلال شركات السمسرة المنتشرة في مختلف الدول⁽³⁾.

هذا ولا تختلف الأسواق المالية في جوهرها كثيراً عن الأسواق الأخرى، حيث يتم شراء وبيع البضائع والمنتجات عبرها. ولكن بدلاً من تبادل الخضروات أو الملابس أو أجهزة الكمبيوتر بعملة محلية أو وطنية، تركز الأسواق المالية على شراء وبيع وحياسة الأوراق المالية والأدوات المالية بأشكالها المختلفة. توسعت الأسواق المالية بشكل كبير خلال العقود القليلة الماضية، وتقدم الآن العديد من أنواع الأدوات المالية.

(1) محمد المبروك ابو زيد، التحليل المالي شركات وأسواق مالية، دار المريخ للنشر والتوزيع، 2009 ص 253.

(2) مؤيد عبد الرحمن الدوري، إدارة الاستثمار والمحافظة الاستثمارية، أثار للنشر والتوزيع، 2010 ص 35.

(3) محمد احمد عبد النبي، الأسواق المالية، الأصول العلمية والتحليل الأساسي، مزعم للنشر والتوزيع، 2009 ص 22.

فيما يلي أهمها:

- الفوركس المعروف أيضًا باسم: سوق الصرف الأجنبي أو (FX)
 - أسواق الأوراق المالية مثل أسواق الأسهم والسندات
 - أسواق المشتقات مثل عقود الفروقات (المعروف أيضًا باسم: CFD)
 - أسواق السلع والتي تشمل الذهب، الفضة، النفط، وغيرها
 - أسواق الديون المالية مثل الديون قصيرة الأجل
 - أسواق العملات المشفرة والتي تشمل عملات رقمية مثل البيتكوين، إيثيريوم وغيرها
 - أسواق الرهن العقاري والتي تقدم قروض طويلة الأجل
 - أسواق التأمين والتي تحمي من المخاطر مقابل أقساط معينة
- بعض هذه الأسواق المالية هي بطبيعتها أكثر ميولاً لتكون: طويلة المدى، قصيرة المدى، أو مزيج من الاثنين معاً. سوق الرهن العقاري على سبيل المثال، هو المكان الذي تنشأ فيه العديد من القروض طويلة الأجل، في حين تركز أسواق الديون المالية على المدى القصير. يمكن تداول الفوركس والأسهم والعقود مقابل الفروقات والسلع على المدى القصير والطويل. يمكن للمتداولين المحترفين أن يقرروا المشاركة في الاستثمارات أو التداول، وفقاً لنهجهم وأسلوبهم الخاص في التداول.

تخدم الأسواق المالية غرضاً مهماً للاقتصاد وتقدم ست وظائف أساسية:

- تحديد السعر
 - توفير السيولة
 - الكفاءة (التكاليف مثل تكاليف المعاملات)
 - الاقتراض والإقراض التقليدي
 - توفير معلومات حول تدفق الأموال
 - تقاسم المخاطر
- تساعد المؤسسات المالية في تسهيل تدفق وحركة الأموال داخل الأسواق العالمية والنظام المالي العام. تشمل هذه المؤسسات البنوك التجارية، البنوك الاستثمارية، البنوك المركزية، شركات التأمين، الوسطاء، وحتى المؤسسات المالية غير المصرفية مثل الاتحادات الائتمانية.

• المطلب الأول: التقسيمات المختلفة للأسواق المالية

ناهيك عن أسواق العملات الرقمية وبالرغم من كونه سوقاً جديداً، فقد احتلت بيتكوين وغيرها من العملات الرقمية العناوين الرئيسية في نهاية عام 2017 عندما تسبب تقلب الأسعار القوي في ارتفاع الأسعار. تسببت تقنية blockchain ونظام التعدين في زيادة الاهتمام بسوق العملات الرقمية المشفرة. كيف سيستمر هذا السوق، وكيف ستقوم بتشكيل الأسواق المالية بشكل عام، وما إذا كان يمكن أن يخلق المزيد من القيمة للمستهلكين والنظام المالي أم لا، لا يزال شيئاً سيتم تحديده وأيضاً أكثر في السنوات القليلة المقبلة.

أما تداولها جزئياً فهي ممنوعة قانونياً فقد قررت الحكومة الجزائرية الحكومة تقرر منع تداول البيتكوين وكل عملة افتراضية ليس لها تغطية نقدية، ولا تمر عبر البنوك، وقد جاء هذا المنع بمقتضى قانون المالية 2018، تحديداً في المادة 113 من قانون الموازنة العامة، الذي يمنع أي استعمال أو حيازة أو شراء أو بيع للعملات الافتراضية، ورغم أن البيانات تدل على ضيق نطاق تداول العملات الافتراضية في الجزائر، إلا أن الحكومة تعتزم بعد مصادقتها على هذا المشروع، وضع قوانين أكثر صرامة لضبط انتشارها.

ويفسر خبراء اقتصاديون، ومتخصصون في تكنولوجيات الإعلام والاتصال، موقف السلطات من منع تداول العملات الإلكترونية في البلاد، بمحاولتها حماية احتياطي الجزائر من العملات الأجنبية، خاصة في الوقت الراهن، ويعتقد الخبير إيهاب تيكور أن منعها كان موقفاً متقهماً، لا يختلف عن موقف الكثير من البلدان، مخافة عدم التحكم بهذه التبادلات الافتراضية لاحقاً، وذلك لصعوبة تتبعها، لأن هذه العملات تعتمد على تكنولوجية البلوكتشان Blockchain، وهو الأمر الذي روج للبيتكوين، لدى أصحاب المعاملات المشبوهة والمتهربين من الضرائب، من أصحاب المشاريع والاستثمارات⁽¹⁾.

فتقسيم الأسواق المالية وفقاً لأساس المستخدم في التقسيم إلى ثلاث تقسيمات رئيسية للأسواق المالية كما يلي:

⁽¹⁾ نسبية علال، واقع سوق العملات الافتراضية في الجزائر، متوفر على موقع قناة الشروق:

<https://www.echoroukonline.com>

1- يمكن تقسيم سوق المال على اساس حقوق أصحاب الأموال قبل المنشأة التي حصلت على الأموال الى سوق الملكية وسوق الديون. وفيما يلي توضيح لكلا السوقين:

أ. سوق الملكية (Equity Market)

ب. سوق الديون (Debt Market)

يمكن تقسيم سوق المال على اساس تاريخ استحقاق الأموال التي يتم الحصول عليها. فهذه الأموال قد تكون ذات تاريخ استحقاق قصير الأجل وتاريخ استحقاق طويل الأجل أو تاريخ استحقاق غير محدد أى ليس لها تاريخ استحقاق. وفقا لهذا الأساس يوجد لدينا نوعين من أسواق المال. سوق النقد وسوق رأس المال.

أ. سوق النقد (Money Market)

ب. سوق رأس المال (Capital Market)

2- يمكن تقسيم سوق المال على أساس ما اذا كان يتم ادخال الأصل المالى لأول مرة فى السوق أو الأصل المالى موجود بالفعل فى السوق. الى سوق أولى وهو سوق الاصدار وسوق ثانوى وهو سوق التداول.

أ. السوق الاولى (Primary Market): ويطلق عليه أيضا سوق الاصدارات الأولية (Initial Public Offering - IPO). عندما ترغب المنشأة فى الحصول على الاموال من غير مؤسسيها لأول مرة فانها تلجا الى السوق الاولى، حيث تقوم المنشأة بطرح الادوات المالية المناسبة لاحتياجاتها المالية سواء كانت أدوات ملكية (أسهم) او أدوات ديون (سندات) للاكتتاب من قبل المستثمرين فى السوق الأولى وتحصل المنشأة على الأموال التي دفعها المستثمرين فى شراء الأدوات المالية.

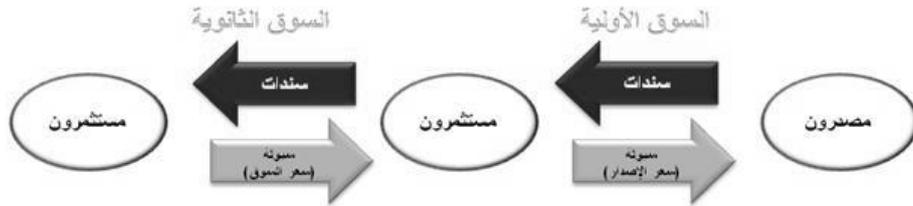
ب. السوق الثانوى (Secondary Market): بمجرد تغطية الاكتتاب فى الاصدارات الجديدة، قيام المستثمرين بشراء هذه الاصدارات يصبح المستثمرين مالكين لهذه الادوات المالية سواء كانت صكوك ملكية (أسهم) او صكوك دين (سندات) يصبح من حق حملة هذه الصكوك بيع وشراء هذه الصكوك لمن يرغب فى ذلك أو لبعضهم البعض وذلك فى تاريخ محدد تالى لعملية الاصدار (تاريخ التداول). والسوق الثانوى هو السوق الذى تتم فيه عمليات التداول. وقد يكون السوق الثانوى سوق منظم او

غير منظم فالسوق الثانوى المنظم هو السوق الذى يتم فيه تداول الأدوات المالية وفقا لنظم محددة تضعها الهيئة المشرفة على هذا السوق ويطلق عليه بورصة الأوراق المالية. أما السوق الثانوى غير المنظم، هو السوق الذى يتم فيه تداول الأوراق المالية بين المستثمرين بصورة خاصة وبعيدا عن تدخل أى جهة.

• المطلب الثاني: عمليات التداول في أسواق رأس المال وأسواق النقد

♦ الفرع الأول: أسواق رأس المال:

هو ذلك السوق الذي يتم فيه تداول ادوات الاستثمار المالي طويلة الاجل كالأسهم والسندات، وتكمن اهميته في تشجيع الاستثمار الرأسمالي وتقديم تمويل طويل الاجل إلى مشاريع تحتاج إلى فترة طويلة، وتقسم أسواق رأس المال إلى مجموعتين من الأسواق هما:



• البند الأول: الأسواق الحاضرة أو الفورية:

التعامل في هذه الأسواق يمثل بالأصول المالية المتوسطة والطويلة الاجل ووظيفتها الأساسية تتمثل في تجميع المدخرات ومن ثم توجيهها باتجاه الاستثمارية طويلة الاجل، وتضم هذه الأسواق ما يلي:

1- السوق الأولية:

ويعرف بسوق الإصدار، والذي يتم فيه إصدار الأوراق المالية كالأسهم والسندات لأول مرة عن طريق المؤسسات التي تملك القدرة على ذلك (كفتح شركة ما لرأسمالها عن طريق إصدار أسهم جديدة أو اقتراض حكومة ما أموالاً لسد عجز الموازنة عن طريق إصدار أذون خزانة)، وبالتالي يكون بائعو الأوراق المالية في هذا السوق هم المؤسسات التي أصدرتها.

يعتبر هذا السوق بمثابة مصدر تمويل مستمر للشركات التي بحاجة إلى تمويل دائم بوسيلة أخرى غير الاقتراض من البنوك. ويكون التعامل في هذا السوق عن طريق ما يعرف بـ"الاكتتاب" الذي يتمثل في طرح الشركة لأسهمها في البورصة من أجل الحصول على قدر معين من المال من المكتتبين على أسهمها ويحصل المكتتب في المقابل على صك ملكية بقيمة ما تم الاكتتاب به، والاكتتاب نوعان، هما:

- اكتتاب عام: ويظهر في المشروعات العملاقة التي بحاجة إلى رأس مال كبير، فيتم طرح أسهم الشركة للجمهور العام.
- اكتتاب خاص: يظهر في المشروعات الصغيرة، وتقتصر الدعوة في هذا النوع من الاكتتاب على أشخاص تتم دعوتهم إليه.

2- السوق الثانوية:

ويعرف أيضًا باسم سوق التداول، وهو سوق مكمل للسوق الأولي حيث يتم فيه تداول الأوراق المالية التي تم إصدارها وبيعها في السوق الأولي. ويكون هدف المستثمر في هذه السوق الاستفادة من فروق الأسعار أو ما يسمى بالمضاربة⁽¹⁾.
ينقسم السوق الثانوي إلى فئتين، هما:

• النوع الأول: السوق المنظمة:

وتعرف أيضًا بسوق المزاد أو السوق الرسمية، وهي السوق التي يتم فيها تبادل الأوراق المالية التي سبق إصدارها في السوق الأولي وذلك وفقًا لقواعد وقوانين محددة بدقة⁽²⁾.
وللبورصة⁽³⁾ أنواع ثلاثة:

(1) منير ابراهيم الهندي، الاسواق الحاضرة والمستقبلية، اسواق الاوراق المالي واسواق الاستثمار وأسواق العقود المستقبلية، المعهد العربي للدراسات المالية والمصرفية، عمان، 1994، ص 8.

(2) رمضان على الشراح ومحروس أحمد حسن، الاستثمار، النظرية والتطبيق، ط2، الكويت، 1999، ص 52

(3) يعود أصل كلمة بورصة إلى إسم العائلة فان در بورصن البلجيكية التي كانت تعمل في المجال البنكي والتي كان فندقها بمدينة بروج مكانا لالتقاء التجار المحليين في القرن الخامس عشر، حيث أصبح رمزا لسوق رؤوس الأموال وبورصة للسلع. وكان نشر ما يشبه قائمة بأسعار البورصة طيلة فترة التداول لأول مرة عام 1592 بمدينة انفرز. أما في فرنسا فقد

- بورصة الأسهم والسندات: وهي عبارة عن بورصة محلية خاصة بكل دولة على حدة وتخضع لقواعد وقوانين محلية. تختلف بورصات الأسهم والسندات فيما بينها في عدد الشركات المدرجة بها وأيام الإجازات وساعات التداول.
- بورصة العملات (الفوركس)⁽¹⁾: هو سوق خارج المقصورة، وليس له مقر ولا مكان فيزيائي، بعكس بورصة الأسهم والسندات الموجودة بكل دولة، ويتم التداول في بورصة

استقرت البورصة في باريس بقصر برونيار نسبة إلى المهندس الذي رسم المخططات عام 1808 وفي الولايات المتحدة الأمريكية بدأت البورصة بشارع وول ستريت بمدينة نيو يورك أواسط القرن الرابع عشر. وإرتبط تطور أسواق المال تاريخياً بالتطور الاقتصادي والصناعي الذي مرت به معظم دول العالم ولا سيما الدول الرأسمالية وقد جاء انتشار الشركات المساهمة وإقبال الحكومات على الاقتراض لخلق حركة قوية للتعامل بالصكوك المالية والذي أدى إلى ظهور بورصات الأوراق المالية. وكان التعامل بتلك الصكوك يتم في بادئ الأمر على قارعة الطريق في الدول الكبرى كفرنسا وإنجلترا وأمريكا. ثم استقر التعامل في أعقاب ذلك في أبنية خاصة والتي أصبحت تعرف فيما بعد بأسواق الأوراق المالية. معجم الرائد (معجم ألفباني في اللغة والإعلام)، الطبعة الثالثة، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 2005، ص212.

(1) سوق الفوركس (العملات الأجنبية) هو: السوق الذي يمكن للمشاركين فيه شراء وبيع وتبادل العملات والمضاربة بها. على هذا النحو، فإن سوق الفوركس هو أكثر الأسواق سيولة في العالم، حيث أن النقد هو أكثر الأصول سيولة. يتعامل سوق العملات مع أكثر من 5 تريليونات دولار من المعاملات اليومية، وهو أكثر من سوق العقود الآجلة والأسهم مجتمعة. كما هو الحال مع أسواق OTC، فإن سوق الفوركس هو أيضاً لا مركزي ويتكون من شبكة عالمية من أجهزة الكمبيوتر والوسطاء من جميع أنحاء العالم. يتكون سوق الفوركس من البنوك والشركات التجارية والبنوك المركزية وشركات إدارة الاستثمار وصناديق التحوط وسماسرة الفوركس للبيع بالتجزئة والمستثمرين.

- أصبح سوق الفوركس شائعاً للغاية على مدار العقود القليلة الماضية، وشهد نمواً هائلاً في الحجم خلال الثلاثين عاماً الماضية. هذا هو السوق بمزيد من التفصيل:

- 5 - 1977 مليار دولار
- 600 - 1987 مليار دولار
- 1 - 1992 تريليون دولار
- 1.5 - 2001 تريليون دولار
- 3 - 2007 تريليونات دولار
- 4 - 2010 تريليون دولار
- 5.3 - 2013 تريليون دولار
- 5.5 - 2017 تريليون دولار

الملاحظ جلياً انه زاد حجم الفوركس بعامل 1000 في حوالي 40 عاماً. إزداد كما يبدو بنسبة 267% بين 2001 و2017، وبنسبة 40 % بين 2010 و2017.

العملات بشكل مستمر أي أنها تعمل 24 ساعة يوميًا مع إجازة أسبوعية ثابتة يومي السبت والأحد كالبنوك العالمية. ويكون التداول فيها بعملات الدول.

- بورصة السلع: وهي التي يتم فيها تحديد سعر السلعة الاستراتيجية (كالقطن والذهب والبترول وغيرها). ومن الأمثلة عليها بورصة البن بلندن وبورصة القمح بشيكاغو.

أما عن أدوات الاستثمار في البورصة:

الاستثمار في البورصة هي عملية تبادلية يتم فيها توظيف أموال الفرد في مشروع أو مؤسسة ما بما يعود عليها بالنفع عن طريق التوسع في مشاريع وشركات في شتى القطاعات. أما عن أدوات الاستثمار في البورصة فهي نوعان، أدوات مالية أساسية وأخرى مشتقة⁽¹⁾.

أ- أدوات مالية أساسية:

هي صك ملكية في صورته نقدية أو عينية تطرحه الشركة المساهمة عن طريق الاكتتاب، بحيث يعطي لحاملها الحق في جزء من الأرباح بعد إقرار الجمعيات العمومية، إضافة إلى الحق في اقتسام أصول الشركة في حال إفلاسها. كما أن هذا النوع من الأدوات هو بمثابة طريقه تمويل دائمة لهذه الشركات. وتنقسم الأسهم إلى نوعين

- أسهم عادية: هي الأسهم التي تمنح حاملها حقًا في الأرباح التي توزعها الشركة، كما أن حامل هذا النوع من الأسهم له الأولوية في الاكتتاب عند زيادة رأس مال الشركة، واقتسام أصول الشركة في حال تصفيتها، كما أن له حق الاطلاع على دفاتر الشركة والتصويت على قرارات الجمعيات العمومية.

- أسهم ممتازة: هي التي تعطي لحاملها الأولوية في اقتسام الأرباح والحصول على ناتج التصفية عن حاملي الأسهم العادية.

- السندات: هي بمثابة صك مديونية تصدرها الشركة والدولة بالقيمة الاسمية وهنا لا يتكلف حامل السند أي خسائر قد تتعرض لها الشركة لأنه ليس شريكًا بها وذلك على

(1) Robert D.Auerbach, Money Banking and Financial Markets, Macmillan Publishing, Inc,USA,1982, P.27.

عكس حامل الأسهم. وتعتبر السندات الحكومية أكثر الأوراق المالية أمانًا حيث أنه لا توجد بها مخاطرة.

- الصكوك: هي أيضًا صك مديونية لكنها تختلف عن السند بأن المستثمر هنا هو شريك في الشركة وليس دائنًا للشركة، وعائده يكون على شكل نسبة من الأرباح، ويتحمل المستثمر هنا أي خسارة تتعرض لها الشركة.

ب- أدوات مالية مشتقة⁽¹⁾

وظهرت هذه الأدوات في بداية الأمر كأداة لإدارة المخاطر التي يواجهها المستثمرون في السوق طويلة الأجل، ثم بعد ذلك كأداة للمضاربة ويتم التداول بها في الأسواق الآجلة الرسمية وغير الرسمية. وتنقسم إلى ثلاثة أنواع، هم:

- الخيارات: هي إحدى الأدوات المالية وانتشرت في سوق السلع ثم العملات الأجنبية وأخيرًا في الأسواق المالية وقيمتها تشتق من اتجاهات الأوراق المالية محل التعاقد أو السلع أو مؤشرات الأسعار. وعقود الخيارات تعطي لحاملها حق بيع السلعة وشرائها بقيمة ووقت محددين سابقًا، كما تعطيه حق الملكية بمجرد دفع القيمة كاملة لبائع عقد الخيار.

- العقود الآجلة أو المستقبلية: هو عقد بين طرفين يكون الغرض منه بيع أو شراء أصل ما يسمى "بالأصل محل العقد" بسعر وتاريخ مستقبلي يتم تحديده وقت إصدار العقد وذلك لتقليل المخاطر التي قد تتجم عن تغير الأسعار في المستقبل، وكثير استخدام هذا النوع من المشتقات في الجهاز المصرفي لتقادي مخاطر تغير أسعار الصرف، ولكن ندر ظهورها في الأسواق المالية.

- المقايضات أو المبادلات: هو أيضًا اتفاق بين طرفين، ولكن على تبادل مجموعة معينة من التدفقات أو الأصول المالية والعينية بتحديد قيمتها مسبقًا على أن تتم

(1) المشتق هو: عقد بين طرفين أو أكثر تستند قيمته إلى أصل مالي أساسي متفق عليه (مثل الأوراق المالية) أو مجموعة من الأصول (مثل الفهرس). المشتقات هي: أوراق مالية ثانوية يتم اشتقاق قيمتها فقط من قيمة الورقة المالية الأولية المرتبطة بها. في حد ذاته مشتق لا قيمة له. بدلاً من تداول الأسهم مباشرة، يتم تداول المشتقات في العقود الآجلة وعقود الخيارات، وغيرها من المنتجات المالية المتقدمة، التي تستمد قيمتها من الأدوات الأساسية مثل السندات والسلع والعملات وأسعار الفائدة ومؤشرات السوق والأسهم.

عملية التبادل مستقبليًا إلى جانب أنه يتم استخدامها بشكل كبير بين أصحاب الشركات والمناقصات الكبيرة. ويرجع تاريخ استخدام عقود المبادلات إلى عام 1970 عندما طور تجار العملة مبادلات العملة كوسيلة لتجنب الرقابة البريطانية على تحركات العملات الأجنبية⁽¹⁾.

• النوع الثاني: السوق غير المنظمة أو السوق الموازي:

يستخدم اصطلاح الأسواق غير المنظمة على المعاملات التي تجري خارج السوق المنظم (البورصة)، إذ إن هذه الأسواق ليس لها كيان مادي معلوم تجري فيه المعاملات، أي انها اسلوب لأداء الصفقة المتمثل في (التلفون، التلكس، الانترنت، الفاكس)⁽²⁾ الذي يجمع ما بين المستثمرين والتجار المنتشرين داخل دولة ما، ومن خلال هذه الشبكة يستطيع المستثمر إن يختار تداول الاوراق المالية غير المسجلة في البورصة⁽³⁾.

ويطلق على هذه الأسواق اصطلاح الأسواق غير المنظمة على العمليات خارج الصالة (market counter the Over) وتتولاها بيوت السمسرة المختلفة، وتختلف عن البورصة (السوق المنظمة) في عدم وجود مكان محدد تجري فيه المعاملات وإنما يتم التعامل من خلال الاتصالات التلفونية او الالكترونية، ويتم تحديد الاسعار بالتفاوض.

- هناك بعض التطبيقات الجديدة للأسواق الثانوية تتمثل بالاتي:

- السوق الأول: ويتكون من السماسرة العاملين في البورصة.
- السوق الثاني: يتكون من السماسرة العاملين في الأسواق غير المنظمة والمتواجدين في المؤسسات المالية المختلفة والمصارف.

(1) R.Glenn Hubbar, Money, The Financial System and The Economy, 3rd ed, Addison-Wesley publishing company, Inc, 2000, p.215

(2) أصبحت عمليات تداول الأسهم تتم من خلال شبكات الإتصال الإلكتروني "ECN"، والذي يعرف باسم "التداول الإلكتروني"، حيث تمكن تلك الشبكات التواصل بين المتداولين وشركات التداول بشكل مباشر ومن دون تدخل لطرف ثالث مثلما كان يحدث في الماضي، ويقوم الأفراد المتداولين بفتح حساب لدى شركات الوساطة، وبالتالي يستطيع المتداولين إجراء صفقاتهم وجني الأرباح بشكل آمن من خلال الإنترنت.

(3) David. f.swesen " pioneeving portf lio mangement ،édition Free press 2000 ،p222.

- السوق الثالث: ويتمثل في بيوت السماسرة من غير المسجلين في الأسواق المنظمة ولها الحق في التعامل في الاوراق المالية المسجلة في البورصة وهذه تتمثل في المؤسسات الاستثمارية الكبيرة.
- السوق الرابع: وهو السوق الذي تتعامل به المؤسسات الكبرى مباشرة فيما بينها دون الحاجة إلى شركات السمسرة وتجار الاوراق المالية والهدف هو تقليص النفقات باستبعاد عمولات وارباح التجار والسماسرة، ويتم التعامل بين الشركات من خلال شبكة اتصال الكترونية تسمى Instinet اذ يمكن عن طريق هذه الشبكة معرفة أسعار الأوراق المالية وحجم المعاملات.

▪ البند الثاني: الأسواق المستقبلية

وهي أسواق يتم الاتفاق فيها على السعر والأصل المباع والمشتري حالاً على إن يتم الاستلام والتسليم لاحقاً، وتتمثل الأسواق المستقبلية بعقود الخيار والعقود المستقبلية وتستخدم عقود الخيار والمستقبلات لحماية المستثمرين من تقلبات الأسعار المستقبلية وتحقيق الأرباح الرأسمالية. خلال الخمس العقود الاخيرة لاقت الأسواق المالية اهتماماً واسعاً، حيث تعتبر المشتقات من التطورات المهمة في اشكال الاستثمارات، وتعرف المشتقات المالية بأنها عقوداً مالية تشتق قيمتها من قيمة اصول رئيسية تمثل موضوع العقد وان كانت الاوراق المالية الاصلية مثل الأسهم والسندات، والعملات الاجنبية.. الخ، تظهر كبنود داخل الميزانية وتنشأ عنها تدفقات نقدية، فان ادوات المشتقات المالية هي ادوات خارج الميزانية ولا ينشأ عنها تدفقات نقدية ويتم التعامل مع بعض ادوات المشتقات في البورصات اما البعض الاخر فيتم توفيره للعملاء بواسطة المؤسسات المالية، حيث يتم تداولها خارج البورصات وهو ما يطلق عليه بالأسواق غير الرسمية للأوراق المالية.

♦ الفرع الثاني: أسواق النقد

هي الأسواق التي تتداول الأصول قصيرة الأجل، والتي يكون تاريخ استحقاقها لمدة لا تتجاوز السنة، اذ إن الاوراق المالية المتداولة في سوق النقد هي صكوك مديونية تعطي حاملها الحق في استرداد المبلغ الذي سبق إن اقترضه طرف اخر مع فوائده عند فترة الاستحقاق، ويمكن لحاملها التخلص منها في أي وقت (قبل فترة الاستحقاق) وبحد ادنى من الخسائر او من دون خسائر على الاطلاق.

- بمعنى انها اسواق الاستثمار قصير الاجل يتم فيها عمليات الاقراض والاقتراض فيما بين البنوك المحلية او المحلية والاجنبية لفترة لا تزيد عن سنة ويتركز هذا السوق على عامل اساسي هو سعر الفائدة الذي يتحدد بناء على الطلب والعرض⁽¹⁾.
- ويختلف السوق النقدي عن سوق رأس المال بما يلي:
- 1- يعتبر السوق النقدي سوق التمويل قصير الاجل، بينما سوق رأس المال هو سوق التمويل طويل الاجل.
 - 2- يكون لعنصري السيولة والامان الاولوية من قبل المستثمر في سوق النقد، بينما يكون لعنصر الربحية الاولوية لمستثمر سوق رأس المال.
 - 3- إن سوق رأس المال اقل اتساعا من السوق النقدي.
 - 4- إن سوق رأس المال اكثر تنظيما من السوق النقدي والمتعاملين فيه من المتخصصين لذلك يطلق عليه سوق الصفقات الكبيرة⁽²⁾.

○ المبحث الثاني: آليات التداول في بورصة القيم المنقولة ووظائفها

• المطلب الأول: آليات التداول في بورصة القيم المنقولة⁽³⁾

تمثل البورصة مجالا واسعا لتداول مختلف الأوراق المالية، حيث تسمح بنشاط عدد كبير من المتدخلين بالتفاوض حول تسعيرة البورصة بيعا وشراء للقيم المنقولة، ويحكم نشاط

(1) David Kidwll, Richard Peterson and David Richard, Financial Institutions, Markets and Money, 7th edition, Harcourt college, publisher, USA, 2000, p.63

(2) David Boddy management An introduction "2 edition, new York, prentice Hall, 2002, p.sq.

(3) تم تأسيس بورصة الجزائر في شهر 09 ديسمبر سنة 1990 برأسمال إجمالي قدره 32000.00 د ج تحت اسم " شركة القيم المنقولة SVM" وهذا استنادا للمادة 01 من القانون رقم 03/88 الصادر بتاريخ 02 جانفي 1988 وسميت شركة القيم المنقولة تحاشيا لكلمة بورصة التي لها دلالة إيديولوجية رأس المال هذا من جهة ومن جهة أخرى انعدام النص القانوني الذي ينظم عمليات البورصة لان التشريع التجاري الساري المفعول لم يتطرق إلى هذه النشاطات. شمعون شمعون، بورصة الجزائر، الأطلس للنشر، 1993 ص.19.

- مراحل إنشاء بورصة الجزائر للقيم المنقولة: بدأت نشاطها بموجب المرسوم التأسيسي للجنة تنظيم مراقبة عمليات البورصة رقم 93-10 المؤرخ في 23 ماي 1993 والمعدل والمتمم بالقانون رقم 04-03 الصادر بتاريخ 17 فيفري 2000. حيث تعرفها المادة 01 منه كما يلي: " تعد بورصة القيم المنقولة إطارا لتنظيم وسير العمليات فيما يخص القيم المنقولة التي تصدرها الدولة والأشخاص للأخرين من القانون العام والشركات ذات الأسهم رياض.ب. ندوة حول: " المخاطر المحدقة ببورصة الجزائر " 29-30 سبتمبر 2004.

العمليات داخل البورصة هيئات رقابية مختصة بالنظام الداخلي للبورصة لأجل ضمان السير الحسن للمعاملات.

♦ الفرع الأول: الهيئات المسيرة لبورصة الجزائر

طبقا للقانون رقم 03-04⁽¹⁾ فإن بورصة الجزائر للقيم المنقولة تتكون من أربعة هيكل هي:

▪ البند الأول: شركة تسيير بورصة القيم المنقولة:

حيث تتولى هذه الشركة إدارة بورصة القيم المنقولة، وتكتسي شكل شركة ذات أسهم حسب المادة 15 من هذا القانون، ويتمثل هدف هذه الشركة على الخصوص وفقا للمادة 18 من القانون السالف الذكر في مايلي:

- التنظيم العملي لإدخال القيم المنقولة في البورصة.
- التنظيم المادي لمعاملات البورصة واجتماعاتها.
- تسجيل مفاوضات الوسطاء في عمليات البورصة.
- تنظيم عمليات مقاصة المعاملات حول القيم المنقولة.
- تسيير نظام للتفاوض في الأسعار وتحديدتها.
- نشر المعلومات المتعلقة بالمعاملات في البورصة.
- إصدار نشرة رسمية لسعر البورصة تحت رقابة اللجنة.
- على أن هذه اللجنة تمارس مهامها تحت رقابة لجنة ضبط عمليات البورصة.

▪ البند الثاني: الوسطاء في عمليات البورصة:

يقومون بالمفاوضات في المعاملات التي تتعلق بالقيم المنقولة في البورصة، على أنه لا يمكنهم ممارسة مهامهم إلا بعد الحصول على اعتماد من لجنة ضبط عمليات البورصة وهنا

(1) المرسوم التشريعي 93-10 المؤرخ في 23 ماي 1993 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، الجريدة الرسمية رقم 34 والمعدل والمتمم بالقانون 03-04 المؤرخ في 17 فيفري 2003 الجريدة الرسمية رقم 11. والمرسوم التنفيذي رقم 98-170 المؤرخ في 20 ماي 1998 المتعلق بالأتاوى التي تحصلها لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، الجريدة الرسمية رقم 34.

يتعلق الأمر بالشركات التجارية التي تنشأ لهذا الغرض، والبنوك والمؤسسات المالية طبقاً للمادة 6 من القانون رقم 03-04. ومن بين أهم النشاطات التي يقوم بها الوسطاء تنص المادة 7 من القانون السابق الذكر على مايلي:

- التفاوض لحساب الغير .
 - الإرشاد في مجال القيم المنقولة.
 - توظيف القيم المنقولة.
 - التفاوض للحساب الخاص.
 - حفظ القيم المنقولة وإدارتها.
 - إرشاد المؤسسات في مجال هيكله الرأسمال وإدماج وإعادة شراء المؤسسات⁽¹⁾.
- ويتعين على الوسطاء في عمليات البورصة أن يبرموا عقود تفويض مع زبائنهم على أن تنص هذه العقود لزوماً على ضرورة تقديم تقارير دورية إلى هؤلاء الزبائن كل ستة أشهر عن العمليات التي أجروها لحسابهم طبقاً للمادة 13 من القانون رقم 03-04.

▪ البند الثالث: المؤتمر المركزي على السندات:

هو عبارة عن هيئة تؤسس في شكل شركة ذات أسهم، يخضع القانون الأساسي الخاص بها وتعديلاته وكذا تعيين المدير العام والمسيرين الرئيسيين له إلى موافقة الوزير المكلف بالمالية وذلك بعد أخذ رأي لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، وبناء على تقرير معلل من هذه اللجنة يمكن للوزير المكلف بالمالية عزل المدير العام له و/ أو المسيرين الرئيسيين واستخلافهم في انتظار تعيين مدير جديد و/ أو مسيرين جدد من طرف مجلس الإدارة وذلك حسب المادة 19 مكرر 2 من القانون رقم 03-04.

- و تتمثل مهام المؤتمر المركزي على وجه الخصوص في:
- حفظ السندات الذي تمكن من فتح حسابات باسم المتدخلين المعتمدين.
- متابعة حركة السندات من خلال التنقل من حساب إلى آخر.
- إدارة السندات لتمكين المتدخلين المعتمدين من ممارسة حقوقهم المرتبطة بها.

⁽¹⁾ شمعون شمعون، البورصة: بورصة الجزائر: الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 1999، ص 62.

- الترقيم القانوني للسندات.
- نشر المعلومات المتعلقة بالسوق.

• البند الرابع: لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها:

أنشأت بموجب المرسوم التشريعي 93-10 واعتبرت سلطة ضبط مستقلة بموجب القانون المعدل والمتمم رقم 03-04، ولقد أسندت إليها مجموعة من السلطات حتى تتمكن من القيام بمهامها.⁽¹⁾

ويشار إلى أن العمل في بورصة الجزائر منظم بقوانين وأحكام، حيث تتمثل أبرز الشروط لدخول المؤسسات في البورصة فيما يلي:⁽²⁾

- يجب أن تكون شركة ذات أسهم، ورأس مالها يقدر ب 100 مليون دج.
- تحقيق أرباح خلال السنة المالية التي سبقت سنة طلب القبول.
- التوزيع على الجمهور أسهمها، ما نسبته 20 % من رأس المال الاجتماعي الكلي للمؤسسة.
- توزيع رأسمالها على عدد لا يقل عن 300 مساهم في أجل لا يتعدى يوم الإدخال.

♦ الفرع الثاني: نظام التداول في سوق البورصة⁽³⁾

يتطلب التعامل في الأوراق المالية أن تكون هذه الأوراق مسجلة في تسعيرة البورصة، ويشترط لتسجيل الأوراق المالية للشركات المقبولة في السوق الرسمية الشروط التالية:

1. نشر تقرير عن أرباحها، وكذا كل ما يتعلق بالحسابات الختامية لكل دورة مالية.
2. الحصول على موافقة لجنة الأوراق المالية بخصوص الأوراق المقبولة للتسجيل في تسعيرة البورصة.

⁽¹⁾ ربوح عبد الغني، الدور المالي والاقتصادي لبورصة القيم واثرا على اداء المؤسسات - دراسة حالة بورصة الجزائر - رسالة ماجستير في العلوم الاقتصادية: تخصص نقود وتمويل، جامعة بسكرة، 2004 / 2005 ص 89.

⁽²⁾ وصاف عتيقة، الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات واثرا على القطاع المالي في الاقتصاديات العربية - بالتركيز على حالة الجزائر - رسالة ماجستير في العلوم الاقتصادية: تخصص نقود وتمويل، جامعة بسكرة، 2002 / 2003، ص 139-140.

⁽³⁾ محمد فاروق عبد الرسول، الحماية الجنائية لبورصة الأوراق المالية، الإسكندرية، 2007، ص 6 وما بعدها.

فالسوق الأولي، والثانوي هي أسواق منظمة يجرى التعامل داخلها في مكان محدد، وبقوانين صارمة والتعامل بأسلوب المزاد العلني على الأوراق المالية، حيث تسود هذه الأسواق المنافسة الكاملة وصولاً إلى أفضل الأسعار والتي يتم بها تنفيذ العمليات، وبالتالي نجد أوراق مالية موحدة وتسعيرات متطابقة.

• البند الأول: سوق إصدار الأوراق المالية

يتم في نطاقه التعامل مع الأوراق المالية عند إصدارها لأول مرة⁽¹⁾؛ وذلك عن طريق ما يسمى بالاكنتاب، سواء تعلق ذلك بإصدار الأسهم عند تأسيس الشركات الجديدة أو عند زيادة رأسمالها بعد التأسيس، أو بإصدار السندات عند الحاجة إلى قروض طويلة الأجل. والاكنتاب في الأسهم قد يكون خاصاً (مغلقاً) أي مقصوراً على المؤسسين وحدهم وقد يكون عاماً؛ وذلك عن طريق طرح كل أو بعض أسهم الشركة على الجمهور للاكنتاب فيها⁽²⁾.

وعليه يتم في نطاق السوق الأولية معاملات الأوراق المالية ل:

1. الشركات تحت التأسيس والتي تطرح أسهمها للاكنتاب العام لأول مرة
2. زيادة رأسمال شركات قائمة بالفعل من شركات الاكنتاب العام بعد التأسيس.
3. إصدار سندات عند الحاجة إلى قروض طويلة الأجل بغرض زيادة الموارد المالية للوفاء بحاجات استثمارية مطلوبة وهو ما يمثل بدلاً للاقتراض من الجهاز المصرفي أو مكماً له.
4. زيادة رأسمال شركات قائمة بالفعل من شركات الاكنتاب المغلق وفي هذه الحالة يقتصر الاكنتاب على المؤسسين والمساهمين الحاليين للشركة⁽³⁾ وبعبارة أخرى يمكننا القول انها سوق إصدار وطرح الاوراق المالية للاكنتاب⁽⁴⁾ من قبل الجمهور، أي أنها السوق التي

(1) حسين بني هاني، الأسواق المالية: طبيعتها- تنظيمها- أدواتها المشتقة، دار الكندي، الأردن، 2002، ص 20.

(2) حيدر يونس الموسوي، أثر الاداء المالي للمصارف الاسلامية في مؤشرات سوق الاوراق المالية، الاردن والسعودية حالة تطبيقية للمدة (1990-2007) أطروحة دكتوراه، جامعة الكوفة، كلية الإدارة والاقتصاد، 2009، ص 52.

(3) علا عادل عبد العال، دور الاستثمار الاجنبي غير المباشر في تنشيط البورصة المصرية، مجلة بحوث اقتصادية عربية، العددان 63-64، 2013، ص 67.

(4) الترميز:

تنشأ فيها علاقة مباشرة بين مصدر الورقة المالية والمكاتب بها أو بين المقترض والمقرض، وتعتبر الشركات المالية والبنك المركزي من أهم مؤسسات هذه السوق حيث ان الاولى تقوم بوظيفة تغطية الإصدار، بينما يقوم البنك المركزي بإصدار سندات الدين العام⁽¹⁾ نيابة عن الدولة وهذه السوق تتميز بقدرتها على العطاء في رفق الاقتصاد والعمليات التتموية بالأموال الجديدة حيث تتجمع فيها المدخرات ويتم تحويلها الى استثمارات جديدة عن طريق إصدار أوراق مالية تعرض لأول مرة أو التزامات مالية لم تكن قائمة أو متداولة من قبل، وهذا يعمل على إنشاء وقيام مشاريع جديدة تخدم الاقتصاد، إلى جانب المشاريع القائمة، أو يساهم في إجراء توسعات في المشاريع القائمة لزيادة فاعليتها ورفع كفاءتها الإنتاجية⁽²⁾.

- على انه لا يمكن إنكار دور السوق الأولية في الاقتصاد، إذ يبرز دورها من خلال توفير الأموال اللازمة للعمل الإنتاجي ومشاريع التتمية من مصادرها المختلفة وخاصة القطاع الخاص والذي تسعى السوق الى تعظيم مشاركته في عملياتها نظراً للفوائض المالية الكبيرة المتوفرة لديها والدور الكبير الذي يتوقع ان تساهم به في خدمة التتمية في حال قيامها برفد المشاريع الإنتاجية

يقوم المؤتمن المركزي للأوراق المالية بصفته الهيئة المخولة من طرف وزارة المالية بإسناد الرمز ISIN للأوراق المالية وذلك بموجب قانون بورصة القيم المالية رقم 93/10 المؤرخ في 23 ماي 1993 المعدل والمكمل بقانون 03-04 المؤرخ في 19 فبراير 2003 والخاص بحفظ الأوراق المالية وتسوية المعاملات التي تتم بالبورصة وتحت رقابة سلطة ضبط " لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها - COSOB".

يتم الإعلان عن كل رمز مسند على الموقع الإلكتروني للمؤتمن المركزي للأوراق المالية. منذ عام 2005 أصبحت الجزائر للتسوية عضواً بالجمعية العالمية لإسناد رموز الأوراق المالية "ANNA" حيث تقوم بإسناد الرمز ISIN لكل ورقة مالية قبل إدراجها إلى عملياتها.

⁽¹⁾ القيم المدرجة لدى المؤتمن المركزي للأوراق المالية هي:

- أسهم وسندات بما في ذلك القيم المصدرة من طرف هيئات الاستثمار الجماعي للقيم المنقولة وسائر الأدوات المالية (O.P.C.V.M).

- أوراق مالية.

- سندات أخرى (شهادات، سندات، تعهدات...ألخ)

- القيم المتداولة في بورصة الجزائر والقيم الناتجة عنها مثل الرسوم والقوائم.

- القيم المصدرة من طرف الخزينة.

⁽²⁾ أديب قاسم شندي، أوراق المالية، دراسة حالة، مجلة العلوم الاقتصادية، جامعة واسط، العدد الخاص بمؤتمر الكلية، 2013، ص 158.

بالأموال الضرورية اللازمة لها من خلال مشاركتها في عمليات إصدارات السوق الأولية، فضلاً عن دورها الآخر من خلال قدرتها على تحريك المدخرات والفوائد المالية لدى الأفراد والمؤسسات من دائرة الخزن أو الحفظ والاكنتاز إلى دائرة الاستثمار النافع والمثمر⁽¹⁾.

▪ البند الثاني: سوق تداول الأوراق المالية

وهي سوق التداول والتي يتم فيها بيع وشراء الأوراق المالية وتداولها بين حاملها ومستثمر آخر بعد مرحلة إصدارها في (السوق الأولية) بمعنى آخر هي تلك السوق التي تتحد فيها قيم أدوات الاستثمار المختلفة بصورة طبيعية من خلال النقاء العرض بالطلب بأية وسيلة من وسائل الاتصال المعروفة وهذا يعني أن (السوق الثانوية) تقوم بتوفير المكان والقوانين اللازمة لتنظيم تبادل الأوراق المالية بين المستثمرين وإيجاد السيولة اللازمة لتحويل الأوراق المالية إلى نقد، والسوق الثانوية لها شكلان السوق-غير المنظمة والسوق المنظمة هي ما يعرف بالبورصة أو سوق الأوراق المالية⁽²⁾.

اي انه بعبارة أخرى يمكن القول ان السوق الثانوية هي السوق التي يتم في نطاقها التعامل على الأوراق المالية التي سبق إصدارها في السوق الأولية وتم الاكتتاب فيها. ويشمل تداول هذه الأوراق المالية بالسوق الثانوية البيع والشراء بين حاملها وأي مستثمر آخر؛ لذا فالملاحظ في هذه السوق أن متحصلات بيع الأوراق المالية لا تذهب إلى الجهة التي أصدرتها بل تذهب إلى حاملي هذه الأوراق الذين يحصلون على ناتج عملية البيع؛ فهم يتحملون الخسائر (في حالة نقص سعر بيع الورقة عن سعر شرائهم لها)، كما أنهم يجنون الأرباح في حالة زيادة سعر بيع الورقة عن سعر شرائهم لها وهذه السوق إما أن تكون منظمة وتدعى حينئذ "بالبورصة"، أو غير منظمة وفي هذه الحالة يتم تداول الأوراق المالية خارج البورصة، وذلك من خلال البنوك والصرافة وسماسرة الأوراق المالية⁽³⁾.

(1) أشرف محمد دوابه، تكامل الأسواق المالية العربية، آفاق وتحديات، بحث مقدم لمؤتمر) القضايا الملحة للاقتصاديات الناشئة في بيئة الأعمال الحديثة)، كلية إدارة الأعمال، جامعة الأردن، عمان، للفترة من 14-15 أبريل 2009، ص 4.

(2) أشرف محمد دوابه، تكامل الأسواق المالية العربية، آفاق وتحديات، بحث مقدم لمؤتمر (القضايا الملحة للاقتصاديات الناشئة في بيئة الأعمال الحديثة)، كلية إدارة الأعمال، جامعة الأردن، عمان، للفترة من 14-15 أبريل 2009، ص 4.

(3) عبد الباسط مولود، تداول الأوراق المالية، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي، ط 2006، ص 31.

وكما للسوق الأولية دور مهم في الاقتصاد فان السوق الثانوية لاتقل اهمية عنها، اذ تعتبر من العوامل الهامة في نمو الاقتصاد القومي لأنها تساهم في تخصيص المدخرات المتوفرة على الشركات المستحقة لها كما أن نجاح السوق الثانوية وزيادة نشاطها يضيفي على الأوراق المالية جاذبية تعمل على استقطاب المدخرين⁽¹⁾، وهذا ينعكس ايجابياً على السوق الأولية للإصدارات حيث يؤدي إلى زيادة إقبال المستثمرين وتفاعلهم مع عمليات السوق الأولية المتمثلة في الإصدارات والاككتابات الجديدة سواء كانت الشركات جديدة تؤسس لأول مرة، ام لزيادة رؤوس أموال الشركات القادمة لتقوم بتطوير عملياتها الإنتاجية، وهذا بلا شك يعظم من فرص أنشاء وتأسيس شركات مساهمة عامة جديدة وهو ما تسعى اليه سوق الأوراق المالية الى تحقيقه لخدمة الاقتصاد الوطني⁽²⁾.

يمكن إجمال كل هذا في الفروع التالية:

- 1- **فرع التسجيل:** يُعرف بالسوق الأولي، ويتم به عرض السندات، ويتميز بمركزيّة الاكتتابات، وتخصيص السندات حسب نوع المستثمرين.
- 2- **فرع التفاوض:** يُعرف هذا الفرع بالسوق الثانوي، وبه يتم تنظيم ومراقبة السوق، وتسجيل المعاملات الماليّة، وتمركز العروض العمومية، بالإضافة إلى إجراء العمليات اللازمة على السندات وحساب المؤشرات، وينقسم هذا السوق إلى قسمين، يتمثلان فيما يأتي:
 - **السوق المركزي:** هو السوق الذي يتضمن مختلف الأوامر التي تتعلق في البيع والشراء لقيمة ماليّة منقولة ومدرجة في بورصة القيم.
 - **سوق الكتل:** هو السوق الذي يتم به التفاوض بالتراضي والاتفاق بشكل مباشر حول العمليات التي تختص بالقيم المنقولة، والتي تتمثل في الكميات التي تزيد عن الحجم الأدنى للكتل أو تساويها، وذلك باتباع شروط الأسعار الصادرة من السوق المركزي.
- 3- **فرع الإتمام:** في هذا الفرع يتم استلام السندات وتسديد أسعارها نقدياً، وتتدخل الشركة الوسيطة للتأكد من ضمان حسن إتمام العمليات، ومواجهة أي مخاطر.

(1) عبد الباسط كريم مولود، المرجع السابق، ص34.

(2) أحمد خضر، صناديق الاستثمار التقليدية، دراسة تطبيقية على سوق مصر للأوراق المالية، رسالة ماجستير، جامعة دمشق، كلية الادارة والاقتصاد، 2009، ص.

والمستقرى من هذا بأن هناك علاقة بين نشاط كل من السوقيين (الأولية والثانوية)، فكلاهما تؤثر في الأخرى وتتأثر بها، (فالسوق الثانوية) ذات الكفاءة العالية والقدرة على إضفاء السيولة والضمان والربحية على الورقة المالية المتداولة في قاعتها بناء على أسس عادلة وسليمة، تعمل على تشجيع الجمهور على توجيه مدخراتهم نحو الاستثمار عن طريق الاكتتاب باي إصدارات جديدة للأوراق المالية فالذي يتحقق في (السوق الثانوية) من مستويات نشاط مرتفعة تلمس أثره الإيجابي في عمليات (السوق الأولية)، كما أن نجاح عمليات (السوق الأولية) في تغطية إصدارتها وزيادة حجم مشاركة الأفراد في عملياتها ينعكس إيجابيا على نشاط (السوق الثانوية) شكل زيادة في حجم التداول المتحقق فيها، أي أن نجاح إحدى السوقيين وثيق الصلة بنجاح السوق الأخرى⁽¹⁾.

♦ الفرع الثالث: التداول الإلكتروني

تحظى قضية تطوير الأسواق المالية باهتمام واسع، خاصة بعد أن شهدت تجارة الأسهم عبر الإنترنت نموا معتبرا في السنوات القليلة الماضية بفعل التوسع في استخدام شبكة الويب، كما اتجهت العديد من البورصات في الدول العربية والأجنبية إلى توفير آليات لتداول الأسهم عبر الشبكة الدولية لجذب شريحة جديدة من المستثمرين، لم تكن متواجدة من قبل على ساحة سوق الأوراق المالية، ومع التزايد المستمر لأهمية الدور الذي تلعبه شبكة الإنترنت سواء على المستوى الشخصي أو المهني حيث كان من الضروري أن يظهر مفهوم "التداول الإلكتروني" في الأسواق المالية وهو عبارة عن إمكانية بيع وشراء الأوراق المالية أو مشتقاتها إلكترونيا عبر شبكة المعلومات أو الإنترنت.

▪ البند الأول: مفهوم التداول الإلكتروني

هو المبادلات والتداولات التجارية التي تتم عن طريق الوسائل الإلكترونية والرقمية" ويندرج مفهوم التداول الإلكتروني تحت ما يسمى بالاقتصاد الرقمي، ويشمل في ذلك جميع المبادلات والصفقات والتدفقات المعلوماتية الخاصة بالأدوات المالية، وذلك باستخدام الأشكال المتعددة للإرسال والاتصال الإلكتروني مثل الهاتف والتلفزيون وشبكات الحاسب الآلي والإنترنت.

(1) عبد الباسط كريم مولود، مرجع سابق، ص34.

• البند الثاني: نظام التداول الإلكتروني

يعد نظام التداول الإلكتروني نظام اتصالات بين أطراف التداول؛ يبدأ بقبول رسائل المتداولين في شكل أوامر بيع وشراء، ويبحث في صورة عروض وطلبات، ويتم تنفيذها في ظل قواعد أولوية واضحة، وينتهي بتسوية الصفقات المنفذة، وبناء عليه يمكن تقسيم نظام التداول الإلكتروني إلى أربع مكونات: نظام توجيه الأوامر، ونظام المعلومات، ونظام تنفيذ الأوامر، ونظام التسوية.

- **نظام توجيه الأوامر:** يحدد هذا النظام من يحق له إدخال أمر في النظام، ونوع الأوامر المقبولة، وكيفية تجميع الأوامر في سجل الأوامر المقيدة أو سجل الأوامر المختصا، ومن ثم إعدادها لمرحلة التنفيذ.
- **نظام المعلومات:** يوفر هذا النظام وضع العروض والطلبات القائمة، وأسعار الصفقات السابقة وكمياتها، وعادة ما تعرض محتويات سجل الأوامر للمتداولين في صورة عروض مرتبة تنازليا وطلبات مرتبة تصاعديا.
- **نظام تنفيذ الأوامر:** يحدد هذا النظام الآلية التي يتم من خلالها تحويل الأوامر إلى صفقات، ويجب أن تحدد هذه الآلية أيضا ما إذا كان سيتم تنفيذ الأوامر من خلال سوق نداء أم سوق مستمرة.

• البند الثالث: مخاطر التداول عبر الإنترنت

- فقدان كلمة المرور الخاصة بحساب المستثمر.
- إن فقدان أو ضياع معلومات الدخول الخاصة بحساب المستثمر كاسم المستخدم وكلمة المرور، أو إهمال المستثمر المتمثل في عدم المحافظة عليها، أو إفشاءها للغير قد يترتب عليه مخاطر عديدة تكمن في تمكن طرف ثالث من الدخول إلى حساب المستثمر وإساءة استخدام هذا الحساب.
- آلية عمل برنامج التداول عبر الإنترنت.
- إن عدم اطلاع المستثمر جيدا على وظائف برنامج التداول عبر الإنترنت قبل البدء باستخدامه قد يؤدي إلى ارتكابه أخطاء قد تحقق خسارة غير مرغوب فيها، لذا يجب على

المستثمر أن يطلع جيداً على دليل استخدام البرنامج قبل استخدامه للتعرف على جميع وظائفه بشكل جيد، والاستفسار من الوسيط عن أية أمور لم تتضح له من خلال دليل المستخدم.

- أعطال شبكة الإنترنت.

نظراً لأن الوسيط لا يملك أي سيطرة على شبكة الإنترنت المستخدمة لتقديم خدمة التداول للمستثمرين، فإن الأعطال التي تتعرض لها هذه الشبكة قد تؤدي إلى الانقطاع الجزئي أو التام للخدمة، الأمر الذي يعني فقدان الاتصال مع الأوامر المدخلة إلى نظام التداول الإلكتروني، وعلى المستثمر في مثل هذه الحالة الاتصال فوراً مع الوسيط وإبلاغه بالمشكلة التي تعرض لها ليقوم الوسيط بدوره بالسيطرة على الأوامر المدخلة والعودة إلى الطريقة التقليدية في التداول لحين عودة الخدمة وذلك وفقاً لأوامر العميل.

- سرعة الاتصال مع شبكة الإنترنت.

كما أنه ليس للوسيط أي سيطرة على شبكة الإنترنت فإنه أيضاً لا يملك أي سيطرة على سرعة اتصال المستثمر بها، الأمر الذي قد يؤثر على كفاءة استقبال المعلومات أو تسييرها عبر الإنترنت، مما قد يؤدي إلى حدوث تأخير في استلام معلومات التداول ورسائل التبليغ الواردة من نظام التداول بخصوص الأوامر المدخلة، كما قد يترتب على هذا الأمر تأخر إرسال أوامر الشراء والبيع إلى نظام التداول الإلكتروني.

- ازدياد حدة نشاط حركة التداول بشكل مفاجئ.

إن ازدياد نشاط حركة التداول بشكل مفاجئ أو حتى ازدياد شدة التزامم على الخدمة التي يقدمها الوسيط لعملائه قد يترتب عليه ازدياد زخم المعلومات التي يتم تراسلها من خلال شبكة الإنترنت، الأمر الذي قد يؤدي إلى احتمالية تأخر وصول المعلومات أو تحديث أسعار الأوراق المالية على البرنامج المستخدم، إضافة إلى الدور الذي قد تلعبه في انقطاع أو فشل الاتصال بالخدمة.

- أعطال جهاز الحاسب الآلي المستخدم من قبل المستثمر.

إن الأعطال التي قد يتعرض لها جهاز الحاسب الآلي الخاص بالمستثمر قد تؤدي إلى تقليل فرصة إتمام العمليات أو عدم التمكن من تنفيذها نهائياً، أو عدم إمكانية الدخول إلى الإنترنت للاتصال بالخدمة، أو حتى عدم استلام رسائل التبليغ الواردة من نظام التداول الإلكتروني بخصوص الأوامر المدخلة، لذا يجب على المستثمر إجراء الصيانة الدورية اللازمة لجهاز الحاسب الآلي الخاص به خشية تعرضه لأعطال مفاجئة.

• أخطاء في أسعار ومعلومات تداول الأوراق المالية التي يتم بثها من خلال برنامج التداول عبر الإنترنت.

قد تؤدي الأعطال المذكورة أعلاه والتي تتعرض لها الأنظمة والبرمجيات، أو الأجهزة وخطوط الاتصال المستخدمة إلى وصول المعلومات بشكل خاطئ إلى المستثمر، لذا على المستثمر في حال ملاحظة أي أخطاء في الأسعار ومعلومات التداول الأخرى التوقف عن استخدام الخدمة فوراً وإبلاغ الوسيط بذلك خشية تحقق خسائر غير مرغوب فيها.

• تدخل طرف ثالث.

من المخاطر التي قد يتعرض لها المستثمر أيضاً هي عملية تدخل طرف ثالث في شبكة الاتصال بما في ذلك اعتراض رسائل التبليغ أو إرسالها من قبل المحتالين ومنتحلي شخصيات الآخرين مثل الأشخاص الذين يتمكنون من ترصد مواقع شبكة الإنترنت والدخول إليها والعبث بها. كما يشمل هذا النوع من المخاطر قيام طرف ثالث بإدخال برامج وأنظمة إلى جهاز الحاسب الآلي الخاص بالمستثمر بما في ذلك الفيروسات وبرامج التطفل والتسلل... الخ، والتي يمكن أن تتداخل مع أو تتلف الاتصالات وتسبب ضرراً في أنظمة الحاسب الآلي المستخدم.⁽¹⁾

لذا يجب على المستثمر أن يقوم دائماً بتشغيل البرامج الحاجبة والواقية من المتطفلين والمتسللين (Firewalls)، والبرامج المضادة للفيروسات، والعمل على متابعة عملية تحديثها بشكل دوري ووفقاً لما تتطلبه هذه البرامج الأمر الذي يكفل الحد من مخاطر تدخل طرف ثالث في أجهزة الحاسب الآلي الخاصة بالمستثمر.

- التعديلات الداخلية على أنظمة الحاسب الآلي التابع للمستثمر من قبل موظفيه ومستخدميه والعاملين لديه (في حال كان المستثمر شخص اعتباري).
- الإهمال في التعامل مع البيانات الحساسة والسرية من قبل أشخاص يستخدمون أنظمة الحاسب الآلي الخاصة بالمستثمر أو البيانات المخزنة فيها.
- عدم توفير البرامج الحاجبة والواقية (firewalls) وكلمات السر وآليات مراقبة الدخول الأخرى على جهاز الحاسب الآلي الخاص بالعميل، والتي تساعد في التقليل من مخاطر استخدام شبكة الإنترنت في الاتصالات وفي تنفيذ عمليات التداول.

⁽¹⁾ <https://www.ase.com>

• أية مخاطر أخرى ناجمة عن استخدام شبكة الإنترنت.
كما يقر العميل بأنه على علم بأن تقنيات الأمن والحماية، والوسائل المستخدمة لغايات الاقتحام والدخول إلى مواقع الإنترنت والعبث بها والاعتراض والتدخل في اتصالات الإنترنت وأية مخاطر أخرى ناتجة عن استخدام شبكة الإنترنت تتزايد بصورة مطردة مع الوقت، وأنه من الضروري متابعة تحديث تقنيات وإجراءات الأمن والحماية باستمرار، وتحسين اتصالات الإنترنت وآليات تنفيذ عمليات التداول التي تتم من خلال شبكة الإنترنت.⁽¹⁾

• المطلب الثاني: وظائف الأسواق المالية

أصبحت البورصة في الوقت الحالي ضرورة حتمية استلزمها المعاملات التجارية بين الأفراد والشركات ووجدت أساسا للقيام بمجموعة من الوظائف والأدوار لأجل التنمية الاقتصادية يمكن إيجازها فيما يلي:

♦ الفرع الأول: تعبئة الادخار وتمويل الاستثمارات

تنمية الادخار عن طريق تشجيع الاستثمار في الأوراق المالية، وتوجيه المدخرات لخدمة الاقتصاد القومي. حيث تشجع سوق الأوراق المالية على تنمية عادة الادخار الاستثماري، خاصة بالنسبة لصغار المدخرين الذين لا يستطيعون القيام بمشاريع مستقلة بأموالهم القليلة، ومن ثم فإنهم يفضلون شراء أوراق مالية على قدر أموالهم، وهذا يساعد على خدمة أغراض التنمية والحد من التضخم، كما أنها تساعد على توجيه المدخرات نحو الاستثمارات الملائمة (سواء في الأسهم أو السندات) وذلك وفقا لاتجاهات الأسعار⁽²⁾.

♦ الفرع الثاني: توفير السيولة

- وهي من أبرز وظائف أسواق رأس المال، بحيث توفر السيولة بشكل مستمر للمشاريع الاستثمارية طويلة الأجل عكس البنوك، إلى جانب سهولة تحويل تلك الأدوات المالية إلى نقود عند تداولها مما يساعد في تحريك عجلة النمو والتنمية الاقتصادية.

⁽¹⁾ <https://www.ase.com>

⁽²⁾ حسام الدين محمد، الوظائف الاقتصادية للبورصة متوفر على الموقع التالي: <http://www.Islamonline.net>.

- المساعدة في تحويل الأموال من الفئات التي لديها فائض (المقرضين) إلى الفئات التي لديها عجز المقترضين. فالمقرضون يقومون بتخفيض نفقاتهم الاستهلاكية الحالية مقابل الحصول على دخول أعلى في المستقبل عند حلول آجال استحقاق تلك القروض، وعندما يقوم المقترضون باستخدام تلك الأموال المقترضة في شراء وتأجير عناصر الإنتاج، فإنهم سوف ينتجون دخولا أعلى، وبالتالي زيادة مستوى المعيشة ليس فقط للمقرضين بل لكل فئات المجتمع.

♦ الفرع الثالث: الاحتفاظ بالثروة

فالأدوات المالية التي يوفرها سوق المال تعمل كمخزن للقيمة، بمعنى أنه يمكن الاحتفاظ بها للتداول في الوقت الذي تضمن فيه هذه الأداة الأمان والربح، وبالتالي زيادة الثروة للمستثمر أو المدخر.

♦ الفرع الرابع: تخفيض مخاطر الاستثمار

يتم تخفيض المخاطر سواء الناتجة عن سوء الإدارة أو تقلبات الأسواق عن طريق تنويع الأدوات المالية المكونة للمحفظة المالية مما يقلل المخاطر، إلى جانب خاصية توفير جميع المعلومات عن أداء الشركات الذي يساعد في اختيار الأداة المالية من الشركة المناسبة والمتوقع الربح من خلالها.

♦ الفرع الخامس: تحقيق الاستقرار الاقتصادي

- عن طريق توفير كل الوظائف السابق ذكرها لسوق رأس المال والطرق المختلفة لتوفير السيولة بشكل مستمر للمشاريع الاستثمارية قصيرة الأجل أو طويلة الأجل يساعد في النمو الاقتصادي وارتفاع مستوى معيشة الفرد وتقليل التضخم وتوفير فرص عمل في ظل وجود تلك المشاريع.
- المساهمة في تمويل خطط التنمية عن طريق طرح أوراق مالية حكومية في تلك السوق. حيث رافق بروز أهمية الأوراق المالية التي تصدرها شركات المساهمة ازدياد التجاء الحكومات

- إلى الاقتراض العام من أفراد الشعب، لسد نفقاتها المتزايدة وتمويل مشروعات التنمية، وذلك عن طريق إصدار السندات والأذون التي تصدرها الخزنة العامة ذات الأجل المختلفة، ومن هنا صارت هذه الصكوك مجالاً لتوظيف الأموال لا يقل أهمية عن أوجه التوظيف الأخرى.
- المساهمة في دعم الائتمان الداخلي والخارجي. حيث إن عملات البيع والشراء في بورصة الأوراق المالية تعد مظهراً من مظاهر الائتمان الداخلي، فإذا ما ازدادت مظاهر هذا الائتمان ليشمل الأوراق المالية المتداولة في البورصات العالمية أصبح من الممكن قبول هذه الأوراق كغطاء لعقد القروض المالية⁽¹⁾.
 - المساهمة في تحقيق كفاءة عالية في توجيه الموارد إلى المجالات الأكثر ربحية؛ وهو ما يصاحبه نمو وازدهار اقتصادي. وهذا الأمر يتطلب توافر عدة سمات في سوق الأوراق المالية، يمكن إيجازها فيما يلي:
 - كفاءة التسعير: بمعنى أن تعكس الأسعار كافة المعلومات المتاحة.
 - كفاءة التشغيل: بمعنى أن تتضاءل تكلفة المعاملات إلى أقصى حد، مقارنة بالعائد الذي يمكن أن تسفر عنه تلك المعاملات.
 - عدالة السوق: بمعنى أن تتيح السوق فرصة متساوية لكل من يرغب في إبرام الصفقات.
 - الأمان: ويقصد به ضرورة توافر وسائل للحماية ضد المخاطر التي تنجم عن العلاقات بين الأطراف المتعاملة في السوق، مثل مخاطر الغش والتدليس وغيرها من الممارسات اللاأخلاقية التي يعمد إليها بعض الأطراف.
- إن سوق الأوراق المالية تعتبر أداة هامة لتقويم الشركات والمشروعات. حيث تساهم في زيادة وعي المستثمرين وتبصيرهم بواقع الشركات والمشروعات، ويتم الحكم عليها بالنجاح أو الفشل. فانخفاض أسعار الأسهم بالنسبة لشركة من الشركات دليل قاطع على عدم نجاحها أو على ضعف مركزها المالي؛ وهو ما قد يؤدي إلى إجراء بعض التعديلات في قيادتها أو في سياستها أملاً في تحسين مركزها⁽²⁾.

⁽¹⁾ سعيد النجار، السياسات المالية وأسواق المال العربية، صندوق النقد العربي، أبو ظبي، 1994، ص 95

⁽²⁾ Peters. Rose , Money and capital Markets , 8th edition , McGraw – Hill , Inc, USA , 2003 P.7

○ الخاتمة

صفوة القول هي أن التداول والمضاربة في الأسواق المالية متاحة للجميع كما أن لها دورًا حيويًا في تنمية الاقتصاد لذا لا بد من التوعية بأهميتها وكيفية المشاركة بها لتحريك عجله التنموية والنمو الاقتصادي الذي يعود بالنفع على الأفراد والمجتمع.

كما حاولنا في هاتمة المقالة الإلمام بكل الجوانب الخاصة بالأسواق المالية حيث توصلنا إلى أن الأسواق المالية لها أهمية بالغة سواء من خلال مكوناتها أو من حيث وظائفها ، فقد تطرقنا بالتفصيل إلى أهميتها إذ أنها تعمل على تسهيل انتقال رؤوس الأموال من المدخرين أو أصحاب الفائض إلى أصحاب العجز أو المستثمرين.

كما أنها تخلق جو ملائم من أجل استثمار هذه الأموال المتعلقة بمدى كفاءة هذا السوق كما أنها تعمل على حسن استخدام المواد المتاحة بكفاءة على النحو الذي يحقق توفير موارد للتمويل لتوظيف هذه الأموال وسد العجز، وذلك باختلاف أنواع هذه الأسواق سواء كانت ثانوية منظمة أو غير منظمة فان هدفها واحد هو توفير السيولة التي تحول من المدخرين إلى المستثمرين.

كما تبين لنا أن للتداول الإلكتروني دور بارز في إلغاء ضرورة التواجد المكاني عند عقد الصفقات وفي ذلك توفير للوقت والجهد والمال، بالإضافة إلى أن التداول الإلكتروني يعطي مزيدا من الشفافية والإفصاح عن التداول، وبالتالي زيادة إقبال المستثمرين على التداول في السوق.

فقد ساهمت مكننة أنظمة التداول في رفع كفاءة وسرعة التعامل بالأوراق المالية وزيادة الشفافية والأمان لدى المتعاملين، وإدخال خدمة التداول عن بعد وهي من ضمن الخدمات الجديدة التي شهدتها أسواق الأوراق المالية المتطورة وذلك من أجل تمكين شركات الوساطة من إتمام الصفقات من مكاتبها دون الحاجة إلى وجود مندوبين عنها في السوق تساهم الأنظمة الإلكترونية الحديثة في تحقيق المزيد من العدالة والسرعة والسهولة في تنفيذ الأوامر، بالإضافة إلى تسهيل الرقابة على عمليات التداول ونشر المعلومات بشكل فوري.

الدراسة الخامسة:

قراءة في مستجدات التنظيم القانوني للأعمال التجارية والافلاس والشركات في ضوء التشريع المقارن (القانون القطري نموذجاً)

د. فاتن حسين حوى⁽¹⁾

دخل النشاط التجاري في لبنان مرحلة جديدة اعتباراً من أول شهر تموز/يوليو 2019،⁽²⁾ حيث بدأ نفاذ التعديلات الأبرز والأوسع على قانون التجارة اللبناني،⁽³⁾ منذ صدوره عام 1942، وقد صدرت هذه التعديلات بموجب القانون رقم 126 الصادر بتاريخ 2019/03/29 بتعديل قانون التجارة البرية في لبنان.

وقد انصبت التعديلات الجديدة على تطوير النظام القانوني لبعض التزامات التجار في ممارستهم للأعمال التجارية كمسك الدفاتر التجارية وكذلك تطوير القواعد المنظمة للإفلاس وكذلك النظام الحاكم للشركات التجارية وغيرها من الأحكام ذات الصلة.

وتأتي هذه التعديلات مترافقة مع اطر قانونية جديدة تحكم النشاط التجاري وتطور منظومته القانونية، وتمثل ذلك بصدور قانون المعاملات الالكترونية والبيانات ذات الطابع الشخصي رقم 81 الصادر بتاريخ 2018/10/10،⁽⁴⁾ وقانون تعديل نظام الشركات

⁽¹⁾ أستاذ القانون التجاري المشارك - كلية القانون بجامعة قطر

⁽²⁾ وذلك بموجب القانون رقم 126 الصادر بتاريخ 2019/03/29 بتعديل قانون التجارة البرية الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم 304 تاريخ 1942/12/4 وتعديلاته، وإضافة أحكام جديدة عليه، وتعديل المادة 844 من قانون الموجبات والعقود، والمنشور في عدد الجريدة الرسمية اللبنانية رقم 18، تاريخ النشر 2019/04/1، الصفحة: 1282-1338.

⁽³⁾ حيث تنص المادة 127 من القانون المشار اليه على أن " ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به بعد ثلاثة أشهر من تاريخ نشره".

⁽⁴⁾ قانون المعاملات الالكترونية والبيانات ذات الطابع الشخصي رقم 81 الصادر بتاريخ 2018/10/10، والمنشور بالجريدة الرسمية اللبنانية عدد رقم 45، تاريخ النشر: 2018/10/18. وبحسب مادة الإصدار فإن هذا القانون يعمل به بعد ثلاثة أشهر من تاريخ نشره أي 2019/1/18.

المحضور نشاطها خارج لبنان - أوف شور رقم 85 الصادر بتاريخ 2018/10/10،⁽¹⁾ وقانون الوساطة القضائية في لبنان رقم 82 الصادر بتاريخ 2018/10/10،⁽²⁾ وقانون الغاء الأسهم لحامله والأسهم لأمر رقم 75 الصادر بتاريخ 2016/10/27،⁽³⁾ وغيرها من التطورات التشريعية.

تركز هذه الدراسة على مناقشة المستجدات القانونية في التشريعات التجارية اللبنانية ضمن دراسة تحليلية نقدية في ضوء التشريع المقارن، على ان تكون المقارنة مع القانون القطري كنموذج لتطوير البيئة التشريعية في الميدان الاقتصادي عموماً والتجاري بشكل خاص، وذلك لبيان مدى كفاية التعديلات الجديدة في القانون اللبناني في ميزان التطوير المنشود في التشريعات التجارية.

♦ هدف البحث:

يهدف البحث الى دراسة بعض المستجدات التشريعية في التنظيم القانوني للأعمال التجارية والافلاس في التشريع اللبناني مقارنة بالتشريع القطري من خلال المواءمة بين ضرورات التطوير التشريعي في الميدان الاقتصادي عموماً ومبررات مصلحة أطراف العمليات التجارية وذلك بدراسة ماهية هذه المستجدات ومضمونها.

⁽¹⁾ قانون تعديل نظام الشركات المحصور نشاطها خارج لبنان - أوفشور رقم 85 الصادر بتاريخ 2018/10/10، بتعديل بعض أحكام المرسوم الاشتراعي رقم 46 الصادر في 24 حزيران 1983 بشأن شركات الإفشور. ولعل الأبرز في هذا التعديل هو ما ورد في المادة الأولى منه من حيث إجازة تأسيس هذا النوع من الشركات من شخص واحد. يذكر أنه بمراجعة التطبيق العملي لهذا القانون نجد أن شركة وورلد ادفايزورز سجلت لدى السجل التجاري في بيروت تحت اسم (وورلد ادفايزورز ش م ل (أوف شور) شركة شخص واحد) تحت رقم 1809809 تاريخ التسجيل: 2019/22/2، وهذه البيانات مستقاة من الموقع الإلكتروني للسجل التجاري في بيروت

<http://cr.justice.gov.lb/search/result.aspx?id=1000127616>

⁽²⁾ قانون الوساطة القضائية في لبنان رقم 82 الصادر بتاريخ 2018/10/10، والمنشور بالجريدة الرسمية اللبنانية عدد رقم 45، تاريخ النشر: 2018/10/18.

⁽³⁾ قانون الغاء الأسهم لحامله والأسهم لأمر رقم 75 الصادر بتاريخ 2016/10/27، والمنشور بالجريدة الرسمية اللبنانية عدد رقم 52، تاريخ النشر: 2016/11/3.

♦ إشكالية البحث:

تتركز إشكالية البحث في مدى كفاية القواعد التي أتى بها المشرع اللبناني في مجال المعاملات التجارية في ظل حاجات المجتمع وفي ضوء التجربة المقارنة، وذلك من خلال البحث في مستجدات التنظيم القانوني للأعمال التجارية والافلاس والشركات وبخاصة شركة المساهمة وشركة الشخص الواحد.

♦ أهمية البحث:

ترجع أهمية البحث الى كون التعديلات التشريعية الجديدة لقانون التجارة اللبناني وكذلك التشريعات الجديدة التي أصدرها المشرع اللبناني في هذا المجال تعد تطويرا شاملا للنظام القانوني الحاكم للمعاملات التجارية عموما، فمن الأهمية بمكان رصد هذه المستجدات القانونية وقياس مدى كفايتها ومقارنتها مع الأطر القانونية المقارنة.

♦ منهج البحث:

تم التركيز على اعتماد المنهج التحليلي الاستقرائي المقارن في تناول مستجدات التنظيم القانوني للمعاملات التجارية، وذلك لأهمية تحليل الاحكام القانونية الجديدة في القانون اللبناني ودراسة مدى كفايتها وذلك عبر نقد بعض النصوص واقتراح تطويرها وذلك في ضوء التجربة المقارنة وأفضل الممارسات في هذا الإطار .

♦ خطة البحث: يقسم البحث ضمن هذا الإطار على النحو التالي:

المطلب الأول: مستجدات التنظيم القانوني للأعمال التجارية

المطلب الثاني: مستجدات التنظيم القانوني للإفلاس

المطلب الثالث: مستجدات التنظيم القانوني للشركات التجارية

○ المطلب الأول: مستجدات التنظيم القانوني للأعمال التجارية

نعرض في هذا الإطار للمستجدات في مجال الدفاتر التجارية الإلزامية ومدى تطلب استخدام الوسائل الرقمية في مسكها والموجبات المرتبطة بمسك الدفاتر .

• الفرع الأول: التزام التاجر بمسك الدفاتر التجارية باستخدام الوسائل الرقمية

الزم المشرع اللبناني التاجر بمسك مجموعة من المستندات المرتبطة بشكل مباشر بنشاطه التجاري، وتعتبر ذات أهمية في اثباتها ورقابتها. وتتمثل هذه المستندات بدفترتي اليومية والأستاذ، ويعبر دفتر اليومية عن الدفتر الذي يتم فيه تسجيل العمليات المالية التي يقوم بها التاجر يوميا او شهريا بحسب طبيعة العمل، اما دفتر الاستاذ فهو الدفتر الخاص بفتح ومتابعة الحسابات المتعلقة بالنشاط التجاري، ويقع هذا الالتزام سواء كان التاجر شخصا طبيعيا او معنويا، مع الاخذ بعين الاعتبار ما نصت عليه المادة العاشرة من قانون التجارة البرية اللبناني من اعفاء " الافراد الذين يتعاطون تجارة صغيرة او حرفة بسيطة ذات نفقات عامة زهيدة كالبائع الطواف او البائع بالمياومة او الذين يقومون بنقلات صغيرة على البر أو سطح الماء" من هذا الالتزام.⁽¹⁾ والجديد الذي اتى به المشرع في هذا الإطار يتمثل في إعطاء الخيار للتاجر في الطريقة التي ينفذ فيها التزامه، بحيث يستطيع التاجر مسك الدفاتر المشار اليها يدويا او عبر تطبيق رقمي تتوفر فيه شروط التحصين من أي مخاطر تقنية او غيرها إضافة الى تطابق هذا التطبيق مع المعايير المحددة قانونا.

بيد ان المشرع اللبناني لم يفتح الباب امام التاجر على مصراعيه في الاختيار، حيث الزم المشرع كل تاجر بمسك الدفاتر التجارية المشار اليها عبر التطبيق الرقمي بعد مرور مدة زمنية حددها بسنتين تبدأ من تاريخ صدور قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني.⁽²⁾ ولعل المشرع في هذا الإطار حاول المواءمة مع تطور المعاملات التجارية على الصعيد المحلية والدولية باستخدام التكنولوجيا والتقنيات الرقمية، كما أتى المشرع متوائما مع نفسه بعد ان أصدر قانونا متخصصا بالمعاملات الالكترونية عام 2018.

ولكن المشرع بإلزامه التاجر بعد مضي سنتين على صدور هذا القانون بمسك الدفاتر التجارية الكترونيا يكون قد كلف بعض فئاتهم بما لا يطيقون، فالمشرع افترض ان كافة التجار سيستخدمون التطبيق الرقمي لمسك دفاترهم التجارية، كما افترض ان المعايير المتطلبة في

⁽¹⁾ انظر في الفئات المعفاة من الالتزام بمسك الدفاتر التجارية: أدوار عيد وكريستيان عيد، الوسيط في القانون التجاري - ج1 - الاعمال التجارية-التجار - المؤسسة التجارية- الملكية الصناعية، ط1، مكتبة صادر ناشرون، بيروت، 2007، ص114.

⁽²⁾ صدر هذا القانون بتاريخ 2019/3/29 ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ 2019/4/1.

مسك الدفاتر التجارية الكترونيا والتي تصدر بمرسوم بناء على اقتراح وزيرى العدل والمالية قد تم تحديدها وتعميمها، ولم يتم الاخذ بالحسبان عدم صدور مثل هذه المعايير، حيث ان المشرع ربط الاطار الزمني للتطبيق الالزامي لمسك الدفاتر التجارية الكترونيا بصدور قانون تعديل قانون التجارة وليس بصدور المرسوم التطبيقي المحدد لمعايير المسك الالكتروني للدفاتر.⁽¹⁾ ومن منظور مقارنة مع القانون القطري نجد أن قانون رقم (27) لسنة 2006 بإصدار قانون التجارة في دولة قطر ألزم التاجر بمسك مجموعة من الدفاتر التجارية بحسب النشاط التجاري، ولم يحدد المشرع الية معينة لطريقة مسك هذه الدفاتر، فقد ترك للتاجر حرية اختيار الطريقة المناسبة لمسك هذه الدفاتر بنصه بأن مسك الدفاتر التجارية يتم " بطريقة تكفل بيان مركزه المالي بدقة"،⁽²⁾ ولعل هذا النص يشمل الطريقة اليدوية والطريقة الالكترونية، وسمح للتاجر حرية اختيار الطريقة التي اشترط فيها ان تكون مبنية بدقة للمركز المالي للتاجر. ولعل في مسك المشرع القطري نوع من الحرية التي ينشدها التاجر في عمله بعيداً عن المتطلبات الشكلية مع عدم الاخلال بقواعد الرقابة على عملياته التجارية، مع الاخذ بعين الاعتبار اعفاء بعض الفئات من هذا الالتزام،⁽³⁾ وهم " الأفراد الذين يزاولون حرفة بسيطة أو تجارة صغيرة يعتمدون فيها على عملهم بصفة أساسية للالتزام بمسك الدفاتر التجارية".⁽⁴⁾ ومن ضمن هذه الحرف مثلا الصياغة اليدوية للذهب والمجوهرات الثمينة والفضة وغيرها مما تم تضمينه قرار الوزير المختص المحدد لهذه الحرف. كما يعفى أيضا من هذا الالتزام التاجر الذي لا يتجاوز رأس ماله مبلغ المائة ألف ريال.⁽⁵⁾ ولم يغفل المشرع القطري عن ذكر دور التقنية وربطها بالدفاتر التجارية حيث استثنى بموجب المادة 35 من قانون التجارة القطري "التاجر الذي يستخدم في تنظيم عملياته التجارية الحاسب الآلي أو غيره من أجهزة التقنية الحديثة" من مسك الدفاتر التجارية الإلزامية والضوابط المقررة لذلك معتبراً كافة البيانات المستخرجة من الحاسب

⁽¹⁾ المادة 1 من قانون رقم 126 لعام 2019 بتعديل قانون التجارة البرية اللبناني والتي الغت م16 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة أخرى بدلا منها.

⁽²⁾ المادة 21 من قانون رقم (27) لسنة 2006 بإصدار قانون التجارة في دولة قطر

⁽³⁾ المادة 16 من قانون التجارة القطري

⁽⁴⁾ قرار وزير الأعمال والتجارة بدولة قطر رقم (210) لسنة 2010 بتحديد الحرف البسيطة والتجارة الصغيرة.

⁽⁵⁾ المادة 22 من قانون التجارة القطري

الآلي أو أي من الأجهزة الحديثة الأخرى بمثابة دفاتر تجارية. مع الإشارة الى ان عملية استخدام هذه الأجهزة تنظم بضوابط عامة توضع بقرار من وزير التجارة والصناعة.

• الفرع الثاني: التزام التاجر بمسك الدفاتر التجارية الإلزامية وبعض الموجبات الإضافية

♦ أولاً: التزام التاجر بمسك دفتره اليومية والاستاذ

بموجب القانون التعديلي الجديد أصبح الالتزام بمسك دفتر الأستاذ إلزامياً بالنسبة للتاجر الملزمين بمسك الدفاتر التجارية، على اعتبار انه من الدفاتر التجارية الاجبارية علاوة على دفتر اليومية، وهو الامر الذي لم يكن متوجبا قبل التعديل، حيث كان التزامه منصبا على دفتر اليومية ودفتر الجرد.⁽¹⁾ كما الزم المشرع بموجب التعديل الجديد التاجر بإجراء جردة حساب سنوية لجميع عناصر مؤسسته يتم خلالها وقف جميع الحسابات بهدف وضع الميزانية وكذلك "حساب النتيجة"، واشترط المشرع لتمام تنفيذ هذا الالتزام حفظ الدفاتر بعد اختتامها مدة عشر سنوات.⁽²⁾ اما من المنظور المقارن فإن قانون التجارة القطري يلزم التاجر بمسك عدة دفاتر تجارية، وأول هذه الدفاتر دفتر اليومية الأصلي وهو الذي تقيد فيه بصفة يومية وتفصيلية كافة العمليات المتعلقة بالنشاط التجاري للتاجر إضافة الى المصروفات والمسحوبات الشخصية الشهرية والاجمالية. اما ثاني الدفاتر التجارية التي يلتزم التاجر بمسكها فهو "دفتر الأستاذ العام" والذي تتقل اليه كافة العمليات المدونة في دفتر اليومية الأصلي، ويتم مراعاة تصنيف العمليات التجارية بحسب نوعها وقيد العمليات المتجانسة تبعا لذلك والإشارة إلى صفحة القيد في دفتر اليومية الأصلي. اما ثالث هذه الدفاتر فيتمثل في دفتر الجرد والذي تقيد فيه تفاصيل البضاعة الموجودة عند التاجر في آخر السنة المالية الخاصة به، أو بيانها الإجمالي المستند الى دفاتر وقوائم وبما يجعلها جزءاً متمماً للدفتر المذكور، إضافة الى تقييد صورة من الميزانية العامة

(1) محمد فريد العريني ومحمد السيد الفقي، القانون التجاري: الاعمال التجارية - التجار - الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص 193.

(2) المادة 1 من قانون رقم 126 لعام 2019 بتعديل قانون التجارة البرية والتي الغت م16 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة جديدة أخرى بدلا منها.

للتاجر عن كل سنة مالية في دفتر الجرد ما لم يخصص للميزانية دفتر خاص بها. كما يعفى من هذا الالتزام التاجر الذي لا يتجاوز رأس ماله مبلغ المائة ألف ريال.⁽¹⁾ واشترط المشرع لتمام تنفيذ هذا الالتزام حفظ الدفاتر "دفتر اليومية الأصلي ودفتر الأستاذ العام ودفتر الجرد" بعد اقفالها مدة عشر سنوات.⁽²⁾

♦ ثانيا: التزام التاجر الذي يمسك الدفاتر التجارية اليدوية ببعض الموجبات الاضافية

وضع المشرع اللبناني بعض الموجبات الإضافية على التاجر الذي يمسك دفاتره التجارية يدويا بغية إعمال الرقابة الفاعلة على هذه الدفاتر ومنعا لأي تلاعب فيها، وجعل القضاء مشرفا على هذه العملية. حيث اوجب المشرع ترقيم الدفاتر المذكورة كما اوجب ان توقع من قبل رئيس المحكمة الابتدائية المختصة وذلك لإضفاء نوع من الضمانة على مفاعيل هذه الدفاتر.⁽³⁾ اما في التشريع المقارن فإن القانون القطري أشار في المادة 22 من قانون التجارة الى ان تنظيم إجراءات القيد في الدفاتر المشار إليها ونماذجها والتفتيش عليها يكون طبقا لقرار من الوزير المختص.

○ المطالب الثاني: مستجدات التنظيم القانوني للإفلاس

عدل القانون اللبناني الجديد العديد من احكام الإفلاس الواردة في قانون التجارة البرية والتي كانت تمثل تمييزا ضد المرأة، وبما يتواءم مع المعايير الدولية الخاصة برفع أي مظهر من مظاهر التمييز ضد المرأة ومن ذلك التمييز القانوني.

ومن ضمن المظاهر التمييزية التي كانت تشوب قانون التجارة البرية اللبناني ما كان واردا في أحكام الإفلاس. وجوهر الإفلاس طبقا للمادة 489 من هذا القانون هو توقف التاجر عن دفع ديونه التجارية فيعتبر حينها في حالة افلاس، وهذا يفترض ان تتوفر في المدين صفة التاجر وان يتوقف هذا المدين التاجر عن دفع ديونه التجارية ثم يكون اعلان الافلاس بموجب

(1) المادة 22 من قانون التجارة القطري

(2) المادة 28 من قانون التجارة القطري

(3) المادة 2 من قانون رقم 126 لعام 2019 بتعديل قانون التجارة البرية والتي الغت م 18 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة جديدة بدلا منها.

حكم قضائي⁽¹⁾. وهذا يعني ان نظام الافلاس هو نظام خاص بالتجار دون غيرهم، بحيث انه متى تم شهر الافلاس بتوفر شروطه الموضوعية المتمثلة بصفة التاجر والتوقف عن دفع دين تجاري، والشروط الشكلية المتمثلة بصدور حكم شهر الافلاس ترتبت مجموعة من الآثار القانونية، ولعل الجديد فيها تعديل المواد 616 و 625 و 626 و 627 و 628 و 629، وذلك على النحو التالي بيانه فيما يلي.

• الفرع الأول: القواعد الخاصة بتحديد نطاق موجودات الإفلاس

♦ أولاً: تم تعديل عنوان الجزء الخامس من قانون التجارة البرية والذي كان "حقوق زوجة المفلس" الى "حقوق زوج المفلس" على اعتبار مصطلح "زوج" يمثل مساواة بين الرجل والمرأة ورفعاً للتمييز الذي كان حاصلًا قبل ذلك.⁽²⁾ كما تم تعديل الإشارة الى حقوق الاسترداد والتي كانت محصورة بزوجة المفلس وفقاً لنص المادة 615 لتصبح حقوق الاسترداد الخاصة بالزوج غير المفلس وبما يشمل الرجل والمرأة وبما يحقق المساواة بينهما في الاحكام الخاصة بحقوق الاسترداد.⁽³⁾

♦ ثانياً: أخرج المشرع من نطاق موجودات التفليسة الأموال المنقولة وغير المنقولة الخاصة بالزوج غير المفلس،⁽⁴⁾ حيث كان الوضع السابق في المادة 625 من قانون التجارة اللبناني يشير الى انه "اذا افلس الزوج فتسترجع الزوجة عينا العقارات والمنقولات التي ثبت انها كانت

(1) د. عفيف شمس الدين، الاسناد التجارية والافلاس، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 16.

(2) المادة 120 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019

(3) انظر تفصيلاً في مقترحات تعديلات قانون التجارة اللبناني والخاصة بمواد الإفلاس دراستنا المقدمة الى الأمم المتحدة: فاتن حوى، نحو تحديث القواعد القانونية للإفلاس استناداً لمعايير القانون التجاري الدولي "دراسة تحليلية مقارنة في لبنان ومصر، بحث منشور في عدد خاص من منشورات لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي - الأمم المتحدة، فيينا، 2017،

http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Congress/125-HAWWA-Towards_modernizing_the_legal_rules_for_bankruptcy.pdf

وانظر أيضاً المراجع المشار إليها في الدراسة والتي تم الرجوع إليها في هذه الدراسة، والتوصيات التي خلصت إليها ص 15.

(4) المادة 122 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت م 625 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة جديدة بدلاً منها.

مالكة لها قبل الزواج، والاموال التي آلت اليها بطريقة مجانية في اثناء مدة الزواج". كذلك كان يحق لها ان "تسترجع الاملاك التي اشترتها في اثناء مدة زواجها باستعمال نقود آلت اليها على الوجه المتقدم بشرط ان ينص عقد الشراء بصراحة على بيان استعمال النقود وان تثبت الزوجة مصدرها". وكان الظاهر من النص انه يخص المرأة بقواعد وحقوق باعتبارها زوجة للمفلس. بيد ان هذه القواعد كانت في حقيقتها تتضمن نوعاً من التمييز ضد المرأة المتزوجة من التاجر المفلس حيث كان النص يعتبرها غير حرة في التصرف بأموالها واضعاً القيود على أي تصرف تقوم به على اعتبار ان الرجل هو المالك للأموال كقاعدة عامة وعليها ان تثبت ملكية أموالها ان ارادت توقي النتائج المترتبة على ملكية زوجها للأموال ودخول هذه الأموال في تفليسته. وفي ذلك المعنى كانت محكمة التمييز اللبنانية قد ذهبت الى وجوب ان تقوم الزوجة بإثبات شرائها العقار من اموالها الخاصة وذكر مصدر النقود في عقد الشراء.⁽¹⁾ الامر الذي يعد متطلباً من قبل المرأة دون الرجل فيما لو كانت هي التي افلست، مما حدا بالمشرع اللبناني لإزالة هذا التمييز في التعديل الجديد بأن وضع قاعدة عامة حينما اخرج من موجودات التفليسة الأموال المنقولة وغير المنقولة الخاصة بالزوج غير المفلس سواء كان هذا الزوج رجلاً او امرأة. وفي المنظور المقارن فإن المشرع القطري أجاز لأي من الزوجين استرداد أمواله المنقولة والعقارية من تفليسة الزوج الآخر شريطة ان يقوم الزوج غير المفلس بإثبات ملكيته لهذه الأموال، وحينها يسترد الأموال دون اضرار بحقوق الغير حسن النية حيث تبقى الأموال المستردة محملة بحقوق الغير حسن نية والمستندة الى سند قانوني، والمشرع بذلك كفل حماية لحقوق الزوج غير المفلس ان توفرت شروط هذه الحماية وكذلك كفل حماية التفليسة من أي تواطؤ قد يتم بين الزوجين اضراراً بدائني الزوج المفلس بأن تطلب اثبات ملكية الزوج غير المفلس للأموال المراد استردادها من التفليسة.⁽²⁾

(1) محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة المدنية الاولى، حكم رقم 30 صادر بتاريخ 15 فبراير 1967، منشور في سلسلة صادر بين التشريع والاجتهاد، الجزء الخاص بموضوعات "الافلاس"، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، 2010، ص384.

(2) المادة 673 من قانون التجارة القطري.

♦ **ثالثاً:** حدد المشرع اللبناني ماهية أموال الزوج غير المفلس والتي تدخل ضمن نطاق موجوداتها، حيث تشمل أموال الزوج غير المفلس التي يتم اثبات شرائها بنقود المفلس، على ان تكون عملية الشراء قد تمت خلال السنوات الخمسة السابقة لتاريخ اعلان الإفلاس. إضافة الى اعتبار أموال الزوج غير المفلس التي يثبت أنه تم شراؤها بنقود الزوج المفلس خلال السنوات الخمسة السابقة لتاريخ إعلان الإفلاس من ضمن موجودات التفليسة، مع إمكانية إثبات ذلك بجميع طرق الاثبات المقبولة في المواد التجارية بما في ذلك إقامة الدليل على أنه لم يكن للزوج غير المفلس أية موارد شخصية بتاريخ تملك تلك الأموال، ما لم يقدم الزوج غير المفلس دليلاً على العكس.⁽¹⁾ ويأتي هذا التعديل الجديد لسد ما اعترى النص القديم من مثالب، حيث كانت المادة 626 من قانون التجارة اللبناني تنص على انه "..... تحسب الاموال التي احرزتها الزوجة مقابل بدل في اثناء مدة الزواج مشتراة بنقود زوجها. ويجب ان تضم الى موجودات التفليسة، الا اذا قدمت الزوجة برهاناً على العكس" حيث كانت هذه المادة تمثل انتقاصاً من حقوق المرأة حيث كان المشرع يلقي عبء الاثبات على عاتق الزوجة حيث تطلب منها ان تثبت ان الاموال الخاصة بها لم يتم شراؤها بأموال زوجها فإن عجزت عن اثبات هذا الامر فتعتبر هذه الاموال قد تم شراؤها بأموال الزوج وهي بالتالي من ضمن التفليسة.⁽²⁾

وفي هذا المعنى كان القضاء اللبناني قد عرض لهذه المسألة والبحث في طلب كان قد قدم من زوجة المفلس لإخراج أموال تدعي ملكيتها كانت قد أدخلت في التفليسة أثناء الجردة التي قام بها وكيل التفليسة، وبالتالي وبحسب طلب الزوجة فإن الامر متعلق بدعوى استرجاع الزوجة لعقاراتها و منقولاتها من التفليسة وهو أعمال ما نصت عليه المادة 625 وما يليها من قانون التجارة اللبناني، وبتمحيص وقائع الدعوى ثبتت للمحكمة قيام الزوجة بالطلب من وكيل التفليسة رفع الأختام وتسليمها المستندات الموجودة داخل المحل وقيامها بإبراز إفادة تثبت ملكيتها للمؤسسة التجارية، وقد خلصت المحكمة الى عدم اعتبار طلب رفع الأختام المقدم

(1) المادة 123 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت م 626 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة جديدة أخرى بدلا منها.

(2) نزيه شلالا، المرتكز في دعاوى الإفلاس، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص 55.

من زوجة المفلس الى وكيل التفليسة بمثابة طلب استرداد العقارات والمنقولات التي تملكها هذه الزوجة لعدم التزام الزوجة في تقديمها لطلب الاسترداد للشروط والضوابط المفروضة قانونا لكي تثبت زوجة المفلس ملكيتها لأموالها كي تخرجها من تفليسة زوجها، وهو الامر الذي كان في مرحلة ما قبل تعديل المادة يعد جائرا بحق المرأة وتمييزا ضدها.⁽¹⁾

اما المشرع القطري فلم يحصر النطاق الزمني لحماية التفليسة في السنوات الخمسة السابقة لتاريخ اعلان الإفلاس كما هو الحال في القانون اللبناني، ولكنه - وبما ان الأصل في الانسان براءة ذمته - اعتبر ان الأموال المشتراة للزوج غير المفلس او لحسابه او لحساب القصر الشمولين بولاية الزوج المفلس لا تدخل في أصول التفليسة الا إذا تم اثبات شراء هذه الأموال من مال الزوج المفلس.⁽²⁾

• الفرع الثاني: القواعد الخاصة بحدود حماية الزوج غير المفلس في مواجهة الدائنين

♦ أولاً: كرس المشرع حماية للزوج غير المفلس الموفي لديون زوجه المفلس ولحساب هذا الأخير، وقرر المشرع اعتباره كبقية الدائنين معطيا له الحق في الاشتراك في التفليسة، بيد ان هذا الحق مقيد بعدم اثبات ان الوفاء قد تم من أموال الزوج المفلس حينها لا يحق للزوج غير المفلس الاشتراك في التفليسة⁽³⁾ وقد وفق المشرع في هذا التوجه بعد ان أزال ما انتهجه في ظل المادة 627 من قواعد تمييزية ضد المرأة حيث كانت المادة المشار اليها تنص على انه "إذا اوفت الزوجة ديونا لحساب زوجها كانت هناك قرينة قانونية على انها اوفت هذه الديون من مال زوجها فلا يمكنها ان تقيم اية دعوى على التفليسة، الا اذا قام البرهان على العكس". فأتى التعديل الجديد كي يعمم الخطاب كي يشمل الرجل والمرأة وازال الإشارة الى قرينة ان

(1) حكم محكمة الاستئناف المدنية في الشمال - الغرفة الرابعة، قرار رقم 185 تاريخ 22 مارس 2007، منشور في مجلة العدل، نقابة المحامين في بيروت؛ العدد رقم 2، 2008، منشورات نقابة المحامين، بيروت، 2008، ص 753.

(2) المادة 674 من قانون التجارة القطري

(3) المادة 124 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت م 627 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة جديدة أخرى بدلا منها.

الوفاء من زوجة لديون زوجها هو وفاء بمال من أموال الزوج المفلس وعلى الزوجة التي تدعي العكس اثبات ذلك.⁽¹⁾

اما المشرع القطري فقد اعتبر قيام أحد الزوجين بالوفاء بديون زوجه المفلس سببا لجعل الزوج الموفي دائنا عاديا في التفليسة، شريطة عدم اثبات أن الوفاء قد تم من مال الزوج المفلس.⁽²⁾

♦ **ثانيا:** اعتبر المشرع العقارات المملوكة للزوج الذي يصبح تاجرا أو التي آلت اليه عن طريق الإرث أو الهبة أو الوصية هي وحدها خاضعة للتأمين الإجباري المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 131 من قانون الملكية العقارية اللبناني لضمان حقوق وديون المرأة المتزوجة،⁽³⁾ فالتأمين الاجباري يعقد على عقارات الزوج المشار اليها لضمان البائنة والحقوق الزوجية والتعويض عن الموجبات المترتبة على الزوج والتي تكون بعهدتها.⁽⁴⁾ ومظهر الجدة في هذا التعديل هو ان المشرع استبدل التأمين الاجباري بالرهن.

♦ **ثالثا:** منع المشرع الزوج غير المفلس في حال كان زوجه المفلس تاجرا في وقت عقد الزواج او كان حينها من دون حرفة أخرى ثم صار تاجرا خلال السنة التالية لعقد الزواج، من إقامة اي دعوى على التفليسة وذلك لتحصيل أي حقوق منصوص عليها في عقد الزواج. كما منع المشرع في الحين ذاته الدائنين من التذرع بالمنافع التي منحها الزوج غير المفلس للزوج المفلس في عقد الزواج على اعتبار خروج هذه المنافع من التفليسة. وأبطل المشرع كل الهبات الممنوحة من الزوج المفلس لزوجه غير المفلس التي تمت خلال السنوات الخمسة السابقة لتاريخ

⁽¹⁾ فادي كرم، ميرنا عازار، غادة حمدان، حقوق المرأة في التشريع اللبناني - وضع النصوص التعديلية المقترحة بين عامي 2000-2013، منشورات الهيئة الوطنية لشؤون المرأة اللبنانية، بيروت- لبنان، 2013، ص 257.
<http://e-portal.nclw.org.lb/getattachment/bfc56361-71c6-47b8-abf6-f342a330bc58/legal-study-final-PDF.pdf.aspx>

⁽²⁾ المادة 674 من قانون التجارة القطري

⁽³⁾ الصادر بالقرار رقم 3339 والمتعلق بالملكية العقارية في لبنان

⁽⁴⁾ المادة 125 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت م628 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة جديدة أخرى بدلا منها.

إعلان الإفلاس.⁽¹⁾ وقد كانت المادة 629 قبل تعديلها تضع حكماً خاصاً بزوجة المفلس أي حكماً خاصاً بالمرأة دون الرجل عبر حرمانها من الأموال التي تبرع بها زوجها المفلس التاجر أو الذي اكتسب هذه الصفة خلال السنة التالية للزواج عند إبرام عقد الزواج أو أثناء هذا الزواج، الأمر الذي من شأنه أن يمتنع على زوجة المفلس استرداد هذه الأموال من التفليسة.⁽²⁾ ولم يساوِ النص زوجة المفلس بزوجة المفلسة مثلاً إعمالاً للمساواة بين المرأة والرجل، بحيث أن قانون التجارة لم يُدخل ضمن التفليسة - في حال إفلاس الزوجة - الأموال التي تبرعت لزوجها بها الزوجة التي لها صفة التاجر أو اكتسبت هذه الصفة خلال السنة التالية للزواج.⁽³⁾ وهو الأمر الذي تلافاه في النص بعد التعديل والذي أتى موجهاً بصفة العموم إلى الرجل والمرأة. بينما لم يُجزِ المشرع القطري لأي من الزوجين مطالبة بتفليسة الزوج الآخر بالتبرعات التي يقرها له زوجه أثناء الزواج سواء كان ذلك من قبيل الهبة أو الوصي، وبالمقابل لم يجرِ المشرع لجماعة الدائنين مطالبة أي من الزوجين بالتبرعات التي يقرها لزوجه أثناء فترة الزواج.⁽⁴⁾

○ **المطلب الثالث: مستجدات التنظيم القانوني للشركات التجارية**

نبحث فيما يلي لمستجدات الأحكام العامة للشركات وكذلك لمستجدات الأحكام الخاصة ببعض أنواع الشركات.

• **الفرع الأول: مستجدات الأحكام العامة للشركات**

◆ **أولاً: تعديلات الشروط الشكلية للشركة:**

اشترط المشرع على الشركات التي يقع مركزها الرئيسي في لبنان وجوب تسجيلها في سجل التجارة وفقاً للاختصاص المكاني، على أن يقدم طلب التسجيل من الممثل القانوني للشركة إلى قلم المحكمة التي يتبع لها سجل التجارة خلال مدة شهر من تاريخ تأسيس الشركة. وتطلب

(1) المادة 126 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت م 629 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة جديدة أخرى بدلا منها.

(2) سيبيل جول، نظام الإفلاس وخصائصه، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص 192.

(3) هاني دويدار، القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 897.

(4) المادة 675 من قانون التجارة القطري

القانون تقديم نسخة عن صك تأسيس الشركة و خلاصته مكتوبة على نسختين ومشملة على الطابع وموقعة منه ومتضمنة مجموعة من البيانات أبرزها أسماء الشركاء والمساهمين، وجنسياتهم وبياناتهم، واسم الشركة التجارية وموضوعها وفروعها في لبنان او الخارج والأشخاص المرخص لهم بالإدارة او التوقيع ورأسمالها وتقديرات الشركاء وتاريخ بدء وانتهاء الشركة ونوعها والحد الأدنى لها في حال كانت ذات رأسمال قابل للتغيير . كما تطلب المشرع تقديم عقد ايجار مكان ممارسة اعمال الشركة او المستند الذي يدل على ملكيتها له، او أي مستند آخر يفيد اتخاذها محل اقامة لدى ممثلها القانوني، او اي سند قانوني تجيزه القوانين النافذة يبرر اشغال مركز الشركة. كما تطلب القانون بيان هوية صاحب او اصحاب الحق الاقتصادي في الشركة.(1) ويضاف الى ذلك بعض الشروط الشكلية التي نصت عليها المادة 27 من قانون التجارة اللبناني بعد تعديلها.(2)

ولعل البارز في هذه الاشتراطات هو جعل سلطة تسجيل الشركة للممثل القانوني لها وذلك تسهياً لعملية التأسيس بدلا مما كان عليه الوضع سابقا حيث كانت هذه السلطة لمديري اشغال الشركة او اعضاء مجلس ادارتها مما كان يعتبر من العوائق التي تقف امام تسهيل بدء عملية التسجيل. كما ان المشرع ومنعا لممارسة شركات وهمية للأعمال التجارية تطلب ان يكون هنالك مستند يؤكد وجود مقر للشركة ويتمثل هذا المستند بسند ملكية المكان الذي ستمارس فيه الشركة اعمالها او عقد ايجار لهذا المكان او ما شابه ذلك. كما تطلب القانون بيان صاحب الحق الاقتصادي في الشركة، أي المستفيد الحقيقي من الأسهم او من الشراكة في هذه الشركة وذلك للتحقق من سلامة النشاط التجاري وصاحب الحق في عوائده المالية. ولعل هذه المتطلبات الجديدة من شأنها تسهيل بدء المشروع التجاري لعمله والتأكد من مشروعية نشاطاته وجديتها.

(1) المادة 3 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت م26 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة أخرى بدلا منها.

(2) المادة 4 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت م 27 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة أخرى بدلا منها.

ويؤخذ على هذا النص عدم تضمنه استثناء شركة المحاصة من نطاق تطبيق هذه الاشتراطات على اعتبار انها شركة مستترة لا تتمتع بالشخصية المعنوية ولا تتواءم طبيعتها مع هذه الاشتراطات الشكلية. بيد ان المشرع اللبناني أشار الى هذا الامر في مادة أخرى بمناسبة عرض قواعد الاثبات،⁽¹⁾ حيث اشترط الكتابة لإثبات عقد الشركة مستتريا من هذا المقتضى شركة المحاصة، ومجيزا للغير اثبات وجود الشركة بكافة الوسائل.⁽²⁾ كما أوجب المشرع على الشركات المؤسسة في لبنان ان تتخذ مركزا رئيسيا لها فيه ومنحها الجنسية اللبنانية تبعا لذلك.

اما من المنظور المقارن فإن المشرع القطري اعتبر كل شركة تؤسس في دولة قطر قطرية الجنسية موجبا عليها ان يكون مركزها الرئيسي في قطر،⁽³⁾ ووجب كتابة عقد الشركة باللغة العربية وتوثيقه وكذلك بالنسبة لأي تعديل على العقد تحت طائلة بطلان العقد او تعديله في حال عدم الكتابة او التوثيق.⁽⁴⁾ وقد استثنى المشرع القطري شركة المحاصة من نطاق تطبيق هذه الشروط الشكلية،⁽⁵⁾ وذلك للاعتبارات التي ذكرناها سابقا والمتمثلة بأن هذه الشركة مستترة لا شخصية معنوية لها.⁽⁶⁾

(1) المادة 6 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت م43 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة أخرى بدلا منها.

(2) راجع في القيمة القانونية للكتابة: فريد العريني، القانون التجاري اللبناني، الدار الجامعية للنشر، بيروت، دون ذكر لسنة النشر، ص 283.

(3) المادة 3 من قانون رقم (11) لسنة 2015 بإصدار قانون الشركات التجارية بدولة قطر

(4) المادة 6 من قانون الشركات القطري

(5) انظر في التطبيق القضائي بدولة قطر لماهية " شركة المحاصة": محكمة التمييز القطرية، الطعان رقما 54 و55 لسنة 2010، جلسة 2010/5/11، منشور في المجموعة العشرية المدنية الأولى للقواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز في المواد المدنية من اول يناير 2005 وحتى نهاية ديسمبر 2014، ج3، منشورات المكتب الفني لمحكمة التمييز القطرية، الدوحة - قطر، ص380.

(6) انظر في التطبيق القضائي بدولة قطر لفكرة " الشخصية المعنوية للشركة": محكمة التمييز القطرية، الطعن رقم 16 لسنة 2006، جلسة 2006/5/2، منشور في المجموعة العشرية المدنية الأولى للقواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز في المواد المدنية من اول يناير 2005 وحتى نهاية ديسمبر 2014، ج3، منشورات المكتب الفني لمحكمة التمييز القطرية، الدوحة - قطر، ص359.

♦ ثانياً: تعديلات الشروط الموضوعية الخاصة بالشركات

قرر المشرع اللبناني وجوب حل الشركة في حال فقدت الشرط الموضوعي الخاص بها من حيث العدد الأدنى من الشركاء والمقرر قانوناً بحسب نوع الشركة.⁽¹⁾

وقد وضع المشرع سلطة حل الشركة بيد الشركاء او بيد المحكمة، ففي حال قل عدد الشركاء في الشركة عن العدد المفروض قانوناً بحسب نوع الشركة فإن حل الشركة يكون بيد من تبقى من الشركاء وبقرار منهم شريطة ان يصدر قرار الحل منهم خلال مدة ثلاثة أشهر من تاريخ فقدان الشركاء للحد الأدنى من العدد المطلوب للشركاء، الا إذا تم تصويب هذا الوضع باستيفاء الحد الأدنى المقرر لعدد الشركاء فتبقى حينها الشركة قائمة، مع المحافظة على حقوق الغير حسن النية. اما في حال لم يتقيد بقية الشركاء بحل الشركة خلال الثلاثة أشهر او تصويب وضعها، فإن المشرع منح لكل ذي مصلحة حق الطلب من المحكمة اعلان حل الشركة وعلى المحكمة اجابته الى هذا الطلب ان توفرت شروط صحته.

اما المشرع القطري فقد قرر الحق لكل ذي مصلحة مطالبة المحكمة المختصة بحل الشركة في حال نقص عدد المساهمين في شركة المساهمة عن الحد الأدنى المطلوب وانقضاء سنة على هذا الأمر. كما أجاز تحول شركة المساهمة إلى شركة ذات مسؤولية محدودة على ان يكون المساهمون المتبقون مسؤولين عن ديون الشركة في حدود موجوداتها.⁽²⁾

♦ ثالثاً: تعديلات الأثر القانوني لاكتساب الشركة الشخصية المعنوية

كرس المشرع اللبناني قاعدة تمتع الشركات التجارية بالشخصية المعنوية مستثنياً شركة المحاصة للطبيعة الخاصة التي تتمتع بها لجهة استئثارها وعدم نشر قيامها، ولعل الجديد الذي أتى به تعديل قانون التجارة اللبناني هو استمرار الشخصية المعنوية للشركة في حال تعديل الشكل القانوني الذي تتخذه هذه الشركة، وذلك حماية لمصالح الشركاء وكذلك المتعاملين مع الشركة إضافة الى حماية المشروع الاقتصادي ككل بما في ذلك عمال الشركة وغيرهم. كما

⁽¹⁾ المادة 5 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت م42 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة أخرى بدلا منها.

⁽²⁾ المادة 296 من قانون الشركات التجارية القطري

ان المشرع لم يرتب اثارا على تعديل شكل الشركة بالنسبة للغير الا في حال تم تسجيل هذا التعديل في السجل التجاري ومروور مدة شهر من الإعلان عن هذا التعديل في الجريدة الرسمية وكذا في جريدة يومية محلية يعينها القاضي المشرف على السجل التجاري. وحماية أيضا لمصلحة المتعاملين مع الشركة قيد التأسيس اعتبر المشرع ان المسؤولية عن أي اعمال منفذة تقع على عاتق الأشخاص الذين عملوا باسمها بالتضامن، وذلك قبل اكتسابها الشخصية المعنوية، اما في مرحلة ما بعد التأسيس وفي حال اخذت الشركة على عاتقها تلك الاعمال فإن المسؤولية تنتقل لتصبح على عاتق هذه الشركة⁽¹⁾.

وفي ذلك نص المشرع القطري على اكتساب الشركة للشخصية المعنوية منذ شهرها وفقا للإجراءات والشروط القانونية المنصوص عنها في قانون الشركات، على انه في حال عدم الشهر فإن المشرع رتب مسؤولية تضامنية على مديري الشركة او أعضاء مجلس ادارتها بحسب نوع الشركة وذلك بشأن الاضرار التي تلحق بالغير نتيجة لعدم شهر الشركة، مع استثناء شركة المحاصة من هذا الحكم نظرا لطبيعتها⁽²⁾.

• الفرع الثاني: مستجدات الاحكام الخاصة بأنواع الشركات

♦ أولاً: الشركات المغفلة (شركات المساهمة)

1- من حيث المفهوم والخصائص المميزة للشركة المغفلة:

عدل المشرع اللبناني مفهوم الشركة المغفلة المنصوص عنه في المادة 77 من قانون التجارة اللبناني⁽³⁾، وبموجب التعديل الجديد فإن هذه الشركة هي شركة مساهمة ذات اسم تجاري، تؤسس من عدد لا يقل عن ثلاثة مؤسسين يكتتبون بأسهم، ويكون رأس مالها مقسماً إلى أسهم قابلة للتداول، ولا يسأل المساهم فيها إلا بقدر مساهمته. وقد كان النص السابق يشير الى كون هذه الشركة " عارية من العنوان"، وهو الامر الذي كان يسبب اللبس في

(1) المادة 7 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت م45 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة أخرى بدلا منها.

(2) المادة 8 من قانون الشركات التجارية القطري

(3) المادة 8 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت م77 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة أخرى بدلا منها.

خصائص هذه الشركة، والواقع انه لا بد ان يكون للشركة اسم يميزها عن غيرها،⁽¹⁾ ولكن غاية النص القديم كانت تتجه الى عدم الإشارة الى أي من أسماء الشركاء في عنوان الشركة.⁽²⁾ كما ان الجديد الذي اتى به المشرع في هذا السياق هو الإشارة الى الحد الأدنى من المؤسسين حيث حددهم بثلاثة مؤسسين، وهو الامر الذي كان منصوصا عليه في قانون التجارة اللبناني في المادة 79 منه، والتي لم تمسها التعديلات الجديدة، الامر الذي كان لزاما فيه على المشرع ان يتدخل ويحذف الإشارة الى الحد الأدنى لمؤسسي الشركة من هذا الموضوع تنزيها للنص القانوني عن التكرار وحسنا للصياغة التشريعية.

ومن الأهمية بمكان الإشارة الى ان قابلية أسهم الشركة المساهمة للتداول يجب تفسيره في حدود ما نص عليه قانون إلغاء الأسهم لحامله والأسهم لأمر لسنة 2016،⁽³⁾ والذي يحظر على الشركات المساهمة إصدار أسهم لحاملها وأسهم لأمر باعتبار ان تسليم هذه الأسهم يعد من طرق التداول التجارية، وبموجب القانون المشار اليه يتوجب على الشركات والتي تشتمل أسهمها على أسهم لحاملها أو لأمر استبدال هذه الأسهم الصادرة قبل تاريخ صدور قانون الغائها الى أسهم إسمية خلال مهلة سنة من تاريخ نفاذ هذا القانون، على ان يتم اعمال الجزاءات المنصوص عنها قانونا في حال مخالفة هذه الضوابط والتي من ابرزها ان تنقل ملكية الأسهم لحاملها أو الأسهم لأمر التي لم يتم استبدالها الى أسهم إسمية، بعد مرور سنتين من تاريخ نفاذ هذا القانون، الى اسم الدولة اللبنانية، وذلك وفق ضوابط مذكورة في القانون المشار اليه.⁽⁴⁾

(1) انظر في التطبيق القضائي للعناصر المميزة لعقد شركة المساهمة ومفهومها: محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة المدنية الاولى، حكم رقم 47 صادر بتاريخ 25 ابريل 1968 منشور في سلسلة صادر بين التشريع والاجتهاد، الجزء الخاص بموضوعات "الشركات التجارية"، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، 2006، ص94.

(2) أدوار عيد وكريستيان عيد، الوسيط في القانون التجاري ج2، الشركات التجارية، مكتبة صادر ناشرون، بيروت، 2009، ص235.

(3) قانون إلغاء الأسهم لحامله والأسهم لأمر الصادر بالقانون رقم 75 تاريخ 2016/10/27 والمنشور في الجريدة الرسمية اللبنانية عدد رقم 52 بتاريخ 2016/11/03، الصفحة: 3468-3469.

(4) انظر تعليمات وزير المالية اللبناني رقم 3585/ص1 الصادرة بتاريخ 2017/9/6 بشأن النية استبدال الأسهم لحامله والأسهم لأمر بأسهم إسمية المنصوص عليه في القانون رقم 75 لسنة 2016:

<http://www.finance.gov.lb/en-us/Taxation/LRT/TP/Documents/3585.pdf>

كما ان المادة 104 من قانون التجارة اللبناني بنصها الجديد أكدت هذا المعنى بنصها على ان "الاسهم هي اقسام متساوية من رأسمال الشركة غير قابلة للتجزئة تمثلها وثائق للتداول تكون اسمية"، وهو بذلك يكون قد ألغى الإشارة الى الأسهم لحاملها او الأسهم لأمر موافقة مع القانون الصادر عام 2016 والمشار اليه سابقا.

يذكر بأن المادة 83 من قانون التجارة اللبناني السارية المفعول تحدد الحد الأدنى لرأس مال الشركة المغفلة بثلاثين مليون ليرة لبنانية، يوجب القانون الاكتتاب بهذا المبلغ كاملا.

أما المشرع القطري فيعرف شركة المساهمة العامة بأنها الشركة التي تؤسس من عدد لا يقل عن خمسة مؤسسين،⁽¹⁾ ويكون رأس مالها مقسماً إلى أسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول بحيث لا يسأل المساهم فيها إلا بقدر مساهمته في رأس المال. وقد اشترط المشرع القطري وجود اسم لكل شركة مساهمة عامة، على ان يشير هذا الاسم إلى غرض الشركة، ولم يسمح المشرع اتخاذ اسم الشخص الطبيعي اسماً لشركة المساهمة العامة الا في حالة كون غرض الشركة يتمثل في استثمار براءة اختراع مسجلة باسم هذا الشخص الطبيعي او في حالة تملك شركة المساهمة منشأة تجارية باسم شخص طبيعي، واتخذت اسمها اسماً لها، وذلك للاستفادة من الميزات التي يتمتع بها هذا الاسم لجهة ارتباطه بعنصر الزبائن مثلاً. كما اشترط المشرع القطري إضافة عبارة "شركة مساهمة عامة قطرية" الى جانب اسم الشركة وذلك لبيان طبيعتها للكافة. اما بالنسبة لرأسمال شركة المساهمة العامة فقد اشترط المشرع القطري كفاية رأس المال بالنسبة للغرض من تأسيس الشركة، ووضع حدا أدنى لا يجوز لشركة المساهمة العامة ان يقل رأس مالها عنه وهو عشرة ملايين ريال.⁽²⁾ كما ان المشرع القطري لديه نوع آخر من شركات المساهمة هو شركة المساهمة الخاصة وهي الشركة التي يجوز فيها لعدد من المؤسسين لا يقلون عن خمسة أشخاص تأسيس شركة مساهمة خاصة لا تطرح أسهمها للاكتتاب العام وأن يكتتبوا بجميع الأسهم، ويجب ألا يقل رأس مال الشركة عن مليوني ريال. ويطبق على هذه الشركة احكام شركة المساهمة العامة باستثناء احكام الاكتتاب العام والتداول.⁽³⁾ وفي هذا

(1) المادة 67 من قانون الشركات التجارية القطري

(2) المادة 62 - 65 من قانون الشركات التجارية القطري

(3) المادة 205 و 206 من قانون الشركات التجارية القطري

الإطار فإن القانون القطري اشترط قيام شركة المساهمة العامة بطرح أسهمها للاكتتاب العام خلال ستين يوماً من تاريخ تأسيسها، تحت طائلة انقضائها بقوة القانون في حال مخالفة ذلك، ما لم يتم مؤسسو الشركة خلال فترة ثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء تاريخ طرح الأسهم للاكتتاب العام بتعديل عقد الشركة ونظامها الأساسي والتحول إلى أي شكل آخر من أشكال الشركات المنصوص عليها في قانون الشركات القطري، مع تحمل المؤسسين المسؤولية عن التزامات الشركة خلال تلك المدة، حيث يكونون مسؤولين في جميع أموالهم. كما ان المشرع القطري - واستثناء من شرط الحد الأدنى لعدد المؤسسين في شركة المساهمة العامة - أجاز تأسيس شركة مساهمة عامة من شخص واحد، وهي شركات المساهمة العامة التي تؤسسها الحكومة وغيرها من الهيئات والمؤسسات العامة والشركات التي تساهم فيها الدولة بنسبة لا تقل عن 51%، أو بنسبة تقل عن ذلك بشرط موافقة مجلس الوزراء، وذلك بمفردها أو بالاشتراك مع مؤسس آخر أو أكثر سواء كان هذا المؤسس الآخر وطنياً أو أجنبياً وسواء كان شخصاً طبيعياً أم معنوياً عاماً أو خاصاً.⁽¹⁾

2- من حيث توثيق نظام الشركة: (2)

قام المشرع اللبناني بتيسير عملية توثيق نظام هذه الشركة أو تعديله طبقاً لنص المادة 80 من قانون التجارة اللبناني،⁽³⁾ فبعد أن كان النص يوجب إيداع وتسجيل نظام أي شركة مغفلة وكل تعديل عليه لدى كاتب العدل الذي يتبع له المركز الرئيسي للشركة، سهل المشرع اللبناني الاجراء وسمح بأن يتم هذا الاجراء لدى أي كاتب عدل في لبنان دون حصره بالنطاق الجغرافي الذي يقع فيه المركز الرئيسي للشركة. إضافة الى ما كان النص القديم ومثله الجديد ينص عليه بشأن عدم تطلب ترخيص مسبق لتأسيس هذا النوع من الشركات ما عدا ما تنص عليه احكام القوانين والانظمة التي تخضع ممارسة بعض النشاطات لترخيص مسبق.

(1) المادة 68 من قانون الشركات التجارية القطري

(2) انظر في الحكمة من كتابة وتوثيق عقد الشركة: احمد الملحم، قانون الشركات التجارية الكويتي والمقارن، منشورات مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، الكويت، 2009، ص 173

(3) المادة 10 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت م 80 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة أخرى بدلا منها.

وفي القانون القطري يشترط لتأسيس شركة المساهمة العامة صدور قرار من وزير التجارة والصناعة بعد التأكد من توفر الشروط المتطلبة قانوناً،⁽¹⁾ وذلك بعد أن يحرر المؤسسون فيما بينهم عقد الشركة ونظامها الأساسي وفقاً للنموذجين اللذين يصدر بهما قرار من الوزير،⁽²⁾ على أن يتضمن كل من العقد والنظام الخاصين بالشركة البيانات التالية: 1- اسم الشركة ومركزها الرئيسي. 2- الغرض الذي أسست من أجله الشركة. 3- أسماء المؤسسين وجنسياتهم ومحال إقامتهم ومهنتهم وعدد الأسهم التي تم الاكتتاب بها من قبل كل منهم. 4- مقدار رأس مال الشركة المُصرح به إن وجد. 5- مقدار رأس مال الشركة المُصدر وعدد الأسهم التي ينقسم إليها ونوعها وقيمتها الاسمية والمقدار المدفوع من قيمة كل سهم. 6- مدة الشركة. 7- بيان عن كل حصة غير نقدية واسم مقدمها، وجميع الشروط الخاصة بتقديمها، والحقوق العينية المترتبة على هذه الحصة. 8- بيان تقريبي لمقدار المصروفات والأجور والتكاليف التي تؤديها الشركة أو تلتزم بأدائها بسبب تأسيسها. ومن ثم يُقدم طلب التأسيس إلى الإدارة المختصة بوزارة التجارة والصناعة مرفقاً به صورة من مشروع عقد الشركة، ونظامها الأساسي، وتوثيقهما لدى الجهة المختصة قانوناً بالتوثيق وهي إدارة التوثيق بوزارة العدل، ليصدر الوزير قراره في شأن تأسيس الشركة خلال مدة أقصاها ثلاثون يوماً من تاريخ تقديمهما.⁽³⁾ ويوجب القانون القطري نشر قرار تأسيس الشركة في الجريدة الرسمية مرفقاً به عقد الشركة ونظامها الأساسي، بحيث لا تكتسب الشركة الشخصية المعنوية إلا بعد شهرها، ويتم الشهر بالقيود في السجل التجاري والنشر في الجريدة الرسمية معاً.⁽⁴⁾

3- من حيث المطالبة ببطان الشركة في حال تأسيسها بوجه غير قانوني:

تطلب المشرع اللبناني في التعديل الجديد الصفة والمصلحة كشرطين للمطالبة ببطان الشركة في حال تم تأسيسها بطريقة مخالفة لما تطلبه القانون، كما أن المشرع حدد التاريخ الذي تحسب منه مدة الخمس سنوات التي يستطيع خلالها صاحب الصفة والمصلحة إنذار

(1) المادة 66 من قانون الشركات التجارية القطري

(2) المادة 69 من قانون الشركات التجارية القطري

(3) المادة 71 من قانون الشركات التجارية القطري.

(4) المادة 75 من قانون الشركات التجارية القطري

الشركة بوجوب تصحيح الإجراءات غير القانونية، بحيث ان هذا التاريخ هو تاريخ حصول العيب في الاجراء غير القانوني في تأسيس الشركة،⁽¹⁾ فإن تم انذار الشركة بذلك ولم تقم خلال شهر بالتصحيح، فإنه يجوز لمن تتوفر فيه الصفة والمصلحة المطالبة ببطلان الشركة، مع الاخذ بعين الاعتبار عدم السماح للمساهمين فيها بالإدلاء في مواجهة الغير ببطلان الشركة.⁽²⁾ حيث ان النص القديم كان يذكر مدة خمس سنوات دون تحديد تاريخ بدء احتساب هذه المدة، علاوة على انه لم يكن يحدد شرط الصفة والمصلحة المشار اليهما بل كان يكفي بأن يكون الشخص المطالب ببطلان الشركة "ذا علاقة" بالشركة.⁽³⁾

اما موقف القانون القطري من هذه المسألة فقد أجاز لكل ذي شأن وخلال مدة ستة أشهر من تاريخ تأسيسها أن ينذرها كتابة بوجوب إجراء التصحيح خلال شهر من تاريخ الإنذار، وفي حال عدم قيام الشركة بإجراء التصحيح اللازم خلال هذه المدة، جاز له خلال الستة أشهر التالية، أن يطلب الحكم ببطلان الشركة، وتصفيتها باعتبارها شركة فعلية. كما ان المشرع القطري يجيز للمساهم ولكل ذي شأن في حال تأسيس الشركة على وجه غير قانوني، وخلال المدة التي يجوز فيها رفع دعوى البطلان، أن يقوم برفع دعوى المسؤولية التضامنية على المؤسسين وأعضاء مجلس الإدارة ومراقبي الحسابات.⁽⁴⁾

ولعل تقصير مدة استقرار الأوضاع القانونية السليمة بالنسبة لشركة المساهمة العامة اقتضت وضع هذه المدة الملائمة في القانون القطري، بحيث ان إطالة المدة الى سنوات طويلة كما ذكر في التشريع اللبناني يجعل من الشركة مهددة طيلة مدة الخمس سنوات المذكورة.⁽⁵⁾

(1) المادة 17 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت المادة 94 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة أخرى بدلا منها.

(2) انظر في التطبيق القضائي لأثر تأسيس الشركة المغفلة بطريقة لا تراعي الإجراءات المنصوص عنها قانونا: محكمة البداية، الغرفة المدنية، تاريخ 1 اب/أغسطس 1962، منشور في سلسلة صادر بين التشريع والاجتهاد، الجزء الخاص بموضوعات "الشركات"، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، 2006، ص 130.

(3) انظر في التطبيق القضائي لمفهوم "ذي العلاقة": محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة المدنية الاولى، حكم رقم 54 تاريخ 8 نيسان/ابريل 1967، منشور في سلسلة صادر بين التشريع والاجتهاد، الجزء الخاص بموضوعات "الشركات"، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، 2006، ص 131.

(4) المادة 92 من قانون الشركات التجارية القطري

(5) انظر في جزاء تخلف الإجراءات المتطلبة لتأسيس الشركة: احمد الملحم، مرجع سابق، ص 198.

4- من حيث السماح للمؤسسين بسحب الأموال المودعة في حساب مصرفي لغايات الاكتتاب برأسمال الشركة:

الزم المشرع اللبناني مؤسسي الشركة إيداع المبالغ المدفوعة من المكتتبين قبل تأسيس الشركة بشكل نهائي وذلك في أحد المصارف العاملة في لبنان، عبر فتح حساب مفتوح باسم الشركة قيد التأسيس مع جدول المكتتبين والمبلغ المدفوع من كل منهم. بيد أن المشرع منح للمؤسسين الحق في سحب الأموال المودعة في حال عدم تأسيس الشركة في مدة ستة أشهر من تاريخ توقيع النظام لدى الكاتب العدل، بحيث يحق لكل مكتتب مراجعة قاضي الامور المستعجلة لتعيين مدير مؤقت يعهد اليه سحب المبالغ وإعادتها الى المكتتبين بعد حسم نفقات التوزيع عند الاقتضاء، كما انه في حال توافق المؤسسين، وحتى قبل انقضاء مدة الستة أشهر المذكورة في الفقرة السابقة، على عدم السير فُدماً في عملية تأسيس الشركة وقبل أي اكتتاب من قبل مساهمين، يُمكنهم بالإجماع اتخاذ القرار بسحب المبالغ المودعة لدى المصرف، شرط إبراز كتاب مصدق أصولاً لدى الكاتب العدل الذي أودع النظام لديه يُفيد بإلغاء نظام الشركة المودع لدى الكاتب العدل إضافةً إلى إبراز ما يثبت تسديد الرسوم والضرائب المترتبة على نظام الشركة عند الاقتضاء.⁽¹⁾

أما الوضع في القانون القطري فمختلف، فالمشرع يلزم المؤسسين الاكتتاب بأسهم لا تقل عن عشرين بالمائة من راس مال الشركة ولا تزيد عن الستين بالمائة منه،⁽²⁾ على ان يجري الاكتتاب في بنك أو أكثر من البنوك المعتمدة في الدولة أو عن طريق الشركات المرخص لها لهذا الغرض، بحيث تُسدّد الأقساط الواجب سدادها عند الاكتتاب، ويتم إيداع المبالغ المدفوعة في حساب بنكي خاص يفتح باسم الشركة تحت التأسيس⁽³⁾. وفي حال عدم تأسيس الشركة يتوجب على المؤسسين رد المبالغ المدفوعة من المكتتبين إليهم كاملة مع ما قد يكون قد تحقق عنها من عوائد، خلال مدة لا تتجاوز أسبوعاً من الموعد المحدد لانتهاء الاكتتاب، ويكونون مسؤولين بالتضامن عن رد المبالغ والمصروفات التي أنفقت في تأسيس الشركة، كما يكونون

⁽¹⁾ المادة 14 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت المادة 85 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة أخرى بدلا منها.

⁽²⁾ المادة 76 من قانون الشركات التجارية القطري

⁽³⁾ المادة 78 من قانون الشركات التجارية القطري

مسؤولين بالتضامن تجاه الغير عن الأعمال والتصرفات التي صدرت منهم خلال فترة التأسيس.⁽¹⁾

5- من حيث وجوب إتمام معاملات الإيداع والتسجيل لدى امانة السجل التجاري عبر الوسائل الالكترونية، وكذلك استخدام هذه الوسائل في اجتماعات مجلس الإدارة والجمعية العمومية للمساهمين.

كرس المشرع اللبناني استخدام الوسائل الالكترونية كآلية لإتمام معاملات الإيداع والتسجيل المتعلقة بالشركة المغفلة لدى امانة السجل التجاري، فقد نص في المادة 98 من قانون التجارة اللبناني بصيغتها الجديدة على وجوب قيام اعضاء مجلس إدارة الشركة المغفلة بعد تأسيسها الشركة بإجراء المعاملات الاولية المتعلقة بالنشر عن طريق الايداع والتسجيل لدى امانة السجل التجاري المختصة، على ان يتم ذلك خلال الشهر التالي لعملية التأسيس، وكرس المشرع في حال مخالفة هذا الامر غرامة تفرض على الشركة وتتراوح بين خمسمئة الف ومليون ليرة لبنانية، وتقرر الغرامة من القاضي المشرف على السجل التجاري. وتسهيلا للقيام بهذه المتطلبات أجاز القانون امكانية اتمام هذه المعاملات عبر الوسائل الالكترونية التي يحددها وزير العدل. بيد ان القانون ذاته يوجب استعمال الوسائل الالكترونية على سبيل الحصر فيما يتعلق بالإيداع والتسجيل، وذلك بعد سنتين على نفاذ هذا القانون، بحيث يكون النشر الالكتروني على موقع السجل التجاري متاحا لاطلاع الجمهور، مما يعني ان وجوب استعمال الوسائل الالكترونية سيكون في حدود تاريخ شهر تموز/يوليو من سنة 2021م.⁽²⁾ يذكر ان هذا التعديل المهم أتى في اطار ما قام به المشرع اللبناني من اصدار لقانون المعاملات الالكترونية والبيانات ذات الطابع الشخصي رقم 81 الصادر بتاريخ 2018/10/10.⁽³⁾ وقد كانت المادة 98 من قانون

(1) المادة 83 من قانون الشركات التجارية القطري

(2) المادة 20 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت المادة 98 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة أخرى بدلا منها.

(3) قانون المعاملات الالكترونية والبيانات ذات الطابع الشخصي رقم 81 الصادر بتاريخ 2018/10/10، والمنشور بالجريدة الرسمية اللبنانية عدد رقم 45، تاريخ النشر: 2018/10/18. وبحسب مادة الإصدار فإن هذا القانون يعمل به بعد ثلاثة أشهر من تاريخ نشره أي 2019/1/18.

التجارة اللبناني توجب فقط على اعضاء مجلس الادارة اجراء المعاملات المختصة بالنشر والایداع لدى قلم المحكمة والتسجيل في سجل التجارة المفروضة على جميع الشركات. من جهة أخرى فإن المادة 101 من قانون التجارة اللبناني بنصها الجديد أوجب على اعضاء مجلس الادارة إيداع مجموعة من التقارير الرقابية وتلك الصادرة عن مجلس الإدارة ومحاضر اجتماعات الجمعية العمومية وبعض المستندات المحددة قانوناً لدى امانة السجل التجاري المختصة كل عام، وأجاز اتمام هذه الاجراءات عبر الوسائل الالكترونية المحددة من وزير العدل على ان يكون النشر على موقع السجل التجاري بعد سنتين على نفاذ هذا القانون إلزامياً ومتاحاً للجمهور أي بحلول شهر يوليو 2021 كما أشرنا.

ومن جهة ثالثة فقد عزز المشرع اللبناني استخدام الوسائل الالكترونية وبخاصة تقنية الاتصال المرئي والمسموع في احتساب نصاب حضور اجتماعات مجلس الإدارة وكذلك الجمعية العمومية للمساهمين.

فقد أجاز المشرع وتبعاً لنظام الشركة إمكانية اعتبار الأعضاء الذين يشاركون في اجتماعات مجلس الإدارة عبر تقنية الاتصال المرئي والمسموع عن بعد أو وسائل تقنية أخرى حاضرين الاجتماع، وذلك لغايات احتساب الأكثرية والنصاب في اجتماعات المجلس، مشروطاً لقبول ذلك التقيد بشروط تقنية الاتصال الصادرة بقرار صادر عن وزير العدل، وكذلك ضمان التأكد من هوية العضو المتصل وضمان سلامة الاتصال واستمراريته وموثوقيته ومشاركة العضو المتصل فعلياً في النقاشات، مع وجوب تسجيل مضمون الاتصال عن بعد في جلسات مجلس الإدارة كافة، بحيث تعتبر التسجيلات جزءاً لا يتجزأ من محضر الاجتماع وتحفظ معه، علاوة على ضرورة ان يكون نظام الشركة قد لحظ هذه الآلية التقنية الواجب اعتمادها. وقد قيد المشرع استخدام هذه الآلية بأن حظر اللجوء الى استخدام اي من هذه التقنيات في حال اعداد الحسابات السنوية والبيانات المالية السنوية واعتمادها والتقارير عن العام السابق.⁽¹⁾ كما أجاز المشرع المكنة ذاتها أي استخدام تقنية الاتصال المرئي والمسموع عن بُعد أو وسائل تقنية أخرى في اجتماعات الجمعية العمومية للمساهمين بحيث أجاز احتساب الأكثرية والنصاب في اجتماعات الجمعية العمومية للمساهمين في حال مشاركة بعض المساهمين عبر تقنية الاتصال المرئي

(1) المادة 48 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي عدلت المادة 156 من قانون التجارة البرية.

والمسموع عن بعد أو وسائل تقنية أخرى، شريطة توافق هذه الوسائل مع الشروط المحددة بقرار صادر عن وزير العدل وضمان التأكد من هوية العضو المتصل وضمان سلامة الاتصال واستمراريته وموثوقيته ومشاركة العضو المتصل فعلياً في النقاشات، ووجوب تسجيل مضمون الاتصال عن بعد في جلسات الجمعية العمومية كافة، بحيث تعتبر التسجيلات جزءاً لا يتجزأ من محضر الجمعية وتحفظ معه، علاوة على توفر الشرط المبدئي في هذا الإطار وهو ان يكون نظام الشركة قد نص فيه على الآلية التقنية الواجب اعتمادها في هذا الشأن.⁽¹⁾ ويعد هذا الامر موقفاً إيجابياً من المشرع اللبناني نحو اعتماد استخدام التكنولوجيا في عمليات اتخاذ القرار في مجلس الإدارة او الجمعية العمومية ضمن ضوابط محددة، مما يسهم في تيسير ممارسة الاعمال ودعم بيئة النشاط الاقتصادي ككل.

اما المشرع القطري فلم يتخذ موقفاً متشدداً تجاه الزامية استعمال الوسائل الالكترونية في عمليات النشر وإجراءات الإيداع والتسجيل وغيرها من الإجراءات. فقانون الشركات القطري أجاز دعوة الجمهور إلى الاكتتاب بنشر بيان الدعوة في صحيفتين يوميتين محليتين، إحداهما على الأقل باللغة العربية، وعلى الموقع الإلكتروني للشركة إن وجد.⁽²⁾ إضافة الى انه وفي حال توفر موقع إلكتروني للشركة فإنه يتوجب نشر بيانات الاكتتاب على الموقع وإدراج عنوان الموقع في الإعلان عن الاكتتاب.⁽³⁾ كما يجب في حال وجود موقع إلكتروني للشركة نشر نسخة من عقد الشركة ونظامها الأساسي على هذا الموقع.⁽⁴⁾ كما ان قانون الشركات القطري يشير الى الإعلان عن دعوة مجلس الإدارة لجميع المساهمين لحضور اجتماع الجمعية العامة في صحيفتين يوميتين محليتين تكون إحداهما على الأقل باللغة العربية، وكذلك على الموقع الإلكتروني للسوق المالي، والموقع الإلكتروني للشركة إن وجد.⁽⁵⁾ إضافة الى نشر دعوة الجمهور للاكتتاب على الموقع الإلكتروني للشركة في حال وجوده.⁽⁶⁾ كما

(1) المادة 70 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي عدلت المادة 181 من قانون التجارة البرية.

(2) المادة 76 من قانون الشركات التجارية القطري.

(3) المادة 77 من قانون الشركات التجارية القطري

(4) المادة 80 من قانون الشركات التجارية القطري

(5) المادة 121 من قانون الشركات التجارية القطري

(6) المادة 173 من قانون الشركات التجارية القطري

يتوجب على رئيس مجلس الإدارة نشر الميزانية وحساب الأرباح والخسائر وملخصاً وافياً عن تقرير مجلس الإدارة والنص الكامل لتقرير مراقبي الحسابات في صحيفتين يوميتين محليتين تكون إحداها على الأقل باللغة العربية، وعلى الموقع الإلكتروني للشركة إن وجد.⁽¹⁾ وكذلك تنشر الشركة تقاريرها المالية نصف السنوية في الصحف وعلى الموقع الإلكتروني للشركة إن وجد.⁽²⁾ كما ينشر مجلس الإدارة قرار تخفيض رأس مال الشركة في الصحف وكذلك على الموقع الإلكتروني للشركة إن وجد.⁽³⁾ وكذلك يتم نشر قرار الاندماج في الصحف وكذلك على الموقع الإلكتروني للشركتين إن وجد.⁽⁴⁾ يضاف الى ذلك نشر قرار الجمعية العامة غير العادية بالموافقة على الاستحواذ في الصحف وعلى الموقع الإلكتروني للشركتين المستحوذ والمستحوذ عليها.⁽⁵⁾

علاوة على ذلك فإنه يجب على مجلس الإدارة نشر الحكم ببطلان كل قرار يصدر بالمخالفة لأحكام قانون الشركات التجارية القطري أو للنظام الأساسي للشركة في حال صدوره في صحيفتين يوميتين محليتين تكون إحداها على الأقل باللغة العربية، وعلى الموقع الإلكتروني للشركة إن وجد.⁽⁶⁾

6- من حيث إدارة الشركة المغفلة:

وضع المشرع اللبناني العديد من الاحكام التفصيلية الخاصة بإدارة الشركة المغفلة ومن ضمن ابرز ما تضمنته هذه التعديلات تعديل نسبة الأعضاء اللبنانيين في مجلس الإدارة الى غير اللبنانيين، فبعد ان كان النص القديم للمادة 144 من قانون التجارة اللبناني يتطلب ان يتألف مجلس إدارة الشركة المغفلة من ثلاثة اعضاء كحد ادنى واثنى عشر عضوا كحد أقصى على أن يكون اكثرهم

(1) المادة 126 من قانون الشركات التجارية القطري

(2) المادة 184 من قانون الشركات التجارية القطري

(3) المادة 203 من قانون الشركات التجارية القطري

(4) المادة 280 من قانون الشركات التجارية القطري

(5) المادة 289 من قانون الشركات التجارية القطري

(6) المادة 136 من قانون الشركات التجارية القطري

لبنانيون،⁽¹⁾ أتى النص الجديد بعد تعديله ليصبح مجلس إدارة الشركة المغفلة مؤلفا من ثلاثة اعضاء كحد ادنى واثنى عشر عضوا كحد أقصى على أن لا يقل عدد أعضائه من اللبانيين عن الثلث.⁽²⁾ ولعل هذا الامر من شأنه تعزيز الاستثمار الأجنبي في هكذا نوع من أنواع الشركات ويعبر عن نظرة انفتاح اقتصادي نحو جذب الاستثمارات الاجنبية.

اما الوضع في القانون القطري فإن مجلس إدارة شركة المساهمة العامة مجلس منتخب يحدد النظام الأساسي للشركة بطريقة انتخابه وعدد أعضائه ومدة العضوية فيه، على ألا يقل عدد أعضائه عن خمسة ولا يزيد على أحد عشر عضوا.⁽³⁾

كما ان من المستجدات في القانون اللبناني في إطار تفعيل فكرة حوكمة الشركات،⁽⁴⁾ من خلال الخضوع للترخيص المسبق من مجلس الإدارة، بشأن كل عقد او اتفاق او التزام منوي اجراؤه مع الشركة، اكان العقد او الاتفاق او الالتزام المذكور جاريا بصورة مباشرة او غير مباشرة او تحت ستار شخص ثالث، ويخضع لهذا الترخيص اعضاء ورئيس مجلس إدارة الشركة المغفلة والمدير العام المساعد، وكل مساهم يملك بصورة مباشرة او غير مباشرة حقوق تصويت تزيد عن خمسة بالمائة في رأسمال الشركة. كما يمنع القانون هؤلاء الاشخاص من المشاركة في التصويت على قرار منح او رفض الترخيص المتعلق به، كما لا يتم احتساب اصوات الأشخاص المشار إليهم ضمن نصاب الحضور او التصويت عند مناقشة الترخيص المذكور. وقد استثنى المشرع العقود والاتفاقيات والالتزامات التي يكون موضوعها عمليات عادية بين الشركة وزبائنها من نطاق أعمال الترخيص المسبق من مجلس الإدارة. كما واخضع المشرع للترخيص المسبق من مجلس الادارة كل اتفاق بين الشركة وشركة اخرى، اذا كان اي من الاشخاص المذكورين أنفا شريكا يملك بصورة مباشرة او غير مباشرة حقوق تصويت تزيد عن خمسة بالمائة في

(1) انظر في التطبيق القضائي لمفهوم "أعضاء مجلس الإدارة": محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة المدنية الاولى، حكم رقم 13 تاريخ 27 أيار/مايو 1974، منشور في سلسلة صادر بين التشريع والاجتهاد، الجزء الخاص بموضوعات "الشركات"، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، 2006، ص 200.

(2) المادة 38 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي عدلت المادة 144 من قانون التجارة البرية.

(3) المادة 95 من قانون الشركات التجارية القطري

(4) انظر في مفهوم وأدوات حوكمة الشركات: احمد الملحم، مرجع سابق، ص 318.

رأسمال تلك الشركة، او كان شريكا متضامنا او شريكا مفوضا في تلك الشركة مهما كانت نسبة حصصه في رأسمالها في حال كانت شركة تضامن او شركة توصية، او كان مديرا لتلك الشركة او عضوا في مجلس ادارتها، كما لا يحق لهذا الشخص ان يشارك بالتصويت على قرار منح او رفض الترخيص المتعلق بتلك الشركة، ولا يحتسب صوته ضمن نصاب الحضور او التصويت عند مناقشة الترخيص. كما حظر على كل من اعضاء ورئيس مجلس الادارة والمدير العام والمدير العام المساعد ومفوضي المراقبة لديها واي مساهم يمتلك بصورة مباشرة او غير مباشرة حقوق تصويت تزيد عما نسبته الخمسة بالمائة في رأسمالها ان يستحصلوا من الشركة باي طريقة كانت على قرض او على تسهيلات او على كفالة او اية ضمانات تجاه الغير.⁽¹⁾

وفي الإطار ذاته وتعزيزا للمراقبة اعتبر القانون اعضاء مجلس الادارة والمدير العام مسؤولين عن جميع اعمال الغش وعن كل مخالفة للقانون ولنظام الشركة.⁽²⁾ اما الدعوى التي يحق للمتضرر ان يقيمها فهي دعوى فردية فلا يجوز ايقافها باقتراح من الجمعية العمومية وبراء ذمة اعضاء مجلس الادارة والمدير العام. كما ان الأشخاص المشار إليهم مسؤولون ايضا تجاه المساهمين عن خطئهم الإداري، على انه لا يكون اعضاء مجلس الادارة والمدير العام مسؤولين عن خطئهم الإداري تجاه الغير. ويقرر المشرع اللبناني انه في حالة افلاس الشركة وظهور عجز في الموجودات يحق للمحكمة بناء على طلب وكيل التفليسة او النيابة العامة او عفوا من تلقاء نفسها ان تقرر ان ديون الشركة يتحملها اعضاء مجلس الادارة او المدير العام او كليهما معا او كل شخص آخر موكل بإدارة اعمال الشركة او مراقبتها، بما في ذلك مفوضي المراقبة. وتعين المحكمة المبالغ التي يكونون مسؤولين عنها وما إذا كانوا متضامنين في التبعية ام لا. وللخلص من هذه التبعية يجب عليهم اقامة الدليل على بذلهم العناية بإدارة اعمال الشركة ومراقبتها بمعيار المهني الحريص والفاعل. وفي حال الفصل بين وظيفة رئيس مجلس الادارة والمدير العام من قبل مجلس الادارة لا يكون رئيس مجلس الادارة مسؤولاً إلا عند مخالفة القانون أو نظام الشركة.⁽³⁾ وقد اناط القانون إدارة الشركة الى رئيس مجلس الإدارة باعتباره

(1) المادة 50 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي عدلت المادة 158 من قانون التجارة البرية.

(2) انظر في مسؤولية اعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة: أدوار عيد وكريستيان عيد، مرجع سابق، ص423.

(3) المواد 58 و59 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 بتعديل المواد 166 و167 من قانون التجارة البرية.

المدير العام بحيث ينتخبه مجلس الإدارة من بين الاشخاص الطبيعيين الذين يتألف منهم المجلس، على ان القانون لحظ إمكانية ان يتضمن نظام الشركة إمكانية الفصل بين رئاسة مجلس الإدارة من جهة وإدارة الشركة من جهة أخرى.⁽¹⁾ اما أعضاء مجلس الإدارة فإن الجديد الذي اتى به المشرع اللبناني هو ان الجمعية العمومية العادية تنتخب هؤلاء الاعضاء من المساهمين او من غير المساهمين.⁽²⁾ حيث كان النص القديم يحصر عضوية مجلس الإدارة بالمساهمين الذين يملكون من عددا معيناً من الأسهم يعينه نظام الشركة. ومن شأن هذا التعديل منح مجلس الإدارة مزيداً من الكفاءات من خارج المساهمين من أصحاب الكفاءات التي تساعد على اتخاذ القرارات السليمة.

وفي الإطار ذاته فإن موقف القانون القطري مختلف الى حد ما بحيث انه اشترط في عضو مجلس الإدارة أن يكون مساهماً، ومالكاً لعدد من أسهم الشركة يحدده النظام الأساسي للشركة، بيد انه أجاز أن يكون ثلث أعضاء مجلس الإدارة من الأعضاء المستقلين ذوي الخبرة من غير المساهمين.⁽³⁾

7- من حيث مفهوم وقيمة السهم وعدم قابليته للتجزئة:

أشار المشرع الى مفهوم الأسهم في المادة 104 من قانون التجارة اللبناني بانها "اقسام متساوية من رأسمال الشركة غير قابلة للتجزئة تمثلها وثائق للتداول تكون اسمية " وألغى بذلك الإشارة الى الأسهم لحاملها او الأسهم لأمر، وذلك موافقة مع القانون الصادر عام 2016 والمشار اليه سابقاً، كما حدد المشرع الحد الأدنى لثمن السهم الواحد بمقدار ألف ليرة لبنانية، وأوجب على كل مكتتب تعجيل دفع مبلغ الربح على الاقل من القيمة الاسمية لكل سهم يكتتب به⁽⁴⁾، ولعل الجديد في هذا النص حذف الإشارة الى الجزء من السهم حيث كان النص القديم

(1) المادة 45 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي عدلت المادة 153 من قانون التجارة البرية.

(2) المادة 41 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي عدلت المادة 147 من قانون التجارة البرية.

(3) المادة 97 من قانون الشركات التجارية القطري.

(4) المادة 13 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت م 84 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة أخرى بدلا منها.

يشير الى "التمن الأدنى للسهم او لجزء منه"، على اعتبار ان المادة 104 من قانون التجارة تعرف الاسهم بأنها اقسام متساوية من رأسمال الشركة غير قابلة للتجزئة. ومن منظور القانون القطري فإن رأس مال الشركة المساهمة يقسم الى أسهم متساوية لا تقل القيمة الاسمية لكل منها عن ريال واحد ولا تزيد على مائة ريال.⁽¹⁾ وأوجب المشرع القطري ان تكون أسهم الشركة التي يتم تأسيسها بدولة قطر اسمية.⁽²⁾ كما قرر المشرع عدم قابلية السهم في شركة المساهمة العامة للتجزئة في مواجهة الشركة، وفي حال تملك السهم من أشخاص متعددين، فإنه يتوجب اختيار أحدهم كي ينوب عنهم في استعمال الحقوق المتصلة بالسهم، مع اعتبار هؤلاء الأشخاص مسؤولين بالتضامن عن الالتزامات الناشئة عن ملكية السهم.⁽³⁾

8- من حيث سلطات صاحب حق الانتفاع على الاسهم:

تتناول المادة 116 من قانون التجارة اللبناني حقوق المساهم في حضور كافة الجمعيات التي تتعد لغايات تأسيس وتسيير عمل الشركة المغفلة وحقه باستخدام عدد من الاصوات يساوي عدد اسهمه وذلك عند التصويت، وهي الحقوق التي كانت تنص عليها المادة ذاتها قبل التعديل، ولعل الجديد في هذه المادة ما كرسته لجهة الاحكام الخاصة بحق الانتفاع الوارد على الاسهم في حال وجود مثل هذا الحق على هذه الأسهم. حيث يتمتع صاحب حق الانتفاع الوارد على أسهم معينة في مواجهة الشركة المغفلة بإبلاغه بكل الدعوات والمسائل كافة بما في ذلك قرارات توزيع اية منافع اقتصادية، وذلك في حال ابلاغ الشركة عن وجود هذا الحق حيث تكون الشركة حينها ملزمة بتبليغ صاحب هذا الحق بما سلف بيانه.

فصاحب حق الانتفاع من السهم وحده الحق في حضور الجمعيات العمومية العادية والتصويت فيها، على اعتبار انه المعني بالانتفاع من السهم دون غيره، بينما يقتصر حق صاحب حق الرقبة على تبلغ كافة الدعوات والاوراق والمسائل كافة دون استثناء، بما في ذلك تبلغ قرارات توزيع اية منافع اقتصادية. وفي السياق ذاته أجاز المشرع لصاحب حق الانتفاع

⁽¹⁾ المادة 152 من قانون الشركات التجارية القطري

⁽²⁾ المادة 153 من قانون الشركات التجارية القطري.

⁽³⁾ المادة 154 من قانون الشركات التجارية القطري

ولصاحب حق الرقبة الاتفاق على مخالفة ذلك، وحينها يوجب المشرع توقيع اتفاقهما على ذلك وإبلاغ الشركة به ونشره ما اتفقا عليه في هذا الشأن في السجل التجاري.⁽¹⁾ ولا يوجد نص مماثل في التشريع القطري يفصل حقوق صاحب حق الانتفاع الواردة على السهم.

9- من حيث ملكية الأسهم على الشيوخ:

يقرر المشرع حكما خاصا بملكية الأسهم على الشيوخ لجهة الشخص المخول بحضور الجمعيات العمومية والتصويت وتمثيل مجموع مالكي الأسهم، حيث نص المشرع في المادة 116 بصيغتها المعدلة على حكمين، الأول في حال اتفاق جميع مالكي الاسهم بالشيوخ على اختيار شخص واحد من بينهم او شخص آخر ثالث لحضور الجمعيات العمومية العادية وغير العادية والتصويت فيها. اما الحكم الآخر فمتعلق بحال عدم اتفاق الشركاء على الشيوخ في ملكية الاسهم على تعيين شخص معين، حيث قرر القانون بأن لرئيس المحكمة الابتدائية المختصة الواقع ضمن نطاقها مركز الشركة - وبموجب قرار معجل التنفيذ ووفقا للأصول المستعجلة - تعيين ممثل عن المالكين بالشيوخ، وذلك بناء لطلب اي من المالكين، حيث يصدر القاضي قراره بعد سماع سائر المالكين، على أن يستمر الممثل المعين بالقيام بمهامه لحين انعقاد الجمعية العمومية السنوية للمصادقة على الحسابات ولرئيس المحكمة سلطة تجديد التعيين وفق الاجراءات ذاتها المتبعة عند تعيينه.⁽²⁾

اما الوضع في القانون القطري فإنه وتبعاً لكون السهم في شركة المساهمة العامة غير قابل للتجزئة في مواجهة الشركة، فإنه في حال تملك السهم من أشخاص متعددين فيجب عليهم اختيار أحدهم لينوب عنهم في استعمال الحقوق المتصلة بالسهم، مع اعتبار هؤلاء الأشخاص مسؤولين بالتضامن عن الالتزامات الناشئة عن ملكية السهم.⁽³⁾

⁽¹⁾ المادة 30 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي عدلت المادة 116 من قانون التجارة البرية.

⁽²⁾ المادة 30 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي عدلت المادة 116 من قانون التجارة البرية.

⁽³⁾ المادة 154 من قانون الشركات التجارية القطري.

10- من حيث مدى السماح بالتصويت المزدوج من قبل أصحاب الأسهم:

منع المشرع اللبناني في التعديل الجديد لقانون التجارة ما يسمى بالأسهم مزدوجة الأصوات،⁽¹⁾ وذلك اعتباراً من تاريخ نفاذ التعديلات الجديد لقانون التجارة اللبناني، وهذه الأسهم هي التي تمنح صاحبها صوتين في الجمعيات العمومية لشركة المساهمة،⁽²⁾ وقرر المشرع في ذلك حكمين تفصيليين؛ فبالنسبة للشركات المؤسسة قبل نفاذ هذا القانون فقد منح القانون للأسهم التي قام المساهم بالوفاء بقيمتها كاملة ولم يوجد عليها أي قيود ويعبر عنها المشرع ب (الأسهم المحررة تماماً) واستمر المساهم في تملكه لها مدة سنتين على الأقل قبل دعوة كل جمعية فيكون لكل سهم منها صوتان. واعتبر المشرع الأسهم كأنها لنفس المالك عندما تكون مكتسبة بطريق الإرث أو الهبة أو الوصية، وذلك عند احتساب مدة السنتين المشار إليها، ويمكن للجمعيات غير العادية للشركات المساهمة وإجماع المساهمين، أن تقرر إلغاء الصوت المزدوج المشار إليه. أما بالنسبة للشركات المؤسسة بعد صدور هذا القانون فإنه يتمتع عليها استعمال الأسهم مزدوجة الأصوات لأن لكل سهم صوت واحد طبقاً لنص المادتين 116 و117 من قانون التجارة اللبناني بصيغتها الجديدة حيث أن لكل مساهم عند التصويت عدد من الأصوات يساوي عدد أسهمه دون أن يكون للسهم أكثر من صوت واحد.

وفي ذلك فإن موقف المشرع القطري أتى بمنع الصوت المزدوج بحيث أوجب أن يكون للسهم الواحد صوت واحد يمنحه المساهم لمن يختاره من المرشحين لعضوية مجلس الإدارة أثناء انتخاب الجمعية العامة لمجلس الإدارة، وإجاز القانون للمساهم توزيع تصويت أسهمه بين أكثر من مرشح، مع منع أن يصوت السهم الواحد لأكثر من مرشح.⁽³⁾

11- من حيث ضوابط بيع أسهم الشركة المغفلة:

يمنح نص المادة 118 من قانون التجارة اللبناني لكل مساهم في الشركة المغفلة حرية التفرغ عن أسهمه لأي شخص آخر كي يحل هذا الأخير محل المساهم الأصلي في الحقوق والواجبات

⁽¹⁾ انظر في مفهوم الأسهم ذات الصوت المتعدد: مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، الدار الجامعية للنشر، بيروت، 1994، ص443.

⁽²⁾ أدوار عيد وكريستيان عيد، الوسيط في القانون التجاري- ج2- الشركات، مرجع سابق، ص 308.

⁽³⁾ المادة 96 من قانون الشركات التجارية القطري.

بصفة مساهم. والتفرغ بهذا المعنى يشمل التنازل بمقابل او من دون مقابل حيث من الممكن ان يكون التفرغ بيعا او هبة. بيد ان المشرع أجاز ايراد نص في نظام الشركة المغفلة تعطى بموجبه الأولوية في الشراء للمساهمين او لأحدهم او للشركة نفسها شريطة استعمال هذه الأولوية وفقا للمهلة والثلث المنصوص عنهما في نظام الشركة وفي حدود عدم التعسف في استعمال هذا الحق بجعل السهم غير قابل للتداول او إيقاع ضرر فاحش على المساهم المتفرغ عن أسهمه. وفي حال كان السهم الواحد عليه حق انتفاع فإن لصاحب حق الرقبة وحده ممارسة حق الأولوية عند الاقتضاء، دون ان يكون لصاحب حق الانتفاع مثل هذا الحق. وفي حال كانت الشركة المغفلة هي التي ستمارس حق الأولوية بشراء الأسهم فإن مكنة ممارسة هذا الحق مقيدة بان تمارس الأولوية فقط بما لديها من المال الاحتياطي الحر، على انه في حالة كانت الشركة من الشركات المدرجة أسهمها في الأسواق المالية فإنه يجوز لها شراء أسهم صادرة عنها مستخدمة المال الاحتياطي الحر المتوفر لديها مع التقيد بالنسبة المئوية من مجموع أسهمها والمحددة طبقا للأنظمة والقوانين مرعية الاجراء في الأسواق المالية.⁽¹⁾

اما في القانون القطري فإن المشرع اعطى الشركة الحق في بيع السهم في المزاد العلني او في السوق المالي في حال تخلف المساهم عن الوفاء بالقسط المستحق من قيمة السهم في ميعاد الاستحقاق، بحيث يجوز لمجلس الإدارة التنفيذ على السهم وذلك عبر التتبيه على المساهم بدفع القسط المستحق بكتاب مسجل أو بأي وسيلة تفيد العلم، وفي حال عد قيام المساهم بالوفاء خلال ثلاثين يوماً يجوز للشركة جينها بيع السهم بالمزاد العلني أو في السوق المالي.⁽²⁾ كما ان المشرع وضع ضوابط لانتقال ملكية الأسهم بحيث يكون انتقال ملكية أسهم الشركة المدرجة في السوق المالي وفقاً للضوابط المعمول بها لدى هذا السوق المدرجة به تلك الأسهم، اما في حال كانت الشركة غير مدرجة في السوق المالي فتنتقل ملكية أسهمها بالقيود في سجل المساهمين، ويؤشر بهذا القيد على السهم، ولا يجوز الاحتجاج بالتصرف على الشركة أو على الغير إلا من تاريخ قيده في السجل، وفي جميع الأحوال يمتنع على الشركة قيد التصرف في الأسهم في حالة كان التصرف مخالفاً لأحكام هذا القانون أو للنظام الأساسي

(1) المادة 32 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي عدلت المادة 118 من قانون التجارة البرية.

(2) المادة 157 من قانون الشركات التجارية القطري

للشركة او اذا كانت الأسهم مرهونة أو محجوزاً عليها بأمر من المحكمة، او اذا كانت الأسهم مفقودة ولم يستخرج بدل فاقد لها. (1) ويورد المشرع قيوداً على التصرف بالأسهم، بحيث لا يجوز للمؤسسين أن يتصرفوا في أسهمهم إلا بعد مضي سنتين على تأسيس الشركة نهائياً. (2) على انه يجوز خلال فترة الحظر رهن هذه الأسهم أو نقل ملكيتها بالبيع من أحد المؤسسين إلى مؤسس آخر أو إلى الحكومة، أو من ورثة أحد المؤسسين في حالة وفاته إلى الغير أو من تفليسة المؤسس إلى الغير أو بموجب حكم قضائي نهائي. ويجيز القانون القطري للشركة شراء أسهمها بقصد البيع، وذلك وفقاً للضوابط التي تحددها هيئة قطر للأسواق المالية. (3)

12- من حيث ضمانات دفع كامل ثمن السهم:

حماية لحقوق الشركة ألزمت المادة 119 من قانون التجارة اللبناني بصيغتها المعدلة صاحب السهم الذي لم يسدد ثمنه كاملاً بتسديد الثمن المتبقي او جزء منه بناء على طلب مجلس إدارة الشركة المغفلة ووفقاً لما تضمنه قرار المجلس المتضمن دعوة صاحب السهم للتسديد، ويكون جميع من أحرز السهم خلال مدة العامين السابقين على تاريخ النقرغ الأخير عن السهم مسؤولين بالتضامن عن المبلغ الذي لم يتم سداه، وقد ابطلت المادة المشار إليها أي نص مخالف في نظام الشركة او أي قرار آخر. (4) وفي الإطار ذاته كفل المشرع وفق المادة 120 من قانون التجارة للمساهم السابق والذي تم اجباره على الوفاء بالباقي من ثمن السهم او جزء منه حق الحلول محل الشركة في حقوقها تجاه المساهم الحالي المتخلف عن الوفاء بكامل ثمن السهم وكذلك في الادعاء على جميع الأشخاص محرزي السهم بعده ضماناً لحقوقه، كما ان له حق الرجوع على المساهم الذي أحرز السهم بعده بما وفاه من ثمن السهم. (5) كما اعطى المشرع بموجب المادة 121 من القانون ذاته للشركة في حال عدم سداد القيمة المطالب بها من ثمن السهم وانذار المساهم المتأخر بالدفع الحق في بيع السهم مع إلزام

(1) المادة 161 من قانون الشركات التجارية القطري.

(2) المادة 165 من قانون الشركات التجارية القطري

(3) المادة 168 من قانون الشركات التجارية القطري

(4) المادة 33 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي عدلت المادة 119 من قانون التجارة البرية.

(5) المادة 34 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي عدلت المادة 120 من قانون التجارة البرية.

المساهم المتأخر عن تنفيذ التزامه على النحو السابق بيانه بالنفقات والخسائر التي تتجم عن عملية البيع، على انه في حال كان الثمن الذي يباع به السهم اقل من المبلغ المطلوب بقي المساهم ملزماً بتسديد الفرق، وذلك بالتكافل والتضامن مع المساهمين الذين أحرزوا السهم قبله مدة سنتين من تاريخ التفرغ عن السهم. وتقرر المادة ذاتها انه في حال وجود صاحب حق انتفاع وصاحب حق رقبة للسهم الواحد، فإن صاحب حق الرقبة يكون ملزماً بالتسديد ما لم يوجد اتفاق مخالف بينهما مبلغاً اصولاً لمجلس ادارة الشركة.⁽¹⁾

اما في القانون القطري فقد اوجب المشرع دفع قيمة الأسهم نقداً، سواء تمثل ذلك بدفعة واحدة أو عبر الاقساط، وفي هذه الحالة لا يجوز أن يقل القسط الواجب سداه عند الاكتتاب عن (25%) من قيمة السهم، على ان المشرع اشترط سداد كل القيمة خلال خمس سنوات من تاريخ نشر قرار التأسيس في الجريدة الرسمية، بحيث انه في حال عدم تسديد الأقساط المتبقية وجب تخفيض رأس المال. وقد بين المشرع جزاء تخلف المساهم عن الوفاء بالقسط المستحق من قيمة السهم عند حلول اجل الاستحقاق، حيث أجاز لمجلس الإدارة التنفيذ على السهم وذلك بالتنبيه على المساهم بدفع القسط المستحق بكتاب مسجل أو بأي وسيلة تفيد العلم توافق عليها الإدارة وفي حال عدم السداد خلال ثلاثين يوماً يجوز للشركة بيع السهم بالمزاد العلني أو في السوق المالي، ثم تستوفي الشركة من الثمن الناتج عن البيع ما يستحق لها من الأقساط المتأخرة والمصاريف وترد الباقي لصاحب السهم، وإذا لم تكف حصيلة البيع للوفاء بهذه المبالغ، جاز للشركة أن ترجع بالباقي على المساهم في أمواله الخاصة وتلغي الشركة السهم الذي حصل التنفيذ عليه وتعطي المشتري سهماً جديداً يحمل رقم السهم الملغى وتؤشر في سجل الأسهم بوقوع البيع مع بيان اسم المالك الجديد، ومع ذلك يجوز للمساهم المتخلف حتى يوم البيع أن يدفع القيمة المستحقة عليه مضافاً إليها المصروفات التي أنفقتها الشركة.⁽²⁾

(1) المادة 35 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي عدلت المادة 121 من قانون التجارة البرية.

(2) المواد 155-157 من قانون الشركات التجارية القطري

13- من حيث الأسهم التفضيلية "الأسهم الممتازة":

كرس المشرع اللبناني لموضوع الأسهم التفضيلية مجموعة من المواد عرض فيها تفصيلا للأحكام الناظمة لها، وذلك في المادة 110 من قانون التجارة اللبناني بصيغتها المعدلة،⁽¹⁾ وكذلك في المواد 121 مكرر 1 ولغاية المادة 121 مكرر 12،⁽²⁾ ونعتقد من جانبنا انه ما كان يجب وضع هذه المواد ضمن ما اسماه المشرع المادة 121 مكرر، حيث ان المادة 121 الأساسية تعرض لموضوع مختلف منبت الصلة عن الموضوعات التي تناولها المشرع في المادة 121 مكرر 1 ولغاية المادة 121 مكرر 12، فموضوع المادة 121 الأساسي هو بيع الأسهم وضمانات دفع ثمن السهم، بينما المواد 121 مكرر 1-12 مخصصة لموضوع آخر هو الأسهم التفضيلية، فكان الاصبوب - من وجهة نظرنا- تخصيص مواد مستقلة وليس وضع مواد مكررة، وإعادة ترقيم مواد القانون كاملة مرة أخرى.

اما من الناحية الموضوعية فقد تناول المشرع موضوع الأسهم التفضيلية تفصيلا من حيث مفهومها وآثار منحها وغيرها من الاحكام؛ فقد وضع المشرع في المادة 110 من قانون التجارة اللبناني بصيغتها الجديدة مبدأ المساواة في الحقوق والمنافع بين المساهمين في الشركة المغفلة.⁽³⁾ بيد انه أجاز انشاء ما يسمى بالأسهم ذات الأفضلية او التفضيلية التي تمنح اصحابها حق الاولوية في استيفاء بعض انصبة من الارباح او في استعادة رأس المال او كل من الميزتين او اية منفعة مادية أخرى، واشترط المشرع لجواز انشاء هذا النوع من الأسهم عدم وجود منع صريح لهذه الأسهم في نظام الشركة وكذلك صدور قرار من جمعية غير عادية تتناقش فيه ضمن ضوابط قانونية نص عليها في هذا القانون. كما وضع المشرع في المادة 121 مكرر 1 تفصيلا لمفهوم الأسهم التفضيلية والحقوق التي تمنحها، حيث أجاز المشرع للشركة المغفلة حق انشاء أسهم يطلق عليها (الأسهم التفضيلية) وهي أسهم اسمية تتمتع

(1) المادة 28 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت المادة 110 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة أخرى بدلا منها.

(2) المادة 36 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي اضافت الى الجزء الاول من الفصل الثاني من الباب الثالث من الكتاب الثاني من قانون التجارة البرية المادة 121 مكرر 1 ولغاية المادة 121 مكرر 12.

(3) انظر في فكرة عدم اعتبار الأسهم الممتازة اخلافا بمبدأ المساواة بين المساهمين: مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، مرجع سابق، ص 441.

بامتيازات او حقوق تفضيلية او منافع مادية معينة او اولويات معينة عن الأسهم العادية، بحيث ان صاحب السهم التفضيلي له الحق في الأولوية في انصبه الارباح والافضلية في الاكتتاب عند زيادة راس المال والحق في استرداد قيمة السهم الاسمية والتفرغ عن سهمه، إضافة الى حقوق اصحاب الأسهم التفضيلية بالاطلاع على المعلومات والمستندات المعدة لاطلاع سائر المساهمين حيث اوجب القانون على ادارة الشركة اطلاعهم على ذلك. بينما لا يحق لصاحب السهم التفضيلي تولي عضوية مجلس الادارة واقتسام موجودات الشركة والمشاركة في النقاش والتصويت في الجمعيات العمومية.

على ان المشرع أورد استثناءات على منع صاحب السهم التفضيلي من حقه بالتصويت في حالات معينة بحيث يكتسب اصحاب الاسهم التفضيلية حقا بالتصويت مساويا لحق سائر المساهمين على نسبة ما تمثله الاسهم التي يملكونها في رأسمال الشركة في حال تم تحديد نصيب ربح اولوي تراكمي او غير تراكمي عائد للاسهم التفضيلية ولم يتم دفعه كاملا او جزئيا، وفقا للحالة، عن سنة مالية واحدة بالرغم من توافر ارباح لدى الشركة عن هذه السنة، وكذلك في حال تخلف الشركة عن تأمين افادة الاسهم التفضيلية من سائر الامتيازات او الاولويات او الحقوق المقررة لها، إضافة الى حق صاحب السهم التفضيلي بالتصويت في الجمعيات العمومية المتعلقة بتغيير موضوع الشركة او شكلها او بتحرير زيادة رأسمالها عينا او بحلها قبل الاجل او بعمليات الضم او الدمج او الانشطار التي تكون فريقا بها.⁽¹⁾

وأشار القانون الى ان الاسهم التفضيلية تنشأ اما لدى تأسيس الشركة او لدى اي زيادة لرأسمالها، بحيث يكون للشركة منح حق افضلية لمساهميها للاكتتاب بالأسهم التفضيلية المصدرة شرط تحديد شروط ممارسة هذا الحق في النظام الاساسي للشركة او بموجب قرار من الجمعية العمومية غير العادية للمساهمين التي تنشئ الاسهم التفضيلية.

وقد قيّد المشرع نسبة الأسهم التفضيلية بالنسبة لرأس مال الشركة، حيث حظر ان تتجاوز نسبة الاسهم التفضيلية الثلاثين بالمئة من الاسهم الاسمية التي تمثل رأسمال الشركة بتاريخ اصدار هذه الاسهم.

(1) المادة 121 مكرر 5 من قانون التجارة البرية اللبناني في تعديله لسنة 2019

ويحدد نظام الشركة او قرار الجمعية العمومية غير العادية التي تقرر اصدار الاسهم التفضيلية الامتيازات والاولويات والحقوق او المنافع المادية الاخرى التي تتمتع بها هذه الاسهم، على الا يمس اصدار أسهم تفضيلية جديدة باي من الحقوق العائدة للأسهم التفضيلية او للسندات القابلة للتحويل الى اسهم التي تم اصدار اي منها بتاريخ سابق لإصدار الاسهم التفضيلية الجديدة، الا بعد الاستحصال على موافقة الجمعية الخاصة المؤلفة لكل من حملة هذه الاسهم او السندات. وقد عرض المشرع للجمعية الخاصة التي تنشأ لأصحاب الأسهم التفضيلية، وهي تتكون من اصحاب الاسهم التفضيلية لدى كل اصدار، ويُمكن لهذه الجمعية الخاصة اصدار الآراء الاستشارية في الموضوعات المعروضة على الجمعيات العمومية لمساهمي الشركة او في اي موضوع يرى اصحاب الاسهم التفضيلية أن من مصلحتهم ابداء الرأي فيه، على ان تقوم هذه الجمعية الخاصة بإبلاغ آرائها الى الشركة لاطلاع الجمعية العمومية عليه وادراجه في محضر اجتماعها ويحق للجمعية الخاصة بأصحاب الأسهم التفضيلية تعيين ممثل عن اصحاب هذه الاسهم لحضور جمعيات المساهمين العمومية ويكون له الحق بإبداء رأي الجمعية التي يمثلها قبل اجراء التصويت، مع عدم احقيته بالاشتراك في هذا التصويت، على ان يدون رأي هذا الممثل في محضر الجمعية العمومية للشركة.⁽¹⁾

وقد حظر المشرع على رئيس واعضاء مجلس الادارة وعلى المدراء العاميين والمدراء العاميين المساعدين وعلى ازواجهم واولادهم القاصرين ان يملكوا أسهما تفضيلية او ان يترتب لهم اي نوع من الحقوق على هذه الاسهم بصورة مباشرة او غير مباشرة او تحت ستار شخص طبيعي او معنوي او باي شكل من الاشكال. كما حظر المشرع على مالكي الأسهم التفضيلية الاكتتاب بالأسهم الجديدة في حال زيادة رأسمال الشركة بإنشاء أسهم جديدة يكتب بها نقدا، بحيث لا يكون لمالكي الاسهم التفضيلية حق الافضلية في الاكتتاب بالأسهم الجديدة، بيد انه يجوز للشركة منح حق افضلية لمالكي الاسهم التفضيلية للاكتتاب بالأسهم الجديدة المصدرة وتحديد شروط ممارسة هذا الحق في النظام الاساسي او بموجب قرار من الجمعية العمومية غير العادية للمساهمين.

(1) انظر في تشكيل الجمعية الخاصة للمساهمين حاملي الأسهم الممتازة: شارل فابيا وبيار صفا، الوجيز في قانون التجارة اللبناني: شرح قانون التجارة، ج1، الجامعة اليسوعية، بيروت، 1964، ص235.

ولم يُجزّ المشرّع لأصحاب الأسهم التفضيلية الاستفادة من المنافع المترتبة على قيام الشركة بزيادة رأس المال عبر ضم اموال احتياطية مهما كان نوعها او ارباح مدورة او توزيع أسهم عادية مجانية جديدة او زيادة القيمة الاسمية للسهم، حيث لا يستفيد اصحاب الاسهم التفضيلية من هذا التوزيع او من هذه الزيادة الا في حالة وجود ما يسمح لهم ذلك في النظام الاساسي للشركة او في القرارات التي تصدر عن الجمعية العمومية غير العادية التي انشأت الاسهم التفضيلية. كما حظر المشرع على الشركة المغفلة القيام بأي استرداد لرأس مالها ابتداء من تاريخ اصدار الاسهم التفضيلية وطيلة مدة وجود مثل هذه الأسهم.

وقد أتاح المشرع للشركة حق شراء الاسهم التفضيلية شريطة وجود نص صريح في النظام الاساسي للشركة او في قرار الجمعية العمومية غير العادية التي سبق ان قررت اصدار الاسهم المطلوب شراؤها، على ان ينصرف النص الى هذا الحق واسس وشروط ممارسته وبخاصة توقيت وثمان الشراء، علاوة على ان يتم هذا الشراء بعد ان يكون قد تم تسديد كامل انصبة الربح ذي الاولوية، المستحقة وغير المدفوعة العائدة لأي اصدار أسهم تفضيلية قامت به الشركة وذلك ما لم ينص قرار اصدار الاسهم التفضيلية على خلاف ذلك.

وفي حالة حل الشركة وتصفيتها، اوجب القانون ان تسدد القيمة الاسمية للأسهم التفضيلية ونصيب الربح ذي الاولوية غير المدفوع بكامله العائد لتلك الاسهم قبل اي تسديد قيمة الاسهم العادية. كما يمكن ان يسدد ما يعود للأسهم التفضيلية من ناتج التصفية في حال نص النظام الاساسي للشركة او قررت الجمعية العمومية غير العادية التي انشأت الاسهم التفضيلية على حقهم بالاستفادة من الناتج المذكور. وفي حال عدم الاستفادة من ناتج التصفية وخلافا لأي نص آخر يستحق حكما لأصحاب هذه الاسهم قيمة علاوة الاصدار المدفوعة من قبلهم عند الاكتتاب بالأسهم المذكورة. كما أتاح المشرع إمكانية تحويل الاسهم التفضيلية الى أسهم عادية وذلك بموجب قرار من الجمعية العمومية غير العادية يصدر بناء على تقرير خاص من مفوضي المراقبة وذلك وفقا للشروط المنصوص عليها في النظام الاساسي للشركة او التي تكون قررتها الجمعية العمومية غير العادية التي انشأت الاسهم التفضيلية.⁽¹⁾

(1) انظر في تقسيم الأسهم الى عادية وممتازة: أدوار عيد وكريستيان عيد، مرجع سابق، ص 306.

اما في دولة قطر فإن الموقف بالنسبة للأسهم التفضيلية التي يطلق عليها تسمية " الأسهم الممتازة" Preferred Stocks هو انها تعرف بأنها "أسهم ذات افضلية عن الأسهم العادية يمنح مالكوها حق الأولوية في قبض توزيعات الأرباح قبل مالكي الأسهم العادية، ولهم حق الأولوية في الحصول على حقوقهم اذا ما تم تصفية الشركة كما توزع عليهم الأرباح بمعدل ثابت غير مرتبط بالأداء المالي للشركة، وعادة لا يتمتع مالك الأسهم الممتازة بحق التصويت كما هو الحال بالنسبة لمالك السهم العادي".⁽¹⁾ كما وردت الإشارة الى الأسهم الممتازة في نص المادة 7 فقرة 6-7-1 من قواعد التعامل في بورصة قطر الصادرة عام 2015.⁽²⁾ وفي التطبيق العملي نجد ان قرار وزير الاقتصاد والتجارة بدولة قطر رقم (306) لسنة 2018 بتأسيس شركة قطر لصناعة الألمنيوم "قامكو" شركة مساهمة عامة قطرية، والمرفق به عقد التأسيس والنظام الأساسي لهذه الشركة قد تمت الإشارة فيه الى السهم الممتاز والحقوق المرتبطة به.⁽³⁾ وبمراجعة عقد التأسيس والنظام الأساسي لهذه الشركة نجد ان المادة 5 من عقد التأسيس تنص على ان راس مال الشركة المصدر (خمسة مليار وخمسمائة وثمانون مليون ومائة وعشرون الف) ريال قطري، مقسم إلى عدد (خمسمائة وثمانية وخمسون مليون واثنان عشر الف) سهم منها سهم ممتاز واحد (1) بقيمة إسمية قدرها عشرة (10) ريالاً قطرية وله حقوق استثنائية ("السهم الممتاز") و(خمسمائة وثمانية وخمسون مليون وأحدى عشر الف وتسعمائة وتسعة وتسعون) سهم عادي كل سهم بقيمة عشرة ريالاً قطرية ("أسهم عادية").

⁽¹⁾ سوق الدوحة للأوراق المالية، قاموس المستثمر؛ مصطلحات استثمارية، منشورات السوق، الدوحة، دون ذكر لسنة النشر، ص4، لتحميل نسخة الكترونية:

https://www.qe.com.qa/documents/20181/510724/DSM_Book/5d308dbf-9e49-9fbf-9cdc-0f1152dd7078

⁽²⁾ قواعد التعامل في بورصة قطر لعام 2015 والصادرة بتاريخ 2015/05/21 والمنشورة في الجريدة الرسمية القطرية، العدد: 10 بتاريخ 2015/05/21، ص 164:

<http://www.almeezan.qa/LawPage.aspx?id=6624&language=ar>

⁽³⁾ انظر قرار وزير الاقتصاد والتجارة القطري رقم (306) لسنة 2018 بتأسيس شركة قطر لصناعة الألمنيوم "قامكو" شركة مساهمة عامة قطرية، الصادر بتاريخ 2018/10/15 والمنشور في الجريدة الرسمية القطرية عدد رقم 4، تاريخ النشر: 2019/02/14، ص14:

<http://almeezan.qa/ClarificationsNoteDetails.aspx?id=16960&language=ar>

وأشارت المادة 6 من عقد التأسيس الى اكتتاب المؤسس وهي "قطر للبترول" في رأس مال الشركة المصدر باسمه عينية عددها (....) منها (....) سهماً عادياً وسهم واحد (1) ممتاز. وأشارت المادة 1 فقرة 1 - 1 من النظام الأساسي للشركة ان "الأسهم" تعني أسهم رأس مال الشركة... والتي تتضمن السهم الممتاز والأسهم العادية، ثم عرفت المادة ذاتها المقصود ب"المساهم الخاص" وهو "الشخص الذي يكون اسمه مدرجاً بصفة مالك السهم الممتاز في سجل المساهمين". وأضافت المادة 9 من النظام الأساسي للشركة وتحديداً في الفقرة 5 الى ان السهم الممتاز يبقى دائماً مملوكاً لقطر للبترول، ويجوز نقله فقط إلى الحكومة القطرية أو أي جهة حكومية قطرية أو أي شركة تابعه لقطر للبترول، كما نصت المادة ذاتها على عدم جواز الغاء أو استرداد أو نقل السهم الممتاز بدون موافقة كتابية مسبقة من المساهم الخاص وهو هنا "قطر للبترول"، كما منحت المادة ذاتها لمالك السهم الممتاز وعلاوة على الحقوق الممنوحة لحاملي الأسهم العادية، الحق في الاعتراض على ونقض أي قرار يتم اتخاذه من قبل الشركة، سواء من قبل الجمعية العامة العادية أو غير العادية أو مجلس الإدارة، إضافة الى ان أي تعديل للحقوق المرتبطة بالسهم الممتاز والممنوحة لمالكه (المساهم الخاص) لا تسري إلا اذا وافق عليها المساهم الخاص بموجب موافقة كتابية مسبقة، ويشمل ذلك ضرورة موافقة المساهم الخاص مالك السهم الممتاز على أي عرض لدمج أي من أنشطة الشركة مع شركة أخرى أو كيان آخر أو الدخول في أي اتفاقية أو ترتيب بشأن تأسيس أو الاستحواذ على أو التخلص من أي شركة تابعة للشركة أو أعمال الشركة؛ وكذلك تطلب موافقة المساهم الخاص على أي اقتراح لتقوم الشركة بتعديل أو إضافة أو تغيير أو إنهاء أي من أحكام عقد التأسيس والنظام الأساسي،⁽¹⁾ واتفاقية المشروع المشترك لأي من شركاتها التابعة، وكذا ضرورة موافقة المساهم الخاص على أي عرض يتم بموجبه التصفية الطوعية أو حل الشركة أو أي شركة تابعة للشركة وكذلك إلغاء أو زيادة أو خفض أو استرداد أو تقسيم بشكل فرعي أو دمج أو تغيير في رأس المال الشركة. يضاف الى ذلك تطلب موافقة المساهم الخاص على أي مسألة تعتبر من

(1) انظر على سبيل المثال في التطبيق القضائي بدولة قطر لفكرة "زيادة رأس مال الشركة المساهمة": محكمة التمييز القطرية، الطعن رقم 3 لسنة 2008، جلسة 2008/3/18، منشور في المجموعة العشرية المدنية الأولى للقواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز في المواد المدنية من اول يناير 2005 وحتى نهاية ديسمبر 2014، ج3، منشورات المكتب الفني لمحكمة التمييز القطرية، الدوحة - قطر، ص379.

وجهة نظر المساهم الخاص تمس الصالح العام أو الأمن القومي لدولة قطر، كما منح مالك السهم الممتاز في هذه الحالة ضماناً بحيث ان رأيه يعتبر حاسماً ونهائياً وملزماً لجميع الأطراف، ولا يجوز نقضه أو الطعن فيه بأي طريق إداري أو قضائي. ومنع النظام الأساسي أي تغيير في الحقوق المرتبطة بالسهم الممتاز، مع ضمان حق المساهم الخاص باستلام اخطار بدعوى الجمعية العامة أو أي اجتماع، أيأ كانت فئة المساهمين في الشركة المدعوة، وللمساهم الخاص الحق بالحضور والمناقشة في هذه الاجتماعات.⁽¹⁾

♦ ثانياً: الشركة المحدودة المسؤولية

يعتبر من أبرز التعديلات التي اتى بها المشرع اللبناني ما يسمى بشركة الشخص الواحد، حيث استلزم ذلك تعديل الاحكام الخاصة بالشركة ذات المسؤولية المحدودة، وكذا تعديل قانون الموجبات والعقود اللبناني فيما خص تعريف الشركة.

فبحسب التعديل الجديد لقانون التجارة اللبناني فإن الشركة ذات المسؤولية المحدودة هي شركة تجارية تؤلف من شريك وحيد او أكثر لا يتحملون الخسائر الا بقدر ما قدموه من حصص، على ان لا يتجاوز عدد الشركاء العشرين الا في حالة انتقال الحصص بالإرث. وارتباطاً بذلك تم تعديل نص المادة 844 من قانون الموجبات والعقود،⁽²⁾ حيث عرفت الشركة بأنها "عقد متبادل بمقتضاه يشترك شخصان او عدة اشخاص في شيء بقصد ان يقتصموا ما ينتج عنه من الربح" و"يمكن في الحالات المنصوص عليها قانوناً تأسيسها بعمل صادر عن ارادة شخص واحد".

ويطلق على الشركة المؤسسة من شخص واحد " شركة الشخص الواحد"، كما يسمى الشخص المؤسس "الشريك الوحيد"، بحيث يمارس الصلاحيات المعطاة لجمعية الشركاء في

(1) انظر نسخة من عقد تأسيس الشركة المشار اليها "شركة قطر لصناعة الألمنيوم "قامكو":

<http://almeezan.qa/ClarificationsNoteDetails.aspx?id=16967&language=ar>

انظر النظام الأساسي للشركة المشار اليها " شركة قطر لصناعة الألمنيوم "قامكو":

<http://almeezan.qa/ClarificationsNoteDetails.aspx?id=16971&language=ar>

(2) المادة 92 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي عدلت المادة 844 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

حال تعددهم. ويقرر المشرع حكماً خاصاً بزيادة عدد الشركاء عن ثلاثين حيث يجب خلال مدة سنتين تحويل الشركة من محدودة المسؤولية إلى شركة مساهمة، تحت طائلة حل الشركة. كذلك لم يجز المشرع للشركة المحدودة المسؤولية المؤلفة من شريك وحيد أن تكون الشريك الوحيد في شركة أخرى محدودة المسؤولية.⁽¹⁾

وقد حدد المشرع الحد الأدنى لرأس مال الشركة المحدودة المسؤولية عن خمسة ملايين ليرة لبنانية على أن يوزع رأس المال مهما كان مقداره إلى حصص متساوية. وأجاز المشرع أن تكون الحصص المقدمة من الشركاء نقدية أو عينية، بينما منع المشرع أن تكون الحصص عبارة عن عمل معين متمثل بإجارة الخدمة أو الصناعة. كما سهل المشرع من إجراءات تسجيل هذا النوع من الشركات، فعدا الالتزام بتسجيل الشركات المحدودة المسؤولية في السجل المختص، لا تخضع هذه الشركة عند التأسيس لأية قواعد نشر أخرى.

ولم يرتب المشرع على إفلاس الشريك الوحيد في شركة الشخص الواحد أو أحد الشركاء في حال تعددهم، أو حتى الحجر عليه، حل الشركة، بحيث يحل محل المفلس أو المحجور عليه ممثله القانوني.

واشترط المشرع لجواز التنازل عن حصص في الشركة إلى شخص من غير الشركاء، موافقة شركاء يمثلون ثلاثة أرباع رأس المال على الأقل. وقد منح المشرع للشركة حق الأفضلية في شراء كامل الحصص المراد التفرغ عنها لشخص من خارج الشركاء، واشترط لإعمال هذا الحق إبداء الشركة لرغبتها بالشراء خلال مدة أقصاها مهلة خمسة عشر يوماً من تبلغها بواسطة أي من مديريها مشروع التفرغ عن الحصص، والذي يجب أن يتضمن اسم المشتري المحتمل وشروط البيع والتمن، بحيث يجب على الشركة حينها ممارسة حقها بالشراء خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبداء رغبتها، على أنه في حال عدم ممارسة الشركة هذا الحق خلال المهلة المذكورة، فإنه يجوز لأي من الشركاء أن يشتري كامل الحصص في مهلة ثلاثين يوماً من تاريخ تبلغه رفض الشركة ممارسة الحق، على أن يزود مدير الشركة كافة الشركاء بنسخة عن مشروع التفرغ عن الحصص. وفي حال ممارسة أكثر من شريك هذا الحق، توزع الحصص فيما بينهم كل بنسبة مشاركته في رأسمال الشركة.

(1) المادة 93 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019

أما في القانون القطري فإن مفهوم الشركة ذات المسؤولية المحدودة ينصرف الى الشركة التي تتألف من شخص واحد أو أكثر على الا يزيد عدد الشركاء فيها على خمسين شخصاً،⁽¹⁾ ولا يسأل أي شريك إلا بقدر حصته في رأس المال، ولا تكون حصص الشركاء فيها أوراقاً مالية قابلة للتداول.⁽²⁾

ولعل الاختلاف الأبرز بين القانونين اللبناني والقطري هو في الحد الأقصى من عدد الشركاء في هذه الشركة فالأول يجعله عشرين شخصا بينما الثاني خمسين شخصا.

♦ ثالثاً: اندماج الشركات وانشطارها

وضع المشرع اللبناني قواعد خاصة باندماج وانشطار الشركات،⁽³⁾ حيث عرف المشرع اندماج الشركات بأنه "تحويل الذمة المالية لشركة أو أكثر الى شركة قائمة او الى شركة جديدة مستحدثة لهذا الغرض"، بينما يعني انشطار الشركات "تحويل شركة ذمتها المالية الى عدة شركات قائمة او مستحدثة". وأجاز المشرع للشركات قيد التصفية الاشتراك في عمليات الاندماج والانشطار شريطة الا يكون قد بدأ تنفيذ مرحلة قسمة الموجودات بين الشركاء. وفي السياق ذاته عرف المشرع "الشركة الزائلة" بأنها الشركة التي تفقد وجودها نتيجة الاندماج او الانشطار، بينما عرف " الشركة المستفيدة" بأنها الشركة التي ينقل اليها كل او بعض او صافي الاصول نتيجة الاندماج او الانشطار. ويترتب على الاندماج او الانشطار حل الشركات الزائلة بدون تصفيتهما والى انتقال ذمتها المالية الى الشركات المستفيدة بالحالة التي تكون فيها عند انجاز العملية نهائياً بما في ذلك حق الايجار، بحيث يكتسب الشركاء في الشركات الزائلة صفة شركاء في الشركات المستفيدة ضمن الشروط المحددة في عقد الاندماج او الانشطار وتستبدل الاسهم والحصص القديمة بأسهم او حصص في الشركات المستفيدة. ويمكن ان ينال هؤلاء الشركاء علاوة نقدية على الا تتجاوز نسبتها 10% من القيمة الاسمية للحصص او الاسهم المعطاة لهم.

(1) انظر تفصيلاً في مفهوم وخصائص الشركة ذات المسؤولية المحدودة التي تتألف من شخص واحد: باسم ملحم وبسام الطراونة، شرح قانون الشركات التجارية القطري الجديد، رقم 11 لسنة 2015، دون ذكر لدار النشر، الدوحة، 2016، ص349.

(2) المادة 228 من قانون الشركات التجارية القطري

(3) المواد 210 – 213 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019

اما في القانون القطري فقد أجاز للشركة أن تندمج في شركة أخرى من نوعها أو حتى لو كانت من نوع آخر،⁽¹⁾ كما أجاز الاندماج حتى لو كانت شركة المساهمة في مرحلة التصفية.⁽²⁾ ويتم الاندماج بطريقتين الأولى هي ضم شركة أو أكثر إلى شركة أخرى قائمة وهو الاندماج بطريق الضم، اما الطريقة الثانية فهي مزج شركتين أو أكثر في شركة جديدة تحت التأسيس، وهذا هو الاندماج بطريق المزج، على أن يحدد عقد الاندماج شروطه خاصة تقويم ذمة الشركة المندمجة وعدد الأسهم أو الحصص التي تخصصها في رأس مال الشركة التي تم الاندماج فيها أو الناشئة عن الاندماج.⁽³⁾ ويشترط لصحة الاندماج صدور قرار به من كل شركة طرف فيه، وفقاً للأوضاع المقررة لتعديل عقد الشركة أو نظامها الأساسي، على ان يتم شهر هذا القرار بالطرق المقررة لإشهار ما يطرأ على عقد الشركة المندمجة أو نظامها الأساسي من تعديلات،⁽⁴⁾ وينشر قرار الاندماج في صحيفتين يوميتين محليتين تكون إحداها على الأقل باللغة العربية، وعلى الموقع الإلكتروني للشركتين إن وجد.⁽⁵⁾ ويترتب على الاندماج مجموعة من الآثار القانونية تتمثل في انتقال جميع حقوق والتزامات الشركة المندمجة إلى الشركة التي تم الاندماج فيها أو الشركة الناشئة عن الاندماج حكماً بعد انتهاء إجراءات الدمج وتسجيل الشركة وفقاً لأحكام هذا القانون، وتعتبر الشركة التي تم الاندماج فيها أو الناشئة عن الاندماج خلفاً قانونياً للشركات المندمجة، وتحل محلها في جميع حقوقها والتزاماتها.⁽⁶⁾

كما عرض المشرع القطري لتقسيم الشركات،⁽⁷⁾ بحيث أجاز تقسيم الشركة إلى شركتين أو أكثر، وذلك مع انقضاء الشركة محل التقسيم أو مع بقائها، على ان يتم اتباع إجراءات

(1) انظر في التطبيق القضائي بدولة قطر لفكرة " دمج الشركات ": محكمة التمييز القطرية، الطعان رقم 223 و 235 لسنة 2011، جلسة 2012/3/20، منشور في المجموعة العشرية المدنية الأولى للقواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز في المواد المدنية من اول يناير 2005 وحتى نهاية ديسمبر 2014، ج3، منشورات المكتب الفني لمحكمة التمييز القطرية، الدوحة - قطر، ص370.

(2) المادة 276 من قانون الشركات التجارية القطري.

(3) احمد الملحم، مرجع سابق، ص484 و493.

(4) المادة 277 من قانون الشركات التجارية القطري

(5) المادة 280 من قانون الشركات التجارية القطري

(6) المادة 281 من قانون الشركات التجارية القطري.

(7) المادة 282 من قانون الشركات التجارية القطري

وأوضاع الاندماج بالنسبة لتقييم رأس المال، بحيث يكون لكل شركة من الشركات الناشئة عن التقسيم شخصية معنوية مستقلة مع ما يترتب على ذلك من آثار. كما يتعين أن يحدد القرار الصادر بالتقسيم عدد المساهمين أو الشركاء وأسماءهم، ونصيب كل منهم في الشركات الناشئة عن التقسيم، وحقوق كل من هذه الشركات والتزاماتها وكيفية توزيع الأصول والخصوم بينها. واشترط المشرع لذلك صدور قرار بالتقسيم من الجمعية العامة غير العادية للشركة أو من الشركاء، بحسب الأحوال، وذلك بأغلبية أصوات الحائزين على ثلاثة أرباع رأس المال، وتكون الشركات الناشئة عن التقسيم خلفاً للشركة محل التقسيم وتحل محلها حلولاً قانونياً، وذلك في حدود ما آل إليها من الشركة محل التقسيم، وفقاً لما تضمنه قرار التقسيم، مع عدم الإخلال بحقوق الدائنين.⁽¹⁾ أما بشأن الشركاء أو المساهمين أو أصحاب الحصص الذين اعترضوا على قرار التقسيم فقد أجاز المشرع لهم طلب التخرج من الشركة.⁽²⁾

كما أجاز المشرع القطري للشركات الناشئة عن التقسيم اتخاذ أي شكل من الأشكال القانونية للشركات،⁽³⁾ مع مراعاة استكمال تلك الأشكال وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً،⁽⁴⁾ علاوة على جواز تداول أسهم الشركات الناشئة عن التقسيم بمجرد إصدارها، إذا كانت أسهم الشركة محل التقسيم قابلة للتداول عند صدور قرار التقسيم.⁽⁵⁾

○ الخاتمة

تناول هذا البحث عرض ومناقشة وتحليل التعديلات الجديدة على قانون التجارة اللبناني والتي صدرت عام 2019 في أهم تعديل لهذا القانون وبما انعكس تطويراً للنظام القانوني لبعض التزامات التجار في ممارستهم للأعمال التجارية وكذلك تطوير القواعد المنظمة للإفلاس وكذلك النظام الحاكم للشركات التجارية وغيرها من

(1) المادة 284 من قانون الشركات التجارية القطري

(2) المادة 286 من قانون الشركات التجارية القطري

(3) انظر تفصيلاً في أحكام اندماج الشركات في القانون القطري: باسم ملحم وبسام الطراونة، مرجع سابق، ص 412.

(4) المادة 283 من قانون الشركات التجارية القطرية.

(5) المادة 285 من قانون الشركات التجارية القطري.

الاحكام ذات الصلة، بحيث تم اجراء البحث في ضوء التجربة المقارنة وتحديدًا القانون القطري كقانون ناشئ ونموذجي ساع الى تطوير بيئة الاعمال. وقد خلصنا في ختام بحثنا هذا الى مجموعة من النتائج والتوصيات على النحو الاتي بيانه.

♦ أولاً: النتائج

1. ان المشرع اللبناني اعطى للتاجر مكنة الاختيار في طريقة مسك الدفاتر التجارية يدويا او عبر تطبيق رقمي على ان يكون هذا الخيار مقيدا بمدة سنتين من صدور القانون الجديد في ابريل 2019، حيث انه بعد مرور هذه المدة الزمنية الزم التجار بمسك الدفاتر التجارية الكترونيا، وهذا الامر قد يكون فيه من الإرهاق على بعض الفئات المكلفة بهذا الالتزام، على عكس المشرع القطري الذي ترك للتاجر حرية اختيار الطريقة المناسبة لمسك هذه الدفاتر وبما يشمل الطريقة اليدوية والطريقة الالكترونية شريطة التبيان الدقيق للمركز المالي للتاجر.
2. ان المشرع اللبناني الزم التاجر بمسك دفتر الأستاذ إلزاميا على اعتبار انه من الدفاتر التجارية الاجبارية الى جانب دفتر اليومية، وهو الامر الذي يأخذ به أيضا المشرع القطري، وذلك لدقة العمليات التي يجريها التاجر وشفافيتها وخضوعها للرقابة.
3. ان المشرع اللبناني عدل الكثير من احكام الإفلاس الواردة في قانون التجارة البرية والتي كانت تمثل تمييزا ضد المرأة، وبما يتواءم مع المعايير الدولية الخاصة برفع أي مظهر من مظاهر التمييز ضد المرأة ومن ذلك التمييز القانوني، وبخاصة القواعد الخاصة بتحديد نطاق موجودات الإفلاس وكذلك القواعد الخاصة بحدود حماية الزوج غير المفلس في مواجهة الدائنين، وهو الامر الذي تأخذ به التشريعات الحديثة كالقانون القطري.
4. ان المشرع اللبناني جعل سلطة تسجيل الشركة للممثل القانوني لها وذلك تسهيلا لعملية التأسيس، كما ان المشرع تطلب ان يكون هنالك مستند يؤكد وجود مقر للشركة منعا لممارسة شركات وهمية للأعمال التجارية إضافة الى بيان صاحب الحق الاقتصادي في الشركة، أي المستفيد الحقيقي من الأسهم او من الشراكة في هذه الشركة وذلك للتحقق

من سلامة النشاط التجاري وصاحب الحق في عوائده المالية. ولعل هذه المتطلبات الجديدة من شأنها تسهيل بدء المشروع التجاري لعمله والتأكد من مشروعية نشاطاته وجديتها، بيد ان هذا الحكم لم يتضمن استثناء شركة المحاصة من نطاق تطبيق هذه الاشتراطات، اما من المنظور المقارن فإن المشرع القطري استثنى شركة المحاصة من نطاق تطبيق هذه الشروط الشكلية، وذلك على اعتبار انها شركة مستترة لا تتمتع بالشخصية المعنوية ولا تتواءم طبيعتها مع هذه الاشتراطات الشكلية.

5. كرس المشرع اللبناني قاعدة تمتع الشركات التجارية بالشخصية المعنوية مستثنياً شركة المحاصة للطبيعة الخاصة التي تتمتع بها لجهة استئثارها وعدم نشر قيامها، ولعل الجديد الذي اتي به تعديل قانون التجارة اللبناني هو استمرار الشخصية المعنوية للشركة في حال تعديل الشكل القانوني الذي تتخذه هذه الشركة، وذلك حماية لمصالح الشركاء وكذلك المتعاملين مع الشركة إضافة الى حماية المشروع الاقتصادي ككل بما في ذلك عمال الشركة وغيرهم. اما القانون القطري فقد أشار الى اكتساب الشركة للشخصية المعنوية منذ شهرها وفقاً للإجراءات والشروط القانونية المنصوص عنها في قانون الشركات، على انه في حال عدم الشهر فإن المشرع رتب مسؤولية تضامنية على مديري الشركة او أعضاء مجلس ادارتها بحسب نوع الشركة وذلك بشأن الاضرار التي تلحق بالغير نتيجة لعدم شهر الشركة، مع استثناء شركة المحاصة من هذا الحكم نظراً لطبيعتها.

6. عدل المشرع اللبناني مفهوم الشركة المغفلة بحيث اعتبر انها شركة مساهمة ذات اسم تجاري، تؤسس من عدد لا يقل عن ثلاثة مؤسسين يكتتبون بأسهم، ويكون رأس مالها مقسماً إلى أسهم قابلة للتداول، ولا يسأل المساهم فيها إلا بقدر مساهمته. وفي الاطار ذاته يجب تفسير ذلك في حدود ما نص عليه قانون إلغاء الأسهم لحامله والأسهم لأمر لسنة 2016، والذي يحظر على الشركات المساهمة إصدار أسهم لحاملها وأسهم لأمر باعتبار تسليم هذه الأسهم من طرق التداول التجارية، أما القانون القطري فيعرف شركة المساهمة العامة بأنها الشركة التي تؤسس من عدد لا يقل عن خمسة مؤسسين، ويكون رأس مالها مقسماً إلى أسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول بحيث لا يسأل المساهم فيها إلا بقدر مساهمته في رأس المال.

7. ييسر المشرع اللبناني اجراءات توثيق نظام هذه الشركة او تعديله حيث سمح بأن يتم هذا الاجراء لدى أي كاتب عدل في لبنان دون حصره بالنطاق الجغرافي الذي يقع فيه المركز الرئيسي للشركة. اما في القانون القطري فيشترط لتأسيس شركة المساهمة العامة صدور قرار من وزير التجارة والصناعة بعد التأكد من توفر الشروط المتطلبة قانوناً، وذلك بعد أن يحرر المؤسسون فيما بينهم عقد الشركة ونظامها الأساسي وفقاً للنموذجين اللذين يصدر بهما قرار من الوزير، على ان يتضمن كل من العقد والنظام الخاصين بالشركة البيانات المتطلبة قانوناً. ويوجب القانون القطري ينشر قرار تأسيس الشركة في الجريدة الرسمية مرفقاً به عقد الشركة ونظامها الأساسي، بحيث لا تكتسب الشركة الشخصية المعنوية إلا بعد شهرها، ويتم الشهر بالقيد في السجل التجاري والنشر في الجريدة الرسمية معاً.
8. منح المشرع اللبناني لمؤسسي الشركة المغفلة (المساهمة) الحق في سحب الأموال المودعة في حال عدم تأسيس الشركة في مدة ستة اشهر من تاريخ توقيع النظام لدى الكاتب العدل، أما القانون القطري وفي حال عدم تأسيس الشركة فيتوجب على المؤسسين رد المبالغ المدفوعة من المكتتبين إليهم كاملة مع ما قد يكون قد تحقق عنها من عوائد، خلال مدة لا تجاوز أسبوعاً من الموعد المحدد لانتهاء الاكتتاب، ويكونون مسؤولين بالتضامن عن رد المبالغ والمصروفات التي أنفقت في تأسيس الشركة، كما يكونون مسؤولين بالتضامن تجاه الغير عن الأعمال والتصرفات التي صدرت منهم خلال فترة التأسيس.
9. كرس المشرع اللبناني استخدام الوسائل الالكترونية كآلية لإتمام معاملات الإيداع والتسجيل المتعلقة بالشركة المغفلة لدى امانة السجل التجاري، ووجب القانون ذاته استعمال الوسائل الالكترونية على سبيل الحصر فيما يتعلق بالإيداع والتسجيل، وذلك بعد سنتين على نفاذ القانون الجديد بحيث يكون النشر الالكتروني على موقع السجل التجاري متاحاً لاطلاع الجمهور، مما يعني ان وجوب استعمال الوسائل الالكترونية سيكون في حدود تاريخ شهر تموز/يوليو من سنة 2021م. كما عزز المشرع اللبناني استخدام الوسائل الالكترونية وبخاصة تقنية الاتصال المرئي والمسموع في احتساب نصاب حضور اجتماعات مجلس الإدارة وكذلك الجمعية العمومية للمساهمين، وقد قيد المشرع استخدام هذه الآلية بأن حظر اللجوء الى استخدام اي من هذه التقنيات في حال اعداد الحسابات السنوية والبيانات

المالية السنوية واعتمادها والتقارير عن العام السابق. كما أجاز المشرع المكنة ذاتها أي استخدام تقنية الاتصال المرئي والمسموع عن بُعد أو وسائل تقنية أخرى في اجتماعات الجمعية العمومية للمساهمين بحيث أجاز احتساب الأكثرية والنصاب في اجتماعات الجمعية العمومية للمساهمين في حال مشاركة بعض المساهمين عبر تقنية الاتصال المرئي والمسموع عن بعد أو وسائل تقنية أخرى، شريطة توافق هذه الوسائل مع الشروط المحددة بقرار صادر عن وزير العدل وضمن التأكيد من هوية العضو المتصل وضمن سلامة الاتصال واستمراريته وموثوقيته ومشاركة العضو المتصل فعلياً في النقاشات، ووجوب تسجيل مضمون الاتصال عن بعد في جلسات الجمعية العمومية كافة، بحيث تعتبر التسجيلات جزءاً لا يتجزأ من محضر الجمعية وتحفظ معه، علاوة على توفر الشرط المبدئي في هذا الإطار وهو ان يكون نظام الشركة قد نص فيه على الآلية التقنية الواجب اعتمادها في هذا الشأن. ويعد هذا الامر موقفاً إيجابياً من المشرع اللبناني نحو اعتماد استخدام التكنولوجيا في عمليات اتخاذ القرار في مجلس الإدارة أو الجمعية العمومية ضمن ضوابط محددة، مما يسهم في تيسير ممارسة الاعمال ودعم بيئة النشاط الاقتصادي ككل. اما المشرع القطري فلم يتخذ موقفاً متشدداً تجاه الزامية استعمال الوسائل الالكترونية في عمليات النشر وإجراءات الإيداع والتسجيل وغيرها من الإجراءات.

10. وضع المشرع اللبناني في القانون الجديد العديد من الاحكام التفصيلية الخاصة بإدارة الشركة المغفلة ومن ضمن ابرز ما تضمنته هذه التعديلات تعديل نسبة الأعضاء اللبنانيين في مجلس الإدارة الى غير اللبنانيين ليصبح مجلس إدارة الشركة المغفلة مؤلفاً من ثلاثة اعضاء كحد ادنى واثنى عشر عضوا كحد أقصى على أن لا يقل عدد أعضائه من اللبنانيين عن الثلث. ولعل هذا الامر من شأنه تعزيز الاستثمار الأجنبي في هكذا نوع من أنواع الشركات ويعبر عن نظرة انفتاح اقتصادي نحو جذب الاستثمارات الأجنبية. اما الوضع في القانون القطري فإن مجلس إدارة شركة المساهمة العامة مجلس منتخب يحدد النظام الأساسي للشركة بطريقة انتخابه وعدد أعضائه ومدة العضوية فيه، على ألا يقل عدد أعضائه عن خمسة ولا يزيد على أحد عشر عضواً.

11. قام المشرع اللبناني بتفعيل فكرة حوكمة الشركات، من خلال الخضوع للترخيص المسبق

من مجلس الإدارة، بشأن كل عقد أو اتفاق أو التزام منوي أجرأه مع الشركة، ويخضع لهذا الترخيص أعضاء ورئيس مجلس إدارة الشركة المغفلة والمدير العام المساعد، وكل مساهم يملك بصورة مباشرة أو غير مباشرة حقوق تصويت تزيد عن خمسة بالمائة في رأسمال الشركة. كما يمنع القانون هؤلاء الأشخاص من المشاركة في التصويت على قرار منح أو رفض الترخيص المتعلق به، كما لا يتم احتساب اصوات الأشخاص المشار إليهم ضمن نصاب الحضور أو التصويت عند مناقشة الترخيص المذكور. وفي الإطار ذاته وتعزيزاً للرقابة اعتبر القانون أعضاء مجلس الإدارة والمدير العام مسؤولين عن جميع أعمال الغش وعن كل مخالفة للقانون ولنظام الشركة.

12. انط القانون اللبناني إدارة الشركة الى رئيس مجلس الإدارة باعتباره المدير العام بحيث ينتخبه مجلس الإدارة من بين الأشخاص الطبيعيين الذين يتألف منهم المجلس، على ان القانون لحظ إمكانية ان يتضمن نظام الشركة إمكانية الفصل بين رئاسة مجلس الإدارة من جهة وإدارة الشركة من جهة أخرى. اما أعضاء مجلس الإدارة فإن الجديد الذي اتى به المشرع اللبناني هو ان الجمعية العمومية العادية تنتخب هؤلاء الاعضاء من المساهمين او من غير المساهمين. ومن شأن هذا التعديل منح مجلس الإدارة مزيداً من الكفاءات من خارج المساهمين مما يسهم في تعزيز اتخاذ القرارات السليمة. اما موقف القانون القطري فمختلف الى حد ما بحيث انه اشترط في عضو مجلس الإدارة أن يكون مساهماً، ومالكاً لعدد من أسهم الشركة يحدده النظام الأساسي للشركة، بيد انه أجاز أن يكون ثلث أعضاء مجلس الإدارة من الأعضاء المستقلين ذوي الخبرة من غير المساهمين.

13. وضع المشرع اللبناني قواعد خاصة بحق الانتفاع الوارد على الاسهم في حال وجود مثل هذا الحق على هذه الأسهم. حيث يتمتع صاحب حق الانتفاع الوارد على أسهم معينة في مواجهة الشركة المغفلة بإبلاغه بكل الدعوات والمسائل كافة بما في ذلك قرارات توزيع اية منافع اقتصادية، وذلك في حال ابلاغ الشركة عن وجود هذا الحق حيث تكون الشركة حينها ملزمة بتبليغ صاحب هذا الحق بما سلف بيانه. ولصاحب حق الانتفاع من السهم وحده الحق في حضور الجمعيات العمومية العادية والتصويت فيها، على اعتبار انه المعني بالانتفاع من السهم دون غيره، بينما يقتصر حق صاحب حق الرقبة على تبلغ

كافة الدعوات والاوراق والمسائل كافة دون استثناء، بما في ذلك تبلغ قرارات توزيع اية منافع اقتصادية. وفي السياق ذاته أجاز المشرع لصاحب حق الانتفاع ولصاحب حق الرقبة الاتفاق على مخالفة ذلك، وحينها يوجب المشرع توقيع اتفاقهما على ذلك وإبلاغ الشركة به ونشر ما اتفقا عليه في هذا الشأن في السجل التجاري. ولا يوجد نص مماثل في التشريع القطري يفصل حقوق صاحب حق الانتفاع الواردة على السهم.

14. قرر المشرع اللبناني حكما خاصا بملكية الأسهم على الشيوخ لجهة الشخص المخول بحضور الجمعيات العمومية والتصويت وتمثيل مجموع مالكي الأسهم، اما الوضع في القانون القطري فإنه وتبعاً لكون السهم في شركة المساهمة العامة غير قابل للتجزئة في مواجهة الشركة، فإنه في حال تملك السهم من أشخاص متعددين فيجب عليهم اختيار أحدهم لينوب عنهم في استعمال الحقوق المتصلة بالسهم، مع اعتبار هؤلاء الأشخاص مسؤولين بالتضامن عن الالتزامات الناشئة عن ملكية السهم.

15. منع المشرع اللبناني في التعديل الجديد لقانون التجارة ما يسمى بالأسهم مزدوجة الأصوات، وذلك اعتباراً من تاريخ نفاذ التعديلات الجديدة لقانون التجارة اللبناني، وفي ذلك فإن موقف المشرع القطري أتى بمنع الصوت المزدوج بحيث اوجب أن يكون للسهم الواحد صوت واحد يمنحه المساهم لمن يختاره من المرشحين لعضوية مجلس الإدارة اثناء انتخاب الجمعية العامة لمجلس الإدارة، واجاز القانون للمساهم توزيع تصويت أسهمه بين أكثر من مرشح، مع منع أن يصوت السهم الواحد لأكثر من مرشح.

16. وضع المشرع اللبناني ضوابط جديدة محكمة في حال بيع أسهم الشركة المغفلة وكذلك ضمانات دفع كامل ثمن السهم.

17. كرس المشرع اللبناني لموضوع الأسهم التفضيلية مجموعة من المواد عرض فيها تفصيلاً للأحكام الناظمة لها، حيث أجاز انشاء ما يسمى بالأسهم ذات الأفضلية او التفضيلية التي تمنح اصحابها حق الاولوية في استيفاء بعض انصبة من الارباح او في استعادة رأس المال او كل من الميزتين او اية منفعة مادية أخرى، واشترط المشرع لجواز انشاء هذا النوع من الأسهم عدم وجود منع صريح لهذه الأسهم في نظام الشركة وكذلك صدور قرار من جمعية غير عادية تتناقش فيه ضمن ضوابط قانونية نص عليها في هذا

القانون.، بحيث ان صاحب السهم التفضيلي له الحق في الأولوية في انصبه الارباح والافضلية في الاكتتاب عند زيادة راس المال والحق في استرداد قيمة السهم الاسمية والتفرغ عن سهمه، إضافة الى حقوق اصحاب الأسهم التفضيلية بالاطلاع على المعلومات والمستندات المعدة لاطلاع سائر المساهمين حيث اوجب القانون على ادارة الشركة اطلاعهم على ذلك. بينما لا يحق لصاحب السهم التفضيلي تولي عضوية مجلس الادارة واقتسام موجودات الشركة والمشاركة في النقاش والتصويت في الجمعيات العمومية. اما في دولة قطر فإن الموقف بالنسبة للأسهم التفضيلية " الأسهم الممتازة " Preferred Stocks هو انها الأسهم يمنح مالكوها حق الأولوية في قبض توزيعات الأرباح قبل مالكي الأسهم العادية، ولهم حق الأولوية في الحصول على حقوقهم اذا ما تم تصفية الشركة كما توزع عليهم الأرباح بمعدل ثابت غير مرتبط بالأداء المالي للشركة، وعادة لا يتمتع مالك الأسهم الممتازة بحق التصويت كما هو الحال بالنسبة لمالك السهم العادي.

18. يعتبر من أبرز التعديلات التي اتى بها المشرع اللبناني ما يسمى بشركة الشخص الواحد، حيث استلزم ذلك تعديل الاحكام الخاصة بالشركة ذات المسؤولية المحدودة، وكذا تعديل قانون الموجبات والعقود اللبناني فيما خص تعريف الشركة. ويطلق على الشركة المؤسسة من شخص واحد - بحسب القانون الجديد - " شركة الشخص الواحد"، كما يسمى الشخص المؤسس "الشريك الوحيد"، بحيث يمارس الصلاحيات المعطاة لجمعية الشركاء في حال تعددهم. وقد حدد المشرع الحد الأدنى لرأس مال الشركة المحدودة المسؤولية عن خمسة ملايين ليرة لبنانية على ان يوزع رأس المال مهما كان مقداره الى حصص متساوية. أما في القانون القطري فإن مفهوم الشركة ذات المسؤولية المحدودة ينصرف الى الشركة التي تتألف من شخص واحد أو أكثر على الا يزيد عدد الشركاء فيها على خمسين شخصاً، ولا يسأل أي شريك إلا بقدر حصته في رأس المال، ولا تكون حصص الشركاء فيها أوراقاً مالية قابلة للتداول. ولعل الاختلاف الأبرز بين القانونين اللبناني والقطري هو في الحد الأقصى من عدد الشركاء في هذه الشركة فالأول يجعله عشرين شخصاً بينما الثاني خمسين شخصاً.

19. وضع المشرع اللبناني قواعد خاصة باندماج وانشطار الشركات، حيث عرف المشرع اندماج الشركات بأنه "تحويل الذمة المالية لشركة أو أكثر إلى شركة قائمة أو إلى شركة جديدة مستحدثة لهذا الغرض"، بينما يعني انشطار الشركات "تحويل شركة ذمتها المالية إلى عدة شركات قائمة أو مستحدثة". وأجاز المشرع للشركات قيد التصفية الاشتراك في عمليات الاندماج والانشطار شريطة ألا يكون قد بدأ تنفيذ مرحلة قسمة الموجودات بين الشركاء. أما في القانون القطري فقد أجاز للشركة أن تندمج في شركة أخرى من نوعها أو حتى لو كانت من نوع آخر، كما أجاز الاندماج حتى لو كانت شركة المساهمة في مرحلة التصفية. ويتم الاندماج بطريقتين الأولى هي ضم شركة أو أكثر إلى شركة أخرى قائمة وهو الاندماج بطريق الضم، كما أجاز المشرع القطري للشركات الناشئة عن التقسيم اتخاذ أي شكل من الأشكال القانونية للشركات، مع مراعاة استكمال تلك الأشكال وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً، علاوة على جواز تداول أسهم الشركات الناشئة عن التقسيم بمجرد إصدارها، إذا كانت أسهم الشركة محل التقسيم قابلة للتداول عند صدور قرار التقسيم.
20. أتى القانون الجديد بصيغة تعديلات جذرية على القانون القديم عبر الغاء العديد من المواد أو التعديل فيها بخاصة فيما يتعلق بالأحكام القانونية للشركات التجارية، بينما المشرع القطري كرس للشركات التجارية قانوناً مستقلاً عن قانون التجارة.

♦ ثانياً: التوصيات

1. إصدار قانون شركات جديد ومستقل عن قانون التجارة البرية، ومن شأن هذه الخطوة تعزيز الإطار القانوني الحاكم والدقيق للشركات التجارية في لبنان وبما ينعكس إيجاباً على تطوير بيئة الأعمال، نظراً لأهمية هذا القطاع في الاقتصاد الوطني، وذلك بالنظر للتجارب المقارنة الناجحة العربية والأجنبية.
2. إصدار قانون تجاري جديد يتضمن كافة الأحكام القانونية الناظمة للأعمال التجارية والتجار والمؤسسة التجارية والعقود التجارية والأوراق التجارية والافلاس، على أن يتم الغاء كافة القوانين والمراسيم الأخرى المتناثرة بين دفات الكثير من الأدوات التشريعية،

- وذلك تسهيلا لمعرفة الإطار القانوني الدقيق لتنظيم الأنشطة التجارية في لبنان، على ان يتم ترقيم مواده دون الإشارة الى مواد في مراسيم اشتراعية أخرى ضمنه.
3. ورد في المادة 28 من القانون التعديلي الجديد ما يلي " يلغى نص المادة 110 من قانون التجارة ويستعاض عنه بالنص الآتي: المادة 110 الجديدة: يجب في الاساس ان يكون لجميع المساهمين في الشركة الواحدة نفس الحقوق وان يشتركوا في نفس المنافع. على انه في جميع الاحوال التي لا ينص فيها نظام الشركة على منع صريح يجوز ان تنشأ أسهم ذات افضلية بمقتضى قرار من جمعية غير عادية تتناقش فيه على الوجه الآتي بيانه. وهذه الاسهم تمنح اصحابها حق الاولوية اما في استيفاء بعض انصبة من الارباح واما في استعادة رأس المال واما في هاتين الميزتين معا او اية منفعة مادية أخرى". ويشار هنا الى ان النص القديم لنص المادة 110 كان على النحو التالي: " المادة 110 القديمة: يجب في الاساس ان يكون لجميع المساهمين في الشركة الواحدة نفس الحقوق وان يشتركوا في نفس المنافع. على انه في جميع الاحوال التي لا ينص فيها نظام الشركة على منع صريح يجوز ان تنشأ أسهم ذات افضلية بمقتضى قرار من جمعية غير عادية تتناقش فيه على الوجه الآتي بيانه. وهذه الاسهم تمنح اصحابها حق الاولوية اما في استيفاء بعض انصبة من الارباح واما في استعادة رأس المال واما في هاتين الميزتين معا او اية منفعة مادية أخرى".
- ولا يتبين ما هو الجديد الذي تضمنه هذا القانون في هذه المادة، حيث ان نص المادة الجديدة هو ذاته النص القديم بحرفيته وحروفه دون أي تعديل او تغيير، والمشرع برأينا منزه عن هذا الامر، فنوصي بحذف هذه المادة او مراجعتها.
4. التوصية بجعل استخدام الوسائل الرقمية في مسك الدفاتر التجارية من قبل التاجر امرا جوازيا لا وجوبيا ودون ربطه بمدة زمنية، ونوصي في هذا الإطار تعديل نص المادة 16 من قانون التجارة الصادرة بموجب نص المادة 1 من القانون التعديلي لقانون التجارة لسنة 2019 بحيث تحذف الفقرة التالية من نص المادة (يصبح مسك الدفاتر التجارية بواسطة التطبيق الرقمي المقررة في هذه المادة الزاميا بعد سنتين من تاريخ صدور هذا القانون).

5. التوصية بسرعة اصدار المرسوم التطبيقي المحدد لمعايير المسك الالكتروني للدفاتر التجارية.
6. التوصية بتعديل نص المادة 26 من قانون التجارة اللبناني بحيث يتم استثناء شركة المحاصة من نطاق تطبيق الاشتراطات الشكلية المتطلبة على اعتبار انها شركة مستترة لا تتمتع بالشخصية المعنوية ولا تتواءم طبيعتها مع هذه الاشتراطات الشكلية.
7. الإشارة الى في المادة 77 من قانون التجارة الى ما يفيد بأن قابلية أسهم الشركة المساهمة للتداول يجب تفسيره في حدود ما نص عليه قانون إلغاء الأسهم لحامله والأسهم لأمر لسنة 2016، والذي يحظر على الشركات المساهمة إصدار أسهم لحاملها وأسهم لأمر باعتبار تسليم هذه الأسهم من طرق التداول التجارية.
8. التوصية بإعادة النظر بمدى الزامية استعمال الوسائل الالكترونية في عمليات النشر وإجراءات الإيداع والتسجيل وغيرها من الإجراءات.
9. لغايات حسن الصياغة التشريعية يوصى بتوحيد نصوص المواد التعديلية، حيث يرد في المواد من 1-14 من القانون اللبناني الجديد ومواد أخرى في القانون العبارة التالية) يلغى نص المادة . . من قانون التجارة ويستعاض عنه بالنص الآتي:...) اما في المواد من 15 - 19 ومواد أخرى في القانون فترد عبارة (تعدل المادة. . وتصبح كما يأتي:...)، حيث يقترح اعتماد إحدى الصيغتين.
10. يوصى بتحديد معنى مصطلح (يعلم عليها) الوارد في نص المادة 2 من القانون التعديلي والتي تنص على ان "المادة 18 الجديدة: يجب ان توضع للدفاتر الممسوكة بطريقة يدوية ارقام وان يعلم عليها ويوقعها رئيس المحكمة الابتدائية في المدن التي تنعقد فيها هذه المحكمة".
11. يوصى بحذف المصطلح الفرنسي الوارد في المادة 4 من القانون التعديلي والوارد فيها نص المادة 27 الجديدة: . . . - شهادات الاختراع المستثمرة والطابع المصنعية (Marque de fabrique) والتجارة التي تستعملها الشركة.، وسبب ذلك ان المشرع لم يعتمد هذا المنوال في الكثير من المصطلحات الأخرى، فيقتضي ذلك توحيد الموقف من ذكر المصطلح الفرنسي من عدمه بالنسبة لكافة المفاهيم القانونية الواردة في قانون

- التجارة البرية اللبناني. وكذلك الحال بالنسبة المادة 109 الجديدة المتضمنة مصطلح "الفوائد المحددة (Interets fixes)" وغيرها من المواطن الأخرى في القانون الجديد.
12. التوصية بتصويب منطوق نص المادة 17 بتعديل المادة 94 من قانون التجارة اللبناني كي تصبح على النحو التالي: " اذا اسست شركة مغفلة على وجه غير قانوني، جاز لكل ذي صفة ومصلحة، خلال مهلة خمس سنوات تسري من تاريخ حصول العيب، ان يندرهما بوجوب اتمام المعاملة المعيبة.." بدلا من (اذا اسست شركة مغفلة على وجه غير قانوني، جاز لكل ذي صفة ومصلحة، خلال مهلة خمس سنوات تسري من تاريخ حصول العيب، ان يندرهما بوجوب اتمام المعاملة المهمة).
13. التوصية بسرعة اصدار قرار الوزير المتضمن الوسائل الالكترونية التي يحددها وزير العدل والمشار اليها بشأن اتمام معاملات التسجيل والنشر، حيث ان مقتضى القانون الجديد يفرض استخدام الوسائل الالكترونية حصرا بعد سنتين على نفاذ هذا القانون بحيث يكون النشر الالكتروني على موقع السجل التجاري متاحا لاطلاع الجمهور.
14. التوصية بتعديل نص المادة 21 من القانون التعديلي المتضمنة نص المادة 100 الجديدة كي تصبح " . . فيجب نشر نظام الشركة في لوحة الإعلانات في مكاتبها او على مدخلها" بدلا من عبارة " فيجب تعليق نظام الشركة في مكاتبها".
15. التوصية بتعديل صياغة نص المادة 27 المتضمنة نص المادة 109 الجديدة: "... على ان هذا النص لا يكون قانونيا "، وبما يتضمن توضيحا للمقصود بكون النص غير قانوني.
16. التوصية بتوضيح المقصود بمصطلح "الأسهم المحررة تماما" الوارد في المادة 31 من القانون التعديلي المتضمنة نص المادة 117 الجديدة: " على ان الاسهم المحررة تماما. ...".
17. التوصية بإعادة النظر في مضمون المواد 121 مكرر حيث انه يختلف عن مضمون المادة 121، حيث نعتقد من جانبنا انه ما كان يجب وضع هذه المواد ضمن ما اسماه المشرع المادة 121 مكرر، حيث ان المادة 121 الأساسية تعرض لموضوع مختلف منبت الصلة عن الموضوعات التي تناولها المشرع في المادة 121 مكرر 1 ولغاية المادة

- 121 مكرر12، فموضوع المادة 121 الأساسي هو بيع الأسهم وضمانات دفع ثمن السهم، بينما المواد 121 مكرر1-12 مخصصة لموضوع آخر هو الأسهم التفضيلية، فكان الاصوب - من وجهة نظرنا- تخصيص مواد مستقلة وليس مواد مكررة، مع التوصية بإعادة ترقيم مواد القانون كاملة مرة أخرى.
18. تحديد حالات عدم اعتبار رئيس مجلس إدارة الشركة ومديرها العام تاجرين بدقة وإعادة صياغة نص المادة 47 المتضمن نص المادة 155 الجديدة من قانون التجارة اللبناني.
19. تحديد مقتضيات اعمال المادة 48 المتضمنة نص المادة 156 الجديدة من قانون التجارة والخاصة بسرعة اصدار وزير العدل للقرار المتعلق بشروط اعتماد تقنية الاتصال المرئي والمسموع عن بعد او وسائل تقنية اخرى، وذلك لغايات احتساب الاكثرية والنصاب في اجتماعات المجلس التي يشارك فيها أعضاء عبر تقنية الاتصال المرئي والمسموع عن بعد او وسائل تقنية اخرى
20. توضيح منطوق نص المادة 54 المتضمن المادة 162 الجديدة والخاص بوجود ان تكون البيانات المالية "جليية"، ويقترح توضيح معايير ذلك.
21. التوصية بتعديل نص المادة 105 المتضمنة المادة 18 الجديدة من المرسوم الاشتراعي رقم 35 الصادر بتاريخ 1967/8/5 بحيث يتضمن الامر منع المدير والمديرين في حال تعددهم وعلى الشريك الوحيد او على الشركاء، تحت طائلة البطلان، ان يحصلوا من الشركة على قروض او كفالات.. ليس لأنفسهم او لأزواجهم او أصولهم او فروعهم وحسب بل ولأقاربهم حتى الدرجة الرابعة.
22. توضيح المقصود بمضمون ما قرره المادة 108 المتضمنة المادة 21 الجديدة من المرسوم الاشتراعي رقم 35 الصادر بتاريخ 1967/8/5 وتحديدا عبارة " كل بند مخالف لهذه المادة يعتبر بحكم غير المكتوب" فالمقترح تحديد ماهية حكم غير المكتوب!؟

الدراسة السادسة:

قراءات قانونية في مدى تكريس قانون الملكية العقارية الأردني رقم (13) لسنة 2019 للأمن العقاري واستقرار المعاملات وتشجيع الاستثمار

د. علاء الدين عبدالله الخصاونه⁽¹⁾

يعتبر العقار في الوقت الراهن أساسا مهما لتحقيق التنمية الاقتصادية، ويعد ثروة هامة ومحركا ضروريا للاقتصاد الوطني، كما تبنى عليه سياسة الدولة في مجال التخطيط العمراني، وهو آلية كفيلة لضمان حق المواطنين في السكن، كما يعتبر الوعاء الرئيسي لتحفيز الاستثمار. ويعد حق الملكية من أهم الحقوق العينية التي يتمتع بها الإنسان، ويعتبر من أبرز مصادر الثروة بالنسبة للأفراد والدول، ويشكل القطاع العقاري واحدا من أهم القطاعات الاقتصادية التي ترفد الدول بالموارد المالية. وتمثل حماية الملكية العقارية ضرورة لا غنى عنها لتحقيق الأمن العقاري واستقرار المعاملات وحفاظا على الحقوق والمراكز القانونية للأفراد، مما يسهل من تداول العقار وتشجيع الاستثمار.

ولا يمكن تحقيق كل هذه الأهداف إلا بوضع منظومة قانونية عقارية تسعى إلى تحسين الملكية العقارية تعزيز قيمتها الاقتصادية والائتمانية وذلك بتكريس الأمن العقاري واستقرار المعاملات. وبالنظر إلى الأهمية التي يحظى بها العقار، فقد أولت أغلب التشريعات الوطنية اهتماما كبيرا به حرصا على حمايته من التعدي والغصب والاستيلاء. وفي هذا الاتجاه، فقد سن المشرع الأردني مجموعة من القوانين التي تنظم الملكية العقارية وترمي لتوفير الأمن العقاري، واستقرار المعاملات وتشجيع الاستثمار وحظيت الملكية العقارية باهتمام المشرع

⁽¹⁾ جامعة اليرموك - الأردن

الأردني، فقد كرس هذا الحق في الدستور وأوجب حمايته⁽¹⁾، كما أن المشرع الأردني نظم الملكية العقارية في عدة تشريعات، كالقانون المدني ومجموعة من التشريعات والأنظمة المتعلقة بالنشاط العقاري والتي تضمنت أسس وطرق حماية العقار وكيفية التصرف به واستغلاله. وقد تعزز ذلك الاهتمام بإصدار قانون الملكية العقارية الجديد رقم 13 لسنة 2019⁽²⁾. وتتمثل الغاية الأساسية من إصدار هذا القانون في تحقيق الأمن العقاري والاستقرار في المعاملات العقارية وتشجيع الاستثمار فيها، فقد استشعر المشرع الأردني إزاء المستجدات التي طرأت على الصعيد الاقتصادي والاجتماعي التي شهدتها الدولة الأردنية بالحاجة إلى نصوص قانونية تضمن تحقيق الاستقرار في المعاملات العقارية وحفظ الحقوق وتوفير قواعد مرنة وإجراءات مبسطة لانتقال الملكية العقارية، كما تضمن الحد من حالات الاستيلاء على عقارات الغير لحماية الملكية العقارية من جهة وتشجيع الاستثمار بثقة واطمئنان من جهة أخرى.

♦ أهمية الدراسة

تتجلى أهمية هذه الدراسة بعدة جوانب، أولها ما شهدته القطاع العقاري في الأردن من ازدهار سواء على صعيد الاستثمار في التعاملات المالية على العقار أو في قطاع الإنشاءات. ويتمثل ثانيها، بظهور العديد من القضايا المعقدة والصعبة أمام المحاكم الأردنية التي كان الوصول فيها إلى حل مرض ويحترم المبادئ والقواعد القانونية المستقرة مسألة ليست بالسهلة. كذلك تبرز أهمية الدراسة من حيث كونها تلقي الضوء على كيفية معالجة المشرع لموضوع الملكية العقارية ومدى تحقيق القانون الجديد للغاية من إصداره ألا وهي تحقيق الأمن والاستقرار العقاري من جهة وتشجيع التعامل في العقارات والاستثمار فيها من جهة أخرى. يضاف إلى ذلك، أن العلاقة بين كل من القانون والعقار والاستثمار أصبحت تشغل بال المشرعين لما يمثله العقار من أهمية على مستوى الاقتصاد والاستثمار، وأنه عصب اقتصاد أي دولة.

(1) أنظر المادة 11 من الدستور الأردني لسنة 1952 وتعديلاته والتي تنص على أنه: "لا يستملك ملك أحد الا للمنفعة العامة وفي مقابل تعويض عادل حسبما يعين في القانون" أنظر كذلك نص المادة 15 من الدستور اللبناني وتنص على أن: "الملكية في حمي القانون، فلا يجوز أن ينزع عن أحد ملكه إلا لأسباب المنفعة العامة في الأحوال المنصوص عليها في القانون وبعد تعويضه عنه تعويضاً عادلاً"

(2) سيشار له فيما بعد (قانون الملكية العقارية)

كذلك فإنه ولحدائثة هذا القانون وأنه يجمع بين ثناياه عدة موضوعات كانت منظمة سابقا في تشريعات متفرقة وتجميعها في مدونة واحدة تشكل رديفا للقانون المدني باعتباره الشريعة العامة وباعتبار هذا القانون يخص المعاملات العقارية بالذات، كان من الواضح قلة الدراسات المتخصصة بالملكية العقارية والقانون العقاري كنظام قائم بذاته في الأردن، لكننا سنستعين بالدراسات التي عالجت هذه الموضوعات في ظل القوانين القديمة التي تولى قانون الملكية العقارية الغاءها وبالأحكام القضائية المتعلقة بموضوعات هذا القانون.

♦ مشكلة الدراسة

تطرح الدراسة مجموعة من الإشكاليات التي تتمحور حول مدى فعالية نصوص قانون الملكية العقارية الأردني وما جاء فيه من مستجدات في تحقيق الأمن العقاري وتشجيع الاستثمار، وهل نجح المشرع في التوفيق بين تحقيق الأمن العقاري واستقرار التعاملات وتشجيع الاستثمار في المعاملات العقارية والحد من ظاهرة الاستيلاء عليها. وسيتم الإجابة على هذه المشكلة عبر بيان مدى كفاية هذه الوسائل والآليات في تحقيق الاستقرار والثبات للمراكز القانونية في مجال المعاملات العقارية وبيان الضمانات التي تكفل تحقيقها سواء عبر ما استحدثه المشرع من آليات وأنظمة قانونية جديدة أو من خلال ما أجراه من تغيير على نظم قانونية كانت موجودة بتعديلها أو إلغائها. وهذا يقتضي الإجابة على عدة تساؤلات فرعية: ما هو المقصود بالأمن العقاري واستقرار التعاملات؟ وما هي مظاهر تكريس الأمن العقاري واستقرار التعاملات في ظل المستجدات التي أوردها قانون الملكية العقارية؟ ما هي مظاهر تشجيع الاستثمار في هذا القانون؟ إلى أي مدى كرس المشرع الأردني الأمن العقاري واستقرار المعاملات والاستثمار في مسائل إزالة الشبوع، وأثر مرور الزمان على العقود الباطلة وحقوق حسني النية، الوكالة غير القابلة للعزل والشفعة والرهن.

♦ منهجية الدراسة

اتبعتنا في هذه الدراسة منهجا وصفيا تحليليا، حيث تدور دراستنا هذه حول قراءة وتحليل أهم الأحكام التي وردت في قانون الملكية العقارية الأردني للوقوف على أهم المستجدات فيها

ومدى تحقيقها لغايات إصداره والأسباب الموجبة له، والتعليق عليها من ناحية شكلية وموضوعية بعد قراءة متأنية وتفسير للنصوص لبيان مضمون هذه المستجدات وآثارها القانونية وللوقوف على مدى تناسق نصوصه وبيان مدى تحقيقها لغاياتي الأمن والاستقرار العقاري وتشجيع التعامل في القطاع العقاري. وسيكون انتقاء محاور هذه الدراسة متنوعا ومبنيًا على أهم المستجدات، فالقانون يحوي (224) مادة مقسمة على ثمانية فصول ودون ترابط موضوعي بينها وتتعلق بموضوعات متعددة جمع القانون شتاتها بعد إلغاء عدة قوانين وأنظمة كما أسلفنا، لذا يبدو من الصعب التطرق لجميع تفاصيلها والتعليق عليها في هذه الدراسة. من أجل ذلك، سنتقصر دراستنا على التوقف عند أهم التعديلات التي جاء بها المشرع والتي تحقق غايتنا في هذا البحث، والتطرق أحيانا إلى ما كان عليه حال القانون المدني الأردني والقوانين التي كانت سارية في مجال الملكية العقارية مواضع التعديل. بالإضافة إلى الإستعانة بموقف بعض التشريعات العربية في بعض المواقع، كالمشرع اللبناني والمصري والسوري وغيره.

وللإجابة على الإشكاليات التي تطرحها هذه الدراسة ارتأيت تقسيم هذا الموضوع إلى مبحثين أساسيين، أتناول في المبحث الأول مدى تحقيق الأمن والاستقرار العقاري في قانون الملكية العقارية، وونتعرض في المبحث الثاني لمظاهر تشجيع الاستثمار في هذا القانون.

♦ **خطة وتقسيم الدراسة:** من أجل كل ما سبق فقد قسمنا دراستنا هذه إلى مبحثين، كالآتي:

المبحث الأول: مظاهر تحقيق الأمن العقاري واستقرار التعاملات في قانون الملكية العقارية

المبحث الثاني: مظاهر تشجيع الاستثمار في قانون الملكية العقارية

○ المبحث الأول: مظاهر تحقيق الأمن العقاري واستقرار التعاملات في قانون الملكية العقارية

عند الحديث عن الدور الذي يلعبه القانون بشكل عام والقانون العقاري بشكل خاص وبيان تأثيره في المجتمع، فغالبا ما يستخدم مصطلحات قانونية عديدة، كفكرة الأمن القانوني واستقرار المعاملات وحسن النية والوضع الظاهر. وبالرغم من شيوع استخدام هذه المصطلحات في الفقه والقضاء إلا أنها لم تحظى بتعريف قانوني جامع مانع. ولا شك أن البحث في دور قانون

الملكية العقارية في تحقيق الأمن العقاري واستقرار المعاملات يستلزم ابتداء التعريف بفكرتي الأمن القانوني العقاري واستقرار المعاملات، والإحاطة بظروف إصدار هذا القانون والأسباب الموجبة له (المطلب الأول)، ثم بيان مظاهر تحقيق الأمن العقاري واستقرار المعاملات في ظل المستجدات التي أوجدها هذا القانون (المطلب الثاني).

• المطلب الأول: التعريف بفكرة الأمن القانوني واستقرار المعاملات وظروف سن قانون الملكية العقارية

نتناول في هذا المطلب التعريف بفكرة الأمن القانوني العقاري واستقرار المعاملات كنماذج لأهم غايات سن القوانين العقارية. حيث تستهدف الدول توفير الاستقرار في العلاقات والمراكز القانونية في المجال العقاري، من خلال إصدار تشريعات متطابقة مع الدستور وباقي التشريعات الوطنية لحماية الملكية العقارية التي تعد غاية فضلى تهدف لها كل التشريعات العقارية. من أجل ذلك، سنقوم بالتعريف بفكرة الأمن القانوني واستقرار المعاملات كركيزة أساسية لحماية الملكية العقارية (الفرع الأول). ثم نحاول التعريف بظروف إصدار هذا القانون والأسباب الموجبة له ومدى انسجام نصوصه مع هذه الغايات (الفرع الثاني).

♦ الفرع الأول: الأمن القانوني واستقرار المعاملات كركيزة أساسية لحماية الملكية العقارية
نتطرق أولاً لمفهوم فكرة الأمن القانوني وخصوصاً الأمن العقاري، ثم نتناول مفهوم فكرة استقرار المعاملات.

• أولاً: التعريف بالأمن القانوني العقاري

يعد الأمن القانوني من المفاهيم الحديثة التي تفرض نفسها بقوة عند الحديث عن الغاية من إصدار قانون معين وخصوصاً في إطار المعاملات العقارية بالنظر لأهميتها وانتشارها. ويعرف الأمن القانوني بأنه: "وجود نوع من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحدا أدنى من الاستقرار للمراكز الناشئة عنها بغرض إشاعة الأمن والطمأنينة بين الأطراف المتعاقدة".⁽¹⁾

(1) يسرى محمد العصار: الحماية الدستورية للأمن القانوني، مجلة الدستورية، القاهرة، يوليو 2003، ص: 51.

فهو يتجسد باستقرار المراكز القانونية وعدم المساس بها. بمعنى، أن المراكز القانونية التي تكونت واستقرت أو تم اكتسابها لا ينبغي المساس بها في حال تعديل القوانين أو صدور قرارات قضائية تتعلق بموضوع ما.

ويعتبر ضمان الأمن القانوني من الغايات الأساسية التي ينشدها كل نظام قانوني، حيث يشكل الأمن القانوني ضمانة فعالة وهامة لحماية حقوق الأفراد ومصالحهم، ويستلزمها النشاط الاقتصادي. لذا، تلتزم السلطات في كل دولة بتحقيق قدر من الثبات والاستقرار للقواعد القانونية النازمة للعلاقات المالية بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة لأطرافها⁽¹⁾، مما يستوجب ضرورة وجود إطار قانوني واضح ينظمها.

ويتجسد تحقيق الأمن القانوني بعدة طرق وضوابط وآليات قانونية، فلضمان تكريس فكرة الأمن القانوني العقاري الذي يهدف لتحقيق استقرار ملكية العقار وثباته، لا بد من توافر عدة متطلبات أو مقومات:

أولاً: سهولة الوصول إلى نصوص القانون، بحيث يتمكن الأشخاص الخاضعون للقانون من الوصول إلى القاعدة التشريعية التي تنظم مجالاً أو قطاعاً معيناً بسهولة ويسر. ثانياً: أن تكون نصوص القانون واضحة وسهلة الفهم، بحيث يتمكن الأشخاص الخاضعون للقاعدة القانونية من فهم مفرداتها ومدلولاتها، مما يستلزم أن تكون صياغتها بسيطة وغير معقدة ولا غامضة، فكلما كانت المراكز القانونية واضحة ومحددة ومعترف بها وتحظى بالاحترام، كلما كان من السهل اتمام التعاملات بين الأفراد بثقة واطمئنان. بالمقابل، كلما شاب المراكز القانونية غموض أو عدم يقين، كلما تزعزعت التعاملات أو عزف الأفراد عن إجرائها. وبذلك لا بد أن تكون الصياغة مرنة وليست جامدة.

ثالثاً: الثبات التشريعي والاستقرار القانوني، وهذا يعني عدم التغيير المستمر للنصوص القانونية وبدون مبرر، حتى يتمكن الأشخاص الخاضعون للقانون من معرفة ما سيطبق عليهم وتهيئة ظروفهم بناء على هذه النصوص. فلا يتفاجئون بتعديل النصوص القانونية من وقت

(1) جابر بابا، تجليات الأمن القانوني في حماية الحق واستقرار التعاملات، مجلة المنارة في الدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 14، 2016، ص 41. راتب الوزني: الأمن القانوني في الاجتهاد القضائي الأردني، المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، دفاتر محكمة النقض، العدد 19، سبتمبر 2011، ص: 36.

إلى آخر، وألا يكون هنالك تضخم في النصوص القانونية أو القرارات مما يؤدي إلى زعزعة الثقة في الدولة وقوانينها⁽¹⁾. وأهم عناصر تحقيق هذا الاستقرار وجود تنظيم قانوني دقيق لتقادم الحقوق، واحترام مقتضيات عدم رجعية القانون. ويتعزز ذلك أيضا بتطبيق قاعدة عدم جواز الاعتداد بالجهل في القانون، ومبدأ احترام الحقوق المكتسبة⁽²⁾.

رابعاً: أن يستطيع كل فرد أن يتوقع نتائج تطبيق القواعد القانونية عليه⁽³⁾، فمن يبرم عقداً سيعرف مقدماً الالتزامات التي سيتحملها ونطاقها وسيعرف ما للمتعاقد الآخر من حقوق والتزامات.

خامساً: أن الاستقرار القانوني لا يتحقق إلا بوجود الاستقرار في الاجتهادات القضائية، وهو ما يستلزم أن يكون القضاء ملماً بتنوع العقار وتفاصيله.

ومصطلح الأمن القانوني يتضمن في ثناياه عدة أشكال بحسب الزاوية التي ينظر لها. كالأمن الغذائي والاقتصادي، والأمن العقاري، إذ يعد الأمن العقاري أحد مظاهر الأمن القانوني. حيث أن النشاط العقاري يعتبر من أهم ركائز التنمية المستدامة والبنية التحتية للمشاريع، لذلك يعتبر أمنه أحد أهم الأولويات لضمان اقتصاد مزدهر. والأمن العقاري يعني اطمئنان المالك وركونه إلى ما يثبت به ملكية عقاره وإقامة الحجة على العقار الذي يمتلكه من خلال ثقته في القوانين المنظمة لهذا العقار، وكذلك ثقته في القضاء الذي يبذل ما بوسعه لتحقيق العدالة العقارية. لذلك، كان تدخل الدولة في مجال حماية الملكية العقارية وضمان الأمن العقاري أمراً أساسياً لتحسين الملكية العقارية وتنظيم وتيسير تداولها، بما يكفل إستقرار المعاملات العقارية وحماية حقوق المالكين وأصحاب الحقوق العينية، ويعزز الثقة والائتمان العقاريين. والمشرع الأردني يعمل جاهداً لحماية الملكية العقارية من كل اعتداء وتلاعب

(1) مصطفى بنشريف وفريد بنته: "الأمن القانوني والأمن القضائي"، مجلة العلوم القانونية،

<https://www.maroclaw.com> ؛ علي مجيد العكلي، مبدأ الأمن القانوني بين النص الدستوري والواقع العلمي،

الطبعة الأولى، القاهرة، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، 2019، ص 20.

(2) عامر زغير محسن، الموازنة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية، ع 18، 2010، ص

5.

(3) راتب الوزني، مرجع سابق، ص 36. عامر زغير محسن، الموازنة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم

بعدم الدستورية، مرجع سابق، ص 6.

النصوص القانونية المنظمة للعقار دورا مهما في توفير الامن العقاري واستقرار المعاملات العقارية. ويعد ضمان الأمن العقاري أساسيا في تحصين الملكية العقارية وتنظيم تداولها، بما يكفل استقرار المعاملات العقارية وحماية حقوق الملاك وأصحاب الحقوق العينية الأخرى، ويعزز الثقة والائتمان العقاريين.

ويتمتع موضوع الامن العقاري بأهمية بالغة في مجال المعاملات العقارية⁽¹⁾، لما للعقار من دور مهم في النشاط الاقتصادي. ويعرف الأمن العقاري كأحد مظاهر الأمن القانوني بأنه: "مجموعة من القواعد الموضوعية والإجرائية الفقهية والقانونية التي تعمل على حماية الملكية العقارية والمعاملات المنصبة عليها وأمنها القانوني والقضائي"⁽²⁾. نستخلص من هذا التعريف أن القواعد القانونية لا بد أن تهدف إلى اطمئنان المالك سواء كان شخصا طبيعيا أم معنويا إلى سندات ملكيته لعقار ما، وسلامة إثبات حقه استنادا إلى منظومة قانونية شاملة وواضحة بحيث تبعث الثقة، ما يسهل تبادل واستغلال وإجراء التصرفات على هذا العقار. حيث يرتبط تحقيق الأمن العقاري بتحديد الملكيات وفصلها وإثباتها، لذا يعتبر هذا المصطلح مرتبطاً بشكل أساسي بقواعد الحماية القانونية لكل العقارات في الدولة، كما أن هذا المصطلح يتلاقى أحيانا مع فكرة استقرار المعاملات، وهو ما نعرض له فيما يأتي.

▪ ثانيا: مفهوم استقرار المعاملات في المجال العقاري

تعتبر فكرة استقرار المعاملات من الأفكار القانونية الهامة التي بالرغم من عدم وجود تعريف قانوني لها، إلا أنها تجد لها تطبيقات في مختلف فروع القانون، وبالذات في المعاملات المدنية. فهذه النظرية لا يتضمنها أى نص قانوني، إلا أنها مُستقرة في الفقه والقضاء، إذ أن تطبيقها تقنضيه مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، حيث يبرز الحديث عن فكرة استقرار المعاملات عند التطرق لنظريات مرور الزمان،⁽³⁾ وعدم رجعية القانون⁽⁴⁾، ونظرية الوضع

(1) وهيب عبدالوهاب، الأمن القانوني وتأثيره على استقرار المعاملات القانونية، www.aljami3a.com/806

(2) فؤاد الصامت، القواعد الموضوعية للأمن العقاري، دراسة مقارنة بين أحكام الفقه المالكي والقانون الوضعي، مطبعة دار السلام للطباعة والنشر، الرباط، 2015، ص 45.

(3) الحكم رقم 5449 لسنة 2019 محكمة تمييز حقوق، 3 آذار 2020 منشورات قسطاس.

(4) تمييز حقوق، الحكم رقم 1378 لسنة 2020، بتاريخ 8 تموز 2020، منشورات قسطاس.

الظاهر (1) وحجية الأحكام القضائية(2)، والمدد القانونية،(3) ومصير المحدثات والمنشآت في ملك الغير وآثار العقود الباطلة، وغيرها. وتعني فكرة استقرار المعاملات ثبات هذه المعاملات وقرارها وعدم تأرجحها بين الصحة والفساد.(4)

ولا شك أن استقرار المعاملات في المجتمع ضرورة تهدف إلى تحقيقها السلطات المختلفة في الدولة، فهي حاجة تسبق العدالة فالمتعامل الذي يطمئن لوضع معين فيه من المظاهر ما يكفي لتولد الاعتقاد المشروع لقانونية مركز الطرف الآخر للتصرف، فإن حمايته تصبح مساندة للأهداف العامة للقانون. وإن كانت الحقيقة هي الواقع الذي يحميه ويقره القانون ويمثلها مراكز تنشأ في ظل القانون، فإنه توجد مراكز أخرى فعلية لا تتفق مع القانون وفي الأصل لا ترتب الآثار التي يرتبها المركز القانوني. وبما أنه يجب أن يخضع الواقع للقانون وفقا لذلك أن يظل الظاهر أولى بالرعاية في مواجهة صاحب المركز القانوني وهذا من متطلبات التطور الذي تشهده الحياة الاجتماعية.

ويعد استقرار المعاملات العقارية أساس الأمن العقاري وجوهره، وتلعب فكرة استقرار المعاملات دورا أساسيا في انشاء ارضية قانونية صلبة للملكية العقارية، تمكن مالك العقار وكذا باقي المتعاملين معه من الاطمئنان على الوضعية القانونية لهذا العقار، وتساهم في تسهيل تداول الملكية العقارية وإبراز القوة الائتمانية للعقار.

♦ الفرع الثاني: ظروف اصدار قانون الملكية العقارية

حتى نتمكن من فهم الدور الذي يمكن أن يؤديه قانون الملكية العقارية في تعزيز الأمن العقاري واستقرار المعاملات وتشجيع الاستثمار، وباعتباره قانونا دخل حيز التنفيذ حديثا، لا بد من الإشارة لأهم الظروف التي دفعت المشرع لسنه ومظاهر النقص في التشريعات العقارية والإحاطة بالأسباب الموجبة لسن هذا القانون.

(1) تمييز حقوق، الحكم رقم 1665 لسنة 2020 بتاريخ 8 تموز 2020 منشورات قسطاس.

(2) تمييز حقوق الحكم رقم 1028 لسنة 2020 بتاريخ 18 حزيران 2020. منشورات قسطاس

(3) الحكم رقم 1731 لسنة 2020 محكمة تمييز حقوق، بتاريخ 9 حزيران 2020. منشورات قسطاس

(4) ياسر الخطيب، نظرية استقرار المعاملات وأثرها على العقود وتطبيق ذلك على بعض المعاملات المالية، مجلة العدل،

ع 63، ص 45. منشور على الموقع: <https://adlm.moj.gov.sa/attach/1346.pdf>

• أولاً: مظاهر القصور في القوانين العقارية وانعكاسها على تحقيق الأمن العقاري واستقرار المعاملات

إن سن المشرع الاردني للقانون الخاص بالملكية العقارية جاء بمجموعة من الضمانات القانونية من أجل إيجاد نوع من التوازن بين المتعاقدين والمتعاملين في إطار هذه القوانين وبشكل خاص من أجل تحقيق مجموعة من الأهداف الأساسية الأخرى من بينها حل أزمة السكن واستقرار الملكية العقارية وضمان ما يرد عليها من معاملات وذلك عن طريق تحقيق الأمن العقاري الذي يعتبر عاملاً أساسياً في ازدهار الاستثمارات في المجال العقاري. إلا أن تحقيق تلك الأهداف لم ولن يخلو من الصعوبات.

لقد عرف تطبيق القوانين النازمة للملكية العقارية وما كان يلحقها من أنظمة لتنفيذ نصوص هذه القوانين العديد من العراقيل. فبالرغم من الجهود التشريعية الهامة إلا أن مجموعة من الاختلالات كانت تؤثر سلباً على استقرار الملكية العقارية في سبيل تحقيق الأمن العقاري وتوفير عنصر الاطمئنان.

ويأتي في مقدمة هذه العراقيل مسألة أن المشرع الأردني كان قد أحاط عمليات التعاقد في العقارات بقواعد ليست موحدة، فعلى مستوى التصرف في العقار، يختلف النظام القانوني بين عقارات خاضعة للتسجيل وعقارات غير خاضعة للتسجيل. كذلك، بخصوص بيع العقارات في طور الانجاز، فقد فرض مجموعة من الضمانات التي قد تعرقل نجاحها. فقد قام بفرض ابرام عقد البيع على مرحلتين عقد ابتدائي أولاً ثم عقد بيع نهائي بعد سداد كافة الاقساط المتفق عليها، هذا يجعل المستفيد من العقار مالك مفترض لا مالك حقيقي مما يحول دون توفر عنصر الثبات والقوة والاطمئنان في الملكية العقارية رغم ما يوفره التأمين من ضمانات في هذا الاطار. كذلك يمكن الإشارة إلى استمرار حالات الإعتداء على أملاك الأفراد مما يشكل مساساً بحق الملكية، بالإضافة إلى المشاكل المرافقة لقضايا نزع الملكية من أجل المنفعة العامة وتعقد اجراءاتها، مما يؤدي الى عدم تمكين المالكين المنزوعة ملكيتهم من تعويض سريع وعادل وفعال عن نزع ملكيتهم. ويضاف إلى ذلك، غياب قضاء متخصص للبت في النزاعات العقارية بشكل عام وضعف تكوين الموارد البشرية العاملة في قطاع العقار؛ الامر الذي يؤدي إلى طول أمد البت في القضايا العقارية.

• ثانياً: الأسباب الموجبة لقانون الملكية العقارية

لقد جاء قانون الملكية العقارية انعكاساً لقضايا واقعية وأحكام مشهورة، كما تم سن القانون لمجابهة مشاكل عدة، كزيادة النمو السكاني وغلاء الأراضي، وكان من أثر ذلك، حدوث نزاعات عديدة على ملكية بعض الأراضي وإقبال الأفراد على شراء الشقق السكنية بشكل كبير مما أنشأ علاقات جوار جديدة وغير مألوفة، وأنواع جديدة من الملكية المشتركة، ولم تكن القوانين المطبقة فعالة وقادرة على الإحاطة بجميع الصعوبات والمشاكل التي يطرحها الواقع العقاري. وبذلك كان لازماً على المشرع وضع قانون جديد ينظم الملكية العقارية، من خلاله يسد ثغرات مجموعة من القوانين النازمة للملكية العقارية، وقد تحكمت في صدور هذا القانون مجموعة من الاعتبارات منها ما هو قانوني واقتصادي واجتماعي.

وعموماً يمكن الإشارة إلى بعض الخطوط العريضة لهذا القانون منها: توسيع نطاق تطبيقه؛ سريانه على العقارات كيفما كان نوعها، تبني طرق جديدة لإزالة الشبوع، إلزامية وضع نظام لكل ملكية مشتركة؛ الإبقاء على حق الأفضلية الذي كان مقرراً سابقاً مع تحديد شروط تطبيقه من طرف الملاك المشتركين، تعدياً أحكام الوكالات غير القابلة للعزل، وتبسيط إجراءات الشفعة والرهن والاستملاك.

ولم يرد في نص قانون الملكية العقارية ولا في ديباجته أي إشارة للأسباب الموجبة لهذا القانون، كما لا يوجد مذكرات إيضاحية له، لكن استعراض وتحليل مجموع نصوصه وقرائنها مع بعضها البعض، بالإضافة لاستعراض ما قيل في نقاشات مجلس الأمة الأردني (بشقيه مجلس النواب والأعيان) حول هذا القانون، وما أبداه الخبراء والقانونيين ورجال الصحافة قد يساعدنا في فهم ظروف إصدار هذا القانون وأسباب سنه.

ويمكن القول إن هذا القانون احتوى على مجموعة من الأهداف، أبرزها: جمع الأحكام القانونية الخاصة بالملكية العقارية وتنظيمها في تشريع واحد عبر تصنيف العقارات، وتنظيم وضع حدودها ومسحها وتقدير قيمتها، وتسوية الخلافات والمسائل المتعلقة بحقوق ملكية الأشخاص للعقارات والمياه، وتسجيل العقارات التي لم يسبق تسجيلها، وإعادة تنظيم طرق إزالة الشبوع في ملكية العقارات بالتصرف فيه، أو بقسمته بين الشركاء بنسبة حصة كل منهم فيه رضائياً أو بوساطة لجنة تشكل لهذه الغاية. كما تمثلت الأسباب الموجبة لهذا القانون في تنظيم

ملكية الأبنية والطوابق والشقق والمجمعات العقارية والأبراج والتي شاع مؤخرا التعامل فيها ولم يكن هنالك تشريع ينظمها بشكل كامل.

كما سعى المشرع الأردني من وراء إصدار هذا القانون إلى تبسيط إجراءات التملك وقسمة المال الشائع وإدارته ورهنه، فقبل صدور هذا القانون ونفاذه كانت المعاملات العقارية تخضع لأكثر من أربعين تشريعا ما بين قوانين وأنظمة وتعليمات (13 قانونا⁽¹⁾) و15 نظاما و14 تعليمات) ومنها ما كان قديما يرجع إلى العهد العثماني، كقانون الأراضي العثماني، فكان الهدف من هذا القانون هو الحد من تعدد التشريعات من خلال تجميع النصوص القانونية المتعلقة بالمعاملات العقارية في مدونة خاصة، باعتبارها مدخلا أساسيا لحماية الملكية العقارية ولتشجيع التعامل والاستثمار فيها.

وقد ارتأت السلطة التنفيذية في الأردن إصدار قانون الملكية العقارية ثم الحاقه بإصدار الأنظمة اللازمة لتنفيذه، ولم تصدرها جميعا مرة واحدة، بل بدأت بإصدار هذه الأنظمة تباعا. وقد صدر لغاية إعداد هذه الورقة مجموعة كبيرة من الأنظمة اللازمة لتنفيذه. نذكر منها نظام رقم 152 لسنة 2019 (نظام رسوم دعاوى التسوية لسنة 2019)،⁽²⁾ نظام رقم 153 لسنة 2019 (نظام معاملات تسجيل العقارات والمياه في منطقة التسوية لسنة 2019)،⁽³⁾ نظام رقم 151 لسنة 2019 (نظام تنظيم المعاملات المتعلقة بالعقارات والمياه التي تمت فيها التسوية لسنة 2019)،⁽⁴⁾ نظام رقم 41 لسنة 2020 ويسمى نظام الشراء المباشر للعقارات أو مبادلتها

(1) ألغى القانون الجديد القوانين التالية:- 1 قانون الأراضي العثماني.- 2 قانون تسوية الأراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952.- 3 قانون تحويل الأراضي ومسحها وتنميتها رقم 41 لسنة 1953.- 4 قانون تحديد الأراضي ومسحها وتنميتها رقم (42) لسنة 1953 - 5 قانون وضع الأموال المنقولة تأميناً للدين رقم (46) سنة 1953 - 6 قانون تقسيم الأموال غير المنقولة المشتركة رقم (48) لسنة 1953 - 7 قانون التصرف في الأموال غير منقولة رقم (49) لسنة 1953 8 -قانون تصرف الأشخاص المعنويين في الأموال غير المنقولة رقم (61) لسنة 1953 - 9 قانون معدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1953 - 10 قانون تسجيل الأموال غير المنقولة التي لم يسبق تسجيلها رقم (6) لسنة 1964 - 11 قانون ملكية الطوابق والشقق رقم (25) لسنة 1968 - 12 قانون الإستملاك رقم (12) لسنة 1987 - 13 قانون إيجار الأموال غير المنقولة وبيعها لغير الأردنيين والأشخاص المعنويين رقم (47) لسنة 2006.

(2) المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 5605 على الصفحة 6184 بتاريخ 31-10-2019.

(3) المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 5605 على الصفحة 6187 بتاريخ 31-10-2019.

(4) المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 5605 على الصفحة 6177 بتاريخ 31-10-2019

من الجهات التي يجوز لها الاستملاك لسنة 2020)،⁽¹⁾ نظام رقم 149 لسنة 2019 (نظام مكافآت الكشف على العقارات المستملكة لسنة 2019،⁽²⁾ نظام رقم 145 لسنة 2019 (نظام لجان إزالة الشيوخ في العقار لسنة 2019)،⁽³⁾ نظام رقم 146 لسنة 2019 (نظام التبليغات التي تجريها لجنة إزالة الشيوخ في العقار لسنة 2019)،⁽⁴⁾ قرار لسنة 2019 (قرار تفويض صلاحيات صادر عن وزير المالية لسنة 2019).⁽⁵⁾

• **المطلب الثاني: مظاهر تحقيق الأمن القانوني العقاري واستقرار المعاملات في قانون الملكية العقارية**

من خلال التوقف عند مضمون ما جاء به قانون الملكية العقارية ومدى تحقيقه للأمن القانوني العقاري واستقرار المعاملات يتضح جليا أن المشرع قد أعاد هيكلة بعض الأنظمة القانونية بشكل كبير لدرجة أننا أصبحنا أمام نظام جديد قائم بذاته، كما فعل بالنسبة لتبنيه طرقا جديدة لإزالة الشيوخ (الفرع الأول). كما يلاحظ أن المشرع قد ساير القضاء في بعض المسائل وأوجد حلولاً عملية لها مستندا إلى الاجتهادات القضائية، كما هو الحال بالنسبة لموقفه من فسخ وتقرير بطلان البيوع التي تتم نتيجة الاحتيال أو التزوير (الفرع الثاني). وهو ما ندرسه تباعا.

♦ **الفرع الأول: الحلول الجديدة التي أوجدها القانون لإزالة الشيوخ**

تمثل حالة الشيوخ سببا أساسيا في زعزعة الملكية العقارية، كونها تشكل مصدرا كبيرا لإثارة المشاكل بين الشركاء،⁽⁶⁾ ولهذا ظلت حالة الشيوخ معضلة تؤرق المستثمر الذي يتجنب شراء

(1) المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 5634 على الصفحة 2018 بتاريخ 16-04-2020.

(2) المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 5603 على الصفحة 5823 بتاريخ 16-10-2019.

(3) المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 5599 على الصفحة 5575 بتاريخ 01-10-2019.

(4) المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 5599 على الصفحة 5582 بتاريخ 01-10-2019.

(5) المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 5613 على الصفحة 6989 بتاريخ 16-12-2019.

(6) غازي أبو عرابي، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 68؛ أحمد عويدي، عبدالناصر هياجنه، تقييم فاعلية الأحكام الخاصة بالملكية الشائعة في القانون الأردني، دراسات علوم الشريعة والقانون، م 38، ع2، 2011، ص 673.

العقارات الشائعة حتى لو كانت مناسبة لإقامة مشروعه لما قد تثيره حالة الشيوخ من مشاكل بين الشركاء بسبب اختلاف وجهات نظرهم بشأن آلية استثماره وما قد يؤدي إليه ذلك من إعاقة وتعطيل الانتفاع به⁽¹⁾. كما أن التكلفة المالية وبطء إجراءات التقاضي عند اللجوء للقسمه القضائية للمال الشائع كانت تسبب عزوفا عن الإقدام على الاستثمار فيها⁽²⁾. من أجل ذلك، فقد حاول المشرع إيجاد حلول تنهي حالة الشيوخ بالقسمه وتبسط إجراءاتها وتحول دون تحكم أحد الشركاء تجاه باقي الشركاء وتمنعه من تعطيل الانتفاع بالمال الشائع. وقد حدد المشرع بموجب المادة (94) من القانون الجديد وسيلتين لإزالة الشيوخ؛ فإما أن تتم عن طريق التصرف بالعقار تصرفا ناقلا للملكية (العصن الأول)، أو أن تتم عن طريق القسمه سواء كانت اتفاقية أو قسمه بواسطة لجنة إزالة الشيوخ التي حلت محل القسمه القضائية التي قام القانون الجديد بإلغائها⁽³⁾، وهو ما نتناوله في (العصن الثاني).

▪ العصن الأول: إزالة الشيوخ عبر تصرف الشركاء في العقار الشائع

منح قانون الملكية العقارية للشركاء امكانية التخلص من حالة الشيوخ عبر التصرف بكل العقار الشائع تصرفا ناقلا للملكية. ونشير هنا إلى أن استعراض وتحليل النصوص الناظمة لإزالة الشيوخ عبر التصرف بكل العقار الشائع في قانون الملكية العقارية يفهم منها أن إزالة الشيوخ يمكن ان تتجسد بعدة فرضيات:

- أولا: إزالة الشيوخ عبر التصرف بالمال الشيوخ باتفاق جميع الشركاء

من الممكن أن تتم إزالة الشيوخ في العقار عبر التصرف الذي ينشأ باتفاق جميع الشركاء على بيع هذا العقار وتوزيع ثمنه عليهم كل بمقدار حصته، وهو ليس بالأمر المستحدث في هذا القانون، بل أن القواعد العامة لا تمنع من إجرائه، لذا لن نفصل في أحكامه. وقد نظمتها المادة (95) من قانون الملكية العقارية في الفصل الخاص بإزالة الشيوخ، وجاء فيها: "يجري

(1) السنهوري، الوسيط، المجلد الثامن، ص 880..

(2) أحمد عويدي، عبدالناصر الهياجنة، مرجع سابق، ص 680.

(3) ونلاحظ هنا أن النصوص المتعلقة بالقسمه القضائية ما زالت موجودة في القانون المدني.

التصرف في العقار المملوك على الشيوع باتفاق جميع الشركاء فيه ببيعه وتوزيع ثمنه بين الشركاء كل حسب حصته في ملكيته". ويلاحظ أن هذا النص قد قصر هذه الطريقة على التصرفات الناقلة للملكية وبالذات على التصرف ببيع المال الشائع بدليل استخدامه لكلمتي (ببيعه، وثنمه) مع أن التصرف الناقل للملكية قد يكون بيعاً أو مقايضة أو هبة، ولكننا نرى أن مبرر ذلك أن هذا النص يتكلم عن وسيلة لإزالة الشيوع وتوزيع ثمنه على الشركاء بحسب حصصهم وهو ما يتحقق فقط في البيع ولا يتحقق في المقايضة، إذ أن المقابل في المقايضة يكون عينا وبالتالي سيعود الشركاء من جديد إلى حالة الشيوع في الشيء الذي تم التقايض عليه. كما أن الهبة تكون بلا مقابل، فمن غير المعقول أن يلجأ الشريك إلى إزالة الشيوع عبر التنازل عن ملكية العقار دون مقابل.

- ثانياً: إزالة الشيوع عبر التصرف الصادر من مالكي ثلاثة أرباع الحصص في العقار

الشائع

كما أن إزالة الشيوع بالتصرف بالعقار الشائع قد تتم عبر البيع الذي يقع من قبل مالكي ثلاثة أرباع الحصص على الأقل من العقار الشائع إذا تعذر اتفاقهم جميعاً على ذلك، فقد سمح القانون بموجب المادة (96) منه بإزالة الشيوع عن طريق منح من يملك من الشركاء ثلاثة أرباع الحصص الحق بالتقدم بطلب يقدم إلى مدير التسجيل لإحالة إلى لجنة إزالة الشيوع في دائرة الأراضي المختصة ويطلب فيها الحق بالتصرف بالعقار الشائع كاملاً ثم يتم تبليغ باقي الشركاء بقرار إجراء التصرف بموجب نظام التبليغات التي تجريها لجنة إزالة الشيوع في العقار رقم 146 لسنة 2019⁽¹⁾. والتبليغ يتم بأي صيغة سواء كان بموجب إنذار عدلي أو كان مسجلاً. ويكون للأقلية بعد أن يتم تبليغها بقرار من يملك ثلاثة أرباع الحصص تحديد موقفها تجاه هذا التصرف، فإما أن يجيزوه، فيجري التصرف ويرتب آثاره أو أن يرفضوا إجازته أو يمتنعوا عن إبداء رأيهم فيه، وهنا ينفذ التصرف.

(1) نظام التبليغات التي تجريها لجنة إزالة الشيوع في العقار لسنة 2019، المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 5599 على الصفحة 5582 بتاريخ 2019-10-01.

ونلاحظ هنا أن المشرع وبموجب هذا النص أعطى لمن يملك ثلاثة أرباع العقار الشائع سلطة واسعة في إزالة الشيوخ وحق فرض قراره بالبيع على باقي الشركاء، فإن قبل مالكو الحصص المتبقية البيع يجري التصرف بموافقتهم جميعاً، وإن رفضوا البيع أو امتنعوا عن إبداء رأيهم سينفذ البيع أيضاً رغم رفضهم، لكن الفارق هنا أن القانون قد منح أصحاب الأقلية في حال رفضهم أو امتناعهم الحق بإقامة دعوى أمام محكمة البداية المختصة للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بهم بسبب بيع مالكي ثلاثة أرباع الحصص العقار الشائع دون موافقتهم. ويجب رفع الدعوى خلال 30 يوماً من تاريخ تسجيل من يملك ثلاثة أرباع الحصص للتصرف في العقار الشائع.

وبرأينا أن هذا النص يضمن عدم تعطيل الانتفاع بالمال الشائع من قبل من يملك حصصاً صغيرة فيه، وهذا ما ينسجم مع غاية تشجيع الاستثمار، ثم أنه وإن أعطى للأغلبية سلطة واسعة تجاه الأقلية، إلا أنه خفف من حدة هذه الوسيلة عندما أعطى الأقلية حق المطالبة بالتعويض إذا ثبت الضرر الذي لحقهم، رغم أن هذا النص لم يحدد ما هو الضرر المقصود وكيف يتم تقديره، لذا يترك ذلك لقاضي الموضوع وفقاً لما جاء في القواعد العامة لتقدير الضرر، كمنظريّة التعسف باستعمال الحق.

وتتشكل لجنة إزالة الشيوخ بحسب المادة (3) من نظام قسمة المال الشائع والمادة (104) من القانون الجديد بقرار من مدير دائرة الأراضي وبرئاسة أحد موظفي دائرة الأراضي من الفئة الأولى ولا تقل درجته عن الثالثة وعضوية اثنين من موظفي دائرة التسجيل، أحدهم حقوقي والأخر مساح يسميهما مدير دائرة الأراضي، وبتحليل هذا النص، نلاحظ أن هذه اللجنة غاب عن تشكيلتها وجود قاضٍ أو أكثر، كما كان عليه الحال في القانون السوري رقم 21 لعام 1986 الخاص بإزالة الشيوخ خارج حدود البلدية قبل أن يتم تعديله⁽¹⁾، حيث كان يعترف بالقسمة عبر لجنة إزالة الشيوخ على أن يترأسها قاضٍ، ثم عاد المشرع السوري ليلغي لجان إزالة الشيوخ ويعيد الأمر لاختصاص قضاة الصلح بموجب القانون رقم 1/ لعام 2015

(1) القانون السوري رقم 21 لعام 1986 قانون إزالة الشيوخ، منشور على الموقع التالي:
&&http://parliament.gov.sy/arabic/index.php?node=5588&cat=6321

القاضي بتشكيل لجان إزالة الشيوخ في المحافظات.⁽¹⁾ والحقيقة نحن نرى أن وجود قاض في عضوية لجنة إزالة الشيوخ يضمن حيادها ونزاهتها. كما نلاحظ أن هذه اللجنة غلب على تشكيلها الطابع الفني والخبرة في مجال الأراضي، وهذا يضمن كفاءتها، لضمان حيادها ونزاهتها، وبحسب المادة الخامسة من النظام فإن قرارات اللجنة تصدر بأغلبية أصوات أعضائها (بأغلبية النصف زائد واحد).

أما عن شروط صحة إزالة الشيوخ عبر تصرف ثلاثة أرباع الشركاء، فيشترط لإجراء هذا الأسلوب بحسب ما جاء في المادة (96) من هذا القانون أن يكون التصرف المقصود تصرفاً قانونياً متمثلاً بالبيع الوارد على عقار، وليس بأي تصرف آخر ناقل للملكية، كالمقايضة، وهذا ما يفهم من صياغة النص، وإن كنا نفضل ألا يقتصره المشرع على البيع دون باقي التصرفات الناقلة للملكية؛ لأنها تتفق مع البيع من حيث العلة والنتيجة وإلا كان في ذلك تضيقاً على المالك الراغب بإزالة الشيوخ والخروج من حالة تعطيل الانتفاع التي يفرضها أحد الشركاء تعنتاً عبر المقايضة. كما يفهم من نص المادة (96) من قانون الملكية العقارية أنه ينبغي أن يتم التصرف بموافقة من يملك ثلاثة أرباع الحصص على التصرف بالعقار الشائع، وصاحب الحق في التصرف وفقاً لهذا النص قد يكون شريكاً واحداً أو عدة شركاء، فالمطلق يجري على إطلاقه وإن جاءت صيغة المادة بإعطاء الحق (لمالكي) ثلاثة أرباع الحصص مما يفترض أن يتعدوا، ولكن المعروف أن الأغلبية في العقار الشائع تحسب بمن يملك الحصص وليس بعدد الشركاء⁽²⁾. وهذا أمر مستحسن وفيه تسهيل لإزالة الشيوخ في العقارات ويساهم في تشجيع الاستثمار فيها.

- ثالثاً: إزالة الشيوخ عبر التصرف الصادر ممن يملك أقل من ثلاثة أرباع الحصص في

العقار الشائع

أما إذا لم يكن من يطلب التصرف بالعقار الشائع يملك ثلاثة أرباع الحصص، فلا يعني ذلك عدم قدرته على طلب التصرف بالعقار الشائع لإزالة شيوخه، فقد منح القانون بموجب المادة (96/ب) من يملك (مالكي) أقل من ثلاثة أرباع الحصص في العقار الشائع حق طلب

⁽¹⁾ القانون السوري رقم 1 لعام 2015 القاضي بتشكيل لجان إزالة الشيوخ في المحافظات، موجود على الموقع الآتي:

[/http://www.pministry.gov.sy/contents/11995](http://www.pministry.gov.sy/contents/11995)

⁽²⁾ عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد 8، ص 884.

بيعه لغايات إزالة الشيوخ، فمن يملك ربع الحصص أو ثلثها أو نصفها فقط ولم تصل حصته إلى حد الثلاثة أرباع الحصص، يمكن له أن ينهي حالة الشيوخ أيضا. حيث يجب أن يتم تبليغ طلب مالكي هذه الحصص الراغبين بالبيع إلى باقي الشركاء، فإن أجازوه تم التصرف ونفذ، وإن رفضوه أو امتنعوا عن إبداء رأيهم فيه، يقوم مدير التسجيل المختص بإحالة طلب التصرف إلى لجنة إزالة الشيوخ للنظر فيه، وعلى باقي الشركاء إبداء رأيهم خلال 15 يوما من تبليغه. والفرق واضح بين فرضية إزالة الشيوخ ممن يملك ثلاثة أرباع العقار الشائع وفرضية إزالته ممن يملك حصصا أقل من ثلاثة أرباع العقار الشائع، ذلك أن تقرير مباشرة التصرف بالعقار الشائع بغاية إزالة الشيوخ لن يكون بيد أحد الشركاء أو مجموعة منهم، بل بيد لجنة إزالة الشيوخ التي لها أن تقدر ما إذا كان هناك مبرر قوي لإزالة الشيوخ أم لا، وهذا النص يساهم في ضمان حقوق الشركاء تجاه تحكم أحدهم وتعنته في مصير العقار الشائع ويضمن عدم تعطيل الانتفاع به.

وينبغي وفقا للمادة (97) أن تكون الحصص المتبقية غير قابلة للقسمة منفردة أو مجمعة كما لو تم تجميعها مع غيرها، كما أن استعراض نص المادة 97 من هذا القانون يوحي بأن حصص باقي الشركاء من غير طالبي التصرف به لإزالة الشيوخ لا تقبل القسمة سواء منفردة أو مجمعة في حال تم ضمها أو تجميعها مع حصص أخرى وبمفهوم المخالفة، لو كانت إحدى الحصص تقبل القسمة بشكل مستقل أو بجمعها مع غيرها لما أمكن تطبيق هذا الأسلوب ولما سمح لمن يملك الأكثرية بالتصرف بكامل العقار والتعسف باستعمال حقه تجاه الأقلية⁽¹⁾، أي أن هذا الأسلوب يفترض أن حصص الشركاء الذين لم يطلبوا قسمة العقار الشائع بالتصرف فيه صغيرة تقل عن المساحة المسموح بها لإجراء الإفراز، وهذا ما يبرر اللجوء لهذا الأسلوب من أساليب إزالة الشيوخ وينفي ما قد يثار حوله من اعتراضات حول مدى حق الأقلية بإجبار أحد الشركاء على بيع ملكه دون رضاه. وهذا نص يساهم في منع عرقلة وتعطيل الانتفاع بالعقار الشائع وتشجيع الاستثمار، كما أنه يضمن نوعا من التوازن بين حقوق الشركاء سواء أصحاب الأغلبية أو أصحاب الأقلية في الحصص.

(1) يوسف عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، 2020، عمان، ص 60.

ولم يحدد المشرع شخص المتصرف إليه وما إذا كان يجب أن يكون من الشركاء أو شخصا أجنبيا، فالمهم هو إزالة حالة الشيوخ بغض النظر عن شخص من آلت إليه ملكية المال الشائع. مما يثير التساؤل حول إمكانية ممارسة الشركاء حق الشفعة في هذه الحالة؟ للإجابة عن هذا التساؤل نشير إلى أن هذه الحالة لم ترد ضمن الحالات التي نصت عليها الفقرة (و) من المادة (14) من قانون الملكية العقارية الخاصة بالحالات التي لا تثبت فيها الشفعة، فالأصل في الأشياء الإباحة، ولكن القول بإمكانية ممارسة الشفعة قد يعوق ويعطل عمليا هذه الأسلوب ويضعف من فعاليته كطريقة لإزالة الشيوخ. وقد أعطت المادة (97) من هذا القانون للجنة إزالة الشيوخ أن تنظر في طلب التصرف في كل حالة على حدة.

وحسب المادة (98) فإن الثمن الذي يجب دفعه في الأحوال التي تقرر فيها لجنة إزالة الشيوخ إجراء التصرف في العقار الشائع كما في الفرضيات الثلاث السابق ذكرها، لا يجوز أن يقل عن الثمن الذي تحدده لجنة إزالة الشيوخ ولمدة لا تتجاوز السنة من تاريخ صدور قرارها بالتصرف، وعند نهاية المدة المذكورة دون التصرف بالعقار الشائع يكون لأي من الشركاء تقديم طلب للجنة إزالة الشيوخ لتحديد ثمن جديد للتصرف بالعقار.

ومن خلال تحليل هذه النصوص جميعا، نرى أنه لصحة إزالة الشيوخ بموجب التصرف فيه بالبيع، فإنه يشترط أن يرد التصرف القانوني على كامل العقار الشائع وليس على حصة شائعة فيه؛ لأن التصرف بحصة شائعة فيه لا يؤدي لإنهاء حالة الشيوخ، فهذه النصوص وردت تحت عنوان إزالة الشيوخ، فمقصدها هو إنهاء هذه الحالة وليس المقصود منها التصرف بحد ذاته، فهذا الأخير يخضع للقواعد العامة التي تجيز للشريك التصرف بحدود حصته ما لم يكن التصرف يضر بحقوق بقية الشركاء.⁽¹⁾ وكل ما تقدم لا يعني عدم قدرة الشريك على التصرف بحصته إلا إذا وافق ثلاث أرباع المال الشائع، وإلا صادرننا عليه حقه بالملكية. وهذه النصوص لا شك أنها تضمن وسيلة مناسبة تسمح للشركاء بإزالة الشيوخ دون تكبد نفقات كثيرة ودون إضاعة الوقت والجهد.

(1) محمد المرسي زهرة، الحقوق العينية الأصلية، منشورات جامعة الإمارات، مرجع سابق، ص 408.

▪ الغصن الثاني: قسمة العقار الشائع بواسطة لجنة إزالة الشيوخ

يمكن للشركاء إزالة الشيوخ في العقار من خلال قسمته، والأصل وفقاً لما ورد في المادة (102) من القانون الجديد أن قسمة العقار الشائع قد تتم بأحدى طريقتين، فإما أن يتم ذلك باتفاق جميع الشركاء على قسمته، وهي القسمة الرضائية⁽¹⁾، ولم يأت القانون الجديد بخصوصها، لذا لن نتطرق لها، أو أن تتم قسمته من خلال لجنة إزالة الشيوخ المشكلة لهذه الغاية وذلك إذا تعذر اتفاق جميع الشركاء على قسمة هذا العقار وتوافرت أسباب مبررة لطلب القسمة؛ إذ، يحسب لهذا القانون أنه سمح بإزالة الشيوخ في العقارات من خلال طلب يقدم إلى لجنة إزالة الشيوخ، وأنه ألغى القسمة القضائية، تفادياً لبطء إجراءات التقاضي وتخفيفاً للجهد والنفقات. وقد منحت المادة (100) من هذا القانون لأي شريك مهما كانت حصته حق التقدم إلى لجنة إزالة الشيوخ بطلب قسمة العقار الشائع، وليس لباقي الشركاء مهما كان مقدار حصتهم رفض ذلك، وهذا أمر جيد؛ لأن فيه تسهيلاً لإنهاء حالة الشيوخ التي قد تكون سبباً لتجميد العقارات وتعطيل استثمارها. ونعرض فيما يأتي لحالات إزالة الشيوخ بواسطة لجنة إزالة الشيوخ، ثم نقيم هذه الوسيلة من منظورنا.

- أولاً: حالات إزالة الشيوخ بواسطة لجنة إزالة الشيوخ

لقد سمح قانون الملكية العقارية بإزالة الشيوخ عن طريق تقديم الشريك الراغب بإزالة الشيوخ بطلب إلى مدير التسجيل الذي يحيل بدوره هذا الطلب إلى لجنة خاصة مشكلة في دائرة الأراضي المعنية لإزالة حالة الشيوخ. وطلب إزالة الشيوخ إما أن يقدم من مالكي ثلاثة أرباع الحصص في العقار الشائع أو أن يقدم ممن يملك حصصاً أقل من ثلاثة أرباع العقار الشائع.

1- طلب إزالة الشيوخ المقدم من مالكي ثلاثة أرباع الحصص في العقار الشائع

إن كان طلب إزالة الشيوخ مقديماً إلى اللجنة المختصة من قبل مالكي ثلاثة أرباع الحصص في العقار الشائع يتم إبلاغ باقي الشركاء بهذا الطلب، فإما أن يجيزوه فتجرى القسمة، أو لا

⁽¹⁾ نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 128؛ غازي ابوعرابي، أحكام الحقوق العينية، مرجع سابق، ص 96.

يجبوزوه أو يمتنعوا عن إبداء رأيهم، فتنفذ القسمة. فهذا النص يقدم حكما للفرضيتين اللتين من الممكن أن تحدثا بعد إعلان مالكي ثلاثة أرباع الحصص رغبتهم بالقسمة. فبمجرد أن يتم إبلاغهم يكون لهم أما إجازة طلب مالكي ثلاثة أرباع الحصص أو رفضه والامتناع عن إبداء رأيهم فيه. وقد حدد القانون الفرق بين هاتين الحالتين، إذ أن الحالة الأولى تفترض موافقة باقي الشركاء على طلب إزالة الشيوخ المقدم من شريكهم الآخر مالك ثلاثة أرباع الحصص، أي أن جميع الشركاء قد أقرروا إجراء القسمة أمام لجنة إزالة الشيوخ. أما الحالة الثانية، فقد رفض باقي الشركاء ممن يمثلون أقلية الحصص إجراء القسمة أو امتنعوا عن إبداء رأيهم، فالقسمة تنفذ بحقهم في هذه الحالة رغم رفضهم لها، فقد غلب المشرع رأي الأغلبية هنا، ويكون لمالكي الحصص الأقل حق المطالبة بالتعويض عما أصابهم من أضرار فيما يخص قيمة حصصهم المفترضة من العقار، ويسقط حقهم هذا إذا لم يتقدموا برفع الدعوى خلال 30 يوما من تسجيل القسمة.

2- طلب إزالة الشيوخ المقدم من مالكي ما يقل عن ثلاثة أرباع الحصص في العقار

الشائع

إذا كان طلب إزالة الشيوخ مقبلا ممن يملك حصصا أقل من ثلاثة أرباع العقار الشائع، فيجب أيضا أن يتم إبلاغ باقي الشركاء بطلب التصرف فيه، فإما أن يجيزوه فتجرى القسمة، أو أن يرفضوه أو يمتنعوا عن إبداء رأيهم، وحينئذ، يقوم مدير التسجيل بإحالة الطلب إلى لجنة إزالة الشيوخ للنظر فيه⁽¹⁾. وهنا نلاحظ أن إجراء قسمة العقار الشائع لن يكون بيد صاحب الأغلبية كما في الحالة السابقة، بل أن الأمر يترك للجنة إزالة الشيوخ التي لها أن تقرر إجراء القسمة من عدمها بناء على ما يقدم لها من مبررات قوية. وهذا أمر مستحب حتى لا يترك كل أمر العقار الشائع بيد من يملك الجزء الأكبر منه، ثم أنه يمثل طريقا جديدا لقسمة العقار الشائع وإنهاء حالة الشيوخ لتفادي تعنت الشريك صاحب الأقلية وعرقلته لانتفاع بالعقار الشائع. ومن مستجدات هذا القانون، أن قرار إزالة الشيوخ ينفذ أمام دائرة الأراضي المختصة وليس أمام دائرة التنفيذ التي يكون اختصاصها مقتصرًا على قرارات إزالة الشيوخ بالتصفية، أي تلك

(1) وقد أوجب القانون أن تقدم طلبات إزالة الشيوخ أمام لجنة إزالة الشيوخ ابتداء من تاريخ نفاذ القانون. أما قبل نفاذه فتبقى من اختصاص المحكمة المعنية التي كانت دعوى الإزالة مرفوعة أمامها (المادة 104).

التي تتم عبر بيع العقار بالمزاد العلني. وهذا أمر جيد لما فيه من تخفيف الضغط على دوائر التنفيذ، ولأن موظفي دائرة الأراضي أقدر على تنفيذ القسمة وأكثر دراية وخبرة⁽¹⁾.

- ثانياً: تقييم قسمة العقار الشائع عبر لجنة إزالة الشيوخ

إن إقرار نظام قسمة العقارات عبر لجنة إزالة الشيوخ، يهدف الى تمكين الشركاء من الإفراز فيما بينهم، وتصرفهم بالعقارات في البيع والاستثمار والبناء. الخ، مما يبرز أثره الايجابي في إزالة الشيوخ، وتنظيم تسجيل الملكية وتسهيل ممارسة الحقوق المرفقة بها من بيع وفرز ورهن، والذي ينعكس على تنشيط حركة سوق العقار، من خلال الاستثمار أو البيع وزيادة حركة السوق العقارية.

ومن إيجابيات القسمة من خلال لجنة إزالة الشيوخ، أن اللجوء إلى القسمة عبر هذه اللجنة يضمن الدقة والسرعة وإمكانية إجرائها في مكان واحد، فلا يتطلب من مقدم الطلب قضاء وقت طويل في جمع الاوراق اللازمة وارسال مذكرات التبليغ ودفع الرسوم، حيث يمكن أن تتجزر معاملة القسمة في وقت قصير وتقدم امام اللجنة التي تباشر النظر فيها حسب الاصول، وضمن صلاحيات ولجان ادارية شكلت في دائرة الاراضي والمساحة سواء بالتصرف بالعقار او الافراز من خلال لجنة ازالة الشيوخ، ويمكن الطعن بقراراتها أمام المحاكم البدائية، فضلاً عن إعطاء الحق للشريك المتضرر جراء تقدير حصصه أن يعترض فقط على القيمة لدى المحكمة المختصة. هذه السهولة في تنفيذ الاجراءات من قبل دائرة الاراضي والمساحة تعد محفزاً للاستثمار في العقارات، فقبل صدور قانون الملكية العقارية الجديد، كان الشركاء يلجأون للمحاكم النظامية للافراز فيما بينهم بتوكيل محامين والاستعانة بمكاتب مساحة وخبراء، وكانت إجراءات التقاضي تستغرقنا زمناً طويلاً، وتمتد أحياناً لعدة اعوام حتى يتم الفصل بالقضية.

كما يجدر الإشارة إلى ما نصت عليه المادة (8) من نظام لجان إزالة الشيوخ في العقار لسنة (2019)،⁽²⁾ والمادة (109) من قانون الملكية العقارية، حيث قضت بأنه عند تسجيل طلب القسمة تصدر اللجنة قراراً يتضمن وضع إشارة تفيد طلب القسمة على السجل العقاري

(1) نبيل سعد، مرجع سابق، ص 143؛ غازي أبو عرابي، مرجع سابق، ص 102.

(2) المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 5599 على الصفحة 5575 بتاريخ 01-10-2019.

للعقار وأن يعلم مدير التسجيل الجهات الحاجزة والمرتهنة بموضوع طلب القسمة، وهذا أمر يفيد الدائنين حتى لا يتضرروا من القسمة وإن كانت القواعد العامة تضمن حقوقهم عبر ميزة التتبع وحق التقدم للدائنين الممتازين⁽¹⁾، فالعقار الشائع ينتقل للشركاء المتقاسمين متقلاً بالرهن. كما أن لهم حق الاعتراض على القسمة⁽²⁾. ويلزم القانون مدير التسجيل بأن يعلم اللجنة بإجراء اي تصرف أو تغيير على حصص أي شريك في العقار الذي تم وضع إشارة طلب القسمة على صحيفته وأن يعلم اللجنة بأي تصرفات تدون في السجل العقاري للعقار المطلوب قسمته، كالاستملاكات والحجوزات ومعاملات انتقال الإرث لأخذها بعين الاعتبار عند القسمة⁽³⁾.

ولكن اللجوء إلى قسمة العقار الشائع عبر لجنة إزالة الشبوع فيه بعض المخاطر؛ إذ قد يعتمد أعضاء اللجنة لتعطيل وتأخير إجراءها وعدم اتخاذ القرارات، وقد يكونون عرضة للضغوطات من قبل أحد الشركاء دون غيره. وقد طبق المشرع السوري هذه الطريقة بموجب القانون رقم 21 لعام 1986 بالنسبة لقسمة العقارات الزراعية خارج حدود البلديات، وقد أظهر تطبيقه عدة مشاكل تتعلق بالبطء والتأخير في الإجراءات وسوء استخدام السلطة أحياناً، مما دفع وزارة العدل⁽⁴⁾ لاقتراح تقييم عمل لجان إزالة الشبوع المحدثة بموجب القانون رقم 21 لعام 1986 وإلغاء هذه اللجان والعودة لنصوص القانون المدني. فقد نصت المادة (792) من القانون المدني السوري على أن قاضي الصلح هو المختص في المنازعات المتعلقة بتكوين

(1) أنظر لمزيد من التفاصيل، محمد المرسي زهره، ضمانات الائتمان العينية في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الأول، الرهن التأميني، منشورات جامعة الإمارات العربية، 1997، ص 555؛ علي العبيدي، التأمينات الشخصية والعينية وفقاً لأحكام قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة، مكتبة الجامعة، 2012، ص 162.

(2) غازي أبو عرابي، أحكام الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 107.

(3) وقد نصت المادة (116) من قانون الملكية العقارية الأردني على أن إشارة الحجز أو الرهن التي كانت مدرجة في السجل العقاري للعقار الذي تم تقسيمه تنقل إلى السجل العقاري للحصة التي آلت للشريك مالك الحصة المحجوزة أو المرهونة وإذا تم بيعه بالمزاد العلني نتيجة لإزالة الشبوع ينتقل حق المرتهن لثمنه.

(4) أنظر المقال الصحفي التالي: وزارة العدل تدرس إلغاء لجان إزالة الشبوع، منشور على الموقع التالي:

<https://aliqtisadi.com/346942-%D9%88%D8%B2%D8%A7%D8%B1%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%AF%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%B3%D9%88%D8%B1%D9%8A%D8%A9-%D8%AA%D8%B4%D9%83%D9%84-%D9%84%D8%AC%D9%86%D8%A9/>

الحصص وفي المنازعات الأخرى حول إزالة الشيوخ داخل حدود المنطقة الإدارية، وتكون لجنة إزالة الشيوخ مختصة خارج حدود المنطقة الإدارية. فقد انتقدت هذه الطريقة لأنها توزع الاختصاص لنوع واحد من القضايا بين جهتين قضائيتين. كما أن الدعاوى التي أقيمت أمام لجنة إزالة الشيوخ لم تكن تنجز بالسرعة، بل كانت تحتاج إلى سنوات عديدة لطبيعة إجراءات التبليغ. وبعد صدور القانون رقم 1 لعام 2015⁽¹⁾ القاضي بتشكيل لجان إزالة الشيوخ في المحافظات أقر بإحالة جميع قضايا إزالة الشيوخ إلى محاكم الصلح المدني. حيث نصت المادة (2) على أن يعاد العمل بالمادة (790) من القانون المدني سواء تعلق النزاع باقتسام العقارات أو أجزاء العقارات الشائعة الكائنة داخل المخططات التنظيمية للوحدات الإدارية، أو خارجها". كما نصت المادة (3) من القانون السوري على أنه: "تحال الدعاوى المقامة أمام لجان إزالة الشيوخ بوضعها الراهن إلى محكمة الصلح المختصة مكانيا والنظر فيها بموجب أحكام هذا القانون دون أي طلب أو رسم أو معاملة".

وباستعراض نصوص نظام رقم 145 لسنة 2019 بشأن عمل لجان إزالة الشيوخ في العقار، نجد أن هذا النظام لم يحدد مددا زمنية لعمل لجان إزالة الشيوخ، وتعتبر إجراءات إزالة الشيوخ الواردة في هذه النظام روتينية وطويلة، مثل تقديم الطلب لمدير التسجيل وموافقة المدير ثم ارسال الملف للجنة.⁽²⁾ ولا يوجد بموجب هذا النظام حدا أدنى للدخول في المزاد المخصص لبيع العقار، فسبقا كان يحدد ذلك بنصف قيمة العقار، والحقيقة أن تعطيل إجراءات قسمة العقارات الشائعة أو بيعها في المزاد سيؤدي لتكدس العقارات المحجوز عليها من البنوك وغيرها وسيشكل آثارا سلبية على الاقتصاد.

بالمقابل، فقد جاء صدور نظام قسمة العقارات في المناطق خارج التنظيم رقم 25 لسنة 2019⁽³⁾ لتمكين الشركاء من الإفراز فيما بينهم، وله أثر إيجابي في إزالة الشيوخ، وتنظيم تسجيل الملكية، وتسهيل ممارسة الحقوق المرفقة بها من بيع وفرز، ورهن واستثمار، مما ينعكس على تنشيط حركة سوق العقار من خلال الاستثمار، أو البيع. ويطبق على العقارات

(1) القانون السوري رقم 1 لعام 2015 القاضي بتشكيل لجان إزالة الشيوخ في المحافظات، موجود على الموقع الآتي:

<http://www.pministry.gov.sy/contents/11995>

(2) مدين المحاسنه، مرجع سابق، 2020.

(3) منشور على موقع ديوان التشريع والرأي الأردني: www.lob.gov.jo

الواقعة خارج مناطق التنظيم والمناطق التي لم تحدد صفة استعمالها وفق أي مخطط من مخططات التنظيم، ويستثنى العقارات الواقعة في المنطقة الخاضعة لقانون تطوير وادي الأردن، أو أي عقارات يستثنىها قانون خاص.

الخلاصة، أن تنظيم المشرع لإزالة الشيوخ سواء بالتصرف فيه أو بقسمته عبر لجنة إزالة الشيوخ شمل العديد من النصوص التي تتضمن تبسيطا في إجراءات القسمة وتعزيزا لحالات إنهاء حالة الشيوخ وبطرق أسرع، كإزالة الشيوخ عبر التصرف بالعقار الشائع ممن يملكون ثلاثة أرباع العقار الشائع وحتى ممن لا يملكون هذه النسبة، كالإفراز عبر لجنة إزالة الشيوخ، وإلغائه للقسمة القضائية، وإجازته طلب إزالة الشيوخ من أي شريك مهما بلغت حصته، وهو ما يعزز رغبة المشرع في التخفيف من الحالات التي تسبب عدم استقرار الملكية العقارية والنزاعات بين الشركاء،⁽¹⁾ إلا أن النصوص الناظمة لإزالة الشيوخ لم تخل، كما أشرنا، من العيوب التي قد تعطل الغاية التي يرغب المشرع في تحقيقها، وهو إنهاء حالة الشيوخ واستقرار الملكية العقارية وتشجيع الاستثمار فيها.

♦ الفرع الثاني: الموازنة بين الأمن العقاري واستقرار المعاملات في البيوع التي ثبت بطلانها كانت ملكية العقارات المستندة إلى عقود بيع ثبت بطلانها بسبب تزوير أو عدم أهلية أو غيره وأثر ذلك على عقود حسني النية موضوعا محتدم النقاش في الفقه وأحكام محكمة التمييز الأردنية، وقد انصب النقاش حول أثر مرور الزمان الخمس عشري على عقود البيع الباطلة وما إذا كانت القيود التي استند إليها حسن النية تعتبر صحيحة أم يتم تقرير بطلانها، وهل يؤثر تقرير بطلانها في حقوق الغير حسن النية.⁽²⁾

(1) محمد المرسي زهرة، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 475، نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 126.

(2) حول مفهوم ووظائف حسن النية، أنظر نوري خاطر، وظائف حسن النية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985 - دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 1 - السنة الخامسة - العدد التسلسلي (17) جمادى الآخرة 1438هـ - مارس 2017، ص 37، نعيم العنوم، مدى تأثير عقود بيع العقارات الباطلة بمرور الزمان الخمس عشري، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، م9، ع3، 2017، ص 70.

▪ الغصن الأول: أثر مرور الزمان الخمس عشري على عقود البيع الباطلة

الأصل، أن العقد الباطل لا يترتب أثراً إلا استثناء وضمن حدود ضيقة، فالعقد الباطل قد يترتب بعض الآثار بحكم الواقع وليس بحكم العقد نفسه، لأنه عدم والعدم لا يولد شيئاً،⁽¹⁾ وهذا ينسجم مع فكرة ضمان استقرار المراكز القانونية. وقد نصت المادة (168) من القانون المدني الأردني على أن: "العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه: بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده، ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة. لا تسمع دعوى تقرير بطلان بمرور 15 سنة"، وبتحليل هذا النص نجد أن العقد يكون باطلاً إذا انعدم أو اختل ركنه وهو التراضي، أو إذا اختل محله أو سببه أو الشكل الذي يفرضه القانون لإبرام العقد. ولا يترتب العقد الباطل آثاره، أي أن حكم العقد وحقوقه لا تترتب في العقد الباطل⁽²⁾، بمعنى أن المبيع يبقى في ملك البائع ولا ينتقل للمشتري، كما أن الثمن يبقى في ملك المشتري ولا ينتقل للبائع ولا يلزم المتعاقدان في البيع بتنفيذ الالتزامات التي تنشأ عن عقد البيع. وإذا حكم ببطلان العقد وكان قد بوشر في تنفيذه كتسليم المبيع للمشتري أو دفع الثمن للبائع تعاد الحال لما كانت عليه قبل التعاقد. والإجازة لا تصحح العقد الباطل؛ لأنه ولد ميتاً. وللمتعاقدين ولكل صاحب مصلحة ولدائنين والخلف العام أو الخاص التمسك بتقرير بطلان العقد وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تقرر هذا البطلان، لأنه يتعلق بالنظام العام، وهو ما ورد في الفقرة الثالثة من المادة (168) من القانون المدني الأردني.

وبناء على ما سبق تعد باطلة كل العقود المبرمة خارج دائرة التسجيل،⁽³⁾ أو عن طريق الاحتيال⁽⁴⁾ أو التزوير⁽⁵⁾ ولا تترتب أثراً مهما طال الزمان⁽⁶⁾. والملاحظ من العديد من أحكام

(1) محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، ج 1، مصادر الالتزام، منشورات جامعة دمشق، 2001، ص 222.

(2) وهبة الزحيلي، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، دار الفكر، دمشق، ط 5، 2005، ص 52.

(3) تمييز حقوق 5125 لسنة 2019، تمييز حقوق 2011/1503 تاريخ الفصل 28 آب 2011 منشورات قسطاس.

(4) تمييز حقوق 2013/2783 تاريخ الفصل 3 مارس 2013 منشورات قسطاس؛ تمييز حقوق 2013/458 منشورات قسطاس تاريخ الفصل 12 تموز 2013.

(5) تمييز حقوق 2014/1826 تاريخ الفصل 13 آب 2014 منشورات قسطاس.

(6) نعيم العنوم، مرجع سابق، ص 70.

محكمة التمييز⁽¹⁾ أنها كانت تقف في صف مالك المال الحقيقي وتقضي ببطلان هذه العقود، وكانت تغفل مصلحة المشتري حسن النية ولو أنفق أموالاً قد تفوق قيمة العقار نفسه. وبموجب الفقرة الثالثة من المادة (168) لا تسمع دعوى البطلان بعد مضي خمس عشرة سنة من وقت العقد، فالمشرع الأردني أخذ هنا بفكرة استقرار المراكز القانونية بمرور الزمان، فإذا رفعت دعوى تقرير البطلان خلال 15 سنة من إبرام العقد تسمع الدعوى وقد يحكم بالبطلان إذا ثبت سببه⁽²⁾، وتعاد الحال لما كانت عليه، فيرد المال لصاحبه. أما إذا انقضت المدة المانعة من سماع دعوى تقرير البطلان ولم ترفع الدعوى امتنع سماعها بعد ذلك.⁽³⁾ وتستقر ملكية المبيع للمشتري والثمن للبائع. وهذا أمر مستحب وينسجم مع استقرار المراكز القانونية والوضع الظاهر حتى يتمكن المالك من استثمار المال واستغلاله بثقة وإطمئنان. وفي الحقيقة، فإن نص المادة (168) جاء مطلقاً، فينطبق بذلك على جميع حالات بطلان عقود بيع العقارات وأثر مرور الزمان على عدم سماع الدعوى بشأنها، لكن محكمة التمييز كان لها موقف آخر، مقتضاه أن عدم سماع دعوى تقرير بطلان عقود بيع العقارات الباطلة لمرور الزمان لا ينطبق على كل الحالات، بل يمكن أن نستثني منه بعض العقود التي لا يمتنع سماع دعوى تقرير البطلان فيها مهما طال الزمن، كعقود بيع العقار التي تمت فيها التسوية خارج دائرة الأراضي⁽⁴⁾ وعقود البيع بطريق الاحتيال أو انتحال شخصية المالك الحقيقي⁽⁵⁾ أو

⁽¹⁾ تمييز حقوق الحكم رقم 314 لسنة 2014، قسطاس؛ تمييز حقوق 2014/910 تاريخ الفصل 7 كانون الثاني 2015 قسطاس؛ تمييز حقوق 2015/219 تاريخ الفصل 20 ابريل 2015 قسطاس. تمييز حقوق 434 لسنة 2020، وفي هذا الحكم كانت المحكمة قد حكمت ببطلان العقد وتعدر إعادة الحال لما كانت عليه في نفس الوقت.

⁽²⁾ حسن الجمعي وآخرون، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني، ص 640.

⁽³⁾ تمييز حقوق 2013/2216 تاريخ الفصل 3 تشرين الثاني 2013 قسطاس.

⁽⁴⁾ تمييز حقوق 2008/1824 تاريخ الفصل 16 ابريل 2009؛ تمييز حقوق 2014/3583 تاريخ الفصل 27 كانون الثاني 2015، تمييز حقوق 2014/2832 تاريخ الفصل 15 تشرين الأول 2014. أنظر أيضاً اجتهادات محكمة التمييز بهيئتها العامة والخماسية من حيث عدم أخذها بالدفع بمرور الزمن ومنها تمييز حقوق رقم 2000/2/1657). 4/11/ 3185 بتاريخ 13 شباط 2007، والقرار رقم 2000/3185 بتاريخ 2001/11/4.

⁽⁵⁾ تمييز حقوق الحكم رقم 150 لسنة 2020 تاريخ الفصل 13/5/2020، المصدر: قسطاس؛ تمييز حقوق رقم 1834/2011 تاريخ الفصل 17 ابريل 2012، تمييز حقوق 2014/1826 تاريخ الفصل 31 آب 2014.

بالتزوير⁽¹⁾. حيث قضت محكمة التمييز في العديد من الحالات بسماع دعوى تقرير البطلان بعد مضي أكثر من خمس عشرة سنة على إبرامها وقضت بإعادة الحال لما كانت عليه قبل التعاقد، وهذا يعني المساس بعقود ومعاملات كثيرة أجراها الغير حسن النية وبأثر رجعي⁽²⁾. إلا أن القول بتقرير بطلان العقود الباطلة بعد مضي 15 سنة على إبرامها وإعادة الحال لما كانت عليه قد يستحيل عمليا في بعض الحالات، كما لو احدثت في العقار منشآت كثيرة وذات قيمة عالية أو إذا تعاقب الملاك عليه أو في حالة استملاكه من الدولة.

وهذا المبدأ وأن كان يضمن الأمن العقاري وحماية الملكية العقارية بالنسبة للمالك الذي سيثعر بالثقة والاطمئنان أن ملكه سيعود له مهما طال الزمان ما دام قد انتقلت ملكيته بموجب عقود باطلة، إلا أن هذا الموقف يصطدم مع مبدأ آخر هو ضمان استقرار التعاملات وحماية الوضع الظاهر والغير حسن النية⁽³⁾، وبموجب هذا المبدأ فإن كل ما هو مسجل في القيد يعتبر صحيحا بالنسبة للغير حسن النية وكل ما لم يرد في هذه السجلات لا يحتج به تجاهه حماية للوضع الظاهر واحتراما لحسن النية، لذلك، لا يجب أن تتأثر عقود الغير حسن النية بتقرير بطلان عقود البيع بعد مرور مدة الزمان المانع من سماع الدعوى.

ويؤيد جانب من الفقه عدم جواز تقرير بطلان عقود بيع العقارات خارج دائرة الأراضي بعد مضي المدة القانونية تحقيقا لاستقرار المعاملات العقارية⁽⁴⁾، إلا أننا نؤيد موقف محكمة التمييز في عدم منع سماع الدعوى في العقود الباطلة لعدم تسجيلها، لأن العكس يعني إهدار لقيمة سندات التسجيل وقوتها المطلقة وانعدام الثقة فيها وضياع لحقوق الناس المتعاملين بهذا العقار⁽⁵⁾ ولحقوق الدولة وإيراداتها من عمليات تسجيل الأراضي والعقارات.⁽⁶⁾ وبخصوص

(1) تمييز حقوق 1998/2363 تاريخ الفصل 11 ابريل 1999؛ 2014/910 تاريخ الفصل 7 كانون الثاني 2015؛ تمييز حقوق 2015/63 تاريخ الفصل 30 مارس 2015، تمييز حقوق 2007/2523 تاريخ الفصل 6 تشرين الثاني 2007.

(2) انظر المادة 248 مدني أردني.

(3) محمد سعيد، نظرية الوضع الظاهر في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 11 - 13؛ نوري خاطر، وظائف حسن النية، مرجع سابق، ص 87.

(4) محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 147.

(5) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ف5/11، ص 118.

(6) نعيم العنوم، مرجع سابق، ص 74.

جواز تقرير البطلان في عقود البيع الباطلة بسبب الانتحال، يبرره البعض بما يعطيه حق الملكية من حق التمتع للمالك الحقيقي وعدم جواز نزع الملكية الا للنفع العام.⁽¹⁾

• الغصن الثاني: موقف قانون الملكية العقارية الأردني تجاه عقود بيع العقارات التي ثبت بطلانها

ولقد تبنى قانون الملكية العقارية موقفا يحاول الموازنة بين تكريس استقرار الملكية العقارية وحماية حسن النية، فقد تبنى ما درج عليه القضاء الأردني في بعض أحكام محكمة التمييز⁽²⁾، حيث نصت المادة (13) من هذا القانون على أنه: "على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر: أ- لا تسري مدة مرور الزمن على العقارات المسجلة في السجل العقاري. ب- إذا ثبت للمحكمة بطلان تصرف أو معاملة تسجيل بشأن عقار مسجل فلها مع مراعاة قواعد حسن النية واستقرار الملكيات العقارية، أن تقرر أيًا من الحالتين التاليتين: 1- إبطال وفسخ التصرف⁽³⁾ أو معاملة التسجيل⁽⁴⁾ والتصرفات والمعاملات التي بنيت عليها كاملة أو في حدود حصة المحكوم له وإعادة تسجيل الحق المحكوم به باسمه في السجل العقاري للعقار موضوع الدعوى كلما كان ذلك ممكنا. 2- إلزام المتسبب بالضرر بتعويض عادل يدفعه للمتضرر وفقا لقيمة العقار وقت رفع الدعوى. ج- تقرر المحكمة وبناء على الطلب منع التصرف في العقار موضوع الدعوى وإلى حين الفصل فيها. د- يسري حكما الفقرتين (ب) و(ج) من هذه المادة على أي دعوى لم يصدر بها حكم قطعي من المحاكم عند نفاذ أحكام هذا القانون".

ولنا عدة ملاحظات على هذا النص، حيث نلاحظ أولا: أن القانون الجديد أعطى بموجب المادة (13) منه وبدليل استخدامه لعبارة (أن تقرر أيًا من الحالتين) سلطة جوازية للقاضي

(1) نعيم العنوم، ص 78.

(2) تمييز حقوق 2015/63 تاريخ الفصل 30 مارس 2015، منشورات قسطاس.

(3) يستخدم المشرع في هذه المادة مصطلح أبطال وفسخ التصرفات وهذا غير دقيق، ذلك أن الإبطال نظام لم يأخذ به المشرع الأردني أصلا، بل هو نظام موجود في التشريع المصري، اما المشرع الأردني فالفقد أما صحيح أو فاسد أو باطل بطلانا مطلقا. كما أن الفسخ لا يكون للعقود الباطلة، بل للعقود الصحيحة التي أخل أحد المتعاقدين بتنفيذها أو إذا كانت غير لازمة بطبيعتها أو لورود أحد الخيارات فيها. لذلك، كان على المشرع الأردني استخدام مصطلح بطلان التصرف.

(4) عرفت المادة الثانية معاملة التسجيل بأنها "تسجيل تصرف أو عقد أو تغيير في ملكية أو تعديل عليها أو شطبها أو حجز أو إشارة بشأن عقار يوجب القانون تسجيل أي منها في السجل العقاري وفقا لأحكام القانون".

عند ثبوت بطلان تصرف أو معاملة تسجيل تخص عقارا معيناً. هذه السلطة الجوازية تتضمن أن يختار بين فسخ وتقرير بطلان كل البيوع والمعاملات التي بنيت عليها المعاملة كاملة أو في حدود حصة المحكوم له أو أن يحكم للمالك بالتعويض، وبالتالي لا تبطل هذه البيوع ولا يرد العقار لمالكه. كما أن السلطة الجوازية الممنوحة للمحكمة تسمح لها بأن تقضي بكل حالة على حده وحسب ظروف الحال ومدى توافر حسن النية من عدمه في الغير، فالنص هذا اتخذ موقفاً وسطاً، فلا هو غلب تقرير البطلان في كل الحالات ولا ألزم المحكمة بالحكم بالتعويض دائماً. فإذا حكم القاضي ببطلان التصرف أو معاملة التسجيل، يتم إعادة الحال لما كانت عليه بإعادة تسجيل العقار باسم صاحب الحق في قضايا تقرير بطلان المعاملات العقارية⁽¹⁾. ونشير هنا إلى أن الحكم بتقرير بطلان وفسخ البيوع والمعاملات العقارية نتيجة للتزوير يحكم به كلما كان ذلك ممكناً وفقاً لما ورد في نص المادة (13)، كما لو كان العقار خالياً ولم يبين عليه شيء أو يغرَس فيه أي غراس، أو بني عليه أو غرس فيه شيء تكلفته إزالته معقولة.

بالمقابل، فإن هذا النص يمنح المحكمة إمكانية الحكم بالتعويض بدلاً من إعادة تسجيل العقارات باسم صاحب الحق في قضايا فسخ البيوع وتقرير بطلان المعاملات العقارية متى كان الحكم بتقرير البطلان أو الفسخ وإعادة الحال لما كانت عليه غير ممكن أو باهظة التكاليف، كما لو كانت هنالك بيوع كثيرة وأبنية وإنشاءات ضخمة ولمساحات كبيرة.⁽²⁾ ففي

(1) يعرف البعض ابطال معاملة التسجيل بأنها "الغاء حكم التسجيل وعده كأنه لم يكن وإعادة الوضع القانوني للعقار الى الحالة التي كان عليها قبل التسجيل. وعليه فإن التسجيل المبطل اذا جرى خلافاً لأحكام القانون استناداً الى وثائق غير قانونية يتعذر اصلاحها لا يأخذ شكله النهائي في الدائرة المختصة وفقاً لما تتطلبه كل معاملة. أنظر في ذلك عبدالله غزالي سلمان العزاوي، اجراءات التسجيل العقاري، الطبعة الاولى، وزارة العدل، مكتبة العدالة، بغداد، 2005، ص 155. والابطال قد يكون اداريا من الوزير المختص اذا ثبت له وجود مخالفة قانونية أو ان المعاملة تمت استناداً الى وثائق او بيانات غير قانونية، وعند تعذر اصلاحها بالطرق الأصولية وإذا كان التسجيل لم يأخذ شكله النهائي ولم تتم المصادقة هعليه، وقد يكون قضائياً اذا كان التسجيل قد اكتسب شكله النهائي واعتبر حجة على الكافة وذلك في حالة وجود مخالفة أو خطأ قانوني كالتزوير وتعذر إصلاحه بالطرق الأصولية. علي غسان أحمد، الأثر المترتب على تخلف إجراءات تسجيل العقار، دراسة مقارنة، ص 6، <https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aid=58842>، أنظر المادة (١٤٩) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١م)، والمادة (٢/١٣٨) من القانون المدني (٤) العراقي رقم ٤٠ لسنة (١٩٥١م) المعدل، ويقابلها نص المادة ١٤٢ من القانون المدني المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.

(2) محكمة استئناف عمان، مشار له سابقاً، وقد جاء في هذا الحكم أنه: "وحيث ثبت للمحكمة ان العقار موضوع عقد البيع تم التصرف به وانتقل الى اشخاص اخرين فان قيام محكمة الدرجة الاولى باللجوء الى التعويض تكون قد استعملت

السابق وقبل صدور قانون الملكية العقارية، كانت هذه المسائل تخضع لحكم القانون المدني، فما بني على باطل فهو باطل⁽¹⁾، وأن حق الملكية يعتبر حقا مقدسا،⁽²⁾ فلا ينزع ملك الغير إلا للمنفعة العامة ولم يكن القانون يسمح بالادعاء بحسن النية على الأموال غير المنقولة إلا في بعض الحالات، كحالات التقادم القصير وأحكام البناء والغراس بسبب شرعي وحسن نية، لذا كانت المحاكم تقرر بطلان البيع وتفسخ كل ما نتج عنه من معاملات ولو كان أصحابها حسني النية. بخلاف بعض التشريعات العربية، كالمادة (142) من القانون المدني المصري والمادة (143) من القانون المدني السوري التي أجازت الحكم بالتعويض العادل إذا استحال إعادة الحال لما كانت عليه قبل التعاقد في حال بطلان العقد أو إبطاله. وقد أحسن المشرع الأردني بتبني هذا النص وبشكل صريح في القانون الجديد وأصبح من الممكن سماع الادعاء بحسن النية، وأن حق المالك قد يقتصر على الحصول على التعويض ولو كان تملك الغير لملكه نتيجة لتصرف باطل.

ويجدر الإشارة إلى أن أثر البطلان لا يقتصر على العلاقة فيما بين المتعاقدين بل يتجاوزها إلى الغير، فإذا رتب المشتري على العين التي اشتراها بعقد باطل حقاً عينياً، كرهن أو حق ارتفاق، ثم تقرر بطلان البيع، فإن الأصل أن البائع يسترد العين خالية من الحقوق العينية التي رتبها المشتري⁽³⁾، كذلك لو باع المشتري العين إلى آخر، فإن قيام البائع أو المالك الأصلي وبعد تقرير البطلان باستردادها من المشتري الثاني أو الموهوب له مع أن بطلان العقد يضر بمصالح أشخاص اعتقدوا بحسن نية بصحته وعولوا على التسجيل العقاري، ورتبوا شؤونهم على أساسه، فيه مساس بحقوق الغير وباستقرار المعاملات. غير ان المشرع الأردني وازن في المادة (13) من هذا القانون بين المصالح في احترام القواعد الآمرة المتعلقة بضرورة

صلاحياتها المشار إليها ونقرها على ذلك سعياً للمحافظة على استقرار المعاملات العقارية، الأمر الذي يترتب عليه ان ما نهجته محكمة الدرجة الاولى موافقا للقانون ولا يشكل اي تعارضا او مخالفا للقانون".

(1) تمييز حقوق، الحكم رقم 1665 لسنة 2020، 8 تموز 2020، منشورات قسطاس.

(2) محمد المرسي زهرة، الحقوق العينية الأصلية في قانون المعاملات المدنية الاتحادي، المجلد الأول، 1999، منشورات جامعة الإمارات، ص 82؛ نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها- مصادرها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 32.

(3) محمد شريف جمال، معقاسي رشيد، نظرية الوضع الظاهر واستقرار المعاملات، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2019، ص 64.

توافر شروط انعقاد العقود وصحتها من جهة، ومن ضرورة حماية الأشخاص حسني النية الذين اعتقدوا صحة العقد الباطل وتأمين استقرار في التعامل بتثبيت المراكز الظاهرة ولو اتضح فيما بعد انها ليست مطابقة للقانون من جهة اخرى. ونتمنى على المشرع الأردني أن يتبنى موقفا واضحا تجاه حالات بطلان العقد للتزوير أو انتحال الشخصية والاحتيايل، وتحديد مدة معينة يمكن خلالها فقط طلب تقرير بطلان التصرف، على غرار المشرع المغربي، فقد خص المشرع المغربي في الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري والمادة 2 من مدونة الحقوق العينية الغير الذي اكتسب حقوقا على العقار وقام بتقييدها عن حسن نية بحماية قانونية رغبة منه في تكريس استقرار المعاملات، بحيث لا يتأثر حقه بما يمكن أن يطرأ من بطلان أو إبطال أو تغيير لاحق⁽¹⁾. وبذلك، فإن تكريس استقرار المعاملات التي يكون الغير حسن النية طرفا فيها، يتمثل أساسا في الحماية المقررة لفائدة الغير حسن نية من البطلان والحماية المقررة لفائدة الغير حسن النية من المطالبة من المالك الحقيقي. وبالرجوع إلى مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري والمادة 2 من مدونة الحقوق العينية يتبين لنا أن المشرع أقر لفائدة الغير حسن نية حماية من كل إبطال أو تغيير يمكن أن يقع على التقييدات المضمنة بالسندات التي يملكها. ذلك أن الغير الذي قام بتسجيل حقه بصفة قانونية وعن حسن نية دون أن يكون متواطئا أو مشتركا في عملية التدليس مع البائع، من أجل الإضرار بمصالح المشتري الأول فإنه يكتسب حقه مطهرا من جميع العيوب التي يمكن أن تشوب سند المتصرف⁽²⁾.

بالمقابل نجد الفقرة الثانية من المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية المغربية، تورد مجموعة من الاستثناءات على هذا المبدأ يمكن إجمالها في حالة التدليس أو التزوير أو استعماله. حيث أقرت المادة الثانية مجموعة من الحالات التي إذا ما تحققت لا يمكن للغير حسن النية الاحتجاج بحسن نيته، من هذه الاستثناءات ثبوت التزوير، ولعل هذا الاستثناء يساير روح القانون الذي يهدف إلى تكريس رسمية العقود وما تحققه من أمن قانوني، لذا كان لزاما على

(1) سعيد بن موسى، الحماية القانونية للمقيد عن حسن النية، مجلة دفاتر محكمة النقض، عدد 26، 2015، ص 540.

(2) حنان باليصو، التقييدات بين الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري والمادة 2 من مدونة الحقوق العينية، مجلة القانون والأعمال جامعة الحسن الأول، ديسمبر 2018.

المشرع أن يأتي بمجموعة من الضمانات في سبيل حماية ثقة المتعاملين في الحقل العقاري والحفاظ على استقرار المعاملات وحماية لعنصر الثقة وذلك من خلال إقرار العقوبات وتشديدها في مواجهة من يرتكب جريمة التزوير⁽¹⁾. وبناء عليه فإن كل تزوير أو تحريف قد يطالها يعتبر مساسا في الثقة التي تتبني عليها المعاملات وفي الحماية التي ينبغي أن تتوفر للملكية العقارية. لكن المشرع المغربي منح المالك الحقيقي للعقار إمكانية إبطال تقييد الغير حسن النية في حالات التدليس أو التزوير، وتقييده لممارسة هذا الحق بشرط رفع الدعوى داخل أجل أربع سنوات، بمعنى أدق، فإن هذا الحق المخول للمالك يسقط إذا لم يرفع دعواه داخل الأجل المنصوص عليه في المادة الثانية.⁽²⁾

▪ الفصن الثالث: تقييم دور قانون الملكية العقارية في تكريس الأمن والاستقرار العقاري في العقود التي ثبت بطلانها

لا شك أن المشرع حاول في المادة (13) من قانون الملكية العقارية الموازنة بين حق المالك الأصلي وحق الحائز حسن النية،⁽³⁾ وتبنى فكرة عدم تأثر حقوق الغير حسن النية بتقرير بطلان السجلات انسجاما مع مبدأ استقرار المعاملات وحماية الوضع الظاهر وتحصين الملكية العقارية والأمن العقاري من جانب الغير حسن النية⁽⁴⁾، الذي أنفق مبالغ ضخمة على العقار الذي ثبت فيما بعد استحقاؤه للغير.

(1) سهام البعبيدي: مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية- ما بين هاجس حماية الغير المقيد بحسن نية وتكريس حماية المالك الحقيقي للعقار - مجلة مغرب القانون، 21 سبتمبر 2018، ص 1-54.

(2) سهام البعبيدي: مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، مرجع سابق، ص 1-54.

(3) نوري خاطر، وظائف حسن النية، مرجع سابق، ص 88.

(4) محكمة استئناف عمان/ 3 الحكم رقم 2561 / 2020" لقد نصت الكثير من القوانين الوضعية بما فيها قانون الملكية العقارية رقم 13 لسنة 2019 فاعتبر المشرع الاردني حسن النية شرط اساسي لتطبيق مبدأ استقرار المعاملات العقارية، إذ يشترط لعدم الحكم ببطلان العقد واللجوء للتعويض والتي يسعى المشرع من خلالها لاستقرار المعاملات العقارية ان يكون هذا العقار قد انتقل للغير وان هذا الغير حسن النية، بمعنى ان لا يكون انتقال العقار للغير بهدف الحيلولة دون صدور قرار ببطلان هذا العقد، فلكي يتمتع الغير بتلك الحماية لا بد ان يكون حسن النية، وهذا ما ظهر من خلال النصوص القانونية الواردة في قانون الملكية العقارية، وذلك من اجل الموازنة بين المصالح المتناقضة فلا يستفيد من تلك الحماية الاستثنائية ذلك الغير سيء النية، يقع على القاضي دور تكييف مسألة حسن النية. استنادا لما تم بيناه فاننا نجد بان ملف الدعوى قد خلى مما يثبت ان الغير تملك هذا العقار بسوء نية، مما يجعل من سببي الاستئناف والحالة هذه لا

وهذا الأمر وإن كان يحل إشكاليات واقعية قد تكون معقدة، إلا أنه يمثل خطراً على حق الملكية في نفس الوقت، إذ أنه قد يكون مدخلاً لأصحاب النية السيئة والمحتملين من أجل اللجوء لتزوير وثائق الهوية أو الملكية العائدة للمالك الحقيقي وبيع أملاكه لمشتري حسن النية الذي يعتمد للبناء أو الغراس فيها، فموجب هذا القانون الجديد لم يعد بإمكان المالك الأصلي الإصرار على إعادة الحال لما كانت عليه وتقرير بطلان كل ما تم من تصرفات على ملكه بدون إذنه، فقد ترى المحكمة الحكم له بالتعويض فقط. وهو ما يمس الأمن العقاري واستقرار الملكية العقارية.

كما أن هذا النص يلزم المتسبب بالضرر بدفع مبلغ التعويض، مما يثير التساؤل حول هوية المتسبب بالضرر، فهل هو مرتكب التزوير أول مرة أم مشتري العقار حسن النية والذي بنى على ملك غيره، أم هي الدولة؛ بالنظر إلى أن دعوى تقرير البطلان ترفع أساساً على دائرة الأراضي والمساحة (محدث الضرر من الناحية القانونية)؛ كونها الجهة التي نظمت عقود البيع وكان يجب عليها أن تتحقق من هوية الأطراف⁽¹⁾. كما يمكن أن ترفع على أي شخص آخر معروف وتسبب بوقوع الضرر، كالمزور، أو منتحل الهوية، فيحكم هنا بالتضامن والتكافل بينهم. ونحن نرى أن المقصود هنا ليس المتصرف إليه حسن النية. كما أن النص يوجب أن يكون التعويض المحكوم به للمتضرر عادلاً، وللمحكمة أن تقدر ذلك وفقاً لقيمة العقار وقت رفع الدعوى وليس وقت إجراء التصرف ولا وقت الحكم بالدعوى لما قد تختلف فيه قيمة العقار من وقت لآخر.

يرداً على القرار المستأنف، فنقرر ردهما. وعن السبب السابع من أسباب الاستئناف الثاني المتمثل بتخطئة محكمة الدرجة الأولى بالحكم بالتعويض. ورداً على ذلك فإننا نجد أن عقد البيع موضوع الدعوى قد شاب أحد أركانه عيباً ينصب على إرادة البائع المعيبه مما يجعل من هذا العقد باطلاً، إلا أنه وسنذكر لاحقاً المادة 13 من قانون الملكية العقارية ولغايات استقرار المعاملات العقارية فإنه لا يلجأ إلى إعلان بطلان هذا العقد ويتم الاستعاضة عن ذلك بتعويض المالك عن الضرر الذي لحق به جراء هذا البطلان، وعليه فإننا نجد بان ما قامت به محكمة الدرجة الأولى بالحكم بالتعويض العادل جاء موافقاً للقانون ونقرها على ذلك، مما يجعل من سبب الاستئناف والحالة هذه مستوجباً للرد، فنقرر رده.

⁽¹⁾ أنظر خلاف ذلك، تمييز حقوق رقم 8469 لسنة 2019، تاريخ الفصل 2020/1/23. حيث قضت بأن: "إن مدير عام دائرة الأراضي والمساحة يقتصر حقه وفقاً للمادة (6/16) من قانون تسوية الأراضي وما استقر عليه القضاء على تصحيح قيود الأراضي في حال حصول خطأ فيها وغير ملازم بدفع أي تعويض عن وجود نقص في المساحات الناجمة عن معاملات الإفراز، وفقاً لقرار تمييز حقوق 2018/2939.

يضاف إلى ما سبق، أن نص المادة (13) أتاح لصاحب المصلحة أن يطلب من المحكمة منع التصرف بالعقار موضوع دعوى تقرير البطلان والفسخ إلى حين الفصل في هذه الدعوى، منعا لتفاقم المشكلات أو لحدوث أي تلاعب أو تواطؤ قد يزيد الأمر تعقيدا، وهذا أمر مستحب يضمن عدم تعقد الأمر أكثر مما هي عليه ويحول دون تفاقم المشكلة. كما أن حكم الفقرتين (ب) و(ج) من المادة (13)، المتعلقة بإمكانية فسخ وتقرير بطلان البيوع أو الحكم بالتعويض، وإمكانية وضع إشارة منع التصرف على العقار موضوع النزاع تطبق حتى بالنسبة للدعاوى المنظورة أمام المحاكم وقت نفاذ القانون، أي أن هذا الحكم يسري أيضا على الدعاوى الحالية والمنظورة أمام المحاكم، بما يفيد أن القانون سيطبق عليها بأثر رجعي.

الخلاصة، أن هذا النص يتضمن أحكاما تساهم في تحقيق استقرار التعاملات عندما يسمح للقاضي أن يحكم بالتعويض بدلا من فسخ وتقرير بطلان البيوع، وهو ما يشكل سببا لطمأنينة المتصرف إليه والغير حسن النية وزيادة ثقته، كما أنه وبمنحه القاضي سلطة الحكم بتقرير بطلان البيوع إن رأت ذلك مناسبا يشكل هذا الأمر سببا ومدعاة لطمأنينة المالك الأصلي بإمكانية استرداده لملكه مهما طال الزمن، فهو يحقق توازنا بين توفير الأمن العقاري واستقرار التعاملات من جانب والمساهمة في حماية حقوق الغير حسن النية من جانب آخر.

○ المبحث الثاني: دور قانون الملكية العقارية في تشجيع الاستثمار في العقارات

يمثل العقار جزءا كبيرا ومهما من ثروات الدول والأفراد، فهو يعد حجر الأساس في عملية التنمية والاستثمار،⁽¹⁾ ولا شك أن تحقيق الثقة في الاستثمار العقاري أمر مهم للمستثمرين، فكلما كان القطاع العقاري أكثر تنظيما وتبسيطا في الإجراءات وإزالة التعقيدات كلما زادت ثقتهم واستثماراتهم في هذا القطاع مما يعزز تنافسية القطاع العقاري ويسهم في زيادة جاذبية المناخ الاستثماري عبر جذب المزيد من الاستثمارات الأجنبية لهذا القطاع الحيوي. حيث يبرز في مجال الاستثمار العقاري العلاقة الوطيدة بين حجم الاستثمار والقوانين التي تحكم النشاطات الاقتصادية في الدولة. فالقوانين إما أن يكون لها دور ايجابي او سلبي في هذا الإطار⁽²⁾.

(1) مراد المواجدة، التنظيم القانوني للقطاع العقاري، منشورات أكاديمية دبي، 2018، ص 11.

(2) محمدي نورالدين، مرجع سابق، ص 85.

والعقار يمثل أحد أهم مجالات الاستثمار، من أجل ذلك، فقد عمد المشرع إلى تنظيم قوانين الملكية العقارية لضمان ثقة المستثمرين والتخفيف من حدة ترددهم وإرساء دعائم الملكية العقارية على أسس ثابتة والتخفيف من المنازعات⁽¹⁾. وقد جاء قانون الملكية العقارية الجديد ليحقق هذه الغاية، ولضمان ذلك، فقد قام المشرع بالتغيير في العديد من الأنظمة القانونية التي كانت موجودة سواء بإلغائها أو بالتعديل عليها ووضع ضوابط لها. (المطلب الأول). كما قام تبسيط الإجراءات في عدد من الأنظمة، كالرهن التأميني والشفعة ووضع ضوابط للاستملاك وتقدير التعويض عنه (المطلب الثاني). وهو ما ندرسه تباعا.

• المطلب الأول: التعديل في أنظمة قانونية قائمة بهدف تشجيع الاستثمار

تضمنت نصوص قانون الملكية العقارية تعديلا لبعض الأنظمة القانونية الموجودة سابقا، وكان هدف المشرع من ذلك إما ضبط أحكامها كما فعل بالنسبة لوضع ضوابط لتملك الأشخاص الطبيعية والمعنوية الأجنبية (الفرع الأول) أو إلغائها بالتدرج كما فعل بالنسبة لتعديل أحكام الوكالات غير القابلة للعزل (الفرع الثاني).

♦ الفرع الأول: وضع ضوابط لتملك العقارات من قبل الأجانب

لا شك أن الاستثمار في القطاع العقاري له دور كبير في تعزيز الاقتصاد الوطني، من أجل ذلك سعت الدول إلى زيادة فرص الاستثمار في هذا القطاع، ووفرت البيئة التشريعية التي تشجع على الاستثمار فيه سواء من المواطنين أم من الأجانب⁽²⁾، فقد سنت الدول التشريعات الملائمة وعدلت ما كان موجودا لديها لتشجيع المستثمرين الأجانب على الاستثمار في هذا المجال. وقد اتجهت معظم دول العالم إلى اعتماد قوانين ولوائح جديدة في تنظيم عملية تملك العقارات؛ فمنها ما سمح بتملك الأجنبي للعقار وفق ضوابط المساحة والعدد، ومنها ما أطلق التملك بجميع أنواعه، وتهدف تلك الدول إلى تنشيط تداولات العقارات مما يعود عليها بالنفع.

(1) محمدي نورالدين، مرجع سابق، ص 87.

(2) عبدالكريم يحيى الصوملي، حق الأجنبي في التملك والاستثمار العقاري، مرجع سابق، ص 20.

وتعد الاردن من الدول العربية التي برزت في هذا المجال، من خلال اعطائها حوافز عدة للأجانب في تملك وحدات عقارية خاصة في المناطق الحرة والاقتصادية على السواء. وقد راعى قانون الملكية العقارية الجديد ضرورة تشجيع الاستثمار من جهة وضرورة حماية سيادة الدولة من جهة أخرى، فقد جاء القانون تشجيعا للاستثمار في القطاع العقاري بعد أن كان تملك الأجانب والشركات للعقارات يتضمن بعض التعقيبات، وقد جاء الفصل السابع من هذا القانون ليحل محل قانون بيع وإيجار الأموال غير المنقولة، وقد أحسن المشرع إذ استخدم مصطلح تملك وإيجار غير الأردنيين والأشخاص الحكيمين للعقارات بدلا من مصطلح بيع الذي كان مستخدما في القانون الملغى، حيث إن التملك لا يقتصر على البيع، فقد يشمل أيضا الهبة والتملك عبر الإيجار التمويلي والإيجار المنتهي بالتمليك وغيره.⁽¹⁾

وتتص التشريعات الخاصة بتملك الأجانب وبالإستثمار على منح المستثمرين عديدا من المزايا والضمانات لتحفيزهم على الإستثمار وتحقيق أهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية. وتتمثل هذه المزايا بمنح المستثمر حق تملك الأراضي والعقارات وإيجارها، كما منح المستثمر الأجنبي حق نقل ملكية المشروع الإستثماري وامكانية الحصول على إعفاء أو تخفيضا من الضرائب والرسوم. ونعرض لأهم هذه المزايا فيما يأتي:

• أولا: التعديل في المساحات التي يمكن للأجنبي تملكها

لقد عدل قانون الملكية العقارية في المادة (139) من هذا القانون من المساحات التي كان مسموحا للأجنبي التملك فيها لغايات السكن، فبعد أن كان يحق للأجنبي التملك داخل حدود التنظيم ولغايات السكن بحدود منزلين ومكتب لمزاولة عمله، اصبح بإمكانه التملك وبقرار من مدير الأراضي لشقة أو طابق أو أرض لا تزيد مساحتها عن خمسة دونمات، بشرط ألا يكون مالكا لعقارات أخرى في المملكة وله أن يملك أكثر من خمسة دونمات لكن بقرار من الوزير بناء على تتسيب المدير إذا كان يملك عقارات أخرى.

(1) عبدالناصر الهياجنة، أحمد الحيارى، قراءات نقدية في مضامين قانون إيجار الأموال غير المنقولة وبيعها لغير الأردنيين والأشخاص المعنويين رقم ٤٧ لسنة ٢٠٠٦، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، م 8، ع 1، 2016، ص 19.

وقد نصت المادة (135) من هذا القانون على أنه لا يجوز لغير الأردني والشخص الحكمي الذي يحمل جنسية دولة لا تعترف بها المملكة أن يمتلك عقاراً أو أن يكتسب حقاً عينياً عقارياً فيها بأي صورة كانت. وهذا نص تم إضافته بعد مطالبات بمزيد من الدقة والوضوح خوفاً من تسريب العقارات والأراضي لجهات غير معروفة أو معادية. وقد كانت صياغته الأولى تنص على أن غير الأردني الذي يحمل جنسية لا تعترف بها الأردن يمكن أن يمتلك بإذن من رئيس الوزراء. كما أن المادة (137) نصت على أنه "تطبيقاً لأحكام هذا الفصل، للجهة المختصة سلطة مطلقة في منح الإذن بتملك عقار أو رفضه، ولا تخضع قراراتها برفض منح الإذن للطعن أو رقابة أي جهة". وهذا النص يوحي بأن لا رقابة على الجهات المختصة بهذا الشأن عند منحها الإذن، ونحن نفضل أن يتم تعديل هذا النص وألا تترك السلطة مطلقة بيد الجهات المختصة.

أما بخصوص تملك الأجانب لغايات الاستثمار في المشاريع الصناعية أو الخدمية، فقد سمح لهم بالتملك داخل حدود التنظيم قطعة أرض لا تزيد مساحتها عن 10 دونمات، وإن زادت عن عشر دونمات فيترك القرار لمجلس الوزراء، ولا شك أن الصياغة الحالية لهذا النص توحي بالخطورة، ولا بد من وضع ضوابط لسلطة مجلس الوزراء لمزيد من الرقابة عليه.⁽¹⁾ أما بالنسبة لتملك الأجانب خارج حدود التنظيم ولغايات الاستثمار، فهي نفس الأحكام الموجودة في القانون الملغى، ونشير هنا أن القانون الجديد لم يبين حكم تكرار تملك الأجنبي في نفس المحافظة وما هو الحد الأقصى لتملكه فيها. لذا، نوصي المشرع بأن يضع نصاً خاصاً يحكم هذه لمسألة.

وهنا نشير إلى موقف بعض التشريعات العربي، كالمشرع الإماراتي، حيث تم تعديل بعض أحكام القانون الإماراتي رقم 19 لسنة 2005 في الملكية العقارية، ومنح فيه لغير المواطنين تملك العقارات الواقعة داخل المناطق الاستثمارية وإجراء أي تصرف عليها. ونص القانون الإماراتي الجديد على استبدال نصي المادتين 3 و4 من القانون، حيث تنص المادة (3) على أن يقتصر حق تملك العقارات على المواطنين ومن في حكمهم من الأشخاص الطبيعية

(1) عبدالناصر هياجنة، أحمد الحيارى، قراءات نقدية في مضامين قانون إيجار الأموال غير المنقولة، مرجع سابق، ص

والاعتبارية، وشركات المساهمة العامة التي لا تزيد نسبة مساهمة غير المواطنين فيها على 49% وكل من يصدر بشأنه قرار من ولي العهد أو رئيس المجلس التنفيذي. ونص القانون على أنه لغير المواطنين من أشخاص طبيعية أو اعتبارية حق تملك واكتساب كل الحقوق العينية الأصلية والتبعية على العقارات الواقعة داخل المناطق الاستثمارية، ولهم إجراء أي تصرف على هذه العقارات. ونصت المادة (4) الجديدة على أن لمن له حق الانتفاع أو حق المساطحة لمدة تزيد على عشر سنوات وبغير إذن المالك التصرف في هذا الحق بما في ذلك رهنه، ولا يجوز لمالك العقار رهنه إلا بموافقة صاحب حق الانتفاع أو المساطحة، وفي الحالتين يجوز للطرفين الاتفاق على خلاف ذلك. فقد أسهم هذا القانون في بث المزيد من الثقة للمستثمرين، من أجل استقطابهم لمزيد من الاستثمارات في الإمارات.

كما أسهم صدور تعديلات قانون الملكية العقارية بأبوظبي مؤخراً، فضلاً عن تسهيلات الإقامة الدائمة «البطاقة الذهبية»، في زيادة نسبة المستثمرين الأجانب بالقطاع العقاري الإماراتي، وضخ المزيد من الاستثمارات الأجنبية بالسوق. وبموجب القانون الجديد، يسمح للشركات المساهمة العامة، التي لا تزيد نسبة مساهمة غير المواطنين فيها على 49% بتملك العقارات في إمارة أبوظبي، ويسمح لغير المواطنين بتملك كافة العقارات بما فيها الأرض داخل المناطق الاستثمارية في إمارة أبوظبي. ويذكر أن القانون كان لا يسمح للشركات المساهمة العامة بتملك العقارات (بما فيها الأرض) خارج المناطق الاستثمارية، ولكن القانون الجديد يسمح لهذه الشركات بتملك العقارات (بما فيها الأرض)، داخل المناطق الاستثمارية وخارجها شريطة ألا تزيد نسبة تملك غير المواطنين عن 49%، وكان يتم سابقاً منح الوافدين والأشخاص الاعتبارية المملوكة من قبلهم حق تملك الطبقات فقط (دون الأرض) في المناطق الاستثمارية، كما يمنحهم حق الانتفاع والمساطحة بالعقارات التي تقع داخل المناطق الاستثمارية بعقد انتفاع طويل الأمد حتى (99 سنة)، أو بعقد مساطحة طويل الأمد حتى (50 سنة) قابل للتجديد باتفاق الطرفين لمدة مماثلة. ولا يوجد حالياً أي قانون عقاري اتحادي يحكم التملك العقاري للأجانب في دولة الإمارات. بل إنّ لكل إمارة من الإمارات نظامها المحلي الخاص. وبالإضافة إلى ذلك، أقيمت "مناطق حرة" في كل من الإمارات لتلبية وظائف محددة. وتشكل كلّ منطقة حرة سلطة معفاة من الضرائب تخضع لقواعدها وأنظمتها الخاصة. ويجوز لأي شركة يتم

إنشاؤها ضمن المناطق الحرة أن تبقى ملكيتها محصورة 100% للأجانب كما يمكنها امتلاك العقارات بشكل كامل ضمن هذه المناطق. وقد جاء القانون رقم "6" لسنة 2019 بشأن ملكية العقارات المشتركة في إمارة دبي في إطار حزمة من التشريعات والقرارات التنظيمية الرامية إلى تعزيز قدرات القطاع العقاري وتعزيز تنافسيته وتشجيع الاستثمارات فيه وضمان حقوق كافة الأطراف المعنية بالقطاع سواء ملاك أو مستأجرين أو مستثمرين أو مطورين عقاريين. وفي لبنان، وبموجب قانون اكتساب غير اللبنانيين الحقوق العينية العقارية⁽¹⁾، فلا يجوز لأي شخص غير لبناني طبيعياً كان أم معنوياً أو لأي شخص معنوي لبناني يعتبره القانون بحكم الاجنبي تملك أي حق عيني عقاري في الأراضي اللبنانية أو أي حق عيني ينص عليه القانون الا بعد الحصول على ترخيص يعطى بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير المالية. اما الشخص الذي لا يحمل جنسية صادرة عن دولة معترف بها او الشخص الذي يتعارض تملكه مع احكام الدستور لجهة رفض التوطين فلا يجوز له ان يملك اي حق عيني من اي نوع كان. وقد اعفي من الترخيص الاشخاص الطبيعيين والاشخاص المعنويين غير اللبنانيين او المعتبرين بحكم غير اللبنانيين عقارات مبنية او مخصصة للبناء لا تزيد مساحتها في جميع الأراضي اللبنانية على ثلاثة آلاف متر مربع، اكتساب الحقوق العينية العقارية استنادا الى احكام قانون الاستملاك، الحق الناشيء عن وصية او هبة معقودة بين غير اللبنانيين الذين يدخلون في عداد ورثتهم عند وفاتهم وخاصة الاصول والفروع والازواج، الحقوق الناشئة عن عقود الانتفاع والايجار العادي عندما تكون مدتها اقل من عشر سنوات، الحقوق الناشئة عن عقد الايجار المنصوص عليه بالقرار رقم 12 الصادر في 16/1/1934 عندما تكون مدتها اقل من عشرين سنة، الحقوق الناشئة عن عقود الرهن او البيع بالوفاء او بالاستغلال متى كانت مدة الاستغلال اقل من عشر سنوات. واذا زادت مدة اي عقد من العقود المذكورة اعلاه عن المدة المحددة له فلا يصح اكتساب الحقوق موضوعه الا بعد الحصول على ترخيص. وفي كل الاحوال لا يجوز ان يتجاوز ما يملكه الاشخاص الطبيعيين

(1) قانون اكتساب غير اللبنانيين الحقوق العينية العقارية في لبنان رقم 11614 لسنة 1969 — بتاريخ 4 / 1 / 1969، منشور على موقع شبكة قوانين الشرق:

<https://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesDetails?MasterID=158821>

والاشخاص المعنوية غير اللبنانيين او المعتبرون بحكم غير اللبنانيين نسبة ثلاثة بالمئة من مجموع مساحة الاراضي اللبنانية على الا تتعدى الثلاثة بالمئة في كل قضاء من مجموع مساحته والعشرة بالمئة من مساحة محافظة بيروت.

▪ **ثانياً: إزالة بعض القيود عن عاتق المستثمر في القطاع العقاري وتبسيط بعض الإجراءات**
لم يلزم قانون الملكية العقارية الأردني الشخص الطبيعي الأجنبي أو الشخص الحكي بعدم شراء عقار آخر قبل إقامة المشروع على العقار الذي قام بشرائه مسبقاً كما كان عليه الحال في السابق، بل أنه أعطاه حرية التملك مرة أخرى وإن لم يباشر بمشروعه الأول، كل ما في الأمر أن القانون يفرض عليه غرامة إذا لم يتم مباشرة مشروعه خلال المدة المحددة، وهي أربع سنوات من تاريخ تسجيل العقار باسمه إذا كان التملك لغايات السكن وخلال ست سنوات إذا كان التملك لأي غرض آخر، وهو ما نصت عليه المادة (149) من القانون الجديد، ونلاحظ ان هذه المدة كانت ثلاث سنوات وخمس سنوات على التوالي في القانون الملغى. وسمحت هذه المادة للأجنبي أن يتقدم بطلب لتمديد المدة المشار إليها ويتم التمديد للمدة التي يراها الوزير مناسبة وبناء على تنسيب المدير على ألا يزيد مجموع المدد على ثمان سنوات للسكن واثنتا عشر سنة لغايات الاستثمار، وفي القانون الملغى كان التمديد لمدة مماثلة ولمرة واحدة فقط.

وتم تخفيض الغرامة التي تفرض على المستثمر الأجنبي إذا لم ينجز مشروعه خلال المدة المشار إليها سابقاً لتصل إلى اثنان بالمائة من القيمة المقدرة للعقار عن كل سنة أو جزء منها من تاريخ تسجيله باسمه إلى تاريخ نقل ملكيته لشخص آخر بعد أن كانت خمسة بالمائة. ونحن نرى أن هذا التخفيض يأتي في صالح المستثمرين ولغايات جذبهم وتشجيعهم. ويمكن للمستثمر أن يثبت أن عدم المباشرة بالتنفيذ كان لأسباب إدارية خارجة عنه وأن يعفى من الغرامة في هذه الحالة، وهو ما جاء في نص المادة (152) من القانون الجديد. ولم يشر القانون إلى إمكانية المستثمر بيع العقار إذا لم يتمكن من إنجاز المشروع وإمكانية تخفيض الغرامة في هذه الحالة. بالمقابل، فقد كان القانون القديم يتيح بيعها بالمزاد العلني وبقرار من الوزير بعد مضي عشر سنوات. ونرى أن في الغاء هذا النص سلاح ذو حدين، فهو من جهة

تشجيع للمستثمر على الاستثمار في الأردن، ومن جهة أخرى يبرر له تقاعسه عن إنجاز المشروع لا بل ومكافأته بإمكانية تخفيض الغرامة. وقد فرق القانون الجديد بين الشخص الذي يقيم المشروع التي تم التملك من أجله والشخص الذي لا يقيم مشروعاً من ناحية الغرامة. لكن قيام القانون الجديد بفرض غرامات في حال لم يكتمل المشروع ضمن المدة المحددة، وإن كان من الممكن أن يمثل عائناً للمستثمر إذا كانت قيمتها باهظة وأن حق الدولة ببيع هذه المشاريع في المزاد العلني قد يكبد المستثمر خسائر كبيرة، إلا أننا نؤيد وجودها لفرض نوع من الجدية على المشروعات الاستثمارية.

كما تم توسيع صلاحيات مدير الأراضي فيما يخص الموافقات على التملك بدلاً من وجوب الحصول على الموافقة من جهات عدة وبشروط صعبة، ولا شك أن هذا الأمر يساهم في تشجيع المستثمرين، فقد أصبحت موافقة المدير كافية في كثير من الحالات، ولم يلزم القانون في المادة (146) الوزير بالاستئناس برأي الجهات المختصة كما كان القانون الملغى يشترط عند تملك الشخص الحكومي الراغب بالاستثمار خارج حدود التنظيم.⁽¹⁾ ولم يشترط القانون وجود المعاملة بالمثل. ونحن نرى أن مجمل هذه النصوص فيه إزالة للعديد من المعوقات التي كان المستثمرون ينفرون منها.

كما يجدر الإشارة إلى أن القانون الجديد قد حظر على الأجنبي التصرف بالعقار المملوك تصرفاً ناقلاً للملكية قبل مضي المدة المشار إليها سابقاً إلا بإذن من الوزير وبتنسيب المدير ولأسباب مبررة أو إذا كانت العقارات قد تم تملكها لغايات تطويرها أو استثمارها في إنشاء وحدات سكنية أو تجارية أو صناعية لغايات بيعها. وهذه نص مستحسن، إذ أنه يضع ضوابطاً للاستثمار الأجنبي ويفرض المباشرة بالمشروعات ويبيّن على عدم البدء بها حظراً بالتصرف بالعقارات المملوكة إلا إذا صدر إذن بذلك.

ونحن نرى أن هذه النصوص بمجملها من شأنها أن تعزز نمو السوق العقارية، وتعزيز ثقة المستثمرين ورجال الأعمال في هذا القطاع وتسهل مزاوله الأعمال وخلق بيئة استثمارية جاذبة ومشجعة لنمو ونجاح الأعمال واستقطاب أكبر للاستثمارات الأجنبية وتحفيز الإنتاج المحلي وتحسين البيئة الاستثمارية وجعلها أكثر كفاءة وجاذبية.

(1) عبدالناصر هياجنه، أحمد عويدي، مرجع سابق، ص 26.

• **المطلب الثاني: توحيد التشريعات وتبسيط الإجراءات في بعض الأنظمة القانونية**

كان هدف المشرع من هذا القانون توفير وتعزيز بيئة تشريعية مناسبة للقطاع العقاري وزيادة تنافسية هذا القطاع وجذبه للاستثمار عبر تسهيل عملية إجراء التصرفات القانونية على العقارات وتقديم آليات سريعة ومبسطة لفض النزاعات وتسويتها، وحمايته من الممارسات الضارة. فكثرة التشريعات وتشعبها كانت عائقاً أمام المستثمر الذي كان عليه الإحاطة بكل هذه التشريعات. لذا تم جمع التشريعات النازمة للعقار في قانون واحد وتم توحيد المصطلحات والقوانين المتعلقة بالعقار وأصبح هنالك تنظيم كامل وموحد للعقارات والمجمعات السكنية والتجارية، وهذا ما يحقق الاستقرار في الملكية العقارية. ومن بين الموضوعات التي عدل المشرع في بعض أحكامها وبسط من إجراءاتها، الرهن التأميني (الفرع الأول)، وحق الشفعة (الفرع الثاني)، والتعويض عن الاستملاك للنفع العام وضوابطه (الفرع الثالث).

♦ **الفرع الأول: تعديل أحكام الرهن التأميني وتبسيط إجراءاته**

أما بشأن الرهن التأميني⁽¹⁾ الذي تم تنظيمه في الفصل الثامن في المواد (160-177) من قانون الملكية العقارية، بعد إلغاء قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين، فنلاحظ أن النصوص التي أوردها القانون بخصوصه تطرقت لبعض أحكامه دون الأخرى سواء خلال مرحلة إنشائه، أو نفاذه أو انقضاءه.

(1) يفضل البعض استخدام مصطلح الرهن الرسمي عوضاً عن الرهن التأميني، لأن مصطلح التأمين يجمع عدة أنظمة أيضاً كالكفالة والرهن الحيازي، فهو غير قاصر على رهن العقار، لذلك يميل هذا الجانب لاستخدام مصطلح الرهن الرسمي لدلالته فقط على رهن العقارات بشكل رسمي ضماناً للوفاء بالدين. أنظر محمد المرسي زهرة، ضمانات الائتمان، المجلد الأول، الرهن التأميني، منشورات جامعة الإمارات، 1997، ص 31-31؛ عبدالخالق حسن، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، ج 7، 1991، ص 97.

• أولاً: الأحكام المستجدة بخصوص إنشاء الرهن التأميني

بداية تشير إلى أن تنظيم الرهن في قانون الملكية العقارية اقتصر على الرهن التأميني دون الحيازي.⁽¹⁾ كما أنه اقتصر على رهن العقار تأمينياً فقط ولم يتطرق لرهن المنقولات ذات السجلات الخاصة والذي ينص عليه القانون المدني.⁽²⁾

أما عن أطراف عقد الرهن التأميني، فقد حددت المادة (160/ب) الجهة الدائنة بأنها قد تكون جهة رسمية أو مؤسسة عامة أو شركة أو بنكاً، ولا نرى مبرراً لتحديد هذه الصياغة، والأولى الاكتفاء بنص مطلق كلفظ الراهن، بحيث يشمل أي شخص أو جهة طبيعياً كان أم معنوياً عاماً أم خاصاً⁽³⁾. بالمقابل، فقد حدد القانون الراهن بأنه كل من المدين والكفيل العيني، ولا نرى مبرراً لتحديده بنص مستقل، حيث يمكن استخلاص ذلك من نص المادة (160/أ) من قانون الملكية العقارية التي تشير إلى أن رهن العقار يأتي ضماناً لدين على مالكه أو كفالة لدين على غير مالكه، فالرهن يتم إما من المدين أو ممن يكفله كفالة عينية.⁽⁴⁾

أما عن شروط العقار المرهون، فنلاحظ أن هذا القانون لم يأت على شروط هذا العقار بأن يكون معيناً وقائماً وموجوداً وقت العقد وأن يكون مملوكاً للراهن كما فعل القانون المدني، ولم يبين حكم تخلف أحد هذه الشروط، كحكم رهن ملك الغير أو عدم تعيينه، وإن كان المشرع لم يشترط صراحة أن يكون العقار معيناً تعييناً كافياً، فإن هذا الشرط قد يفهم من استعراض النصوص الخاصة بإجراءات الرهن، فقد حدد المشرع في المادة (163) من هذا القانون إجراءات الرهن والتي يتضح منها التركيز على مبدأ تخصيص الرهن.⁽⁵⁾ ولم تحدد المادة

(1) نعيم العتوم، عبدالسلام الفضل، الأحكام القانونية الناظمة لراهن العقار رهناً تأمينياً في إطار مشروع قانون الملكية العقارية لعام 2017 الأردني - دراسة تحليلية ناقدة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، ع 1، 2018..

(2) ونلاحظ أن القانون الجديد أبقى على امكانية رهن الحصة الشائعة في المادة (160) منه، كما أنه أكد على امكانية إنشاء الرهن التأميني على العقار ذاته أكثر من مرة لأكثر من دائن وقرر أن مرتبة كل دائن مرتبة تتبع تاريخ قيده في السجل العقاري للعقار، لكنه لم يبين الحكم فيما لو سجلوا حقوقهم في نفس اللحظة.

(3) نعيم العتوم، عبدالسلام الفضل، المرجع ذاته.

(4) ولم يبين هذا القانون حكم رهن وارتهان مال الصغير من قبل الولي أو الوصي.

(5) للراهن أن يتقدم بطلب خطي إلى مدير التسجيل لرهن عقاره تأمينياً، ويجب أن يكون الطلب خطياً، وهذا شيء مفترض بما أن معاملة الرهن لا تصح إلا بالتسجيل. وتلزم المادة السابقة مدير التسجيل بإجراء كشف على العقار المراد رهنه

السابقة المدة اللازمة لوضع التقرير من قبل مدير التسجيل، التي كان القانون السابق يحددها بشهر من تاريخ تقديم الطلب. كذلك فقد جاء القانون الجديد ليشترط أن يكون الدين المضمون مخصصا وبشكل أكثر تفصيلا من القانون الملغى، فحسب المادة (161) يجب أن يكون الدين المضمون محددًا يتوقع تحققه في ذمة المدين مستقبلا. فقد أشار المشرع إلى وجوب أن يكون الدين مخصصا وأن يكون موجودا أو قابلا للوجود، كما أن القانون الجديد منع رهن أو إيقاع الحجز على العقار المبيع لقاء الإعالة طويلة حياة المعال، كما جاء في المادة (17) من قانون الملكية العقارية. وقد أكد المشرع في المادة (160/ج) على ضرورة تسجيل عقد الرهن في السجلات العقارية لانعقاد رهن العقار، وهذا الشرط يساهم في تحقيق الأمن العقاري وزيادة الثقة لدى الدائنين والمستثمرين وجعل كل المتدخلين على بينة وأمن وثقة، ويزيد من اطمئنانهم لهذا التصرف، فلا يمكن تجاهل مدى الثقة التي يوفرها الشكل بالنسبة للدائن نفسه وللغير.

▪ ثانيا: المستجدات بخصوص آثار الرهن التأميني

أما بخصوص النصوص الناظمة لآثار الرهن التأميني، فقد تناولت المادة (167) من هذا القانون حق الراهن بالانتفاع بالمال المرهون وإدارته والحصول على غلته وثماره، ونلاحظ أن المشرع قد استخدم مصطلح الانتفاع بالعقار المرهون وهو يقصد هنا استعمال المال المرهون، لأن مصطلح الانتفاع قد يثير اللبس مع حق الانتفاع كحق عيني مستقل الذي يتضمن استعمال المال واستغلاله⁽¹⁾. كذلك فقد ألحق المشرع بموجب هذه المادة الثمار والغلة بالمال المرهون ابتداء من تاريخ وضع العقار بالمزاد العلني وليس من تاريخ نزع الملكية كما كان سابقا، وهذا التعديل يعد أمر مستحبا لمنع الراهن من تأخير الإجراءات للاستفادة أكبر قدر ممكن من الثمار ولآخر لحظة.

وإعداد تقرير يشتمل على تحديد العقار بشكل دقيق جدا وأكثر تفصيلا مما كان عليه القانون الملغى، حيث يشمل رقم القطعة ورقم الشقة أو الطابق أو المبنى والحصص المطلوب رهنها ورقم الحوض واسمه ورقم الحي واسمه واسم القرية والمحافظة ووصف العقار وموقعه ومساحته وصفة استعماله ووصف الأبنية والإنشاءات المقامة على العقار والأشجار المغروسة فيه وأسماء شاغليه وصفاتهم وتحديد القسم الذي يشغله كل واحد منهم ومقدار بدل الإيجار وبدؤه ومدته.⁽¹⁾ نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 193؛ محمد المرسي زهرة، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 677.

كما يجب الإشارة إلى ان القانون الجديد لم يتطرق إلى حكم تأجير المال المرهون وأثره على عقد الرهن. كما بينت المادة (168) من القانون مدى حق الراهن ببيع العقار المرهون، ويلاحظ أن النص السابق يتكلم عن بيع العقار المرهون فقط ولم يشر إلى مدى جواز هبته أو التخارج أو غيرها من التصرفات. ولم يحدد المشرع حكم عدم موافقة الدائن المرتهن على بيع الراهن للعقار المرهون ولم يحدد الحكم لو لم يقبل المتصرف إليه بتملك العقار المرهون متقلا بالرهن، رغم أن القواعد العامة قد تعطينا حلا لهذه التساؤلات، فالعقد يبقى موقوفا. لكن هذا أمر لا ينسجم مع تعزيز الثقة في معاملات الرهن والتشجيع على إبرامها. ثم إن اشتراط موافقة الدائن على قيام الراهن بالتصرف بالعقار المرهون فيه تعطيل للانتفاع به وقد يمثل سببا للعزوف عن الرهن التأميني.

وبالنسبة لإجراءات الوفاء بالدين، فقد نظم المشرع إجراءات الوفاء بالدين المضمون بالرهن وأثرها على الرهن، ويلاحظ من صياغة النص أنه قد قصر الوفاء بالدين على المدين وحده ولم يشر للكفيل العيني عندما أشار أن "للمدين الوفاء بمبلغ الدين" مع أن الوفاء قد يتم من الكفيل العيني وقد يحقق ذلك مصلحته، حتى لا يباع عقاره بالمزاد العلني من أجل دين بسيط. كذلك، فقد ألزمت هذه المادة مدير التسجيل بعد استلام اشعار إيداع مبلغ الدين وملحقاته من المدين بأن يدعو الدائن لتسلمه من صندوق المحكمة أو من مديرية التسجيل وأن يشطب إشارة الرهن التأميني من السجل العقاري للعقار. ولم يبين القانون الحكم إذا رفض الدائن اعطاء ابراء للمدين عند سداد الدين، أو إذا لم يتم بتسليم مدير التسجيل هذا الإشعار أو تأخر في تسليمه، لذا يمكن له طلب ذلك عبر المحكمة. فموافقة الدائن تحمي حقه من جهة وقد تعطل استثمار المال من جهة أخرى.

وبالنسبة لدور هذا القانون في تبسيط امكانية بيع المال المرهون بالمزاد العلني. نشير أولا إلى أن اعتبار سند الرهن سندا تنفيذيا يطمئن الدائن إلى استيفاء حقه بسهولة. ولم يشر القانون الجديد عند تناوله لبيع العقار المرهون بالمزاد العلني في حال تخلف المدين عن الوفاء لوجوب إعدار المدين والحائز، بينما سمح القانون بالتنفيذ على العقارات المرهونة المتعددة على التوالي وفي حدود ما يفي بالدين. كذلك فإن مسألة ترتيب حقوق الدائنين وكيفية ممارسة الدائن لحق التقدم مضمونة بالتسجيل، وهذا يعطي ثقة أكثر ويشجع اللجوء للانتمان ويبين مدى سهولة تداول العقار المرهون.

وقد أعطى القانون الجديد للدائن حق طلب التنفيذ من قبل دائرة التنفيذ وليس لمديرية التسجيل، ولكن المادة (174) من هذا القانون سمحت لدوائر التسجيل بالاستمرار في تنفيذ سندات الرهن التي باشرتها قبل نفاذ أحكام هذا القانون ولم تمض سنة على آخر إجراء فيها ووفقاً للإجراءات المنصوص عليها في القانون القديم لوضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين. نستخلص من استعراض النصوص النازمة لعقد الرهن التأميني في قانون الملكية العقارية أن القانون الجديد تضمن العديد من النصوص التي تساهم في تسهيل الإجراءات في عقد الرهن التأميني، بحيث تضمن تشجيع الائتمان العقاري والاستثمار فيه، كما نستخلص أن هذه النصوص لم تغط كل جوانبه، مما يوجب الرجوع إلى القواعد النازمة للرهن التأميني في القانون المدني، وهذا أمر غير مستحب لما فيه من تشييت للمستثمر. بالمقابل، فقد تضمن الفصل الخاص بالرهن التأميني في هذا القانون العديد من النصوص التي تتضمن توفير الحماية للدائن المرتهن وللراهن، وفيها تبسيط لإجراءات الرهن والتنفيذ عليه، مما يشجع على منح الائتمان العقاري، وهو أمر يساهم في تشجيع الاستثمار ويوفر الثقة للراهن بأن ملكه لن يتم نزعها إلا وفق قواعد وإجراءات واضحة وعادلة.

♦ الفرع الثاني: تعديل بعض قواعد الشفعة وتسهيل إجراءاتها

ارتأى المشرع في قانون الملكية العقارية الجديد الإبقاء على الشفعة بحدود ضيقة وتسهيل بعض إجراءاتها. وهنا نشير إلى أن بعض الفقه يرى أن الإبقاء على الشفعة يجب أن يتم بحدود ضيقة تتمثل في تجميع ما تفرق من حق الملكية لتجنب تجزئة الملكية وإضرار المشتري الأجنبي بالشريك الآخر⁽¹⁾، وأن نجاحها يؤدي لإنقاص عدد الشركاء في العقار الشائع⁽²⁾، فالأخذ بها ينسجم مع توجه المشرع نحو التخلص من حالة الشيوخ⁽³⁾. ونحن نرى أنه كان من الأفضل إلغاء نظام الشفعة كلياً، فمسوغاتها ومبررات النص عليها تلاشت حالياً ولم تعد

(1) محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص 161، نبيل سعد، مرجع سابق، ص 285؛ غازي أبو عرابي، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 213.

(2) محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 184.

(3) أحمد عويدي، عبدالناصر هياجنة، تقييم فاعلية الأحكام الخاصة بالملكية الشائعة في القانون الأردني، دراسات علوم الشريعة والقانون، م 38، ع 2، 2011، ص 677.

موجودة في ظل التطور الذي حصل في المجتمع حالياً. ولا شك أن الغاءها يساهم في تعزيز الاستقرار والأمن العقاري وتشجيع الاستثمار.

أما عن الجديد في تنظيم الشفعة في هذا القانون، فقد تم بموجب المادة (14/ج) منه تخفيض مدة رفع دعوى الشفعة، فقد كان القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة لسنة 1958 والملغى بموجب القانون الجديد يحددها بـ 30 يوماً من تاريخ العلم بتسجيل البيع وستة شهور من تاريخ تسجيل البيع في كل الأحوال، أما القانون الجديد فقد خفض مدة السنة شهوراً لتسعين يوماً.

كما أن المشرع أقتصر ممارسة الحق في الشفعة على حالة تصرف الشريك في العقار الشائع بحصته بالبيع فقط ولم يسمح بها إذا كان التصرف هبة بشرط العوض أو بتصرف يأخذ حكم البيع، وحصر طلب الشفعة في حالة بيع العقارات المسجلة، وهو ما يستخلص من المادة (14/أ)، مما يقلل من فرص المطالبة بالشفعة لأنها في الأصل استثناء، فلا يجوز التوسع فيه. كذلك لا يمكن ممارسة دعوى الشفعة إلا عبر المطالبة القضائية وبعد إيداع الثمن المسمى في صندوق المحكمة لضمان الجدية وتفاذي تكرار دعاوى الشفعة، ولم يشترط القانون إيداع النفقات للمطالبة بالشفعة. ولم يشترط القانون أن يكون المشتري أجنبياً عن الشركاء، مما يعني أنه قد يكون شريكاً في العقار نفسه، وهذا يتعارض مع مسوغات الشفعة التي تتمثل بجمع ما تفرق من حق الملكية⁽¹⁾. ولم ينص القانون الجديد على وجوب أن يكون العقار المشفوع فيه ملكاً للشفيع وقت البيع وأن يستمر إلى وقت الأخذ بالشفعة بالقضاء أو بالاتفاق، وهذا ما قد يؤدي إلى بعض المشاكل في حال قام الشفيع ببيع حصته بعد أن طلب الشفعة وقبل الحكم بها، حيث لا نرى مبرراً لاستمراره بدعوى الشفعة لزوال الحكمة منها بالنسبة له؛ لأن المركز القانوني للشفيع يزول بمجرد خروجه من العقار؛ فتنتهي مصلحته من الاستمرار بالدعوى.

والخلاصة، أن نظام الشفعة وإن كان يساهم في عدم تجزئة الملكية العقارية بالنسبة للشركاء، إلا أنه يسبب زعزعة لاستقرار التعاملات وللملكية العقارية للمشتري الذي عليه الانتظار لحين انتهاء مدة ممارسة حق الشفعة ولحين انتهاء دعوى الشفعة نفسها إذا مارس

(1) محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، 2001، ص 170

الشفيع حقه، وقد يعزف بسبب ذلك عن البناء أو الغراس فيه واستثماره طيلة مدة رفع الدعوى وإجرائاتها، وهو ما قد يعرقل الاستثمار في القطاع العقاري.

♦ الفرع الثالث: توضيح وتبسيط قواعد الاستملاك للنفع العام والتعويض عنه

لا يخفى على أحد أن حق الملكية حق مقدس ومصون⁽¹⁾، وبغية تحقيق الأمن والاستقرار العقاري وطمأنة المالكين والمستثمرين على أملاكهم، فقد وفرت أغلب التشريعات ومنها الأردني حماية فعالة لحق الملكية وأحاطه بضمانات دستورية وقانونية،⁽²⁾ فحق الملكية لا يمكن نزعها إلا للنفع العام، وقد أكدت ذلك المادة (11) من الدستور الأردني والمادة (1020) من القانون المدني، وقد جاء قانون الملكية العقارية ليلغي قانون الاستملاك القديم وينظم أحكام الاستملاك في الفصل التاسع منه في المواد (178) وما يليها، وقد مال هذا القانون نحو تبسيط قواعد وإجراءات الاستملاك من جهة، وضبط وتبسيط قواعد تعويض المالك الذي ينزع ملكه للنفع العام بناء على ضوابط واضحة وبشكل عادل⁽³⁾ من جهة أخرى، وهو ما نعرضه فيما يأتي:

▪ أولاً: وضع ضوابط لتبسيط عملية وإجراءات الاستملاك للنفع العام

كرست المادة (178) من قانون الملكية العقارية المبدأ العام القاضي بعدم جواز نزع ملكية العقار إلا لمشروع يحقق نفعاً عاماً وفي مقابل تعويض عادل ووفق الإجراءات المحددة. كذلك فقد قررت المادة (180) من هذا القانون أن الأصل أن تقوم الجهة طالبة الاستملاك بعملية شراء العقار مباشرة من مالكة أو مبادلتها بعقار مملوك للجهة المستمكة ما أمكن ذلك، فإن لم تتجح هاتين الطريقتين أو كانت طبيعة المشروع تقتضي الاستملاك لجأت للاستملاك عبر نزع الملكية للنفع العام دون شراء مباشر ولا مبادلة.

(1) غازي أبو عرابي، أحكام الحقوق العينية الأصلية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، منشورات جامعة الإمارات، 2016، ص 35.

(2) عبدالناصر هياجنة، أشرف العدوان، التعويض العادل كشرط لمشروعية الاستملاك في ضوء أحكام قانون الاستملاك الأردني، دراسات علوم الشريعة والقانون، م 39، ع 2، 2012، ص 472.

(3) المرجع ذاته، ص 482.

ولم يكن القانون القديم يعرف المقصود بالمنفعة العامة أو يحددها بشكل واضح أو يحدد ذلك معياراً حاسماً يبرر الاستملاك، بل ترك ذلك للسلطة التقديرية للإدارة⁽¹⁾. بالمقابل، فإن القانون الجديد وضع معياراً يمكن اللجوء إليه لتحديد المقصود بالمنفعة العامة، وهو ما نصت عليه المواد (179 و180) من قانون الملكية العقارية، حيث اعتبر أن المشروع يعد محققاً للنفع العام لأغراض الاستملاك إذا كان يهدف إلى إنشاء مرفق عام أو إدارته أو تسهيل أدائه لوظائفه وأي مشروع ينص القانون على أنه يحقق نفعاً عاماً. على خلاف فعل المشرع السوري⁽²⁾ الذي حددها حصراً وتوسع فيها كثيراً، واعتبر أن جميع المشاريع التي تدخل في اختصاص أية من جهات القطاع العام تعتبر مشاريع ذات نفع عام، بل وذهب إلى اعتبار المشاريع السياحية والاستثمارية مشاريع ذات نفع عام، بالإضافة إلى إنشاء دور عبادة والمراكز الثقافية والأندية الرياضية والمنشآت التابعة لحزب البعث والمنظمات الشعبية. أما المشرع المصري، فقد انتهج نهجاً مختلطاً يجمع بين أسلوبين؛ فالأسلوب الأول يمنح للإدارة تقدير ما يعد محققاً للمنفعة العامة من أعمال، وهو ما ورد في القانون رقم 577 لعام 1954 بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة. أما الأسلوب الثاني، فيتم بأن ينص القانون على الأعمال التي تحقق المنفعة العامة، وهو ما نجده في القانون رقم (10) لعام 1990.⁽³⁾ وقد تم تعديل هذا القانون ليكون تحديد المنفعة العامة بقرار رئيس الجمهورية.

كما أوجب القانون صدور نظام يحدد الحالات التي يجب فيها اللجوء إلى الشراء المباشر أو المبادلة، والحالات التي يجوز فيها الاستملاك مباشرة دون محاولة الشراء المباشر ولا المبادلة، وأن يبين هذا النظام أيضاً الحالات التي يتعذر فيها الشراء المباشر والمبادلة مما

(1) عبدالناصر هياجنه، اشرف العدوان، مرجع سابق، ص 473.

(2) قانون الاستملاك السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (20) (الصادر بتاريخ 1983/8/24، لمزيد من التفاصيل أنظر نجم الأحمد، المفهوم القانوني للمنفعة العامة في نطاق الاستملاك، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد 29 - العدد الثاني-2013، ص 13.

(3) نجم الأحمد، المفهوم القانوني للمنفعة العامة في نطاق الاستملاك، مرجع سابق، ص 26، شحاته غريب محمد شلقامي، الاستملاك وتداعياته القانونية، دراسة تحليلية في القانون المدني وقوانين نزع الملكية وأحكام القضاء في مصر والبحرين، القاهرة: دار النهضة العربية، بدون تاريخ وبدون سنة طبع، ص 3؛ مصطفى مجدي هرجة، المشكلات العملية في قانون نزع الملكية للمنفعة العامة رقم 10 لسنة 1990 في ضوء الفقه وأحكام النقض ومحاكم الاستئناف، مصر، المنصورة: دار الفكر والقانون، بدون سنة طبع، ص 23.

يبرر اللجوء للاستملاك، وأن يتولى النظام تحديد الجهة التي تتولى الاشراف على الشراء المباشر أو المبادلة وتحديد مهامها، وتعيين الإجراءات اللازم اتباعها عند الشراء المباشر أو المبادلة للعقارات والإجراءات التي تضمن عدالة الشراء أو المبادلة لجميع الأطراف. كذلك يجب أن يتم بموجب هذا النظام تحديد الجهة المختصة بإجازة الشراء المباشر أو المبادلة واعتماده. وفي هذا الإطار، فقد صدر نظام رقم 41 لسنة 2020 ويسمى نظام الشراء المباشر للعقارات أو مبادلتها من الجهات التي يجوز لها الاستملاك لسنة 2020،⁽¹⁾ ونظام رقم 149 لسنة 2019 ويسمى نظام مكافآت الكشف على العقارات المستملكة لسنة 2019⁽²⁾.

كما يجب الإشارة إلى أن القانون الجديد قد حدد وشكل أكثر دقة الجهات التي يمكن لها طلب الاستملاك بأنها الحكومة والبلديات أو أي شخص حكومي يخوله القانون حق الاستملاك، أما في السابق وبموجب القانون القديم فقد كان النص عاما يسمح بالاستملاك للحكومة والبلديات والأشخاص الاعتباريون بشكل عام، كالجامعات والنقابات وغيرها.

وقد أعطى القانون الجديد لمجلس الوزراء وفقا للمادة (184) وبناء على طلب المستمك إذا كان من الحكومة أو البلديات ولأسباب مبررة أن يقرر استعمال العقار المستمك في مشروع آخر للنفع العام غير الذي تم الاستملاك من أجله وألا يؤثر ذلك في مقدار التعويض أو أي حق من حقوق مالك العقار المستمك، وبرأينا يجب ضبط هذا النص حتى لا تتعسف الإدارة بسلطتها وألا تستغل ذلك للتعدي على ملك الأفراد.

وبحسب المادة (207) من هذا القانون يجوز لمالك العقار الذي تم استملاكه أن يطلب من المحكمة استرداد العقار المستمك إذا لم يباشر المستمك (حكومة أو بلديات) المشروع بدون مبرر مقبول خلال عشر سنوات من تاريخ تسجيل العقار، وثلاث سنوات إذا كان المستمك من غير الحكومة، وذلك من أجل وضع ضوابط لعدم العبث في الملكية الخاصة. كما منحت المادة (207) للمالك الحق بطلب تعويض عما لحقه من ضرر بسبب الاستملاك والنفقات التي تكبدها وأجرة مثل العقار المستمك عن المدة بين تاريخ تسجيل العقار وتاريخ

(1) المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 5634 على الصفحة 2018 بتاريخ 16-04-2020.

(2) المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 5603 على الصفحة 5823 بتاريخ 16-10-2019.

الحكم باسترداده، بالمقابل على مالك العقار أن يرد للمستملك التعويض والفائدة التي قبضهما عن استملاك العقار مع إلزامه بدفع مبلغ فائدة سنوية حسب سعر الفائدة على أذونات الخزينة. وحددت المادة (199) من القانون مقدار الفائدة السنوية بأنها (5) بالمائة من مبلغ التعويض إذا لم يدفع مبلغ التعويض إلى المالك أو لم يودع لحسابه خلال 30 يوما من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية أو من تاريخ الاتفاق عليه أو التصديق في الحالات التي يجب فيها التصديق⁽¹⁾. ولا شك أن هذه الضوابط كفيلة بأن تحقق توازنا بين حقوق المالك على ملكه وتحقيق النفع العام.

▪ ثانيا: تسهيل إجراءات الحصول على التعويض عن الاستملاك وقواعد تقديره

لقد ألزمت المادة (188) من قانون الملكية العقارية المستملك بنشر إعلان تقاضى يدعو فيه مالك العقار وخلال 30 يوما من نشر الإعلان للتفاوض معه حول مقدار التعويض عن الاستملاك وأن يحرر اتفاقا كتابيا بما يتوصلان له ويبدأ بالتنفيذ بمجرد تصديق الوزير أو الجهة المختصة إذا كان المستملك من الحكومة ومن وزير الشؤون البلدية إذا كان المستملك إحدى البلديات ومن رئيس الوزراء إذا كان المستملك أمانة عمان. وإذا لم يتم الاتفاق بينهم يمكن اللجوء للمحكمة لتحديد مبلغ التعويض المستحق. ويشار هنا إلى أن الاختصاص في دعاوى الاستملاك وتحديد صاحب الحق في التعويض وإثبات ملكية العقارات المستملكة يكون لمحكمة البداية وقد منحت هذه الدعاوى صفة الاستعجال، إذ يجب النظر فيها خلال سنة من تاريخ تسجيلها لدى المحكمة.

ونشير هنا إلى أن قانون نزع الملكية العقارية الجزائري، كما فعل المشرع المصري والسوري⁽²⁾ قد خول جهة إدارية بتحديد مبلغ التعويض ووضع ضوابط له، حيث تنص المادة (20) منه مديرية الأملاك الوطنية بإعداد تقرير يتضمن تقدير التعويض المستحق عن الأضرار اللاحقة بالمالك أو صاحب الحق العيني جراء نزع الملكية وتقوم المديرية بهذه المهمة

(1) تمييز حقوق رقم 1736، بتاريخ 2020/7/5، منشورات قسطاس.

(2) مصطفى مجدي هرجة، المشكلات العملية في قانون نزع الملكية للمنفعة العامة رقم 10 لسنة 1990 في ضوء الفقه وأحكام النقض ومحاكم الاستئناف، مصر، المنصورة: دار الفكر والقانون، بدون سنة طبع، ص 26؛ نجم الأحمد، مرجع سابق 31.

من خلال مصلحة التقييمات العقارية التي تتكفل بإعداد تقرير مفصل عن تقدير الأملاك المراد نزع ملكيتها.⁽¹⁾ وبالنسبة لمعايير اعتبار التعويض عادلاً، فلا بد من الإشارة إلى أن القانون القديم لم يكن ينص على معايير صريحة لتقدير التعويض العادل وغلب المعايير الاقتصادية على غيرها،⁽²⁾ أما القانون الجديد فقد أشارت المادة (190) منه لكيفية تقدير التعويض العادل. وتحديد التعويض يختلف حسب كل حالة على حدة وبناء على اعتبارات اقتصادية وواقعية في نفس الوقت،⁽³⁾ فالتعويض اللازم لاستملاك المطلق للعقار أو أي حق فيه يراعى في تقديره القيمة المقدرة للعقار المستملك عند صدور قرار الاستملاك حسب الأسس المعمول بها لتقدير العقارات أو وفقاً لقيمة البيوع التي تمت على العقار ذاته أو مثله من العقارات المجاورة وكما ورد في السجل العقاري، وهو ما تبنته المادة (21) من قانون نزع الملكية للنفع العام الجزائري⁽⁴⁾، ولا شك أن هذه المعايير التي تبناها المشرع الأردني والجزائري تعد معايير اقتصادية بحتة.

كذلك فقد حددت الفقرات (ج، د) معايير تقدير التعويض العادل عن استملاك حق الارتفاق أو عن انشاء حق ارتفاق على عقار مملوك للغير بحسب مقدار النقص الحاصل في قيمة العقار بسبب هذا الاستملاك. وبالنسبة لتعويض مستأجر العقار أو صاحب حق الانتفاع به، فقد ميزت المادة بين قيمة التعويض في حالة زوال حق الانتفاع أو الإجارة كلياً وقيمه في حال زواله جزئياً، فإن كان زواله كلياً وكان العقار مستأجراً لأغراض تجارية أو صناعية، فلا يجوز أن يزيد التعويض العادل عن 15 بالمائة من مقدار التعويض المقرر لمالك العقار المستملك. أما إذا كان العقار مستأجراً لأغراض أخرى فلا يصح أن يزيد عن 8 بالمائة. بالمقابل إذا كان زوال حق الإجارة أو حق الانتفاع جزئياً فيتم الاقتطاع من النسبتين السابقتين

(1) طارق بوصبع، أسس تقدير التعويض عن نزع الملكية العقارية للنفع العام، جامعة زيان عاشور الجفلة، الجزائر، 2015-2016، ص 29.

(2) لمزيد من التفاصيل حول مفهوم العوامل الاقتصادية التي يمكن اللجوء إليها عند تقدير التعويض عن الاستملاك، أنظر، طارق بوصبع، مرجع سابق، ص 31.

(3) تمييز حقوق رقم 415 لسنة 2020 بتاريخ 30/6/2020، منشورات قسطاس.

(4) القانون رقم 11/91 بتاريخ 27-04-1991 المتضمن تحديد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 21، تاريخ 08/05/1991.

ما نقص من هذين الحقين مع مراعاة أي ظروف أخرى تؤثر في تحديد مقدار التعويض، كمدة العقد والبدل فيه.

من جهة أخرى فقد استبعدت الفقرة (هـ) من هذه المادة كل الانشاءات والمباني والتحسينات والاضافات وأي عقود تبرم على العقار بعد صدور قرار الاستملاك أو أي زيادة أو نقصان في قيمة العقار المستملك بسبب الاستملاك من بين المعايير التي يتم تقدير التعويض بناء عليها.⁽¹⁾ وهو ما جاء في المادة قانون نزع الملكية للنفع العام الجزائري منعا للتحايل حتى لا يلجأ المالك إلى وضع أي انشاءات أو تحسينات بغية الحصول على مبلغ تعويض أعلى، كتأجيله للغير بعد أن كان هو من يستعمله.⁽²⁾ ولكن هذا النص يوجب البحث في المعيار الذي يمكن بناء عليه تحديد قصد المالك، فإن كان المعيار ذاتيا، كان لزاما البحث في نوايا المالك وهل كان قصده زيادة مبلغ التعويض أم لا، بالمقابل تميل أغلب التشريعات ومنها الأردني واللبناني⁽³⁾ لتبني معيار موضوعي، فإذا تمت بعد نشر قرار الاستملاك للمنفعة العمومية لا يمكن التعويض عنها.

وإذا لحق بموجودات أي عقار خارج المساحة المستملكة أو المطلوب استملاكها أي ضرر بسبب أعمال قام بها المستملك، فيحق للمالك الحصول على تعويض يقدر بقرار من الوزير المعني أو وزير الشؤون البلدية بحسب الحال، وللمتضرر أو المستملك اللجوء للقضاء لتقدير التعويض العادل. وهذا أمر جيد يحفظ لمالك العقار المستملك حقه بالحصول على تعويض عادل.

كما منحت فقرة (و) من المادة (191) من قانون الملكية العقارية للمستملك حق استبدال مبلغ التعويض بتعويض عيني، وهو نفس موقف المادة 25 من قانون نزع الملكية للمنفعة العامة الجزائري⁽⁴⁾. ويتم التعويض العيني بتفويض عقار مملوك للخزينة بموجب قانون إدارة

(1) عبدالحكيم فودة، نزع الملكية للمنفعة العامة، دار الكتب القانونية، مصر، 1992، ص 152. ابراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، الدار الجامعية، 1997، ص 601.

(2) عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص 158.

(3) إبراهيم عبد العزيز شيحا، مرجع سابق، ص 601.

(4) طارق بوصيغ، أسس تقدير التعويض عن نزع الملكية العقارية للنفع العام، جامعة زيان عاشور الجفلة، الجزائر، 2015-2016، ص 57.

أملاك الدولة إذا كان المستملك هي الدولة أو تسجيل عقار مملوك باسمه بشرط موافقته الكتابية وأن تعادل قيمة العقار المستملك قيمة العقار المقدم لمالك قيمة العقار المستملك. وحددت المادة (192) من القانون ذاته الاستملاك بدون تعويض بالربع القانوني وذلك فقط لأغراض انشاء الطرق أو توسعتها فقط أو لغايات انشاء اسكان حكومي، فلم يتوسع المشرع في غايات الاستملاك للربع القانوني. وألا يزيد مجموع ما استملك من مساحة العقار ذاته لغايات الربع القانوني المستملك عن هذه المساحة سواء تم ذلك في قرار استملاك واحد أو بموجب عدة قرارات استملاك. ولم تعط هذه المادة أي أثر لأي معاملات تقسيم أو تنظيم يجريها الملاك على العقارات الواقعة ضمن المشروع بمجرد نشر إعلان الاستملاك.

نستخلص من كل ذلك، أن القانون الجديد وإن تبنى بعض المعايير الاقتصادية والواقعية لتقدير التعويض العادل في حال الاستملاك إلا أنه لم يشر إلى اعتبارات واقعية أخرى، كعدم امكانية استعمال العقار أو استغلاله بسبب وجود المشروع الذي أنشأته الحكومة على جزء منه أو عدم وجود منزل آخر لمالك العقار المستملك، أو قيمته الخاصة بالنسبة له، وطبيعة المشروع الذي تم الاستملاك من أجله وما إذا كان غايات أساسية أم غير أساسية⁽¹⁾، الخ. لكن قد يقصد المشرع ترك ذلك للمحكمة وبناء على سلطتها التقديرية. كما نشير إلى أن القانون قدم بعض الضمانات التي تحقق حماية فعالة لحق الملكية والأمن العقاري، كما هو الحال فيما ورد في المادة (206) من القانون الجديد التي تحظر على المستملك من غير الحكومة والبلديات التصرف بنقل ملكية العقار المستملك خلال 10 سنوات من تاريخ تسجيله.

○ الخاتمة:

ختاماً لما سبق، يجدر الإقرار بأن حجم التعديلات التي مست المعاملات العقارية أكثر تشعباً من أن يتم التعرض إليها في ورقة بحثية واحدة، حيث لا تعدو دراستنا أن تكون مجرد تسليط الضوء على جزء منها وما تضمنته من مبادئ وأحكام جديدة مقارنة بما كان عليه الحال في السابق. إلا أنه ورغم ذلك، يمكن الإنهاء بخلاصة من النتائج:

(1) عبدالناصر الهياجنة، أشرف العدوان، مرجع سابق، ص 482.

- 1- ظهر جليا أنه ورغم القيمة العلمية التاريخية للقانون المدني، يحسب للمشرع حرصه على تكريس الأمن القانوني. وهو ما تجسد بما يتلاءم والمحيط التشريعي المقارن. كما أن المشرع ورغم ما ميز القانون المدني الأردني خاصة في ميدان الصياغة الفنية وترتيب المواضيع بقواعد منهجية، إلا أنه لم يتوان في قانون الملكية العقارية الجديد عن تصحيح المآخذ التي تعلقته به في هذا الشأن، وتصحيح الشوائب التي اعترت تطبيق نصوص القانون المدني، ومع ذلك فإن السياسة التشريعية لم تتغير بشكل كبير، فالتعديلات بقيت في الإطار التشريعي السابق والمتعارف عليه ومحاولة التوفيق بين استقرار التعاملات والأمن العقاري وتشجيع الاستثمار.
- 2- يمكننا القول بأن قانون الملكية العقارية قد اتم بالشمول والانسجام ومراعاة التطورات الحديثة في السوق العقاري في الأردن إلى حد كبير، وقد رأينا أن بعض صياغات هذا القانون جاءت غامضة أو فيها لبس أو تكرار، كمصطلحات فسخ وإبطال عقود البيع.
- 3- ألغى القانون الجديد القسمة القضائية وأوجد القسمة عن طريق لجنة إزالة الشبوع لتبسيط الإجراءات وتسريعها. كما عدل في النصوص النازمة للوكالات غير القابلة للعزل في خطوة نحو إلغائها.
- 4- أن هذا القانون بالرغم ما تضمنه من جمع لشتات المواضيع الخاصة بالملكية العقارية في تقنين واحد، إلا أنه لم ينظم كل جوانب الملكية العقارية، مما يعني عدم امكانية الاستغناء عن القانون المدني، خصوصا أن قانون الملكية العقارية وعند معالجته لكثير من الموضوعات لم تكن معالجته تغطي كل جوانب هذه المواضيع، بل أنه نظم بعض هذه الجوانب دون الآخر، مما يوجب الرجوع للقانون المدني، وهو الحال في الرهن التأميني، والشفعة. بالإضافة إلى أنه أغفل بعض المواضيع التي تدخل في صلب الملكية العقارية ولم يتطرق لها، كأسباب كسب الملكية والحقوق المتفرعة عن الملكية، والرهن الحيازي العقاري وحقوق الامتياز العقارية والبيع العقاري الجبري.

أما عن التوصيات، فهي كالآتي:

- 1- ينبغي على المشرع أن يكون دقيقاً في عرض البنين الشكلي والموضوعي لهذا القانون؛ لأنه جاء ليخاطب فئات عدة من قانونيين ومستثمرين ومشتريين عاديين، فالأصل أن تكون صياغة القانون واضحة ومنسقة مفهومة وسليمة وقادرة على مواجهة مشاكل القطاع العقاري وحتى يتسنى للقانونيين والمهتمين من مستثمرين ومواطنين استيعاب مفرداته.
- 2- أن يجب إعادة النظر في بعض نصوص هذا القانون بحيث تضمن مراعاة تحقيق التوازن بين مصالح الأطراف دون تناس لمقتضيات الاستثمار.
- 3- نوصي بإحداث غرف متخصصة داخل المحاكم من أجل تسريع البت في القضايا العقارية، وحث القطاعات المتدخلة في العقار على إرساء وتطوير نظام معلوماتي جغرافي.
- 4- نوصي بتعديل النص الخاص بتشكيل لجنة إزالة الشبوع بحيث تتضمن قاضياً من بين أعضائها لضمان الحياد والنزاهة.
- 5- نوصي بتعديل المادة 13 واستخدام مصطلحات أكثر دقة من أبطال وفسخ عقود البيع لتتسجم مع المصطلحات والمفاهيم المستخدمة في النظام القانوني الأردني.
- 6- نتمنى على المشرع الأردني التفكير جدياً في إلغاء الشفعة لعدم وجود مبررات فعلية للإبقاء على هذا النظام في الوقت الحالي.

الدراسة السابعة:

معايير الحماية القانونية لحق المؤلف الاجنبي دراسة تحليلية مقارنة

د. ابراهيم محمد عبيدات⁽¹⁾

في الوقت الذي انصب فيه اهتمام الدول على الكشف عن الابداعات الفكرية واستغلالها للمصالح العام، لم تكن الدول تبدي أية اهتمامات بقضايا الملكية الفكرية في القرنين الثامن والتاسع عشر على المستوى الفردي، لهذا كثرت الاعتداءات وإساءة استعمال الحقوق الفكرية الأجنبية لاسيما في الولايات المتحدة الامريكية، حيث ظهر في تلك الحقبة ما يسمى القرصنة (Piracy) وهي الانتهاكات والتعدييات المتمثلة بالنسخ غير المصرح به دون وجود روادع قانونية لها، وهذا بالطبع أثار غضب الأدباء والكتاب الأجانب وبالذات البريطانيين ويُستدل على ذلك أن الكاتب الانجليزي الشهير شارلز ديكنز كان قد تقدم بالتماس إلى الكونغرس الأمريكي في عام 1836 يطلب فيه حماية المؤلفين غير الأمريكيين في مؤلفاتهم من النسخ غير المصرح به؛ لكن الكونغرس لم يحرك ساكناً لإقرار هذه الحماية⁽²⁾، وهذا ما دعى العديد من الكتاب الأمريكيين في العقد الثامن من القرن الثامن عشر أمثال مارك توين ووالث وايتمان بطلب التماسات للكونغرس من أجل حماية حق المؤلف عن طريق الانضمام إلى اتفاقية بيران لحماية المصنفات الأدبية والفنية، وقد كان محفزهم لطلب الالتماس هو الاعتداءات المتكررة من الخارج على مؤلفاتهم بالنسخ دون إذنههم وراء تحركاتهم هذه إلى أن صدر قانون حماية

⁽¹⁾ استاذ الملكية الفكرية/ القانون التجاري المشارك كلية القانون - جامعة اليرموك

⁽²⁾ Susan Sell, Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2003, P61.

حق المؤلف عام 1891 حيث اقتصرت الحماية بموجبه على النسخ غير المصرح به داخل الولايات فقط⁽¹⁾.

وكنتيجة طبيعية لردع القرصنة فقد دعت الحاجة إلى ضرورة حماية الحقوق الفكرية وصونها من التعديتات، وتجلت هذه الحماية في نهاية القرن التاسع عشر حينما اتفقت الدول على إقرار اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الأدبية والفنية في عام 1886 التي عُدت الأساس القانوني لإضفاء الحماية على هذه الحقوق، وتتجلى آثارها ظاهرة بإرساء القواعد القانونية الضامنة لحقوق المؤلف بأبعادها القانونية والاقتصادية من خلال المبادئ التي أرسيتها لتحقيق ذلك متمثلة بالحد الأدنى لحماية حق المؤلف ومبدأ المعاملة الوطنية، وذلك بهدف حماية أصحاب الحقوق من الاستخدام غير المصرح به، وتكمن أهمية هذه المبادئ باعتبارها قواعد تشريعية يجب تضمينها في إطار تشريعات حق المؤلف الوطنية⁽²⁾.

والحقيقة أن اقرار مبدأ المعاملة الوطنية يهدف بالدرجة الاولى إلى إضفاء الحماية على مصنفات المؤلف الأجنبي استناداً إلى قاعدة المساواة بين المؤلف الوطني والمؤلف الأجنبي فيما يتعلق بحماية المصنفات، ويتجسد ذلك بتمتع المؤلفين في باقي الدول الأعضاء في الاتفاقية غير دولة المنشأ بذات الحقوق التي تخولها تشريعات تلك الدول أو قد تخولها مستقبلاً لرعاياها، وهذا يشمل نطاق الحماية المقررة في الاتفاقية ووسائل الطعن المقررة للمؤلف لحماية حقوقه⁽³⁾. وعلى خلفية هذه المعطيات جاءت هذه الدراسة لتبرز الأسس القانونية لحماية حق المؤلف الأجنبي وذلك بتسليط الضوء على المعايير التي أقرتها الاتفاقيات الدولية وتحديداً اتفاقية بيرن، وفي ذات المسار تبحث في القواعد القانونية النازمة لحق المؤلف الأجنبي في التشريعات

(1) Drahos Peter and John Braithewaite, Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy? New York Press, New York, 2003, P33; Richard Rodgers Bowker, Copyright: Its History and Its Law, The Houghton Mifflin Company, 1912, p347, 355, 359.

(2) Jay Dratler, Intellectual property Law: commercial, creative, and industrial property, ALM Properties Inc, Law Journal Press, NY, USA, 1991 & Supp. 2004–2010, §1A.07, p1A–100–03; See also: Deborah E. Bouchoux, Intellectual Property for Paralegals– The law of Trademarks, Copyrights, Patents, and Trade Secrets, 3d Ed, Delmar Cengage Learning, NY, USA, 2009, p307–309.

(3) انظر المادة 5 من اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية، 1886 وتعديلاتها.

الوطنية المقارنة لتبين مدى تناغم هذه القواعد مع المعايير الدولية من ناحية؛ كما أنها تهدف إلى بيان الآليات المتبعة لإقرار هذه الحماية في تلك النظم القانونية من جهة أخرى. وتتمثل أهمية هذه الدراسة بإبراز النظام الحماي لحق المؤلف الأجنبي من خلال تحديد معايير الحماية المتبع في النظم القانونية الدولية والوطنية، وهو ما يؤدي إلى التعرف على أسس وقواعد هذه الحماية ودقائق تفاصيلها ليتمكن المؤلف من معرفة قواعد الحماية في التشريعات الأجنبية لمصنفاته المنشورة وغير المنشورة.

ومن هنا تبرز إشكالية الدراسة المتمثلة بمدى تقديم التشريعات الوطنية النازمة لحق المؤلف الحماية الفاعلة لحق المؤلف الأجنبي؛ ويتفرع عن هذه الإشكالية تساؤلان هما: ما هي المعايير التي تستند إليها التشريعات الوطنية لضمان حماية حق المؤلف الأجنبي؛ وهل تتلاءم هذه المعايير مع المعايير الدولية التي أقرتها الإتفاقيات الدولية بهذا الشأن لا سيما اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الادبية والفنية.

ولكي تصل هذه الدراسة لمبتغاها وذلك بتحقيق النتائج المرجوة منها، فقد نهجنا فيها المنهج التحليلي لأجل تحليل القواعد القانونية النازمة لحق المؤلف الأجنبي وذلك للتوصل إلى معايير الحماية، وهذا اقتضى منا اللجوء للمنهج المقارن الذي يساهم كثيراً في إبراز تلك المعايير وتحديدها وفقاً لأنظمة قانونية متعددة وهي التشريع الأردني والتشريع اللبناني والتشريع الأمريكي إضافة لقواعد اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الأدبية والفنية.

وعليه فقد تم تقسيم الدراسة الى مبحثين رئيسيين: يتناول الأول منهما دراسة المعايير الشخصية لحماية حق المؤلف الأجنبي، وتركز الحديث هنا عن معيار الجنسية ومعيار المعاملة الوطنية؛ وثانيهما تناول المعايير الموضوعية لحماية حق المؤلف الأجنبي، وكان الحديث فيه عن معيار دولة المنشأ ومعيار المعاملة بالمثل.

○ المبحث الأول: المعايير الشخصية لحماية حق المؤلف الأجنبي

تتحقق حماية حقوق المؤلف الأجنبي من خلال عدّة معايير شخصية يجب توافرها لإقرار هذه الحماية بموجب التشريعات الوطنية، ولما كانت المعايير التي أقرتها الاتفاقيات الدولية في هذا الشأن المحرك الفاعل لإقرار الحماية في تلك التشريعات، نجد أنه من الضروري الحديث

عن هذه المعايير لبيان قواعد الحماية التي استتدت عليها. نتحدث هنا عن معيارين أساسيين أقرتهما التشريعات المقارنة هما: معيار الجنسية (المطلب الأول)، ثم معيار المعاملة الوطنية (المطلب الثاني).

• المطلب الأول: معيار الجنسية

نصت المادة (57) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة الاردني على "تسري أحكام هذا القانون على مصنفات المؤلفين الأردنيين. .. داخل المملكة. .. وعلى مصنفات المؤلفين الأردنيين خارج المملكة". من خلال النص نلاحظ أن الحماية التي أقرها القانون تشمل جميع مصنفات المؤلفين الأردنيين المنشورة وغير المنشورة، وهذا يبيّن أن المشرع أخذ بمبدأ الجنسية لإقرار الحماية القانونية وهو ما يُعد من تطبيقات الامتداد الشخصي لتطبيق القانون. يُقصد بالجنسية الرابطة القانونية والسياسية بين الفرد والدولة التي تجعل من الفرد تابعاً لها ومنتسباً إليها فيصبح عضواً في الشعب المكوّن لها⁽¹⁾، وهذا يعني بأن الجنسية ترتب حقوقاً والتزامات متبادلة بين الفرد والدولة⁽²⁾.

وعلى الجانب التشريعي؛ فقد عرّف قانون الجنسية الأردني بأنه كل شخص حاز الجنسية الأردنية بموجب أحكام هذا القانون⁽³⁾، وما يعيننا هنا أن كل من يحمل الجنسية الأردنية يكون خاضعاً لأحكام قانون حق المؤلف في مصنفاته المنشورة وغير المنشورة، بحيث ينطبق عليه هذا القانون فيرتب له الحقوق ويحمله الالتزامات. ولكننا عندما نتحدث عن معيار الجنسية لحماية مصنفات المؤلف الأجنبي؛ فيجب النظر إلى معاملة هذا المؤلف باعتبار جنسيته هي الأساس في إقرار الحماية لمصنفه، وعلى هذا الأساس نجد أن المشرع الاردني قدم الحماية لمصنفات المؤلفين الأجانب على أساس جنسيتهم إن كانوا من رعايا الدول الأعضاء في

(1) حسن هداوي، الجنسية ومركز الأجانب وأحكامها في القانون الكويتي، وكالة المطبوعات، الكويت، 1973، ص21؛ انظر أيضاً: جابر الراوي، القانون الدولي الخاص في الجنسية، بغداد، 1977، ص10.

(2) محمد عزيز شكري، الجنسية العربية السورية، دار الفكر، دمشق، 1970، ص7.

(3) المادة 2 من قانون الجنسية الأردني رقم (6) لسنة 1954 الصادر في الجريدة الرسمية، عدد 1171، ص195 وتعديلاته.

اتفاقيات حماية حق المؤلف التي تكون الأردن طرفاً فيها، وهو ما صرّحت به المادة (57/ب) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة.

بدوره أخذ المشرع اللبناني بمعيار الجنسية حيث نصت المادة (12) من قانون حماية الملكية الأدبية والفنية على "يستفيد من الحماية الممنوحة بموجب أحكام هذا القانون الأعمال الأدبية والفنية المبتكرة من قبل المؤلفين اللبنانيين اينما كان محل اقامتهم.."⁽¹⁾، وهذا يعني أن كل مصنفات المؤلف اللبناني تخضع لقانون حماية الملكية الأدبية والفنية سواء نشرت في لبنان أو خارجه، وسواء كانت منشورة أو غير منشورة في لبنان أو خارجه، فمعيار الحماية هنا يستند إلى جنسية المؤلف اللبنانية. كما أن المشرع كذلك قدّم الحماية لمصنفات المؤلفين الأجانب وفقاً لهذا المعيار إن كانوا من حاملي جنسية إحدى البلدان المنضمّة إلى معاهدة برن لحماية الأعمال الأدبية والفنية أو إلى المعاهدة العالمية لحماية حقوق المؤلف أو من المقيمين فيها.⁽²⁾

وبالنظر للمشرع الأمريكي؛ نجد بداية أنه قصر الحماية على مصنفات المؤلفين الامريكيين والمقيمين في الولايات المتحدة ولم يقدم الحماية للمؤلف من رعايا الدول الأجنبية وذلك في إطار قواعد قانون حق المؤلف الصادر عام 1790، وأكد هذا التوجه في القانون الصادر عام 1870 الذي ألغي في العام 1909⁽³⁾، ويُعزى هذا التوجه من المشرع الأمريكي لعدة أسباب منها: أن حماية حقوق المؤلفين الأجانب لم تكن تصب في تحقيق المصلحة الوطنية، ذلك أن الانتاج الفكري كان قليلاً في الولايات المتحدة ولم يكن محط اعتبار للقراء في العالم ولهذا فان المنفعة الاقتصادية من وراء هذه الحماية غير ذي فائدة⁽⁴⁾، كما أن تكلفة تبادل الانتاج الفكري

⁽¹⁾ البند الأول من المادة 12 من قانون الملكية الأدبية والفنية اللبناني رقم 75 لسنة 1999، الصادر في الجريدة الرسمية، عدد 18، 1999.

⁽²⁾ البند الثاني من المادة 12 من قانون الملكية الأدبية والفنية اللبناني.

⁽³⁾ 1870 Copyright Act (Act of July 8, 1870), ch. 230, § 86, 16 Stat. 212 (repealed 1909) ("any citizen of the United States, or resident therein"); Id. at ch. 230, § 103 ("nothing herein contained shall be construed to prohibit the printing, publishing, importation, or sale of any [work]. . . written, composed, or made by any person not a citizen of the United States nor resident therein").

⁽⁴⁾ United Dictionary Co. v. G. & C. Merriam Co., 208 U.S. 260, 264 (1908) ("in 1802, there was little ground to anticipate the publication of American works abroad. As late as

المحمي ستكون باهظة مقارنة بأسعارها المتأتية من خلال القرصنة، وهذا بالنتيجة سيزيد من أسعارها على المستهلك الأمريكي⁽¹⁾، كما أن قانون حق المؤلف يستند إلى نظرية المنفعة في إقرار الحماية لحق المؤلف، ولذلك فإنه يهدف إلى تحفيز المؤلفين على الإبداع من خلال الحصول على المنفعة المالية لقاء ذلك⁽²⁾، وكذلك فقد اشترط المشرع لتحقيق الحماية لحق المؤلف شروطاً شكلية كالإعلام (Notice) والتسجيل (Registration)⁽³⁾.

وبعد الضغط من المؤلفين الأمريكيين والأجانب على الكونجرس؛ فقد تغير نهج المشرع الأمريكي بالنظر لحق المؤلف الأجنبي حيث تطور هذا النهج ليشمل مصنفات المؤلفين الأجانب بالحماية شريطة المعاملة بالمثل وذلك في قانون Chace Act الذي صدر عام 1891⁽⁴⁾، وبهذا يكون المشرع قد لجأ إلى معيار الجنسية باعتباره أساساً لحماية حق المؤلف،

1820 Sydney Smith, in the Edinburgh Review, made his famous exclamation, 'In the four quarters of the globe, who reads an American book?'). available at:

<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/208/260.html>. (last visit, June 9, 2021).

(1) Paul Goldstein, International Copyright Law, Oxford University Press, 2001, § 2.3, at 47.

(2) Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enter., 471 U.S. 539, 558 (1985) ("By establishing a marketable right to the use of one's expression, copyright supplies the economic incentive to create and disseminate ideas. This Court stated in Mazer v. Stein, 347 U.S. 201, 209 (1954): "The economic philosophy behind the clause empowering Congress to grant patents and copyrights is the conviction that encouragement of individual effort by personal gain is the best way to advance public welfare through the talents of authors and inventors in `Science and useful Arts.'"), available at:

<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/471/539.html>. (last visit, June 9, 2021);

see also: Samuel Jacobs, The Effect of the 1886 Berne Convention on the U.S. Copyright System's Treatment of Moral Rights and Copyright Term, and Where That Leaves Us Today, 23 Mich. Telecom. & Tech. L. REV. 169-190 (Fall 2016), at: 174.

(3) Wheaton v. Peters, 33 U.S. 591, 663-64 (1834) ("when the legislature are about to vest an exclusive right in an author or inventor, they have the power to prescribe the conditions on which such right shall be enjoyed; and... no one can avail himself of such right who does not substantially comply with the requisitions of the law.").

(4) Act of Mar. 3, 1891, ch. 565, § 13, 26 Stat. 1110 (Provided further, that this act shall only apply to a citizen or subject of a foreign state or nation when such foreign state or

وقد استمرت هذه القواعد لحين دخول الولايات المتحدة إلى اتفاقية بيرن في العام 1989 حيث تم تعديل تشريعات حق المؤلف بما يتلاءم مع قواعدها⁽¹⁾، فأسند الحماية إلى معيار الجنسية وباقي المعايير التي أقرتها اتفاقية بيرن، حيث أقر حماية مصنفات المؤلفين الأجانب وفقاً لجنسياتهم التابعة لدول الاتحاد في اتفاقية بيرن.⁽²⁾

وبهذا تكون التشريعات المقارنة قد سلكت هذا النهج اتباعاً للنهج الذي أقرته اتفاقية بيرن عندما قررت حماية مصنفات المؤلفين من رعايا دول الاتحاد سواء كانت منشورة أو غير منشورة⁽³⁾، وهي بذلك تؤكد على حماية مصنفات المؤلفين تبعاً لجنسيتهم، فكل من يحمل جنسية دولة عضو في الاتفاقية تطبق عليه قواعد الحماية التي تطبق على المؤلف الوطني، ولهذا يتبوأ معيار الجنسية موقعاً رئيسياً في إقرار الحماية للمؤلف الأجنبي تبعاً لجنسيته.

• المطلب الثاني: معيار المعاملة الوطنية

قبل الحديث عن معيار المعاملة الوطنية؛ يجب التعرف على مفهوم هذا المبدأ ابتداءً، ثم بيان نطاق تطبيقه في مجال حق المؤلف.

nation permits to [U.S.] citizens. .. the benefit of copyright [by national treatment], or when such foreign state or nation is a party to an international agreement which provides for reciprocity in the granting of copyright [to which the U.S. is also a party].

⁽¹⁾ Act of Mar. 3, 1891, §3, 13, 26 Stat. 1107, 1110; Patry, *The United States and International Copyright Law*, 40 *Houston L. Rev.* 749, 750 (2003), in: Golan et al. v. Holder, Attorney General, et al, 10–545 (2012), available at:

<https://www.supremecourt.gov/search.aspx?Search=copyrights+national+author&type=Site> (last visit, June 9, 2021); see also: Tyler T. Ochoa, *Copyright Protection for Works of Foreign Origin*, *Santa Clara High Technology Law Journal*, Vol 26, Iss 2, Article 4, (2010), 285–312, p290–91; see also: Samuel Jacobs, *The Effect of the 1886 Berne Convention on the U.S. Copyright System's*, supra, at: 182–84.

⁽²⁾ US Copyright Act, 2005, 17 USC, §104, b/2.

⁽³⁾ Jennifer Davis, Tanya Frances, *Intellectual Property law: Text Cases and Materials*, Oxford University Press, 2017, p75.

♦ الفرع الأول: مفهوم مبدأ المعاملة الوطنية

يعني هذا المبدأ أن يتمتع رعايا كل دولة من دول الاتحاد⁽¹⁾ في جميع دول الاتحاد الأخرى بالمعاملة الوطنية، ويُقصد بالمعاملة الوطنية أن تقدم الدولة العضو في اتفاقيات حماية حقوق الملكية الفكرية لرعايا الدول الأعضاء الأخرى فيها ذات الحماية التي تنص عليها تشريعات تلك الدولة لمواطنيها، وقد أقرت اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية هذا المبدأ وفق معايير محددة هي:

1- أن يتمتع رعايا الدول الأعضاء بالمزايا التي تمنحها أو قد تمنحها مستقبلاً قوانين تلك الدولة لمواطنيها. وهذا يعني أن يكون لهم نفس الحماية التي تمنحها للمواطنين، وكذلك وسائل الطعن القانونية ضد أي إخلال بحقوقهم، وهنا يجب إتباع نفس الشروط المفروضة على المواطن.

2- لا يجوز أن يفرض على رعايا دول الاتحاد أي شرط خاص بالإقامة أو بوجود منشأة في الدولة التي تُطلب فيها الحماية للتمتع بأي حق من حقوق الملكية الصناعية.

3- يعامل رعايا الدول غير الأعضاء المقيمين في إقليم دولة عضو، معاملة رعايا الدول الأعضاء شريطة الإقامة في تلك الدولة؛ أو أن يكون لهم منشآت صناعية أو تجارية حقيقية وفعالة فيها.

4- تشمل هذه المعايير الأشخاص الطبيعيين و المعنويين على حد السواء.⁽²⁾ وكانت نقطة البدء في إقرار هذا المبدأ في فرنسا في عام 1852 حينما قررت تقديم الحماية لجميع المؤلفين بصرف النظر عن الجنسية أو الموطن على أمل تشجيع الدول الأخرى لمنح حماية مماثلة للمؤلفين الفرنسيين⁽³⁾، وقد أدت هذه الخطوة في النهاية إلى اعتماد اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية عام 1886 التي بموجبها وافقت الدول الأعضاء على تقديم الحماية للمواطنين والمقيمين في الدول الأعضاء الأخرى على أساس مبدأ "المعاملة

⁽¹⁾ الاتحاد هو اتحاد اتفاقية باريس أي (الدول المنظمة لاتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية، 1883).

⁽²⁾ المادة 2 من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية، 1883 وتعديلاتها.

⁽³⁾ Sam Ricketson. Jane C. Ginsburg, International Copyright and Neighboring Rights: The Berne Convention and Beyond, 2d ed, Oxford University Press Inc, New York, 2006, § 1.24, at 22.

الوطنية"⁽¹⁾، بمعنى أن كل دولة ستوفر الحماية لحقوق المؤلف لمواطني دول اتفاقية برن الأخرى بشروط ومعايير لا تقل عن تلك التي تقدمها لمواطنيها.

وقد نهجت اتفاقية بيرن هذا النهج استناداً إلى قاعدة المساواة بين رعايا الدول الاعضاء في الاتفاقية، بحيث يتمتع المؤلفون في باقي دول الاتحاد غير دولة المنشأ، بذات الحقوق التي تخولها تشريعات تلك الدول أو قد تخولها مستقبلاً لرعاياها، وهذا يشمل نطاق الحماية المقررة في الاتفاقية ووسائل الطعن المقررة للمؤلف لحماية حقوقه⁽²⁾. وهذا ما أكدته اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (TRIPS) التي ألزمت البلدان الأعضاء بمنح مواطني البلدان الأعضاء الأخرى معاملة لا تقل عن المعاملة التي تمنحها لمواطنيها فيما يتعلق بحماية حقوق الملكية الفكرية.⁽³⁾

وبهذا نتوصل إلى أن هذا المبدأ يهدف إلى منع التمييز بين الأعمال التي يقدمها المؤلفون على أساس جنسياتهم، لذا يتعين على المشرعين الوطنيين مراعاة هذه القواعد عند النص على حماية حقوق المؤلف الأجنبي من حيث المعاملة⁽⁴⁾، فالحماية التي يقدمها المشرع الأردني والمشرع اللبناني والمشرع الأمريكي لمصنفات المؤلفين مواطنيهم تتساق على كافة مصنفات المؤلفين في دول الاتحاد، بالإضافة إلى الحقوق المقررة في الاتفاقية⁽⁵⁾.

♦ الفرع الثاني: نطاق تطبيق مبدأ المعاملة الوطنية في مجال حق المؤلف

تنص المادة 1/3 من اتفاقية بيرن على "تشمل الحماية المنصوص عليها في هذه الاتفاقية: أ- المؤلفين من رعايا احدى دول الاتحاد على مصنفاتهم سواء كانت منشورة أم لم تكن".

(1) Sam Ricketson. Jane C. Ginsburg, International Copyright and Neighboring Rights, Supra note, § 2.05-2.52, at 44-83

(2) المادة 4/5 من اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية وتعديلاتها.

(3) المادة 3 من اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (TRIPS)، 1995.

(4) Robert Brauneis, National Treatment in Copyright and Related Rights: How much work does it do, in: Anselm Kamperman Sanders, The Principle of National Treatment in International Economic Law: Trade, Investment and Intellectual Property, European Intellectual Property Institutes Network Series, , Edward Elgar Publishing, MA, USA 2014, p252.

(5) المادة 5 من اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الأدبية والفنية، 1886 وتعديلاتها.

توضح هذه المادة الفكرة الأساسية من إقرار مفهوم المعاملة الوطنية، فمجال تطبيقه الشخصي هو جميع المؤلفين من رعايا الدول الأعضاء في الاتفاقية، وهذا يقتضي بأن يُطبق التشريع الوطني على جميع المؤلفين من رعايا تلك الدول، حيث تثبت لهم الحقوق وتترتب عليهم الالتزامات شأنهم شأن المؤلف الوطني، وهذا بالطبع ما أكدته اتفاقية بيرن حينما أقرت هذه القواعد مؤكدة على ضرورة تمتع المؤلف بالحماية دون الخضوع لأية إجراءات شكلية قد تؤدي إلى الانتقاص من الحماية.⁽¹⁾

من جانبه سلك المشرع الأردني هذا النهج حينما أقر الحماية للمؤلفين من رعايا الدول الاعضاء في الاتفاقية، فتطبق عليهم الحماية التي أقرها قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة تطبيقاً غير منقوص، ويُعاملون في هذه الحالة معاملة المؤلف الأردني، وهو مضمون ما جاء في المادة (57/أ) التي تنص على "تسري أحكام هذا القانون على مصنفات المؤلفين الاردنيين والاجانب المنشورة أو غير المنشورة والمعبر عنها بأي من الوسائل المنصوص عليها في الفقرة ب من المادة 3 داخل المملكة وعلى مصنفات المؤلفين الاردنيين المنشورة او غير المنشورة والمعبر عنها باي من الوسائل المنصوص عليها في الفقرة ب من المادة 3 خارج المملكة". الملاحظ على هذا النص أنه تكتنفه حالة ضبابية، حيث كان الأولى بالمشرع توضيح حالة الحماية وفقاً لمبدأ المعاملة الوطنية، فيبدو النص للوهلة الأولى بأنه يشير لتطبيق القانون الأردني على المؤلف الأجنبي عندما يقوم بنشر مصنفه داخل المملكة، مما يوحي بعدم تطبيق الحماية على المؤلف الأجنبي اذا ما نشر مصنفه خارج المملكة، وهذا في الحقيقة غير مطبق على أرض الواقع وذلك بدلالة الفقرة (ب) من المادة 57، فالمشرع الأردني قدم الحماية للمؤلف الأجنبي على مصنفاته المنشورة وغير المنشورة خارج المملكة مؤكداً في ذلك مراعاة الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية حقوق المؤلف، وإلا يُطبق معيار المعاملة بالمثل على المؤلف من رعايا الدول غير الأعضاء. لذلك نقول بأنه كان الأولى بأن يكون النص واضحاً لا يعتريه اللبس.

وهذا ما توصلت اليه محكمة استئناف اربد في تفسيرها للمادة (57/أ) في متن قرارها الذي جاء فيه "... وبتفسير محكمتنا لهذا النص نجد بأن جنسية المدعي بالحق الشخصي العراقية ونشر كتابه خارج المملكة لا يحول دون الاستفادة من الحماية القانونية للمؤلفات الخاصة

(1) المادة 5 من اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الأدبية والفنية.

بالأجانب، وأن الدفع بالمعاملة بالمثل بهذا الخصوص لا مجال لها بالواقعة موضوع هذه الدعوى على اعتبار أن التداول لنسخ كتب مقلدة بحد ذاتها واقعة غير مشروعة وما دام أنها حدثت في الاردن فإنها تكون مشمولة بالحماية القانونية ويكون ما جاء بهذا السبب لا يستند إلى أساس قانوني صحيح ويتعين رده⁽¹⁾.

في حين نجد أن المشرع اللبناني كان أكثر وضوحاً وصراحة في معالجة هذه الحالة حينما نص على "يستفيد من الحماية بموجب أحكام هذا القانون المؤلفين غير اللبنانيين شرط أن يكونوا من حاملي جنسية إحدى البلدان المنضمة الى معاهدة بيرن لحماية المصنفات الادبية والفنية أو إلى المعاهدة العالمية لحماية حقوق المؤلف⁽²⁾.

من جانبه؛ فصل المشرع الأمريكي نطاق الحماية لحق المؤلف حيث ميز بين المصنفات المنشورة والمصنفات غير المنشورة، ففي ما يتعلق بحماية المصنفات غير المنشورة فقد منح الحماية للأعمال الأدبية والفنية بموجب القسم (104) للمؤلفين على مصنفاتهم بشكل مطلق سواء كان المؤلف وطني أو مقيم في الولايات المتحدة أم كان أجنبياً؛ أي بصرف النظر عن جنسيته⁽³⁾. أما فيما يتعلق بحماية المصنفات المنشورة فقد منح الحماية للمؤلف الأجنبي على مصنفاته إذا كان من رعايا الدول الأعضاء في الاتفاقيات الدولية الناظمة لحق المؤلف التي تكون الولايات المتحدة طرفاً فيها⁽⁴⁾، كما منح الحماية للمؤلف الأجنبي على مصنفاته المنشورة في بلد أجنبي إذا كان هذا البلد عضواً في الاتفاقيات الدولية التي تكون الولايات المتحدة طرفاً فيها⁽⁵⁾. وهذا يعني أن المشرع الأمريكي أخذ بمبدأ المعاملة الوطنية سواء تعلق الأمر بجنسية المؤلف أو بمكان نشر المصنف.

من خلال النصوص التشريعية؛ نجد أن التشريعات حققت المعايير المطلوبة لتحقيق مبدأ المعاملة الوطنية لحماية حق المؤلف والحقوق المجاورة، ويكون من المفيد هنا الذكر بأن هذا المبدأ يهدف إلى تحقيق حماية متوازنة لحق المؤلف على المستوى الدولي، وهذا بالطبع من

(1) استئناف اريد، 2013/13040، منشورات قسطاس.

(2) المادة 12 من قانون الملكية الأدبية والفنية اللبناني.

(3) US Copyright Act, 2005, 17 USC, §104(a).

(4) US Copyright Act, 2005, 17 USC, §104, b/1.

(5) US Copyright Act, 2005, 17 USC, §104(b)1.

شأنه تمتين الحماية لقاء الابداعات التي ينتجها المؤلف كي يستفيد من الحاصل المالي من خلال استئثار المؤلف بنتاجه الأدبي أو الفني.

○ المبحث الثاني: المعايير الموضوعية لحماية حق المؤلف الأجنبي

تتمثل المعايير الموضوعية لحماية حق المؤلف الأجنبي بمعيارين هما: معيار دولة المنشأ ثم معيار الإقامة، وعند الحديث عن هذين المعيارين سنتناول بالبحث كل ما يتعلق بقواعد الحماية التي يقرها كل منهما مع إبراز أثرهما على حماية حقوق المؤلف الأجنبي.

• المطلب الأول: معيار دولة المنشأ

قبل الخوض في الحديث عن معيار دولة المنشأ؛ فلا بد ابتداءً من تعريف دولة المنشأ وما هي الشروط الواجب توافرها في الدولة حتى تعتبر كذلك، ثم بعد ذلك نتناول أثر هذا المعيار على حماية حق المؤلف الأجنبي.

◆ الفرع الأول: تعريف دولة المنشأ

تُعرف دولة المنشأ بأنها الدولة العضو في اتحاد بيرن التي ينشر بها المصنف أو يكون المؤلف من رعاياها في حالة المصنف غير المنشور⁽¹⁾، وبهذا تكون الدولة التي ينشر بها المصنف لأول مرة بصرف النظر عن طبيعة علاقاتها الخارجية فيما يتعلق بحماية حق المؤلف وهو ما يُفسر ارتباط التسمية بالمنشأ، أي المكان الذي ينشأ به المصنف ويتبلور بشكله النهائي لكي يصبح في متناول الجمهور، أما قصر هذا المفهوم على الدولة العضو في اتفاقيات حماية حق المؤلف فهذا يُفسر وفقاً للالتزامات التي ترتبها تلك الاتفاقيات على أطرافها ويؤكد أهمية الانضمام لها لأجل توفير حماية دولية لحق المؤلف والحقوق المجاورة، وعلى هذا الأساس يُطلق وصف دولة المنشأ على الدولة العضو في الاتفاقية. والحقيقة أن اتفاقية بيرن لحماية

(1) Paul goldstein, Berat Bugenholtz, International copyright, Principles, Law and Practice, 4ed, Oxford University Press, 2019, p36-39.

المصنفات الأدبية والفنية لم تضع تعريفاً محدداً لدولة المنشأ حيث اكتفت بتحديد وبيان المعايير والشروط التي يتحدد على أساسها هذا المعيار وهو ما سنتحدث عنه في الفرع الآتي.

♦ الفرع الثاني: معايير دولة المنشأ

وضحت المادة الخامسة من اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الأدبية والفنية المعايير الواجب توافرها في دولة المنشأ وفقاً لحالة المصنف فيما إذا كان منشوراً أو غير منشور، وكذلك وفقاً لجنسية المؤلف عندما لا تكون دولته حاضنة للمصنف. وتتمثل هذه المعايير بما يأتي:

▪ أولاً: النشر لأول مرة

إذا نشر المصنف لأول مرة في دولة من دول الاتحاد تكون هذه الدولة هي دولة المنشأ⁽¹⁾، ودولة الاتحاد هي الدولة العضو في اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الأدبية والفنية التي يسري عليها أحكام هذه الاتفاقية فيما يتعلق بحماية المؤلف على مصنفاته الأدبية والفنية، ولهذا أقرت الاتفاقية تشكيل ما يسمى بالاتحاد بين الدول الاعضاء فيها⁽²⁾، وعلى هذا الأساس اذا نُشر المصنف لأول مرة في أي من هذه الدول فإنها تُعتبر هي دولة منشأ⁽³⁾، ولكن؛ من هي دولة المنشأ إذا ما نُشر المصنف في أكثر من دولة من دول الاتحاد في آن واحد؟. هذا ما يحدده المعيار الآتي.

▪ ثانياً: النشر المتزامن

إذا نُشر المصنف في أكثر من دولة من دول الاتحاد ولم يكن النشر متزامناً فإننا نعود للمعيار السابق المتمثل بتحديد أسبقية النشر في الدولة حتى تُعتبر دولة منشأ، ولكن الحالة مختلفة فيما اذا نُشر المصنف في أكثر من دولة من دول الاتحاد وكان هذا النشر متزامناً أو

(1) Christopher Wadlow, The Beneficiaries of TRIPs: Some Questions of Rights, Ressortissants and International Locus Standi, The European Journal of International Law (EJIL), Vol. 25 no. 1 (2014), 59–82, at 67.

(2) المادة 1 من اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الأدبية والفنية.

(3) المادة 4/5 من الاتفاقية السابقة.

كما عبرت عنه الاتفاقية (في آن واحد)⁽¹⁾، والجدير ذكره أن النشر في آن واحد لا يعني نشر المصنف في ذات التاريخ في أكثر من دولة، ولهذا فسرت الاتفاقية مفهوم النشر في آن واحد بأنه ظهور المصنف في دولتين أو أكثر خلال ثلاثين يوماً من تاريخ نشره لأول مرة⁽²⁾، فدولة المنشأ هنا تعتبر أي دولة من الدول التي ينشر فيها المصنف مهما كان عددها، فيعتبر كل نشر كأنه كان لأول مرة، وبالتالي نعود للمعيار الأول شريطة أن تكون مدة الحماية متماثلة في تلك الدول، أما إذا كانت مدة الحماية مختلفة بين الدول التي نُشر فيها المصنف فتكون دولة المنشأ هي الدولة التي يمنح تشريعها مدة الحماية الأقصر.

وقد كان إقرار قاعدة المدة الأقصر لحماية حقوق المؤلف وفقاً لرغبة الدول في معرفة فيما إذا كان المصنف محمياً في دولة أخرى قبل تقرير ما إذا كان محمياً في دولة المنشأ، والسبب في ذلك كما يعزیه البعض⁽³⁾ يعود إلى أن إقرار حماية حق المؤلف يتحدد بناء على ما إذا كانت حماية المصنف مستمرة في دولة المنشأ أم لا، وإذا كان المصنف محمياً أو لا يزال في النطاق العام في دولة المنشأ فإن ذلك سيؤثر على حمايته في دولة أخرى.

والوجه الآخر لهذا المعيار هو نشر المصنف في دولة اتحاد ودولة خارج الاتحاد في آن واحد، فتكون دولة المنشأ هنا هي دولة الاتحاد وبصرف النظر عما إذا كان النشر في الدولة خارج الاتحاد سابقاً عليه في دولة الاتحاد ما دامت المدة لم تتجاوز الثلاثين يوماً⁽⁴⁾.

▪ ثالثاً: المصنفات غير المنشورة

عرفت اتفاقية بيرن المصنف المنشور بأنه المصنف الذي ينشر بموافقة مؤلفه أيًا كانت وسيلة عمل النسخ، شريطة أن تقي النسخ باحتياجات الجمهور المعني مع مراعاة طبيعة المصنف من حيث وسيلة نشره⁽⁵⁾، وهذا يعني أن المصنفات التي لا ينطبق عليها هذا الوصف

(1) المادة 4/5 من الاتفاقية السابقة.

(2) المادة 4/3 من الاتفاقية السابقة.

(3) Kenneth Crews, Standing Committee on Copyright and Related Rights (SCCR)-WIPO, Twenty-ninth Session, Geneva, December 8 to 12, 2014, §160, p62.

(4) المادة 4/5 من اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الأدبية والفنية.

(5) المادة 3/3 من الاتفاقية السابقة.

تكون مصنفات غير منشورة، فكل مصنف لا يوافق المؤلف على نشره يُعد مصنفًا غير منشور، وكذلك الحال إذا كانت النسخ لا تقي بحاجة الجمهور، بمعنى أن يكون النشر على نطاق ضيق محدود فهو لا يعد نشرًا بالمعنى القانوني وفقاً لأحكام الاتفاقية. هذا وقد حددت الاتفاقية بعض الحالات التي لا يعتبر فيها المصنف منشوراً وذلك على سبيل المثال لا الحصر، ومنها؛ تمثيل المصنف المسرحي أو المصنف المسرحي الموسيقي أو السينمائي، أداء مصنف موسيقي، القراءة العلنية للمصنف الأدبي، النقل السلبي أو إذاعة المصنف الأدبي أو الفني، عرض المصنف الفني وأخيراً تنفيذ مصنف معماري.⁽¹⁾

وبدوره عرّف المشرع الأردني النشر بأنه "إتاحة المصنف أو الحقوق المجاورة للكافة وفقاً لأحكام هذا القانون"⁽²⁾، وقد بيّن المشرع أن إتاحة المصنف تكون بإتاحة المصنف للجمهور بالطريقة التي تسمح للأفراد بالوصول إلى المصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتي في الزمان أو المكان الذي يختاره أي منهم بشكل فردي وهو ما ينضوي تحت مفهوم النقل للجمهور⁽³⁾، ولدى استعراض نصوص قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة الأردني نجد أن الفقرة (أ) من المادة (33) قد اعتبرت المصنف منشوراً من تاريخ وضعه في متناول الجمهور لأول مرة. ولنا هنا وقفة لتحليل النصوص السابقة التي تناولت مفهوم النشر، حيث نجد ابتداءً أن المشرع حدد مفهوم النشر بإتاحة المصنف للجمهور بطريقة تسمح للأفراد - مع التحفظ على مصطلح أفراد حيث كان الأولى إيراد مصطلح أشخاص لشموله الشخص المعنوي لا سيما أننا أمام مصنفات حديثة كبرامج الحاسب مثلاً تُستخدم من قبله - بالوصول إلى المصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتي في الزمان أو المكان الذي يختاره أي منهم بشكل فردي، وعوداً على نص المادة (33) سألقة البيان نجد أن المشرع حدد مفهوم النشر بوضعه في متناول الجمهور وهو مفهوم عام يشمل النقل للجمهور ويشمل كذلك الإتاحة وفقاً لتعريفه لمفهوم النقل للجمهور في المادة (2) من القانون وهذا يتعارض مع تعريف النشر كما ورد في المادة (2) ذاتها. لذلك

(1) المادة 3/3 من الاتفاقية السابقة.

(2) المادة 2 من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة الأردني، رقم 22 لسنة 1992 وتعديلاته، صادر في الجريدة الرسمية، عدد 3892، ص 684.

(3) المادة 2 من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة الأردني.

كان من الأولى تحديد المصطلحات تحديداً دقيقاً درءاً للغموض وحسماً للتأويل والتفسير الواسع. وبهذا تكون المصنفات غير منشورة إذا لم تكن متاحة للجمهور بالمعنى الذي حدّده المشرع. من جانبه؛ كان المشرع اللبناني أكثر حسماً لمفهوم المصنفات غير المنشورة حينما قام بتحديد مفهومها على غرار اتفاقية بيرن، حيث عرفت المادة الأولى النشر بأنه " هو وضع نسخ عن العمل أو عن التسجيل السمعي بمتناول الجمهور بموافقة المؤلف أو منتج التسجيل السمعي وبكيفية تفي بحاجة الجمهور المعقولة عن طريق البيع أو الإيجار أو أية طريقة أخرى تنقل ملكية أو حيازة نسخة العمل أو التسجيل السمعي أو حق استعمالهما، وتعني كلمة نشر أيضاً وضع نسخ من العمل أو التسجيل السمعي بمتناول الجمهور عن طريق أية وسيلة إلكترونية"، وكما جاء باتفاقية بيرن؛ فقد ساق المشرع اللبناني أمثلة على الأعمال التي لا يعتبر عرضها أو تقديمها نشرًا، ومنها عرض العمل الدرامي أو الدرامي الموسيقي أو السينمائي أو عزف العمل الموسيقي أو الإلقاء العلني لعمل أدبي أو إرسال أو بث الأعمال الفنية أو الأدبية أو عرض العمل الفني أو تشييد العمل الهندسي، وأخيراً إسماع التسجيل السمعي بواسطة أي جهاز أو وسيلة أو بثه.⁽¹⁾

ولتحديد دولة المنشأ في حالة المصنفات غير المنشورة، فقد اعتبرت اتفاقية بيرن أن دولة الاتحاد التي ينتمي لها المؤلف بجنسيته تعتبر دولة منشأ حتى لو نُشر المصنف لأول مرة في دولة خارج الاتحاد، وهذا يعني أنه لا يمكن اعتبار الدولة خارج الاتحاد دولة منشأ.

• رابعاً: محل الإقامة المعتاد

أخذت اتفاقية بيرن بمعيار محل الإقامة لتحديد دولة المنشأ، فقد جاءت المادة (4/5 ج) منها بقواعد تحكم المصنفات وفقاً لمبتكرها حينما اعتبرت دولة المنشأ الدولة العضو في الاتحاد التي يقيم فيها منتج المصنف السينمائي إقامة معتادة، أو دولة الاتحاد التي يُقام بها المصنف المعماري.

⁽¹⁾ المادة 1 من قانون الملكية الأدبية والفنية اللبناني.

ويتضح من ذلك أن المؤلف الأجنبي يتمتع بالحماية القانونية في الدول الأعضاء، حيث أن القواعد الحاكمة لهذه الحماية لم تُفرّق بين المؤلف الوطني والمؤلف الأجنبي حتى لو لم يكن من مواطني الدول الأعضاء، بل اعتمدت على معيار موضوعي يتعلق بدولة المنشأ⁽¹⁾، وباستطلاع قواعد قانون حماية حق المؤلف الأردني؛ نجد أن المشرع أخذ بمعيار دولة المنشأ حينما منح الحماية لمصنفات المؤلفين الأجانب المنشورة في المملكة باعتبارها دولة منشأ إذا ما نُشر المصنف فيها⁽²⁾.

كما وسّع المشرع الأردني الحماية لمصنفات المؤلفين الأجانب المنشورة وغير المنشورة خارج حدود المملكة وفقاً لقواعد اتفاقيات حماية حقوق المؤلف وأهمها اتفاقية بيرن، ولكن يُلاحظ على معيار الحماية هذا بعض الغموض في نص المادة (57/ب) لأن المشرع خلط بين معيار دولة المنشأ باعتبارها دولة اتحاد وبين معيار المعاملة بالمثل فيما يتعلق بالدول خارج الاتحاد، بل اعتبر القاعدة العامة الناظمة ومعيار الحماية في هذه الفقرة هو مبدأ المعاملة بالمثل في حال عدم انطباق أحكام الاتفاقيات الدولية الناظمة لحماية حق المؤلف، والأصل أن يقدم الحماية لمصنفات المؤلفين الأجانب داخل وخارج المملكة وفقاً لمعايير الاتفاقيات، حيث كان من الأفضل تضمين النص هذه المعايير فلا يكون فضفاضاً يتضمن نصاً شمولياً يبدأ بـ "مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية حقوق المؤلف..."، ويؤكد ذلك عدم جواز تطبيق معيار المعاملة بالمثل على المؤلفين من رعايا الدول الأعضاء لأن نص المادة (57/أ) كان واضحاً بهذا الشأن، حيث يطبق القانون الأردني بصرف النظر عن مدة الحماية المنصوص عليها في قانون الدولة التي ينتمي لها المؤلف بجنسيته وهو ما تبنته المادة (1/5) من اتفاقية بيرن، وبالتالي كان من الأجدي أن يحدد المشرع هذه القواعد بعيداً عن خلق اللبس في النصوص.

وقد كان المشرع اللبناني أكثر وضوحاً في الأخذ بمعيار دولة المنشأ حينما نص على أنه يستفيد من الحماية المصنفات الأدبية أو الفنية إذا نُشرت لأول مرة في إحدى دول الاتحاد، وإذا

(1) Christopher Wadlow, The Beneficiaries of TRIPs: Some Questions of Rights, Ressortissants and International Locus Standi, supra, at 67.

(2) المادة 57/أ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة الأردني.

نشرت لأول مرة في إحدى الدول المنضمة إلى معاهدة برن لحماية الأعمال الأدبية والفنية أو إلى المعاهدة العالمية لحماية حقوق المؤلف، وإذا نشرت لأول مرة خارج لبنان وخارج الدول المنضمة لإحدى المعاهدتين المذكورتين شرط أن تنشر أيضاً في لبنان أو في بلد منضم لإحدى المعاهدتين المذكورتين أعلاه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ نشرها في البلد الآخر⁽¹⁾. وهذا يُبين بوضوح أخذ المشرع اللبناني بمعيار دولة المنشأ حيث طُبّق الحماية على هذا الأساس، وحتى يتمتع المؤلف الأجنبي بمعيار دولة المنشأ فعليه نشر مصنفه في لبنان أو في أحد الدول الاعضاء في الاتفاقيات الدولية الضامنة لحماية حق المؤلف، والآ طُبّق عليه مبدأ المعاملة بالمثل.

وبدوره قدّم المشرع الأمريكي الحماية للمصنفات المنشورة وغير المنشورة للمؤلف الأجنبي وفقاً لمعيار دولة المنشأ حينما اعتبر المصنفات مشمولة بالحماية بموجب قانون حق المؤلف باعتبارها مصنفات أمريكية ينطبق عليها القانون إذا نُشرت لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية، وإذا نُشرت في آن واحد في الولايات المتحدة الأمريكية وفي دولة عضو في الاتفاقيات الدولية لحماية حق المؤلف شريطة أن تقدم تشريعات تلك الدولة ذات الحماية المنصوص عليها في القانون الأمريكي أو مدة حماية أطول منها، وإذا نُشرت في آن واحد في الولايات المتحدة وفي دولة خارج عضوية الاتحاد، وإذا نُشرت في دولة ليست عضو وكان المؤلف يحمل الجنسية الأمريكية أو كان يقيم إقامة معتادة فيها أو إذا كان المقر الرئيسي لمنهج التسجيلات الصوتية والبصرية في الولايات المتحدة⁽²⁾.

ومن الآثار الهامة التي تترتب على معيار دولة المنشأ ما أقرته اتفاقية بيرن بضرورة حماية المصنفات التي لم تسقط في الملك العام من حيث مدة الحماية في دولة المنشأ عند دخول الاتفاقية حيّز التنفيذ⁽³⁾، وقد وافق المشرع الأمريكي هذا التوجه حينما أقر حماية المصنفات الأجنبية الأصل التي سقطت في الملك العام في الولايات المتحدة لعدم الامتثال للإجراءات الشكلية مثل الإشعار والتجديد، ولكنه لم يدخل الملك العام بعد في دولة المنشأ الخاصة بها⁽⁴⁾.

(1) المادة 13 من قانون الملكية الأدبية والفنية اللبناني.

(2) US Copyright Act, 2005, 17 USC, §101.

(3) المادة 18 من اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الادبية والفنية.

(4) 17 U.S.C. §104A(h)(6)(B), 17 U.S.C. §104A(h)(6)(C)(i); see also: Tyler T. Ochoa, Copyright Protection for Works of Foreign Origin, supra, p304.

يُلاحظ من خلال النهج التشريعي أن التشريعات المقارنة اتجهت للأخذ بمعيار دولة المنشأ في اقرار الحماية للمؤلف الأجنبي على مصنفاته المنشورة وغير المنشورة، وأن تطبيق هذا المعيار يقضي بضرورة نشر المصنف في دولة الحماية أو في الدولة العضو في الاتفاقيات الدولية إذا نُشر لأول مرة فيها، وهذا يُعد تطبيقاً لما جاءت به اتفاقية بيرن التي أقرت هذا المعيار وخصت به الدولة العضو في الاتحاد، ولكن إذا كان النشر قد تم في دولة غير عضو في الاتحاد ولا يتزامن مع نشر في دولة اتحاد فإننا نكون أمام معيار آخر للحماية وهو معيار المعاملة بالمثل.

• المطلب الثاني: معيار المعاملة بالمثل

قبل الخوض في تفاصيل الأحكام القانونية الناظمة لحماية حق المؤلف وفقاً لهذا المعيار، فلا بد ابتداءً من التعرف على مفهوم المعاملة بالمثل، ثم بعد ذلك نتحدث عن تطبيق هذا المعيار على المؤلف الأجنبي وبيان موافقته لحماية حقوقه.

♦ الفرع الأول: مفهوم المعاملة بالمثل

يمثل مبدأ المعاملة بالمثل الجانب الإيجابي للعلاقات بين الدول، وهو يُعد من الأعراف الدولية التي درجت الدول على ممارستها في علاقاتها مع بعضها البعض، ومقتضاه أن تتعهد الدولة بمعاملة ممثلي دولة أخرى ورعاياها وتجاريتها بشكل مماثل أو معادل للمعاملة التي تتعهد بتقديمها للدولة الأخيرة⁽¹⁾، فيما يعرفه مجمع اللغة العربية بأنه "تعهد تلتزم بموجبه دولة ما حال حصولها على معاملة تفضيلية بشأن مسألة محددة من دولة أخرى بأن تمنح ذات المعاملة في المستقبل للدولة الثانية"⁽²⁾.

ويهدف هذا المبدأ إلى تحقيق التكافؤ بين الدول وفقاً لقواعد وأحكام القانون الدولي والاتفاقيات المبرمة بين الدول⁽³⁾، ولهذا يُعد مبدأ المعاملة بالمثل آلية لتحقيق التوازن بين الدول

(1) محمد بهاء الدين باشات، المعاملة بالمثل في القانون الدولي الجنائي، أطروحة دكتوراة، جامعة عين شمس، القاهرة، ص210.

(2) مجمع اللغة العربية، 1999، ص699.

(3) نسيم بن درويش، التعاون الدولي الجنائي لتبادل المعلومات مع المحكمة الجنائية الدولية، المجلة العربية للدراسات الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2019، 151-164، ص156.

لأنه يهدف إلى المحافظة على حقوقها من جهة والتزاماتها من جهة أخرى، وهو بذلك يُنشئ ممارسات تستند إلى معايير المساواة وقواعد العدالة بين الدول.

♦ الفرع الثاني: تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل على المؤلف الأجنبي

تناولت الفقرة (ب) من المادة (57) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة الأردني مبدأ المعاملة بالمثل كمعيار لحماية حقوق المؤلف الأجنبي، حيث طبقته على مصنفات المؤلفين الأجانب المنشورة وغير المنشورة خارج حدود المملكة، والمقصود بالمؤلف الأجنبي هنا؛ المؤلف الذي لا يحمل الجنسية الأردنية ولا ينتمي بجنسيته لأي دولة عضو في الاتفاقيات الدولية الناظمة لحق المؤلف والحقوق المجاورة، وهذا ما صرحت به الفقرة (ب) سالفه الذكر. وبهذا لم يقصر المشرع الأردني الحماية وفقاً لهذا المبدأ على دول أجنبية معينة خلافاً لما أقره المشرع اللبناني الذي قصرها على رعايا الدول الأعضاء في جامعة الدول العربية غير الأعضاء في معاهدة بيرن لحماية المصنفات الأدبية والفنية والمعاهدة العالمية لحماية حق المؤلف، مما يعني أن رعايا الدول الأجنبية غير المنضمة لجامعة الدول العربية والاتفاقيتين المذكورتين لا ينطبق عليهم مبدأ المعاملة بالمثل ولا تُطبق عليهم المعايير الشخصية لحماية المؤلف الأجنبي، وبالتالي لا يحمي المشرع اللبناني مصنفات هؤلاء سواء كانت منشورة أو غير منشورة وفقاً لمبدأ المعاملة بالمثل، وإن كان بالإمكان تطبيق المعايير الموضوعية المتعلقة بالنشر التي نصت عليها المادة (13) من القانون إذا توافرت شروطها. كمنحهم الحماية شريطة نشر المصنف في لبنان أو في أي دولة عضو في الاتفاقيات الدولية المشار إليها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ نشره في تلك الدولة غير العضو⁽¹⁾، وهو في ذلك سار على نهج القاعدة التي أقرتها اتفاقية بيرن في تحديد النشر في آن واحد التي نصت عليها الفقرة الرابعة من المادة (3) التي اعتبرت أن النشر يكون في آن واحد إذا ظهر المصنف في دولتين أو أكثر خلال ثلاثين يوماً من تاريخ نشره لأول مرة. وهذه القواعد يستفيد منها المؤلفون من رعايا الدول العربية المشار إليهم في البند الثالث من المادة (12) شأنهم في ذلك شأن المؤلفين من رعايا الدول غير العربية غير المنضمة دولهم للاتفاقيات الدولية المشار إليها. ونعتقد أن هذا البند

(1) المادة 13 من قانون الملكية الأدبية والفنية اللبناني.

يُعدّ تزديداً لا سيما إذا ما نظرنا للقواعد التي تناولتها المادة (13) من القانون، حيث كان الأولى أن يكون النص عاماً غير مقتصر على رعايا الدول العربية.

وهذا ما سار عليه المشرع الأمريكي في هذا الشأن، مع الإضافة بأن قانون حماية حق المؤلف أعطى الرئيس صلاحية شمول مصنفات المؤلفين الأجانب بالحماية بموجب إعلان رئاسي إذا كانت قوانين دولهم تمنح مصنفات المؤلفين الأمريكيين أو المؤلفين المقيمين فيها أو المصنفات التي تُنشر لأول مرة في الولايات المتحدة ذات الحماية، وهو ما يجسد مبدأ المعاملة بالمثل في التعامل مع قضايا حق المؤلف.⁽¹⁾

○ الخاتمة

غَبَّ البحث في معايير حماية حق المؤلف الأجنبي وفقاً للقواعد الواردة في الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية؛ فقد توصلنا لعدة نتائج تمخض عنها بعض التوصيات نوردها كما يلي:

◆ النتائج:

أولاً: فيما يتعلق بالجزئية الخاصة بتوافق القواعد الوطنية النازمة لحماية المؤلف الأجنبي في التشريعات المقارنة مدار البحث؛ توصلنا إلى أن تلك التشريعات اتفقت تماماً مع المعايير التي أقرتها اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الأدبية والفنية لحماية حقوق المؤلف الأجنبي، وهي المعايير الشخصية؛ معيار الجنسية ومعيار المعاملة الوطنية، والمعايير الموضوعية؛ معيار دولة المنشأ ومعيار المعاملة بالمثل.

ثانياً: بالنظر للقواعد النازمة لحماية حق المؤلف الأجنبي في التشريعات الوطنية المقارنة فقد توصلنا إلى النتائج الآتية:

1- بالنسبة للمشرع الأمريكي؛ الحقيقة أنه لم يهتم بمسألة حماية حق المؤلف الأجنبي قبل انضمام الولايات المتحدة لاتفاقية بيرن، فقد صدرت عدة قوانين تنظم حق المؤلف إلا أنها قصرت هذه الحماية على المؤلف الوطني والمؤلف المقيم في الولايات المتحدة

⁽¹⁾ 17 U.S.C. §104A(B)(6).

فقط دون النظر للمطالبات المستمرة من المؤلفين بضرورة حماية مصنفات المؤلفين الأجانب. ولكن بعد انضمام الولايات المتحدة للاتفاقية في عام 1989 فقد أجرت عدة تعديلات على قوانينها بحيث شملت حماية مصنفات المؤلفين الأجانب وفقاً للمعايير التي أقرتها اتفاقية بيرن.

2- فيما يتعلق بالمشرع الأردني؛ نجد أن المادة 57 من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة أقرت حماية حق المؤلف الأجنبي، ولكن من خلال قراءة هذا النص تبين لنا بعض الملاحظات وهي كالآتي:

- جاء بنص المادة (57/أ) "تسري أحكام هذا القانون على مصنفات المؤلفين الاردنيين والاجانب المنشورة أو غير المنشورة والمعبر عنها بأي من الوسائل المنصوص عليها في الفقرة ب من المادة 3 داخل المملكة وعلى مصنفات المؤلفين الاردنيين المنشورة او غير المنشورة والمعبر عنها باي من الوسائل المنصوص عليها في الفقرة ب من المادة 3 خارج المملكة". يلحظ أن النص فرّق في الحماية بين المؤلف الوطني والمؤلف الأجنبي، حيث لم يقدم الحماية للمؤلف الأجنبي على مصنفاته المنشورة وغير المنشورة خارج المملكة في هذه الفقرة وفقاً لمعيار المعاملة الوطنية، ولكنه استدرك ذلك في الفقرة (ب) من ذات المادة بنص تشويه ضبابية ركز فيه على مبدأ المعاملة بالمثل كأساس لمحور الحماية بالنسبة للمؤلف الأجنبي، فكان الأولى حسم ذلك وفقاً لمعايير الاتفاقيات الدولية لاسيما أن مبدأ المعاملة بالمثل أصبح نادر التطبيق لإنضمام معظم دول العالم لاتفاقيات حماية حق المؤلف وهذا يستوجب تطبيق معاييرها بشأن الحماية.

- يُلاحظ على نص المادة (57/ب) أن المشرع خلط بين معيار دولة المنشأ باعتبارها دولة اتحاد وبين معيار المعاملة بالمثل فيما يتعلق بالدول خارج الاتحاد، حيث أسند الحماية كقاعدة عامة لمعيار المعاملة بالمثل في حال عدم انطباق أحكام الاتفاقيات الدولية النازمة لحماية حق المؤلف، فجاء في مطلع الفقرة "مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية حقوق المؤلف..."، فما هي هذه الاتفاقيات؟، وما هي هذه الأحكام؟ وهل يتوجب على القاضي البحث عنها وفي

متناوله قانون وطني ينظمها؟ فالأصل أن ينص القانون على هذه الأحكام ويفصلها تفصيلاً دقيقاً كي ننأى عن التحليل والتفسير والشمولية غير المبررة في وضع النصوص القانونية.

- كما يُلاحظ أن المشرع لم يتطرق لمعيار دولة المنشأ فيما يتعلق بالنشر لأول مرة خارج دول الاتحاد، ونقصد هنا تحديداً النشر المتزامن في المملكة أو في الدول الأعضاء في غضون ثلاثين يوماً من تاريخ النشر الأول في تلك الدولة، وهو ما تناولته المادة 4/3 من اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الأدبية والفنية.

3- أما المشرع اللبناني فقد كان أكثر وضوحاً واتفاقاً مع معايير الاتفاقيات الدولية النازمة لحق المؤلف عموماً والمؤلف الأجنبي على وجه الخصوص، فقد فصلت المادتان (12 و 13) الأحكام القانونية النازمة لحق المؤلف الأجنبي بما يتوافق مع الاتفاقيات الدولية المنظم لها؛ وهي اتفاقية بيرن والمعاهدة العالمية لحماية حقوق المؤلف تحديداً، وهذا نهج يُحمد عليه في وضع النصوص. ولكن يُلاحظ على البند الثالث من المادة (12) الذي شمل المؤلفين من رعايا الدول الأعضاء في جامعة الدول العربية غير المنضمة للاتفاقيتين اللتين أشار لهما المشرع، شملهم بالحماية وفقاً لمبدأ المعاملة المثل، يُلاحظ بأن هذا النص فيه تكرار لما جاء به من أحكام في مضمون المادتين (12) و (13) فكان الأولى عدم ذكره؛ وهذا مع جُلّ الاحترام لرؤية المشرع في هذا الأمر.

♦ التوصيات:

أولاً: مع الاحترام؛ نوصي المشرع الأردني بما يلي:
أ- إعادة النظر في نص المادة 57 من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة الأردني وذلك:

- دمج الفقرتين (أ) و(ب) بالفقرة (أ) لتكون " تخضع للحماية مصنفات المؤلفين الأردنيين و المقيمين فيها المنشورة وغير المنشورة المنصوص عليها في الفقرة ب من المادة 3 "

- اضافة الفقرة (ب) لتكون " تخضع للحماية المصنفات المنشورة وغير المنشورة المنصوص عليها في الفقرة ب من المادة 3 وفقاً للأحوال الآتية:
- مصنفات المؤلفين الأجانب من رعايا الدول الاعضاء في اتفاقيات حماية حقوق المؤلف التي تكون المملكة طرفاً فيها ومصنفات المؤلفين المقيمين فيها.
- المصنفات المنشورة لأول مرة خارج المملكة أو خارج الدول الأعضاء في اتفاقيات حماية حقوق المؤلف التي تكون المملكة طرفاً فيها شريطة نشرها في المملكة أو في الدول الأعضاء خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ نشرها في تلك الدولة.
- في غير الأحوال المذكورة؛ تخضع مصنفات المؤلفين الأجانب لمبدأ المعاملة بالمثل".

ب- تعديل تعريف "النقل إلى الجمهور" وذلك بإبدال مصطلح "للأفراد" بمصطلح "للأشخاص" الوارد في المادة (2) من القانون.

ثانياً: مع الاحترام؛ نصي المشرع اللبناني بتعديل البند الثالث من المادة (12) بحيث يكون عاماً دون تحديد لا سيما أن المؤلفين المعنيين بالحماية فيه مشمولون بأحكام ما جاء في نصي المادتين (12) و(13) من القانون.

○ Abstract

According to the global nature of copyright, legislation has taken care of protecting this right in accordance with legal rules established by the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. This protection has been comprehensive; Where national legislation has approved the protection of the works of authors in general, but this protection is differentiated in terms of its scope between the national author and the foreign author, while the national legislation provided full protection for the works of the national author,

whether published in its territory or abroad; but he restricted the protection of foreign works according to objective and personal criteria.

This study clarified those standards in order to find the compatibility of national rules with international rules approved by copyright protection agreements, it relied on the analysis of the legal bases in the Jordanian and Lebanese legislation and the US in order to stand on the latest legislative developments in this area.

In order to clear the questions arising from its problems, We have resorted to the analytical method to analyze the statutory texts by following the comparative method. Therefore, the study was divided into two main axes: the first is to research personal criteria for the protection of foreign copyright; The second is the research on objective criteria. The study concluded that the comparative legislation ensured the protection of foreign copyright in a manner consistent with international rules in accordance with objective and personal protection criteria.

Keywords: Copyright, Foreign Author, National Treatment, The Country of Origin, Reciprocity.

الدراسة الثامنة:

التطور التشريعي لمزاولة مهنة الطب في الكويت

"نظرة على القوانين 49 لسنة 1960، و25 لسنة 1981، و70 لسنة 2020 بشأن
مزاولة مهنة الطب والمهن المساعدة لها وحقوق المرضى والمنشآت الصحية"

د. محمود ملحم⁽¹⁾

د. محمد الحريري⁽²⁾

يواكب التشريع (Legislation) حاجات المجتمع المستجدة، والمتأثرة بالبيئة الإقليمية أو الدولية المتسارعة التغير، ولاسيما أننا في عصر التكنولوجيا، والإنترنت، وتدفق المعلومات، بل ينبغي على التشريع أن يسبق حاجات المجتمع المستجدة، وذلك من خلال التنبؤ بها، من خلال مسارها، ومواكبة المستجدات العالمية، حيث نعيش في قرية كونية. وبالتالي، لا بدّ لمن يتصدى للعمل التشريعي من رعاية حقوق الناس الصحية مهما كانت طبيعة أعمالهم التي يمارسونها، ولا بدّ من وضع تشريعات تستهدف إحاطتهم بمزيد من الوقاية أكبر من استهدافها التعويض عمّا قد يصابون به من أضرار.

وقد ورد في الموسوعة السياسية أنّ "المصادر الرسمية للقانون متعددة ومتنوعة وتختلف باختلاف المجتمعات والعصور، ولكن هناك من بين تلك المصادر ما هو عام ومشترك بين جميع الشرائع ووجد في معظم العصور وهو -العرف والتشريع- أما بالنسبة للمصادر الأخرى غير المصدرين السابقين كالدين والفقه والقضاء، فإنها كمصادر رسمية تختلف باختلاف البلاد

⁽¹⁾ كلية القانون الكويتية العالمية

⁽²⁾ جامعة الخليج للعلوم الطبية

والعصور... يحتل التشريع مركز الصدارة في أغلب دول العالم، كأول مصدر من المصادر الرسمية للقاعدة القانونية بإعتباره أكثر أهمية من باقي مصادر القانون⁽¹⁾.

ويرى الدكتور الشلبي أنّ "المجتمعات الإنسانية عرفت القانون قبل وجود التشريع، وكانت ولا تزال تتلقى قواعده تارة من العرف وطوراً من العقد أو الاتفاقات عموماً، ففي كل نظام قانوني داخلي يقوم العرف والقضاء والعهد بمعاونة التشريع في خلق قواعد القانون"⁽²⁾.

وفي هذا السياق يرى أحد الباحثين أنّ " التشريع هو أهم المصادر الرسمية للقانون وإن كان العرف هو أقدم مصادره، ومكانته منذ القدم حيث كان في المرتبة الأولى كمصدر للقانون وقتاً طويلاً حيث يمكن القول إنّ العصور القديمة هي عصور العرف والدين، أما التشريع فكان تواجهه ضئلاً أو شبه منعدم، إلا أنه في خضم التطورات التي وقعت للمجتمعات وتقدم البشرية واتساع نطاق العلاقات الاجتماعية بينهم وكثرتها وتشابكها ورسوخ فكرة الدولة، ما يتطلب وفرة في القواعد القانونية التي تحكمها"⁽³⁾.

وبالتالي لا بد من الالتفات إلى أهمية وضع التشريعات القانونية والهدف منها، ومخاطر عدم وجودها، وعدم تمكن الأفراد من معرفة عواقب خرق القانون، وعدم إلمامهم بالحقوق والالتزامات، وخروج الجهات الحكومية عن اختصاصها وضياع إنجازاتها، وبطلان الإجراءات التي تنفذها.

وتكمن أهمية التشريع في كونه ينظّم حركة المجتمع، ويضبط شؤونه وفق مؤشرات ومعايير علمية ينبغي أن تكون صحيحة ودقيقة وواضحة، فيعمل المشرّع وفق مبدأ الواقعية، من خلال الأبحاث والدراسات التي يقوم بها المختصون في هذا المجال، والتي تتابع بشمولية وتخصص

(1) التشريع-Legislation، موقع الموسوعة السياسية، تاريخ الزيارة: 16-8-2021، على الرابط:

<https://political-encyclopedia.org/dictionary>

(2) حسن الشلبي، القانون الدولي العام، ط 1، بغداد-العراق، مطبعة شفيق، 1964م، ج 1، ص: 7. ونلفت إلى أن الدكتور حسن الشلبي هو أستاذ القانون الدولي العام، وكان رئيس قسم القانون العام بكلية الحقوق في جامعة بغداد، ورئيس الجامعة الإسلامية في لبنان.

(3) رجاوب حسين جواد كاظم، أهمية التشريع، جامعة بابل-كلية الإدارة والاقتصاد-قسم إدارة البيئة-المرحلة 3، تاريخ النشر: 2016/02/08، تاريخ الزيارة: 16-8-2021، على موقع جامعة بابل، على الرابط:

<http://www.uobabylon.edu.iq/uobcoleges/lecture.aspx?fid=9&lcid=48684>

كل المستجدات على الساحة التشريعية في كل مجال من مجالات المجتمع، ولاسيما في المجال الطبي، الذي يُعنى بصحة الإنسان الجسدية والنفسية والعقلية. لم يقتصر الأثر التشريعي المترتب على صدور القانون رقم 70 لسنة 2020 بشأن مزاوله مهنة الطب في الكويت على مسؤولية الطبيب المدنية والجزائية فقط، بل وضع إطاراً لحقوق والتزامات الطبيب والمريض معاً، فتلافى بذلك القصور الشديد الذي شاب القانون رقم 49 لسنة 1960 في شأن المؤسسات العلاجية، والذي ركز على المؤسسات العلاجية دون مزاولي المهنة.

كما تدارك القانون الجديد ما اعترى القانون رقم 25 لسنة 1981 بشأن مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان والمهن المعاونة لهما وتعديلاته من مشاكل جمة تمثلت في استدعاء الأطباء أو مزاولي مهنة الطب بشكل عام للتحقيق وفقاً للإجراءات العامة، فأنشأ لذلك جهاز المسؤولية الطبية ومنحه الاختصاص في إبداء الرأي الفني في كافة الموضوعات التي تعرض عليه من خلال الشكاوي والبلاغات والمحاضر والتقارير والقضايا والدعاوى المتعلقة بالأخطاء الطبية والمخالفات المهنية المرتكبة من قبل مزاولي المهنة، أو أصحاب المنشآت الصحية أو مديريها من حيث تحقق الخطأ الطبي أو المخالفة المهنية من عدمه. كما وزاد القانون الجديد على ذلك بتقرير جملة من الضمانات المقررة لمصلحة المريض فنص عليها صراحة.

♦ مشكلة الدراسة:

نتيجة لعدم وجود تنظيم خاص للمسؤولية المدنية والجزائية لممارسي مهنة الطب في السابق، فقد كان يخضع الأطباء إلى ذات القواعد العامة في إجراءات التحقيق والمحاكمة فيما يتعلق بمسائل الخطأ الطبي.

وقد كانت أغلب الأخطاء التي كانت تنسب إلى الأطباء في الشكاوي والدعاوى القضائية المرفوعة من بعض المرضى وُجِدَت - وبعد التحقيق فيها فنياً من قِبَل المختصين - غير صحيحة أو ربما كيدية، فكان لا مفر من تغيير ذلك الوضع المعيب والذي تسبب لبعض مزاولي المهنة في أضرار مادية ومعنوية لا يمكن تداركها.

♦ أهمية الدراسة:

نهدف من خلال هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على تطور التشريعات الخاصة بمزاولة مهنة الطب في الكويت، إذ يعتبر القانون رقم 70 لسنة 2020 التشريع الثالث الذي ينظم عمل المؤسسات الصحية والأطباء، حيث سبقه تشريعين، صدر الأول في العام 1961، ثم ما لبث أن أُلغي بالقانون رقم 25 لسنة 1981 وتعديلاته.

♦ أهداف الدراسة

نهدف من خلال الدراسة إبراز المستجدات التشريعية التي جاء بها القانون رقم 70 لسنة 2020 في شأن ممارسة مهنة الطب وأثرها على مزاولة المهنة وحقوق المرضى والأطباء ومسئولياتهم، والجهة المختصة بالبحث والتحقيق في تلك المسؤولية وإعداد التقرير النهائي بشأنها، وكذلك البحث في أوجه الضعف أو الانتقاد التي ربما توجه على القانون الجديد، ومحاولة اقتراح حلول لها.

♦ أسباب اختيار الموضوع:

كان صدور القانون رقم 70 لسنة 2020 بشأن مزاولة مهنة الطب والمهن المساعدة لها وحقوق المرضى والمنشآت الصحية الدافع الأول في اختيار هذا الموضوع، فحدثت القانون وما اشتمل عليه من تنظيم جديد لأمر لم تكن موجودة بالقانون السابق عليه قد مثل ضرورة ملحة لإعداد تلك الدراسة.

○ المبحث الأول: التطور التشريعي لقوانين مزاولة مهنة الطب في الكويت

نظراً للتطورات المتلاحقة والسريعة التي شهدتها العالم في نظم تقديم الرعاية الصحية ومقوماتها وعناصرها المختلفة، أصبح تطوير وتحديث التشريعات الصحية مطلباً تنموياً ومهنياً ملحاً، ونظراً لقدم التشريعات السارية آنذاك فقد رأى المشرع الكويتي أن إدخال التعديلات عليها لن يكون كافياً في مسايرة ذلك التطور المتسارع⁽¹⁾.

(1) نصت المذكرة الإيضاحية من القانون رقم 70 لسنة 2020 بشأن مزاولة مهنة الطب والمهن المساعدة لها وحقوق المرضى والمنشآت الصحية على "شهد العالم تطورات متلاحقة وسريعة الوتيرة في نظم تقديم الرعاية الصحية ومقوماتها وعناصرها المختلفة، وأصبح تطوير وتحديث التشريعات الصحية مطلباً مهنياً وتنموياً...".

وقد مر التنظيم التشريعي لمزاولة مهنة الطب بعدد من المراحل الطويلة، فبصدور القانون رقم 49 لسنة 1960 في شأن المؤسسات العلاجية يكون المشرع الكويتي قد خطى أولى خطواته في سبيل تنظيم مزاولة المؤسسات العلاجية لمهنة الطب. إلا أن القصور الذي شاب هذا القانون دفع بالمشرع إلى إلغائه بالقانون رقم 25 لسنة 1981 بشأن مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان والمهن المعاونة لهما، والذي صدر بعد عقدين كاملين من أول تشريع ينظم مزاولة المهنة. وفي التاسع عشر من أكتوبر 2020 صدر القانون الحالي رقم 70 لسنة 2020 بشأن مزاولة مهنة الطب والمهن المساعدة لها وحقوق المرضى والمنشآت الصحية، ليمثل ثمرة عقود من الجهود المتواصلة لتنظيم ممارسة مهنة الطب في الكويت، فكان بمثابة التشريع الشامل الذي يحوي تنظيمًا لممارسة المهنة من كافة الجوانب. وعليه فإننا سنخصص هذا المبحث لبيان مسار التطور التشريعي لقوانين مزاولة مهنة الطب، وذلك على النحو التالي.

• **المطلب الأول: القانون رقم 49 لسنة 1960 في شأن المؤسسات العلاجية في الكويت**

نظراً لأن القانون رقم 49 لسنة 1960 المنظم لعمل المؤسسات العلاجية كان القانون الأول المنظم للعمل الطبي بالكويت فإنه كان بمثابة الخطوة التشريعية الأولى علي هذا الطريق. ويُحسب للمشرع الكويتي سبق في إصدار هذا القانون رغم ما اعتراه من بعض القصور فيما يتعلق بتنظيم أمور معينة كحقوق المرضى والأطباء ومسئوليتهم. وتألّف القانون من سبعة أبواب أساسية وثمانٍ وعشرين مادة دارت معظمها حول مسألة ترخيص المؤسسات العلاجية والتفتيش عليها⁽¹⁾.

(1) اشتمل قانون المؤسسات العلاجية على سبع أبواب على النحو التالي: . الباب الأول تعريف المؤسسة العلاجية، الباب الثاني أحكام المؤسسات العلاجية، الباب الثالث المؤسسات العلاجية المعانة، الباب الرابع التفتيش على المؤسسات العلاجية، الباب الخامس إلغاء التراخيص، الباب السادس العقوبات، الباب السابع أحكام عامة.

وقد عرفت المادة الأولى من القانون المؤسسات العلاجية فنصت على " تعتبر مؤسسة علاجية كل مكان أعد للعلاج أو التمريض أو الكشف على المرضى أو إقامة الناقهين منهم أو إيوائهم أيا كان الاسم الذي يطلق عليه ويستثني من حكم هذا القانون العيادات الخاصة والتي لا يجوز إقامة أو إيواء أي مريض فيها".

وبشأن شرط الحصول على التراخيص اللازمة نصت المادة الثانية على "لا يجوز إنشاء أو إدارة مؤسسة علاجية إلا بترخيص من دائرة الصحة العامة".

وقد وضع القانون عددا من العقوبات الرادعة لأي مخالفة لأحكامه فنصت المادة 24 على " كل مخالفة لإحكام هذا القانون يعاقب مرتكبها بغرامة لا تقل عن 200 روبية ولا تزيد عن ألفين...". كما نصت المادة 25 على "يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ستة شهور وبغرامة لا تقل عن ألفي ولا تزيد على ألف أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من إدارة مؤسسة سبق إن صدر حكم بإغلاقها".

• **المطلب الثاني: القانون رقم 25 لسنة 1981 بشأن مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان والمهن المعاونة لهما في الكويت**

مثل القانون رقم 25 لسنة 1981 بشأن مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان والمهن المعاونة لهما أحد أهم الخطوات التشريعية لتنظيم مزاوله مهنة الطب في الكويت، فيعتبر أول تشريع منظم لمهنة الطب البشري وحقوق والتزامات الطبيب، كعدم إفشاء أسرار المرضى⁽¹⁾، كما حظر على الطبيب الامتناع عن تقديم واجب العلاج⁽²⁾، وألزمه بالإبلاغ عن أي إصابة بالأمراض السارية⁽³⁾، كما حظرت عليه إجراء عمليات الإجهاض خارج إطار القانون، فنصت

(1) نصت المادة 6 من القانون على " يجب على الطبيب ألا يفشي سرا خاصا وصل إلى علمه عن طريق مهنته سواء أكان هذا السر مما عهد به إليه المريض واثمنه عليه أم كشفه الطبيب بنفسه أم سمع به إلا بأمر من المحكمة لتحقيق سير العدالة".

(2) نصت المادة 7 على " لا يجوز لأي طبيب أن يمتنع عن علاج مريض، ما لم تكن حالته خارجة عن اختصاصه، أو قامت لديه أسباب واعتبارات تبرر هذا الامتناع".

(3) نصت المادة 9 على " إذا اشتبه الطبيب في إصابة مريض بأحد الأمراض السارية، وجب عليه التحقق من عنوانه وإبلاغ الجهة المختصة بوزارة الصحة العامة في المواعيد التي تحددها لاتخاذ الإجراءات الوقائية اللازمة، وعليه إتباع ما تصدره وزارة الصحة العامة من تعليمات بهذا الشأن".

المادة 12 على " يحظر على الطبيب إجهاض امرأة حامل إلا لإنقاذ حياتها، ومع ذلك إذا لم يكن الحمل قد أتم أربعة أشهر، يجوز في الحالتين الآتيتين: أ إذ كان بقاء الحمل يضر بصحة الأم ضرراً جسيماً. ب إذا ثبت أن الجنين سيولد مصاباً على نحو جسيم بتشوه بدني أو قصور عقلي، لا يرجى المراء منهما، ووافق الزوجان على الإجهاض. ويجب أن تجرى عملية الإجهاض في غير حالات الضرورة العاجلة في مستشفى حكومي، وبقرار من لجنة طبية مشكلة من ثلاثة أطباء اختصاصيين أحدهم على الأقل متخصص في أمراض النساء والتوليد. ويصدر قرار من وزير الصحة العامة بالشروط الواجب توافرها في أعضاء اللجنة الطبية المشار إليها والإجراءات الواجب اتخاذها لإجراء هذه العملية".

وفيما يتعلق بحالات الإعفاء من المسؤولية الطبية أعفت المادة 13 من القانون الطبيب من أي مسؤولية مدنية أو جزائية أو تأديبية عن الأضرار التي تصيب المريض إذا تبين أنه قد بذل العناية اللازمة ولجأ إلى جميع الوسائل التي يستطيعها من كان في مثل ظروفه لتشخيص المرض والعلاج⁽¹⁾.

وقررت نفس المادة حالتين للمسئولية، فنصت على "... ومع ذلك يكون مسئولاً في الحالتين الآتيتين: أ- إذا ارتكب خطأ نتيجة الجهل بأمر فنية يفترض في كل طبيب الإلمام بها سواء من حيث تشخيص المرض أو وصف العلاج المناسب وترتب على هذا الخطأ الإضرار بالمريض. ب إذا أجرى تجارب أو أبحاثاً علمية غير معتمدة فنياً على مرضاه وترتب على ذلك الإضرار بهم".

وتضمن الباب الثالث من القانون مسألة الحصول على التراخيص⁽²⁾ وإجراءاتها⁽³⁾.

(1) "لا يكون الطبيب مسئولاً عن الحالة التي يصل إليها المريض إذا تبين أنه بذل العناية اللازمة ولجأ إلى جميع الوسائل التي يستطيعها من كان في مثل ظروفه لتشخيص المرض والعلاج".

(2) نصت المادة 16 على " يحظر ممارسة الطب البشري وطب الأسنان أو إحدى المهن المعاونة لهما إلا بعد الحصول على ترخيص في ذلك من وزارة الصحة العامة. وعلى من يرغب في الحصول على ترخيص في ممارستها بالكويت أن يقدم طلباً بذلك للوزارة مدفوعاً بالمستجدات التي يقرها وزير الصحة العامة. أن يقدم طلباً بذلك للوزارة مدفوعاً بالمستندات التي يقرها وزير الصحة العامة".

(3) نصت المادة 17 على " تنشأ لجنة تسمى لجنة التراخيص الطبية تختص بالنظر في طلبات الترخيص بممارسة المهن المنصوص عليها في هذا القانون ولهذه اللجنة أن تتخذ الإجراءات اللازمة للتحقق من كفاية الطالب الفنية والسلوكية

• **المطلب الثالث: القانون رقم 70 لسنة 2020 بشأن مزاوله مهنة الطب**

والمهن المساعدة لها وحقوق المرضى والمنشآت الصحية في الكويت

كما أسلفنا فإن قانون مزاوله مهنة الطب الحالي مثل ثمره عقود من الجهود المتواصلة لتنظيم ممارسة مهنة الطب في الكويت، فكان بمثابة التشريع الشامل الذي يحوي تنظيمياً لممارسة المهنة من كافة الجوانب.

ورغم أن اللائحة التنفيذية للقانون رقم 70 لسنة 2020 لم تصدر حتى الآن، إلا أن نصوصه قد كشفت بذاتها عن ملامح النظام الجديد للمسئولية الطبية في الكويت، حيث لم يغفل المشرع عن تقرير عدد من الحقوق والضمانات الأساسية للمريض، وتضمن القانون جزاءات رادعة على أي اعتداء مادي أو لفظي ينال من مزاولي المهنة.

إلا أن أحد أهم التحديثات التي وردت بالقانون كانت إنشاء جهاز المسئولية الطبية الجديد، والذي مثل نظاماً جديداً لبحث المسئولية المدنية والجزائية للطبيب والتحقق فيها.

لذلك رأينا أن نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة أفرع نناقش فيها تلك المستجدات التي أقرها قانون مزاوله مهنة الطب الجديد، وذلك على النحو التالي:

♦ **الفرع الأول: إنشاء جهاز المسئولية الطبية**

يعتبر إنشاء جهاز المسئولية الطبية بمثابة نقلة نوعية في مجال المسئولية المدنية والجزائية للأطباء في الكويت، فبعدما ظلت مسألة التحقيق في الخطأ الطبي وإثباته عشوائية لعقود، تدخل المشرع الكويتي في القانون رقم 70 لسنة 2020 حفظاً لقدرة تلك الفئة التي لا تدخر جهداً ولا وقتاً في سبيل التخفيف عن المرضى والسهر على صحة المجتمع.

فبعدما تقررت مسئولية الطبيب في قانون مزاوله مهنة الطب الجديد حال ارتكابه عدداً من الأفعال المحظورة وفقاً لنص المادة 34 من قانون مزاوله مهنة الطب⁽¹⁾، قررت ذات المادة

والخلفية عند طلب الترخيص أو تجديده. ويصدر وزير الصحة العامة قراراً ببيان تشكيل هذه اللجنة وإجراءات العمل بها والأغلبية اللازمة لانعقادها وإصدار قراراتها."

(1) نصت المادة 34 على "... وتقوم مسئولية الطبيب في الحالات التالية: 1- إذا ارتكب خطأ نتيجة مخالفته أو جهله بأصول الطب الفنية الثابتة وقواعده الأساسية أو تهاونه في تنفيذها. 2- إذا أجرى على جسم المريض أبحاثاً أو تجارب أو تطبيقات غير مرخص له القيام بها من قبل الجهة المختصة بالوزارة أو دون الحصول على موافقة خطية مسبقة

عدداً من حالات إعفاء الطبيب من المسؤولية⁽¹⁾.

وبين حالات المسؤولية وحالات الإعفاء منها من المتوقع أن تثور النزاعات والشكاوي حول خطأ الطبيب من عدمه، لذلك نجد أن المادة 36 قد نصت على جهاز يسمى بجهاز المسؤولية الطبية، وهو جهاز حائز على الشخصية القانونية الاعتبارية، وله ميزانية مستقلة، برئاسة طبيب استشاري متفرغ على الأقل.

لذا نصت المادة 37 من القانون على اختصاص جهاز المسؤولية الطبية دون غيره ومن خلال اللجان التي يشكلها بإبداء الرأي الفني في كافة الموضوعات التي تعرض عليه من خلال الشكاوي والبلاغات والمحاضر والتقارير والقضايا والدعاوى المتعلقة بالأخطاء الطبية والمخالفات المهنية المرتكبة من قبل مزاولي المهنة، أو أصحاب المنشآت الصحية أو مديريها من حيث تحقق الخطأ الطبي أو المخالفة المهنية من عدمه، سواء في القطاع الحكومي أو الأهلي، مع بيان وجه وطبيعة الخطأ والمخالفة إن ثبتت وتقييمها وتحديد المسئول أو المسئولين عنه فنياً وتقدير الأضرار الصحية المترتبة عليها وبيان آثارها وتوقيع العقوبات التأديبية المقررة في هذا القانون بما يتناسب مع جسامة وطبيعة ومدى تكرار المخالفة أو الخطأ إذا كان لذلك مقتضى⁽²⁾.

وصريحة من المريض. 3- إذا ثبت إهمال أو تقصير المريض في بذل العناية اللازمة لرعاية ومتابعة حالة المريض الصحية وعلاجه. 4- إذا أجرى أي عمل طبي للمريض بالمخالفة للقرارات المنظمة الصادرة من الوزارة بهذا الشأن. 5- إذا أجرى عملية جراحية أو وصف أو طَبَّق أو أعطى علاجاً لمريض دون أن يكون مختصاً ومؤهلاً لذلك. 6- إذا استخدم أجهزة أو معدات أو آلات أو أدوات طبية دون علم أو تدريب كافٍ لاستعمالها أو دون اتخاذ الاحتياطات اللازمة والكفيلة بمنع حدوث ضرر جزاء هذا الاستعمال".

⁽¹⁾ نصت المادة 34 على "... ولا تقوم مسؤولية الطبيب في الحالات الآتية: 1- إذا ثبت أن الضرر الذي لحق بالمريض كان بسبب فعل المريض نفسه أو إهماله. 2- إذا ثبت أن الضرر الذي لحق بالمريض كان بسبب رفض المريض للعلاج أو امتناعه عنه أو عدم انتباهه للتعليمات الصادرة إليه من قِبَل أي طبيب مختص يشرف أو يباشر علاجه بشرط أن يتم إثبات ما سبق بملفه الطبي في حينه. 3- إذا وقع الضرر بالمريض نتيجة إخفائه لمعلومات جوهرية متعلقة بحالته الصحية عن الطبيب الذي يباشر أو يشرف على علاجه. 4- إذا وقع الضرر عن خطأ مرفقي أو سبب خارجي عن الطبيب لا يد له فيه. 5- إذا وقع الضرر بالمريض نتيجة الآثار والمضاعفات الطبية المتعارف عليها أو غير المتوقعة في مجال الممارسة الطبية. 6- إذا اتبع الطبي أسلوباً طبياً معيناً في التشخيص أو العلاج مخالفاً لغيره من الأطباء في ذات الاختصاص، ما دام الأسلوب الذي اتبعه متفقاً مع الأصول الطبية المتعارف عليها في هذا المجال. 7- إذا وقع الضرر في أثناء قيام الطبيب بواجب المساعدة عند حدوث الكوارث أو حالات الطوارئ العامة".

⁽²⁾ المادة 37 من قانون مزاوله مهنة الطب رقم 70 لسنة 2020.

ويمكن لهذه اللجان المشكّلة وفي سبيل أداء مهمتها أن تطلب من النيابة العامة أو المحكمة إلزام الجهات والأفراد بتنفيذ قراراتها والتي تراها ضرورية لأداء مهامها⁽¹⁾. وتُصدر اللجنة التي يشكلها الجهاز تقريراً مفصلاً بشأن الموضوع المعروض عليها خلال فترة لا تتجاوز تسعين يوماً من تاريخ تشكيلها، وذلك بعد وصول التكاليف أو الطلب إليها⁽²⁾. وتستعين المحكمة بتقرير لجنة جهاز المسؤولية الطبية فيما يتعلق بالنتيجة التي انتهت إليها في المسائل الفنية. وتلزم وزارة الصحة كافة الجهات الحكومية بتنفيذ الأحكام الباتة الصادرة ضد مزاولي المهنة لديها عن الخطأ الشخصي والمرفقي بالسداد من البند الخاص بميزانية الجهة التي يتبع لها مزاولي المهنة، أو صندوق التعويضات عن الأخطاء الطبية الشخصية والذي ينشأ بقرار من الوزير⁽³⁾.

ويختص جهاز المسؤولية الطبية بوظيفة أخرى غاية في الأهمية؛ ألا وهي " استدعاء مزاولي المهنة بغرض إجراء التحقيق أو المحاكمة في الشكاوى والدعاوى المتعلقة بالأخطاء الطبية أو المخالفات المهنية المتصلة بمزاولة عملهم والتي تُنسب إليهم من خلال جهاز المسؤولية الطبية"⁽⁴⁾.

وبأي حال لا يجوز القبض على مزاولي المهنة في أثناء مباشرة أعمالهم أو عند وجودهم في المنشأة الصحية إلا بقرار مكتوب صادر من النيابة العامة أو المحكمة، ويترتب على مخالفة ذلك بطلان القبض وتُسنتنى منها حالة الجريمة المشهودة⁽⁵⁾.

ويحسب للقانون الجديد رقم 70 لسنة 2020 إنشاءه لجهاز المسؤولية الطبية كجهاز مستحدث لم يكن موجوداً في ظل القانون الملغى رقم 25 لسنة 1981 بشأن مزاولة مهنة الطب البشري.

ويجدر التنويه إلى أن جهاز المسؤولية الطبية يختلف عن لجنة التراخيص الطبية والتي نصت عليها المادة 17 من القانون الملغى رقم 25 لسنة 1981 والتي كانت تختص فقط

(1) المادة 47 من ذات القانون.

(2) المادة 48 من القانون.

(3) المادة 35 من القانون.

(4) المادة 1/79 من قانون مزاولة مهنة الطب.

(5) المادة 2/79.

بالنظر في طلبات الترخيص بمزاولة مهنة الطب، وكان لها أن تحقق في كفاية طالب الترخيص الفنية والسلوكية والخلقية عند طلب الترخيص أو تجديده. فوفقاً لما هو واضح من نص المادة 17 من القانون الملغي⁽¹⁾ فإن مهمة تلك اللجنة كانت تقتصر على منح التراخيص فقط ولم تكن تختص بتلك الاختصاصات الجديدة التي مُنحت لجهاز المسؤولية الطبية في القانون رقم 70 لسنة 2020. وقد وردت الأحكام الخاصة بلجنة التراخيص الصحية في المواد من 4 إلى 7 من القانون الحالي.

♦ الفرع الثاني: تقرير عقوبات جزائية خاصة لجرائم الاعتداء على الأطباء

قررت المادتين 71 و72 من قانون مزاولة مهنة الطب الجديد عقوبة الحبس و/أو الغرامة لأي فعل يمثل اعتداءً جسدياً أو لفظياً على مزاولي مهنة الطب. فنصت المادة 71 على "مع عدم الإخلال بأي عقوبة شد ينص عليها قانون آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات وبغرامة لا تزيد عن عشرة آلاف دينار كويتي أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من تعدى جسدياً على أحد مزاولي المهنة أثناء تأدية عمله أو بسببها".

كما نصت المادة 72 على "مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تزيد على ثلاثة آلاف دينار كويتي أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من صدر منه سب أو قذف أو إهانة لأحد مزاولي المهنة في أثناء تأدية عمله أو بسببها..".

ونلاحظ هنا قسوة الجزاءات المقررة سواء فيما يخص الاعتداءات اللفظية أو الجسدية لبشاعة الجرم المرتكب في حق مزاولي مهنة الطب رغم ما يبذلونه من جهود لصالح الصحة العامة والتخفيف عن المرضى وعلاجهم.

(1) نصت المادة 17 من القانون رقم 25 لسنة 1981 بشأن مزاولة مهنة الطب البشري على " تتشأ لجنة تسمى لجنة التراخيص الطبية تختص بالنظر في طلبات الترخيص بممارسة المهن المنصوص عليها في هذا القانون ولهذه اللجنة أن تتخذ الإجراءات اللازمة للتحقق من كفاية الطالب الفنية والسلوكية والخلقية عند طلب الترخيص أو تجديده. ويصدر وزير الصحة العامة قراراً ببيان تشكيل هذه اللجنة وإجراءات العمل بها والأغلبية اللازمة لانعقادها وإصدار قراراتها ".

ويعتبر تقرير تلك الجزاءات بمثابة ضمانه جديدة لمزاولي المهنة، حيث لم يرد النص في القانون الملغي رقم 25 لسنة 1981 بشأن مزاولة مهنة الطب على جزاءات مماثلة أو أي إجراءات من شأنها أن تمنع أو تجزيم أي اعتداء على مزاولي مهنة الطب كتلك التي حملتها نصوص القانون الحالي رقم 70 لسنة 2020.

♦ الفرع الثالث: تقرير حقوق المرضى

وازن قانون مزاولة مهنة الطب الحالي بين حقوق الأطباء والمرضى، فلم يغفل عن تقرير جملة من الحقوق لمتلقي الرعاية الصحية أو الخدمات الطبية المختلفة. وليس أدل على ذلك من النص على تقرير حق المريض في تبصيره بحالته الصحية وطبيعتها وأسبابها ومضاعفاتها بدقة وأمانة⁽¹⁾، إضافة لحق المريض في الحصول على تقرير طبي مفصل أو مختصر لحالته الصحية⁽²⁾، والحصول على المعلومات المتعلقة بالخدمات الطبية التي تقدمها المنشأة وتكلفتها المالية التقريبية⁽³⁾، وحقه في كتمان أسراره الطبية التي

(1) نصت المادة 27 على " للمريض الحق في تبصيره بكل أمانة ودقة بكل ما يتعلق بحالته الصحية وفقاً لما نصت عليه المادة 10 من هذا القانون، وعلى الطبيب تحري الدقة والصدق والأمانة في إخباره بالحالة المرضية وطبيعتها ومراحلها وأسبابها ومضاعفاتها المحتملة غير النادر حدوثها والإجراءات التشخيصية والأساليب العلاجية وفوائدها وخاطر كل منها، وتعريفه بالبدائل المناسبة والخيارات المتاحة بطريقة لائقة ومبسطة وواضحة، وذلك بالقدر الذي تسمح به حالته الجسدية والنفسية، وإذا طرأت مستجدات تستدعي اتخاذ قرارات جديدة يجب إعلان المريض أو من يمثله قانوناً بها، وفقاً لما تقتضيه ظروف الحال فيما عدا الحالات الطارئة ".

(2) نصت المادة 28 على "...، ويحق للمريض أو من يمثله قانوناً طلب الحصول على تقرير طبي مفصل أو مختصر وذلك وفقاً للغرض من التقرير...".

(3) نصت المادة 33 على " للمريض أو من يمثله قانوناً الحق في: 1- الحصول على المعلومات المتعلقة بالخدمات الطبية التي تقدمها المنشأة الصحية المعنية، وعن التكاليف المالية التقريبية المتوقعة لعلاج، والمبالغ التي تتحملها الجهات الضامنة لهذه التكاليف. 2- الحصول على الخدمات الطبية المتوفرة في المنشأة الصحية من قبل فريق طبي متخصص ومؤهل علمياً وعملياً ومهنياً طبقاً للقوانين واللوائح والقرارات المعمول بها. 3- معرفة أماء ووظائف ودور كل من يقوم بعلاجه ورعايته من الأطباء أو غيرهم من مزاولي المهن المساعدة. 4- معرفة خطة علاجه الموضوعية من قبل الفريق الطبي المعالج وتاريخ نقله وخروجه من المنشأة الصحية وكيفية متابعة حالته الصحية أثناء مراجعته الدورية بعد الخروج من المنشأة. 5- الحصول على بيئة صحية آمنة وفاعلة داخل المنشأة الصحية خلال فترة تلقيه الخدمات الطبية من قبل مزاولي المهنة. 6- الحصول على خدمات الترجمة المتاحة على نفقة المنشأة الصحية في الأحوال التي تستدعي ذلك ".

يطلع عليها الطبيب⁽¹⁾.

ويعتبر حق المرض في إبداء التوجيهات المسبقة بشأن القرارات المتخذة لحالته الصحية من أهم الحقوق التي قررها له القانون رقم 70 لسنة 2020، وكما يكون له منح الموافقة المستتيرة على أي إجراء أو تدخل طبي يخضع له؛ يحق له كذلك رفض منح الموافقة المستتيرة دون أسباب، فنصت المادة 30 على "للمريض الحق في رفض الموافقة المستتيرة أو التوجيهات المسبقة أو العدول عنها في أي وقت دون الحاجة لبيان السبب، ويجب على الفريق الطبي وإدارة المنشأة الصحية احترام إرادته وإثبات ذلك في ملفه بعد إعلامه بالعواقب...".

فيأتي تقرير تلك الحقوق للمرضى بعد أن خلا القانون رقم 25 لسنة 1981 من أي نص عليها أو جزاءات على الإخلال بها، لذلك فإن تقرير تلك الحقوق في القانون الحالي لمزاولة مهنة الطب يعد من الأمور الإيجابية التي تحسب لهذا التشريع الجديد وهنا يطرح السؤال التالي / هل يعتبر القانون الجديد مثالي فيما يتعلق بحقوق وواجبات الطبيب وهل خلا القانون الجديد من الانتقادات والشوائب وما هي عوامل الضعف التي قد تجعل من هذا القانون سبباً للتححرر من مسؤوليه ان على مستوى الاطباء او المرضى.

○ المبحث الثاني: الانتقادات الموجهة للقانون رقم 70 لسنة 2020 في

القانون الكويتي

بعد أن تحدثنا في المبحث السابق عن الإيجابيات التي استحدثها قانون مزاولة مهنة الطب الحالي مثل النص على إنشاء جهاز المسؤولية الطبية وتقرير عقوبات جزائية حال الاعتداء على أي من مزاولي مهنة الطب أو المهن المعاونة لها، وكذلك النص على طائفة من حقوق المرضى؛ لم يتبقى إلا محاولة البحث بين نصوص هذا القانون الجديد عن بعض نقاط الضعف أو المشاكل المحتملة التي من الممكن أن تصحب تطبيقه في الواقع العملي، أملاً في لفت نظر المشرع الكويتي إليها ومحاولة علاجها وتلافيها إما بتعديل تشريعي إن أمكن أو في اللائحة التنفيذية المنتظر صدورها.

(1) نصت المادة 13 على " يحظر على مزاول المهنة أن يفشي سراً خاصاً بالمرضى سواء أكان هذا السر قد نمى إلى علمه أم اكتشفه من خلال مزاولة مهنته، ام كان المريض قد ائتمنه عليه، أم سمع به من غيره...".

لذلك ارتأينا أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين فرعيين، نخصص أولهما للحديث عن المشكلات العملية المتوقعة من وراء تطبيق النصوص القانونية الخاصة بوجوب حصول الأطباء على موافقة المريض المستنيرة، في حين نحاول في المبحث الثاني مناقشة الجوانب الخاصة بعمليات التجميل من الناحية القانونية والقضائية، ومحاولة الربط بينها وبين النصوص القانونية الواردة بقانون مزاولة مهنة الطب الحالي.

• المطلب الأول: المشاكل العملية للحصول على الموافقة المستنيرة

سبق أن أسلفنا أن قانون مزاولة مهنة الطب رقم 70 لسنة 2020 قد أفرز مجموعة من الحقوق الأساسية للمرضى، وتأتي الموافقة المستنيرة على رأس تلك الحقوق. إلا أن الحصول على موافقة المريض المستنيرة قد يعيقها بعض الإشكاليات العملية المتعلقة بالحصول عليها وإثباتها، ذلك أن الطبيب قد يقوم بالحصول على الموافقة المستنيرة من المريض أو من غيره ممن حددتهم المادة 11، وبعد أن يتحقق كذلك من قدرة المريض الذهنية وإدراكه وفقاً للمادة 12 من القانون، إلا أنه في بعض الحالات الطارئة قد لا يكون في مقدور الطبيب الحصول على تلك الموافقة وإلا تعرضت حياة المريض للخطر، لذلك نجد أن المادة 11 قد أضافت حكماً خاصاً بتلك الحالة، فنصت على "وإذا تعذر الحصول على موافقة المريض أو من يمثله قانوناً في الوقت المناسب في حالات الحوادث أو الطوارئ أو الحالات الحرجة التي تستدعي تدخلاً طبياً بصفة فورية أو ضرورية لإنقاذ حياة المريض أو عضو من أعضائه أو تلافى ضرر أو خطر بالغ ينتج من تأخير التدخل الطبي فيتعيّن على الطبيب إجراء العمل الطبي دون الحصول على تلك الموافقة".

إلا أن ذات المادة قد استكملت في الفقرة الأخيرة النص على وجوب رفع الأمر إلى مدير المنشأة الطبية عند تعذر الحصول على موافقة المريض، فنصت على "وفي جميع الأحوال إذا تعذر الحصول على الموافقة وفقاً لأحكام هذا القانون يرفع الطبيب المباشر للحالة الأمر لمدير المنشأة لاتخاذ القرار المناسب وبما يراعي مصلحة المريض".

فيثور التساؤل الخطير عند توافر إحدى حالات الطوارئ، فهل يقوم الطبيب بالبدء في إجراء العمل الطبي اللازم دون الحصول على الموافقة، أم ينتظر إلى حين رفع الأمر إلى

مدير المنشأة الطبية لاتخاذ القرار المناسب، والذي قد يتأخر في حين أن حياة المريض قد لا تحتمل التأخير لدقيقة واحدة.

فلا يخفى أن هذا الأمر يمثل أحد نقاط الضعف التي اعترت القانون رقم 70 لسنة 2020 والتي يمكن أن تؤدي إلى تحميل الطبيب المسؤولية المدنية والجزائية نتيجة تدخله الطبي لإنقاذ حياة مريض تعرض لحادث خطير أو حالة طارئة كان من شأنها أن تؤدي بحياته أو تتسبب في خسارته عضو من أعضائه، دون رفع الامر إلى مدير المنشأة الطبية أو عجزه عن إثبات ذلك.

الأمر الثاني يتعلق بإثبات حصول الطبيب على موافقة المريض المستتيرة بشأن التدخل الطبي أو العلاجي، ذلك أن المادة 12 من القانون قد نصت على "يجب على الطبيب التحقق من قدرة المريض الذهنية قبل الحصول منه على الموافقة المستتيرة أو إبداء التوجيهات المسبقة بشأن القرارات المتعلقة بصحته...".

واستكملت المادة بوجود أن يتثبت الطبيب من الآتي "1- أن يكون المريض واعياً ومدركاً للزمان والمكان ولهويته الشخصية وهوية من يحيطون به. 2- أن يكون المريض قادراً على فهم واستيعاب طبيعة المرض والخيارات المتاحة للعلاج والمضاعفات المعروفة والمحتملة لكل خيار من الخيارات العلاجية، وذلك بما يتناسب مع سنه ودرجته التعليمية وطبيعة عمله". وأضافت المادة أن تخلف أي من هذين الشرطين لا يمكن معه الحصول على أي موافقة المريض.

"وفي جميع الأحوال يلتزم الطبيب بالقيام بهذا التقييم والإجراء في حضور شاهدين من الأطباء أو مزاولي المهن المساعدة لمهنة الطب وأن يثبت ذلك في ملف المريض الطبي".
فمع تلك النصوص يمكن القول إن إثبات الطبيب الحصول على موافقة المريض في ملفه الطبي وإجراء التقييم الخاص بوعي المريض واستيعابه قبل الحصول على موافقته لا يُعد كافياً لإثبات حصوله على تلك الموافقة فعلاً، حيث إن إثبات الطبيب حصوله على موافقة المريض في الملف الطبي من الممكن ألا يُعد حجة على المريض عند الإنكار، وذلك لعدم وجود توقيع منسوب إلي المريض على الملف، كما أن التعويل على شهادة اثنين من الأطباء أو مزاولي المهن المساعدة قد يتعرض للطعن فيه من قبل المريض كذلك.

كل تلك العوامل قد تتسبب في وجود تهديدات جدية لمزاولة مهنة الطب وقد أغفل القانون الحالي تنظيمها، فيمكن أن تؤدي إلى وقوع الطبيب تحت طائلة القانون رغم حرصه الشديد على الالتزام بأحكامه، لذلك فيعول على صدور اللائحة التنفيذية لتنظيم تلك المسائل والتفاصيل الدقيقة لحفظ حقوق المريض وحماية مزاولي المهنة في ذات الوقت.

فما زالت الحاجة ماسة إلى تنظيم يعتمد على تبصير المريض وذويه بحالته والآثار التي تترتب على العلاج أو التدخل الجراحي وذلك وفق إقرار مكتوب يوقعون عليه، مع الالتزام بهذا الإقرار بشكل صارم، وألا يكون مجرد نسخة مطبوعة لكل الحالات، بل لكل حالة بظروفها ومضاعفاتها التي تختلف بين كل عملية وأخرى أو علاج وآخر، وبصفة عامة يجب ألا يكون الإقرار مبهماً مجهلاً غامضاً خالياً من بيان وافٍ للعملية والإجراءات المتبعة قبل وحال وبعد إجرائها وماهية المضاعفات المحتملة التي تترتب عليها بما يمكن معه القول بأن المريض قد أحاط بكل شيء عنها من احتمالات فشل أو نجاح أو مضاعفات.⁽¹⁾

فبشأن اشتراط أن يكون إقرار الموافقة الصادر من المريض مشتملاً على بيان وافٍ للعملية والإجراءات المتبعة قبل وحال وبعد إجرائها وماهية المضاعفات المحتملة التي تترتب عليها، وألا يكون نسخة مطبوعة تستخدم من الطبيب عند كل تدخل طبي للحصول على موافقة مرضاه نجد أن الأحكام القضائية كان لها الفضل في إرساء هذا المبدأ، فقد تقرر أنه " لا ينال من قيام المسؤولية في جانب الطبيب توقيع المريض قبل إجراء العملية على إقرار بالموافقة على إجرائها وقبول مضاعفاتها، ذلك أن الإقرار الموقع عليه من المريض نسخة مطبوعة ومبهماً مجهلاً غامضاً خالياً من بيان وافٍ للعملية والإجراءات المتبعة قبل وحال وبعد إجرائها وماهية المضاعفات المحتملة التي تترتب عليها بما يمكن معه القول بأن المريض قد أحاط بكل شيء عنها من احتمالات فشل أو نجاح ومضاعفات، سيما وأن الأوراق قد خلت من حالة الضرورة أو الاستعجال التي قد تحول دون ذلك البيان، ومن ثم فإن هذا الإقرار لا يدل بذاته على توافر الإرادة الحرة للمريض برضائه بالعملية وما ينجم عنها من مضاعفات"⁽²⁾. وبالتالي

(1) د. سعد أنور زغول الحمادي، أحكام مزاوله مهنة الطب، المسؤولية الطبية واختلافها بالنسبة لطبيب التجميل، تأمين الأطباء وأعاونهم من المسؤولية الطبية وغيرها من مخاطر المهنة، الكويت، 2020، ص354.

(2) الطعن بالتمييز رقم 1455 لسنة 2013 مدني/2، جلسة 2015/10/26.

كان على المشرع الكويتي التدخل لتنظيم إجراءات الحصول على الموافقة المستنيرة من المريض بما يسهل إثباتها عند أي نزاع.

• **المطلب الثاني: التنظيم القانوني لعمليات التجميل**

ساد الجدل الفقهي لفترة حول مدى اعتبار عمليات التجميل من الأعمال الطبية من عدمه، ذلك أن طبيعة تلك العمليات التجميلية تعوزها الضرورة في غالب الأحيان، فهي لا تستهدف العلاج وتسكين الألم كغيرها من العمليات الجراحية والتدخلات الطبية الأخرى، ولكنها تستهدف تحسين الصورة أو المظهر الخارجي لجسم الإنسان.

إلا أن هذا الحكم لا ينبغي تعميمه على كافة الحالات، فلا يمكننا أن ننكر أن عمليات التجميل يمكن أن تمثل في بعض الأحيان ضرورة ملحة للمريض للحفاظ على صحته البدنية أو النفسية.

بادئ ذي بدء نجد أن قانون مزاولة مهنة الطب قد عرف العمليات التجميلية بأنها "الجراحات والتدخلات التي يكون الغرض منها تحسين شكل أو قوام الإنسان بناءً على رغبته ووفق طلبه وبما تسمح به الأصول والقواعد الطبية ومستجداتها وأخلاقيات المهنة وآدابها".

وقد عرّفها المشرع اللبناني في القانون رقم 30 تاريخ: 2017/02/10، كالآتي:

"التجميل الطبي هو مجموعة أعمال طبية تهدف إلى تحسين مظهر الشخص الخارجي بما فيها التخفيف من آثار الشيخوخة وتأخيرها ويقصد بها حصراً لأغراض هذا القانون:

1. إزالة الشعر وعلاجات البشرة ومشاكلها، بمختلف أنواع الأشعة لا سيما بواسطة آلات

LASER و IPL.

2. زرع الشعر على مختلف تقنياته.

3. تقشير البشرة العلاجي بمستوياته المتوسطة والعميقة (2-3 peeling)

4. التحفيف بواسطة آلات تهدف إلى تكسير الخلايا الدهنية في الجسم (lipolysis).

5. حقن الجلد والجسم والوجه خاصة بهدف إزالة التجاعيد أو زيادة الحجم أو تصغيره

بواسطة الإبر بمواد مسموح بها علمياً، ومرخصاً بها من وزارة الصحة العامة.

6. أي أعمال أو طرق علاجية تجميلية طبية أخرى قد تظهر مستقبلاً ويتطلب القيام بها مهارة طبية وعلمية متخصصة، على أن تحدد هذه الطرق بموجب قرار يصدر عن وزير الصحة العامة بناء على اقتراح المدير العام للوزارة بعد استطلاع رأي نقابتي الأطباء في لبنان⁽¹⁾.

كما قامت هيئة الصحة بدبي، في سياق إدارة التنظيم الصحي، بوضع معايير خدمات التجميل غير الجراحية، وذلك لمساهمتهم في تحسين جودة وسلامة خدمات الرعاية الصحية المقدمة في المنشآت الصحية التابعة لهيئة الصحة بدبي، حيث تحدد هذه المعايير المتطلبات الواجب توافرها في المنشآت الصحية ومتطلبات منح امتياز تقديم هذه الخدمات للمهنيين الصحيين. وقد وضحت هذه المعايير الأجزاء الرئيسية التالية: المتطلبات الواجب توافرها في المنشأة الصحية، مسؤوليات الإدارة، المتطلبات الواجب توافرها في المهنيين الصحيين، متطلبات التدريب، منح امتيازات الإجراءات التجميلية غير الجراحية، سلامة الجهاز الطبي، التقييم / فحص المريض والموافقة الكتابية، العلاج ومتابعة الرعاية، جمع البيانات ومؤشرات الأداء الرئيسية. كما ألزمت المهنيين الصحيين بالاستماع والاستجابة إلى مخاوف المريض وتفضيلاته، تزويد المريض بالمعلومات المطلوبة على نحو مفهوم، احترام حقوق المرضى في الوصول إلى قرارات حول عالجهم ورعايتهم، تقديم الدعم اللازم بما يضمن مساعدة المرضى في العناية بأنفسهم والمحافظة على الصحة العامة، التأكد من اتخاذ القرارات الصحيحة للعلاج وتوثيقها ومراعاة الخيارات المطروحة للعلاج والمخاطر والنتائج المتوقعة، فضلاً عن تقديم الدعم المعنوي اللازم للمريض مع شرح التوقعات والاحتمالات الحقيقية للنتائج بعد الإجراء، مع الالتزام بإجراءات السلامة وإعطاء الوقت الكافي للاستشارات الطبية وفحص النتائج. زد على ذلك أنه يجب الحصول على الموافقة الكتابية من قبل المريض قبل تنفيذ الإجراءات التجميلية غير الجراحية في المنشأة الصحية، فلا يجوز القيام بإجراءات

⁽¹⁾ تنظيم تراخيص مراكز التجميل الطبية، تعريف النص: قانون رقم 30 تاريخ: 2017/02/10، عدد المواد: 14، عدد الجريدة الرسمية: 8 | تاريخ النشر: 2017/02/16 | الصفحة: 762-765، على موقع الجامعة اللبنانية-مركز المعلوماتية القانونية، على الرابط:

http://77.42.251.205/LawView.aspx?opt=view&LawID=269967#Section_281781

تجميلية غير جراحية لمن هم دون الثامنة عشر إلا إذا كانت هناك مبررات سريرية أو مرضية مع اخذ الموافقة الكتابية من قبل ولي الأم⁽¹⁾.

إلا أنه يجب في البداية أن نؤكد أن وجوب الحصول على الموافقة المستنيرة من المريض هو شرط جوهري وأساسي يتعين مراعاته قبل إجراء أي تدخل طبي، سواء كان إجراءً طبياً وأو جراحياً ضرورياً أو عملية تجميلية⁽²⁾. وقد نصت المادة 23 من قانون مزاوله مهنة الطب أنه " تخضع كافة العمليات الجراحية والتدخلات الطبية وفقاً للنوع والتخصص والحالة للشروط والمعايير التي يحددها الوزير بقرار منه حسب الحاجة لذلك... " واستكملت "... على أن يلتزم ممارس الجراحات والتدخلات التجميلية بمباشرة إجراءاتها وفقاً لتخصصه المرخص له به، وأن يكون مؤهلاً لذلك وفقاً للاشتراطات والضوابط التي تنظمها ويصدر بها قرار خاص بذلك من الوزير، ويجب في جميع الأحوال الحصول على الموافقة المستنيرة من المريض كتابة مرفقاً بها الرسومات والصور والمقاييس وكافة المستندات ذات الصلة بالمتفق على إجراءه، ويكون التزامه هو بذل العناية الحريصة".

وبالبحث بين مواد القانون الجديد عن تنظيم خاص بعمليات التجميل لم نعثر -بخلاف ذلك- على أحكام خاصة بالعمليات والتدخلات التجميلية، بما يُرجح معه أن المشرع قد قصد أن تُطبّق بشأنها الأحكام الخاصة بالأعمال الطبية عموماً.

وأمام شح التنظيم القانوني لمثل تلك التدخلات الطبية غير الملحة أو غير الضرورية في نظر البعض كان اختيارنا للحديث عن تلك النقطة ضمن هذا المبحث، والانتقال إلى الجانب القضائي لاستقراء ما استقرت عليه الآراء وأحكام المحاكم، فنجد أن الأحكام القضائية قد دارت حول نقطتين رئيسيتين: الأولى درجة العناية المطلوبة من جراح التجميل، والأمر الثاني مسألة عبء الإثبات.

(1) معايير خدمات التجميل غير الجراحية، هيئة الصحة بدبي، في سياق إدارة التنظيم الصحي، 2018، على موقع حكومة دبي، الرابط: <https://www.dha.gov.ae/Documents/others>

(2) قضت محكمة التمييز في حكم لها أن "ما لحق بالطاعن على النحو المبين بالتقريرين كان مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بالجراحة التجميلية التي أجراها له المطعون ضده الثاني دون إحاطة الطاعن بتحديد المضاعفات المحتملة لها تحديداً دقيقاً في جراحة غير ملحة، الأمر الذي يقيم الخطأ قبله وبالتالي المستشفى المطعون ضدها الأولى التابع لها، وهو ما يكون معه ملزماً بتعويضه عن الأضرار المادية

والأدبية التي لحقت به من جراء ذلك ". الطعن بالتمييز رقم 312 لسنة 2015 مدني/1، جلسة 2018/2/5.

فبشأن درجة العناية المطلوبة من جراح التجميل كانت الاحكام القضائية قد سبقت النصوص القانونية في اشتراط بذل الطبيب عناية خاصة في عمليات التجميل، بمعنى أن درجة العناية المطلوبة وإن لم تصل إلى تحقيق النتيجة فإنها قد اتخذت مرتبة أعلى من بذل العناية، لئیسأل طبيب أو جراح التجميل إن قصر في بذل العناية الحريصة.

فقد قضت محكمة التمييز أن " جراح التجميل كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية، إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى، اعتباراً بأن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسمه وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر"⁽¹⁾.

وظلت المحاكم تطبق مسؤولية طبيب التجميل على تلك الصورة إلى أن صدر قانون مزاولة مهنة الطب رقم 70 لسنة 2020، والذي أتى بنص صريح يوافق اتجاه القضاء ويقرر التزام طبيب التجميل ببذل العناية الحريصة⁽²⁾.

أما بشأن عبء الإثبات الثقيل دوماً يمكننا القول إن هذا الأمر من الممكن أن يمثل أحد أبرز نقاط النقد التي ستوجه إلى القانون الجديد، إذ افتقر القانون لتنظيم تلك المسألة، وبالتالي فإن الفصل فيها يكون وفقاً لقواعد الإثبات العامة، والتي من الممكن أن تعد مرهقة لطرفي أي نزاع طبي.

لذلك فإن جهاز المسؤولية الطبية سيكون عليه العبء الأكبر عند البحث والتحقيق لإثبات وجود مسؤولية في حق الطبيب من عدمه، وبالتالي صدور حكم القضاء على أساس ذلك. إلا أنه وبالبحث في اتجاه القضاء الكويتي بهذا الشأن نجد أن أحكام محكمة التمييز قد استقرت على تحميل الطبيب بعبء الإثبات، بمعنى أن المريض إذا أنكر بذل الطبيب للعناية الواجبة أثناء أداء عمله مما تسبب له في حدوث أضرار، فإن عبء إثبات عكس ذلك ينتقل إلى الطبيب⁽³⁾.

(1) الطعن بالتمييز رقم 1402 لسنة 2012 مدني/1، جلسة 2015/4/6.

(2) نصت المادة 23 من قانون مزاولة مهنة الطب الحالي في نهايتها عطفاً على التزامات طبيب التجميل على " ويكون التزامه هو بذل العناية الحريصة".

(3) الطعن بالتمييز رقم 1402 لسنة 2012 مدني/1، جلسة 2015/4/6.

وذهب القضاء المصري إلى أن المريض إذا أثبت واقعة ترجح إهمال الطبيب فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه، فينتقل عبء الإثبات بمقتضاه إلى الطبيب⁽¹⁾.

لذلك فإنه مما يؤخذ على قانون مزاوله مهنة الطب تفويته فرصة تأسيس قواعد خاصة بإثبات حصول الخطأ الطبي بشكل عام تيسيراً على الطرفين ولمصلحة الفصل في تلك القضايا.

وفي هذا السياق، وفي حكم قضائي بارز، قضت محكمة التمييز بتعويض مواطن بـ 5 آلاف دينار بسبب عدم إبلاغ طبيبه له بتداعيات عملية التجميل التي أجراها وآثارها. كما أكدت محكمة التمييز المدنية برئاسة المستشار فؤاد الزويد، مسؤولية الطبيب القانونية تجاه المريض، إذا لم يبلغه ويخطره كتابة عن مخاطر وآثار العملية في الجراحات التجميلية. وقالت المحكمة، في حيثيات حكمها، إن عدم إبلاغ وإخطار المريض بآثار العملية ونسبة نجاحها ومضاعفاتها، وإن كان امراً لا يرقى إلى الخطأ المرتب للمسؤولية في حالات العمليات الجراحية العلاجية، إلا أنه في حالة العمليات التجميلية، والتي لا يلجأ إليها مجريها إلا رغبة في نتائج معينة لتحسين حالته من الناحية الشكلية، فإن لم يطلع على مخاطرها عد ذلك خطأ يرتب مسؤولية الطبيب. وأضافت المحكمة، بعدما ألزمت أحد المستشفيات الخاصة تعويض مواطن بمبلغ خمسة آلاف دينار، بسبب عدم إبلاغ المريض بتداعيات عملية التجميل وآثارها - أن المقرر، في قضاء هذه المحكمة، أن مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض لعلاجها هي مسؤولية عقدية، والطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه، بشفاؤه أو بنجاح العملية التي يجريها له، لأن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة، وإنما هو التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق - في غير الظروف الاستثنائية - مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية، التي أحاطت بالطبيب المسؤول، وجراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها، إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال

(1) الطعان بالنقض رقمي 15692، 12422 لسنة 82 قضائية، جلسة 2013/3/19، مصر.

الجراحات الأخرى، باعتبار أن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسده، وإنما إصلاح تشوه لا يعرض حياته لأي خطر أو أكثر⁽¹⁾.

○ الخاتمة

ان مهنة الطب هي مهنة انسانية واخلاقية وعلمية مقدسة ,ولها اهمية دائمة وينشا عنها علاقة ما بين الطبيب والمريض هي انسانية بطبيعتها , قانونية بمضمونها , تفرض على الطبيب الاهتمام بالمريض وعمل كل ما يلزم من اجل علاجة وايضا بذل العناية التي تفرضها عليه مهنته كطبيب لذا اتضح بعد هذا العرض السريع تلك الضرورات التنموية والمهنية الملحة التي دفعت بالمشرع إلى الاستجابة للتطورات المتلاحقة والسريعة التي شهدها العالم في نظم تقديم الرعاية الصحية ومقوماتها وعناصرها المختلفة، والتي مثلت مبرراً لصدور القانون رقم 70 لسنة 2020 بشأن مزاوله مهنة الطب والمهن المساعدة لها وحقوق المرضى والمنشآت الصحية.

فقد حمل القانون الجديد تنظيماً جديداً لإجراءات التحقيق مع مزاولي مهنة الطب واستدعائهم على خلاف القانون الملغى والذي تسبب تطبيقه في جملة من المصاعب التي واجهت مزاولي المهنة.

كما أنشأ كياناً معنوياً جديداً يختص بإبداء الرأي الفني في كافة الموضوعات التي تعرض عليه من خلال الشكاوى والبلاغات والمحاضر والتقارير والقضايا والدعاوى المتعلقة بالأخطاء الطبية والمخالفات المهنية المرتكبة من قبل مزاولي المهنة، مما سيساهم بلا شك في تسريع وتيرة الفصل في الدعاوى القضائية المتعلقة بالأمر الطبي الفنية.

كما أن النص على حقوق المرضى وطائفة المحظورات على مزاولي مهنة الطب قد ساهم في تشكيل معيار أكثر ثباتاً للمسئولية المدنية والجزائية لمزاولي المهنة.

(1) صحيفة الجريدة، محكمة التمييز: عدم إخطار طبيب التجميل للمريض بمخاطر العملية خطأ يثير مسؤوليته، تاريخ النشر: 2021-07-27، تاريخ الزيارة: 2021-8-16، على موقع الجريدة، على الرابط:

https://www.aljarida.com/articles/1627314982316328900/?utm_campaign=nabdapp.com&utm_medium=referral&utm_source=nabdapp.com&ocid=Nabd_App

إلا أن القانون الحالي ربما قد شابته بعض مواطن الضعف في تنظيم أمور الإثبات الخاصة بمسئولية الطبيب، وكذلك تنظيم الحصول على الموافقة المستنيرة من المريض قبل التدخل الطبي او العلاجي، وقد حاولنا تسليط الضوء عليها في المبحث الثاني من هذه الدراسة أملاً أن نجد لصوتنا صدى عند إصدار اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

♦ اولا: النتائج

- 1- ان الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب بإجراء العمليات التجميلية الحديثة التي تتطوي على خطورة أكبر يجب ان تبذل عناية خاصة ومشددة على خلاف الطبيب العادي.
- 2- ان المشرع الكويتي في ظل القانون الجديد لم ينص صراحة على المسؤولية المدنية للطبيب في قواعد خاصه، بل ترك امرها للقواعد العامة في النصوص القانونية التي تنظم امرها كما ولم يتعرض لمسؤولية الطبيب المدنية في قرارات ولوائح خاصه تنظم عمل الطبيب.
- 3- ان المشرع الكويتي لم يتطرق ابدا الى التطور الذي اخذت بها التشريعات الاوروبيه وخاصة الفرنسيه فيما يتعلق التدخل الجراحي الالي (الروبوت) والمسؤولية المترتبة عن الخطأ الذي ينشأ عنها.
- 4- القانون الجديد لم يتطرق ابدا الى التشخيص الالي وهو ما يعرف في فرنسا بالذكاء الاصطناعي الطبي الذي يكشف من خلاله عن حالة المريض.
- 5- الصحيفة الالكترونيه او ما يعرف بالشريحة الالكترونيه المواكبة لحالة الانسان المرضيه.

♦ ثانيا: التوصيات

- وفي نهاية البحث ولحمية أكثر للمريض دون ظلم الأطباء، نقترح مجموعة توصيات:
- تعديل القانون الجديد بحيث يكون اكثر تخصصا في المسؤولية المدنية للطبيب، وأكثر فعالية لتنظيم مهنة الطب.
- تفعيل التأمين لدى الطبيب في ظل القانون الجديد حفاظاً على حقوق المرضى، وضماناً للعمل على توفير الحرية اللازمة للأطباء.

- تعديل القانون بحيث يلزم الأطباء بتحديث معرفتهم العلمية في مجال مهنة الطب من خلال المؤتمرات التي تواكب التطور العلمي والتكنولوجي الحديث.
- تعديل القانون بنص يتعلق بنظام تعويض المرضى عن الحوادث والأخطاء الطبية ومخاطر المهنة، على غرار ما يأخذ به القانون الفرنسي في إطار تعويض حوادث العمل، على أن يقوم هذا النظام على أساس فكرة التضامن الاجتماعي وليس على فكرة المسؤولية.
- تعديل القانون الجديد بشكل يواكب الطفرة العلمية على سبيل المثال لا الحصر في قواعد التطبيق عن بعد بواسطة الانترنت، ومعالجة أخطاء الروبوت الجراحي «الإنسان الآلي» مثلما نصت عليه قوانين الاتحاد الأوروبي.
- تعديل القانون لمواكبة نظام التطبيق عن بعد بواسطة الانترنت وقصور القانون الحالي بشكل تام في مواكبة التطور التكنولوجي بهذا الملف.
- غياب النص في استعمالات الروبوت الجراحي .الانسان الآلي في المجالات الطبية وفقا للدراسات الطبية في التشريعات المقارنة والأصل التاريخي لهذا الذكاء الصناعي.
- تحديد وشرح للمسؤولية المدنية للروبوت الجراحي - الذكاء الاصطناعي وفقا لنصوص القانون الأوروبي الصادر سنة 2016.

○ المراجع:

◆ الكتب والمؤلفات:

- سعد أنور زغلول الحمادي، أحكام مزاوله مهنة الطب، المسؤولية الطبية واختلافها بالنسبة لطبيب التجميل، تامين الأطباء وأعاونهم من المسؤولية الطبية وغيرها من مخاطر المهنة، الكويت، 2020، ص354.
- منصور عمر المعاينة: المسؤولية المدنية والجنائية في الاخطاء الطبية، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، 2004.
- محمد عبد الكريم كرشيد: المسؤولية الطبية المدنية، صفاقس، مطبعة سوجيك، 2011.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام. المجلد الثاني، الطبعة الثانية الجديدة. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 1998.

- معاذ جهاد درويش: الخطأ الطبي في التشريع الفلسطيني ومسؤولية الإدارة المترتبة عنه، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة 2018.
- قوادري مختار: المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في الشريعة والقانون، جامعة وهران، الجزائر، 2010.
- غدير نجيب أبو الرب: المسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، فلسطين 2010.
- سجي حسن علوي: المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية في المستشفيات العامة، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، فلسطين 2018

♦ المراجع الأجنبية

- Michel HARICHAUX–RAMU, La responsabilité du médecin: Fautes se rattachant à l'exercice] collectif privé ou social de la médecine, Recueil Juris Classeur, Responsabilité civile, Vol 04, fasc 440–6, Technique Juris–Classeur, Paris, 1993, p 11.
- Sylvie DELORT, La responsabilité des chirurgiens, des anesthésistes et des établissements de santé, Thèse de doctorat en droit privé, Faculté de droit–Economie et sciences sociales, Université Panthéon–Assas (Paris II), Paris, 2003, p 182 et 183 –HANNOUZ (M. M), HAKEM (A. R), Précis du droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, O.P.U., Alger, 1993 p 60s, – REMY–GANON (Solen),
- La responsabilité complexe résultant de l'exercice pluridisciplinaire de la médecine (pour une restructuration de la responsabilité médicale), Thèse pour le doctorat en droit privé, Université Panthéon Sorbonne (Paris I), Paris, 2006..: <http://www.legifrance.gouv.fr> M. AKIDA, La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence, L.G.D.J, Paris, 1994, <http://www.legifrance.gouv.fr>

♦ القوانين :

- القانون رقم 49 لسنة 1960 في شأن المؤسسات العلاجية.
- القانون رقم 25 لسنة 1981 بشأن مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان والمهن المعاونة لهما.
- القانون رقم 70 لسنة 2020 بشأن مزاوله مهنة الطب والمهن المساعدة لها وحقوق المرضى والمنشآت الصحية.

♦ الأحكام القضائية:

- الطعن بالتمييز رقم 1455 لسنة 2013 مدني/2، جلسة 2015/10/26.
- الطعن بالتمييز رقم 312 لسنة 2015 مدني/1، جلسة 2018/2/5.
- الطعن بالتمييز رقم 1402 لسنة 2012 مدني/1، جلسة 2015/4/6.
- الطعن بالتمييز رقم 1402 لسنة 2012 مدني/1، جلسة 2015/4/6.
- الطعن بالنقض رقمي 15692، 12422 لسنة 82 قضائية، جلسة 2013/3/19، مصر.

♦ المواقع الإلكترونية

- <https://political-encyclopedia.org/dictionary>
- <http://www.uobabylon.edu.iq/uobcoleges/lecture.aspx?fid=9&lcid=48684>
- <https://political-encyclopedia.org/dictionary>
- <http://www.uobabylon.edu.iq/uobcoleges/lecture.aspx?fid=9&lcid=48684>
- https://www.aljarida.com/articles/1627314982316328900/?utm_campaign=nabdapp.com&utm_medium=referral&utm_source=nabdapp.com&ocid=Nabd_App

الدراسة التاسعة:

أهلية الموافقة على الأعمال الطبية في دولة الكويت

د. عبد المجيد خلف منصور العنزي⁽¹⁾

لجسم الإنسان حرمة ومعصومية تمنع التعدي عليه او المساس به دون موافقته ورضاه، ولكل شخص الحق في أن يعترض على أي مساس بجسده ويرفض الخضوع لأي إجراء طبي كالتحليل المخبرية والعمليات الجراحية وغيرها، باعتبار هذا الحق من حقوقه اللصيقة بشخصه⁽²⁾.

ولإباحة العمل الطبي في الحالات غير المستعجلة والضرورية يجب توافر ثلاثة شروط: أولها رضا المريض وموافقته على الإجراء الطبي، وثانيها أن يكون الطبيب مرخصاً له بمزاولة مهنة الطب، وأخيرها التزام الطبيب باتباع الأصول العلمية في الطب والالتزام بقواعد أخلاقيات المهنة.

لذلك يجب على الطبيب احترام إرادة المريض قبل القيام بأي عمل طبي في كل مرحلة من مراحل العلاج، بعد تبصيره بكل المعلومات المتعلقة بحالته الصحية والإجراءات الطبية الواجب إخضاعه لها وطرق العلاج المتاحة ومخاطرها والفوائد المرجوة منها. وحتى يكون الشخص قادراً على اتخاذ القرار بالموافقة على الأعمال الطبية أو رفضها، يجب أن يتمتع بالأهلية القانونية التي تسمح له بذلك، وإلا اعتبر قراره باطلاً، وتحمل الطبيب مسئولية إخضاعه للإجراء الطبي لعدم الاعتداد برضاه من الناحية القانونية.

⁽¹⁾ أستاذ مشارك - أكاديمية سعد العبدالله للعلوم الأمنية

⁽²⁾ Jean KARBINEER, Mazeaud (H.I.J) , Leçons de droit civil , Obligations, Paris, 1966, p.610-611-612.

وينبغي من حيث المبدأ أن يصدر الرضا من المريض نفسه طالما كان كامل الأهلية وحالته الصحية تسمح له بأن يعبر عن إرادته واتخاذ القرار السليم بشأن الإجراء الطبي، أما إذا كان المريض في حالة لا تسمح له بالتعبير عن إرادته لصغر سنه أو لحالته العقلية فيعتد بموافقة ممثله القانوني.

ولم يتضمن قانون مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان والمهن المعاونة لهما نصا يحدد أهلية الشخص للموافقة على الأعمال الطبية، وتحديد الأشخاص الذين يكون لهم اتخاذ القرارات المتعلقة بصحته نيابة عنه، وترك العاملين في الجسم الطبي أمام مجموعة من النصوص المتفرقة والآراء القانونية المتباينة التي أضافه إلى مهامهم مهمة أخرى وهي البحث عن السن التي يعتبر فيها الشخص أهلا للموافقة على الأعمال والإجراءات الطبية، خاصة وأن هذه السن والنصوص الضابطة لها تختلف باختلاف العلاقة القانونية التي تربط المريض بالطبيب أو بالمنشأة الصحية فيما إذا كانت من علاقات القانون العام أو تمت في إطار القانون الخاص.

ولتحديد طبيعة العلاقة القانونية التي تربط المريض بالطبيب أو بالمنشأة الصحية، والتعرف على أهلية الشخص للموافقة على الأعمال الطبية ومن لهم الحق في النيابة عنه، قسمنا هذه الدراسة لما يلي:

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للعلاقة الطبية

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بالطبيب في المنشآت الصحية العامة

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بالطبيب في المؤسسات العلاجية الخاصة

المبحث الثاني: أهلية الموافقة على الأعمال الطبية

المطلب الأول: أهلية المريض للموافقة على الأعمال الطبية في المنشآت الصحية العامة

المطلب الثاني: أهلية المريض للموافقة على الأعمال الطبية في المؤسسات العلاجية الخاصة

○ المبحث الأول: الطبيعة القانونية للعلاقة الطبية

العلاقة بين الطبيب ومريضه علاقة إنسانية قبل أن تكون قانونية، فالطبيب بالنسبة للمريض هو المنقذ والملخص من الآلام التي يشعر بها ومحل ثقة في الكشف على جسمه والمساس

به، والطبيب يتعامل مع مرضاه بدافع الرحمة بهم ويسخر علمه وخبراته ويبدل العناية اللازمة لشفاء مريضه⁽¹⁾.

واتصال الأعمال الطبية بجسم الانسان وما يقتضيه من احترام، جعلت من طبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة خاصة، تقيدها الأصول العلمية لمهنة الطب وقواعد وأخلاقيات المهنة، التي توجب عدم المساس بجسم المريض إلا بعد الحصول على موافقته أو موافقة ممثله القانوني، مع حق المريض بين قبول العلاج أو رفضه، وضرورة تبصيره بطبيعة مرضه والإجراءات الطبية الواجب إخضاعه لها والعلاجات المقترحة وأثار كل ذلك على حالته الصحية. ولتحديد الطبيعة القانونية للعلاقة التي تربط المريض بالطبيب أو المنشأة الصحية أهمية كبيرة في اعتبار العمل الطبي مباحا من عدمه، إذ يلزم لإباحة العمل الطبي في غير الحالات الطارئة موافقة المريض وقبوله للإجراء الطبي.

ولتحديد السن التي يعتبر الشخص ببلوغها كامل الأهلية للموافقة على الأعمال الطبية، يجب بداية التعرف على الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بالطبيب أو بالمنشأة الصحية والتي تتغير طبيعتها بحسب الموقع الذي نشأت فيه سواء كان مرفقا صحيا عاما أو في قطاع صحي خاص⁽²⁾. لذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأول منهما الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بالطبيب في المستشفيات والمراكز الصحية العامة، ونبين في الثاني طبيعة تلك العلاقة في المؤسسات الصحية الخاصة.

• المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بالطبيب في المنشآت الصحية العامة

تكفل دولة الكويت الرعاية الصحية المجانية لكل المقيمين على أراضيها من خلال المستشفيات والمراكز الصحية التي قامت بإنشائها لهذا الغرض، والتي تقدم فيها جميع أنواع الرعاية الطبية لمحتاجيها من خلال كوادرها الطبية والإدارية ابتداء من مرحلة التشخيص

⁽¹⁾ صفوان محمد شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 66.

⁽²⁾ Danièle CARRIBURU , Les transformations dans la relation médecin malade: mythes et réalités, Cahier français , n°324, 1/5/2005 , p.9

ووصولاً إلى مرحلة العلاج والتأهيل بما تتضمنها تلك المراحل من إجراء الفحوصات المخبرية والتصوير بأنواع الأشعة المختلفة وإجراء العمليات الجراحية وتقديم العناية للمرضى وتقديم العلاجات النفسية والفيزيائية اللازمة لتأهيلهم وضمان شفائهم⁽¹⁾.

وعلاقة كل من المريض والطبيب بالمستشفيات والمراكز الصحية العامة مردها إلى القانون، الذي تتضمن قواعده طبيعة حقوق وواجبات الطبيب والمريض ومدى المسؤولية المترتبة على كل منهما عند مخالفة أحكام القانون والقرارات المنفذة له.

وللتعرف على طبيعة العلاقة القانونية التي تربط المريض بالطبيب في المستشفيات ومراكز العلاج الحكومية، يجب بداية تحديد طبيعة علاقة الطبيب بالمنشآت الصحية العامة (الفرع الأول)، والتي يمكن من خلالها تحديد نوع العلاقة التي تربط المريض بالطبيب في تلك المنشآت (الفرع الثاني)

♦ الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعلاقة الطبيب بالمستشفيات والمراكز الصحية العامة

التزام الدولة بتوفير الرعاية الصحية لمواطنيها والمقيمين على أراضيها مصدره المادة 15 من دستور دولة الكويت والتي تنص على أنه: " تعني الدولة بالصحة العامة وبوسائل الوقاية والعلاج من الأمراض والأوبئة". وقد حرصت في سبيل تحقيق ذلك على إنشاء المستشفيات والمراكز الصحية الكافية لتشخيص كافة الأمراض والأوبئة وتقديم شتى أنواع العلاج للمصابين بها ووضع الخطط واتخاذ الإجراءات المناسبة للوقاية منها.

(1) افتتح أول مستوصف في الكويت في دار الاعتماد البريطانية وذلك في أكتوبر عام 1904، وكان يقدم خدماته للعاملين بالدار ولجميع سكان الكويت بالمجان، وأول مستشفى شيد هو مبنى الإرسالية الأمريكية عام 1913، ثم انشأت دائرة الصحة عام 1936 بافتتاح أول مستوصف حكومي للعلاج المجاني، تليه في العام 1949 افتتاح المستشفى الأميري ومستشفى الأمراض العصبية، ليبدأ بعدها افتتاح العديد من المستشفيات والمراكز الصحية منها: (مستشفى الأمراض الصدرية عام 1952، مستشفى الأمراض السارية 1954، مراكز مكافحة السل ومراكز رعاية الأمومة والطفولة عام 1955)، وشهدت فترة الثمانيات من القرن المنصرم تشييد العديد من المستشفيات والمراكز الصحية المتخصصة أبرزها: (مستشفى العدان، مستشفى مبارك الكبير، مستشفى الفروانية، مستشفى الجهراء، المستشفى الأميري الجديد، مركز جراحة السرطان، مركز الحساسية، مركز جراحة الكلى، الطب الإسلامي). انظر حول ما سبق: مشاعل عبدالعزيز الهاجري، نحو أطر تشريعية جديدة للمسؤولية الطبية في دولة الكويت: مراجعات لازمة.. مقترحات ممكنة وآمال طموحة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، العدد 4، الجزء 1، مايو 2019، ص 37-38.

وقد اضلعت وزارة الصحة للقيام بدور الدولة في توفير الرعاية الصحية للمرضى والعناية بالصحة العامة من خلالها كواردها البشرية من العاملين في مهنة الطب والمهن المعاونة لها والموظفين الإداريين لضمان السير بمرفق الصحة والعمل على تطويره. ويخضع العاملين في المستشفيات والمراكز الصحية التابعة لوزارة الصحة من أطباء وممرضين ومسعفين وإداريين في تنظيم شئونهم الوظيفية إلى القانون رقم 15 لسنة 1979 في شأن الخدمة المدنية ونظام الخدمة المدنية، وذلك باعتبار وزارة الصحة ضمن الجهات التي حددتها المادة 2 من قانون الخدمة المدنية المشار إليه⁽¹⁾. إذ يخضع الطبيب منذ بداية عمله في وزارة الصحة - سواء تم ذلك بالتعيين أو بالتعاقد⁽²⁾ - لما يخضع له غيره من الموظفين العموميين من الأحكام والقواعد والشروط الواردة في قانون ونظام الخدمة المدنية سواء المتعلقة بشروط التعيين أو تقييم الكفاءة أو النقل أو الندب أو الإعاقة أو الإجازات أو المحظورات، ولذات أسباب انتهاء الخدمة، في حين ينضم قرار مجلس الخدمة المدنية رقم 5 لسنة 2010 بشأن وظائف ومراتب الأطباء البشريين والأسنان الكويتيين، أنواع الوظائف الطبية وشروط شغلها وآليات الترقية فيها والبدلات والعلاوات المستحقة لشاغلها⁽³⁾.

كما يخضع الطبيب عند مباشرته لأعمال وظيفته للقرارات والتعاميم التي تصدرها وزارة الصحة وإدارة المستشفى أو المركز الذي يعمل به لتنظيم سير العمل وتحديد أوقات العمل والخفارات والمناوبات وشروط استقبال المرضى والإجراءات الواجب اتباعها عند ذلك. وكأصل عام يلتزم الطبيب أثناء مباشرته للحالات المرضية بقواعد أخلاقيات مهنة الطب والأصول العلمية التي يجب اتباعها في شأن المرض أو الحالة الصحية للمريض، وأن يجعل

(1) تنص المادة الثانية من قانون الخدمة المدنية على أنه: " في تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بالجهة الحكومية كل وزارة أو إدارة أو وحدة إدارية تكون ميزانيتها ضمن الميزانية العامة للدولة أو ملحقة بها"

(2) راجع المادة 15 من قانون الخدمة المدنية.

(3) محكمة التمييز الكويتية: الطعن رقم 508 لسنة 2001 إداري، بجلسة 2003/5/5. الطعن رقم 343 لسنة 2002 إداري، بجلسة 2003/3/31. الطعن رقم 217 لسنة 2003، بجلسة 2004/1/19. مشاعل عبدالعزيز الهاجري، نحو أطر تشريعية جديدة للمسؤولية الطبية في دولة الكويت، مرجع سابق، ص 39.

مصلحة المريض في مقدمة أولوياته باتخاذ ما يلزم من إجراءات طبية في سبيل سلامته وتخفيف الآلام التي يشعر بها.

وقد ظهر اتجاه معارض لفكرة اعتبار الطبيب موظفا عاما على أساس الاستقلال الذي يتمتع به الطبيب في ممارسة عمله الفني الذي لا يتصور معه تبعيته لشخص آخر ما لم يكن طبيبا مثله يستطيع أن يراقبه في هذا العمل⁽¹⁾، بحيث أنه إذا كان الطبيب لا يمارس عمله لحساب شخص آخر غير قادر على مباشرة سلطة التوجيه والإشراف عليه في عمله الفني فإنه لا يكون تابعا له⁽²⁾. كما ان الأطباء العاملون في المستشفيات الحكومية عادة ما يخضعون لأنظمة وظيفية خاصة تختلف عن تلك التي يخضع لها بقية موظفي الدولة⁽³⁾، مما يمكن معه القول بأن الطبيب في المستشفيات العامة لا يعد موظفا عموميا بالمعنى الدقيق، ولكن علاقته بالإدارة مردها إلى القانون العام⁽⁴⁾.

وبالرغم وجاهة هذا الرأي إلا أنه لا يمكن التسليم به، فمن المستقر في مجال المسؤولية المدنية، أنه يكفي لقيام مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه أن يؤدي التابع العمل لفائدة وحساب متبوعة أيا كانت الطريقة المتبعة في تكليفه بتلك الخدمة سواء كانت بموجب قرار إداري أو بالتطوع⁽⁵⁾، ومن ثم فإن اعتبار طبيعة علاقة الطبيب بالمستشفى العام أنها علاقة تنظيمية لا تحول دون نفي صفة التبعية عنه للمستشفى، علاوة على أن الوصف الفني لعمل الطبيب الذي يعمل في المستشفى العام لا يحول دون اعتباره تابعا للمستشفى طالما كانت لإدارة

⁽¹⁾ مازو وجوجلار، دروس القانون المدني، ج2/1، باريس، 1974، فقرة 487، ص 447. سليمان مرقس، التعليق على حكم نقض مدني مصري، بجلسة 1936/6/22، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 7، 1937، ص175. مشار إليهم من قبل أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب - مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، جامعة الكويت، 1986، ص 22.

⁽²⁾ Anne Marie DUGUET, La faute médicale a l'hôpital, Berger levrault 2eme éd 2000, p22.

⁽³⁾ عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، الموسوعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول (المسؤولية الطبية)، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، جامعة بيروت، منشورات حلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2004، ص 215.

⁽⁴⁾ Patricia Moreno, Le regime juridique de l'aléa, Thèse d'obtention du grade de docteur en droit, Université Parix X Nanterre, 2003, p98

⁽⁵⁾ آلان بينانبت، القانون المدني - الالتزامات، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، 2004، ص 390-391.

المستشفى سلطة الإشراف الإداري عليه بإصدار الأوامر والتعليمات إليه⁽¹⁾، والتي يخضع لها ويعمل بموجبها وإن كانت لا تتناول إلا النواحي الإدارية من عمله كتوزيع العمل بين الأطباء وتحديد مواعيده⁽²⁾، والتي يكون لإدارة المرفق الصحي العمومي معها توقيع الجزاءات التي تنص عليها اللوائح.

وقد استقر الرأي في القضاء الفرنسي على أن خطأ الطبيب العامل في المستشفيات العامة يكيف على أنه خطأ مصلحي أو مرفقي متصل بعمل المرفق العام⁽³⁾، وذلك لأن اختصاص القضاء الإداري في فرنسا بنظر المسؤولية عن أعمال الأطباء في المستشفيات العامة مناطه اشتراكهم في أداء خدمات المرفق العام، ولا محل للتوقف بصدها عند مركزهم الوظيفي أو طريقة أداء أجورهم⁽⁴⁾.

كما استقرت أحكام محكمة التمييز الكويتية على مسؤولية وزارة الصحة عن أعمال الأطباء التابعين لها والزامها بدفع التعويضات المحكوم بها لصالح المرضى عند حدوث أية خطأ من جانب أطبائها، طالما كان الخطأ مبنياً على مخالفة أصول الفن الطبي الثابتة وقواعده العلمية الأساسية⁽⁵⁾. ومما سبق نجد أن علاقة الطبيب بالمستشفى أو المركز الصحي الذي يعمل به، علاقة قانونية تنظيمية ينظمها القانون باعتبار المستشفى أو المركز الصحي الحكومي مرفقاً عاماً⁽⁶⁾،

(1) عيساني رفيقة، مسؤولية الأطباء في المرافق الاستشفائية العمومية، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، 2016/2015، ص 39-40.

(2) أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب - مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، مرجع سابق، ص 25. هشام عبدالحميد فرج، الاخطاء الطبية، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007، ص 107-109. لقمان عمر محمد فضل الكريم، المسؤولية القانونية للمستشفيات - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة أم درمان، كلية الشريعة والقانون، 2011، ص 180.

(3) حكم محكمة التنازع الفرنسية الصادر عن جمعيتها المنعقدة بكامل هيئتها بتاريخ 18/6/1963، مشار إليه من قبل: عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، مرجع سابق، ص 204.

(4) محكمة باريس، 1972/7/1. جازيت دوباليه 1-973-29. مشار إليهما من قبل أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، مرجع سابق، ص 24. هـ 33.

(5) محكمة التمييز الكويتية: الطعن رقم 521 لسنة 2005 مدني، بجلسة 2006/9/18. الطعن رقم 66 و 69 لسنة 2003 مدني، بجلسة 2003/10/27.

(6) حسن الأبراشي، مسؤولية الأطباء الجراحين المدنية في التشريع المدني والمقارن، دار النشر للجامعات الطبية، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1951، ص 76. ويشير إلى قرار محكمة نيم الفرنسية في 12/6/1932.

والطبيب فيه موظف توصف علاقته بالدولة بأنها علاقة قانونية او مركز تنظيمي⁽¹⁾، ومن أبرز آثار ذلك أن مسؤولية الطبيب في المستشفى أو المركز الصحي العام تقصيرية وليست عقدية، وتكون الدولة مسؤولة في مواجهة المضرور من خلال مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه كما جاء في المادة 240 من القانون المدني الكويتي⁽²⁾.

♦ الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بالطبيب في المنشآت الصحية العامة

أبواب المستشفيات والمراكز الصحية العامة مفتوحة للجمهور دون تمييز طوال أيام السنة، وتقدم خدماتها لهم دون مقابل أو لقاء رسوم رمزية، ولا تستطيع الامتناع عن استقبالهم لالتزامها الدستوري والقانوني بتقديم المساعدة الصحية لجميع أفراد المجتمع⁽³⁾. ولا يقتصر حق المريض بزيارة المنشآت الصحية العامة على عدد محدد من المرات، بل للمريض أن يستفيد من الخدمات الصحية التي تقدمها كلما احتاج ذلك، وله أن يستفيد من جميع الخدمات التي تقدمها طالما أن حالته الصحية تستدعي ذلك.

ويعتبر المستشفى أو المركز الصحي أو المنشأة الصحية التي يتعامل معها المريض شخص معنوي مكلف بإدارة أحد فروع مرفق الصحة، فيخضع عند الرغبة في الاستفادة من الخدمات التي تقدمها للقوانين واللوائح المنظمة للعمل بهذا المرفق، والتي من آثارها ان العلاقة التي تربط المريض بالطبيب المعالج ليست بعلاقة مباشرة، وإنما هي علاقة غير مباشرة تقوم

(1) محمد عبدالله حمود، المسؤولية الطبية للمرافق الصحية العامة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 30، العدد 1، مارس 2006، ص 147.

(2) تنص المادة 240 من القانون المدني الكويتي على أنه: " 1 - يكون المتبوع مسؤولاً، في مواجهة المضرور، عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعا منه، في أداء وظيفته او بسببها. 2- وتقوم رابطة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه، متى كان من شأن المهمة المكلف بها التابع ان تثبت للمتبوع سلطة فعليه في رقبته وتوجيهه".

(3) Antonio PIGA-RIVERO, Ethique, Droit de l'homme, Droit des patients, «Santé publique, déontologie, observatoire méditerranéen », Deuxième colloque internationale de bioéthique en Algérie en collaboration avec le réseau européen « médecine, éthique et droit de l'homme », Oran, le 20-21-22/11/2004.

من خلال المرفق الصحي العام، والتي يخضع من خلالها الطبيب والمريض على حد سواء للقوانين واللوائح المنظمة لسير المرفق الصحي العام⁽¹⁾.

وإذا كان من الثابت ان علاقة المريض والطبيب في إطار القانون الخاص هي علاقة عقدية⁽²⁾، فإن الأمر مختلف في مجال تقديم الخدمات الصحية من خلال مرافق الصحة التابعة للدولة، إذ ليس ثمة عقد يربط المريض بالطبيب المعالج له، ولا يتعامل الطبيب معه بصفته الشخصية، بل بصفته موظفا او مستخدما في مرفق عام يختص بتقديم الخدمات الصحية والطبية للجمهور⁽³⁾.

ونظرا إلى أن للمريض علاقة مباشرة بالمستشفى أو المركز الصحي العام، فإن حقوقه وواجباتها تجد مصدرها في اللوائح المنظمة للعمل في تلك المنشآت الصحية باعتبارها من المرافق العامة، ومن نتائج ذلك أنه ليس للمريض تعديل تعليمات استقبال الحالات المرضية أو الإجراءات الواجب اتباعها حيالها، في حين تستطيع إدارة المرفق الصحي تعديل تعليمات الدخول الى المستشفى وشروط العلاج فيها دون ان يكون للأفراد سلطة التعديل عليها، على عكس العلاقة التعاقدية التي يستطيع فيها طرفا العقد الاتفاق على تعديل التزامات الطرفين والشروط التي يتضمنها العقد المبرم بينهما.

وتأسيسا على ما سبق يمكن أن نصل إلى النتائج التالية:

1. علاقة المريض بالمنشآت الصحية العامة علاقة مباشرة تنظمها القوانين واللوائح والتعليمات المنظمة للعمل في مرافق الصحة.
2. علاقة المريض بالطبيب هي علاقة تنظيمية غير مباشرة، يخضع فيها الطرفان للوائح والقرارات التي تصدرها إدارة المرفق الصحي.

(1) أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب - مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، مرجع سابق، ص 18.

(2) ذهبت لائحة حقوق المرضى في مجال الرعاية الصحية في الكويت الصادرة بقرار وزير الصحة رقم 33 لسنة 2017 إلى أن: "علاقة المريض بالطبيب تنطوي على مجموعة من الحقوق والواجبات المتبادلة بينهما، فهي علاقة تعاقدية تنشأ بموجب عقد طبي يلتزم فيه الطرفان المريض والطبيب بمجموعة من الالتزامات تتضمن حقوقا للمريض على الطبيب تنبعث من طبيعة الحالة العلاجية التي تختلف عن غيرها من الممارسات في الحياة العامة". وهي بذلك تكون قد خلطت بين علاقة الطبيب بالمريض في المستشفيات العامة والخاصة، وجعلت مرد التزامات الطرفين فيهما إلى العقد المبرم بينهما.

(3) محمد حسين منصورو المسؤولية الطبية، منشأة المعارف، الاسكندرية، لا سنة، ص 79.

3. تقوم إدارة المنشأة الصحية بتوزيع العمل بين الأطباء بما يحقق المصلحة العامة من خلال تطبيق معايير الجودة والسلامة.
4. يقوم الطبيب بتقديم الرعاية الصحية والعلاجية اللازمة بما يتفق مع أصول المهنة الطبية لأي مريض داخل المستشفى أو المركز الصحي العام دون أي اتفاق سابق معه⁽¹⁾.
5. للمريض أن ينتفع بالخدمات التي تقدمها المستشفيات والمراكز الصحية العامة باعتباره من جمهور الناس الذين لهم الحق طبقاً للقانون واللوائح في الانتفاع بخدمات المرافق العامة⁽²⁾.
6. ليس للمريض في المنشآت الصحية العامة أن يختار الطبيب الذي يعالجه، بل يتم ذلك من خلال ما تراه إدارة المستشفى مناسباً لتسيير المرفق العام في مواجهة الأعداد الكبيرة للمرضى في المنشآت الصحية العامة وكثرة الخدمات التي تقدمها⁽³⁾.
7. يتعين على المستشفى أو المركز الصحي العام الذي لا يستطيع تقديم العلاج الطبي الضروري للمريض الذي يتوجه إليه، أن يستعمل جميع الوسائل، ليقبل هذا المريض في مستشفى آخر، أو في وحدة متخصصة⁴.
8. لا يمكن مساءلة الطبيب في مستشفى عام عن الضرر الذي يصيب المريض بسبب خطأ الطبيب إلا على أساس المسؤولية التقصيرية، لأنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاجته حتى ينعقد عقد بينهما، كما لا يمكن القول بوجود عقد اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى العام وبين أطبائها لأن علاقة الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التي يتبعها هي علاقة تنظيمية وليست تعاقدية⁽⁵⁾.

(1) زياد محمد علي المومني، قبول المخاطر وأثره في المسؤولية المدنية في المجالات الطبية - دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والمصري، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية، 2011، ص 57. ماجد محمد لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، دار الثقافة، عمان، 2009، ص 70. جابر مهنا شبل: حقوق المريض على الطبيب، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد 2، العدد 3، ص 50.

(2) أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب - مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، مرجع سابق، ص 20.

(3) Bernard HOERNI, Michel BENEZECH: L'Information en médecine, édition Masson Paris, 1994, p 17.

(4) عيساني رفيقة، مسؤولية الأطباء في المرافق الاستشفائية العمومية، مرجع سابق، ص 50.

(5) محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 417 لسنة 34 القضائية، جلسة 1969/6/3.

وعلى ذلك يمكن تكييف علاقة الطبيب بالمرفق الصحي العام، وعلاقة المريض بالطبيب في نطاق هذا المرفق على أنها علاقة تنظيمية تتم في إطار قواعد القانون العام، وأن المريض ينتفع بالخدمات الطبية التي يقدمها المرفق الصحي كونه أحد المنتفعين بالمرفق العام⁽¹⁾.

• المطب الثاني: الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بالطبيب في المؤسسات العلاجية الخاصة

شهدت الكويت في العقدين الماضيين تطوراً كبيراً في مجال الخدمات الطبية التي تقدمها المستشفيات والعيادات الخاصة سواء في مجال الرعاية الأولية بتقديم الاستشارات وإجراء الفحوصات الأولية، أو في مجال إجراء العمليات الجراحية، أو في مجال الخدمات الفندقية التي توفرها.

وتتنافس المستشفيات والمراكز الصحية الخاصة على استقطاب الحالات المرضية من خلال الترويج للخدمات التي تقدمها والأجهزة الحديثة والمتطورة التي يتم استخدامها في مجال العناية الطبية والمساعدة على تحقيق أفضل النتائج لمتلقي الخدمات الطبية.

ولتفادي الازدحام الذي تشهده المستشفيات والمراكز الصحية العامة، ورغبة من المريض في اختيار طبيبه أو المركز الصحي الذي يراه مناسباً لحالته الصحية⁽²⁾، يلجأ الكثير من المرضى إلى المستشفيات أو العيادات الخاصة لتلقي العلاج فيها وليحظى برعاية خاصة تفوق تلك التي تمنحها له المستشفيات العامة.

وإذا كانت المستشفيات والمراكز الصحية العامة تقدم خدماتها للجمهور دون مقابل ودون نية تحقيق الربح، فإن الأمر مختلف في العيادات الخاصة أو في المستشفيات والمراكز التي يديرها القطاع الخاص، التي عادة ما يكون هدفها هو تحقيق الربح⁽³⁾.

(1) محمد عبدالله حمود، المسؤولية الطبية للمرافق الصحية العامة، مرجع سابق، ص 148.

(2) انظر قرار وزير الصحة رقم 351 لسنة 2005 في شأن الشروط والضوابط الخاصة بالسماح للأطباء الاختصاصيين الكويتيين في القطاع الحكومي بممارسة مهنة الطب لحسابهم الخاص خارج الدوام الرسمي، والذي سمح بموجبه للأطباء الاختصاصيين الكويتيين بفتح العيادات الخاصة أو العمل في المستشفيات والمراكز الصحية الخاصة. بشكل يسمح للمريض بأن يختار الطبيب الذي يعالجه بعكس الحال في المستشفيات العامة.

(3) نجيب خلف أحمد، مسؤولية المستشفى العام عن خطأ أطبائه، سنة 2006، المجلد 21، العدد 1، ص 245.

كما تختلف طبيعة العلاقة القانونية التي تربط الطبيب بالمستشفى أو المركز الطبي الخاص أو التي تربط المريض بالطبيب في نطاقها، عن الطبيعة القانونية في المنشآت الصحية العامة، فالأولى تنظمها قواعد القانون الخاص وتكون العلاقة فيها شخصية، والثانية تنظمها قواعد القانون العام وتكون العلاقة فيها تنظيمية.

وللتعرف على الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بالطبيب في إطار العيادات والمستشفيات الأهلية الخاصة، قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، يتناول الأول منهما الطبيعة القانونية لعلاقة الطبيب بالمستشفيات والمراكز الصحية الخاصة، ويتناول الثاني الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بالطبيب في المؤسسات العلاجية الخاصة.

♦ الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعلاقة الطبيب بالمؤسسات العلاجية الخاصة

حتى يسمح للطبيب بمزاولة مهنة الطب في دولة الكويت يجب أن يكون حائزاً على المؤهلات العلمية الصادرة من إحدى كليات الطب⁽¹⁾. ويشترط لمنح الترخيص في مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان اجتياز الطبيب امتحان مزاولة المهنة الذي تقرره وزارة الصحة⁽²⁾، وتكون مدة الترخيص الذي يتم منحه لمؤسسات القطاع الطبي الأهلي (المستشفيات، المراكز الصحية، المستوصفات، العيادات الخاصة) أربع سنوات بعد استيفاء كافة الاشتراطات المطلوبة من وزارة الصحة والجهات الحكومية الأخرى⁽³⁾.

تتعدد أشكال المنشآت الصحية الخاصة -كما نظمها القانون الكويتي⁽⁴⁾- بين عيادات طبية ومراكز صحية ومستشفيات، وتختلف طبيعة العلاقة القانونية للطبيب بهذه المنشآت فيما إذا كان الطبيب هو من صدر له الترخيص بمزاولة مهنة الطب في عيادة خاصة أو كان يرتبط بالمستشفى أو المركز الصحي بعقد شراكة أو عقد عمل، سنتناول طبيعة هذه العلاقات فيما يلي:

(1) المادة 3 من القانون رقم 25 لسنة 1981 بشأن مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان والمهن المعاونة لهما. انظر حول تحديد كليات الطب والمؤهلات العلمية ومدد الخبرة المطلوبة للتخخيص بمزاولة مهنة الطب في الكويت قرارات وزير الصحة (رقم 290 لسنة 1983، ورقم 606 لسنة 72، 298 لسنة 76).

(2) المادة الأولى من قرار وزير الصحة رقم 308 لسنة 1999.

(3) المادة الأولى من قرار وزير الصحة رقم 46 لسنة 2019.

(4) القانون رقم 49 لسنة 1960 في شأن المؤسسات العلاجية.

• أولاً: العيادات الطبية الخاصة

أجاز الباب الرابع من القانون رقم 25 لسنة 1981 لوزارة الصحة الترخيص للطبيب السماح له بمزاولة مهنة الطب في دولة الكويت بفتح عيادة خاصة، ونظم شروط منح تلك التراخيص والتزامات الطبيب صاحب العيادة⁽¹⁾، وحدد قرار وزير الصحة رقم 462 لسنة 1983 الشروط والمواصفات الواجب توافرها في العيادات الخاصة. وسمح قرار وزير الصحة رقم 351 لسنة 2005 للأطباء الاختصاصيين الكويتيين العاملين في القطاع الحكومي بالعمل لحسابهم الخاص في غير أوقات الدوام الرسمي وفقاً للشروط والضوابط الواردة فيه.

والعيادة الطبية الخاصة هي منشأة يملكها أو يستأجرها أو ينتقل الحق في استعمالها قانوناً طبيباً أو طبيب أسنان كل حسب مهنته المرخص له في مزاومتها، ومعدة لاستقبال المرضى ورعايتهم طبيياً⁽²⁾. ويمكن تعريفها من خلال التعريف الذي وضعه المشرع للمؤسسات العلاجية في المادة 1 من القانون رقم 49 لسنة 1960 في شأن المؤسسات العلاجية بأنها كل مكان أعد للعلاج أو التمريض أو الكشف على المرضى يديره طبيباً بشرياً مرخص له بمزاولة مهنة الطب في دولة الكويت.

ولما كانت المادة 18 من القانون المدني الكويتي تنص على أنه: "تثبت الشخصية الاعتبارية لكل مجموعة من الأشخاص أو الأموال يعترف لها القانون بهذه الشخصية" فلا يمكن القول بأن للعيادة الخاصة شخصية اعتبارية ولا تتمتع بالأهلية لتلقي الحقوق وتحمل الالتزامات، وهو ما أكدته محكمة التمييز الكويتية بقولها: "من المقرر أنه ولئن كانت المنشأة التي لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية لا تكون أهلاً لتلقي الحقوق وتحمل الالتزامات ولا تثبت لها أهلية الاختصاص إذ ليس لها بحكم القانون كيان أو وجود مستقل عن شخص صاحبها إذ لا تعدو أن تكون عنصراً من عناصر ذمته المالية، ومن ثم فلا يجوز لها أن تخاصم أو تختصم كمدعية أو مدعى عليها وإنما يباشر صاحبها الخصومة بشأنها باعتبارها جزءاً من

(1) راجع أيضاً قرار وزير الصحة رقم 777 لسنة 1972 بشأن عيادات الأطباء الخصوصيين.

(2) ورد هذا التعريف في الفقرة (أ) من المادة الأولى للقانون رقم 51 لسنة 1981 بتنظيم المنشآت الطبية المصرية، المعدل بالقانون رقم 153 لسنة 2004.

ذمته المالية ترتبط به ولا تنفك عنه⁽¹⁾. وبقولها: " من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه وإن كان من المقرر أن أهلية التقاضي لا تثبت إلا للشخص الطبيعي أو الشخص الاعتباري الذي لا ينشأ إلا إذا توافر له عنصر موضوعي هو وجود جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال بقصد تحقيق غرض معين وعنصر شكلي هو اعتراف القانون لهذه المجموعة بالشخصية الاعتبارية، مما مؤداه أن أية مجموعة من الأموال لم يعترف القانون لها بهذه الشخصية لا تعد ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية لصاحبها وإنما هي عنصر من عناصر ذمته، إلا أنه متى ثبت أن الخصم المقصود بالخصومة هو الشخص الطبيعي الذي يملك هذه المجموعة المالية فإنه يكون هو صاحب الحق في التقاضي مدعياً أو مدعى عليه، طاعناً أو مطعوناً ضده، لما كان ذلك وكان الثابت من صحيفة افتتاح الدعوى أن المطعون ضدها أقامت الدعوى على الطاعن باعتباره صاحب المؤسسة ومن ثم فإن الخصومة تكون قد انعقدت بينهما على هذا الأساس..."⁽²⁾.

وعلى ذلك تعتبر العيادة الخاصة للطبيب مؤسسة فردية ليس لها بحكم القانون كيان أو وجود مستقل عن شخص صاحبها، وتتدخل ضمن عناصر ذمته المالية، ويأخذ التعامل معها الصبغة الشخصية لصاحب الترخيص الذي يباشر الخصومة بشأنها باعتبارها جزء من ذمته المالية. وقد يستعين الطبيب المرخص له بفتح عيادة بطبيب آخر متفرغ للعمل في عيادته الخاصة⁽³⁾، ويتم ذلك بعقد عمل يكون فيه الطبيب المتفرغ تابعاً للطبيب المرخص له، وينظم العلاقة فيما بينهما قانون العمل الكويتي رقم 6 لسنة 2010 في شأن العمل في القطاع الأهلي.

• ثانياً: المستشفيات والمراكز الصحية الخاصة

أجازت المادة 3 من القانون رقم 49 لسنة 1960 للشخص الطبيعي أو للشخص معنوي - كالجمعيات والهيئات المعترف بها من الجهات الحكومية أو الشركات بقصد علاج مستخدميها

(1) محكمة التمييز الكويتية: الطعن رقم 78 لسنة 1999 مدني، بجلسة 2000/6/5 الطعن رقم 914 لسنة 2004 تجاري، بجلسة 2005/3/16.

(2) محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 1127 لسنة 2004 تجاري، بجلسة 2005/9/28.

(3) الفقرة 4 من المادة الثالثة من قرار وزير الصحة رقم 351 لسنة 2005 للأطباء الاختصاصيين الكويتيين العاملين في القطاع الحكومي بالعمل لحسابهم الخاص في غير أوقات الدوام الرسمي.

او عمالها- أن يطلب الترخيص له بفتح مستشفى أو مركز صحي، كما أجازت المادة 42 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 1 لسنة 2016 بإصدار قانون الشركات الكويتي تأسيس شركات مهنية فيما بين أصحاب المهن الحرة ومن بينهم الأطباء⁽¹⁾. وعلى ذلك يمكن أن يكون الطبيب تابعا للمستشفى أو المركز الصحي بأن يرتبط به بعقد عمل، أو بعقد شراكة، وقد لا يرتبط الطبيب بالمستشفى وإنما يقوم بأعمال علاجية معينة بالمستشفى مثل استئجار غرفة العمليات للقيام بإجراء عمليات جراحية لحسابه الخاص. وسنتناول الحالتين فيما يلي:

1- الطبيب تابعا للمستشفى أو المركز الصحي الخاص:

قد يرتبط الطبيب بالمستشفى الخاص بعقد عمل يلتزم بمقتضاه الطبيب بممارسة مهنة الطب ضمن نطاقه والالتزام بالتعليمات والأوامر التي تصدرها إدارة المستشفى لتنظيم سير العمل فيه ومواعيد استقبال المرضى والإجراءات الواجب اتباعها عند تشخيص حالتهم المرضية مقابل الأجر المتفق عليه في عقد العمل. وقد يكون الطبيب شريكا في الشركة المهنية المالكة للمستشفى.

وفي الحالتين السابقتين يكون الطبيب تابعا للمستشفى الخاص سواء لقيام علاقة التبعية كأثر لعقد العمل، أو وفقا لما تنص عليه من المادة 52 من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات الكويتي على أنه: " يسأل كل شريك بصفة شخصية عن خطئه المهني تجاه الشركة، وتسأل الشركة عن تعويض الغير عما أصابه من أضرار بسبب خطأ الشريك".

2- الطبيب ليس بتابع للمستشفى أو المركز الصحي الخاص:

في أغلب الأحيان يلجأ المريض الذي تستدعي حالته الصحية إجراء عملية جراحية إلى الطبيب الأخصائي في عيادته الخاصة ليقوم بفحصه وتبصيره حول العملية الجراحية وكيفية إجرائها وآثارها الجانبية، فإذا ما تم الاتفاق بين الطرفين على إجراء العملية الجراحية، يوجه

(1) المادة 52 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 1 لسنة 2016 بإصدار قانون الشركات الكويتي.

الطبيب الأخصائي مريضه بالذهاب إلى أحد المستشفيات الخاصة التي يباشر فيها نشاطه الجراحي ويستغلها من حيث المكان والآلات والمساعدين⁽¹⁾.

وفي هذه الحالة تنشأ علاقة تعاقدية بين الطبيب والمستشفى الخاص يلتزم بمقتضاها المستشفى بتهيأت غرفة العمليات وتزويدها بالمعدات والآلات اللازمة لإجراء الجراحة وتكليف الأطباء المساعدين وهيئة التمريض بمعاونة الطبيب الأخصائي الذي قام باستئجار غرفة العملية أثناء قيامه بعمله.

♦ الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بالطبيب في المؤسسات العلاجية الخاصة تسمى العلاقة التي تربط بين المريض والطبيب بالعقد الطبي، وهو الاصطلاح الذي استخدمته لائحة حقوق المرضى في مجال الرعاية الصحية في الكويت بقولها: "علاقة المريض بالطبيب تتطوي على مجموعة من الحقوق والواجبات المتبادلة بينهما، فهي علاقة تعاقدية تنشأ بموجب عقد طبي يلتزم فيه الطرفان المريض والطبيب بمجموعة من الالتزامات تتضمن حقوقاً للمريض على الطبيب تنبعث من طبيعة الحالة العلاجية التي تختلف عن غيرها من الممارسات في الحياة العامة"⁽²⁾.

ولم يعرف المشرع الكويتي العقد الطبي، ولم يتم تنظيمه ضمن العقود المسماة في القانون المدني، وترك أمر تنظيمه للقواعد العامة التي تحكم جميع أنواع العقود، والتي لا يمكن من خلالها إلا اختيار وصف العقد على العلاقة الطبية التي تتم في إطار القانون الخاص. فكل ارتباط للإيجاب بالقبول على إحداث أثر قانوني هو عقد كما جاء في المادة 31 من القانون المدني، وينعقد هذا العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، إذا ورد على محل واستند إلى سبب معتبرين قانوناً.

والاتفاق الذي يتم بين المريض والطبيب على أن يقوم الأخير بتشخيص مرضه وعلاجه ببذل العناية اللازمة التي تتفق مع الأصول العلمية لمهنة الطب، ويلتزم

(1) أسامة علي شريف علي، مسؤولية المستشفى الخاص عن الخطأ الطبي، رسالة دكتوراه، جامعة أم درمان الإسلامية، 2008، ص 265-266.

(2) قرار وزير الصحة رقم 33 لسنة 2017.

الأول بتقديم المعلومات التي تساعد الطبيب في تشخيص مرضه ودفع أتعاب الطبيب نظير خدماته، يجعل من هذا الاتفاق عقدا بالمفهوم السابق يحمل طرفيه التزامات متبادلة.

وقد عرف العقد الطبي بأنه اتفاق بين الطبيب والمريض على أن يقوم الأول بعلاج الثاني مقابل أجر معلوم⁽¹⁾. وبمعنى آخر هو اتفاق بين الطبيب والمريض يلتزم بموجبه الأول بأن يقدم للثاني خدماته الفنية مقابل أجره يدفعها هذا الأخير، وتتمثل الخدمات الفنية التي يلتزم الطبيب بتقديمها للزبون في الاعتناء بصحته من خلال الوقاية من الأمراض أو تشخيصها أو علاجها أو القيام بغيرها من الأعمال الطبية المشروعة وذلك وفق الضوابط المستقر عليها في علم الطب والقانون⁽²⁾.

ورغم المحاولات الفقهية والقضائية في تكييف العقد الطبي باعتباره عقدا مسمى كتلك التي تكيفه على أنه عقد وكالة أو عقد عمل، إلا أنها لم تصمد أمام الانتقادات التي وجهت لها مما حدى بالفقه حديثا إلى إدارة الظهر عن مثل ذلك التكييف والعمل على تكييف العقد الطبي بأنه عقد خاص غير مسمى يقوم على فكرة الثقة والتعاون بين طرفيه⁽³⁾.

وعلى ذلك تكون علاقة المريض في المنشآت الصحية الخاصة هي علاقة تعاقدية، قد تكون مباشرة مع الطبيب وباسمه الشخصي إذا ما تم التعاقد مع الطبيب بعيادته الخاصة، وغير مباشرة إذا ما تم التعاقد مع المستشفى لتقديم الخدمات العلاجية واختيار الطبيب المناسب لعلاج حالة المريض الصحية. وذلك على النحو التالي:

(1) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء 7، المجلد 1، العقود الواردة على العمل، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 18.

(2) منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، 2004، ص 15.

(3) Irène RANDRIANJANAKA: Le Cadre juridique de l'exercice du chirurgien-dentiste, contribution à l'étude du contrat de soins, Thèse pour obtenir le grade de docteur de L'Université Montpellier 1, spécialité droit privé, Faculté de droit, Université Montpellier I, 15 décembre 2010, p 54.

• أولاً: العيادة الخاصة

في الحالة التي يلجأ فيها المريض إلى الطبيب الأخصائي في عيادته الخاصة لتشخيص حالته الصحية وتقديم الاستشارة والنصح له والاتفاق على الإجراء الطبي، تنشأ بين المريض والطبيب علاقة تعاقدية مباشرة، يلتزم بمقتضاها الطبيب ببذل العناية الواجبة لتحقيق النتيجة التي يصبوا إليها المريض وهي الشفاء من المرض.

فإذا ما استدعت حالة المريض إجراء عملية جراحية، فإن الطبيب عادة ما يوجه المريض لأحد المستشفيات الخاصة لإجراء العملية الجراحية فيها من قبله شخصياً، وفي هذه الحالة يقتصر دور المستشفى على تجهيز غرفة العمليات وتكليف الأطباء المساعدين والممرضين بمعاونة الطبيب.

ولا يكون المستشفى مسؤولاً عن خطأ الطبيب الأخصائي، لأن الاتفاق على إجراء العملية الجراحية والتزام الطبيب بمراعاة أصول المهنة وسلامة المريض مرده إلى العقد المبرم مباشرة بين المريض والطبيب، والذي تم خارج نطاق المستشفى الخاص الذي لم يتعهد بضمان عمل الطبيب الأخصائي. كما أن الطبيب غير تابع للمستشفى، والمسؤولية تدور مع التبعية. بل وتمتد مسؤولية الطبيب الأخصائي لتشمل المساعدين له الذين كلفهم المستشفى بمعاونته، وإن كانت تبعيتهم له تبعية عارضة ومحدد بالمدة الزمنية التي يستغرقها الإجراء الطبي⁽¹⁾، وذلك تطبيقاً لحكم الفقرة 2 من المادة 240 من القانون المدني الكويتي والتي تنص على أنه: "وتقوم رابطة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه، متى كان من شأن المهمة المكلف بها التابع ان تثبت للمتبوع سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه".

• ثانياً: المستشفى الخاص

في الحالة التي يلجأ فيها المريض مباشرة إلى المستشفى أو المركز الصحي الخاص لتلقي العلاج سواء اختار الطبيب المعالج له أو فوض إدارة المستشفى في اختياره، فإن التعاقد يتم بين المريض والمستشفى أو المركز الصحي الخاص.

(1) نجيب خلف أحمد، مسؤولية المستشفى العام عن خطأ أطبائه، مرجع سابق، ص 249.

ولا تقتصر الخدمات التي تقدمها المستشفيات والمراكز الصحية الخاصة على التشخيص والفحوصات وإجراء العمليات الجراحية، بل تشمل إجراءات استقبال المرضى وإسعافهم، وتجهيزهم للإجراءات الطبية، وتهيأت أماكن إقامتهم وتغذيتهم (الخدمات الفندقية) وتقديم العناية اللازمة لهم بعد العمليات الجراحية وغيرها من الإجراءات المتعلقة بالمرض، والتي تكون جميعها مشمولة بالعقد الطبي المبرم بين المريض والمستشفى الخاص⁽¹⁾.

وعلى ذلك يكون المستشفى أو المركز الصحي الخاص مسؤولاً عما يرتكبه الطبيب ومساعديه والمرضى وجميع العاملين بالمستشفى من أخطاء تلحق الضرر بالمريض، وعن الآلات والمعدات والتغذية والخدمات الفندقية ونحوها. وذلك لأن عقد العلاج أو عقد التداخل الجراحي قد أبرم مع المستشفى وليس مع الطبيب.

○ المبحث الثاني: أهلية الموافقة على الأعمال الطبية

بعد ان تبين لنا من خلال المبحث السابق أن علاقة المريض بالطبيب تختلف فيما إذا كان يتلقى العلاج في منشأة صحية عامة، أو في منشأة صحية خاصة، فالعلاقة في الحالة الأولى تنظيمية تتم في إطار القانون العام، وفي الثانية تعاقدية تتم في إطار القانون الخاص. وأياً كانت الطبيعة للقانونية لعلاقة المريض بالطبيب فإنه يشترط لمباشرة أية إجراء طبي على المريض، الاعتداد بإرادة المريض والحصول على موافقته، عدا في الحالات التي يبيح فيها القانون اتخاذ الإجراء الطبي دون موافقة المريض مثل الحالات الطارئة ومكافحة الأمراض السارية، إذ يلتزم الطبيب في الحالات الطارئة بالعناية بالمصاب وإجراء ما يراه لازماً من الإسعافات الأولية وإن لم يستطع الحصول على موافقة المريض أو موافقة ممثله القانوني في الحالات التي يكون

(1) يفرق البعض بين العقد الطبي وعقد الاستشفاء، ويرى أن الأول محله الأعمال الطبية، والثاني محله الخدمات التي تقدم للمريض خلال فترة علاجه وإقامته، فإذا ما تعاقد المريض مع المستشفى على مجرد الإقامة فيه بأن يتولى طبيب اختياره القيام بالإجراء الطبي فالعقد هنا عقد استشفاء، أما إذا لجأ للمستشفى لتقديم الرعاية الطبية من قبل الطاقم الطبي للمستشفى فإن العقد يكون عقد طبي مشتملاً على عقد استشفاء. أكرم محمد البدور، المسؤولية المدنية للمستشفيات الخاص، دار الحامد للنشر، عمان، 2003، 66-67.

فيها المريض فاقدًا للوعي أو غير قادر على التعبير عن إرادته⁽¹⁾. كما يكون للطبيب عزل المريض المصاب بأحد الأمراض السارية والمخالطين له إجبارياً، وإجراء التطعيم باللقاح الواقي من المرض الساري رغماً عن إرادة الأشخاص المخالطين له أو لجميع السكان ولو استدعى الأمر استخدام القوة⁽²⁾. وللاعتدال برضا المريض وموافقته على الأعمال الطبية يشترط في المريض تمتعه بقدر من الإدراك والوعي وهو ما يعرف بشرط كمال الأهلية القانونية، والتي قد لا تتوافر في المريض صغير السن والبالغ لسن الرشد المصاب بعارض من عوارض الأهلية كالجنون والعتة، وينتقل الحق في الموافقة على الأعمال الطبية إلى ممثله الشرعي كالولي أو الحاضن أو القيم⁽³⁾، وقد يكون الشخص كامل الأهلية ولكنه لا يستطيع التعبير عن إرادته كالمصاب بعجز جسماني شديد فيتم التعبير عن إرادته من خلال المساعد القضائي الذي تعينه المحكمة⁽⁴⁾. وأهلية المريض للموافقة على الأعمال الطبية غير واضحة المعالم في القوانين واللوائح المنظمة لمهنة الطب في دول الكويت، وتشكل هاجساً لممارسي هذه المهنة وسبباً في تعطيل بعض الإجراءات الطبية، لخشية الطبيب من مباشرة الإجراء الطبي لشخص يعتقد أنه لا يتمتع بالأهلية الكاملة للموافقة على الأعمال الطبية، حتى لا تتور مسئوليته عن العمل الطبي.

(1) المادة 7 من القانون رقم 25 لسنة 1981 بشأن مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان والمهن المعاونة لهما. المادة 43 من مشروع قانون مزاولة مهنة الطب وحقوق المريض المعد من قبل مؤسسة الكويت للتقدم العلمي بالتعاون مع الجمعيات الطبية.

(2) المواد 12 - 15 من القانون رقم 8 لسنة 1969 بالاحتياجات الصحية للوقاية من الأمراض السارية.

(3) مأمون عبدالكريم، أهلية الموافقة على الأعمال الطبية، مجلة العلوم القانونية، الإدارية و السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، المجلد 2008، العدد 6، ديسمبر 2008، ص140.

(4) يقصد بالعجز الجسماني الشديد اجتماع عاهتين من العاهات التي تصيب الإنسان كفقْد البصر أو السمع أو الكلام، بأن يكون الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وكل تصرف يجريه المصاب بالعجز الجسماني الشديد بعد شهر قرار تعيين المساعد القضائي له يعتبر قابلاً للإبطال لمصلحته. راجع حول ذلك: عبدالمجيد خلف العززي، بطلان العقد في القانون المدني الكويتي - الأسباب والآثار، دار النهضة العربية، الكويت، 2010، ص216-217.

ويقصد بالأهلية بوجه عام صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذلك. ويتعبير آخر صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وصلاحية لاستعمالها⁽¹⁾.

ولكن يثور السؤال عن السن التي يعتبر الشخص كامل الأهلية ببلوغها؟ وهل تختلف فيما إذا كان المريض يتلقى العلاج في منشأة صحية عامة أو خاصة؟

لا يسعف النظام القانوني الكويتي في تحديد السن التي يعتبر الشخص ببلوغها أهلاً للموافقة على الأعمال الطبية بسهولة ويسر، فلم يرد فيه نص يحدد السن والحالات التي يعتبر فيها الشخص كامل الأهلية للموافقة على الأعمال الطبية، وقد كانت هذه المسألة ولا زالت محل نقاش في الأوساط الطبية والقانونية. فإذا ما تم ربطها بإدراك الشخص وقدرته على التمييز نجد القوانين الجزائية تعتبر الشخص مدركاً لطبيعة أفعاله ويعاقب بالعقوبات المقررة فيها ببلوغه سن الخامسة عشر، وبالغا بتمام الثامنة عشرة من العمر⁽²⁾، وإذا ما تم النظر لها من جانب حقوق الطفل يعتبر الشخص بالغاً ومدركاً لتصرفاته ببلوغه سن الثامنة عشر⁽³⁾، وإذا ما تم فهمها من خلال الولاية على النفس في قانون الأحوال الشخصية نجد أن الولاية عن النفس تسقط بالبلوغ الشرعي أو تمام الخامسة عشرة من العمر⁽⁴⁾، وفي القانون المدني يعتبر الشخص كامل الأهلية لأداء التصرفات القانونية ببلوغه سن الرشد وهي إحدى وعشرين سنة⁽⁵⁾.

ويزداد الأمر تعقيداً إذا ما بحثت مسألة أهلية المريض للموافقة على الأعمال الطبية في المنشآت الصحية العامة، على عكس بحثها في نطاق العقد الطبي مع المنشآت الصحية الخاصة التي تنظم أحكامها قواعد نظرية العقد في القانون المدني.

(1) سعيد الصادق، أصول القانون، نظرية الحق وفقاً للقانون الكويتي، الطبعة الثانية، أكاديمية سعد العبدالله للعلوم الأمنية، الكويت، 2003، ص 172. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، شرح القانون المدني الكويتي، أصول القانون، الجزء الثاني، نظرية الحق، دار الكتب، الكويت، 2004، ص 209. محسن البيه، شرح القانون المدني الكويتي، نظرية الحق، الطبعة الأولى، دار الكتب، الكويت، 1994، ص 310.

(2) المادتين 1 و 15 من قانون الأحداث رقم 111 لسنة 2015.

(3) المادة 1 من قانون الطفل رقم 21 لسنة 2015.

(4) المادة 208 من قانون الأحوال الشخصية رقم 51 لسنة 1984.

(5) المادة 96 من القانون المدني رقم 67 لسنة 1980.

وسنحاول الإجابة على التساؤلات السابقة وبيان الحالات التي يعتبر فيها المريض أهلاً للموافقة على الأعمال الطبية من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأول، منهما أهلية المريض للموافقة على الأعمال الطبية في المستشفيات والمراكز الصحية العامة، ونتناول وفي الثاني أهلية المريض لإبرام العقد الطبي مع المؤسسات العلاجية الأهلية الخاصة.

• المطلب الأول: أهلية المريض للموافقة على الأعمال الطبية في المنشآت الصحية العامة

الأصل أن كل شخص كامل الأهلية، ما لم يقرر القانون عدم اهليته أو ينقض منها⁽¹⁾، وأن المريض كامل الأهلية هو صاحب الحق على سلامة بدنه، ولكل مريض الحق في الحصول على الرعاية الصحية عالية الجودة، وأن يعامل بكرامة واحترام من قبل الأشخاص الذين يقدمون له تلك الرعاية، وأن يلتزم الطبيب عند معاملته للمريض بالأصول العلمية لمهنة الطب وأخلاقيات المهنة.

وقد كفلت دولة الكويت لمواطنيها وللمقيمين على أراضيها كافة أنواع الرعاية الصحية بتشييد المستوصفات والمراكز الصحية التخصصية والمستشفيات العامة، لتقدم المستوصفات والمراكز التخصصية الحكومية الرعاية الأولية للمرضى من تشخيص وعلاج وإرشاد وحماية ووقاية وعناية تلطيفية بالإضافة إلى الإسعافات الأولية⁽²⁾، وتتولى المستشفيات استقبال الحالات الطارئة والجراحية والحالات التي يصعب تشخيصها أو علاجها من قبل الأطباء في المستوصفات والمراكز التخصصية نظراً للإمكانيات والمعدات والآلات والمختبرات والسعة التي تتمتع بها المستشفيات العامة وتوافر الكوادر المؤهلة لاستقبال تلك الحالات.

وتعد مسألة أخذ موافقة المريض قبل تقديم أي رعاية صحية له (مثل الفحص الطبي أو تلقي العلاج) مبدأ قانوني وأخلاقي يعكس حق المريض في تحديد ما سيحدث له ولبدنه لما تتطوي عليه الإجراءات الطبية من مساس بجسم المريض وسلامته. ويعد أخذ موافقة المريض

(1) المادة 84 من القانون المدني.

(2) راجع حول تعريف الرعاية الصحية الأولية: الموقع الإلكتروني لمنظمة الصحة العالمية:

<https://www.who.int/ar/news-room/fact-sheets/detail/primary-health-care>

جزء مهم من الممارسة الصحيحة للطب، وعدم احترام هذا المبدأ قد يعرض مقدمي الخدمة للمساءلة القانونية من قبل المريض أو الجسم الطبي نفسه⁽¹⁾.

وقد جاء في سياسات إقرارات المرضى أن المريض إذا كان في كامل وعيه وكامل الأهلية بالغاً سن الرشد القانوني وهو 21 سنة ميلادية كاملة، فإنه يكون له حق اتخاذ القرار بالموافقة أو رفض الإجراء الطبي والتوقيع على نموذج الإقرار بما يفيد ذلك. أما إذا كان المريض ناقص الأهلية لصغر سنه فإن التوقيع يكون لولي النفس، أما إذا كان المريض محجوراً عليه لذاته كالمجنون والمعتوه فإن التوقيع بالموافقة على الإجراء الطبي يكون للقيم عليهم.

وبالرغم من وضوح ما جاء في سياسات إقرارات المرضى من تحديدها لسن كمال الأهلية لتكليف وزارة الصحة علاقة المريض بالطبيب على أنها عقد طبي⁽²⁾، إلا أنه قد جرت العادة في الواقع العملي أن المنشآت الصحية العامة وخاصة المستوصفات تستقبل مرضى نقل أعمارهم عن 21 سنة وتقدم لهم الرعاية الصحية اللازمة بموافقتهم فقط ودون حضور ممثلهم القانون وذلك لعلاج الأمراض البسيطة والجروح السطحية والتي لا تحتوي على مساس معتبر بالسلامة البدنية للمريض، وفي ذلك مخالفة لما ورد في سياسات إقرارات المرضى، لذلك يبحث الأطباء عن سند قانوني يمكن الالتجاء إليه متى ما ثارت مسئوليتهم القانونية حول ذلك، ومعرفة النصوص القانونية التي اعتمد عليها عند صياغة سياسات إقرارات المرضى.

والحقيقة أن تحديد سن الحادية والعشرين لاعتبار الشخص كامل الأهلية مرده إلى المادة 96 من القانون المدني الذي تنظم أحكامه العلاقة الناشئة عن العقود الطبية التي لا محل للحديث عنها في إطار العلاقة القانونية بين المريض والطبيب في المنشآت الصحية العامة والتي تعتبر علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح وليست علاقة عقدية تخضع لقواعد نظرية العقد في القانون المدني⁽³⁾.

(1) المادة الأولى من قرار وزير الصحة رقم 307 لسنة 2015.

(2) انظر لائحة حقوق المرضى في مجال الرعاية الصحية في الكويت الصادرة بقرار وزير الصحة رقم 33 لسنة 2017.

(3) الحقوق العامة هي الحقوق التي تنشأ من العلاقات القانونية التي تظهر فيها الدولة طرفاً ذا سيادة وهي تترتب اثر علاقات تحكمها قواعد القانون العام. وتتقسم الحقوق العامة من حيث المصلحة التي تخولها لصاحبه إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية. وتعتبر الحقوق المتعلقة بحماية الكيان المادي للإنسان (معصومية جسم الإنسان) من الحقوق المدنية

فالقانون المدني هو القانون العام بالنسبة لجميع فروع القانون الخاص وتطبق أحكامه في حال سكوت أي من تلك القوانين عن تنظيم مسألة ما، وهو ينظم المعاملات المالية بين أشخاص القانون (الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتباريين)⁽¹⁾، أما علاقة المريض بالطبيب في المنشآت الصحية العامة فهي علاقة تنظيمية تتم في إطار القانون العام الذي تنظم قواعده الارتباط بين طرفين أحدهما أو كلاهما ممن يملكون السيادة، أو السلطات العامة، ويتصرفون بهذه الصفة، وبشكل أدق ينظمها القانون الإداري الذي يختص بتنظيم وإدارة مرافق الدولة التي تقدم خدمات ضرورية للأفراد ومنها مرفق الصحة⁽²⁾.

فالحقوق العامة - وهي التي تنشأ من العلاقات القانونية التي تظهر فيها الدولة طرفاً ذا سيادة - تترتب اثر علاقات تحكمها قواعد القانون العام. وتنقسم الحقوق العامة من حيث المصلحة التي تخولها لصاحبها إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية، وتعتبر الحقوق المتعلقة بحماية الكيان المادي للإنسان (معصومية جسم الإنسان) من الحقوق المدنية الغير قابلة للتقويم بالنقود والتي تخرج عن دائرة التعامل. إلا أنه ترد على مبدأ معصومية جسم الانسان استثناءات منها جواز إخضاعه للإجراءات العلاجية طالما كان ذلك لازماً لحالته الصحية بعد الحصول على موافقة المريض أو دونها في الحالات الضرورية الطارئة⁽³⁾.

ونظراً لخلو قواعد القانون العام من نصوص تنظم أهلية الأشخاص للموافقة على الأعمال الطبية، الأمر الذي سبب ضبابية وعدم وضوح في الرؤية لدى العاملين بالجسم الطبي عند تعاملهم مع الحالات المرضية وخاصة تلك التي تستدعي المساس بجسم الإنسان كالأعمال الجراحية أو حقن المواد المخدرة (البنج).

الغير قابلة للتقويم بالنقود والتي تخرج عن دائرة التعامل، وترد على مبدأ معصومية جسم الانسان استثناءات منها جواز إخضاعه للإجراءات العلاجية طالما كان ذلك لازماً لحالته الصحية بموافقته أو دونها في الحالات الضرورية الطارئة.

(1) سعيد الصادق، أصول القانون - نظرية القانون وفقاً للقانون الكويتي، كلية الشرطة، الكويت، 2004/2003، ص 77.

(2) عاطف عبد الحميد حسن، المدخل لدراسة القانون - نظرية القاعدة القانونية، معهد الشرطة، الكويت، لا سنة، ص 42-

43. سامي عبدالله الدريعي، عبدالرحمن عبدالواحد الرضوان، الثقافة القانونية، لا ناشر، 2015، ص 226.

(3) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، شرح القانون المدني الكويتي، أصول القانون، الجزء الثاني، نظرية الحق، مؤسسة دار الكتب،

الكويت، 2004، ص 51-59.

لذلك يجب الرجوع إلى القوانين التي تحدد أحكام الولاية على النفس وحقوق الطفل للوقوف على السن التي يعتبر الشخص ببلوغها كامل الأهلية لتلقي العلاج والخضوع للإجراءات الطبية بموافقته، وهي قانون الأحوال الشخصية، وقانون حقوق الطفل. وللوصول إلى ذلك، قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، الأول لأهلية الشخص للموافقة على الأعمال الطبية في قانون الأحوال الشخصية وتحديد منه له الولاية على النفس، والثاني لتحديد سن بلوغ الشخص في قانون الطفل وتحديد ممثله القانوني عند نقص الأهلية أو انعدامها.

♦ **الفرع الأول: أهلية المريض للموافقة على الأعمال الطبية في قانون الأحوال الشخصية**
أثار كتاب إدارة الفتوى والتشريع رقم (2010/213/2) الذي أخذت به وزارة الصحة لغطا في الأوساط الطبية والقانونية، مستغربين كيف انتهى الرأي فيه إلى ن حق التوقيع على الإقرار الخطي بالموافقة على التدخل الجراحي مكفول للشخص ببلوغه شرعا أو بتمام الخامسة عشرة من العمر مادام عاقلاً، ذكراً كان أم أنثى، في الوقت الذي لا يعتبر فيه كامل الأهلية لمباشرة المعاملات المالية من بيع وإيجار ونحوها. وقد جاء في الكتاب المشار إليه أن الولاية على المرضى القُصّر أو ناقصي الأهلية أو معدميها، تكون للأب، ثم الجد من جهة الأب، ثم الأبناء، ثم الإخوة. ولا يكون للحاضنة في حال الطلاق توقيع الإقرار الخطي بالموافقة على التدخل الجراحي إلا بحكم خاص من المحكمة يعطيها هذا الحق. فهل أصابت إدارة الفتوى والتشريع فيما ذهبت إليه؟ وهل تنظم أحكام الولاية على النفس في قانون الحوال الشخصية مسألة الموافقة على الأعمال الطبية؟ وهل يعنى البلوغ الشرعي كمال أهلية الشخص للعلاج والموافقة على الإجراءات الطبية؟

يمكن الإجابة على هذه التساؤلات من خلال المواد من 208 إلى 212 من قانون الأحوال الشخصية، والذي نص في المادة 208 منه على أنه: " يخضع للولاية على النفس الصغير والصغيرة الى ان يبلغا شرعا، او يتما الخامسة عشرة من العمر، عاقلين، كما يخضع لها البالغ المجنون، او المعتوه، ذكرا، او انثى". وجعلت المادة 209 من القانون المشار إليه الولاية على نفس القاصر أو الشخص عديم الإرادة للأب ثم للجد العاصب، ثم للعاصب نفسه حسب ترتيب الإرث، بشرط أن يكون محرما. وعند تعدد المستحقين للولاية، واستوائهم، تختار المحكمة

أصلحهم، فإن لم يوجد مستحق، عينت المحكمة الصالح من غيرهم. وتناولت المادة 201 من القانون واجبات الولي على النفس بأن يقوم بالإشراف على شئون القاصر وحفظه وتربيته وتعليمه وإعداده إعداداً صالحاً، بالإضافة إلى واجبات الحضانة من نفقة وإطعام وسكن ونحوها. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي " أن الانسان قبل استكمال أهليته يسمى قاصراً، سواء أكان فاقداً هذه الأهلية كلها أم كان ناقصها، كما في المرحلة بين التمييز والرشد. وعلى القاصر من حين ولادته إلى بلوغه ثلاث ولايات: الأولى: ولاية حضانتته.

الثانية: ولاية المحافظة على نفسه وصيانته، إلى بلوغه غير مقيد. والبلوغ الشرعي يكون بظهور العلامات الطبيعية المعروفة، فمتى ظهرت كان بالغاً، دون التقيد بسن معينة، فإذا تأخر ظهورها اعتبر بالغاً حكماً بتمام الخامسة عشرة من العمر، سواء في الذكور أو الإناث. **الثالثة:** الولاية المالية، وتثبت على الصغار، والمجانين، والمعاتيه، وذوي الغفلة، والسفهاء. والقاصر في جميع الأحوال محتاج إلى من يقوم على شئونه، ولذلك وجب شرعاً تعيين من يتولى أمره في نفسه أو ماله. والولاية عليه نوعان: ولاية على النفس، وولاية على المال. ونقتصر هنا على الولاية على النفس وهي تتعلق بشخص القاصر ونفسه، كالتزويج، والتعليم، والتطبيب، والعمل، وهي ذات ارتباط وثيق بالأسرة، وعمادها أن يكون الولي حريصاً، قادراً على رعاية القاصر، وصيانة حقوقه، ولذا كان الأصل في الولاية أن يتولاها من الأسرة أقرب الناس نسبياً إلى القاصر، كأب الصغير، وابن المجنون، والأب رب الأسرة، فهو عادة أحرص الناس على مصلحة أولاده، ومستقبلهم، ويليه الجد العاصب ولذا جعل الشارع الولاية أولاً للأب، ثم للجد العاصب، وعند عدم وجودهما تكون الولاية للعاصب بنفسه حسب ترتيب الإرث بشرط أن يكون محرماً، وعند التساوي في الدرجة والقوة تختار المحكمة من تراه منهم، فإن لم يوجد أحد من هؤلاء عينت المحكمة من تراه من غيرهم. "

وقد جاء في الموسوعة الفقهية (ج27/24): " للولي على النفس ولاية علاج الصغير وتطبيبه وختانه؛ لأن هذه الأشياء من أهم الأمور اللازمة للصغار لتعلقها بصحته، ويتحقق هذا بالإذن للطبيب في تقديم العلاج اللازم للصغار، والإذن في إجراء العمليات الجراحية لهم.

وقال الفقهاء: هذا خاص بالولي على النفس، وليس للولي على المال ذلك، فلو أذن الولي على المال للطبيب بإجراء عملية للصغير فهلك، فعلى الولي الدية لتعديده"⁽¹⁾.
وقد استقر الرأي في محكمة التمييز الكويتية أن تعيين ولي أو قيم على أموال عديم أو ناقص الأهلية لا يحول دون تعيين ولي على نفسه وذلك بقولها: "النص في المادة 138 من القانون المدني على أن "تعين المحكمة..... لمن كان محجورا عليه..... فيما تكون له الولاية على ماله في حدود ما يقضى به القانون.. وفي المادة 208 من القانون رقم 84/51 في شأن الأحوال الشخصية على أنه "مع مراعاة أحكام المواد 29 - 33 يخضع للولاية على النفس الصغير والصغيرة... كما يخضع لها البالغ المجنون أو المعتوه ذكرا أو أنثى، وفي المادة 209 من ذات القانون على أن "الولاية على النفس للأب ثم الجد العاصب....ب-.....ج- فان لم يوجد مستحق عينت المحكمة الصالح من غيرهم" يدل - وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون أن تعيين قيم على أموال المحجور عليه لإدارتها طبقا للمادة 138 من القانون المدني لا يحول دون تعيين ولي على نفسه لأن الولاية على النفس تتعلق بشخص المحجور عليه كتزويجه وتعليمه وتطبيبه وهي ذات ارتباط وثيق بالأسرة وعمادها أن يكون الولي حريصا قادرا على رعاية المحجور عليه وصيانة حقوقه ولذا فإن الأصل فيها أن يتولاها من الأسرة أقرب الناس إلى لمحجور عليه كابنه أو والده لأنه عادة يكون أحرص الناس على مصلحته ثم الجد العاصب ولذا فقد جعل الشارع الولاية أولا للأب ثم الجد العاصب وعند عدم وجودهما تكون الولاية للعاصب بنفسه حسب ترتيب الإرث بشرط أن يكون محرما وعند التساوي في الدرجة والقوة تختار المحكمة من تراه منهم فان لم يوجد أحد من هؤلاء عينت المحكم من تراه من غيرهم"⁽²⁾.

ولنا في هذا المقام أن نفرق بين أمرين:

الأمر الأول: هو مجرد الكشف على القاصر المريض وعلاجه دون إخضاعه لعمليات جراحية، وهذا الأمر يدخل في حدود الحضانة التي تكون للأبوين ما دامت العلاقة الزوجية

(1) الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، دولة الكويت، الجزء 27، رقم 24. والجزء 45، رقم 171.

(2) محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 33 لسنة 1994، بجلسة 1995/4/17.

قائمة، فإذا حصل الطلاق بين الزوجين كانت الحضانة للأم والولاية للأب⁽¹⁾، ويدخل الكشف على القاصر وعلاجه من الأمراض البسيطة التي لا تستدعي إخضاعه للبنج أو العمليات الجراحية من واجبات الحضانة التي تتطلب العناية بصحته وإجراء الكشف عليه وعلاجه من الأمراض التي تصيبه.

الأمر الثاني: أن يتطلب علاج القاصر إخضاعه لإجراءات طبية فيها مساس بجسمه وتعريضه للخطر، فإنها تدخل في باب الولاية على النفس وهي تكون للأب، ثم للجد العاصب، وعند عدم وجودهما تكون الولاية للعاصب بنفسه حسب ترتيب الإرث. فإذا حصل الطلاق بين الزوجين فإن الولاية على النفس لا تسقط بل تستمر للأب الذي لا يكون له أن يتخلى عن ولده، ولا ترفع عنه مسؤولياته بمجرد الطلاق، لأن الطلاق إنما يتعلق بالزوجة، ولا يتعلق بالأولاد، فمسؤولية الآباء على أولادهم مؤبدة، وليست مسؤولية مؤقتة، ولا مرتبطة بالزوجة؛ لأن العلاقة بين الآباء والأولاد لا تتغير، بخلاف علاقة الزوجية، فهي تنتهي.

بيد أن حق ولي النفس في تقرير إجراء العمليات الجراحية على القاصر ليس بحق مطلق، بل هو مشروط بإذن الطبيب، الذي له أن يقرر الموافقة على إجراء العملية الجراحية بما يتناسب مع الحالة الصحية للقاصر ورفضها إذا ما رأى أن من شأنها إلحاق الضرر بالقاصر ولو كان الأب مصراً على إجرائها.

ومتى ما كانت هناك ضرورة ملحة في إجراء العملية لإنقاذ حياة الصغير، وتغيب الولي على النفس فللولي على المال الإذن في إجراء العملية، أو لأي أحد من عموم المسلمين. لأن إنقاذ الأدمي واجب على كل مسلم⁽²⁾.

⁽¹⁾ تنص المادة 189 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أنه:

" أ- حق الحضانة للأم، ثم لامها وان علت، ثم للخالة، ثم خالة الام، ثم عمه الام، ثم الجدة لأب، ثم الاب، ثم الاخ، ثم العمه، ثم عمه الاب، ثم خالة الأب، ثم بنت الاخ، ثم بنت الاخ، بتقديم الشقيق، ثم أم، ثم لأب في الجميع.

ب- اذا لم يوجد مستحق للحضانة من هؤلاء، انتقل الحق في الحضانة الى الوصي المختار، ثم الاخ، ثم الجد العاصب، ثم الجد الرحمي، ثم ابن الاخ، ثم العم، ثم ابنه، بتقديم الشقيق، ثم أم، ثم لأب، متى امكن ذلك.

ج- اذا تساوى المستحقون للحضانة اختار القاضي الاصلح منهم للمحزون.

⁽²⁾ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الرابع، رقم 355.

ويحدث أن يرفض الأب أو الولي الحضور للمستشفى للتوقيع على الإقرار الخطي بالموافقة على الإجراء الطبي إما لسفره أو لمرضه أو لرغبته بالإضرار ببطيقته رغم الاتصال به من قبل الطبيب أو إدارة المستشفى، وهنا لا يخرج الأمر عن فرضيتين:

الفرضية الأولى: أن يكون الإجراء الطبي غير عاجل وإن كان ضرورياً، فيجب في هذه الحالة تكرار الاتصال بالولي وطلب حضوره لإقناعه بضرورة العمل الطبي والحصول على توقيعه على الإقرار الخطي بالموافقة.

وإذا رفض الولي التوقيع على الإقرار الخطي، يجب البحث في أسباب الرفض، فإن كانت جدية ويقصد بها حماية القاصر أو عديم الأهلية عندما تكون نتائج التدخل الجراحي غير مضمونة أو فيها من الخطورة ما يضر بمصلحته وحالته الصحية في المستقبل، وجب الانصياع لرفض الولي⁽¹⁾. أما إذا كانت أسباب الرفض غير جدية لربطها بطرق التداوي الشعبية أو باعتبارات مالية أو اجتماعية أو دينية⁽²⁾، فيجب اللجوء إلى غيره من الأولياء أو إلى للقضاء للحصول على الموافقة على الإجراء الطبي ما لم تتدهور الحالة الصحية وتتطلب التدخل العاجل لإنقاذ المريض⁽³⁾.

وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي أن لأصل في حكم التداوي أنه مشروع، لما ورد في شأنه في القرآن الكريم والسنة القولية والفعلية، ولما فيه من "حفظ النفس" الذي هو أحد المقاصد الكلية من التشريع. وتختلف أحكام التداوي باختلاف الأحوال والأشخاص:

(1) مأمون عبدالكريم، أهلية الموافقة على الأعمال الطبية، مرجع سابق، ص 154.

(2) تجيز بعض المذاهب العبرانية مثل (Jehovah's Witnesses) شهود يهوه، والمورمون (Mormon) لاتباعها رفض العلاج عن طريق الدم ولو في حالة الضرورة، ويحق لهم رفض هذا العلاج على أبنائهم. وقد أقرت المحاكم الأمريكية حق الشخص بالامتناع عن العلاج استناداً إلى معتقداته الدينية ما لم يرتبط بحياة الغير كما في حالات الحمل أو عندما يكون الشخص مسؤولاً مادياً ومعنوياً عن آخرين كوجود أطفال قصر. راجع مأمون عبدالكريم، أهلية الموافقة على الأعمال الطبية، مرجع سابق، ص 154. وأنظر أحكام القضاء الأمريكي:

Reynolds v. united states, 98 U.S 145, 25 L.ed 2d 244 (1879)

Prince v. Massachusetts, 321 U.S 158, 645. Ct 438, (1944)

Eferson v. Griffin spalding county Hospital, 277 S.E 2d-457- GA (1981)

(3) قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 67(5/7) بشأن العلاج الطبي، بتاريخ 14/5/1992.

- فيكون واجباً على الشخص إذا كان تركه يفضي إلى تلف نفسه أو أحد أعضائه أو عجزه، أو كان المرض ينتقل ضرره إلى غيره، كالأضرار المعدية.
 - ويكون مندوباً إذا كان تركه يؤدي إلى ضعف البدن ولا يترتب عليه ما سبق في الحالة الأولى.
 - ويكون مباحاً إذا لم يندرج في الحالتين السابقتين.
 - ويكون مكروهاً إذا كان بفعل يخاف منه حدوث مضاعفات أشد من العلة المراد إزالتها.
- الفرضية الثانية:** أن يكون الإجراء الطبي ضرورياً وملحاً لا يحتمل التأخير إما لخشية تفاقم الحالة الصحية أو لشدة الآلام التي يعاني منها المريض، وفي هذه الحالة يجب على الطبيب أن يباشر بالإجراء الطبي الضروري بعد مشاورة زملائه الاختصاصيين، وذلك تنفيذاً لالتزامه الطبي بتقديم الرعاية للمريض في الحالات الطارئة، والذي جاء في المادة 7 من القانون رقم 25 لسنة 1981 بشأن مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان والمهن المعاونة لهما بنصها على أنه: " لا يجوز ألي طبيب أن يمتنع عن علاج مريض، ما لم تكن حالته خارجة عن اختصاصه، أو قامت لديه أسباب واعتبارات تبرر هذا الامتناع. أما في الحالات الطارئة، فيجب على الطبيب العناية بالمصاب وإجراء ما يراه لازماً من الإسعافات الأولية وألا يتخلى عن واجبه المهني - أي كانت الظروف - إلا إذا تأكد من وجود آخرين يملكون القدرة والإمكانات الأفضل لأداء العناية المطلوبة".

- ولاعتبار حالة القاصر أو عديم الأهلية المريض ضمن الحالات الطارئة يلزم توافر شرطين:
1. ان تقتضي حالة المريض تدخلاً سريعاً لا يحتمل التأخير وإلا تعرضت حياته أو سلامته الصحية للخطر.
 2. حضور القاصر أو عديم الأهلية إلى طبيب المنشأة الصحية العامة دون أن يرافقه أحد من أفراد أسرته وعدم القدرة على الاتصال بهم⁽¹⁾.
- ويرى بعض الفقه أنه لا خلاف في إباحة عمل الطبيب في الحالات التي ينطوي فيها التدخل الطبي على مساس بجسم المريض عديم أو ناقص الأهلية ما دام التدخل في مصلحته،

(1) زعنون مصابحي، النيابة القانونية ومصلحة الطفل، دفاتر مخبر الحقوق، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، المجلد 1، العدد، 2016، ص 15-16.

مع وجوب مراعاة إرادة الوالدين في غير الحالات الطارئة ومحاولة إقناعهما بضرورة الإجراء الطبي⁽¹⁾.

ولا تتور مسألة الولاية الصحية بشكل قد يؤدي إلى الإضرار بحالة الشخص ناقص أو عديم الأهلية إلا في حال انفصال الزوجين، إذ يكون القاصر أو عديم الأهلية بين عاطفة الأم الجياشة ورغبة الأب أو الولي في التأني ودراسة عواقب الأمور، وإن كنت لا أميل إلى انتزاع الولاية من الأب أو الولي على النفس، إلا أن الحل يكمن في التخفيف من سلطة الولي وإعطاء وزارة الصحة من خلال لجنة طبية يتم تشكيلها صلاحية البت في مدى حاجة القاصر للإجراء الطبي الموصى بإخضاعه له عند رفض ولي النفس أو عدم حضوره، فحماية الطفل أو عديم الأهلية تبررها مقتضيات المصلحة العامة⁽²⁾.

وفي جميع الأحوال للأب أو الحاضنة في حالة الطلاق أن تلجأ إلى القضاء للحصول على حكم يعطيها الحق في توقيع الإقرار الطبي بناء على تقرير طبي موقع من لجنة طبية ومصادق عليه من إدارة المستشفى.

ونستنتج مما سبق أن قانون الأحوال الشخصية الكويتي نظم أهلية المريض على النحو التالي:

1. يعتبر الشخص كامل الأهلية للموافقة على الأعمال الطبية ببلوغه شرعاً أو بتمام الخامسة عشرة من العمر مادام عاقلاً، ذكراً كان أم أنثى.
2. في حالة المرضى القُصّر أو ناقصي الأهلية أو معدميها، فإن الولاية عليهم تكون للأب، ثم الجد من جهة الأب، ثم الأبناء، ثم الإخوة.

(1) Carbit, A et Dapongny, B, "Patients-Medecins: tous vos droits" France editions du puits fleuri, 1992, p.68. Rouge, D Arbus, L et Costagliola, M "La Responsabilite Medicale", Paris Arnette, 1992, p.33.

(2) ميزت بعض المحاكم الأمريكية بين الممارسة الحرة للمعتقدات الدينية المحمية دستورياً ضد أي انتهاك، والممارسات الدينية التي هي معادية أو ضارة بالصحة أو الرفاهية العامة.

Reynolds v. United States, 98 U.S. 145, 25 L. Ed. 244.

Davis v. Beason, 133 U.S. 333, 10 S. Ct. 299, 33 L.Ed. 637). " In the Matter of Sampson, 317 NYS2d 641, 649 (1970).

Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296, 303-304 (60 SC 900, 84 LE 1213) (1940)

3. حصول الأم على حق الحضانة، لا يخولها التوقيع على إقرار الموافقة على التدخل الجراحي، الذي يلزم له موافقة ولي النفس، أو حكم قضائي عند التعذر حسب الظروف.

4. للأم في حال قيام الزوجية أو في حال الطلاق رعاية الطفل رعاية صحية، والقيام بالكشف الطبي عليه⁽¹⁾.

وحيث أن قانون الأحوال الشخصية قد جعل حق التطبيب للولي على النفس وتناول هذه المسألة بشكل واضح، فإنه القانون الواجب تطبيقه عند البحث في أهلية المريض للموافقة على الأعمال الطبية في نطاق المنشآت الصحية العامة، وبذلك تكون إدارة الفتوى والتشريع أصابت في فتاها صحيح القانون، ولكنها لم تراعي ما جاء في سياسات إقرارات المرضى المرافقة لقرار وزير الصحة رقم 307 لسنة 2015 والتي جعلت الشخص كامل الأهلية للموافقة على الأعمال الطبية ببلوغه سن الرشد وهي إحدى وعشرين سنة.

♦ الفرع الثاني: أهلية المريض للموافقة على الأعمال الطبية في قانون الطفل

جاء قانون حقوق الطفل رقم 21 لسنة 2015 ليقرر للطفل مجموعة من الحقوق التي تضمن توفير البيئة الملائمة لتربيته وتنشئته وحمايته من كافة أشكال العنف أو الضرر أو الإساءة البدنية أو المعنوية أو الإهمال وغيرها من أشكال إساءة المعاملة والاستغلال. وقد عرض المشرع لحقوق الطفل منذ ولادته وحتى بلوغه عمر الثماني عشرة سنة ميلادية كاملة. مبتدأ بحق الطفل في النسب والاسم والرضاعة والحضانة وتوفير احتياجاته من المأكل والملبس والسكن والعيش في كنف والديه، مع تأكيد حقه في التعليم وحقه في الحصول على خدمات الرعاية الصحية والاجتماعية وعلاج الأمراض، مؤكداً على دور الدولة في اتخاذ كافة التدابير لضمان تمتع الأطفال بأعلى مستوى ممكن من الصحة.

(1) مسعود صبري، تقنين الولاية الصحية للأم على الأطفال، مقال منشور في مجلة المجتمع، الكويت، بتاريخ 2019/12/8.

<https://mugtama.com/theme-showcase/item/95977-2019-12-08-05-34-46.html>

وقد جاء في المادة 2 من قانون حقوق الطفل أن الطفل الذي يبلغ من العمر سبع سنوات ولم يبلغ الخامسة عشر يكون له رأي ويتم سماعه والأخذ به إن استلزم الأمر، ويكون أهلاً لإبرام عقد العمل ببلوغه الخامسة عشر من العمر وفقاً للشروط والضوابط التي يحددها قانون العمل، وبلوغ الطفل سن الثامنة عشر يخرج عن نطاق الحماية التي يوفرها المشرع للأطفال. وقد تضمن قانون حقوق الطفل باباً خاصاً للرعاية الصحية للطفل أهتم فيه بصحة الأم الحامل وقيد المواليد في السجل المدني وبتطعيم الطفل وتحصينه وتغذيته، والزمّت المادة 26 من القانون جميع الأشخاص الذين يتولون بحكم مهنتهم العناية بالأطفال ورعايتهم بما فيهم الطبيب أن يشعر مراكز حماية الطفولة بكتاب خطي إذا تبين له أن هناك ما يهدد صحة الطفل أو سلامته البدنية. وأعطت المادة 27 من القانون لمركز حماية الطفل سلطة إبقاء الطفل في المستشفى إذا كانت حالته الصحية تستدعي ذلك في حالة رفض والداه أو متولي رعايته أو من في حكمهم ذلك.

ولم يتطرق قانون حقوق الطفل لمسألة الولاية على نفس الطفل ومن له الحق في تطبيقه والموافقة على الإجراءات الطبية التي تشكل مساساً بجسم الطفل، وترك لنا مجموعة من النصوص غير واضحة الدلالة والتي تحتل أكثر من تأويل.

إذ تنص الفقرة (د) من المادة 3 من قانون حقوق الطفل رقم 21 لسنة 2015 " يحق لولي أمر الطفل أو الحاضن أو الحاضنة أو متولي رعاية الطفل أو من في حكمهم استخراج كافة المستندات الرسمية كالثبوتية الخاصة بالطفل والقيام بأي إجراء إداري أمام كافة الجهات الرسمية نيابة عن الطفل. وتكون لحماية الطفل مصالحه الأولوية في جميع القرارات والإجراءات المتعلقة بالطفولة، أي كانت الجهة التي تصدرها أو تباشرها ".

وتنص المادة 27 من القانون على أنه: " إذا تبين للمختصين في مركز حماية الطفل أن الحالة الصحية للطفل تستوجب إبقاءه في المستشفى، ورفض والداه أو متولي رعايته أو من في حكمهم ذلك وجب على المختصين المشار إليهم اتخاذ ما يلزم لبقائه في المستشفى بالتنسيق مع الجهات المختصة ووفقاً للإجراءات المقررة قانوناً".

فهل تسعف هذه النصوص في منح الحاضنة الحق في التوقيع على الإقرار الطبي بالموافقة على الأعمال الطبية؟ وهل يفهم من نص المادة 27 أن لمركز حماية الطفل الحق في إعطاء الموافقة على الإجراء الطبي في حالة رفض ولي النفس؟

اشترطت المادة الأولى من قرار وزير الصحة رقم 307 لسنة 2015 على الطبيب أو المتخصص أخذ الموافقة الخطية من المريض أو من يمثله قانونا على الإجراء الطبي المطلوب اتخاذه، ويمكن اعتبار الإقرار الخطي من الإجراءات الإدارية التي يحق لولي أمر الطفل أو الحاضن أو الحاضنة أو متولي رعاية الطفل أو من في حكمهم القيام بها أمام كافة الجهات الرسمية نيابة عن الطفل وفقا لمفهوم البند (د) من المادة 3 من قانون حقوق الطفل، خاصة إذا ما ربطنا هذا الإجراء بالطبيعة القانونية لعلاقة المريض بالمنشآت الصحية العامة.

فقد انتهينا - في المبحث السابق- إلى أن علاقة المريض بالطبيب في المنشآت الصحية العامة هي علاقة تنظيمية وليست تعاقدية ويحكمها القوانين واللوائح المنظمة لتسيير مرفق الصحة، والطبيب وغيره من العاملين في هذا المرفق هم من الموظفين العموميين الذي يلتزمون عند ممارستهم لأعمال وظيفتهم بالقوانين والقرارات والتعليمات التي تحدد الإجراءات الواجب اتباعها عند تقديم الخدمة.

كما يمكن أن يفهم من نص المادة 27 من القانون المشار إليه أن لمركز حماية الطفل الحق في أن يمنح للطبيب في حالة رفض ولي النفس الموافقة على الإجراء الطبي الإذن بمباشرة الإجراء متى ما استدعت الحالة الصحية للطفل وكان من شأن الإجراء المساعدة في شفائه أو تخليصه من الألم بناء على تقرير يرفع لها من قبل لجنة طبية مشكلة من عدة أطباء ومصادق عليها من المستشفى.

وإذا ما ربطنا ما جاء في البند 3 من المادة 2 من قانون حقوق الطفل بأن للطفل في عمر سبع سنوات وحتى خمس عشرة سنة رأي يتم سماعه والأخذ به إن استلزم الأمر، مع ما جاء في المادة 208 من قانون الأحوال الشخصية باعتبار الشخص كامل الأهلية ببلوغه شرعا أو بتمام الخامسة عشرة من العمر، فإنه يلزم الاعتداد برأي الطفل الذي بلغ خمسة عشر سنة وتبصيره بشرح الإجراءات الطبية المطلوبة أو المقترحة وشرح البدائل المتاحة والفوائد المرجوة من الإجراء وإثبات رأيه في نموذج الإقرار الطبي.

وقد أخذ قانون الأسرة الإنجليزي بهذا الرأي، فعلى الرغم من أن سن الرشد في النظام القانوني الإنجليزي هو ثمانية عشرة سنة، إلا أن اللقاصر الذي بلغ السادسة عشرة من العمر الموافقة على أي علاج جراحي أو طبي أو علاج أسنان دونما حاجة للحصول على أي موافقة

عليه من والديه أو الوصي عليه⁽¹⁾. بل ويذهب بعض الفقه إلى أنه على الطبيب أن لا يلتفت إلى سن الطفل المريض، ويجعل اهتمامه منصبا على قدرته على فهم وإدراك طبيعة العمل الطبي ونتائجه ومدى إمكانية إعطاء رضا صحيح من الناحية القانونية، فإذا تبين له أن الطفل قادر اتخاذ القرار السليم كان للطبيب الحق في مباشرته وذلك في الحالات قليلة الجسامة في تأثيرها على صحة الطفل وسلامة جسمه، أما في الحالات التي تتسم بالخطورة فيجب أخذ موافقة ممثله القانوني أو بلوغه السن القانوني المشار إليه⁽²⁾.

وفي نفس الاتجاه نجد أن المشرع القانوني قد حدد سن الرشد في القانون المدني الفرنسي ببلوغ الثامنة عشرة من العمر⁽³⁾، كما ألزم الطبيب في قانون أخلاقيات مهنة الطب بأن يحصل على موافقة الوالدين أو الولي الشرعي للطفل أو عديم الأهلية قبل اتخاذ الإجراء الطبي، عدا الحالات الطارئة والحالات التي يتوفر فيها لدى القاصر القدرة على الإدراك والتمييز واتخاذ القرار بشأن الإجراء الطبي المقترح⁽⁴⁾، أخذا بحكم المادة 111-4 من قانون

(1) Family Law Reform Act 1969, Art.8 sec1:

"1. The consent of a minor who has attained the age of sixteen years to any surgical, medical or dental treatment which, in the absence of consent, would constitute a trespass to his person, shall be as effective as it would be if he were of full age; and where a minor has by virtue of this section given an effective consent to any treatment it shall not be necessary to obtain any consent for it from his parent or guardian.

2. In this section (surgical, medical or dental treatment) includes any procedure undertaken for the purposes of diagnosis, and this section applies to any procedure (including, in particular, the administration of an anaesthetic) which is ancillary to any treatment as it applies to that treatment.

3. Nothing in this section shall be construed as making ineffective any consent which would have been effective if this section had not been enacted".

(2) مأمون عبدالكريم، أهلية الموافقة على الأعمال الطبية، مرجع سابق، ص 143.

Skegg P.D.G., " Law Ethics and Medicine" Oxford, Clarendon Press, 1990, p.54.

(3) code civile francais , Article 388: " Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplish...".

(4) code de deontologie medicale francais, Décret no 95-1000 du 6 septembre 1995.

الصحة العمومية الذي يوجب تبصير القاصر وإعلامه بحالته الصحية والإجراءات الطبية الواجب اتخاذها لعلاج⁽¹⁾.

كما أن القول بضرورة الاعتداد برأي القاصر عند إخضاعه للإجراءات الطبية يتماشى مع ما جاء في المادتين 12 و13 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل² واللذان تؤكدان على التزام الدول الأطراف في الاتفاقية بأن تكفل للطفل القادر على تكوين آرائه الخاصة حق التعبير عن تلك الآراء بحرية في جميع المسائل التي تمس الطفل، وتولى آراء الطفل الاعتبار الواجب وفقا لسن الطفل ونضجه، وعلى حق الطفل في حرية التعبير وإبداء الرأي وطلب جميع أنواع المعلومات التي تتعلق بحالته الصحية وبشئونه الشخصية.

ويجب عند إجراء أي تعديل على قانون ممارسة مهنة الطب تحديد الأشخاص الذين يكون لهم الموافقة على الأعمال الطبية بشكل واضح مع الأخذ بالمبدأ القائل أن كلا الوالدين يتحملان مسؤوليات مشتركة عن تربية الطفل ونموه. وتقع علي عاتق الوالدين أو الأوصياء القانونيين، حسب الحالة، المسؤولية الأولى عن تربية الطفل ونموه. وتكون مصالح الطفل الفضلى موضع اهتمامهم الأساسي⁽³⁾.

• المطلب الثاني: أهلية المريض للموافقة على الأعمال الطبية في المؤسسات العلاجية الخاصة

علاقة المريض بالطبيب أو بالمنشآت الصحية الخاصة هي علاقة تعاقدية، والعقد المبرم بينهما هو عقد غير مسمى ملزم للجانبين يلتزم فيه الطبيب أو المنشأة الصحية الخاصة ببذل

⁽¹⁾ code francais de la santé publique, loi du 4/3/2002, l'article 111- 4: "Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables" Modifié par LOI n°2016-87 du 2 février 2016 – art. 5.

⁽²⁾ انضمت دولة الكويت لاتفاقية حقوق الطفل بتاريخ 1991/10/6.

⁽³⁾ المادة 1/18 من اتفاقية حقوق الطفل.

العناية اللازمة لمساعدة المريض في التخلص من آلامه والشفاء من المرض الذي ألم به، ويلتزم المريض بتزويد الطبيب المعالج بالمعلومات التي تسعفه في تشخيص المرض ودفع الأجرة المتفق عليها. ويطبق على العقد الطبي القواعد العامة لنظرية العقد في المدني الكويتي. وعلى خلاف الوضع في تحديد أهلية المريض للموافقة على الأعمال الطبية في إطار القانون العام، لا تثير أهلية المريض للموافقة على الأعمال الطبية في مجال العقود الطبية التي تدرج مع المؤسسات العلاجية الخاصة أية صعوبة في تحديدها والوقوف على الحالة التي يعتبر فيها الشخص كامل الأهلية لإبرامها.

فقد اعتنى القانون المدني الكويتي ببيان أهلية الشخص الطبيعي ومراحلها وحكم التصرفات التي يجربها ناقصي أو عديمي الأهلية وذلك في المواد من 84 إلى 109، وحدد الأصل في أهلية الأشخاص للتعاقد بنصه في المادة 84 على أن كل شخص أهل للتعاقد، ما لم يقرر القانون عدم اهليته أو ينقض منها. وبينت المادة 96 من القانون المشار إليه أن كل شخص بلغ سن الرشد يكون كامل الأهلية لأداء التصرفات القانونية، ما لم يكن قد حكم قبل ذلك باستمرار الولاية أو الوصاية على ماله، ويكون الشخص قد بلغ سن الرشد ببلوغه من العمر إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة.

وفي إطار القانون المدني تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بوفاة⁽¹⁾، إلا أن معاملته من الناحية القانونية تتدرج مع زيادة العمر وزيادة وعيه وإدراكه وتمييزه للأمور، فمن يبلغ سن الرشد يكون كامل الأهلية وله ان يباشر جميع التصرفات القانونية ويتحمل ما تنتج من آثار، والأصل أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم اهليته (كالصغير غير المميز والمجنون والمعنوه)، أو ينقص منها (كالصغير المميز، والسفيه، وذو الغفلة، والمصاب بعجز جسماني شديد).

ويقصد بالأهلية بوجه عام صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذاك. وتعبير آخر صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وصلاحيته لاستعمالها⁽²⁾.

(1) المادة 9 من القانون المدني الكويتي.

(2) سعيد الصادق، أصول القانون، نظرية الحق وفقا للقانون الكويتي، مرجع سابق، ص172. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، شرح القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص209. محسن البيه، شرح القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص310.

من هذا التعريف نجد أن الأهلية تنقسم إلى نوعين:

1. **أهلية الوجوب:** وهي أهلية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وهي تلازم الشخص منذ ولادته وحتى وفاته بغض النظر عن سنه أو عن حالته العقلية، وهذه الأهلية لا نخوض فيها إلا في الحالة التي نبحث فيها عما إذا كان يجوز لشخص معين أن يكون صاحب لحق ما، أو محملاً بالتزام ما، أو لا يجوز له ذلك⁽¹⁾.

2. **أهلية الأداء:** وهي أهلية القيام بالتصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقاً أو أن تحمله التزاماً على وجه يعتد به قانوناً، أو كما يقال هي قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن إرادته تعبيراً صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية في حقه وفي ذمته، وهذه الأهلية لازمة لسلامة الرضاء باعتباره الركن الأساسي للعقد، فهي ترتبط بالإدراك والتميز ارتباطاً وثيقاً، بحيث تدور معهما وجوداً وعدمًا، فإذا انعدم الإدراك عند شخص انعدمت عنده أهلية الأداء (كالصغير غير المميز والمجنون). ومتى بدأ الإدراك يتواجد عند الشخص ببلوغه سن التمييز وقبل بلوغه سن الرشد، أو ببلوغه سن الرشد ولكن لإصابته بعارض من عوارض الأهلية، فإن أهلية الأداء تتوافر لديه، ولكنها تكون ناقصة، (كالصغير المميز، والسفيه، وذو الغفلة، والمصاب بعجز جسماني شديد). ويكتمل الإدراك عند الشخص وبالتالي تتوافر لديه أهلية كاملة ببلوغه سن الرشد ما لم يصاب بعارض من عوارض الأهلية⁽²⁾.

وقد افترض المشرع الكويتي توافر الإدراك والتمييز لدى الشخص ببلوغه سن السابعة من العمر، واعتبر كل من لم يبلغ ذلك السن غير مميز (م 2/86 مدني كويتي). فلا تتوافر لديه إرادة التعاقد ولا يمكنه إبرام العقد. وهذا الافتراض نهائي لا يقبل إثبات العكس.

وعلى ذلك نجد أن أهلية القيام بالتصرفات القانونية ليست واحدة بالنسبة للصغير، فهي معدومة بالنسبة للصغير غير المميز الذي لم يبلغ السابعة من عمره وتقع كل تصرفاته باطلة، وناقصة بالنسبة للصغير المميز الذي بلغ السابعة ولم يبلغ الحادية والعشرين من العمر، فتكون

(1) عبدالمجيد خلف العنزي، بطلان العقد في القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص 191.

(2) راجع في تعريف أهلية الوجوب وأهلية الأداء: ياسين محمد يحيى، المدخل لدراسة القانون، الجزء الثاني، النظرية العام للحق، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، 1991، ص 163 و 221. سميرة حسن، المدخل إلى القانون، الطبعة السادسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص 520، 572. عبدالمنعم البدراري، المدخل للعلوم القانونية، دار الكتاب العربي، 1962، ص 606-612.

دائرة بين الانعدام والكمال، فهو غير معدم أهلية الأداء كالصغير غير المميز، وليس كامل الأهلية كمن بلغ سن الرشد، وهو غير محروم من مباشرة جميع العقود كأول، وغير مسموح له بمباشرة جميع التصرفات القانونية كالثاني، فهو يتمتع بأهلية أداء، ولكن هذه الأهلية ناقصة غير كاملة، وقد وضع القانون الكويتي قاعدة تحكم تصرفات الصغير المميز، وأورد عليها بعض الاستثناءات.

وقد جاءت المادة 87 من القانون المدني بالقاعدة العامة التي تحكم تصرفات الصغير المميز حسب نوع التصرف القانوني الذي أقدم الصغير المميز على مباشرته، فيما إذا كان نافعاً له، أم ضاراً، أم دائراً بين النفع والضرر. وذلك على النحو التالي:

(1) التصرفات النافعة نفعاً محضاً: أهلية الصغير المميز كاملة لإبرام التصرفات النافعة له نفعاً محضاً، أي التصرفات التي من شأنها أن يحصل الصغير المميز على أشياء دون أن يدفع مقابلها لها، فهذه التصرفات تقع صحيحة منه دون الحاجة إلى إجازة من وليه أو وصيه، كقبول الهبة، وقبول الوصية، وقبول الاشتراط الوارد لمصلحته في عقد التأمين بدون مقابل، وقبول الإبراء من دين في ذمته، وهي ما يطلق عليها أهلية الاغتناء، فهذه التصرفات التي تقع من الصغير المميز وتكون نافعة له نفعاً محضاً تقع صحيحة بذاتها.

(2) التصرفات الضارة ضرراً محضاً: تتعدم عند الصغير المميز أهلية إبرام هذه التصرفات، وهي التي من شأنها أن يعطي الصغير المميز دون أن يأخذ مقابلها لما يعطي، وهي ما يطلق عليها أهلية الافتقار. فإذا صدرت عن الصغير المميز مثل هذه التصرفات الضارة به ضرراً محضاً فإنها تقع باطلة، ولا يترتب عليها أي أثر في الحال ولا في المستقبل، ولا يستطيع الصغير المميز إجازتها بعد بلوغه سن الرشد، كما لا يستطيع وليه أو وصيه إجازتها إذ إن الإجازة لا تلحق العقد الباطل.

ومثال هذه التصرفات الضارة ضرراً محضاً أن يهب الصغير المميز جزء من ماله للغير، أو أن يقوم بإبراء ذمة مدينة من دين له عليه، فمتى قام بمثل هذه التصرفات اعتبرت باطلة وللمحكمة أن تقضي بهذا البطلان من تلقاء نفسها⁽¹⁾.

(1) محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، الجزء الأول، الالتزامات، منشأة المعارف، 2005، ص211.

3) التصرفات الدائرة بين النفع والضرر: للصغير المميز أهلية ناقصة لإبرام التصرفات الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر، وهي التي من شأنها أن يأخذ الصغير المميز ويعطي مقابل لما يأخذه، كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار، والصغير المميز لا يعد عديم الأهلية بالنسبة لهذه التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، وإنما يعد ناقص الأهلية، وبالتالي لا يجوز له أن يباشرها، ومع ذلك إذا باشر أيا منها فلا يقع تصرفه باطلاً، وإنما يكون قابلاً للإبطال لمصلحته، وليس هناك أية أهمية لما يترتب على التصرف في ذاته وما يترتب من آثار بوجه عام⁽¹⁾.

ويعتبر العقد الطبي من العقود الدائرة بين النفع والضرر لما يرجوه المريض من إبرامه إلى التخلص من الآلام التي يسببها له المرض مع إدراكه لعواقب الخضوع للإجراءات الطبية والمضاعفات التي قد تحدث له نتيجة الخضوع لها أو بسبب تناول الأدوية اللازمة لحالته الصحية.

وعلى ذلك يكون المريض كامل الأهلية لإبرام العقد الطبي ببلوغه سن الحادية والعشرين ما لم يكن محجوراً عليه لذاته (كالمجنون والمعتوه) أو بحكم قضائي (كالسفيه وذو الغفلة)، أما الصغير الذي بلغ السابعة من عمر ولم يبلغ سن الرشد ومن في حكمه فتكون له أهلية ناقصة لإبرام العقد الطبي، فيكون العقد المبرم بينه وبين الطبيب أو المستشفى الخاص صحيحاً ولكنه قابل للإبطال لمصلحته⁽²⁾.

وبالتالي فإن العقد الطبي المبرم بين الطبيب والصغير المميز ناقص الأهلية هو عقد صحيح منتج للآثار ما لم يقضى بإبطاله (المادة 179 من القانون المدني)⁽³⁾، ولا يتقرر إبطال العقد إلا بالحصول على حكم قضائي أو عن طريق اتفاق طرفي العقد على ذلك.

(1) محمد زكي عبدالبر، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المدني المصري، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة، العددان الأول والثاني، 1955، ص 175. عبدالمجيد خلف العنزي، بطلان العقد في القانون المدني الكويتي مرجع سابق، ص 195-208.

(2) تقدمت اللجنة العليا الاستشارية للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في دولة الكويت باقتراح تعديل حكم تصرفات الصغير المميز الدائرة بين النفع والضرر بأن تكون موقوفة لمصلحته ما لم تلحقها الإجازة من وليه. حيث توفر فكرة العقد الموقوف حماية أكبر للصغير المميز، إلا أن المقترح لم يأخذ به عند تعديل بعض أحكام القانون المدني بالقانون رقم 15 لسنة 1996.

(3) تنص المادة 179 من القانون المدني الكويتي على أنه: "العقد القابل للإبطال ينتج آثاره، ما لم يقض بإبطاله وإذا قضى بإبطاله، اعتبر كأن لم يكن أصلاً".

ولأن العقد الطبي ليس كغيره من العقود التي يتصور معها الحكم بإعادة المتعاقدين إلى حالتها قبل التعاقد عند الحكم بإبطال العقد، فمن الواجب على الطبيب أن لا يقبل علاج ناقص الأهلية دون حضور وليه أو ممثله القانوني إلا في الحالات التي يكون فيها تقديم العلاج ضرورياً وبعد مناقشة أعراض المرض والتحقق من مدى إدراك المريض لطبيعة الإجراءات الطبية وتمييزه بين الخيارات المتاحة لعلاج.

وفي الحالة التي يخفي فيها المريض نقص أهليته بادعائه بلوغ سن الرشد باتباع طرق تدليسية كتغيير مظهره الخارجي أو بتقديم أوراق مزورة تدعم ما يدعيه، فللقاضي أن يقضي برفض دعوى الإبطال وتعويض من تعاقد معه عما يرتبه له الإبطال من ضرر⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب على الطبيب في جميع الأحوال أن يتثبت من قدرة المريض على التعبير عن إرادته وقدرته الذهنية على اتخاذ القرارات السليمة حتى وإن كان المريض بالغاً لسن الرشد، فقد يكون المريض عاجزاً عن التعبير عن إرادته أو غير قادر على التمييز بسبب ضربة تعرض لها أو لتعاطيه بعض الأدوية، ويلزم في هذه الحالات أن يطلب الطبيب موافقة شخص آخر من أسرته أو من ممثله القانوني لمباشرة الإجراء الطبي ما لم تكن الحالة من الحالات الطارئة التي تستدعي التدخل السريع.

○ الخاتمة:

ان اتصال الأعمال الطبية بجسم الانسان وما يقتضيه من احترام، جعلت من طبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة خاصة، تقيدها الأصول العلمية لمهنة الطب وقواعد وأخلاقيات المهنة، التي توجب عدم المساس بجسم المريض إلا بعد الحصول على موافقته أو موافقة ممثله القانوني، مع حق المريض بين قبول العلاج

(1) تنص المادة 197 من القانون المدني الكويتي على انه:

"1- لا يمنع ناقص الاهلية من ان يتمسك بنقص اهليته، على نحو ما يقصي به القانون، ان يكون قد ادعى توافر الاهلية لديه.

2- على انه اذا لجأ القاصر، في سبيل اخفاء نقض اهليته، الى طرق تدليسية، من شأنها ان تحمل على الاعتقاد بتوافر الاهلية لديه، كان ملتزماً بتعويض من تعاقد معه عما يرتبه له الإبطال من ضرر.

3- ويجوز للقاضي، على سبيل التعويض المستحق وفقاً للفقرة السابقة، ان يقضي برفض دعوى الإبطال".

أو رفضه، وضرورة تبصيره بطبيعة مرضة والإجراءات الطبية الواجب إخضاعه لها والعلاجات المقترحة وآثار كل ذلك على حالته الصحية.

وللحصول على موافقة المريض لتلقي العلاج يجب ان يتمتع بالأهلية، بأن يكون قد بلغ السن الذي حدده القانون لذلك، والتي تختلف باختلاف العلاقة القانونية التي تربط المريض بطبيبه أو بالمنشأة الصحية، فيما إذا كانت تمت في إطار القانون العام أو في إطار القانون الخاص.

ولم يتضمن النظام القانوني الكويتي نصا خاصا بتحديد السن التي يعتبر الشخص ببلوغها كامل الأهلية للموافقة على الأعمال الطبية، الأمر الذي تسبب بإرباك العاملين في الجسم الطبي وأدى إلى تباين الآراء حولها.

وقد تمخضت هذه الدراسة عن جملة من النتائج والمقترحات، سنتناولها فيما يلي:

♦ أولاً: النتائج

1. طبيعة علاقة المريض بالطبيب والمنشآت الصحية العامة هي علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح والقرارات المنظمة للعمل في مرفق الصحة، أما علاقة المريض بالطبيب وبالمؤسسات الصحية الأهلية الخاصة فهي علاقة تعاقدية تخضع للقواعد العامة لنظرية العقد في القانون المدني.
2. يتعبر الشخص أهلاً للموافقة على الأعمال الطبية في المنشآت الصحية العامة ببلوغه شرعاً أو بتمام الخامسة عشر من العمر مادام عاقلأً، فإن لم يبلغ ذلك العمر أو كان مجنوناً أو معتوهاً كان لولي النفس (الأب ثم الجد العاصب، ثم للعاصب نفسه حسب ترتيب الإرث) الموافقة عليها نيابة عنه، وإذا رفض الولي التوقيع على الإقرار الخطي الخاص بالإجراء الطبي وجب اللجوء إلى غيره من الأولياء أو إلى للقضاء للحصول على الموافقة على الإجراء الطبي ما لم تتدهور الحالة الصحية وتتطلب التدخل العاجل لإنقاذ المريض.
3. لأم في حال قيام الزوجية أو في حال الطلاق رعاية الطفل رعاية صحية، والقيام بالكشف الطبي عليه، فإذا استدعت الحالة الصحية للقاصر اتخاذ

- إجراء طبي ينطوي على مساس جسيم بجسمه ورفض الولي الحضور للتوقيع على الإجراء الطبي كان للألم أو الحاضنة في حالة الطلاق أن تلجأ إلى القضاء للحصول على حكم يعطيها الحق في توقيع الإقرار الطبي بناء على تقرير طبي موقع من لجنة طبية ومصادق عليه من إدارة المستشفى.
4. لطفل من عمر سبع سنوات وحتى خمس عشرة سنة الحق في إبداء الرأي وطلب جميع أنواع المعلومات التي تتعلق بحالته الصحية وبشئونه الشخصية وإن يتم سماعه والأخذ به إن استلزم الأمر، مع إثبات ذلك في نموذج الإقرار الطبي.
5. يمكن أن يفهم من نص المادة 27 من قانون حقوق الطفل أن لمركز حماية الطفل الحق في أن يمنح للطبيب في حالة رفض ولي النفس الموافقة على الإجراء الطبي الإذن بمباشرة الإجراء متى ما استدعت الحالة الصحية للطفل وكان من شأن الإجراء المساعدة في شفائه أو تخليصه من الألم بناء على تقرير يرفع لها من قبل لجنة طبية مشكلة من عدة أطباء ومصادق عليها من المستشفى.
6. يعتبر الشخص كامل الأهلية لإبرام العقد الطبي مع الطبيب في المؤسسات الصحية الخاصة ببلوغه سن الحادية والعشرين، ويعتبر العقد الذي يبرمه ناقص الأهلية كالصغير المميز (من عمر سبع سنوات وحتى خمس عشرة سنة) والسفيه وذو الغفلة صحيحا منتجا لكافة آثاره ما لم يقضى بإبطاله.

♦ ثانيا: المقترحات

1. التخفيف من سلطة الولي في رفض الإجراءات الطبية، بإعطاء وزارة الصحة من خلال لجنة طبية يتم تشكيلها صلاحية البت في مدى حاجة عديم أو ناقص الأهلية للإجراء الطبي عند رفض ولي النفس أو عدم حضوره.
2. يمكن الاقتداء بتنظيم أهلية الشخص للموافقة على الأعمال الطبية بما أخذ به القانونين الإنجليزي والفرنسي، وذلك بتحديد السن التي يعتبر الشخص ببلوغها كامل الأهلية للموافقة أو رفض الإجراء الطبي، وتحديد الأشخاص الذين يكون لهم التوقيع نيابة عنه، والحالات

التي يكون فيها لناقص الأهلية الموافقة على المساس بسلامة جسمه دون الحصول على موافقة ممثله القانوني. بأن يتضمن باب حقوق المريض في مشروع قانون مهنة الطب النص الآتي:

" 1- يعتبر المريض كامل الأهلية للموافقة على الأعمال الطبية أو رفضها ببلوغه سن الثامنة عشر، وينوب عن المريض عديم الأهلية أو ناقصها في الموافقة على الأعمال الطبية الأب ثم الأم ثم الجد العاصب ثم للعاصب نفسه حسب ترتيب الإرث.

2- لناقص الأهلية الذي يبلغ الخامسة عشر من العمر الحق في الاطلاع على التقارير الطبية الخاصة بحالته الصحية وتبصيره بالإجراءات الطبية التي سيخضع لها.

3- في حالات الكشف التي لا تستدعي المساس بجسم المريض وصرف العلاجات التي لا تتضمن آثارا جانبية من شأنها الإضرار بصحة ناقص الأهلية، يجوز للطبيب بعد التأكد من قدرة المريض على الإدراك والتمييز إجرائها دون حضور ممثله القانوني".