



مجلة الحقوق والعلوم السياسية

العدد الرابع والثلاثون:

2022/1

مجلة فصلية محكمة تصدر عن
كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية

مجلة الحقوق والعلوم السياسية

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

المدير المسؤول د. عصام إسماعيل	رئيس التحرير 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. عصام إسماعيل	د. سابيين الكك
د. امين لبس	د. محمود سيف الدين	د. محمود ملحم
د. عماد وهبه	د. عادل يمين	د. وسام غياض
د. كميل حبيب	د. عصام مبارك	

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 ومدروجة في هوامش صفحات البحث (وليس في آخر البحث) وبشرط أن تقتصر الهوامش على ذكر المراجع أما الحواشي المطولة المذكورة في الهوامش فهي تحذف حكماً.
 - و- غير مقتبس عن بحث آخر.
 - ز- لم يسبق نشره في مجلة او موقع الكتروني.
 - ح- ليس جزءاً من أطروحة الدكتوراه أو رسالة الماجستير، أو جزءاً من كتاب للباحث سبق نشره.
2. فور ورود البحث إلى عمادة الكلية، يصبح ملكاً للمجلة ولا يجوز إعادة نشره إلا بعد موافقة هيئة التحرير.
3. إن قبول نشر البحث لا يعني أنه سينشر في العدد اللاحق، لهيئة التحرير أن تقرر تاريخ النشر مراعاةً لمبادئ تراكم الأبحاث وتنسيق الموضوعات.
4. تُذكر صفة الكاتب إذا لم يكن من أفراد الهيئة التعليمية في كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية- الجامعة اللبنانية.
5. بعد إدراج المجلة على الموقع الالكتروني للكلية يمكن إعادة استخدام ونشر الدراسات الواردة فيها شرط الإشارة إلى المصدر.

ترحبُ عمادة كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية بالمساهمات الفكرية في
مجال القانون والسياسة.

للإستفسار أو لمزيدٍ من التفاصيل زيارة الموقع (droit.ul.edu.lb)

أو لدى عمادة الكلية على الرقم:

00961 1 384133 – 00961 1 384114

00961 3 700209 – 00961 70 814915

أو مراسلتنا على عنوان البريد الإلكتروني:

camille_habib@hotmail.com

issam.ismail@ul.edu.lb - droit@ul.edu.lb

محتويات المجلة

7	كلمة رئيس التحرير
9	القسم الأول: دراسات في القانون الخاص
11	• د. جوزيف الريشاني، حق الحبس
37	• د. ريم إبراهيم فرحات، الوكالة غير القابلة للعزل بين النص والاجتهاد
63	• د. فراس يوسف الكساسبة، الأحكام الجديدة في رهن الأموال المنقولة دون حياة وفقاً للقانون الإماراتي
108	• د. أحمد إشراقية ومحمد رفيق شافي، المسؤولية المدنية الناجمة عن أضرار اللقاحات الخاصة بمواجهة جائحة كورونا
140	• د. عبد الرزاق وهبه سيد احمد محمد، المسؤولية المدنية للطبيب عن الفشل في منع الحمل
171	• د. محمود ملحم و د. محمد الحرיתי، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء أحكام القانون رقم 70 لسنة 2020 بشأن مزاولة مهنة الطب والمهن المساعدة لها وحقوق المرضى والمنشآت الصحية في الكويت
195	• عليا علي خلف الحمادي، اكتساب أبناء المواطنين من أب أجنبي الجنسية الإماراتية
231	القسم الثاني: دراسات في القانون الدولي والعلوم السياسية
233	• د. كميل حبيب، الارثوذكسية ولبنان والعروبة

- 243 • د. زينب محمد جميل الضناوي، سبل مواجهة منظمة الصحة العالمية والمواثيق الدولية لكوفيد-١٩ المستجد
- 267 • د. طه لحميداني، في الإشكالات المعاصرة للعلوم السياسية
- 294 • د. وريدة جندلي، مسؤولية الدول المتعاقدة مع الشركات العسكرية والأمنية الخاصة عن انتهاكاتها للقانون الدولي الإنساني.
- 313 • د. خالد صلاح عبد السلام، الحماية القانونية للفرد من التعذيب
- 341 • د. غادة حبّ الله، جيوسياسة المجاري المائية الدولية؛ "سدّ النهضة" أنموذجًا
- 373 • Mohamad daaboul, Leadership Behavior in Healthcare Sector during Covid19 Crisis
- 397 • Abdul Fattah Ammourah, The Role of political Discourse analysis and Translation in Understanding Politics of the Middle East

فؤاد أيوب: الرئاسة التي لا تنام

البروفسور كميل حبيب

درج التقليد اللبناني على نسيان المغادر وتكريم والترحيب بالقدام إلى تولية مركز ما، ويسري هذا التقليد على أهل الجامعة الذين يسعون للتقرب إلى الرئيس المعين محاولين التعرف عليه وكسب وده والتقرب منه، وقليلون منهم من يبقى متذكراً للرئيس السابق حتى أهل الخاصة الذين كانوا من المقربين منه، فإن مشاغلهم قد تنسيهم من كانوا يوماً إلى جانبه.

لكن الأمر كان مختلفاً مع الدكتور فؤاد أيوب، إذ وجدت من باب الوفاء أن أذكره، وأنه لا بد أن أكتب عن رئيس عاصرته لمدة خمس سنوات، فهو الرئيس الذي لا ينام، ويعمل حتى أيام الأحاد والعطل الرسمية.

في اليوم الأول لبداية رئاسته، كان حاضراً بخطط شاملة مرتكزة إلى دراسة دقيقة لملفات الجامعة الأكاديمية والمالية والإدارية، وفي الاجتماع الأول لمجلس الجامعة قرأ على مسامعنا خطته للسنوات الخمس (أي لمدة رئاسته الكاملة).

كان رئيساً صلباً سعى لتحقيق رؤيته ونجح في كافة الملفات التي قاربها، بالرغم من محاولة إهائه في السنوات الثلاث الأولى من عهده بمناكفات واقتراءات وتحريض وتضليل طاله وبقسوة إلا أنه لم يستسلم ولم يتوقف عن إكمال ما بدأه ولم تلهه هذه المعارك الجانبية عن واجبه الوطني في رفع الجامعة اللبنانية وصونها وتعزيز موقعها العلمي على المستوى الوطني والخارجي.

وكان رئيساً حازماً، وهو أمر لم يعهده أهل الجامعة سابقاً، بحيث كانت في العادة تُترك متابعة التفاصيل لمدرء الفروع وعمداء الوحدات، إلا أن د. أيوب كان مختلفاً حيث كان يتابع كافة القضايا والمسائل والتفاصيل كبيرها وصغيرها، وكان يستمع لشكاوى الطلبة والأساتذة

والموظفين، ويتصل شخصياً بالمعنيين ويعطي توجيهاته وتعليماته وينبه ويؤنب إذا لزم الأمر ويعمل بسرعة على إصلاح أي خلل وتدارك أي خطأ دون أن تأخذه في الحق لومة لائم. كان رئيساً قائداً يعرف اتخاذ القرارات المناسبة لمواجهة الأزمات، وبرزت حنكته وقدرته في التعاطي مع جائحة كورونا، وهي حالة قاهرة بيّنت الفارق بين موظفٍ تابعٍ وقائدٍ مبادرٍ، حيث عمل الرئيس فؤاد أيوب على تشكيل لجنة مختصة داخلة الجامعة لمواجهة هذه الجائحة والتقليل من تداعياتها على القطاع التعليمي، حيث عمد إلى تجهيز الجامعة بتقنيات التعليم عن بعد وتدريب الاساتذة والطلبة على استخدام التطبيقات المتاحة عبر موقع الجامعة والبريد الالكتروني الخاص بها، بما يتيح متابعة الدراسة عن بعد وتوجيهها، وفي ذات الوقت أصرّ على إجراء الامتحانات حضورياً والتي نال نجاحها إعجاب حتى المنافسين وأصحاب النوايا السلبية إن لم نقل السوداء.

كان رئيساً شفافاً وصادقاً، حيث واجه أصحاب الأوركسترا المموجة غير المسندة سوى إلى أحقاد أولئك الذين اتخذوا الرعونة نظاماً والمنفعة الشخصية دستوراً، وقد واجههم الرئيس أيوب أمام القضاء، وسيشهد التاريخ له أنه الوحيد في الدولة اللبنانية الذي ادعى على إدارة الجامعة (أي على نفسه) أمام النائب العام المالي لكي تظهر ومن خلال القضاء الحقائق المعروفة منا سلفاً.

ربما يبدو باكراً تقيّم تجربة د. فؤاد أيوب الاستثنائية في رئاسة الجامعة اللبنانية، لكن سيشهد التاريخ أنه بمحبته الأبوية المشروطة (محبّة الأب) قاد الجامعة في أحلك الظروف يحده في ذلك ولاء وطني وإيمان بقدرة أهل العلم على معالجة كافة المشاكل بين أبناء الوطن الواحد.

وأختم بدعوة الرئيس فؤاد أيوب أن يبقى مواكباً للجامعة اللبنانية، مرشداً لنا في أدائنا اليومي لواجباتنا الإدارية والأكاديمية.

إن هذه العجالة ليست شهادة في سيرة الرئيس أيوب الحافلة بالإنجازات، وإنما هي مجردة فكرة أقول من خلالها شكراً لحضرة الرئيس صاحب القلب الكبير والصبر الكبير، ووالله فعلاً لكم من اسمكم نصيب.

القسم الأول: دراسات في القانون الخاص

- د. جوزيف الريشاني، حق الحبس
- د. ريم إبراهيم فرحات، الوكالة غير القابلة للعزل بين النص والاجتهاد
- د. فراس يوسف الكساسبة، الأحكام الجديدة في رهن الأموال المنقولة
دون حياة وفقاً للقانون الإماراتي
- د. أحمد إشراقية ومحمد رفيق شافي، المسؤولية المدنية الناجمة عن
أضرار اللقاحات الخاصة بمواجهة جائحة كورونا
- د. عبد الرازق وهبه سيد احمد محمد، المسؤولية المدنية للطبيب عن الفشل
في منع الحمل
- د. محمود ملحم و د. محمد الحريتي، المسؤولية المدنية للطبيب في
ضوء أحكام القانون رقم 70 لسنة 2020 بشأن مزاوله مهنة الطب
والمهين المساعدة لها وحقوق المرضى والمنشآت الصحية في الكويت
- عليا علي خلف الحمادي، اكتساب أبناء المواطنين من أب أجنبي
الجنسية الإماراتية

الدراسة الأولى:

حق الحبس

د. جوزيف الريشاني⁽¹⁾

في كثير من الأحيان، نجد أن المدين، الملقى على عاتقه القيام بموجب معين، يلعب أيضاً دور الدائن الذي تترتب له بعض الحقوق من جراء علاقته بالفريق الآخر. فنصبح إذاً أمام فريقين كل منهما دائن للطرف الآخر ومدين إليه وربما قد تنتهي هذه العلاقة - علاقة المديونية - بتنفيذ كل فريق ما يتوجب عليه. إلا أن ما يجب التطرق إليه هو عدم تنفيذ الفرقاء موجباتهم وتذرع كل منهم بعدم إقدام الفريق المقابل على تنفيذ ما يجب عليه. وهذا ما أطلق عليه القانون تسمية "الحق بالحبس" أي حبس موضوع الموجب والإعتكاف عن تنفيذه إلى حين استعداد الطرف الآخر، الذي يجمع في شخصه صفة الدائن والمدين، على تنفيذ موجبه. وقد أورد المشرع اللبناني حق الحبس في المادة 271 من قانون الموجبات والعقود كإحدى وسائل التنفيذ المتاحة للدائن والتي يمكنه التمسك بها إذا كان مدينه لم يقدم على تنفيذ ما هو ملقى عليه. فالمادة 271 المذكورة نصت على أن حق الحبس هو "حق كل شخص دائن ومدين معاً في معاملة أو حالة واحدة بأن يمتنع عن التنفيذ ما دام الفريق الآخر لم يعرض القيام بما يجب عليه". والواضح أن هذه المادة تشير إلى ضرورة أن نكون أمام علاقة بين شخصين حيث يكون كل منهما دائن ومدين في الوقت عينه. ما يعني تالياً أنه لا مجال للحديث عن حق الحبس إذا وجدنا علاقة بين شخصين وكان أحدهما دائن فقط للفريق الآخر وهذا الأخير مدين فقط للفريق الأول. غير أن قانون الموجبات والعقود لم يكتفي بهذه الحالة بل أضاف في المادة 272 منه حالة أخرى لحق الحبس وهي الحالة التي يكون فيها تلازم أو إرتباط بين

(1) باحث في الشؤون القانونية في مكتب House Of Law للمحاماة.

الدين العائد للدائن وموضوع موجب المدين. فالمادة 272 المذكورة أوردت أن حق الحبس يوجد أيضاً عندما يكون الدين متصلاً بموضوعه أي عند وجود تلازم بين الموجب والدين. انطلاقاً من هاتين المادتين (271 و272 م.ع.)، يتبين أن حق الحبس هو حق أعطي للدائن بموجب معين لإبقاء بحوزته ما هو متوجب بزمته لمدينه بإنتظار تنفيذ هذا الاخير موجبه. وإذا كانت المادة 272 من قانون الموجبات والعقود واضحة وتعبّر صراحة عن منح الدائن هذا الحق، إلا أن المادة 271 من هذا القانون جاءت لتجمع بين مصطلحين قانونيين يعبران عن نفس الحالة ويؤيدان بالنتيجة نفس الهدف. فأوردت المادة 271 المذكورة حق الحبس من جهة والإمتناع عن التنفيذ أو ما يعرف بالدفع بعدم التنفيذ من جهة أخرى وذلك للدلالة على موضوع واحد ألا وهو إعطاء الدائن الإذن للإحتفاظ بما يعود لمدينه للضغط على هذا الأخير لتنفيذ ما عليه. وقد جعل المشتري من الدفع بعدم التنفيذ تطبيقاً فرعياً لحق الحبس عندما حوّل الدائن في العقود المتبادلة بأن يمتنع عن التنفيذ ما دام الفريق الآخر لم ينفذ أو على الأقل لم يعرض القيام بما يجب عليه⁽¹⁾. فحق الحبس هو أعم وأشمل من الإمتناع عن التنفيذ الذي لا يمكن أن ينتج مفاعيله إلا بالنسبة للحالات التي يكون فيها الدائن مديناً والمدين دائناً في الوقت عينه. ومثال ذلك عقد البيع الذي يجمع البائع بالشاري فكل منهما هو دائن ومدين فالبائع دائن بالثمن ومدين بتسليم الشيء المبيع والشاري دائن بتسلم الشيء الذي إشتراه ومدين بدفع الثمن. الا انه تبقى ثمة فروقات كثيرة بين حق الحبس والدفع بعدم التنفيذ لا بد من ايرادها (أولاً) قبل تبيان خصائص الحق بالحبس (ثانياً) والشروط الواجب توافرها لتطبيقه (ثالثاً) لنهني أخيراً بالحالات التي ينتهي معها الحق بالحبس (رابعاً).

○ أولاً - الحق بالحبس والدفع بعدم التنفيذ

إذا كان حق الحبس والدفع بعدم التنفيذ يتفقان على الهدف نفسه فإن الفوارق بينهما كثيرة. فعدم التنفيذ هو فقط للحالات التي يكون فيها كل من الطرفين دائن ومدين بينما حق الحبس يمتد أيضاً ليشمل الحالات التي لا يكون فيها الدائن مديناً والمدين دائناً إنما يكفي وجود تلازم بين حق الدائن والموجب الملقى على عاتق المدين. وهذا هو حال واضح اليد على عقار معين

(1) الغرفة الابتدائية الثالثة في جبل لبنان الناظرة بالقضايا العقارية، قرار رقم 48 تاريخ 2010/2/2، كساندر 2010.

ويعتقد عن خطأ أنه مالكة فينفق عليه في سبيل صيانتها والمحافظة عليه فيصبح هذا الشخص دائناً بهذه النفقات ويحق له حبس العقار معه لتحقيق ما أنفقته. ففي هذه الحالة لا يوجد أي علاقة تربط واضع اليد بصاحب العقار ولم يكن أي منهما دائناً ومدينًا للآخر بل نشأت هذه الرابطة عند إكتشاف الحقيقة. وقد ورد هذا التلازم في المادة 272 م.ع. التي تنص على الحالة الثانية من حالات حق الحبس. فالدفع بعدم التنفيذ لا يكون إلا في العقود المتبادلة حيث تكون الموجبات متقابلة وعلى عاتق كل فريق موجب عليه أن يؤديه للفريق الآخر. فلا يستقيم الدفع بعدم التنفيذ إذا كانت علاقة المديونية مرتكزة وقائمة على جهود فريق واحد دون الفريق الآخر إذ أنه لإمكانية عدم التنفيذ يجدر بالفريق الآخر أن يكون عليه واجبات معينة يتخذ منها الفريق الأول سبباً لإمتناعه عن التنفيذ.

اضف الى ذلك فإنه حتى في الحالة التي تكون فيها الموجبات متقابلة ومتبادلة، فإنه يمكن أن يشترط في العقد أن يعتمد فريق من الفرقاء الى تنفيذ موجباته قبل الآخر. ففي هذه الحالة لا يمكن للطرف الذي عليه التنفيذ أولاً أن يدفع بعدم التنفيذ ويطلب من الفريق الآخر تنفيذ موجباته إلا بعد أن يقوم هو بتنفيذ ما هو متوجب عليه. ويشكل ذلك قاسماً مشتركاً مع حق الحبس الذي يعطي أحد فريقى العقد الحق بعدم تنفيذ موجباته طالما أن الفريق الآخر لم ينفذ. وفي المحصلة، إذا كان الدفع بعدم التنفيذ يعني حق الحبس فإن حق الحبس لا يعني بالضرورة الدفع بعدم التنفيذ إذ إن حق الحبس لا يقتصر فقط على عدم التنفيذ بل يتعداه أيضاً الى وجود تلازم بين الدين المترتب للدائن وموضوع الحبس كما قلنا سابقاً.

الى جانب ذلك، أن حق الحبس لا يمارس فقط على أشياء يمتلكها الدائن إنما أيضاً على أشياء قد تعود ملكيتها للمدين. وهذا هو حال العقار الذي يحبسه الوديع بإنتظار حصوله على ما أنفقته في سبيل المحافظة على الوديعة أو حال الوارث الذي يتبين لاحقاً عدم ملكيته للعقار فيحبسه للإستحصال على بدل ما وضعه في العقار من مغروسات زراعية أو أبنية قد شيدها عليه. بينما الدفع بعدم التنفيذ لا يكون إلا على أشياء يمتلكها الدائن ويمتتع عن تنفيذ موجباته فيها كالبائع الذي يمتتع عن تسليم المبيع كوسيلة ضغط يمارسها على المشتري لدفع ثمن هذا المبيع. فلا دفع بعدم التنفيذ من قبل الدائن البائع دون ملكيته للشيء المبيع. أما إذا كان الدائن لا يملك الشيء المحبوس فإننا إزاء الحق بالحبس الذي يمارسه هذا الدائن لحث المدين على

التنفيذ كالوديع الذي يحبس الوديعة بهدف الحصول على أتعابه أو على النفقات التي تكبدها. وفي هذا الإطار قد يختلط الأمر ونعتقد أن الحابس يمتلك الشيء المحبوس إنما في حقيقة الأمر فإنه لا يمتلكه بل له الحق في الأتعاب أو النفقات المترتبة على هذا الشيء. والمثل الأكثر وضوحاً هو المتعلق بالمؤجر الذي يحبس الأثاث العائد للمستأجر كي يلزم هذا الأخير على دفع بدلات الإيجار. فهنا لا يمكن الحديث عن عدم التنفيذ لأن المؤجر نفذ موجباته وسلم المأجور للمستأجر إنما هذا الأخير لم يدفع البدلات فعمد المؤجر إلى حبس الأثاث العائد للمستأجر. ومن هنا فإن الدفع بعدم التنفيذ يكون فقط على أشياء يملكها الدائن بينما في حق الحبس فإن الحبس يمكن أن يكون على أشياء قد يملكها الحابس وقد لا يملكها. وفي هذه الحالة الأخيرة نجد التلازم بين الدين المتوجب والشيء المحبوس في يد الحابس.

كذلك، وإن كان الدفع بعدم التنفيذ يشكل فرعاً من حق الحبس، إلا أنهما يختلفان لجهة النية. بعبارة أخرى، عندما أوردت المادة 272 م.ع. أنه لا تمييز بين الحابس الحسن النية أو سيئها، فإن المشتري لم يجعل من نية الدائن أي عائق أمام ممارسة هذا الحق إنما كان الهدف الأساسي من وراء ذلك هو تمكين هذا الدائن من الوصول إلى حقه بشتى الطرق وذلك إذا كان موضوع محبسه ما زال بحوزته. وإذا ما أردنا الغوص في ما نصت عليه المادة 272 المذكورة، نجد أنه من الطبيعي أن لا يكون لحسن أو لسوء نية الدائن أي اعتبار في السماح لهذا الأخير للضغط على مدينه لتنفيذ محبسه لأنه، لو سلمنا بعكس ذلك، فإنه بمجرد أن يأتي في ذهن الدائن حبس الشيء فإن نيته لا تعد سليمة وتتجه نحو أمور لا يجوز أن تكون مألوفة في التعامل بين ذوي الشأن ويرفضها بدوره القانون الذي ينص في المادة 221 م.ع. على أن العقود (أو التعاملات بشكل عام) يجب أن تفهم وتفسر وتنفذ وفقاً لحسن النية والإنصاف والعرف. فالمشتري حاد عن مبدأ حسن النية في حق الحبس وإرتكز إلى أحقية الدائن في الوصول إلى حقه وسمح له باللجوء إلى حق الحبس الذي يخوله حبس الشيء إلى حين تنفيذ المدين موجباته⁽¹⁾. وقد يكون في عدم التمييز بين حسن وسوء نية الدائن نوع من العدالة تجاه الدائن الذي يمتلك أيضاً صفة المدين إذ لا يجوز له أن يسلم دائنه (المدين أيضاً) ما يعود

(1) بهذا المعنى محكمة التمييز المدنية غ 2 قرار نهائي رقم 28 تاريخ 1964/2/27، باز 1964.

إليه إذا لم يعتمد هذا الأخير إلى تنفيذ موجهه أو على الأقل لم يعرض تنفيذ ما عليه⁽¹⁾. كما أنه ليس من العدل أن يعتمد الدائن (المدين) لتسليم ما بذمته وبعد ذلك يعود لملاحقة مدينه أمام المحاكم ومطالبته بالتنفيذ⁽²⁾. من هنا، حتى وإن كان الدائن ذو نية سيئة، فإنه يستطيع حبس ما يعود لمدينه إلى حين تنفيذ هذا الأخير موجباته.

وإذا كان باستطاعة الدائن أن يكون سيء النية، فإن المادة 272 م.ع. عادت ووضعت حداً لسوء النية. ومن هذا المنطلق، منعت الدائن من اللجوء إلى سرقة الشيء أو إنتزاعه بالعنف من أجل ممارسة حق الحبس عليه. فتكون النية السيئة وفقاً للمادة 272 م.ع. هي تلك النية التي لا تتعدى حدود الإحتفاظ بالشيء الذي هو أصلاً بحوزته. فيعتمد الدائن عندئذ، وعن سابق إصرار وتصميم، إلى عدم تنفيذ موجهه تجاه دائئه الذي هو أيضاً مدينياً بشيء يعود للدائن الحابس. وهذا ما يشكل فارقاً أساسياً بين الحق بالحبس والدفع بعدم التنفيذ إذ أن الدفع بعدم التنفيذ يجب أن يترافق مع حسن نية الدائن فلا يجوز له أن يكون هو من تسبب بعدم تنفيذ الفريق الآخر لموجباته أو أن يكون هو من يعرقل التنفيذ ومن بعد ذلك يمتنع عن تنفيذ ما عليه بحجة أن الطرف المقابل لم ينفذ. فالدفع بعدم التنفيذ يجب أن يترافق مع حسن النية الذي يجب أن يطغى على علاقة الطرفين المتعاقدين ويطبقتان ما ورد في المادة 221 م.ع. التي تنص على إلزامية تنفيذ العقود وفقاً لحسن النية⁽³⁾. وطالما أن ملعب الدفع بعدم التنفيذ هو العقود، فإن هذه العقود يجب ان لا تخرج عن هذا المبدأ الذي ينادي بحسن النية عند تنفيذها. الا انه يجب الإشارة الى أن الدفع بعدم التنفيذ، حتى وإن كان عن حسن نية، فإنه يجب أن يكون مؤقتاً ولا يمكن أن تستمر العلاقة التعاقدية بين الطرفين إلى ما لا نهاية ويعلق الدائن كل آماله على تجاوب المدين معه وتنفيذ موجباته. فالدفع بعدم التنفيذ هو وسيلة وضعت لحث المدين على القيام بما تعهد به وإلا يكون الإلغاء هو الوسيلة الأنجع لوضع حد لهذه العلاقة التعاقدية على مسؤولية الفريق الناكل وتعاد الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد كون الإلغاء

(1) جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، الطبعة الثانية، ص 165.

(2) خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، ج 4 ص 95.

(3) مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 1 العقد، ص 560.

يكون بمفعول رجعي. ويحتفظ عندئذ كل متعاقد بما كان قد تعهد به مع ضرورة التعويض على الفريق الآخر الذي لا يد له بعدم التنفيذ⁽¹⁾.

ولكن إذا كانت إحدى صور حق الحبس تتجلى في الدفع بعدم التنفيذ، فهل يمكن القول بأن ما يطبق على الدفع بعدم التنفيذ لناحية حسن نية الدائن وإلغاء العقد يطبق أيضاً على حق الحبس؟

في الواقع، إن حق الحبس يطبق، كما سنرى لاحقاً بالتفصيل، في حالتين حيث تكون الحالة الأولى للعقود ذات الموجبات المتبادلة والمتقابلة والحالة الثانية عند تلازم الدين المتوجب للحابس مع موضوع موجب المدين. فالحالة الأولى هي التي يمكن أن يطلق عليها أيضاً تسمية الدفع بعدم التنفيذ إذا أراد المتعاقد المدين عدم التنفيذ إلى حين إقدام المتعاقد الآخر على تنفيذ موجباته. فيختلط عندئذ الدفع بعدم التنفيذ مع الحق بالحبس ويصبح لهما نفس الهدف ألا وهو الضغط على المدين للتنفيذ كي يعمد الدائن إلى التنفيذ بدوره. وإذا كان يجب على الدفع بعدم التنفيذ أن يكون مترافقاً مع حسن نية الدائن الحابس، فإنه لا مفر من تطبيق هذه القاعدة في كل مرة نكون أمام عقد متبادل ذات موجبات متقابلة ملقاة على عاتق كل من الفريقين حتى وإن أعتبر الدائن نفسه أنه يستعمل الحق بحبس الشيء المتوجب بذمته. فيبقى دائماً هذا الدائن أمام عقد متبادل يلزمه أن ينفذه بحسن نية.

ولكن، وعلى الرغم من أن المادة 271 م.ع. خلطت بين الحق بالحبس وبين الدفع بعدم التنفيذ، فإنه يجب أن يصار إلى تحديد أي من النظريتين يجب تطبيقها. إزاء هذا الموقف، يجب أن لا يسهى عن بالنا أننا أمام عقد وبالتالي يجدر تطبيق كل الأحكام التي ترعى العقود بما فيها الدفع بعدم التنفيذ عندما يكون العقد متبادلاً والموجبات متقابلة ولا يعود بمقدورنا تسمية الخطوة التي قام بها الدائن، القائمة على حبس الشيء المتوجب، بالحق بالحبس إنما تسمى الدفع بعدم التنفيذ رغم أن المشتري في المادة 271 أعطاه تسمية الحق بالحبس ورغم أن الدائن قام بحبس الشيء. وبالتالي عندما نكون أمام حالة عدم تنفيذ موجب عقدي متبادل فإننا نكون أمام نظرية الدفع بعدم التنفيذ مع ما تستتبع هذه النظرية من نتائج لناحية تنفيذ العقد بحسن نية وإلغاؤه عندما يصبح الفريق الآخر متخلفاً عن تنفيذ موجباته العقدية.

(1) محكمة الدرجة الأولى في بيروت غ 5 قرار رقم 1140 تاريخ 1999/7/8، العدل 1999 عدد 3 و4 ص 481.

وما يعطي ترجيحاً لنظرية الدفع بعدم التنفيذ في العقود هو أننا عندما نكون أمام عقد حيث يلتزم فريق بإداء عمل معين ويلتزم الفريق الثاني بدفع مقابل هذا العمل وقد يمتنع الفريق الأول عن تأدية العمل للضغط على الفريق الثاني لتنفيذ موجب الدفع، فإن الفريق الأول يكون قد دفع بعدم التنفيذ وليس حاسباً للشيء إذ لا شيء هنا يمكن حبسه كون المتوجب هو القيام بعمل. فلو إفترضنا أن حق الحبس والدفع بعدم التنفيذ هما سيان لكان يجب القول أن الفريق الذي يتوجب عليه القيام بالعمل قد مارس الحق بالحبس في وقت أنه ليس بحوزته شيء ليحبسه. وبالتالي نصبح أمام نتيجة أساسية تتمثل في إعتبار أن ما قام به الدائن يسمى الدفع بعدم التنفيذ وليس الحق بالحبس كما أسماه المشتري عن خطأ.

○ ثانياً - خصائص حق الحبس

إنطلاقاً من الفوارق بين الحق بالحبس والدفع بعدم التنفيذ، يتبين أن لحق الحبس عدة خصائص.

1- أولى هذه الخصائص هي إستقلالية حق الحبس عن الملكية⁽¹⁾. فمن ناحية، يمكن للدائن أن يحبس الشيء الذي تعود ملكيته لمدينه كالبائع الذي يحبس العقار ويبقيه معه للضغط على المشتري ليدفع ثمنه ويكون البائع قد سبق وسجل هذا العقار على إسم المشتري في السجل العقاري. في هذه الحالة، وإن كان العقار قد أصبح ملكاً للمشتري إلا أن البائع يستعمل حقه في حبسه من أجل تنفيذ المشتري ما يتوجب عليه. ومن ناحية أخرى، قد يمارس الدائن حق الحبس على شيء يملكه. وهذه هي حال مؤجر المنزل الذي يحبس المأجور معه من أجل حث المستأجر على دفع ما تم الإتفاق عليه في عقد الإيجار كدفعة مسبقة من بدل الإيجار. وبالتالي يمكن القول بأنه بإمكان الدائن ممارسة حقه في حبس الشيء الذي عليه تسليمه لمدينه وذلك بغض النظر عما إذا كان مالكاً لهذا الشيء أم لا.⁽²⁾

(1) خليل جريج، النظرية العامة للعقود، ج 4 ص 101.
(2) جورج سيوفي، النظرية العامة للعقود، الطبعة الثانية، ص 168.

2- ومن خصائص حق الحبس أيضاً أنه ليس حقاً عينياً⁽¹⁾ يسمح لصاحبه الإستئثار بموضوعه. وبالتالي إن حق الحبس، كما أوردت المادة 274 م.ع.، لا يعطي صاحبه حق تتبع ولا حق أفضلية بمعنى أنه لا يمكن أن يكون من عداد الحقوق التي يكتسبها الدائن عند حصوله على صفة دائن. فحق الحبس ليس تأميناً أو رهناً يعطي الدائن أولوية إستيفاء حقه على الدائنين الآخرين عند التنفيذ على الشيء المحبوس. وعليه، إذا قام الحابس بالتنفيذ على ما يحبسه، فليس له أي مرتبة متقدمة لإستيفاء حقه من الثمن ما لم يكن أصلاً صاحب حق تأمين أو رهن أو امتياز على ما يحبسه. وفي هذه الحالة الأخيرة، تنتقل صفة الدائن من حابس إلى دائن مؤمن أو رهن ويتمكن بالتالي من الإستفادة من الأفضلية التي يمنحها إياه حق التأمين أو حق الرهن.

3- ولكن، على الرغم من عدم تمكن الدائن الحابس من الحصول على التتبع والأفضلية، إلا أن حق الحبس يشكل وسيلة تضمن له إستيفاء حقه وذلك بالضغط على المدين خصوصاً إذا كان هذا الأخير يريد فعلاً الشيء المحبوس وبجاجة إليه. وهذه هي الخاصة الثالثة للحق بالحبس التي تعتبر الوسيلة الأنجح التي يمكن للدائن إستعمالها في سبيل تمكنه من إستعادة حقوقه. فحق الحبس يشكل وسيلة تنفيذ يستخدمها الدائن بوجه المدين لتنفيذ موجباته⁽²⁾. ونورد على سبيل المثال حالة العقار الذي وبعد فترة يظهر مالكة الحقيقي بعد أن كان بيد وريث إعتقد أنه هو مالكة فبدأ بالإنفاق عليه. فيمكن في هذه الحالة لهذا الورث المفترض أن يحبس العقار إلى حين إقدام صاحبه الحقيقي على دفع النفقات المصروفة. ولا حاجة هنا للقول بأن صاحب العقار الحقيقي لا يرغب باسترجاعه خصوصاً إذا كان ثمنه يفوق أكثر بكثير من النفقات التي عليه أن يدفعها للشخص الذي تكبدها. وهنا نكون أمام وسيلة ضمان تمكن الدائن من الحصول على دينه من المدين وذلك عبر حبس الشيء إلى حين تنفيذ المدين ما يتوجب عليه. وبالتالي وفي ظلّ عدم تمكن الدائن من تتبع الشيء وعدم حصوله على الأفضلية لإستيفاء حقه، يأتي حق الحبس ليعطي صاحبه إمتياز للإحتفاظ بالشيء وعدم التخلي عنه مهما كان الشخص الذي يعارض ذلك. وهذا ما نصت عليه المادة 274 م.ع. بقولها "أن

(1) بخلاف هذا الرأي مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 1 العقد، ص 558.

(2) محكمة التمييز المدنية، الهيئة العامة، قرار رقم 67 تاريخ 2014/7/14، كساندر 2014.

الحابس يحق له أن يرفض التخلي عن الشيء أياً كانت شخصية المعارض". بمعنى أنه يحق للحابس أن لا يتنازل عن حقه بحبس الشيء حتى وإن جوبه بتنفيذ أجره دائن صاحب حق تأمين أو رهن على الشيء المحبوس وحتى وإن كان هذا الدائن يملك أفضلية وتتبع على الشيء موضوع التنفيذ. فحق الحبس هو حق يمكن الإحتجاج به على الجميع⁽¹⁾ وهو يشكل حقاً يحتل مرتبة متقدمة عن الحقوق العينية الممنوحة للمالك أو للدائنين أصحاب حقوق تأمين أو رهن. فحق الحبس يعطي الدائن إمتيازاً للإحتفاظ بالشيء المحبوس بالرغم من كل معارضة تعترضه⁽²⁾.

○ ثالثاً - شروط حق الحبس

قلنا سابقاً أن حق الحبس يشكل إحدى الوسائل لا بل إحدى الضمانات التي تخول الدائن تحقيق ما يصبو إليه. ولهذه الغاية، أورد المشتري اللبناني حق الحبس في قانون الموجبات والعقود من ضمن الوسائل التي منحها للدائن في سبيل تمكينه من تنفيذ ما يتوجب له. وبالفعل، نص هذا القانون على حق الحبس في المواد من 271 إلى 274 وخصوصاً جاءت المادتان 271 و272 لتحملان في طياتهما الشروط الواجب توافرها لكي يستطيع الدائن ممارسة الحق بالحبس والإستفادة منه. فقد ورد في الفقرة الثانية من المادة 271 أن حق الحبس هو "حق كل شخص دائن ومديون معاً في معاملة أو حالة واحدة بأن يتمتع عن التنفيذ ما دام الفريق الآخر لم يعرض القيام بما يجب عليه". وكان قد سبق هذه الفقرة فقرة أولى مفادها أن لإستعمال وسائل التنفيذ، التي ينتمي حق الحبس إليها، يجب أن يكون الحق المطالب به مستحق الأداء. أما المادة 272 فقد نصت على أن "حق الحبس لا ينحصر في من كان دائناً ومديوناً بموجب عقد متبادل بل يوجد أيضاً في كل حالة يكون فيها الدين متصلاً بموضوعه أي حيث يكون التلازم موجوداً بين الموجب المطلوب والدين المختص بمن يستعمل حق الحبس من أجل ذلك الموجب...".

(1) زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، ج 5 ص 192.

(2) محكمة استئناف الشمال غ 4 قرار رقم 636 تاريخ 2006/11/9، العدل 2007 عدد 1 ص 299

إنطلاقاً من هاتين المادتين المذكورتين (271 و 272 م.ع.) يتبين أنه لممارسة حق الحبس يجدر توافر عدّة شروط لا بد منها من أجل أن يكون تصرف الدائن صحيحاً. غير أنه وإن كانت المادتان 271 و 272 تتضمنان شروط حق الحبس، إلا أن هذه الشروط لا تطبّق كلها دفعة واحدة في كل مرة نكون أمام الحق بالحبس، إنما في الواقع جاءت كل مادة لتحمل معها الشروط الخاصة بها والتي لا تطبّق إلا على الحالة التي ذكرتها هذه المادة. وبالتالي يمكن القول بأن المادتين 271 و 272 م.ع. جاءتا لتتصان على حالتين يمكن فيهما إستعمال حق الحبس حيث ينبغي في كل حالة توافر شروط معينة ليتمكن معها الدائن من ممارسة حقه بحبس الشيء الذي يعود للمدين ليصل بالنهاية إلى حقه الذي يرجوه من خلال قيامه بإستعمال هذا الحق.

أما حالات حق الحبس التي وردت في المادتين 271 و 272 م.ع. فهي من ناحية وجود معاملة أو حالة بين شخصين يكون كل منهما دائن ومدين في الوقت نفسه وهذا عادة يتوافر عند وجود عقد يجمع بين طرفين ويكون هذا العقد متبادل والموجبات بينهما متقابلة. أما من ناحية أخرى، فالحالة الثانية من حالات حق الحبس هي عند وجود تلازم بين الدين المتوجب للدائن والموجب الذي عليه تنفيذه دون أن نكون أمام عقد أو إتفاق بين الحابس وصاحب الشيء. وسنستعرض هاتان الحالتان مع الشروط الواجبة لكل منهما.

أ- الحالة الأولى:

وهي الواردة في المادة 271 من قانون الموجبات والعقود. ولتحقق هذه الحالة، يجب توفر عدة شروط:

1- من أولى الشروط التي يجب تحققها لإمكانية ممارسة الحق بالحبس وفق هذه المادة هو أن يكون الحبس متأت عن شخص يلعب في نفس الوقت دور الدائن والمدين وهذا طبعاً لا نجده إلا عندما يكون أمام هذا الشخص شخصاً آخر هو أيضاً دائناً له ومديناً إليه. وإذا كنا أمام طرفين كل منهما دائن ومدين، فإن مطرح وجودهما ليس سوى إتفاق أو عقد جرى بينهما جعلاً فيه نفسيهما ملتزم كل منهما بموجب يجب أن يؤديه للفريق الآخر تحت طائلة تحميله المسؤولية عن عدم تحقيق هذا الإلتزام. وغني عن القول بأنه إذا وجدنا إزاء عقد يلتزم

فيه كل من الطرفين للآخر، فإننا ودون أدنى شك نكون في ظل عقد يسمى "متبادل". والأكثر من ذلك، إذا كان هذا العقد متبادلاً، فإن الموجبات الملقاة على عاتق الفريق الأول يقابلها موجبات ملقاة أيضاً على الفريق الثاني. ومن هنا إن الموجبات في هذا العقد هي موجبات متقابلة. وبالتالي يمكن القول بأن الدينين المترتبين على كل طرف من الأطراف أي دين الحابس ودين صاحب الشيء هما متقابلان. مع الإشارة إلى أن الدين المتوجب بذمة المدين يمكن أن يكون من الأموال سواء منقولة أم غير منقولة كما يمكن أن يكون القيام بعمل معين كالمتعهد الذي يلتزم بتشديد بناء لقاء مبلغ من المال يتفق على مقداره مع صاحب المشروع. وفي هذه الحالة، إن الدائن، المتعهد ام صاحب المشروع، يحق له أن لا ينفذ ما يتوجب عليه القيام به إلى حين تنفيذ الفريق الآخر موجباته التي يلتزم بها.

غير أنه في كل الأحوال لا يمكن أن يمارس الحق بالحبس على الأشخاص⁽¹⁾ بمعنى أنه لا يمكن للدائن أن يحبس شخصاً بهدف الضغط على الطرف الآخر لتنفيذ موجباته. وهذه الحالة نصادفها عادة في عقود إستقدام العمال الأجانب. فالوكالة أو ما يسمى بمكتب الإستخدام لا يمكنه أن يحبس العامل الذي أتى من الخارج كي يشكل وسيلة ضغط على صاحب المنزل ليدفع ما يتوجب بذمته. فجل ما يمكنه القيام به هو إلغاء العقد على مسؤولية صاحب المنزل.

وفي إطار الحديث عن أنواع الموجبات التي يمكن أن تلقى على عاتق المدين، فإننا رأينا أنه يمكن أن يكون الموجب يتعلق بأموال كما يمكن أن يكون القيام بعمل ما. وفي هذه الحالة الأخيرة، يمكن للشخص الملقى على عاتقه القيام بهذا العمل أن يحبس عمله. ولكن وعلى الصعيد العملي، كيف يمكن أن تتجلى صورة حبس العمل خصوصاً وأنه بالمقارنة مع حبس المال فإن في هذا الحبس شيئاً مادياً ملموساً يعود للمدين ويحتجزه الدائن.

في الواقع، عند القول بحبس العمل فإن هذا العمل يبقى ملكاً للمدين به إنما نتائجه تتسحب على الدائن بمعنى أن الدائن يستحصل على نتائج العمل الذي قام به المدين. فإذا كان العمل عبارة عن رسم لوحة فنية أو تشييد بناء، فإن الدائن لا يمكنه الإستفادة من نتائج العمل إلا إذا أدى المدين هذا العمل. فالحبس يمارس عادة على أشياء مادية بينما العمل هو

(1) خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، ج 4 ص 100.

معنوي وذهنى لا يمكن التسليم بحبسه. من هنا، فإنه من الخطأ القول بحبس العمل إنما من الأجدر أن نقول بأن الدائن يمكنه عدم تنفيذ العمل ما دام أن مدينه لم يقم بموجباته. فالمشترع في المادة 271 م.ع. خلط بين حق الحبس والدفع بعدم التنفيذ. فحق الحبس يصح على الأشياء المادية بينما بالنسبة للعمل فإنه يقع تحت الدفع بعدم تنفيذه. وإنطلاقاً من ذلك، فإنه يجب أن يصار إلى تعديل المادة 271 م.ع. لتخصيص حق لحبس الأموال المادية سواء منقولة أم غير منقولة والتسليم بأنه يتم الامتناع بتنفيذ الأشياء المعنوية التي لا تظهر للعلن ما لم يؤديها صاحبها.

وإذا كان الدفع بعدم التنفيذ ينطبق على الموجب المتمثل بالعمل، إلا أنه عندما يقوم المدين (الدائن) بهذا العمل وينتج عنه أموالاً، فإننا نكون قد تخطينا مرحلة عدم التنفيذ لندخل في تلك المرحلة التي يمكن أن نطبق فيها نظرية حق الحبس كوننا امام أموال بالإمكان إحتجازها وحبسها تحت يد الدائن للضغط على المدين لتنفيذ موجباته.

وما يعزز هذه النظرية التي سبق وأشرنا إليها أعلاه حول أن حق الحبس لا يمارس إلا على الأشياء المادية الملموسة هو أن هذا الحق لا يطال أو بالأحرى لا يمكن أن يطبق إلا على الأشياء القابلة للحجز. فالشيء القابل للحبس هو ذلك الشيء القابل لأن ينفذ عليه وبالتالي يجب أن يكون موضوعاً لأن يحجز عليه سواء عبر الحجز الاحتياطي أو التنفيذي. وفي هذا السياق قضي بأن وضع اشارة الحجز الاحتياطي على المال يجيز بعدها للمشتري حبس الثمن الذي كان من المفروض ان يدفعه للبائع الذي لم ينفذ موجباته⁽¹⁾.

والأشياء الغير قابلة للحجز وردت في المادة 860 من قانون أصول المحاكمات المدنية التي عدتها وأفردت فقرة لكل منها⁽²⁾. فما لا يجوز الحجز عليه لا يجوز حبسه إذ إن حق الحبس هو وسيلة من وسائل التنفيذ كما اشارت الى ذلك المادة 271 م.ع. والقول عكس ذلك يؤدي إلى إنتزاع أحد أهم الحقوق التي يمتلكها الدائن بوجه مدينه وهو إمكانية التنفيذ على المال المحبوس لإستيفاء الدين المتوجب بذمته. فكيف يمكن أن نعطي الدائن حق حبس الشيء إذا لم يكن بمقدوره التنفيذ عليه بعد حجزه. فإمكانية الحبس صفة ترافق إمكانية الحجز

(1) محكمة التمييز المدنية غ 1 قرار رقم 33 تاريخ 2002/5/9، كساندر 2002 عدد 5 ص.ق 546.

(2) خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، ج 4 ص 100.

فلا حبس على ما لا يمكن حجزه. والأمثلة على ذلك كثيرة نذكر منها الأملاك العامة التي لا يجوز إطلاقاً حجزها وبالتالي لا يمكن أبداً حبسها حتى وإن كانت في فترة معينة بحوزة الدائن. فعمال مؤسسة كهرباء لبنان التي هي مؤسسة عامة، لا يمكنهم حبس الأسلاك الكهربائية التي بحوزتهم إذا لم تعتمد المؤسسة إلى دفع رواتبهم إذ إن هذه الأسلاك تابعة للمؤسسة وهي تعد من الأملاك العامة ومخصصة للصالح العام وذلك إنطلاقاً من عدم جواز الحجز على الأملاك العامة. فلو سلّمنا بإمكانية حبس الأملاك العامة لكننا بالطبع بصدد نفس حصانة هذه الأملاك أمام إدعاءات ومطالب الدائنين. لذلك كان لا بد من توسيع فكرة عدم الحجز على الأموال المشمولة بالمادة 860 أ.م.م. لتمنع حبس هذه الأموال إذ إن ما يترتب على عدم الحجز يترتب أيضاً على عدم الحبس والنتيجة واحدة ألا وهي قطع الطريق على الدائنين ومنعهم من إستعمال هذه الوسيلة بوجه الأموال التي أقر لها القانون حرمة معينة تهدف إلى حمايتها لأسباب خاصة لكل منها.

وإذا كان حق الحبس ممكن ان يكون موضوعاً امام محكمة التنفيذ (دائرة التنفيذ)، فإن طرح هذا الموضوع امام قضاء العجلة شهد تبايناً بين الاجتهاد. ففي حين اجازت بعض القرارات ان يكون لهذا القضاء صلاحية البت بأمر حق الحبس مستندة بذلك الى احكام المادة 579 من قانون اصول المحاكمات المدنية شرط توفر عنصرى العجلة وعدم التصدي للاساس⁽¹⁾، جاءت قرارات اخرى لتمنع على القضاء المستعجل الحلول محل طالب الحبس واتخاذ عنه القرار القاضي بحبس المال لأن في ذلك تصدٍ للاساس ومن شأنه التأثير على الأوضاع القانونية للفرقاء.⁽²⁾ اما في ما خص المنقولات العائدة للمستأجر التي يحق للمؤجر حبسها عند دفع بدلات الايجار، فإن الرأي استقر على ايلاء الصلاحية لقاضي الامور المستعجلة كون المشتري لم يحدد مرجعاً قضائياً لإصدار الامر بالحبس وذلك استناداً الى احكام المادة 605 من قانون اصول المحاكمات المدنية التي تلزم بتقديم الطلب الى هذا

(1) محكمة التمييز المدنية غ 5 قرار رقم 78 تاريخ 1998/6/2، كساندر 1998 عدد 6 ص 625.

(2) محكمة الاستئناف في جبل لبنان غ 12 قرار رقم 214 تاريخ 2013/3/26، العدل 2014 عدد 4 ص 2130 وبهذا المعنى ايضا محكمة التمييز المدنية غ 5 قرار رقم 30 تاريخ 2000/2/22، كساندر 2000 عدد 2 ص 182 وباز 2000 ص 718.

القاضي عند عدم وجود نص يحدد مرجع آخر⁽¹⁾. ويبقى القضاء المستعجل هو الملاذ الوحيد لبحث قانونية ممارسة حق الحبس وذلك حفاظاً على حقوق المالك ورفع التعدي عنها⁽²⁾.

2- اضافة الى ذلك، ولكي يتمكن الدائن الحابس من ممارسة حقه بحبس الشيء فإنه من المتوقع ان يكون قد نفذ كافة موجباته تجاه صاحب هذا الشيء. بمعنى آخر، اذا اراد الدائن الاستفادة من حق الحبس فإنه لا بد له من ان يكون قد استكمل كل الاجراءات التي تمكن المدين من تنفيذ موجبه. فلا يسع بائع العقار ان يحبسه بانتظار ان يدفع الشاري الثمن طالما انه لم يعمد الى تأمين كافة المستندات التي تسمح للشاري بنقل الملكية على اسمه او طالما انه لم يعمد الى افراز العقار الى اقسام خاصة ليتمكن الشاري من تسجيل احدها على اسمه. فهذا الشرط هو لازم والا دونه لا يمكن للدائن حبس الشيء الذي يعود لمدينه. وقد كرس الاجتهاد هذا الشرط في مواقع مختلفة حيث قضى بأنه لا يمكن للحابس ممارسة حق الحبس اذا لم يكن قد نفذ كافة موجباته تجاه مالك الشيء⁽³⁾. ما يعني انه من يسوغ له ممارسة حق الحبس لحين تنفيذ الطرف الآخر موجباته هو من يكون قد نفذ ما يتوجب عليه⁽⁴⁾ إذ لا يمكن للفريق المتخلف ان يستعمل حق الحبس بوجه الفريق الآخر الذي ابدى كل استعداد لتنفيذ التزاماته المقابلة⁽⁵⁾.

3- ويبقى الشرط الأهم الذي تحدثت عنه الفقرة الأولى من المادة 271 م.ع. والذي مفاده أنه لا يمكن استعمال وسائل التنفيذ، حيث يشكل حق الحبس أحدها، إلا إذا كان حق الدائن مستحق الأداء. ويفهم من هذا أنه لا يحق للدائن استعمال حقه بحبس الشيء العائد

(1) محكمة استئناف جبل لبنان غ 4 قرار رقم 795 تاريخ 2004/7/27، كساندر 2004 عدد 7 ص 1221.

(2) محكمة التمييز المدنية غ 5 قرار رقم 44 تاريخ 2010/6/30، كساندر 2010.

(3) محكمة التمييز المدنية - غ عشرة - قرار رقم 169 تاريخ 2016/10/31 - كساندر 2016 عدد 10 ص 1736 وايضا محمة الاستئناف المدنية في بيروت غ الثالثة عشر - قرار رقم 163 تاريخ 2017/2/15 - كساندر 2017 ص 285.

(4) محكمة التمييز المدنية غ تاسعة قرار رقم 28 تاريخ 2018/2/28 - كساندر 2018.

(5) محكمة التمييز المدنية غ 1 قرار رقم 50 تاريخ 2002/7/16، باز 2002 ص 152.

لمدينه طالما أن دينه لم يستحق بعد أو على الأقل لم تسقط الآجال المقررة له. ومن المعلوم أن هناك حالات نصت عليها المادتين 113 و114 من قانون الموجبات والعقود يسقط معها الأجل الممنوح للمدين ويستطيع الدائن عندئذ تنفيذ الموجب فوراً. ومن هذه الحالات إفسار المدين أو إفلاسه وانقاص التأمينات الممنوحة للدائن ووفاة المدين. فعند تحقق إحدى هذه الحالات يصبح الدين مستحقاً ويمكن عندها إعمال الفقرة الأولى من المادة 271 م.ع. التي تتكلم عن إستحقاق الحق تمهيداً لإعطاء الدائن فرصة اللجوء إلى إستعمال الحق بالحبس الذي نصت عليه الفقرة الثانية من هذه المادة. وقد جاءت المادة 410 من نفس القانون لتؤكد على ما ورد في الفقرة الأولى من المادة 271 حول عدم جواز إستعمال وسائل التنفيذ إذا لم يكن الدين مستحقاً. فالمادة 410 المذكورة أعطت البائع (الدائن بالثمن) الحق بحبس المبيع إذا أصبح المشتري (المدين بالثمن) معسراً أو مفلساً أو إذا أنقص التأمينات التي قدمها للبائع. وهذه الحالات هي نفسها التي تحدثت عنها المادة 113 م.ع. التي أوردناها والتي تجعل الآجال ساقطة وتعطي الحق للدائن بالتنفيذ لإستيفاء حقه. وطالما أن الحق بالحبس يشكل أحد وسائل التنفيذ، فإنه يمكن للدائن إستعمال هذا الحق عند تحقق إحدى حالات المادتين 113 و410 من قانون الموجبات. هذا طبعاً بالإضافة إلى أن إستحقاق الدين يمكن أن يكون أيضاً عند حلول الأجل دون حاجة إلى تطبيق نصوص المادتين 113 أو 410 المذكورتين.

وعليه يمكن القول بأن إستحقاق الدين يشكل ممراً إلزامياً لإستعمال حق الحبس. وهذا ما يدعو للإقرار بأنه عندما يستحق الدين يصبح حق الدائن أكيداً وخالياً من النزاع على الأقل لناحية توجب الدين المطلوب ويمكن للدائن عندها التمسك بحقه بحبس الشيء الذي يعود للمدين. وقد اكد الاجتهاد هذا الموقف منذ زمن بعيد بقوله انه لكي يمكن التذرع بحق الحبس يجب ان يكون الدين المتعلق به اكيداً ومستحقاً⁽¹⁾ وان لا يكون هذا الدين الذي من اجله يمارس حق الحبس موضوع نزاع جدي⁽²⁾ او يكون معلق على شرط⁽³⁾ وإلا لا مجال للحديث عن الحق

(1) محكمة التمييز المدنية غ 5، قرار رقم 51 تاريخ 1996/5/2، كساندر 1996 عدد 5 ص 30

وايضا محكمة التمييز المدنية قرار نهائي غ 1 قرار رقم 2 تاريخ 1972/1/17، باز 1972.

(2) محكمة التمييز المدنية غ 5 قرار رقم 163 تاريخ 2000/12/12، كساندر 2000 عدد 12 ص 1286.

بهذا المعنى محكمة التمييز الجزائرية غ 7 قرار رقم 355 تاريخ 2006/11/9، كساندر 2006 عدد 11.

(3) محكمة التمييز المدنية غ 2 قرار اعدادي رقم 20 تاريخ 1969/4/22، باز 1969.

بالحبس. مع الإشارة الى انه يجوز ان يكون مقدار الدين غير معلوم ولكن يتم تقديره بواسطة القاضي المختص⁽¹⁾.

الا انه قد نكون امام حالات يكون فيها الدين مستحق الاداء ولكنه يكون غير متوجب. فلا يمكن للدائن في هذه الاحوال ان يلجأ الى حق الحبس بالرغم من ان الدين اصبح مستحقا. وهذا هو حال الدين الذي اصبح مستحقا بحلول أجله بتاريخ معين ولكنه سقط لسبب من الاسباب الواردة في المادة 290 م.ع. كمرور الزمن مثلا. ففي هذه الحالة، وإن كان الدين صار مستحقا - وهذه واقعة لا يمكن نفيها واسقاطها - الا انه اصبح غير متوجب بفعل مرور الزمن عليه. فاستحقاق الدين شيء وتوجبه شيء آخر. وبالتالي يمكن القول بأنه من الممكن ان نكون امام دين مستحق ومع ذلك لا يمكن للدائن ممارسة حق الحبس لسبب يتعلق بعدم توجب هذا الدين⁽²⁾.

هذا مع الإشارة إلى أنه عندما يمنح الدائن مهلة للمدين لتنفيذ موجباته، فإنه لا يمكنه أن يتخذ أي إجراء تجاهه بما فيه حق حبس الشيء العائد للمدين. وهذا ما أشارت إليه المادة 409 م.ع. التي نصت على أنه ليس للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع إذا منح المشتري بعد العقد مهلة للدفع. وهذا ما يعد تطبيقاً لمنع ممارسة حق الحبس. وفي هذه الحالة يجب على الدائن إنتظار حلول أجل الدين أو الموجب للبناء على ما تقتضيه الأمور. فإذا نفذ المدين موجبه لا يكون على الدائن سوى المبادرة إلى تنفيذ هو أيضاً موجبه دون إبطاء. أما إذا لم يبادر المدين إلى التنفيذ عفواً عند حلول أجل دينه فإنه يمكن للدائن سلوك طريق حق الحبس وإحتجاز ما يعود لمدينه تطبيقاً لحقه في حبس هذا الشيء وذلك من أجل ممارسة بعض الضغط على المدين. اما في حال كان الموجب عملاً فإنه يحق للدائن، كما سبق وأوضحنا، عدم تنفيذ عمله تطبيقاً لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ الذي تنص عليه المادة 271 م.ع.

(1) محكمة التمييز المدنية غ 2 قرار رقم 63 تاريخ 2007/6/25، كساندر 2007 عدد 6.

(2) بهذا المعنى تمييز مدني، غرفة خامسة قرار رقم 107، تاريخ 1995/6/1 - كساندر 1995 عدد 6، ص 89.

ب- الحالة الثانية:

وهي التي أفرد لها المشرع المادة 272 من قانون الموجبات والعقود لتمكين الدائن من ممارسة الحق بالحبس. فهذه المادة نصت على حالة أخرى من شأنها أن تسمح للدائن بحبس ما يعود لمدينه وذلك من أجل حثّ هذا الأخير على القيام بما يتوجب عليه تجاه دائنه. وقد أضافت المادة المذكورة، إلى حالة المادة 271 التي تتكلم عن العقد الذي يكون فيه طرفان كل منهما دائن ومدين، حالة الترابط أو التلازم، كما أسمته، بين الموجب المطلوب تنفيذه من المدين والدين المتوجب للدائن⁽¹⁾. ولتحقق هذه الحالة، لا بد من توافر شروط عدة:

1- فالشرط الاول هو وجود التلازم والترابط بين الموجب والدين. والمقصود بهذا التلازم والترابط هو أن يشكل كل منهما سبباً للآخر. فالدين لم يولد إلا لأن موجباً قد نشأ وألقي على عاتق أحدهم والموجب لم يظهر إلا لأنه ترتب دين لصالح أحد الأشخاص. وإنطلاقاً من هنا، إن الشرط الأساسي للحديث عن الترابط والتلازم يكمن في أن موضوع دين الدائن وموضوع موجب المدين قد نشأ معتمدين كل منهما على الآخر⁽²⁾. فإذا إنتهى أحدهما زال الآخر ولا يعد من جدوى للحديث عن أي تلازم حتى وإن كان بين الدائن والمدين رابطة تجمعهما. وبالتالي إذا كان شخصاً دائناً لآخر بمبلغ من المال ناشئاً عن عقد قرض، لا يمكن للدائن الذي يعمل كميكانيكي لإصلاح السيارات أن يحبس سيارة المدين إذا لم يوفي القرض المتوجب بذمته خصوصاً اذا كان قد دفع له قيمة الإصلاحات التي أجراها في السيارة. ففي هذه الحالة، لا يوجد أي رابطة أو أي تلازم بين الدين المتوجب للدائن والسيارة التي بحوزته كون الدين الأول ناشئ عن عقد قرض أما الدين الثاني فنشئ عن عقد آخر وهو عقد إصلاح السيارة. ولا شك أن التلازم الذي تحدثت عنه المادة 272 م.ع. ينسحب أيضاً على الحالة التي وردت في المادة 271 التي تتحدث عن حق الحبس عند وجود عقد متبادل بين طرفين. ففي هذا العقد حيث الموجبات تكون متقابلة، لا مفر من إعتبار أن التلازم موجود طالما أن

(1) محكمة التمييز المدنية غ 2 قرار رقم 28 تاريخ 1964/2/27، حاتم ج 54 ص 62.

(2) محكمة التمييز المدنية غ 3 قرار نهائي رقم 137 تاريخ 1965/12/22، باز 1965

الموجبات الملقاة على المتعاقد الأول تشكل سبباً وأساساً لموجبات المتعاقد الآخر⁽¹⁾. وبالتالي يجب إعتبار أن موجبات المتعاقدين مترابطة وتنطلق من ما إتفقوا عليه في العقد. فمن الطبيعي إذاً أن يكون الدين المترتب لأحد المتعاقدين مرتبط بالموجب الملقى على الفريق الآخر. غير أن التلازم الوارد في المادة 272 م.ع. يختلف جوهرياً عن ذلك التلازم الذي نصت عليه المادة 271. فإذا كان تلازم المادة 271 ينطلق من عقد، فإن التلازم الخاص بالمادة 272 بعيد كل البعد عن الأساس التعاقدية. وفي هذا الإطار، جاءت مفردات هذه المادة واضحة بحيث أنها أوردت عبارة "لا ينحصر في من كان دائناً ومديوناً بموجب عقد متبادل". ما يدل بشكل لا لبس فيه على أن التلازم المقصود بالمادة 272 لا يتأتى عن عقد بين الدائن والمدين بل عن علاقة جمعت هذين الشخصين بعيداً عن أي إتفاق مسبق بينهما. ما يستتبع للقول بأن التلازم الذي ورد في المادة 271 ينشأ بين طرفين ويتفقان عليه منذ إتفاقيهما بينما تلازم المادة 272 لم ينشأ الا لأن موجبا نشأ دون إرادة الفريقين أو على الأقل دون ارادة أحدهما. بالتالي يمكن القول بأنه في ظل المادة 272 م.ع.، لم يعد التلازم أو الإرتباط فقط قانونياً ومقتصراً على ما أوردته المادة 271، بل يمكن أن يكون هذا التلازم مادياً وغير ناتج عن عقد⁽²⁾. فالتلازم المادي هو ذلك التلازم الذي نشأ بمعرض حيازة الحابيس للشيء الذي ينوي حبسه وإبقاؤه معه للضغط على المدين. وهذا هو حال واضع اليد على العقار دون أن يكون بملكه وقد سبق له أن تكبد بعض النفقات في سبيل صيانتة. ففي هذه الحالة إن الإرتباط نشأ عن وقائع مادية جعلت حائز العقار متمسكاً بحقه في إسترداد ما أنفقه عبر حبس العقار. وهذا هو ايضا حال الفضولي الذي نصت عليه المادة 149 م.ع. التي سمحت له بإدارة شؤون الغير بلا تفويض ويحق له إسترداد ما يكون قد صرفه في سبيل هذه الإدارة وإذا لم يستجب صاحب العقار فيكون للفضولي أن يحبسه لحث صاحبه على تسديد ما يتوجب بذمته. وأيضاً حال المنتفع من العقار والدائن الذي بيده الشيء المرهون فإنه يحق له حبسه وعدم تسليمه للمدين إلا بعد إستيفاء حقه منه.

(1) القاضي المنفرد في بيروت الناظر بالدعاوى التجارية تاريخ 2012/11/28، العدد 2012 عدد 1 ص 388.

(2) خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، ج 4 ص 102.

أضف إلى ذلك، وإلى جانب الإختلاف بين المادتين حول كيفية نشأة التلازم، فإن إختلافاً آخر ينتج عن ذلك. هذا الإختلاف يكمن في أن طرفي التلازم في المادة 271 هما دائن ومدين منذ البدء ويعلم كل واحد منهما بالموجبات المترتبة عليه كمدين والحقوق التي سيجنيها كدائن. في حين إن أطراف التلازم في المادة 272 يصبحان دائن ومدين في وقت لاحق لنشوء الموجب الملقى على كل منهما. ولا يشترط ان يكون الدينان المتوجبان في ذمة كل منهما متعادلان إذ يمكن ان يكون هناك فرق بين قيمتهما. فحتى في هذه الحالة فإن الفرق بين القيمتين لا يمنع من ممارسة حق الحبس⁽¹⁾.

وإنطلاقاً من هنا، يجب اعتبار أن حالة حق حبس جديدة أنشأتها المادة 272 ومفادها أنه يحق لكل شخص نشأ له موجب بذمة شخص آخر، خارج الإطار التعاقدى، له الحق بأن يحبس ما يعود لمدينه شرط أن يكون هذا الدائن يمتلك أيضاً صفة المدين بموجب معين لشخص آخر هو مدينه الذي يصبح بدوره أيضاً دائناً له. وبذلك تكون المادة 272 م.ع. قد نصت على الأول من شروطها وهو يتجلى بضرورة وجود تلازم بين الموجب الملقى على عاتق المدين والدين الذي يطالب به الدائن⁽²⁾. مع الإشارة الى ان القول بوجود الارتباط والتلازم بين الدين المطلوب والموجب المختص بمن يستعمل حق الحبس هو من الوقائع المادية التي يعود امر تقديرها لمحاكم الاساس ولا تخضع لرقابة محكمة التمييز⁽³⁾.

2- أما ثاني الشروط التي يجب أن تتوفر في هذه الحالة من حق الحبس أي حالة المادة 272 م.ع. هو أن يكون الدين الذي يطالب به الدائن، والذي إتخذته سبباً لحبس ما يعود لمدينه، مستحقاً. غير انه وعلى بالرغم من أن المادة 272 م.ع. لم تنص على مثل هذا الشرط، الا انه يفرض نفسه ويجب تطبيقه وذلك لإعتبارين:

أولاً كون الحق الذي نشأ لأحد الأشخاص كان دون وجود إتفاق مسبق وبالتالي طالما أن الامر كذلك فإن هذا الحق الذي نشأ يكون حقاً أنياً ومن شأن ذلك ان يجعل تنفيذه فورياً.

(1) محكمة التمييز المدنية غ 2 قرار رقم 63 تاريخ 2007/6/25، كساندر 2007 عدد 6.

(2) محكمة التمييز المدنية غ 3، قرار نهائي رقم 3 تاريخ 1966/1/28، باز 1966

(3) محكمة التمييز المدنية غ 2 قرار رقم 9 تاريخ 2001/3/8، كساندر 2001 عدد 3 ص.ق 302

وعليه، عندما يكون الموجب آنياً فإنه يكون دون أجل. ما يستدعي فوراً للقول بأنه يكون مستحق الأداء⁽¹⁾. ومن هنا أصبح من الواجب إعتبار أن كل دين دون أجل فإنه يكون مستحق الأداء. وبالتالي يصبح مشروعاً القول بأن كل دين إذا كان مستحق الأداء فإنه يسمح للدائن بأن يحتجز ويحبس ما يعود لمدينه من أجل الضغط عليه لتنفيذ موجباته ما لم يعطي الدائن أجلاً للمدين يسمح له بتأجيل تنفيذ موجبه.

ثانياً أو الإعتبار الثاني الذي يرتكز عليه شرط إستحقاق الدين من أجل ممارسة الحق بالحبس هو أنه لا يمكن السماح للدائن بحبس ما يعود لمدينه إذا لم يكن دينه مستحق الأداء. وهذا منطقي إذ لا يجوز لمن لم يستحق دينه أن يتخذ أي إجراء تجاه مدينه. أضف إلى ذلك، يجب القول أنه لا يمكن للنص القانوني أن يعطي الدائن حقاً لا يستحقه. بمعنى آخر، إن إستحقاق الدين هو مفترض ولو لم يكن كذلك لما كان المشرع قد أذن للدائن بحبس أشياء مدينه للضغط عليه.

وفي المحصلة، وبالرغم من أن المادة 272 م.ع. لم تنص صراحة على ان الدين يجب أن يكون مستحقاً لممارسة الحق بالحبس، إلا أنه لا يمكن أن ينتج حق الحبس مفاعيله دون أن يكون الدائن صاحب حق مستحق الأداء. كما وأنه ليس من العدل أن يقدم الدائن على حبس ما لمدينه إذا كان هذا الأخير يتمتع بمهلة معينة من أجل تنفيذ موجباته. وعليه إن شرط إستحقاق الدين يفرض نفسه من بين الشروط الواجب توافرها من أجل تمكين الدائن من ممارسة حق الحبس وفقاً للمادة 272 م.ع.⁽²⁾

3- ومن الشروط الواجب توافرها ليتمكن الدائن من ممارسة حق الحبس وفقاً للمادة 272 م.ع.، هو أن تكون حيازته للشيء الذي ينوي حبسه قد نشأت قبل أن يصبح دائناً أو على الأقل تزامنت مع نشوء حقه⁽³⁾. بمعنى آخر، يجب أن يكون حق الدائن الذي يعطيه القانون الحق بحبس الشيء قد نشأ بعد الحيازة إذ إنه لو سلمنا بأن هذا الحق قد نشأ قبل أن يتمكن

(1) مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 1 العقد، ص 559.

(2) محكمة التمييز المدنية قرار رقم 58 تاريخ 19/5/1970، حاتم ج 108 ص 55.

(3) محكمة التمييز المدنية غ 5 قرار رقم 94 تاريخ 10/7/2008، كساندر 2008 عدد 7.

من حيازة الشيء، فنكون والحالة هذه أمام تطبيق المادة 271 م.ع. التي تشترط أن يكون هناك عقد متبادل بين الطرفين. وطالما أن الدين ناشئ قبل الحيازة فإنه لا بدّ من وجود عقد بين الفريقين ما يؤدي إلى إعمال المادة 271 م.ع. التي تنص على ضرورة أن يكون الشخص دائن ومديون أي أن يكون هناك إتفاق بينهما.

وبعكس ذلك، عندما يكون حق الدائن قد نشأ بعد الحيازة أو على الأقل في نفس التوقيت، فإننا نكون امام الحالة التي تنص عليها المادة 272 م.ع. التي تسمح للدائن بإستبقاء الشيء بحوزته لممارسة عليه الحق بالحبس. وبذلك يكون سوء النية مستبعد إذ لو كان حق الدائن قد نشأ قبل حيازته للشيء فإننا من السهل إتهامه بسوء النية عبر إستدراج المدين لتسليمه الشيء لكي يحبسه لديه مع العلم أن المادة 272 م.ع. أجازت لسوء النية أن يمارس حق الحبس. إلا أنه حتى في هذه الحالة، فإن ما قصده المشتري بسوء النية هو طبعاً عندما يكون حق الدائن قد نشأ بعد الحيازة ولم يقصد حيازة الشيء بعد نشوء الحق لأن في ذلك نوع من أنواع الإستيلاء على الشيء حتى وإن كان قد تم ذلك بإرادة المدين لأنه من الممكن أن يكون الدائن قد إحتال على المدين لأخذ الشيء فنتخطى بذلك ما قرره الفقرة الأولى من المادة 272 م.ع. لنصبح أمام الفقرة الثانية من هذه المادة التي تحرم حق الحبس على محرز الأشياء المفقودة أو المسروقة أو التي إنتزعت بالعنف من صاحبها.

وبالنتيجة إن سوء النية الذي تساهلت به الفقرة الأولى من المادة 272 م.ع. هو رغبة الدائن الذي يستحق له دين بذمة أحدهم في إبقاء ما يعود لهذا الشخص بحوزته إلى حين تنفيذ ما يجب عليه. وبالتأكيد إن هذه الرغبة تولدت بعد أن أصبح دائناً وكانت حيازة الشيء أصلاً بين يديه. فالفرق كبير بين أن تحصل الحيازة قبل أن يصبح دائناً وبين أن يكون دائناً قبل الحيازة. ففي الحالتين سوء نية إنما في الحالة الأولى سوء النية هو مجرد الرغبة في حبس الشيء وإستبقائه مع الدائن الحائز أصلاً له بينما في الحالة الثانية فإن سوء النية بالإستيلاء على الشيء مفترض لدى الدائن كون حيازته جاءت بعد نشوء حقه ما لم يثبت أن المدين سلّمه بإرادته هذا الشيء فيكون فعله مباحاً أو ما لم يتبين أنه لم يستولي على الشيء رغماً عن المدين.

ومتى كانت الحيابة حاصلة قبل نشوء الحق، فإن هذه الحيابة يجب ان تكون حيازة مادية اي ان يكون الشيء فعلا بيد الحابس اذ كيف يمكن للدائن ممارسة حق الحبس على شيء ليس بحوزته فعلا. من هنا إن حيازة الدائن الحابس للشيء لا تكتمل الا عندما يكون هذا الشيء معه فعليا⁽¹⁾ وبالتالي يكون حق الحبس مستمد من الحيابة الفعلية على الشيء المحبوس وهو، كما تقول المادة 273 م.ع. يزول بزوال الاحراز⁽²⁾.

تجدد الإشارة أخيراً إلى أنه يمكن للدائن ممارسة حق الحبس دون حاجة لإعلام المدين بذلك إذ إنه ليس مطلوباً أو مشروطاً على الدائن إتخاذ أي تدبير أو إجراء من شأنه الإعلان عن إستعماله لحقه كتوجيه إنذار للمدين ينذره بموجبه تنفيذ ما عليه تحت طائلة حبس الشيء أو إرسال كتاب للمدين يعرب فيه عن نيته تنفيذ ما يتوجب بذمته تحت طائلة ممارسة حق الحبس على الشيء الذي يعود للمدين إذا لم يعمد هذا الأخير الى تنفيذ ما عليه⁽³⁾. فالقانون لم يتعرض لمثل هذه التدابير أو الإجراءات بل يعود للدائن التمسك فوراً بحق الحبس طالما أن الفريق الآخر لم يعمد إلى تنفيذ أو لم يعرض أقله تنفيذ موجباته التي جعلت منه دائناً بالشيء المحبوس ومديناً بموجب لصالح شخص آخر⁽⁴⁾.

○ رابعا - إنتهاء حق الحبس

نصت المادة 273 م.ع. على أن "حق الحبس يزول بزوال الإحراز لأنه مبني عليه...". إنطلاقاً من هذه المادة، يتبين أن حق الحبس ينتهي عندما لا يعد الحابس محرراً أو حائزاً للشيء الذي يمارس عليه هذا الحق. وإذا كانت المادة 273 المذكورة قد تضمنت عبارة "زوال الإحراز"، لكنها لم تعمد إلى تعداد الحالات التي يتحقق فيها هذا الزوال. إلا أن هذه الحالات هي متعددة والبعض منها ناتج عن تصرف يأتيه إما الدائن وإما المدين وإما تكون لسبب لا علاقة لهما به.

(1) محكمة التمييز المدنية الهيئة العامة، قرار رقم 67 تاريخ 2014/7/14، كساندر 2014.

(2) محكمة الاستئناف المدنية في الشمال غ 4 قرار رقم 594 تاريخ 1997/12/24، العدل 1998 عدد 1 ص 114.

(3) خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، ج 4 ص 105.

(4) محكمة التمييز المدنية هيئة عامة، قرار رقم 30 تاريخ 2003/8/18، كساندر 2003 عدد 8 ص.ق 1274.

ايضا محكمة التمييز المدنية غ 2 قرار رقم 63 تاريخ 2007/6/25، كساندر 2007 عدد 6.

1- فبالنسبة للأسباب المتأتية عن تصرف الدائن، فهو قد يتنازل عن حقه أو قد يخل بموجباته لجهة المحافظة على الشيء المحبوس.

ففي الحالة الأولى فإن الدائن الذي يحبس الشيء الذي يعود للمدين قد يتخلى رضائياً عنه ويسلمه في الأغلب للمدين. وهذا يحصل عادة عندما يكون لدى الدائن الرغبة بالقيام بمبادرة تجاه مدينه فيسلمه الشيء الذي بحوزته أملاً منه بملاقاته وتنفيذ ما يجب عليه. وقد يكون تنازل الدائن عن حقه صريحاً أو قد يكون ضمناً. فعندما يسلم الدائن إلى مدينه الشيء الذي بحوزته فإن هذه الطريقة هي بدون شك الطريقة الصريحة. أما عندما يأتي الدائن تصرفاً معيناً كتسليم الشاري من المدين الشيء المحبوس فإن ذلك يكون تنازلاً ضمناً عن حقه بحبس هذا الشيء. وفي كلتا الحالتين يكون الدائن قد تنازل برضاه عن حقه بحبس ما يعود لمدينه. أما عندما يعتري رضى الدائن عيب ينتج عنه فقدانه للشيء المحبوس، فإن ذلك يكون من قبيل التعدي على حقوقه وبالتالي لا يعتد بذلك ولا يعتبر الدائن متنازلاً عن حقه. وهذا ما نصت عليه المادة 273 م.ع. التي أعطت الحق للدائن الذي ينتزع منه الشيء خفية أو بالعنف أن يطلب إعادة الحال إلى ما كانت عليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بفقدانه الشيء. فهذه المادة أجازت للدائن الذي سرق منه الشيء الذي يحبسه أن يسترجعه لإكمال ممارسة حق الحبس عليه كون ذلك قد تم دون رضى منه وذلك في مهلة ثلاثين يوماً تبتدئ من التاريخ الذي يعلم فيه بأن الشيء قد إنتزع منه. فالمهم ان تكون حيازة الحابس للشيء غير مشوبة بأي نزاع⁽¹⁾. ويبقى على الدائن أن يثبت بأنه لم يتنازل بإرادته عن الشيء المحبوس إنما تم ذلك خفية أو بالعنف لكي يتمكن من إسترجاع ما خرج من يده وإلا يعد ذلك تنازلاً منه عن حقه بالحبس.

اما بالنسبة الى الحالة الثانية، فإنه إذا كان يحق للدائن أن يسترجع الشيء الذي خرج منه دون إرادته في حالات معينة، فإنه في بعض الأحيان قد يخسر الدائن حقه بالحبس دون إرادة منه ودون أن يكون بإمكانه إعادة الحال إلى ما كانت عليه. ويحصل ذلك عندما لا يلتزم المدين بموجب المحافظة على ما يحبسه. فمن المعلوم أن الدائن الذي يمارس حق الحبس

(1) محكمة الاستئناف المدنية في الشمال غ 4 قرار رقم 202 تاريخ 1998/3/26، العدل 1999 عدد 2 ص 254.

على شيء معين يلقي على عاتقه موجب أساسي يتمثل بالمحافظة عليه والقيام بصيانتة واجراء كافة الاصلاحات الضرورية والمفيدة فيه وعدم تعريضه لما قد ينقص من قيمته. وتكمن العبرة في المحافظة على الشيء المحبوس في أن الحبس يمارس للضغط على المدين لتنفيذ ما عليه من موجبات. فإذا نفذ، وجب على الدائن تسليمه ما يحبسه دون أن يكون قد لحقه أي عيب أدى إلى الأضرار به كون هذا الشيء يعود أصلاً إلى المدين وقد إحتجزه الدائن لحث مدينه على التنفيذ. وفي هذا الاطار، على الحابس ان يبذل العناية التي يبذلها الرجل المعتاد وإذا قصر في بذل تلك العناية ترتبت عليه المسؤولية عن الاضرار الناجمة عن هذا التقصير⁽¹⁾. وإذا لم يحافظ الدائن على ما يحبسه فإن حقه بالحبس يسقط ويؤدي ذلك إلى إنتزاع الشيء منه وتسليمه للمدين أو على الأقل إيداعه لدى طرف ثالث لإستكمال الضغط على المدين. مع الإشارة الى ان حق الحبس يفرض على الحابس المحافظة على الشيء المحبوس دون ان يكون له الحق في استعماله او استثماره إذ ان هذا الشيء يعود لمدينه الذي يكون له وحده ان يستعمله ويستثمره⁽²⁾.

2- ومن الأسباب التي تؤدي إلى سقوط الحق بالحبس أيضا هو ما يسعى الدائن الحابس إليه ويتمثل بتنفيذ المدين موجباته المترتبة عليه والتي إتخذها الدائن سبباً من أجل ممارسة حقه بحبس الشيء الذي يعود للمدين. فعندما ينفذ المدين ما عليه، فإن ذرائع الدائن تسقط ويقع عليه عندئذ تنفيذ ما يتوجب عليه وتسليم المدين ما يعود له⁽³⁾ وإذا لم يفعل فإنه يكون يحتجز أشياء لا يحق له فيها ويصبح معتدياً على حقوق مدينه الذي ينتظر منه تسليمه الشيء بعد أن بادر ونفذ موجباته. وقد قضي بأن حق الحبس يبقى قائماً طالما ان المدين لم يسدد الدين المتوجب بذمته لمصلحة الدائن وعند تسديد الدين يزول حق الحبس ويصبح بوسع المدين استلام الشيء المحبوس⁽⁴⁾.

(1) محكمة اتميز المدنية غ 1 قرار رقم 51 تاريخ 2009/7/9، كساندر 2009 وباز 2009 ص 135.

(2) محكمة التمييز المدنية غ 5 قرار رقم 129 تاريخ 2014/10/30، كساندر 2014.

وايضا محكمة التمييز المدنية غ 5 قرار رقم 71 تاريخ 2004/4/29، باز 2004 ص 716.

(3) زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، ج 5 ص 180.

(4) محكمة التمييز المدنية غ 1 قرار رقم 50 تاريخ 2009/7/9، كساندر 2009 عدد 7.

وفي هذا الإطار، يتم التساؤل حول ما إذا كان المدين قد عمد إلى تنفيذ جزء من موجباته، فهل ينتهي حق الدائن بحبس الشيء؟

في الواقع نصت المادة 300 من قانون الموجبات والعقود على أنه " لا يجوز للمدين إجبار الدائن على قبول الإيفاء مجزئاً وإن كان الموجب قابلاً للتجزئة لأن الإيفاء بهذا المعنى لا يتجزأ". ولا يشك بأن عبارات هذه المادة واضحة إذ أنها وإن كانت لا تمنع المدين بأن يعرض على الدائن إيفاء جزءاً من موجباته، غير أنه لا يمكنه إجبار هذا الأخير على قبول ما يعرضه وبالتالي لا يمكن للمدين المطالبة بإسقاط الحق بالحبس الذي يمارسه الدائن عندما يوفي جزءاً من دينه حتى وإن كان حق الحبس يقع على أكثر من شيء يعود للمدين. ففي هذه الحالة الأخيرة، يحق للدائن إستبقاء كل الأشياء تحت الحبس بالرغم من إيفاء جزء من الدين إذ إن الهدف من وراء حق الحبس هو ممارسة الضغط على المدين عبر إحتجاز أشياءه. فحتى وإن قام المدين بإيفاء جزئي لدينه فهذا لا يجعل الدائن مضطراً لتخفيف ضغطه لأن ذلك يفقد حق الحبس جزءاً من قيمته وربما لا يعود المدين مالياً للجزء الذي لم يوفى من الدين ويتخلى عندها عن الشيء الذي أبقاها الدائن تحت يده ويعتبر نفسه أنه إستطاع إجبار الدائن على تسليمه جزءاً مهماً مما كان يمارس عليه حق الحبس. وقد قضي في هذا المجال بأن حق الحبس هو حق غير قابل للتجزئة⁽¹⁾ ويشمل جميع الاموال التي بيد الدائن وإن كانت قيمتها أكثر من قيمة الدين المتوجب. لذلك فإن التنفيذ الجزئي ليس من شأنه التأثير على الحق بالحبس الذي أقره القانون للدائن على كل الأشياء التي تعود للمدين التي يدين بها إليه. وإذا كان التنفيذ الجزئي لا يسقط حق الحبس، فإن هذا الحق لا يمكن ان يكون ايضاً مقررراً على فترة معينة. فحق الحبس وضع من اجل الضغط على المدين ضماناً لتنفيذ كل التزاماته ولا يمكن تقييده بمهلة معينة كأن يكون مثلاً لسته اشهر او لسنة. فطالما ان الموجب لم ينفذ فإن حق الحبس يستمر لعدم زوال سببه⁽²⁾.

3- ومن اسباب سقوط حق الحبس إستحالة التنفيذ التي تتحقق عندما يعجز المدين عن إداء موجباته لسبب خارج عن إرادته ومستقل عنه. بمعنى آخر، إن إستحالة التنفيذ تحدث عند

⁽¹⁾ Cour d'Appel de Paris 13 mars 1954, Dalloz périodique 27 du 17 juillet 1954 p. 483

⁽²⁾ محكمة استئناف جبل لبنان غ 1 قرار رقم 74 تاريخ 2003/4/23، كساندر 2003 عدد 4 ص.ق 706.

هالك الشيء المتوجب بذمة المدين وعدم قدرته على متابعة إلتزامه بتحقيق هذا الموجب. وفي هذه الحالة، قد تترتب عدة نتائج من أبرزها ضرورة إسقاط الحق بالحبس الذي يستخدمه الدائن لحث المدين على التنفيذ. فكيف يمكن الضغط على المدين لتنفيذ موجباته وقد أصبحت هذه الأخيرة مستحيلة التنفيذ. فسقوط الموجب بهلاك موضوعه يؤدي حتماً إلى زوال الحق بالحبس شرط أن يحصل ذلك بعيداً عن المدين وأن لا يكون له يد في هلاكه وإلا بقيت المسؤولية مترتبة عليه. وفي هذا الاطار قضي بأن ممارسة حق الحبس مشروطة بإمكانية المدين تنفيذ موجباته⁽¹⁾. ما يعني ان استحالة تنفيذ موجب المدين يؤدي الى سقوط حق الحبس.

الا انه قد يحدث أن يكون الشيء المتوجب على المدين خاضعاً لضمان معين (تأمين). وفي هذه الحالة يصبح حق الحبس الذي يمارسه الدائن مقابل الأموال المتأتية عن التعويض الذي سيحصل عليه المدين ويمكن عندها للدائن الإحتفاظ بالشيء إلى حين تلقيه الأموال الناتجة عن التعويض.

وبالمقابل قد يهلك الشيء الذي يمارس عليه الدائن حق الحبس. فيزول عندها هذا الحق لأن موضوعه لم يعد موجوداً ويكون ذلك مشروطاً بأن لا يكون للدائن صلة بهلاكه. وفي هذه الحالة الأخيرة يبقى على المدين التنفيذ إذ إن الشيء المحبوس هلك بفعل لا ارادة للدائن به. وإذا كان الشيء الذي هلك مضموناً بمبلغ من المال، فإن الدائن يمارس عندها حقه بحبس هذا المبلغ الذي حل محل الشيء الأساسي. أما إذا هلك الشيء الذي بيد الدائن بفعل منه فإن حق الحبس يزول ويتحمل هذا الدائن تبعه أعماله.

(1) محكمة استئناف جبل لبنان غ 11 قرار رقم 162 تاريخ 2005/2/22 كساندر 2005 عدد 2.

الدراسة الثانية:

الوكالة غير القابلة للعزل بين النص والاجتهاد

د. ريم إبراهيم فرحات

نظم قانون الموجبات والعقود اللبناني موضوع العقود، في المادة 165 وما يليها، والذي اعتبر أن العقد عبارة عن التأم بين مشيئتين أو أكثر وتوافقهما لإنشاء علاقات إلزامية. والنظام القانوني الذي يحكم التعاقد في لبنان هو حرية التعاقد، وإن العقد شريعة المتعاقدين، "فالأفراد أن يرتبوا علاقاتهم القانونية كما يشاؤون". وقد حدد قانون الموجبات والعقود بعض أنواع من العقود وأعطى لها تسمية محددة، بنظام قانوني محدد. غير أنه وفي أحيان كثيرة قد يلجأ أطراف العقد إلى إعطاء تسمية للعقد تغاير المضمون الحقيقي له، وما ينتج عن ذلك من اختلاف المفاعيل، والحقوق والموجبات الواقعة على كل طرف، وهنا يأتي دور القضاء لإسباغ التوصيف الصحيح للعقد.

وقد نظم قانون الموجبات والعقود في المادة 769 وما يليها موضوع "الوكالة"، والذي "بمقتضاه يفوض الموكل إلى الوكيل القيام بقضية أو بعدة قضايا أو بإتمام عمل أو فعل أو جملة أعمال وأفعال. ويشترط قبول الوكيل ويجوز أن يكون قبول الوكالة ضمناً وأن يستفاد من قيام الوكيل بها". وفي هذه الوكالة العادية يتصرف الوكيل باسم ولمصلحة الموكل، الذي يحق له عزل الوكيل متى شاء، وتنتهي الوكالة بوفاة الموكل أو الوكيل.

هذا المبدأ في الوكالة العادية أخضعه قانون الموجبات والعقود، في المادة 810 منه، لاستثناء، عبر "الوكالة غير القابلة للعزل"، حيث "أنه إذا كانت الوكالة منعقدة في مصلحة الوكيل أو شخص آخر فلا يحق للموكل أن يرجع عن الوكالة إلا برضى الفريق الذي انعقدت لأجله".

من خلال هذه المادة، تم تعريف⁽¹⁾ الوكالة غير القابلة للعزل أو الوكالة الدورية، على أنها تلك التي تكون منعقدة إما في مصلحة الوكيل وإما في مصلحة شخص ثالث، وتفيد عن انتقال حقوق الموكل، المذكورة فيها، من الموكل إلى الوكيل بصورة نهائية لا رجوع عنها إلا بموافقة الشخص الذي انعقدت في مصلحته، ولأن تنازل الموكل عن حقوقه هذه إلى الوكيل - سواء تم ذلك في مصلحة الوكيل نفسه أو في مصلحة الشخص الثالث- يستتبع تنازله عن حقه بعزل الوكيل بصورة نهائية لا رجوع عنها أيضا إلا برضى الفريق الذي انعقدت الوكالة لمصلحته. وقد كثر استخدام "الوكالة غير القابلة للعزل" لما تؤمنه من السهولة والضمانة الكافية، والتي يكون الهدف منها البيع وخصوصا العقاري منه، وأحيانا تكون بلا مقابل في حياة الموكل، أو إلى ما بعد وفاته. لكنها أيضا من العقود التي كثيرا ما يتم التنازع على توصيفها الحقيقي، وعلى النظام القانوني الواجب التطبيق. من هنا تأتي أهمية البحث في "الوكالة غير القابلة للعزل". فهذا الاستثناء، خلق العديد من الإشكاليات القانونية وخصوصا عندما يتم اللجوء إلى عقود تحت تسمية "الوكالة غير القابلة للعزل" بشكل كبير، وهي تخفي في حقيقتها بيعا أو هبة، وحتى وصية. فما مدى استقلالية وخصوصية هذا النوع من العقود؟ وما هو مضمونه؟ ومتى يُعتبر معقودا لمصلحة الوكيل أو الغير؟ وما مدى إمكانية تعاقد الوكيل مع نفسه؟ وإمكانية إبطاله عند انتفاء الثمن؟ ومدى خضوعه للشروط الشكلية المفروضة في هبة عقار أو وصية؟ وشروط النصاب الشرعي والقانوني؟

للإجابة عن هذه الإشكاليات سنقوم بعرض النصوص القانونية وتطبيقها عبر اجتهادات المحاكم اللبنانية، وذلك من أجل تحديد شروط ومفاعيل الوكالة غير القابلة للعزل، ليصار بعده لتحديد التوصيف الصحيح والنظام القانوني الواجب التطبيق على هذا النوع من العقود، عبر مبحثين:

المبحث الأول- مضمون الوكالة غير القابلة للعزل.

المبحث الثاني- توصيف عقد الوكالة غير القابلة للعزل.

(1) علي إبراهيم، العقود المسماة (البيع- الإيجار- الوكالة)، ص 517؛ مروان كركبي، العقود المسماة، المنشورات الحقوقية صادر، 2004، ص 676؛ صادر في الاستشارات القانونية، عقاري، 2003، المنشورات الحقوقية صادر، ص 148، عبر الإنترنت <http://data.lebaneselaws.com>.

○ المبحث الأول: مضمون الوكالة غير القابلة للعزل

الوكالة غير القابلة للعزل كسائر العقود يجب أن تتضمن العناصر الأساسية للعقود وشروط صحتها، عبر وجود رضى خال من العيوب وموضوع محدد وسبب يحمل عليه. إن تحديد الوكالة غير القابلة للعزل، يحتم علينا أولاً تحديد مضمونها- موضوعها بشكل دقيق، وما يصح أن يكون موضوعاً لها. فالوصف الحقيقي للوكالة فيما إذا كانت قابلة أو غير قابلة للعزل يعطى من مضمونها وليس من الصفة التي يعطيها الموكل⁽¹⁾. ولكي تكون الوكالة غير قابلة للعزل، يجب أن يكون لها غرضاً معيناً ومحدداً بصورة دقيقة، محصورة بقضية أو عدة قضايا محددة، ولا يمكن أن تكون عامة وشاملة لجميع أعمال وأموال الموكل، لأنه لا يمكن تجريد الشخص من حق التصرف بكافة أشكاله ذلك يعني تنازلاً كاملاً عن أهليته، ويمكن اعتبارها في هذه الحالة وكالة باطلة⁽²⁾. فالهدف من الوكالة غير القابلة للعزل هو تأمين تنفيذ التزام على عاتق الموكل، وهذا التنفيذ يجب أن يحصل لمصلحة الوكيل أو الغير⁽³⁾. ومن المستحيل والمخالف للنظام العام أن يتخلى الموكل إلى ما لا نهاية عن صلاحيات واسعة شاملة لغيره بشكل غير قابل للرجوع لما في ذلك من تقييد غير طبيعي وغير مقبول لحرية الإنسان⁽⁴⁾.

وبذلك، فإن موضوع الوكالة غير القابلة للعزل، وفق الأحكام العامة للموضوع (المادة 186 وما يليها)، يجب أن يكون موجوداً ومعيناً وممكناً ومحدداً وغير مخالف للقانون كقطعة أرض أو بيت. ويصح أن تكون أجور المستخدمين والعمال والخدم، ومعاشات تقاعدهم وتعويزات صرفهم، وكذلك رواتب موظفي القطاع العام (دون معاشات تقاعدهم وتعويزات صرفهم) محلاً لوكالة غير قابلة للعزل تخول الوكيل أو الشخص المعطاة الوكالة لصالحه،

(1) المحكمة الابتدائية، قرار رقم 66 تاريخ 1994/7/13، العدل 1994-2، ص 366؛ القاضي المنفرد، قرار رقم 18 تاريخ 2002/2/12، العدل 2004-1، ص 130، مركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية، <http://www.legiliban.ul.edu.lb>.

(2) علي إبراهيم، المرجع السابق، ص 518 و520.

(3) المحكمة الابتدائية، قرار رقم 84 تاريخ 1998/8/26، النشرة القضائية 1998- عدد 9، ص 1050، عبر الإنترنت <http://data.lebaneselaws.com>.

(4) محكمة استئناف بيروت، قرار رقم 872 تاريخ 1998/6/25، العدل 2002-4، ص 656.

حق التصرف بجزء آخر من هذه الأجر والمعاشات والتعويضات والرواتب، غير الجزء القابل للحجز⁽¹⁾. لكن لا يصح أن يكون موضوع الوكالة غير القابلة للعزل أموالاً تضمها تركة مستقبلية لمخالفة ذلك للنظام العام. حيث تكون هكذا وكالة باطلة بطلاناً مطلقاً⁽²⁾. بالإضافة إلى الشروط الأساسية العامة الواجب توافرها، اعتبر الاجتهاد اللبناني⁽³⁾ أنه إذا ما تبين من الظروف والمعطيات الواقعية المرافقة لتنظيم الوكالة أنها انعقدت لمصلحة الوكيل أو أشخاص آخرين معلومين، لا جهالة فيهم، أو بالتزامن مع دفع الثمن، فلا مناص من إسباغ وصف الوكالة غير القابلة للعزل عليها، حتى فيما لو لم يتضمن متنها عبارة صريحة تتضمن تلك العبارات أو تشير إلى تلك الوقائع. وبالتالي، فإن الوكالة غير القابلة للعزل تحتاج إلى شروط خاصة (الفقرة الأولى) ولا يكفي الوصف المعطى في نص العقد (الفقرة الثانية).

• الفقرة الأولى: الشروط الخاصة

من خلال قانون الموجبات والعقود، واجتهادات المحاكم اللبنانية، يمكن تحديد الشروط الخاصة لاعتبار الوكالة غير قابلة للعزل أن تكون لمصلحة الوكيل أو شخص ثالث (البند الأول) أو يكون هناك إقراراً بدفع الثمن - أو الإبراء من الدين (البند الثاني).

■ البند الأول: مصلحة الوكيل أو مصلحة شخص ثالث

وفق أحكام المادة 810 من قانون الموجبات والعقود فإن الموكل لا يمكنه عزل الوكيل عندما تكون الوكالة منعقدة في مصلحة الوكيل أو شخص آخر إلا برضى من انعقدت لأجله. هذا ما أكد عليه الاجتهاد اللبناني⁽⁴⁾ في غير مرة، حيث أنه لكي تكون الوكالة غير قابلة للعزل يقتضي توافر أحد الشرطين التاليين:

(1) صادر في الاستشارات القانونية، قانون العمل والضمان الاجتماعي، 2003، المنشورات الحقوقية صادر، ص 247.

(2) نجاح شمس، الوكالة، مجلد 2 ص 948، عبر الإنترنت <http://data.lebaneselaws.com>.

(3) المحكمة الابتدائية، قرار رقم 633 تاريخ 2011/10/18، العدل 2012-1، ص 319.

(4) المحكمة الابتدائية، قرار سابق رقم 66 تاريخ 1994/7/13؛ القاضي المنفرد، قرار رقم 18 تاريخ 2002/2/12، العدل

2004-1، ص 130؛ المحكمة الابتدائية، قرار رقم 35 تاريخ 1995/4/20، النشرة القضائية 1995 عدد 3 ص 349،

عبر الإنترنت <http://data.lebaneselaws.com>.

إما أن تكون منعقدة في مصلحة الوكيل نفسه، وإما لمصلحة شخص آخر. إذا، الوكالة التي لا تقبل العزل هي الوكالة التي يؤول موضوعها لمنفعة الوكيل أو شخص آخر. الأمر الذي يفرض البحث في الاجتهاد اللبناني للوقوف على بعض الأمثلة التي تتجلى فيها مصلحة الوكيل أو الغير وذلك لانعقاد الوكالة غير القابلة للعزل:

فعندما يتبين من مراجعة الوكالة أن الموكل فيها أعطى الوكيل حق القيام ببيع و فراغ وتسجيل كامل أسهم العقار، وقد ذكر في متن هذه الوكالة أنها غير قابلة للعزل لتعلق حق الغير بها. والإقرار للوكيلة بحق التصرف المطلق بالحصة العقارية، موضوع الوكالة، وبحق وضع إشارة تأمين لصالحها على الصحيفة العقارية لتلك الحصة يفيد عن أن الوكيل هي المستفيدة من الوكالة وهي صاحبة المصلحة من وراء تحريرها⁽¹⁾. وكذلك قيام الموكل بتوكيل المدعية ببيع و فراغ وتسجيل ورهن وتأمين وقبول فك الرهن والهبة والتنازل عن كامل القسم خاصة المدعى عليها والاستفادة من التأمين لحساب المدعية الشخصي، وخاصة لجهة إعطاء الوكيل حق الاستفادة من التأمين لحسابها الشخصي، أن مصلحة هذه الأخيرة مرتبطة بالوكالة⁽²⁾.

الأمر ذاته عند إعلان الموكل عن استعداده ومسؤوليته بالتسجيل على اسم الوكيل يعزز القناعة بأن الوكالة قد أعطيت لصالح الوكيل المذكورة⁽³⁾. وكما هي الحال في الوكالة التي يعطيها المدين للدائن لأجل بيع سندات يستوفي من ثمنها الدين المتوجب له على الموكل⁽⁴⁾.

أما إذا كانت وكالة عامة تتضمن صلاحيات شاملة واسعة النطاق، إدارية وتصرفية، فيكون من الواضح أن وكالة من هذا النوع تتعلق بمصلحة الموكل وليس الوكيل. وحيث يستنتج مما تقدم أن الوكالة موضوع هذه الدعوى هي بطبيعتها قابلة

(1) المحكمة الابتدائية، قرار رقم 245 تاريخ 2002/5/22، العدل 2004-1، ص116؛ المحكمة الابتدائية، قرار رقم 171 تاريخ 1991/6/19، غالب غانم، من خزائن الاجتهاد في القانون التجاري، ص 250، عبر الإنترنت <http://data.lebaneselaws.com>؛ المحكمة الابتدائية، قرار رقم 191 تاريخ 1996/5/16، العدل 1998-2، ص306، مركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية، <http://www.legiliban.ul.edu.lb>.

(2) المحكمة الابتدائية، قرار رقم 70 تاريخ 1986/12/29، القرارات الكبرى ج25، ص146، عبر الإنترنت <http://data.lebaneselaws.com>.

(3) المحكمة الابتدائية، قرار سابق رقم 191 تاريخ 1996/5/16.

(4) محكمة التمييز، قرار رقم 131 تاريخ 1967/11/23، باز 1967، ص185؛ المحكمة الابتدائية، قرار سابق رقم 84 تاريخ 1998/8/26.

للعزل سواء لشمولية الصلاحيات الإدارية والتصرفية الواردة فيها والمعطاة لمدة غير محدودة، وسواء لكون هذه الصلاحيات تصب في مصلحة الموكل وليس الوكيل⁽¹⁾. وكذلك الأمر عندما يتبين من مضمون الوكالة أنها غير منعقدة لمصلحة الوكيل، لأنها لم تعطها سوى حق بيع وتسجيل كامل حصص وأسهم الموكل في العقار المذكور في سند التوكيل ممن يشاء حتى لأقرب المقربين وإجراء المعاملات اللازمة لإتمام التسجيل كما لها أي للوكيلة المرافعة والمدافعة والرجوع عن الدعوى والحق والإسقاط والإبراء والإقرار والتوكيل والتوقيع وإجراء التأمينات. فكل هذه الأعمال هي أعمال يقوم بها الوكيل ضمن حدود وكالته ولمصلحة موكله⁽²⁾.

إضافة إلى ذلك، فإنه يتبين من مضمون الوكالة أنها غير منعقدة لمصلحة الوكيل لأنها لم تعطه سوى حق التنازل والتفرغ عن كامل أسهم موكله في شركة بنك الاستثمار والتنمية ش.م.ل. المذكورة في سند التوكيل ممن يشاء وإجراء المعاملات اللازمة لهذا التفرغ، وتمثيل الموكل لدى كافة الدوائر والمراجع المختصة كما لو كان هذا الأخير حاضراً بالذات لإنفاذ مضمون هذا التوكيل والادعاء والدفاع والمرافعة...، وهي أعمال يقوم بها الوكيل ضمن حدود وكالته ولمصلحة موكله⁽³⁾.

من خلال الاجتهادات السابق عرضها، يتبين أن الوكالة تكون منعقدة لمصلحة الوكيل أو شخص آخر عندما يستفاد ذلك من انتقال حقوق الموكل في موضوع الوكالة إلى الوكيل، ويمكن استخلاص ذلك بالوقوف على سبب إجراء الوكالة، سواء أكان انتقال الحقوق هذا مجاني أو لقاء ثمن.

(1) محكمة الاستئناف، قرار رقم 872 تاريخ 1998/6/25، النشرة القضائية. 1998-9، ص1002، عبر الإنترنت <http://data.lebaneselaws.com>.

(2) المحكمة الابتدائية، قرار سابق رقم 84 تاريخ 1998/8/26؛ المحكمة الابتدائية، قرار سابق رقم 66 تاريخ 1994/7/13.

(3) المحكمة الابتدائية، قرار رقم 18 تاريخ 2002/2/12، العدد 2004-1، ص130، مركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية، <http://www.legiliban.ul.edu.lb>.

■ البند الثاني: إبراء الذمة - إقرار بوصول الثمن

إن الإبراء من الذمة أو الإقرار بوصول الثمن الوارد في الوكالة، يثبت أن الوكالة لم تعد في مصلحة الموكل الذي حصل على حقه، وأن الوكالة معقودة لمصلحة الوكيل أو شخص آخر. وبالتالي، فإن إقرار الموكل بوصول الثمن إليه وفقاً لما هو ثابت من بيانات الوكالة موضوع النزاع تبين تحقق مصلحة الموكل من البيع موضوع الوكالة، فلا يمكن اعتبارها وكالة عادية، بل هي وكالة غير قابلة للعزل⁽¹⁾.

وإن تخويل الوكيل التسجيل وقبض الثمن والإقرار والإبراء، والتعهد الذي التزم به المدعي - الوكيل بدفعه يجعل الوكالة غير قابلة للعزل لتعلق حق الوكيل بها⁽²⁾. إذ لا يمكن اعتبار الوكالة وكالة عادية في الوقت الذي يعلن فيه الموكل، في متن الوكالة، عن إبراء ذمة الوكيل سلفاً من كل محاسبة "لوصول كامل الثمن" إليه⁽³⁾.

وأياً تكن الوسيلة المستعملة في الإيفاء، سواء كانت بالدفع النقدي أو بأداء العوض ذكرت أو لم تذكر فهي لا تؤثر إطلاقاً على براءة الذمة التي يوفرها إقرار المدعي - الموكل في التوكيل بأنه قبض كامل الثمن، ويكون مثبتاً لإنفاذ المدعي عليه - الوكيل ما يقع عليه من موجب أداء الثمن المتفق عليه⁽⁴⁾.

وعندما تتضمن الوكالة إقراراً صادراً عن المميز المستأنف - الموكل بأنه باع ألف سهم خاصته من أصل ألفي وأربعمائة سهم في العقار من شقيقه، بثمن وصله نقداً مبرئاً ذمته من كامل الثمن، وأوكل بهذا الخصوص إلى الوكيل أمر الفراغ والتسجيل باسم شقيقه أو من يريده هذا الأخير، تكون هذه الوكالة غير قابلة للعزل لتعلق حق الغير بها⁽⁵⁾.

وتكون أيضاً وكالة غير قابلة للعزل، الوكالة الخاصة المنظمة من قبل الزوجة، بوكالتها العامة عن زوجها قبل وفاته، والتي تضمنت هذه الوكالة الخاصة إقرار الزوجة الوكيلة بقبض

(1) محكمة الاستئناف، قرار رقم 34 تاريخ 2016/2/29، العدل 2017-2، ص 898.

(2) المحكمة الابتدائية، قرار رقم 133 تاريخ 2000/2/24، العدل 2000-1، ص 90.

(3) المحكمة الابتدائية، قرار سابق رقم 191 تاريخ 1996/5/16.

(4) المحكمة الابتدائية، قرار رقم 815 تاريخ 1998/7/14، النشرة القضائية 1998-9، ص 1042.

(5) محكمة التمييز، قرار رقم 51 تاريخ 1995/10/10، القرارات الكبرى ج 44، ص 154، عبر الإنترنت

<http://data.lebaneselaws.com>

الثلث كاملاً من المشتريين دون أي نقص أو غبن أو إكراه وإبراء ذمة الوكيل والمشتريين من أي حق أو مطلب مهما كان نوعه لأن حقوقها قد وصلتها كاملة، وتكون الوكالة منعقدة ومنظمة لمصلحة المشتريين ولذلك فهي تكون غير قابلة للعزل⁽¹⁾.

هذا وإن عدم تضمين الوكالة ما يفيد براءة ذمة الوكيل من أي حق أو مطلب أو محاسبة تبعاً لوصول كامل الثمن ينفي عنها صفة الوكالة غير القابلة للعزل، ولا يصح للوكيل تقديم دعوى للإلزام بتسجيل ملكية العقار موضوع الوكالة⁽²⁾.

لكن الإقرار يؤلف دليلاً ضمناً بأنه تم الاتفاق على الثمن شفاهة أو في صك آخر مما يتبع القول أن عدم تحديد الثمن في الوكالة ليس من شأنه جعل الموجبات الناشئة عنها باطلة⁽³⁾. وتعتبر وكالة غير قابلة للعزل عندما تضمن إقرار الجهة الموكلة في متن الوكالة من دون حاجة لذكر مقدار الثمن في ضوء انتفاء الدليل المعاكس ويكون العمل القانوني بين الخصوم صحيحاً⁽⁴⁾.

وإذا تبين من الوكالة احتواؤها نصاً يفيد بأنها وكالة غير قابلة للعزل لتعلق حق الوكيل بها، وأن الموكل قد أبرأ ذمة الوكيل من أي محاسبة لاستيفائه كامل الثمن، فإن هذا النص بوضوحه وصراحته لا يدع مجالاً للتأويل أو التفسير، إذ يستفاد منه بأن الثمن قد دفع، وإلا لما كان قبل الموكل المدعى عليه إيراد هذه العبارة في متن الوكالة. ما يجعله مقراً بتحقيق الإيفاء، ملزماً بمفاعيله على صعيد التنفيذ لا سيما لجهة نقل الملكية. وإن الرأي الجامع في الاجتهاد، يعتبر الوكالة غير القابلة للعزل لتعلق حق الغير بها، عند تضمينها نصاً يفيد إبراء ذمة الوكيل من أي حق أو مطلب أو محاسبة، ويصنفها والحال هذه في خانة "الوكالة الدورية"⁽⁵⁾. عكس ذلك، اعتبر الاجتهاد أن تضمين الوكالة عبارة "مع الاعتراف بقبض الثمن"

(1) محكمة الاستئناف، قرار رقم 97 تاريخ 1998/6/29، النشرة القضائية 1998-6، ص 686.

(2) القاضي المنفرد، قرار رقم 46 تاريخ 2012/3/28، العدل 2012-4، ص 2011، مركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية، <http://www.legiliban.ul.edu.lb>.

(3) محكمة الاستئناف، قرار رقم 143 تاريخ 2003/12/1، العدل 2004 عدد 3-4، ص 474.

(4) المحكمة الابتدائية، قرار رقم 271 تاريخ 2017/12/5، العدل 2018-1، ص 406.

(5) محكمة التمييز، قرار رقم 2 تاريخ 1964/8/1، النشرة القضائية 1964، ص 934؛ محكمة التمييز، قرار رقم 33 تاريخ 1959/4/25، النشرة القضائية 1995، ص 189؛ محكمة الاستئناف، قرار رقم 7 تاريخ 1993/2/18، عفيف شمس

لا يكفي للقول أنها غير قابلة للعزل أو أنها تتضمن بيعا إذا كانت لا تتضمن روحا ونصا ما يشير إلى هذين الأمرين⁽¹⁾.

إن وجود الإقرار أو الإبراء يكون دليلا على أن الموكل قد حصل على حقوقه، والتي يقابلها تنازلا منه وانتقال حقوقه إلى الوكيل أو شخص آخر. لذلك يجب اعتبار الوكالة غير قابلة للعزل عند التأكد من وجود الإبراء الحقيقي والفعلي، عندما يكون موضوع الوكالة بيعا، والذي يمكن استخلاصه من مجمل الوقائع المرافقة لعقد الوكالة، لا الاكتفاء بمجرد ورود عبارة "إبراء الذمة أو وصول الثمن".

• الفقرة الثانية: الوصف الظاهر

كثيرا ما يحتوي العقد على عبارة "وكالة غير قابلة للعزل" أو "تعلق حقوق الغير بها"، الأمر الذي يحتم علينا البحث عن مدى إمكانية اعتبار الوكالة هي غير قابلة للعزل بمجرد احتواء نصها على هذه العبارة (البند الأول)، ومدى ضرورة تحديد اسم المستفيد في متنها (البند الثاني).

■ البند الأول: عبارة "وكالة غير قابلة للعزل"

لا عبرة لمجرد إيراد عبارة "غير قابلة للعزل" في نص الوكالة للقول إن الوكالة غير قابلة للعزل، بل علينا التأكد من توافر الشروط الخاصة لاعتبارها غير قابلة للعزل، فالعبرة بالمضمون لا مجرد النص. لذلك علينا الوقوف عن نية الموكل الحقيقية في نقل حقوقه إلى شخص غيره. هذا ما أكد عليه الاجتهاد اللبناني⁽²⁾، حيث اعتبر أن الأمر مرهون بحقيقة الحال في ما إذا كانت الوكالة في مصلحة الوكيل أو الغير سواء لو ذكر في الوكالة أنها غير قابلة للعزل أم لم يذكر.

الدين، المصنف في الاجتهاد العقاري، ج2، ص504: القاضي المنفرد، قرار رقم 77 تاريخ 2000/3/27، العدل 2001، ص287.

(1) المحكمة الابتدائية، قرار سابق رقم 35 تاريخ 1995/4/20.

(2) نجاح شمس، الوكالة، مجلد 2 ص903، عبر الإنترنت <http://data.lebaneselaws.com>؛ مروان كركي، المرجع السابق، ص 677.

فبمقتضى نص المادة 810 من قانون الموجبات والعقود، عندما تكون الوكالة منعقدة في مصلحة الوكيل، يصبح من المتعذر على الموكل الرجوع عنها إلا برضى من انعقدت لأجله وليس من موجب إطلاقاً أن ترد عبارة "غير قابل للعزل" في متنها لكي يعمل بها، إذ المعول عليه أن يستخلص من نص الوكالة أن تكون معطاة لمصلحة الوكيل أو لمصلحة الغير⁽¹⁾. أما إن كان التوكيل بالمدافعة والمرافعة، فيتعلق دائماً بمصلحة الموكل، وبالتالي فيكون من حق الموكل دائماً عزل الوكيل بالنسبة لهما حتى لو وردت عبارة عدم قابلية الوكالة للعزل⁽²⁾. مع التأكيد على أن عبارة "غير قابلة للرجوع" غير ضرورية إذا لم تستوف الوكالة الشرط الذي يجعلها بالفعل لمصلحة الوكيل وهي غير لازمة عندما يكون الشرط مستوفى⁽³⁾. وبالتالي فإن الوصف الحقيقي للوكالة فيما إذا كانت قابلة للعزل أو غير قابلة للعزل ينطلق ليس من حرفية ما يتم تدوينه في الصك أو من الصفة التي يعطيها الموكل وإنما من مضمون الوكالة الموضوعي والأساسي⁽⁴⁾.

■ البند الثاني: اسم المستفيد

اعتبر الاجتهاد اللبناني⁽⁵⁾ في غير قرار أن عبارة "تعلق حق الغير بها" الواردة في متن الوكالة لا تكفي بذاتها لاعتبار أن هناك حقوقاً للغير. فيجب أن تحدد هذه الحقوق كما يجب أن يحدد هذا الغير بصفته واسمه، لا الاكتفاء بعبارة "الغير" المبهمة والملتبسة. وبالتالي لا

(1) المحكمة الابتدائية، قرار رقم 15 تاريخ 1988/2/4، المصنف في قضايا الموجبات والعقود والمسؤولية 1992، ص 339.

(2) نجاح شمس، الوكالة، مجلد 2 ص 906، عبر الإنترنت <http://data.lebaneselaws.com>.

(3) المحكمة الابتدائية، قرار سابق رقم 171 تاريخ 1991/6/19.

(4) المحكمة الابتدائية، قرار سابق رقم 66 تاريخ 1994/7/13؛ محكمة التمييز، قرار رقم 18 تاريخ 1963/4/4، باز ج 11، ص 118 وقرار رقم 131 تاريخ 1964/12/12، باز ج 12، ص 236؛ وقرار رقم 90 تاريخ 1967/12/14، باز ج 15، ص 225: المحكمة الابتدائية، قرار سابق رقم 84 تاريخ 1998/8/26؛ إبراهيم نجار، الوكالة غير القابلة للعزل، 2003، ص 33، و 41.

(5) المحكمة الابتدائية، قرار سابق، رقم 84 تاريخ 1998/8/26؛ محكمة التمييز، قرار رقم 3 تاريخ 2002/1/29، صادر في التمييز، القرارات المدنية 2002 ص 9، عبر الإنترنت <http://data.lebaneselaws.com>، المحكمة الابتدائية، قرار رقم 35 تاريخ 1995/4/29، النشرة القضائية 1992-3، ص 349؛ إبراهيم نجار، مرجع سابق، ص 36.

تكون الوكالة منعقدة لمصلحة شخص آخر، عند عدم تسميته في صك الوكالة، أو تعيينه بصفته، أو مركزه⁽¹⁾.

فما يميز الوكالة غير القابلة للعزل عن الوكالة العادية هو أن يكون الموكل قد عقدها لمصلحة شخص محدد يلتزم نحوه بشيء وقد يكون هذا الشخص إما الوكيل عينه أو شخص آخر يسمى كمستند. وإن انتفاء تحقق هذا الشرط يجعل الوكالة وكالة عادية وإن تضمنت عبارة وكالة غير قابلة للعزل ويمكن فيها عزل الوكيل. كما وإن عدم ذكر اسم الوكيل، تحديدا في الوكالة على أنها الشخص المستفيد المنعقدة لمصلحته هذه الوكالة يتعارض مع ما تقضي به المادة 810/ ومع الغاية المتوخاة منها. فضلا عن أن الغير المتعلق حقه بالوكالة غير المذكور في الوكالة، ومع انتفاء تحقق الشرط المحكي عنه في الوكالة موضوع بحثنا تسمي هذه الوكالة، وحتى وإن وردت فيها عبارة "غير قابلة للعزل" وكالة عادية⁽²⁾. فانعقاد الوكالة لمصلحة شخص آخر غير الوكيل يقتضي تحديد الشخص المذكور في سند التوكيل وذلك في سبيل أخذ موافقته على الرجوع عن التوكيل، مما يستتبع القول إن تحديد الغير يبقى إلزاميا في حال تنظيم سند التوكيل لمصلحته. وبغياب هذا التحديد لا يصح وصف سند التوكيل المنظم لمصلحة الغير دون تحديده بالوكالة الغير قابلة للعزل⁽³⁾.

ولا تشكل عبارة "الغير" الواردة في سند الوكالة بدءا بيئة خطية لأن ليس من شأن إبراد هذه العبارة جعل التصرف المدعى به قريب التصديق ولأن مضمون هذه العبارة مبهم وملتبس لا يؤلف سوى مجرد افتراض ينتفي معه قرب التصديق المشترط بنص القانون⁽⁴⁾. هذا ويمكن في الوكالة كي ما تكون غير قابلة للعزل ومنتجة للمفاعيل أن تكون معقودة لمصلحة الغير مع تحديد هذا الغير باسمه، أو أن تكون متضمنة ما يفيد بوصول الثمن كاملا إلى الموكل أو إبراء من هذا الثمن غير معلق على شرط⁽⁵⁾.

(1) المحكمة الابتدائية، قرار سابق رقم 66 تاريخ 1994/7/13؛ المحكمة الابتدائية، قرار رقم 18 تاريخ 2002/2/12، العدل 2004-1، ص 130.

(2) محكمة الاستئناف، قرار سابق، رقم 309 تاريخ 1999/5/13.

(3) محكمة التمييز، قرار رقم 73 تاريخ 2008/11/13، العدل 2010-1، ص 1123.

(4) محكمة التمييز، قرار سابق، رقم 3 تاريخ 2002/1/29.

(5) المحكمة الابتدائية، قرار رقم 0 تاريخ 2009/8/4، العدل 2009-4، ص 1642.

بينما اعتبر رأي آخر في الاجتهاد اللبناني⁽¹⁾ أن إيراد عبارة "تعلق حق الغير بها" دون تحديد اسم هذا الغير يبقى دون أدنى تأثير على طبيعة الوكالة المعطاة في مصلحة الوكيل، وليس من شأنه جعل تلك الوكالة بمثابة وكالة عادية. إذ أنه لا يتبين من صياغة نص المادة 810 من قانون الموجبات والعقود أنها فرضت صيغة معينة للوكالة غير القابلة للعزل أو أن يسمى الغير المستفيد منها بالاسم، كما لم تشترط أن يصار إلى التدوين في متنها صراحة وجهة انعقادها لمصلحة الوكيل، وبالتالي يكون المعيار المتبع لإعطاء الوكالة وصفها القانوني الصحيح من حيث كونها قابلة للعزل أم لا مقرونا الشرط المتمثل بكونها انعقدت لمصلحة الوكيل أو لمصلحة شخص آخر⁽²⁾.

من خلال ما سبق عرضه من اجتهادات المحاكم اللبنانية، وانطلاقا من استثناء المادة 810 من قانون الموجبات والعقود، فإن ورود عبارة "غير قابلة للعزل" أو "لا يمكن الرجوع عنها" أو ذكر اسم المستفيد لا يمكن الاكتفاء بذلك للقول إن الوكالة هي قابلة أو غير قابلة للعزل. إذ يجب العودة إلى المضمون الحقيقي في الوكالة للوقوف على الإرادة الحقيقية لأطرافها، وتحديد لمصلحة من وضعت. فإن كانت لمصلحة الموكل، تكون وكالة عادية سواء أكانت وكالة عامة أم خاصة. أما إذا استنبط من مضمون الوكالة أنها انعقدت لمصلحة الوكيل أو شخص آخر تم تحديده، وأن حقوق الموكل وصلته أو أنه تنازل عن حقوقه بإرادته لشخص آخر ولم يعد له مصلحة من موضوع الوكالة التي انتقلت لمصلحة الوكيل أو شخص آخر، تكون الوكالة غير قابلة للعزل، وتنتج مفاعيلها على هذا الأساس.

○ المبحث الثاني: توصيف عقد الوكالة غير القابلة للعزل

إن توصيف العقد وتحديد نوعه بشكل صحيح له أهمية كبيرة لتحديد المفاعيل المترتبة عليه. لذلك لم يكتف القانون بالتوصيف المحدد في متن العقد، بل أعطى القاضي في المادة 370 من قانون أصول المحاكمات المدنية صلاحية تحديد نوع العقد، إذ "على القاضي أن يعطي الوصف القانوني الصحيح للوقائع والأعمال المتنازع فيها دون التقيد بالوصف المعطى

(1) المحكمة الابتدائية، قرار سابق رقم 191 تاريخ 1996/5/16.

(2) محكمة الاستئناف، قرار رقم 10 تاريخ 2006/4/5، العدد 2006-3، ص 1155.

لها من الخصوم. وله أن يثير من تلقاء نفسه الأسباب القانونية الصرفة أيا كان الأساس القانوني الذي تدرع به الخصوم. ولكن لا يجوز أن يعدل الوصف أو الأساس القانوني عندما يكون الخصوم باتفاقهم الصريح وبشأن حقوق يملكون حرية التصرف بها، قد قيده بوصف ونقاط قانونية أرادوا حصر المناقشة فيها".

فلمحكمة إعطاء الوصف القانوني للعلاقة التعاقدية بين الخصوم تمهيدا لمعرفة النظام القانوني الواجب التطبيق على النزاع، وتتكون قناعة المحكمة انطلاقا من مندرجات الوكالة غير القابلة للعزل لموضوع الدعوى⁽¹⁾.

ولمحكمة الأساس وحدها الحق في تقرير ما إذا كانت الوكالة موضوع الدعوى هي قابلة للعزل أم لا⁽²⁾. وتقدير توافر مصلحة الوكيل أو شخص آخر أو عدم توافرها، من خلال مضمون الوكالة وما يتوافر أمامها من معطيات وأدلة انطلاقا من ظروف إعطائها، وإن ما تخلص إليه محكمة الموضوع يعود لسلطانها في تقدير الوقائع ولا يقع تحت رقابة محكمة التمييز ما لم يدل أمامها بالتشويه⁽³⁾. والفرق بين الوكالة غير القابلة للعزل عن الوكالة العادية، هو قيام الموكل بعقدها لمصلحة شخص محدد يلتزم نحوه، بشيء أو بموجب معين. ويعود لمحكمة الأساس السلطة المطلقة في استخلاص النية الحقيقية للمتعاقد من العمل القانوني موضوع النزاع دون التقيد بالمعنى الحرفي⁽⁴⁾. وإن كان على القاضي أن يعطي الوصف القانوني الصحيح للوقائع والأعمال المتنازع فيها دون التقيد بالوصف المعطى لها من الخصوم، لكن لا يجوز أن يعدل الوصف عندما يكون الخصوم باتفاقهم الصريح وبشأن حقوق يملكون حرية التصرف بها قد قيده بوصف ونقاط قانونية أرادوا حصر المناقشة فيها⁽⁵⁾.

(1) المحكمة الابتدائية، قرار سابق رقم 271 تاريخ 2017/12/5.

(2) محكمة التمييز، قرار رقم 119 تاريخ 2002/8/29، صادر في التمييز، القرارات المدنية 2002، ص 503.

(3) محكمة التمييز، قرار رقم 25 تاريخ 2017/7/31، العدل 2018-4، ص 1788؛ محكمة التمييز، قرار رقم 173 تاريخ 2016/12/22، العدل 2017-2، ص 811؛ محكمة التمييز، قرار رقم 2 تاريخ 2000/1/11، صادر في التمييز، القرارات المدنية 2000، ص 11؛ محكمة التمييز، قرار رقم 104 تاريخ 2008/7/14، باز 2008-47، ص 436، مركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية، <http://www.legiliban.ul.edu.lb>.

(4) المحكمة الابتدائية، قرار رقم 255 تاريخ 2018/8/6، العدل 2019-2، ص 987.

(5) محكمة التمييز، قرار رقم 73 تاريخ 2008/11/13، باز 2008-47، ص 1123، مركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية، <http://www.legiliban.ul.edu.lb>.

وبالتالي، فإن توصيف العقد يتم من خلال الوقوف على مضمونه، والتأكد من توافر الشروط العامة والخاصة التي ذكرناها سابقا، ويرافق تحديد التوصيف الحقيقي للعقد بأنه وكالة غير قابلة للعزل مفاعيل خاصة بهذا النوع من العقود (الفقرة الأولى) واعتبار الوكالة غير القابلة للعزل أداة لتنفيذ الأعمال القانونية (الفقرة الثانية)، على النحو الآتي:

• الفقرة الأولى: مفاعيل الوكالة غير القابلة للعزل

إن العقد المنشأ على الوجه الصحيح القانوني والمستوفي لكافة الشروط العامة والخاصة ينتج مفاعيله الملزمة لأطرافه، وفق أحكام المادة 221 من قانون الموجبات والعقود. والوكالة غير القابلة للعزل، شأنها شأن سائر العقود المستوفية الشروط، فإن لها مفاعيل ملزمة، أهمها إمكانية رجوع الموكل عن وكالته (البند الأول) وانتهاء الوكالة (البند الثاني).

■ البند الأول: في إمكانية رجوع الموكل

يمكن للموكل، وفق أحكام المواد 808، 810، 811 من قانون الموجبات والعقود الرجوع عن الوكالة وعزل الوكيل متى شاء بشكل صريح أو ضمني، ولا يعمل بأي نص مخالف في متن الوكالة. هذا الحق المعطى للموكل يتجرد منه عندما تكون الوكالة منعقدة لمصلحة الوكيل أو شخص آخر، فلا يحق له عزل الوكيل حينها (أولا)، الأمر الذي يطرح إمكانية تعاقد الوكيل مع نفسه (ثانيا).

◆ أولا: عدم إمكانية عزل الوكيل

يستفاد من نص المادة 810 من قانون الموجبات والعقود، أن جواز عزل الموكل للوكيل في أي وقت شاء هي القاعدة والأساس، وبأن هذه القاعدة هي إلزامية فكل نص مخالف لا يعمل به فيكون باطلا لعدم مشروعيته لأن عزل الموكل للوكيل قاعدة من النظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها⁽¹⁾.

(1) محكمة الاستئناف، قرار رقم 44 تاريخ 1997/3/17، النشرة القضائية 1997-2، ص 208.

كما وأن اشتراط الأجر للوكيل، لا يمنع من استعمال حقه في عزله على نحو ما ورد صراحة في المادة 810 من قانون الموجبات والعقود. وإذا كانت المادة ذاتها قد أضافت في فقرتها الأخيرة، أنه لا يكون للموكل أن يستعمل هذا الحق إذا كانت الوكالة منعقدة لمصلحة الوكيل، فإن هذه الإضافة جاءت استثناء على الأصل، هذا الاستثناء يفسر بصورة ضيقة نظرا إلى أنه على خلاف الأصل والقاعدة العامة، لذلك فإنه يفسر دون توسع وبالشكل الذي يتوافق مع مبدأ إجازة العزل بالرغم من اشتراط الأجر⁽¹⁾.

مع الإشارة، إلى اعتبار البند المانع من العزل الوارد في الوكالة العامة والشاملة، الصريح والمستفاد من عبارة قبض الثمن الذي وصلنا نقدا من الوكيل، يكون باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته نص الفقرتين الأولى، وخصوصا الثانية من المادة 810 من قانون الموجبات والعقود وللنظام العام ومبدأ حرية وسلطان الإرادة. إن إعلان بطلان البند المذكور، لا يستتبع ولا يوجب إعلان بطلان الوكالة بباقي مندرجاتها الأخرى غير المخالفة للقانون والتي يمكن فصلها عن بند المنع من العزل دون أن تتأثر به فتشكل الوكالة لجهة مندرجاتها الأخرى الباقية وكالة عادية وتكون قابلة للعزل وتنتهي وتسقط بالوفاة وبالعزل⁽²⁾.

أما إذا كانت الوكالة منعقدة لصالح الوكيل أو شخص آخر، فلا يحق للموكل أن يرجع عنها إلا برضى الفريق الذي انعقدت لأجله. إذ لا يجوز عزل الوكيل من قبل الموكل إلا برضاه⁽³⁾. وإذا فعل ذلك الموكل، يكون إجراء العزل باطلا لا مفعول له، ولا يغير من الوضع القانوني للوكيل الذي تبقى صلاحيته قائمة رغم إرادة الموكل المعاكسة⁽⁴⁾.

وعليه، فإن الوكالة غير قابلة للعزل تعتبر استثناء على حق الموكل من عزل الوكيل، ولا يمكن إنهاء هذا النوع من الوكالات إراديا إلا باتفاق الفريقين.

(1) محكمة الاستئناف، قرار رقم 33 تاريخ 1968/1/10، النشرة القضائية 1968، ص 601؛ محكمة الاستئناف، قرار رقم 505 تاريخ 1969/4/16، المصنف في قضايا الموجبات والعقود والمسؤولية 1992، ص 329؛ محكمة التمييز، قرار رقم 131 تاريخ 1967/11/23، باز 1967، ص 185؛ محكمة الاستئناف، قرار رقم 44 تاريخ 1997/3/17، النشرة القضائية 1997-2، ص 208.

(2) محكمة الاستئناف، قرار سابق، رقم 44 تاريخ 1997/3/17، النشرة القضائية 1997-2، ص 208.

(3) المحكمة الابتدائية، قرار رقم 15 تاريخ 1988/2/4، النشرة القضائية 1988-12، ص 1291؛ المحكمة الابتدائية، قرار رقم 29 تاريخ 1994/9/3، العدل 1994-2، ص 372.

(4) علي إبراهيم، المرجع السابق، ص 521.

♦ ثانيا: تعاقد الوكيل مع نفسه

انقسمت الآراء حول إمكانية الوكيل البيع من نفسه:

ففي حين اعتبر رأي⁽¹⁾ أن الوكيل لا يستطيع التعاقد مع نفسه، لذا فإن التوكيل يجب أن يكون باسم وكيل غير المستفيد النهائي حتى وإن كانت غير قابلة للعزل، فلا يمكن اعتبارها بمثابة عقد بيع لصالح الوكيل لأن حق هذا الأخير فيها يبقى محصورا ببيع العقار موضوع الوكالة من الغير وليس من نفسه.

لاحظ الدكتور مروان كركبي⁽²⁾ أن الموظفين في الدوائر الرسمية، يمتنعون عن تسجيل العقار على اسم الوكيل المشتري، فيلجأ هذا الأخير إلى تنظيم وكالة باسم شخص آخر يقوم بتسجيل العقار على اسمه. فصحيح أن قانون الموجبات والعقود منع وكلاء البيع شراء الأموال التي عهد إليهم في بيعها، ومبرر ذلك يكمن في حماية مصلحة الموكل، ولكن الصحيح أيضا أنه لا يعود لهذه الحماية من مبرر إذا كنا أمام وكالة غير قابلة للعزل، لا تتعلق مطلقا بأية مصلحة من مصالح الموكل، فليس من المنطقي بالتالي منع الوكيل الذي يحمل وكالة غير قابلة للعزل من التعاقد مع نفسه، طالما كان من الواضح من نص الوكالة أن الموكل لم تعد له أية علاقة بالشيء موضوع الوكالة.

إن تعاقد الوكيل مع نفسه يجب أن تكون من الأمور المسلم بها، تطبيقا لأحكام المادة 810 من قانون الموجبات والعقود، والتي من أحد شروطها لاعتبار الوكالة غير قابلة للعزل، وبالتالي عدم إمكانية الرجوع عنها من قبل الموكل أنها موضوعة لمصلحة الوكيل، فمن منطوق القول إعطاء الوكيل حق التعاقد مع نفسه تنفيذًا لهذه الوكالة، وما على الوكيل إلا أن يطلب إعطاء الصيغة التنفيذية للوكالة عبر محضر تنفيذ عقد لدى كاتب العدل، ليصار بعدها تنفيذها من قبله منفردا لدى سائر الدوائر الرسمية تنفيذًا لمضمونها.

(1) قرار رقم 76 تاريخ 1997/5/22، النشرة القضائية 1997-7، ص 675؛ إبراهيم نجار، مرجع سابق، ص 32.

(2) المرجع السابق، ص 678.

■ البند الثاني: انتهاء الوكالة غير القابلة للعزل

تعتبر الوكالة الغير قابلة للعزل حقا شخصيا للوكيل لقيامه بالتصرفات التي تجيزها الوكالة⁽¹⁾. فالوكالة الدورية المنظمة لدى الكاتب بالعدل والتي تتضمن إقرارا بالبيع، يكون لها مفعول الإقرار بالبيع في العقد العادي، الذي لا ينقل الملكية بحد ذاته، إنما يولي المشتري حقا شخصيا بطاب التسجيل في السجل العقاري، إما رضاء وإما بواسطة القضاء. فالإقرار بالبيع في الوكالة المسجلة لدى الكاتب بالعدل هو موجب شخصي يلتزم البائع بموجبه بالتسجيل في السجل العقاري وفق أحكام المادة 48 من قانون الموجبات والعقود⁽²⁾.

هذا الحق الشخصي يطرح موضوع مرور الزمن (أولا)، ومدى إمكانية استمراره بعد وفاة الموكل (ثانيا)

◆ أولا: مرور الزمن

وفق أحكام المادة 349 من قانون الموجبات، والتي حددت المبدأ العام، فإن مرور الزمن على الحقوق الشخصية يتم بعد انقضاء عشر سنوات. لكن جاءت أحكام المادة 50 من القرار رقم 188، المختص بإنشاء السجل العقاري، لتفرض ألا يكون تاريخ الوكالة لأكثر من خمس سنوات إذا كانت الوكالة لتسجيل حق عيني. فأأي من المهلتين تسري على الوكالة غير القابلة للعزل؟ لتحديد مهلة مرور الزمن، علينا الانطلاق من طبيعة الوكالة غير القابلة للعزل، والتي كما رأينا سابقا، هي حق شخصي ينقل فيه الموكل حقوقه في موضوع الوكالة إلى الوكيل أو شخص آخر، إما مجانا (عبر الهبة أو الوصية) أو لقاء مقابل (عبر البيع)، ولا يستطيع الرجوع عنها. إذا الحق في الوكالة غير القابلة للعزل لا يكون للموكل، وبالتالي فهو لا يحتاج إلى الحماية المنصوص عنها في المادة 50 من القرار 188. وبما أن حق التسجيل الناشئ عن عقد البيع، الهبة، أو الوصية، هو حق شخصي، يمر عليه الزمن تجاه الغير إذا كان صاحب

(1) هاري إدوار نجيم، الوكالة، ج2 ص494؛ محكمة الاستئناف، قرار رقم 432 تاريخ 1996/4/25، النشرة القضائية 1996-2، ص 159. عبر الإنترنت <http://data.lebaneselaws.com>

(2) محكمة التمييز، قرار رقم 51 تاريخ 1995/10/10، القرارات الكبرى ج44، ص154؛ محكمة الاستئناف، قرار رقم 28 تاريخ 1996/1/15، النشرة القضائية 1996-8، ص 910؛ محكمة الاستئناف، قرار سابق رقم 143 تاريخ 2003/12/1.

الحق لم يستعمل حقه بالتسجيل بخلاف مدة العشر سنوات⁽¹⁾. بالتالي فإن الوكالة غير القابلة للعزل تخضع لمرور الزمن العشري شأنها بذلك شأن سائر الحقوق الشخصية. هذا ما أكد عليه الاجتهاد اللبناني⁽²⁾، حيث اعتبر أنه تطبق على الوكالة العادية المتعلقة بتسجيل حق عيني المادة 50 من القرار 188 والتي تفرض ألا يرجع تاريخ الوكالة إلى أكثر من خمس. وإن مبررات نص هذه المادة يكمن في الافتراض القائم أن الموكل قد رجع ضمناً عن وكالته بانقضاء هذه المدة. أما الوكالة غير القابلة للعزل، فتسقط بمرور الزمن العشري وليس بمرور الزمن الخماسي. ويعود ذلك لأن قصد المشتري من التعديل لجهة فرض تجديد الوكالة بعد مرور مدة خمس سنوات هو عدم مرور زمن طويل بين تاريخ الوكالة والبيع وتاريخ معاملة الفراغ مخافة عدول الموكل عن فكرة البيع نظراً لتغير الظروف ومحافظة على حقوقه إذا أهمل تبليغ الوكيل رغبته في العدول، أما إذا فقد حقه في العزل بتنظيم الوكالة غير القابلة للعزل فإن الأسباب التي تدعو إلى الريبة في دوام رغبة البيع تنتفي بعد انقضاء مدة طويلة على تاريخ تنظيمها⁽³⁾. غير أن هناك رأي⁽⁴⁾ اعتبر أن الوكالة غير القابلة للعزل تخضع لمرور الزمن الخماسي. ورأي آخر⁽⁵⁾ اعتبر أن الوكالة غير القابلة للعزل لا تسقط بمرور الزمن المنصوص عليه في المادة 349 من قانون الموجبات والعقود. (عشر سنوات) وتبقى قائمة وسارية المفعول دونما حاجة إلى تجديدها، وذلك لأن تنازل الموكل عن حقه بعزل الوكيل هو

(1) محكمة التمييز، قرار رقم 4 تاريخ 1963/1/9، حاتم ج 51 ص 21؛ محكمة التمييز، قرار رقم 17 تاريخ 1952/5/16، باز 1952 ص 67؛ محكمة الاستئناف، قرار بتاريخ 2015/5/14؛ ناصر كسبار، سقوط الوصية بمرور الزمن، جريدة الديار، 27 كانون الثاني 2020، عبر الإنترنت <https://addiyar.com>.

(2) المحكمة الابتدائية، قرار رقم 1 تاريخ 2012/1/3، العدل 2016-3، ص 1549؛ القاضي المنفرد، قرار رقم 40 تاريخ 2012/3/28، العدل 2012-2، ص 1058؛ القاضي المنفرد، قرار رقم 0 تاريخ 1983/11/19؛ محكمة الاستئناف، قرار رقم 572 تاريخ 1975/4/24، مركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية، <http://www.legiliban.ul.edu.lb>. وقد أكدت استشارة صادرة عن هيئة التشريع والاستشارات في وزارة العدل سنة 1992 أنه عندما تكون الوكالة لا مجال للعدول عنها تخضع لمرور الزمن العشري: مروان كركبي، المرجع السابق، ص 689.

(3) القاضي المنفرد، قرار رقم 64 تاريخ 2009/7/9، العدل 2009-4، ص 1682.

(4) قرار وحيد قديم للقاضي المنفرد في النبطية رقم 92 تاريخ 1956/3/27، يعتبر أن الوكالة الدورية تخضع كالوكالة العادية لمرور الزمن الخماسي: علي إبراهيم، المرجع السابق، ص 534.

(5) صادر في الاستشارات القانونية، قانون الموجبات والعقود، 2003، المنشورات الحقوقية صادر، ص 230.

نهائي لا يمكنه الرجوع عنه إلا برضى الفريق الذي انعقدت الوكالة لمصلحته، مما يعني أن التنازل نفسه عن حق عزل الوكيل ليس معرضاً للسقوط بعامل مرور الزمن. إن الوكالة غير القابلة للعزل يجب أن تخضع للمبدأ العام المعمول به في الحقوق الشخصية. مع الإشارة إلى أن مرور الزمن العشري لا يسري حكماً على الوكالة غير القابلة للعزل لعدم تعلقه بالنظام العام، ولا بد من الإدلاء به لإنتاج مفاعيله، وإن تسجيل الأسهم في السجل العقاري قد تم بناء على حق شخصي قابل للإسقاط بمرور الزمن ولكن ليس حكماً، وأن عدم قيام الموكل بطلب إسقاطه قبل صيرورته حقاً عينياً مسجلاً في السجل العقاري، يكون هذا التسجيل صحيحاً ومبنياً على عقد صحيح ويتمتع بالقوة الثبوتية المطلقة⁽¹⁾. كما ويمكن أن تجدد المهلة بحكم قضائي يقضي بالطلب من الدوائر العقارية بتسجيل العقد على اسم المشتري⁽²⁾.

♦ ثانياً: وفاة الموكل

إن الوكالة، وفق أحكام المادة 808 من قانون الموجبات والعقود، تنتهي بوفاة الموكل أو الوكيل. هذا المبدأ أخضعته المادة 818 من قانون الموجبات والعقود لاستثناء، حيث "إن موت الموكل أو تبدل حالته يسقط وكالة الوكيل الأصلي ووكالة وكيله فيما خلا الحالتين الآتيتين: أولاً- متى كانت الوكالة معطاة في مصلحة الوكيل أو مصلحة شخص ثالث. ثانياً- متى كان موضوع الوكالة عملاً يراد إتمامه بعد وفاة الموكل بحيث يصبح الوكيل عندئذ في مقام منفذ الوصية". وعليه، فإن الوكالة غير القابلة للعزل تبقى سارية المفعول بوفاة الموكل. هذا الأمر أكد عليه الاجتهاد اللبناني⁽³⁾، عندما اعتبر أن وفاة الموكل لا تؤدي إلى سقوط الوكالة طالما أن هذه الوكالة هي غير قابلة للعزل وقد أعطيت في مصلحة الوكيل. فلا أثر لوفاة الموكل على الوكالة غير القابلة للعزل لتعلق حق الوكيل بها.

(1) محكمة الاستئناف، قرار رقم 225 تاريخ 2018/1/9، العدل 2019-3، ص 1418.

(2) وزارة المالية، مذكرة رقم: 140/ص 1 تاريخ 24 كانون الثاني 2009، <http://www.finance.gov.lb>.

(3) المحكمة الابتدائية، قرار سابق رقم 191 تاريخ 1996/5/16؛ المحكمة الابتدائية، قرار رقم 415 تاريخ 2007/11/13، العدل 2009-1، ص 285.

لكن، يشترط لإعمال هذا الاستثناء أن يستفاد من مضمون الوكالة أنها غير قابلة للعزل وليس مجرد ورود عبارة "لتعلق حق الغير فيها". أما إذا ثبت أن الوكالة لم تعط لمصلحة الوكيل أو شخص ثالث، وأن موضوعها ليس عملاً مؤجلاً إلى ما بعد الوفاة، بالتالي لا تنطبق عليها أي من الحالتين المنصوص عنهما في المادة ٨١٨ من قانون الموجبات والعقود. وتسقط بالوفاة ولا يغير من هذا الأمر ورود بند فيها أنها غير قابلة للعزل⁽¹⁾.

• الفقرة الثانية: الوكالة غير القابلة للعزل أداة لتنفيذ الأعمال القانونية

الوكالة غير القابلة للعزل هي نوع من أنواع العقود القائم بذاته، وتتميز عن الوكالة العادية، كما مر معنا، أنها تكون موضوعاً لمصلحة الوكيل أو الغير وليس لمصلحة الموكل. ومن خلال هذه الوكالة يتم تنفيذ عقود بيع، هبة، أو حتى وصية، ولكن بالشروط المحددة للعقد بشكل عام، وللوكالة غير القابلة للعزل بشكل خاص، ولا تكون خاضعة للشروط الخاصة التي تحكم العقود التي يتم تنفيذها عبرها. فالوكالة غير القابلة للعزل نظامها القانوني الخاص بها، ومبرر ذلك سماح القانون بوجود هذا النوع من العقود وتحديد شروط خاصة به، فلو أراد إخضاعها لشروط العقود الأخرى لكان أحال ذلك بنصوصه.

■ البند الأول: الوكالة غير القابلة للعزل أداة لتنفيذ عقد بيع

إن الوكالة غير القابلة للعزل والتي تتضمن إقراراً بالبيع أو ما يفيد إبراء ذمة الوكيل من أي حق أو مطلب أو محاسبة، لوصول كامل الثمن، هي بمثابة عقد بيع ويصنفها والحال هذه في خانة "الوكالة الدورية"، وفقاً لما استقر عليه الاجتهاد، ويجوز تسجيل إشارتها على صحيفة العقار العينية كقيد احتياطي⁽²⁾.

(1) محكمة التمييز، قرار رقم 73 تاريخ 2008/11/13، العدل 2010-1، ص 1123؛ محكمة التمييز، قرار رقم 2 تاريخ 1964/8/1، النشرة القضائية 1964، ص 934؛ محكمة الاستئناف، قرار رقم 7 تاريخ 1993/2/18، المصنف في الاجتهاد العقاري ج2، ص 504: عن القاضي المنفرد، قرار رقم 77 تاريخ 2000/3/27، العدل 2001، ص 287.
(2) علي إبراهيم، مرجع سابق، ص 523؛ محكمة التمييز، قرار رقم 11 تاريخ 2002/4/3، مجموعة اجتهادات حاتم، 2003-218، ص 229.

ويتم وصف الوكالة غير القابلة للعزل بأنها تشكل في الواقع عقد بيع عند توافر عناصر هذا العقد، لا سيما عندما يتضمن العقد قبض الموكل للثمن وتفويض الوكيل بالبيع لمن يشاء وبالثمن الذي يريد وقبض الثمن والإقرار بقبضه وتسجيل المبيع على اسم المشتري⁽¹⁾. وإن تنظيم وكالة بيع و فراغ وتسجيل لدى الكاتب بالعدل، واحتواؤها ما يفيد بأنها وكالة غير قابلة للعزل لتعلق حق الوكيل بها، وأن الموكل قد أبرأ ذمة الوكيل من أي محاسبة لاستيفائه كامل الثمن، يجعل الموكل ملزماً بمفاعيل هذه الوكالة على صعيد التنفيذ لا سيما لجهة نقل الملكية⁽²⁾. هذا ونكتسب، عقود البيع الممسوحة والوكالات غير القابلة للعزل، فور توقيعها أمام الكاتب بالعدل صفة النفاذ بين طرفي العقد بحيث أن الالتزام المتوجب على كل طرف جرى تنفيذه بمجرد حصول التوقيع، فالبايع يقر بقبضه كامل الثمن والمشتري يتسلم الشيء المباع ويقوم بتسجيل العقد في الدوائر العقارية منفرداً دونما حاجة لتدخل البائع⁽³⁾.

إذا، الوكالة غير القابلة للعزل يتم تنفيذ عقد بيع عبرها عند تضمينها لكافة شروط البيع وخاصة تحديد الشيء المبيع والثمن. لكن، هذا الأمر يطرح تساؤلاً: لماذا يتم إجراء عقد وكالة غير قابلة للعزل وليس عقد بيع طالما النتيجة هي ذاتها حيث يحق للمشتري طلب تنفيذ العقد وتسجيله؟

إن عقد الوكالة غير القابلة للعزل يختلف عن عقد البيع في العديد من النقاط⁽⁴⁾:

- فالوكالة هي بالأصل صادرة عن توقيع واحد هو الموكل، والذي لاحقاً يتحد مع توقيع الوكيل عند طلب محضر عقد تنفيذ الوكالة لدى كاتب بالعدل. بينما في عقد البيع يتلزم توقيع المشتري مع توقيع البائع.
- في الوكالة غير القابلة للعزل نجد مساحة الحرية متروكة بشكل أكبر للوكيل في تسجيل العقار موضوع الوكالة على اسمه أو اسم غيره، الأمر غير الموجود في عقد البيع، إذ يجب أولاً التسجيل على اسم المشتري، ومن ثم يحق له بيعه.

(1) محكمة التمييز، قرار رقم 47 تاريخ 1996/11/12، النشرة القضائية 1996-1997، ص 1151؛ المحكمة الابتدائية، قرار رقم 815 تاريخ 1998/7/14، النشرة القضائية 1998-1999، ص 1042.

(2) القاضي المنفرد، قرار سابق رقم 77 تاريخ 2000/3/27، العدل 2001، ص 287.

(3) وزارة المالية، مذكرة سابقة الذكر رقم: 140/ص 1 تاريخ 24 كانون الثاني 2009، <http://www.finance.gov.lb>.

(4) مقابلة مع كاتب بالعدل في مشغرة الأستاذ علي وجيه حرقوص، تاريخ 2022/1/7.

- الحاجة إلى إجراء البيع سريعاً وقبض الثمن مع غياب المشتري وعدم وجود وكالة قانونية عنه، فيتم إجراء وكالة غير قابلة للعزل لحين عودته من السفر.
 - في كثير من الأحيان، لا تكون جميع الأوراق والمستندات الخاصة بالعقار جاهزة، فيتم عقد وكالة غير قابلة للعزل لحين إتمام جميع المعاملات، الأمر غير الممكن في عقد البيع الذي يفرض وجود كامل الأوراق والمستندات لإجرائه.
 - أحياناً يتم إجراء وكالة دورية لمستفيد معين عند تحقق شروط محددة يقدرها الوكيل الدوري.
 - وفيما يتعلق في الرسوم، فإن الرسوم المستوفاة على الوكالة غير القابلة للعزل أقل من الرسوم التي تستوفى في عقد البيع.
- خلاصة لما سبق، إن الوكالة غير القابلة للعزل تعتبر أداة لتنفيذ عقد بيع على مرحلتين، في الأولى تفويض من البائع - الموكل للوكيل، وفي الثانية الوكيل و/ أو المشتري، الذي يحق له التنفيذ منفرداً.

■ البند الثاني: الوكالة غير القابلة للعزل أداة لتنفيذ عقد الهبة والوصية

إن ما يسري على عقد البيع يسري على الهبة والوصية. إذ أن الوكالة المستجمعة شروط اعتبارها غير قابلة للعزل، أي وضعت لمصلحة الوكيل أو شخص آخر، تعتبر أداة لتنفيذ العقد الذي أراه الموكل والوكيل، وإن كان في حقيقته يخفي تبرعاً بين الأحياء - عقد هبة، أو حتى بعد الوفاة - الوصية.

هذا ما أكد عليه الاجتهاد اللبناني⁽¹⁾، عندما اعتبر إنه لا مانع قانوني أمام وكالات مستجمعة لعناصر وصفها بغير القابلة للعزل من أن يستثبت منها وجود عمل قانوني آخر سبقها أو تزامن معها متناولاً العقارات موضوعها ولم يجر توثيقه خطياً، إذ أن هذا الوجود لا يتوقف على شكل معين يجب أن يكون هذا العقد الرضائي الآخر قد اتخذ. وعدم التوثيق لا ينفي الوجود بل يطرح مسألة الإثبات، وثمة عمل قانوني آخر تزامن معه في وجوده أو تبعه ويتمثل بتلك الوكالات التي جاءت للتمكين من أعمال مفاعيل العمل القانوني الأول وتحقيق

(1) المحكمة الابتدائية، قرار رقم 178 تاريخ 2017/5/29، العدل 2017-4، ص 1961؛ والمحكمة الابتدائية، قرار رقم 40 تاريخ 2019/1/31، العدل 2020-2، ص 777.

أغراضه كأداة لتنفيذه. والمبدأ في العقود هو صحتها، وللخروج على هذا المبدأ وإبطال العقود، لا بد من نص خاص يحدد أسباب البطلان كما لا بد من التقدم بما يثبت تحقق أحد هذه الأسباب في العقد المطلوب إبطاله (الخداع، الإكراه... انتقاء الثمن....). ويتم الأخذ بالوصف الحقيقي والصحيح للعمل القانوني في ضوء المعطيات المتوافرة في الملف والتي من شأنها أن تُنبئ على وجه الجزم واليقين عن الدافع الذي حدا إلى تنظيم تلك الوكالة والغاية التي توخيت من ورائها، فضلا عن حقيقة العلاقة التي كانت قائمة، وصولا بعد ذلك إلى تحديد القواعد القانونية الواجب إعمالها والحل السليم. وعندما ترى المحكمة، بما لها من سلطة تقدير، أن نية الموكل اتجهت حينها إلى التبرع عن ذلك العقار للوكيلة، ولهذا الغرض قام بتنظيم تلك الوكالة لمصلحة هذه الأخيرة، ومع ثبوت العلاقة الشخصية الوطيدة، وعدم ثبوت دفع الثمن التي أقرت به الوكيلة، ينفي حالة المبايعه وانتفائها يمسى انتقاء الثمن غير ذي أثر على صحة العمل القانوني الثابت المتمثل بالهبة وعلى صحة الوكالة التي جرى تنظيمها (لمصلحة الوكيلة) لكي تكون أداة لتنفيذ هذا العمل القانوني (أي الهبة) وترجمة مفاعيله في السجل العقاري.

وبالتالي انتقاء الثمن لا يبطل الوكالة غير القابلة للعزل، والتي تبقى صحيحة عندما يثبت أنها معقودة لمصلحة الوكيل أو الغير، وتكون أداة لتنفيذ عقد الهبة أو الوصية. لكن، ما مدى خضوع هذه الوكالة غير القابلة للعزل للشروط الشكلية الخاصة بهبة العقار، أو الوصية أو القواعد الخاصة بالنصاب الشرعي القانوني المسموح به والمفروض بشكل صريح في الوصية؟

♦ أولاً: الشروط الشكلية

فرضت المادة 510 من قانون الموجبات والعقود لقيام هبة العقار، والتي لا تتم بدونه، موجب القيد في السجل العقاري. هذا التسجيل يعتبر ركنا شكليا أساسيا في عقد هبة عقار. وكذلك الأمر في الوصية، لدى غير المسلمين في لبنان، التي لا تقوم إلا بوجود الشرط الشكلي المحدد في المادة 55 من قانون الإرث لغير المحمديين 1959 (أن تكون الوصية رسمية أمام كاتب بالعدل) أو المادة 56 منه (تفرض أن تكون الوصية بخط يد الموصي بكاملها من أولها لآخرها ويؤرخها بخط يده ويوقعها ثم يودعها لدى كاتب بالعدل ضمن ظرف مختوم بالشمع الأحمر ومصادق عليه من قبل كاتب بالعدل).

هذا الشرط الشكلي الواجب توافره لقيام هبة عقار أو وصية لا يسري على الوكالة غير القابلة للعزل والتي تكون أداة لتنفيذ عقد هبة أو وصية. فالتسجيل لعقد الهبة هو شرط جوهري لقيام الهبة بكافة مفاعيلها لجهة نقل الملكية، وبالتالي فإن القيد في السجل العقاري هو ركن من أركان عقد الهبة ولا يكون لها كيان دونه. لكن هذا الركن الشكلي يجب توافره بالهبة الصريحة أو المباشرة، ولا يعتد به بالنسبة للهبة المستترة والمنظمة بشكل عقد آخر. وبالتالي فإن عدم تسجيل الهبة المستترة لا يؤدي إلى اعتبارها باطلة ما دام العقد الظاهري هو صحيح وتتوافر فيه كافة الأركان والشروط المفروضة قانوناً لانعقاده، وعلى ذلك لا يعتبر التسجيل في السجل العقاري شرطاً لصحة الهبة المستترة التي تبقى ممكنة وتخضع في شكلها للأصول الشكلية المفروضة لإتمام العقد الذي اتخذت شكله⁽¹⁾.

وعليه، فإن الوكالة غير القابلة للعزل التي تكون تبرعاً بلا مقابل تعتبر أداة لتنفيذ عقد الهبة، ويكفي فيها توافر الشروط القانونية لصحتها، أي أن يكون الدافع لها هو مصلحة الوكيل أو شخص آخر دون الحاجة لتوافر شرط التسجيل المفروض في عقد هبة العقار. والأمر ذاته في الوصية.

♦ ثانياً: في النصاب الشرعي والقانوني

يقصد بنصاب الوصية، أي المقدار الشرعي (وفق المذهب الحنفي والجعفري) أو القانوني (أحكام المادة 58 وما يليها من قانون الإرث لغير المحمديين - قانون 1959) المسموح بالإيصال به من أموال الموصي للحفاظ على حقوق الورثة، الذين يحق لهم إبطال ما يزيد عن تلك الحصة المسموح التبرع بها من الموصي. لكن هناك وسائل قانونية يتم من خلالها التهرب من أحكام الوصية لجهة النصاب عن طريق عقد ضمان الحياة - التأمين على الحياة (الذي تم تنظيمه في قانون الموجبات والعقود في المادة 994 وما يليها) والحساب المشترك (الذي تم

(1) المحكمة الابتدائية، قرار تاريخ 2003/4/2، ناصر كسبار، تنظيم وكالة غير قابلة للعزل بعقار داخل ضمن وصية ويتاريخ لاحق لها، موقع جريدة الديار عبر الإنترنت <https://addiyar.com/> وأيضاً منشور على موقع مجلة محكمة mahkama.net؛ محكمة الاستئناف، قرار رقم 16 تاريخ 1995/12/21، النشرة القضائية 1995-11، ص 1162.

تنظيمه بموجب قانون "إجازة فتح حساب مشترك" تاريخ 19 كانون الأول 1961، حيث تكون الوصية مستترة من دون التقيد بقواعد الوصية وخصوصا ما يتعلق بالشكل والنصاب. فالقيمة المشترط دفعها عند وفاة المضمون لمستحق معين بواسطة عقد ضمان الحياة، لا تدخل في تركته. ويُعد المستحق كأنه استحق تلك القيمة وحده من يوم العقد ولو كان قبله بعد وفاة المضمون، ولا تخضع هذه المبالغ أو أقساط الضمان لقواعد التخفيض بسبب تجاوزها حد النصاب الإرثي المختص بورثة المضمون (المادة 1006 والمادة 1007 من قانون الموجبات والعقود).

وكذلك الأمر في الحساب المشترك، إذ أنه عند وفاة أحد أصحاب الحساب المشترك، ينتقل الحساب تلقائياً إلى الشريك الآخر الذي يحق له التصرف بكامل الحساب بشكل مطلق، ولا يحق للمصرف إعطاء أية معلومات لورثة الشريك المتوفي إلا إذا تضمن عقد فتح الحساب نصاً صريحاً يجيز ذلك (المادة 3 من قانون "إجازة فتح حساب مشترك")، وبالتالي فإم المبلغ الموجود في هذا الحساب المشترك لا يدخل في حساب تركة الشخص المتوفي، ويكون خارج نصاب الوصية.

ما يسري على عقد ضمان الحياة والحساب المشترك يمكن أن يسري على الوكالة غير القابلة للعزل. فقياساً على هاتين الحالتين الخاضعتين للنظام القانوني الخاص بكل حالة، تخضع الوكالة غير القابلة للعزل للنظام القانوني الخاص بها، وتكون إحدى وسائل التهرب من النصاب، وبالتالي لا تخضع للنصاب القانوني ولا الشرعي المحدد.

○ الخاتمة

بعد استعراض النصوص القانونية وبعض اجتهادات المحاكم اللبنانية في موضوع "الوكالة غير القابلة للعزل"، نصل إلى أن هذه الوكالة تخضع لنظام قانوني خاص بها. فهي التي يعقدها الموكل لمصلحة الوكيل أو شخص ثالث، بمقابل أو بشكل مجاني، تسري بوجود الموكل أو حتى بعد وفاته، تفيد بانتقال حقوق الموكل في موضوع الوكالة المحدد إلى الوكيل بصورة نهائية لا رجوع عنها بالإرادة المنفردة.

ويمكن تحديد صاحب المصلحة من الوكالة من خلال مضمون الوكالة والسبب الذي لأجله عُقدت، فلا يكفي أن يتضمن العقد عبارة "غير قابلة للعزل"، أو اسم المستفيد، بل يتم تحديد صاحب الحق والمصلحة من خلال مضمون العقد الذي يجب أن يكون معقودا لمصلحة الوكيل أو شخص آخر، لإعطائه التوصيف الصحيح عبر قضاة الأساس أنه "وكالة غير قابلة للعزل". وقد يكون وجود اسم المستفيد من الوكالة، أو الإقرار بوصول الثمن أو الإبراء من الدين دليلا على أن مصلحة الموكل قد انتهت من الوكالة وأن المصلحة هي للوكيل أو غيره، لكن لا يعني عدم ثبوت الثمن أن الوكالة لا يعتد بها، فقد تكون مجانية بدون مقابل لمصلحة الوكيل أو شخص آخر أرادته الموكل، فيتم الوقوف على الدافع لإجراء هذه الوكالة.

وبعد تحديد طبيعة الوكالة أنها غير قابلة للعزل، لا يعود للموكل بإرادته المنفردة عزل الوكيل، ويحق لهذا الأخير البيع من نفسه. وتستمر مفاعيل الوكالة بعد وفاة الموكل، وتخضع لمرور الزمن العشري كما سائر الحقوق الشخصية ولا يسري عليها استثناء مرور الزمن الخماسي الخاص بالوكالة العادية لتسجيل الحقوق العينية.

وبالتالي للوكالة غير القابلة للعزل نظامها القانوني الخاص الذي تخضع له، وتكون أداة لتنفيذ أنواع أخرى من التفرغ عن الحق بمقابل عن طريق البيع، أو بدون مقابل سواء بين الأحياء عبر الهبة، أو بعد الوفاة عن طريق الوصية، بالشروط العامة والخاصة بالوكالة غير القابلة للعزل، وليس للنظام القانوني الخاص بالعقد الذي يتم تنفيذه من خلالها، وبالتالي لا تخضع الوكالة غير القابلة للعزل للشروط الشكلية المفروضة لقيام هبة عقار أو وصية، ولا للنصاب الشرعي والقانوني المحدد.

الدراسة الثالثة:

الأحكام الجديدة في رهن الأموال المنقولة دون حيازة وفقاً للقانون الإماراتي: دراسة في ظل أحكام الفقه الإسلامي

د. فراس يوسف الكساسبة⁽¹⁾

الحمد لله الذي يسر التعامل بأسمى الأحكام، والصلاة والسلام على من جاء بالهدى لجميع الأنام، أزكى الصلاة وأتم السلام، وبعد؛

يتناول هذا البحث المستجدات التي طرأت على رهن المنقولات بموجب القوانين التي صدرت مؤخراً في الإمارات، وعلى وجه التحديد القانون الاتحادي رقم 4 لسنة 2020 في شأن ضمان الحقوق في الأموال⁽²⁾ المنقولة (فيما بعد: قانون ضمان الحقوق)، والذي خلف قانون رهن الأموال المنقولة ضماناً للدين رقم 20 لسنة 2016 (فيما بعد: قانون 2016) - هذه القوانين التي تهدف إلى تسهيل استخدام الأصول المنقولة كضمانات للدين؛ وذلك بغية تشجيع الدائنين على قبول هذه الأصول كتأمينات لديونهم، الأمر الذي يترتب عليه إتاحة فرص أكبر للشركات والمؤسسات والأفراد للحصول على التمويل الذي يلزمهم في مشاريعهم، وبكلفة أقل، مما يؤدي بالنتيجة إلى سهولة تحفيز الاستثمار وممارسة الأعمال التجارية وتعزيز التنافسية. لقد شكل سن هذين القانونين ثورة على القواعد العامة في الرهن، كان من أهم ما طالته: انعقاد الرهن ونفاذه ومحلّه وانقضاؤه. فإذا كانت القواعد العامة في رهن الأموال المنقولة تقضي بوجود قبضها، فإن الأحكام الجديدة قد تخلت عن ذلك، فسمحت ببقاء حيازة المرهون لدى

(1) كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة وكلية القانون - جامعة اليرموك.

(2) هكذا ورد اسم القانون كما نشر في الجريدة الرسمية (العدد 679 ملحق "1"، تاريخ 8 شوال 1441 هجرية، الموافق 2020/5/31)، والأنسب "بالأموال".

الراهن. كذلك، فرغم أن الأحكام الجديدة قد نصت على وجوب إشهار الرهن في السجل الإلكتروني، فإن عدم التسجيل في السجل لا يرتب بطلان العقد كما في الرهن التأميني، بل تنحصر وظيفته في اطلاع كل ذي مصلحة بالرهونات الواقعة على المال، مما يجعل الرهن نافذا في حقهم.

أما بالنسبة لمحل الرهن، فقد أجازت الأحكام الجديدة أن يرد الرهن على جميع أموال المدين الحالية والمستقبلية. كما سمحت بأن يعين المحل تعيينا عاما؛ بحيث يرد الرهن على كافة منقولات الراهن. وهذا يخالف قاعدة تخصيص المال المرهون الواردة في القواعد العامة للرهن.

كما أن من أهم التغييرات التي تبرز تميز الأحكام الجديدة عن القواعد العامة في الرهن تمكين المرتهن من تمكك المال المرهون والسماح بالتنفيذ على المال المرهون خارج القضاء ودون موافقة الراهن.

♦ أهمية الدراسة

جرى اختيار قانوني ضمان الحقوق وقانون 2016 مادة للدراسة نظرا لحدائتها وأهمية ما جاء بهما من أحكام. ويمكن ملاحظة ذلك من ثلاث جهات: أولها، جدة الأحكام التي جاء بها، واستحقاقها للبحث؛ باعتبار أنها تشكل قفزة كبيرة على صعيد التأمينات العينية في الإمارات. فبما أن التنظيم القانوني الجديد لهذا النوع من الرهن قد تخلى عن الحياة كوسيلة رئيسة لرهن المنقولات فإنه يمكن القول أنه قد جاء إحياء لنظام الرهن الحيازي. فقد كان الأصل أن العقار هو وعاء الرهن دون حياة وأن المنقولات تقبل هذا النوع من الرهن بشكل محدود جدا⁽¹⁾، فأصبح الأصل قابلية الأموال المنقولة للرهن دون حياة. وثانيها، أن الأحكام الجديدة تغطي نطاقا واسعا من معاملات الرهن المدنية منها والتجارية⁽²⁾، فلم يُحصر سريانها داخل نطاق المعاملات التجارية وحدها⁽³⁾. وثالثها: الأهمية العملية لهذا القانون، والآمال العريضة

(1) حسين السكيني، الوعاء العقاري للرهن دون حياة، مجلة العلوم القانونية- جامعة بغداد، ع 22، 2007، ص 225.

(2) المادة (1/2) من قانون ضمان الحقوق. وتقابلها المادة (1/2) من قانون 2016.

(3) كان المشرع الأردني -وفقا للمادة (3) من قانون وضع الأموال المنقولة تأمينا للدين رقم 1 لسنة 2012 (وسينكر فيما بعد اختصارا دون رقم وسنة)- قد حصر هذا النوع من الرهن بالتجار والشركات، لكن هذا الحصر لم يعد قائما بعد أن

المعلقة على تطبيقه⁽¹⁾؛ حيث يتوقع أن يشهد واقع المعاملات إقبالا ملحوظا على هذا النوع من الرهن لما يوفره من ميزات بالنسبة لطرفيه. ولئن كان المشرع قد استحدث هذا النوع من الرهن، وأراد له يحيى إلى جانب أنواع الرهن التقليدية، فإن المتوقع أن يصبح رهن المنقول دون حياة هو الأكثر قبولا والأوسع انتشارا.

من أجل ذلك كله، رأيت أن من واجب شرح القانون وطلابه أن يتولوا التنظيم القانوني لهذا النوع من الرهن بالدراسة والإيضاح، مع بيان المواطن المثيرة للإشكال واللبس فيه.

◆ إشكالية الدراسة

تتخذ هذه الدراسة من التغيير الذي أحدثته الأحكام الجديدة للرهن على القواعد التقليدية محورا رئيسا لها. كما تبحث الدراسة في مدى توافق ما استجد من أحكام، مثل: رهن المال المستقبل، تعيين المحل تعيينا عاما، تملك المرتهن للمال المرهون والتنفيذ بالإرادة المنفردة للمرتهن مع أحكام الشريعة الإسلامية.

◆ منهج الدراسة

سيتبع في هذه الدراسة المنهج التحليلي النقدي المقارن. وستجري المقارنة مع القواعد العامة للرهن وأحكام الفقه الإسلامي. ونظرا لأن قانون 2016 هو القانون الأول الذي شكل نقطة البداية وأحدث النقلة الهائلة في أحكام رهن المنقولات ثم تبعه قانون ضمان الحقوق الذي ألغاه مع تكرار كثير من أحكامه، ولأنه، أي قانون 2016، ما زال ساريا على الحقوق التي أشهرت في ظله،⁽²⁾ لذلك كله فإنه عند تناول مسألة من مسائل البحث، سيبين موقف قانون ضمان

ألغي هذا القانون وحل محله قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة رقم 20 لسنة 2018 (وسيدكر فيما بعد اختصارا دون رقم وسنة).

(1) انظر ما نشر بهذا الصدد في صحيفة الإمارات اليوم: <https://www.emaratalyoun.com/local-section/other/2016-07-09-1.911374> تاريخ الزيارة 2020/11/23.

(2) تنص المادة 25 من اللائحة التنفيذية لقانون ضمان الحقوق رقم 4 لسنة 2020، الصادرة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم 29 لسنة 2021، والمنشور في العدد 699 من الجريدة الرسمية، تاريخ 2021/3/31 (فيما بعد، اللائحة التنفيذية لقانون ضمان الحقوق) على: "تبقى الحقوق التي أصبحت نافذة في مواجهة الغير من خلال الإشهار في السجل وفقا

الحقوق منها، إلى جانب بيان تنظيمها وفقاً لقانون 2016. أما إذا كان الحكم بشأنها واحداً في كلا القانونين، فسيفتق ببيانه وفقاً لقانون ضمان الحقوق، مع الإشارة في الهامش إلى المادة التي نظمتها في قانون 2016. وبعد ذلك، يبين تنظيمها وفقاً للقواعد العامة للرهن وحكم الفقه الإسلامي فيها. أما القوانين الأخرى، مثل: مجلة الأحكام العدلية⁽¹⁾ والقانون الأردني والقانون المصري والقانون العراقي والقانون الفرنسي، فليست محلاً للمقارنة، ولكن سيجري سوقها في البحث بشكل محدود حيثما دعت الحاجة لإيضاح مسألة ما أو لدعم وجهة نظر معينة.

وروعي في هذا البحث أخذ المعلومة من مصدرها الأم، إلا في حالات قليلة تعذر فيها ذلك؛ بسبب عدم معرفة اللغة الفرنسية.

ونظراً لأن التسمية التي أعطاها المشرع لهذا النوع من الرهن، وهي "الرهن المجرد من الحياة"⁽²⁾؛ ينقصها الإحكام، مما قد يؤدي إلى الالتباس؛ لكون الرهن التأميني لا حياة فيه أيضاً، فقد أثر الباحث الإشارة إلى التنظيم الجديد للرهن في قانوني ضمان الحقوق وقانون 2016 بـ "الأحكام الجديدة".

◆ نطاق الدراسة وتقسيمها

ينحصر نطاق هذا البحث في دراسة أهم القواعد التي استحدثها المشرع الإماراتي بخصوص رهن الأموال المنقولة مقارنة بالقواعد العامة للرهن والفقه الإسلامي؛ وسيتناول هذا الموضوع في ثلاثة مباحث: سيتم في المبحث الأول معالجة دور الشكل في رهن المنقولات وفقاً للأحكام الجديدة؛ من حيث التخلي عن وجوب حياة المرتهن للمرهون، ومدى اشتراط الكتابة لانعقاد العقد ومدى اشتراط التسجيل في السجل الإلكتروني لنفاذه. أما المبحث الثاني فسيخصص لدراسة ما طرأ على محل الرهن وشروطه من تغيير؛ من حيث جواز رهن المال المستقبلي وجواز تعيين المال المرهون تعييناً عاماً. وأما المبحث الثالث فسيتناول الخيارات المستحدثة للتنفيذ على المال المرهون، وأهمها تملك المرهون من قبل المرتهن.

للقانون الاتحادي رقم 20 لسنة 2016 بشأن رهن الأموال المنقولة ضماناً لدين نافذة في مواجهة الغير إلى أن ينتهي نفاذها في مواجهة الغير بموجب القانون".

(1) مجلة الأحكام العدلية العثمانية لسنة 1876 (فيما بعد، "المجلة").

(2) المادة (5) من قانون ضمان الحقوق. وتقابلها المادة (5) من قانون 2016.

○ المبحث الأول: دور الشكل في عقد الرهن في ظل الأحكام الجديدة

يتناول هذا المبحث دور الشكل في عقد الرهن في ظل الأحكام الجديدة مقارنة بالوضع القائم في القواعد العامة في الرهن وأحكام الفقه الإسلامي.

والشكل المقصود هنا هو الشكل بالمعنى الواسع، الذي يشمل كافة الأشكال التي يتطلبها القانون، سواء تمثل ذلك في مجرد الكتابة، أو الكتابة الرسمية، أو شكل معين من الكتابة كالتسجيل، أو القبض أو غير ذلك من الأشكال.

ووجود هذه الأشكال في القانون وتعدد سببه اختلاف الأهداف التي يتغياها المشرع من وراء طلبها. فالشكل قد يستهدف تحقيق المصلحة العامة من خلال السيطرة على المنظومتين الاقتصادية والاجتماعية وتوجيههما. وقد يرمي إلى تحقيق مصلحة خاصة وذلك عن طريق إرساء الثقة بالتصرفات وبعث الأمن في نفوس المتعاملين من خلال حماية إرادة المتعاقد وسلامة رضاه وتنبهه إلى خطورة التصرف الذي يقدم عليه وحماية الغير ممن يتعاملون في محله.⁽¹⁾

وعند تقصي الأدوار التي يلعبها الشكل في التصرفات القانونية نجد أن هنالك شكل مطلوب للانعقاد وأشكال لاحقة للانعقاد⁽²⁾ وأهمها: الشكل كشرط للتمام، الشكل كشرط للنفذ، الشكل كشرط للزوم، الشكل كشرط للإثبات، الشكل كشرط للتنفيذ⁽³⁾.

وفي هذا المبحث سيتم تناول ثلاثة أنواع من الشكل فقط، وهي تلك التي وردت في قانون ضمان الحقوق وقانون 2016، وتتمثل في الأشكال الآتية: الكتابة، الإشهار في السجل، والقبض. وعلى هذا، سيقسم هذا المبحث إلى مطلبين: دور الشكل في انعقاد الرهن (المطلب

(1) للمزيد، انظر شلابي مشرية، الشكل في التصرفات القانونية، رسالة ماجستير، جامعة عبد الحميد بن باديس-مستغانم، 2018.

(2) ويسميه بعض الفقه بالشكل "غير المباشر"، (انظر المرجع السابق، ص 1).

(3) جاء في المادة (75) من اللائحة التنفيذية الصادرة تنفيذا للمرسوم بقانون رقم 18 لسنة 2018 المعدل لقانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم 11 لسنة 1992 (فيما بعد اللائحة التنفيذية): "1- لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي... 2- السندات التنفيذية هي: أ- الأحكام والأوامر... ب- المحررات الموثقة طبقاً للقانون المنظم للتوثيق والتصديق ج- محاضر الصلح التي تصدق عليها المحاكم د- الأوراق الأخرى التي يعطيها القانون هذه الصفة. ولا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنص في القانون إلا بموجب صورة من السند التنفيذي عليها صيغة التنفيذ...".

الأول) ودور الشكل في نفاذ الرهن (المطلب الثاني)، وذلك بالمقارنة مع القواعد العامة في الرهن. وسيبين، في ذات الوقت، مدى توافق القواعد الجديدة مع أحكام الفقه الإسلامي.

• المطلب الأول: دور الشكل في انعقاد الرهن

إذا كان العقد الرضائي هو ذلك الذي يكفي فيه التراضي لانعقاده دون حاجة إلى شكل ما، فإن العقد الشكلي على خلافه؛ بحيث يُطلب فيه شكل عينه القانون ورتب على غيابه بطلان العقد، سواء تمثل هذا الشكل بالكتابة أو التسجيل أو القبض أو أي شكل آخر. وبمطالعة نصوص قانون 2016 يتبين أن عقد الرهن المنعقد وفقاً لأحكامه عقد شكلي؛ حيث اشترطت المادة (1/8) منه لإنشاء حق الرهن ونفاذه بين أطرافه: "أن يبرم عقد الرهن خطياً وفقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون"، وأوجبت المادة (1/3) من اللائحة التنفيذية لقانون رهن الأموال المنقولة ضماناً للدين لسنة 2016⁽¹⁾ "أن يبرم عقد الرهن خطياً سواء على شكل سند رسمي أو سند عادي". واعتبرت الفقرة الثانية منها "عقد الرهن المبرم على شكل رسائل متبادلة بواسطة الفاكس أو البريد الإلكتروني أو أي وسيلة أخرى للاتصال محققاً لشروط الخطية...".

يؤخذ من النصوص المتقدمة أن الشكلية المطلوبة لانعقاد الرهن وفقاً لقانون 2016 تتمثل بالكتابة، سواء كانت هذه الكتابة عرفية أم رسمية. وسيان أن تكون الكتابة، الرسمية أو العرفية، تقليدية أم الكترونية⁽²⁾. والكتابة الرسمية هي تلك التي تصدر عن موظف عام أو مكلف بخدمة عامة في حدود اختصاصه ووفقاً للأوضاع القانونية⁽³⁾. والأصل في العقود أن تقتصر الرسمية فيها على توقيع الأطراف والتاريخ؛ باعتبار أن مهمة الموظف الرسمي في الأصل تلقي المعلومات الخاصة بالعقد من أطرافه. وعلى ذلك، فإن الرسمية في العقود تشمل هوية الأطراف وتوقيعهم وتاريخ تنظيم السند وكل معلومة يطلع عليها الموظف ويستوثق منها بنفسه. أما الكتابة العرفية فقوامها الكتابة المقترنة بالتوقيع، سواء كان تقليدياً أم إلكترونياً⁽⁴⁾. وأما الرسائل

(1) الصادرة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم 5 لسنة 2018، (فيما بعد، "لائحة التنفيذية لقانون 2016").

(2) المادة (17 مكرراً/4) من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية رقم 10 لسنة 1992، (فيما بعد "قانون الإثبات").

(3) المادة (1/7) من قانون الإثبات.

(4) المادة (17 مكرراً/3) من قانون الإثبات.

التقليدية والإلكترونية فهي من المحررات المقبولة لترتيب الشكل الذي طلبه القانون ما دامت مقترنة بالتوقيع⁽¹⁾.

وبهذا، تكون الكتابة كافية لانعقاد الرهن وفقاً لقانون 2016، وذلك رغم أن المادة (1/10) من القانون ذاته قد اشترطت إشهار الرهن في السجل الإلكتروني⁽²⁾، إلا أن ذلك لم يطلب لانعقاد الرهن بل لنفاد أحكامه في مواجهة الغير، كما بينت المادة ذاتها⁽³⁾، وعلى النحو الذي سيوضح لاحقاً عند بحث دور الشكل في نفاذ العقد.

ولكن، يستثنى مما تقدم حالة ترتيب رهن آخر على ذات المال المرهون. ففي هذه الحالة، يجب لانعقاد الرهن وفقاً لقانون 2016 أن يتم ذلك بالشهر في السجل؛ حيث نصت المادة (2/10) منه على أنه: "إذا أنشئ حق الرهن على محل الرهن وتم إشهاره وفق أحكام هذا القانون، فلا يجوز إنشاء حق رهن لاحق على نفس محل الرهن إلا من خلال إشهاره". وهكذا، يتبين أن الرهن الأول للمال ينشأ بالكتابة، لكن أي رهن جديد على ذات المال لا ينشأ إلا بالإشهار في السجل الإلكتروني.

أما قانون ضمان الحقوق، فيلاحظ عليه أن النص على وجوب أن يكون العقد مكتوباً لم يرد في المادة (8) التي تتناول شروط إنشاء حق الضمان، والمقابلة للمادة (8) من قانون 2016، بل ورد النص على ذلك في المادة (1/4) من اللائحة التنفيذية لقانون ضمان الحقوق، وتحت عنوان: "شروط الاستفادة من

(1) المادة (1/14) من قانون الإثبات، والتي نصت على: "يكون للرسائل الموقع عليها قيمة المحرر العرفي في الإثبات...". وانظر، عبد الرزاق ياسين، القواعد الموضوعية لإثبات المعاملات المدنية والتجارية، ط 3، منشورات أكاديمية شرطة دبي، دبي، 2008، ص 135.

(2) المنشأ بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (6) لسنة 2018 في شأن إنشاء سجل لإشهار الحقوق على الأموال المنقولة.

(3) ويوافق هذا موقف القانون المدني الفرنسي، كما ظهر في المادة 2336 منه؛ حيث جعلت الكتابة العرفية كافية لقيام رهن المنقول سواء بحيازة أو دون حيازة؛ إذ جاء فيها: "يكون الرهن تاماً بوضع مخطوط يشتمل على تعيين الدين المضمون وكمية الأموال المرهونة فضلاً عن نوعها وطبيعتها". أما التسجيل فمرتبط بنفاذ الرهن. (نقلاً عن منصور حاتم محسن، رهن المنقول المادي دون حيازة: المفهوم والأثر، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ع 1، السنة التاسعة، 2017، ص 56). وهو، كذلك، موقف القانون الأردني، (المادتان: (6) و (7) من قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة)، والقانون المصري، (المادتان: (8) و (11) من قانون تنظيم الضمانات المنقولة المصري رقم 115 لسنة 2015 (وسيدر) فيما بعد اختصاراً دون رقم وسنة)).

خدمات السجل - التفويض لتسجيل الإشهار"، فجاء النص على وجوب أن "يتم إبرام عقد الضمانة كتابية سواء في شكل مستند رسمي أو عادي". والراجح أن الكتابة وفقا للنص مطلوبة لغاية انعقاد الرهن، غير أن ذلك لا ينفي أن هذا الحكم موضوع في المكان غير المناسب؛ بحيث يوحي أن إبرام العقد كتابية أمر مطلوب للإشهار، رغم أن الفقرة (2) من المادة ذاتها تدحض ذلك بقولها: "يعتبر عقد الضمان أو أي تفوض آخرسابق على إبرامه دليلا كافيا على موافقة الضامن على الإشهار". فهذا النص قاطع في دلالاته على أن شرط كتابة العقد ليس مطلوبا كدليل على التفويض بالإشهار؛ لأن الدليل قد يستمد من مستند آخر سابق عليه كما بينت الفقرة، وإنما هو مطلوب لإنعقاد العقد. وعندئذ، يصلح دليلا على حصول التفويض بالإشهار من قبل الراهن.

وخلاصة الأمر، أن عقد الرهن وفقا للأحكام الجديدة، سواء في قانون 2016 أو في قانون ضمان الحقوق، من العقود الشكلية التي لا تتعقد إلا بالكتابة سواء كانت كتابة عرفية أم رسمية.

والشكلية حين تطلب للانعقاد تكون غايتها بالدرجة الأولى تنبيه كلا المتعاقدين، وخصوصاً الراهن، لخطورة التصرف الذي يقدم عليه⁽¹⁾. والكتابة وما تتطلبه من تدقيق وإجراءات هي ما يحقق هذه الغاية في الرهن دون حيازة بشكل عام⁽²⁾.

وفي هذا تتشابه الأحكام الجديدة مع الرهن التأميني؛ من حيث إن الراهن لا يلزمه أن يتخلى عن حيازة المرهون. إلا أن الشكل المطلوب للانعقاد في الرهن وفقا للأحكام الجديدة هو مجرد الكتابة، على النحو الموضح سالفاً، في حين أن المطلوب في الرهن التأميني أكثر من ذلك، وهو التسجيل لدى الدائرة المختصة؛

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 10، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص 127.

(2) الطعن رقم 339 لسنة 24 قضائية، الجلسة 2005/4/26، المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، المكتب الفني 27، ج 2، ص 950. وانظر لقمان زكريا، محمد أمان الله ومحمد كبير موسى، الرهنان الحيازي والرسمي في النظام المالي الإسلامي الماليزي، مجلة التجديد، الجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا، مج 21، ع 41 (ب)، 1439 هـ، ص 141 وما بعدها.

حيث نصت المادة (1400) معاملات مدنية على: "لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله"⁽¹⁾.

وطبيعي أن التشدد في الرهن التأميني مطلوب أكثر؛ ذلك أن الرهن وفقاً للأحكام الجديدة، وإن كان يشترك مع الرهن التأميني من حيث خطورة التصرف بالرهن؛ لأن الرهن قد يؤدي إلى تجريد الراهن من ملكية المرهون إذا لم يستطع الوفاء بالدين، إلا أنه يختلف معه من حيث طبيعة المال المرهون؛ حيث يرد الرهن التأميني على العقارات والمنقولات الخاضعة للتسجيل. وهذه الأموال على قدر بالغ من الأهمية نظراً لقيمها المالية الكبيرة في أغلب الحالات. كما أن التصرف بالعقارات على وجه التحديد تصرفاً ناقلاً للملكية، أو من المحتمل إن يؤدي إلى نقل الملكية، يمثل خطورة على المصلحة العامة نظراً لأن العقارات جزء من إقليم الدولة. وأما دور الشكل في درء خطر الرهن على حقوق الغير حسن النية الذي قد يتعامل بالشراء أو بغيره من التصرفات في مال مثقل برهن دون حياة فمتحقق في الرهن التأميني بالتسجيل، وفي الرهن وفقاً لقانون 2016 بالإشهار، أما في قانون ضمان الحقوق فبالإشهار أو نقل حياة المال المرهون للمرتهن أو اكتساب المرتهن السيطرة عليه،⁽²⁾ وهو ما سيفصل فيه لاحقاً عند بحث أثر الشكل على النفاذ.

وللشكل فوائد أخرى منها أنه يتيح للدائن التدقيق عند تنظيم العقد والتأكد من سلامته من العيوب وأسباب البطلان وعدم النفاذ. وبذلك، يطمئن إلى أهلية الراهن وتعبيره عن إرادته التعبير السليم وملكيته للمرهون، كما يجري تخصيص الرهن من حيث المال المرهون والدين المضمون. ولا شك أن هذه الأمور تؤثر في صحة عقد الرهن ونفاذه، ولذلك فإنها على قدر كبير من الأهمية بالنسبة للدائن. وفي هذا الصدد، ذهب بعض التشريعات، كالقانون الفرنسي، إلى حد تحميل الموظف العام الذي يتولى التسجيل المسؤولية إذا قصر في أداء واجب النصح، كما لو

(1) تطبيقاً لذلك، انظر الطعن رقم 339 لسنة 24 قضائية، الجلسة 2005/4/26، المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، المكتب الفني 27، ج 2، ص 950؛ الطعن رقم 217/2006، تجاري، محكمة تمييز دبي، جلسة 2006/12/11.

(2) السيطرة وفقاً للمادة (1) من لائحة قانون ضمان الحقوق هي: "اتفاقية مكتوبة بين المؤسسة المالية والضامن والمضمون له توافق بموجبها المؤسسة المالية على اتباع تعليمات المضمون له بخصوص دفع الأموال المودعة في الحساب الجاري أو حساب الوديعة دون الحصول على موافقة الضامن لاحقاً".

أغفل بيان مدى كفاية قيمة الأموال المرهونة لتأمين حق الدائن⁽¹⁾. غير أن هذه الفوائد قد يتحقق بعضها بالكتابة إذا كانت رسمية، ومن ذلك التحقق بطريقة رسمية من أهلية الطرفين وسلامة توقيعهما. أما الكتابة العرفية فقد تفوت كثيرا من ذلك.

أما بالنسبة للرهن الحيازي، فرغم أن الأحكام الجديدة ترد، إجمالاً⁽²⁾، على ذات الأموال التي يرد عليها هذا النوع من الرهن، وهي المنقولات، إلا أنه ثمة اختلاف كبير بين هذه الأحكام وقواعد الرهن الحيازي من حيث لزوم حيازة المرتهن للمال المرهون، وهي الآلية المتبعة تقليدياً في رهن المنقولات، الأمر الذي عد أهم ما استحدثته القوانين الجديدة من أحكام⁽³⁾؛ حيث جاء في المادة (5) من قانون ضمان الحقوق: "1- على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر، يجوز رهن الأموال المنقولة دون حاجة إلى تسليم حيازتها للمضمون له أو إلى الغير. 2- يترتب على إشهار حق الضمان المنشأ بموجب عقد الرهن في السجل كافة الحقوق التي يتمتع بها المرتهن كما لو كان حائزاً للمال المرهون"⁽⁴⁾. وهكذا، فإن الرهن وفقاً للأحكام الجديدة قائم على أساس عدم وجود القبض. وبناء عليه، ليس ثمة مجال للتساؤل عن دور القبض في نشوئه، على خلاف الرهن الحيازي الذي لا يفتر الجدل حول عينيته. فقد نصت المادة (1453) معاملات مدنية على: "يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه أن يقبضه الدائن أو العدل، وللراهن أن يرجع عن الرهن قبل التسليم"⁽⁵⁾. وقد احتارت الأبواب -في ضوء هذا النص- في تصنيف الرهن

(1) انظر جاك مستر، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية الخاص، ترجمة منصور القاضي، مجلة المؤسسة الجامعية، بيروت، ط 1، 2009، ص 730.

(2) تقدم أن الرهن وفقاً للأحكام الجديدة يرد على ذات وعاء الرهن الحيازي، إلا أنه يقصر عنه أحياناً. ففي حين أن الرهن الحيازي يرد على المنقولات والعقارات، فإن الرهن وفقاً للأحكام الجديدة يرد على المنقولات دون العقارات والمنقولات الخاضعة للتسجيل، (انظر المادتين (1) و (4) من قانون ضمان الحقوق والمادة (3/2) من قانون 2016).

(3) انظر B Ahmed and R Dar, New UAE Pledge Law over Movable Assets، منشور على <https://www.mondaq.com/financial-services/612368/new-uae-pledge-law-over-movable-assets>. تاريخ الزيارة: 2020/5/18

(4) تقابلها المادة 5 من قانون 2016.

(5) وقد كررت المادة (1455) معاملات مدنية هذا الشرط، بقولها: "الراهن والمرتهن أن يتفقا على وضع المرهون حيازياً في يد عدل وتصبح يد العدل كيد المرتهن ويتم الرهن بقبضه".

الحيازي من جهة الرضائية والعينية⁽¹⁾. فقد فهم البعض منه أن الرهن الحيازي عقد عيني لا يقوم إلا بقبض المرهون من قبل الدائن المرتهن أو العدل،⁽²⁾ أو هو عقد "ناقص" أو "شبه عيني" بحسب البعض الآخر⁽³⁾، في حين يمكنني القول بأنه عقد رضائي⁽⁴⁾؛ وذلك انطلاقاً من ملاحظات أود تسجيلها لما لها من أثر في تعزيز منطق الاتجاه نحو التخلي -دون حرج- عن الحيازة، وهو الاتجاه الذي تبنته الأحكام الجديدة. وهذه الملاحظات هي الآتية:

أولاً: لقد بين نص المادة (1453)، أنف الذكر، أن القبض مطلوب لتمام العقد ولزومه. ومعنى شرط التمام أن المرتهن لا يختص بالمرهون دون سائر الغرماء إلا بقبضه⁽⁵⁾. وأما اللزوم، فيعني أن الراهن يمكنه أن يتراجع عن العقد قبل التسليم.

ثانياً: لقد ورد في تعريف الرهن الحيازي السابق ذكره أن الاحتباس أثر من آثار العقد، فالرهن هو الذي "ينشئ الحق في احتباس مال في يد الدائن أو يد عدل".

ثالثاً: تنص المادة (1481) معاملات مدنية على أنه: "يجب لنفاذ عقد الرهن الحيازي في حق غير المتعاقدين أن يكون المرهون في يد الدائن المرتهن أو العدل الذي ارتضاه الطرفان"⁽⁶⁾. إذاً، يتضح من خلال هذا النص، أن القبض فضلاً عن كونه شرطاً للزوم العقد بالنسبة للراهن -كما تقدم- فإنه شرط لنفاذ الرهن في مواجهة غير المتعاقدين. ويبدو للناظر أن الجمع بين ما ورد في هذا النص والقول بأن الرهن الحيازي عقد عيني متعذر؛ إذ لا يستقيم

(1) سواء في معرض شرح القانون الإماراتي أو عند شرح القوانين العربية التي تضمنت صياغة مشابهة للنص الإماراتي من حيث جعل القبض شرطاً لتمام عقد الرهن ولزومه، مثل: القانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني.

(2) صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، ط 1، دار المعرفة، بغداد، 1954، ص 104 وما بعدها؛ أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دار الثقافة، عمان، 1997، ص 15.

(3) محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية التبعية في القانون المدني الأردني، دار الثقافة، عمان، 2006، ص 171.

(4) وذلك رغم أن المذكرة الإيضاحية قد أوردت أن القبض شرط صحة، (المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مجلس النشر العلمي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ج 2، ص 10، (وسيشار إليها فيما بعد بعبارة "المذكرة الإيضاحية").

(5) مبارك حمد الدعيلج، الرهن في الفقه الإسلامي، مكتبة الملك فهد الوطنية، رسالة دكتوراة، 2000، ص 386، 387.

(6) تكرر الحكم ذاته بشأن رهن الدين في المادة (2/1492) معاملات مدنية.

القول بأن القبض شرط لانعقاد العقد وهو في ذات الوقت شرط لنفاذه في مواجهة الغير، إذ أن اشتراط القبض لانعقاد العقد، يجعل اشتراطه لنفاذ العقد لغوا بلا معنى.

رابعاً: لدى استعراض الأحكام التي وردت في قانون المعاملات المدنية بشأن العقود التي اشترط القبض لتتمامها، مثل عقد الهبة، يلاحظ أن بعضها قد جعل القبض التزاماً مترتباً على العقد⁽¹⁾، وبالطبع فإنه لا يمكن الجمع بين كون القبض شرطاً لانعقاد وكونه من الالتزامات المترتبة على العقد.

خامساً: إن القول بأن عقد الرهن الحيازي عقد رضائي ينسجم مع الراجح في الشريعة الإسلامية والأصل التاريخي للنص الإماراتي، وهو القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 الذي أخذ نصه عن القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، الذي استمد بدوره نصه من المجلة التي نصت المادة (706) منها على: "ينعقد الرهن بإيجاب وقبول من الراهن والمرتهن، لكن ما لم يوجد القبض لا يتم ولا يلزم، فللراهن أن يرجع عن الرهن قبل التسليم". وقد بين الأستاذ علي حيدر -شارح المجلة- أن العقد منعقد وصحيح بالإيجاب والقبول لكن أحكامه لا تترتب قبل القبض⁽²⁾.

وقد جاء موقف المجلة هذا انعكاساً للفقهاء الإسلاميين الذي يرى جانب معتبر منه أنه يكفي في الرهن الحيازي توافر الإيجاب والقبول⁽³⁾. فصحيح أن الفقه الإسلامي منقسم حول دور القبض؛ هل هو شرط صحة أم تمام أم لزوم⁽⁴⁾، فإذا كان شرط صحة فإن الراهن لا يجبر

(1) تنص المادة (637) معاملات مدنية على: "يلتزم الواهب بتسليم المال الموهوب إلى الموهوب له...".

(2) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، بيروت، ط 1، 1991، ص 83 وما بعدها.

(3) بخصوص الفقه الحنفي: انظر محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار عالم الكتب، الرياض، 1423 هـ، ص 72؛ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 2، دار الفكر، بيروت، 1986، ص 320؛ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 8، دار الكتاب العربي، بيروت، 1402 هـ، ص 3715. وبهذا قال الشافعي ومالك في رواية (انظر، عبد الله بن أحمد ابن قدامة وعبد الرحمن ابن أبي عمر ابن قدامة المقدسي، المعني والشرح الكبير، ج 4، دار الكتاب العربي، بيروت، 1972، ص 368؛ أحمد بن محمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج 3، دار المعارف، القاهرة، 1973، ص 305؛ محمود بن أحمد العيني، البناية في شرح الهداية، ج 11 دار الفكر، بيروت، 1400 هـ، ص 544 وما بعدها).

(4) مبارك حمد الدعيلج، الرهن في الفقه الإسلامي، مكتبة الملك فهد الوطنية، رسالة دكتوراة، 2000، ص 386 وما بعدها؛ علاء الدين الجنكو، التقابض في الفقه الإسلامي وأثره على البيوع المعاصرة، دار النفائس، عمان، 1433 هـ، ص

على الإقباض أما إذا كان شرط تمام فإنه يلزم بذلك⁽¹⁾، إلا أن علماء المذاهب الأربعة، ومن بينها المذهب المالكي والحنبلي -أقرب المذاهب إلى القانون الإماراتي-⁽²⁾ يرون أن القبض ليس شرطاً في صحة الرهن⁽³⁾. ومن الإمارات الدالة على أن العقد منعقد قبل القبض، لدى المالكية، اختصاص المرتهن بثمن المرهون المباع قبل قبضه. فالمالكية -وكذا الجمهور- يرون أن بيع الراهن للمرهون قبل القبض نافذ بحق المرتهن، لكن المالكية يذهبون إلى أن حق الأخير في الرهن يزول إن هو فرط في طلب المرهون، فإن جد في المطالبة، فالراجح أن البيع ينفذ ويكون ثمنه رهناً عند المرتهن⁽⁴⁾. فلو كان الرهن غير منعقد قبل القبض لما اختص المرتهن بثمن المرهون المباع دون غيره.

سادساً: إن اعتبار عقد الرهن الحيازي عقداً عينياً هو نهج القانون الفرنسي الذي استمدته من القانون الروماني دون مبرر؛ إذ كانت العينية مفهومة في ظل القانون الروماني حيث الأصل في العقود الشكلية التي تمثلت بالتسليم. أما في وقتنا الحاضر فإن الأصل في العقود هو الرضائية، حتى في القوانين التي ورثت القانون الروماني⁽⁵⁾. ولذلك، نجد اتجاهها في القانون الفرنسي نفسه نحو التخلي عن تجريد الراهن من حيازة المرهون إذ جاء فيه: "رهن المنقول هو اتفاق يعطي بمقتضاه منشيء الرهن إلى الدائن حق إستيفاء دينه على أموال أو مجموعة من الأموال المنقولة المادية الحاضرة أو المستقبلية بالأفضلية على سائر الدائنين"⁽⁶⁾.

178 وما بعدها؛ أحمد عرفة، الأحكام الفقهية المتعلقة بالرهن المستجدة، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، 2020، ص 26.

(1) محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، دار الفكر، بيروت، ص 239؛ الحسين بن مسعود البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج 4، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1408 هـ، ص 8 و 9.

(2) سندا للمادة (1) معاملات مدنية، هما المصدر الثاني للقانون في الإمارات.

(3) شذ عن ذلك زفر من الحنفية، حيث ذهب إلى ما ذهب إليه علماء الظاهرية من كون القبض شرط صحة في عقد الرهن، (علاء الدين الجنكو، التقابض في الفقه الإسلامي وأثره على البيوع المعاصرة، مرجع سابق، ص 178 وما بعدها).

(4) أحمد بن محمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، مرجع سابق، ص 328 وما بعدها؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط 3، دار الفكر، دمشق، 1989، ص 260 وما بعدها.

(5) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 10، مرجع سابق، ص 130.

(6) المادة 2333 التي أنشئت بمرسوم 2006/3/23، أوردها منصور حاتم محسن، رهن المنقول المادي دون حيازة: المفهوم والأثر، مرجع سابق، ص 50.

وأكثر من ذلك، ثمة من يرى وجوب التخلص من فكرة العينية في العقود كافة، وحبته في ذلك أنه إذا حتمت مصلحة عامة أو خاصة استيفاء شكلية معينة لانعقاد بعض العقود فإن العينية ليست الوسيلة المناسبة لهذا الزمان؛ في ظل وجود خيارات أفضل منها كالكتابة، ثم إن الأخذ بالعينية يتناقض مع نضوج الفكر القانوني الذي أدى إلى اعتماد مبدأ الرضائية، آخذين بعين الاعتبار كثرة ما يجريه الأفراد في هذا الزمان من معاملات.⁽¹⁾

سابعاً: كون الرهن الحيازي عقداً رضائياً هو ما عليه القضاء الإماراتي؛ حيث جاء في حكم للمحكمة الاتحادية العليا أن: "...قبض الدائن المرتهن أو الأمين العدل للشيء المرهون طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية في رأي المالكية ورواية لدى الحنابلة ليس شرطاً في انعقاد عقد الرهن ولا في صحته، إذ الرهن صحيح بمجرد العقد. أما القبض فهو شرط لكماله، أي لتمام الرهن ولزومه. فللراهن أن يرجع عن الرهن قبل التسليم... وهو ما أخذ به قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم 5 لسنة 1985 في المادتين (1453، 1455) منه..."⁽²⁾. كما قضت في حكم آخر بأن: "...عقد الرهن صحيح بمجرد العقد وأما القبض أو التسليم فهو شرط لكماله أي تمام الرهن ولزومه لا شرط صحة له..."⁽³⁾.

أضف إلى ذلك، توجد حالات يمكن القطع فيها أن عقد الرهن الحيازي ليس عقداً عينياً، وأهمها: أولاً: الرهن الحيازي العقاري؛ حيث يرى القضاء الإماراتي أن الراهن يجبر على تسليم العقار المرهون حيازياً إذا كان الرهن مسجلاً؛ فلو كان الرهن لا ينعقد إلا بالتسليم لما أمكن إجبار الراهن على تسليم المال المرهون⁽⁴⁾، وثانياً: رهن الدين حيث يجبر الراهن على تسليم

(1) انظر، تفصيل هذا الرأي، منصور حاتم محسن، رهن المنقول المادي دون حيازة: المفهوم والأثر، مرجع سابق، ص 50.

(2) الطعن رقم 161 و 222 لسنة 12 القضائية، لسنة 1991، تاريخ 19/5/1991، منشور على موقع وزارة العدل: <https://elaws.moj.gov.ae/mojANGULAR/index.html>، تاريخ الزيارة 2020/12/13.

(3) الطعن رقم 694، 701 و 703 لسنة 22 القضائية، لسنة 2002، تاريخ 29/1/2002، منشور على موقع وزارة العدل: <https://elaws.moj.gov.ae/mojANGULAR/index.html>، تاريخ الزيارة 2020/2/13.

(4) جاء في حكم للمحكمة الاتحادية العليا: "...وإذا امتنع الراهن في عقد الرهن الحيازي عن تسليم الشيء المرهون، أمكن المرتهن أن يجبره على ذلك قضاء طالما أن حقه في الرهن مسجل طبقاً للأوضاع المقررة قانوناً"، (الطعن رقم 694، 701 و 703 لسنة 22 القضائية، لسنة 2002)، منشور على موقع وزارة العدل:

<https://elaws.moj.gov.ae/mojANGULAR/index.html>، تاريخ الزيارة 2020/12/13.

السند لترتيب حق الرهن⁽¹⁾، وثالثاً: رهن الثمار قبل بدو صلاحها على أن لا يجري بيعها إلا بعد بدو صلاحها⁽²⁾؛ إذ ينعقد الرهن في هذه الحالة رغم عدم تسلّم، بل قل عدم إمكان تسلّم، المال المرهون وقت إبرام العقد، ورابعاً: الرهن التجاري؛ حيث القبض فيه شرط للنفاذ، كما سنرى، ناهيك عن أن رهن المحل التجاري لا قبض فيه⁽³⁾.

وعلى أي حال، فإن البحث في كون الرهن الحيازي عقداً عينياً أم رضائياً يبدو أمراً غير ذي بال في القانون الإماراتي ما دام أن القبض شرط تمام ولزوم في آن معاً؛ ذلك أنه حتى لو قيل أن العقد رضائي فإن كون القبض شرط تمام ولزوم يصعب ترتيب العقد لأي أثر قبل القبض؛ فلا المرتهن يختص بالمرهون دون غيره من الدائنين لأن عدم القبض يمنع تمام العقد، ولا هو يستطيع أن يجبر الراهن على تسليم المرهون لأن الرهن قبل القبض غير لازم.

وبناء على هذا الفهم، فإنه ورغم أن الأحكام الجديدة قد تخلت عن اشتراط حيازة المال المرهون، فأصبح الرهن المرتب وفقاً لها شبيهاً بالرهن التأميني، فإن نظام الرهن هذا أقرب للرهن الحيازي؛ بحيث يمكن أن نقول أنه تطور لهذا الرهن، رغم تميزه عنه بشكل كبير. ومرد ذلك أنه يهدف إلى تنشيط رهن جملة الأموال التي يرد عليها الرهن الحيازي، وهي الأموال المنقولة؛ ذلك أن رهن هذه الأموال قد أصبح شبه معطل وفقاً لنظام الرهن الحيازي. ومن هنا استثنيت الأموال التي يجوز رهنها تأمينياً من نطاق القوانين الجديدة⁽⁴⁾؛ ومن أسباب ذلك كفاية وملاءمة نظام الرهن التأميني لهذه الأموال.

وحيث توصلنا إلى هذه النتيجة، فإنه مما يترتب على كون الشكل، المتمثل بالكتابة، مطلوباً للانعقاد وفقاً للأحكام الجديدة أن الوعد بالرهن يجب أن يستوفي ذات الشكل، كما توجب المادة (2/146) من قانون المعاملات المدنية. كذلك، فإن التوكيل بالرهن يجب أن يكون مكتوباً؛ إذ المعلوم أن التوكيل بالعقد الشكلي يجب فيه استيفاء الشكل ذاته⁽⁵⁾.

(1) المادة (1491) معاملات مدنية. انظر، خلاف ذلك، عبد الخالق حسن أحمد، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية، ج 7، منشورات أكاديمية شرطة دبي، دبي، 1990، ص 304.

(2) المادة (1450) معاملات مدنية.

(3) المادة (52) من قانون المعاملات التجارية رقم (18) لسنة 1983، (فيما بعد، "معاملات تجارية").

(4) المواد: (1)، (3) و(1/4) من قانون ضمان الحقوق. وتقابلها المواد: (1)، (3/2) و(3) من قانون 2016.

(5) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 10، مرجع سابق، ص 128.

أما من جهة موقف الإسلامي من التخلي عن قبض المال المرهون كشرط في العقد واستبداله بالكتابة -وبغض النظر عن خلاف الفقهاء حول دور القبض فيما إذا كان شرط صحة أم تمام أم لزوم، كما مر سابقاً- فإنه وبعد أن نشأت السجلات الخاصة بالأموال، اعتبر بعض الفقهاء التسجيل بمثابة قبض حكمي للمرهون. على أن هذا ليس بالطرح الحديث، فقد طرحت مسألة التخلي عن القبض سابقاً بخصوص الرهن التأميني، فرأى البعض منهم أنه لا غضاضة في ذلك بما أن التسجيل يؤدي وظيفة القبض.⁽¹⁾

• المطلب الثاني: دور الشكل في نفاذ الرهن

مر سابقاً أن عقد الرهن ينعقد وفقاً للأحكام الجديدة بمجرد الكتابة. لكن آثاره لا تنفذ في مواجهة الغير إلا بالإشهار في السجل الإلكتروني أو تسليم حيازة المرهون للمرتهن أو اكتساب المرتهن السيطرة على المرهون؛ حيث نصت (المادة 1/10) من قانون ضمان الحقوق⁽²⁾ - وتحت عنوان طرق نفاذ حق الضمان في مواجهة الغير - على: "ينفذ حق الضمان في مواجهة الغير بأي من الطرق التالية: أ- تسجيل إشهار في السجل وفق أحكام هذا القانون ب- تسليم حيازة الضمانة للمضون له. ج- اكتساب المضمون له السيطرة على الضمانة".⁽³⁾

وينبغي على نفاذ الرهن في مواجهة الغير ثبوت حقين للمرتهن:

الأول: حق التقدم، الذي هو غاية ترتيب الضمانات بوجه عام. وهذا الحق على جانب من الخطورة في ظل قانون ضمان الحقوق؛ حيث رتب المادة (2،1/17) منه أولوية حق

(1) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 2، مطبعة طربين، دمشق، ط 10، 1387 هـ، ص 648؛ وليد بن هادي، أصول ضبط المعاملات المعاصرة، بدون مكان ودار نشر، 1435 هـ، ص 77؛ علاء الدين الجنكو، التقابض في الفقه الإسلامي وأثره على النيوع المعاصرة، مرجع سابق، ص 312، 313 و353. وللمزيد، انظر، عبد السميع أبو الخير، مدى شرعية الرهن الرسمي في ضوء أحكام الفقه الإسلامي، ط1، مكتبة وهبة، القاهرة 1408 هـ، ص 8؛ عبد الناصر العطار، التأمينات العينية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1980، ص 10، 11.

(2) وانظر كذلك المادة (1) من القانون نفسه.

(3) في ظل قانون 2016، كان الإشهار في السجل هو السبيل الوحيد إلى نفاذ الرهن في مواجهة الغير، حيث نصت المادة 1/10 منه على: "ينفذ حق الرهن ويرتب آثاره القانونية في مواجهة الغير بمجرد إشهاره في السجل وفقاً لأحكام هذا القانون".

المرتهن على الديون العادية والديون الممتازة بما في ذلك الديون العمالية وديون الخزانة العامة كالضرائب. وتحدد هذه الأولوية بناء على تاريخ ووقت نفاذ الرهن في مواجهه الغير.⁽¹⁾

الثاني: حق التتبع، والذي يستفيد منه المرتهن في حال خرج المرهون من يد الراهن ماديا أو قانونيا. فبمجرد نفاذ الرهن في مواجهة الغير يصبح للمرتهن الحق في تتبع محل الرهن في يد أي شخص لاستيفاء حقوقه، هذا ما قضت به المادة (1/18) من قانون ضمان الحقوق.⁽²⁾ ومع ذلك، فإن ممارسة حق التتبع وفقا للأحكام الجديدة قد تتأثر بأمرين استجدا في هذه الأحكام، هما:

أ- **عدم لزوم الحيابة:** ففي حالة رهن الأموال المثلية، كالنفط ومشتقاته وكل المصنوعات قبل استعمالها وبعض المحاصيل الزراعية، فإنه يتعذر الاعتراف بحق التتبع على المرهون عينه، ولا يتعين المال المرهون إلا وقت التنفيذ عليه. أما قبل ذلك، فإن الراهن يمكنه أن يتصرف به على أن يحل مثله محله⁽³⁾. ومرد ذلك أن المثليات أموال يقوم بعضها مقام بعض.

ب- **عدم التعيين:** إن ممارسة حق التتبع تقتضي أن يكون محل الرهن معينا. وسنرى عند بحث تعيين المحل وفقا للأحكام الجديدة أن المحل قد لا يكون معينا على النحو المعروف في القواعد التقليدية للرهن. وبسبب ذلك، قد يتعطل التتبع أحيانا، وهذا من طبيعة نظام الرهن وفقا لهذه الأحكام.

ولدى مقارنة دور الشكل في النفاذ وفقا للأحكام الجديدة بالقواعد التقليدية في الرهن نجد أن الرهن التأميني وإن كان عقدا شكليا لا ينعقد إلا بالتسجيل كما بين سابقا، إلا أن الشكل

(1) وكان قانون 2016 يستثني صراحة من ذلك حالتين، الأولى: رهن العقار بالتخصيص؛ فإذا كان المال المرهون عقارا بالتخصيص فإنه يشترط لثبوت الأولوية لمرتهنه أن يسجل حق الرهن الوارد عليه في السجل العقاري إلى جانب إشهاره في السجل الإلكتروني (المادة 20). والثانية: رهن الحيابة المنشأ قبل سريان قانون 2016؛ إذ يجوز إشهار هذا الرهن خلال سنة من نفاذ القانون، على أن تحدد أولوية المرتهن في الاستيفاء بناء على تاريخ نشوء الحق لا الإشهار (المادة 301/44).

(2) تقابلها المادة (1/18) من قانون 2016.

(3) منصور حاتم محسن، رهن المنقول المادي دون حيابة: المفهوم والأثر، مرجع سابق، ص 79. ويؤيد ذلك نص المادة (1/171) معاملات تجارية التي جاء فيها: "إذا ترتب الرهن على مال مثلي بقي الرهن قائما ولو استبدل بالمرهون شيء آخر من نوعه".

يلعب دورا في النفاذ أيضا؛ إذ أن تاريخ التسجيل هو الفيصل في ترتيب أولوية استيفاء الحقوق في حال وجدت تأمينات عينية أخرى على المال المرهون. فبالسجل ينفذ الرهن التأميني في مواجهة الغير ودون حاجة إلى إجراء آخر؛ حيث تنص المادة (1422) معاملات مدنية على: "ينفذ الرهن التأميني في حق غير المتعاقدين من تاريخ تسجيله".

وأما بالنسبة للرهن الحيازي فإن النفاذ فيه منوط بشكل كبير بالحيازة، وذلك وفقا لما قضت به المادة (1481) معاملات مدنية بقولها: "يجب لنفاذ عقد الرهن الحيازي في حق الغير أن يكون المرهون في يد الدائن المرتهن أو العدل الذي ارتضاه الطرفان". كما جاء في المادة (1/165) معاملات تجارية: "لا ينفذ الرهن التجاري في حق المدين أو الغير إلا بانتقال حيازة الشيء المرهون من الراهن إلى الدائن المرتهن أو إلى شخص ثالث يعينه المتعاقدان وبقائه في حيازة من استلمه منهما حتى انقضاء الرهن أو بوضعه قيد الحيازة المشتركة على وجه لا يمكن معه للراهن أن يتصرف فيه بمعزل عن الدائن"⁽¹⁾.

ومن هنا، يبدو الاختلاف بين الرهن الحيازي وبين الرهن المرتب وفقا للأحكام الجديدة؛ حيث الأخير لا لزوم للحيازة فيه. وصحيح أن هذا الخلاف ما هو إلا خلاف في الوسيلة، أما الغرض فواحد، ويتمثل في حماية الغير الذي قد يتوهم خلو المرهون من الحقوق⁽²⁾، الأمر الذي يتحقق بالإشهار والحيازة، إلا أن من النتائج الهامة المترتبة على نفاذ الرهن بالإشهار لا بالحيازة وحدها إمكانية ترتيب رهون متعددة على المال المرهون ذاته، وهو أمر كان متعذرا في ظل قواعد الرهن الحيازي؛ بسبب اشتراط القبض. ويستثنى من ذلك حالة إذا تم الرهن بعقد واحد، وتكون الديون عندها بمرتبة واحدة⁽³⁾.

غير أن قواعد الرهن الحيازي تبدو أكثر تشددا في حماية الغير؛ إذ لا يكفي انتقال الحيازة إلى المرتهن أو العدل لنفاذ الرهن الحيازي في حق الغير، وإنما يشترط، فوق ذلك، تسجيل

(1) وذلك على خلاف الرهن التجاري في القانون الأردني، الذي يرى البعض، ومن خلال قراءة للمادة 1/62 قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966، أن تسليم المال المرهون فيه لازم للانعقاد. (انظر، حازم ربحي عواد وآخرون، مبادئ القانون التجاري، دار يافا، ط 2، عمان، 2006، ص 125).

(2) علي العبيدي، التأمينات الشخصية والعينية وفقا لأحكام قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة، مكتبة الجامعة، الشارقة، 2012، ص 197.

(3) المادة (1465) معاملات مدنية.

الرهن العقاري الحيازي⁽¹⁾، وتدوين الرهن الحيازي الوارد على منقول في محرر ثابت التاريخ يحدد فيه الدين والمال المرهون إلى جانب حيازة المرتهن للمرهون⁽²⁾. وفي رهن الدين يلزم إلى جانب تسليم سند الدين،⁽³⁾ إعلان الرهن إلى المدين بتاريخ ثابت؛ حيث إن الرهن لا ينفذ في مواجهة الغير إلا بتسليم السند المثبت للدين، ولا ينفذ في مواجهة المدين إلا بإعلان الرهن إليه أو قبوله له، وتحسب مرتبة الرهن من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول⁽⁴⁾، ما لم يكن الدين المرهون مثبتا في سندات اسمية أو إذنية حيث يتم الرهن بالطريقة الخاصة لحالة هذه السندات، أي بالقيود في سجلات الشركة بالنسبة للسندات الاسمية، وبالتظهير بالنسبة للسندات الإذنية⁽⁵⁾، ودون حاجة إلى إعلان المدين بالرهن الواقع على الدين المثبت في هذه السندات.

○ المبحث الثاني: محل الرهن وفقا للأحكام الجديدة

تتشرط القواعد العامة أن يكون محل الرهن مملوكا للراهن، موجودا، معيناً ومشروعاً. غير أن أحكاما مختلفة قد طرأت تتعلق بطبيعة المال المرهون وبالشروط المطلوبة في محل الرهن. فمن جهة طبيعة المرهون، فإنه يجب أن يكون المرهون مالا منقولاً لا يخضع للتسجيل، وقد سبق التعرّيج على هذا الحكم في المبحث السابق، وفي ذلك كفاية. وأما من جهة شروط المحل، فلا جديدا ذا أهمية يوجب الوقوف عليه بالنسبة لشرطي ملكية الراهن للمرهون ومشروعية المرهون. وأما الجديد فواقع في شرطي الوجود والتعيين؛ إذ يمكن القول أن الأحكام الجديدة قد قلبت القواعد العامة في الرهن رأسا على عقب. فقد أصبح من الممكن رهن المال المستقبلي وتعيين المال المرهون تعيينا عاما. ويتناول هذا المبحث ما استجد بشأن شرطي الوجود والتعيين في مطلبين: رهن المال المستقبلي (المطلب الأول) وتعيين المال المرهون (المطلب الثاني)، وذلك بالمقارنة مع القواعد العامة في الرهن وأحكام الفقه الإسلامي.

(1) المادة (1484) معاملات مدنية.

(2) المادة (1487) معاملات مدنية.

(3) المادة (1491) معاملات مدنية.

(4) المادة (1492) معاملات مدنية والمادة (167) معاملات تجارية.

(5) انظر المادة (1493) معاملات مدنية والمادتين: (166) و (2/450) معاملات تجارية.

• المطلب الأول: رهن المال المستقبلي

عرفت المادة (1) من قانون ضمان الحقوق "الضمانة" بأنها: "المال المنقول المادي أو المعنوي سواء أكان حالياً أو مستقبلياً والذي ينشأ عليه حق الضمان"، كما استهلكت المادة (3) من القانون ذاته بالنص على جواز أن يكون محلاً للرهن أي أموال منقولة مادية أو معنوية سواء كانت حالية أو مستقبلية، ثم خصت الفقرة (د) منها بالجواز رهن البضائع "قيد التصنيع أو التحويل"⁽¹⁾.

وهكذا، يكون المشرع قد أجاز رهن المال المستقبلي متجاوزاً بذلك القواعد التقليدية في الرهن التي تمنع ذلك. فبخصوص الرهن التأميني، جاء النص صريحاً على وجوب أن يكون المال المرهون موجوداً وقت إبرام عقد الرهن، وإلا كان العقد باطلاً؛ حيث نصت المادة (1405) معاملات مدنية على: "يجب أن يكون العقار المرهون رهناً تأمينياً قائماً وموجوداً عند إجراء الرهن"⁽²⁾. وقد بُرر هذا الحكم بأن رهن المال المستقبلي يتنافى مع فكرة تخصيص المال المرهون، إذ لا يمكن تعيين المال المرهون على وجه الدقة إن لم يكن موجوداً وقت التعاقد⁽³⁾. فالرهن التأميني حق عيني، ولا يمكن أن يترتب الحق العيني إلا على شيء معين موجود وقت إبرام العقد. فكما لا يمكن تصور قيام حق عيني دون أن يكون له محل، لا يمكن تصور رهن شيء مستقبلي⁽⁴⁾؛ ذلك أن الحق العيني سلطة لشخص على شيء مادي معين، فلا يوجد هذا الحق من الناحية القانونية قبل وجود المحل الذي يرد عليه⁽⁵⁾. كما بُرر، أيضاً، بحماية المدين الراهن من استغلال المرتهن؛ إذ قد يقدم الأول على الرهن تحت وطأة الحاجة وهو غير مدرك لقيمة المال المرهون الذي سيوجد في المستقبل وقد غلب على ظنه أنه سيوفي

(1) تقابل المادة (3) من قانون 2016.

(2) وقد ورد ذات الحكم في المادة (709) من المجلة التي تنص على: "يشترط أن يكون المرهون صالحاً للبيع فيلزم أن يكون موجوداً ومالاً متقوماً ومقدور التسليم في وقت الرهن".

(3) انظر المذكرة الإيضاحية، ص 991.

(4) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ج 10، ص 210؛ ندى ملا علو وندي ذنون، المركز القانوني للكفيل العيني، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، ع 3، 2014، ص 26.

(5) محمد المرسي زهرة، ضمانات الإئتمان العينية في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1997، ص 212؛ علي العبيدي، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 138؛ نبيل سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 50.

بالدين المضمون⁽¹⁾. هذا إلى جانب كون شرط الوجود فيه حماية للدائن؛ حيث يكون على دراية بمدى قوة ضمانات حقه؛ إذ أن قوة الإئتمان في الشيء المستقبلي يعوزها الوضوح⁽²⁾. أما بالنسبة للرهن الحيازي، فلم يشترط القانون أن يكون المال المرهون حيازياً موجوداً وقت التعاقد⁽³⁾، كما هو الحال بالنسبة للرهن التأميني. غير أن المذكرة الإيضاحية قد بينت أن شرط الوجود ينصرف للرهنين الحيازي والتأميني، موضحة أن عدم وجود المال المرهون يتعارض مع وجوب تعيينه بشكل دقيق⁽⁴⁾، الأمر الذي يغدو معه رهن المال المستقبلي حيازياً باطلاً⁽⁵⁾.

ويرى البعض أن اشتراط وجود المال المرهون في الرهن الحيازي يستمد من الإحالة إلى قواعد الرهن التأميني، ويجد ما يبرره في كون القبض شرط تمام ولزوم في عقد الرهن الحيازي، كما مر سابقاً⁽⁶⁾. كما أن المشرع الإماراتي اشترط أن يكون المرهون مقدور التسليم وقت الرهن⁽⁷⁾، الأمر الذي لا يتحقق إلا إذا كان المرهون موجوداً حقيقة وقت إبرام الرهن⁽⁸⁾. بينما برر البعض الآخر هذا الشرط بعدم قدرة الراهن على إيجاد حق الرهن الحيازي على مال مستقبلي لم يعين⁽⁹⁾.

(1) محمد المرسي زهرة، ضمانات الإئتمان العينية في قانون المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص 212؛ علي العبيدي، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 138.

(2) انظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 10، مرجع سابق، ص 308.

(3) وقد سار في ذلك على نهج المشرع المدني الأردني الذي لم ينطرق إلى رهن المال المستقبلي حيازياً، على خلاف رهنه تأمينياً؛ حيث أوجبت المادة (1328) منه "...أن يكون العقار المرهون رهناً تأمينياً قائماً وموجوداً عند إجراء الرهن". وقد رتبت المذكرة الإيضاحية على هذا النص عدم جواز رهن المال المستقبلي، (انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، نقابة المحامين الأردنيين، ج 3، ص 781).

(4) المذكرة الإيضاحية، ج 2، ص 991.

(5) وبهذا صرحت المادة (1089) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 (فيما بعد، "مدني مصري")؛ وذلك بإحالتها إلى المادة (2/1033) من القانون ذاته، والتي جاء فيها: "يقع باطلا رهن المال المستقبلي".

(6) محمد المرسي زهرة، ضمانات الإئتمان العينية في قانون المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص 735.

(7) المادة (1449) معاملات مدنية.

(8) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج 3، ص 894.

(9) نبيل سعد، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 183.

وعلى هذا الأساس، يكون ما جاءت به الأحكام الجديدة من جواز رهن المال المستقبلي مجافياً للقواعد العامة في الرهن. ورغم ذلك، فإن هذا الجديد لم يأت مفاجئاً بالمطلق، بل كان هنالك تطبيقات لرهن المال المستقبلي ضمن القواعد العامة للرهن، مثل رهن الثمار قبل بدو صلاحها، كما تقدم. غير أن التطور الأهم، في هذا الصدد، قد ظهر قبل قانون 2016 في القوانين المحلية التي أجازت رهن عقار غير موجود حقيقة؛ حيث أجاز قانون رقم (14) لسنة 2008 بشأن الرهن التأميني في إمارة دبي⁽¹⁾ أن يرد الرهن التأميني على العقارات المباعة على الخارطة. فقد عرفت المادة الثانية منه الراهن بأنه: "مالك العقار أو الحق العيني أو صاحب الحق الشخصي بموجب عقد البيع الموقع مع مالك العقار المباع على الخارطة...". كما جاء في المادة الخامسة منه: "... يجب أن يكون العقار المرهون أو الوحدة العقارية المرهونة رهناً تأمينياً قائماً وموجوداً فعلاً أو حكماً على الخارطة عند إجراء الرهن". كما أجازت المادة (52) من قانون رقم (3) لسنة 2015 بشأن تنظيم القطاع العقاري في إمارة أبوظبي⁽²⁾ رهن الحقوق الناشئة عن البيع على الخارطة؛ حيث نصت هذه المادة على: "يجوز لمشتري الحق العقاري رهن حقه التعاقدية على الوحدة العقارية المباعة على المخطط رهناً تأمينياً للوفاء بثمن شراء الوحدة العقارية...".

وعلاوة على ذلك، فإن عدم اشتراط أن يكون المرهون موجوداً وقت عقد الرهن ما دام أنه سيوجد مستقبلاً يتناغم مع القواعد العامة في المعاملات التي تجيز التعامل في المال المستقبلي إذا انتفى الغرر⁽³⁾. وقد أشارت إلى ذلك المذكرات الإيضاحية صراحة حين سببت بطلان الرهن التأميني في حال رهن المال المستقبلي بكون ذلك المال محتمل الوجود والعدم⁽⁴⁾.

غير إن تجاوز اشتراط الوجود يجد مبرره الأقوى في الأسباب الموجبة لسن قانون 2016 وقانون ضمان الحقوق، الذي خلفه، والتي أدت إلى تمايز الشروط المطلوب توافرها في محل الرهن الذي نظمته ذان القانونان عن الشروط الواجب توافرها في المرهون على وفق

(1) الجريدة الرسمية، العدد 334، 2008/8/13، ص 9.

(2) الجريدة الرسمية، العدد 6، السنة الرابعة والأربعون.

(3) انظر المادة (202) معاملات مدنية.

(4) المذكرة الإيضاحية، ج 2، ص 991.

القواعد العامة، والتي جرى التطرق إلى أبرز مفاصلها في مقدمة هذا البحث. وتوا، قد ظهر هذا التمايز بين أيدينا بالنسبة لشرط الوجود، لكنه يظهر بشكل أجلي بخصوص شرط التعيين. فلئن صح القول إن السماح برهن المال المستقبلي أساسه رغبة المشرع في توسيع وعاء الرهن، إلا أن التخلي عن اشتراط حيازة محل الرهن وعدم اشتراط تعيينه على النحو الذي تتطلبه القواعد التقليدية في الرهن - كما سيتبين في المطلب اللاحق - هما ما دلت صعوبة رهن المال المستقبلي، آخذين في الاعتبار المبررات التي سيقى لعدم قبول رهن المال المستقبلي حيازياً أو تامينياً، ومنها عدم إمكان القبض وعدم إمكان التخصيص. وإذاً، يبدو أن هنالك علاقة وثيقة بين تجاوز شرطي القبض والتعيين من ناحية والسماح برهن المال المستقبلي من ناحية أخرى.

• المطلب الثاني: تعيين محل الرهن

جاء الأحكام الجديدة بقواعد مختلفة بخصوص تعيين محل الرهن، تبدو من خلالها الرغبة في تطعيم القانون الإماراتي بأحكام تشبه تلك المعروفة في نظام الرهن العائم (floating charge) الإنجليزي، الذي وصف بأنه واحد من أروع إبداعات القضاء الإنجليزي؛ نظراً لأنه يلبي حاجتين: حاجة المرتهن للضمان وحاجة الراهن لأن يبقي المال المرهون في حيازته مع قدرته على التعامل فيه⁽¹⁾. وهو رهن يقع على منقولات قد تتغير كما وقيمة. ويجد هذا النوع من الرهن أصله في عدة أحكام صدرت في سبعينيات القرن التاسع عشر عن محاكم الإنصاف (Equity Courts) الإنجليزية⁽²⁾، على أن الذي فتح الباب لهذا النوع من الرهن الحكم أصدره مجلس اللوردات قبل ذلك بنحو عقد من الزمن في قضية Holroyd v Marshal⁽³⁾.

(1) R Goode, The Case for The Abolition of The Floating Charge, in J Getzler & J Payne (editors), Company Charges: Spectrum and Beyond, Oxford University Press, Oxford, 2006, p 11; C Stanescu, Self-Help, Private Debt Collection and Concomitant Risks, Springer International Publishing, Switzerland, 2015, p 26.

(2) R Pennington, The Genesis of The Floating Charge, The Modern Law Review, Vol 23, Nov 1960, pp 630, 642.

(3) Holroyd v Marshall (1862) 10 H.L.C 19.

فرغم أن المادة (1/8، ج) من قانون ضمان الحقوق قد أوجبت لإنشاء حق الرهن أن يشمل عقد الرهن وصفا لمحل الرهن،⁽¹⁾ إلا أن المادة ذاتها أجازت تعيين المال المرهون تعيينا عاما، وذلك حيث جاء فيها: "يشترط لإنشاء حق الضمان ونفاذه بين أطرافه وفق أحكام هذا القانون ما يأتي:...ج- أن يشمل عقد الضمان وصفا للضمانة، ويجوز أن تكون موصوفة وصفا عاما أو محددا بما يتيح التعرف عليها، ويشمل ذلك وصفها على أنها كامل أموال الضامن أو فئة محددة أو عامة أو صنف محدد أو عام من أموال الضامن".

فالعبارات الواردة في هذه المادة، مثل: "وصفا عاما"، "كامل أموال الضامن" فئة...عامة أو صنف...عام من أموال الضامن" تشير إلى أن هذه الأموال لا يمكن تعيينها بشكل نهائي إلا عند التنفيذ على المال المرهون. وإذا ما قرئت هذه النصوص سوية مع نص المادة (2/18) من القانون ذاته التي جاء فيها: "...تنتقل الضمانة خالية من أي حق ضمان إلى مشتريها أو لمستأجرها أو لأي شخص آخر يكتسب حقا إذا وافق المضمون له على ذلك"⁽²⁾ تبين أنه قد صار في الإمارات نوعان من الرهن: رهن ثابت وآخر عائم. فأما الرهن العائم فيغطي مجموعا متحركا من المنقولات بحيث يخرج بعضها من وعاء الضمان ويدخل آخر فلا يختص مال معين بالضمان إلا وقت التنفيذ⁽³⁾. وعلى ذلك، يجوز للراهن أن يخرج الأموال المرهونة من

(1) تقابلها المادة (3/8) من قانون 2016. وانظر، كذلك، المادة (1/4) من اللائحة التنفيذية لقانون 2016 التي جاء فيها: "يجب أن يشتمل عقد الرهن على وصف كاف لمحل الرهن، ويعد الوصف كافياً إذا تضمن أيا مما يأتي: أ- وصفا لمحل الرهن، بتحديد الكمية أو القطعة أو النوع أو الفئة أو الصنف، وذلك على نحو يبين ماهية محل الرهن. ب- عبارة تفيد إنشاء حق رهن على كامل الأموال المنقولة العائدة للراهن الحالية أو المستقبلية. ج- عبارة تفيد إنشاء حق رهن على كامل الأموال المنقولة العائدة للراهن باستثناء أموال منقولة محددة حصرا. د- عبارة تفيد إنشاء حق رهن على فئة محددة أو نوع محدد من الأموال المنقولة سواء حالية أو مستقبلية، مثل عبارة "كافة المعدات" أو كافة الذمم المدينة الحالية أو المستقبلية".

(2) تقابلها المادة (18) من قانون 2016. وقد سبق قانون المعاملات التجارية إلى حكم شبيه بما ورد في هذه المادة؛ حيث جاء في المادة (2/171) منه: "وإذا كان الشيء المرهون من الأموال غير المثلية جاز للراهن أن يستبدل به غيره بشرط أن يتفق على ذلك في عقد الرهن وأن يقبل الدائن المرتهن البديل...". أما الأموال المثلية، فقد مر سابقا أن قانون المعاملات التجارية يجيز للراهن استبدالها دون حاجة إلى موافقة المرتهن.

(3) G McCormack, Secured Credit under English and American Law, Cambridge University Press, Cambridge, 1st ed, 2004, p 68; A Chin, Floating charges, Legal Herald, November 2017, p 9. https://www.lh-ag.com/wp-content/uploads/2017/11/4_Floating-Charges.pdf. تاريخ الزيارة: 2020/10/15

وعاء الرهن حتى وقت الحجز على المال⁽¹⁾، وهذه هي السمة الأساسية للرهن العائم. أما في الرهن الثابت فإن للمرتهن سيطرة كافية على الأموال المرهونة. فإن كانت الأموال المرهونة معينة تعييناً كافياً واحتفظ المرتهن بحق تتبعها كان الرهن ثابتاً لا عائماً⁽²⁾.

وبتعبير أوضح، فإن الرهن العائم يقع على أموال متحركة غير معينة ولا ثابتة، وتتحدد فقط وقت الحجز على أموال المدين لاستيفاء الدين إذا حل أو ان الوفاء به أو لأي سبب آخر، مثل عدم محافظة الراهن على المال المرهون⁽³⁾.

والغرض من إقرار هذا النوع من الرهن توفير الضمان للدائن المرتهن مع استمرار الراهن في عمله بشكل طبيعي بحيث يمكن له التعامل بالأموال المرهونة في إطار عمله المعتاد⁽⁴⁾، هذا طبعاً إذا اختار الطرفان سلوك طريق الرهن العائم.

والحقيقة، إن من بين الأحكام الجديدة ما لا يستقيم فهمه إلا بتصور وجود نظامين متميزين من الرهن أقرتهما هذه الأحكام. فمن الأحكام ما لا يطبق إلا في حال اختار الطرفان أن يكون الرهن ثابتاً، بينما توجد أحكام أخرى تناسب الرهن العائم وحده.

فإذا اختار الطرفان أن يكون الرهن ثابتاً، فقاما بتعيين المال المرهون تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة، مع احتفاظ المرتهن بحقه في تتبع المرهون، فعندها يجب على الراهن المحافظة على المال المرهون محافظة الشخص المعتاد⁽⁵⁾؛ إذ المال في حيازته وهو مالكة وأمين عليه في الوقت ذاته، وهو مسؤول عن هلاكه. بل إن الأحكام الجديدة تعطي المرتهن مزية لا توفرها القواعد العامة في الرهن بهذه السعة، وهي حق معاينة وتفقد المال المرهون⁽⁶⁾. فإذا

(1) محمد بشايرة وعلاء الدين خصاونة، الجوانب القانونية للائتمياز العائم: دراسة في القانون الأردني رقم 2012/1 بشأن وضع الأموال المنقولة تأميناً للدين، مجلة دراسات: علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، مج 46، ع 3، 2019، ص 8.

(2) S Atherton & R Mokhal, Charges over Chattels- Issues in The Fixed/Floating Jurisprudence, 2004, p 17.

تاريخ الزيارة: 2020/10/22 . منشور على: <https://ssrn.com/abstract=593448>

(3) المادة (4/25) من قانون 2016.

(4) S Worthington, An 'Unsatisfactory Area of The Law' – Fixed and Floating Charges Yet Again, International Corporate Issue- Special Issue, Chase Cambria Publishing, 2010, p 1.

(5) المادة (9) من قانون ضمان الحقوق، وتقابلها المادة (9) من قانون 2016.

(6) راجع المادة (2/25) من قانون ضمان الحقوق، وتقابلها المادة (25) من قانون 2016.

تعتمد الرهن الإخلال بالتزامه بالمحافظة عليه جوزي بجزءات مغلظة، تتمثل بالحبس والغرامة بما لا يزيد على ستين ألف درهم أو بأبي من العقوبتين⁽¹⁾. وفي حال تصرف الرهن بالمال المرهون كان من حق المرتهن تتبعه في أي يد يكون لاستيفاء حقه منه⁽²⁾، إلا إذا كان المرهون مالا مثليا، كما تقدم.

أما إذا اختار الطرفان تعيين المرهون بشكل عام، سواء ورد الرهن على كامل أموال الرهن أو فئة عامة منها، مع السماح بالتصرف بالمرهون، فإن أحكاما مختلفة ستظهر عن تلك المطبقة في حالة الرهن الثابت، ومنها: عدم تصور أن يطلب من الرهن المحافظة على المرهون بذات الصرامة المطلوبة في الرهن الثابت. ففي هذه الحالة لا يمكن أن يطلب منه المحافظة على مال معين، بل المحافظة على حق المرتهن في الاستيفاء بشكل عام. وبذلك، يكون الرهن مخلا بالتزامه إن هو أهمل في المحافظة على محل الرهن أو بدده قاصدا عدم حصول المرتهن على حقه؛ فيجازى الرهن بالعقوبة إن هو قام بأبي عمل أدى إلى حرمان المرتهنين من استيفاء حقوقهم من عوائد المرهون أو من حصيلة التنفيذ عليه⁽³⁾. وبكلمات أخرى، فإن المحافظة هنا لا تعني المحافظة على بقاء المال المرهون لدى الرهن وعدم التصرف فيه؛ فهذا يتنافى مع طبيعة الرهن العائم، ولكنها تعني عدم تبديد الرهن للمال المرهون أو المال الذي حل محله. لذا، فإن ممارسة حق المعاينة، المذكور سابقا، لا يرمي إلى مراقبة بقاء الأموال المرهونة لدى الرهن على حالها، كما في الرهن الثابت، بل ملاحظة فيما إذا حافظ الرهن على هذه الأموال، بعينها، أو على الأموال التي حلت محلها.

كذلك، لا يتصور هلاك المرهون في الرهن العائم؛ لأن الرهن لا يقع على مال معين بل على مجموع المال أو فئة منه عرضة للتبدل. وبهذا، فإن الهلاك كسبب من أسباب انقضاء الرهن بصفة أصلية لا محل له في الرهن العائم⁽⁴⁾.

(1) المادة (2/44) من قانون ضمان الحقوق، وتقابلها المادة (2/41) من قانون 2016، مع ملاحظة أن الحد الأعلى للغرامة في ظل القانون الأخير "ثلاثون ألف درهم".

(2) المادة (1/18) من قانون ضمان الحقوق، وتقابلها المادة (2،1/18) من قانون 2016.

(3) المادة (2/44) من قانون ضمان الحقوق، وتقابلها المادة (2/41) من قانون 2016.

(4) محمد بشايرة وعلاء الدين خصاونة، الجوانب القانونية للائتمان العائم: دراسة في القانون الأردني رقم 2012/1 بشأن وضع الأموال المنقولة تأميناً للدين، مرجع سابق، ص 13.

ولذات السبب، فإنه لا مجال للتتبع في الرهن العائم⁽¹⁾؛ لأن هذا ينافي طبيعته وغايته. ولعل ما ورد في المادة (1) من قانون ضمان الحقوق التي عرفت "عوائد الضمانة" إشارة إلى ذلك؛ حيث تشمل العوائد "أي بدل عيني أو نقدي ينتج عن التصرف بالضمانة أو عن استبدال غيرها بها..."⁽²⁾. ففي هذه المادة إشارة إلى إمكانية التصرف بالمال المرهون واستبداله غيره به، كما صرحت بذلك المادة (2/18) سابقة الذكر، وفيه أيضا إشارة إلى انتقال الرهن إلى البذل.

غير أن الأحكام الجديدة لم تقف عند حد الإشارة إلى عدم إمكان التتبع بل جاءت بنص صريح قررت من خلاله انتقال المرهون إذا كان مالا ماديا إلى مشتريه خاليا من الرهن إذا تم التصرف فيه في سياق الأعمال المعتادة للبائع، لكن النص اشترط حسن نية المشتري؛ أي عدم علمه بكون البيع يخل بحقوق المرتهن.⁽³⁾

والحقيقة إن القوانين في بلاد أخرى قد جاءت بنصوص أكثر وضوحا في دلالتها على عدم إمكانية تتبع المال المرهون في الرهن العائم ودون اشتراط موافقة المرتهن إذا جرى البيع في سياق الأعمال المعتادة للبائع، ومنها القانون الأردني؛ حيث نصت المادة (8) من قانون وضع الأموال المنقولة تأمينا للدين رقم (1) لسنة 2012 (الملغى) على أن: "للجهة المدينة أن تستمر في عملها وتعاملها وتصرفها بأموالها المنقولة بجميع الصور، على أن يخرج كل ما تنتقل ملكيته للغير من الأموال الموضوعة تأمينا للدين، وأن يدخل ضمن الأموال الموضوعة تأمينا للدين كل مال منقول تصبح الجهة المدينة مالكة له". ثم أصبح النص وفقا للمادة (17) قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة رقم 20 لسنة 2018 الذي حل محله: "أ- يترتب على نفاذ حق الضمان في مواجهة الغير حق المضمون له في تتبع الضمانة في يد أي كان لاستيفاء حقوقه. ب- على الرغم مما ورد في الفقرة (أ) من هذه المادة، تقول الضمانة لمشتريها أو لأي شخص آخر يكتسب عليها حقا عليها خالية من حق الضمان النافذ في مواجهة الغير إذا وافق المضمون له على ذلك أو إذا تم التصرف في الضمانة

(1) المرجع السابق، ص 8.

(2) ورد تعريف مشابه لهذا في المادة (1) من قانون 2016.

(3) المادة (3/18) من قانون ضمان الحقوق. وتقابلها المادة (3/18) من قانون 2016، علما أن المادة الأخيرة لم تكن تربط عدم إمكانية التتبع بحسن نية المشتري بل بأن يكون البيع قد جرى بسعر السوق.

ضمن الأعمال المعتادة للضامن"⁽¹⁾. والمأمول من المشرع الإماراتي أن يتولى هذه المسألة بمزيد من الإيضاح.

وبمقارنة ما جاءت به الأحكام الجديدة بشأن تعيين المرهون مع القواعد العامة في الرهن، فإن هذه القواعد تشترط في المرهون أن يكون معيناً، غير أنه يجب ملاحظة أمور تتعلق بشرط التعيين ومبرراته، بما يسعف في فهم الواقع الذي آل إليه شرط تعيين المرهون وفقاً للأحكام الجديدة، هي الآتية:

أولاً: بخصوص تعيين المرهون في الرهن التأميني، أكدت المادة (2/1406) معاملات مدنية وجوب أن يكون المال المرهون معيناً تعييناً كافياً؛ حيث نصت على: "ويجوز للمحكمة أن تبطل عقد الرهن التأميني إذا لم يكن العقار المرهون معيناً فيه تعييناً كافياً"⁽²⁾. وهذا النص فريد من نوعه على صعيد القانون الإماراتي؛ من حيث أخذه بالبطلان النسبي⁽³⁾. فقد جعل للقاضي سلطة إبطال الرهن إذا لم يعين المال المرهون التعيين الكافي، وذلك على خلاف القاعدة العامة في العقود التي تقضي ببطلان العقد في هذه الحالة⁽⁴⁾. ومما يترتب على الأخذ بالبطلان النسبي، أنه لا يجوز للمحكمة أن تحكم ببطلان العقد من تلقاء نفسها، بل لا بد أن يكون ذلك بطلب من أحد طرفي العقد، ويبقى للمحكمة السلطة التقديرية في الاستجابة لهذا الطلب أو رفضه.

ويحقق إعطاء المحكمة سلطة تقدير أمر إبطال الرهن مصلحة طرفي العقد في إمضاء الصفقة التي يضمنها الرهن، شريطة أن لا يفضي ذلك إلى وجود جهالة فاحشة في المال المرهون يصعب معها التنفيذ عليه؛ ذلك أن التشدد في تعيين

(1) انظر، نفس الحكم، المادة (17) من قانون تنظيم الضمانات المنقولة المصري.

(2) وقد اتخذت المادة (2/1035) من قانون تنظيم الضمانات المنقولة المصري موقفاً مغايراً، حيث أبطلت الرهن في حال عدم تعيينه ولم تترك الأمر للمحكمة؛ إذ نصت على: "...ويجب أن يكون العقار المرهون...معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه...، وإلا وقع الرهن باطلاً".

(3) وإذا كان المشرع الإماراتي لم يتبن فكرة البطلان النسبي في أحكامه إلا أن المذكرة الإيضاحية قد أشارت إلى تبنيه هذه الفكرة في خصوص ملكية محل الرهن، (انظر المذكرة الإيضاحية، ج 2، ص 990).

(4) انظر المادة (203) معاملات مدنية.

المال المرهون قد يؤدي إلى إبطال الرهن، الأمر الذي يفضي إلى نقص التأمين بما يسمح للدائن أن يطلب إنهاء المعاملة التي يضمنها هذا التأمين ووفاء الدين فوراً.

ثانياً: رغم أهمية مبدأ تخصيص محل الرهن في درء كل نزاع حول ماهيته، فضلاً عن حماية من يتعاملون فيما بعد مع الراهن بتمكينهم من معرفة الأعباء التي تنقل أمواله، إلا إن المشرع الإماراتي لم ينص على وجوب تعيين المال المرهون حيازياً، كما لم يحل إلى أحكام الرهن التأميني بهذا الخصوص. وقد جرى تبرير ذلك بأن الرهن الحيازي يشترط فيه القبض الذي يقتضي تعيين المال المرهون⁽¹⁾. وهذا ينطبق على القانون الإماراتي الذي يعد فيه القبض شرط تمام ولزوم ونفاذ، مما يجعل تعيين المال المرهون تحصيل حاصل.

ويقينا، فإن ربط التعيين بضرورة القبض، وتخلي الأحكام الجديدة عنه -أي القبض- قد فتح الباب على مصراعيه أمام إنشاء رهن على مال غير معين التعيين الذي تطلبه القواعد العامة، على نحو ما جاء في المادة (8/1/ج)، التي ورد نصها سابقاً.

ولكن يبقى السؤال عن موقف الفقه الإسلامي من هذا المستجد: فهل تسمح قواعده بإنشاء رهن على مال غير معين التعيين النافي للجهالة الفاحشة؟ يمكن القول أن الفقه الإسلامي ينظر إلى الرهن على أنه من عقود الإرفاق؛ أي أنه تبرعي من جهة الراهن⁽²⁾. وقد اختلف الفقهاء في شأن التصرف الوارد على مجهول في عقود التبرعات. وثمة رأي لطيف من الفقه الحنبلي يرى أن عقود التبرعات والتوثيقات لا تلحق بالمعاوضات ولا تقاس عليها من حيث وجوب تعيين محلها "لأن شرط القياس مساواة الأصل والفرع... وأن مفهوم نهيهِ صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر يدل على أن غير البيع من الرهن والهبة لا يلحق به ولا ينهى عنه، لأن الرهن نهاية الأمر أنه وثيقة بحق الإنسان، وعلى تقدير تلفه أو نقصه أو جهالته لا يفوت من حق المرتهن شيء. ولهذا، [جاز] رهن الحب قبل اشتداد حبه، والثمر قبل بدو صلاحه

(1) سهام السعيدي، فكرة رهن المنقول دون حيازة والحماية القانونية له، المركز العربي للدراسات والبحوث، ط 1، القاهرة، 2018، ص 107؛ أحمد الشمري، الأفضلية عند التزام في نطاق عقد الرهن، ط 1، المركز العربي للدراسات والبحوث، القاهرة، 2019، ص 389؛ خولة المعموري، مبدأ تخصيص الرهن، رسالة ماجستير، جامعة بابل، 2009، ص 112، 113.

(2) انظر الحسين بن مسعود البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ص 8 و 9؛ علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، مرجع سابق، ص 137.

لهذه العلة...فعقود التوثيق والتبرعات أوسع من عقود المعاوضات، فتبين أن الصحيح أن رهن المجهول جائز، خصوصا إذا كان يؤول إلى العلم⁽¹⁾. فالجهالة الفاحشة المنهي عنها تكون في البيع، وأما الرهن، فمتى رضي المتراهنان بالرهن القليل أو الكثير، المعلوم أو المجهول، فلا غرر ولا محذور فيه، لأنه على تقدير تلفه لا يفوت الحق بفواته، وهذا القول أقرب إلى العدل والصواب، والرفق بالناس...⁽²⁾. والخلاصة أنه "لم يدل الدليل...على اشتراط تحرير العلم بالمرهون قدرا وجنسا وصفة"⁽³⁾.

ويعضد ما تقدم من القانون أنه يغتفر في التبرعات من حيث جهالة المحل ما لا يغتفر في المعاوضات. وآية ذلك نص المادة (203) معاملات مدنية سالف الورد الذي حصر وجوب تعيين المحل تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة في المعاوضات المالية.

○ المبحث الثالث: التنفيذ على المال المرهون وفقا للأحكام الجديدة

يشكل التنفيذ على المال المرهون واحدا من أبرز ملامح تميز التنظيم الجديد للرهن عن القواعد العامة. ويظهر هذا التميز، بوجه خاص، عند المقارنة مع قوانين تركت التنفيذ على المال المرهون للقواعد العامة في التنفيذ⁽⁴⁾.

ويستعرض هذا المبحث خصوصية التنفيذ على المال المرهون وفقا للأحكام الجديدة، من خلال الخيارات الواسعة التي أتاحتها في التنفيذ، والتي تتجلى من خلالها رغبة المشرع في تيسير التنفيذ على المال المرهون وإعطاء المرتهن دورا وصلاحيات أكبر في هذه العملية⁽⁵⁾.

(1) عبد الرحمن السعدي وآخرون، موسوعة المسائل الفقهية الميسرة، ج 5، دار الفكر، بيروت، 1441 هـ، ص 201، 202.

(2) المرجع السابق، ص 202.

(3) المرجع السابق، ص 203.

(4) هكذا كان الحال وفقا للمادة (12) من قانون وضع الأموال المنقولة تأمينا للدين الأردني (الملغى)، قبل أن يعدل المشرع الأردني عن هذا الموقف ويتبنى ذات توجه المشرع الإماراتي بالنص على قواعد خاصة للتنفيذ تنسم بالاستعجال، (انظر المواد (30-43) من قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة).

(5) هذه الصلاحيات الواسعة هي السبب وراء النص على إلزام المرتهن بتعويض الراهن، وأي صاحب حق على محل الرهن، عن أي ضرر أو كسب فانت ناتج عن مخالفته لإجراءات التنفيذ المنصوص عليها قانونا، (المادة (40) من قانون ضمان الحقوق. وتقابلها المادة (40) من قانون (2016).

وتتمثل خيارات التنفيذ وفقا للأحكام الجديدة في: تملك المرتهن للمال المرهون، التنفيذ على المال المرهون خارج القضاء والتنفيذ على المال المرهون عن طريق القضاء. وسنعالج هذه الخيارات في مطالب ثلاثة.

• المطلب الأول: تملك المال المرهون

نصت المادة (1/26) من قانون ضمان الحقوق⁽¹⁾ على حق المرتهن في تملك المرهون بقولها: "1- يجوز أن يتفق المضمون له والضامن على تملك الضمانة للمضمون له كليا أو جزئيا لاستيفاء حقوقه". فإذا كان على محل الرهن حقوق أخرى تم إشهارها في السجل فعلى المرتهن إشعار أصحابها للحصول على موافقتهم على التملك. ويجوز لكل صاحب حق على المال المرهون الاعتراض لدى المحكمة⁽²⁾ على عرض المرتهن تملك المرهون خلال عشرة أيام عمل من تاريخ إبلاغه عرض التملك. وتصل المحكمة في الاعتراض خلال عشرة أيام عمل من تاريخ تقديمه، ولا يقبل قرارها الصادر بهذا الشأن الطعن بأي طريق من طرق الطعن. فإذا لم يُقدم اعتراض على طلب التملك، أو قُدم فرفض، جاز للمرتهن تملك المال المرهون كليا أو جزئيا اقتضاء لحقه⁽³⁾. أما في حال قبلت المحكمة الاعتراض وجب التنفيذ على المال المرهون وفقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون ضمان الحقوق⁽⁴⁾، والتي سيتم التطرق إليها لاحقا.

وتسجل على الأحكام التي جاء بها المشرع بهذا الخصوص الملاحظات الآتية، والتي يتبين من خلالها مدى توافق هذه الأحكام مع القواعد العامة في الرهن وأحكام الفقه الإسلامي: **أولا:** يمثل السماح بتملك المال المرهون من قبل المرتهن خروجاً على القواعد العامة في الرهن التي لا تجيز تملك المال المرهون من قبل المرتهن سواء كان الرهن تأمينياً أم حيازياً؛

(1) تقابلها المادة (26) من قانون 2016.

(2) محكمة الاستئناف أو المحكمة التي يقع في دائرتها المال المرهون (انظر المادة (1) من قانون ضمان الحقوق).

(3) أما من جهة القانون الفرنسي، فإن مرسوم 346 لسنة 2006 الذي أجاز الاتفاق بين طرفي عقد الرهن على أن يملك المرتهن للمرهون قد قيد التملك بتحديد قيمة المال المرهون من قبل خبراء يتم اختيارهم بالاتفاق أو تعيينهم المحكمة عند عدم حصول الاتفاق، أورده منصور حاتم محسن، رهن المنقول المادي دون حياة: المفهوم والأثر، مرجع سابق، ص 71.

(4) المادة (605،3،2،1/26) من قانون ضمان الحقوق، وتقابلها المادة (43،2/26) من قانون 2016.

حيث تنص المادة (1420) معاملات مدنية على: "1— إذا اشترط عقد الرهن التأميني⁽¹⁾ تملك العين المرهونة للمرتهن في مقابل دينه إن لم يؤده الراهن في الأجل المعين أو إذا اشترط بيعها دون مراعاة الإجراءات القانونية، فالرهن صحيح والشرط باطل. 2. وببطل الشرط ولو تم باتفاق لاحق".

يؤخذ من هذا النص بطلان اشتراط تملك المرتهن العين المرهونة في مقابل دينه إن لم يؤد في الأجل المعين أو اشتراط بيعها دون مراعاة الإجراءات القانونية، كأن يشترط أن يتم البيع من غير مزيدة أو دون تدخل الدائرة المختصة⁽²⁾، وهو ما يعرف بشرط الطريق الممهد⁽³⁾. على أن البطلان يطال الشرط وحده ولا يمس عقد الرهن الذي يبقى صحيحاً، سواء جرى هذا الاشتراط في عقد الرهن أو تم باتفاق لاحق. أما إذا كان الشرط هو الدافع للتعاقد، فإن عقد الرهن يبطل أيضاً. ويلحق بهذا عن طريق القياس اشتراط الدائن المرتهن تملكه مالا آخر للراهن في مقابل الدين، واشترط حصوله على كامل ثمن المال المرهون بعد بيعه حتى لو زاد على قيمة الدين⁽⁴⁾.

وهكذا، تكون القواعد العامة قد سدت الباب أمام تملك المرتهن للمرهون وألزمته بسلوك سبيل التنفيذ على الأموال التي رسمها قانون الإجراءات أمام المحاكم المدنية. ومغزى هذا الحكم الحفاظ على مصلحة الراهن باعتباره طرفاً ضعيفاً قد تستغل حاجته من دائن جشع، فيقبل بمثل هذا الشرط تحت وطأة الحاجة، معتقداً بقدرته على وفاء الدين عند حلول الأجل، فيحصل المرتهن جراء ذلك على المرهون بأقل مما يستحقه. وعادة ما يكون الدين الذي هو الثمن أقل من القيمة الحقيقية

(1) وقد تكرر ذات الحكم بخصوص الرهن الحيازي، انظر المادة (1480) معاملات مدنية، وأكدته المادة (39) من قانون تنظيم القطاع العقاري في إمارة أبوظبي والمادة (11) من قانون الرهن التأميني في إمارة دبي.

(2) الطعن رقم 726 لسنة 2010، س4 ق.أ تجاري- جلسة 2010/8/23، مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض الطوبوية في المواد المدنية والتجارية والإدارية، السنة القضائية الرابعة 2010، من أول يناير حتى آخر ديسمبر، ج 4، ص 868.

(3) فتحي والي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 249؛ مفلح القضاة، أصول التنفيذ وفقاً لقانون الإجراء، دار الثقافة، عمان، 2010، ص 68 وما بعدها.

(4) منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، المطبعة العالمية، القاهرة، 1963، ص 95.

للمرهون، غير أن هذا الحكم يسري أيا كان الثمن المتفق عليه حتى لو ساوى قيمة المرهون أو زاد عليها⁽¹⁾.

ثانياً: إن جواز تملك المال المرهون ليس بدعا في القانون الإماراتي؛ فقد سبق لقانون المعاملات التجارية أن أجاز الاتفاق على تملك المال المرهون. فبعد أن قررت الفقرة الأولى من المادة (176) من ذلك القانون بطلان "كل اتفاق يبرم وقت تقرير الرهن أو بعد تقريره ويعطي الدائن المرتهن في حالة عدم وفاء المدين بالدين في تاريخ الاستحقاق الحق في تملك الشيء المرهون أو بيعه دون مراعاة الأحكام والإجراءات المنصوص عليها في المادة (172)"، أجازت الفقرة الثانية منها الاتفاق اللاحق على تملك المرهون ولكنها ربطته بحلول أجل الدين أو القسط الأول منه؛ حيث جاء فيها: "يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن الشيء المرهون أو جزء منه وفاء للدين أو لجانب منه"⁽²⁾. علماً أن بعض القوانين العربية، كالقانون المصري، قد أجازت تنازل الراهن للمرتهن عن المرهون بعد حلول أجل الدين أو الوفاء بقسط منه حتى في المعاملات المدنية⁽³⁾. وعلة ذلك انتفاء شبهة الاستغلال. فبحلول أجل الدين أو قسط منه يكون الراهن قد تحلل من ضغوط المرتهن وأصبح على بينة من أمره لا محالة، ثم أن التملك في هذه الحالة يجنبه مصروفات بيع المرهون بالمزاد العلني⁽⁴⁾.

والجامع بين ما جاءت به الأحكام الجديدة وقانون المعاملات التجارية جواز الاتفاق على تملك المرتهن للمال المرهون، لكن الافتراق بينها حاصل بالنسبة لأوان الاتفاق؛ حيث يلاحظ أن قانون المعاملات التجارية قد ربط هذا الجواز بدفع القسط الأول، مما يشير إلى أن موعد الوفاء بالدين ولو جزئياً قد أزف، بينما أجاز قانون ضمان الحقوق هذا الاتفاق ولم يربط ذلك بقيد. والقاعدة أن المطلق يجري على إطلاقه؛ مما يفهم منه جواز هذا الاتفاق ولو حصل في

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 10، مرجع سابق، ص 422.

(2) انظر، تطبيقاً لذلك، الطعن 92، 130 لسنة 2015، س 9، ق.أ تجاري، جلسة 2015/6/5، حكم المحكمة الاتحادية العليا، مجموعة الأحكام المدنية والتجارية، السنة القضائية 9، 2015، من أول يناير حتى آخر ديسمبر، المكتب الفني، ص 743.

(3) انظر المادة (2/1025) مدني مصري.

(4) محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد، مج 2، دار محمود، القاهرة، 2014، ص

عقد الرهن ابتداءً. أما قانون 2016 فقد اشترط لصحة هذا الاتفاق أن يتم بعد نفاذ العقد، وذلك حين بينت المادة (26) منه أن هذا الاتفاق جائز "خلال نفاذ حق الرهن أو عند استحقاق الدين المضمون". وقد جاء نص المادة (26) عاما فلم يبين المقصود بالنفاذ: هل هو نفاذ الرهن في حق الغير والذي يتحقق بالإشهار في السجل الإلكتروني أم نفاذه بين أطرافه والذي يتحقق بمجرد كتابة العقد. وعلى أي حال، وحماية للمدين، حبذا لو أخذ المشرع الإماراتي بما أخذت به القوانين في بعض الدول من ربط جواز الاتفاق على التملك باستحقاق الدين⁽¹⁾.

ولدى التدقيق في موقف الفقه الإسلامي من مسألة تملك المرهون من قبل مرتته، نجد أن جمهور الفقهاء قد ذهبوا إلى عدم جواز اشتراط تملك الدائن المرتهن للمرهون في مقابل ما له من دين حال عدم الوفاء به، وهو ما يسمى اصطلاحاً "إغلاق الرهن". ويكون الرهن صحيحاً والشرط فاسداً⁽²⁾. واستدل الجمهور على رأيهم بقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يَغْلَقُ⁽³⁾ الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه". ومعنى الحديث الشريف عند القائلين بالمنع أن الرهن لا يمنع من صاحبه فهو مالكة ولا بد أن تبقى سلطته عليه. وقد أخذ قانون المعاملات المدنية بقول جمهور العلماء فمنع اشتراط تملك المرتهن للمرهون، كما بين سابقاً.

غير أن كوكبة من الفقهاء أجازوا اشتراط تملك الدائن المرتهن للمرهون، ومنهم شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، ومن المتأخرين محمد بن إبراهيم وابن عثيمين. وقد علل ابن القيم ذلك بأن فعل الجاهلية الذي نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه يتمثل بتملك المرتهن المرهون رغماً عن الراهن. أما بيع المرهون للمرتهن فلم يبطله كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا قياس صحيح، وليس فيه مفسدة ظاهرة. وغاية الأمر أنه بيع معلق على شرط، فإذا وفى المدين الراهن الدين فسخ البيع. بل إن الحاجة والمصلحة قد تدعوان إلى هذا الاتفاق. وهو خير للمرتهن من تكليفه اللجوء إلى القضاء بما يرتبه ذلك من خسارة ومشقة⁽⁴⁾.

(1) انظر المادة (29/ج) من قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة الأردني، والتي جاء فيها: "المضمون له أن يعرض على الضامن بعد استحقاق الالتزام المضمون تملك الضمانة كلياً أو جزئياً..."

(2) عبد الرحمن بن محمد النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، مج 5، ط 1، 1398 هـ، ص 87.

(3) ويغلق: بفتح الياء أو ضمها.

(4) شمس الدين ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج 1، ط 1، دار الأرقم، بيروت، 1997، ص 266. وانظر، كذلك، وليد بن هادي، أصول ضبط المعاملات المعاصرة، مرجع سابق، ص 49.

• **المطلب الثاني: التنفيذ على المال المرهون خارج القضاء**

أعطت المادتان (27) و (28) من قانون ضمان الحقوق للمرتهن الحق في التنفيذ على المال المرهون دون اللجوء إلى القضاء. فأما المادة (27) فقد أرست حكما عاما يكون بموجبه للمرتهن في حال إخلال الراهن، سواء كان هو المدين أو غيره، بالالتزامات الواردة في عقد الرهن إخطار الراهن خطيا عن نيته وضع يده على المال المرهون والتصرف فيه خلال المدة المحددة بالإخطار. ويسجل على الحكم الوارد في هذه المادة خطورته على مصالح الراهن من أربع جهات:

الأولى: أن المرتهن يستطيع ممارسة السلطات الممنوحة له وفقا للمادة (27) دون الحاجة إلى الرجوع إلى القضاء.

الثانية: سعة السلطات الممنوحة للمرتهن في سبيل اقتضاء حقه؛ حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة (27) على حق المرتهن في بيع المال المرهون أو التصرف فيه بطريقة أخرى أو تأجيله أو الترخيص باستعماله، وتحديد كافة الجوانب المتعلقة بذلك، مع صلاحية تحديد طريقة ووقت ومكان البيع وسواء تم ذلك من خلال المزاد العلني أو البيع الخاص.

الثالثة: بخلاف ما كان عليه الحال في ظل قانون 2016،⁽¹⁾ لم تشترط المادة (27) موافقة الراهن على التنفيذ خارج القضاء، ولذلك جاءت الأحكام الواردة في هذه المادة تحت عنوان: "حق المضمون له بالتنفيذ على الضمانة بالإرادة المنفردة"، وإنما اشترطت فحسب إخطار: أصحاب الحقوق الأخرى المشهورة على المرهون في السجل، حائز المرهون إذا كان في حيازة الغير، مالك العقار الذي يوجد فيه أو الدائن المرتهن لذلك العقار، ومالك المنقول وحائزه في حال كان المرهون قد ألحق بمال منقول مملوك لآخر.

الرابعة: تخلي المادة (27) عن ضمانه أخرى كانت مقررة في ظل قانون 2016 لمصلحة الراهن⁽²⁾، وهي أن يجري البيع بسعر السوق، علما أن قانون ضمان الحقوق قد نص على هذه الضمانة عند تنظيمه للتنفيذ على المال المرهون عن طريق القضاء، على النحو الذي سيتبين

(1) اشترطت المادة (27) من قانون 2016 للتنفيذ خارج القضاء اتفاق الراهن والمرتهن على ذلك. ولذلك، جاءت هذه المادة تحت عنوان: "حق التنفيذ الاتفاقي على محل الرهن".

(2) المادة (27) من قانون 2016.

لاحقاً. ومن باب أوبى أن ينص عليها في المادة (27) ما دام أن التنفيذ يجري بعيداً عن القضاء.

وفي المجلد يمكن القول إن ما تقدم ينطوي خطورة التفتت إليها القواعد العامة في الرهن، التأميني والحيازي. فقضت ببطلان الاتفاق على التنفيذ دون اتباع الإجراءات القضائية؛ رغبة في حماية حقوق كل من له مصلحة، وخاصة الراهن، في أن يحصل المرهون على أعلى سعر ممكن، وهو ما يحققه البيع بالمزاد العلني تحت رقابة القضاء ووفقاً للإجراءات القانونية. وأما المادة (3،2،1/28)⁽¹⁾ فتتظم حالات خاصة من التنفيذ خارج القضاء بالإرادة المنفردة للمرتهن، وذلك إذا كان المال المرهون عبارة عن حسابات دائنة أو سندات أو وثائق خطية قابلة لنقل الملكية بالتسليم أو التظهير أو ديون للراهن. ففي هذه الحالات، للمرتهن عند إخلال الراهن بالتزاماته استيفاء حقه من المال المرهون مباشرة دون اللجوء إلى أي إجراءات قضائية. فإذا كان المال المرهون عبارة عن حسابات دائنة لدى البنوك فيتم تحصيلها عن طريق إجراء المقاصة، في حال كان المرتهن هو البنك الذي يحتفظ بذلك الحساب، وتتم المطالبة بالمال المرهون إذا كان الحساب لدى بنك آخر. وأما إذا كان المال المرهون عبارة عن سندات أو وثائق خطية قابلة لنقل الملكية، فيتم التنفيذ عن طريق تسليمها أو تظهيرها إذا كانت قيمتها مساوية لحق الرهن أو بتحصيل المبالغ أو تملك البضائع التي تمثلها تلك السندات. وأما إذا كان محل الرهن ديناً للراهن فيجري تحصيله من المدين حتى لو لم يحصل إخلال من طرف الراهن.

وأما من جهة الفقه الإسلامي، فإن جمهور العلماء يجيزون الاتفاق على بيع المرهون خارج القضاء، بل هو الأصل لديهم، لكن البيع عن طريق المرتهن مربوط بإذن الراهن لأن المال المرهون ملكه فتكون ولاية بيعه للراهن لا لغيره.⁽²⁾ ومن هنا، ورد أنه "متى حل الدين وامتنع من وفائه، فإن كان الراهن أذن للمرتهن في بيعه، باعه ووفى الدين، وإلا أجبره الحاكم على وفائه أو بيع الرهن، فإن لم يفعل باعه الحاكم ووفى دينه"⁽³⁾. والأصل أن المرهون "...

(1) تقابلها المادة (28) من قانون 2016.

(2) محمد التوبجري، موسوعة الفقه الإسلامي، ج 3، 1430 هـ، ص 507.

(3) عبد الرحمن بن محمد النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، مرجع سابق، ص 85؛ شرف الدين أبو النجاء الحجاوي، زاد المستقنع في اختصار المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، دار الكتب العلمية، بيروت،

يبيعه الراهن أو وكيله بإذن المرتهن... [و] لو أذن الراهن للمرتهن في بيعه بنفسه فباع في غيبة الراهن فوجهان أحدهما، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد، أنه يصح البيع كما لو أذن له في بيع مال آخر...⁽¹⁾.

• المطلب الثالث: التنفيذ على المال المرهون عن طريق القضاء

دون إخلال بحقه في سلوك الإجراءات القضائية المعتادة، للمرتهن أن يطلب التنفيذ على المال المرهون وفقا لقانون ضمان الحقوق.⁽²⁾ وقد بينت المادة (1/29)⁽³⁾ من هذا القانون أن طلب التنفيذ على المال المرهون يقدم إلى قاضي الأمور المستعجلة لإصدار قرار بوضع اليد على المال المرهون. ويجوز لكل ذي مصلحة الاعتراض على طلب وضع اليد لدى قاضي الأمور المستعجلة خمسة أيام عمل من تاريخ إخطارهم بالطلب.⁽⁴⁾ كما يجوز للراهن أن يوفي الدين المضمون بالإضافة إلى الرسوم والنفقات إلى صندوق المحكمة التي قدم فيها الطلب خلال خمسة أيام عمل من تاريخ تبليغ طلب التنفيذ.⁽⁵⁾ ويفصل قاضي الأمور المستعجلة في الطلب وفي أي اعتراض عليه على وجه الاستعجال.⁽⁶⁾ ويكون قراره قابلا للطعن أمام محكمة الاستئناف المختصة خلال خمسة أيام عمل من تاريخ صدوره، ويعتبر قرار محكمة الاستئناف في هذا الشأن نهائياً، ولا يقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن.⁽⁷⁾ ولا يترتب على هذا القرار حلول آجال أية ديون أخرى مضمونة بالمال المرهون، ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك.⁽⁸⁾

1994، ص 51؛ محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج 9، ط 1، دار ابن الجوزي، الدمام، 1422 هـ، ص 152.

(1) عبد الكريم الرافي، فتح العزيز: شرح الوجيز، ج 10، دار الكتب العلمية، بيروت، 1417 هـ، ص 127 وما بعدها. وانظر، ذات المعنى، عبد الرحمن السعدي وآخرون، موسوعة المسائل الفقهية الميسرة، ج 5، مرجع سابق، ص 204.

(2) المادة (1/29) من قانون ضمان الحقوق.

(3) تقابلها المادة (29) من قانون 2016.

(4) المادة (4/29) من قانون ضمان الحقوق.

(5) المادة (30) من قانون ضمان الحقوق.

(6) المادة (1/31) من قانون ضمان الحقوق. وتقابلها المادة (30) من قانون 2016.

(7) المادة (2/31) من قانون ضمان الحقوق. وتقابلها المادة (30) من قانون 2016.

(8) المادة (4/31) من قانون ضمان الحقوق. وتقابلها المادة (31) من قانون 2016.

وبمجرد تمكينه من وضع اليد على المال المرهون، يحق للمرتهن أن يقدم عريضة لقاضي الأمور المستعجلة يطلب فيها السماح له بإجراء الإصلاحات الضرورية للمال المرهون تمهيدا لبيعه، ويجوز أن تتضمن هذه العريضة طلب تمكينه من استغلاله.⁽¹⁾ وللمحكمة أن تأذن للمرتهن ببيع المرهون على أن يبذل في ذلك العناية الكافية لبيعه بأعلى سعر ممكن، بحيث لا يقل عن سعر السوق، ولها أن تضع حدا أدنى لسعر البيع. ولها، كذلك، أن تسمح للراهن ببيع المرهون إن ثبت أن بإمكانه بيعه بسعر أعلى، ويكون ذلك تحت إشراف المحكمة أو المرتهن.⁽²⁾

وتحت عنوان "تطهير الضمانة من الالتزامات"، نصت المادة (1/35) من قانون ضمان الحقوق على حق كل شخص في "أن يعرض على المضمون له تسديد ما له من حقوق على الضمانة كليا بما في ذلك نفقات التنفيذ عليها، من أجل تطهيرها من الالتزامات القائمة عليها". فإذا قبل المرتهن العرض واستوفى حقوقه حل ذلك الشخص محل المرتهن وبذات مرتبته. وهنا يبدو أن قانون ضمان الحقوق يخلط بين الوفاء بالحقوق الواردة على المال المرهون وتطهير المال المرهون. فالأصل أن التطهير يتم بدفع مبلغ من المال يعادل قيمة المال المرهون لتخليصه من الحقوق التي تثقله سواء كان هذا المبلغ يعادل هذه الحقوق أو يقل عنها. وقد حصل مثل هذا الخلط قبل ذلك بخصوص حق حائز المال المرهون تأمينيا في تطهيره؛ حيث نصت المادة (1433) معاملات مدنية على أنه: "لحائز العقار المرهون رهناً تأمينياً حق تطهير العقار الذي آل إليه من كل حق عيني ترتب عليه تأميناً لدين مسجل بأداء الدين حتى تاريخ إجراء بيعه أو في المواعيد التي حددها قانون الإجراءات أمام المحاكم المدنية والقوانين الخاصة". ففي سياق

(1) المادة (32) من قانون ضمان الحقوق.

(2) المادة (33) من قانون ضمان الحقوق. وتقابلها المادة (33) من قانون 2016. وفي هذه الجزئية توافق الأحكام الجديدة التعديلات التي أدخلت على قانون الإجراءات المدنية عام 2018؛ حيث أتاحت المادة (1/136) من اللائحة التنفيذية للمدين أن يقدم لقاضي التنفيذ طلبا ببيع الأموال المحجوزة لأحد المشتريين ويرفق بطلبه ثمن البيع وموافقة المشتري عليه، ويعرض ذلك على الدائن الحاجز خلال سبعة أيام من تاريخ تقديم الطلب، فإذا لم يعترض خلال سبعة أيام من تاريخ إخطاره أو عند موافقته يتم إجراء البيع وإيداع الثمن خزينة المحكمة لصالح الدائن....".

شرح هذه المادة، لاحظ البعض⁽¹⁾ -بحق- أن المشرع الإماراتي يخلط بين خيار الحائز في تطهير المال المرهون وخياره في أداء الدين.

ومن هنا، يحق التساؤل: هل المقصود من الحكم الوارد في المادة (35) وفاء الحقوق الواردة على المال المرهون أم تطهيره بمعنى عرض مبلغ يساوي قيمة المرهون؟ الحقيقة أن المعنى الأقرب لصياغة نص هذه المادة هو المعنى الأول، أي وفاء الحقوق؛ ذلك أن النص قد أفصح عن التطهير الذي عناه المشرع وهو "تسديد ما له من حقوق على الضمانة"، ولا اجتهاد في مورد النص. غير أنه يبقى للمعنى الثاني أهميته؛ فكما أن للشخص الذي عرض التطهير مصلحة فيه؛ وذلك حين تكون الحقوق الواردة على محل الرهن أكثر من قيمته فيقوم ذلك الشخص بتحريره منها دون أن يضطر لأن يدفع أكثر من قيمته، فإنه من المحتمل أن تكون للمرتهن مصلحة فيه أيضا؛ باعتبار أنه يجنبه التنفيذ على المال المرهون قضائيا وما يتطلبه ذلك من وقت وإجراءات ومصاريف، خاصة إذا تيقن أن ما عرضه عليه ذلك الشخص يقترب من قيمة المرهون. ولذلك، حبذا لو تدخل المشرع بتعديل هذا النص بما يعكس المعنيين. وقد كان هذا في متناول اليد وما يزال؛ إذ يمكن الاستفادة من صياغة نص المادة (1/35) من قانون 2016 الذي عبر عن المعنيين؛ حيث جاء فيه: "لأي شخص خلال السير في إجراءات التنفيذ أن يعرض على المرتهن تسديد ما له من حقوق على محل الرهن كليا أو جزئيا من أجل تطهيره من الالتزامات الواقعة على محل الرهن". فالتسديد الكلي يعبر عن الوفاء، بينما يدخل التسديد الجزئي ضمن المعنى الدقيق للتطهير.

ويلاحظ على التنظيم القانوني للتنفيذ على المرهون قضائيا وفقا للأحكام الجديدة بعض الملاحظات التي تبين حرص المشرع على تيسير وتسريع التنفيذ، مقارنة بالقواعد العامة في التنفيذ على المرهون، أجمالها في النقاط الآتية:

أولاً: اعتبر المشرع التنفيذ على المرهون من الأمور المستعجلة. ويظهر ذلك من خلال إشراك قاضي الأمور المستعجلة في عملية التنفيذ ومن ابتسار مدد التنفيذ.

(1) علي العبيدي، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 166-168؛ علي المهدي و يوسف عبيدات، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية الاتحادي: الحقوق العينية التبعية، ط 2، الأفاق المشرقة ناشرون، الشارقة، 2017، ص 69. ويؤيد هذه الملاحظة ما ورد في المادتين (1065/ج) و(1066) مدني مصري بخصوص معنى التطهير.

ثانياً: تجاوز المشرع الإجراءات المتبعة في التنفيذ على المرهون وفقاً للقواعد العامة؛ وذلك واضح من النص صراحة على إمكانية أن تأذن المحكمة للمرتهن ببيع محل الرهن وذلك دون اتباع إجراءات البيع المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية⁽¹⁾، كما يمكن لها أن تسمح للراهن ببيع محل الرهن إذا ثبت أنه يمكن له أن يبيعه بسعر أعلى، كما مر سابقاً.

ثالثاً: جعلت الأحكام الجديدة التنفيذ على محل الرهن سبباً لانقضاء الرهن؛ بحيث يترتب على ذلك تطهيره من حقوق الرهن وتنتقل هذه الحقوق إلى حسيمة البيع وحسيمة التنفيذ.⁽²⁾ وبهذا يكون القانون قد تلافى ثغرة في القواعد العامة أثارت جدلاً حول انقضاء رهن الحيازي الوارد على منقول بالتنفيذ على المال المرهون؛ إذ لا يوجد نص يفيد بانقضاء الرهن الحيازي بالتنفيذ على المرهون. وبسبب هذا الصمت، رأى البعض أن الرهن الحيازي ينقضي ببيع المال المرهون عقاراً كان أم منقولاً⁽³⁾. أما البعض الآخر فذهب إلى عدم انقضاء الرهن الحيازي الوارد على منقول بالبيع الجبري؛ الأمر الذي يعطي للدائن الحق في حبس المنقول المرهون وعدم تسليمه لمن رسا عليه المزاد⁽⁴⁾، إلا في حالتين: أولاً، أن يكون المرتهن هو طالب التنفيذ؛ إذ بطلبه هذا يصبح متنازلاً عن حقه في حبس المرهون وينتقل حقه إلى ثمنه. والثانية، إذا كان حق طالب التنفيذ متقدماً على حق من بيده المرهون سواء كان حق طالب التنفيذ امتيازاً أو رهناً⁽⁵⁾.

رابعاً: يشترط لإمكان التنفيذ على المرهون وفق الإجراءات التي تضمنها قانون ضمان الحقوق أن يكون الرهن مشهراً في السجل الإلكتروني. فقد اشترطت أن المادة (3/29) من هذا القانون أن يرفق بطلب المرتهن للتنفيذ على المرهون "أ- نسخة من عقد الضمان ومستخلص من إشهار حق الضمان في السجل". ويفهم من هذا أن الرهن غير المشهر في السجل لا يقبل التنفيذ وفقاً لإجراءات التنفيذ المنصوص عليها في قانون ضمان الحقوق، بل يجب سلوك طريق القواعد العامة في التنفيذ.

(1) المادة (1/33) من قانون ضمان الحقوق. وتقابلها المادة (33) من قانون 2016.

(2) المادة (34) من قانون ضمان الحقوق. وتقابلها المادة (34) من قانون 2016.

(3) علي العبيدي، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 216.

(4) محمد المرسي زهرة، ضمانات الإلتزام العينية في قانون المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص 892.

(5) محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية التبعية في القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 124، 125.

○ الخاتمة

لا جدال في أهمية نظم التأمينات العينية، والأهمية القصوى لتطويرها؛ وذلك بالنظر إلى حيوية هذا النوع من التعاملات والحاجة الماسة إليه، لا سيما على الصعيدين الاقتصادي والاجتماعي⁽¹⁾. وقد تناولت هذه الدراسة التطور الأبرز الذي شهدته هذه النظم بإصدار قانون رهن الأموال المنقولة 2016 ثم قانون ضمان الحقوق 2020 الذي خلفه. وبعد أن منّ الله سبحانه وتعالى بالتوفيق للانتهاء من هذه الدراسة، فقد خلصت إلى جملة من النتائج أبرزها الآتية، تتبعها التوصيات.

• النتائج

أولاً: تهدف الأحكام الجديدة في رهن المنقولات إلى تيسير الاستفادة من الأصول المنقولة كضمانات للدين؛ من خلال تشجيع الدائنين على قبول هذه الأصول كتأمينات لحقوقهم، الأمر الذي يترتب عليه إتاحة فرص أكبر للشركات والمؤسسات والأفراد للحصول على التمويل الذي يلزمهم في مشاريعهم.

ثانياً: رغم ما بينهما من تمايز شديد في بعض الأحكام، خاصة تخلي الأحكام الجديدة عن وجوب حيازة المال المرهون، فإن أقرب ما يوصف به نظام الرهن وفقاً للأحكام الجديدة أنه تطور لنظام الرهن للحيازي؛ إذ يرد، إجمالاً، على وعاء الرهن الحيازي ذاته باستثناء العقارات والأموال الخاضعة للتسجيل، هادفاً إلى تنشيط رهن الأموال المنقولة الذي كان أشبه بالمشلول وفقاً لنظام الرهن الحيازي بسبب المصاعب العملية التي تنجم عن اشتراط الحيازة في كثير من الحالات.

ثالثاً: جاءت الأحكام الجديدة بأحكام ثورية مقارنة بالقواعد العامة للرهن. فبالإضافة إلى عدم اشتراط حيازة المال المرهون والاستعاضة عنها بالإشهار في السجل الإلكتروني، أجازت هذه الأحكام رهن المال المستقبلي والمال المعين تعييناً عاماً، كما أفسحت المجال أمام خيارات جديدة للتنفيذ على المال المرهون.

(1) للمزيد، انظر أحمد عرفة، الأحكام الفقهية المتعلقة بالرهون المستجدة، مرجع سابق، ص 39-41.

رابعاً: يعد عقد الرهن المنعقد وفقاً للأحكام الجديدة عقداً شكلياً؛ لا ينعقد إلا بالكتابة، سواء كانت هذه الكتابة عرفية أم رسمية، تقليدية أم إلكترونية. ومما يترتب على ذلك، أن الوعد بالرهن يجب أن يستوفي ذات الشكل، وكذلك الأمر بالنسبة للتوكيل بالرهن.

خامساً: ينفذ الرهن في مواجهة الغير وفقاً لقانون 2016 بالإشهار في السجل الإلكتروني، بينما أضاف قانون ضمان الحقوق إلى ذلك طريقتين ينفذ بهما الرهن هما: حيازة المرهون واكتساب السيطرة عليه. وتتحدد أولوية المرتهن في التقدم على غيره من الدائنين بناء على تاريخ ووقت الإشهار أو الحيازة أو السيطرة. وفي كل الأحوال، فإن رهن الحيازة المنشأ قبل سريان قانون 2016 تتحدد فيه أولوية المرتهن بناء على تاريخ نشوء الحق لا الإشهار.

سادساً: وفقاً للأحكام الجديدة يمكن للمرتهن إذا نفذ الرهن بالإشهار تتبع المال المرهون لاستيفاء حقه. ومع ذلك، فإن ممارسة حق التتبع تتعطل إذا كان المرهون مالا مثلياً.

سابعاً: يتشابه الرهن وفقاً للحكم الجديدة مع الرهن التأميني من حيث عدم لزوم تخلي الراهن عن حيازة المرهون، ولكنه يختلف معه في الشكل المطلوب للانعقاد. فالرهن التأميني ينعقد بتسجيله لدى الدائرة المختصة لا بمجرد الكتابة.

ثامناً: من الآثار الهامة لنفذ الرهن بالإشهار دون حاجة إلى حيازة إمكانية ترتيب رهون متعددة على المال المرهون ذاته، الأمر الذي كان متعذراً في ظل قواعد الرهن الحيازي.

تاسعاً: لدى البحث في موقف الإسلامي من التخلي عن قبض المال المرهون واشتراط الكتابة عوضاً عنه، يلاحظ أن من العلماء من يرى أن التسجيل يغني عن القبض باعتباره قبضاً حكماً للمرهون.

عاشراً: أجازت الأحكام الجديدة رهن المال المستقبلي، وذلك على خلاف القواعد العامة في الرهن. غير أن هذا الموقف ليس جديداً بالكلية، بالنظر إلى وجود سوابق محدودة سُمح فيها برهن المال المستقبلي ضمن القواعد العامة في الرهن، إضافة إلى إجازته في بعض القوانين المحلية بخصوص برهن العقارات المباعة على الخارطة.

حادي عشر: سمحت الأحكام الجديدة بأن يجري تعيين المال المرهون تعييناً عاماً. وقد صاحب ذلك إجازة الاتفاق على انتقال المال المرهون خالياً من أي حق رهن إلى مشتريه أو أي شخص آخر يكتسب حقاً عليه، الأمر الذي يستنتج منه أن باباً قد فُتح أمام ولوج أحكام

شبيهة بنظام الرهن العائم الإنجليزي، الذي يغطي مجموعا متحركا من المنقولات؛ فلا تتحدد الأموال المرهونة إلا لحظة الحجز على أموال المدين. ويترتب على ذلك أن المال المرهون لا يرد عليه الهلاك، كما أنه لا مجال لتتبعه إذا خرج من يد الراهن.

ثاني عشر: بمقارنة ما جاءت به الأحكام الجديدة بشأن تعيين المرهون مع القواعد العامة في الرهن، فإن هذه القواعد تشترط في المرهون أن يكون معينا، غير أن قواعد الرهن التأميني قد تساهلت في هذا حين تركت أمر إبطال الرهن لعدم تعيين محله تعيينا كافيا للمحكمة. أما الرهن الحيازي فلم ينص على وجوب تعيين محله، إلا أن هذا الشرط مفروغ منه، نظرا لضرورة القبض.

ثالث عشر: لا يوجد إجماع في الفقه الإسلامي على وجوب تعيين المال المرهون؛ ذلك أن الفقه الإسلامي ينظر إلى الرهن على أنه عقد تبرعي من جهة الراهن. وثمة رأي في الفقه الحنبلي يرى أن عقود التبرعات لا تلحق بالمعاوضات من حيث وجوب تعيين محلها. ولذلك، يجوز رهن المجهول.

رابع عشر: وسعت الأحكام الجديدة خيارات التنفيذ على المال المرهون بتنظيمها لثلاثة خيارات هي: تملك المرتهن للمال المرهون، التنفيذ على المال المرهون خارج القضاء والتنفيذ على المال المرهون عن طريق القضاء.

خامس عشر: وفقا للأحكام الجديدة، يمكن للمرتهن تملك المرهون في حال وافق الراهن على ذلك. وهذا الحكم مخالف لقانون المعاملات المدنية الذي يبطل اشتراط تملك المرتهن للمرهون، ولكنه متساوق مع ما أخذ به قانون المعاملات التجارية الذي أجاز الاتفاق على تملك المرتهن للمال المرهون بشرط حلول أجل الدين أو قسط منه.

سادس عشر: لم يجمع الفقه الإسلامي على بطلان اشتراط تملك الدائن المرتهن للمرهون. ففي حين يرى جمهور الفقه الإسلامي بطلان ذلك الشرط، رأى علماء معتبرون أن التملك المنهي عنه شرعا هو الذي يقع رغما عن الراهن. أما إذا حصل التملك بموافقة فإنه يكون جائزا ولا مفسدة فيه.

سابع عشر: متناغما مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي، أعطى قانون 2016 للمرتهن الحق في التنفيذ على المال المرهون دون اللجوء إلى القضاء، وذلك إذا اتفق الراهن والمرتهن

على ذلك وعلى أن يتم البيع بسعر السوق كحد أدنى. أما قانون ضمان الحقوق فقد أعطى هذا الحق دون شروط؛ فيكون للمرتهن التنفيذ على المال المرهون دون الاتفاق مع الراهن ودون اشتراط أن يتم البيع بسعر السوق كحد أدنى، وفي ذلك خطورة على مصلحة الراهن، فضلا عن مخالفته الشريعة الإسلامية.

ثامن عشر: اعتبرت الأحكام الجديدة التنفيذ على المرهون من الأمور المستعجلة وخوّلت المحكمة صلاحية أن تأذن للمرتهن أو الراهن ببيع المرهون دون اتباع الإجراءات الواردة في قانون الإجراءات المدنية.

تاسع عشر: أكدت الأحكام الجديدة على أن التنفيذ على المال المرهون وفقا للإجراءات المنصوص عليها فيه سبب لانقضاء الرهن. وبهذا، تكون قد سدت ثلثة في القواعد العامة سببت جدلا حول انقضاء رهن الحيازي الوارد على منقول بالتنفيذ على المال المرهون.

عشرون: يشترط لإمكان التنفيذ على المرهون وفق الإجراءات التي رسمتها الأحكام الجديدة أن يكون الرهن مشهرا في السجل الإلكتروني. وفي حال تخلف هذا الشرط، يجب التنفيذ وفقا للقواعد العامة.

حادي وعشرون: أتاحت الأحكام الجديدة لأي شخص خلال إجراءات التنفيذ على المال المرهون تطهيره من خلال تسديد ما للمرتهن من حقوق عليه، وفي هذا خلط بين تطهير المال المرهون والوفاء بالحقوق الواردة عليه. فالأصل أن التطهير يتم بدفع مبلغ من المال يعادل قيمة المال المرهون لتخليصه من هذه الحقوق.

• التوصيات

بناء على نتائج الدراسة التي جرى استعراضها آنفا، أضع بين يدي المشرع الإماراتي ودارسي الشريعة والقانون بعض الاقتراحات، أملا أن تلقى قبولا لديهم، وهي الآتية:

أولا: من جهة صانع القانون: اقترح على المشرع الإماراتي إدخال التعديلات الآتي بيانها على قانون ضمان الحقوق، مع ملاحظة حداثة هذا القانون، الأمر الذي يقتضي التأمي وإعطاءه الفرصة في التطبيق:

- أ- تبني موقف أوضح من مسألة الأخذ بنظام الرهن العائم؛ حيث يلاحظ إن القوانين في بلاد أخرى كانت أكثر صراحة في الأخذ بهذا النظام.
- ب- ربط جواز الاتفاق على تملك المرهون من قبل المرتهن باستحقاق الدين؛ وذلك حفاظا على حقوق الراهن كطرف ضعيف.
- ج- ربط حق المرتهن في التنفيذ على المرهون خارج القضاء بضمانات تحفظ مصلحة الراهن مثل اشتراط أن يتم ذلك بإذن الراهن وأن يجري البيع بسعر السوق كحد أدنى.
- د- تعديل نص المادة (1/35) من قانون ضمان الحقوق الذي نظم الحق في تطهير المال المرهون نظرا لأنه يخلط بين الوفاء بالدين والتطهير. ولما كان تفعيل كلا النظامين (الوفاء والتطهير) ينطوي على فوائد لجميع الأطراف، فإنه يمكن الاستفادة من صياغة نص المادة (1/35) من قانون 2016 الذي عبر عن كليهما؛ حيث جاء فيه: "لأي شخص خلال السير في إجراءات التنفيذ أن يعرض على المرتهن تسديد ماله من حقوق على محل الرهن كليا أو جزئيا من أجل تطهيره من الالتزامات الواقعة على محل الرهن". فالتسديد الكلي يعبر عن الوفاء، بينما يدخل التسديد الجزئي ضمن المعنى الدقيق للتطهير.

ثانيا: من جهة أساتذة الشريعة والقانون وطلابهما: أمل أن يتصدى أساتذة الشريعة والقانون ودارسوهما للمسائل المستجدة في رهن المنقولات، ومنها: الرهن العائم، رهن المال المستقبلي، تعيين المال المرهون تعيينا عاما، التنفيذ على المال المرهون خارج القضاء من قبل الراهن ودون إذن من الراهن، وتملك المرتهن للمال المرهون، لتسليط مزيد من الضوء عليها، وللوقوف على مدى موافقتها للشريعة وبرؤية معاصرة.

الدراسة الرابعة:

**المسؤولية المدنية الناجمة عن أضرار اللقاحات الخاصة بمواجهة
جائحة كورونا - دراسة في القانونين اللبناني والفرنسي**

د. أحمد إشراقية⁽¹⁾

محمد رفيق شافي⁽²⁾

في ظل جائحة فيروس كورونا المستجد Covid-19، يثير موضوع اللقاح الكثير من النقاش حوله، لا سيما لجهة الفعالية والأمان وكيفية إيصاله ومنحه للأشخاص المعرضين. يهدف اللقاح أساساً إلى تحقيق مناعة لدى شخص المتلقي بمواجهة مرض معد معين (منظمة الصحة العالمية www.who.int). تتمثل عملية التلقيح التقليدية بحقن الأشخاص بنوع من الفيروس أو الباكتريريا المعدل وغير المؤذي وذلك بهدف تحفيز عملية المناعة لديه وحمايته من المرض.

حالياً ومع التطور العلمي، دخلت تقنية جديدة تسمى MRNA، تتمثل بإستخلاص الجزء الخطر والمميز من الحمض الريبي للفيروس محل الدراسة وحقنه للشخص المعرض بهدف تحفيز المناعة لديه وحمايته من المرض.

لا تخلو هذه التقنيات، سواء التقليدية أو المستجدة من المخاطر التي تهدد حق الإنسان بالسلامة والتي قد تصل إلى التسبب بأمراض خطيرة أو حتى وفاة الشخص المتلقي. اثارت عمليات التلقيح عبر الزمن العديد من الحوادث الخطيرة والمؤسفة التي أسست لمسؤولية قانونية على عاتق العديد من العاملين في المجال الصحي

⁽¹⁾ مدير الفرع الخامس في كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية.

⁽²⁾ طالب دكتوراه في جامعة Rennes 1 فرنسا.

كالمصنع (المختبر)، الموزع، العاملين في المجال الصحي من أطباء ومستشفيات وصولاً إلى الدولة نفسها.

كذلك فقد أصبح من المعروف بأن لقاحات Covid-19 أنجزت في وقت قياسي نسبة إلى اللقاحات السابقة، وقد حصلت بعض الشركات-المختبرات المطورة لها على إستثناءات من قبل المؤسسات الدولية المعنية تسمح لها بدمج مراحل الإختبار وذلك كسباً للوقت، كما أنها حصلت على موافقات تحت بند "الإستعمال المشروط" أو "الإستعمال الطارئ" وذلك للحد من التفشي الخطير للفيروس المستجد. حيث بلغ عدد المصابين اليوم أكثر من مائة مليون وعدد الوفيات أكثر من أربعة ملايين شخص.

في ظل هذا الوضع الطارئ وما يتطلبه من إجراءات إستثنائية، اصرت الشركات المصنعة للقاحات على الدول، بأن يكون لديها قوانين خاصة تتعلق بالأدوية واللقاحات الحائزة على الأذونات الطارئة للإستعمال من المنظمات الدولية المعنية، ترفع بموجبها المسؤولية المدنية والجزائية عن هذه الشركات المصنعة عن أي حوادث وفاة أو أمراض أو أعراض جانبية غير متوقعة تنتج عن تلقي اللقاح حتى تاريخ وضعه موضع الإستعمال.

بناء عليه، عمدت الكثير من الدول إلى سن تشريعات إستثنائية على عجل لمنح الموافقة للجهات المعنية بإستخدام هذه اللقاحات على وجه السرعة لوقف تفشي المرض، كما إلى رفع المسؤولية عن الشركات المصنعة والمستوردين والعاملين في القطاع الصحي (لبنان). كما عمدت حكومات أخرى إلى إستخدام بعض اللقاحات على مسؤوليتها حتى قبل حصولها على الأذونات الدولية (الإمارات).

يثير نظام المسؤولية المتعلق بتطوير الصناعة العلاجية بشكل عام وبالتفصيل بشكل خاص العديد من التساؤلات المشروعة حول ماهية المسؤولية القانونية المترتبة عن هذه العملية وكذلك عن الجهات التي تتحمل المسؤولية عن الأضرار التي قد تنتج عن هذه العملية لا سيما المصنعين، الموزعين، الأطباء، المؤسسات الصحية وكذلك الدولة، كما عن الشروط الواجب توفرها لترتيب هذه المسؤولية.

فإذا كان العيب والضرر لا يثيرا إشكالية فيما يتعلق بترتيب مسؤولية مصنع اللقاح عن الأضرار التي قد يتسبب بها، إلا أن العلاقة السببية بين العيب المفترض والضرر يثير

مسألة العلاقة بين السببية القانونية والسببية العلمية وأي من السببيتين يتوجب توفرها لنشوء المسؤولية والتعويض.

كما أنه من المشروع طرح السؤال عن أثر قوانين الإستعمال المشروط والإستعمال الطارئ على نظام المسؤولية في مجال التلقيح.

تكمن صعوبة الطرح في تحديد ماهية اللقاح المعيب، العلاقة السببية بين اللقاح والأعراض التي قد تنتج عنه، كذلك في تحديد خطأ العاملين في هذا المجال. للإجابة عن كل ذلك سوف نعتمد في البحث على المنهج التحليلي المقارن بين القانونين اللبناني والفرنسي وذلك من خلال إستعراض النصوص والإجتهااد وتحليلها بغية الحصول على النتائج المرجوة.

تهدف هذه الورقة إلى تسليط الضوء على المسؤولية المدنية الملقاة على عاتق العاملين في مجال التلقيح من جهة وإلى فعالية القوانين الإستثنائية في رفع المسؤولية عنهم وفي تحديد على من تقع هذه التبعة في هذه الحالة.

سوف يقسم البحث إلى مبحثين، نتناول في الأول المسؤولية المدنية للعاملين في مجال التلقيح من مصنعين وموزعين وأطباء. وفي الثاني سوف نتطرق إلى مسؤولية المؤسسات الصحية والدولة عن التلقيح في ظل القوانين الإستثنائية.

○ المبحث الأول: المسؤولية المدنية للعاملين في مجال التلقيح

في ظل الجائحات، تفترض عملية التلقيح الشاملة تدخل العديد من العاملين، ولعل أهم العاملين في هذا المجال هو مصنع اللقاح بحيث تكون المسؤولية الأكبر من نصيبه في حالة نشوء اعراض جانبية ناتجة عن لقاح معيب. كما ان المسؤولية قد تقع على الموزع والصيدلي والطبيب والممرض كل بحسب الخطأ المنسوب إليه.

لذلك سوف نستعرض في المطلب الأول مسؤولية المصنّع عن الأعراض الناتجة عن اللقاح، وفي المطلب الثاني سوف نتطرق لمسؤولية بقية العاملين في مجال التلقيح.

• **المطلب الأول: مسؤولية مصنع اللقاح عن الأعراض التي قد تنتج عنه**

▪ **الفرع الأول: مسؤولية المصنع عن اللقاح المعيب في القانون الفرنسي**

يقع على عاتق المصنع بشكل عام، ومصنع العلاجات الطبية بما فيها اللقاحات موجب تأمين سلامة المتلقي (المستهلك)، من هنا يمكن أن تترتب المسؤولية على مصنع اللقاح على اساس المسؤولية عن المنتجات المعيبة التي لحظها القانون المدني الفرنسي في المواد 1245 وما يليها منه وذلك تطبيقاً للتوجيه الأوروبي رقم CEE/374/85 الصادر في 25 تموز يوليو 1985⁽¹⁾.

تنص المادة⁽²⁾ 1245 من القانون المدني الفرنسي على أن المنتج يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تسببها عيوب منتجاته، سواء كان مرتبطاً أم لا بعقد مع الضحية.

بحسب هذه المادة يمكن ترتيب المسؤولية على مصنع اللقاح ولكن ما هي شروط هذه المسؤولية؟

♦ **نبذة 1: عناصر قيام مسؤولية مصنع اللقاح**

حددت المادة 1245 الفقرة الثامنة الشروط التي بتوفرها تترتب مسؤولية الصانع عن منتجه المعيب. فعلى المتضرر أن يقدم الدليل على الضرر وعلى العيب في اللقاح وأخيراً على الصلة السببية بين الضرر اللاحق به والعيب في المنتج⁽³⁾.

بموجب هذه المادة يقع عبء إثبات توفر عناصر المسؤولية على المتضرر

(1) www.eur-lex.europa.eu/legal

(2) Art. 1245 du code civil, Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 «Le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime».

(3) Art. 1245-8 du code civil, Créé par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 «Le demandeur doit prouver le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage».

1. الضرر الناشئ عن اللقاح:1

يعتد وفقاً لهذا القانون بالضرر الواقع على سلامة الإنسان. فقد نصت المادة 1-1245 من القانون المدني الفرنسي على ان هذه المسؤولية تتعلق بالتعويض عن الضرر الناشئ عن التعدي على سلامة الشخص.⁽¹⁾

يميز نظام المسؤولية عن الأضرار التي تسببها المنتجات المعيبة بين الضرر الذي يصيب سلامة الإنسان الشخصية والضرر الذي ينشأ عن العيب الخفي في المنتج نفسه والذي يسبب نقصاً في قيمة المنتج سواء لجهة القيمة أو لجهة الإستعمال.

فالضرر المقصود في هذا القانون، هو الضرر الذي يصيب الإنسان في سلامته الجسدية. إن تقديم الدليل على وجود هذا الضرر ليس بالأمر الصعب، فيكفي أن يثبت الشخص الذي تلقى اللقاح بأنه أصيب بمرض أو بأعراض صحية معينة أو أن يثبت خلفاء متلقي اللقاح وفاته، حتى يقوم الدليل على وجود الضرر.

بيد ان الإشكالية تكمن في تقديم الدليل على وجود العيب وعلى العلاقة السببية بين الضرر والعيب.

2. العيب في اللقاح:

يعتبر المنتج معيباً إذا كان لا يوفر الأمان الذي كان من المتوقع أن يؤمنه، فقد نصت المادة 3-1245 الفقرة الأولى من القانون المدني الفرنسي، بأنه يعتبر المنتج معيباً، عندما لا يقدم الأمان الذي كان من المشروع توقعه منه. بالنسبة للقاح، يجب على المتلقي أن يقدم الدليل على وجود نقص في الأمان الذي كان من المفترض أن يؤمنه.

يعتبر إثبات عيب اللقاح من قبل المتضرر امراً في غاية الصعوبة. وذلك لأن إثبات الخطورة المحتملة للقاح لا تكفي بالضرورة لإعتباره معيباً.

فقد قضت محكمة التمييز الفرنسية، بأن الأعراض الجانبية للمنتجات الصحية تعتبر من قبيل المخاطر التي يكون من الصعب إلغائها والتي لا يمكن تحميل مسؤوليتها للمنتج.

⁽¹⁾ Art. 1245-1 du code civil, Créé par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art.2 «Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à la réparation du dommage qui résulte d'une atteinte à la personne».

وقد إستحدثت المحكمة قاعدة تقوم على موازنة الفائدة مع مخاطر المنتج. تقوم هذه القاعدة على مقارنة إيجابيات اللقاح مع عوارضه الجانبية لتحديد ما إذا كان معيباً من عدمه. بناء لهذه القاعدة، قضت محكمة التمييز الفرنسية برد طلب التعويض عن اضرار اللقاح وذلك لأنه تبين للمحكمة بأن فائدة اللقاح كانت اكبر من اعراضه الجانبية، كما إستنتجت بأنه لا توجد علاقة بين اللقاح وإصابة المدعي بالمرض.⁽¹⁾

ومن القرائن التي إعتد عليها القضاء الفرنسي لدحض ادعاءات بتعيب اللقاحات، المدة الزمنية التي تفصل التلقيح عن لحظة ظهور المرض.

فقد قضت محكمة التمييز الفرنسية⁽²⁾ بأن قيام المختبر المصنع في كانون الأول ديسمبر 1996 بإضافة احتمالية الإصابة بمرض التصلب المتعدد إلى قائمة الأعراض الجانبية المذكورة على نشرة للمنتج (اللقاح) تشكل اسباباً كافية عدم الأخذ بتعيب اللقاح محل الإدعاء.

بناء عليه، لا يعتبر اللقاح متعيباً وبالتالي لا يرتب مسؤولية على مصنعه، إلا في الحالة التي لم تكن المعلومات أو التنبيهات حول خطورته مذكورة بشكل كاف وواضح في النشرة التعريفية عنه عند إستعماله.

وعليه قضت محكمة التمييز الفرنسية في حكم آخر، بأن محكمة الإستئناف تحققت بأن النشرة التعريفية الحالية للقاح، تتضمن، إلى جانب الأعراض الجانبية غير المرغوبة، الإشارة إلى إمكانية الإصابة بمرض التصلب المتعدد، ولما كانت النشرة التعريفية باللقاح عند إستعماله لم تكن تتضمن الإشارة إلى إمكانية الإصابة بمرض التصلب المتعدد، فتكون المحكمة قد اصابت بإعتبارها بأن اللقاح يحمل طابع المنتج المعيب وفقاً لنص المادة 3-1245 من القانون المدني الفرنسي⁽³⁾.

(1) Cass. Civ., 29 mai 2013, n°12-20.903.

(2) Cass. Civ., 4 juillet 2019, n°18-16.809.

(3) Cass. Civ., 9 juillet 2009, n°08-11.073,

Article 1245-3, Créé par l' ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 «Un produit est défectueux au sens du présent chapitre lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, Dans l'appréciation de la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, il doit être tenu compte de toutes les circonstances et notamment de la présentation du produit, de l'usage qui peut en raisonnablement attendu et du moment de sa mise en circulation. Un produit ne peut être considéré comme défectueux par le seul fait qu'un autre, plus perfectionné, a été mis postérieurement en circulation».

كذلك يمكن أن يعتبر المصنع مسؤولاً عن تعيب منتجه، حتى ولو اثبت بأنه إلتزم في تصنيعه بقواعد فن الصناعة والمعايير المعتمدة في هذا المجال وحتى ولو كان قد حصل على ترخيص إداري بوضع منتجه في التداول.

3. العلاقة السببية بين الضرر والعيب:

لا يكفي إثبات تعيب اللقاح لترتيب مسؤولية المصنع. فلا بد بالإضافة إلى ذلك، من أن يقدم المتضرر الدليل على العلاقة السببية بين الضرر والعيب، أي أن الضرر اللاحق به ما هو سوى نتيجة لهذا العيب ويرتبط به إرتباط النتيجة بالسبب⁽¹⁾. يعتبر من الصعب جداً على المتضرر أن يثبت بأن اللقاح هو المسبب لمرضه، وذلك لعدم إمكانية الوصول إلى اليقين العلمي في مجال اعراض اللقاحات. تطور الإجتهااد الفرنسي فيما يتعلق بالعلاقة السببية بين اللقاح المعيب والضرر. في البداية، كانت محكمة التمييز الفرنسية متشددة في تقدير توفر العلاقة السببية بين اللقاح والضرر. في حكم صادر في 2003 في قضية تتعلق بإحتمالية تسبب لقاح بمرض إلتهاب الكبد "ب"، إعتبرت المحكمة بأنه لا يمكن ترتيب المسؤولية على مصنع اللقاح طالما انه من المتعذر إيجاد أي عنصر علمي يثبت وجود العلاقة السببية بين اللقاح والمرض.⁽²⁾ بناء عليه، يتبين بأن المحكمة ربطت بين السببية العلمية والسببية القانونية، بحيث ان وجود الشك العلمي حول تسبب اللقاح بالمرض ينفي توفر العلاقة السببية بالمعنى القانوني بين المنتج المتعيب والضرر. لاحقاً، غيرت المحكمة من هذا النهج المتشدد تجاه المتضرر، وبدأت بإعتماد صيغة مخففة لإثبات توفر العلاقة السببية القانونية بين اللقاح والمرض وتمييزها عن السببية العلمية المستيحلة التحقق في هذا المجال.

⁽¹⁾ المادة 8-1245 من القانون المدني الفرنسي،

Article 1245-8 Créé par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2
«Le demandeur doit prouver le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage».

⁽²⁾ Cass. Civ., 23 septembre 2003, n°01-13.063.

4. من السببية العلمية إلى السببية القانونية:

في عدة احكام صادرة في العام 2008، إعتبرت المحكمة، بأنه إذا كانت دعوى المسؤولية عن المنتج المعيب تفترض إثبات الضرر، العيب والعلاقة السببية بين العيب والضرر، فإن هذه العلاقة السببية يمكن أن تستنتج من القرائن، شرط أن تكون هذه الأخيرة قوية ودقيقة ومتطابقة.

يخضع تقدير مدى جدية ودقة وتطابق القرينة لتقدير قاضي الموضوع وذلك وفقاً للمادة 1382 من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾ التي تنص على أن تخضع القرائن التي لم ينص عليها القانون لتقدير القاضي، على أنه ليس للقاضي أن يعتمد عليها إلا إذا كانت جدية ودقيقة ومتطابقة، وفي الحالات التي ينص القانون على إمكانية الإثبات فيها بجميع وسائل الإثبات. على القاضي في هذه الحالة أن يطبق قاعدة إستخلاص القرائن وتقدير مدى جديتها ودقتها مطابقتها للوقائع المعروضة أمامه.

من بين القرائن التي يمكنه اللجوء إليها:

- قرب الفترة الزمنية بين اللقاح وظهور المرض
- غياب السوابق المرضية لدى الضحية أو عائلته
- عدد المصابين بالمرض بعد تلقي اللقاح

من خلال إعتقاد هذا النهج، عدلت محكمة التمييز مسارها بإتجاه مسار أكثر ملائمة للضحية، فلم يعد القاضي يشترط الدليل العلمي القاطع على العلاقة السببية بين عيب اللقاح والمرض.

بذلك تكون محكمة التمييز الفرنسية قد أرست قاعدة تميز بين العلاقة السببية العلمية والعلاقة السببية القانونية، معتمدة هذه الأخيرة في قيام مسؤولية المصنع. بيد أن هذا المسار الملائم للضحية لم يكن بهذه السهولة، فإن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تحديد مدى جدية ودقة القرائن لم تكن دائماً ملائمة للضحية.

⁽¹⁾ Article 1382 du code civil, Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 4

«Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi, sont laissées à l'appréciation du juge, qui ne doit les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen».

ففي أحكام عديدة، إعتبرت محكمة التمييز بأن قاضي الموضوع ومن خلال سلطته التقديرية قد احسن في تطبيق القانون برفضه التعويض على الضحية وذلك لعدم توفر قرائن جدية ودقيقة كافية لإثبات السببية بين اللقاح والمرض⁽¹⁾، ان محكمة الإستئناف، من خلال ممارستها لسلطتها التقديرية في تقييم عناصر الإثبات المقدمة امامها، إعتبرت بأن التزام بين ظهور المرض وتلقي اللقاح، وغياب السوابق المرضية لدى الضحية وعائلته، لا تشكل القرائن الكافية لإقامة العلاقة السببية بين اللقاح والمرض.

أكدت محكمة التمييز هذا التوجه في قرارين حديثين صادرين في 2018⁽²⁾ بالنتيجة، يمكن ترتيب مسؤولية مصنع اللقاح على اساس المسؤولية الناشئة عن فعل المنتجات المعيبة، طالما ان المتضرر قد إستطاع إثبات توفر شروط هذه المسؤولية المنصوص عنها في المادة 1245 من القانون المدني الفرنسي. إلا أن ما يضعف موقف الضحية هو صعوبة إثبات العيب والعلاقة السببية بين العيب والضرر من جهة، ومن جهة اخرى، السلطة التقديرية الممنوحة لقاضي الموضوع في توصيف العيب والعلاقة السببية. مما يجعل التعويض على المتضرر من اللقاح أمر غير أكيد وبالتالي يترك متلقي اللقاح بمواجهة إنعدام المان القانوني وما يؤكد هذا الإتجاه، التغيير الدائم في موقف القضاء الفرنسي.

◆ نبرة 2: الاشتراك في المسؤولية

قد يقع الضرر بسبب فعل عدة أشخاص، كالموزع والمصنّع، أو مصنّعين مختلفين. وهذا ما قد يحصل في فرنسا، حيث أعلن الرئيس امانويل ماكرون، خلال مؤتمره الصحفي الذي عقده في مونتوبون (Montauban) بتاريخ 2021/3/14، تعليق استخدام اللقاح الصادر عن المختبر الانجليزي-السويدي أسترازينيكا (AstraZeneca) إلى حين صدور قرار بشأن سلامته من وكالة الدواء الأوروبية، وذلك بسبب ظهور بعض حالات تجلّط الدّم لدى بعض متلقي هذا اللقاح.⁽³⁾ إلا أن السلطات الفرنسية قرّرت استكمال التّلقّيح بلقاح أسترازينيكا

⁽¹⁾ Cass. civ., 14 novembre 2018, n°17-27.980 et 17-28.529.

⁽²⁾ Cass. Civ., 14 novembre 2018, n°17-27.980 et 17-28.529.

⁽³⁾ F.F avec AFP, Coronavirus: La France suspend l'utilisation du vaccin AstraZeneca jusqu'à un avis européen mardi, journal 20 Minutes, Santé, Publié le 15/03/21 à 16h34 — Mis à jour le 15/03/21 à 18h16

(AstraZeneca)، بعد تأكيد وكالة الدواء الأوروبية على فاعلية اللقاح ضد الفيروس SARS-CoV2 المسبب لمرض الـ Covid-19، وعلى عدم ثبوت أي رابط بين اللقاح والتجَلّطات التي قد تصيب متلقّيه. إلا أن السلطات الفرنسية حصرت استخدام لقاح أسترازينيكا (AstraZeneca) بالفئة العمرية التي تتجاوز الـ 55 سنة من العمر، وذلك بسبب رصد 25 حالة تجلّط في أوروبا لتاريخ 2021/03/16، والتي أدت إلى 9 حالات وفاة أغلبها من النساء، لدى أشخاص لم تتجاوز أعمارهم الـ 55 سنة بعد تلقّيهم لقاح أسترازينيكا وذلك بحسب البروفسور دومينيك لو جولوديك (Pr Dominique Le Guludec)، رئيسة هيئة الصحة.⁽¹⁾ أما الأشخاص ضمن الفئات العمرية دون الـ 55 سنة، الذين تلقّوا الجرعة الأولى من لقاح أسترازينيكا (AstraZeneca)، فقد قرّرت السلطات اعطائهم الجرعة الثانية من لقاح مصنع من شركة أخرى. ويفضّل أن تكون الجرعة الثانية من اللقاحات التي تستخدم تقنية الـ M-RNA بحسب البروفسور دومينيك لو جولوديك (Pr Dominique Le Guludec).⁽²⁾ تطرح هذه الحالة إشكالية تحديد المصنّع الذي يجب أن يتحمّل المسؤولية في حال تضرر متلقّي الجرعتين المختلفتين. في هذه الحالة قضي في فرنسا أنه على كلّ شركة مصنّعة اثبات أن منتجها لم يكن سبب حدوث الضرر.⁽³⁾ وفي حال استحال على الشركتين اثبات انتفاء العلاقة السببية بين منتجيها والضرر، تكون الشركتان مسؤولتان بالتضامن بينهما،⁽⁴⁾ بغضّ النظر عن حجم كلّ مصنع ومدى قوته وحضوره في السوق.⁽⁵⁾ توضحاً لذلك، يمكن في هذا الصدد إثارة ما يسمى بالسببية البديلة، حيث قضت محكمة التمييز الفرنسية بمسؤولية مشتركة بين عدة أشخاص عن الضرر الذين تسببوا به بفعلهم

⁽¹⁾ 20 Minutes avec AFP, Vaccination: Le vaccin AstraZeneca réservé aux plus de 55 ans en France, annonce la Haute autorité de santé, 20 Minutes, Santé, Publié le 19/03/21 à 15h46 — Mis à jour le 19/03/21 à 15h58

⁽²⁾ IDEM

⁽³⁾ Civ. 1re, 24 septembre 2009, n°08-16.305, Bull. civ. I, n°187 ; JCP G 2010, I, 456, n°5, obs. P. Stoffel- 1734 Munck (V. Ambre LAPLAUD, Consentement et responsabilité médicale, Présentée et soutenue le 30 novembre 2019, Université de Limoges, page 373)

⁽⁴⁾ CA Paris, 26 sept. 2012, JurisData n°2012-027169 ; D. 2012, p. 2859, note C. Quetand-Finet (V. Ambre LAPLAUD, Idem)

⁽⁵⁾ CA Paris, 26 sept. 2012, JurisData n°2012-027169, obs. P. Stoffel-Munck, JCP G 2013, I, 484, n 1736°11 (V. Ambre LAPLAUD, Idem)

الضار، دون إمكانية نسبة الضرر بشكل أكيد إلى فعل احدهم⁽¹⁾. وفي حكم آخر يتعلق بالمسؤولية المدنية العقدية، إعتبرت محكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 17 حزيران يونيو 2010، بأن إصابة المتضرر بالتهابات تسببها المستشفى تسال عنها المستشفيات التي خضع لعمليات جراحية فيها بالتضامن، وليس على المتضرر إثبات المستشفى المسبب للضرر، إنما يقع على كل واحدة منهن أن تثبت انها لم تكن سبب الفعل الضار المشكو منه⁽²⁾.

في قضية أخرى، إعتبرت محكمة التمييز⁽³⁾ Affaire Distilibène بأن شركتي الأدوية التان وضعتا المنتج المسبب للضرر في التداول مسؤولتان بالتضامن بالتعويض عن الضرر الذي اصاب الفتاة المدعية والتي تضررت بسبب هذا الدواء. ويقع على عاتق كل منهن ان تقدم الدليل على أن الضرر لم يحدث بسبب منتجها. في هذه الحالة، لم تذهب المحكمة إلى ضرورة إثبات وجود خطأ جماعي من قبل الشركات المصنعة، إنما إعتبرت بأنه من العدالة بمكان إلزام الشركتين بالتعويض على المتضررة على اساس الخطأ المفترض.

أما في لبنان، فيكون كلّ منهم مسؤولاً عن خطئه. أما في حال اشتراك الطرفين في احداث الضرر أو كان من المستحيل تعيين نسبة ما أحدثه كل شخص من ذلك الضرر، فيقوم التضامن السلبى بينهم في التعويض على المتضرر⁽⁴⁾. ويكفي ليقوم التضامن السلبى توافر أحد الشروط السابقة الذكر التي نصّت عليها المادة 137 من قانون الموجبات والعقود⁽⁵⁾.

■ الفرع الثاني: مسؤولية المصنّع عن الأضرار الناجمة عن اللّقاء وفقاً للقانون اللبناني

لم يتطرّق المشرّع اللبناني في قانون الموجبات والعقود الى مسؤولية المصنّع عن المنتج المعيب كما فعل المشرّع الفرنسي، واكتفى بالإشارة الى المسؤولية عن حراسة الجوامد في المادة 131 من قانون الموجبات والعقود. إلا أن مبدأ تجزئة الحراسة يفترض قيام مسؤولية المصنّع

(1) Civ. 1^{ère}, 5 février 2014, n°12-23, 467. C Canno, La causalité alternative: vers une nouvelle immixtion de l'équité en responsabilité civile, le petit juriste, 16 décembre 2014, www.lepetitjuriste.fr

(2) Civ., 1^{ère}, 17 juin 2010 ; n°09-76. 011, Bull. Civ. I, n°137.

(3) Civ., 1^{ère}, 25 septembre 2009, n°08-16, 305, Bull. Civ. I, n°187. Ph le Tourneau, droit de la responsabilité et des contrats, 10^{ème} édition 2014-2015, Dalloz Action.

(4) المادة 137 من قانون الموجبات والعقود اللبناني

(5) محكمة التمييز، الغرفة الثانية، قرار رقم 10، تاريخ 1997/2/13، عدل 1998، ج.1 صفحة 4

أو حارس البنية بسبب عيب في بنية الشيء إذا قام الحارس الفعلي باستعماله وفقاً للتعليمات الواردة على المنتج. وفي هذا الإطار، قضت محكمة الدرجة الأولى في بيروت بقيام مسؤولية مصنع الجهاز الذي تمت عملية قسطرة القلب بواسطته، وذلك بسبب عيب في بنيته نجم عنه ضرر بالغ بالمريضة. وقد استندت المحكمة في حكمها هذا على نظرية تجزئة الحراسة. وقد أوردت في حكمها أنه: "إلى جانب حراسة الاستعمال المترتبة على الحارس مسؤوليَّة عن الأضرار التي يحدثها الشيء الذي يكون تحت إدارته، ورقابته، وسلطته، أرسى واقع التعامل بين الناس قواعد حراسة البنية، وهي حراسة تنشأ عندما يستلم الشخص شيئاً فيستعمله وفقاً للأصول، إلا أنه، وبسبب عيب في بنيته أو تركيبه، يحدث ضرراً للغير، وتُعرف هذه الحراسة بحراسة البنية".⁽¹⁾

من جهة أخرى، نصت المادة 46 من قانون حماية المستهلك على أن "المحترف والمصنع مسؤولين عن الأضرار اللاحقة بالصحة والسلامة العامة والناجمة عن سلعة أو خدمة كانت الإدارة المختصة منحت بشأنها تراخيص من أي نوع كانت. في هذه الحالة، وما لم يتم اثبات وجود خطأ عند منح الترخيص، لا تسأل الدولة أو المؤسسات العامة عن تلك الأضرار".⁽²⁾ كما اعتبرت المادة 106 من قانون حماية المستهلك المصنع والمحترف ومقدم الحاجة مسؤولين عن الأضرار الناتجة عن الاستعمال الملائم للسلعة أو للخدمة التي يقدموها. وبالتالي، فإن مصنع اللقاح الذي نجم عنه ضرر بأحد الأشخاص يكون مسؤولاً في الأساس عن هذا الضرر إذا قام الممتحن الذي أعطى جرعة اللقاح بالتقيد بالارشادات الواردة على زجاجة اللقاح ووفق المعايير العلمية والمهنية. وفي هذه الحالة يقع عبء اثبات عدم توافر المواصفات المعتمدة المتعلقة بالسلامة التي يكون من المشروع توقعها لدى استعمال السلعة أو الخدمة بشكل ملائم وصحيح على عاتق المتضرر أو خلفائه. وعليه أيضاً اثبات أن ضرراً قد لحق به جزاء هذا العيب.⁽³⁾

(1) محكمة الدرجة الأولى في بيروت، الغرفة السادسة، رقم 144، بتاريخ 2011/11/14، مجلة العدل الصادرة عن نقابة

المحامين في بيروت، العدد الثالث، 2012، ص 1496

(2) المادة 46 من قانون حماية المستهلك 659 تاريخ 2005/02/04

(3) مادة 43 من قانون حماية المستهلك رقم 659 تاريخ: 2005/02/04

إلا أن هذه القاعدة في الإثبات لا تتصف متلقي اللقاح، إنما على العكس تشكّل عبئاً عليه: فمن الصعب على المواطن العادي، لا بل شبه مستحيل، إثبات تعيب اللقاح، لانتفاء خبرته في مجال المستحضرات الصيدلانية وعدم المامه بالتركيبية والمكونات ومدى تأثيرها على صحته. وفي بعض الأحيان قد يحدث أن يشمل الخطأ في التصنيع بعض الجرعات دون غيرها، فيصبح من الصعب إثبات العيب في الجرعات التي أحدثت الضرر، وذلك لاستحالة رصد الجرعات الأخرى المعيبة لإجراء الاختبارات عليها. ولكن يمكن للمتضرر من اللقاح التمسك بقاعدة الإثبات المنصوص عنها في المادة 38 من قانون حماية المستهلك، التي تلزم المحترف الذي يطرح منتجاً في السوق لأول مرة إثبات توافر معايير السلامة في منتجته لدى استعماله بشكل ملائم وطبيعي،⁽¹⁾ خاصة أن اللقاح ضد الفيروس التاجي SARS-CoV2، المسبب لمرض الـ Covid-19، يطرح لأول مرة في السوق.

لذلك يستحسن أن يتدخل المشرع ويعدل مسؤولية المصنّع عن الأضرار الناجمة عن المنتجات المعيبة والقائمة على خطأ يجب إثباته من قبل المتضرر، ويستبدلها بنظام جديد قائم على الخطأ الفترض، وبالتالي تصبح مسؤولية المصنّع مسؤولية موضوعية. وذلك حماية للمتضرر من اللقاح أو المنتج المعيب، وحثّ المصنّع على بذل أقصى عناية ممكنة لتلافي أخطاء الإنتاج، خاصة أن اللقاح يمكن أن يمسّ بالسلامة الجسدية التي هي فوق كلّ اعتبار. وقد ألزم قانون حماية المستهلك المحترف بإعلام المستهلك بالأخطار المحتملة المرتبطة باستعمال السلعة (أي اللقاح) أو الخدمة خلال المدة المتوقعة لاستعمالها.⁽²⁾ وبذلك لا بدّ على المصنّع، أن يورد على زجاجة اللقاح جميع المخاطر التي يمكن أن تنجم عن تلقي الجرعة. ولكن إذا كان المستهلك محترفاً ولم يحتوي غلاف اللقاح على مثل هذه المعلومات، لا بدّ من الاستعلام عن مخاطر اللقاح.

(1) مادة 38 من قانون حماية المستهلك رقم 659 تاريخ: 2005/02/04

(2) مادة 36 من قانون حماية المستهلك رقم 659 تاريخ: 2005/02/04

• **المطلب الثاني: مسؤولية العاملين في القطاع الصحي عن الأضرار الناتجة عن اللقاحات الخاصة بفيروس كورونا المستجد**
▪ **الفرع الأول: مسؤولية الأشخاص الطبيعيين في القطاع الخاص**
♦ **نبذة 1: مسؤولية الموزع والصيدلي**

لحظ المشرع الفرنسي في المادة 6-1245 من القانون المدني الحالة التي يكون فيها المصنّع مجهولاً. ففي هذه الحالة يتحمل البائع أو المؤجر (باستثناء المؤجر في حالة الإيجار التمويلي) أو كل مورّد محترف، مسؤولية الأضرار الناجمة عن المنتج المعيب وبنفس شروط قيام مسؤولية المصنّع، هذا إن لم يتم هذا الأخير بتحديد هوية مورّده الشخصي أو المصنّع في خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تبليغه دعوى المتضرر.⁽¹⁾

وبالتالي لا يمكن الرجوع على الموزّع الذي يمكن أن يكون صيدلياً أو البائع إلا إذا كان المصنّع مجهولاً. ففي هذه الحالة لا بد من توافر ذات شروط قيام المسؤولية بالنسبة للمصنّع لقيام مسؤولية الموزّع.

وفي جميع الأحوال يحق للموزّع مدعاة المصنّع، وذلك في مهلة سنة تلي استدعاء الموزّع. ويخضع ادعاء الموزّع على المصنّع لذات الشروط القواعد المنصوص عنها في المادة 1245 والمتعلقة بمدعاة المصنّع مباشرة من قبل المتضرر بسبب عيب في المنتج.⁽²⁾

أما في لبنان، وبغياب نظام خاص لمسؤولية الموزّع أو الصيدلي، فلا بد من الرجوع الى المبادئ العامة المنصوص عنها في قانون الموجبات والعقود. وبالتالي، بحسب المادة 122 من قانون الموجبات والعقود، يكون الموزّع، أو الصيدلي إذا كان هو الذي يستورد اللقاح

⁽¹⁾ Article 1245-6 1er paragraphe, créé par l'Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2:

«Si le producteur ne peut être identifié, le vendeur, le loueur, à l'exception du crédit-bailleur ou du loueur assimilable au crédit-bailleur, ou tout autre fournisseur professionnel, est responsable du défaut de sécurité du produit, dans les mêmes conditions que le producteur, à moins qu'il ne désigne son propre fournisseur ou le producteur, dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la demande de la victime lui a été notifiée.»

⁽²⁾ Article 1245-6 2eme paragraphe, créé par l'Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2:

«Le recours du fournisseur contre le producteur obéit aux mêmes règles que la demande émanant de la victime directe du défaut. Toutefois, il doit agir dans l'année suivant la date de sa citation en justice.»

ويعطيه للمواطنين مباشرة، مسؤولاً تجاه الغير المتضرر في حال ارتكابه لخطأ، أو بسبب اهماله وعدم تبصره استناداً للمادة 123 من القانون نفسه. وفي هذا الإطار، يكون الموزع مسؤولاً عن الضرر الناجم عن مخالفته دليل أصول التخزين والتوزيع الجيد للمستحضرات الصيدلانية في لبنان الصادر عن وزارة الصحة، وخاصة في ما يتعلق بالمستحضرات التي تحتاج لدرجة برودة عالية. فإنّ هذا الدليل يملّي على الموزع أن يوفر الظروف الملائمة لنقل المستحضرات وتخزينها، إضافة الى فحصها باستمرار ومراقبتها وتسجيلها، ولا سيما فيما يتعلق بالحرارة ودرجة الرطوبة.⁽¹⁾

وتجدر الإشارة الى أنه في حالة الموزع الذي يتعامل مباشرة مع الجمهور، كالصيدلي الذي يبيع اللقاح في صيدليته، يمكن ملاحظته على أساس المسؤولية العقدية، في حال كان المنتج معيباً.

◆ نبذة 2: مسؤولية الطبيب

نصّت المادة (I) 1-1142 المذكورة من قانون الصحة العامة الفرنسي على أن مسؤولية الطبيب مبنية على الخطأ، تماماً كما هو الحال لقيام مسؤولية المؤسسات الصحية. كما أضافت الفقرة الثانية من المادة ذاتها أن المتضرر يمكنه طلب التعويض من الدولة بسبب أعمال الوقاية أو التشخيص أو المعالجة حتى ولو لم تقم مسؤولية الطبيب، وذلك ضمن نفس الشروط المذكورة سابقاً في قسم مسؤولية المؤسسات الصحية التابعة للقطاع العام. أمّا في لبنان، اكتفى قانون الآداب الطبيّة رقم 1994/288 المعدّل بموجب القانون رقم 2012/240 بالإشارة في المادة 18 منه إلى المسؤولية الشخصية للطبيب عن أعماله المهنية. وبالتالي لتحديد مسؤولية الطبيب لا بدّ من الرجوع إلى أحكام المسؤولية في قانون الموجبات والعقود.

قضت الغرفة الأولى لدى محكمة الاستئناف في باريس أن العلاقة بين الطبيب والمريض هي علاقة عقدية، يلتزم فيه الطبيب على الأقل بمعالجة المريض وفقاً لما يملكه الضمير، بتأنٍ، ووفقاً للأصول العلمية. وأضافت المحكمة أن مسؤولية الطبيب لا تقوم إلا عند اثبات

⁽¹⁾ Ministry of Public Health in Lebanon, Guidelines on Good Storage & Distribution Practices of Pharmaceutical Products in Lebanon.

خطأ ينسب إليه.⁽¹⁾ وقد أخذ الفقه اللبناني بنفس هذا التحليل في ما يتعلّق بالعلاقة بين الطّبيب والمريض. ولكن قد يجد المريض نفسه أمام طبيب لم يختاره بنفسه، كما هو الحال عند اعطاء اللّقاح. فعندما يتوجّه الشخص إلى مركز التّقاح، لا يختار الطّبيب الذي سيعطيه الجرعة ويشرف عليه بعد حقنه بها. وبالتالي، لا يمكن التّكلم في هذه الحالة عن رابطة عقديّة بين الطّبيب والمريض، وتقوم في هذه الحالة مسؤولية الطّبيب التقصيريّة عند ارتكابه خطأ طبيّاً أدى إلى الإضرار بمتلقّي اللّقاح سندا للمادة 122 من قانون الموجبات والعقود. كما ويسأل الطّبيب عن الضّرر النّاجم عن اهماله أو عدم تبصّره كما يسأل عن فعل يرتكبه.

وتجدر الإشارة إلى أن الطّبيب لا يمكنه التّصل من المسؤولية باثباته أن الخطأ كان يسيراً، فلا فرق بين الخطأ البسيط والخطأ الجسيم لقيام مسؤوليته.

إضافة إلى ذلك، تقوم مسؤوليّة الطّبيب عند اخلاله بموجب الاعلام المفروض عليه بموجب قانون حقوق المرضى والموافقة المستتيرة الصّادر في لبنان بتاريخ 11 شباط 2004 والمادة L.1111-2 من قانون الصّحة العامة الفرنسي. وعليه اذا كتم الطّبيب العوارض الجانيّة للّقاح والأضرار التي قد تتجم عنه يكون قد ارتكب خطأ يلزمه التعويض على متلقّي اللّقاح المتضرّر. وكذلك يكون الأمر في حال أعطى الطّبيب معلومات مغلوطة حول مخاطر اللّقاح. يقع عبء اثبات خطأ الطّبيب في الأصل على المدعي المتضرّر. إلا أنه سندا للفقرة (IV) من المادة 1111-2 من قانون الصحة العامة الفرنسي، وفي حال أخلّ الطّبيب بموجب الاعلام الملقى على عاتقه، على هذا الأخير اثبات أنه أبلغ المتضرّر وفقاً للشروط المفروضة عليه بموجب الاعلام.

يجب على الطّبيب القيام بمهامه بتأنّ وحرص، وفقاً لما يمليه الضمير والعلم.⁽²⁾ وبالتالي فإن أي اخلال من قبل الطّبيب للأسس العلمية والمهنية في ممارسة مهامه يشكّل خطأ يسأل عنه في حال أحدث ضرر بالمريض. وفي هذا الإطار، اعتبرت محكمة التمييز الفرنسية أن عدم احترام الطّبيب للإرشادات المكتوبة على زجاجة اللّقاح خطأ من قبل الطّبيب.⁽³⁾ وفي قرار

(1) Cour d'appel de Paris, 1ere chambre, 19 juin 2003 (V. SALWAN Nehme, la responsabilité du médecin en droit Libanais, page 29)

(2) Civile, 20 mai 1936, Mercier

(3) Cass., 1ere chambre civile, 23 février 1983

آخر، اعتبرت محكمة التمييز أن اخلال الطبيب بموجب مراقبة المريض بعد اعطائه اللقاح، تحسباً لأية ردة فعل من جسم هذا الأخير، هو خطأ من قبل الطبيب.⁽¹⁾
إضافة الى المسؤولية المدنية، يمكن أن تقوم مسؤولية الطبيب المسلكية لمخالفته أخلاقيات المهنة. ففي عام 2017 أصدر مجلس النقابة قراراً قضى بعقوبة مسلكية بحق طبيب دون زوراً في الملف الصحي لأحد الأطفال أنه أعطاه لقاح اجباري.⁽²⁾

◆ نبذة 3: مسؤولية الممرّض المتمرّس

نظّم المرسوم رقم 629-2018 الصادر في 18 تموز يوليو 2018 في فرنسا أعمال الممرّض المتمرّس. فبحسب المادة (I) 1-4301 من قانون الصحة العامة المعدلة بموجب القانون رقم 41-2016 الصادر في 26 كانون الثاني 2016، يمكن للممرّض المتمرّس التدخل في عدّة مجالات، منها أعمال الوقاية.⁽³⁾
وبالتالي لتحديد مسؤولية الممرّض المتمرّس يجب تحديد طبيعة عمله. من جهة أولى يمكن لهذا الممرّض أن يمارس مهامه بمنأى عن الطبيب. أما من جهة ثانية قد يعتبر الممرّض موظفاً في عيادة يملكها طبيب واحد أو عدّة أطباء.
في الحالة الأولى يكون الممرّض مسؤولاً عن خطأه الذي أدى الى إلحاق ضرر بالغير، وذلك لانتهاء صفة التبعية التي اشترطتها المادة 1242 من القانون المدني الفرنسي والمادة 127 من قانون الموجبات والعقود اللبناني. وتطبّق بالتالي مسؤولية الممرّض عن فعله الشّخصي.

⁽¹⁾ Cass., 1ere chambre civile, 27 octobre 1969

⁽²⁾ CE, Chambres 4 et 5 réunis, 22 décembre 2017, 406360

⁽³⁾ Art. L. 4301-1.-I.-Les auxiliaires médicaux relevant des titres Ier à VII du présent livre peuvent exercer en pratique avancée au sein d'une équipe de soins primaires coordonnée par le médecin traitant ou au sein d'une équipe de soins en établissements de santé ou en établissements médico-sociaux coordonnée par un médecin ou, enfin, en assistance d'un médecin spécialiste, hors soins primaires, en pratique ambulatoire. «Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de l'Académie nationale de médecine et des représentants des professionnels de santé concernés, définit pour chaque profession d'auxiliaire médical: «1° Les domaines d'intervention en pratique avancée qui peuvent comporter:
«a) Des activités d'orientation, d'éducation, de prévention ou de dépistage ;
«b) Des actes d'évaluation et de conclusion clinique, des actes techniques et des actes de surveillance clinique et para-clinique ;
«c) Des prescriptions de produits de santé non soumis à prescription médicale obligatoire, des prescriptions d'examen complémentaires et des renouvellements ou adaptations de prescriptions médicales ;

أما في الحالة الثانية، فتستبدل مسؤوليّة الممرّض المتمرّس عن فعله الشّخصي بمسؤولية الطّبيب عن فعل الممرّض. مبرّر ذلك أنّ الممرّض في هذه الحالة تابعاً للطّبيب (المتبوع) ويمارس مهامه تحت اشراف هذا الأخير، ووفقاً لتعليماته وتوجيهاته⁽¹⁾.

تجدر الإشارة إلى أن الأحكام السابقة المتعلقة بالمسؤولية لا تسري الا في حالة التلقيح الاختياري. أما في حالة التلقيح الإجباري، فتقوم مسؤولية الدولة، دون خطأ، كما سنرى لاحقاً.

■ الفرع الثاني: مسؤولية المؤسسات الصحية الخاصة

لم تفرّق المادة 1-1142 من قانون الصحة العامة الفرنسي بين مسؤولية المؤسسات الصحية والاستشفائية التابعة للقطاع العام عن تلك العائدة للقطاع الخاص. إلا أن الاختصاص للنظر في القضايا الناتجة عن خطأ مؤسسة صحية خاصة يعود للقضاء العدلي وليس الإداري كما هو الحال بالنسبة للمؤسسات الصحية التابعة للقطاع العام.

كما وقد تقوم مسؤولية المؤسسة الصحية بسبب الأعمال التي أتاها مستخدميها، وذلك بالاستناد الى المادة 1242 من القانون المدني الفرنسي. وفي هذا الإطار، يكون السيّد أو الولي مسؤولاً عن الضرر الذي أحدثه الخادم أو المولى بالنسبة للأعمال التي استخدموا لأجلها. إضافة الى ذلك، قضت الهيئة العامة لمحكمة التمييز الفرنسية أن التابع لا يكون مسؤولاً عن الضرر اللاحق بأحد الأشخاص إذا أقدم على عمله دون تجاوز حدود المهام المعطاة له من قبل رب عمله.⁽²⁾ ففي هذه الحالة يتحمّل ربّ العمل المسؤولية عن الضرر الناجم عن فعل المستخدم، ولا يحق له عند التعويض على المتضرر الرجوع على المستخدم أو العامل الذي أحدث الضرر.

أما في لبنان، فقد حذا المشرّع حذو نظيره الفرنسي بالنسبة لمسؤولية التابع والمتبوع في المادة 127 من قانون الموجبات والعقود. وأضاف المشرّع اللبناني أن يكون العمل غير المباح، الذي أداه التابع وأدى لإحداث الضرر، قد حدث أثناء العمل أو بسببه وإن كان المتبوع غير حرّاً باختياره. كما اشترطت المادة عينها أن يكون للمتبوع سلطة فعلية في المراقبة والإدارة.

⁽¹⁾ Dylan Martin-Lapoirie, Etude théorique et expérimentale de la responsabilité partagée entre le médecin et l'infirmier en pratique avancée, Thèse présentée et soutenue publiquement le 6 novembre 2020, Université de Lorraine, page 10-11

⁽²⁾ Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 25 février 2000, 97-17.378 97-20.152

ويستوي أن يكون المتبوع شخصاً حقيقياً أو معنوياً.

ولتحديد مسؤولية المؤسسة الصحية عن فعل الطبيب، لا بد من تحديد مدى تبعية الطبيب للمؤسسة. وبهذا الإطار، نصت المادة 5-4127 R من قانون الصحة العامة الفرنسي أنه لا يجوز للطبيب أن يتنازل عن استقلاله المهني بأي شكل كان.⁽¹⁾ كذلك الأمر في لبنان، حيث منعت المادة 14 من قانون الآداب الطبية رقم 1994/288، والمعدل بموجب القانون رقم 2012/240، الطبيب من التنازل عن حرّيته المهنية أثناء تقديمه العناية اللازمة من أجل شفاء المريض وتخفيف آلامه. وبحسب المادة عينها، على الطبيب أن يرفض أي ضغط من شأنه أن يؤثر على قراره خلال ممارسة مهنته. وكذلك أكدت الغرفة الثالثة لدى محكمة الاستئناف في بيروت على استقلالية الطبيب في ممارسة عمله وفنّه في معالجة المريض أو إجراء العمليات الجراحية وإن كان متعاقد مع أحد المستشفيات لممارسة مهنته ضمنها، أو موظف لديها.⁽²⁾

وبالتالي، مسؤولية المؤسسة الصحية لا تقوم بسبب ضرر نتج عن خطأ أحد الأطباء المتعاقدين معها أو الموظفين لديها، وذلك بسبب انتفاء التبعية المنصوص عنها في المادة 1242 من القانون المدني الفرنسي والمادة 127 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

○ المبحث الثاني: مسؤولية الدولة ووسائل الإغفاء من المسؤولية

• المطلب الأول: مسؤولية الدولة

حدّد القانون الفرنسي رقم 806-2004 الصادر بتاريخ 9 آب أغسطس 2004 نظام المسؤولية عن عمليات التلقيح الاجباري. فبموجب هذا القانون تتحمّل الدولة المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن عمليات التلقيح الاجباري. ومسؤولية الدولة في هذا الإطار هي مسؤولية دون خطأ.⁽³⁾

⁽¹⁾ Article R4127-5 code de la santé publique: «le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit.»

⁽²⁾ محكمة استئناف بيروت، الغرفة الثالثة، (لا رقم، لا تاريخ)، مجلة العدل، 2002، العدد 2 و3، ص. 359 (أنظر، محمد رياض دغمان، القانون الطبي (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى 2017، ص. 104)

⁽³⁾ Loi n°2004-806, 9 aout 2004

وبحسب المادة 9-3111 تقوم الهيئة الوطنية للتعويض عن الحوادث الطبية مهمة التعويض عن الأضرار الناجمة عن عمليات التلقيح الاجباري.

■ الفرع الأول: مسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها

نصت المادة 11 من القانون رقم 634-83 الصادر في فرنسا بتاريخ 13 تموز يوليو 1983 والمعدل بالقانون رقم 727-2018 تاريخ 10 آب أغسطس 2018 على أن الدولة مسؤولة عن التعويض المحكوم به من المحاكم المدنية على موظف عام، إلا اذا كان الضرر ناجم عن خطأ شخصي من الموظف.⁽¹⁾ ويعتبر الخطأ شخصياً اذا كان الموظف قد ارتكبه قصداً أو أو اتسم بالجسامة.

ان المؤسسات الصحية العامة تخضع للقانون العام، وبالتالي، تتحمل الدولة المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن أخطاء موظفي المؤسسة الصحية العامة. إضافة الى ذلك نصت المادة- (II) 11421 من قانون الصحة العامة أنه في حال عدم ارتكاب أي خطأ من قبل الممتهين في القطاع الصحي، وفي حال عدم قيام مسؤولية المؤسسات الصحية، يتم التعويض على المتضرر على وجه التضامن الوطني *A titre de solidarité nationale*.

وفي هذا الإطار، نصت المادة 62 من المرسوم الاشتراعي رقم 59/112 المتعلق بنظام الموظفين أن الدولة في لبنان مسؤولة عن الأضرار الناتجة عن فعل موظفيها إذا حدثت أثناء أو بسبب ممارسة الوظيفة. كما أعطت المادة عينها للدولة، بعد دفع التعويضات المحكوم بها للمتضرر، حق الرجوع على الموظف الذي ارتكب الخطأ. وقد حصرت هذه المادة حق الدولة بالرجوع على الموظف في حال كان هذا الأخير قد ارتكب خطأ جسيماً كان من السهل تلافيه.⁽²⁾

(1) Article 11 (II), Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors. Modifié par LOI n°2018-727 du 10 août 2018 - art. 73: «II.- Sauf en cas de faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions, la responsabilité civile du fonctionnaire ne peut être engagée par un tiers devant les juridictions judiciaires pour une faute commise dans l'exercice de ses fonctions.

Lorsque le fonctionnaire a été poursuivi par un tiers pour faute de service et que le conflit d'attribution n'a pas été élevé, la collectivité publique doit, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable au fonctionnaire, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui.»

(2) المادة 62 من المرسوم الاشتراعي رقم 59/112:

في هذه الحالة لم يشترط القانون التبعيية من أجل قيام مسؤولية الدولة، بل يكفي لتقوم مسؤولية الدولة أن يكون الضرر نجم عن خطأ الطبيب أو الممرض إذا كانوا موظفين عموميين وارتكب الخطأ أثناء ممارستهم لمهامهم في العلاج أو الوقاية أو بسببه.

■ الفرع الثاني: مسؤولية المؤسسات الصحية في القطاع العام

تناولت المادة 1-1142 من قانون الصحة العامة الفرنسي⁽¹⁾ مسؤولية المؤسسات الصحية بشكل عام. ففي فقرتها الأولى، نصت المادة المذكورة أنه في حال لم يكن المنتج معيباً، لا يمكن أن تقوم مسؤولية المؤسسة الاستشفائية التي تقوم بعمليات الوقاية (مثل عمليات التمنيع) والتشخيص والمعالجة إلا عند ثبوت خطأ أدى إلى إلحاق ضرر بالمريض. في مثال على ذلك، اعتبر مجلس الدولة الفرنسي عدم مراقبة حالة المريض خطأ يستوجب التعويض عنه في حال أدى ذلك للإضرار بهذا الأخير.⁽²⁾ وبالتالي لا بد للمستشفى من مراقبة متلقي اللقاح بعد اعطاء الجرعة للتأكد من عدم وجود أي ردة فعل من قبل متلقي اللقاح من شأنها احداث تدهور في حالته الصحية.

طرحت الفقرة الأولى من المادة 1-1142 اشكالية حول المقصود بالخطأ لقيام المسؤولية. في السنوات الممتدة بين عامي 1935 و1992، تأرجح الاجتهاد الإداري في موضوع تحديد الخطأ أساس المسؤولية. ففي قرار له بتاريخ 8 تشرين الثاني نوفمبر من عام 1935، حيث كانت المستدعية تطلب قيام مسؤولية مستشفى Saint-Antoine بسبب مضاعفات أصابتها بعد خروجها من المستشفى جراء خطأ الطاقم الطبي في المستشفى المذكورة، رفض مجلس الدولة الفرنسي طلب المستدعية لعدم ثبوت خطأ من الطاقم الإداري، ولا خطأ جسيم

"المسؤولية المدنية: اذا اتى الموظف عملاً مضرًا بالغير اثناء ممارسته الوظيفة او بسبب ممارسته اياها كانت الدولة مسؤولة تجاه الغير عن عمل الموظف وللدولة في حالة الحكم عليها بالعطل والضرر ان تعود على الموظف اذا تراءى لها انه ارتكب خطأ جسيماً كان من السهل تلافيه."

⁽¹⁾ Article L1142-1(I), Modifié par LOI n°2009-526 du 12 mai 2009 - art. 112:

«I. - Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute.»

⁽²⁾ CE, 27 février 1985, Centre hospitalier de Tarbes, n° 39069-48793

من الطاقم الطبي خلال معالجة المستدعية.⁽¹⁾ وبالتالي، يكون مجلس الدولة الفرنسي في هذه الحالة اشترط الخطأ الجسيم كأساس لقيام المسؤولية.

في قرارات لاحقة، اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن الخطأ الواجب اثباته لقيام المسؤولية هو الخطأ في التنظيم والعمل. وفي هذا الإطار، اعتبر القاضي الإداري أن الخطأ في هذه الحالة هو الخطأ البسيط، سواء كان مثبتاً أو مقدراً. وبالتالي يمكن أن تقوم المسؤولية في هذه الحالة عند التأخر غير المألوف في معاينة مريض في قسم الطوارئ⁽²⁾، في نقص عدد الطاقم الطبي وضعف التنسيق بينهم⁽³⁾، أو في غياب المراقبة والمتابعة الواجبة للمريض.⁽⁴⁾

إضافة إلى الخطأ البسيط الناتج عن التنظيم والعمل، فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن مسؤولية المؤسسة الصحية تقوم أيضاً نتيجة خطأ بسيط ناتج عن الرعاية الروتينية. في الأساس كان هذا الخطأ لا يقيم المسؤولية إلا إذا ارتكب من قبل شخص من خارج الطاقم الطبي.⁽⁵⁾ ففي قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 21 تموز يوليو من عام 1939، اعتبر أن الحروق الناتجة عن الكمادات الساخنة جداً بفعل عاملة الغرف خطأ ناتج عن الرعاية.⁽⁶⁾ إلا أن قرار مجلس الدولة الصادر في قضية روزي في عام 1959 اعتبر أن فعل العناية الروتينية يتميز بمضمونه لا بفاعله⁽⁷⁾، وبالتالي لم يعد من الضروري أن يقع الخطأ بفعل شخص من خارج الطاقم الطبي.

وأخيراً، وبسبب صعوبة التمييز بين الأعمال الطبية عن أعمال الرعاية الروتينية، ومن أجل الحد من نظرية الخطأ الجسيم، دحض قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 10

⁽¹⁾ CE, 8 novembre 1935, Venue Loiseau, née Vion et Philipponneau

⁽²⁾ CE, 12 décembre 1941, Hôpital civil d'Antibes, (V. KANOUN Sonia, La responsabilité pour faute en matière hospitalière à l'épreuve de l'acharnement thérapeutique: le jugement du 2 juin 2009 du tribunal administratif de Nîmes, Journal de l'Association des Directeurs d'hôpital, numéro 26, mars – avril 2010, page 34)

⁽³⁾ CE, 19 février 1986, Epoux Anger (V. KANOUN Sonia, Idem)

⁽⁴⁾ CE, 17 novembre 1961, Epoux Edme (V. KANOUN Sonia, Idem)

⁽⁵⁾ KANOUN Sonia, Idem

⁽⁶⁾ CE, 21 Juillet 1939, Lemaire (V. KANOUN Sonia, Idem)

⁽⁷⁾ CE, Sect., 26 juin 1959, Rouzet (V. KANOUN Sonia, Idem)

نيسان 1992 نظرية الخطأ الجسيم، ووحد نظام مسؤولية المؤسسات الصحية في القطاع العام ليقوم على أساس الخطأ البسيط.⁽¹⁾

في جميع الأحوال، يقع عبء اثبات الخطأ ومدى نسبه للمؤسسة الصحية على عاتق المدعي المتضرر. إلا أن الاجتهاد الإداري قد أوجد حالات خطأ مقدر، كحالة الخطأ في عمليات التلقيح الاجباري.⁽²⁾

من جهة أخرى، في حال لم تقم مسؤولية أحد الأشخاص المحددين في الفقرة الأولى من المادة 1-1142 من قانون الصحة العامة الفرنسي، وعدم قيام مسؤولية المصنّع، يحق للمريض أن يطلب تعويض عن المضاعفات غير المألوفة بالنظر الى حالة المريض الصحية، والنتيجة عن عمليات الوقاية، التشخيص أو العلاج. إلا أن تلك المضاعفات يجب أن تكون على قدر من الجسامة، بحيث من شأنها أن تؤثر على حياته الخاصة والمهنية، أو تفقده قدراته الجسدية مؤقتاً. ويستوي أن تكون هذه المضاعفات جسدية أو نفسية.⁽³⁾ ويتم التعويض بالتضامن الوطني.

• المطالب الثاني: وسائل الإعفاء من المسؤولية

يمكن اعفاء المشاركين في عملية التلقيح، كالمصنّع، الموزّع، الطبيب والممرّض، اضافة الى المؤسسات الصحية، من المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن اللقاح. وتقسّم وسائل الاعفاء من المسؤولية الى وسائل عامّة (الفرع الأول) ووسائل خاصّة (الفرع الثاني).

⁽¹⁾ CE, 10 avril 1992, Epoux V., 79027 (V. L'engagement de la responsabilité des hopitaux publics, l'Etat du Droit, Conseil d'état, Décembre 2014, page 2)

⁽²⁾ CE, Assemblée, 7 mars 1958, Secrétaire d'état de la santé publique C/ Sieur D., 38230

⁽³⁾ Art. 1142-1 (II), Modifié par LOI n°2009-526 du 12 mai 2009 - art. 112:

«II. - Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et, en cas de décès, de ses ayants droit au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique, de la durée de l'arrêt temporaire des activités professionnelles ou de celle du déficit fonctionnel temporaire.»

▪ الفرع الأول: الوسائل العامة

♦ نبذة 1. رضى الضحية

بحسب المادة 138 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، فإنه لا يمكن لأحد التتصل من مسؤوليته بادراج أي بند في العقد يعفيه كلياً أو جزئياً من المسؤولية عن الضرر الناجم عن احتياله أو خطأه الفادح. وفي هذه الحالة يكون البند باطل دون العقد.

أما المادة 139 من القانون عينه، فقد سمحت ادراج بنود نافية للتبعية وبنود المجازفة، ويكون "معمولاً بها على قدر ابرائها لذمة واضع البند من نتائج عمله أو خطأه غير المقصود". إلا أن مثل هذا الابراء يقتصر على الأضرار المادية ولا يتجاوزها ليشمل الأضرار اللاحقة بحياة الانسان وسلامته الجسدية.⁽¹⁾

وبالتالي لا يمكن ادراج أي بند في العقد بين الملقح ومتلقي اللقاح يعفي الأول من المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن خطأه، المقصودة وغير المقصودة، وذلك لأن اللقاح يمس بالسلامة الجسدية مباشرة.

وقد منعت المادة 14-1245 من القانون المدني الفرنسي ادراج أي بند من شأنه اعفاء المصنّع أو تحديد مسؤوليته عن الأضرار الناجمة عن تعيب المنتج. إلا أن مثل هذه البنود تبقى صحيحة في العقود بين المحترفين فيما يتعلّق بالأموال غير المعدة لاستعمال المحترف الشخصية.⁽²⁾

♦ نبذة 2. ممارسة الأفعال التي يجيزها القانون

نصت المادة 186 من قانون العقوبات اللبناني في بندها الثاني عن انتفاء الصفة الجرمية عن العمليات الجراحية والعلاجات الطبية المنطبقة على أصول الفن. إلا أن اسقاط الصفة الجرمية عن هذه الأفعال متوقّف على رضى المريض أو ممثليه الشرعيين أو في حالات

(1) المادة 139 من قانون الموجبات والعقود اللبناني

(2) Article 1245-14 Créé par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2:

«Les clauses qui visent à écarter ou à limiter la responsabilité du fait des produits défectueux sont interdites et réputées non écrites.

Toutefois, pour les dommages causés aux biens qui ne sont pas utilisés par la victime principalement pour son usage ou sa consommation privée, les clauses stipulées entre professionnels sont valables.»

الضرورة القصوى. وبالتالي فإن المسؤولية تزول في حالة اعطاء اللقّاح وفقاً لأصول الفنّ ودون خطأ من الجهة التي تعطي اللقّاح، بشرط أن يكون متلقّي اللقّاح قد أبدى رضاه بعد اعلامه العوارض الجانبية التي قد تصيبه والمخاطر الناتجة عن التلقيح. ويسقط الصفة الجرمية عن هذا الفعل، تسقط المسؤولية ويسقط الحق بالتعويض.

◆ نبذة 3. خطأ المتضرّر

يمكن توزيع التبعة وتخفيض بدل العوض الذي يعطى للمتضرّر، بحسب المادة 135 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، إذا ارتكب هذا الأخير خطأ من شأنه أن يخفف الى حدّ ما تبعة خصمه دون أن يلغيها. أمّا إذا كان خطأ المتضرّر سبب الضرر بكامله، فلا يمكن مساءلة الطبيب عن خطأ لم يرتكبه. وفي فرنسا قضت محكمة التمييز أن فعل الضحية أو شخص ثالث من شأنهم اعفاء مرتكب الخطأ كلياً من المسؤولية، دون أن يشكل فعلهم خطأ. إلا أن الفعل الذي يؤدي الى الاعفاء من المسؤولية عليه أن يكون أساس الضرر، كما يجب أن يستوفي شروط القوة القاهرة.⁽¹⁾ أمّا إذا كان فعل الضحية أو الشخص الثالث في فرنسا يشكل خطأ فلا ضرورة لأن يستوفي شروط القوة القاهرة للاعفاء من المسؤولية كما هو الحال في القانون اللبناني، والذي لم ينص عن الفعل غير الخاطئ للضحية.

كما أن المشرع الفرنسي، في المادة 12-1245 من القانون المدني، لحظ امكانية تخفيض التبعة عن المصنّع أو ازلتها، في حال حدث الضرر بسبب مشترك بين العيب في المنتج وفعل المتضرّر. إلا أن تبعة المصنّع لا تخفّض بمساهمة شخص ثالث باحداث الضرر⁽²⁾ من غير الأشخاص الذين يكون المتضرّر مسؤولاً عنهم.

◆ نبذة 4. القوة القاهرة

تعتبر القوة القاهرة وسيلة اعفاء من المسؤولية لأنها تقطع الصلة السببية بين الفعل والضرر. إنّ القوة القاهرة هي حدث غير متوقّع أو مفاجئ خارج عن ارادة

⁽¹⁾ Cass, 2eme chambre civil, 17 décembre 1963

⁽²⁾ Article 1245-13 Créé par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2:

«La responsabilité du producteur envers la victime n'est pas réduite par le fait d'un tiers ayant concouru à la réalisation du dommage.»

الشخص، ولا يمكن تفاديه. مثلاً تعتبر قوّة قاهرة استحالة أخذ الجرعة الثانية بسبب استحالة وصوله الى مركز التلقيح لأخذ الجرعة الثانية، وبالتالي عدم تكوين المناعة اللازمة للجسم لمكافحة فيروس كورونا، ما أدى الى اصابة المواطن بالفيروس وتضررت رثاه ما أدى الى وفاته.

◆ نبذة 5. أسباب أخرى لرفع المسؤولية

نصت المادة 10-1245 من القانون المدني الفرنسي أن مسؤولية المصنّع تزول اذا أثبت أنه لم يضع المنتج في التداول. ان وضع المنتج قيد التداول يتطلب أن يخرج المنتج من مرحلة الانتاج، ويدخل في مرحلة التسويق، بحيث يصبح متوقفاً في السوق للاستهلاك النهائي من قبل الجمهور.⁽¹⁾

كما يستطيع ان ينفي عنه هذه المسؤولية إذا اثبت بأن العيب المسبب للضرر لم يكن موجوداً في المنتج عند وضعه في التداول، وأن هذا العيب قد ظهر لاحقاً على ذلك، أو بأنه عند طرح المنتج في التداول، لم تكن المعرفة العلمية والتقنية تسمح باكتشاف العيب. يمكن لمصنّع اللقاح التمسك باستحالة معرفة أخطار منتج، خاصة أن العوارض الجانبية والأضرار الناجمة عنه قد لا تظهر إلا بعد أشهر من طرحه للاستهلاك. إلا أن المصنّع لا يمكنه التمسك بهذه الحالة من أجل استبعاد مسؤوليته، في حال جهله غير المبرر لمخاطر اللقاح التي تمّ التبليغ عنها، أو التي كان عليه توقعها، وكان عليه التثبت منها،⁽²⁾ ويجب التّشدد في تطبيق هذه القاعدة.⁽³⁾ وفي هذه الحالة لا يتمّ القياس على معيار المعرفة العلمية والمهنية العادية بل على المستوى الأعلى من المعرفة والتبصّر.⁽⁴⁾

وأخيراً لا تقوم مسؤولية المصنّع اذا أثبت أن العيب ناتج عن تقييد المنتج بمواصفات وقواعد إلزامية ذات طبيعة تشريعية أو تنظيمية.

⁽¹⁾ CJCE, 9 février 2006, Declan O'Byrne c/ Sanofi Pasteur, n° C.127/04

⁽²⁾ M. H, Mediator: l'exonération du fabricant est refusée, DALLOZ, 19 Octobre 2017

⁽³⁾ V. CJCE 10 mai 2001, Henning Veedfald c/ Arhus Amtskommune, n° C-203/99

⁽⁴⁾ Ph. Brun, Responsabilité civile extracontractuelle, Litec, 2e éd. 2009, n° 749 (V. M. H, Mediator: l'exonération du fabricant est refusée, DALLOZ, 19 Octobre 2017)

■ الفرع الثاني: الوسائل الخاصة

أصدر المجلس النيابي اللبناني، في جلسته العامة المنعقدة بتاريخ 2021/01/15، قانون تنظيم الاستخدام المُستجدّ للمنتجات الطبية لمكافحة جائحة كورونا Covid-19، وذلك استجابة لشروط الشركتان الأمريكية والألمانية فايزر-بايونتك (Pfizer-BioNTech) المصنّعة للقاح ضد وباء الكورونا.

وأتى هذا القانون على خلفية تفشي وباء الكورونا في لبنان والعالم، وما يشكّله من مخاطر صحيّة واجتماعيّة واقتصاديّة. لذلك ارتأى المجلس النيابي ضرورة وضع نظام يحدد المسؤوليّة عن الأضرار الناجمة عن اللقاح، خصوصاً أن الشركات المصنّعة قد أجرت التجارب السريريّة بشكل طارئ ومختصر، وذلك بسبب تداعيات تفشي الوباء، ما جعل مهلة اجراء التجارب السريرية بالطريقة التقليديّة قصيرة من أجل الاسراع بطرح اللقاح لتفادي خسارة ملايين الأرواح الإضافيّة.⁽¹⁾

أتى القسم الأول من القانون ليحدّد نطاق تطبيق هذا القانون. وقد نصّت الفقرة الأولى من هذا القسم على الأشخاص الذين يشملهم القانون، وحددتهم بالأشخاص والكيانات العاملة في القطاع الصحي اللبناني، في اطار مكافحة جائحة كورونا. أمّا الفقرة "ب"، فقد أضافت الى نطاق تطبيق هذا القانون، عمليّات تطوير وإدارة واستعمال بعض منتجات العلاج الطّبي المتعلّقة حصراً بجائحة كورونا، وتكون بالتّالي أضافت الى الأشخاص المشمولين بهذا القانون، مصنّعي اللقاحات والمضادات الحيويّة والأدوية، وموزعيها، والمشرفين على ادارة عمليّات الوقاية والعلاج.

أتى القسم الثاني من القانون رقم 211 تاريخ 2021/01/16، لاعفاء جميع مقدمي الرعاية الصحية من أطباء وصيادلة وممرضين والمؤسسات الاستشفائية والعاملين في القطاع الصحي اللبناني، إضافة الى المصنع، حامل شهادة التسويق، والموزع لمنتج العلاج الطبي الخاص بجائحة كورونا، من الملاحقة قضائياً جراء المسؤولية الناتجة عن تطوير أو إدارة أو استعمال أي منتج للعلاج الطبي في إطار جائحة كورونا.

(1) الأسباب الموجبة والمبررة للعجلة للقانون رقم 211 تاريخ 2021/01/16 " تنظيم الإستخدام المستجد للمنتجات الطبية لمكافحة جائحة كورونا COVID-19"

وقد حصر القانون منع الملاحقة القضائية بمقدمي الرعاية الصحية من أطباء وصيادلة وممرضين والمؤسسات الاستشفائية والعاملين في القطاع الصحي اللبناني، فقط بالنسبة لما يتعلّق بالأضرار الناجمة عن استخدام المنتجات الطبيّة والصّيدلانيّة المتعلّقة بوباء كورونا، بما فيها اللّقاحات، وفق العلاجات الحائزة على موافقة وزارة الصّحة العامّة، تبعاً للقواعد المحددة علمياً وطبياً للاستخدام الطارئ.

الآ أن قواعد عدم الملاحقة المذكورة لا تطبّق في حال حدوث وفاة أو اصابة بالغة، وكان السلوك القسدي لأحد الأشخاص المشمولين بهذا القانون يشكّل السبب المباشر للوفاة أو الإصابة البالغة. وبالتالي لا بد من توافر ثلاثة شروط لاستبعاد الاعفاء من الملاحقة المقرّر في قانون تنظيم الإستخدام المستجد للمنتجات الطبية لمكافحة جائحة كورونا. وتتمثل هذه الشّروط:

- أولاً بحدوث وفاة أو اصابة بالغة: وقد قصد المشرّع اللبناني بالإصابة البالغة "الإصابة الجسدية المهددة للحياة، أو التي ينتج عنها أو تتطلب عملية طبية أو جراحية لمنع أي وظيفة من وظائف الجسم من الإصابة بالعتل الدائم، أو التي ينتج عنها ضرر دائم لأي تركيبة من تركيبات الجسم".
- ثانياً بسلوك قسدي لمسبّب الوفاة أو الإصابة البالغة: قد يتمثّل باحدى الأشكال التي حددها المشرّع في البند الرابع من الفقرة "أ" من القسم الأول من قانون تنظيم الإستخدام المستجد للمنتجات الطبية لمكافحة جائحة كورونا. بالتالي، لا يمكن التمسك بالاعفاء من الملاحقة المقرر في هذا القانون إذا أتى الشّخص فعله قصداً بنية تحقيق هدف غير مشروع، أو عن علم وبغياب أي مبرر قانوني أو واقعي للفعل، أو بتجاهل لخطر معروف أو واضح يكون كبيراً لدرجة يصبح معه مرجحاً بشكل كبير أن يتخطى الضرر الفائدة المرجوة
- الصّلة السببية بين فعل الشّخص أو الكيان والوفاة أو الإصابة البالغة: فيجب أن يكون الفعل القسدي للشّخص أو الكيان المشمول بأحكام قانون تنظيم الإستخدام المستجد للمنتجات الطبية لمكافحة جائحة كورونا سبباً مباشراً في احداث الضّرر المتمثّل بالوفاة أو الإصابة البالغة.

أن منع الملاحقة القضائية المقررة في قانون تنظيم الإستخدام المستجد للمنتجات الطبية لمكافحة جائحة كورونا يطرح إشكالية معرفة الجهة المسؤولة عن الأضرار أو المولجة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بمتلقي اللقاح. فهل يعتبر هذا القانون اعفاء من المسؤولية، أو أنه ينقل المسؤولية من كاهل مسبب الضرر الى كاهل الدولة؟

أجاب المشرع صراحة عن هذا التساؤل في في القسم الرابع من القانون رقم 211 تاريخ 2021/01/16 المتعلق بتنظيم الإستخدام المستجد للمنتجات الطبية لمكافحة جائحة كورونا. وبموجب هذا القسم لا يمكن للمتضرر من تطوير أو إدارة أو استعمال أي منتج للعلاج الطبي المتعاقد عليه أو الموافق عليه من قبل وزارة الصحة العامة في إطار مكافحة جائحة كورونا إلا مطالبة الدولة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به.

إلا أن هذه القاعدة لا تطبق إذا قام الشخص أو الكيان المنصوص عنهم في هذا القانون بفعل قصدي نتج عنه وفاة أو اصابة بالغة بمتلقي اللقاح أو العلاج.

ويتم تقديم طلب التعويض الى لجنة متخصصة علمية تنشأ في وزارة الصحة بقرار من الوزير. تتألف هذه اللجنة من مدير من أصحاب الاختصاص في وزارة الصحة العامة (رئيساً)، وعضوية طبيبين متخصصين بالأمراض الجرثومية والوبائية يختارهم وزير الصحة العامة، وطبيبين متخصصين تسميهما نقابتا الأطباء في بيروت وطرابلس. وتتولى هذه اللجنة عملية تقييم وتحديد الأضرار الناتجة عن استعمال منتج طبي يستخدم لمكافحة جائحة كورونا ماهية وأسباباً بعد دراسة الملفات المعروضة عليها. وعلى اللجنة البت بطلبات التعويض بمهلة أقصاها شهران من تاريخ ورود الطلب الى الوزارة. وفي حال انتهاء المهلة قبل البت بالطلب أو في حال صدور قرار برفض التعويض كلياً أو جزئياً يمكن للمتضرر مراجعة القضاء الإداري وفقاً للأصول المنصوص عنها في نظام مجلس شورى الدولة.

○ الخاتمة

استعرضنا في هذا البحث موضوع المسؤولية المدنية الناتجة عن الأضرار التي يمكن أن تسببها اللقاحات بشكل عام ولقاح كورونا بشكل خاص. وتبين بأن هذه المسؤولية لا تخرج عن نطاق القواعد العامة، وتدخل بشكل أساسي في المسؤولية عن المنتجات المعيبة.

يفتقد القانون اللبناني لنصوص خاصة بالمنتجات المعيبة وذلك على عكس القانون الفرنسي والقوانين الأوروبية التي أتمدت، بناء على التوجيه الأوروبي CEE/374/85 الصادر بتاريخ 25 تموز 1985، نظام خاص لهذه المسؤولية.

بشكل عام، إذا كان العيب والضرر لا يثيران إشكالية قانونية لتوفرهما بالنسبة لقيام المسؤولية المدنية فإن السببية ما زالت تثير الكثير من النقاش حولها لا سيما لجهة أي من السببية العلمية أو القانونية يجب توفرها لإثبات نسبة الضرر إلى العيب، بحيث يكون الضرر إمتداداً طبيعياً له.

وقد انتهى هذا البحث الى جملة من النتائج نوردتها على الشكل التالي:

1. ان المسؤولية المدنية عن اللقحات المعيبة المسببة للضرر هي مسؤولية شبه موضوعية قائمة على أساس الخطأ المفترض، وهو ما يعتبر اكثر عدالة بالنسبة للمتضرر.
2. عالج المشرع الفرنسي هذه المسؤولية وفقاً للمسؤولية عن المنتجات المعيبة. اما في القانون اللبناني، فإن الإجتهد قد عالج هذه المسؤولية على أساس حراسة الأشياء الجامدة بناء على تجزئة الحراسة إلى حراسة استعمال وحراسة بنية.
3. أن القضاء الفرنسي لا يزال يتأرجح بين السببية العلمية التي تحتاج إلى يقين والتي يكون من الصعب اثباتها، الأمر الذي يؤدي إلى حرمان الضحية من حقه بالتعويض لأنه من المستحيل اثبات اليقين العلمي حول ارتباط المسبب بالسبب، وبين السببية القانونية المرجحة حالياً من قبل القضاء والتي لا تحتاج إلى يقين إنما يمكن اثباتها بكافة وسائل الاثبات. اذ يكفي مجرد حصول ضرر بالإضافة إلى وجود قرائن قوية ودقيقة ومتطابقة تفيد أن هذا الضرر مرتبط بالفعل الضار عندها تتعقد السببية القانونية وتقوم المسؤولية.
4. يقع على القاضي، بما له من سلطة تقديرية، ان ينظر في كل حالة على حدا وأن يحدد مدى قيام مسؤولية المنتج من عدمها.
5. يقع على المنتج أن يعلم المستعمل من خلال الدليل الإرشادي بالمخاطر المحيطة بالقاح.
6. يقع عبء إثبات إرتباط العيب بالمنتج على عاتق المتضرر، فعليه أن يقدم الدليل على مرحلتين:

- الأولى: ان يثبت ان هذا المنتج ممكن ان يؤدي إلى هذه الضرر بالنظر إلى السوابق والمعطيات المحيطة بالعملية.
- الثانية: أن الضرر نتج عن هذا المنتج تحديداً
7. يتجه الفقه الفرنسي إلى دمج السببية بالضرر فيما يتعلق بالمسؤولية عن المنتجات المعيبة.
8. يمكن للمنتج أن يدفع عنه المسؤولية بإقامة الدليل بأنه لم يضع المنتج في التداول وان المنتج ما زال قيد الإختبار ويستفيد من قوانين الإستعمال الطارئ في هذا المجال.
9. عند حدوث الضرر عن اكثر من لقاح، تطبق السببية البديلة، بحيث يسأل كل منتج عن الضرر الذي سببه لقاحه، في حال تعذر ذلك يتحمل المنتجين المسؤولية بالتضامن.
10. تقوم مسؤولية المنتج المدنية عن اللقاح بغض النظر عن وجود عقد بينه وبين المتلقي.
11. أما بالنسبة لمسؤولية العاملين في المجال الطبي والمؤسسات الصحية، فإن القانون الفرنسي واللبناني قد تطرقا إلى هذا الموضوع وعالجاه بنصوص خاصة.
12. تقوم مسؤولية الطبيب على اساس الخطا الطبي وكذلك بالنسبة للممرض المتمرس.
13. بالنسبة للموزع الصيدلاني، لا يمكن الرجوع على الموزع الذي يمكن أن يكون صيدلانياً أو البائع إلا إذا كان المصنّع مجهولاً. ففي هذه الحالة لا بد من توافر ذات شروط قيام المسؤولية بالنسبة للمصنّع لقيام مسؤولية الموزع.
- وفي جميع الأحوال يحق للموزع مدعاة المصنّع، وذلك في مهلة سنة تلي استدعاء الموزع. ويخضع ادعاء الموزع على المصنّع لذات الشروط والقواعد المنصوص عنها في المادة 1245 من القانون المدني الفرنسي والمتعلقة بمدعاة المصنّع مباشرة من قبل المتضرر بسبب عيب في المنتج.
14. بالنسبة لمسؤولية المؤسسات الصحية العامة، فتسأل الدولة عن أخطاء موظفيها وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية المدنية.
15. أقرت أغلب الدول لا سيما لبنان قوانين للإستعمال الطارئ للقاحات بحيث أعفت هذه القوانين المنتج والعاملين في مجال التلقيح بلقاحات كورونا من التعويض عن الأضرار

النااتجة دون إعفائه من المسؤولية، على أن تتحمل الدولة التعويض عن هذه الأضرار لمدة سنتين.

وفي ضوء ما سبق، فإننا نتوجه ببعض التوصيات التي استخلصناها من بحثنا هذا وهي على الشكل التالي:

- نوصي بتعديل القوانين بما يتناسب مع المسؤولية الموضوعية بحيث يكون لهذه القوانين أثر اجتماعي أكبر، بالإضافة الى ذلك الانتقال من التوجه الشخصي نحو المسؤولية الاجتماعية التي تتصف الضحية كونها تكون قائمة على التعويض.
- ندعو بأن يكون القضاء الفرنسي جازماً أكثر بتطبيق السببية القانونية في المسؤولية الموضوعية وذلك بسبب عدم وجود يقين خاصة في القانون وفي الوقائع المادية، فتطبيق السببية القانونية يؤدي الى انصاف الضحية على عكس السببية العلمية.
- نوصي القضاء بالبحث عن السببية القائمة على القرائن الدقيقة والقوية في المسؤولية عن المنتجات المعيبة وأن يكون قناعته كرجل قانون وليس كعالم تطبيقي، وبكل حالة على حدا وفقاً لسلطته التقديرية.
- نوصي المشرع اللبناني بإعتماد قوانين أكثر خصوصية وأكثر وضوحاً فيما يتعلق باللقاحات والعلاجات الدوائية، لا سيما وأن الدراسات تشير إلى أن الجائحات قد تصبح دورية وبالتالي لا بد للمشرع من مواجهتها بقوانين إستباقية على غرار ما فعل المشرع الفرنسي.
- نوصي المشرع اللبناني بالتمييز بين قوانين الإستخدام الطارئ وقوانين الوضع في التداول المشروط للقاحات كورونا، حيث ان هذه الأخيرة لا تعفي المنتج والعاملين في المجال الطبي كلياً من المسؤولية والتعويض عن الأضرار التي قد تسببها لقاحات كورونا.

الدراسة الخامسة:

**المسئولية المدنية للطبيب عن الفشل في منع الحمل
"دراسة تحليلية مقارنة بين القانون المصري وبعض الأنظمة المقارنة"**

د. عبد الرازق وهبه سيد احمد محمد⁽¹⁾

يعتبر التعقيم أفضل الطرق لمنع الحمل بين الأزواج. فقد يرغب الوالدين في عدم إنجاب أطفال إما لعدم قدرتهم المالية، أو الاكتفاء بعدد الأطفال الموجودين لديهم. وهذا الذي يحدث في عصرنا الحالي بسبب غلاء المعيشة وعدم تواجد فرص العمل... إلخ. ونتيجة لذلك تسعى الكثير من الدول إلى عملية تنظيم الأسرة وإعطاء الإرشادات للوالدين لكي يقوموا بتنظيم مستقبلهم الأسرى والحفاظ على أبنائهم من التشرذم وذلك لعدم قدرتهم المالية على مواجهة مصاريف تعليمهم وتربيتهم، لا سيما إذ كانوا من ذوي الاحتياجات الخاصة.

لذا يتعين على الطبيب أثناء القيام بعملية التعقيم أن يراعي الأصول العلمية الثابتة في عملية التعقيم وأن يتبع المعايير العلمية المعروفة في هذا الصدد. فأي إخلال بهذه المعايير يعرضه للمسئولية الطبية. وذلك لأنه قد يترتب على الإهمال في عملية التعقيم وجود حمل قد يعرض حياة الأم للخطر أو ميلاد طفل مشوهاً لعدم معرفة الوالدين بذلك في الوقت المناسب لاتخاذ قرار إنهاء الحمل.

ونتيجة لذلك، حاولت بقدر المستطاع توضيح المسئولية المدنية للطبيب عن الولادة الخاطئة من خلال تسليط الضوء على بعض الأنظمة القانونية المتبعة في هذا الصدد. مبيناً كيفية حصول الوالدين على تعويض في حالة ميلاد الطفل بطريق الخطأ، وإثارة النقاش حول

(1) أستاذ القانون المدني المساعد، كليات عنيزة الاهلية - المملكة العربية السعودية.

موضوع لم يتم دراسته بشكل منهجي. هادفاً من وراء ذلك تبني معيار أوسع وأشمل للعناية التي يتعين أن يبذلها الطبيب في هذا الخصوص.

♦ أولاً: أهمية البحث

يجب تطوير قواعد المسؤولية الطبية لمواجهة إهمال الطبيب في ظل التطور الطبي الهائل لا سيما في مجال عمليات التعقيم، التي أصبحت منتشرة حول العالم لمواجهة منع الحمل في ظل الظروف الاقتصادية التي تمر بها الدول. لذا تكمن أهمية البحث في كيفية حصول الوالدين على تعويض في حالة الولادة بطريق الخطأ. فالتعويض الذي يحصل عليه الوالدين يتمثل في الخسائر المالية التي يتحملها الوالدين في تربية الطفل. أي أن الوالدين لا يحصلون على تعويض عن الطفل في حد ذاته لأنه لا يعتبر ضرراً موجباً للتعويض.

♦ ثانياً: مشكلة البحث

تلعب عملية التعقيم دوراً مهماً في منع الحمل، لذا يلجأ إليها كثيراً من الوالدين أما لعدم الرغبة في الإنجاب لظروف صحية أو الاكتفاء بما لديهم من أولاد. ففشل عملية التعقيم قد يترتب عليه حدوث حمل لا يرغب فيه الوالدين، إضافةً إلى أن إهمال الطبيب في إخطارهم في الوقت المناسب للتأكد عما إذا كان الجنين سليماً غير معاقاً أم لا قد يترتب عليه ولادة طفل مشوهاً. وهذا لا يحدث مستقلاً عن المشكلات الفنية والقانونية التي تواجه المسؤولية الطبية، الأمر الذي يتطلب إعادة النظر في المسؤولية الطبية ومعياري العناية الذي يتعين أن يبذله الطبيب أثناء قيامه بعملية التعقيم. فالمشكلة الأساسية التي دفعتنا لاختيار الموضوع تدور حول الإجابة على التساؤلات الآتية:

1. ما هو مفهوم الولادة الخاطئة؟
2. ما هي أنواع المسؤولية المدنية عن الولادة الخاطئة؟
3. هل يمكن التعويض المادي والمعنوي عن الولادة الخاطئة؟
4. من له الحق في رفع دعوى المسؤولية المدنية في حالة الولادة الخاطئة؟

♦ ثالثاً: منهجية البحث:

يقوم البحث على المنهج التحليلي المقارن بين القانون المصري والقانون الاتحادي الإماراتي وبعض النظم القانونية المقارنة - فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا وبلجيكا- المتعلقة بالمسئولية المدنية عن الولادة الخاطئة مع بيان أنواع الأضرار التي يتم التعويض عنها ومن له الحق في المطالبة بالتعويض عن هذه الأضرار، كما اعتمد البحث على المنهج التحليلي للآراء الفقهية المتبعة في هذا الصدد. ولهذا قسمت البحث بالشكل الآتي: المبحث التمهيدي: مفهوم الولادة الخاطئة.

المبحث الأول: أنواع المسئولية المدنية للطبيب عن الولادة الخاطئة.

المبحث الثاني: أثر قيام المسئولية المدنية للطبيب عن الولادة الخاطئة.

○ المبحث التمهيدي: مفهوم الولادة الخاطئة

اعترفت المحاكم بأنه في حالة ولادة الطفل بطريق الخطأ، يسعى الوالدين في الحصول على تعويض عن الأضرار المادية والمعنوية المترتبة على ميلاد الطفل بشكل خاطئ، والتي كان يمكن تجنبها لولا إهمال الطبيب. ففي ألمانيا طالب الوالدين بالتعويض نتيجة لميلاد الطفلين مصابين بالحصبة الألمانية، مؤسسين دعواهم على أنهم كانوا على استعداد للإجهاض لو تم إخطارهم من قبل الطبيب بالعيوب الخلقية المحتملة⁽¹⁾.

فمصطلح الولادة الخاطئة يشير إلى الخطأ الطبي الذي يبرر للوالدين رفع دعوى تعويض عن الأضرار التي لحقت بهم نتيجة لإهمال المدعى عليه أو لانتهاكه للعقد. وهذا المصطلح يقابل مصطلح ميلاد الطفل معاقاً نتيجة لإهمال الطبيب في تقديم المشورة الكافية، التي تبين إعاقته أثناء الحمل أو قبله. وانتقد هذا المفهوم الأخير، لأنه مصطلح لم يتم تبنيه عالمياً. فمفهوم الولادة والحياة والقيم المتأصلة فيهما، هي مواضيع مملوءة بالعواطف يخضع فيها الناس لمشاعرهم وأفكارهم الراسخة. وعلى أيه حال، يعد مصطلح الطفل المعاق أمر هام، لأنه يميز بين الدعوى المرفوعة من الوالدين والطفل، لأن هاتين الدعوتين تنطويان على مشاكل مختلفة عن بعضهما اختلافاً جوهرياً. فإذا لم يتم هذا التمييز، سترفض دعوى المسئولية عن الولادة الخاطئة⁽²⁾.

(1) David D. Wilmoth, Wrongful Life and Wrongful Birth Causes of Action: Suggestions for a Consistent Analysis, Marquette Law Review, vol.63,1980,p.621.

(2) Gerald B. Robertson, Civil Liability Arising From "Wrongful Birth" Following An Unsuccessfulsterilization Operation, Vol. 19, No. 2 (Winter 1978), Pp. 140-166

وتحدث الولادة الخاطئة للطفل نتيجة لأسباب متعددة منها على سبيل المثال عدم نجاح عملية التعقيم، أو إهمال الصيدلي أو الطبيب في صرف الدواء اللازم لمنع الحمل بسبب عدم مراعاة أصول العلم والفن الطبي. وعلى هدى ذلك، يتضح لنا أن المقصود من معنى الولادة الخاطئة، بأن الطفل قد يولد دون أن يكون للوالدين استعداد في استقبال طفل جديد، مما قد يعرضهم لبعض الأضرار المادية والمعنوية لا سيما إذا ولد الطفل معاقاً.

فمصطلح الولادة الخاطئة يشمل أيضاً الحالات التي يولد فيها الطفل معاقاً⁽¹⁾. وبالتالي تنشأ دعوى المسؤولية عن الولادة الخاطئة عندما يولد الطفل مصاب بمرض أو لديه تشوه، ويطالب والديه المسؤولين بالتعويض لعدم تقديمهم المعلومات الكافية حول عملية الحمل. وتمتد المسؤولية إلى المستشفى والمختبرات الطبية التي قامت بالتشخيص السابق للولادة، حتى ولو لم يكن لها يد مباشرة في العيوب الخلقية التي لحقت بالطفل⁽²⁾.

فالاختلاف بين دعوى المسؤولية عن الولادة الخاطئة وميلاد الطفل معاقاً، هو أن رافع هذه الدعوى هما الوالدين على الطبيب الذي أدى إهماله إلى ميلاد طفل معاق جسدياً أو ذهنيّاً نتيجة لعيوب جينية غير مسئول عنها. حيث تنشأ المسؤولية عندما لا يستطيع الطبيب أو المختبر التعرف على الخلل الجيني في الوقت المناسب، لكي يتخذ الوالدين القرار السليم بشأن الطفل الذي ربما سيكون معاقاً لوجود مثل هذا الخلل الجيني⁽³⁾. فالمسألة القانونية تحدث لإصابة الوالدين بأضرار جسيمة نتيجة لعدم استطاعتها إجهاض الجنين المصاب بتشوهات أو إعاقات. أما دعوى ميلاد الطفل معاق يرفعها الطفل بنفسه على الطبيب المتسبب في الإعاقة.

وقد حدد المرسوم الاتحادي الاماراتي رقم 4 لسنة 2016 حالتين يجوز فيهما الإجهاض وهما⁽⁴⁾:

1. إذا كان في استمرار الحمل خطراً على حياة الحامل ولا توجد وسيلة أخرى غير ذلك ويتم تحرير محضر بتعذر الولادة الطبيعية وبيان سبب الإجهاض بمعرفة الأطباء المتخصصين

(1) Anthony Jackson, Action for Wrongful Life, Wrongful Pregnancy, and Wrongful Birth in the United States and England, Loy. L.A. Int'l & Comp. L, vol.17:535, p.532.

(2) انظر في هذا المعنى ثروت عبدالحميد، تعويض الحوادث الطبية، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص 10 وما بعدها.

(3) Anthony Jackson.op.cit.p.532.

(4) انظر المادة (16) من المرسوم الاتحادي رقم 4 لسنة 2018 بشأن المسؤولية الطبية.

ويوقع عليه من الحامل وزوجها أو وليها في حالة تعذر الحصول على توقيعها ويستثني من ذلك الحالات الطارئة.

2. إذا ثبت تشوه الجنين شريطة أن يكون الإجهاض بناء على طلب كتابي من الزوجين وألا يكون مر على الحمل مائة وعشرون يوماً، وأن يثبت تشوه الجنين بتقرير تضعه لجنة طبية تضم أطباء استشاريين في تخصص أمراض النساء والولادة والأطفال والأشعة وأن يكون هذا التقرير مبنياً على التقنيات العلمية الحديثة المتعارف عليها علمياً، كما يجب أن يكون الجنين مشوه تشوهاً خطيراً غير قابل للعلاج حيث إذا ولد حياً يسبب ألماً له ولأهله.

وتجدر الإشارة إلى أن إهمال الطبيب الذي تسبب في فشل عملية التعقيم، يتضمن:

1. تحذير الوالدين من فشل عملية التعقيم على الرغم من إجرائها بشكل جيد لأسباب طبيعية أو لأسباب أخرى، الأمر الذي يترتب عليه حدوث حمل نتيجة لتوقف الوالدين عن استخدام وسائل منع الحمل.

2. تقديم المشورة للوالدين، لكي يتخذوا القرار في إنهاء الحمل بالطرق القانونية المشروعة.

3. توخي الحذر عند إجراء عملية التعقيم.

ويثار هنا تساؤل هل يجوز للوالدين المطالبة بالتعويض نتيجة لولادة الطفل الخاطئة حتى ولو لم يكن معاقاً؟

اختلف القضاء حول ذلك الأمر، فبضع المحاكم كانت تسمح بذلك، والبعض الآخر يرفض هذا الأمر. ففي إنجلترا قرر مجلس اللوردات في قضية *In McFarlane v Tayside Health Board* بأن السماح للوالدين بالمطالبة بالتعويض عن تكاليف تربية طفل ولد معاقاً وسليماً، يعد مخالفاً للسياسة العامة. ولكن بعض المحاكم اعترضت على ذلك مقررّة بأن مسألة استحقاق الوالدين التعويض عن تكلفة تربية الأطفال يتعين أن تحدد من خلال المبادئ القانونية وليس السياسة العامة⁽¹⁾.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية قضت محكمة استئناف مشجان في قضية *Rouse v. Wesley*⁽²⁾ والتي تتلخص وقائعها بأن المدعي عليه فشل في عملية تعقيم المدعية، التي

⁽¹⁾ David Hirsch, Rights And Responsibilities In Wrongful Birth Wrongful Life Cases, Unsw Law Journal, Volume 29, 2006, p.234.

⁽²⁾ *Rouse v. Wesley*, 196 Mich. App. 624, Michigan Court of Appeals (Mich. Ct. App. 1992).

أجراها لها في مستشفى (Outer Drive Hospital on October 12) عام 1987، على الرغم من إخطاره لها بأن هذه العملية تمنعها من الانجاب بعد ذلك ولم يتم تصحيح الوضع بعملية أخرى. وبعد الانتهاء من العملية أخذ المدعي عليه عينة من الأنسجة لكي يتأكد من صحة العملية، فتبين له عدم نجاح العملية ولم يخطر المدعية بذلك. ونتيجة لذلك أصبحت المدعية حامل في طفلها السادس. وعلى ضوء ذلك رفعت المدعية دعواه على أساس الحمل الخاطئ مطالبةً المدعي عليه بالتعويض عن المصاريف التي تتحملها في تربية الطفل حتى بلوغه سن الرشد. وعلى هدي ذلك أيدت محكمة الاستئناف طلب المدعية. ويتضح من ذلك أن المحكمة قررت مسؤولية الطبيب نتيجةً لإهماله في أداء عمله، لأنه يتطلب من الطبيب أن يتبع الإجراءات اللازمة لأداء عمله وفقاً لتشريع دولته. وبالتالي يحق للوالدين المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن فشل عملية التعقيم حتى إذا ولد الطفل غير معاقاً.

○ المبحث الأول: أنواع المسؤولية المدنية للطبيب عن الولادة الخاطئة

ففي الإطار التقليدي للمسؤولية المدنية للطبيب، تطبق المبادئ القانونية بشأن فشل الطبيب في منع الحمل، حيث يطالب الوالدين المسؤول بالتعويض عن الأضرار الناشئة عن ميلاد الطفل بطريق الخطأ لإخلاله بالتزامه التعاقدية أو لإهماله في إجراء عملية التعقيم. فحالات الولادة بطريق الخطأ تشمل في الغالب بشكل حصري، إهمال الطبيب أو إخلاله بالتزامه التعاقدية أثناء قيامه بعملية التعقيم. وهذا ما نوضحه في المطلبين التاليين.

• المطلب الأول: المسؤولية التعاقدية للطبيب

يختلف نظام القانون المدني عن أنظمة القانون العام⁽¹⁾، حيث أن مقدم الرعاية الصحية قد يسأل عن إهماله وفقاً للمسؤولية التقصيرية والعقدية. ففي المسؤولية العقدية وكذلك المسؤولية التقصيرية، يتعين أن يكون هناك ضرر ناجم عن فعل غير مشروع. ومع ذلك، فإن المسؤولية

(1) ففي إنجلترا مثلاً تتقرر مسؤولية الطبيب إذا ترتب على تدخله مضاعفات معينة نتيجة إجراء دون تبصير المريض بصورة كاملة بغض النظر عن توافر الخطأ في جانبه انظر محمود موسي دودين، مسؤولية الطبيب الفردية المدنية عن أعماله المهنية "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة بيرزيت، 2006، ص39.

التعاقدية تعتمد على الشروط التي اتفقا عليها المتعاقدان والمنصوص عليها في العقد، وبالتالي لا يتطلب من المدعى في المسؤولية التعاقدية إلا أن يثبت إخلال المدعى عليه بالشروط الواردة في العقد. وعلى ضوء ذلك يمنح المدعى تعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء الولادة الخاطئة نتيجةً لانتهاك المدعى عليه الشروط الواردة في العقد⁽¹⁾.

فرضاء المريض بإجراء عملية التعقيم لا يقصد به مجرد الإيجاب الصادر منه إلى الطبيب والذي كون العقد بينهما بالتقائه بقبول الطبيب، بل هو رضاء خاص يتطلبه الفقه والقضاء من المريض حينما يقوم الطبيب بإجراء عملية التعقيم. ويمثل هذا الرضاء جانباً من أكثر الجوانب الأساسية للحرية الشخصية، وهو حق المريض في عدم المساس بجسده إلا برضائه بحيث لا يصدر هذا الأخير إلا عن تبصر وبينه. ولذلك يجب أن يكون هذا الرضاء في غير حالات الاستعجال مسبقاً وصريحاً، لأن المريض ليس محل للتعاقد وإنما طرف فيه⁽²⁾. وبالتالي إذا تحققت الشروط اللازمة لقيام المسؤولية العقدية، وهي الإخلال بالالتزام التعاقدية والضرر وعلاقة السببية بينهما، فلا مفر من قيام مسؤولية الطبيب في حالة الولادة الخاطئة. فعلى سبيل المثال قضت المحاكم في سويسرا وألمانيا بمسؤولية الطبيب والتعويض عن الأضرار المالية والتكاليف التي سيتحملها المدعي في تربية الطفل الذي ولد بطريق الخطأ. وذلك على أساس انتهاك بنود العقد المتمثلة في إجراء عملية التعقيم لعدم إنجاب أطفال مستقبلاً⁽³⁾. وفي ألمانيا استقر القضاء على أن مسؤولية الطبيب هي مسؤولية عقدية، وكذا تقصيرية. حيث تركز المحاكم على المسؤولية التعاقدية في المقام الأول، إلا أن الحقوق الناشئة عن الفعل الضار تكون قابلة للتنفيذ بجانب تلك الحقوق المستمدة من قانون العقود⁽⁴⁾.

ففي قضية⁽⁵⁾ BGH VI ZR 32/94 (Frankfurt am Main) 27 June 1995 والتي تدور وقائعها بأن الزوج قام بإجراء عملية تعقيم في 29 يناير 1990

(1) Marija Karosaitė, Wrongful Birth And Wrongful Conception: Is There A Right To Compensation?, No. 1 (15), 2017, p.30.

(2) راجع قريباً من ذلك أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، 1999، ص83.

(3) Marija Karosaitė.op.cit.p.31.

(4) Alain Verbeke, Rights of parents and child in cases of “wrongful conception/life/birth” in contract and tort law Comparative view on Germany and France, Katholieke Universiteit Leuven,2002, p.5.

(5) See Alain Verbeke.op.cit.p.3-4.

وكان الهدف منها منع إنجاب المزيد من الأطفال وتأمين الوضع المالي للأسرة. إلا أن هذا الهدف لم يتحقق بسبب خطأ الطبيب المتمثل في عدم أخبار الزوج بشكل صحيح بضرورة إجراء الفحص بعد أربعة أسابيع من عملية التعقيم للتأكد من نجاحها مما أدى إلى حمل الزوجة. الأمر الذي أدى إلى مسئوليته التعاقدية عن الضرر المالي الذي لحق بالأسرة. وعلى هذا الأساس رفعت الزوجة دعوى على المستشفى مطالبة بالتعويض عن نفقة الطفل ولأمها أثناء الحمل. وإزاء ما تقدم قضت المحكمة المدنية العليا بألمانيا بأن الطبيب كان مخطئاً وتسأل المستشفى عن خطئه مقررّة منح الزوجة تعويضاً عن نفقة الطفل والألم التي عانت منها استناداً إلى أن الحمل الخاطئ يشكل تدخلاً في السلامة الجسدية للمرأة. كما أن التزام الطبيب في مثل هذه الأحوال يهدف إلى منع إنجاب الأطفال وجميع المصاريف المرتبطة بها.

فتحقق المسئولية العقدية في جانب الطبيب يتطلب أن يكون هناك إخلال بالعقد وقع بالفعل. وهنا، كما هو الحال في إنجلترا، لا ينشأ الإخلال لمجرد الفشل في تحقيق نتيجة معينة. وعلى ضوء ذلك صنفت المحاكم الألمانية عقد العلاج الطبي بأنه عقد خدمات، يلزم الطبيب بممارسة الرعاية والعناية اللازمة، وليس عقد عمل يتضمن الالتزام بنتيجة معينة. وهذا التصنيف ليس له أهمية في الواقع العملي، لأن انتهاك الطبيب للعقد سينطوي على وجود خطأ مما يتيح له الفرصة بدفع مسئوليته بنفية ذلك⁽¹⁾.

وتبعاً لذلك أقترح DIETER GIESEN بأنه يتم تفسير الالتزامات العقدية للطبيب بشكل عام كجزء من عقد العمل. وبالتالي إذا فشل العلاج في تحقيق النتيجة المرجوة، يتحمل الطبيب عبء اثبات أنه قام بالعناية والمهارة اللازمة لتجنب مسئوليته. ولكن هذا الاقتراح لم يلقي قبولاً لدى المحاكم الألمانية، لأنه ليس من قواعد العدل والانصاف نقل عبء الإثبات إلى الطبيب في ضوء العوامل التي تخرج عن إرادته مما أدى إلى نجاح العلاج أو فشله⁽²⁾.

(1) Marc Stauch.op.cit.p.20.

(2) Dieter Giesen, Medical Malpractice And The Judicial Function In Comparative Perspective, Medical Law International, A B Academic Publisher, Vol. 1, 1993, pp.3-16.

ولكن نؤيد ما ذهب إليه DIETER GIESEN لأن الطبيب يكون في مكانه أفضل بما لدية من خبره ومهارة في هذا المجال تمكنه من معرفة الأسباب التي أدت إلى فشل العلاج من عدمه.

وفي مصر قضت محكمة النقض بأن مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجيه هي مسؤولية عقدية⁽¹⁾. وقد أيد أغلب الفقه المصري ما ذهب إليه محكمة النقض، مقررًا بأن مسؤولية الأطباء تكون في أكثر الأحوال عقدية لا تقصيرية، لأنهم يرتبطون بعقود مع المرضى لأجل تقديم الخدمات الطبية لهم⁽²⁾.

وفي فرنسا قبل صدور قانون حقوق المرضى في 4 مارس 2002، كانت مسؤولية الطبيب عن أخطائه، مسؤولية عقدية وهذا كان أساسه حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية Mercier. ومع ذلك، إذا أخل الطبيب بواجبه في إخطار المريض تطبق عليه أحكام المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن مسؤولية الطبيب، في مثل هذه الحالات، مسؤولية تقصيرية⁽³⁾.

فالمسئولية التعاقدية تقوم بين الطبيب والمريض، طالما ارتبط الطبيب والمريض برباط عقدي، سواء كان هذا العقد شفهيًا وكتابيًا. فقيام الطبيب بفتح عيادته الطبية وإضعا لوحة عليها تتضمن صفته الطبية واختصاصه، يعتبر ذلك إيجاباً عاماً موجه للجمهور؛ وبالتالي إذا قبل أي شخص هذا الإيجاب يعتبر أنه أبرم عقداً مع الطبيب، ومن هنا يحق له المطالبة بالتعويض في حالة إخلاله بالعقد⁽⁴⁾.

إذ يتعين لقيام المسئولية العقدية للطبيب توافر عدة شروط إذا تخلف أحداها اعتبرت المسئولية تقصيرية. وهذه الشروط هي⁽⁵⁾:

(1) انظر الطعن رقم 111 لسنة 35 ق، ج 1969/6/26.

(2) راجع في ذلك شرين محمد خضر القاعد، المسئولية المدنية للطبيب عن أخطائه المهنية، مجلة جامعة الإسراء للعلوم الإنسانية، العدد الثالث، 2017، ص 287.

(3) Florence G'Sell-Macrez, Medical Malpractice and Compensation in France, Part I: The French Rules of Medical Liability since the Patients' Rights Law of March 4, 2002, Chicago-Kent La W Review, Vol 86, 2011, p.1098.

(4) انظر في هذا المعني قوادري مختار، المسئولية المدنية عن الخطأ الطبي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحضارة الإسلامية والعلوم الإنسانية، جامعة وهران، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 2009-2010، ص 94.

(5) حسن ذكي الإبراشي، مرجع سابق، ص 65.

1- أن يكون المضرور هو المريض.

2- أن يكون هناك عقد تتوافر فيه الشروط اللازم لقيامه.

3- أن يكون المريض هو الذي اختار الطبيب.

وبالتالي تكون مسؤولية الطبيب عقدية إذا كانت ظروف الحال تشير إلى وجود عقد بينه وبين المريض، وتنشأ هذا المسؤولية عند حدوث ضرر نتيجة مخالفة الطبيب لالتزامه التعاقدية. ويترتب على ذلك نتيجة مؤداها أنه يقع على المريض الذي يدعي تخلف الالتزام التعاقدية أن يثبت ذلك عن طريق القواعد العامة في الإثبات، أما لو تمثلت نتيجة العناية الطبية في وقوع أضرار على درجة من الجسامة بحيث لا تتوافق مع النتيجة المتوقعة للعلاج المألوف، فإن المريض يعفي من اثبات خطأ الطبيب⁽¹⁾.

وعلى كلٍ رأَت المحكمة الكندية العليا بأن هناك عوامل يتعين وضعها في الاعتبار عند تحديد المسؤولية عن الولادة الخاطئة. وهذه العوامل هي عامل الإفصاح والرعاية وعلاقة السببية⁽²⁾.

ونخلص مما سبق إلى أن التزام الطبيب في هذه الأحوال هو التزام ببذل عناية فنية تطلبها أصول المهنة، وعلى ذلك يستوي في شأنه معيار المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية العقدية، ففي كلتا المسؤوليتين يطلب منه بذل العناية الفنية التي تطلبها أصول المهنة، لأن هذا يعتبر السلوك المألوف الذي يمثل معيار الرجل المعتاد الموجود في نفس ظروفه. فإي خروج عن هذه الأصول الفنية لمهنة الطب حسب تشريع كل دولة، يعتبر خطأً مهنيًا يستوجب المسؤولية. ونظراً لصعوبة اثبات الخطأ الطبي في كلتا المسؤوليتين وهروب الطبيب من المسؤولية نقترح أن تكون مسؤولية الطبيب موضوعية على غرار التشريع الإماراتي⁽³⁾. لأن المسؤولية الموضوعية أكثر حماية للمضرورين، حيث لا يكفون سوى بإثبات علاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر.

(1) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص195.

(2) Richard M. Bogoroch and others, Recent Developments in Obstetric Negligence Law Wrongful Pregnancy, Wrongful Birth, Wrongful Continuation of Pregnancy And Wrongful Death, p.20, available at <https://www.bogoroch.com/content/uploads/obstetric-1.pdf>

(3) تنص المادة 28 من قانون المعاملات المدنية رقم 5 لسنة 1985 لدولة الإمارات العربية المتحدة على أن "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر"

• المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية للطبيب

إذا حدثت الولادة الخاطئة نتيجة لإهمال الطبيب، يتطلب من المدعي اثبات الإهمال والضرر وعلاقة السببية بينهما. فالطبيب الذي يقوم بعملية التعقيم يتعين عليه أن يتبع معايير الرعاية التي يفرضها قانون الدولة التي يجري فيها هذه العملية. فيجب أن يكون الطبيب لدية الدرجة المعقولة والعادية من التعلم والمهارة التي يمتلكها عادةً طبيب حسن السمعة في نفس مكانه.

لكن السنوات الماضية ظهر اتجاه يذهب إلى رعاية أكثر شمولية. مما يجد الطبيب نفسه أمام معايير رعاية أعلى من تلك الموجودة في القواعد التقليدية. فإذا تمت عملية التعقيم من خلال أخصائي فإن مستوى الرعاية المناسب يكون أعلى من ذلك الذي يطبق على سلوك الممارس العام⁽¹⁾.

وعلى كل يسأل الطبيب عن الأضرار التي لحقت بالمريض نتيجة إهماله في عملية التعقيم التي أدت إلى ميلاد طفلاً لم يكن لدى الوالدين استعداداً في استقبله. ويقصد بالإهمال بأنه الاخلال بواجب العناية التي يفرضها القانون. بمعنى أن الطبيب أهمل في مسألة يوجب القانون الحذر فيها. فالأشخاص الذين يقدمون المشورة الطبية والعلاج يجب أن يكون لديهم المعرفة والمهارة على النحو الذي بيناه. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا في ولاية هاريانا بالهند في قضية⁽²⁾ State of Haryana v. Santra بمسئولية طبيب مستشفى حكومي وإلزامه بالتعويض نتيجة لإهماله في إجراء عملية تعقيم غير ناجحة بتركه إحدى قانتي فالوب بدون جراحة.

فإهمال الطبيب الذي يبرر مسؤليته، يمكن أن يتحقق من خلال أربع مراحل وهي⁽³⁾:
1. أن عملية التعقيم لا يمكن أن تتجح بنسبة 100%، وبالتالي إذا أكد الطبيب للمريض أن عملية التعقيم ستكون فعالة وعلى ضوء ذلك قبل المريض؛ فالطبيب يكون مسئول إذا لم

(1) Gerald B. Robertson, Wrongful birth: a study of the concept of civil liability arising from the birth of a child, master of laws, McGill University, 1978, p40-41.

(2) Medical Negligence, Consumer Protection, And Reproductive Health, Chapter Eleven, p.395.

<https://reproductiverights.org/sites/default/files/2020-02/SecuringReproductiveJusticeIndia-Chpt11.pdf>.

(3) Gerald B. Robertson.op.cit.p.151-152.

تنجح عملية التعقيم. إضافة إلى أن الطبيب يكون مهملاً إذا لم يخطر المريض قبل عملية التعقيم بمخاطر إعادة الاستسقاء، على الرغم من أن حدوث مثل هذا الخطر ضئيل نسبياً.

2. يرجع فشل عملية التعقيم إلى إهمال الطبيب أثناء تنفيذها. ولكن إثبات الإهمال في مثل هذه الحالات أمر صعب، لأن الدليل على إهمال الطبيب مخفي بجسم المريض، وعادةً لن يتم اكتشافه بوضوح إلا بعد إجراء عملية أخرى.

3. قيام الطبيب بعمل اختبار للأنسجة بعد إجراء العملية للمريض للتأكد من أن الجزء الذي تم إزالته هو من قناة فالوب. وبالتالي إذا فشل في إجراء مثل هذه الفحوصات، أو إجرائها بإهمال، يعتبر مخطئاً بواجباته تجاه مريضه.

4. يتعين على الطبيب تقديم الاستشارة للمريض بعد إجراء عملية التعقيم. إلا أن واجب العناية الذي يلتزم به الطبيب يفرض عليه عدم تقديم الاستشارة لمريضه إذا كانت غير دقيقة. وبالتالي إذا أخطر المريض بأن عملية التعقيم كانت ناجحة بنسبة 100% قبل معرفة نتائج الفحوصات التي أجراها بعد الجراحة، يشكل ذلك إهمالاً من جانبه. فمسلك الطبيب في هذه الحالة يخالف المسلك المألوف للطبيب النيقظ إذا وجد في نفس الظروف. فالطبيب إذا كان حراً في مزاولته مهنته وله الحق في مباشرتها بالطريقة التي يراها، إلا أن هذا الحق مقيد بما تفرضه عليه مهنته من واجبات⁽¹⁾.

ومن جماع ما تقدم يشترط لقيام المسؤولية التقصيرية للطبيب عن الولادة الخاطئة أن يكون هناك:

1. عدم وجود علاقة تعاقدية بين الطبيب والمريض؛ فإذا ثبتت ذلك نشأ واجب الرعاية تجاه المريض، فإي إخلال بهذا الواجب يترتب عليه مسؤولية الطبيب التقصيرية.
2. الإخلال بواجب الرعاية، ويتحقق ذلك في حالة عدم إخطار الطبيب للمريض بالمعلومات الواضحة لكي يتخذ قراره بصورة واضحة تجاه عملية التعقيم. والتزام الطبيب بإعطاء المريض المعلومات الكافية عن حالته هو التزام بتحقيق نتيجة.
3. أن يكون هناك سبب مباشر بين الإخلال والضرر، وهذا يحدث عندما لا يستطيع الوالدين اتخاذ قرار بشأن إنهاء الحمل نتيجة للمعلومات غير الواضحة التي أفصح عنها الطبيب.

(1) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999، ص199.

4. أن يترتب على هذا الإخلال بالواجب ضرر.

فالتبيب يسأل عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف. فانحرافه عن أداء واجبه وإخلاله بالتزامه مؤداه وجوب مسألته عن الضرر الذي لحق بالمريض⁽¹⁾. وقد شددت المحاكم الإنجليزية على ذلك، حيث أشار اللورد Hewart CJ في قضية R v Bateman، بأنه إذا ادعى شخص أن لديه مهارة خاصة وعلم، وتمت استشارته بناء على ذلك، فيجب عليه توخي الحذر الواجب في إجراء العلاج. فإذا قبل المسؤولية وتولي علاج المريض وفقاً لسلطته التقديرية، فإنه مدين بواجب الرعاية اللازمة تجاه المريض. ولا يعني بالضرورة وجود علاقة عقدية بينهم، وحصوله على أجر مقابل العلاج⁽²⁾. وتجدر الإشارة إلى أن أغلب الدعاوي يتم رفعها استناداً إلى المسؤولية التقصيرية للطبيب. ويرجع ذلك إلى أن المرضي في المستشفيات الحكومية لا يكونوا في علاقة تعاقدية مع الطبيب المعالج. ففي مصر قضت محكمة النقض المصرية في 22 يونيو عام 1936 بأن مسؤولية الأطباء تقصيرية بعيدة كل البعد عن المسؤولية العقدية. فالطبيب مسئول عن تعويض الضرر المترتب على خطئه في المعالجة، وأن قاضي الموضوع يستخلص ثبوت المسؤولية التقصيرية من جميع عناصر الدعوى دون رقابة عليّة، مادام استخلاصه سائغاً⁽³⁾.

ولكن هذا لا يتفق والمنطق القانوني لتجاهله العلاقة التعاقدية التي تقوم بين الطبيب والمرضى عندما يلجأ هذا الأخير إلى الأول عن وعى واختيار له. فمن هنا تنشأ جذور الرابطة التعاقدية، وبالتالي تثور مسؤولية الطبيب التعاقدية في حالة الضرر الذي يصيب المريض من جراء إخلال الطبيب بالتزامه⁽⁴⁾.

وقد صدر هذا الحكم مسaire لحكم محكمة النقض الفرنسية، ولكن سرعان ما عدلت محكمة النقض الفرنسية عن ذلك، وأيدها أغلب الفقه، حيث قررت أن الأصل في مسؤولية

(1) الطعن رقم 8502 لسنة 76ق، ج 2015/10/19.

(2) Marc Stauch, The Law of Medical Negligence in England and Germany, A Comparative Analysis, Hart, 2008, p.10.

(3) انظر الطعن رقم 24 لسنة 6ق - جلسة 22 / 6 / 1936مشار إليه لدى وفاء أبو جميل، الخطأ الطبي، دراسة تحليلية فقهية وقضائية في مصر وفرنسا، دار النهضة العربية، 1987، ص15.

(4) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط4، القاهرة، 1987، ص549.

الطبيب هي مسئولية عقدية، وهذا ما أقرته التشريعات الحديثة كالقانون المدني الألماني وقانون الالتزامات السويسري⁽¹⁾. ألا أن هناك بعض الحالات تنشأ فيها المسئولية التقصيرية للطبيب، وهذه الحالات هي⁽²⁾:

1. إذا كانت الدلائل توضح انعدام الرابطة التعاقدية بين المريض والطبيب، ويتحقق ذلك عندما يتوجه المريض للمستشفى الحكومي أو الخاص لإجراء عملية التعقيم ويتدخل الطبيب لإجرائها دون أن يكون للمريض فرصة في اختياره.
 2. إذا كانت المريضة تعمل لدى مصلحة أو شركة وكانت هذه الأخيرة تعاقدت مع عيادة لعلاج العاملين لديها وكانت عملية التعقيم تدخل في هذا النطاق. فإذا أمكن القول بأن هناك عقد بين رب العمل والطبيب، فإنه من الصعب القول بوجود مثل هذا العقد بين العامل والطبيب، فالعامل يستفيد من اشتراط لمصلحته في العقد المبرم بين رب وهذه العيادة.
 3. إذا أعطي الطبيب معلومات خاطئة للمريض تؤكد نجاح عملية التعقيم وكان الأمر على خلاف الحقيقة مما أدى إلى إلحاق ضرر بالأسرة.
 4. امتناع الطبيب عن التدخل لإجهاض الحمل الذي حدث نتيجة فشل عملية التعقيم في الحالات التي تسمح بها القوانين بذلك، يعتبر ذلك مخالفاً لقانون أخلاقيات المهنة الذي يفرض عليه التدخل السريع لإنقاذ حياة المريض.
- ويتضح لنا من خلال ما سبق أن مسئولية الطبيب في الأصل هي عقدية سواء كان هذا العقد مكتوباً أو شفاهة، وذلك عند اختيار المريض لطبيب لكي يقوم بعلاجه سواء في مستشفى خاص أو حكومي، وتكون تقصيرية في حالات معينة كحالة مساءلة الطبيب عن خطئه جنائياً وحالة التدخل للعلاج بغير طلب من المريض وحالة بطلان العقد.

○ المبحث الثاني: أثر قيام المسئولية المدنية للطبيب عن الولادة الخاطئة

لا يستطيع القاضي الحكم بالتعويض للمضروب إلا إذا كان هناك خطأ أو إهمال من جانب الطبيب عند قيامه بعملية التعقيم سبب ضرراً للمريض. فإذا انتفى الضرر لا يمكن

⁽¹⁾ راجع في تفاصيل ذلك حسن ذكي الإبراشي، مسئولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، دار النشر للجامعات المصرية، بدون سنة طبع، ص 64.

⁽²⁾ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 130.

الحكم بالتعويض حتى لو كان هناك خطأ من الطبيب، حيث توجد المسؤولية حيثما وجد الضرر. وبالتالي إذا تحققت مسؤولية الطبيب يكن للوالدين المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية والأدبية الناشئة عن فشل عملية التعقيم. وهذا ما نوضحه من خلال المطلبين الآتيين:

• المطلب الأول: دعوى المسؤولية

تهدف دعوى المسؤولية عن الولادة الخاطئة إلى تمكين الوالدين من الحصول على تعويض من الطبيب الذي أخل بواجبه تجاههم سواء كان ذلك على ضوء قواعد المسؤولية التقصيرية أو العقدية. وذلك لحرمانهم من الحق في التخطيط بعدم إنجاب أطفال مستقبلاً لأي سبب كان. فالدعوى ترفع من المضرور أو من نائبه. وقد ترفع الدعوى من قبل خلفه، الذي يتحدد حسب نوع التعويض عن الضرر.

أما المدعي عليه في دعوى المسؤولية هو المسؤول أو نائبه أو خلفه. وقد يتعدد المسؤولون عن الضرر. فالمدعي عليه في دعوى المسؤولية هو الطبيب المخطئ أو الممرض أو أحد المساعدين، وإذا كان الطبيب تابعاً لمستشفى عام أو خاص يكونا مسئولين تجاه المريض وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾.

ومن المعروف بأن الطبيب يستطيع التأمين على المسؤولية المدنية عن الأضرار التي يحدثها للغير وخاصة المرضى الذين يقوم بعلاجهم، وتكريساً لذلك جاء القانون الاتحادي الإماراتي رقم 4 لسنة 2016 موضحاً بأنه يلزم التأمين ضد المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية قبل مزاوله المهنة. فمن الواضح أن هذا القانون حصر مسؤولية الطبيب على الأخطاء الطبية فقط والتي ترجع إلى عدم الإلمام بالأمور الفنية أو الإهمال أو عدم بذل العناية اللازمة. أي أنه أعفى الطبيب من المسؤولية إذا كانت الآثار والمضاعفات الطبية المتعارف عليها أو تلك غير المتوقع في مجال الممارسة الطبية غير ناجمة عن الخطأ الطبي⁽²⁾. فلا شك أن هذا يعد قصوراً يترتب عليه عدم توفير الحماية الكاملة للمرضي في حالة إصابتهم بأي أضرار.

⁽¹⁾ فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص307.

⁽²⁾ انظر المادة (6) و المادة (17) والمادة (25) من القانون الاتحادي رقم 4 لسنة 2016 بشأن المسؤولية الطبية.

أما في فرنسا جاء قانون الصحة العام الفرنسي مقررًا إلزام الطبيب بالتأمين ضد المسؤولية، وهذا يعني أن التأمين جاء ليشمل المسؤولية العقدية والتقصيرية بوجه عام، كما يشمل كل المخاطر والأضرار المادية والمعنوية، أو حتى مجرد تقويت فرصة الشفاء. فضلاً عن أن المشرع الفرنسي أنشأ صندوق الضمان الوطني لتحقيق الحماية الفعالة للمرضي المتضررين من الحوادث الطبية في حالة عدم تمكنهم من اثبات الخطأ في جانب الطبيب⁽¹⁾.

وهذا يعتبر اتجاه محمود من جانب المشرع الفرنسي نأمل أن يأخذ به المشرع الإماراتي والمصري في تقرير التأمين الإلزامي ضد مسؤولية الطبيب، وإنشاء صندوق تعويض داخل المستشفيات لضمان الأضرار الجسدية أي كان مصدرها، لا سيما ما يرجع منها إلى النشاط الطبي. وذلك لأن العمل الطبي محفوف بالمخاطر وعلى وجه الأخص في عمليات التعقيم، ويعد ذلك نتاجاً للطبيعة الخاصة للعلوم الطبية التي نشاهدها اليوم في تطور مستمر. فالعلاقة بين الطبيب والمريض يجب النظر فيها إلى المريض باعتباره الطرف الضعيف، الذي يضع جسده تحت يد الطبيب للثقة المتبادلة بينهم، فمع هذه الثقة إذ لا بد أن يكون هناك مقابل يتجسد في التأمين الذي يلجأ إليه إذا وقع الضرر.

وتجدر الإشارة إلى أنه يشترط لقيام دعوى المسؤولية في المجال الطبي بوجه عام توافر مجموعة من العناصر تتمثل في:

1. **الخطأ الطبي:** وهو التقصير في مسلك الطبيب. فالطبيب ملتزم ببذل الجهد والعناية، التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة، بهدف نجاح عملية التعقيم لتجنب حدوث الحمل. وبالتالي يسأل الطبيب عن خطئه سواء كان جسيماً أو يسيراً. فمعيار الخطأ هنا هو المعيار العام، وهو سلوك الشخص المعتاد أي عند تقدير الخطأ الذي وقع من الطبيب أثناء قيامه بعملية التعقيم، يقاس سلوكه على سلوك طبيب آخر من نفس مستواه⁽²⁾.

فإذا تبين أن الطبيب لا ينحرف عن السلوك المألوف من سلوك الشخص المعتاد تنتفي مسؤوليته، فهو لا يعتبر مخطئاً. وقد قننا المشرع المصري والفرنسي هذه القاعدة موضعاً بأن

(1) بن صغير مراد، توجيه فكرة التأمين عن أضرار العلاج في المجال الطبي: دراسة مقارنة بين نظامي المسؤولية في التشريعين الجزائري والإمارتي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 27، السنة السابعة، 2019، ص 505.

(2) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 16 وما بعدها.

المدين يكون وفي بالتزامه إذا بذل في تنفيذه عناية الشخص المعتاد إذا وجد في نفس ظروفه مالم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك⁽¹⁾.

إذ أنه لا عبء في ذلك بطبيعة المسؤولية فيما إذا كانت عقدية أو تقصيرية، وإنما العبء بطبيعة الالتزام الملقى على عاتق الطبيب. ويكون الخطأ مفترض في جانب الطبيب وغير قابل لا ثبات العكس إذا كان ملتزم بتحقيق نتيجة، ففي هذه الحالة يكفي أن يثبت المريض وجود التزام الطبيب بتحقيق النتيجة، وأن الضرر الذي أصابه يرجع إلى عدم تحقق النتيجة المقصودة وهي نجاح عملية التعقيم. وفي هذه الحالة لا يستطيع الطبيب أن يدفع مسؤوليته إلا بإقامة الدليل على السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه⁽²⁾.

ولكن نرى أن التزام الطبيب في نجاح عملية التعقيم يقترب شيئاً فشيئاً من الالتزام بتحقيق نتيجة أو ما يطلق عليه ببذل عناية مضاعفة، وذلك لأن التحاليل الطبية التي يجريها المريض للتأكد من نجاح عملية التعقيم تقع على محل محدد تحديداً دقيقاً ومن هنا يعد التزام الطبيب بالنسبة للتحاليل العادية التي يجريه للمريض التزام بتحقيق نتيجة وهي سلامة التحليل ودقته التي تبين نجاح عملية التعقيم من عدمه، وبالتالي تقوم مسؤولية الطبيب بمجرد فشل عملية التعقيم ولا يستطيع الطبيب أن يدفع مسؤوليته إلا إذا أثبت أن فشل عملية التعقيم حدث بسبب أجنبي لا يد له فيه.

2. الضرر: هو الأذى الذي يلحق الشخص في جسده أو ماله. فهو الركن الأساسي لقيام المسؤولية الطبية، فبدونه لا يمكن تعويض المريض حتى لو كان هناك خطأ، إذ لا بد من اثبات الضرر وأنه ناشئ عن الخطأ الطبي. ومن هنا يعد الضرر معياراً لقيام مسؤولية الطبيب، فلا تترتب ثمة مسؤولية على الطبيب مالم ينشأ ضرر حال أو مستقبل محقق الوقوع، وهذا ما أكده القضاء المصري والفرنسي⁽³⁾.

(1) محسن عبدالحميد إبراهيم البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد المدنية التقليدية، دار النهضة العربية، 1998، ص124.

(2) محمود موسي دودين، مرجع سابق، ص144.

(3) أحمد عبدالكريم موسي الصرايرة، التأمين من المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2007، ص90.

ويجب أن ينطوي الضرر سواء كان مادي أو أدبي على إخلال بحق أو مصلحة مشروعة للمريض، كفرض أعباء مالية عليه بسبب فشل عملية التعقيم والتي تؤدي إلى حرمانه من الأجر الوظيفي إذا كان موظفاً لحصوله على أجازة لرعاية الطفل. ويشترط في الضرر في أي من صورتيه أن يكون محققاً ومباشراً⁽¹⁾.

3. علاقة السببية: يشترط لحصول الوالدين على تعويض عن الولادة الخاطئة أن يثبتا أن الطبيب أخل بواجبه مما أدى إلى أصابتهما ببعض الأضرار الناجمة عن إهماله. وبالتالي ستظهر علاقة السببية واضحة بين عملية التعقيم التي تم إجراؤها بإهمال والحمل المستقبلي⁽²⁾. فولادة طفل غير مرغوب فيه هي نفس الحالة التي يسعي المريض إلى تجنبها إلا أن إهمال الطبيب هو الذي أدى إلى النتيجة غير المرغوب فيها. وهذا يعني أنه إذا انتقت رابطة السببية انتقت معها مسؤولية الطبيب حتى ولو ارتكب هذا الأخير خطأ ما. فمسئولية الطبيب لا تقوم إلا إذا توافر الخطأ الطبي والضرر وعلاقة السببية بينهما، لكن يصعب على المريض اثبات الأخيرة لأن عملية التعقيم تتم داخل جسم المريض.

فقد تكون الوسيلة في دعوى المسؤولية طبقاً للقواعد هي أن المسئول ارتكب خطأ عقدياً أو تقصيراً، سواء كان هذا الخطأ واجب الإثبات أو مفترض. وعلى ذلك يمكن للمدعى أن يرفع دعواه على أساس الخطأ التقصيري الثابت أو الخطأ العقدي. وإذا كان هذا لا يمنعه من الاستناد إلى الخطأ التقصيري المفترض في مرحلة الاستئناف، دون أن يعتبر ذلك طلباً جديداً. كما يجوز للقاضي أن يصدر حكماً استناداً إلى الخطأ التقصيري الثابت حتى لو كانت الدعوى قد رفعت على أساس هذا الخطأ التقصيري المفترض، دون أن يعد ذلك قضاء بما لا يطلبه الخصوم. أما إذا رفعت الدعوى على أساس المسؤولية العقدية فرفضت، فلا يجوز رفعها مرة أخرى على أساس الخطأ التقصيري، والعكس صحيح⁽³⁾.

وتتقدم دعوى المسؤولية التقصيرية بمضي ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه على ألا يجاوز ذلك خمسة عشرة سنة من يوم وقوع

⁽¹⁾ انظر في هذا المعنى علي حسين نجيدة، إلتزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، 1992، ص 85 وما بعدها.

⁽²⁾ David D. Wilmoth, op.cit.p.632.

⁽³⁾ رمضان أبو السعود، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، 2016، ص 409.

العمل غير المشروع (م 172 مدني مصري)، أما المسؤولية العقدية قد حدد الأطراف مضمون الرابطة العقدية التي يشكل الإخلال بها قيام المسؤولية العقدية عن وعى وإرادة حرة، وبالتالي لا تتقدم المسؤولية العقدية إلا بمضي خمسة عشرة سنة (م 374 مدني مصري)⁽¹⁾.

• المطلب الثاني: التعويض

يهدف التعويض إلي جبر الضرر ويشترط لتعويض الضرر على أساس المسؤولية العقدية أن يكون الضرر مباشر ومتوقع حدوثه، فالضرر الغير متوقع لم يدخل في حساب المتعاقدين، وبالتالي لم يدخل في دائرة التعاقد ومن ثم لا يمكن التعويض عنه. أما في المسؤولية التقصيرية يشمل التعويض أي ضرر مباشر سواء كان متوقع أو غير متوقع⁽²⁾.

ويقاس التعويض بالضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ. كما يجب أن يراعى في تقدير التعويض الظروف الشخصية التي أحاطت بالمضرور. والأصل أنه لا ينظر عند تقدير التعويض إلى جسامه الخطأ، وإنما يقدر التعويض بقدر جسامه الضرر⁽³⁾.

وعلى كل لا يستطيع القاضي أن يحكم بالتعويض إلا إذا كان هناك ضرر لحق بالمريض بسبب إخلال الطبيب بتنفيذ التزامه التعاقدية أو إهمال في واجبه، فالضرر هو مناط المسؤولية، حيثما وجد، نشأت المسؤولية الطبية. فالتعويض عن الضرر الطبي قد يكون عينياً أو نقدياً ويهدف إلى جبر الأضرار المعنوية والمادية. وهذا ما نوضحه من خلال الفرعين الآتيين:

■ الفرع الأول: أشكال التعويض عن الضرر

يعتبر التعويض الجزاء العام عند قياما المسؤولية المدنية، فهو وسيلة لجبر الجبر الضرر أو التخفيف منه. والتعويض قد يكون عينياً وهو الأصل وقد يكون بمقابل. وهذا ما نوضحه من خلال البندين التاليين.

⁽¹⁾ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات 2016 للتقنين المدني الفرنسي، درا الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2020، ص 478.

⁽²⁾ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 331.

⁽³⁾ Dean Stretton, The Birth Torts: Damages For Wrongful Birth And Wrongful Life, Deakin Law Review, Vol. 10, N. 1, p.322.

♦ التعويض العيني

التعويض العيني هو إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل ويزيل الضرر الذي نشأ عنه، ويعتبر من أفضل طرق التعويض التي يتمكن من خلالها المضرور الحصول على حقه. فإعادة الحالة إلى ما كانت عليه تجعل التعويض معادلاً للضرر، وذلك لكي يكون الوضع بعد التسوية متعادلاً مع الوضع السابق قبل حدوث الضرر. ويجد التعويض العيني مجاله الخصب في مجال المسؤولية العقدية، على عكس المسؤولية التصويرية التي يصعب تطبيقه فيها، ففي مجال المسؤولية الطبية يفضل التعويض بمقابل لصعوبة التعويض العيني في أكثر الحالات، وهذا يعني بأنه لا مانع من التعويض العيني إذا كان ممكناً⁽¹⁾.

وقد أشارت المادة 2/171 من القانون المدني المصري إلى إمكانية التعويض العيني بقولها "يقرر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور بأن يأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على سبيل التعويض"⁽²⁾. يفهم من ذلك أن التعويض العيني لا يحكم به القاضي من تلقاء نفسه حتى إذا كان ممكناً، إلا إذا طلبه المضرور.

كما قضت محكمة النقض المصرية بأن "التعويض العيني عن الفعل هو الأصل ولا يصار إلى عوضه، إلا إذا استحال التعويض عينياً... إلخ"⁽³⁾.

وإذا كانت القاعدة تقضي بأنه يجوز الحكم بالتعويض العيني؛ إلا أن هناك حالات يكون فيها الحكم بالتعويض العيني غير ممكناً في المجال الطبي وهي⁽⁴⁾:

- إذا كان التعويض العيني غير ممكن بطبيعته، لاسيما حالة الألام الجسدية أو النفسية التي تصيب المريض بسبب فشل عملية التعقيم. إذ في هذه الحالة لا مفر من التعويض النقدي.

(1) بركات عماد الدين، التعويض عن الضرر الطبي والتأمين من مسؤولية الأطباء المدنية، رسالة ماجستير، جامعة أحمد دراية- أدرار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015، ص 67.

(2) القانون المدني المصري رقم 131 الصادر في 29/7/1948، الوقائع المصرية، العدد رقم 108 مكرر (أ)

(3) الطعن رقم 74 لسنة 17 ق جلسة 16/12/1948 مشار إليه لدي شريف الطباخ، المذكرات في الدعاوي المدنية (فن المرافعة في الدعاوي المدنية) في ضوء الفقه والقضاء، بدون دار نشر، 200، ص 293.

(4) عدة جلوس سفيان، التعويض كأثر للمسئولية المدنية للطبيب، بحث منشور في حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، المجلد السابع، العدد الثالث، ص 235.

- إذا كان التعويض العيني فيه إرهاب للمدين، وهذا مقبول في حالة خطأ الطبيب الذي أدى إلى فشل عملية التعقيم.

فالشاهد هنا ليس باليسير الحكم بالتعويض العيني في مجال المسؤولية الطبية، لا سيما في حالة الحمل نتيجة لفشل عملية التعقيم لا يمكن إعادة الأم إلى الحالة التي كانت عليها قبل حدوث الحمل، فإذا كان ذلك ممكناً عن طريق الإجهاض في بعض الحالات إلا أنه لا يمكن التعويض العيني عن الألام النفسية التي تعرضت لها الأم خلال فترة الحمل وأثناء عملية الإجهاض. إذ يكون من الصعب التعويض العيني في العمل، فالغالي يكون التعويض العيني مستحيلاً فيما يتعلق بالضرر الجسدي أو المعنوي فلا يمكن التعويض العيني فيه. وتجدر الإشارة إلى أنه ليس للمضروب أن يرفض التعويض العيني إذا كان ممكن، فالطبيب الذي قام بعملية التعقيم إذا كان بإمكانه إزالة الضرر، فليس للمريض أن يرفض هذا التعويض العين وذلك لأن الطبيب المسئول يعتبر نفذ التزامه على وجه كامل حين يعيد الوضع إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر.

♦ أما التعويض النقدي

نظراً لأن التعويض العيني ليس بالأمر اليسير في مجال المسؤولية الطبية، فالغالب يكون التعويض بمقابل وبصفة خاصة نقدية⁽¹⁾. فالتعويض النقدي هو الأصل في مجال المسؤولية التقصيرية ويلجأ إليه القاضي إذا تعذر الحكم بالتعويض العيني، أو لم يطالب به المضروب. والأصل في التعويض النقدي أن يدفع مرة واحدة للمضروب. ولكن هذا لا يمنع القاضي من الحكم به على أقساط أو في صورة إيراد مرتب لمدي الحياة⁽²⁾. وهذا ما نصت عليه المادة (1/171) من القانون المدني المصري بقولها بأنه "يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض تبعاً للظروف مقسطاً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً لمدي الحياة ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً"⁽³⁾. فالأصل أن يدفع التعويض النقدي

(1) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 187.

(2) مصطفى حامد محمد الأحيرش، المسؤولية المدنية للطبيب في الأخطاء الطبية والآثار المترتبة عليها "دراسة تحليلية مقارنة بين القانون المدني الليبي والفقهاء الإسلاميين"، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة سونان أمبيل الإسلامية الحكومية سور ابايا، 2019م، ص 197.

(3) القانون المدني المصري رقم 131 الصادر في 29/7/1948، الوقائع المصرية، العدد رقم 108 مكرر (أ).

دفعه واحدة للمضرور، إلا أنه ليس هناك ما يمنع القاضي بأن يحكم به في صورة أقساط أو إيراداً مرتب لمدى الحياة تبعاً للظروف.

ويعتبر حق الإنسان في الحياة والسلامة الجسدية من الحقوق الأساسية التي تحميها القوانين والدساتير، وهي من المقاصد التي ترمي إليها الشريعة الإسلامية. فالطبيب الذي يقوم بإجراء عملية تعقيم للمريض غير ناجحة وينتج عنها حدوث حمل، فينتج عن ذلك ضرر يستوجب التعويض، لأن هذا يشكل إخلال بحق الإنسان في الحياة والسلامة الجسدية.

أما فيما يتعلق بتعيين العناصر المكونة قانوناً للضرر التي يجب أن تدخل في حساب التعويض من المسائل القانونية التي تهيمن عليها محكمة النقض، لأن هذا التعيين من قبيل التكيف القانوني للواقع⁽¹⁾. فتعين عناصر الضرر من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض بما يوجب على محكمة الموضوع أن تبين عناصر الضرر الذي قضت من أجله بهذا التعويض وإلا كان حكمها مشوباً بالقصور المبطل⁽²⁾.

وفي ذلك ضمان أكيد لكل مضرور في أن يحصل على تعويض عن جميع الأضرار التي لحقت به من جراء فشل عملية التعقيم دون أن تغفل المحكمة عنصر من عناصر الضرر الذي أصابه. أما مبلغ التعويض يقدر بما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب، مع العلم بأن المشرع الإماراتي لا يعترف بالتعويض عن الربح الفائت في نطاق المسؤولية العقدية. ويأخذ في الاعتبار عند تقدير مبلغ التعويض الظروف الملازمة⁽³⁾ لوقوع الضرر كحالة المريض الصحية وقدرته الجسدية⁽⁴⁾.

(1) الطعن رقم 756 لسنة 70 ق - الدوائر المدنية - جلسة 28/1/2021 متوفر على الموقع الآتي:

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111287942&ja=99199

(2) الطعن رقم 7827 لسنة 84 ق - الدوائر المدنية - جلسة 28/3/2016 متوفر على الموقع الآتي:

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111257515&ja=63248

(3) ويقصد بها الظروف التي تحيط بالمضرور لا المسئول عن الضرر، فالظروف الشخصية للمضرور تأخذ في الاعتبار عند تقدير التعويض، لأن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذي لحق بالمضرور بالذات، فيقدر التعويض على أساس شخصي لا موضوعي راجع في ذلك نضال عطا بدوي الدويك، التعويض عن الأضرار المستقبلية الناجمة عن الإصابات الجسدية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2016، ص84.

(4) خلود هشام خليل عبدالغني، الخطأ الطبي: دراسة في قانون المسؤولية الطبية الإماراتي لسنة 2016، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2017، ص62.

ويثير تقدير التعويض عن الضرر الطبي صعوبات خاصة بشأن الوقت الذي يتم فيه هذا التقدير، إذ أن الضرر الذي يصيب المريض قد يكون متغيراً ومن ثم لا يمكن تعيينه عند النطق بالحكم، وهذا الأمر محل خلاف بين الفقه والقضاء، حيث يوجد اتجاهين متناقضين أحدهما يرى أن الفعل غير المشروع هو الذي أنشأ الحق في التعويض وليس الحكم، ولذلك يتم تقدير التعويض من وقت وقوع الضرر وما يتصل به من عناصر، وهذا ما أقرته محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها⁽¹⁾.

بينما يرى أنصار الاتجاه الآخر أن الحكم القضائي يعتبر كاشفاً ومعلقاً للحق في التعويض، لذا يعتد عند تقدير التعويض بجميع عناصر الضرر وقت صدور الحكم، كما يؤخذ في الاعتبار سبب التعويض من لحظة وقوع الضرر مع مراعاة كل الظروف المستجدة التي صاحبت الضرر من لحظة وقوعه إلى حين صدور الحكم⁽²⁾.

ونظراً لتغير قيمة النقود بصورة مستمرة، يتعين الاعتداد بزيادة الأسعار اللاحقة على صدور الحكم النهائي في تقدير التعويض عن الضرر الجسدي المستمر بحيث يزداد التعويض بمقدار الزيادة في أسعار المواد المستخدمة لإصلاح الضرر، فالقاضي يراعي ذلك لحظة النطق بالحكم. إلا أن الحكم بالتعويض في صورة إيراد دوري يعد أنسب صورته لجبر الضرر المستمر، كما أن ربطه بسعر المواد المستعملة في إصلاحه هو أنسب وسيلة لجبر الضرر⁽³⁾. فالتعويض يتعين أن يكون مبنياً على أسس اقتصادية لتحقيق الغاية المرجوة منه.

■ الفرع الثاني: أنواع الأضرار

الضرر الطبي هو الأذى الذي يصيب المريض في نفسه أو ماله أو شعوره نتيجة فشل عملية التعقيم⁽⁴⁾. والضرر الطبي نوعان وهما الضرر المعنوي والضرر المادي.

(1) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 189.

(2) وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008، ص 134.

(3) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 188 وما بعدها.

(4) انظر في هذا المعنى مريم بو شربي، المسؤولية المدنية للطبيب، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغزور خنشلة، المجلد الثاني، العدد الرابع، 2015، ص 162.

♦ أولاً: الضرر المعنوي⁽¹⁾

يمنح الوالدين تعويضاً عن الأضرار المادية الناجمة عن الولادة الخاطئة بسبب إهمال الطبيب. وذلك على أساس أن المعاناة الناجمة عن ولادة طفل سليم معافي بسبب الحمل الخاطئ، لا تشكل ضرر معنوي. ولكن يمكن للمحاكم تقييم الألام النفسية والعاطفية التي تعرض لها الوالدين وتعويضهم بالقدر الذي أدت فيه مثل هذه الألام إلى خسائر مادية ملموسة مثل المصاريف الطبية⁽²⁾.

ففي ألمانيا تصنف دعاوى التعويض عن الولادة الخاطئة على أنها دعاوى تعويض نتيجة الإخلال بالواجب الذي يفرضه القانون على الطبيب، كما أنها لا تختلف عن الدعاوى المدنية. وبالتالي تمنح المحاكم الألمانية تعويضاً عن الأضرار المادية وغير المادية الحادثة نتيجة الولادة الخاطئة. أما في النمسا يقتصر التعويض على الأضرار المادية الناجمة عن الولادة الخاطئة على أساس أنها ضرر ناجم عن الإخلال بواجبة العناية الذي يتعين أن يكون متوافراً لدى الطبيب، حيث أنه وفقاً للمحاكم النمساوية لا يعتبر الحمل ضرراً جسدياً⁽³⁾.

وقريب من ذلك المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث أنها ترفض التعويض عن الألام العاطفية، وهذا على أساس أن هذه الألام لم تكن مصحوبة بإصابات جسدية⁽⁴⁾. ويرجع الاختلاف بين المحاكم في تعويض الوالدين عن الألام العاطفية الناشئة عن الولادة الخاطئة إلى الطرق المختلفة في تقييم هذه الأضرار. فهذه الطرق تشتمل على قاعدة "the physical impact" وقاعدة "the bystander" وقاعدة "the zone of danger". فالقاعدة الأولى ترى بعض المحاكم عدم تطبيقها في حالة التعويض عن الألام العاطفية إذا لم توجد أضرار جسدية تلحق بالوالدين، لأنه يتطلب من المدعي في إطار قانون المسؤولية

⁽¹⁾ هو كل ما يؤدي الإنسان في شرفه واعتباره أو يصيب مشاعره وعواطفه أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، دار العدالة، 2015، ص632.

⁽²⁾ Marija Karosaitė, op.cit. p.24.

⁽³⁾ Petr Sustek and Martin Šolc, Court Decisions In Wrongful Birth Cases As Possible Discrimination Against The Child, Joaçaba, v. 18, 2017, p.36 .

⁽⁴⁾ Dina Sõritsa, Damages Subject to Compensation in Cases of Wrongful Birth: A Solution to Suit Estonia, Juridica International, 2016, p.110.

التقصيرية إثبات الإصابات الجسدية للحصول على تعويض عن الألام العاطفية. وقد طبقت محكمة الاستئناف بالمملكة المتحدة هذه القاعدة⁽¹⁾.

أما القاعدة الثانية تفرق بين الضرر الجسدي الذي يلحق بالمضروب ذاته والضرر الذي يلحق بشخص آخر. فإذا تعرض الشخص لضرر جسدي مباشر يتم تعويض عنه وعن الأضرار النفسية الأخرى المتولدة عنه. أما إذا تعرض للضرر الجسدي أشخاص أخرى، فلا يتم تعويض في أغلب الأحوال عن الألام النفسية التي لحقت بهم. أما القاعدة الأخيرة لا تطبق إلا إذا كان إهمال المدعي هو المتسبب في الألم العاطفي. وهذا يحدث في حالة الولادة الخاطئة بسبب إهمال الطبيب، حيث أن الألم العاطفي ليس هو الخطأ في حد ذاته بل هو الضرر الناشئ عن إهمال الطبيب في عملية التعقيم⁽²⁾.

فالضرر المعنوي يشمل الألام الناجمة عن الأضرار الجسدية، وهذه الأضرار تحدث نتيجة الحمل الخاطئ لأنه يشكل اعتداء على حرية الجسد بإدخال تغييرات جسدية لا يرغب فيها الإنسان. لذلك يشكل الحمل بالطريقة الخاطئة ضرراً جسدياً، على الرغم من أنه إلى حدٍ ما ظاهرة طبيعية⁽³⁾. وتجدر الإشارة إلى أن الضرر الجسدي هو خليط من الضرر المادي والضرر المعنوي، فإذا وقعت الإصابة المضروب عن العمل بسبب الضرر الجسدي الذي لحق بحيث أثرت على دخله كان الضرر ضرراً مادياً، أما إذا لم تؤثر على دخله ولكن ترتب عليها الألام نفسه كان الضرر ضرراً معنوياً⁽⁴⁾.

فتقدير الضرر المعنوي في حد ذاته لا يمكن قياسه بصعوبة، فقد اتبعت معايير عند تقدير الضرر في الوضع العادي، ولكن يجب مراجعتها حتى تكون موضوعية إلى حد ما. وهذه المعايير تختلف من حالة إلى أخرى. فحساب التعويض عن الضرر المعنوي الناشئ عن

(1) Carolyn A. Goodzeit, Rethinking Emotional Distress Law: Prenatal Malpractice and Feminist Theory, 63 Fordham L. Rev, Vol. 63, 1994, pp.175-214.

(2) Shelley A. Ryan, Wrongful Birth: False Representations of Women 's Reproductive Lives, University of Minnesota Law School, Vol. 78,1994, pp. 857-909; John J. Kircher, The Four Faces of Tort Law: Liability for Emotional Harm, Marquette Law Review, Vol.90, 2007, pp. 789-920.

(3) DEAN STRETTON.op.cit.p.330.

(4) نضال عطا بدوي الدويك، مرجع سابق، ص57.

الولادة الخاطئة غامض للغاية⁽¹⁾. لأن تقييم الضرر المعنوي عملية حساسة للغاية بالنسبة للقضاء لأنه يتطلب قدر كبير من الدقة، لا سيما في حالة تقييم مسلك الطبيب الذي أدى إلى فشل عملية التعقيم. وبالتالي لا يستطيع الوالدين الحصول على تعويض عن الأضرار العاطفية إلا في حالتين وهما:

1. إذا نتج عن الأضرار العاطفية خسائر مالية ملموسة، مثل المصاريف أو رسوم الاستشارة الطبية، ويكون التعويض في تلك الحدود.
2. إذا نتج عن الولادة الخاطئة ضرر جسدي. إضافة إلى أن الحمل غير المرغوب فيه يعتبر انتهاكاً للحقوق الشخصية للمرأة والحق في تنظيم الأسرة. وبشكل عام يتطلب وجود إصابة جسدية للتحقق من وجود الأضرار المعنوية.

♦ ثانياً: الضرر المادي⁽²⁾

وضعت المحاكم في أوروبا فكرة عامة مفادها أن الطفل نفسه لا يمكن اعتباره مصدراً للضرر، لأن ذلك في المقام الأول سيكون مخالفاً لكرامته. فلا تسمح كرامة الإنسان بأن يعتبر الطفل المولود مصدراً للضرر. ولكن هذه الفكرة في حد ذاتها لا تعد ملزمة للمحاكم، حيث أن الولادة التي تعتبر حدثاً إيجابياً قد ينجم عنها بعض الأضرار المادية المتمثلة في تكاليف تربية الطفل أو الألام العقلية الناشئة عن تربية طفل يعاني من إصابات خطيرة⁽³⁾. لذا ذهبت العديد من المحاكم، لتجنب وصف ميلاد الطفل بطريق الخطأ بأنه ضرر، إلى أن الخسارة المالية التي تترتب على ميلاد الطفل بطريق الخطأ هي الضرر الذي يجب أن يعوض. وإن كان ذلك يخلق بعض المشاكل في إسناد المسؤولية للطبيب أو المستشفى عن تلك الخسارة. في حين أنه لا توجد صعوبة في حالة وجود إهمال من جانب الطبيب أثناء قيامه بعملية التعقيم. وذلك لأنه يمكن القول بأن التكاليف التي يتكبدها الوالدين في تربية الطفل هي الضرر الذي يعرض عنه.

(1) Ewa Bagin´ska, Wrongful Birth and Non-Pecuniary Loss: Theories of Compensation, JETL, 2010, p.198.

(2) هو الذي يصيب الإنسان من الناحية المالية أيمن سعد، أحكام الالتزام والإثبات، بدون دار نشر، 2013، ص83.

(3) Ewa Bagin´ska, op.cit.p.174.

فعلي سبيل المثال في بلجيكا، سمحت المحاكم بتعويض الوالدين عن الأضرار المادية الناشئة عن فشل عملية التعقيم مثل المصاريف الطبية، ونفقات تربية وتعليم الطفل والراتب الذي يفقده الوالدين نتيجة العمل الجزئي. وفي بولندا رأَت المحاكم أنه من الأفضل دفع هذه التعويضات في صورة مدفوعات شهرية، يتم تقييمها وفقاً للمعايير المستخدمة في قضايا النفقة⁽¹⁾.

كما قضت المحاكم الإنجليزية في قضية⁽²⁾ In Emeh v Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority التي تدور وقائعها حول حمل المدعية نتيجة فشل عملية التعقيم، مما أدى إلى ولادة طفل معاق. وقد خلصت المحاكم الإنجليزية بأنه لا توجد قاعدة عامة تمنع من التعويض عن الألم والمعاناة الناشئة عن إعالة الطفل. وبالتالي كان الحمل مساوياً للأضرار الشخصية، مما نجم عنه أضرار اقتصادية تبعية تشتمل على تكاليف التربية. وعلى الرغم من أن هذه القضية تتعلق بميلاد طفل معاق، إلا أن الحكم الصادر في هذه القضية أصبح مبرراً للوالدين فيما بعد للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن الولادة الخاطئة حتى لو كان الطفل غير معاق.

وفي قضية⁽³⁾ McFarlane v Tayside Health Management Board التي تدور وقائعها حول قيام المدعية بإجراء عملية تعقيم عام 1989 تم من خلالها قطع قناة فالوب وتم إخطارها بنجاح العملية، ولا داعي لاستخدام وسائل منع الحمل. ولكن فوجئت بوجود حمل في أواخر عام 1991 وانجبت طفلة في 1992. وعلى ضوء ذلك قام الوالدين برفع دعوى على هيئة الصحة مطالبين بالتعويض عن الأضرار المادية التي لحقت بهم. فقضى مجلس اللوردات بأنه يمكن استرداد التكاليف الناجمة عن معاناة وألم الأم وأي نفقات أخرى ناشئة كنتيجة مباشرة للحمل الذي حدث نتيجة فشل عملية التعقيم.

وهذا الحكم يعد قراراً تاريخياً، حيث ألغى الوضع السائد آنذاك، الذي سمح باسترداد تكاليف تربية الطفل الناتجة عن الإهمال أو عملية التعقيم الفاشلة بغض النظر عما إذا كان

(1) Martin Hogg, Damages for Pecuniary Loss in Cases of Wrongful Birth, Journal of European Tort Law, Vol. 1, No. 2, 08.2010, p. 156-70.

(2) See Cordelia Thomas, Claims For Wrongful Pregnancy And Damages For The Upbringing of The Child, Unsw Law Journal, Volume 26, p.134.

(3) See James Watt, McFarlane v Tayside Health Board, CLINICAL RISK, The Royal Society of Medicine Press Ltd, 2001, pp.20-22.

الطفل طبيعياً أم لا⁽¹⁾. وفي أحوال أخرى قضت بعض المحاكم بتعويض الوالدين عن تكاليف الرعاية ومنها التكاليف اللازمة لتعليم الطفل الذي ولد صحيحاً معافى بطريق الخطأ نتيجة فشل عملية التعقيم⁽²⁾. كما قرر مجلس اللوردات في قضية *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* بأن الطفل الذي ولد نتيجة عملية التعقيم التي تم إجراؤها بإهمال، يعد ضحية لخطأ قانوني. لذا تم منح والديه تعويضاً عن المصاريف التي تكبدوها نتيجة الحمل والولادة⁽³⁾.

فالتعويض عن الأضرار المادية الناجمة عن الولادة الخاطئة يشمل فقد الدخل بسبب أجازته الوضع؛ والتكاليف الأولية في بداية الحمل؛ وفقد الدخل المستقبلي بسبب تأخر العودة إلى العمل، على الأقل في الظروف القصوى⁽⁴⁾. إذ يتعين على المحاكم ألا تقلل من فرص التعويض في حالة الولادة الخاطئة على أساس أن الأمر يتعلق بولادة طفل. فإذا أدى الطبيب وظيفته بإهمال يتعين أن يتحمل المسؤولية بصورة كاملة⁽⁵⁾.

ويتضح مما سبق بأنه يتم تعويض الوالدين عن التكاليف الطبية الاستثنائية في حالة ميلاد الطفل سليمً بطريق الولادة الخاطئة. إضافة إلى التكاليف الطبية اللازمة لعلاج الطفل الذي ولد معاقاً وأي مصاريف أخرى تنشأ عن هذه الإعاقة. ويثار هنا تساؤل هل يجوز التعويض عن الخسائر الاقتصادية المحضة؟ لا يمكن التعويض عن الخسارة الاقتصادية المحضة بوجه عام في القانون الإنجليزي. ولكن إذا كانت الخسائر الاقتصادية نشأت نتيجة للضرر المادي فإنها تكون قابلة للتعويض، أما إذا كانت مستقلة عن الضرر المادي فلا يمكن تعويضها⁽⁶⁾.

(1) Umo I Esen, Compensation for failed sterilization, Hospital Medicine, Vol 63, No 9, 2002, p.533.

(2) See *Benarr v. Kettering Health Authority* [1988] N.L.J. 179.

(3) *Rees (Respondent) v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust*, [2003] UKHL 52.

(4) Richard M.op.cit.p.5.

(5) Andrew Rodau, Tort Law—Wrongful Birth—Expanding Damages In Wrongful Birth Tort Actions—Berman V. Allan, 80 N.J. 421, 404 A.2d 8 (1979), Western New England University School of Law, vol.2, p.845.

(6) Shaun Elijah Tan, The Right Approach To Wrongful Conception, Undergraduate Law Journal, Oxford University, p. 29.

كما يمكن التعويض عن الخسائر الاقتصادية المحضنة عندما ينشأ الضرر عن تربية طفل سليم ولد نتيجةً لعملية تعقيم فاشلة أو نشأ نتيجة لخطأ في التشخيص أدى إلى حرمان الوالدين من فرصة إنهاء الحمل لا سيما إذا كان الطفل معاقاً⁽¹⁾.

وعلى كلٍ يجب تعويض الوالدين عن أي خسارة متوقعة تكبدوها نتيجة ميلاد الطفل بطريق الخطأ بسبب فشل عملية التعقيم. فالحمل الخاطئ يعد مساوياً للضرر الشخصي الذي ينتج عنه أضرار اقتصادية تبعية، والتي من بينها تكاليف تربية الطفل. فإذا توافرت شروط الضرر، فلا ينبغي المجادلة بأن الخسارة التي تكبدها الوالدين هي خسارة اقتصادية محضنة لتجنب تقديم التعويض⁽²⁾. لذا يتعين أن ينظر إلى الضرر الاقتصادي بأنه عنصر مكون للضرر العام بما في ذلك الضيق والمعاناة النفسية الناشئة عن خطأ المدعى عليه، بحيث لا ينظر إلى هذه الخسائر على أنها خسائر اقتصادية محضنة⁽³⁾.

وننوه أخيراً إلى أنه نظراً لصعوبة منح التعويضات في حالة الولادة بطريق الخطأ، فضلاً عن تجنب عمليات الإجهاض، نقترح أن ينشأ داخل وزارة الصحة صندوق تعويضات لمواجهة تلك الحالات وهذا يؤدي بدوره إلى أن تتم عمليات التعقيم من خلال المستشفيات الحكومية من قبل الطبيب العام الممارس أو الاستشاري. والقول بأن الأم كان لديها فرصة للإجهاض هذا غير صحيح لأن أغلب القوانين تحظر من إجهاض طفل غير معاق خاصة عندما تكون الأم غير معرضة لأي مخاطر صحية أو كان الجنين غير مشوهاً.

○ الخاتمة:

بعدما انتهينا من هذا البحث لا بد أن نذكر ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات.

• أولاً: النتائج

1. يشير مصطلح الولادة الخاطئة إلى الخطأ الطبي الذي يبرر للوالدين مطالبة الطبيب بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بهم نتيجة لإهماله في عملية التعقيم، مما أدى إلى ولادة

⁽¹⁾ Can damages be awarded for birth of an unwanted child? Available at <https://data.allens.com.au/pubs/pdf/ari/2001/medneg.pdf> last visit on 16/1/2021.

⁽²⁾ Ffion Davies, Children as a Blessing: A Reason for Undermining Autonomy?, Degree of Bachelor of Laws, University of Otago, 2018, p.10.

⁽³⁾ Martin Hogg.op.cit.pp. 156-170.

طفل في وقت لا يرغب فيه الوالدين بالإنجاب أو الاكتفاء بعدد الأطفال الموجودين لديهم. كما أن هذا المصطلح يقابل مصطلح ميلاد الطفل معاقاً نتيجة إهمال الطبيب في تقديم المعلومات الكافية عن الجنين لكي يتخذوا القرار في الوقت المناسب لإنهاء الحمل من عدمه.

2. يدور أساس المسؤولية المدنية للطبيب عن الولادة الخاطئة حول المسؤولية العقدية والتقصيرية. فالأولى تحدث عند إخلال أحد طرفي العقد بالتزامه تجاه الآخر وهذا الإخلال يتحقق في حالة عدم قيام الطبيب ببذل العناية اللازمة لتنفيذ العقد المبرم بينه وبين المريض، أو عدم قيام المريض بتنفيذ تعليمات الطبيب مثل إجراء التحاليل اللازمة للتأكد من نجاح عملية التعقيم. والأخيرة تقوم عندما يتم علاج المريض في مستشفى عام أو خاص ولم يكن له دور في اختيار الطبيب المعالج، ويحدث إهمال من جانب الطبيب أدى إلى فشل عملية التعقيم مثل عدم إجراء الاختبارات اللازمة للأنسجة التي قام باستئصالها للتأكد من نجاح العملية من عدمه.

3. يترتب على تحقق المسؤولية الطبية عن الولادة الخاطئة قيام التعويض العيني والنقدي، حيث يقدر بالأول إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل فشل عملية التعقيم، ويلجأ إليه القاضي إذا كان ممكناً ولا يترتب عليه إلحاق ضرر جسيم بالمسئول عن الضرر. أما الثاني يقصد به دفع مبلغ نقدي يتناسب مع مقدار الضرر الذي لحق بالمضروب ويقدره القاضي وقت النطق بالحكم مع الأخذ في الاعتبار كل الظروف التي لها تأثير في تقدير التعويض. ويمتد التعويض بكل أشكاله ليشمل الضرر المادي والمعنوي. فالأول يتمثل في مصاريف الولادة وخسارة الدخل لانقطاع الوالدين عن العمل وانشغالهم بتربية الطفل.. إلخ. والأخير يتعلق بالألم التي عانت منها الأم بسبب الأضرار الجسدية التي لحقت بها من جراء عملية الولادة.

4. يحق للوالدين المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بهم نتيجة لميلاد الطفل بطريق الخطأ حتى ولو لم يكن الطفل معاقاً.

• ثانياً: التوصيات

1. إعادة النظر في قانون المسؤولية الطبية المصري لتقرير المسؤولية الموضوعية للطبيب عن فشل عملية التعقيم، وبالتالي إعفاء المضروب من عبء اثبات الضرر.

2. إعادة النظر في قانون المسؤولية الطبية الاماراتي لمواجهة القصور الوارد فيه بشأن إعفاء الطبيب من المسؤولية عن لآثار والمضاعفات الطبية المتعارف عليها أو تلك غير المتوقع في مجال الممارسة الطبية غير ناجمة عن الخطأ الطبي، وذلك لتوفير حماية كاملة للمرضيين.
3. إلزام الطبيب بالتأمين الإلزامي ضد مسؤوليته المدنية عن الأخطاء الطبية قبل ممارسة مهنة الطب.
4. إنشاء صندوق خاص للتعويضات داخل وزارة الصحة، يتدخل في حالة عدم تمكين الضحية من الحصول على تعويض كامل عن الأضرار التي إصابته جراء الأخطاء الطبية التي ترتب عليها فشل عملية التعقيم.
5. إجراء عمليات التعقيم من خلال المستشفيات الحكومية فقط على أيد أطباء استشاريين، وذلك بتخصيص عيادات في هذه المستشفيات تتم من خلالها تلك العمليات.
6. توسيع معيار الرعاية والعناية التي يجب أن يبذلها الطبيب بصدد عمليات التعقيم الذي يؤدي في النهاية جعل التزامه التزاماً بتحقيق نتيجة، لا سيما في عصرنا الحالي التي تناشد فيه الدول الأسرة بعملية التنظيم نظراً للظروف الاقتصادية التي تمر بها الدول.

الدراسة السادسة:

**المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء أحكام القانون رقم 70
لسنة 2020 بشأن مزاولة مهنة الطب والمهن المساعدة لها
وحقوق المرضى والمنشآت الصحية في الكويت**

د. محمود ملحم⁽¹⁾

د. محمد الحريري⁽²⁾

رغم أن مهنة الطب تعتبر من أسمى المهن الإنسانية التي تستهدف التخفيف عن المرضى ومداواتهم، إلا أنه أحياناً ما تُرتكب عَرَضاً وبدون قصد أحد الأخطاء الطبية التي تجعل من عمل الطبيب سبباً للمعاناة بدلاً من العلاج، وقد تصل أحياناً إلى التسبب بوفاة المريض، ونظراً لاحتمالية حدوث تلك النتائج المأساوية فقد قررت القوانين مسؤولية الطبيب عن تلك الأخطاء في حالة إهماله أو عدم التزامه بالأسس والقواعد العلمية المتبعة في مزاولته لمهنة الطب، كما قررت إعفاء منها في بعض الحالات.

ويعتبر القانون رقم 20 لسنة 2020 بشأن تنظيم مزاولة مهنة الطب والمهن المساعدة لها والمسؤولية الطبية وحقوق المرضى والمنشآت الصحية، إلى جانب تعديل القرارات المنظمة للعمل بالقطاع الطبي الأهلي وفقاً للقانون الجديد وما يتضمنه من مواد منظمة لتراخيص مزاولة المهنة في القطاع الأهلي وتراخيص المنشآت الصحية وتنظيم العمل بإدارة التراخيص الصحية، هو القانون المنظم لتلك المسؤولية، حيث رسم إطاراً لأداب ممارسة المهنة والتزامات الطبيب المختلفة وحالات الإعفاء من المسؤولية أيضاً وكثير من الأحكام الأخرى، فكان ذلك بمثابة

(1) كلية القانون الكويتية العالمية.

(2) جامعة الخليج للعلوم الطبية.

القانون الخاص للأطباء والذي يتعيّن تطبيق نصوصه بشأن كافة الأمور المتعلقة بمزاولة المهنة.

لذلك فإننا سنحاول من خلال هذا البحث مناقشة المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء أحكام هذا القانون، مستعينين بقواعد القانون المدني أحياناً باعتبارها الشريعة العامة المنظمة لقواعد المسؤولية وما هي الثغرات التي شابت هذا القانون في تحديد المسؤوليات.

♦ أولاً: مشكلة الدراسة

لما كانت مهنة الطب من المهن المتخصصة التي تستلزم الحصول على الخبرة والإعداد المناسبين لممارستها، ولما كان تحديد الأخطاء الطبية من الأمور الفنية شديدة التعقيد التي تسترعي الاستعانة بالخبراء المختصين للبت فيها، لذا كان من الضروري أن نناقش في هذا البحث مسألة الخطأ الطبي من منظور قانوني مع ما يترتب على حدوثه من انعقاد لمسئولية الطبيب والتزامه بالتعويض الذي يتناسب مع قدر الضرر الذي لحق للمريض من جرّاء الخطأ الطبي.

ولعلّ هناك اختلافاً في تحديد مفهوم الخطأ الطبي بشكل دقيق، أو أنّ تحديده أمر ليس ببسيط، فمفهوم العمل الطبي يتعلق بأصول تستند إلى إجراءات فنية ينبغي أن تتفق بطبيعتها مع القواعد والتعليمات المقررة في العلم ومطابقة المعطيات العلمية والتطور الطبي، وتهدف إلى الحفاظ على حياة الإنسان وسلامة أعضائه وحواسه.

وفي هذا السياق يرى أحد الباحثين أنّ مسؤولية الطبيب لا تقوم إلا إذا انحرف في سلوكه عن تصرف طبيب من نفس مستواه المهني أو عند مخالفته للأصول العلمية والفنية المستقرة في علم الطب، مع الأخذ بالاعتبار الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب المسؤول. كما تناول معايير قواعد الخطأ في المسائل المدنية ليصل إلى التساؤل هل هي مسؤولية تقصيرية أو مسؤولية عقدية معتبراً أنّ النمط الثاني يشكل الإطار النوعي للخطأ الطبي من خلال ما يترتب له من التزام بسلوك اليقظة والتبصّر والحذر منعاً لإضرار الغير⁽¹⁾.

(1) كلاس، إيلي، التقرير الصادر عن الندوة العلمية حول الخطأ الطبي بين التشريع والمراقبة والمحاسبة تنفيذاً لبرنامج عمل المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية لعام 2014، في مقرّ المركز في بيروت في الفترة ما بين 08 - 2014/12/10.

♦ ثانيًا: أهمية الدراسة

تمثل المسؤولية عن خطأ الطبيب أحد المسائل بالغة الخطورة التي استدعت من المشرع الكويتي التدخل وتنظيمها بقانون مزاوله مهنة الطب، فحدد القانون حقوق المرضى وواجبات والتزامات الطبيب، ولما كان حدوث الخطأ الطبي من الأمور المحتملة رغم التطور الدائم في وسائل وسبل العلاج كان من اللازم البحث في تلك المسؤولية لمعرفة أساسها وأركانها وحالات الإعفاء منها.

♦ ثالثًا: أهداف الدراسة

نحاول من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على أحكام المسؤولية المدنية للطبيب أو مزاولي مهنة الطب، وذلك من خلال التعريف بالخطأ الطبي باعتباره أساس المسؤولية والركن الأول من أركانها، وأيضاً التعرض للتزامات المفروضة على عاتق مزاولي مهنة الطب بموجب القانون رقم 70 لسنة 2020، وأركان المسؤولية الناشئة عن الإخلال بها وحالات الإعفاء منها، وذلك بصورة مبسطة نحاول فيها الإلمام بمعظم جوانب الموضوع محل البحث دون إغفال أو إطالة.

♦ رابعًا: أسباب اختيار الموضوع

لما كان ارتكاب الطبيب لأحد الأخطاء الطبية أثناء مزاوله مهنته من الأمور المحتملة ولو بنسبة ضئيلة نظراً لما تبذله الدول والمنظمات والمؤسسات الطبية من جهود مستمرة لتحديث وتطوير سبل العلاج والوسائل والأدوات الطبية، إلا أن احتمال وقوع الخطأ الطبي وإن كان ضئيلاً إلا أنه يظل احتمالاً وارداً، مما دعا المشرعين إلى إقرار وتحديث القوانين المنظمة لمزاوله مهنة الطب والمهن المساعدة لها، بما ينظم التزامات الطبيب ومسئوليته وحقوق المرضى أيضاً.

من هذا المنطلق بدت أهمية البحث في هذا الموضوع من منظور قانوني نناقش من خلاله حقوق المريض والتزامات مزاولي مهنة الطب وحالات انعقاد المسؤولية والإعفاء منها في ضوء أحكام قانون مزاوله مهنة الطب والمهن المساعدة لها والصادر في 19 أكتوبر 2020.

♦ خامساً: منهج الدراسة

اعتمد الباحث في هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي عن طريق استقراء التشريعات والقوانين ذات الصلة، وفهم النصوص والأحكام الواردة بها، والبحث في الكتب والمؤلفات التي دارت تناولت مسؤولية الطبيب المدنية، ثم محاولة الربط والتنسيق بين كل تلك العناصر.

○ المبحث الأول: التعريف بالخطأ الطبي والتزامات الطبيب في ضوء أحكام القانون رقم 70 لسنة 2020 بشأن مزاولة مهنة الطب والمهن المساعدة لها وحقوق المرضى والمنشآت الصحية في الكويت

عرف قانون مزاولة مهنة الطب ، الطبيب بأنه كل شخص حاصل على شهادة جامعية من إحدى كليات الطب البشري أو طب الاسنان المعترف بها والمعتمدة من قبل الجهات المختصة في الدولة.

كما عرف المريض بأنه كل شخص يتلقى الخدمات الطبية أو الرعاية الصحية وفقاً لأحكام هذا القانون⁽¹⁾.

ومن هذا المنطلق سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين فرعيين، نخصص الأول للحديث عن الخطأ الطبي الموجب للمسئولية والذي يُرتكب من الطبيب أثناء مزاولة مهنته، كما سنلقي الضوء في المطلب الثاني على الالتزامات القانونية المفروض على مزاولي مهنة الطب، والتي قررتها مواد القانون رقم 70 لسنة 2020، وذلك على النحو التالي:

• المطلب الأول: المقصود بالخطأ الطبي

رسمت المادة 23 من قانون مزاولة مهنة الطب المسار الخاص بإجراءات وضوابط العلاج، فأعطت لوزير الصحة سلطة وضع الشروط والضوابط والمعايير التي تخضع لها كافة العمليات الجراحية والتدخلات الطبية بمختلف أنواعها، وله في سبيل ذلك استطلاع رأي رؤساء الأقسام المختصة في القطاع الحكومي والتشاور مع العاملين في القطاع الأهلي.

⁽¹⁾ المادة الأولى من القانون رقم 70 لسنة 2020 بشأن مزاولة مهنة الطب والمهن المساعدة لها وحقوق المرضى والمنشآت الصحية، الصادر في 19 أكتوبر 2020م، والمنشور بتاريخ 2020/10/25 بالكويت اليوم.

كما ألزمت هذه المادة الطبيب بتقديم واجب العلاج للمرضى هو التزام ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة، إلا أن المشرع قد تشدد في ذلك فألزم الطبيب ببذل العناية الحريصة، وذلك لتعلق الأمر بحياة الناس وصحتهم، كما أوجب على الطبيب الحصول على الموافقة المستنيرة من المريض كتابة، وفق النص الآتي: "تخضع كافة العمليات الطبية والتدخلات الطبية وفقاً للنوع والتخصص والحالة للشروط والضوابط والمعايير التي يحددها الوزير بقرار منه حسب الحاجة لذلك، وبعد استطلاع رأي رؤساء الأقسام المختصة في القطاع الحكومي والتشاور مع العاملين في القطاع الأهلي في ذات المجال. على أن يلتزم ممارس الجراحات والتدخلات التجميلية بمباشرة إجراءاتها وفقاً لتخصصه المرخص له به، وأن يكون مؤهلاً لذلك وفقاً للاشترطات 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 والمقاييسات وكافة المستندات ذات الصلة بالمتفق على إجراءاته، ويكون التزامه هو بذل العناية الحريصة".

وتأكيداً لذلك نجد أن المادة 34 من القانون قد قررت عدم مسؤولية الطبيب عن النتيجة التي يصل إليها المريض ما دام انه قد بذل العناية اللازمة ولجأ إلى جميع الوسائل المتاحة وفقاً لظروف العلاج، فقد نصت المادة 34 على " لا يُسأل الطبيب عن النتيجة التي يصل إليها المريض ما دام قد بذل العناية اللازمة ولجأ إلى جميع الوسائل المتاحة له والتي يستطيعها ويفترض عليه أن يتبعها من كان في مثل ظروفه وتخصصه، ووفقاً لدرجته، ومستواه العلمي، والعملية، والمهني عند تشخيص المرض وعلاجه..".

ونلاحظ أن معيار وجود تقصير من الطبيب من عدمه في بذل العناية اللازمة للمريض هو معيار دائم التغير في ضوء ما يتاح وما يستجد من وسائل وتطور، حيث تتطور تلك الوسائل بشكل دائم بتطور الأبحاث الخاصة بسبل العلاج. وأن المقياس في ذلك يتحدد بالسلوك الذي كان من الممكن أن يتبعه من كان في مثل ظروف الطبيب ممن يتساوى معه في التخصص والدرجة والمستوى العلمي والعملية والمهني.

ولم يضع قانون مزاوله مهنة الطب في ضوء أحكام القانون رقم 70 لسنة 2020 بشأن مزاوله مهنة الطب والمهن المساعدة لها وحقوق المرضى والمنشآت الصحية في الكويت تعريفاً

- صريحاً للخطأ الطبي الذي يستوجب المسؤولية، وإنما تضمنت المادة 34 عدداً من الحالات التي تقوم بشأنها مسؤولية الطبيب، فنصت على "وتقوم مسؤولية الطبيب في الحالات الآتية:
- 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 وصريحة من المريض.
 - 3- إذا ثبت إهمال أو تقصير الطبيب في بذل العناية اللازمة لرعاية ومتابعة حالة المريض الصحية وعلاجه.
 - 4- إذا أجرى أي عمل طبي لمريض بالمخالفة للقرارات المنظمة والصادرة 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 بمنح حدوث ضرر جرّاء هذا الاستعمال".
- أما الجانب الفقهي فقد عرّف الخطأ الطبي بأنه " كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقتضي العلم بها، او المتعارف عليها نظرياً وعملياً اثناء تنفيذه للعمل الطبي، أو إخلاله بواجبات الحيطة والحذر واليقظة التي يفرضها القانون متى ترتب على فعله نتائج جسيمة، في حين كان في قدرته وواجباً عليه أن يتحرى في تصرفه اليقظة والتبصير حتى لا يضر بالمريض⁽¹⁾.
- وقد يحدث الخطأ الطبي نتيجة عدد من العوامل والأسباب الموجبة لمسؤولية الطبيب، كالإهمال وعدم الاحتياط، ويكون ذلك بإجراء عملية جراحية دون الالتزام بتعقيم الأدوات المستخدمة، مما يتسبب في إصابة المريض بأحد الفيروسات الكبدية، أو ترك أشياء أو أدوات

(1) السيد عبد الوهاب عرفة، المسؤولية الجنائية والمدنية والتأديبية للطبيب والصيدلي، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص19.

بين أحشاء المريض بعد الانتهاء من الجراحة وإغلاق الجرح، أو الرعاية في أداء واجبه، أو عدم الاحتراز، أو مخالفة القوانين واللوائح.

ويتضح مما سبق وجوب توافر عدد من الشروط لإمكان اعتبار أحد الأخطاء، خطأً طبياً يمكن ان تقوم عليه المسؤولية المدنية لطبيب، فيجب أولاً أن يكون مرتكب الخطأ طبياً، وأن يكون ارتكاب الخطأ بسبب أو أثناء مزاوله مهنة الطب، وأن يثبت خروج الطبيب عن القواعد والأصول العلمية الطبية المستقرة وعدم بذلة للعناية الحريصة والحرص اللازم في أداء مهمته. إلا أنه من الواجب مراعاة الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب المخطئ، وأن تؤخذ تلك الظروف بعين الاعتبار عند الفصل في مسألة وقوع خطأ طبي من عدمه.

• **المطلب الثاني: الالتزامات المفروضة على مزاولي مهنة الطب في ضوء أحكام القانون رقم 70 لسنة 2020 بشأن مزاوله مهنة الطب والمهن المساعدة لها وحقوق المرضى والمنشآت الصحية في الكويت**

تناولت نصوص قانون مزاوله مهنة الطب عدداً من الآداب والالتزامات القانونية المفروضة على مزاولي مهنة الطب بصورة عامة، ويأتي على رأس تلك الالتزامات تقديم واجب العلاج والمساعدة والعناية اللازمة للمرضى، وقد ورد النص على هذا الالتزام في المادة 14 من القانون، حيث نصت على "لا يجوز للطبيب أن يمتنع عن علاج أو مساعدة أي مريض أو مصاب وتقدي ما قد يحتاجه من عناية إلا إذا كانت حالته خارجة تماماً عن اختصاصه أو كانت لديه أسباب أو مبررات جدية ومعقولة لهذا الامتناع".

ونلاحظ أن النص السابق قد تشدد في تقرير واجب الطبيب بتقديم المساعدة، حيث لم يعفي الطبيب من مسؤولية تولي هذا الدور إلا إذا كانت حالة المريض خارجة تماماً عن اختصاصه، أو في حالة توافر الأسباب الجدية التي تبرر له ذلك، ويبدو هذا الالتزام مدفوعاً بدوافع إنسانية دينية وأخلاقية في الأساس توجب تقديم المساعدة للناس دوماً، ولاسيما ممن يملكون المقدرة والدراية اللازمة لتقديمها.

ونوضح تلك الالتزامات على النحو التالي:

■ الفرع الأول: آداب وأخلاقيات مهنة الطب

نصت المادة 9 على عدد من الآداب والأخلاقيات اللازمة لممارسة مهنة الطب، والتي يتعين على مزاولي المهنة التحلي بها دائماً، ورغم أن تلك الآداب والأخلاقيات تأخذ طابعاً أخلاقياً في الأساس، بمعنى أن الجانب الإلزامي فيها يتأسس على الأخلاق وليس القانون؛ إلا أن الالتزام بها يمهد للالتزامات القانونية الأخرى التي تجد أيضاً من الأخلاق أساساً لها، كالالتزام بالحصول على موافقة المريض بشأن أي تدخل أو إجراء طبي، وكذا عدم إفشاء أسرارها التي اطلع عليها الطبيب بسبب أداء مهنته.

وتدور تلك الالتزامات حول أداء الطبيب لعمله وفقاً للأصول الطبية المتعارف عليها، وأن يلتزم بالقوانين والقرارات واللوائح المعمول بها وتلبية النداء في حالات الطوارئ والكوارث والحروب.

فنصت المادة 9 من قانون مزاول مهنة الطب على "يلتزم مزاول المهنة بالآتي:

- 1- أن يؤدي واجبات عمله وفقاً للأصول العلمية والفنية المتعارف عليها في مجال الطب وقواعده الأساسية، وبم يتناسب مع درجته ومستواه وتخصصه العلمي والعملية وخبرته المهنية في أدائها.
- 2- مراعاة الالتزام بالقوانين واللوائح والقرارات المعمول بها والمتصلة بممارسة عمله بما يحقق العناية اللازمة للمرضى.
- 3- تلبية النداء دون إبطاء في حالات الطوارئ والكوارث والحروب حتى وإن كانوا خارج أوقات عملهم الرسمية أو في الإجازات المصرحة لهم".

■ الفرع الثاني: الموافقة المستنيرة

يعتبر الالتزام بالإعلام أو بالتبصير أحد أهم الالتزامات المفروضة على مزاولي مهنة الطب، وهو يفرض على الطبيب إخبار المريض بكل ما يتعلق بحالته المرضية وبالعلاج المُزمع تطبيقه والمخاطر المحتملة وبدائل العلاج الأخرى إن وُجدت.

وقد عرّف بعض الفقه هذا الالتزام بأنه " إعطاء الطبيب لمريضه فكرة معقولة وأمانة عن الموقف الصحي بما يسمح للمريض أن يتخذ قراره بالقبول أو الرفض ويكون على بيّنة من النتائج المحتملة للعلاج أو الجراحة"⁽¹⁾.

وتبدوا أهمية الالتزام بتبصير المريض عند الحديث عن الحصول على موافقة المريض المستنيرة بشأن التدخل الطبي أو العلاجي الذي سيخضع له، إذ إن معرفة وإمام المريض بطبيعة مرضه والعلاج الذي سيتلقاه هو من الأمور الضرورية واللازمة لتكون موافقته مستنيرة وفقاً لما قرره قانون مزاوله مهنة الطب.

وقد عرفت المادة الأولى من قانون مزاوله مهنة الطب الموافقة المستنيرة بأنها " قبول المريض أو من يمثله قانوناً بالإجراء الطبي المراد اتخاذه بعد إعلامه وتبصيره بطبيعة هذا الإجراء وفقاً لأحكام هذا القانون والقرارات المنفذة له " .

♦ أولاً: أساس الالتزام بالحصول على موافقة المريض المستنيرة

اشتراط قانون مزاوله مهنة الطب صراحة الحصول على موافقة المريض مستنيرة، فجعل من هذا الالتزام أحد الحقوق الأساسية المقررة لمصلحة المريض والتي لا يمكن المساس إلا بضوابط معينة وفي أضيق الظروف، فنصت المادة 10 من القانون على " يجب على الطبيب الحصول على موافقة المريض المستنيرة وأن يُبصّر به بكل أمانة وصدق بالآتي:

- 1- كامل حالته المرضية ومرآحلتها وأسبابها.
- 2- الوسائل والإجراءات الطبية والتشخيصية والعلاجية الواجب اتخاذاها وفقاً لحالة المريض مع بيان فوائد ومخاطر كل منها وتعريفه بالبدائل المناسبة والخيارات المتاحة بطريقة لائقة ومبسطة وواضحة وذلك بالقدر الذي تسمح به حالته الجسدية والنفسية.
- 3- خطة العلاج المزمع اتباعها.
- 4- المضاعفات المحتملة غير النادرة خلال العمل الطبي وبعده " .

(1) بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، رسالة ماجستير، الجزائر، 2011، ص56. انظر أيضاً: د. سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص136.

كما 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 نادرة الحدوث والإجراءات التشخيصية والأساليب العلاجية وفوائد ومخاطر 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 إعلام المريض أو من يمثله قانوناً بها، وفقاً لما تقتضيه ظروف الحال فيما عدا الحالات الطارئة " .

لذلك فيمكن القول إنَّ التزام الطبيب بالحصول على موافقة المريض المستتيرة هو التزام قانوني تقرر بنصوص قانون مزاوله مهنة الطب، مما يعني أن الطبيب يظل ملتزماً بواجب تبصير المريض بحالته الصحية والحصول على موافقته المستتيرة بشأن أي تدخل طبي أو علاجي ولو لم يتم النص عليه في عقد العلاج المُبرم بين المريض والطبيب، فالالتزام بالحصول على الموافقة المستتيرة هو التزام يستمد قوته الملزمة من نص القانون ذاته.

♦ ثانيًا: ضوابط الحصول على موافقة المريض المستتيرة

وضع قانون مزاوله مهنة الطب عددا من البدائل للطبيب للتيسير عليه في الحصول على الموافقة المستتيرة قبل البدء في مراحل العلاج الطبي، فأتاح له الحصول على تلك الموافقة من المريض نفسه بشرط التحقق من قدرته الذهنية أولاً وأن يكون واعياً وقادراً على فهم واستيعاب تلك التفاصيل، وأن يثبت ذلك الملف الطبي للمريض بحضور شاهدين من الأطباء، حيث نصت المادة 12 على " يجب على الطبيب التحقق من قدرة المريض الذهنية قبل الحصول منه على الموافقة المستتيرة أو إبداء التوجيهات السابقة بشأن القرارات المتعلقة بصحته وفقاً لما جاء بالمادة 30 من هذا القانون وذلك من خلال التثبت من الآتي:

1- أن يكون المريض واعياً ومدركاً للزمان والمكان 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 ودرجة تعليمه وطبيعة عمله ."

كما أتاح الحصول على تلك الموافقة من الأب أو الأم إذا كان المريض لم يبلغ الثامنة عشرة بعد، أو من الممثل القانوني لوزارة الشؤون الاجتماعية والعمل بشأن من تتولى رعايتهم أو إيوائهم أو إيداعهم لديها، وكذلك يمكن ان تصدر الموافقة من الحاضن وفق قانون الحضانة العائلية أو من لجنة ثلاثية من الأطباء المختصين في حالة رفض والدي المريض منح الموافقة رغم ضرورة الإجراء الطبي، ويمكن أيضاً أن تصدر الموافقة ممن لديه توكيل رسمي موثق من المريض بتولي مسؤولية الرعاية الصحية الكاملة له، بشرط وجود رابطة قرابة بالمريض من ناحية الأب أو الام حتى الدرجة الثانية.

وفي حالات الضرورة يتعين على الطبيب إجراء العمل الطبي دون الحصول على تلك الموافقة في حالات الطوارئ أو الحوادث أو الحالات الحرجة التي تستدعي التدخل الطبي الفوري لإنقاذ حياة المريض. حيث نصت المادة 11 على " تصدر الموافقة المستتيرة من:

- 1- المريض نفسه إذا كان متزوجاً أو أتم الثامنة عشرة سنة ذكراً كان أو أنثى أو ممن يمثله قانوناً وإذا كانت حالته لا تسمح له بذلك يجوز أن تصدر الموافقة المستتيرة من الأب أو الأم إذا كان المريض لم يتم الثامنة عشرة سنة ذكراً كان أو أنثى أو من أقاربه البالغين لسن الرشد وحتى الدرجة الثانية سواء أكانوا ذكورا أم إناثاً أو من يمثله قانوناً.
- 2- الأب أو الأم أو زوجة أو من أقارب البالغين لسن الرشد وحتى الدرجة الثانية سواء أكانوا ذكورا أو إناثاً أو من يمثله قانوناً.

3- المريض نفسه إذا كان قد أتم الخامسة عشرة سنة كاملة ذكراً كان أو أنثى بالنسبة لتلقي الخدمات الطبية أو الرعاية الصحية الأولية ويستثنى من ذلك الحالات التي تستدعي المبيت لأكثر من 24 ساعة في المنشآت الصحية.

4- المريض نفسه إذا أتم واحداً وعشرين سنة فيما يتعلق بإجراءات الجراحات والتدخلات التجميلية فإن لم يتم واحداً وعشرين سنة تصدر الموافقة من الأب والأم معا أو ممن كان حينها على قيد الحياة أو الممثل القانوني.

- 5- الشخص نفسه إذا أتم واحدا وعشرين سنة فيما يتعلق بزراعة الأعضاء ويجوز لمن أتم الثامنة عشرة من عمره التبرع لأحد أقاربه حتى الدرجة الثانية. وذلك مع مراعاة أحكام وإجراءات القانون المنظم لزراعة الأعضاء.
- 6- الممثل القانوني لوزارة الشؤون الاجتماعية والعمل بشأن من تتولى رعايتهم أو من يتم إيواؤهم أو إيداعهم لديها.
- 7- الحاضن إذا كان المريض لم يتم الثامنة عشرة من عمره ذكرا كان أو أنثى ومحتضنا وفقا لأحكام القانون رقم 80 لسنة 2015 في شأن الحضانة العائلية.
- 8- المريض النفسي والعقلي غير القادر على اتخاذ القرارات المتعلقة بصحته تراعى في هذه الحالة الأحكام المقررة في قانون رقم 14 لسنة 2019 بشأن الصحة النفسية. وإذا رفض الأب أو الأم أو الممثل القانوني عن القاصر أو الحاضن أو القريب الموافقة على الإجراء الطبي وكانت صحة المريض وسلامته الجسدية ستتعرض للخطر بسبب ذلك يرفع الطبيب المسؤول الأمر إلى مدير المنشأة الصحية أو من ينوب عنه. وذلك لتشكيل لجنة من ثلاثة أطباء مختصين على أن يكون رئيسها بمستوى استشاري لتتولى تأمين الرعاية للمريض واتخاذ ما تراه لازما، وإذا تعذر الحصول على موافقة المريض أو من يمثله قانونا في الوقت المناسب في حالات الحوادث أو الطوارئ أو الحالات الحرجة التي تستدعي تدخلا طبيا بصفة فورية أو ضرورية لإنقاذ حياة المريض، أو عضو من أعضائه. أو تلافى ضرر أو خطر بالغ ينتج من تأخير التدخل الطبي. فيتعين على الطبيب إجراء العمل الطبي دون الحصول على تلك الموافقة. ويجوز للممثل القانوني للمريض توكيل شخص يتولى مسؤولية الرعاية الصحية الكاملة بما فيها إعطاء الموافقة المستتيرة عن المريض الذي لم يتم الثامنة عشرة سنة ذكرا كان أو أنثى وذلك بصفة مؤقتة. وبشرط أن تربطه صلة قرابة بالأب أو الأم حتى الدرجة الثانية على أن يتم ذلك بموجب توكيل رسمي موثق لدى الجهات المختصة بالدولة. وفي جميع الأحوال إذا تعذر الحصول على الموافقة وفقا لأحكام هذا القانون يرفع الطبيب

المباشر للحالة الأمر لمدير المنشأة لاتخاذ القرار المناسب وبما يراعي مصلحة المريض".

إلا أن حصول الطبيب علي موافقة المريض يجب أن يسبقها أولاً التحقق من بعض الأمور الضرورية، فيجب على الطبيب التحقق من قدرة المريض الذهنية قبل الحصول منه على الموافقة المستنيرة أو إبداء التوجيهات المسبقة بشأن القرارات المتعلقة بصحته. واشترطت المادة 12 التثبت من بعض الأمور، فيجب قبل أخذ الموافقة المستنيرة أن يكون المريض واعياً ومدركاً للزمان والمكان ولهويته الشخصية وهوية من يحيطون به. وأن يكون المريض قادراً على فهم واستيعاب طبيعة المرض والخيارات المتاحة للعلاج والمضاعفات المعروفة والمحتملة لكل خيار من الخيارات العلاجية، وذلك بما يتناسب مع سنه ودرجة تعليمه وطبيعة عمله.

♦ ثالثاً: إثبات الحصول على موافقة المريض المستنيرة

وفقاً للقواعد العامة في الإثبات فإنه يقع على عاتق المريض إثبات دعواه بعدم منحه الموافقة المستنيرة للطبيب بشأن ما خضع له من علاج أو إجراء طبي أو جراحي، وبالتالي فإنه يمكن أن يواجه المريض مسألة إثبات منح الموافقة للطبيب من الأساس، أو من الممكن أن ينازع في كون موافقته قد صدرت مستنيرة عن علم وإمام كافٍ بحالته المرضية والعلاج وآثاره الجانبية.

على كل حال فإن المادة 12 من القانون قد تطلبت حضور شاهدين من الأطباء أو مزاولي المهن المساعدة لمهنة الطب عند التحقق من قدرة المريض الذهنية لأخذ موافقته المستنيرة بشأن العلاج أو التدخل الطبي، إضافة إلى إثبات ذلك في ملفه الطبي فنصت على "... وفي جميع الأحوال يلتزم الطبيب بالقيام بهذا التقييم والإجراء في حضور شاهدين من الأطباء او من مزاولي المهن المساعدة لمهنة الطب، وأن يثبت ذلك في ملف المريض الطبي". وفي حالة رفض المريض منح الموافقة المستنيرة أو العدول عنها يتم إثبات في ملفه بعد إعلامه بالعواقب وفقاً للمادة 30 من القانون.

♦ رابعاً: حق المريض في رفض الموافقة المستنيرة أو العدول عنها

نصت المادة 30 على " للمريض الحق في رفض الموافقة المستنيرة أو التوجيهات المسبقة أو العدول عنها في أي وقت دون حاجة لبيان السبب، ويجب على الفريق الطبي وإدارة المنشأة الصحية احترام إرادته ".

وأضافت ذات المادة باستمرار التزام الطبيب بالقيام بواجباته رغم رفض المريض أو عدوله عن الموافقة، فنصت على " وفي حالة رفض المريض أو عدوله عن أي إجراء طبي يظل الطبيب ملتزماً بالقيام بواجباته تجاه المريض من خلال عرض بدائل طبية لرعاية صحته ". وفي الحقيقة فإن الموافقة المستنيرة لا تنحصر في إجراءات التدخل الطبي العلاجي والجراحي العادي فحسب، بل تطالب القانون الحصول عليها في حالات أخرى.

فقد قررت المادة 21 من القانون بعد أن أجازت للطبيب إجراء كافة أنواع التصوير بغرض التشخيص والعلاج والمتابعة الحصول أولاً على موافقة مكتوبة وصريحة من المريض بشأن التصوير، فنصت على " ويجوز لمزاولة المهنة إجراء أي نوع من التصوير بغرض التعليم أو التوثيق أو البحث أو النشر العلمي أو لتبادل الخبرات أو المعلومات في المجال الطبي أو للتوعية الصحية وذلك بشرط الحصول على موافقة مكتوبة وصريحة من المريض يحدد فيها غرض وحدود الاستخدام والنشر، وذلك مع مراعاة عدم الإفصاح عن شخصية وهوية المريض كلما انتفت المصلحة المعتبرة لذلك".

كما قررت المادة 32 الحصول على موافقة المريض بشأن خضوعه للأبحاث أو التجارب الطبية، فنصت على " يحظر إجراء أي أبحاث أو تجارب أو تطبيقات علمية أو عملية في المجال الطبي على جسم الإنسان إلا بعد الحصول على موافقة خطية مسبقة وصريحة منه أو ممن يمثله قانوناً".

♦ خامساً: الآثار القانونية المترتبة على عدم حصول الطبيب على موافقة المريض المستنيرة

يترتب على تقصير الطبيب في الحصول على موافقة المريض المستنيرة وفقاً لنصوص قانون مزاوله مهنة الطب انعقاد مسؤوليته التأديبية، فالحصول على الموافقة المستنيرة للمريض يعتبر من القواعد والضوابط التي نص عليها القانون ووضع جزاءات على مخالفتها.

فقد نصت المادة 9 بشأن التزامات الطبيب بعدد من آداب المهنة وأخلاقياتها على " مراعاة الالتزام بالقوانين واللوائح والقرارات المعمول بها والمتصلة بممارسة عمله بما يحقق العناية اللازمة للمرضى ".

فنصت المادة 75 من القانون على " يعاقب كل من رخص له في مزاوله المهنة عند ثبوت مخالفته لأحكام هذا القانون أو اللوائح أو القرارات الصادرة تنفيذاً له بالعقوبات التأديبية التالية:

- 1- التنبيه.
 - 2- الإنذار.
 - 3- فرض جزاءات مالية حسب جسامة المخالفة بما لا يجاوز ألف دينار ولا يقل عن مائة دينار.
 - 4- وقف ترخيص مزاوله المهنة وفقاً مؤقتاً لمدة لا تزيد عن سنة واحدة.
 - 5- إلغاء أو سحب ترخيص مزاوله المهنة ".
- ويلاحظ أن القانون قد راعى التدرج في شدة الجزاءات وفقاً لنوع الخطأ ودرجته وما أحاط به من ظروف وملابسات.

■ الفرع الثالث: كتمان أسرار المريض

يعرف السر الطبي بأنه كل واقعة أو أمر تصل إلى علم الطبيب، سواء أفضى إليه بها المريض أو غيره، أو علم بها نتيجة الفحص أو التشخيص أثناء أو بمناسبة ممارسته لمهنته أو بسببها، وكان للمريض أو لأسرته أو الغير مصلحة مشروعة في كتمانها⁽¹⁾.

ونظراً لطبيعة مهنة الطب والتي تُبَّيح لمزاوليها كشف العورات والاطلاع على الأبدان وغيرها من الأمور والمعلومات السرية، فقد فرضت أخلاقيات مهنة الطب على الطبيب الالتزام بالسرية فيما يتعلق بكل أمور مرضاه، وقد تقرر هذا الالتزام بموجب النصوص

(1) محمود موسى دودين، مسؤولية الطبيب الفردية عن أعماله المهنية، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2006، ص 49. انظر أيضاً: د. موفق على عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998، ص 63.

القانونية الملزمة كذلك، فنصت المادة 13 من قانون مزاوله مهنة الطب على " يحظر على مزاولي المهنة أن يُعشي سراً خاصاً بالمريض، سواء أكان هذا السر قد نَمى إلى علمه أم اكتشفه من خلال مزاوله مهنته، أم كان المريض قد ائتمنه عليه، أم سمع به من غيره، ويسري هذا الحظر على كل من اتصل علمهم بالسر من العاملين بالمنشآت الصحية المعنية أو غيرها من الجهات".

○ المبحث الثاني: المسؤولية المدنية والإعفاء منها في ضوء أحكام القانون رقم 70 لسنة 2020 بشأن مزاوله مهنة الطب والمهن المساعدة لها وحقوق المرضى والمنشآت الصحية في الكويت

تدور المسؤولية المدنية وفقاً للقواعد العامة حول الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية، إلا أنه فيما يتعلق بالمسؤولية عن الخطأ الطبي تُشير إلى أن أساس المسؤولية قد يختلف تبعاً لاختلاف العلاقة بين المريض والطبيب، فقد يترتب على حدوث الخطأ من جانب الطبيب قيام مسؤوليته العقدية إذا قام الطبيب بمهمة العلاج بناءً على اختيار المريض له وطلبه بنفسه، فيمكن في تلك الحالة القول بوجود عقد يجمع المريض والطبيب موضوعه تقديم خدمات طبية.

وعلى ذلك يتمثل الخطأ العقدي للطبيب في إخلاله بالتزام من الالتزامات الواردة في العقد الطبي الذي يجمعه بالمريض، كعدم قيامه بعلاج المريض، أو إهماله وتقصيره في تقديم الخدمات الطبية والعلاجية للمريض، أو التأخر في إجراء العملية الجراحية التي تستدعي الاستعجال، أو إهماله لالتزامه بإعلام المريض وعدم اخذ رضائه وموافقته على العلاج في الحسبان⁽¹⁾.

أما المسؤولية التقصيرية فتقوم في حالة الأطباء الموجودين بالمستشفيات والمستوصفات العامة والتي يُفرض عليهم وفقاً للوائح والقوانين علاج المرضى، أو في حالة تطوع الطبيب للعلاج من تلقاء نفسه، أو امتناعه عن تقديم العلاج للمريض رغم توافر الامكانيات اللازمة لذلك.

(1) بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية" دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، 2011، ص109. انظر أيضاً: د. أيمن إبراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص46.

وكنا قد أسلفنا أن التزام الطبيب هو التزام ببذل العناية الحريصة واللازمة في مزاولته لمهنته، إلا أن هذا الالتزام قد يتشدد أحياناً فينقلب إلى التزام بتحقيق نتيجة فيما يتعلق بسلامة المريض، ونقصد هنا عدم تعرضه لأي ضرر أو أذى فيما يتعلق بالأدوات والأجهزة المستخدمة في تقديم العلاج، فالطبيب يلتزم هنا بعدم تسببه في نقل أي أمراض أو فيروسات معدية للمريض نتيجة استخدام الأدوات الطبية دون تعقيم، أو التعرض لأضرار أو حروق نتيجة زيادة التعرض للأشعة.

على كلٍ سنقسم هذا المبحث للحديث عن أركان المسؤولية المدنية عن خطأ الطبيب في المطلب الأول، في حين نخصص المطلب الثاني لحالات الإباحة والإعفاء من المسؤولية، وذلك على النحو التالي:

• المطلب الأول: أركان المسؤولية المدنية عن خطأ الطبيب

نظمت القواعد العامة في القانون المدني أركان المسؤولية المدنية، فنصت المادة 227 على " كل من أحدث بفعله الخاطئ ضرراً بغيره يلتزم بتعويضه، سواء أكان في إحداثه الضرر مباشراً أو متسبباً ". ومن نص المادة تتضح أركان مسؤولية الطبيب المدنية عن خطأه الطبي على النحو التالي:

■ الفرع الأول: ركن الخطأ

ينتج الخطأ كعمل غير مشروع نتيجة إخلال بالالتزام وارد بالعقد في المسؤولية العقدية، أو بواجب قانوني في المسؤولية التقصيرية، وينتمي الخطأ الطبي إلى الأخطاء المهنية التي ترتكب أثناء ممارسة مهنة معينة بسبب الإخلال بأصولها والقواعد والاشتراطات الخاصة بمزاولتها. ويمكن تعريف الخطأ الطبي بأنه " تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ حذر وجد في نفس الظروف الخارجية التي وجد فيها الطبيب المسؤول"⁽¹⁾.

(1) خلود هشام خليل عبد الغني، الخطأ الطبي " دراسة في قانون المسؤولية الطبية الإماراتي"، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2016، ص18. انظر أيضاً: د. وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي (دراسة تحليلية فقهية وقضائية في كل من مصر وفرنسا)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991م، ص41.

وقد لخص القضاء المصري الأمر فذهب إلى انعقاد مسئولية الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني، وُجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول⁽¹⁾.

أما قضاء التمييز الكويتي فقد ذهب إلى أن الطبيب يُسأل إذا كان الخطأ ينطوي على مخالفة أكيدة واضحة للحقائق العلمية المُسلم بها والأصول الفنية المستقرة⁽²⁾.
ومن صور الخطأ الطبي أن يهمل الطبيب في طلب أو إجراء الفحوصات والتحاليل الطبية اللازمة أو يُخطئ الطبيب في تحديد نسبة المخدر المناسبة لسن المريض ووضعه الصحي والبدني فيفارق المريض الحياة أثناء إجراء العملية الجراحية وغيرها.

■ الفرع الثاني: ركن الضرر

قد يتمثل الضرر الناتج عن خطأ الطبيب في صورة ضرر مادي يصيب المريض في جسده فيحدث لديه عجز أو ضعف في استخدام أحد أعضائه كحدوث قطع في أحد الأعصاب أو الأوتار المسئولة عن تحريك طرف أو أكثر، أو فقد أحد الحواس كالسمع أو البصر، كما قد يصيب الضرر المريض في ماله فيتكبد أعباءً مالية في سبيل تصحيح ما تسبب به الطبيب من ضرر ناتج عن خطأه، فيخضع لعدد من العمليات الجراحية التي قد تتجح أو لا تتجح في شفائه، فضلاً عن الأوجاع التي تسبب بها الخطأ الطبي، أو العمليات الجراحية الناتجة عنه، وعن الوقت المبذول في سبيل العلاج، وعن التعطيل عن العمل الذي قد يصيب المريض بسبب الخطأ الطبي، وما يترتب عليه من ضرر مادي على مستوى فقدان الراتب لمدة زمنية محددة أو دائماً، أو ضرر معنوي ناتج عن إخلال المريض بواجباته والتزاماته العملية.

كما قد يأتي الضرر في صورة معنوية تُصيب المريض في شعوره أو سمعته، كما في حالة إخلال الطبيب بواجب كتمان أسرار المريض التي اطلع عليها بسبب مزاولته مهنته، وسواء كان إخلال موجباً للمسئولية العقابية أو التقصيرية فإن ذلك لا يؤثر على استحقاق المريض للتعويض.

(1) الطعن رقم 111 لسنة 35 ق- مصر، الصادر في 1969/06/26، مجموعة الأحكام، السنة 20، ص 1075.

(2) محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 108•100/108•1979 تجاري، جلسة 1980/06/04.

ومن الممكن أن يستعين القاضي في تقدير أدلة الإثبات وتوافر أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بالخبراء الطبيين، والذين يتولون مهمة بحث المسائل الفنية كمقدار الضرر وسببه ومدى إمكانية تقاديه، وتحديد نسبة العجز أو سبب الوفاة، مما يسهل على القضاء في النهاية تقدير قيمة التعويض المقضي به للمريض أو ذويه في حالة تسبب الخطأ في وفاة المريض.

■ الفرع الثالث: علاقة السببية

تبدو أهمية علاقة السببية في ضرورة توافر رابط بين الفعل الخاطئ المنسوب للطبيب والضرر الذي لحق بالمريض حتى يمكن مساءلته، بمعنى أنه لولا خطأ الطبيب لما أصيب المريض بالضرر.

وفي الأمثلة السابقة يجب أن يثبت للمحكمة أن تقصير الطبيب في مباشرة أمور مهنته أو عدم التزامه بالضوابط والقواعد المعمول بها قد تسبب بصورة مباشرة في حصول ما يدّعيه المريض من أضرار، ومن الممكن أن تستعين المحكمة بالخبراء الطبيين في تلك المهمة على نحو ما اسلفنا.

وقد نصت المادة 36 من قانون مزاوله مهنة الطب على إنشاء جهاز المسؤولية الطبية في ضوء أحكام القانون رقم 70 لسنة 2020 بشأن مزاوله مهنة الطب والمهن المساعدة لها وحقوق المرضى والمنشآت الصحية في الكويت"، والذي يختص دون غيره بإبداء الرأي الفني في الشكاوى والبلاغات والتقارير والقضايا التي تعرض عليه، وعلى وجه الخصوص الدعاوى المتعلقة بالأخطاء الطبية والمخالفات المهنية المرتكبة من قِبل مزاولي مهنة الطب، ويكون لها التحقيق في الخطأ وتحديد المسئول عنه، وتقدير الأضرار الصحية المترتبة عليه.

علمًا أنه يختص جهاز المسؤولية الطبية بإبداء الرأي الفني وفق المادة 37 التي نصت على "يختص جهاز المسؤولية الطبية دون غيره ومن خلال اللجان التي يشكلها بإبداء الرأي الفني في جميع الموضوعات التي تعرض عليه من خلال الشكاوى والبلاغات والمحاضر والتقارير والقضايا والدعاوى المتعلقة بالأخطاء الطبية والمخالفات المهنية المرتكبة من مزاولي

المهنة أو أصحاب المنشآت الصحية أو مديريها من حيث تحقق الخطأ أو المخالفة المهنية من حيث تحقق الخطأ الطبي أو المخالفة من عدمه سواء في القطاع الحكومي أو الأهلي مع بيان وجه الخطأ والمخالفة إن ثبتت وتقييمها وتحديد المسئول أو المسئولين عنها 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 إن كان لذلك مقتضى".

ويتوافر تلك الأركان الثلاثة السابقة يمكن القول بانعقاد المسؤولية المدنية للطبيب عن خطأه المهني، وبالتالي يُسأل عن تعويض وجبر الضرر الذي تسبب به للمريض جراء فعله الخاطئ.

• المطلب الثاني: حالات الإعفاء من المسؤولية

من المنطقي ألا يُسأل الطبيب سواءً مدنياً أو جزائياً أو تأديبياً عن كل أفعاله، وإلا لتحولت مهنة الطب وغيرها من المهن، من مهنة تستهدف التخفيف عن الناس ومساعدتهم إلى مهنة تستجلب على مزاوليها المتاعب.

من هذا المنطلق كان من الضروري تسليط الضوء على حالات الإعفاء من المسؤولية، والتي تقررت بنصوص قانون مزاوله مهنة الطب، ويستفيد منها جميع مزاولي المهنة في حمايتهم من ملاحقة المريض إن هو تكلف أو تعمد الإضرار بهم رغم حصوله على المساعدة اللازمة والمعقولة.

إلا أنه وابتداءً بالقواعد العامة نُشير إلى نص المادة 233 من القانون المدني قد قرر الإعفاء من المسؤولية في حالة الضرر الناشئ عن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو فعل المضرور أو الغير، فنصت على " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي عنه لا يد له فيه، كقوة القاهرة أو حادث فجائي أو فعل المضرور أو فعل الغير، كان غير ملزم بالتعويض، وذلك ما لم يوجد نص يقضي بخلافه ".

- أما المادة 13 من قانون مزاوله مهنة الطب، وبعدها حظرت على مزاولي المهنة إفشاء أسرار المرضى، إلا أنها قد أباحت ذلك في عدد من الحالات، وفق النص الآتي: " ومع ذلك يجوز إفشاء السر في الحالات الآتية:
- 1- تنفيذاً لأمر مكوب صادر من المحكمة أو النيابة العامة أو إحدى جهات التحقيق المختصة، أو عند المثل أمام تلك الجهات.
 - 2- إفشاء المسائل والأمور الزوجية المتعلقة بأحد الزوجين للزوج الآخر، ويكون الإفشاء لأحدهما شخصياً بعد أخذ الموافقة على ذلك كتابة من الزوج المعني، ولا تشترط هذه الموافقة إذا كان الإفشاء درءً لخطر صحي محقق عن الآخر.
 - 3- الإفشاءات للجهات الرسمية المختصة بقصد منع ارتكاب جريمة أو الإبلاغ عنها.
 - 4- التبليغ عن مرض من الأمراض السارية طبقاً للقوانين واللوائح الصادرة بهذا الخصوص، ويكون الإفشاء مقصوراً على الجهات التي تحددها الوزارة وفقاً لأحكام القانون رقم 8 لسنة 1969م بالاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية.
 - 5- موافقة المريض كتابة على إفشاء سره للشخص أو للجهة ووفق النطاق الذي يحدده.
 - 6- ما تتطلب مقتضيات مزاوله المهنة من تبادل المعلومات والبيانات سواء كان ذلك بين الطاقم الطبي أم ع الجهاز الإداري بالمنشأة الصحية أم مع ذوي المريض أم ممثله القانوني في الحالات التي تستدعي ذلك، على أن يكون ذلك فيما بينهم وفي أضيق الحدود وبالقدر اللازم لأداء واجباتهم ومهامهم.
 - 7- حالات العنف وسوء معاملة الأطفال وفقاً لأحكام القانون رقم 21 لسنة 2015 في شأن حقوق الطفل.
 - 8- حالات الإهمال والعنف الموجه لكبار السن وفقاً لأحكام القانون رقم 18 لسنة 2016 بشأن الرعاية الاجتماعية للمسنين. ويجوز للوزير أن يصدر قرار بتحديد الحالات الواجب الإبلاغ عنها والجهات التي يتم التبليغ إليها والإجراءات الواجب اتباعها ".

وبناء على ما تقدم يبقى محور الاشكالية في هذا الموضوع السؤال عن التوقيع على إقرار من المريض الى الطبيب مضمونه الاعفاء من المسؤولية نتيجة الضرر الذي يتعرض له المريض قبل نشوء هذا الحق، وعلى ما يبدو أن الاطباء في هذا المضمار يتسابقون لحماية أنفسهم من المسؤولية التي تستتبعها أخطاؤهم أو أخطاء تابعيهم بالاشتراط المسبق بإعفائهم منها، الغاية تجنبهم الآثار الناجمة عن تعرض المريض للضرر، وأهمها تعويض الأخير سواء عن الضرر المادي أو الأدبي الذي تعرض له.

ان هذا الشرط المعفي للمسؤولية في مجال الفعل الضار يقع باطلاً يقع باطلاً بكل جوانبه لذا فانه كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار يعتبر باطل ولا اثر قانوني له والمقصود بالشرط الباطل في هذه الحالة هو الاشتراط المسبق على عدم المسؤولية عما يوقعه الشخص بآخر من فعل غير مشروع يلحق به ضرراً الان الاجازة في مثل هذه الشروط تيسر فتح باب الإضرار بالناس أو وتخالف مبدأ العناية الحريصة والمفروضة على الاطباء خروجاً على القاعدة على ان عمل الطبيب هو موجب وسيله فقط (الاتجاه الفرنسي الحديث). أما التصرف في الحق المالي المترتب على هذه المسؤولية بعد نشوئه، فهو جائز لصاحبه ما لم يمس حقاً لغيره، كأن يعفي أو يتنازل عن مبلغ التعويض المستحق. وحق المضرور في التعويض عما لحق به من أضرار قبل مرتكب الفعل الضار، ينشأ بمجرد وقوع الفعل الذي نتج عنه الضرر، ولو لم تتحدد ماهية هذا الضرر ومداه أو قيمته تحديداً نهائياً، ما مقتضاه أن إقرار المضرور بالتنازل عن ذلك التعويض بعد نشوء الحق فيه يعد إقراراً صحيحاً غير مشوب بالبطلان، أما الإقرار السابق على نشوء الحق في التعويض فيعترية البطلان ولا يعتبر صحيحاً كما انه لا يؤخذ به امام المحاكم كونه عنصراً مقيداً للمسؤولية وينسف الاسس القانونيه التي قام عليها. اما في حالة الالتزام العقدي والتي يرتبط بها الاطراف بعقد من العقود فإنه يجوز الاتفاق المسبق على الاعفاء من المسؤولية العقدية أو الأخطاء التي تنتج عنها، إلا أن هذا الاتفاق لا يسري في حق المضرور (المريض) إذا ارتكب المتعاقد الآخر غشاً أو خطأ جسيماً، والغش يتمثل في الامتناع عن

تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد، وهو ينطوي دائماً على سوء النية، غير أنه لا يشترط فيه توافر قصد الاضرار بالمضروب.

○ الخاتمة

يترتب على ارتكاب الطبيب أحد الأخطاء الطبية أو عدم التزامه بالضوابط المحددة لممارسة المهنة أو الالتزامات القانونية المفروضة عليه كالحصول على الموافقة المستتيرة من المريض أو المعنيين بذلك قانوناً قبل إجراء أي تدخل طبي، أو عدم كتمان أسرار المريض التي نمت إلى علمه بسبب أو أثناء مزاولته المهنة؛ كل ذلك يترتب عليه انعقاد مسؤوليته المدنية والمتمثلة في جبر الأضرار التي لحقت بالمريض، وسواء كانت المسؤولية عقدية مستندة إلى عقد علاج يجمع المريض بطيبه أو تقصيرية تقوم على الخطأ غير المشروع.

إلا أن مسؤولية الطبيب عن خطأه أو فعله غير المشروع لا تقوم إلا بتحقق كامل أركانها من خطأ ينسب إليه وضرر يُحدثه وعلاقة سببية تجمع بين الخطأ والضرر، وقد نظم قانون مزاوله مهنة الطب انشاء واختصاصات جهاز المسؤولية الطبية ليساهم في بحث وإبداء الرأي في الشكاوى والنزاعات والدعاوى التي تحال إليه من القضاء فيما يتعلق بارتكاب أحد مزاولي المهنة لخطأ طبي من عدمه ومقداره بما يساعد في تحديد قيمة التعويض الذي ستقضي به المحكمة.

ولم يغفل قانون مزاوله مهنة الطب عن النص على بعض الحالات التي يمكن فيها للطبيب عدم الالتزام بالضوابط المرسومة لمزاوله المهنة مدفوعاً بحالة الضرورة لإنقاذ حياة المريض، أو مساعدة الجهات والسلطات العامة في عمليات التحقيق وكشف الجرائم دفعاً في اتجاه تحقيق الصالح العام.

ختاماً: بين هذا البحث اختلاف تكييف مسؤولية الطبيب المدنية في القانون والقضاء المقارن: أهى عقدية أم تقصيرية؟ وسرد حجج القائلين بأنها عقدية، وتلك القائلة بأنها تقصيرية. ثم بين البحث أن كل المسؤوليتين تنشأن من الخطأ، ولكن مع اختلاف كل منهما في تحديد ماهية الخطأ، ونظرتها صوبه وفلسفتها تجاهه. وتبنى البحث كون المسؤولية المدنية للطبيب عقدية لقوة الحجج والاسانيد التي يحتج بها منظرو المسؤولية العقدية وقد

- خلص البحث إلى نتائج، فإنه يصبح من الضروري طرح عدد من التوصيات التي نراها ضرورية وملحة في هذا المجال
1. تعديل القانون باعفاء المريض المتضرر من عبء إثبات الخطأ، وأن تلقي على الطبيب عبء نفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر ويكون ذلك بشكل واضح وصريح.
 2. إعداد طاقم قضائي طبي متخصص في النظر في قضايا الأخطاء الطبية، بحيث يجمع بين علمين: علم الطب وعلم القانون، حتى يكون القاضي أكثر ثقة بنفسه إذا ما استند إلى رأيه في تقدير الموضوع.
 3. تعطي اللجنة الطبية صلاحيات قانونية في مجال التحقيق والكشف عن الأخطاء الطبية تقوم بالتحقيق في القضايا المرفوعة. ونشرها وتوثيقها
 4. إلزام الأطباء تحديث معرفتهم العلمية، يتشترط فيها أن يخضعوا لاختبارات كل فترة معينة تقررها تلك التشريعات.
 5. أن تقر وزارة الصحة اختبارا يلزم الأطباء بالاطلاع على المسؤولية وأنواعها.
 6. غياب النص المتعلق بالتطبيق عن بعد واجراء المسؤولية بالروبوت ومن المسؤول في التعويض حال وقوع الضرر.
 7. تحديد وشرح للمسؤولية المدنية للروبوت الجراحي - الذكاء الاصطناعي وفقا لنصوص القانون الأوروبي الصادر سنة 2016.

الدراسة السابعة:

اكتساب أبناء المواطنين من أب أجنبي الجنسية الإماراتية

علياء علي خلف الحمادي⁽¹⁾

في دولة الإمارات العربية المتحدة، وضع المشرع الاتحادي قواعد وأسس وشروط اكتساب الجنسية الإماراتية في القانون الاتحادي رقم (17) لسنة 1972 في شأن الجنسية وجوازات السفر، والذي تم تعديله مؤخراً بالمرسوم بقانون اتحادي رقم (16) لسنة 2017 حيث اشتملت هذه التعديلات على العديد من المسائل التي تتعلق بطرق اكتساب الجنسية، وبشكل خاص مسألة اكتساب أبناء المواطنين الإماراتيات المتزوجات من أجنبي الجنسية الإماراتية. وقد كان للتعديلات الجوهرية التي أجريت على المرسوم بقانون اتحادي رقم (17) لسنة 1972 بشأن الجنسية وجوازات السفر انعكاسات واسعة على الصعيد القانوني نظراً لأنها أضافت قواعد قانونية جديدة في مسائل كانت على مدار بحث القانونيين والمهتمين بهذا الجانب، فمسألة اكتساب أبناء المواطنين الإماراتيات المتزوجات من أجنبي ظلت لفترة طويلة من الزمن من المسائل الحيوية في مادة الجنسية، وكما هو معلوم فإن الأساس المعتمد في الكثير من التشريعات في اكتساب الجنسية هو حق الدم من جهة الأب، ولكن ونظراً لتزايد دور المرأة في المجتمع الحديث وانفتاح شعوب الدول على بعضها وسهولة التواصل والسفر والتنقل وتحت تأثير التوجهات والأفكار التي تطالب بعدم التفرقة بين الرجل والمرأة في مجال حقوق الإنسان بشكل عام، وفي مجال اكتساب الأبناء للجنسية بشكل خاص، كان لزاماً على التشريعات تعديل القواعد القانونية التي تتعلق بهذه المسألة وأن يكون لأبناء المواطنين المتزوجات من أجنبي الحق في منحهم جنسيتها على أساس حق الدم من جهة

(1) باحثة قانونية/ ماجستير في القانون الخاص/ جامعة العين - الإمارات العربية المتحدة.

الأم، وهذا النهج الذي انتهجه المشرع الاتحادي في التعديلات الأخيرة لقانون الجنسية وجوازات السفر.

ونظراً للتعديلات الجوهرية والبارزة التي أجراها المشرع الاتحادي على شروط اكتساب الجنسية في قانون الجنسية وجوازات السفر فمن الضرورة التعمق والبحث فيها ومدى وضوح نصوصها وصياغتها من الناحية القانونية، هذا بالإضافة إلى ندرة الدراسات والبحوث القانونية التي تناولت هذا الموضوع بشكل شامل وذلك نظراً لحدثة هذه التعديلات التي أجريت في نهاية عام 2017 م.

♦ أهمية الدراسة:

تبرز أهمية التعديلات التي أجراها المشرع الاتحادي بشأن اكتساب الجنسية الإماراتية في المرسوم بقانون اتحادي رقم (16) لسنة 2017، فيما يتعلق بأبناء المواطنين المتزوجات من أجانب، وأثر تلك التعديلات على فئات ليست قليلة من المجتمع، فكان لزاماً علينا البحث في حيثياتها ومدى وضوحها وإزالة الغموض عنها. وتمثل هذه الدراسة في حداثة هذه التعديلات وندرة الدراسات المتخصصة التي تناولتها بشكل شامل ومتعمق، حيث تتضمن هذه التعديلات نصوصاً قانونية جديدة بالبحث والإيضاح. وتتمثل أيضاً في الأهمية العلمية والعملية لموضوع اكتساب الجنسية وفقاً للتعديلات الجديدة، وبشكل خاص القضاة والمحامين وأساتذة وطلبة كليات القانون في دولة الإمارات العربية المتحدة.

♦ إشكالية الدراسة:

تتمثل إشكالية الدراسة في تقييم النهج التشريعي الذي اتبعه المشرع الإماراتي في المرسوم بقانون اتحادي رقم (16) لسنة 2017 بشأن تعديل قانون الجنسية وجوازات السفر، والمتعلق بكيفية اكتساب الجنسية الإماراتية وشروطها، حيث أجرى المشرع الإماراتي تعديلات جوهرية تتعلق باكتساب أبناء المواطنين الجنسية الإماراتية، فوضع شروطاً لاكتساب أبناء المواطنة المتزوجة من أجنبي الجنسية الإماراتية، وشروطاً لاكتساب ابنة المواطنة من أجنبي المتزوجة من أجنبي الجنسية الإماراتية، وكل هذه الحالات القانونية تستلزم تحليلها وبيان إلى أي مدى وفق المشرع الإماراتي في استحداث حالات اكتساب الجنسية الواردة في المرسوم بقانون اتحادي

رقم (16) لسنة 2017 م في شأن تعديل بعض أحكام القانون الاتحادي رقم (17) لسنة 1972 م، وهل أضاف المشرع الإماراتي حالات وشروط جديدة لاكتساب الجنسية في التعديلات الأخيرة التي أجراها على قانون الجنسية وجوازات السفر الاتحادي وخاصة بما يتعلق بأبناء المواطنة المتزوجة من أجنبي.

♦ منهجية الدراسة:

إن الهدف المتوخى من هذه الدراسة هو المساهمة في تقديم دراسة قانونية متعمقة في حالات اكتساب الجنسية الإماراتية وفقاً للتعديلات الواردة في المرسوم بقانون اتحادي رقم (16) لسنة 2017 في شأن تعديل بعض أحكام القانون الاتحادي رقم (17) لسنة 1972 في شأن الجنسية وجوازات السفر، ونظراً لأن دراسة هذا الموضوع تتطلب الإلمام بكافة جوانبه القانونية فستتبع الباحثة المنهج الوصفي والمنهج التحليلي للنصوص القانونية ذات الصلة باكتساب الجنسية في التشريع الإماراتي، ومن ثم إيراد الشروحات والآراء الفقهية حول الموضوع، واستعراض أهم التعديلات التي أضافها المشرع في هذا الشأن، وذلك من خلال مطلبين.

○ المطلب الأول: حالات اكتساب أبناء المواطنين الجنسية الإماراتية وشروطها

لكل إنسان الحق في جنسية تربطه بدولة معينة، تضمن له ما يجب أن يتمتع به من حقوق واستقرار في الحياة، فحياة الإنسان من الصعب استمرارها ما لم يكن يتمتع بجنسية دولة ما منذ ولادته وحتى وفاته.

وكما هو معلوم فإن هناك عدد من الدول تأخذ في اكتساب الجنسية حق الدم عن طريق الأب، فعندما يثبت نسب المولود لأبيه فإن يثبت له الحق في اكتساب جنسيته، وهناك بعض الدول التي تأخذ بحق الدم عن طريق الأب والأم أيضاً، أي أن يكتسب أبناء وبنات المواطنين المتزوجات من أجنبيات جنسية الأم بناءً على حق الدم من جهة الأم.

وقد كان المشرع الإماراتي سابقاً⁽¹⁾ يأخذ باكتساب الجنسية بناءً على حق الدم من جهة الأب بشكل أساسي، أما اكتساب الجنسية بناءً على حق الدم من جهة الأم فقد كان يقتصر

(1) قبل صدور المرسوم بقانون اتحادي رقم (16) لسنة 2017 في شأن تعديل قانون الجنسية وجوازات السفر.

على حالتين فقط، الأولى إذا كان ابنها غير شرعي، والثانية إذا كان ابنها من أب مجهول الجنسية أو عديمها، ويتم تطبيق هاتين الحالتين فقط للمواطنة بحكم القانون دون المواطنة بالتجنس. أما بعد صدور المرسوم بقانون اتحادي رقم (16) لسنة 2017 في شأن تعديل قانون الجنسية وجوازات السفر، فقد قام المشرع الإماراتي بإقرار تعديلات تشريعية تمنح أبناء المواطنين المتزوجات من أجنبيات جنسية الدولة، وذلك وفقاً لشروط معينة حددتها نصوص مواد المرسوم. وقد جاءت تلك التعديلات لعدة أسباب، من أهمها السياسة الحكيمة التي تتبعها الدولة في مجال تمكين المرأة ودورها الفعال في كافة المجالات في المجتمع الإماراتي، هذا بالإضافة إلى وضع مصلحة الطفل فوق أي اعتبار، وأيضاً جاءت هذه التعديلات انسجاماً مع العديد من المطالبات الفقهية والقانونية⁽¹⁾ التي نادى بالمساواة بين الرجل والمرأة في نقل جنسيتها لأبنائهما⁽²⁾.

وسنتناول في هذا المطلب أهم التعديلات التي أجراها المشرع الإماراتي في المرسوم بقانون اتحادي رقم (16) لسنة 2017، وذلك بما يتعلق بحالات اكتساب أبناء المواطنين للجنسية الإماراتية.

أقر المشرع الإماراتي تعديلات هامة تتعلق بمنح أبناء المواطنة الإماراتية المتزوجة من أجنبي الجنسية الإماراتية⁽³⁾، وذلك في المادة (10) مكرر من المرسوم بقانون اتحادي رقم

(1) محمد الروبي، تأملات في قانون الجنسية الإماراتية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص49.

(2) للمزيد أنظر: صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص - الجنسية وتنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2008، ص84 وما بعدها. وعبد الحميد محمود عليو، اكتساب الجنسية عن طريق الأم في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص40 وما بعدها.

(3) لقد كان التشريع المصري من التشريعات العربية السبابة في الأخذ بهذا النهج، حيث أعطى القانون المصري الحق لأبناء المواطنة المصرية اكتساب الجنسية المصرية، وذلك وفقاً لما ورد في القانون رقم 154 لسنة 2004 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 26 لسنة 1975 بشأن الجنسية المصرية، حيث ورد في نص المادة الأولى من هذا القانون أنه: " يستبدل بنص المادة (2) من القانون رقم 26 لسنة 1975 بشأن الجنسية المصرية، النص الآتي: مادة (2): "يكون مصرياً: 1- من ولد لأب مصري، أو لأم مصرية...". فقد ساوى المشرع المصري هنا بين الأب والأم في منح الجنسية المصرية لأبنائهم بناء على حق الدم، سواء من جهة الأب أو من جهة الأم.

وقد منح المشرع المصري كذلك أبناء الأم المصرية المولودين قبل تاريخ العمل بهذا القانون الحق في اكتساب الجنسية المصرية، حيث نصت المادة الثالثة على أنه: " يكون لمن ولد لأم مصرية وأب غير مصري قبل تاريخ العمل بهذا القانون، أن يعلن وزير الداخلية برغبته في التمتع بالجنسية المصرية، ويعتبر مصرياً بصدور قرار بذلك من الوزير، أو بانقضاء

(16) لسنة 2017 في شأن تعديل قانون الجنسية وجوازات السفر، والتي تنص على أنه:
"1- يجوز منح الجنسية لأبناء وبنات المواطنة المتزوجة من أجنبي بعد مرور مدة لا تقل عن ست سنوات من تاريخ الميلاد شريطة أن تكون الأم متمتعة بالجنسية وقت ميلاده حتى تاريخ طلب الحصول على الجنسية، وفق الضوابط التي تحددها اللائحة التنفيذية.
2- يجوز منح الجنسية لابنة المواطنة من أب أجنبي الجنسية والمتزوجة من أجنبي وذلك وفقاً للضوابط التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا المرسوم بقانون".

وقد تضمن نص المادة (17) من قانون الجنسية وجوازات السفر الاتحادي أنه: "... وللمواطنة بحكم القانون التي اكتسبت جنسية زوجها الأجنبي ثم توفى عنها زوجها أو هجرها أو طلقها أن تسترد جنسيتها بشرط أن تتخلى عن جنسية زوجها. ويجوز لأولادها من هذا الزوج أن يطلبوا الدخول في جنسية الدولة إذا كانت إقامتهم العادية في الدولة وأبدوا رغبتهم في التخلي عن جنسية أبيهم".

يتبين لنا مما ورد في النصين السابقين أن هناك أكثر من حالة لاكتساب أبناء المواطنة المتزوجة من أجنبي الجنسية الإماراتية، وبناءً على ذلك سنتناول في هذا المبحث هذه الحالات في فرعين، بحيث سنتعرض في الفرع الأول لحالات اكتساب الجنسية لأبناء المواطنات الجنسية الإماراتية وفقاً لما ورد في المادة (17) من قانون الجنسية وجوازات السفر، أما الفرع الثاني فسوف يتم التعرض لآثار اكتساب الجنسية.

مدة سنة من تاريخ الإعلان دون صدور قرار مسبب منه بالرفض. ويترتب على التمتع بالجنسية المصرية تطبيقاً لحكم الفقرة السابقة تمتع الأولاد القصر بهذه الجنسية. أما الأولاد البالغون فيكون تمتعهم بهذه الجنسية بإتباع ذات الإجراءات السابقة. فإذا توفى من ولد لأم مصرية وأب غير مصري قبل تاريخ العمل بهذا القانون. يكون لأولاده حق التمتع بالجنسية وفقاً لأحكام الفقرتين السابقتين. وفي جميع الأحوال، يكون إعلان الرغبة في التمتع بالجنسية المصرية بالنسبة للقاصر من نائبه القانوني أو من الأم أو من تولى التربية في حالة عدم وجود أيهما ". وللتوسع في ذلك أنظر: عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص، جامعة المنصورة، 2008، ص197-198. وأحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص - الجنسية والمواطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات الدولية، دار النهضة العربية، 2008، ص 164-165. وعبد المنعم زمرم، جنسية أبناء الأم المصرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص206. وحسام الدين فتحي ناصف، نظام الجنسية في القانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص89.

• الفرع الأول: حالة اكتساب الجنسية الإماراتية لأبناء المواطنة التي استردت جنسيتها بعد فقدها

نلاحظ من خلال ما ورد في نص المادة (17) من قانون الجنسية وجوازات السفر الاتحادي - سالفه الذكر - أن المشرع الإماراتي عالج حالة بالغة الأهمية تتعلق بأبناء المواطنة بحكم القانون التي تزوجت من أجنبي واكتسبت جنسيته، ومن ثم استردتها بعد وفاة زوجها أو هجرها أو طلاقها، حيث أجاز المشرع لأبنائها من هذا الزوج الأجنبي تقديم طلب الحصول على الجنسية الإماراتية ولكن ضمن شروط، سوف نتناولها فيما يلي:

■ الشرط الأول: أن تكون الأم مواطنة بحكم القانون، واستردت الجنسية الإماراتية بعد أن فقدتها نتيجة لاكتسابها جنسية دولة الزوج

اشترط المشرع الإماراتي بدايةً أن تكون الأم مواطنة بحكم القانون، وقد فرق المشرع هنا ما بين المواطنة حاملة الجنسية الأصلية والمواطنة بالتجنس، إذ لم يعطي المشرع للمواطنة التي اكتسبت الجنسية الإماراتية بالتجنس حق استرداد جنسيتها⁽¹⁾، فالمتجنس الذي يفقد جنسيته لا يمكن له أن يعود إليها استناداً لما ورد في المادة (12) من قانون الجنسية وجوازات السفر، والتي تنص على أنه: "لا تمنح الجنسية إلا مرة واحدة"، مما يعني أن أبناء المواطنة من زوج أجنبي والتي كانت قد اكتسبت الجنسية الإماراتية بالتجنس ومن ثم فقدت جنسيتها بعد زواجها من أجنبي ثم توفي عنها أو هجرها أو طلقها لا يحق لهم تقديم طلب للدخول في جنسية دولة الإمارات.

ونلاحظ هنا أن الحكم الوارد في المادة (17) سالفه الذكر قد اقتصر فقط على أبناء المواطنة بحكم القانون، أي المواطنة التي تحمل الجنسية الإماراتية الأصلية فقط، واستثنى بذلك أبناء المواطنة التي اكتسبت جنسيتها بالتجنس.

وفي حال تحقق شرط أن تكون الأم مواطنة بحكم القانون، فقد اشترط المشرع الإماراتي أن تكون المواطنة قد قامت باسترداد جنسيتها بعد أن فقدتها نتيجة لاكتسابها جنسية زوجها

(1) نور حمد الحجايا وبكر عبد الفتاح السرحان، القانون الدولي الخاص الإماراتي، جامعة الشارقة، الشارقة، 2017، ص209.

الأجنبي، إضافة إلى انجابها أولاداً من هذا الزوج، ومن ثم انقضاء علاقة الزوجية فعلياً، ويكون الانقضاء إما بوفاة الزوج أو الطلاق، أو نتيجة هجر الزوج لزوجته. وحسناً فعل المشرع الإماراتي عندما قرر هذا الحكم الإنساني، حيث راعى في ذلك الحالة الإنسانية للمواطنة الإماراتية التي انتهت علاقتها الزوجية، وحتى لا يكون أبنائها حائلاً بين عودتها إلى أحضان دولة الإمارات، واسترداد جنسيتها، وخاصة بعد زوال سبب بقائها وارتباطها بدولة الزوج⁽¹⁾.

■ الشرط الثاني: أن يكون لأولاد الأم المواطنة محل إقامة في دولة الإمارات وقت استرداد أهمهم لجنسية الدولة

اشترط المشرع الإماراتي في المادة (17) سالفه الذكر أن يكون لأولاد المواطنة من الزوج الأجنبي، والتي استردت الجنسية الإماراتية بعد انقضاء العلاقة الزوجية مع زوجها الأجنبي، أن يكون لهم محل إقامة عادية في الدولة وقت استرداد أهمهم لجنسية الدولة، والإقامة العادية، فيجب أن يكون الأولاد مستقرين مع والديهم في دولة الإمارات بشكل مستمر واعتيادي وأن لا يكون مكان حياتهم مع الأب خارج دولة الإمارات، حيث وضع المشرع الإماراتي هذا الشرط لضمان اندماج الأولاد في مجتمع الإمارات وعاداته وتقاليده.

■ الشرط الثالث: أن يتقدم هؤلاء الأبناء بطلب الحصول على الجنسية الإماراتية

جاء في نص المادة (17) سالفه الذكر: "... ويجوز لأولادها من هذا الزوج أن يطلبوا الدخول في جنسية الدولة..."، ونستنتج من خلال هذا النص أن المشرع الإماراتي اشترط أن يقدم الأبناء طلباً يعبرون فيه عن رغبتهم في الدخول في الجنسية الإماراتية، وهذا الطلب يقدم إلى الهيئة الاتحادية للهوية والجنسية.

ويثار في هذه الحالة تساؤل حول مستوى الأهلية التي يفترض أن تكون في الأبناء للتعبير عن إرادتهم عند تقديمهم طلب الحصول على الجنسية الإماراتية، حيث يرى البعض⁽²⁾ أنه

(1) علي عيسى الجسمي وأحمد عبد الكريم سلامة، قانون الجنسية الإماراتية، دراسة مقارنة، دار النهضة العلمية للنشر والتوزيع، دبي، 2019، ص275.

(2) أحمد الجبير وفايز النصير، مبادئ القانون الدولي الخاص الإماراتي، مكتبة الجامعة، الشارقة، 2015، ص126.

يجب أن يكون الأبناء قد بلغوا سن الرشد للتعبير عن إرادتهم تلك. في حين يرى البعض الآخر أن حق طلب الجنسية في هذه الحالة يشمل القاصر والبالغ، باعتبار أن النص قد جاء عاماً يشمل البالغ الراشد والقاصر، لذا لا يجوز تخصيصه بالراشد، أما إبداء الرغبة، والتقدم بطلب الحصول على الجنسية، فيمكن أن يحل ولي القاصر محله⁽¹⁾.

ونتفق فيما يتعلق بهذه المسألة مع الرأي الثاني، والذي يرى أن حق تقديم طلب الحصول على الجنسية يشمل القاصر والبالغ، فعندما يكون الأبناء مستقرين مع أهمهم في دولة الإمارات فإنه من الضروري أن تمنح لهم الجنسية منذ صغرهم، وذلك للعديد من الأسباب، من أهمها توطيد الولاء والانتماء لديهم لدولة الإمارات، هذا بالإضافة إلى أن عملية اندماجهم مع المجتمع الإماراتي وعاداته وتقاليده تكون بشكل أفضل عندما يكونوا يحملون الجنسية الإماراتية.

■ الشرط الرابع: تخلي أولاد المواطنة عن جنسيتهم الأصلية

اشترط المشرع الإماراتي، بالإضافة لما سبق، أن يتخلى أبناء المواطنة عن جنسيتهم الأصلية، وهذه الجنسية تكون جنسية الأب، وقد ورد في نص المادة (17) سالف الذكر ما يلي: "... وأبدوا رغبتهم في التخلي عن جنسية أبيهم". ونرى أن المشرع الإماراتي قد وضع هذا الشرط منعاً لحدوث مشكلة ازواج الجنسية، وكذلك لضمان أن يكون ولاء هؤلاء الأبناء لدولة الإمارات فقط دون غيرها من الدول، فمن يحمل الجنسية الإماراتية لا بد أن يكون ولاؤه المطلق فقط لها.

فإذا توافرت الشروط السابقة كلها، فإن لجهة الإدارة سلطة تقديرية في منح الجنسية من عدمها، وفي حال تمت الموافقة على طلب الحصول على الجنسية واكتسب الأبناء الجنسية الإماراتية، فإن هذه الجنسية تكون جنسية الدولة بالتجنس وليست جنسية أصلية، وذلك لأن من خصائص هذه الجنسية أنها تطلب، ويدخل منها في السلطة التقديرية لجهة الإدارة⁽²⁾.

(1) عكاشة عبد العال، أحكام الجنسية في القانون الإماراتي، أكاديمية شرطة دبي، 2003-2004، ص 372.

(2) علي عيسى الجسمي وأحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 277.

■ الشرط الخامس: توافر الشروط العامة للتجنس التي تطلبها المادة 12 مكرر

فيما يتعلق بالشروط العامة للتجنس، والتي وردت في نص المادة (12) مكرر من قانون الجنسية الاتحادي. فإن بعض هذه الشروط تسعى من خلالها الدولة إلى التأكد من اندماج مقدم طلب اكتساب الجنسية في مجتمعا الوطني، وبعضها الآخر الهدف منه حماية المجتمع والحفاظ على أمنها السياسي والاجتماعي. هذا بالإضافة إلى الشروط المتعلقة بالمؤهل العلمي والولاء للدولة والأهلية، وتنقسم الشروط العامة لإكتساب الجنسية شروط تتعلق بالاندماج في المجتمع وحمايته وشروط تتعلق بالمؤهل العلمي والولاء والأهليه وسنتناول فيما يلي هذه الشروط.

◆ أولاً: الشروط المتعلقة بالاندماج في مجتمع دولة الإمارات

لقد انتهج المشرع الإماراتي نهج التشريعات المقارنة التي تتطلب تنفيذ الشخص المتقدم بطلب الجنسية بعض الشروط التي تتعلق بالاندماج في المجتمع الإماراتي، والهدف من هذه الشروط هو التأكد من أن طالب الجنسية أصبح عضواً فعالاً في المجتمع ومؤهلاً لحمل الجنسية الإماراتية، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1. تنازل الشخص المتقدم بطلب الحصول على الجنسية الإماراتية عن جنسيته الأصلية

أو أي جنسية أخرى يحملها:

اشترط المشرع الإماراتي لمنح الجنسية الإماراتية لطالب الجنسية أن يقوم المتقدم بالطلب بالتخلي عن جنسيته الأصلية أو أي جنسية أخرى يحملها، وقد ورد هذا الشرط في موضعين من قانون الجنسية وجوازات السفر الاتحادي وتعديلاته لسنة 2017، أما الموضع الأول فقد ورد في نص المادة (11) "لا يمنح التجنس لأي شخص إلا إذا تخلى عن جنسيته الأصلية". أما الموضع الثاني فقد ورد في نص الفقرة (1) من المادة (12) مكرر، والتي نصت على أنه: "تمنح الجنسية، وفقاً للشروط الآتية: 1- أن يتخلى عن جنسيته الأصلية أو أية جنسية أخرى يحملها".

ونلاحظ هنا أن هناك تكراراً لهذا الشرط الوارد في نص المادة (11) وفي الفقرة (1) من المادة (12) مكرر، حيث تم إضافة هذا الشرط في المرسوم بقانون اتحادي رقم (16) لسنة 2017 في شأن تعديل بعض أحكام القانون الاتحادي رقم (17) لسنة 1972 في شأن الجنسية

وجوازات السفر، والملاحظ أيضاً أن المشرع الإماراتي قد أضاف في التعديلات الجديدة شرطاً جديداً بتخلي مقدم طلب الحصول على الجنسية عن أي جنسية أخرى يحملها بالإضافة إلى جنسيته الأصلية، لأن طالب الجنسية من المحتمل أن يكون يحمل جنسية أخرى غير جنسيته الأصلية، وحسناً فعل المشرع الإماراتي عندما أضاف هذا الشرط، وذلك منعاً لحصول مشكلة ازدواج الجنسية وبما يتفق مع التوجهات الدولية في هذا الشأن.

وقد ابتغى المشرع الإماراتي من وضع هذا الشرط التأكد من أن ولاء طالب الجنسية غير موزع بين الدولة الأجنبية التي يتمتع بجنسيتها، ودولة الإمارات التي يسعى للحصول على جنسيتها⁽¹⁾.

2. إقامة طالب الجنسية بصورة مستمرة ومشروعة في دولة الإمارات:

لقد وضع المشرع الإماراتي هذا الشرط ضمن الشروط العامة لاكتساب الجنسية الإماراتية، حيث نصت الفقرة (2) من المادة (12) مكرر من قانون الجنسية وجوازات السفر وتعديلاته على أن: "2- أن تكون له إقامة مشروعة ومستمرة في الدولة".

ويرجع سبب وضع المشرع لهذا الشرط للتأكد من اندماج الشخص الأجنبي طالب التجنس في مجتمع الدولة واكتسابه لعاداته وتقاليده وأخلاقياته وقيمه الأدبية، وانصهاره بين مواطني الدولة، وهذا الشرط يعد مكملاً لشرط آخر لا يقل عنه أهمية وهو شرط الدخول المشروع إلى الإقليم دولة الإمارات، لأن الشخص طالب الجنسية إذا كان قد دخل بطريقة غير مشروعة، فإنه يقع تحت طائلة القانون الجنائي، ولا يمنح أصلاً الإقامة التي تمكنه من اكتساب جنسية الدولة⁽²⁾.

أما الاستمرارية فالمقصود بها هنا أن يقيم طالب الجنسية في دولة الإمارات إقامة مستمرة خلال المدة المحددة دون انقطاع، على أن السفر المؤقت لخارج الدولة مع نية العودة للدولة لا يقطع استمرارية الإقامة، فالسفر للدراسة أو العلاج أو السياحة أو الزيارة أو غير ذلك من الأسباب لا ينال من مسألة استمرارية الإقامة في الدولة⁽³⁾.

(1) علي عيسى الجسمي وأحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 194.

(2) يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في النظام القانوني للجنسية والموطن والمركز القانوني للأجانب، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ص 122.

(3) علي عيسى الجسمي وأحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 196-197.

وبالرجوع لنص الفقرة (2) من المادة (12) مكرر سالفه الذكر نلاحظ أن المشرع الإماراتي لم يحدد مدة الإقامة المطلوبة لمنح جنسية الدولة، ذلك لأن الشرع قام بتحديد مدد الإقامة لكل حالة من حالات اكتساب الجنسية بشكل منفصل في المواد المنظمة لصور الجنسية المكتسبة في الدولة.

3. إجادة طالب الجنسية للغة العربية:

اشترط المشرع الإماراتي على طالب الجنسية أن يجيد اللغة العربية، حيث نصت الفقرة (3) من المادة (12) مكرر من قانون الجنسية وجوازات السفر وتعديلاته على أن: "تمنح الجنسية، وفقاً للشروط الآتية: 3- أن يجيد اللغة العربية".

وقد ورد هذا الشرط ضمن الشرط العامة لمنح الجنسية الإماراتية، والحكمة من إضافته أن المشرع يفترض أن يكون طالب الجنسية في هذا الفرض أجنبياً من غير رعايا الدول العربية وذلك حتى يسهل عملية اندماجه مع شعب دولة الإمارات. وفي تفسير معنى هذا الشرط يرى بعض الفقه⁽¹⁾ أن المشرع لا يكتفي في طالب الجنسية معرفته فقط بلغة العرب ولكن يلزم أن يجيد اللغة العربية قراءة وكتابة وحديثاً. في حين يرى جانباً آخر من الفقه⁽²⁾ التمييز في درجة إجادة اللغة العربية وفقاً للمستوى العلمي والثقافي للشخص طالب الجنسية، أو وفقاً لمركزه الاجتماعي.

ومن المستحسن أن يقوم المشرع الإماراتي بتوضيح المقصود بهذا الشرط، وما هي درجة إجادة اللغة العربية المطلوبة في الشخص طالب الجنسية، وذلك منعاً لوقوع الالتباس في تفسيرها.

♦ ثانياً: الشروط المتعلقة بحماية المجتمع الإماراتي

لقد وضع المشرع الإماراتي شروطاً تتعلق بحماية المجتمع الإماراتي، يجب أن تتوفر في الشخص المتقدم للحصول على الجنسية الإماراتية، وهذه الشروط تتمثل فيما يلي:

(1) أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، مكتبة الجامعة، الشارقة، 2012، ص183.

(2) علي عيسى الجسمي وأحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص198.

1. وجود وسيلة مشروعة للعيش:

لقد ورد هذا الشرط في نص الفقرة (4) من المادة (12) مكرر من قانون الجنسية الاتحادي وتعديلاته بقولها: "تمنح الجنسية وفقاً للشروط التالية: 4- أن تكون له وسيلة مشروعة للعيش". وقد كان غرض المشرع الإماراتي من وضع هذا الشرط أن لا يكون طالب الجنسية عالة على المجتمع الإماراتي، ويشكل عبئاً على ميزانية الدولة، حيث أنه من الصعب اندماج من يعوزه الحاجة والفقر في الجماعة الوطنية، إضافة إلى أن التجنس ليس وسيلة لدخول العاطلين عن العمل أو من لا يستطيع الكسب في جنسية الدولة⁽¹⁾. ولم يحدد المشرع ماهية الوسيلة المشروعة للعيش، ولذلك فإن أمر تحديدها وتقديرها متروك للهيئة الاتحادية للهوية والجنسية⁽²⁾.

2. أن يكون طالب الجنسية حسن السيرة والسلوك:

اشتراطت الفقرة (6) من المادة (12) مكرر من قانون الجنسية الاتحادي وتعديلاته أن يكون طالب الجنسية حسن السيرة والسلوك، فلا يتصور أن تمنح الجنسية الإماراتية لشخص سيء السمعة أو ذو سلوك مشين في المجتمع، فلا بد أن يشتهر بين الذين يعرفونه ويتعاملون معه بطيب صفاته ودمائة خلقه.

3. أن يكون غير محكوم عليه في جنائية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة ما لم يرد

إليه اعتباره:

ورد هذا الشرط في الفقرة (7) من المادة (12) مكرر من قانون الجنسية الاتحادي وتعديلاته، ووضع هذا الشرط مهم جداً لعدة أسباب، أهمها حفظ المجتمع أصحاب السلوكيات غير السليمة، وإصدار حكم بحق الفرد بجريمة تتعلق بالشرف والأمانة من شأنه اعتباره فرد له أسبقيات في المجتمع، وهذا الأمر من شأنه تهديد أمن المجتمع واستقراره⁽³⁾.

وعند إجراء مقارنة بين ما ورد في نص الفقرة (7) - سالف الذكر - وما ورد في نص الفقرة (أ) من المادة (5) من قانون الجنسية نلاحظ إضافة عبارة جديدة غير مذكورة في الفقرة

(1) علي عيسى الجسمي وأحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 198-199.

(2) نور حمد الحجايا، الجنسية ومركز الأجانب، الطبعة الأولى، أكاديمية شرطة دبي، 2018، ص 89.

(3) نور حمد الحجايا، مرجع سابق، ص 89.

(أ) وهي "ما لم يرد إليه اعتباره"، وهذا يفيد أنه في الحالة التي يرد إلى طالب الجنسية اعتباره بعد صدور حكم عليه بالإدانة في جنائية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة، فإن ذلك لا يعد مانعاً من موانع منحه جنسية الدولة، وبعبارة أخرى أن رد الاعتبار يجعل الحكم كأن لم يكن⁽¹⁾. وفي هذا الصدد يرى البعض أن ما ورد في التعديلات الجديدة هو الذي يتم تطبيقه، وذلك وفقاً لقاعدة "التعديل اللاحق ينسخ النص السابق"، وهذا يعني أن هذا الشرط لا بد أن يستمر حتى تاريخ منح الفرد الجنسية الإماراتية⁽²⁾.

والملاحظ هنا أن المشرع الإماراتي اشترط صدور حكم، أي أن مجرد الاشتباه، أو توجيه التهمة للشخص لا يكفي لاعتبار ذلك مانع من منح الجنسية، والمقصود بالحكم هنا الحكم النهائي، والأصل صدور حكم الإدانة من المحاكم الإماراتية، إلا أن البعض يذهب إلى أنه يمكن لجهة الإدارة الاعتداد بالحكم الأجنبي الصادر من محكمة أجنبية ضد الشخص طالب الجنسية وذلك ليس باعتباره حكماً، وإنما واقعة يمكن لجهة الإدارة أن تعتمد عليه، لتكوين رأيها حول تقدير مدى صلاحية الشخص للحصول على جنسية الدولة⁽³⁾. ومن أمثلة الجرائم التي يؤخذ بها كمانع لمنح الجنسية الأحكام الصادرة في جرائم الجنايات كالقتل العمد أو الضرب المفضي للموت، أو الجنح المخلة بالشرف أو الأمانة كالسرقة أو الاختلاس أو التزوير أو الاحتيال، أما الحكم عليه في جرائم أخرى فلا يعد مانعاً لمنح الجنسية وفقاً لهذا الشرط⁽⁴⁾.

4. الحصول على الموافقة الأمنية:

تم إضافة هذا الشرط ضمن التعديلات الواردة على قانون الجنسية في سنة 2017، وذلك في نص الفقرة (8) من المادة (12) مكرر والتي تنص على أن: "تمنح الجنسية وفقاً للشروط التالية: 8- أن يحصل على الموافقة الأمنية". والجدير بالذكر أن هذا الشرط لم يكن موجوداً قبل التعديلات التي أجريت على قانون الجنسية وفقاً للمرسوم بقانون رقم (16) لسنة 2017.

(1) علي عيسى الجسمي وأحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 201.

(2) نور حمد الحجايا، مرجع سابق، ص 89.

(3) عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 301.

(4) علي عيسى الجسمي وأحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 200.

ويرى جانب من الفقه⁽¹⁾ أنه على الرغم من أن قرارات منح الجنسية تعد من أعمال الإدارة المحصنة من الطعون كافة إلا أن المشرع حسناً فعل بإضافة مثل هذا الشرط، والنص عليه في القانون، لإعطاء الشرعية لعمل الإدارة بهذا الشأن، وبعبارة أخرى فإن النص على هذا الشرط يضيء الصفة الشرعية على أعمال الإدارة في رفض منح الجنسية. وهذا الشرط يعد منطقياً، فمن غير المعقول منح الجنسية لفرد ليس لديه موافقة أمنية، فهو غير مؤهل للانضمام إلى مجتمع دولة الإمارات ولا يمكن أن يصدق بالولاء والانتماء للدولة وللقيادة.

وفي هذا الصدد، فإن الأجهزة الأمنية لها كامل السلطة في تقدير ما إذا كان هذا الفرد يهدد أمن الدولة وسلامتها أم لا، وذلك لحفظ وحماية الدولة والمجتمع على حد سواء⁽²⁾. ومن هذا الجانب نرى أن المشرع حسناً فعل بإضافة هذا الشرط، نظراً لما يشكل من أهمية في حفظ أمن الدولة من كافة الجوانب، الأمنية أو الاجتماعية أو السياسية، فلا بد قبل منح أي شخص الجنسية الإماراتية التأكد من الشخص من الجوانب الأمنية، فمن غير المتصور منح جنسية الدولة لشخص صاحب أسبقيات وصادر بحقه أحكام قضائية بجرائم إرهابية على سبيل المثال، فالدولة لا تسعى لإعطاء جنسيتها لأي شخص يشكل خطراً على مجتمعها.

♦ ثالثاً: الشروط المتعلقة بالمؤهل العلمي والولاء والأهلية

هي على النحو الآتي:

1- أن يحمل طالب الجنسية مؤهلاً علمياً:

تم وضع هذا الشرط ضمن الشروط العامة لاكتساب الجنسية الإماراتية، وذلك في الفقرة (5) من المادة (12) مكرر من قانون الجنسية الاتحادي وتعديلاته، والتي نصت على أن: "تمنح الجنسية، وفقاً للشروط الآتية: 5- أن يحمل مؤهلاً علمياً".

(1) علي عيسى الجسمي وأحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 202.

(2) نور حمد الحجابا، مرجع سابق، ص 90.

والملاحظ من نص هذه الفقرة أن المشرع لم يحدد ماهية المؤهل العلمي الذي ينبغي أن يحمله المتقدم بطلب اكتساب الجنسية الإماراتية، ومن هنا يبرز لدينا تساؤل حول المقصود بالمؤهل العلمي، حيث إن مجرد حصول الشخص على أي شهادة حتى لو كانت "الشهادة الإبتدائية" يعد حاصلاً على مؤهل علمي، أم أن ما قصده المشرع هنا بالمؤهل العلمي هو الشهادة الثانوية العامة أو الشهادة الجامعية فأعلى، ولذلك من الأفضل أن يقوم المشرع ببيان المقصود بالمؤهل العلمي في هذا النص في اللائحة التنفيذية لقانون الجنسية وجوازات السفر المعدل بالمرسوم بقانون اتحادي رقم (16) لسنة 2017.

ويرى البعض⁽¹⁾ في هذا الجانب أن المقصود بالمؤهل العلمي هو الشهادات العلمية المعتمدة والدورات التدريبية التي حصل عليها الفرد الراغب بالحصول على جنسية دولة الإمارات العربية المتحدة، ومن هذا المنطلق فإن المؤهل العملي قد يكون شهادة الثانوية العامة أو شهادة البكالوريوس أو شهادة الدبلوم أو شهادة الدراسات العليا، بالإضافة للشهادات المهنية والفنية والتقنية. كما ويرى البعض الآخر أنه من الأفضل اقتصار المؤهل العملي على شهادة الثانوية العامة فأعلى، لأن الغاية من هذا الشرط أن يتم منح الجنسية لكل شخص مفيد للمجتمع، فمن يحمل مؤهلاً أقل من الثانوية العامة نادراً ما يكون مفيداً للمجتمع، مع إمكانية إعفاء بعض الفئات من هذا الشرط كالأبناء القصر الحاصلين على الجنسية بالتبعية لحصول والدهم على جنسية الدولة بالتجنس، وذلك لصعوبة حصول القصر على المؤهل العلمي⁽²⁾.

و المقصود بالمؤهل العلمي هنا ما يحمله الشخص المتقدم بطلب الحصول على الجنسية من شهادات ودورات علمية ودراسية تؤهله لأن يكون عضواً فاعلاً في المجتمع بعد منحه الجنسية الإماراتية. ويعد هذا الشرط من الشروط المهمة التي ينبغي توفرها في الشخص طالب الجنسية، ذلك لأن منح الجنسية الإماراتية لأشخاص غير مؤهلين علمياً من شأنه زيادة الأعباء والتكاليف الاقتصادية على الدولة، حيث إن الشخص غير المؤهل علمياً يصعب عليه إيجاد وسيلة عيش كريمة، وبالتالي يكون على عاتق الدولة التكفل بمعيشته، ولذلك اشترط المشرع الإماراتي وجود المؤهل العلمي لطالب الجنسية.

(1) نور حمد الحجايا، مرجع سابق، ص 90.

(2) علي عيسى الجسمي وأحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 202.

وفي التعديلات الجديدة التي أقرها المشرع في المرسوم بقانون اتحادي رقم (3) لسنة 2020 في شأن تعديل بعض أحكام القانون الاتحادي رقم (17) لسنة 1972 في شأن الجنسية وجوازات السفر، فإنه يجوز استثناء المستثمرين ورواد الأعمال وأصحاب المواهب من شرط المؤهل العلمي، حيث نصت المادة (12) مكرر من هذا القانون على أنه: "... ويجوز استثناء المرأة الأجنبية المتزوجة من مواطن من تطبيق البند (5) من هذه المادة، كما يجوز استثناء مكتسبي الجنسية وفقاً لأحكام المادة (9) مكرراً من هذا القانون من كل أو بعض الشروط الواردة في هذه المادة...".

وبالعودة لنص المادة (9) مكرر من ذات القانون فإنها تنص على أن: "يجوز منح الجنسية للمستثمرين ورواد الأعمال وأصحاب المواهب وفقاً للضوابط والشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون". وهذه هي الفئة التي يجوز استثنائها من شرط المؤهل العلمي.

2- قسم الولاء:

من الشروط التي أضافها المشرع الإماراتي في التعديلات الأخيرة لقانون الجنسية وجوازات السفر أن يقوم طالب الجنسية بقسم يمين الولاء للدولة، حيث نصت الفقرة (9) من المادة (12) مكرر على أن: "تمنح الجنسية، وفقاً للشروط الآتية: (9- أن يقسم يمين الولاء للدولة)". ومقتضى هذا الشرط التأكد من إخلاص طالب الجنسية وولائه للدولة، لأنه ليس وطنياً أصيلاً بل طارئاً على مجتمعها، فيكون أداء اليمين وسيلة يقطع بها هذا الشخص عهداً على نفسه لتحمل الالتزامات المفروضة عليه، والتضحية في سبيلها والتقيّد بقوانينها⁽¹⁾. ولم يحدد المشرع الإماراتي صيغة يمين الولاء للدولة ولا الجهة التي ينبغي أداء اليمين أمامها، وتتمنى على المشرع الإماراتي تحديد صيغة يمين الولاء للدولة في اللائحة التنفيذية لقانون الجنسية وجوازات السفر المعدل بالمرسوم بقانون اتحادي رقم (16) لسنة 2017.

أما الجهة التي ينبغي أداء يمين الولاء أمامها، فيرى البعض⁽²⁾ أن يكون القسم أمام مسؤول الجهة الإدارية، رئيس مجلس إدارة الهيئة الاتحادية للهوية والجنسية، وأن يكون أداء القسم قبل التسجيل في سجل الجنسية.

(1) يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 124.

(2) علي عيسى الجسمي وأحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 203.

3- الأهلية:

إن منح الجنسية لا يتم إلا بتوافق إرادة الدولة مانحة الجنسية، وإرادة الفرد متلقي هذه الجنسية، فالتجنس عملاً إرادياً لا يقع من تلقاء نفسه أو يفرض على الفرد كما هو الحال في الجنسية الأصلية، بل أنه يستلزم قيام الفرد بالتعبير عن رغبته الصريحة في الدخول في جنسية الدولة فلا يمكن للدولة أن تتجاهل إرادة الفرد فتضمه إلى مجتمعها رغماً عنه⁽¹⁾.

وطالما أن المشرع اشترط التعبير عن الإرادة، فهذا يلزم أن يكون الشخص طالب الجنسية كامل الأهلية، أي أن يكون بالغاً راشداً عاقلاً، لاكتساب الجنسية من أهمية للفرد والدولة في آن واحد، ولذلك لا يعتد بالطلب إلا إذا صدر عن إرادة مدركة وحررة وواعية⁽²⁾.

ويثور التساؤل في هذه الحالة حول القانون الواجب التطبيق على أهلية طالب الجنسية، والرأي الراجح في الفقه والتشريع الإماراتي هو خضوع أهلية طالب الجنسية لقانون الدولة التي يطلب جنسيتها - دولة الإمارات العربية المتحدة - وعليه فإنه لمنح جنسية دولة الإمارات لأي شخص، يشترط أن يكون كامل الأهلية وفقاً للقانون الإماراتي، والذي حدد كمال الأهلية ببلوغ سن الرشد، وهو واحد وعشرين سنة⁽³⁾، وهذا ما نصت عليه المادة (1) مكرر من قانون الجنسية والتي تنص على أن: "سن الرشد: إتمام واحد وعشرين سنة ميلادية".

وبما يتعلق بأبناء المتجنس القصر غير كاملي الأهلية والذين يكتسبون جنسية الدولة بالتبعية لأبيهم المتجنس، فإنه لا يتطلب منهم شرط كمال الأهلية، وتحل إرادة والدهم محلهم، وينطبق ذات الأمر على أبناء المواطنين فلا يشترط بلوغهم سن الرشد لطلب الجنسية وإنما تحل إرادة وليهم محل إرادتهم⁽⁴⁾.

(1) هشام صادق وعكاشة عبد العال وحفيظة الحداد، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين - الاختصاص القضائي الدولي - الجنسية، دار المطبوعات الجامعية، 2006، ص 157 - 158.

(2) عماد خلف الدهام وطلعت جواد لحي الحديدي، شرح أحكام قانون الجنسية - دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2016، ص 75.

(3) علي عيسى الجسمي وأحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 204.

(4) علي عيسى الجسمي وأحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 204-205.

• الفرع الثاني: حالات اكتساب أبناء المواطنة المتزوجة من أجنبي للجنسية الإماراتية وفقاً للتعديلات الحديثة

ورد في نص المادة (10) مكرر من المرسوم بقانون اتحادي رقم (16) لسنة 2017 في شأن تعديل قانون الجنسية وجوازات السفر⁽¹⁾، حالتين يجوز من خلالهما منح الجنسية الإماراتية لأبناء المواطنة المتزوجة من أجنبي، الحالة الأولى تتعلق بأبناء وبنات المواطنة التي تزوجت من أجنبي، أما الحالة الثانية فتتعلق بابنة المواطنة من أب أجنبي الجنسية والمتزوجة من أجنبي، وسوف نتناول فيما يلي هاتين الحالتين والشروط التي حددها المشرع الإماراتي لكل منهما:

■ الحالة الأولى: أبناء وبنات المواطنة من أجنبي

أجاز المشرع الإماراتي وفقاً لما ورد في نص الفقرة رقم (1) من المادة (10) مكرر، سالفه الذكر، منح الجنسية الإماراتية لأبناء وبنات المواطنة المتزوجة من أجنبي متى توافرت الشروط التالية:

◆ الشرط الأول: أن تكون الأم مواطنة إماراتية متزوجة من أجنبي:

اشترط المشرع الإماراتي لكي يتم منح الابن أو البنت وفقاً لهذه الحالة أن تكون الأم مواطنة، ولم يحدد المشرع طبيعة الجنسية التي يجب أن تتمتع فيها الأم، أي أنه ساوى بين الأم المواطنة بحكم القانون والأم المواطنة بالتجنس، وحسباً فعل المشرع عندما ساوى بينهما، لأن الهدف الرئيسي هنا حماية الأولاد، وليس الأم⁽²⁾.

ويجب أن تكون الأم متمتعة بالجنسية الإماراتية منذ ولادة ابنها أو ابنتها إلى تاريخ تقديم طلب اكتساب الجنسية، وهذا معناه أن طلب اكتساب الجنسية وفقاً لما ورد في الفقرة (1) من

(1) تنص المادة (10) مكرر على أنه: "1- يجوز منح الجنسية لأبناء وبنات المواطنة المتزوجة من أجنبي بعد مرور مدة لا تقل عن ست سنوات من تاريخ الميلاد شريطة أن تكون الأم متمتعة بالجنسية وقت ميلاده حتى تاريخ طلب الحصول على الجنسية، وفق الضوابط التي تحددها اللائحة التنفيذية. 2- يجوز منح الجنسية لابنة المواطنة من أب أجنبي الجنسية والمتزوجة من أجنبي وذلك وفقاً للضوابط التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا المرسوم بقانون".

(2) علي عيسى الجسمي وأحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 267.

المادة (10) مكرر لا يتم قبوله إذا كانت الأم مواطنة إماراتية في تاريخ ميلادها وفقدت الجنسية الإماراتية قبل تقديم طلب اكتساب الجنسية الإماراتية من قبل الأبناء أو البنات⁽¹⁾.

فإن المشرع الإماراتي قد وضع هذا الشرط لأن الأم إذا فقدت الجنسية الإماراتية تكون قد اكتسبت جنسية دولة أخرى وبالتالي فإن الأبناء إما أن يبقوا على جنسية أبيهم أو يكتسبوا جنسية أمهم الجديدة، فانقطعت هنا رابطة الجنسية بين الأم ودولة الإمارات، وقد أصبحت الأم هنا أجنبية وليست مواطنة إماراتية وزوجها بالأصل أجنبي، فلا يحق لأبنائها تقديم طلب الحصول على الجنسية الإماراتية لعدم توفر شرط المواطنة في الأم.

ولكن يثور لدينا تساؤل هنا، فإذا توفيت الأم قبل حصول أبنائها وبناتها على الجنسية الإماراتية، فما هو مصير الأبناء والبنات في هذه الحالة؟ فعند النظر لما ورد في قانون الجنسية وجوازات السفر وتعديلاته نلاحظ أن المشرع لم يبين ذلك، فلا بد من توضيح ذلك في اللائحة التنفيذية للمرسوم الاتحادي رقم (16) لسنة 2017 المعدل لقانون الجنسية، وتقتصر أن يتم النص على هذه الحالة من خلال النص على جواز منح الأبناء والبنات الجنسية الإماراتية، وذلك لاعتبارات إنسانية واجتماعية.

أما فيما يتعلق بالأب فيشترط أن يكون أجنبياً، والأجنبي هو كل من لا يتمتع بجنسية الدولة، وقد نصت المادة (1) مكرر من قانون الجنسية وجوازات السفر الاتحادي على أنه: "المواطن: كل من يحمل جنسية الدولة وفقاً لأحكام هذا المرسوم بقانون ولائحته التنفيذية". وبالتالي فإن الأجنبي هو كل من لم تثبت له الجنسية الإماراتية.

وعليه، فالأجنبي قد يكون متمتعاً بجنسية دولة ما وقد يكون عديم الجنسية، ويثور التساؤل هنا حول إذا ما كانت هذه المادة ستطبق إذا كان الزوج عديم الجنسية أو مجهولها، حيث يرى بعض الفقه⁽²⁾ أنه إذا كانت الأم مواطنة بحكم القانون، والأب عديم الجنسية أو مجهولها فإنه يتم تطبيق ما ورد في الفقرة (د) من المادة (2) من قانون الجنسية وجوازات السفر، وفي هذه الحالة تثبت للمولود جنسية الدولة بحكم القانون عن طريق الأم، وبالتالي فإنه لا يمكن القول أن المادة (10) مكرر، ألغت الفقرة (د) من المادة (2) باعتبار أن اللاحق يلغي السابق، وذلك لأن

(1) نور حمد الحجايا، الجنسية ومركز الأجانب، مرجع سابق، ص 102.

(2) علي عيسى الجسمي وأحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 267-268.

نص الفقرة (د) من المادة (2) نص خاص بحالة الأب عديم الجنسية أو مجهولها وهما حالتان من حالات الأجنبي، ونص المادة (10) مكرر نص عام بجميع حالات الأجنبي وبالتالي فإن الخاص يقيد العام. أما إذا كانت الأم مواطنة بالتجنس، وكان الأب عديم الجنسية أو مجهولها، فيطبق نص المادة (10) مكرر، وبمقتضاها يمكن منح الأبناء جنسية الدولة في هذه الحالة. ولم يبين النص الوارد في الفقرة الأولى من المادة (10) مكرر ما إذا كان ابن أو ابنة المواطنة طالبي الجنسية نتاج علاقة زوجية صحيحة أو فاسدة أو أن يكون نسبهم ثابت من أبيهم أم لا، وهناك رأيين في الفقه حول هذه الحالة، الرأي الأول يرى وجوب أن يكون الأبناء نتيجة زواج صحيح وأن يثبت نسبهم لأهم وأبيهم بموجب عقد زواج صحيح من الناحية الموضوعية والشكلية، وأن صحة الزواج في هذه الحالة تخضع للقانون الإماراتي بمقتضى قاعدة الاسناد الواردة في المادة (14) من قانون المعاملات المدنية والتي تقضي بتطبيق القانون الإماراتي في حالة ما إذا كان أحد الزوجين إماراتياً وقت إبرام الزواج⁽¹⁾. أما الرأي الثاني فيرى أن النص القانوني لم يشترط أن يكون الأبناء نتاج زواج صحيح أو فاسد أو أن يكون لديهم نسب ثابت من الأب أم لا، حيث إن النص لم يذكر بالتحديد الأب وإنما نص على الأم المواطنة المتزوجة من أجنبي، وهذا معناه أن هذا الأجنبي هو بشكل مؤكد ليس أباً لأبناء وبنات تلك المواطنة، والدليل الذي يبين ذلك أنه لو أراد المشرع تحديد أن هذا الأجنبي هو الأب لفعل ذلك، كما فعل في الفقرة الثانية من المادة (10) مكرر من قانون الجنسية بالقول: "يجوز منح الجنسية لابنة المواطنة من أب أجنبي الجنسية...".

وكما فعل في الفقرتين (ب) و(ج) من المادة (2) إذا نص على منح الجنسية بحكم القانون للمولود من أم مواطنة بحكم القانون ولم يثبت نسبه إلى أبيه قانوناً، أو للمولود لأم مواطنة بحكم القانون ولأب لا جنسية له أو مجهول الجنسية⁽²⁾.

ونتفق مع الرأي الثاني في هذه الحالة، فالمشرع لم يذكر بالتحديد وجوب أن يكون الأبناء نتيجة لعلاقة زوجية صحيحة أو فاسدة، فقد راعى المشرع في ذلك بعض الحالات التي من الممكن أن يكون الزواج قد تم وفقاً لقوانين دول يتبع فيها إجراءات تختلف عما هو معمول فيه

(1) علي عيسى الجسمي وأحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 268.

(2) نور حمد الحجابا، مرجع سابق، ص 102.

في دولة الإمارات، وبالتالي يكون المشرع الإماراتي قد راعى الجوانب الإنسانية والاجتماعية للأبناء بشكل خاص، بحيث يجب أن يثبت نسب الأبناء والبنات للأم ومن ثم يحق لهم تقديم طلب الحصول على الجنسية الإماراتية.

♦ الشرط الثاني: تقديم طلب الحصول على الجنسية

تضمن نص الفقرة (1) من المادة (10) مكرر عبارة "... حتى تاريخ طلب الحصول على الجنسية". وتستنتج من هذه العبارة أنه يشترط تقديم طلب الحصول على الجنسية، ولم يبين المشرع الإماراتي الشخص الذي يجب أن يقدم الطلب، فتقديم الطلب هنا يمكن أن يكون من الابن أو الابنة نفسها، بشرط أن يكون مقدم الطلب كامل الأهلية، وفي حالة ما إذا كان الابن أو الابنة قاصراً، فمن الممكن أن يكون التقديم عن طريق الولي أو الأم.

♦ الشرط الثالث: مرور ست سنوات من تاريخ الميلاد

اشترط المشرع الإماراتي لمنح جنسية الدولة لأبناء وبنات المواطنة المتزوجة من أجنبي مرور مدة لا تقل عن ست سنوات من تاريخ الميلاد، وبالتالي لا تمنح الجنسية قبل مرور هذه المدة، على أنه يجب أن لا يفهم أن الجنسية ستمنح بمجرد مرور هذه المدة مباشرة، فمن الممكن أن يتأخر القبول حتى القيام ببعض الإجراءات القانونية للتأكد من مدى توفر كافة الشروط. كما ولا يشترط تقديم طلب الحصول على الجنسية مباشرة بعد مرور الست سنوات، فقد يتم تأخير تقديم الطلب إلى وقت لاحق. كما ويلاحظ أن المشرع لم يشترط أن تحدث واقعة الميلاد في دولة الإمارات، وبالتالي يجوز منح الأبناء جنسية الدولة في هذه الحالة سواء كان الميلاد وقع في الدولة أم خارجها⁽¹⁾. ونرى أن المشرع الإماراتي لم يشترط وقوع حادثة الميلاد داخل دولة الإمارات نظراً لأن الأم حين تزوجت الأجنبي تكون قد أقامت معه في دولته أو في دولة أخرى وتمت حادثة الميلاد خارج دولة الإمارات ومن عادت هي والمولود إلى الدولة، وحسناً فعل المشرع عندما لم يضع هذا الشرط وذلك مراعاة للجوانب الإنسانية والاجتماعية لدى الأم والابن.

(1) علي عيسى الجسمي وأحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 268.

♦ الشرط الرابع: الشروط العامة لمنح الجنسية

بالإضافة إلى الشروط السابقة، فإنه يجب توافر الشروط العامة لمنح الجنسية الإماراتية والتي تناولها سابقاً بالتفصيل⁽¹⁾.

♦ الشرط الخامس: صدور مرسوم اتحادي بمنح الجنسية

يشترط أن يصدر مرسوم اتحادي بمنح الأبناء أو البنات الجنسية الإماراتية، حيث يتم نشر المرسوم في الجريدة الرسمية، ولا يكتسب الأبناء أو البنات الجنسية الإماراتية إلا من تاريخ استكمال الإجراءات ومن ضمن هذه الإجراءات تنفيذ ما ورد في المرسوم من قبل الهيئة الاتحادية للهوية والجنسية⁽²⁾.

■ الحالة الثانية: ابنة المواطنة من أب أجنبي الجنسية والمتزوجة من أجنبي

قرر المشرع الإماراتي في التعديلات التي أقرها على قانون الجنسية جواز منح الجنسية الإماراتية لابنة المواطنة المتزوجة من أجنبي، والتي هي الأخرى (الابنة) متزوجة من أجنبي، حيث جاء في نص الفقرة (2) من المادة (10) مكرر من قانون الجنسية وجوازات السفر الإماراتي أنه: "يجوز منح الجنسية لابنة المواطنة من أب أجنبي الجنسية والمتزوجة من أجنبي وذلك وفقاً للضوابط التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا المرسوم بقانون".

وقد أراد المشرع الإماراتي بهذا الحكم أن يحل مسألة ابنة المواطنة التي تزوجت من أجنبي، واستقلت بذلك عن أمها، ولقد أحال المشرع الضوابط والشروط الواجب توافرها لمنح هذه الابنة جنسية الدولة إلى اللائحة التنفيذية للقانون.

وبما أن المشرع أجاز منحها الجنسية، فيرى جانب من الفقه⁽³⁾ أنه قصد أن الزواج بأجنبي لا يعد مانعاً لمنحها الجنسية، أما بالنسبة للشروط الواجب توافرها فهي ذات الشروط التي تطلبها المشرع لمنح أبناء المواطنين جنسية الدولة. وفيما يلي بيان لهذه الشروط⁽⁴⁾:

(1) تم تناول الشروط العامة لمنح الجنسية الإماراتية في بداية البحث عند التطرق للشرط الخامس..

(2) نور حمد الحجايا، مرجع سابق، ص104.

(3) علي عيسى الجسمي وأحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص273.

(4) أنظر: نور حمد الحجايا، مرجع سابق، ص104-105. وعلي عيسى الجسمي وأحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص273-274.

♦ الشرط الأول: ثبوت الصفة الوطنية للأم والصفة الأجنبية للأب

يجب أن تكون الأم متمتعة بجنسية الدولة، سواء كانت مواطنة بحكم القانون أو مواطنة بالتجنس، ونلاحظ هنا ان النص القانوني لم يحدد وقت تمتع الأم بالجنسية الإماراتية، وبناءً على ذلك فإنه لا يشترط لتقديم طلب الحصول على الجنسية أن تولد الابنة من أم إماراتية وقت الولادة، وإنما بالإمكان أن تقدم الطلب حتى ولو اكتسبت الأم الجنسية الإماراتية بعد الميلاد.

♦ الشرط الثاني: تقديم طلب للحصول على الجنسية

اشترط المشرع الإماراتي تقديم طلب اكتساب الجنسية الإماراتية من خلال ابنة المواطنة، ولم يضع المشرع شرط كمال الأهلية، وبما أن عملية تقديم طلب الحصول على الجنسية تعتبر عمل إرادي فلا بد من توافر الأهلية فيها، والأهلية المطلوبة، وفقاً للقانون الإماراتي، هي بلوغها سن واحد وعشرون سنة ميلادية وأن لا تكون عديمة الأهلية، أما إذا لم تبلغ هذا السن فيمكن لوليها تقديم الطلب.

♦ الشرط الثالث: زواج ابنة المواطنة من شخص أجنبي

اشترط المشرع الإماراتي في ابنة المواطنة أن تكون متزوجة من شخص لا يحمل الجنسية الإماراتية، ومعنى هذا أنه في حالة لم تكن الابنة متزوجة من شخص أجنبي فإنه لا ينطبق عليها ما جاء في نص الفقرة (2) من المادة (10) مكرر، وإنما بإمكانها الاستفادة مما جاء الفقرة (1) من نفس المادة إذا توفرت كافة شروطها. أما إذا كانت الابنة متزوجة من مواطن إماراتي، فإنه يطبق عليها ما ورد في المادة (3) من قانون الجنسية التي تتعلق بموضوع اكتساب الجنسية بالتبعية لزوجها الإماراتي. والمقصود مما ورد أن ابنة المواطنة يجب أن تكون متزوجة من أجنبي لكي تستفيد من حكم الفقرة الثانية من المادة (10) مكرر. أما إذا تزوجت ابنة المواطنة الإماراتية - من أب أجنبي - من أجنبي، فإنها تكتسب الجنسية تبعاً لأن أمها مواطنة متزوجة من أجنبي. أما إذا كانت طالبة الجنسية متزوجة من مواطن إماراتي فإنها تستفيد مما ورد في نص المادة (3) والمتعلقة باكتساب الأجنبية المتزوجة من مواطن جنسية زوجها بالتبعية.

♦ الشرط الرابع: أن يكون نسب الابنة ثابت من أب أجنبي

اشترط المشرع الإماراتي في الابنة أن يكون لديها نسب ثابت من أب لا يحمل الجنسية الإماراتية، وإنما يمتلك جنسية دولة أجنبية، أما إذا كان أبيها بدون جنسية وأمها تمتلك الجنسية الإماراتية فلا تحصل الجنسية الإماراتية بهذا الطريقة، وإنما تكتسبها إذا توافرت شروط الفقرة الأولى من المادة (10) مكرر السالفة الذكر، أما إذا كانت مولودة من أم مواطنة بحكم القانون وأب لا يمتلك أي جنسية فتمنح لها الجنسية بحكم القانون بالاستناد إلى الفقرة (د) من المادة (2) من قانون الجنسية وجوازات السفر الإماراتي. النص يشمل فقط ابنة المواطنة المتزوجة من أجنبي ولا يشمل ابن المواطنة المتزوج من أجنبية، ولم يعالج المشرع الإماراتي هذه المسألة، وإنما وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة (10) مكرر فإن الابن يستطيع الحصول على الجنسية الإماراتية في حال تحقق الشروط المنصوص عليها: "1 - يجوز منح الجنسية لأبناء وبنات المواطنة المتزوجة من أجنبي بعد مرور مدة لا تقل عن ست سنوات من تاريخ الميلاد شريطة أن تكون الأم متمتعة بالجنسية وقت ميلاده حتى تاريخ طلب الحصول على الجنسية، وفق الضوابط التي تحددها اللائحة التنفيذية". فلم يحدد المشرع الإماراتي فيما إذا كان الابن متزوج أو غير متزوج.

♦ الشرط الخامس: توافر الشروط العامة لمنح الجنسية

بالإضافة إلى الشروط السابقة، يجب أن تتوافر الشروط العامة لمنح الجنسية الإماراتية المنصوص عليها في المادة (12) مكرر من قانون الجنسية الإماراتي وهي أن تقدم ما يثبت تنازلها عن الجنسية الأصلية التي كانت تمتلكها أو أية جنسية أخرى تحملها، وأن يكون عندها إقامة مشروعة ومستمرة في الدولة، وحسنة السيرة والسلوك وغير محكوم عليها في جريمة ماسة بالشرف والأمانة ما لم يرد إليها الاعتبار، وأن يكون لديها مؤهلاً علمياً، ووسيلة مشروعة للعيش حتى لا تكون عالة على المجتمع والدولة، وأن تجيد اللغة العربية إذا كانت غير ناطقة بها وذلك تأكيداً على اندماجها في المجتمع الإماراتي، وأن تحصل على الموافقة الأمنية، وأخيراً أن تؤدي قسم الولاء للدولة.

وفي حال توافرت كافة الشروط السابق ذكرها، فإنه يجوز منح ابنة المواطنة من أجنبي والمتزوجة من أجنبي الجنسية الإماراتية، وتعتبر مواطنة إماراتية بعد صدور المرسوم الاتحادي الذي تمنح بموجبه الجنسية الإماراتية وذلك بعد استكمال الوثائق واستيفاء الإجراءات المطلوبة.

○ **المطلب الثاني: آثار اكتساب الجنسية**

يترتب على اكتساب الأجنبي للجنسية الوطنية لدولة أخرى العديد من الآثار القانونية، وتختلف الآثار القانونية المترتبة على اكتساب الجنسية من قانون دولة إلى قانون دولة أخرى، ويرتب اكتساب الجنسية آثار قانونية تتعلق بالمركز القانوني للشخص الأجنبي المكتسب الجنسية، فضلاً عن الآثار الجماعية المتعلقة بالمراكز القانونية لأفراد الأسرة كالزوجة والأبناء. يرتب قانون الجنسية الإماراتي على اكتساب الفرد الجنسية الإماراتية آثاراً قانونية، سواء على الشخص نفسه أو على زوجته وأولاده القصر، فإذا توافرت الشروط اللازمة لاكتساب الشخص جنسية الدولة ووافقت جهة الإدارة على منحه الجنسية، وتم منحه إياها، وأصبح أحد مواطنيها، فإنه ينشأ له مركز قانوني، ويترتب على ذلك آثاراً شخصية تتعلق بشخص مكتسب الجنسية، ويطلق عليها الآثار الفردية، وآثاراً تتعلق بأسرة مكتسب الجنسية ويطلق عليها الآثار الجماعية، وسوف نتناول فيما يلي هذه الآثار:

• **أولاً: الآثار الفردية لاكتساب الجنسية الإماراتية**

تترتب على اكتساب الجنسية الإماراتية جملة من الآثار القانونية الفردية المتعلقة بالشخص الأجنبي المكتسب للجنسية الإماراتية أو المتجنس بها نفسه، إذ يترتب على اكتسابه للجنسية العراقية نشوء مركز قانوني جديد له، ويترتب على هذا المركز القانوني الجديد للشخص الأجنبي المكتسب للجنسية الإماراتية أو المتجنس بها عدة أوضاع قانونية تنقسم إلى مجموعة من الحقوق والالتزامات، حيث يصبح في الوضع الجديد مواطناً رسمياً لدولة الإمارات ويترتب عليه مجموعة من الالتزامات ويكون له ما للمواطنين من حقوق، باستثناء بعض الحقوق السياسية⁽¹⁾.

(1) أحمد العشوش وعمر أبو بكر، أحكام الجنسية ومركز الأجانب في دول مجلس التعاون الخليجي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990، ص 162.

ونتناول فيما يلي الآثار الفردية التي تترتب على اكتساب الجنسية الإماراتية، سواء كان ذلك الاكتساب بالتجنس أو بالتبعية:

1. التمتع بالحقوق المدنية والسياسية:

تتفق الدول فيما بينها حول الالتزامات الملقاة على عاتق من يكتسب جنسيتها اللاحقة، حيث يتساوى في ذلك جميع المواطنين بغض النظر عن نوع جنسيتهم، فيلتزم مكتسب الجنسية اللاحقة على أداء الخدمة العسكرية ودفع الضرائب، والإخلاص للدولة وغير ذلك من الالتزامات⁽¹⁾. كما ويتمتع بكافة حقوقه المدنية المتعلقة بالأحوال الشخصية، وكذلك حقوقه المالية.

ولكن على الرغم من تقرير الدول كافة الحقوق المدنية لمن يكتسب جنسيتها اللاحقة أسوة بالمواطنين الأصليين، إلا أنها تختلف حول تقرير الحقوق السياسية لمن يكتسب جنسيتها اللاحقة، فالاختلاف يدور حول مدى تمتع مكتسب الجنسية بالحقوق السياسية، والحقوق السياسية هي المتعلقة بحقوق الانتخاب، والترشح للمجالس النيابية، وتولي المناصب السياسية والعامّة، حيث تسلك الدول في هذا الشأن أحد المسالك الثلاثة التالية:

المسلك الأول: تأخذ هذه الدول بمبدأ إعطاء المتجنس كافة الحقوق السياسية أسوة بالمواطنين الأصليين، فيحق لمكتسب الجنسية ممارسة جميع حقوقه السياسية والترشح للانتخابات وتولي المناصب السياسية، تماماً كما المواطن الأصلي⁽²⁾، ومن أمثلة الدول التي تتبع هذه النهج: كندا وأستراليا.

المسلك الثاني: يعتد هذا المسلك عدم المساواة بين الوطني الطارئ والوطني الأصلي، حيث يوضع المواطن المتجنس (المكتسب للجنسية بصفة طارئة) موضع شك وريبة خلال مدة زمنية محددة قد تطول أو تقصر، حسب السياسة التشريعية المتبعة، وذلك بحرمان المتجنس من التمتع ببعض الحقوق ومن أهمها الحقوق السياسية، فلا يعقل أن يكون الأجنبي بالأمس وطني اليوم ويدخل البرلمان أو مجلس الشعب ليقرر السياسة العامة للدولة أو أن يكون موظفاً بالسلك الدبلوماسي أو غيره من الوظائف السياسية الحساسة، فلنفرض مثلاً أن المواطن

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 293.

(2) محمد الروبي، الجنسية ومركز الأجنبي في القانون الإماراتي، أكاديمية شرطة دبي، الطبعة الثانية، 2012، ص 295.

المتجنس قد شغل أحد المناصب السياسية الحساسة فإنه قد يعمل على محاباة دولته الأصلية التي كان يحمل جنسيتها على حساب الدولة التي منحتة الجنسية⁽¹⁾. ومن أمثلة الدول التي تتبع هذا النهج: العراق واليمن وتونس⁽²⁾.

ويرى جانب كبير من الفقه⁽³⁾ أن هذا الأسلوب هو عين الصواب، مبرراً ذلك بالقول أن مصلحة الدولة تقضي بعدم تخويل المتجنس حق التمتع بكافة الحقوق العامة والسياسية إلا تدريجياً وبعد وقت معين يتم التأكد بعده من ولاء المتجنس لجنسيته الجديدة، وعلى ذلك يكون من الصواب حرمانه فترة من الزمن من بعض الحقوق السياسية، فإذا مرت هذه الفترة وثبتت سلطة الجهة الإدارية ولاء الوطني الطارئ أمكنه بعدها أن يتمتع بهذه الحقوق جميعاً.

المسلك الثالث: وهذه الدول تسلك منهجاً يقضي بحرمان مكتسب جنسيتها اللاحقة من الحقوق السياسية مدى الحياة، أي أن يكون الحرمان أبدياً، فلا يستطيع مكتسب الجنسية ممارسة حقوق الترشح والانتخاب لدى الهيئات النيابية أو الشعبية⁽⁴⁾.

(1) يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 144.

(2) نصت المادة (10) من قانون الجنسية العراقية رقم (43) لسنة 1963 على أن: "1- من حصل على شهادة التجنس بالجنسية العراقية يعتبر عراقياً من تاريخ تسلمه الشهادة ولا يحق للأجنبي الذي تجنس بالجنسية العراقية وفق المواد (الخامسة والسابعة والثامنة والثانية عشرة (1) والثالثة عشرة (1) والسابعة عشرة) التمتع بالحقوق الخاصة بالعراقيين قبل انقضاء خمس سنوات من تاريخ حصوله على الجنسية العراقية كما لا يجوز انتخابه أو تعيينه عضواً في هيئة نيابية قبل عشر سنوات من التاريخ المذكور ويستثنى من ذلك افراد الطوائف الدينية غير الإسلامية فيما يخص انتخابات المجالس والمحاكم الطائفية وفق احكام القوانين المختصة. 2- لمجلس الوزراء أن يستثنى من المادتين المذكورتين في الفقرة (1) بعض أفراد الأمة العربية". ونصت المادة (23) من قانون رقم (6) لسنة 1990 بشأن الجنسية اليمنية والمعدل بالقانون رقم (24) لعام 2003 على أن: "الأجنبي المسلم الذي اكتسب الجنسية اليمنية عملاً بأحكام المواد (4,5,6,9,11) من هذا القانون لا يكون له حق مباشرة الحقوق السياسية المقررة لليمنيين قبل انقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ كسبه للجنسية المذكورة كما لا يجوز انتخابه أو تعيينه في أية هيئة نيابية قبل مضي المدة المذكورة من التاريخ المذكور. ونص الفصل (26) من مرسوم عدد (6) لسنة 1963 المتعلق بإعادة تنظيم مجلة الجنسية التونسية على أن: "يبقى الأجنبي المتجنس بالجنسية التونسية تحت التحاير المبينة فيما بعد طيلة أجل قدره خمسة أعوام ابتداءً من تاريخ أمر التجنس: 1) فلا يمكن أن تسند إليه وظيفة أو نيابة بالانتخاب تستلزم مباشرتهما صفة التونسي. 2) ولا يمكن أن يكون ناخباً إذا كانت صفة التونسي لازمة للترسيم بالقوائم الانتخابية. 3) ولا يمكن أن يشغل وظيفة شاغراً في الإطارات التونسية".

(3) غالب الداودي، القانون الدولي الخاص: الجنسية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 467.

(4) أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص: الجنسية والمواطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 240.

وقد سلك المشرع الإماراتي في هذه المسألة المسلك الثالث الذي يقضي بحرمان من يكتسب جنسية الدولة بالتجنس أو بالتبعية من الحقوق السياسية حرماناً أبدأً، ويظهر ذلك جلياً في نص المادة (13) من قانون الجنسية وجوازات السفر والمعدلة بالمرسوم بقانون اتحادي رقم (16) لسنة 2017 والتي نصت على أنه: "يشترط لممارسة حق الانتخاب أو الترشيح لدى هيئة نيابية أو شعبية أن يكون المواطن حاصلاً على الجنسية بحكم القانون".

ونلاحظ من هذا النص أن المشرع الإماراتي جعل نطاق الحرمان في بعض الحقوق السياسية، وليس جميع الحقوق السياسية، فالحرمان محدد بحق الانتخاب أو الترشيح لدى هيئة نيابية أو شعبية، أي أن مكتسب الجنسية بالتجنس أو التبعية في دولة الإمارات يحرم من أن ينتخب أعضاء المجلس الوطني، وكذلك يحرم من ترشيح نفسه لعضوية هذا المجلس.

أما الحقوق السياسية الأخرى، فلا يحرم منها مكتسب الجنسية الدولة، فله الحق في تولي الوظائف العامة بكافة درجاتها، وكذلك تولي الوظائف الوزارية، وهذا المسلك التشريعي من شأنه تخفيف حدة الحرمان من الحقوق السياسية مدى الحياة.

أما بما يتعلق بحق مكتسب الجنسية بالتجنس أو بالتبعية بالتعيين في الهيئات النيابية أو الشعبية أو المناصب الوزارية فنلاحظ أن المشرع في نص المادة (13) قبل تعديلها بالمرسوم رقم (16) لسنة 2017 على ما يلي: "لا يكون لمن كسب جنسية الدولة بالتجنس وفقاً لأحكام المواد (5، 6، 7، 8، 9، 10) حق الترشيح أو الانتخاب أو التعيين في أي هيئة من الهيئات النيابية أو الشعبية أو المناصب الوزارية...". فالمشرع الإماراتي وفقاً للنص القديم كان يحرم المتجنس أو مكتسب الجنسية بالتبعية من التعيين في الهيئات النيابية والشعبية أو المناصب الوزارية، إلا أنه في التعديل الأخير للمادة (13) حذف كلمة (التعيين) من النص، مما يعني أن الحرمان يقتصر على الترشيح أو الانتخاب، وبهذا فإنه يجوز تعيين مكتسب الجنسية بالتجنس أو بالتبعية في هذه الهيئات، وكذلك قام المشرع بحذف عبارة (وتولي المناصب الوزارية) مما يعني جواز تعيين مكتسب الجنسية في الوظائف الوزارية. وبذلك يكون المشرع قد خفف من حدة الحرمان، والمتمثل في مدته الأبدية، وذلك بإعطاء السلطة المختصة بالتعيين في الهيئات النيابية والشعبية الحق في تعيين مكتسب جنسية الدولة بالتجنس أو التبعية في

هذه المجالس، وحسناً فعل المشرع بتعديل هذا النص وتخفيف مجال الحرمان الأبدي لمكتسبي الجنسية، سواء بالتجنس أو بالتبعية.

وجدير بالذكر أن الحرمان الذي ورد في نص المادة (13)، سألقة الذكر، يشمل من اكتسب الجنسية عن طريق إحدى الصور العادية للتجنس، أو عن طريق التجنس الاستثنائي، أو اكتسبها بالتبعية كالزوجة التي تكتسب بالتبعية، وكذلك الأبناء، فالحرمان يشمل المتجنس، وزوجته، وأبنائه جميعاً، وبما أن المشرع اعتنق مبدأ توريث الجنسية، أي أن أبناء المتجنس يكونون متجنسين، وينقلون هذه الجنسية لأبنائهم جيلاً بعد جيل، وبالتالي يسري عليهم جيل بعد جيل الحرمان من حق الانتخاب والترشح للهيئات النيابية والشعبية⁽¹⁾.

ونتمنى على المشرع الإماراتي أن يتم تعديل نص المادة (13) من قانون الجنسية وجوازات السفر بأن يقتصر حرمان مكتسب الجنسية من حق الترشح والانتخاب على فترة معينة (عشرة سنين مثلاً)، وأن لا يشمل الحرمان من هذه الحقوق أبناء من يكتسب الجنسية الإماراتية بالتجنس والمولودين بعد اكتساب أبيهم لجنسية الدولة، فالأبناء هنا يكونوا قد انسجموا مع المجتمع الإماراتي وعاداته وتقاليده وولائهم يكون خالص لدولة الإمارات.

كما نرى أن تعديل هذا النص من شأنه تعزيز الانتماء لدى المواطن بالتجنس أو بالتبعية، وذلك من خلال تعزيز شعورهم بأن حقوقهم كاملة وغير منقوصة، حيث إن شعوره بالتمييز بينه وبين غيره في التمتع بالحقوق قد يضعف الولاء لديه نحو الدولة ويشعر بعقدة اجتماعية وسياسية تمنعه من أداء دوره الفعال على الوجه المطلوب في المجتمع.

2. الحقوق والالتزامات القانونية:

بمجرد ثبوت اكتساب الفرد للجنسية الإماراتية تكون القوانين النافذة في دولة الإمارات العربية المتحدة هي القوانين التي تحكم أحواله الشخصية والمدنية والجنائية، فينطبق عليه ما ينطبق على المواطن الإماراتي من قوانين وتشريعات، بحيث يكون خاضعاً لأحكام القضاء الإماراتي⁽²⁾.

(1) علي عيسى الجسمي وأحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 283.

(2) نور حمد الحجايا، مرجع سابق، ص 106.

وبذلك، فإن المواطن بالتجنس أو بالتبعية يتمتع بكافة الحقوق والالتزامات القانونية التي يتمتع بها المواطن بحكم القانون دون أي تمييز، وتطبق عليه أحكام وإجراءات النظام القضائي في دولة الإمارات العربية المتحدة.

والمواطن المكتسب للجنسية بالتجنس يتمتع بكافة الحقوق المدنية والاجتماعية والاقتصادية التي يكفلها الدستور الإماراتي للمواطنين الإماراتيين من حق العمل وحق تملك العقارات والسيارات والتنقل بحرية داخل الدولة، فشأنه في ذلك شأن كافة المواطنين الإماراتيين المكتسبين للجنسية بحكم القانون.

ومقابل تلك الحقوق، يقع على عاتق المواطن المجنس واجبات تجاه المجتمع والوطن الجديد الذي يحمل جنسيته وهو احترام الدستور والقوانين المختلفة والعمل بأحكامها، وواجب الدفاع عن البلاد من خلال أداء الخدمة الوطنية، والمشاركة في بناء الدولة وتنميتها بكل مواهبه وقدراته وطاقاته، بالإضافة الدفاع عنها وعن ومصالحها، فتكون دولة الإمارات هي وطنه الذي ينتمي إليه ويكون ولائه لها فقط.

• ثانياً: الآثار الجماعية لاكتساب الجنسية الإماراتية

يترتب على اكتساب الجنسية الإماراتية، بالإضافة إلى الآثار القانونية الفردية، آثار قانونية جماعية تصيب جنسية الأبناء كآلاتي:

1. بالنسبة للأولاد:

تعتمد مسألة اكتساب أبناء المتجنس جنسية أبيهم على وضعهم من حيث أهليتهم في تاريخ تجنس أبيهم، حيث أن الابن القاصر يتبع جنسية أبيه إلى أن يصبح كامل الأهلية، ولهذا ليس لتجنس الأب أي تأثير في جنسية ولده الذي اكتملت أهليته، ويظل محتفظاً بجنسيته ولا يكتسب جنسية أبيه الجديدة تبعاً له، وإذا أراد اكتساب جنسية أبيه الجديدة، عليه أن يتقدم بطلب مستقل في ضوء الشروط اللازمة لاكتساب الجنسية والتي ينبغي أن تتوافر فيه، كما توافرت لأبيه. فالقاعدة هي استقلال الولد كامل الأهلية بجنسيته عن جنسية أبيه.

أما الأولاد القصر الذين لا يملكون القدرة على التعبير عن إرادتهم، فالقاعدة العامة بشأنهم هي أنهم يتبعون آبائهم، ويلحقون بجنسيته تأسيساً على أن إرادة الأب في اكتساب الجنسية الجديدة تحل محل إرادة الأولاد القصر في كسبها. وهي بطبيعة الحال إرادة مفترضة، لاستحالة الاعتداد بإرادتهم الحقيقية. كما أن مصلحة الأولاد القصر تقتضي هذا الافتراض لضرورة استمرار إشراف الأب على تربيتهم وإعالتهم⁽¹⁾.

إن إحقاق الأولاد القصر بجنسية الأب يقوم على مبدأ وحدة الجنسية في العائلة من أجل ضمان استمرار إشراف الأب على تربيتهم والقيام بإعالتهم وتوجيههم في الحياة لحين بلوغهم سن الرشد، فإذا فقد الأب جنسيته يفقدها أولاده الصغار تبعاً لهم حكماً دون حاجة إلى أي إجراء آخر، كتقديم طلب أو صدور موافقة، فغالبية التشريعات تأخذ مبدأ تبعية الأولاد القصر للأب عند تغيير جنسيته اكتساباً وفقداناً واسترداداً، فيلحقون بجنسيته حكماً دون إرادتهم، ولذلك فإن الضرورة الاجتماعية والإنسانية تستدعي أن يكتسب أولاد المتجنس القصر جنسية أبيهم. أما الأولاد البالغين لسن الرشد فلا تمنح لهم جنسية أبيهم بالتبعية، وذلك تطبيقاً لنظرية استقلال الجنسية في العائلة، ولعدم حاجتهم لرعاية والدهم وإشرافه⁽²⁾.

وقد حرص المشرع الإماراتي على لم شمل العائلة الواحدة، ومن هذا المنطلق اعترف بأن يكون لاكتساب الجنسية الإماراتية أثراً في جنسية من يتبعون المتجنس الحاصل على الجنسية وهم أولاده القصر وزوجته. وقد عرف المشرع الإماراتي القاصر في المادة الأولى مكرر من قانون الجنسية بأنه: "كل من لم يبلغ سن الرشد"، وسن الرشد في القانون الإماراتي هو أن يتم الشخص إحدى وعشرين سنة ميلادية كما حدده المادة (85) من قانون المعاملات المدنية والمادة (172) من قانون الأحوال الشخصية.

(1) غالب الداودي، مرجع سابق، ص 195.

(2) يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 149.

والأولاد القُصر الذين يخضعون للسلطة الأبوية اعتبرهم المشرع الإماراتي بموجب المادة (10) من قانون الجنسية⁽¹⁾ مواطنين بالتجنس وأعطاهم الحق بأن يقرروا اختيار جنسيتهم الأصلية خلال السنة التالية من بلوغهم سن الرشد.

وقد اشترط المشرع الإماراتي لكي يكتسب أولاد المتجنس القصر جنسية أبيهم الجديدة أن لا يكون الابن قد أتم سن واحد وعشرين سنة ميلادية وقت تجنس أبيه، وأن يكون نسبهم ثابت من أبيهم قانوناً، ويجب أن يثبت هذا النسب قبل بلوغ القصر سن الرشد، هذا بالإضافة لتوافر الشروط التي تتطلبها المادة (12) مكرر من قانون الجنسية وجوازات السفر التي تتلائم مع وضع هذا القاصر⁽²⁾.

ويثور لدينا هنا تساؤل في حال كان أحد أبناء المتجنس القصر متزوجاً فهل يكتسب الجنسية الإماراتي؟ وهل تكتسبها زوجته بصفتها زوجة شخص أجنبي تم تجنيسه؟ وبمراجعة نصوص قانون الجنسية وجوازات السفر الاتحادي وتعديلاته فإنه لا يوجد نص قانوني يعالج هذه المسألة، فالنص القانوني ذكر فقط أن أبناء المتجنس القصر يكتسبون الجنسية الإماراتية تبعاً لأبيهم المتجنس ولم ينص على عدم اكتساب القاصر المتزوج للجنسية الإماراتية.

وبناءً على ذلك، فإن الابن القاصر المتزوج يكتسب الجنسية الإماراتية بالتبعية لأبيه ومن ثم تكتسبها زوجته بصفتها زوجة شخص أجنبي تم تجنيسه.

ولإزالة هذا اللبس نتمنى على المشرع الإماراتي عند تعديله لقانون الجنسية وجوازات السفر أن يتم توضيح هذه المسألة بالنص عليها صراحةً، وذلك كما تم النص على حالة ابنة المواطنة من أب أجنبي الجنسية والمتزوجة من أجنبي في التعديلات الأخيرة لقانون الجنسية بالمرسوم بقانون اتحادي رقم (16) لسنة 2017.

(1) نصت المادة (10) من قانون الجنسية وجوازات السفر الإماراتي على أن: "تعتبر زوجة المواطن بالتجنس مواطنة بالتجنس إذا تخلت عن جنسيتها الأصلية، كما يعتبر الأولاد القصر للمواطن بالتجنس مواطنين بالتجنس ولهم أن يقرروا اختيار جنسيتهم الأصلية خلال السنة التالية من بلوغهم سن الرشد".

(2) نور حمد الحجابيا، مرجع سابق، ص 108-109.

○ الخاتمة

تناولت هذه الدراسة موضوع حالات اكتساب أبناء المواطنين من أب أجنبي الجنسية الإماراتية.

وانتهت الدراسة إلى العديد من النتائج والتوصيات نتناولها فيما يأتي:

• النتائج:

1. اشتمل المرسوم بقانون اتحادي رقم (16) لسنة 2017 على تعديلات هامة تتعلق باكتساب الجنسية الإماراتية، قام المشرع الإماراتي بإقرار تعديلات تشريعية تمنح أبناء المواطنين المتزوجات من أجنبي جنسية الدولة، وذلك وفقاً لشروط معينة حددتها نصوص مواد المرسوم.
2. عالج المشرع الإماراتي في التعديلات التي أجراها على قانون الجنسية حالة بالغة الأهمية تتعلق بأبناء المواطنة بحكم القانون التي تزوجت من أجنبي واكتسبت جنسيته، ومن ثم استردتها بعد وفاة زوجها أو هجرها أو طلاقها، حيث أجاز المشرع لأبنائها من هذا الزوج الأجنبي تقديم طلب الحصول على الجنسية الإماراتية ولكن ضمن شروط، وهي أن تكون الأم مواطنة بحكم القانون، واستردت الجنسية الإماراتية بعد أن فقدتها نتيجة لاكتسابها جنسية دولة الزوج، وأن يكون لأولاد الأم المواطنة محل إقامة في دولة الإمارات وقت استرداد أمهم لجنسية الدولة، وأن يتقدم هؤلاء الأبناء بطلب الحصول على الجنسية الإماراتية، وأن يتخلى أولاد المواطنة عن جنسيتهم الأصلية.
3. أضاف المشرع الإماراتي في التعديلات الأخيرة حالات جديدة لاكتساب الجنسية الإماراتية بهدف تطوير الآليات التشريعية لمنح الجنسية، وذلك مراعاةً للظروف المجتمعية بما يتعلق بأبناء وبنات المواطنات المتزوجات من أجنبي.
4. إن تاريخ الدخول في الجنسية الإماراتية هو التاريخ الذي يحصل فيه الشخص المكتسب للجنسية على خلاصة القيد وبطاقة الهوية.
5. أجاز المشرع الإماراتي منح الجنسية الإماراتية لأبناء وبنات المواطنة المتزوجة من أجنبي ضمن شروط، وهي أن تكون الأم مواطنة إماراتية متزوجة من أجنبي، وأن يتم تقديم

طلب الحصول على الجنسية، وأن يمر ست سنوات من تاريخ الميلاد، وأن تتوفر الشروط العامة لمنح الجنسية مع وجود إمكانية لتطبيق هذه الشروط عليهم، وأخيراً أن يصدر مرسوم اتحادي بمنحهم الجنسية.

6. قرر المشرع الإماراتي في التعديلات التي أقرها على قانون الجنسية جواز منح الجنسية الإماراتية لابنة المواطنة من أجنبي، والتي هي الأخرى (الابنة) متزوجة من أجنبي، وذلك ضمن شروط، وهي أن تثبت الصفة الوطنية للأم والصفة الأجنبية للأب، وأن يتم تقديم طلب للحصول على الجنسية، وأن تتزوج ابنة المواطنة من أجنبي، وأن يكون نسب الابنة ثابت من أب أجنبي، وأخيراً لا بد أن تتوفر فيها الشروط العامة لمنح الجنسية.

7. يترتب على اكتساب الفرد الجنسية الإماراتية واجبات وحقوق، حيث يلتزم مكتسب الجنسية بأداء الخدمة العسكرية ودفع الضرائب، والإخلاص للدولة وغير ذلك من الالتزامات، كما ويتمتع بكافة حقوقه المدنية المتعلقة بالأحوال الشخصية، وكذلك حقوقه المالية. أما الحقوق المدنية والسياسية فيتمتع بكافة حقوقه المدنية والسياسية باستثناء ممارسة حق الانتخاب أو الترشيح لدى هيئة نيابية أو شعبية.

8. يتمتع المواطن بالتجنس أو بالتبعية بكافة الحقوق والالتزامات القانونية التي يتمتع بها المواطن بحكم القانون دون أي تمييز، وتنطبق عليه أحكام وإجراءات النظام القضائي في دولة الإمارات العربية المتحدة.

9. حرص المشرع الإماراتي على لم شمل العائلة الواحدة، ومن هذا المنطلق اعترف بأن يكون لاكتساب الجنسية الإماراتية أثراً في جنسية من يتبعون المتجنس الحاصل على الجنسية وهم أولاده القصر.

• التوصيات:

1. وضع المشرع الإماراتي ضمن الشروط العامة لاكتساب الجنسية شرط إجادة اللغة العربية، ونتمنى على المشرع الإماراتي أن يقوم بتوضيح المقصود بهذا الشرط وما هي درجة إجادة اللغة العربية المطلوبة في الشخص طالب الجنسية، وذلك منعاً لوقوع الالتباس في تفسيرها.

2. وضع المشرع الإماراتي ضمن الشروط العامة لاكتساب الجنسية شرط حمل مقدم الطلب مؤهلاً علمياً ولم يحدد المشرع ماهية المؤهل العلمي الذي ينبغي أن يحمله المتقدم، ومنعاً للالتباس ولإزالة الغموض نتمنى على المشرع الإماراتي أن يقوم ببيان المقصود بالمؤهل العلمي ضمن اللائحة التنفيذية لقانون الجنسية وجوازات السفر المعدل بالمرسوم بقانون اتحادي رقم (16) لسنة 2017.

3. نصت الفقرة (1) من المادة (10) مكرر على أنه: "يجوز منح الجنسية لأبناء وبنات المواطنة المتزوجة من أجنبي بعد مرور مدة لا تقل عن ست سنوات من تاريخ الميلاد شريطة أن تكون الأم متمتعة بالجنسية وقت ميلاده حتى تاريخ طلب الحصول على الجنسية، وفق الضوابط التي تحددها اللائحة التنفيذية". وفقاً لهذا النص فقد اشترط المشرع لكي يتم منح الابن أو الابنة وفقاً لهذه الحالة أن تكون الأم مواطنة، ويجب أن تكون الأم متمتعة بالجنسية الإماراتية منذ ميلاد الابن أو الابنة إلى وقت طلب الحصول على الجنسية الإماراتية، وهذا يعني أن طلب الحصول على الجنسية الإماراتية وفقاً لما ورد في الفقرة (1) من المادة (10) مكرر لا يقبل إذا كانت الأم مواطنة إماراتية وقت الميلاد وفقدت الجنسية الإماراتية قبل تقديم طلب الحصول على الجنسية الإماراتية من قبل أبنائها وبناتها، ولكن إذا توفيت الأم قبل حصول أبنائها وبناتها على الجنسية الإماراتية، فما هو مصير الأبناء والبنات في هذه الحالة؟ فعند النظر لما ورد في قانون الجنسية نلاحظ أن المشرع لم يبين ذلك، ونرى أنه لا بد من توضيح ذلك في اللائحة التنفيذية للمرسوم الاتحادي رقم (16) لسنة 2017 المعدل لقانون الجنسية، وتقتصر أن يتم النص على هذه الحالة من خلال النص على جواز منح الأبناء والبنات الجنسية الإماراتية، وذلك لاعتبارات إنسانية واجتماعية.

4. نصت المادة (13) من قانون الجنسية وجوازات السفر والمعدلة بالمرسوم بقانون اتحادي رقم (16) لسنة 2017 على أنه: "يشترط لممارسة حق الانتخاب أو الترشيح لدى هيئة نيابية أو شعبية أن يكون المواطن حاصلاً على الجنسية بحكم القانون". ومعنى هذا النص أن المشرع حصر حق ممارسة الانتخاب أو الترشيح لدى هيئة نيابية أو شعبية للمواطن بحكم القانون فقط مما يعني حرمان المواطن بالتجنس من هذه الحقوق حرماناً أبدياً، وفي هذا النطاق نتمنى من المشرع أن يتم تعديل نص المادة (13) سالفه الذكر بأن يقتصر حرمان مكتسب

الجنسية من حق الترشح والانتخاب على فترة معينة (عشرة سنين مثلاً)، وأن لا يشمل الحرمان من هذه الحقوق أبناء من يكتسب الجنسية الإماراتية بالتجنس والمولودين بعد اكتساب أبيهم لجنسية الدولة، فالأبناء هنا يكونوا قد انسجموا مع المجتمع الإماراتي وعاداته وتقاليده وولائهم يكون خالص لدولة الإمارات، حيث إن تعديل هذا النص من شأنه تعزيز الانتماء لدى المواطن بالتجنس أو بالتبعية، وذلك من خلال تعزيز الشعور لديهم بأن حقوقهم كاملة وغير منقوصة.

5. اشترط المشرع الإماراتي لمنح الجنسية الإماراتية لطالب الجنسية أن يقوم المتقدم بالطلب بالتخلي عن جنسيته الأصلية أو أي جنسية أخرى يحملها، وقد ورد هذا الشرط في موضعين من قانون الجنسية وجوازات السفر الاتحادي وتعديلاته لسنة 2017، أما الموضع الأول فقد ورد في نص المادة (11) "لا يمنح التجنس لأي شخص إلا إذا تخلى عن جنسيته الأصلية". أما الموضع الثاني فقد ورد في نص الفقرة (1) من المادة (12) مكرر، والتي نصت على: "تمنح الجنسية، وفقاً للشروط الآتية: 1- أن يتخلى عن جنسيته الأصلية أو أية جنسية أخرى يحملها".

ونتمنى من المشرع الإماراتي - ومنعاً للتكرار في النصوص القانونية - القيام بحذف الحكم الوارد في المادة (11) من قانون الجنسية وجوازات السفر، والإكتفاء بالحكم الوارد في الفقرة (1) من المادة (12) مكرر، وذلك كون هذا النص يحقق الغرض الموضوع من أجله.

القسم الثاني: دراسات في القانون الدولي والعلوم السياسية

- د. كميل حبيب، الارثوذكسية ولبنان والعروبة
- د. زينب محمد جميل الضناوي، سبل مواجهة منظمة الصحة العالمية والمواثيق الدولية لكوفيد-١٩ المستجد
- د. طه لحميداني، في الإشكالات المعاصرة للعلوم السياسية
- د. وريدة جندي، مسؤولية الدول المتعاقدة مع الشركات العسكرية والأمنية الخاصة عن انتهاكاتهما للقانون الدولي الإنساني
- د. خالد صلاح عبد السلام، الحماية القانونية للفرد من التعذيب
- د. غادة حبّ الله، جيوسياسة المجاري المائية الدولية؛ "سدّ النهضة" أنموذجاً
- Mohamad daaboul, Leadership Behavior in Healthcare Sector during Covid19 Crisis
- Abdul Fattah Ammourah, The Role of political Discourse analysis and Translation in Understanding Politics of the Middle East

الدراسة الأولى:

الارثوذكسية ولبنان والعروبة

العميد البروفسور كميل حبيب

مع بداية شهر تشرين الاول من عام 2015، وعلى خلفية التدخل العسكري الروسي في سورية، تناقلت وكالات الانباء العالمية تصريحات لقداسة البطريرك كيريل، بطريرك الكنيسة الارثوذكسية الروسية، أعلن فيه: "ان الارهاب هو تهديد خطير جداً لكل العالم.... غير ممكن أن نبرر عمل الارهاب بفكرة او قول او شعار ديني او غير ديني او سياسي او اجتماعي..... لذلك المعركة ضد الارهاب هي من أجل العدالة في العالم.... هذه المعركة اخلاقية بامتياز. واذا اردتم فهي معركة مقدسة." كما اعتبر قداسته ان روسيا الاتحادية اتخذت قراراً "مسؤولاً واخلاقياً" باستخدام قوتها العسكرية لحماية الشعب السوري "يعنى بالضعفاء والمعتفين وبحماية المسيحيين الذين يعيشون بالشرق الاوسط." وبحسب قداسته، المتابع لظروف العيش القاسية الكثيرة لمسيحي المنطقة وحوادث الخطف والذبح المقيت تجاه الاساقفة والرهبان والتدمير البربري للهياكل المقدسة، فإن هذا الضرر أيضاً "لا يستتني المسلمين في تلك الديار التي هي مقدسة لكل اتباع الديانات الابراهيمية."

هذه التصريحات ان دلت على شيء فإنها تعكس أهمية الحضور الروسي في الدفاع والحفاظ على المقدسات الدينية كون موسكو تبقى، ومنذ مئات السنين، الراعية والحاضنة والحامية للمذهب الاثوذكسي المسيحي في العالم. ويجب التنكير أيضاً بأنه مع تبدل انماط الحكم منذ عهد القياصرة وحتى اليوم تبدلت العناوين السياسية فقط ولم تتبدل رؤى صناع القرار في موسكو؛ إنه الشغف الروسي باللغة والادب والثقافة العربية التي حملت لواءها المدارس المسكوبية في مواجهة حملات التتريك العثمانية.

وبجانب العلاقة الاخوية التي تجمع بين الكنيستين الارثوكسيتين الروسية والانطاكية، فإن تصريحات قداسة البطريرك كيريل لاقت صدىً ايجابياً عند رأس الكنيسة الكاثوليكية، قداسة البابا فرنسيس، الذي دعا بعد لقاءه التاريخي مع البطريرك كيريل في آذار عام 2016 -وهو اللقاء الاول بين رأسي الكنيستين منذ الف عام- الى "وقف تفريغ الشرق الاوسط من مسيحييه". ومما لا شك فيه ان زيارة قداسة البابا فرنسيس للعراق (3-8 آذار 2021) اعادة الى الواجهة الحديث عن مأساة الوجود المسيحي الأخذ في الاضمحلال في المشرق العربي الى درجة مقلقة. لقد أدت عمليات التهجير والهجرة الى تحجيف الدور التاريخي للمسيحيين العرب، وبالتالي، القضاء على التنوع الديني الذي شكل مصدر غنى على كافة المستويات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والثقافية. وهذا تطور خطير للغاية، لأن الاستهداف الممنهج للمسيحيين على ايدي الحركات الارهابية من تكفيرية وصهيونية يعني محاولة هدم ركن اساسي من اركان الدولة العصرية والتي من المفترض أن تقوم على قواعد المواطنة. أما اسباب نكبة المسيحيين في عملية التهجير والهجرة فتعود للأسباب التالية:

1- نشؤ تيارات أصولية متطرفة، احتلت مساحات شاسعة في كل من العراق وسورية، وأيضاً في لبنان، حيث فتكت بالبشر، وسبت النساء، ودمرت الآثار والحواضر، والغت التعليم، وحولت الفتية الى وحوش، ثم تباغت بعرض انجازاتها عبر وسائل التواصل الاجتماعي. وقد ارادت داعش واخواتها من وراء ذلك الغاء التاريخ الانساني، ومحو سيرة الشعوب عبر تدمير انجازاتها الثقافية وابداعاتها الفنية. ولسوف يذكر التاريخ أنه لم يقدر حتى اعنى اعداء الاسلام والمسلمين والعروبة والعرب على الاساءة الى الدين الحنيف بمبادئه وقيمه، والاديان الاخرى التي آمنت بها شعوب هذه الارض كما اساءت هذه الحركات التكفيرية الآتية من ليل الهمجية.

2- بدأ الوجود المسيحي في المشرق يتقلص بشكل مخيف بعد نشؤ الكيان الصهيوني الذي ما يزال يقوم بمحاولات حثيثة لتهويد الارض الفلسطينية من خلال طرد السكان ومنعهم من بناء منازلهم تحت ذرائع أمنية. والاطر من كل ذلك، أن السلطات الصهيونية تحاول تزوير تاريخ القدس عبر زرع قبور يهودية وهمية فيها بهدف تغيير معالم المدينة وإقامة "حدائق خضراء" على حساب الاراضي الفلسطينية⁽¹⁾. ويجب التذكير انه في العام 1950، أنشئت تل

(1) انظر معلومات، تدمير التاريخ والتراث، بيروت: منشورات جريدة السفير، العدد 133، ص 28-36.

ابيب ما سمتها ادارة املاك الغائبين في فلسطين المحتلة لمصادرة املاك العرب الذين قتلهم او هجرتهم من فلسطين ولكي تثبت زعمها ملكية هذه الاملاك وامتلاكها الارض. وفي رأينا، أن استمرار اسرائيل احتلالها لأرض فلسطين واجزاء أخرى من سورية ولبنان، اي عدم امتثالها لتطبيق القرارات الاممية ذات الصلة، يعتبر أعلى درجات الارهاب على الاطلاق.

3- ساهمت الانظمة الاستبدادية، والانقلابات العسكرية، والحروب الاهلية (حالة لبنان)، في تضيق هامش التنوع وجعل المسيحيين يقبلون بقدر أقل من الحقوق والحريات. في المقابل، اخطأ المسيحيون بإعتمادهم على أنظمة دكتاتورية تمنحهم الامان وتسلب حقوقهم في الوقت عينه، مما زاد من تقاعسهم عن الانخراط في منهج ديمقراطي تغييري. أما الخطأ الثاني الذي اقترفه المسيحيون، عن قصد أو غير قصد، فيتمثل في أن جعلوا من قلة عددهم أو اختلاف دينهم يحكم تصرفاتهم، لدرجة أنهم وضعوا أنفسهم طواعية في خانة "الاقلية"، فيما أن اكثرية المجتمعات المشرقية هي مجتمعات أقلية بغض النظر عن تعداد كل فئة. أما الخطأ الثالث والآخر فيتمظهر من خلال تحويل بعض المسيحيين، وبخاصة في لبنان، الخطاب الكنسي الديني الى خطاب سياسي، مما يعني ببساطة انتقال التمييز الخاص بهم من الدين الى المجال السياسي؛ ذلك أن تمدد الخطاب المسيحي خارج الاطار الديني يكرس ما يمكن تسميته بالخصوصية السياسية، بعيداً عن المشترك العام للثقافة المجتمعية⁽¹⁾.

4- الاحتلال العثماني ونظام الحماية الاوروبي ساهما في تقليص الوجود المسيحي في المشرق العربي، والذي يكاد يقترب من الاختفاء في العراق. اضطهدت السلطنة العثمانية المسيحيين من خلال تصنيف الناس الى فئتين: مسلمين وغير مسلمين؛ واعتبرت الفئة الثانية، أي المسيحيين، من "أهل الذمة"، اي في درجة ادنى من درجة المسلمين. في المقابل، فإن نظام الحماية الاوروبي الذي قدم للمسيحيين ضمانة لتقدمهم الاجتماعي والاقتصادي والتعليمي، أدى الى عزلة المسيحيين، اذ دفعهم الى ممارسة نمطاً من الحياة الخاصة بهم، الامر الذي أثار حفيظة المسلمين ونقمتهم.

(1) مي مسعد، الاقباط ومطالبهم في مصر بين التضمين والاستبعاد، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 2012، ص 387-389.

هذه الاسباب، وغيرها، أدت الى تمزيق النسيج الاجتماعي في المشرق العربي، وتهجير النخبة المثقفة، وتشويه صورة العرب المسلمين، وترسيخ الاعتقاد الصهيوني في أن المسلمين العرب لا يريدون العيش مع المسيحيين العرب مما يبرر تحول اسرائيل الى دولة قومية لليهود فقط.

ومع كل ذلك، لا بد لنا من التأكيد على الثوابت التالية:

1- العرب المسيحيون هم أهل هذه الارض وملحها؛ هم ليسوا غرباء او وافدين او طارئین على المجتمع والجغرافيا والتاريخ؛ وهم لم يأتوا الى الشرق على ظهر حاملة طائرات غربية "اهددهم" الى مذود بيت لحم حيث ولد المخلص.

2- لعب العرب المسيحيون دوراً بارزاً في النهضة العربية المعاصرة، وتحديداً في القرنين التاسع عشر والعشرين؛ وما تزال اسماء كبطرس البستاني وابراهيم وناصيف اليازجي وجرجي زيدان وقسطنطين زريق وجبران خليل جبران وشبلي الشميل ونجيب عازوري وفرح انطون واحمد فارس الشدياق وغيرهم الكثير تقف ناصعة الى جانب ساطع الحصري وطه حسين وقاسم امين وسعد زغول وآخرين. ولقد توزعت انتماءات هؤلاء الفكرية بين التيار العروبي العلماني والتيار العربي الاشتراكي. وتجدر الاشارة الى ان العرب المسيحيين وعوا باكراً أهمية بناء الدولة المدنية، اذ نادوا بفصل الدين عن الدولة، الحكم الديمقراطي الحر، انصاف الطبقات الاجتماعية المهمشة، المساواة بين المرأة والرجل، واللامركزية الادارية؛ كما رفضوا كل اشكال التدخل الخارجي⁽¹⁾.

يلاحظ مما تقدم أننا لسنا في وارد تفنيد أسباب التطرف الديني وانبعاث المشاعر العشائرية والطائفية والمذهبية، بل اردنا تسليط الضوء على بعض القضايا اللصيقة بالوجود المسيحي في المشرق العربي. وكما يردد مروان المعشر في اكثر من مناسبة: "دروس التاريخ مهمة، لكن ممارسات الماضي تنتمي للماضي ايضاً، ننطلق منها ولا نتوقف عندها. فكما أنه مطلوب مراعاة الواقع، فإنه مطلوب أيضاً تجاوزه وتطويره"⁽²⁾. من هنا سوف نناقش بعض القضايا التي عايشتها الكنيسة الارثوذكسية عبر تاريخها العروبي المشرق، مع التأكيد على اعجابي وتقديري

(1) فدوى نصيرات، المسيحيون العرب وفكرة القومية العربية في بلاد الشام ومصر 1840-1918، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 2009، ص 11-34.

(2) مروان المعشر، "جنور العرب المسيحيين ضاربة في هذه الارض"، مركز مالكوم كير-كارنيغي للشرق الاوسط، 19 كانون الاول، 2018.

لجمهورية روسيا الاتحادية، العالمية والكونية والشمولية في فكرها وأدبها وروحها. وفي هذا السياق يقول ايلي سالم: "نحن مسيحي المشرق عرفنا ارثوذكسية روسيا العالمية واحببناها وتعاوننا معها، وتعلمنا منها، وقدرناها لأهتمامها الروحي والسياسي بمصير المنطقة"⁽¹⁾. ما يهمنا هو وجود روسيا معنا في هذه المرحلة الدقيقة من تاريخ المنطقة. واننا على ثقة ان القيادة الروسية ليست بصدد فرض قيمها وطرق تفكيرها على الآخرين. وقد اشار الرئيس فلاديمير بوتين الى ذلك صراحة ضمن خطابه السنوي عن حال الاتحاد في 12 كانون الاول 2013، والذي حدد فيه دور بلاده وطموحاتها على الصعيد العالمي: "نحن لا نطمح لكي يطلقوا علينا اسم قوة عظمى، يعني ان تكون لنا هيمنة اقليمية او عالمية.... نحن لا نهتد مصالح احد، ولا نمارس رعايتنا لأحد او نحاول تعليم احد كيف يعيش." لكن تبقى القدس في الايقونة الروسية تجسد المعبد السماوي الذي يحضن كل اسرار المؤمن وطموحاته الى الخلاص.

الارثوذكسية ولبنان والعروبة:

يجهل من اختطف المطرانين الارثوذكسيين، يوحنا ابراهيم وبولس اليازجي، من قبل التكفيريين ومن وراءهم في 21 نيسان 2013، وما قاموا به لاحقاً من تدمير للكنائس والاديرة الارثوذكسية، تاريخ هذه الكنيسة في العالم والمشرق العربي على وجه الخصوص. فالكنيسة الارثوذكسية يعود تاريخها الى السنوات الاولى من القرن الميلادي الاول. كما تظهر الوقائع التاريخية ان سكان المنطقة كانوا يدينون بالمسيحية لعدة قرون قبل مجيء الاسلام. وهذا ما يثبت ان التسامح والعيش المشترك كانتا السمة العامة للحياة الاجتماعية. فالاسلام لم يجبر اهالي المناطق التي افتتحها على تغيير دينهم، بل ان الرسالة النبوية ساوت المسلمين بغير المسلمين، كما جاء في ميثاق صحيفة المدينة من حيث الحقوق والواجبات. وهكذا بقي الروم الارثوذكس جزءاً لا يتجزأ من النسيج الاجتماعي؛ فبقوا على دينهم محافظين على تراثهم العربي. وللكنيسة الارثوذكسية الرسولية جذور وتاريخ، فهي مشرقية في أصلاتها، عربية قبل الفتح الاسلامي بمئات السنين، تعايشت معه، ووقفت الى جانبه في مواجهة حملات المحافظين القدامى (الفرنجة) الذين جعلوا من تعاليم المسيح غطاءً لاحتلال المشرق العربي مع بداية

(1) مؤتمر روسيا وارثوذكس الشرق، منشورات جامعة البلمند، 1998، ص 8.

الألفية الثانية. نعم، وقف العرب الارثوذكس مع اخوانهم المسلمين، وليسوا مع "الصليبيين" المحتلين، الذين وجدوا ان مسيحي المنطقة عرباً ثقافة ولغة، ما دحض مزاعمهم انهم أتوا المشرق لإنقاذ المسيحيين من المسلمين، فوجدوا أن الاثنين واحد. وعليه، اعتبرت الحملات الصليبية العرب المسيحيين هراطقة لمجرد انهم ينتمون الى مذاهب شرقية. وهكذا عندما احتلوا القدس عام 1099 قتلوا كل من فيها من مسلمين ومسيحيين ويهود. أما أبناء الكنيسة الأرثوذكسية فلا يحملون في عقولهم قصة هجرة وتهجير واستيطان، يفاخرون بإنتمائهم الى كنيسة لا الى طائفة، ويصرون على الصلاة بلغة يفهمها الشعب. همهم أن يدافعوا عن حقهم في الحياة وعن حقهم في السلام.

يروى في هذا الصدد أن الرئيس الاميركي السابق رونالد ريغان استدعى ممثلي الطوائف اللبنانية في الولايات المتحدة ابان احتدام الحرب الاهلية في لبنان. سألهم الرئيس ريغان أن يتلو كل واحد منهم قصة طائفته من أين أتت وكيف استوطنت في لبنان. وحده المطران المثلث الرحمات فيليب صليبا، مطران اميركا الشمالية للروم الارثوذكس، بقي صامتاً طوال الوقت. فسأله الرئيس ريغان، لماذا أنت صامت، فأجابه المطران صليبا: ليس لدي قصة لأتلوها على مسامعكم لأن جذورنا عربية مشرقية.

وسلام كنيستنا جزء من سلام العالم. وواجب كل ارثوذكسي يعمل في حقل الرب أن يعمل أيضاً من أجل وحدة الكنيسة الرسولية، وان يعمل على الاعتراف بالآخر مع المحافظة على حق الاختلاف مع هذا الآخر. ويقول قداسة البابا يوحنا بولس الثاني في هذا السياق: "الكنيسة الكاثوليكية والكنائس الارثوذكسية مدعوة، بوجه خاص، الى الحفاظ في شراكة الإيمان والمحبة، على العلاقات الاخوية التي يجب ان توجد بين الكنائس المحلية كما توجد بين شقيقات". وعلى عاتق الارثوذكسي تقع مسؤولية إحلال فكرة العالمية مكان العولمة الفجة. فبينما تعتبر العولمة عن طموح نحو إيجاد نظام سياسي عالمي تهيمن فيه روح المادة وتفرض فيه قوة وحيدة، تعني العالمية الاعتراف بالتبادل والاعتراف بالأدوار.

إننا، وللأسف، قد دخلنا في عصر صراع الأصوليات، ولا نقول عصر صدام الحضارات لأن الحضارات لا تتصارع بل يتفاعل بعضها مع بعض. وإنه لمن المستغرب ان ينطلق الأصوليون من كتبهم السماوية لتبرير أعمالهم الإرهابية والعنيفة. فبدا المحافظون الجدد قلة

مسيحية بلا مسيح، وظهر بعض أدعياء الإسلام من دون نبي. ولا يضير العالم ان يشخذ من الكنيسة الارثوذكسية إطارها ومسلكتها في الحوار سبيلاً للعيش المشترك، ولبناء المجتمع. أما أسس هذا الحوار فهي أبعد بكثير من واشنطن وجبال تورابورا.

وعلى الرغم من ذلك، يبقى التعصب الديني تهديداً مرعباً لمجتمعات لها تراث متجذر في الانفتاح على التسامح الديني الذي يجب ان يكون مقبولاً، كجزء من تراثنا الارثوذكسي في المشرق. ويبدو ان الخطر ما يزال داهماً، لأن تجويع الشعوب تنفيذاً لقانون "قيصر" الاميركي سيؤدي الى فراغ سياسي يخاف ان يملأ من قبل الحركات التكفيرية المتطرفة. وانني اعتقد أن نتائج استمرار هذه الحركات، لن تقود الى الديمقراطية، بل الى كثير من اراقة الدماء.

وما دامت الكنيسة تعيش في العالم فواجب على جميع المؤمنين أن يعلموا أن طريق الخلاص يمر عبر طريقين متلازمين: محبة الله للإنسان، ومحبة الانسان لأخيه الانسان. وأما الطريق الأول نحو الخلاص فلا فضل لبني البشر فيه لأنه "هكذا أحب الله العالم...".

وأما الطريق الثاني فيتضمن إطعام الجوع، والدفاع عن المظلومين، ونبذ الحروب...، وما في ذلك من تقرب من مبادئ المسيح وانعكاس لفهم جلجلة الصلب ونعمة القيامة.

هذه القيم وجدت تجلياتها في ذلك الاحتضان التاريخي الذي خصت به العروبة أصحاب الرسالتين المسيحية والاسلامية. ويقول المطران جورج خضر في هذا الصدد: "إن المسيحيين الذين أخرجوا العروبة الحديثة الى حيز الصراع السياسي (ضد سياسة التتريك) والإدراك الثقافي أتاحوا المجال لإمكان التمييز بين العروبة والاسلام. واستند هذا التمييز الى كون المسيحيين أسبق في العروبة، وبقي بعض الغساسنة على النصرانية حتى يومنا، وحافظت عليها طويلاً تغلب...، كل ذلك للدلالة على سماحة الحكم الاسلامي من جهة وعلى أن العروبة توق ووجود جامع. هذا ربما ما دفع العرب الارثوذكسي الى أن يرحبوا بالمسلمين العرب ويفتحوا أبواب دمشق لهم، حتى لا يقال يوماً ان المسلمين دخلوا المشرق عنوة".

هذا الفهم الارثوذكسي لزخم التاريخ جعلهم، وبالفطرة، ينظرون الى العروبة كونها انصهاراً لكل الميراثات الشرقية القديمة. عربيتهم غير مرتبطة بنظام سياسي او دين او عرق او لون او طائفة؛ انها العروبة الحضارية الجامعة لكل الاعراف والاديان والتوجهات السياسية والفكرية، ومنفتحة على التنوع والتفاعل في الاطر الانسانية الجامعة يتيح لها التطور مع الزمن.

وفي ضوء هذه الخلفية التاريخية الزاخرة شارك بعض المفكرين الارثوذكسيين في توهجات عصر النهضة حاملين لوائي الوحدة والتحرير ومستشرفين في الوقت عينه الخطر الصهيوني الدايم على الوطن والامة. ان هاجس حماية الاقليات كان الدافع الأساس وراء تبني أفكار قومية على النمط الأوروبي، وإدخال بعض الإصلاحات في انظمة الحكم حتى تستقيم العدالة. وانه لمن المؤسف ان تتطبع الانظمة التي آلت على نفسها محاربة اسرائيل بطابع الدكتاتورية. فكانت النتيجة الحتمية لهذا التصارع العشوائي على الجانب العربي أن انتصرت اسرائيل بتثبيت وجودها المصطنع مترادفاً مع قمع الحريات وازدياد بناء السجون عند العرب. وفي الحقيقة ان الانظمة الصنمية لا يمكنها تحرير فلسطين، لأن التهميش الاقتصادي وقمع الحريات ساهمت بطريقة مباشرة او غير مباشرة في بروز الحركات التكفيرية التي بدورها، ساهمت في اغتيال العقل؛ وهكذا اصبح تهجير المسيحيين اهانة لمستقبل المنطقة والعالم.

وبالعودة الى لبنان فقد ساهمت الكنيسة الارثوذكسية مساهمة فعالة في رفد الوطن برجالات عارضوا استبدال قيم الحرية بأية دعوة اتحادية او وحدوية فوقية غير محسوبة النتائج. وينظر الارثوذكس الى الطوائف الأخرى كأزهار متنوعة ومتمايزة زادت في جمال المشرق المجنون. ويؤمن الأرثوذكس ان الوطن يتسع للجميع، لكنه لا يتسع لأي طموح فئوي أكان ذلك الطموح طائفياً أو مذهبياً.

وبالعودة الى الشأن اللبناني، تجدر الاشارة الى ان العرب الارثوذكس لم يشكلوا حزباً سياسياً يتصارع مع غيره من الاحزاب الدينية. فالاحزاب الدينية المسيحية، مثلاً، تتجاذبها قيادات مارونية ساهمت في شردمة ابناءها واضعاف حضورهم السياسي.

وبالتالي، إن سمة التوافقية كقاعدة استثنائية للحكم لا يمكنها ان تستمر إذا ما توافقت بعض الطوائف، مهما كان حجمها، على استثناء أحد "اعمدة الهيكل". وعليه، ليس عجباً ان لا يحمل أبناء الكنيسة الارثوذكسية أية مطالب مذهبية، حسبهم بذلك انهم "آباء الصبي". كل هذه الأفكار قد تكون معروفة سلفاً عند أصحاب الشأن، فقط أردنا استعادتها ولبنان يمر بأخطر أزمة سياسية في تاريخه الحديث تستدعي من الارثوذكس إعادة تفعيل دورهم كهمزة وصل بين كل الأفرقاء المتصارعين. ففينيقيا التي خاضت البحر مكنت معاوية من أن يصبح عالمياً لتمتد العروبة الى صقلية والاندلس. وفي النهاية، إن الارثوذكس لا يطبقون اللون الرمادي

عندما يتعلق الأمر بمسألتين اثنتين: المسألة الأولى هي ان الضمانات الخارجية للعصبيات المحلية لا تبني وطناً بل تهدمه على رؤوس أبنائه.

أما المسألة الثانية فتتعلق بأمر الصراع مع العدو الصهيوني الذي سيبقى عدواً سواء تحررت مزارع شبعاً او لم تتحرر . ففي رأينا ان تحرير كنيسة القيامة وحده يجسّد هويتنا العربية. فنحن تحررنا من تداعيات بيزنطية، ولم نعد روم أرثوذكس بل عرب أرثوذكس. ولأن الإنسان ينشد الحرية في حياته، فالأولى به حين ينطلق أن يكون حراً بذاته، لا مقيداً ولا مأسوراً بتبعية تتناقض وواقعه لتترك أثراً سيئاً ويزيد من أعباء نحن بغنى عنها، لأن النظرة الجامعة لا تقبل الجموح والرؤية السليمة لا ترضى الجنوح.

○ خاتمة:

المسيحيون في المشرق موضوع راهني ومستقبلي. قد يكونون اقلية بالمعيار الديني، لكنهم ليسوا أقلية في المجتمع من منظور التعامل الاهلي بين افراده على قواعد المصالح الاقتصادية المشتركة، فهم منتشرون على مساحة الاوطان التي يعيشون فيها وليس لهم تمركز جغرافي محدد، كما انهم منتشرون في كل مجالات الحياة من غير أن يكون لهم ايضاً وضع مميز، سوى بفوارق كمية لا ترسي اساساً اجتماعياً تمييزياً خاصاً بهم. ومن الخطأ بمكان ان يظن بعض العرب المسلمين أن مواطنتهم "أعلى" من مواطنة المسيحيين. ففي هذا ايضاً تكريس لشرخ خطير في المجتمع.

ان الحل الامثل لكل الموروثات الخاطئة يكون بترسيخ "مواطنة متساوية في كافة الواجه، ليس تشريعياً فقط، وانما ممارسة ايضاً. "فذاك"، يضيف مروان المعشر، "وحده الكفيل بإقامة شرق يليق بتنوعه وغناه"⁽¹⁾. وعليه، فإننا نرفض معالجة قضية الوجود المسيحي المشرقي بمنطق الأقلية والأكثرية. فالعرب المسيحيون هم مواطنون قبل كل شيء.

ان تحقيق دولة المواطنة بأبعادها السياسية والقانونية والاقتصادية والاجتماعية يعتبر خطوة متقدمة نحو بناء دولة اكثر عدالة، واكثر انسانية، واكثر منعة. فالمساواة امام القانون هي دلالة على البعد المدني (الحقوقي)، وحق الاقتراع العام للمواطنين يفسر البعد السياسي،

(1) مروان المعشر، "جذور العرب المسيحيين ضاربة في هذه الارض"، مصدر سابق.

والمساواة بين الجنسين تجسيد للبعد الاجتماعي، وحصول كل مواطن على نصيب عادل من الثروة الوطنية تأكيد للبعد الاقتصادي وللبعد الاجتماعي معاً. وللوصول الى دولة المواطنة، لا بد من الاشارة الى الجانب التربوي التوجيهي لإكتساب المواطنة. والتعرف على قيم المواطنة والقيم المدنية يتم بواسطة مؤسسات رسمية ومدنية⁽¹⁾.

ومن ابرز القيم المدنية المرتبطة بالتنشئة المدنية نذكر: الحرية في مواجهة الاستبداد، والمساواة في مواجهة التمييز، وتطبيق القوانين في مقابل الفوضى، والالتزام بالمصلحة العامة او الشأن العام في مواجهة الانانية، والمشاركة الايجابية في خدمة المجتمع في مقابل السلبية والانعزال. وبايجاز، ان قيم المواطنة معززة بالقيم المدنية، من شأنها معالجة عقدة الاقليات التي تؤرق حياة العرب المسيحيين؛ ذلك ان قضية المساواة في تطبيق القيم، والمساواة امام القانون، تحققان الامن المجتمعي للجميع.

الى ذلك، نحن بحاجة لروسيا، الدولة العظمى؛ وعظمتها لا تكمن فقط في المدى الجيوسياسي والعسكري، وانما ايضاً في ثقافتها المعاصرة على مستوى الكوكب الارضي بأسره. واغلب الظن ان الاصدقاء الروس لن يتوانوا في متابعة حضورهم الملحوظ في المشرق وعلى المستوى العالمي من خلال ضخ الثقافة العالمية بعناصر ابداع جديدة، ومحاولة بناء بدائل حضارية تحمل امالاً بحياة أفضل لسكان المنطقة والعالم. هنا يكمن رهاننا الاساسي على قدرة روسيا في اقامة جيوسياسية جديدة وقوية، علماً تساهم في انقاذ البشرية من دكتاتوريات الظلم والتعصب، التي تطال شظاياها الجميع، وتهيئ الظروف لبروز بدائل حضارية اكثر انسانية. وهذا تحديداً ما تحتاجه مجتمعات المشرق العربي.⁽²⁾ فما يهمنا، يقول ايلي سالم، هو "بقاء المسيحيين العرب في عزتهم وكرامتهم في المشرق كمواطنين احرار في بلدان ديمقراطية حرة. نريدهم خميرة التغيير والتواصل مع العالم المتطور"⁽³⁾.

(1) كميل حبيب، لبنان: الهدنة بين حربين، طرابلس: المؤسسة الحديثة للكتاب، 2014، ص 392-393.

(2) كميل حبيب، "روسيا والعرب: التفاعلات السياسية والتحديات وسبل التعاون"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 21، 2019، ص 266-267.

(3) مؤتمر روسيا وارثوكس الشرق، المصدر السابق، ص 8.

الدراسة الثانية:

سبل مواجهة منظمة الصحة العالمية والمواثيق الدولية لكوفيد-19 المستجد

د. زينب محمد جميل الضناوي⁽¹⁾

اجتمع قادة العالم وقادة قطاع الصحة العالمي في تجمع غير مسبوق من أجل العمل معاً لمواجهة عدو مشترك الا وهو كوفيد-19 أو فيروس كورونا المستجد. دعوا جميعاً من أجل تسريع وتطوير علاجات أو لقاحات لهذا الفيروس الجديد والعمل في المرحلة الثانية على ضمان وصول العلاجات واللقاحات إلى كافة الأشخاص في جميع أنحاء العالم. تدخلت منظمة الصحة العالمية بكافة أجهزتها وعملت الحكومات دون ملل أو كلل لمواجهة فيروس فتك بالبشرية جمعاء في محاولة للسيطرة عليه بكافة الوسائل الطبية المتاحة. اعتمدت وسائل وتدابير وقائية تهدف للحد من انتشار العدوى بين الافراد ووضعت قيود في الأوقات العادية لا تقبل تحت أي ظرف كان، ولكن كوفيد-19 قلب الموازين وفتح باب واسع للاستثناءات التي اعتمدت وأصبحت هي القاعدة المطبقة في الظروف الراهنة. ومن جهة ثانية سعت الحكومات إلى تقديم حق من الحقوق المكفولة دولياً وهو الحق في الصحة، محاولة لإستجماع كافة طاقاتها في سبيل تحقيقه، فأقرت الحجر الصحي وأعلنت خطط طوارئ وقيدت تنقل الافراد كل ذلك في سبيل تجنب النقاط العدوى والحد من انتشار الوباء. وكانت منظمة الصحة العالمية هي البوصلة التي اعتمدت عليها جميع الدول محاولة بشتى الطرق الالتزام بكافة التوجيهات والارشادات والتدابير التي أطلقتها المنظمة في محاولة دولية لاحتواء الفيروس إلا أنه أعلن من قبل المنظمة على أنه جائحة عالمية، ودخل العالم بأسره في أتون كوفيد-19.

(1) جامعة الملك فيصل، كلية الحقوق، قسم القانون العام.

وعليه، فإن قادة القطاع الصحي واجهوا في المجتمعات كافة معركة مصيرية مع وباء انتشر بسرعة مخيفة وتسلسل إلى كافة الدول دون أي مقدمات أو تفسيرات. وكما أصبح معلوماً فقد انطلق فايروس كورونا الجديد من مدينة وهانا الصينية واستمر حراكه إلى أن وصل إلى العالم بأسره، مخلفاً وراءه أرقام مرعبة للوفيات وللمصابين، وحتى تاريخ كتابتنا لبحثنا هذا لا زال العالم يواجه كوفيد-19 بسلاح متواضع دون وجود لأي علاج أو لقاح، إلا أن هناك بارقة أمل تلوح من بعيد تشير إلى إمكانية توفر لقاح في المدى القريب.

♦ أهمية البحث

- ترجع أهمية هذا البحث إلى العديد من النقاط:
- يسلط الضوء على أهم الإجراءات التي قامت بها منظمة الصحة العالمية كونها المعني المباشر للجائحة.
 - لا يوجد الكثير من الأبحاث القانونية التي تناولت الشق القانوني الدولي للأوضاع السائدة المتمثلة بالإجراءات والتدابير الاستثنائية مع وجود كوفيد-19.
 - يبين مدى مشروعية القرارات المتخذة من قبل الحكومات في ظل فيروس كورونا، ومدى تطابقها مع المواثيق الدولية المعمول بها في المجتمع الدولي.
 - يبين التقييد المسموح به في ظل الظروف الاستثنائية، ومدى المساحة المعطاة للحكومات للتحرك في هكذا ظروف.
 - يعرض للمعاهدات الدولية التي قدمت خارطة طريق للدولة في حال مواجهتها لظروف طارئة خارجة عن الوضع الطبيعي.
 - يبين المعاهدات الدولية التي حددت حقوق الانسان ودعت للمحافظة على هذه الحقوق حتى في ظل الأوضاع الاستثنائية والطارئة التي تدخل ضمنها مواجهة فيروس كورونا.

♦ إشكالية البحث

أثارت القرارات الصادرة عن الجهات الحكومية للتصدي لكوفيد-19 العديد من التساؤلات منها:

- ما هو دور منظمة الصحة العالمية في ظل جائحة كورونا؟

- ما مدى مشروعية الإجراءات المتخذة من قبل مختلف الحكومات حول العالم في سبيل الحد من انتشار الوباء، وتأثيرها على الحقوق المحددة في المواثيق الدولية المعنية بحقوق الانسان والداعمة لمختلف الحريات في الأزمنة العادية؟
- ما هو الإطار الميثاقي المحدد في المعاهدات الدولية للحكومات عن كيفية التحرك لمواجهة الأوبئة أو الظروف الاستثنائية مع المحافظة على اساسيات حقوق الانسان المصانة دولياً؟
- هل أن دور منظمة الصحة العالمية كان على القدر الكافي لمواجهة الجائحة؟

♦ أهداف البحث

سعى الباحث لتقديم دور منظمة الصحة العالمية كونها المعني الأول في ظل وجود جائحة انتشرت في العالم أجمع وتقديم الدور الذي قامت به من خلال ما قدمت من مسارات صحية لا بد منها وتحذيرات طبية وغيرها من التقرير التي قدمت للدول في سبيل الاستعادة من خلالها. وأهم الاتفاقيات الدولية المرتبطة بحقوق الانسان في ظل الظروف العادية من ضمنها الحق في الصحة، كما حاول تقديم الاستثناءات التي سمح في استخدامها في الحالات الصعبة أو في الأحوال الطارئة والتي ترتبط في المقام الأول في الحجر الصحي وتقييد حرية التنقل. وإظهار التدابير المتاحة والمعمول بها من قبل معظم الحكومات بناء على توجيهات منظمة الصحة العالمية.

♦ منهجية البحث

حتى يصل البحث إلى أهدافه المرجوة تم اعتمد الأسلوب التحليلي والاستقرائي من خلال محاولة تسليط الضوء على الوباء نفسه ومن ثم تقديم ما قامت به منظمة الصحة العالمية. والعودة للاتفاقيات الدولية ونصوصها في محاولة تقييم وتحليل الواقع العملي للحكومات في سبيل الحد من كوفيد-19. لذلك فقد تم تقسيم البحث إلى مبحثين، في المبحث الأول تحدث الباحث عن منظمة الصحة العالمية وفيروس كورونا المستجد، وفي المبحث الثاني فيروس كورونا بين حفظ الحقوق وفرض القيود.

○ المبحث الأول: ماهية فيروس كورونا المستجد ودور منظمة الصحة العالمية

أعلن المدير العام لمنظمة الصحة العالمية الدكتور تيدروس غيبريسوس في الاجتماع الثالث للجنة الطوارئ المشكلة بموجب اللوائح الدولية 2005 بشأن مرض فيروس كورونا (كوفيد-19) في 30 ابريل 2020، " أن فاشية هذا الفيروس لا تزال تشكل طارئة صحية عمومية تثير قلقاً دولياً. فقبل المشورة التي قدمتها اللجنة إلى المنظمة، وأصدرت مشورة اللجنة إلى الدول الأطراف بوصفها توصيات مؤقتة بموجب اللوائح الصحية الدولية⁽¹⁾. انطلاقاً من هذا الواقع سوف يُقدم هذا المبحث ضمن مطلبين، الأول يتناول تعريفاً للفيروس كوفيد-19، والثاني يبين موقف المنظمة الدولية الساهرة على تطورات هذا المرض أي منظمة الصحة العالمية.

• أولاً: ماهية كوفيد-19

فيروسات كورونا هي مجموعة من الفيروسات التي يمكن أن تسبب أمراضاً مثل الزكام والالتهاب التنفسي، ومنه على سبيل المثال السارس وميرس والان تم اكتشاف النوع الجديد بعد أن تم التعرف عليه باسم فيروس المتلازمة التنفسية الحادة الوخيمة كورونا أو سارس كوف 2، ويسمى المرض الناتج عنه فيروس كورونا 2019 أو (كوفيد-19) وقد صنفته منظمة الصحة العالمية كجائحة⁽²⁾ في 11 مارس 2020.⁽³⁾ واكتشف المرض أول مرة في مدينة ووهان الصينية ومنها انتشر في كل بقاع الأرض وبشكل سريع.

وقد حددت الاعراض أو علامات المرض التي قد تظهر بعد يومين إلى 14 يوماً من التعرض له، وفي بعض الحالات قد تستغرق 27 يوم، وهناك أشخاص قد يكونوا حاملين للمرض ولكن لا أعراض عليهم، كما تم التأكد من أنه قد يكون معدياً حتى قبل ظهور الاعراض. إلا أن أكثر الاعراض ظهوراً الحمى، السعال، ضيق التنفس، التعب، الاجعاع، الصداع، وغيرها من العوارض الشبيهة بالإنفلونزا، مع الإشارة إلى أن حدة (كوفيد-19) قد

⁽¹⁾ بيان حول الاجتماع الثالث للجنة الطوارئ المشكلة بموجب اللوائح الصحية الدولية (2005) بشأن فاشية مرض كورونا.

⁽²⁾ مرض فيروس كورونا 2019 (COVID-19) Resources (COVID-19) MAYO CLINIC.

⁽³⁾ BBC, Coronavirus confirmed as pandemic by World Health Organization, 11 March 2020.

تجاوزت جميع الفيروسات التي سبقته، وقد يصل إلى أقصى درجات الخطورة مع الأشخاص الذين يعانون من مشاكل صحية مزمنة أو مشاكل في الجهاز التنفسي. وقد تأكد أن الفيروس يستطيع الانتشار بين البشر مباشرة، ومعدل انتشاره قد ارتفع في منتصف يناير 2020⁽¹⁾، مما جعل العديد من الحكومات تُصدر التحذيرات من السفر إلى الصين وخصوصاً مدينة ووهانا الصينية⁽²⁾. ومن أهم وسائل وسبل الحماية حسب منظمة الصحة العالمية، الحرص على النظافة الشخصية من خلال الغسيل المستمر لليدين والحفاظ على مسافة متر واحد على الأقل بين الأشخاص بمعنى الحافظ على مسافة تباعد كافية حفظاً لعدم انتقال العدوى، وعدم التجمع في الأماكن المزدحمة عادة بالناس وكل ذلك بهدف تقليل نسب الإصابة بالفيروس، ولذلك شهدنا العديد إن لم نقل جميع الدول اتخذت إجراءات كلها تصب في تخفيف الاحتكاك بين المواطنين وعمدت إلى إغلاق المدارس والجامعات وتم إيقاف العديد من الاعمال الأساسية والحياتية في كل المجتمعات التي انتشر فيها الفيروس.

• ثانياً: منظمة الصحة العالمية وكيفية التعامل مع الفيروس

في 31 ديسمبر 2019 قدمت اللجنة الصحية في بلدية ووهانا الصينية عن مجموعة حالات إصابة بالالتهاب الرئوي الذي عرف بعد ذلك بفيروس كورونا المستجد. بعد ذلك مباشرة أنشأت منظمة الصحة العالمية فريق لإدارة الحوادث على نطاق جميع المسارات التابعة للمنظمة، وبدأت بنشر على وسائل التواصل الاجتماعي خبر ظهور هذه الحالات، وقدمت على صفحتها أخبار عن فاشية المرض وذلك عبر توزيعه على الأوساط الصحية العلمية والعامّة ووسائل الاعلام العالمية كافة. كما أكملت المنظمة أعمالها في شهر يناير 2020 من خلال إصدارها لحزمة متكاملة من الارشادات تتضمن نصائح للبلدان عن كيفية اكتشاف الحالات وتدابير علاجها. وكل ذلك استناداً إلى المعلومات التي كانت متاحة في تلك الفترة، حيث كانت لا تزال فكرة انتشار الفيروس غير واضحة وكان المعتقد السائد بأن كوفيد-19

(1) Margaret Trexler. Hessen, Novel Coronavirus Information Center, Elsevier, January 27, 2020, P: 27 .

(2) James Griffiths, Amy Woodyatt, CNN Travel, China goes into emergency mod as number of confirmed Wuhan Coronaviruses Cases Reaches 2,700, January 27, 2020.

ينتقل بشكل محدود بين البشر كما هو الحال بالفيروسات السابقة كسارس وميرس وغيرها من الفيروسات التنفسية المعروفة.

وحتى 14 يناير 2020 كانت منظمة الصحة لا تزال تشير إلى احتمال محدود للانتقال للفيروس بين البشر، ولكن بعد بضعة أيام أصدرت البعثة التي توجهت إلى الصين بياناً تؤكد فيه وجود بيانات على انتقال العدوى بشكل أكبر مما هو معروف، وعلى أثر هذه المعلومات عقد المدير العام للمنظمة اجتماعاً للجنة الطوارئ المشكلة بموجب اللوائح الصحية الدولية (2005) للتقديم تقرير يبين ما إذا كانت الفاشية تشكل طارئة من الطوارئ الصحية العمومية، ولكن لم يتوصل الأعضاء في تلك الفترة إلى رأي متوافق عليه وطلبوا إعادة انعقاد اللجنة في غضون عشرة أيام وذلك لتأمين المزيد من المعلومات. ولكن وقبل انقضاء فترة العشرة أيام وبعد يومين فقط من الاجتماع الأول عقد الاجتماع الثاني وكانت المعلومات أكثر وضوحاً لدى اللجنة التي توصلت إلى أن الفيروس الجديد كوفيد-19 هو فيروس يستطيع الانتشار بين الأشخاص وأنه يشكل قلقاً دولياً كونه فاشية تشكل طارئة صحية عمومية، كما جاء في التقرير الأخير بأن الإصابات بكوفيد-19 بدأت تنتشر في ثماني عشرة دولة خارج الصين وبأن المخاطر تشكل مستوى مرتفع جداً في الصين وفي البلدان الأخرى.

سارعت المنظمة إلى إصدار خطة استراتيجية للتأهب والاستجابة لمساعدة المجتمع الدولي وتحديداً لمساعدة الدول الضعيفة طبياً. ولكن في 11 مارس 2020 المنظمة تصدر تقييماً بإمكانية وصف فاشية كوفيد-19 بالجائة انطلاقاً من قلقها البالغ إزاء المستوى المفزع لتقشي المرض ووخامته والمستوى المفزع الذي وصل إليه الوباء في معظم دول العالم في تلك الفترة⁽¹⁾.

أما لجنة الطوارئ المشكلة بموجب اللوائح الصحية الدولية⁽²⁾ (2005)، فقد قدمت مشورتها للمنظمة في الاجتماع الثالث الذي أقيم في تاريخ 30 أبريل 2020 وقد قبلها المدير العام للمنظمة واعتبرها توصيات مؤقتة للدول الأطراف بموجب اللوائح الصحية الدولية والتي جاء فيها:

(1) كوفيد-19 التسلسل الزمني لإجراءات المنظمة، منظمة الصحة العالمية (WHO) بيانات المنظمة، 27 أبريل 2020.

(2) للتفصيل: اللوائح الصحية الدولية، منظمة الصحة العالمية، الطبعة الثانية، 2005، المواد 48-49، ص 34.

■ الفرع الأول: التخطيط والتنسيق والرصد

- مواصلة الجهود والتنسيق بين الدول من خلال الخبراء الدوليين والمعدات اللازمة لمواجهة هذه الجائحة، تقديم المزيد من الدروس المستفادة من التجارب السابقة مع الأوبئة والعمل على تقديم الارشادات للدول فيما يخص الناحية الصحية وطرق المواجهة، وتشجيع جميع الدول المهتمة بالانضمام سواء كانت دول ذات مداخل متوسطة أو منخفضة في تجارب السريرية للعلاجات واللقاحات.
- وحدة العمل الصحي من خلال العمل مع المنظمة العالمية لصحة الحيوان ومنظمة الأمم المتحدة للأغذية والزراعة من أجل تحديد المصدر الحيواني المنشأ للفيروس، وتقديم إرشادات بشأن كيفية الوقاية من عدوى فيروس كورونا.
- تقديم الخدمات الصحية الأساسية للبلدان لتقييم وإدارة التدابير الصحية لمكافحة كوفيد-19، من خلال رصد قدرات هذه الدول وتعزيزها في جميع المراحل الصحية ودعم البلدان كافة لسد النقص في الادوية الأساسية والمنتجات الصحية في كافة المجالات.
- العمل على تقديم البلاغات عن المخاطر والمشاركة المجتمعية وذلك من خلال مواصلة التبليغ عن المخاطر من خلال شبكة الأوبئة (EPI-WIN) والسعي الدائم في إيصال الرسائل الواضحة والارشادات اللازمة بشأن تطور الجائحة.
- توضيح استراتيجية فحوص التحري وذلك باستخدام نظم ترصد العدوى التنفسية الحادة للفيروس وذلك بهدف الاسترشاد بكل التعديلات الواجب اتخاذها في التدابير الصحية والاجتماعية للدول كافة.
- تيسير حركة السفر للرحلات الأساسية اللازمة للمساعدة في مواجهة كوفيد-19 والإغاثة الإنسانية أو من خلال إعادة المواطنين إلى بلدانهم الام وعمليات الشحن الضرورية المتعلقة بالأمور الحياتية.

■ الفرع الثاني: بالنسبة لجميع الدول الأطراف

- التنسيق والدعم بين جميع الدول ومنظمة الصحة العالمية ومواصلة التعاون معها على كافة الأصعدة الصحية.
- تعزيز التأهب للطوارئ الصحية وبناء نظم صحية منيعة.

- العمل مع منظمة الصحة العالمية وجميع الدول لوقف انتقال العدوى من خلال الحفاظ على نظم الترصد المتينة وذلك لتعزيز القدرات السابقة لاكتشاف الحالات والتعامل معها وعزلها.
 - تقديم الأولوية للحماية الخاصة بالقوى العاملة بالقطاع الصحي من خلال إتاحة التدريب وتوفير في المقام الأول المعدات الخاصة بالحماية الشخصية وذلك بهدف حماية القطاع الصحي من انتشار العدوى بين أعضائها وتطبيق استراتيجيات الفحص التي توصي بها منظمة الصحة العالمية.
 - السعي نحو التصدي للتهورات البحثية، وتقديم كافة المعلومات الجديدة حول الفيروس كطرق انتقاله وطرق علاجه خصوصاً لما لهذا الفيروس من غموض ومعلومات ضعيفة فيما يتعلق به بشكل عام⁽¹⁾.
- كوفيد-19 من الفيروسات التي لم تكن المراجع الطبية على دراية فيها أو لديها المعلومات التي تمكنه من تدارك خطورتها، لذلك شهدنا بعض التأخر في الإجراءات التي تم اتخاذها من المنظمة الدولية وذلك مرده لعدم علمها بمستوى هذا الفيروس وسبل انتقاله أو حتى طرق علاجه. ولكن في مطلق الأحوال لازالت تتابع وعن كثب هذه الجائحة وتسعى بكافة السبل المتاحة لتقديم النصح والارشادات للمجتمع الدولي كافة.

• ثالثاً: الحجر الصحي من منظور منظمة الصحة العالمية

في 30 يناير 2020 كان تاريخ إعلان المدير العام لمنظمة الصحة العالمية أن كوفيد-19 هو وباء عالمي بمعنى أنه جائحة لا بد من السيطرة عليها بكل الإمكانيات المتاحة لدى مختلف الدول. وأشار إلى العديد من التدابير الواجب اتخاذها في مجال الصحة العمومية وهي الرامية إلى تحقيق هدف الحماية والسلامة العامة لكافة الافراد وذلك من خلال فرض الحجر الصحي على الافراد وتقييد حريتهم أو حتى عزل أفراد في صحة جيدة ربما يكونوا قد تعرضوا للفيروس، وذلك بهدف رصد الاعراض واكتشاف الحالات بشكل مبكر. وقد وجه الخطاب في

(1) منظمة الصحة العالمية، مركز وسائل الاعلام، بيان حول الاجتماع الثالث للجنة المشكلة بموجب اللوائح الصحية الدولية (2005) بشأن فاشية مرض فيروس كورونا (كوفيد-19).

تلك الآونة للدول الأعضاء في المنظمة في سبيل مواجهة كوفيد-19 من خلال وضع سياسات محلية أو وطنية تتعلق بتدابير الوقاية من العدوى ومحاولة مكافحتها. ويجب على الدول فرض إجراءات شاملة لاحتواء المرض وحماية الصحة العمومية وذلك ضمن المادة 3 من اللوائح الصحية (2005) التي تقضي كما أسلفنا بالاحترام الكامل لكرامة الناس وحقوق الانسان والحريات الأساسية للأفراد مع الاخذ بعين الاعتبار أن الاستثناءات في هذا المجال مباحة. واستندت المنظمة الدولية على الأوبئة السابقة كون كوفيد-19 من الافراض الحديثة التي لا يوجد لها أي علاجات أو لقاحات متاحة أو متوفرة للمرضى.

والحجر الصحي مصطلح تم تداوله في الآونة الأخيرة بشكل كبير وبدأنا نسمع به مع بداية هذا الوباء، وهو يعرف وفقاً لمنظمة الصحة العالمية بأنه: "تقييد لأنشطة الأشخاص غير المرضى، ولكن يُرجح أنهم تعرضوا لعامل ممرض أو لمرض، أو عزلهم عن الآخرين بهدف رصد الاعراض واكتشاف الحالات بشكل مبكر". أما مصطلح العزل فيعني "فصل المصابين بالمرض عن الآخرين للوقاية من تفشي العدوى أو التلوث"⁽¹⁾. وأكملت المنظمة أن الدول الاعضاء تتمتع بموجب ميثاق الأمم المتحدة ومبادئ القانون الدولي بالحق السيادي في سن التشريعات وتنفيذها بما يتماشى مع سياستها الصحية ولو أدى ذلك إلى فرض قيود على حرية الافراد. وإشارة أنه يجب على الدول قبل أن تفرض الحجر الصحي أن تتواصل مع مجتمعاتها وتوضح هذه التدابير على نحو سليم حتى لا تؤدي هذه التدابير إلى حالة من الذعر، ويجب التقييد بالإجراءات التالية:

- تزويد الناس بالإرشادات الواضحة والشفافة عن طبيعة الفيروس ومدى خطورته.
 - إشراك المجتمعات المحلية بالتدابير حتى يحظى الحجر الصحي بالقبول المجتمعي.
 - يجب أن يحصل الأشخاص الخاضعون للحجر الصحي على الرعاية الصحية الكاملة.
 - التقييم المجتمعي وذلك لوضع التدابير الأنسب والأكثر فعالية من الناحية الثقافية⁽²⁾.
- إن الهدف من تطبيق هذه التدابير المتعلقة بالحجر الصحي هو تأخر بلوغ ذروة الوباء في المناطق التي يتواصل فيه انتقاله محلياً، وذلك من خلال تحديد الحالات بشكل مبكر

(1) المركز الوطني للوقاية من الامراض ومكافحتها، وقاية، دليل الحجر الصحي، covid19.cdc.gov.sa

(2) Key consideration: Quarantine in the context of COVID-19 Social science in humanitarian action. www.socialscienceinaction.org.

وعزلها ومعالجتها سواء في مرفق صحي أو في المنزل⁽¹⁾، أما بالنسبة لمخالطي الحالات المؤكدة فتوصي المنظمة بتطبيق الحجر الصحي على هؤلاء لمدة 14 يوماً كما أصبح معلوماً². كما قدمت المنظمة العديد من التوصيات المتعلقة بكيفية تطبيق الحجر الصحي وذلك بأن يكون على الشكل التالي:

■ الفرع الأول: تهيئة مكان مناسب للحجر الصحي

- حتى يعتبر الحجر الصحي مراعي لكافة الشروط الصحية المحددة دولياً يطلب من الدول المنظمة للمنظمة تنفيذ التوصيات التالية:
- توفير أسباب الراحة المناسبة للمقيمين في الحجر الصحي.
 - إيواء الأشخاص في غرف فردية تشمل على كل الوسائل الصحية المناسبة.
 - تأمين عدم إمكانية انتقال العدوى والحرص على إبقاء مسافة أمنة بين الأشخاص الخاضعين للحجر الصحي.
 - مراعاة الافراد المسنين وغيرهم ممن يعانون من أمراض مزمنة.

■ الفرع الثاني: اتخاذ تدابير الوقاية من العدوى ومكافحتها بأقصى الدرجات

- يجب تطبيق التدابير التالية للحد من العدوى ومكافحتها وذلك من خلال تأمين بيئة آمنة للأشخاص الخاضعين للحجر الصحي وذلك من خلال:
- أي شخص تظهر عليه أعراض المرض يعامل كحالة مشتبه فيها.
 - ينبغي تطبيق الاحتياطات الأساسية على جميع الأشخاص الخاضعين للحجر الصحي عبر القيام بالمحافظة على النظافة الشخصية عبر غسل اليدين بشكل دائم، تغطية الانف والفم بثني المرفق أو استعمال المناديل الورقية ثم التخلص منها فوراً، الامتناع عن لمس الوجه بشكل عام.

(1) منظمة الصحة العالمية، التدبير العلاجي السريري للعدوى التنفسية الحادة الوخيمة عند الاشتباه في الإصابة بعدوى فيروس كورونا المستجد (nCoV).

(2) منظمة الصحة العالمية، الرعاية المنزلية للمرضى المصابين بعدوى فيروس كورونا المستجد (nCoV) المشتبه فيها والمصحوبة بأعراض خفيفة والتدبير العلاجي لمخالطيهم.

- تأمين بيئة صحية للبنية التحتية لاماكن الحجر الصحي
 - تثقيف الناس سواء الخاضعين للحجر أو الغير خاضعين للحجر بشأن تدابير الوقاية من العدوى وسبل مكافحتها وضرورة الإبلاغ السريع لدى الشعور بأي من عوارض المرض.
 - المحافظة الدائمة على نظافة المكان والاسطح وذلك بسبب عدم توفر أي معلومات دقيقة عن الفترة التي يستطيع فيه فيروس كوفيد-19 من العيش على الاسطح، فالغاية الان معظم الدراسات لا تشير إلى فترة زمنية محددة وتؤكد أن الوضع يختلف من نوعية الاسطح نفسها أو حتى درجة حرارة المكان أو نسبة الرطوبة الموجودة.
- كل هذه الإجراءات والتدابير الوقائية والعلاجية وحتى الاستباقية التزمتم بها معظم الدول، ويمكن القول إن جميع دول العالم سعت وبقوة نحو تنفيذها. فهناك دول سعت منذ البداية إلى تطبيق كافة الطرق للوقاية واتخذت الإجراءات الاستباقية والاحترازية كالمملكة العربية السعودية والامارات والكويت، ودول تريتث وانتظرت حتى تتعرف أكثر على حدة هذا الفيروس الجديد معتقدة بإمكانية السيطرة عليه كمملكة المتحدة والولايات المتحدة الأميركية بالإضافة إلى العديد من الدول الأوروبية، ولكن بالمحصلة لا زال هذه الفيروس كوفيد-19 يجول بين الدول ويضع الجميع بالحجر الصحي أو المنزلي، والجهود الدولية تبذل في سبيل بالحد الأدنى السيطرة عليه وإخراج الشعوب كافة من عزلتها، وبالرغم من انتاج اللقاح أثناء كتابتنا للبحث، إلا أن نتائج فك الإجراءات الاستثنائية كما تم الإعلان على لسان منظمة الصحة العالمية لن تكون في القريب العاجل.
- وكما هو واضح فيروس كورونا فتح المجال لكل الاستثناءات وأصبحت المحرمات من الأمور المباحة حتى أن الشعوب كافة ملتزمة الحجر وساعية إلى ضبط الأمور وهي تشعر بأن الخلاص من هذا الفيروس كوفيد-19 لن يكون بالوقت القريب.

○ المبحث الثاني: فيروس كورونا بين حفظ الحقوق وفرض القيود

فرض وباء كورونا المستجد ظروف حياتية حملت معها حالة من حالات الطوارئ التي تفرض قيوداً هي بالأحوال العادية غير مقبولة. حيث عمدت كل حكومات العالم على تقديم ضوابط وقيود على جميع افراد المجتمع محاولة بشتى الوسائل الحد من انتشار فيروس كورونا.

مما أدى بطبيعة الحال إلى تراجع مستوى الحريات التي لم تكن في تلك الفترة نقطة جوهرية تسعى الدول لتحقيقها أو المحافظة عليها. فلقد اعتبرت العديد من الحكومات أنها أمام حرب بقاء لا بد فيها من استخدام كافة الوسائل المتاحة للخروج منها بأقل الخسائر الممكنة. إن وباء كوفيد-19 شكل وبشكل سريع وخطير تهديد للصحة العامة مما دفع جميع الدول من خلال حكوماتها لاتخاذ إجراءات تقييد الحريات الشخصية من خلال إطلاق ناقوس حالة الطوارئ، ومنها متعلق بفرض الحجر الصحي أو العزل الذي يحد من حرية التنقل الداخلي أو حتى السفر الخارجي على سبيل المثال، والدافع الأساسي كان بسبب مخاوف المستويات المقلقة للانتشار الوبائي وشدته⁽¹⁾. وانطلاقاً من هذه الفكرة سوف يقدم هذا المبحث فكرتين، الأولى تتعلق بالمواثيق الدولية الحماية للحقوق، والثانية تتحدث عن المسار القانوني لإعلان حالة الطوارئ لمواجهة فيروس كورونا.

• أولاً: المواثيق الدولية الحامية للحقوق

عاشت الحريات في معظم الدول انتكاسة في زمن كورونا المستجد، كما غابت آليات الرقابة عن مختلف التطبيقات التي اعتبرت في الظروف العادية انتهاكات لأدنى متطلبات الحياة. ولقد استندت معظم الدول في بداية الامر على مبدأ السيادة، حيث نجد بأن العديد من الدول في بداية الامر تحفظت على الإجراءات المتخذة وحاولت إخفاء الامر في العديد من المجالات سواء المتعلقة بالمرض نفسه أو حتى بالقيود التي فرضت، وفي مقدمتها الصين وهي بلد المنشأ لكوفيد-19 ومن بعدها إيران⁽²⁾ وغيرهما. حيث حاولت كلتا الدولتين التكتم على الامر بشكل تام ومن بعدها إخفاء حقيقة أعداد المصابين وخصوصاً في بداية الوباء، وفرضت الكثير من التدابير القاسية المتعلقة بالحقوق الشخصية حيث كان الفيروس

(1) Human Right Watch، مقال بعنوان: الابعاد الحقوقية في الاستجابة لفيروس كورونا المستجد، على الموقع الالكتروني: www.hrw.org، تاريخ الاطلاع: 22-4-2020.

(2) فقد حذر ميشيل فورست المقرر الخاص المعني بحقوق الانسان لدى الأمم المتحدة حذر إيران من مغبة إخفاء نقشي الوباء في السجون والذي قد يشكل خطراً على عموم الإيرانيين والإنسانية جمعاء. منكور في مقال بعنوان: تدابير حالة الطوارئ لمكافحة جائحة فيروس كورونا والحريات العامة، يوسف البحيري، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، العدد ٦، شوال ١٤٤١هـ - يونيو ٢٠٢٠م، ص ٤٠٧.

يتفشى بسرعة جنونية ويحصد العديد من الأرواح سواء في القطاع الصحي أو حتى في صفوف الأفراد العادين. كان فيروس كورونا المستجد جديد وغير معروفة وسائل التعامل معه والبيئة الطبية غير مستعدة بالشكل الكافي لمواجهة هذا النوع من الأوبئة، أو بمعنى أصح هذا ما أثبتته فيروس كورونا. على صعيد ثاني أظهر الوباء أن الجهاز الطبي في معظم دول العالم المتقدمة هو جهاز ضعيف ولا يستطيع مواجهة حالات بمستوى كوفيد-19، فسعت الدول إلى الفرض قيود على مختلف الأصعدة في سبيل الحد من انتشاره، مع الإشارة إلى أن موجة ثانية للفيروس بدأت وهو في حالة نشطة ومستمرة في التزايد. فلغاية الان لا زال كوفيد-19 ينتشر في دول عدة حيث تبلغ عدد الإصابات على سبيل المثال في الولايات المتحدة الأميركية وحدها ما يقارب ٢٢٩,٠٠٧ ألف حالة لليوم الواحد، والامر لا يختلف في الكثير لا بل في معظم الدول الأوروبية. وبالتالي فقد اثبتت التجربة بأن مبدأ السيادة مع كوفيد-19 لم يستطيع الاستمرار، وكان أول الاستثناءات التي بدأت بالظهور، فلا مجال في واقع بهذه الخطورة أن تتذرع الدول بالسيادة والشأن الداخلي وذلك منعاً لأي تدخل خارجي، فنجد بأن منظمة الصحة العالمية سرعان ما تدخلت ودعت جميع الدول المنضمة إلى المعاهدات والبروتوكولات الدولية بضرورة تطبيقها والعمل على احترامها وتفعيلها، وتقديم كافة التقارير التي تشكل مبدأ أساسي في ظل هكذا جائحة وهو مبدأ الشفافية على كافة الأصعدة سواء التدابير الصحية أو التدابير والإجراءات التي فرضت على الافراد في الدول جمعاء.

لقد أكدت منظمة هيومن رايتس ووتش في الأونة الأخيرة بالإشارة إلى مواجهة فيروس كورونا في الوثيقة التي نشرتها حول الابعاد الحقوقية في الاستجابة لفيروس كورونا المستجد داخل الدول، وقد أكدت فيها بأن مبادئ القانون الدولي لحقوق الانسان لا بد أن تُحترم، ولا بد من تفعيل الحق في الرعاية الصحية. ولا بد من منع تهديد الصحة العامة وتقديم شتى وسائل الرعاية الصحية للمصابين بالفيروس وبالتالي لا يمكن تطبيقها بشكل تعسفي أو قائم على التمييز⁽¹⁾. ولقد صرح نيكولاس بيكيلين المدير الإقليمي في منظمة العفو الدولية أن: "القيود ليست للرقابة والتمييز

(1) يوسف البحيري، المرجع السابق، ص ٤٠٨.

والاحتجاز التعسفي، فانتهاكات حقوق الانسان ليس لها مكان في مكافحة وباء فيروس كورونا(1) .

وتعتبر الصحة هي إحدى الشروط الأساسية للحياة الكريمة، وهي ليست مجرد ميزة لشخص دون الآخر، بل هي حق للجميع مثلها مثل باقي الحقوق التي عملت شرعة حقوق الانسان لتقديمها والعمل على تطبيقها، ومنها على سبيل المثال الحق في التنقل، الحياة، المساواة، الخصوصية وغيرها من الحقوق التي لا تقل أهمية عن الحق في الصحة(2). وفي 15 مارس 2020 أعلنت أكثر من 150 دولة أنها سجلت حالات إصابة بفيروس كورونا وأفادت منظمة الصحة العالمية أن الأرقام مستمرة في الارتفاع بوتيرة مفرعة، مما ستوجب على العديد من الدول اتخاذ إجراءات هي في الأحوال الطبيعية مخالفة للحرية الشخصية، ولكن ونظراً للظروف الصحية التي طرأت اعتبرت هذه القرارات طبيعية ولازمة لتجاوز أزمة كوفيد-19. والاعتراف بالحق في الصحة جاء في العديد من المواثيق الدولية لعل أهمها:

- دستور منظمة الصحة العالمية الصادر عام 1946 وكان هذا الاعتراف هو الأول في تاريخه.
- الإعلان العالمي لحقوق الانسان الذي تبنته الأمم المتحدة عشية الحرب العالمية الثانية عام 1948.
- اتفاقية إلغاء كافة اشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) 1979.
- اتفاقية حقوق الطفل 1989.
- البروتوكول الإضافي للاتفاقية الأميركية لحقوق الانسان في مجال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية 1988.
- الميثاق الاجتماعي الأوروبي 1989.

(1) مقال تفسيري: سبع طرق يؤثر بها فيروس كورونا على حقوق الانسان، منظمة العفو الدولية، ٥ شباط/ فبراير ٢٠٢٠، على الموقع الالكتروني: <https://www.amnest.org/ar/latest/news/2020/02/explainer-seven-ways-the-coronavires-affects-human-rights/> تاريخ الاطلاع: ١٢/٨/٢٠٢٠م.

(2) عبد العزيز أبو عجاج، مقال بعنوان: الحق في الصحة بموجب المعاهدات والمواثيق الدولية، على الموقع الالكتروني: <https://www.sasapost.com/opinion/health> تاريخ الاطلاع: 22-4-2020.

ولكن أهم المعاهدات الدولية التي اعترفت بالحق في الصحة، كانت بموجب العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية⁽¹⁾، والذي صادقت عليه أغلب الدول، حيث نصت على ما يلي: "تقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق الانسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية يمكن بلوغه"⁽²⁾. كما أكملت المادة نفسها في فقرتها الثانية التدابير التي يتعين على الدول الأطراف في هذا العهد اتخاذها لتأمين الممارسة الكاملة لهذا الحق وهي تتمثل في الآتي:

- العمل على خفض معدل وفيات المواليد
 - تحسين جميع جوانب الصحة البيئية والصناعية
 - الوقاية من الامراض الوبائية وغيرها
 - تهيئة ظروف من شأنها تأمين الخدمات الطبية للجميع في حالة المرض
- وعليه فإن الحكومات ملزمة باتخاذ كافة التدابير الفعالة للوقاية من الامراض الوبائية بكافة أشكالها وسائر الامراض الأخرى وعلاجها ومكافحتها بكافة الوسائل الصحية. كما أن الحق بالصحة مرتبط بشكل مباشرة بكافة أشكال الحقوق المحددة بالمواثيق الدولية المتعددة. فهذه الحقوق هي بشكلها العام التي يتمتع بها الانسان لمجرد كونه إنساناً⁽³⁾، وهي حقوق طبيعية يملكها الانسان قبل أن يكون عضواً في مجتمع معين فهي تسبق الدولة وتسمو عليها⁽⁴⁾. وقد حددت هذه الحقوق بأن المرافق والسلع والخدمات الصحية يجب أن تكون متوفرة بالكميات الكافية ومتاحة للجميع بشكل عام، وتحترم أخلاقيات مهنة الطب ومتناسبة ثقافياً وعلمياً وطبياً وعالية الجودة بكافة المستويات⁽⁵⁾.

(1) العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، وتاريخ البدء فيه كان في 3 يناير 1976. www.arij.org

(2) المادة 12 الفقرة 1 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

(3) السيد عبد الحميد فودة، حقوق الانسان بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 2.

(4) أ. نسرین محمد عبده حسونة، حقوق الانسان المفهوم والخصائص والتصنيفات والمصادر، شبكة الالوكة، الطبعة الأولى، 2015، ص 9.

(5) الابعاد الحقوقية في الاستجابة لفيروس "كورونا" المستجد، المرجع السابق.

كما أن مبادئ سيرافكوزا⁽¹⁾ التي اعتمدها "المجلس الاقتصادي والاجتماعي" التابع للأمم المتحدة عام 1984، والتعليقات العامة الصادرة بشأن حالات الطوارئ وحرية التنقل كانت أيضاً واضحة في منح الدول حالات "عدم التقيد في حالة الطوارئ العامة" حيث نصت في الفقرة ألف من الجزء الثاني بأن: "يجوز للدولة أن تتخذ التدابير بعدم التقيد بالتزاماتها وذلك فقط عند مواجهتها لحالات الخطر الاستثنائي الفعلي أو الوشيك الوقوع الذي يهدد حياة الأمة وهذا الخطر يتمثل في الآتي:

- يؤثر على جميع السكان
 - يهدد السلامة الجسدية للسكان
 - يهدد كيان المؤسسات الضرورية لتأمين الحقوق المعترف بها
- كما أن كافة المواثيق الدولية تحمي الحق في التنقل لكافة الأشخاص في الأوضاع العادية ومن حق الفرد في الظروف العادية التنقل من مكان إلى آخر بدون أي حظر أو منع، فحرية التنقل شرطاً لا بد منه لتنمية الانسان وهي حق من رزمة حقوق أخرى منحت عبر المعاهدات الدولية للأفراد بدون أي شكل من أشكال التمييز⁽²⁾، ولكن الوضع يختلف ويخرج عن السياق العام ويجيز فيها للدولة تقيد هذه الحقوق في الظروف التي تتعلق بالأمور التالية:

- حماية الامن القومي
 - حماية النظام العام
 - حماية الصحة العامة أو الآداب العامة
 - حماية حقوق الآخرين
- ففي هذه الحالات يمكن السماح بإجراءات تقيد من حرية الافراد في المجتمع المعني بحل الازمة على أن تكون من ضمن الحالات المحددة نظاماً والسابق ذكروها، وأن تكون ضرورية لحماية هذه الأغراض وتكون متناسقة مع جميع الحقوق الأخرى المعترف بها في هذا العهد⁽³⁾.

(1) الأمم المتحدة، المجلس الاقتصادي والاجتماعي، لجنة حقوق الانسان، الدورة الحادية والاربعون، حالة العهدين الدوليين الخاصين بحقوق الانسان، 1984، المادة 39.

(2) اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية الدورة السابعة والستون، 1999، التعليق العام، حرية التنقل، المادة الأولى، جامعة مينيسوتا، مكتبة حقوق الانسان، <http://hrlibrary.umn.edu/arabic/hrc-gc27.html>

(3) للتفصيل: الفقرة 3 من المادة 12.

وقد قامت لجنة القانون الدولي⁽¹⁾ في جلستها الثالثة والخمسين من عام ٢٠٠١م، بإعداد قانون يتعلق بالمسؤولية الدولية للدول التي تتخذ تدابير صحية وأمنية داخلياً، وتكون متنافية مع المبادئ الأساسية لحقوق الانسان، فقد نصت في المادة الأولى منها بأن: "العمل غير المشروع دولياً الذي ترتكبه الدولة يحملها المسؤولية الدولية". كما وأن المادة الثالثة من المشروع نفسه قد عرفت العمل غير المشروع في القانون الدولي هو: "كل فعل أو تدبير تقوم به الدولة على المستوى الوطني يخالف مقتضيات القانون الدولي، ويشكل انتهاكاً للالتزامات الدولية التي تنشأ على عاتق الدول"⁽²⁾. وعليه فإن الأفعال الغير مشروعة دولياً هي الأفعال التي ترتكب من قبل الدول وتكون:

- أعمال مناقضة لمبادئ القانون الدولي؛

- أعمال مناقضة للالتزامات الدولية الواجبة على الدولة المرتكبة للخطأ.

وكما هو واضح فإن قانون تقنين المسؤولية لعام ٢٠٠١ قد غير مفهوم المسؤولية التقليدية التي حددت مسؤولية الدولة فقط بالتعويض عن الضرر في حال وقوع الخطأ كما هو متعارف عليه، فقد أضاف تقنين ٢٠٠١ وبين أن انتهاكات حقوق الانسان المرتكبة من قبل المطالبين بحماية القانون الدولي أثناء تنفيذ التدابير الداخلية الوطنية تعتبر جرائم تستدعي قيام المسؤولية الجنائية، وبالتالي لم تعد المسؤولية فقط مسؤولية ترتب على مرتكب الأفعال المجرمة نظاماً تعويض الضرر دون الحديث عن المحاسبة الجنائية للمسؤولين عن ارتكاب تلك الأفعال، وذلك اعتماداً على الذريعة التي اعتمدت في هذا السياق المعروفة بمسمى السيادة الوطنية. وعليه فعلى الدول عند ممارستها لبعض القيود، وفي سبيل الحد من انتشار فيروس كورونا أن تعتمد على النصوص النظامية أي المدرجة في تشريعاتها الداخلية، والعمل ضمن حدودها وذلك منعاً لأي تعسف من قبل الجهات الحكومية أو إساءة تفسير فرض القيود مما يؤدي

(1) وهي لجنة تتكون من فريق خبراء، تم انشاؤها بهدف العمل على إنماء القانون الدولي وتكوين أحكامه. وتتكون اللجنة من ٣٤ عضواً من المتخصصين في القانون، والذين يشتركون في اللجنة كأفراد وليس كأعضاء في حكومات بلادهم، وتقوم بانتخابهم الجمعية العامة للأمم المتحدة، مع الاخذ في اعتبارها ضرورة أن تضم اللجنة في مجموعها ممثلين عن الأنظمة القانونية الأساسية في العالم. د. يوسق البحيري، المرجع السابق، الهامش رقم ٩، ص ٤١٠.

(2) للتفصيل انظر: وثيقة الأمم المتحدة، لجنة القانون الدولي، مشروع قانون المسؤولية لعام ٢٠٠١،

(A/CN.4/L.602/Rev.1).

بالمحصلة إلى تجاوزات تتعدى حدود الحماية الصحية للمواطنين. وانطلاقاً من هذه الفكرة نجد بأن المجتمع الدولي حاول أن ينشر جواً من الترقب على كافة الدول والحث الدائم على اعتماد المعيار الواضح والشفاف في شتى المجالات سواء الصحية أو الأمنية أثناء محاولة تقييد جائحة كورونا وكل ذلك في سبيل الحرص على الصحة العامة في المقام الأول، وفي المقلب الآخر إبقاء حقوق المواطنين والمقيمين في مساره الصحيح، خوفاً من أي تجاوزات يستغل العمل بها ضمن مسمى التدابير الاحترازية.

• ثانياً: المسار القانوني لإعلان حالة الطوارئ لمواجهة فيروس كورونا

على ضوء انتشار كوفيد-١٩ حول العالم، تم إعلان حالة الطوارئ^(١) في الدول بموجب الدستور الداخلي لكل دولة، وتم تفعيل العديد من القوانين التي تعطي الحكومات صلاحيات استثنائية لاتخاذ كافة التدابير والإجراءات التي تراها ضرورية للحفاظ على السلامة والصحة العامة في المجتمع، على أن تكون هذه الحالة ضمن الرقابة الوطنية ومتجانسة مع ما أولته شروط ومقررات الاتفاقيات الدولية لحقوق الانسان.

كما وأكدت المواثيق الدولية على مجموعة من الضوابط التي لا بد من العمل ضمنها في حالة الطوارئ الصحية وخصوصاً في حالة الأوبئة، حيث تتمتع الدول بسلطة وضع الشروط التي تقيّد ممارسة حقوق الانسان داخل المجتمع تحقيقاً للحفاظ على الامن القومي والصحي. ولقد أكدت المادة الرابعة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦^(٢) إمكانية تقييد بعض الحقوق وذلك في حال الطوارئ التي تكون فيها الحياة والامن في حالة الخطر أو الكوارث الطبيعية^(٣) كما هو الحال بكوفيد-١٩.

(١) حالة الطوارئ هي: حدث استثنائي يشكل خطر على الصحة العامة للدول الأخرى من خلال انتشار المرض بين الدول، وقد يتطلب استجابة دولية مُنَسَّقة، للتفصيل أنظر:

Croll, Hon.David Arnold,12 March 1900-11June 1991, Senator, Chairman, Senate Committees on: Poverty, since 1968, Aging, Retirement Age Policies since1977.Oxford University Press,1-12-2007

(٢) اعتمد هذا العهد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٢٠٠ ألف (د-١٢) المؤرخ في ١٦-١٢-١٩٦٦، تاريخ بدء النفاذ في ٢٣-٣-١٩٧٦.

(٣) تعرف الكوارث الطبيعية بأنها: "حدث مفاجع أو سلسلة أحداث مفاجعة تؤدي إلى خسائر في الأرواح واسعة الانتشار أو إلى معاناة وكرب شديدين للإنسان، أو تلحق ضرراً مادياً أو بيئياً واسع النطاق، بما يخل بشكل خطير بسير المجتمع".

وفي نفس السياق، وفي المادة الرابعة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ السالف الذكر، فقد أوجبت على الدول التي هي عضو في العهد أن تلتزم ببعض المعايير التي لا بد من توافرها عند إعلانها حالة الطوارئ التي تهدد حياة الأمة، ففي هذه الحال يجوز للدول الأطراف أن تتخذ في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع، تدابير لا تتقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى هذا العهد، شريطة عدم منافاة هذه التدابير للالتزامات الأخرى المترتبة عليها بمقتضى القانون الدولي وعدم انطوائها على تمييز يكون مبرره الوحيد هو العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعي^(١) وغيرها من النقاط التي أثارها هذه المادة، كما أكملت لتوضح بأن على أي دولة في هذا العهد استخدمت حق عدم التقيد أن تعلم الدول الأطراف الأخرى فوراً، عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة، بالأحكام التي لم تتقيد بها والأسباب التي دفعتها إلى ذلك، وعليها في التاريخ الذي تنهي فيه عدم التقيد أن تعلمها بذلك مرة أخرى وبالطريق ذاته^(٢).

بناء على ما سبق، إن التحلل من تطبيق العهد الدولي الخاص بحقوق الإنسان يجوز في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تهدد حياة الأمة وتعرض صحة المجتمع للأخطار^(٣)، فالهدف من هذه الإجراءات في المقام الأول هو الحفاظ على صحة المواطنين ومنع انتشار الأوبئة والسيطرة عليها كما هو الحال بفيروس كورونا، ففي هذه الحال يمكن للحكومات أن تتخذ التدابير التي تراها ناجعة للسيطرة على الوباء حتى ولو كانت على حساب الحريات العامة بصورة مؤقتة، على أن تكون هذه التدابير منصوصاً عليها في القانون الداخلي وضرورية ومؤقتة وأهمها أن تنفذ هذه التدابير بشفافية تامة من قبل الحكومات المعنية^(٤).

المادة الثالثة من نص مشاريع المواد المتعلقة بحماية الأشخاص في حالات الكوارث التي اعتمدها اللجنة في دورتها الثانية والستين، A/65/10 GE.10-62180.

(١) المادة الرابعة الفقرة الثانية من العهد، وللتفصيل يمكن الرجوع إلى المادة السادسة والسابعة والثامنة.

(٢) المادة الرابعة من العهد الفقرة الثالثة.

(٣) د. ليث كمال نصرابين، التنظيم القانوني لمواجهة جائحة فيروس كورونا في التشريعات الأردنية والاتفاقيات الدولية: دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد ٦، شوال ١٤٤١، يونيو ٢٠٢٠م، ص ٤٥٥.

(٤) د. يوسف البحيري، المرجع السابق، ص ٤١٣.

- وعليه، فإن أعمال حالات الطوارئ يستلزم توافر بعض الشروط حتى يبقى ضمن مساره القانون السليم انطلاقاً من التزام الحكومات بالتقيد بالنقاط التالية:
- أن يكون الخروج على قواعد العهد الدولي الخاص في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع الاستثنائي؛
 - ألا تتعارض التدابير التي تتخذها الحكومات لمواجهة الحالة الطارئة مع التزاماتها الدولية الأخرى وفقاً للقانون الدولي لحقوق الإنسان؛
 - ألا يكون تقيدها للحريات مبني على مبرر وحيد متعلق باللون أو العرق أو الجنس أو اللغة أو الأصل الاجتماعي⁽¹⁾؛
 - أن تكون حالة الطوارئ معلنة؛
 - يجب حماية الحقوق الأساسية مثل الحق في الحياة والسلامة الجسدية؛
 - كما يجب إنهاء حالة الطوارئ وكل ما ترتب ضمنها من تقييد بمجرد أن تنتهي الظروف التي دفعت إلى إعلانها.

فالغاية - كما أصبح معلوم - من وضع هذه المعايير هو ضمان عدم خروج بعض الدول عن الشرعية الدستورية الداخلية أو الاتفاقيات الدولية، والتضييق على الحريات العامة بدون أي ضوابط بحجة حالة الطوارئ، فقد تلجأ بعض الدول إلى فرض حالة استثنائية من أجل بسط أجواء الخوف والترهيب والقيام بتجاوزات جسيمة لحقوق الإنسان⁽²⁾.

لذلك سعى العهد الدولي لعام ١٩٦٦ وتحديداً في المادة الرابعة على ذكر العديد من الحقوق التي تعتبر استثناء للتقيد والتي لا يمكن المساس بها حتى في حالة الطوارئ، مؤكداً أن هذه الحقوق قد وردت على سبيل الحصر ولا يمكن تقيدها ومنها الحق في الحياة حظر السجن بسبب عدم القدرة على الوفاء بالتزام تعاقدية، تكريس مبدأ الشرعية في مجال القانون الجنائي وعدم رجعية النصوص التي تقضي بتجريم بعض الأفعال، وحرية الفكر والضمير والدين، بالإضافة إلى غيرها من الحقوق الواردة في العهد ولا تبيح لأي دولة المساس بها حتى في الأحوال

(1) د. شفيق السامرائي، حقوق الإنسان في المواثيق الدولية، دار معزز للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١٥، ص ٤٠.

(2) د. مصطفى الفيلاي، حقوق الإنسان العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ١٩٩٩، ص ٢٦٤.

الاستثنائية خوفاً من اعتمادها كذريعة واهية لتجاوز هذه الحقوق وتقيدها⁽¹⁾. كما أن اتخاذ الدول للتدابير كافة يجب أن تمتاز بالطابع الاستثنائي والمؤقت حيث أن التدابير والإجراءات لا يمكن أن تستمر إلا ضمن إطار الحاجة التي دفعت إلى اعتمادها، كون حماية حقوق الانسان في حالات الطوارئ تصبح على قدر هام من الحماية وخصوصاً الحقوق التي اعتبرت استثناء للقاعدة ولم يسمح بالمساس بها في حالة التقيد⁽²⁾.

ولا بد في هذا المجال من الإشارة على ما تم ذكره في المادة الرابعة من العهد الدولي لعام ١٩٦٦ حيث أكدت على ضرورة أن تقوم الدول الأطراف في حال إعلانها حالة الطوارئ بإبلاغ الدول الأخرى بطبيعة وحدود إجراءات عدم التقيد التي اتخذتها والأسباب المؤدية إلى ذلك مع تقديم تقرير إلى الأمين العام للأمم المتحدة تحدد فيه عن طبيعة ونطاق كل حق لم يتم التقيد به وأن ترفق ذلك بالوثائق والأدلة المرتبطة بالموضوع⁽³⁾.

ولا بد من الإشارة إلى مسألة في غاية الأهمية، وهي مسألة التذرع بالسيادة الوطنية للحلول دون الالتزام بما هو محدد بالعهديين الدوليين للدول المنضمة له. فجميع التدابير الوطنية التي تسمح بها الدول في مواجهة حالة الطوارئ لا شك أنها تدخل ضمن سيادتها الوطنية وشؤونها الداخلية. ولكن من الناحية الثانية لا بد لهذه التدابير في الوقت نفسه أن تأخذ بعين الاعتبار الالتزامات الدولية المنبثقة عن المجتمع الدولي الممثل للأمم المتحدة من خلال ميثاقها وتحديداً في ديباجتها التي توجب على الدول الأعضاء كفالة واحترام مبادئ حقوق الانسان، مع ما يترتب عليها من تحمل لمسؤولياتها الدولية أمام الجماعة الدولية في حال ارتكابها للخروقات الواردة في الميثاق.

وفي الإطار نفسه، فقد أصدر معهد القانون الدولي في ١٣ سبتمبر ١٩٨٩ توصية حول موضوع " حماية حقوق الانسان ومبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول"، حيث تضمنت هذه التوصية العديد من البنود لعل أهم في التالي:

(1) د. ليث كمال نصرأوين، المرجع السابق، ص ٤٥٦.

(2) General Comment No.29, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 August 2001, para 9 .

(3) للتفصيل يرجى العودة للمواد ٤٠/٤١ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦م.

- إن احترام حقوق الانسان يأخذ طابع الالتزام السامي الذي تتحمل فيه الدولة مسؤولية قانونية أمام الجماعة الدولية⁽¹⁾.
- إن حقوق من الموضوعات الكونية لقواعد القانون الدولي المنفصلة عن سيادة الدول، وذلك للتأكيد على عدم انتمائها لمجال السيادة الوطنية أو الاختصاص الوطني.
- تجيز التوصية للمجتمع الدولي متى ما رأى ضرورة لذلك بالقيام برد فعل لمواجهة انتهاكات حقوق الانسان في جميع التدابير الوطنية التي تتخذها الدولة في سياق الصلاحيات المخولة لها في إطار السيادة الوطنية.
- كما أشارت التوصية إلى طريقة مشروعة من أجل معاقبة تجاوزات الدولة لالتزاماتها الدولية في مجال حقوق الانسان من خلال قطع العلاقات الدبلوماسية والاقتصادية.
- وبناءً على ما سبق، للدول اتخاذ التدابير والإجراءات الاستثنائية لمواجهة حالات الطوارئ في زمن الأوبئة والأزمات الصحية والتي يعتبر كوفيد-19 واحد منها، مع التأكيد على ضرورة أن تراعي الدولة ضمان حقوق الانسان الأساسية مع ضمان تطبيق الالتزام بالاتفاقيات الدولية المنضمة إليها، وعدم قُبُل مبدأ السيادة كمبدأ للهروب من المسؤولية الدولية⁽²⁾.

○ الخاتمة:

هدفت هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على العديد من النقاط المتعلقة بطريقة التعاطي العالمي مع جائحة كورونا وما ترتب عليها من تدابير وإجراءات تم تطبيقها من قبل حكومات دول العالم جمعاء. فكوفيد-19 لم يستثنى أحد من دول العالم، وفتك بالبشر كما لم تستطع الحروب العالمية من حصاده للأرواح البشرية. ولكن اللافت هو سرعة تقبل الناس لفكرة التضحية بالحياة العادية أو الاجتماعية والاجتهاد في غالب الأحيان نحو تحقيق الوقاية من النقاط العدوى والاصابة بالمرض.

فسرعان ما فرضت الدول تدابير احترازية وضبطت الحقوق الإنسانية الممنوحة وفق القانون سواء الداخلي أو الدولي، وذلك من خلال فرض الحجر الصحي، منع التنقل بالإضافة إلى منع السفر، كل ذلك خوفاً من توسع دائرة الوباء.

(1) المادة الأولى من توصية معهد القانون الدولي في 13-سبتمبر-1989.

(2) د. يوسف البحيري، المرجع السابق، ص 410.

ولكن كوفيد-19 وباء حل في عالمنا بدون سابق إنذار، ودخل مجتمعاتنا بشكل مخيف وتبادرت إلى الأذهان الأوبئة السابقة كالطاعون والانفلونزا الإسبانية وغيرها من الفيروسات التي بطشت بالبشرية والتي لم نهتم لها قبل دخول كوفيد-19 الى حياتنا، فقد أثر على ملايين الأشخاص، وأدى إلى وفاة أكثر من ١١،٠٥١ شخص حتى كتابة هذا البحث فالأعداد مع الأسف في ارتفاع مستمر وخصوصاً مع بداية الموجة الثانية للوباء، والكثير من العائلات فقدت العديد من الأحباء، والنظم الاقتصادية دقت ناقوس الخطر مشيرة إلى الانهيار، والقطاع الصحي أكثر القطاعات معاناة منذ بدء الجائحة. ولعل أبرز النتائج والتوصيات التي استخرجناها من بحثنا هي التالية:

• أولاً: النتائج

- اجتهدت منظمة الصحة العالمية بطريقة التعامل مع الجائحة.
- الحق في الصحة من الحقوق الأساسية المكفولة في المواثيق الدولية.
- حالة الضرورة أو حالة الطوارئ الصحية كما سميت في معظم الدول، محددة في المعاهدات الدولية القديمة والحديثة، ومنظمة الصحة العالمية قدمت العديد من الأطر الواجب اتخاذها في سبيل الخروج من الازمة الصحية الحالية.
- إن التدابير المتمثلة في منع التنقل أو الحجر الصحي بكافة أشكاله يعتبر من الصلاحيات الممنوحة قانوناً لكافة الدول في سبيل الحفاظ على السلامة العامة.
- أبدت الدول حرصها وسعيها نحو تقديم الرعاية الصحية للغالبية العظمى من الأشخاص المصابين بالفيروس أخذين بعين الاعتبار سرعة انتشار الوباء عالمياً وتجاوزه للإمكانيات الطبية لأكثر الدول تقدماً والمقصود هنا الولايات المتحدة الأمريكية.
- التدابير والإجراءات الاحترازية المتبعة من قبل العديد من الحكومات تطوي تحت مسمى حالة الطوارئ التي تجيز تقييد العديد من الحقوق بهدف تجاوز الاستثناء الحال في المجتمع.
- الاتفاقيات الدولية سمحت بالتجاوزات والتقييد ولكن ضمن الإطار القانوني الدولي السليم المبني على الاتفاقيات الدولية الضامنة لحقوق الانسان.
- عدم امكانية تجاوز حقوق الانسان المكفولة دولياً تحت ذريعة السيادة الوطنية، بل لا بد من التأكيد عليها من خلال احترام هذه الدول لالتزاماتها الدولية.

• ثانياً: التوصيات

- العمل على توحيد الجهود الدولية من خلال العمل الجماعي سواء من ناحية السيطرة على الوباء أو طرق العلاج أو حتى التوصل إلى لقاح ناجع وفعال.
- سعي الدول المتقدمة وذات الإمكانيات المادية والاقتصادية القوية بمد يد المساعدة للدول الفقيرة والعاجزة عن مواجهة كوفيد-19 وذلك للتخلص من الوباء بشكل نهائي.
- الاهتمام بشكل أساسي بالقطاع الصحي على كافة المستويات، وذلك تحسباً لأي ظروف جديدة، فالأنظمة الطبية أظهرت من خلال هذه الازمة العالمية بأنها من القطاعات الأساسية في حياة البشرية ولكنها لا تحظى بالإمكانية والاهتمام المادي المطلوب.
- تكثيف جهود منظمة الصحة العالمية وخصوصاً في حالات الأوبئة الشبيهة بكوفيد-19 بالعمل بشكل مكثف أكثر وعدم استعراق الوقت الطويل لتحديد نوعية وقوة الفيروس كما حصل مع فيروس كورونا المستجد.
- أفراد وثيقة دولية برعاية منظمة الصحة العالمية ومشاركة الدول المنضمة الى المنظمة، تُحدد فيها خطة عمل منظمة متكاملة للجان صحية مع تحديد عناصرها وصلاحياتها لتُحرك بشكل سريع لمواجهة حالات مماثلة لجائحة كورونا.
- العمل الدؤوب والدائم من قبل المنظمات الدولية على حث الدول بضرورة إعمال المعاهدات الدولية في الأوقات الصعبة والمحن العالمية، خصوصاً وأن جوهر هذه الاتفاقيات هو لضبط المجتمعات والمحافظة على الحقوق الأساسية للإنسان في الأوقات الحرجة أكثر منها في الأوقات العادية وفي حالة السلم.

الدراسة الثالثة:

في الإشكالات المعاصرة للعلوم السياسية - أسئلة المنهج والنموذج المعرفي والتحيز الحضاري -

طه لحميداني⁽¹⁾

تشهد المجتمعات العربية في الآونة الأخيرة اهتماما متزايدا بالفكر السياسي، بما ينعكس إيجابا على المجال التداولي العربي. ولعل استواء هذا الوعي سيجلي مجموعة من الحقائق، وهي أن العلوم السياسية التي تلقيناها، ككل العلوم الاجتماعية، إنما هي علوم سياسة المجتمعات الغربية، ولم تكن علوما شمولية كما يراد الإيمان والتسليم لها. وإن أحد أهم الأسباب التي تكمن وراء عجز العلوم السياسية بصيغتها الحالية عن النفاذ إلى عمق البناء الفكري والثقافي للمجتمع العربي، قصوره عن التجاوب مع معطيات الواقع العربي، بل إنه انعكس في كثير من الأحيان على بنية المجتمع العربي معمقا أزمة هويته المجتمعية ومكرسا تبعيته الحضارية (أنظر "تغريب العالم" لسيرج لاتوش).

وعطفا على ما ذكر، فإن شيوع الاعتقاد بين المفكرين بأن العلوم السياسية متحيزة بطبيعتها، مثلها مثل أي سلوك إنساني، قد ساهم في إتاحة الفرصة لانخراط المجتمع العربي في تقديم إضافة نوعية إلى مسار تشكل العلوم السياسية، في أفق بناء وصياغة أطر معرفية ومنهجية حائزة لقدرات أكثر تفسيرية وإنسانية (أنظر في ذلك كلا من: توماس كون في "بنية الثورات العلمية" وعبد الوهاب المسيري في موسوعته عن "إشكالية التحيز: رؤية معرفية ودعوة للاجتهااد").

(1) أستاذ العلوم السياسية، بجامعة محمد الخامس بالرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-السويسية.

وتسند الحديث عن نموذج معرفي ومدرسة جديدة في العلوم السياسية العديد من المبررات، كما تستدعيه العديد من الحاجيات الحيوية للمجتمع العربي قاطبة. ولعل أهم هذه المبررات تنامي الرغبة في تجاوز الانتقادات العميقة التي بات يوجهها العديد من الاستمولوجيين والباحثين الغربيين والعرب للأسس والمقولات الوضعية المؤطرة لفلسفة العلم عموماً، وللعلوم الاجتماعية والإنسانية على وجه الخصوص، فضلاً عن الانتقادات التي تشكك في قدرة العلوم الاجتماعية على تفسير سلوك الإنسان (أنظر د. عصمت سيف الدولة حين يتحدث عن "جدل الإنسان"، وكتاب "الإنسان ذلك المجهول" لصاحبه ألكسيس كارل، وكتاب "الإنسان ذو البعد الواحد" لماركيوز).

لقد برزت في بدايات النصف الثاني من القرن الماضي، حركة مضادة للمقاربة الوضعية للعلم، وتمكنت- في أهم إنجاز لها- من تجديد الوصل بين العلم والقداسة من خلال إعادة النظر في طبيعة العلم وتجديد صياغة أسسه، وترسيخ الفناعة بأن العلم ليس حقلاً خالياً من القيم، ما دامت القيم هي التي توظف المجتمع العلمي للعالم. إن ما تم التعرض له سلفاً علاقة بموضوع علم السياسية بوجه عام، يتجلى وجهه الخاص في كونه يعتمد مفهوماً للسياسة يستبطن قيم الصراع والداروينية الاجتماعية، وتخفي معه كل الفضائل التي تحتضن قيم التراحم والتكافل، حيث تبرز قيم التعاقد والفردانية، وتظهر الدولة كجهاز مهيم على كل مناحي الحياة، عبر إنتاجها للقيم بمنطق سلطوي، ما يدفع إلى الاعتقاد بأن الدولة مكن توحيد القيم وتكاتفها.

هذا في الوقت الذي يبرز التراث العربي كمنظومة "مؤهلة" للمساهمة بمنح الباحث في العلوم السياسية فرصاً مهمة لإعادة تأسيس وإحياء علم السياسة المعاصر، من خلال توظيف المقدرات الاجتهادية للعقل العربي في تعاطيه مع المسألة السياسية. إن السياسة وفق الرؤية العربية، مفهوم يخاطب كل عضو في المجتمع داعياً إياه إلى العناية بشؤونه الخاصة والاهتمام بشؤون الجماعة، ليصبح بالتالي موضوع علم السياسة العربي متجاوزاً لدراسة ظاهرة السلطة وطرق تنظيمها ومراكز القوة والهيمنة، ليقترب ويكتسب مفاهيم وقضايا أكثر امتداداً.

إن العقل العربي بمرجعياته "التجاوزية"، يخترن قدرة مهمة في التعاطي مع قضايا السلطة خلافا للرؤية الغربية، لكن العائق الذي يحول دون تجديد هاته الخبرة العربية، هو استحكام العقلية الإحيائية والانكفائية التي تعيش داخل النصوص والمناهج الفقهية التجزيئية بعيدا عن الوعي بقيمة الدراسات الإيستمولوجية والفلسفية. مما يفرز لنا أنماطا سياسية تطبعها غوغائية شعبية أو نخبوية متعالية.⁽¹⁾

يستند هذا البحث على فرضية، هي: "أن العلوم السياسة باعتبارها إنتاجا بشريا، يطبعها التحيز لنموذج معرفي خاص بالمجتمعات التي تشكلت ضمنها، ما جعل من "الوضعية" معادلا معرفيا ومبررا إيديولوجيا لها؛ ابتداء بمرجعياتها المعرفية ومسلّماتها ما قبل العلمية. مرورا بأجهزتها المفاهيمية وأطرها المنهجية، وانتهاء بموضوعاتها الأساسية ومختلف نظرياتها ومقترباتها التحليلية.

وتكتسب هاته الدراسة أهميتها من طبيعة الموضوع الذي تتصدى له، إذ أن تجاوز أزمة العلوم السياسية في الوطن العربي لن تتم إلا من خلال نقد/نقض مضانه الإيديولوجية الغربية وتجاوزها نحو مباشرة صياغة نموذج تحليلي، ينطلق من المدركات الجماعية والخبرة العربية، ويعنى بدراسة إشكالات وأسئلة المجتمع العربي. ولعل الوقوف عند مواطن "القصور" في النظام المعرفي والمنهجي للعلوم السياسية، سيمكن الباحث العربي من إدراك تميز نظامه المعرفي، وبالتالي تعبئة الجهود العربية في العوم الاجتماعية والسياسية لتزكيته وتنمية موارد إنسانيتها وقدراتها التفسيرية.

وتأسيسا عليه، تهدف هذه الدراسة إلى المساهمة في نقد الأسس المعرفية والقواعد المنهجية للعلوم السياسية كما تبلورت مع الفلسفة الوضعية، بغرض إثارة الانتباه إلى ضرورة التخلص من رواسب التبعية الإيديولوجية، في أفق الانخراط لإعادة صياغة علم للسياسة نابع من الذات الحضارية والخبرة التاريخية العربية.

وتأتي إشكالات هذا البحث، في سياق تنامي الوعي النقدي الغربي وغير الغربي للعلوم السياسية، على مستوى الأطر المفاهيمية والمنهجية والنموذج المعرفي والمرجعي والمنظومة القيمية. وتتمحور أهمها حول:

⁽¹⁾ محمد الطويل، علم السياسة من ممارسة السلطة إلى رعاية المصالح: دراسة في المقترب العربي لعلم السياسة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق سلا، جامعة محمد الخامس، الرباط، 2016، ص 7-8.

- الأسباب والعناصر التصورية والمرجعية التي تتيح إمكانية نقد العلوم السياسية معرفياً ومنهجياً؟

- مدى توفر الإمكانيات المعرفية والطاقة المنهجية لتأسيس مقتربات جديدة في المعرفة السياسية؟

وتستند هاته الدراسة في مستواها المنهجي، على المقاربة التاريخية المنطلقة من استقراء إبستمولوجيا العلوم السياسية حتى استشراف مستقبلها؛ بما يشكل ناظماً معرفياً ومنهجياً لهاته العلوم؛ كمحصلة تاريخية حضارية. وهو امتداد تتولد عنه مفاهيم ومناهج مرجعية وقيم سياسية وتقاليد مسلكية ومؤسسية معبرة عن هذه العلوم. وانطلاقاً كذلك من علم تاريخ الأفكار سيتم تجريد المفاهيم والنظم والظواهر في سياق السعي وراء كشف العمق المرجعي والقيمي الذي يؤسس لمفاهيم العلوم السياسية ومناهجها وممارساتها، وهذا المقرب من أكثر المقتربات المنهجية بعداً عن التحيز والانكفاء العرقي.

كما سيستند البحث على المنهج المقارن، غاية في الاقتراب من جوهر التباين بين تناول موضوع المعرفة السياسية من وجهتي نظر علمية. ويلجأ الباحث إلى هذا المنهج لأنه ينسجم مع مبدأ "المقايسة"، القائم على فرضية اختلاف النظم المعرفية بحسب سياقاتها الاجتماعية.⁽¹⁾ وقد قعد فيلسوف المعرفة "بول فيرأبند" لهذا المنهج في كتابه "ضد المنهج" للتأكيد بأن اللغات والمفاهيم، التي تعد صلب الخطابات العلمية، والتي ترامها المجتمعات كل حسب مساراتها التاريخية، هي لغات ومفاهيم غير قابلة للمقايسة بيتهما، وإن تشابهت في ألفاظها وبنياتها.⁽²⁾ كما سيحاول الباحث استخدام مقاربة علم اجتماع المعرفة، التي تعتمد على تناول علاقة الأفكار بالمجتمع، وكيفيات تشكل المعارف في إطار سياقها الاجتماعي، والتأسيس لجماعة إنسانية لها فهم خاص ورؤية خاصة تحدد سلوكها الجمعي والفردى.

وسيتم أيضاً الاعتماد على منهجية تجريد المفاهيم والنظم والظواهر، في سياق السعي وراء كشف العمق المرجعي والقيمي الذي يؤسس لهاته المفاهيم والنظم والمؤسسات

⁽¹⁾ محمد علي محمد، علم الاجتماع والمنهج العلمي، ط3 (الإسكندرية: دار المعرفة الجامعية، 1983)، ص 233.

⁽²⁾ Paul Feyerabend, *Against Method: Outline of an Anarchistic theory of knowledge*, 1st ed. (London: Published by Verso, 2001), p. 121.

والممارسات. بما يجعل من هاته المنهجية أقرب المقتربات لإجراء دراسة مقارنة بين الحضارات والثقافات، لأنها أكثر بعدا عن التحيز والانكفاء العرقي حول الذات.⁽¹⁾

وستحاول الدراسة أيضا أعمال مقارنة عربية "جديدة"، تسمى "البشلية"⁽²⁾، أو المقاربة الديمغرافية التاريخية، وهي مقارنة للدراسات التاريخية البلدانية للبشر وتطور الأنساق الاجتماعية للجماعات البشرية، وما يسم هذا التطور من خصائص محددة لهاته الجماعات وهويتها الثقافية، وحركتها عبر الزمان. وقد استطاع د. سعيد الحسن أن يدون عناصر هاته المقاربة ضمن مؤلف خاص.⁽³⁾

وتعتمد هذه المقاربة في تحليلها للظواهر، على أن كل ظاهرة إنسانية أو اجتماعية مركبة بالضرورة من الأبعاد التالية:

البعد المرجعي؛ والقيمي؛ والمفاهيمي؛ والنظمي المؤسساتي؛ ثم البعد الممارساتي.

○ الإطار البنوي للمعرفة السياسية في التجربة العلمية

تؤكد العديد من الدراسات الابستمولوجية/المعرفية، بأن نشأة "العلم الحديث"، ارتبطت بسياقات تاريخية واجتماعية صيغت ضمنها. حيث أنه ما من تأسيس علمي وإلا يكون محددًا بمعطيات واقعه الاجتماعي ومحددًا بنطاق زمانه الحضاري وإمكاناته التاريخية.⁽⁴⁾

(1) نصر محمد عارف، نظريات التنمية: نموذج للتحيز في العلوم السياسية، في: عبد الوهاب المسيري (محرر)، إشكالية التحيز رؤية معرفية ودعوة للاجتهاد، ط2 (فريجينا: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 1997)، ص 200.

(2) البشلية، هي منهج للدراسات التاريخية البلدانية للبشر، مركبة من المفردات الثلاث: بشر/بلدانية/تاريخ. "ومجالها هو دراسة تطور الأنساق الاجتماعية للجماعات البشرية، والسنن التي تحكم تطور عمران حياتهم المشتركة [...] وما يسم هذا التطور من خصائص محددة لمعالم الأنساق الاجتماعية لهذه الجماعات، ولهويتها الثقافية، ولسنن حركتها عبر الزمان (من الماضي إلى المستقبل)". انظر: سعيد الحسن، "حول أولويات التدبير الاستراتيجي العربي"، في: سعيد الحسن وآخرون، التحرر العربي والنظام الدولي (الرباط: منشورات مؤسسة خالد الحسن، 2010)، ص 32.

(3) سعيد خالد الحسن، مدخل تمهيدي لدراسة نظرية القيم السياسية، نسق المدركات السياسية الجماعية (الرباط: منشورات مؤسسة خالد الحسن، 2010)، ص 5.

(4) محمد الوقيدي، ما هي الابستمولوجيا؟ (بيروت: دار الحداثة، 1983)، ص 268. وللتفصيل أكثر، انظر: الطيب بوعزة، "مفهوم الرؤية إلى العالم بوصفه أداة إجرائية لقراءة تاريخ الفكر الفلسفي"، تبين للدراسات الفكرية والثقافية، مج 2، العدد 8 (ربيع 2014).

وهو ما يجعل من المضامين المعرفية والقواعد المنهجية للنظام العلمي-الراهن-وضمنه العلوم السياسية- مجرد تجل لاستجابة الإنسان والمجتمعات الغربية لشروط تطور المجتمع الحديث/الحدائي بتحدياته وإشكالاته وتطلعاته. (1)

○ رؤية المجتمع العلمي للعالم

لعل أحد ما تتمايز بها النظريات والنماذج المعرفية والجماعات الإنسانية، هو اختلاف رؤاها الخاصة للعالم، والتي تصوغ من خلالها خريبتها الإدراكية عن الصورة التي تسير عليها حركة الكون. وتؤثر هاته الرؤى بشكل حاسم على سلوك أفراد المجتمعات ووعيهم بطبيعة الحياة والعلاقات، حتى تصير مسلمات مطلقة، مهما كان أصلها، خرافيا أو دينيا أو عقليا أو علميا. (2)

ويغض النظر عن طبيعة رؤى العالم، إلا أن المهم فيها هو أنها تكفل للجماعة القدرة على الاتساق مع حركة الطبيعة من جهة؛ كما تضمن لأفراد الجماعة الواحدة، التوافق على مضمون إدراك مشترك وتقاليد سلوك جامعة. (3)

ولكي تضمن كل رؤية انسجامها الداخلي وديمومتها، تضطر لتبني عناصر وظواهر ومعطيات عن العالم وتعمل على إسقاط أخرى. وكباقي الرؤى-وبحكم طابعها الوضعي- تقترض الرؤية الغربية الحديثة بأنه لا وجود يوجد خارج الطبيعة المادية، في مقابل إيمانها بأن العقل الإنساني مطلق في ذاته وقادر على التقدم خطيا في إحاطته بالمعرفة الكاملة والجوهرية بكل أشياء العالم، مهما تمادت في الكبر أو تناهت في الصغر.

هذه النزعة الوضعية شكلت أرضية واعدة مع روادها الأوائل من أمثال "فرنسيس بيكون" و"سان سيمون" و"أوغست كونت". وهو ما ترجمه شيوع اعتماد العلماء لمنطق الاستقراء والاقتران على "الوقائع المادية" كطريق حصري لتحصيل المعرفة. وهي السبيل التي اقتصرت

(1) محمد بلقفيه، العلوم الاجتماعية ومشكلة القيم: تأصيل الصلة (الرباط: دار نشر المعرفة، 2007)، ص 139.

(2) جيمس بيرك، عندما تغير العالم، ترجمة ليلي الجبالي، سلسلة عالم المعرفة 185 (الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، 1994)، ص 7-8.

(3) سمير أبو زيد، العلم والنظرة العربية للعالم: التجربة العربية والتأسيس العلمي للنهضة (بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 2009)، ص 102.

خطواتها الأساس في ملاحظة الوقائع التجريبية والرقى بها تدريجيا إلى الكليات، عبر تعقل الروابط المشتركة بين جزئيات الواقع، وفق مبدأ الاستقراء التجريبي الموضوعي. وذلك خلافا لما كان قائما في القرون الأولى، حيث كان العلم قائما على مبدأ الاستدلال ومنطق الاستنباط.

○ أزمة المعرفة الوضعية في العلوم السياسية

"إن الحديث عن أزمة العلوم الاجتماعية [والسياسية] لم يعد أمرا كافيا، فوضع هذه الأخيرة "تردى" على عدة مستويات ترديا خطيرا، فأصبحت حالتها بذلك أقرب إلى مرحلة لفظ أنفاسها الأخيرة أكثر من كونها تمرد بمجرد أزمة فقط[...]، ولعل الوقت قد حان للاعتراف بأن [كافة] العلوم الاجتماعية لم تمدنا حتى الآن إلا بيزاد معرفي خيالي".⁽¹⁾

ويبدو أن مظاهر أزمة العلوم السياسية ما زالت تتعمق شيئا فشيئا، بعد أن كانت تطرح نظرياتها وإبداعاتها بثقة كبيرة في القرن 19، هي الآن متوقفة، تكتفي "باجترار" ما سبق وكأنها قد استنفذت طاقتها وحيويتها في توليد المعاني وتطوير المناهج.

لقد تأثرت العلوم السياسية بالنزعة الموضوعية⁽²⁾ كأساس للنظام العلمي، خصوصا مع المؤسسين الأوائل مثل: "ميكيافيلي" الذي اشتغل بشكل بارز على فك هيمنة الكنيسة الدينية

(1) Alain Caillé, Splendeurs et misères des sciences sociales: Esquisses d'une mythologie (Genève: Librairie dros, 1986), p. 5.

(2) تدور الدلالات الدراجة لمفهوم الموضوعية على الثلاثة معان التالية: أ- المطابقة للواقع بواسطة المشاهدة والتجريب وتحييد الرغبات الشخصية والأحكام المسبقة؛ ب- إمكان التقييم للجميع، بحيث يمكن للجميع الوصول إلى الحقائق العلمية بسلك نفس السبل المنهجية مهما اختلفت الأزمنة والأمكنة؛ ج- البعد عن الأحكام القيمية والإيديولوجية.

ويرجع مفهوم الموضوعية إلى أصل الكلمة الإنجليزية Object المشتقة من الفعل اللاتيني Objecter بمعنى "يعارض" أو "يلقي أمام" المشتق من فعل Jacere بمعنى "يلقي ب" بمعنى "ضد". و"الموضوع" هنا هو الشيء المتحقق الوجود في العالم الخارجي، الممكن الإدراك بالحس والقابل للتجربة. راجع: المسيري، ص 93.

انظر: بيير بورديو وآخرون، حرفة عالم الاجتماع، ترجمة نظير جاهل (بيروت: دار الحقيقة، 1993)، ص 25-26. وأيضا:

P. Bourdieu, Un Art Moyen: Essai sur les usages sociaux de la photographie (Paris:Ed Minuit, 1965), pp. 18-20.

ومن حيث الاصطلاح المنهجي، دأب الباحثون على إضفاء معنيين على مفهوم "الموضوعية": أولهما يعني تحديد الموضوع محل البحث العلمي، بما يعني من فصله عن باقي موضوعات البحث؛ أما ثانيهما فيعني أن الموضوعية معرفة مستقلة

والأخلاقية على الفكر والعلم السياسيين،⁽¹⁾ أو "جون لوك" الذي قعد منهجية في العلوم السياسة تستوعب مقولات الاتجاه الوضعي، بالتأكيد عل أن التجربة الحسية هي المصدر الوحيد لكل معرفة موضوعية وحقيقية.

كل هاته التحولات، شجعت رواد الاتجاهات الوضعية في العلوم السياسية الحديثة على تجاوز سلطة البابا وأدب النصائح السياسية الأخلاقية و"المثالية"، وتبني المنهجية التجريبية "غير المثالية واللامعيارية" بدراسة الواقع السياسي المتمركز حول الدولة الحديثة باعتبارها موضوعا ماديا وزمنيا متحكما فيه.⁽²⁾

لقد تيسر للعلم الوضعي أن يقوم بهذا الدور التاريخي بفضل قدرته على أن يقدم للمجتمع الغربي المفاهيم الأساسية التي تهيمن على التفكير، بعد أن كان الدين يقوم بهذا الدور.⁽³⁾ إذ كان المقياس لدى المفكرين هو الاختبار الوضعي التجريبي. وعلى أساس هذا التوجه اعتبر كثير من المتخصصين بأن أهم سمتين للعلم الغربي هما "الموضوعية" والتجريبية/الوضعية" وهما محددتا العقلانية الغربية الحديثة.⁽⁴⁾ ولم يشذ علم السياسة عن الانطواء ضمن هذين المبدأين، حيث عرفه "هارولد لاسويل" بأنه: "المعرفة التجريبية الموضوعية المعنية بموضوعات تشكيل واقتسام السلطة".⁽⁵⁾

ومن أسس ومواصفات الإيستمولوجيا الوضعية، التأسيس العقلاني التجريبي، حيث تبلور التكيف الوضعي/الأداتي بداية مع العقلانية الفرنسية، خصوصا مع "ديكارت" الذي انتقل من

عن رغبات وآمال وتوجهات الباحث، المحايد غير المبالي بحالته النفسية، وغير المتأثر بظروفه الاجتماعية ولا خلفياته الثقافية. انظر: أبو زيد، ص 132.

(1) يمكن الوقوف على دور ميكافيلي في: كافيين رايلي، الغرب والعالم، ترجمة عبد الوهاب المسيري وهدى حجازي، سلسلة عالم المعرفة 97 (الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، 1986)، ص 8.

(2) شوكت أشتي، علم الاجتماع السياسي: مقدمات توضيحية (بيروت: دار أبعاد، 2010)، ص 30-31.

(3) Émile Durkheim, Education et Sociologie, 4^{ème} éd. (Paris:Presses Universitaires de France, 1922), p. 56.

(4) Rudolf Carnap, Hans Hahn & Otto Neurath, "La Conception scientifique du monde: Le Cercle de Vienne", in Antonia Soulez (la direction), Manifeste du Cercle de Vienne et autres écrits (Paris:PUF,1985), pp. 118-119, 128-129.

(5) روبرت أ.دال، التحليل السياسي الحديث، ترجمة علا أبو زيد، ط 5 (القاهرة: مركز الأهرام للترجمة والنشر، 1993)، ص 9.

الشك في المعرفة إلى الشك في أداة المعرفة. وبعده تركزت الصورة المادية للعقل مع العقلانية الألمانية الكانطية، التي نقلت الفكر الأوربي من منطق فلسفيات الوجود والانطولوجيات الميتافيزيقية الكلاسيكية المجردة إلى قوانين ومعايير العقل الفيزيقي.⁽¹⁾ إلى أن استقرت العقلانية الوضعية الحديثة على قواعدها الثلاث: عقل، حواس، فتجربة.

وعلى تعدد صور ومضامين العقل المادي في الرؤية المعرفية الوضعية، إلا أن السيطرة آلت في الختام، إلى "العقل الأداة" في مقابل توري "العقل النقدي". فالأول يلتزم شكليا بالإجراءات والتقنيات من دون عناية يوليها لمضمون الغايات، ما إذا كانت إنسانية أو لا. وهو ما صرح به المفكر الألماني "ماركيوز" -متحسرا- في كتابه الشهير "الإنسان ذو البعد الواحد"، حين أكد أن "العقلانية الأداة" استطاعت أن تخضع المرء "لنظام الأشياء الموضوعي"، ونجحت في صياغة نمط معرفي جديد، مرتين لقوانين المادة والاقتصاد والسوق والدولة، لا يعبأ بمساوئ استغلال الطبيعة والإنسان على نحو مطرد.⁽²⁾

لقد نشأ علم السياسة في سياق نمو الاعتقاد الوضعي بقدرة العلوم الاجتماعية والإنسانية على دراسة الإنسان وعلاقاته الاجتماعية والسياسية، وفقا لنزعة موضوعية خاضعة لمبادئ التجريب والتكميم، كما هو الشأن بالنسبة للعلوم المادية والطبيعية.⁽³⁾

وقد عبر عن هذا الطموح جون جاك شوفالبييه، فيما نقله عن كونت قائلًا: "إن كل شيء يُختزل، في النهاية، في وضع القوى المتظاهرة للعلماء الأوربيين لنظرية وضعية علم السياسة، تكون متميزة عن الممارسة، ويتجلى موضوعيا في مفهوم للنظام الاجتماعي الجديد، يكون مطابقا للحالة الراهنة للأنوار [...]"، إن هذا الأمر يتلخص في الفكرة الوحيدة التالية: إن على العلماء اليوم واجب الارتقاء بالسياسة لمصاف العلوم التي تقوم على الملاحظة.⁽⁴⁾

(1) Francis Bacon, Œuvres de bacon, M. F. Riaux (Trad.), (Paris: Librairie- Editeur, 1852), p. 214.

(2) هيربرت ماركيوز، الإنسان ذو البعد الواحد، ترجمة جورج طرابيشي، ط 3 (بيروت: منشورات دار الآداب، 1988)، ص 183.

(3) موريس دوفرجيه، مدخل إلى علم السياسة، ترجمة جمال الأتاسي وسامي الدروبي (بيروت/ الدار البيضاء: المركز الثقافي العربي، 2009)، ص 15.

(4) جان جاك شوفالبييه، تاريخ الفكر السياسي: من الدولة القومية إلى الدولة الأممية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ط3 (بيروت: المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، 2002)، ص 121.

لقد عاشت أوروبا طيلة القرن 16م، جملة من التحولات المجتمعية والتطورات التقنية والعلمية أفضت إلى ظهور نظرة جديدة لطبيعة العلاقات الاجتماعية ونسق التنظيم الاجتماعي والسياسي، خصوصا بعد الثورة الاقتصادية التي اقتضت تنامي حجم المدن وتراجع الفكر الإقطاعي في مقابل تطلعات الطبقة الجديدة الحديثة الثراء، والطامحة إلى السلطة، والمتفائلة بالحياة، والمصممة على التخلص من أغلال العلاقات الإقطاعية وسيطرة الكنيسة في الوقت نفسه، والمتحمسة للتقدم العلمي الذي كان يبشر بمزيد من الربح والثورة، وبكل ما يقوض أسس العلاقات الاجتماعية القديمة بتأويلاتها الكنسية.⁽¹⁾

هكذا وبقدر ما عبرت القيم المؤطرة للممارسة العلمية الحديثة عن تنامي الرغبة الأوروبية في تجاوز الثقافة اللاهوتية المسيطرة على أوروبا في العصور الوسطى، بقدر ما عبرت عن نسق العلاقات القيمية والاجتماعية الناشئة بمصالحها التطبيقية.⁽²⁾ إن الحضارة الغربية لم تنتج إستمولوجيتها الوضعية بشكل معزول عن نسق قيمها الأخلاقية، المرتبطة بنمط التحولات الاجتماعية منذ إنشاء مدن الفحم، مروراً بالمرحلة الرأسمالية التجارية، ووصولاً للثورة التكنولوجية المعاصرة.⁽³⁾

إن توفر السياق الاجتماعي الحاضن للوضعية، دفع "أوغست كونت" إلى الإقرار بأن الفضل في التأسيس بهذا المذهب لا يعود إليه بالأصالة، بل سبقته جهود مفكرين كثر حاولوا تجاوز حدود التفكير الميتافيزيقي/اللاهوتي. ويعزي توفيقه في هذا المسار إلى توفر الشروط الموضوعية، اجتماعياً وسياسياً، والتي جعلت من الحديث عن مضمون وضعي للعلوم أمراً ممكناً.⁽⁴⁾

لقد كرس الثورات السياسية-خصوصاً الثورة الفرنسية- مركزية الدولة الحديثة وهيمنة الخطاب القانوني باعتبارهما جوهرًا في علم السياسة وأهم موضوعاته. وتجلت هاتاه المركزية

(1) جلال أمين، "حول مفهوم التنوير: نظرة نقدية لتيار أساسي من تيارات الثقافة العربية المعاصرة"، مجلة المستقبل العربي، العدد 221 (يوليو 1997)، ص 80.

(2) محمد محمد أمزيان، منهج البحث الاجتماعي بين الوضعية والمعيارية، ط4 (فرجينيا: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 2008)، ص 27.

(3) جون هرمان راندال، تكوين العقل الحديث، ترجمة جورج طعمة، ج 1 (بيروت: المركز القومي للترجمة، 2013)، ص 359.

(4) الوقيدي، ص 319-320.

في ثلاثة أجهزة ذات أهمية ذات الترتيب السياسي الحديث، هي: الجيش القضاء وجهاز الإدارة بطبقته البيروقراطية الناشئة.⁽¹⁾ وقد باتت موضوعات السلطة والدولة/الأمة أو الدولة الدستورية هي الموضوع المركزي لعلم السياسة الوضعي، حيث يستند قيام نظام السلطة في الشكل الجديد للدولة على أساسين: الأول هو القانون باعتباره أرقى خطاب ينظم المجتمع وأكثره عقلانية؛ والثاني هو انبثاق السلطة عن الشعب وليس عن الإله، كتمثل علماني لمصدر السيادة.⁽²⁾ هكذا سيقن نشأة العلم الحديث، وعلم السياسة من بينها، في سياق نشأة الدولة الحديثة وتنامي نزعتها السلطوية، بما شكل العلم الحديث تشكيلا سلطويا، وذلك فيما يسميه "بيير بورديو" بالسلطة الرمزية، المرتبطة بجعل أفعال الخضوع أفعالا معرفية متعلقة ببنى ومقولات معرفية مؤسسة للإدراك.⁽³⁾

لقد استطاع المنهج التجريبي أن يقصر العمل العلمي على عالم الظواهر، بدل التحليل في سرمد الفلسفات الخالصة. ومن خلاله استطاعت العلوم الوضعية استيعاب الوجود والظواهر والقيم استيعابا "موضوعيا ومحايذا". لغدو التجريبية أسلوب البحث ومصفوفة الحقائق، اكتفى معها العقل الإنساني بالتناول الجزئي والتفتيتي للموضوع، ما دام أن التصور الأكمل للموضوع-المتنامي دائما وأبدا- لا يتم إلا بتأزر جزئياته المضمرة والمشكلة له.⁽⁴⁾

وقد تأثر علماء السياسة بهاته التوجهات المعرفية الجديدة، وراحوا ينهجون المنهج التجريبي، ابتداء برصد الواقع السياسي بالملاحظة والتفسير والتحليل ثم التوقع والتنبؤ. وهو ما حاول أن يعبر عنه "جان ماري دانكان" في وصفه لطبيعة المعرفة السياسية، حين وصفها بأنها معرفة لا تهتم سوى بالموضوع الحقيقي، أي بما هو وجود واقعي مستدل عليه تجريبيا.⁽⁵⁾

(1) أشتي، ص 60.

(2) خضر خضر، مفاهيم أساسية في علم السياسة، ط 2 (طرابلس: المؤسسة الحديثة للكتاب، 2010)، ص 121.

(3) بيير بورديو، أسباب عملية: إعادة النظر بالفلسفة، ترجمة أنور مغيث، ط 2 (بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1998)، ص 145.

(4) يماني طريف الخولي، فلسفة العلم في القرن العشرين: الأصول- الحصاد- الآفاق المستقبلية (القاهرة: الهيئة المصرية العامة للكتاب، 2009)، ص 271-272.

(5) جان ماري دانكان، علم السياسة، ترجمة محمد عرب صاصيلا (بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1997)، ص 15.

إن الباحث في العلوم السياسية حين يباشر الواقع السياسي، يعتمد إلى عرض فروضه المستوحاة من ملاحظاته المنهجية، ثم إلى عرض افتراضاته على أكبر قدر ممكن من حالات نوعها، والتي إذا ثبتت مطابقتها لها اعتبرت فروضا علمية، ليتجه فيما بعد بنتائج المستقرأة- عن طريق الاستدلال العقلي- نحو بناء خلاصاته في الموضوع.⁽¹⁾

وقد دأب العديد من مؤرخي الفكر السياسي على التأكيد بأن الأدب السياسي ما تحول إلى علم، إلا بعد أن تبنى المعنيون بالتنظير السياسي المنهج التجريبي، كإطار للبحث والدراسة، يؤمن بأن الحقيقة مودعة في الوقائع وبأن العقل الإنساني يحوز المقدره على تفكيك الظواهر السياسية وتحليل علاقاتها السببية.⁽²⁾

هكذا عزز تنامي المنهج التجريبي في حقل الدراسات السياسية، شيوع العمل بأدوات القياس الكمي والإحصائي للظواهر والأحداث السياسية، لدرجة أصبح معها كل ما يأبى الخضوع لمشرحة المنهج التجريبي لا علميا، بما في ذلك المعطى الديني والقيمي.⁽³⁾ لقد انعكست "أزمة" النظام المعرفي الوضعي على انضباطه المنهجي وثبات بناءاته المفاهيمية، بما يشي بأن قوة هذا النموذج المعرفي لا تعود لقيمة منجزاته، بقدر ما تعود لشحنته الإيديولوجية وزخم إنتاجه التقني. وهو ما يدعو الباحثين لاستجلاء المضامين المتحيزة والقيم المضمرة التي تتبنى عليها العلوم السياسية، خاصة وأن "العقلانية الوضعية" تسعى حثيثا للهيمنة فلسفيا على العلم، واحتواء منجزاته لتبرير منطقتها الفلسفي المادي.⁽⁴⁾

وبالرغم من قصور الوعي الوضعي للعلوم السياسية، إلا أن أغلب الباحثين العرب انصاعوا لمشروعية أطروحاتها ومناهجها دون أعمال نقد أو فحص. وهو ما كرس نمطية على مستوى منهجيات البحث المهووسة بالاستعمال الآلي للأساليب الكمية والأدوات المختبرية، على أنها مسلمات منهجية متعالية عن النقد، فكيف بالدحض والتجاوز. وكأنه لا يمكن بلورة

(1) عادل فتحي ثابت عبد الحافظ، النظرية السياسية المعاصرة: دراسة في النماذج والنظريات التي قدمت لفهم وتحليل عالم السياسة (الإسكندرية: دار الجامعية، 2007)، ص 83.

(2) حامد عبد الماجد قويسني، في التراث السياسي الإسلامي: حول نظرية السلطة وتعاملها الخارجي (القاهرة: مكتبة الشروق الدولية، 2009)، ص 16.

(3) المرجع نفسه، ص 15.

(4) سالم يافوت، العقلانية المعاصرة بين النقد والحقيقة، ط 2 (بيروت: دار الطليعة للطباعة والنشر، 1989)، ص 39.

علم أو منهج علمي بغير اللجوء المتزايد والالتزام "الأورثودوكسي" بالنزعة التكميلية الإحصائية، والطابع التشيئي/الوقائعي. رغم أن النظام العلمي الوضعي إنتاج إنساني تسمه النسبية والنقائص.

وتتجاوز هاته الأزمة في السياق العربي حدود الأزمة المعرفي إلى مستوى الأزمة التاريخية والحضارية، من خلال التبعية والاستيلاء النظري لأطروحات تبدو قاصرة ومعادية على حدود تعبير د. عادل حسين.⁽¹⁾ خصوصا أننا استقبلنا العلوم السياسية والاجتماعية، إما من موقع الاستسلام لمقولاتها المفارقة للنموذج العربي في الحياة والحركة الحضارية، وإما من موقع المجابهة الثقافية، في وقت لم يكن فيه ميزان القوى والتدافع متكافئا.

○ أصول المنهج في العلوم السياسية وإشكالاته

نما الاهتمام بالمنهج مع النشأة الحديثة للعلم في القرن 16، وأضحى ملازما للتجريب والتحويل الكمي كمنهج للتفسير والتنبؤ.⁽²⁾ وعلى هذا الأساس يرى علماء المنهج بأن توظيف المنهج لا يجب أن يُسبغه الباحث أي قبليات فلسفية أو تحيزات معرفية، بل عليه أن يكون "موضوعيا" في إعمال منهجه "المحايد".⁽³⁾

إلا أن الدراسات الحديثة، ومن خلال تمييزها بين المنهج والمنهجية، بدأت تولي بعضا من الاهتمام لما يمكن تسميته "قبليات المنهج"، إيمانا منهم بأنه لا منهج بدون فلسفة تؤطر رؤيته للوجود والكائنات والأشياء؛ ولا سيما أنه معني بتحديد وضبط قواعد العلاقات المنطقية بين الرموز التي يعبر بها عن الواقع. ولذلك لا يختلف الباحثون فيما بينهم باعتبار المواضيع فقط، وإنما باختلاف فلسفات المناهج التي يوظفونها في دراسة تلك المواضيع.⁽⁴⁾

(1) عادل حسين، النظريات الاجتماعية الغربية قاصرة ومعادية: نحو فكر عربي جديد (القاهرة: دار المستقبل العربي، 1985)، ص 22

(2) نصر محمد عارف، إبستمولوجيا السياسة المقارنة: النموذج المعرفي- النظرية- المنهج (بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2002)، ص 84.

(3) أحمد بدر، أصول البحث العلمي ومناهجه، ط6 (الكويت: وكالة المطبوعات، 1982)، ص 33.

(4) حسين عقيل، فلسفة مناهج البحث العلمي (القاهرة: مكتبة مدبولي، 1999)، ص 47.

ولعل في عدم الانتباه لهذا المقتضى، مضان اللبس الذي واجه الوعي المنهجي العربي. وهو ما يلزم ضرورة إعمال كثير من النقد لتخليص المنهج من إحالاته الوضعية، وفتحه على آفاق جديدة مستوعبة للظواهر الاجتماعية والإنسانية في صيغتها المركبة. لقد لخص المفكر العربي "عصمت سيف الدولة" الأطر الناظمة لأي تصور عن المنهج، في ثلاث مستويات: المستوى الفلسفي الذي يستند فيه المنهج إلى إجابات وجودية حول الحياة؛ والمستوى المنهجي للمنهج من خلال تحديد القوانين التي تنظم حركة الكائنات والأشياء والظواهر من الماضي إلى المستقبل؛ ثم المستوى النظري المرتبط بالمنطلقات والوحدات الاجتماعية المعتمدة في التحليل. لذلك جاء المنهج عنده بمعنى "الصياغة النظرية التي يقدمها كل توجه ومذهب علمي أو فكري للقوانين التي تحكم الظواهر الاجتماعية أو الإنسانية أو الطبيعية، وتؤطر حركتها من الماضي إلى المستقبل باضطراد وثبات دون توقف عن إرادة أحد".⁽¹⁾ ويقود الحديث عن مواصفات المنهج ومستلزماته، إلى البحث عن المناهج التي أطرت الإنتاج العلمي في العلوم السياسية، ووجهت مختلف مدارس ومنهجياته البحثية والتحليلية، من قبيل: البنوية والوظيفية والنسقية والتاريخية، ومدارس الصراع الطبقي وصراع النخب والجماعات.

وبالرغم من الانتقادات التي وجهت إلى هاته المقتربات التحليلية في علم السياسية،⁽²⁾ إلا أنها شكلت موردا مهما، استثمر الباحثون مقولاته ومفاهيمه، لتحليل النظم والحياة السياسيتين. خاصة وأنها استطاعت المساهمة في نقل التحليل السياسي، من مقارنته المثالية إلى المقاربة التجريبية الواقعية، المبنية على مبدأ التلازم بين ما هو "تجريبي/ حسي" و"معرفي/ نظري".⁽³⁾ لقد ساهمت المنهجيات الحديثة في نقل علم السياسة من واقع التمركز حول المقاربة الساكنة والمؤسسية القائمة على الخطاب القانوني، إلى واقع التحليل السياسي المؤسس على

(1) عصمت سيف الدولة، المنطلقات، ما هو مجتمعنا... من نحن؟ (بيروت: دار المسيرة، 1979)، ص 15.

(2) يتحفظ العديد من المعنيين بالدرس المنهجي من إضفاء صفة المنهج على البنوية والوظيفية والنسقية، على اعتبار أنها لا تعدو أن تكون مجرد مداخل منهجية وأطر للتحليل، لكن الغالب أنها بمثابة منهجيات تحليلية متكاملة وصور مهمة لتنزيل الفكر الليبرالي في صورته الوضعية. انظر: إبراهيم أبراش، المنهج العلمي وتطبيقاته في العلوم الاجتماعية، ط2 (الرباط: شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، 1999)، ص 114.

(3) Claude Lévi-Strauss, Le Regard Eloigné (Paris: Plon, 1989), p. 145.

رصد البنية السياسية في بعدها الوظيفي وحركتها المتوازنة/المعنية بالسلطة كفعالية. (1) وتأسيسا عليه بدا تعريف النظم السياسية باعتبارها نموذجا للعلاقات السياسية المتضمنة للقوة والسلطة والسيادة باعتبارها "فعاليات/ديناميات"، وليست هيئات ومؤسسات. (2)

وفي هذا الشأن، اشتهر عن "الموند" تعريفه للنظام السياسي باعتباره نظاما من التفاعلات يمكن إيجاده في كل المجتمعات المستقلة، ينجز وظائف التكامل والتكيف داخليا وبمواجهة المجتمعات الأخرى، عن طريق استخدام أو التهديد باستخدام وسائل إكراه جسمانية شرعية. (3) وفضلا عن أن جميع هذه المنهجيات التحليلية، تجد مبررها في كونها بنات أطروحة الفكر الليبرالي، إلا أنها لا تتميز عن بعضها البعض بخصوص بعض التفاصيل، فالبنوية تستدعي الوظيفية، في اللحظة التي لا تدرك الوظيفية إلا من خلال البنية التي تشتغل فيها، والأمر نفسه يجوز بالنسبة للنسقية المتضمنة للبنية والوظيفية. (4) وقد حصل هذا اللبس والتداخل في المفاهيم التحليلية لهاته المناهج مجتمعة حتى بالنسبة لكبار روادها، حيث عبر عالم المناهج "كورفيتش" قائلا: "إننا نجد مصطلحات مثل أنساق System وبنى structure ومؤسسات Institutions تتحدد كل منها بالآخر، بل إن بارسونز يخلط تارة بين Type- بمعناه المستخدم عند فيبر- وبين البنية ويميز بينهما تارة أخرى، مما يكشف عن عجز بارسونز عن تحديدها تحديدا دقيقا، ويكشف عجزه عن إدراك الواقع الاجتماعي ككل نوعي ودينامي من ناحية أخرى". (5)

(1) لقد رفض "جابريل الموند" دراسة السياسة بناء على المقاربة القانونية البحتة، أو باستخدام مفهومي "المؤسسة" أو "المنظمة"، حيث اشتغل بمفهومي "البنية" و"الوظيفة"؛ واللتين تؤكدان تداخل أفعال وأدوار الأجزاء المكونة للنسق السياسي. وهو ما نحا بعلم السياسة إلى الاهتمام بالفعل السياسي وحركة أداء ووظيفة الجهاز السياسي، بدل الاهتمام بالجهاز السياسي نفسه. انظر: عبد الحافظ، ص 160.

(2) شيرزاد أحمد النجار، دراسات في علم السياسة (عمان: دار دجلة، 2010)، ص 18. وانظر أيضا: روبرت. أ. دال، التحليل السياسي الحديث، ترجمة علا أبو زيد، ط 5 (القاهرة: مركز الأهرام للترجمة والنشر، 1993)، ص 15.

(3) Gabriel Almonde, "Introduction a Functional Approach To Comparative politics", in: G. Almonde & Goleman D.S, The Politistes of developing countries (New York: Princeton University Press, 1966), p. 5.

(4) أبراش، ص 113.

(5) علي القيصر، منهجية علم الاجتماع بين الوظيفية والماركسية والبنوية (القاهرة: الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1985)، ص 174.

ويبدو أن التداخل بين الوحدات المفاهيمية في هذه المقترحات راجع أيضا إلى أنها كلها تستهدف موقع وحجم كل جزء من الكل، وكذا "دور/وظيفة" كل جزء ضمن هذا الكل. إذ أن الكشف عن كل الأجزاء يكفل تكامل واستمرار الكل/النسقي.

♦ التحليل السياسي البنوي:

تعود البنوية تاريخيا إلى خمسينيات القرن الماضي كتيار منهجي/إيديولوجي حاول تقديم مقترح تحليلي مختلف عن المدرسة الوجودية والتحليل الماركسي. ويركز هذا التحليل على "البنى" باعتبارها منظومة من التحولات لها قوانينها الخاصة في مقابل الخصائص المميزة للعناصر، بما يتيح للمنظومة فرصة النمو والتطور، من دون الخروج عن حدود النسق.⁽¹⁾ لقد ارتبط التحليل البنوي بعالم الأناسة "لوفي ستراوس"، والذي أضفى على البنية طابع النسق النظامي، المتألف من عناصر ينعكس أي تحول يطرأ على مكون من مكوناتها تحولا على باقي العناصر الأخرى. وحرص "ستراوس" على جمع الحقائق المتفرقة وتحليلها في قائمة شاملة، ليعين فيما بعد الروابط المقابلة بين الحقائق، ويصنفها في مجموعة ويحدد ارتباطاتها الداخلية، ثم يركب الأجزاء في مرحلة ثالثة ضمن كيان واحد.⁽²⁾

وقد حاولت الدراسات السياسية البنوية تمثل هذه المنهجية التحليلية، والتركيز على إظهار العلاقات بين البنية السياسية والبنيات المجتمعية الأخرى؛ أي في إطار أوسع للمجتمع. كما تبرز أهميته بتركيزه على الوحدة السياسية الكبرى (المجتمع السياسي)، حيث يتم تناول كل جزء من أجزائه بدراسة نمط العلاقات التي تقوم فيما بينها. فمثلا عند دراسة البنية السياسية لقبيلة بإفريقيا وبنية سياسية لدولة أوروبية، يفترض البنويون وجود تشابه في الترابط البنوي بين أجزاء البنية السياسية، التي تقوم على علاقة الحاكمين بالمحكومين، والأخيرة هي من تميز وتحدد البنية السياسية، أما الاختلاف فيكون في صيغ ممارسة علاقات السلطة وهياكلها.⁽³⁾

(1) Jean Plaget, Le Structuralisme, (Paris:Presses Universitaires de France, 1969), p. 8.

(2) القيصير، ص 162.

(3) عبد الحافظ، ص 136.

ومن أهم علماء السياسة العرب الذين اشتهروا بتبني التحليل السياسي البنيوي الدكتور "محمد طه بدوي"، الذي كان يقارب الوجود السياسي باعتباره بنية وصورة ذهنية مؤلفة عن عناصر/لبنات مترابطة، بهدف الكشف عن موقع كل عنصر في "الكل/المجموع"، مع تحديد حجمه ومدى تراسه مع الأجزاء الأخرى.⁽¹⁾

وعطفا عليه، تبرز حاجة التحليل البنيوي دائما إلى تحليل وظيفي يستكمل به عناصر قصوره التفسيري، خاصة حين الحاجة للكشف عن وظيفة كل جزء ضمن إطاره الكلي، بعد كشف حجمه وموقعه.

ولم يرتبط المنهج البنيوي بالمنهج الوظيفي فقط، بل كان متضمنا في المنهج النسقي، خاصة وأن النسقين لا يخلون الكيانات السياسية إلا من خلال الانطلاق من مفهوم "البنية"، ولا يقاربون الواقع السياسي إلا عبر تحديد بنياته، ليضعوا كل بنية في موقفها ضمن مجمل النسق السياسي. ثم يستخدمون مفهوم الأخير لتحديد إطار وكيفية التفاعل مع البنية، وهو ما شكل تنزيلا علميا/وضعا للمنهج التجريبي الوضعي.⁽²⁾ ويمكن القول بأن المنهج البنيوي أضفى بعدا علميا على التحليل السياسي من خلال التركيز على الأثير والتأثير بين أجزاء الظاهرة، وإيجاد حل وسط بين البعد النظري ومقتضيات التحليل التجريبي، إلا أنه بقي أسير الطرح الليبرالي المحافظ والممانع للتاريخ.⁽³⁾

♦ المنهجية الوظيفية في التحليل السياسي:

وتستخدم كأداة "ذهنية" للفهم والتحليل، وذلك من خلال الكشف عن ما يؤديه الفرد أو التنظيم أو الجماعات من أدوار في المجتمع بحكم موقعهم فيه. مع تمثل الباحث إلى أن تلك الأدوار يتحقق بأدائها استمرار الكل واستقرار الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ للاطلاع على قيمة التحليل البنيوي في المجال السياسي، انظر: محمد طه بدوي، النظرية السياسية: النظرية العامة للمعرفة السياسية (القاهرة: المكتب المصري الحديث، 1986)، ص 221-329.

⁽²⁾ الطويل، ص 134.

⁽³⁾ Jaques Herman, Les Langages de la Sociologie, 3^{ème} ed. (Paris:Presses Universitaires de France, 1994), p. 94.

⁽⁴⁾ بدوي، ص 226.

يتبنى التحليل السياسي الوظيفي مفهومي "البناء" و"الوظيفة"، ويسكنهما في سياق علم السياسة كوحدين للتفسير. وقد تم استعارتهما من العلوم الطبيعية ثم الاجتماعية. ويرجع ظهور الاتجاه الوظيفي إلى أعمال الرائد "دوركايم"، بيد أن تكريسها كمنهج تم في ثلاثينيات القرن الماضي على يد الأنثروبولوجيين "مالينوفسكي" و"راد كليف براون".⁽¹⁾ ثم ارتبط أصالة بكل من "تالكوت بارسونز" و"سبنسر".

وتذهب الوظيفية إلى أن المنظومة السياسية تمثل نسقا حقيقيا، تؤدي فيه أجزاؤها وظائف أساسية لتأكيد الكل وتثبيته، وأحيانا لاتساع نطاقه وتقويته.⁽²⁾ ويرى التحليل الوظيفي أن أنجح السبل لتفسير الظواهر والمؤسسات السياسية هو الانتباه إلى الوظائف التي تقوم بها داخل المجتمع.⁽³⁾

واستطاع التحليل الوظيفي أن يثبت الطابع التجريبي لعلم السياسة، من خلال اعتماده على مبدأ التجربة العقلية المؤسس على ملاحظة وتحليل النتائج المترتبة عن الاضطرابات والحروب، وهو ما جعل التحليل الوظيفي من بين المقتربات المرتبهة للواقع كما هو، لا كما هو مفروض أن يكون.

كما برزت المقاربة الوظيفية في البعد "التجريبي/الموضوعي"، من خلال البناء على نتائج الملاحظة، وفقا لأسلوب تحليل وتأشير موضوعي قابل للملاحظة والتعميم، دون الخلط بين الأهداف والأغراض والدوافع والغايات.⁽⁴⁾

وقد اشتهر اسم "جابريل ألموند"، باعتباره واحدا من أبرز الباحثين المتأثرين "ببارسونز" و"إيستون"، بإعماله "الوظيفية في تحليله للظاهرة السياسية. وذلك من خلال دراسة العوامل

⁽¹⁾ يؤكد "راد كليف براون" -اتباعا لدوركايم- أن المجتمع شبيه بالكائنات العضوية الحية المكونة من وحدات مثل الخلايا المنظمة في بناء موجود في بيئة، حيث يسعى للكشف عن وظيفة كل بنية أو نشاط، مثل العقاب والجريمة ومراسيم الزواج والجنابة، ودورها في الحياة المجتمعية، رابطا بين الحفاظ على المجتمع وبقاء واستمرار حياة البنيات الاجتماعية. انظر: Radcliffe Brown, Structure and Function in Primitive Society: Essays And Addresses, (London: Cohen & West, 1952), p. 179.

⁽²⁾ محمد عارف، ابستمولوجيا، ص 271.

⁽³⁾ Raymond Boudon & François Bourricaud, Dictionnaire Critique de la Sociologie, (Paris: Presses Universitaires de France, 1990), p. 267.

⁽⁴⁾ أبراش، ص 125.

المؤثرة في النظام السياسي، مستجليا وظائف النظام وطرق تأديتها، مع الكشف عن العوامل المؤدية لتماسك وبقاء هذا النظام.

وقد استعار "الموند" من "بارسونز" مفهومه عن الوظيفة من خلال محاولته توضيح هيكلية النظام الاجتماعي في علاقته بالأنظمة الاجتماعية الفرعية، كما استعار عن "إيستون" فكرته عن النظام السياسي، والذي يرتبط بعلاقات وثيقة مع الأنظمة الاجتماعية الفرعية الأخرى.⁽¹⁾ واستطاع "الموند" بمعونة "كولمان" أن يحدد بعلماء السياسة عن المقاربة المؤسساتية الجامدة، ليتركز على: النظام السياسي بدل الدولة؛ الوظائف بدلا من السلطات؛ الأدوار بدل المناصب؛ الهياكل بدل المؤسسات؛ الثقافة السياسية بدل الرأي العام؛ والتنشئة بدلا من هيكل المواطنة.⁽²⁾ ويمكن إجمال أهم مقومات التحليل الوظيفي للنظم السياسية في: -مقاربة الحياة السياسية باعتبارها منظومة متكاملة قائمة على عدد من البنيات أو "الأنساق التحتية" المترابطة بشكل يؤمن التأثير المتبادل بين هذه البنيات المكونة للحياة السياسية؛ ب- كل بنية في الحياة السياسية تقوم بوظيفة معينة، وأدائها بانسجام وتكامل مع النظام الكلي يؤمن استمراره وتساند أجزائه وظيفيا؛ ج- أن كل نظام سياسي دائما هو في حالة توازن، وفي حالة تعرض أحد الأجزاء/العناصر الفرعية لاختلال وظيفي ما، يكون على النظام الكلي دور التدخل لمعالجة الاختلال وإعادة التوازن والاستقرار.

ويركز التحليل الوظيفي للنظم السياسية على ثلاث مستويات: أولها: قدرات النظام السياسي في التفاعل مع معطيات محيطه، وحددها "الموند" في خمس قدرات (بالقدرة الاستراتيجية والتنظيمية والتوزيعية والرمزية والاستجابية)؛ ثانيها: وظائف التحويل تعبيرا عن المصالح وتجميعها وصنع القاعدة وتنفيذها والتقاضي بموجبها والاتصال السياسي؛ ثالثها: وظائف الاستمرار والتكيف، وهي التنشئة السياسية والتجديد السياسي.⁽³⁾

(1) النجار، ص 42-43.

(2) ستيفن دي تانسي، علم السياسة: الأسس، ترجمة رشا جمال (بيروت: الشبكة العربية للأبحاث والنشر، 2012)، ص 50.

(3) محمد عارف، إبستيمولوجيا، ص 276. ولمزيد من التفصيل، انظر: محمد شلبي، المنهجية في التحليل السياسي: المفاهيم، المناهج، الاقتراعات، والأدوات (الجزائر: الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، 1997)، ص 172-180.

وبالرغم من مساهمة التحليل الوظيفي في إرساء الوعي الوظيفي والمنهج التجريبي المادي في علم السياسة، خاصة من خلال إجراء مقاييسات بين النظم السياسية والنظم "البيولوجية/الإحيائية"، ودوره في إدراج التحليل الواقعي في العلوم الاجتماعية والسياسية، إلا أنه يعاب عليه "الستاتيكية" ومقاومة الحركة، والنزوع إلى استقرار النظام كقيمة. ولم يشفع للوظيفية تعديل منهجيتها باعتماد الوظيفة التحويلية بإزاء الوظيفة الإبقائية،⁽¹⁾ وينزع عنها تهمة الدعاية للنموذج الليبرالي في المجال السياسي، ونزوعها المحافظ للإبقاء على الأوضاع السائدة والحفاظ على مصالح البورجوازية، والحيولة دون تغييرات تغير موازين القوى. بل هناك من أنصار المنهج من يبررون الفساد لأنه ذلك في نظرهم بديل عن "العنف"، ويدافعون عن اللامبالاة السياسية وظيفيا كظاهرة تدعم قضية استقرار النظام الديمقراطي.⁽²⁾

وفضلا عن عجزه لاستيعاب دينامية التحولات السياسية، خصوصا في البلدان التي تعاني أزمات الاستقرار، يعاني النموذج الوظيفي، من إشكالات مرتبطة بأطره المنهجية وأجهزته المفاهيمية، خاصة وأن نموده في التحليل السياسي غير محدد بدقة، وهو ما يجعله قاصرا على التطبيق في جمع الأنظمة السياسية والمجتمعات غير الليبرالية. بحيث أنه لا يمكن الادعاء بأن البنى نفسها تؤدي الوظائف نفسها بالرغم من اختلاف سياقاتها المجتمعية والحضارية والتاريخية. بالإضافة إلى صعوبات وضع مؤشرات موضوعية تجعل من مفاهيم النسق والانتزان والبيئة والمدخلات والمخرجات قابلة للملاحظة والتحليل الكمي، فيصعب تقدير قيم كالحرية والعدالة والاحتقان تقديرا كميا في صيغة مؤشرات حسابية.

(1) محمد عارف عثمان، المجتمع بنظرة وظيفية: الوظيفية ملامحها العامة وأبعادها التاريخية وصورها المعاصرة، ج1 (القاهرة: مكتبة الأنجلو المصرية، 1981)، ص 26-27.

(2) كتب د. سيد عليوة ما يأتي: "طالما كان الفساد شرا لا بد منه، فإن اقتلعه سوف يستغرق وقتا طويلا، وبالتالي لا مفر من محاولة استثماره مرحليا، لقد صورته هنتجتون على أنه يؤدي دورا وظيفيا في بعض النظم السياسية، كما أنه قد يؤدي إلى إصلاحها. فالفضائح الأخلاقية التي تثار حول الفساد ومحاكمات المنحرفين قد تقوي منظومة القيم الأخلاقية لدى الأمة". انظر: سيد عليوة، صنع القرار السياسي في منظمات الإدارة العامة، (القاهرة: دار المعارف، 1987)، ص 291. وأيضا: النجار، ص 49.

♦ المنهج النسقي في التحليل السياسي:

بفضل استيعابه لعناصر التحليلين البنيوي والوظيفي، وتطويره لمقولاتهما وأطرهما التحليلية، حيث بدأ بالنظر إلى النظر والأشياء، ليس من خلال بنيتها أو وظيفتها، وإنما من خلال أنساقها،⁽¹⁾ اعتبارا للحركية السياسية والتركيز على فعالية النظام السياسي من خلال تأثيره وتأثره ببيئته المحيطة.⁽²⁾

وقد استطاع "إيستون" أن يضمن التحليل النسقي مضامين سياسته بناء على رؤيته لعلم السياسة، حيث عرف السياسة بأنها التوزيع السلطوي للقيم الرمزية والمصالح المادية على فئات مجتمعية دون أخرى. وتأسيسا عليه، اعتبر النظام السياسي نسقا أو مجموعة من المتغيرات المعتمدة بعضها على بعض والمتفاعلة فيما بينها، والتي تتم من خلال التوزيع السلطوي للقيم. إن "تجريبية" النسقية تبرز واضحة حين تقدم الأخيرة تفسيراً علمياً لديناميكية الحياة السياسية وعملية صنع القرار السياسي. فالنسقيون يتصورون الحياة السياسية في عمقها كمجموعة من النشاطات السياسية المتساندة والمتفاعلة فيما بينها، وعلى هياكل الأجهزة التفاعل مع أفعال وردود أفعال المحيط التي يتحقق بها اتزان وانتظام سير الجهاز السياسي.⁽³⁾

وبالرغم من حرص أصحاب المنهج النسقي على التمييز بين العلبة السوداء (الجهاز السياسي) وبين بيئة النظام السياسي، إلا أنهم يؤكدون بأن الاثنين مترابطين بنظام تبادل. فالعلبة السوداء تتلقى تعليمات البيئة، وتسمى المدخلات، لتعيد أجوبة من جهة أخرى، تتسمى مخرجات، والتي بدورها تؤدي إلى إحداث مدخلات جديدة من خلال آلية التأثير العكسي.

أبراش، ص 127⁽¹⁾.

⁽²⁾ تبلورت الحاجة إلى التحليل النسقي مبكراً مع "تالكوت بارسونز"، ثم مع "دفيد إيستون"، والذي أسس مقاربه على خلاصات أعمال "مورتنون كابلان"، وهو من أوائل من استخدموا التحليل النظمي في دراسة العلاقات الدولية، وكذا "أفلاطون" و"أرسطو" اللذين نظرا إلى المجتمع باعتباره نظاماً مكوناً من عناصر فاعلة. وأيضاً "توماس هوبز" حين أكد على قيمة النظم في فهم تقاطب الرجال لتحقيق مصلحة أو عمل واحد، قياساً على مسار وتفاعل النجوم والكواكب ضمن النظام الكوني، و"إيرفينج كوفمان" أحد أبرز علماء الاجتماع بعد الحرب العالمية الثانية، الذي طور التحليل النظمي لدراسة الحياة الإنسانية، حيث ركز على عمليات التعايش بين أفراد الجماعات الصغيرة في المجتمع الأمريكي. انظر: محمد عارف، ابستمولوجيا، ص 262-263.

⁽³⁾ عبد الحافظ، ص 179.

كما ينطلق النسقيون من "مفهوم القوة"، بوصفه مفهوما تحليليا مركزيا. وهو مفهوم منتدب من العلوم الفيزيائية (حيث تعد القوة عبارة عن أثر فعل جسم في جسم آخر)، وبالقياس يرون أن عالم السياسة مفعم بزخم تفاعلي بين الأجسام كما في عالم الطبيعة، وأن عالم السياسة هو عالم فعل عقل في عقل، وأثر إرادة في إرادة.

وبحكم أن الطبيعة لا تعرف الفراغ، حيث يمارس كل جسم أثرا على الجسم الآخر في إطار من اتساق وتكامل الكل الطبيعي، فعالم السياسة لا يعترف أيضا بالفراغ، طالما أن أساس صلبه هو القوة التي لا تغنى ولا تغيب. ومن هنا تأتي أهمية "الجهاز السياسي" لأنه القوة/الأداة التي يحقق بها المجتمع تكامل قواه المختلفة وانسجامها، عبر احتكار هذا الجهاز للعنف وتجريد ما عداها منها.⁽¹⁾

وتوحي فكرة "النسق السياسي" بفكرة الانتظام الآلي، في ما يقارب الحركة الميكانيكية، تأثرا بفاعلية القوى السياسية في إطار المجتمع الكلي. وهو وضع يقترب بالمؤسسات السياسية الرسمية إلى فكرة "الجهاز الميكانيكي" المسير آليا بتأثير من عوامل الواقع السياسي، الذي بدوره يقوم بتحريك الحياة السياسية لما يحوزه من قوة السلطة في الجماعة ليؤثر ذلك في الواقع فيحركه تلقائيا/ميكانيكيا، الأمر الذي يجعل منه أداة للضبط السياسي القائم، وأداة للتحرك به إلى المستقبل في آن واحد. وعليه فعالم السياسة عالم متعدد القوى، وما السلطة السياسية فيه إلا مجرد قوة كغيرها من القوى، ولكنها تتميز عن هذه القوى، بما تنفرد به من احتكار شرعي لأدوات العنف الذي به "الانتظام"؛ أو بعبارة أخرى يتحقق لذلك العالم "ميزان القوة" في علاقاته بعامل "انفعال القوة بالقوة" من ناحية، وبعامل إدارة القوة بالقوة من ناحية أخرى.⁽²⁾

وعلى الإجمال، ترى النسقية بأن النظام السياسي، كأى نظام بيولوجي حي، يتمتع بخاصيتي الاستجابة والتنظيم الذاتي، بما يمنحه قابلية للتغيير والتصحيح بتوجيه بنيته ووظيفته نحو مواجهة التهديدات التي تحاول إعاقة نشاطاته. إلا أنه يحتاج الاستجابة الفورية لها، مثلما هو الحال النظام الميكانيكي.

(1) دانكان، ص 142-143.

(2) النجار، ص 25-26.

ووفقا لهذا التوجه، اعتبر التحليل النسقي من أكثر مناهج التحليل تحليا بمبادئ النموذج الوضعي وواعده التجريبية القائمة على تكميم الظاهرة السياسية وتشبيئها. وهو ما تجلى في محاولته تقييم فعالية الجهاز الحكومي عبر رصد أدائه الوظيفي على أسس كمية لتقدير الكيفية التي يتخذ بها الجهاز السياسي وظائفه وقراراته.⁽¹⁾

وبالرغم من كل الإضافات التي زخر بها المنهج النسقي، إلا أنه بقي محدودا في نموذجه المعرفي، خصوصا أن مفاهيمها من قبيل البنية والوظيفة والنسق والاتزان، ظلت ساكنة حين تحليل أثر متغير ما على النشاط السياسي في وقت معين، ومن ثم تصيح عاجزة عن تفسير سبب وأثر المتغيرات الأخرى على النشاطات السياسية. لأنه لا يمكنها إثبات أثر تلك المتغيرات، مما ينتهي به إلى السكون غير المواكب لحركية السلوك الإنساني وتطور الظاهرة الاجتماعية.⁽²⁾

وتتعمق أزمة هذا النموذج التحليلي حين يلجأ إلى تشبيه العالم السياسي بالكائن الحي أو الآلة التي تقوم بوظائف معينة وفق نظام حركي مقرر مسبقا. والأمر هنا يأتي مفارقا لطبيعة الوجود السياسية التي لا تعرف انتظاما آليا في سيرها وتفاعلاتها، بما يعسر القول بإمكان تقدير أداء الجهاز السياسي تقديرا كميا، لأن النشاط السياسي في أصله نشاط إنساني يغلب عليه التمثلات القيمية على المعطيات الحسية والإحصائية.

هذا فضلا أن ضرب مثل هذة المقاييسات والتشبيهات بين الكائن السياسي والكائنات البيولوجية أو بين الظاهرة الاجتماعية والآلات ليست صحيحة، حتى في العلوم الحقة، التي لا تحكمها حتميات مطلقة أيضا. فقد تؤدي المقدمة (أ) إلى عديد من النتائج (ب) و(ج) و(د) دون القدرة على التنبؤ بالنتيجة التي ستقع، وعلى العلم أن ينهض بحساب الاحتمال الصحيح.⁽³⁾

وهناك استدراك منهجي آخر متعلق بالنزوع المحافظ للأطروحة النسقية، التي ما فتئت تؤكد قدرات النظام السياسي على التكيف وحفظ الاستقرار، كهدف وقيمة أساسيتين لكل

(1) عبد الحافظ، ص 205.

(2) المرجع نفسه، ص 215-216.

(3) تانسي، ص 49.

نظام. وبسبب منزعجه هذا، يرفض النسقيون فكرة الثورة أو التغيير الجذري للنظام، وأن التغيير السياسي إما يأتي من جانب النخبة فيتم تغييرها بالوسائل السلمية (الانتخابات)؛ أو من جانب بيئة الجهاز بضغطها ومطالبها. ومن ثم يركزون على تصرف الجهاز السياسي حيال التحديات المنبعثة من بيئته وكيفية محافظته على كيانه رغم كل هذه التحديات.

لكل هذا، لا يعدو التحليل النسقي أن يكون مجرد تعبير عن واقع الحياة السياسية في مجتمعات العالم الحر (الليبرالي) المعاصر، المرتبط بواقع سياسي قوامه تنافس جماعات المصالح والأحزاب المتعددة تنافسا بغرض التأثير على سلطة أجهزة الدولة بتقييدها دستوريا. لهذا تتناقص صلاحية هذا النموذج لفهم وتفسير الحياة السياسية التي لا تتسم بمثل خصائص المجتمعات الليبرالية أو التي لا تدين بقيمها.⁽¹⁾

وعلى نفس المنوال، ينظر أصحاب التحليل النسقي لفكرة "التوازن التلقائي الاقتصادي" للمجتمعات، وطبعاً هي مجتمعات الاقتصاد الحر. وكأن بصاحب القرار السياسي كالبائع الذي يسعى إلى الاحتكار المطلق للسوق. ومن ثم فالعملية السياسية لا تعدو أن تكون نوعاً من التوازن الحركي الذي يتم الوصول إليه من خلال مراحل من التوازن الاقتصادي كقاعدة تسيطر على نظام الثمن والنقود والتجارة والخارجية.⁽²⁾

ولا تقتصر النزعة المحافظة على النموذج الإيستوني، بل تكاد تكون مصاحبة لمختلف النماذج التحليلية، وفي مقدمتها نموذج دويتش، الذي أولى عناية خاصة بميكانيزم "التصحيح الذاتي" المبتوث في ذاكرة النظام.⁽³⁾ حيث يحرص الجهاز الحكومي على التزود بأدوات لاكتشاف مواقع قوته وضعفه، حتى يتمكن من المحافظة على الوضع القائم. لذا يقوم بعمليات تنسيق وتنظيم الجهود في مجتمعه عبر "الاسترجاع العكسي" للمعلومات، محاولة من الجهاز تغيير مساره في حالة زيادة وضخامة المعلومات الراجعة، من خلال إحداث تغيير تدريجي.

(1) بدوي، ص 351-352.

(2) المرجع نفسه. ص 180-181.

(3) تانسي، ص 51.

○ خاتمة: في مواجهة ظاهرة التحيز

لقد بات في حكم الواضح أن اختلاف الباحثين في تفسير الظواهر يتجاوز حدود الخلاف المنهجي أو مقتربات التحليل، لأنه في الحقيقة خلاف حول تصورات العالم وحول ما يجب أن يكون عليه الواقع. ولا ريب أن كل منهج يبقى محصورا ومتعلقا بمفاهيمه المرجعية والهوياتية والانتمائية اللاتي تجعله متميزا، وبالتالي فمسارات التحليل ستختلف حتما باختلاف السياقات الديمغرافية التاريخية والحضارية.

فمثلا، سيختلف منهج الباحث في العلوم السياسية في حالة إذا ما تبنى مفهوم الشرعية كما تطرحه الثقافة الغربية، عن المسار المنهجي الذي يقتفي فيه أثر هذا المفهوم ضمن الخبرة العربية.

ويمكن اعتبار أن الوعي بالتحيز من بين أوائل شروط تجاوز سلبياته التي قد تعلق به، ذلك أن الكشف عن بعض الظواهر السلبية للتحيزات الغربية سيرز الاختلالات المعرفية والمنهجية للنموذج الإقصائي الكامن فيها.

ويمنح إدراك تحيزات الغرب إلى تحويله من مطلق، ليستعيد نسبيته وتاريخيته وزمنيته، ويصبح عنصرا واحدا من عناصر أخرى تكون عالم الإنسان، بالمعنى الذي يجعل من الغرب غربا لا كونيا.

إن للباحث العربي اليوم القدرة على تدارك الارتباك والتشويه المعرفي الذي لحق بالفكر العربي، بالخروج من أسر الاستعمار المعرفي الغربي، ومراعاة الأطر الخصائص الحضارية العربية ومساراتها التاريخية.

إنه بقدر ما نملك كمّا من الأدوات المنهجية والتحليلية في العلوم السياسية، فإنه لا بد أن نعرف أيها يجب أن نستخدم؟ أي ضرورة أن يتضمن الاختيار تناسبا وتكافؤا بين الباحث الذي يقوم بالتحليل وبين النموذج المعرفي المستخدم، وبين الموضوع المراد بحثه وتحليله. وهذه العلاقة الثلاثية لا بد من التوافق بين أطرافها الثلاث. وبما أن الواقع المدروس والباحث لا يخضعان للاختيار، فالنموذج المعرفي يجب أن يكون متوافقا مع الواقع بما يتفرع عليه من أجهزة مفاهيمية وأطر منهجية وقواعد تحليلية.

ومن الخطوات المنهجية المهمة لاستجلاء التحيزات، هي العمل على تجريد النظم والظواهر والمفاهيم من أشكالها الخارجية وتشكلاتها التاريخية وتمييز الغرض منها وعلّة وجودها، طلباً للجوهر والمقصد. أما الاقتصار على مفاهيم ومناهج بعينها سيبيوئ خبرات بشرية بعينها موقع النموذج المعياري ويصادر التنوع الإنساني. أما تجريد النماذج كلها فسيتيح فرصة متساوية لجميع التجمعات الحضارية للتعبير عن إنسانيتها وفقاً لمفهومها عن الحياة ومدركاتها الجماعية.

وتتلخص المقاربة التجريدية في عملية الحفر كشفاً عن جوهر وحقيقة المفهوم أو النظام أو الظاهرة، بتخليصهم وتنقيتهم مما لحق وعلق بهم على مدار التاريخ، وصولاً إلى اللب أو الحقيقة، والوصول بالتالي للعلّة البشرية التي ظهروا من أجلها.

وتصلح هذه المنهجية أيضاً لإجراء دراسات سياسية مقارنة عبر الثقافات والحضارات والدول والفترات التاريخية، لأن أكثر المقاربات المنهجية بعداً عن التحيز والتمركز العرقي حول الذات هي الاقترابات التي تعتمد على فكرة التجريد، أي تجريد الظواهر للوصول إلى جوهرها، ثم إجراء المقارنة بين الجواهر لا الظواهر.⁽¹⁾

وتأسيساً على استطاعة الباحث تحييد التحيز في العلوم السياسية والاجتماعية والتقليل من تداعياته السلبية على البناء العلمي، فالخطوة التالية هي تحييد التحيز فيما يقوم به من أبحاث، وذلك بتقليل أبعاد الرؤية الذاتية للأمر التي تغفل حقيقة الواقع في ذاتها، وتعكس الواقع في مرآة "ذات" الباحث مهما كان مختلفاً مع الحقيقة التي عليها الأمور. ويمكن إدراك من خلال المسالك المنهجية التالية:

أ- تناول الظاهرة في ضوء أبعادها العقدية، بالبحث عن والمرجعيات والأفكار المسبقة والعقائد غير القابلة للنقاش، ويستجلي المسلمات الكامنة فيها، كمدخل حيوي لفهم الواقع على وجهه الصحيح، دون تأول ولا تحيز، لأن الباحث سيضع النظريات والموضوعات في مواضعها ويفسرها طبقاً لأساسها المنطقي ومرتكزاتها الفكرية/المرجعية؛

(1) محمد عارف، إبستمولوجيا، ص 107-108

ب- تناول الظاهرة في ضوء جذورها التاريخية، بمعرفة أصولها وتطوراتها، طلباً لأفضل فهم ممكن لها. ويمكن تشبيه هذه الخطوة بما يشبه الرجوع إلى الأعمال التحضيرية في فهم النص القانوني؛

ج- تناول الظاهرة في ضوء بيئتها المكانية ونمطها المجتمعي، وذلك بالتساؤل إذا كانت النظرية أو الظاهرة تتمثل بيئتها المكانية أو النمط المجتمعي في المدينة أو القرية أو القطر أو العالم... ثم تحديد آثار وامتدادات البيئة المكانية في الظاهرة، بما يحدد بقدر كبير انحياز الباحث ويربطه بالواقع كما هو، وليس من الافتراضات التي لدى الباحث في ذهنه؛

د- تناول الظاهرة في أبعادها المتكاملة، من خلال تجميع شتاتها وأبعادها الثقافية والهوياتي والقيمي والحضاري.

هـ- الالتزام الواعي للباحث من مواجهة التحيز ضد الذات أو معها. لأن التحيز مع الذات بمنطق منغلق ومقفل خداع ذاتي أكثر منه التزام واع.

وختاماً، إن المهم في اللحظة الراهنة، أن يعمل المفكرون والباحثون العرب على التأصيل لممارسة علمية تؤسس نموذجها الحضاري ومفاهيمها المنهجية والتحليلية في ضوء مستلزمات الانتماء الحضاري، بتوظيف قدراتها وطاقاتها التحليلية والتفسيرية لإغناء المقاربة العربية في علم السياسة، تشييد منهجيات بحثية في العلوم السياسية، موائمة لموضوعها البحثي ولدراسة الظواهر والسلوك السياسي العربيين. وأيضاً من خلال تعميق الفكر النقدي لعلم السياسة وتجديد أدواته المنهجية وأجهزته المفاهيمية على قاعدة استيعاب مختلف التجارب السياسية للأمم المجتمعية وشعوب الحضارات العالمية.

الدراسة الرابعة:

**مسؤولية الدول المتعاقدة مع الشركات العسكرية والأمنية
الخاصة عن انتهاكاتهما للقانون الدولي الإنساني**

د. وريدة جندي⁽¹⁾

توجهت الدول بعد نهاية الحرب الباردة وبروز بوادر النظام الدولي الجديد إلى خصخصة الحرب من خلال إنشاء الشركات العسكرية والأمنية الخاصة، التي تعمل على تقديم خدمات عسكرية في مجال التخطيط الاستراتيجي، الاستخباراتي، وكذا الدعم المادي والتقني للقوات المسلحة، وتهدف بالأساس إلى تحقيق الربح مقابل ما تقدمه من خدمات أمنية، إذ لم تعد الدول تستأثر بمختلف المهام الأمنية والعسكرية نظرا لتطور أساليب القتال وظهور أساليب أخرى تقوم على خصخصة الحرب، وإذا كانت اتفاقيات جنيف تلزم الجيوش أثناء الحروب بالتمسك بالقانون الدولي من قبل الجيوش المتحاربة وحماية المدنيين العزل فإن الانتهاكات التي ترتكبها هذه الشركات في ظل غياب تنظيم قانوني لنشاطها تستوجب المسؤولية على هذه الانتهاكات، غير أن المسؤولية الدولية لا تقف عند الشركات ذاتها بل تمتد إلى الدول المتعاقدة معها.

بناء عليه يمكن طرح الإشكالية التالية بناء عليه يمكن طرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى يمكن اعتبار الدول المتعاقدة مسؤولة عن انتهاكات الشركات العسكرية والأمنية الخاصة؟

○ **المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للشركات العسكرية والأمنية الخاصة**

يمكن الإحاطة بمفاهيم الشركات العسكرية والأمنية الخاصة من خلال تعريفها، الوقوف على أسباب ظهورها وكذا المهام المنوطة بها كما يلي:

(1) أستاذة محاضرة-كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة- الجزائر .

• المطلب الأول: مفهوم الشركات العسكرية والأمنية الخاصة

تتعدد التعريفات التي أعطيت للشركات العسكرية والأمنية الخاصة بحسب الزاوي التي ينظر منها إلى هذه الشركات، لذا نتناول بعض التعاريف ضمن الفرع الأول وأسباب ظهور هذه الشركات ضمن الفرع الثاني.

■ الفرع الأول: تعريف الشركات العسكرية والأمنية الخاصة

الشركات الأمنية الخاصة هي الشركات التي تقدم خدمات أمنية دفاعية لحماية الأفراد والممتلكات وتستخدم من طرف الشركات العالمية والأفراد والمنظمات الدولية غير الحكومية، كما دخلت بعض الشركات الأمنية الخاصة كمقاولين عن الإدارات الإنسانية في الحكومات التي تقدم العون ويبرز هذا بصورة خاصة في مجال نزع الألغام.⁽¹⁾ وقد عرفت وثيقة "موننترو"⁽²⁾ الشركات العسكرية والأمنية الخاصة بأنها "كيانات تجارية خاصة تقدم خدمات عسكرية وأمنية بصرف النظر عن الطريقة التي تصف بها نفسها وتشمل الخدمات العسكرية والأمنية، بوجه خاص توفير الحراسة والحماية المسلحتين للأشخاص والممتلكات مثل القوافل والمباني والأماكن الأخرى، وصيانة نظم الأسلحة وتشغيلها واحتجاز السجناء، وتقديم المشورة أو التدريب للقوات المحلية ولموظفي الأمن".⁽³⁾

(1) حسن الحاج علي أحمد: خصخصة الأمن، الدور المتنامي للشركات العسكرية والأمنية الخاصة، مجلة دراسات إستراتيجية، تصدر عن مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، الطبعة الأولى، العدد 123، أبو ضبي، الإمارات العربية المتحدة، 2007، ص 20.

(2) ورد في تمهيد هذه الوثيقة: هذه الوثيقة ثمرة لمبادرة مشتركة أطلقتها حكومة سويسرا ولجنة الصليب الأحمر الدولية. وقد أعدت بمشاركة خبراء حكوميين من أستراليا وأفغانستان وألمانيا وأنغولا وأوكرانيا وبولندا وجنوب أفريقيا والسويد وسويسرا وسيراليون والصين والعراق وفرنسا وكندا والمملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا الشمالية والنمسا والولايات المتحدة الأمريكية، في اجتماعات عُقدت في 2006، 2007، و2008، وقد استُشير ممثلو كل من اجتمع المندي والقطاع العسكري والأمني الخاص أنظر. التمهيد لوثيقة موننترو، الالتزامات القانونية الدولية والممارسات السلمية للدول ذات الصلة بعمليات الشركات العسكرية والأمنية الخاصة أثناء النزاع المسلح، وثيقة رقم (A/63/467)، (S/2008/636)، ص 6.

(3) الفقرة (9/أ) من التمهيد لوثيقة موننترو، الالتزامات القانونية الدولية والممارسات السلمية للدول ذات الصلة بعمليات الشركات العسكرية والأمنية الخاصة أثناء النزاع المسلح، وثيقة رقم (A/63/467)، (S/2008/636)، ص 7.

وقد أورد تقرير مركز جنيف للرقابة الديمقراطية على القوات المسلحة الصادر في مارس (2006) تعريفاً لها ف جاء فيه: تمثل الشركات العسكرية الخاصة شركات تجارية تقدم خدمات متخصصة تتعلق بالحروب والمنازعات بما فيها العمليات القتالية والتخطيط الاستراتيجي وجمع المعلومات الاستخباراتية والدعم العملياتي والدعم اللوجستي والتدريب وشراء الأسلحة والمعدات العسكرية وصيانتها). ولهذه الشركات هيكل تنظيمي فهي شركات تجارية مسجلة دافعها تحقيق الربح بشكل أساس وليس لها أهداف سياسية.⁽¹⁾

كما عرفها البعض بأنها تلك الجيوش التي تتشكل من جنود محترفين يعرضون خدماتهم لطرف أجنبي في مقابل الحصول على أموال، وعرفها البعض الآخر بأنها تلك المنظمات التي تتجاوز خدماتها مجرد المساعدة السلبية لأطراف صراع ما، إذ تقدم هذه الشركات المعدات والتدريب لتطوير القدرات العسكرية لعملائها وتوفر لهم الميزة الإستراتيجية والعملياتية الضرورية لقمع معارضيتهم.⁽²⁾

نستنتج مما سبق أن الشركات العسكرية الخاصة والأمنية مؤسسات لها طابع تجاري تسعى إلى تحقيق الربح من خلال قياما بجملة من الخدمات في المجال العسكري والأمني بناء على عقود تبرمها مع الدول. وبناء على هذه التعريفات فإن الشركات العسكرية الخاصة والأمنية تتميز بجملة من الخصائص كما يلي:

1- أن هذه شركات مملوكة لأفراد وليست مملوكة لحكومات أو دول لذلك فهي شركات خاصة تنشأ لحساب الأفراد المؤسسين لها، وهي تجارية لأنها تقدم خدماتها مقابل الحصول على مكسب مالي أي بغية الربح مثلها مثل بقية الشركات التجارية والاقتصادية التي تتاجر في السلع الغذائية والمادية.⁽³⁾

(1) علي حمزة عسل الخفاجي: دراسة تحليلية للتنظيم القانوني للمسؤولية الجنائية للشركات الأمنية الخاصة في العراق، مقال متاح على الموقع <https://www.politics-dz.com/>، تاريخ الاطلاع: 22-01-2020، الساعة: 21: 30.

(2) غيولي منى: الجوانب القانونية لعمل الشركات العسكرية الخاصة على ضوء القانون الدولي الإنساني، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 19، ص84.

(3) السيد مصطفى أحمد أبو الخير: الجوانب القانونية والسياسية للشركات العسكرية الدولية الخاصة، مقال متاح على الموقع: <http://www.alnoor.se/article.asp?id=28358>، بتاريخ: 17-07-2008، تاريخ الإطلاع على الموقع: 23-02-2020، الساعة: 20: 33.

- 2- تقدم هذه الشركات خدمات إستشارية وتكوينية من أجل حصول الزبون على تغطية محيطه إستراتيجيا وتقنيا نظرا للدور الذي يلعبه هذا المجال في ما يخص القيام بالعمليات الأمنية والعسكرية، ونظرا للدور الذي يكتسبه المجال الإستراتيجي من أهمية معلوماتية وتنظيمية جعل الدول والحكومات وحتى المنظمات تتعاقد مع هذه الشركات وذلك للاستفادة من هذه الخصائص.⁽¹⁾
- 3- تمتلك هذه الشركات هيكلا تنظيميا وبها إدارات كبقية الشركات التجارية الأخرى فلها رئيس مجلس إدارة وأعضاء مجلس الإدارة ومدير إداري وموظفون إداريون.⁽²⁾
- 4- تتدخل هذه الشركات في صراعات خارج دولة المنشأ أي أنها تعمل عادة خارج دولة المنشأ التي أنشئت فيها من خلال المشاركة المباشرة أو غير المباشرة في العمليات العسكرية للدولة التي أنشأت وفقا لقوانينها أو التدخل من خلال إبرام عقود توريد الخدمة مع دول أخرى.⁽³⁾

■ الفرع الثاني: أسباب ظهور الشركات العسكرية والأمنية الخاصة

تعتبر عمليات تسريح العديد من الجيوش من العوامل التي أدت لظهور هذا النوع من الشركات، حيث تم تسريح عدد من أفراد الجيش نتيجة لنهاية الحرب الباردة ومنها الجيش الأحمر وجيش ألمانيا الشرقية ونهاية نظام الأبارتيد في جنوب إفريقيا، وتسريح طبقة الضباط البيض وتم تكوين شركة لهم في جنوب أفريقيا، وكذلك عملية تقليص الجيش الأمريكي إلى (60%) مما كان عليه في الماضي، مما خلق فائضا هائلا من العمالة العسكرية والخبرة التي كان يجب أن يتم الاستفادة منها بشكل أو بآخر في خدمة مد النفوذ الأمريكي وحمايته فيما وراء البحار فتم إنشاء مثل هذه الشركات لاستغلال الفائض في العمالة العسكرية المستغني عنه ولتنفيذ مشروع الإمبراطورية الأمريكية.⁽⁴⁾

(1) بلحوت زكريا: مسؤولية الشركات العسكرية الأمنية الدولية الخاصة عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الدكتور يحي فارس بالمدينة، 2013، ص 7،8.

(2) السيد مصطفى أحمد أبو الخير: المرجع السابق.

(3) طالب ياسين: الشركات العسكرية والأمنية الخاصة ودورها كفاعل مؤثر في العلاقات الدولية، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 32، الجزء الرابع، الجزائر، ديسمبر، 2018، ص44.

(4) السيد مصطفى أحمد أبو الخير: مرجع سابق.

كما أن تراجع الإنفاق العسكري للدول أدى إلى توجه بعض الدول الأوروبية إلى تقليص الإنفاق على الأمن وتقليص أعداد قوات الشرطة وهو ما أدى إلى تصاعد دور الشركات الأمنية والعسكرية الخاصة التي يسند إليها عمليات التأمين وبعض العمليات العسكرية في إطار الحرب على الإرهاب.⁽¹⁾

بالإضافة إلى ضعف دور منظمة الأمم المتحدة في منع اندلاع النزاعات المسلحة وفشلها في حل الصراعات القائمة مما أدى إلى إتاحة الفرصة أمام هذه الشركات لقلب موازين القوى وكسب الدول المتعاقدة معها.⁽²⁾

• **المطلب الثاني: مهام الشركات العسكرية والأمنية الخاصة**

تغطي شركات الخدمات العسكرية والأمنية الخاصة عدداً من المهام التي كانت تلقى بالعادة على عاتق القوات العسكرية الرسمية والشرطة، وتستخدم خدمات هذه الشركات كل من الحكومات، والمنظمات العابرة للحكومات، والمنظمات غير الحكومية، والشركات العابرة للقارات، والمنظمات الإنسانية، ووسائل الإعلام، والمنظمات الدولية.⁽³⁾

وعليه تتعدد مهام الشركات العسكرية والأمنية الخاصة من وظيفة الحماية وتقديم الاستشارات الأمنية إلى المشاركة في العمليات العسكرية، ويمكن التطرق لبعض المهام الموكلة للشركات العسكرية والأمنية الخاصة في ما يلي:

■ **الفرع الأول: تأمين المنشآت وحماية القيادات**

تشير الخدمات الأمنية للشركات العسكرية والأمنية الخاصة إلى الحراسة المسلحة أو حماية المباني والمنشآت والممتلكات والأشخاص، وأي نوع من أنواع نقل المعارف ذات

(1) رضوى عمار: خصخصة الأمن: تصاعد دور الشركات العسكرية والأمنية الخاصة في الإقليم، متاح على الموقع: <http://rawabetcenter.com>، تاريخ الإطلاع: 25-11-2019، الساعة 5: 23.

(2) غبولي منى: مرجع سابق، ص 82.

(3) خوسيه ل. جوميز ديل برادو: خصخصة الأمن والحرب: مقال متاح على الموقع: <https://www.fmreview.org/>، تاريخ الإطلاع: 15-01-2020، الساعة: 22: 30.

التطبيقات الأمنية والخاصة بالشرطة ووضع وتنفيذ التدابير الأمنية والمعلوماتية وغيرها من الأنشطة ذات الصلة.⁽¹⁾

ويختلف دور الشركات في المجال الأمني، بحسب قوانين كل دولة من ناحية، ودورها الفعلي من ناحية ثانية. وبصفة عامة، يقتصر دورها على الجوانب الأمنية "التأمينية فقط"، مثل تأمين نقل أموال البنوك، حماية بعض المنشآت الخاصة، البنوك وغيرها، والعامّة كالجامعات في حالة "فالكون" المصرية، أو تأمين الشخصيات العامة، مثل كبار رجال الأعمال، نواب البرلمان، مرشحي الرئاسة. وكانت شركة "فالكون" مسؤولة عن تأمين المقر الانتخابي للمرشح الرئاسي السابق، أحمد شفيق عام 2012، وعبد الفتاح السيسي عام 2014.⁽²⁾

فالشركات الأمنية الخاصة تقوم بالتدخل في الأماكن الحساسة والإستراتيجية، وهذا نابع من العقيدة العسكرية التي تأسست عليها والتي أعطتها سندا لممارسة أنشطتها التدخلية لحماية بعض الشخصيات والبنى التحتية من الأخطار الناتجة عن وجود صراع أو حرب.⁽³⁾

■ الفرع الثاني: تقييم المخاطر وتقديم الاستشارات الأمنية

يرتبط تقييم المخاطر وتقديم الاستشارات الأمنية بحجم ما يتوفر من معلومات صحيحة، فعلى سبيل المثال تعاقدت وزارة التنمية الدولية بالمملكة المتحدة Department for International Development (DFID) مع شركة Control risks لتوفير المعلومات الاستخباراتية والتحليلات للحكومة العراقية لدعم جهودها في محاربة الإرهاب.⁽⁴⁾

حيث تقدم هذه الشركات العسكرية خدمات استشارية للمتعاقد معها سواء استشارات حربية ميدانية من خلال تزويد المتعاقد بجميع المعلومات الواردة عن العملية المراد تنفيذها والحلول

(1) بلحوت زكريا: مرجع سابق، ص 11.

(2) بدرشافي: شركات الأمن الخاصة... الأسباب والوظائف والتداعيات، متاح على الموقع:

<https://www.alaraby.co.uk>، تاريخ الاطلاع: 22-02-2020، الساعة 22: 30.

(3) محمد صالح جمال: دور الشركات الأمنية الخاصة في التدخل في النزاعات المسلحة وانتهاك حقوق الإنسان، مجلة العلوم السياسية والقانون، العدد السادس، المجلد الثاني، المركز العربي الديمقراطي للدراسات الإستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ألمانيا، برلين، جانفي 2018، ص336.

(4) رضوى عمار: مرجع سابق.

الممكنة لتفادي اكبر قدر من الخسائر وبالتالي تحقيق النصر، كما تقدم استشارات عسكرية في ما يخص مميزات وخصائص العتاد الحربي والأسلحة المراد شراءها.⁽¹⁾

كما تنامي عمل الشركات العسكرية والأمنية الخاصة ليشمل حتى تدريب القوات وتقديم المشورة العسكرية لقوات الجيش والشرطة في البلدان التي يعملون فيها، فعلى سبيل المثال تعاقدت الأمم المتحدة مع الفرع الأفغاني للشركة البريطانية ISG Security LTD لتدعيم القدرات العسكرية والقتالية لأفراد الشرطة الأفغانية الوطنية. وشاركت شركة DynCorp في دعم بعثة الأمم المتحدة في السودان من خلال عمليات إنفاذ القانون، وكمستشارين في القضاء، وفي تدريب وتجهيز وتوجيه قوة الشرطة السودانية، وذلك عبر وجودها كجزء من القوات الأمريكية التي زاد عدد أفرادها عن 15 فردًا.⁽²⁾

■ الفرع الثالث: العمليات العسكرية

لم تعد الشركات الأمنية الخاصة مجرد مؤسسات تقوم ببعض الأعمال الأمنية التقليدية، كما هو متعارف عليه، وإنما أصبحت تقوم بأعمال عسكرية متعددة المهام، وتتفد مخططات الدول في مناطق مختلفة من العالم⁽³⁾، وتعتبر شركة "بلاك ووتر" الأمريكية المثال الأبرز على هذا النمط؛ حيث شاركت في الأعمال العسكرية بالعراق وأفغانستان لصالح الولايات المتحدة، والأمم المتحدة ينطبق على شركات مثل "يجال" الإسرائيلية و"ساند لاين" الدولية Sand line International التي تمارس أنشطة عسكرية في القارة الإفريقية، وفي مارس 2015، كشفت مصادر عراقية عن تجدد دور الشركات الأمنية الخاصة، وقيامها بمساعدة القوات العراقية في عملياتها العسكرية ضد تنظيم داعش بدعم من الولايات المتحدة.⁽⁴⁾

ولا تخرج الشركات الأمنية الخاصة عن كونها مشاريع تجارية تقدم خدمات أمنية وعسكرية في آن واحد، وتشمل تلك الخدمات على أشخاص مدربين ومسلحين؛ لتوفير الحماية

(1) بلحوت زكريا: مرجع سابق، ص 24.

(2) رضوى عمار: مرجع سابق.

(3) محمد الألفي: الشركات الأمنية العسكرية، مجلة السياسة الدولية، مؤسسة الأهرام، 217، متاح على الموقع: www.siyassa.org، تاريخ الإطلاع: 2020-01-6، الساعة: 13: 51.

(4) رضوى عمار: مرجع سابق.

للشخصيات والأبنية والمواقع بأنواعها كافة سواء السكنية أو التجارية أو حتى العسكرية وغيرها من الأماكن. ومن ضمن خدماتها أيضاً تشغيل منظومات الأسلحة وصيانتها سواء الدفاعية أو الهجومية، فضلاً عن احتجاز المسجونين والتحقيق معهم، وتقديم المشورة للقوات المحلية وأفراد الأمن وتدريبهم. وقد تزايد الطلب على الشركات العسكرية والأمنية الخاصة منذ نهاية الحرب الباردة حتى أنها تحولت إلى نشاط اقتصادي كبير يقدم باقعة أوسع من الخدمات.⁽¹⁾ نستنتج مما سبق أن الخدمات التي تقدمها الشركات العسكرية والأمنية الخاصة يتحدد نطاقها في المجال العسكري والأمني، حيث يتم توظيف موظفي هذه الشركات في المناطق التي تشهد الصراعات والحروب من أجل القتال أو تقديم الاستشارات الأمنية، وكذا تأمين المباني والمؤسسات كالبنوك والجامعات.

○ المبحث الثاني: مسؤولية الدول المتعاقدة مع الشركات العسكرية والأمنية الخاصة والآثار المترتبة عنها

تتعاقد الدول مع الشركات العسكرية والأمنية الخاصة للحصول على خدماتها، إلا أنه في حالة تجاوز هذه الشركات حدود مهامها فإنه تقع على عاتقها وعاتق الدول المتعاقدة معها مسؤولية ترتب عنها هي الأخرى نتائج متعددة.

• المطلب الأول: مسؤولية الدول المتعاقدة مع الشركات العسكرية والأمنية الخاصة

عرفت وثيقة مونترو الدول المتعاقدة بأنها: "الدول التي تتعاقد مباشرة مع الشركات العسكرية والأمنية الخاصة للحصول على خدماتها بما في ذلك عند الاقتضاء في الحالات التي تتعاقد فيها إحدى هذه الشركات الأصلية من الباطن، مع شركة عسكرية وأمنية خاصة أخرى."⁽²⁾

(1) زهير جمعة المالكي: دور الشركات الأمنية الخاصة في نزاعات منطقة الشرق الأوسط، متاح على الموقع: <http://www.bayancenter.org>، تاريخ الإطلاع: 08-10-2018، الساعة: 23: 34.

(2) وثيقة مونترو، الالتزامات القانونية الدولية والممارسات السلمية للدول ذات الصلة بعمليات الشركات العسكرية والأمنية الخاصة أثناء النزاع المسلح، وثيقة رقم (A/63/467)، (S/2008/636)، ص 6.

وعليه فإن مسؤولية الدولة المتعاقدة مع الشركات العسكرية والأمنية الخاصة تتحدد بفرضتين: تتمثل الأولى في أن تقوم الدولة بإدماج موظفي هذه الشركات في قواتها المسلحة فتعتبر أفعالهم حينها أفعالاً لجهاز من أجهزة الدولة، وتتمثل الفرضية الثانية في استعانة الدولة بموظفي هذه الشركات دون إدماجهم في قواتها المسلحة مع قيامهم بأعمالهم تلك بناء على تعليماتها وتحت إمرتها.

■ الفرع الأول: مسؤولية الدول المتعاقدة مع الشركات العسكرية والأمنية الخاصة إذا كان موظفي الشركات جزءاً من قواتها المسلحة

أشارت المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي الرابعة لعام 1907 الخاصة بقوانين وعادات الحرب البرية إلى مسؤولية الدولة الطرف في الاتفاقية عن الأفعال التي ترتكب من أفراد قواتها المسلحة والتي تمثل انتهاكاً للاتفاقية، فقد نصت على أنه: "يكون الطرف المتحارب الذي يُخل بأحكام اللائحة المذكورة ملزماً بالتعويض إذا دعت الحاجة، كما يكون مسؤولاً عن جميع الأعمال التي يرتكبها أشخاص ينتمون إلى قواته المسلحة."

وتنص اتفاقيات جنيف الأربع على المسؤولية المترتبة على انتهاك القانون الدولي الإنساني، إذ لا يجوز لأي طرف متعاقد أن يتحلل أو يحل طرفاً متعاقداً آخر من المسؤوليات التي تقع عليه أو على طرف متعاقد آخر من المسؤوليات التي تقع عليه أو على طرف متعاقد آخر...، وأكدت المادة 91 من البروتوكول الإضافي الأول، التي تنص على أن: "يكون طرف النزاع مسؤولاً عن كل الأفعال التي يرتكبها الأشخاص الذين يشكلون جزءاً من قواته المسلحة."

كما أُعيد التأكيد على المبدأ القائل بوجود مسؤولية الدولة بالإضافة إلى المسؤولية الجنائية الفردية في البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية لسنة 1954 ضمن المادة 38 منه.

والقوات المسلحة هي أيضاً جهاز من أجهزة الدولة ومشروع مسؤولية الدول يشترط وجود صلة بين الدولة والأشخاص أو الكيانات التي ارتكبت فعلاً الأعمال غير المشروعة، بحيث

يمكن القول أن أولئك الأشخاص أو تلك الكيانات تصرفت في تلك الحالة بوصفها جهازاً من أجهزة الدولة.⁽¹⁾

بناءً عليه فإن الدول التي تتعاقد مع الشركات الأمنية الخاصة لا يمكنها أن تتصل من التزاماتها بموجب القانون الدولي الإنساني، خاصة إذا كانت الشركة تعمل بموجب تعليمات صادرة عن سلطة الدول أو تخضع لسلطتها.⁽²⁾

وتنص المادة السابعة من مشروع مواد مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً⁽³⁾ على: "يعتبر فعلاً صادراً عن الدولة بمقتضى القانون الدولي تصرف جهاز من أجهزتها أو شخص أو كيان مخولاً صلاحية ممارسة بعض اختصاصات السلطة الحكومية إذا كان الجهاز أو الشخص أو الكيان يتصرف بهذه الصفة حتى ولو تجاوز حدود سلطته أو خالف التعليمات". فالدولة استناداً إلى هذه المادة مسؤولة عن تصرف جهاز أو كيان مخول صلاحية ممارسة بعض اختصاصات السلطة الحكومية حتى ولو تجاوز بتصرفه حدود سلطته أو خالف التعليمات مادام هذا التصرف في إطار رسمي.⁽⁴⁾

وما حدث على يد موظفي شركة (بلاك ووتر - Blackwater) في قتل المدنيين العراقيين في مدينة (الفلوجة) وساحة النور ببغداد يعد مخالفة صارخة لنص المادة (51/ب) من البروتوكول الإضافي الأول، ف فيما تحظر هذه الفقرة من المادة أعلاه أي هجوم من قبل القوات العسكرية للعدو مما قد يتوقع منه أن يسبب بصورة عارضة خسائر في أرواح المدنيين أو إصابات بينهم إقراراً لمبدأ التناسب.⁽⁵⁾

(1) فيصل إباد فرج الله: مسؤولية الدولة عن انتهاكات الشركات الدولية الخاصة، العسكرية والأمنية في ضوء القانون الدولي الإنساني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2013، ص 154.

(2) بلخير طيب: النظام القانوني لمسؤولية الدول في ظل أحكام القانون الدولي الإنساني، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، 2016 ص 115.

(3) مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً: اعتمدهت اللجنة في دورتها الثالثة والخمسين سنة 2001، متاح على الموقع: <https://legal.un.org/>

(4) فيصل إباد فرج الله: ، مرجع سابق، ص 158.

(5) صدام حسين القتلاوي وثابت جواد حماد: انتهاكات الشركات الأمنية الخاصة الدولية للقانون الإنساني والقانون الجنائي الدولي في العراق، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة السابعة، جامعة بابل، العراق، 2015، ص 297.

ولقد أثار دور الشركات الفاعلة في النزاع المسلح في العراق وعلى أثر ما كشفت عنه التقارير حول حقوق الإنسان الكثير من الانتهاكات التي تورطت بها تلك الشركات على يد موظفيها نتيجة الاستعانة بهم لأداء مهام تدخل ضمن مهام القوات المسلحة التابعة للدول المتعاقدة مع الشركات.⁽¹⁾

وقد استعانت الإدارة الأمريكية بشركة بلاك ووتر للقيام بعمليات القتل والدمار والتطهير العرقي في العراق عندما عينت جون نيغروبونتي سفيرا لها في بغداد سنة 2004، والذي قام بدوره بتعيين الجنرالين ستيفن كاسل وجيمس ستيل المعروفان بدورهما في فرق الموت بغية بناء الشرطة والجيش الجديد في العراق بتوجيه وعلم من قوات الاحتلال الأمريكي التي توفر لها التسهيلات لتأدية أعمالها.⁽²⁾

وتأسيسا على ما تقدم فإنه إذا كان من الممكن اعتبار موظفي الشركات العسكرية والأمنية الخاصة أعضاء في القوات المسلحة للدولة فإن أفعالهم تعتبر أفعالا لجهاز من أجهزة الدولة ويمكن إسناد جميع أفعالهم إلى الدولة التي استأجرتهم.⁽³⁾

وهذا ما توصي به وثيقة موننترو الإرشادية في الفقرة السابعة من ألف من الجزء الأول منها والتي تنص على أن: " مع أن إقامة علاقات تعاقدية بحد ذاتها لا تستتبع مسؤولية على الدول المتعاقدة فإن هذه الدول تتحمل المسؤولية عن انتهاك الشركات العسكرية والأمنية الخاصة أو موظفيها للقانون الدولي الإنساني أو قانون حقوق الإنسان أو لأي قواعد أخرى للقانون الدولي، عندما تعزى مسؤولية هذا الانتهاك إلى الدولة المتعاقدة عملا بالقانون الدولي العرفي وخصوصا إذا كانت الشركات العسكرية والأمنية الخاصة: - قد سجلتها الدولة المعنية في قواتها المسلحة النظامية عملا بتشريعها الوطني - أو كانت أعضاء في قوات أو جماعات أو وحدات مسلحة منظمة تحت إمرة قيادة تابعة للدولة.⁽⁴⁾

(1) صدام حسين الفتاوي وثابت جواد حماد: التنظيم القانوني الوطني للشركات الأمنية الخاصة التي تعمل في العراق، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة السادسة، جامعة بابل، العراق، 2016، ص 414.

(2) أزهار عبد الله حسن الحياي: شركة بلاك ووتر وخصخصة الوجود العسكري الأمريكي في العراق، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد (9)، السنة (3)، جامعة تكريت، العراق، 2011، ص ص 220، 221.

(3) فيصل إياد فرج الله: ، مرجع سابق، ص 160.

(4) وثيقة موننترو الجزء الأول، ألف / 7، ص 9.

غير أنه لا يمكن الاعتماد على العقد المبرم بين الدولة المتعاقدة والشركات الخاصة العسكرية للقول بان موظفي هذه الشركة أعضاء في القوات المسلحة، طالما لا يوجد في العقد أي بند ينص صراحة على أن يتم دمجهم في القوات المسلحة، كما أن احتمال وجود مثل هذا البند غير وارد، لأن الحكومات تلجأ إلى الاستعانة بالشركات العسكرية بهدف تخفيض ميزانيات الدفاع بالجوء إلى مصادر خارجية، لذا يبدو متناقضا القول بتقليصها للقوات المسلحة ودمج موظفي الشركات العسكرية الخاصة يتقاضون أجورا أعلى من أجور العسكريين النظاميين للقيام بمهام كان يتقلدها الجيش سابقا.⁽¹⁾

بناء على ما سبق فإن فرضية اعتبار موظفي الشركات العسكرية والأمنية الخاصة جزءا من القوات المسلحة النظامية فرضية مستبعدة لتناقضها مع الهدف المرجو من توظيفهم ضمن هذا النوع من الشركات وهو القيام بالخدمات المنوطة بها بموجب العقد المبرم بينها وبين الدولة المتعاقدة نظير مقابل مالي.

■ الفرع الثاني: مسؤولية الدول المتعاقدة مع الشركات العسكرية والأمنية الخاصة إذا كان موظفي الشركات لا ينتمون إلى قواتها المسلحة

إذا كانت الدول تتحمل تبعة المسؤولية الدولية عن الأفعال غير المشروعة التي يرتكبها أفراد قواتها المسلحة، فإن هذا الالتزام لا يقتصر على القوات المسلحة للدولة بل يمتد ليشمل الأشخاص الآخرين الذين يعملون باسم الدولة أو تحت سيطرتها وإدارتها ويصبح من البديهي أيضاً، أن تتحمل الدولة المسؤولية عن أفعال موظفي الشركات العسكرية والأمنية الخاصة الذين تستخدمهم دون أن يكونوا من أفراد قواتها المسلحة⁽²⁾.

فإذا تعاقدت دولة ما مع شركة أمنية خاصة لإدارة معسكر لأسرى الحرب، وارتكب موظفو هذه الشركة جرائم في حق هؤلاء الأسرى أو أساءوا معاملتهم، فليس للدولة أن تتصل من المسؤولية بزعم أنها استأجرت شركة عسكرية أو أمنية خاصة، لأنه من واجب الدولة

(1) أمينة بوعلام طواولة: : مسؤولية الشركات العسكرية الأمنية الدولية الخاصة عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة مؤتة، 2011، ص ص 142، 143.

(2) Emanuela-Chiara Gillard, Business goes to war: private military/ Security companies and international humanitarian Law, (IRRC), Vol. 88, No. 863, September 2006, p p 551-552.

الحاجة أن تكفل استيفاء المعايير المبينة في اتفاقية جنيف الثالثة 1949 بشأن معاملة الأسرى، والتي تقرر أن "أسرى الحرب يقعون تحت سلطة الدولة المعادية لا تحت سلطة الأفراد أو الوحدات العسكرية التي أسرتهم، وبخلاف المسؤوليات الفردية التي قد توجد، تكون الدولة الحاجزة مسئولة عن المعاملة التي يلقاها الأسرى".⁽¹⁾

ويرجع أساس إقرار مسؤولية الدولة عن الانتهاكات المرتكبة من قبل أشخاص أو مجموعات مفوضة للقيام بقدر من السلطة الحكومية إلى المادة الخامسة من مشروع مسؤولية الدول التي تنص على أن: "يعد التصرف الصادر عن شخص أو كيان ليس جهازاً من أجهزة الدولة بمقتضى المادة الرابعة ولكنه مخول بمقتضى قانون تلك الدولة ممارسة عناصر من السلطة الحكومية تصرفاً صادراً عن الدولة بمقتضى القانون الدولي شريطة أن يتصرف الشخص أو الكيان بهذه الصفة في الحالة المعينة".

وتستند هذه القاعدة إلى اعتبار أن الدولة تستطيع اللجوء إلى مجموعات شبه حكومية للقيام بأنشطة معينة بدلاً من الطلب إلى الأجهزة الحكومية للقيام بها ولكن ذلك لا يعفيها من المسؤولية.⁽²⁾

كما نصت المادة الثامنة أيضاً من مشروع مسؤولية الدول والتي جاءت تحت عنوان: التصرفات التي يتم القيام بها بناء على توجيهات الدولة أو تحت رقابتها: يعتبر فعلاً صادراً عن الدولة بمقتضى القانون الدولي تصرف شخص أو مجموعة أشخاص إذا كان الشخص أو مجموعة الأشخاص يتصرفون في الواقع بناء على تعليمات تلك الدولة أو بتوجيهات منها أو تحت رقابتها لدى القيام بذلك التصرف".

وقد أكدت ذلك المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة في قضية (تاديتيس) لعام 1999، حيث قررت أنه "ينسب تصرف فرد عادي أو مجموعة ليست منظمة بطريقة عسكرية إلى الدولة إذا أعطت الدولة تعليمات محددة بخصوص ذلك التصرف أو هناك تنظيم أو تخطيط للأعمال العسكرية لهذه المجموعات أو تمويل أو تدريب من قبل الدولة أو

(1) ماهر جميل أبو خوات: الوضع القانوني للمرتزقة، وموظفي الشركات الأمنية الخاصة أثناء النزاعات المسلحة، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 39، العدد الأول، الجامعة الأردنية، 2012، ص 171.

(2) فيصل إياد فرج الله: ، مرجع سابق، ص ص 162، ونجاة أحمد أحمد إبراهيم: المسؤولية الدولية عن انتهاكات قواعد القانون الدولي الإنساني، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 294.

توجيهها بشكل عام أو مساعدة من الدولة في تخطيط أعمالها"، ففي هذه الحالة تصبح الدولة مسؤولة عن هذه التصرفات، طالما أن الدولة قد أعطت للمنفذين تعليمات بخصوص ذلك التصرف.⁽¹⁾

يتضح إذاً أنه يجوز بالفعل أن تتحمل دولة ما مسؤولية تصرفات جماعة، سواء بإعطائها تعليمات محددة أو بممارستها الرقابة عليها. وتتوقف كل حالة على وقائعها الذاتية. وسيتعين على الطرف الذي يحتج بالمسؤولية أن يثبت هذه الوقائع، وخاصة العلاقة بين التعليمات المعطاة، أو التوجيه أو الرقابة الممارسة، والتصرفات المحددة موضع الشكوى.⁽²⁾

وفي حالة ارتباط نشاط هذه الشركات بعدة دول وليس الدولة المتعاقدة معها فقط كالدولة التي تعمل على إقليمها والدولة التي تأسست الشركة في إقليمها أو دولة المنشأ، فإن هذه الدول تكون جميعها معنية بكفالة امتثال الشركات العسكرية للقانون الدولي الإنساني، من خلال اتخاذ إجراءات وتدابير تمنع الانتهاكات وقمعها.⁽³⁾

نستنتج مما سبق أن الدول المتعاقدة مع الشركات العسكرية والأمنية الخاصة تتحمل المسؤولية الناتجة عن انتهاك هذه الشركات لقواعد القانون الدولي الإنساني سواء اعتبر أفراد الشركات جزءاً من قواتها النظامية أو تصرفت بناء على توجيهات الدولة المتعاقدة أو تحت رقابتها وإدارتها.

• **المطلب الثاني: النتائج المترتبة على مسؤولية الدول المتعاقدة مع الشركات العسكرية**

يترتب على مسؤولية الدولة عن فعل غير مشروع دولياً ضد دولة أخرى جملة من النتائج منها المتابعة القضائية والمطالبة بجبر الضرر الحاصل من جراء العمل غير المشروع.

(1) بلحوت زكريا: مرجع سابق، ص 124.

(2) تقرير لجنة القانون الدولي إلى الجمعية العامة عن أعمال دورتها 53، حولية لجنة القانون الدولي 2001، المجلد الثاني، الجزء الثاني، نيويورك وجنيف، 2007، ص 61.

(3) أمّنة محمدي بوزينة: تطبيق القانون الدولي الإنساني على الشركات العسكرية والأمنية الخاصة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، 2020، ص 95.

■ الفرع الأول: المتابعة القضائية

تلجأ الدول المتضررة من الانتهاكات التي تقوم بها الشركات العسكرية والأمنية الخاصة إلى متابعة الدول المتعاقدة مع هذه الشركات.

ومن الأمثلة على ذلك الشركة العسكرية والأمنية الخاصة التي أسسها أحد ضباط جيش الدفاع الإسرائيلي واسمه يار كلاين تحت اسم سبيرهد ليمتد قَدَم من خلالها التدريب لجماعات اليمين العسكرية غير الرسمية في كولومبيا. وتُلقى على عدد من أعضاء تلك الجماعة مسؤولية الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، واغتيال الفلاحين، وأعمال السرقة والنهب واسعة النطاق وتهجير المواطنين في كولومبيا.

وفي عام 2001، أدانت المحكمة الجنائية في مقاطعة مانيزلايس في كولومبيا كلاين بجرم توفير التدريب للجماعات العسكرية غير الرسمية وتجار المخدرات وحكمت عليه غيابياً بالحبس 14 عاماً. وكلاين موجود حالياً في إسرائيل.⁽¹⁾

المسؤولية الدولية للولايات المتحدة الأمريكية عن أفعال موظفيها شركة بلاك ووتر الذين ارتكبوا في سبتمبر 2007 جريمة قتل 17 مواطناً عراقي في ساحة النسور في بغداد عن طريق إطلاق نار عشوائي من قبل شركة بلاك ووتر وهذا لا يعفي الولايات المتحدة الأمريكية من المساءلة ومن حق الحكومة العراقية متابعتها وإحقاق الحق للضحايا.⁽²⁾ حيث أن ارتكاب شركة بلاك ووتر لهذه الجريمة فيه انتهاك لمبدأ التمييز بين المدنيين والعسكريين في الوقت الذي كانت فيه خاضعة لرقابة وإشراف الولايات المتحدة الأمريكية مما يجعل مسؤوليتها واضحة.⁽³⁾

غير أن ما حدث في العراق على سبيل المثال أن سلطة الائتلاف المؤقتة التي شكّلت لإدارة شؤون العراق بعد احتلاله من طرف القوات الأمريكية عام 2003 أشار في الأمر 17 إلى أن الدور الرئيسي للشركات العسكرية والأمنية الخاصة هو الردع، مما يمنح هذه الشركات صلاحيات واسعة مما هو متعارف عليه على النطاق العالمي وفق قوانين الدول

(1) خوسيه ل. جوميز ديل برادو: خصخصة الأمن والحرب: مقال متاح على الموقع: <https://www.fmreview.org/>

تاريخ الإطلاع: 2020-01-15، الساعة: 22:30.

(2) فيصل إيباد فرج الله: مرجع سابق، ص 223.

(3) فيصل إيباد فرج الله: المرجع نفسه، ص 224.

التي أنشئت هذه الشركات على أراضيها وهي بمجموعها تؤكد أن عمل الشركات الأمنية الخاصة يقتصر على الحماية، أما الردع فيقصد به مواجهة خطر محتمل الوقوع مستقبلاً، وهو الأمر الذي جعل العراق يواجه مسألة الحصانة القانونية الممنوحة للمتعاقدين الأمنيين من القطاع الخاص بموجب الأمر 17 السالف الذكر والتي تحول دون مقاضاتهم في المحاكم العراقية.⁽¹⁾

ويترتب على ذلك إفلات موظفي الشركات الأمنية الخاصة من العقاب من جهة وعدم القدرة على ترتيب المسؤولية المدنية للدولة المتعاقدة مع هذه الشركات من جهة ثانية.

■ الفرع الثاني: جبر الضرر

يتمثل جبر الضرر في أشكال ثلاثة هي إعادة الحال إلى ما كانت عليه، التعويض إذا كان إعادة الحال كما كان مستحيلاً، والترضية.

ويترتب عن انتهاك عمال الشركات العسكرية الأمنية الدولية الخاصة لقواعد القانون الدولي الإنساني مسؤوليتين، الأولى مسؤولية جنائية في حق الأفراد الذين ارتكبوا الفعل الغير المشروع، وهذا الاتجاه الذي أصبحت تنادي به جميع المواثيق والمعاهدات الدولية في هذا الشأن مسؤولية مدنية تقع على عاتق الدولة، بحيث تلتزم هذه الأخيرة بالتعويض عن الضرر الناتج عن هذا العمل.⁽²⁾

وقد أشارت المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي الرابعة لعام 1907 الخاصة بقوانين وعادات الحرب البرية إلى مسؤولية الدولة الطرف في الاتفاقية عن الأفعال التي ترتكب من أفراد قواتها المسلحة والتي تمثل انتهاكاً للاتفاقية، فقد نصت على أنه: "يكون الطرف المتحارب الذي يخل بأحكام اللائحة المذكورة ملزماً بالتعويض إذا دعت الحاجة، كما يكون مسؤولاً عن جميع الأعمال التي يرتكبها أشخاص ينتمون إلى قواته المسلحة."

(1) سرمد عامر عباس وإسماعيل نعمة عيود: المسؤولية عن انتهاكات الشركات الأمنية الخاصة لحقوق الإنسان في ضوء انتهاكات شركة بلاك ووتر في العراق، مجلة العلوم الإنسانية، كلية التربية للعلوم الإنسانية، المجلد 22، العدد الأول، 2015، ص ص 361-362.

(2) بلحوت زكريا: مرجع سابق، ص 125.

كما أشارت المادة 91 من البروتوكول الأول لعام 1977 إلى أن طرف النزاع الذي ينتهك أحكام الاتفاقيات يسأل على دفع التعويض، وتناول مشروع مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة في المادة 31 منه الجبر الكامل أي أن الخسارة تشمل كل الأضرار الناجمة عن الفعل غير المشروع دولياً سواء كانت مادية أو معنوية.⁽¹⁾

ويطلق على إعادة الحال إلى ما كان عليه، التعويض العيني والذي يتم عن طريق قيام المتسبب برد الحقوق التي اغتصبها من أصحابها، ومن ثم محو كافة الآثار المترتبة على العمل غير المشروع.⁽²⁾ وقد نصت المادة 35 من قانون مسؤولية الدول: على الدولة المسؤولة عن فعل غير مشروع دولياً بالتزام بالرد، أي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل ارتكاب الفعل غير المشروع دولياً، بشرط أن يكون هذا الرد وبقدر ما يكون: أ- غير مستحيل مادياً؛ ب- غير مستتبع لعبء لا يتناسب إطلاقاً مع المنفعة المتأتية من الرد بدلاً من التعويض.

ويُعرف التعويض بوجه عام بأنه التزام الدولة بدفع مبلغ نقدي كتعويض عندما يتعذر عليها إعادة الحال إلى ما كانت عليه أو عندما يكون هناك أضراراً لا يكفي لإصلاحها الرد العيني فيصبح التعويض المالي مكملاً بحيث يكون معادلاً للقيمة التي يمكن عن طريقها إعادة الحال إلى ما كانت عليه على أن يشمل التعويض كافة ما لحق بالمتضرر من خسائر وما فاتته من كسب جراء الفعل المنسوب إلى الدولة المتسببة فيه.⁽³⁾

وقد نصت المادة 36 من قانون مسؤولية الدول على: "1- على الدولة المسؤولة عن فعل غير مشروع دولياً بالتزام بالتعويض عن الضرر الناتج عن هذا الفعل، في حال عدم إصلاح هذا الضرر بالرد. 2- يشمل التعويض أي ضرر يكون قابلاً للتقييم من الناحية المالية، بما في ذلك ما فات من الكسب، بقدر ما يكون هذا الكسب مؤكداً."

(1) فيصل إباد فرج الله: مرجع سابق، ص 231.

(2) خالد مصطفى فهمي: القانون الدولي الإنساني، الأسس والمفاهيم وحماية الضحايا، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 261.

(3) يتوجي سامية: المسؤولية الجنائية الدولية عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 416.

كما أضافت المادة 37 شكلاً آخر من جبر الضرر وهو الترضية، فنصت على: "1- على الدولة المسؤولة عن فعل غير مشروع دولياً التزام بتقديم ترضية عن الخسارة التي تترتب على هذا الفعل إذا كان يتعذر إصلاح هذه الخسارة عن طريق الرد أو التعويض. 2- قد تتخذ الترضية شكل إقرار بالخرق، أو تعبير عن الأسف، أو اعتذار رسمي، أو أي شكل آخر مناسب. 3- ينبغي ألا تكون الترضية غير متناسبة مع الخسارة، ولا يجوز أن تتخذ شكلاً مذللاً للدولة المسؤولة."

بناءً عليه يُعد التعويض المالي أحد أشكال جبر الضرر الذي يجب منحه لضحايا الانتهاكات إذا كان من الممكن إصلاح الضرر، كما أن الترضية تعتبر شكلاً آخر من التعويض المعنوي إذا استحال إصلاح الضرر.

○ الخاتمة

انطلاقاً من خصخصة الأمن تتعاقد الدول مع الشركات العسكرية والأمنية قصد تنفيذ بعض المهام العسكرية التي كانت في الأساس من مهام القوات العسكرية النظامية في الدول المتعاقدة، هذه الأخيرة تقع عليها مسؤولية احترام نصوص القانون الدولي الإنساني من خلال فرض رقابتها على أفراد قواتها المسلحة لإلزامهم باحترام القانون الدولي الإنساني وكذا كفالة احترام هذا القانون من قبل جميع الأشخاص العاملين لحسابها ومن بينهم الشركات العسكرية والأمنية الخاصة، وهو الأمر الذي يستلزم قيام مسؤولية الدول المتعاقدة في حالة انتهاك الشركات المعنية لقواعد القانون الدولي الإنساني بغض النظر عن الصفة التي تحملها هذه الشركات.

من خلال العناصر سالفة الذكر نخلص إلى عدة نتائج منها:

- لم يعد عمل الشركات الأمنية الخاصة مقتصرًا على الأعمال الأمنية، وإنما أصبحت شركات تقوم بأعمال عسكرية متعددة المهام.
- غياب الارتباط الوثيق بين الشركات العسكرية والأمنية الخاصة والدول المتعاقدة في مجال رقابة هذه الأخيرة على أعمال الشركات.

- تترتب المسؤولية الدولية للدول المتعاقدة عن أعمال الشركات العسكرية والأمنية الخاصة والجرائم التي ترتكبها هذه الشركات في أي دولة من الدول.
- لا يختلف الأمر سواء كانت الشركات العسكرية والأمنية الخاصة تقوم بمهامها باعتبارها جزء من القوات المسلحة في الدولة المتعاقدة أو بناء على تعليمات هذه الأخيرة، إذ تترتب المسؤولية الدولية عن الانتهاكات التي ترتكبها هذه الشركات.

• التوصيات

- ضرورة وضع قواعد قانونية لتسيير عمل الشركات العسكرية والأمنية الخاصة.
- التزام الدولة المتعاقدة بمراقبة عمل الشركات العسكرية والأمنية الخاصة بهدف التخفيف من حدة الانتهاكات المرتكبة من طرفها.
- التزام الدول المتعاقدة بتحمل نتائج الانتهاكات المرتكبة من طرف الشركات العسكرية والأمنية الخاصة في حالة تقصير تلك الدول في مراقبتها أو رضائها بأفعال هذه الشركات غير المشروعة دولياً.

الدراسة الخامسة:

الحماية القانونية للفرد من التعذيب

(دراسة مقارنة بين القانون الدولي والتشريع الجزائي اللبناني)

د. خالد صلاح عبد السلام

يشكّل التعذيب وغيره من أشكال سوء المعاملة، انتهاكاً خطيراً لحقوق الإنسان وكرامته، لذلك لقيت مسألة مناهضته اهتماماً كبيراً من قبل كافة المنظمات الدولية والإقليمية المعنية بحقوق الإنسان لذا تم اعتماد الكثير من الصكوك الدولية المعنية بظاهرة التعذيب.

وقد عرف التعذيب على مرّ العصور والأزمنة، وفي الحضارات القديمة، كالحضارة اليونانية والبابلية والآشورية والفرعونية والرومانية، وبأشكال وأساليب متنوعة⁽¹⁾، وقد ورد في أحد القصائد والتي تعود إلى عهد الفرعنة في 1300 ق.م، كيف كان الفرعون رمسيس الثاني يعذب السجناء⁽²⁾. وكان يستخدم التعذيب في الغالب من قبل جنود الحكام والملوك للحصول على الاعترافات ولانتزاع الحقيقة من المتهمين أو تستخدم كعقوبات واقعة على المذنبين، حيث كان ينظر للإنسان المجرم في القدم بأنه إنسان شرير، وبذلك يستحق أشدّ العقوبات. فكان التعذيب ولفترة طويلة يشكّل أمراً مشروعاً⁽³⁾.

وقد استمرت حالات التعذيب ولم تتوقف في أي زمان، كما أنها لم تنحصر بمنطقة جغرافية معينة، فقد مورس في العصور الوسطى، في شتى بقاع العالم، كالصين والهند واليابان وأوروبا

(1) Edward Peters: torture expanded edition, university of Pennsylvania press, 1996, p.p.33-34.

(2) براين اينز، تاريخ التعذيب، مركز التعريب والترجمة الدار العربية للعلوم، بيروت، 2000، ص 15.

(3) بيرنارد ج. هرود، تاريخ التعذيب، ترجمة ممدوح عدوان، ط2، دار الجندي للنشر والطباعة، دمشق، 1998، ص 12.

وغيرها من الدول والإمبراطوريات⁽¹⁾، إلا أن النظرة بدأت تتغير تجاه التعذيب في القرن الثامن عشر والتاسع عشر على الساحة الأوروبية، وإعلان فلاسفة العصر آنذاك، بأن الكفاح ضد التعذيب قد حقق النصر. إلا أن الأمر لم يطل حتى تكشف الحقائق بارتكاب أشنع أنواع التعذيب أثناء الحربين العالميتين⁽²⁾.

ولأسف إلى يومنا هذا، لا نزال نسمع، ونشاهد أشنع ممارسات التعذيب، التي ترتكب بحق الإنسانية، يندى لها جبين البشرية، وبأساليب وتقنيات حديثة، ولغايات عديدة، قد تعود لأسباب نفسية، كأشخاص يرغبون في تعذيب الآخرين، ويتلذذون برؤيتهم يتعذبون، إرضاءً لأهوائهم الشريرة⁽³⁾، أو للحصول على الاعترافات أثناء التحقيق والاستجواب. وبحيث تصبح الأداة الرئيسية لنزع الاعترافات من المتهمين، أو كعقوبات على المدانين. وقد يمارس التعذيب بشكل منظم من قبل الحكومات الدكتاتورية، للحفاظ على السلطة السياسية، باللجوء إلى ممارسة التعذيب ضد كافة معارضيها السياسيين⁽⁴⁾.

وأمام تزايد حالات التعذيب كانت ردة فعل المجتمع الدولي إقامة المؤتمرات الدولية وإقرار الصكوك الدولية في مجال مناهضة التعذيب، وحاولت أن تضع ضمانات قانونية، وآليات فعالة لمواجهتها، ولعل أهمها هي اتفاقية مناهضة التعذيب لعام 1948، والتي دخلت حيز التنفيذ في 26 يونيو 1987.

♦ أهمية البحث:

وتظهر أهمية هذا البحث من خلال الإشارة إلى أن التعذيب يشكل انتهاكاً صارخاً لحقوق الإنسان وكرامته، ويترتب على ممارسته آثار خطيرة على الفرد والمجتمع، وخاصة أنه أصبح ممارسة روتينية ومتأصلة في نفوس بعض البشر، وبعض الأجهزة الأمنية، ويرافق ذلك عادة

(1) Larry Gerber, headlines torture, the Rosen publishing group, 2011, p 15.

(2) لونة ياكيسون، وكنود سميدت نيلسن، الناجون من التعذيب، المركز الدولي لإعادة تأهيل ضحايا التعذيب كوبنهاغن والمعهد العربي لحقوق الإنسان، تونس، 2000، ص 17.

(3) مهيدب، عبد الرحمن، تجريم التعذيب في المملكة العربية السعودية والاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها مجلة الحقوق جامعة الكويت العدد (3)، السنة (35)، 2011، ص 169.

(4) Henry j. Steiner and Philip Alston, international Human Rights in Context, Oxford university press 2008, p. 225

عدم المحاسبة أو عدم جديتها، ولذلك فإن حق الفرد في حمايته من التعذيب، يحوز اهتماماً دولياً بالغاً، على اعتبار أن الفرد، يشكّل اللبنة الأساسية في المجتمع، وحمايته يشكّل حماية للمجتمع بأسره.

◆ إشكالية البحث:

أما إشكالية البحث فترتكز على الجهود الوطنية اللبنانية المبذولة في مناهضة التعذيب سواء من حيث التشريعات القانونية أو الآليات الإجرائية، إضافة للجهود الدولية المبذولة في مناهضة التعذيب، والتي تتبلور في اعتماد مجموعة من الصكوك الدولية العامة أو الخاصة المعنية بالتعذيب، وسواء أكانت هذه الصكوك عالمية أم إقليمية، مع ما تضمنته من آليات خاصة بذلك، والوقوف في كل ذلك أمام فعالية القواعد الموضوعية التي تضمنتها هذه الصكوك الدولية من ناحية، والآليات الرقابية أو التنفيذية لهذه الصكوك من ناحية ثانية، خاصة مع استمرار حدوث أعمال التعذيب وغيرها من أشكال سوء المعاملة، في أغلب بقاع العالم.

أي بمعنى آخر ماهي الحماية التي تكفلها المواثيق الدولية ذات الصلة وكذلك التشريع القانوني اللبناني للفرد من التعذيب؟

لذا سيكون الهدف من هذا البحث تسليط الضوء على الصكوك الدولية العالمية أو الإقليمية المعنية بمناهضة التعذيب، وعلى ما تضمنته من آليات، وضمانات لمناهضة التعذيب، وغيرها من أشكال سوء المعاملة، وإظهار الفارق بين الجانب النظري لهذه الصكوك وما تضمنته من أهداف وبين الواقع التطبيقي والعملي، ومدى التزام الدول الأطراف بأحكامها، فضلاً عن دراسة أهم آليات مكافحة التعذيب في التشريعات اللبنانية.

◆ أهداف البحث:

كما يهدف هذا البحث إلى توضيح مفهوم التعذيب وأنواعه، وتميزه عن غيره من المعاملات القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، وذلك بموجب الصكوك الدولية أو الآراء الفقهية، أو الأحكام القضائية للمحاكم المعنية بحقوق الإنسان، وأخيراً يهدف هذا البحث إلى لفت الأنظار إلى الممارسات الخطيرة التي تُسيء إلى الإنسانية، وتهدّد المجتمعات البشرية.

♦ مناهج البحث:

وسيتم الاعتماد في هذا البحث على المنهج التاريخي للعودة إلى تاريخ التعذيب عبر العصور والحضارات، ومن ثم سنعتمد على المنهج التحليلي، وذلك من خلال دراسة الأحكام العامة للصدوك الدولية المعنية بمناهضة التعذيب من ناحية، ومن خلال الوقوف على القواعد الخاصة لحماية ضحايا التعذيب من ناحية ثانية، إضافةً إلى اتباع المنهج العملي التطبيقي من أجل الوقوف على أهم الآراء الفقهية والأحكام القضائية المتعلقة بتجريم التعذيب في القانون الدولي من ناحية أخيرة.

♦ خطة البحث:

وسيتم تقسيم هذا البحث إلى مطلبين، يتعلق الأول بالبحث في القواعد القانونية الموضوعية الدولية المعنية بحماية ضحايا التعذيب ومناهضته، وذلك من خلال الوقوف على الصدوك الدولية العالمية والإقليمية التي كانت عامة أو خاصة بالتعذيب، والتي تضمنت تعريف للتعذيب وبينت الأفعال التي تندرج في نطاقه، وتضمنت مجموعة من الضمانات القانونية لضحايا التعذيب، فضلاً عن التطرق إلى أهم الآليات الدولية لحماية الفرد من التعذيب عبر استعراض أهم الهيئات واللجان والمنظمات الدولية والإقليمية العامة والمتخصصة في مجال مكافحة ظاهرة التعذيب وتعويض ضحايا التعذيب. وبينما سيخصص المطلب الثاني للحديث عن الإطار الموضوعي والإجرائي لمناهضة التعذيب في التشريعات اللبنانية، وذلك من خلال استعراض النصوص القانونية الواجبة التطبيق، فضلاً عن الآليات والإجراءات المساهمة في حماية ضحايا التعذيب، حيث سنقوم بالتطرق إلى آليات مكافحة جريمة التعذيب مثل ضرورة التأهيل القانوني والأخلاقي لضباط وعناصر الدرك وقوى الامن الداخلي اللبناني، إضافة إلى دور السلطة الرقابية لقضاء الحكم والتميز اللبناني، وأيضاً بيان الدور الرقابي للنيابة العامة في مكافحة جريمة التعذيب، وأخيراً التطرق إلى هيئة حقوق الإنسان عبر بيان طابعها القانوني ومهامها في مكافحة وحماية ضحايا جريمة التعذيب، وذلك على النحو الآتي بيانه:

- **المطلب الأول:** القواعد القانونية الموضوعية والإجرائية لحماية ضحايا التعذيب في الاتفاقيات الدولية.

- **المطلب الثاني:** القواعد القانونية الموضوعية والإجرائية لحماية ضحايا التعذيب في التشريعات اللبنانية.

○ **المطلب الأول: حماية الفرد من التعذيب في إطار القانون الدولي**

توجد العديد من الصكوك الدولية العالمية التي عالجت حقوق الإنسان بشكل عام دون تخصيص لحق معين، ولكنها تضمنت نصوص خاصة بالتعذيب سواء من ناحية المفهوم أو من ناحية الالتزامات التي تقع على الدول الأطراف بخصوص ضحايا التعذيب. وبالمقابل هناك اتفاقيات دولية عالمية خاصة بالتعذيب، بمعنى أنها خصصت جميع أحكامها للتعذيب، وهي اتفاقية مناهضة التعذيب لعام 1984 وبرتوكولها الاختياري لعام 2002. وبناء على ما تقدم سيقسم هذا المطلب إلى فرعين، يخصص الأول لحماية ضحايا التعذيب في ضوء الاتفاقيات الدولية، بينما سيخصص الفرع الثاني الآلية الدولية والإقليمية للحماية ضحايا التعذيب، وذلك على النحو الآتي بيانه:

- **الفرع الأول:** حماية ضحايا التعذيب في ضوء الاتفاقيات الدولية.

- **الفرع الثاني:** الآليات الدولية والإقليمية لحماية ضحايا التعذيب.

• **الفرع الأول: حماية ضحايا التعذيب في ضوء الاتفاقيات الدولية**

إنَّ الأساس الفلسفي لحق الحماية من التعذيب هو القانون الطبيعي⁽¹⁾، فحقوق الإنسان هي حقوق طبيعية خلقت ووجدت بوجود الإنسان، ولا يمكن لهذا الأخير أن يحيا بدونها، فهي تسبق في وجودها الدولة والمنظمات الدولية، وكل القوانين التي تقوم الدول بسنها لحماية حقوق الإنسان أو تلك التي تعمد المنظمات الدولية إلى تكريسها هي حقوق متأصلة يقتصر دور الدول والمنظمات الدولية في الكشف عنها وليس تقريرها⁽²⁾.

(1) يراجع: معجب الحويل، حقوق الإنسان والإجراءات الامنية، الطبعة الأولى، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2006، ص14.

(2) يراجع: ميلود المهدي، حقوق الإنسان في عالم متحول، المركز العالمي لدراسات وأبحاث الكتاب الأخضر، 2006.

وقد عمل المجتمع الدولي على ترسيخ هذه الحقوق لاسيما بالنسبة للسجون التي لا تزال تشهد في العديد من الدول انتهاكات كبرى ترقى لدرجة الجرائم ضد الإنسانية، وقد تضمنت جميع الاتفاقيات الدولية والعهود والمواثيق حظراً كاملاً لأي أعمال تعذيب يتعرض لها السجناء ضمن أماكن احتجازهم. حيث حظرت القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء التي اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين الأول المعقود في جنيف 1955 القيام بتعذيب السجناء بديناً أو نفسياً أو الإتيان بأي عمل من الاعمال التي من شأنها الحط من كرامة السجين أو إهانته⁽¹⁾.

وقد تضمنت العديد من القواعد الدولية الأخرى حظر التعذيب في السجون كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في العام 1948، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي صادقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة في العام 1966. حيث تضمن حظر تعذيب السجناء في أماكن احتجازهم في المادة السابعة منه معتبراً هذه الممارسات انتهاكاً صارخاً لحقوق الإنسان ومن أبرزها:

■ أولاً: إعلان حماية جميع الأشخاص من التعرض للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة أو الحاطة بالكرامة

لقد تضمنت المادة الأولى من هذا الإعلان⁽²⁾ تعريفاً للتعذيب الذي يتعرض له السجناء حيث يقصد به: أي عمل ينتج عنه ألم أو عناء شديد جسدياً كان أو عقلياً يتم إلحاقه عمداً بشخص ما، بفعل أحد الموظفين العموميين أو بتحريض منه، لأجل الحصول من هذا الشخص أو من شخص آخر على معلومات أو اعتراف أو معاقبته عن عمل ارتكبه، أو يشتبه بأنه ارتكبه، أو تخويفه أو تخويف أشخاص آخرين، ولا يشمل التعذيب الألم أو العناء الذي يكون ناجماً عن مجرد جزاءات مشروعة أو ملازماً لها أو مترتباً عليها في الحدود التي تتماشى مع

(1) يراجع: حسام الأحمد، حقوق السجين وضماناته في ضوء القانون والمقررات الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 82.

(2) اعتمد هذا الإعلان ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3452 (د-30) الصادر بتاريخ 9/ كانون الأول، من العام 1975.

القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء، ويمثل التعذيب شكلاً متفاقماً ومتعمداً من أشكال المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة⁽¹⁾.

■ ثانياً: اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة 1984

يقصد بالتعذيب وفق هذه الاتفاقية: أي عمل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد جسدياً كان أم عقلياً يلحق بشخص ما بقصد الحصول منه أو من شخص آخر على معلومات أو اعتراف أو معاقبته على عمل اقترفه أو يشتبه بأنه اقترفه هو بنفسه أو شخص آخر غيره، أو تخويله أو إرغامه على الاعتراف، ولأي سبب من الأسباب يقوم على التمييز أيّاً كان نوعه أو يحرض عليه أو يوافق عليه أو يسكت عنه موظف رسمي أو أي شخص آخر يتصرف بصفته الرسمية، ولا يتضمن ذلك الألم أو العذاب الناشئ عن عقوبات قانونية أو الملازم لهذه العقوبات، أو الذي يكون نتيجة عرضية لها⁽²⁾.

إنّ تحديد شرعية العقوبة أو قانونيتها يخضع للأعراف التي استقر عليها المجتمع الدولي ولما حددته المواثيق والعهد الدولية الخاصة بهذا الأمر ولا يمكن برأينا التخلي وراء العادات والتقاليد التي تعتبرها بعض الدول أساس في فرض العقوبات أو تطبيقها، فهذا الأمر سيجعل من المعايير الخاصة ببعض الدول وسيلة لإباحة التعذيب أو المعاملة اللاإنسانية تحت لواء سيادتها أو شرعية الجرائم والعقوبات الخاصة بها. والسبب الأساسي برأينا يكمن في سيادة النظام العام الدولي القائم على احترام حقوق الإنسان، فلا يمكن تبرير تعريض الموقوفين للتعذيب تحت مبرر الإرهاب مثلاً، أو أن النظام القانوني السيادي الداخلي يفرض مثل هذه الأمور⁽³⁾.

(1) يراجع: سعدى محمد الخطيب، حقوق السجناء وفقاً لأحكام المواثيق الدولية والداستير العربية وقوانين أصول المحاكمات الجزائية والعقوبات وتنظيم السجون وحماية الأحداث اللبناني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص 29.

(2) يراجع: يوسف كمال الحاج، حقوق الإنسان تعلق ولا يعلو عليها، الطبعة الأولى، مؤسسة فريدريش ناومن، مؤسسة رينه معوض، بيروت، 1999، ص 56.

(3) يراجع: محمد المجذوب، القانون الدولي العام، الطبعة السادسة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 378.

وقد أدرج التعذيب في السجون كجريمة دولية في النظم القانونية للعديد من المحاكم الجنائية الدولية كالمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا، حيث تضمن عرفت هذه المحكمة جريمة التعذيب وفق قضية furundziga بأنه إخضاع شخص لألم شديد أو معاناة شديدة جسدية أو عقلية عن طريق القتل أو الامتناع عن الفعل بشكل متعمد بهدف الحصول على معلومات أو اعتراف أو العقاب أو التخويف أو الإذلال، وقد ربطت هذا الأمر بالنزاعات المسلحة واشترطت الصفة الرسمية لأحد الأشخاص الذين يساهمون في اقتراف هذه الجريمة⁽¹⁾.

كذلك تضمنه النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة الصادر في العام 1998، حيث عرف التعذيب بأنه: "تعمد إلحاق ألم أو معاناة شديدة سواء بدنياً أو عقلياً بشخص موجود تحت إشراف المتهم بهذه الجريمة أو سيطرته، ولكن لا يشمل التعذيب أي ألم أو معاناة ينجمان فحسب عن عقوبات قانونية أو يكون جزءاً منها أو نتيجة لها"⁽²⁾. ويشترط النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أن يتم اقتراف هذه الجريمة وفق سياسة وممنهجة أو هجوم واسع النطاق ضد مجموعة من السكان المدنيين وهو شرط موضوعي في الجرائم ضد الإنسانية⁽³⁾.

• الفرع الثاني: الآليات الدولية لحماية ضحايا التعذيب

لم تكن اتفاقية مناهضة التعذيب في نصوصها بوضع آلية نظرية تسترشد بها الدول الأطراف في سبيل حماية الأشخاص المحرومين من حريتهم من التعذيب بل ذهبت إلى أبعد من ذلك عن طريق إنشاء لجان مراقبة للتأكد من التزام الدول بالتعهدات المنصوص عليها بموجب الاتفاقية. حيث تنص المادة 17 من هذه الاتفاقية على إنشاء لجنة لمناهضة التعذيب

(1) يراجع: سوسن بكة، الجرائم ضد الإنسانية في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 34.

(2) يراجع: شريف عتلم، المحكمة الجنائية الدولية، المواءمات الدستورية والتشريعية، الطبعة الثانية، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ICRC، 2004، ص 95.

(3) يراجع: المادة السابعة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998، في فقرتها الأولى.

وتدعيمها باختصاصات متعددة تشمل البحث والتحقيق بحالات التعذيب في السجون أو غيرها من المعاملات اللاإنسانية⁽¹⁾.
وتختص اللجنة بما يلي:

■ أولاً: التحقيق في ممارسات التعذيب

حيث يمكن للجنة في حال تلقيها معلومات موثوقة عن وجود انتهاكات لحقوق الإنسان تتمثل في تعذيب يمارس بشكل منظم في أراضي دولة طرف من الأطراف بالاتفاقية أن تدعو هذه الدولة إلى التعاون في دراسة هذه المعلومات وتطلب منها تقديم ملاحظات بشأنها⁽²⁾.
وتلتزم الدول الأطراف في الاتفاقية بتقديم تقرير إلى اللجنة خلال سنة من تاريخ نفاذ الاتفاقية بالنسبة لها، وتقديم تقارير تكميلية بشكل دوري كل أربع سنوات. حيث تتضمن هذه التقارير الإجراءات والتدابير الجديدة التي اعتمدها الدولة في مجال الحد من التعذيب، بالإضافة إلى التقارير التي يمكن أن تطلبها اللجنة من تلقاء ذاتها والتي يحق لها إبداء التعليقات والملاحظات عليها⁽³⁾.

وللجنة بعد أن تأخذ في اعتبارها المعلومات المقدمة إليها والملاحظات المقدمة من الدولة الطرف أن تكلف عضواً أو أكثر من أعضائها لإجراء تحقيق سري وتقديم تقرير بهذا الشأن إلى اللجنة بصورة مستعجلة، وقد يشمل التحقيق بالاتفاق مع الدولة الطرف القيام بزيارة إلى أراضي الدولة المعنية ويتوجب على اللجنة التي أجرت التحقيق إحالة النتائج التي توصلت إليها مع الملاحظات والتعليقات التي أبدتها إلى الدولة المعنية، والتي يلتمس منها التعاون في هذا المجال.
وبرأينا أن دور اللجنة في التحقيق بممارسات التعذيب بناء على المعلومات التي ترد إلى اللجنة إنما هو دور ثانوي لأنه يرتبط بقبول الدول الأطراف في الاتفاقية باختصاص هذه اللجنة ومدى تعاونها معها، وهذا الأمر يضعف من دور اللجنة في التوصل إلى الحقيقة وتأسيس المسؤولية الدولية عن وجود انتهاكات لحقوق الإنسان متمثلة بالتعذيب.

(1) يراجع: نص المادة /17/ من الاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية والمهينة لعام 1984.

(2) تراجع: المادة 20 من اتفاقية مناهضة التعذيب لعام 1984.

(3) تراجع: المادة 19 من اتفاقية مناهضة التعذيب لعام 1984.

■ ثانياً: استلام البلاغات

كما وتستطيع اللجنة استلام البلاغات والشكاوى المتعلقة بعدم التزام أي دولة طرف في الاتفاقية بأحكامها سواء أكانت هذه البلاغات مقدمة من دولة طرف في الاتفاقية⁽¹⁾ أو منظمات غير حكومية أو من اشخاص طبيعيين⁽²⁾ ويتوجب على اللجنة البحث في هذه البلاغات وإصدار التقرير الملائم.

إنّ تقديم البلاغات بالنسبة للانتهاكات الخاصة بحقوق الإنسان لا يقتصر فقط على لجنة اتفاقيات مناهضة التعذيب، بل إن اللجنة المعنية بحقوق الإنسان تعنى باستلام البلاغات الخاصة بهذه الانتهاكات لا سيما التي يتم فيها التعدي على الحقوق المضمونة في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الملحق به⁽³⁾.

أما في الشأن العربي فقد انبثق عن الميثاق العربي لحقوق الإنسان لجنة حقوق الإنسان العربية⁽⁴⁾، وهي منشأة عملاً بالمادة 45 من الميثاق بغية ضمان تنفيذ الدول العربية لهذا الميثاق، حيث تتعهد الدول الأعضاء بتقديم تقارير دورية إلى هذه اللجنة كل ثلاث سنوات.

(1) يراجع: المفوضية السامية للأمم المتحدة لحقوق الإنسان، لجنة مناهضة التعذيب، متابعة الحماية من التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، متوفر على الرابط الإلكتروني الخاص بالمفوضية:

<http://www.Ohchr.Org>

(2) تراجع: المادة 22 من اتفاقية مناهضة التعذيب لعام 1984، حيث تقرر إمكانية تقديم البلاغات للجنة من قبل الأفراد في حال تعرضهم للتعذيب شريطة أن تكون الدولة التي قامت بارتكاب الانتهاك قد اعترفت باللجنة واختصاصها في هذا المجال وأن يكون الفرد قد استنفذ طرق الإنصاف المحلية في العدالة وأن يكون البلاغ جدياً وموقفاً غير مجهول الهوية.

(3) بتاريخ 24 تشرين الأول من العام 1997 تلقت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان بلاغاً من المدعية تليستين ضد الاتحاد الروسي عن ولدها فلاديمير حيث ورد في الادعاء أن الضحية قد احتجز في مركز عمل إصلاحي وتوفي في 13 شباط من العام 1994 في مدينة نيجني تاغيل في الأورال حيث أفادت المدعية أن ولدها تعرض للضرب الشديد والتعذيب أثناء فترة قضاء العقوبة حيث شنق بسلك حديدي، وعند مراجعة النيابة العامة في المدينة رفضت هذه الأخيرة الادعاء على أمري المركز معتبرة أن الحادث انتحار، وقد أفادت صاحبة الشكوى أن جثة ابنها كانت مشوهة وقد انتزعت قطعة من لحم وجهه الأيسر ولا لسان له، وقد رفضت السلطات التحقيق في الموضوع بحجة عدم وجود أدلة كافية وقد طعنت الوالدة بهذا القرار مراراً ورفضت النيابة العامة الاستئنافية طعنها مما حداها بتقديم البلاغ للجنة المعنية بحقوق الإنسان. يراجع: البلاغات المقدمة للجنة المعنية بحقوق الإنسان، البلاغات الخاصة بانتهاك أحكام العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، البلاغ رقم 888 تاريخ 1999، تليستين ضد الاتحاد الروسي، الآراء المعتمدة في 29 آذار 2004، الدورة 80، المرفق التاسع، ص 63.

(4) بدأ سريان هذا الميثاق في 15 آذار 2008 وصادقت عليه سبع دول عربية وهي سورية والأردن والبحرين وليبيا والجزائر وفلسطين والإمارات العربية المتحدة ولم يصادق عليه لبنان حتى الآن.

إلا أن الميثاق العربي لحقوق الإنسان لا يعطي هذه اللجنة صلاحيات القيام بزيارات إلى أماكن الاحتجاز والمعتقلات، كما أن المهام الموكلة لهذه اللجنة تقتصر إلى الأسلوب العملي الذي يمكنها من تنفيذ مهامها الفقيرة أصلاً والحفاظ على حقوق الإنسان العربي المهذورة. أما بشأن الاختصاص القضائي للمحكمة العربية لحقوق الإنسان بالنسبة للنظر في الانتهاكات الحاصلة من الدول العربية فهي قاصرة ولم تفعل بعد نظراً للإعاقبة القانونية الموجودة في الأصل من خلال حصر تقديم الشكاوى إلى اللجنة من قبل الأفراد بموافقة الدولة الطرف، وهذا الأمر بحد ذاته انتهاك لحقوق الإنسان، حيث يجعل الدول حكماً وخصماً بأن واحد معاً.

○ **المطلب الثاني: حماية ضحايا التعذيب في التشريع الجزائري اللبناني**

تبعاً للدور المكمل الذي يقوم به قانون الإجراءات الجزائية فإنه يرسم الخطوات العملية الواجب اتباعها لتحقيق العدالة الجزائية وحماية المجتمع من الأفعال الجرمية أياً كان نوعها، إلا أن التطبيق الفعلي لنصوص وقواعد القوانين الإجرائية يظهر العديد من التجاوزات التي يقوم بها الأشخاص القائمين على تطبيق القواعد الجزائية الإجرائية. ويعزى هذا التطبيق لمجموعة من العوامل ومن أبرزها ردة الفعل الاجتماعية ضد الجرائم الإرهابية التي تنعكس على الإجراءات القانونية المتبعة في إطار ملاحقة مرتكبي هذا النوع من الجرائم والقبض عليهم والتحقيق معهم.

فمناصر الضابطة العدلية أو القضاة هم أبناء هذا المجتمع الذين تتال منهم الجرائم الإرهابية، وضعف الرقابة القضائية على التطبيق الخاص بالإجراءات القانونية الجزائية، حيث يبدأ هذا الأمر من مرحلة التحقيق الابتدائي الذي يعتبر فيه قاضي التحقيق أول ضمانة للنظر في بطلان إجراءات التحقيق الأولى من صحتها.

ويعتبر التعذيب في السجون، أحد أخطر الانتهاكات التي تقوم بها السلطات القائمة على احتجاز المتهمين، حيث تتنوع الوسائل والأساليب التي تدخل في إطار هذا الأمر. وسنقوم من خلال هذا المطلب بالبحث في الإطار القانوني لحماية الفرد من التعذيب في القانون اللبناني وإثر هذه الجريمة على الدعوى الجزائية. وذلك من خلال فرعين:

- **الفرع الأول:** الإطار القانوني لحماية الفرد من التعذيب في التشريع الجزائري اللبناني.
- **الفرع الثاني:** الآليات القانونية للحد من التعذيب في لبنان.

• الفرع الأول: الإطار القانوني لحماية الفرد من التعذيب في القانون اللبناني

لقد مثل التعذيب أبرز المسائل التي بحثت فيها الأمم المتحدة في سياق إرساء القواعد المرتبطة بالحفاظ على حقوق الإنسان باعتبار أن عدم الحفاظ عليها يمس صميم الحريات المدنية والسياسية⁽¹⁾، ويعتبر جريمة تآبها الإنسانية وترفضها الروح الأدمية⁽²⁾.

إلا أن الحقيقة تعكس عدم اهتمام من التشريعات الوطنية للدول بهذا الشأن إلا بإطار قليل جداً. حيث لا يزال تجريم الانتهاكات التي تمارس وبشكل يومي لحقوق الإنسان أمراً ضئيلاً يحتاج إلى اهتمام أكبر من قبل الدول وليس مجرد تضمينه النصوص القانونية وإبقائه قيد الكلمات، فلا فائدة من القول بوجوب الحفاظ على كرامة الإنسان وحرية وعدم إخضاعه للتعذيب في القانون الوطني الداخلي لأي دولة، أو أن يقرر الاجتهاد الجزائي بطلان الإجراء القائم على العنف⁽³⁾.

وبالمقابل تقوم إحدى دوريات الضابطة العدلية باعتقال شخص ما لمجرد أنه عبّر عن رأيه برفض إحدى الممارسات الخاطئة المستبدة ومن ثم تخضعه لأبشع صنوف وأشكال الضرب والإهانة وتنفنن في إذلاله، وتشارك معها السلطات القضائية في الكثير من الأحيان بتجريمه اعتبارياً دون أدلة قوية على اقترافه للجرم من جهة، وبتسترها عن منتهكي حقه في السلامة الجسدية وعدم محاسبتهم من جهة أخرى.

لقد صادقت الجمهورية اللبنانية على اتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة في عام 2000، ولم يتضمن التشريع الجزائي اللبناني تعريفاً واضحاً لجريمة التعذيب، وقد أدرج نصاً قانونياً فقط في قانون العقوبات وهي المادة 401 والتي تنص على أنه: "من سام شخصاً ضروباً من الشدة لا يجيزها القانون رغبة منه في الحصول على إقرار عن جريمة أو على معلومات بشأنها، عوقب بالحبس

(1) يراجع بهذا الخصوص كلمة رئيس الجمهورية اللبنانية ميشال عون في مقر الجمعية العامة للأمم المتحدة، متاح على

الرابط الإلكتروني الآتي: <http://almanar.com.lb/4326445> تاريخ آخر زيارة في 2020/5/10

(2) يراجع: هبة عبد العزيز المدور، الحماية من التعذيب في إطار الاتفاقيات الدولية والإقليمية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 35.

(3) تمييز جزائي لبناني، 1991/4/28، المصنف السنوي في القضايا الجزائية، عفيف شمس الدين، 1999، ص 79.

من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات، وإذا أفضت أعمال العنف عليه إلى مرض أو جراح كان أدنى العقاب الحبس سنة.

ونلاحظ أن هذا النص يفترق إلى التحديد القانوني اللازم، فهو لم يحدد صفة الفاعل في هذه الجريمة بالدرجة الأولى، ومن ثم لم يحدد ما هو المقصود في عبارة ضرراً من الشدة، فعن أي شدة يتحدث المشرع اللبناني؟؟ ومن ثم اكتفى بجعل هذه التصرفات في خانة الجرح⁽¹⁾، وهي بذاتها ترقى إلى انتهاكات لحقوق الإنسان، وتفضي في الكثير إلى موت الأشخاص الذين يتم تعذيبهم في السجون.

ولا يقتصر الأمر على قانون العقوبات اللبناني وحسب، فمبدأ المشروعية في الإجراءات الجزائية اللبنانية قائم بالنسبة لوجوب عدم تعريض المتهمين للضرب أثناء التحقيق الأولي تحت طائلة بطلان الإجراءات⁽²⁾ التي تبني على المساس بالسلامة الجسدية والنفسية للمتهمين. حيث يقرر الاجتهاد اللبناني أن التحقيقات الأولية التي تبني على تعنيف المتهم باطلاً ويجدر إهمالها وهذا الأمر ضماناً من الضمانات القانونية المقررة للمتهمين، إلا أنه يأتي متأخراً بالنسبة لصون سلامة المتهم الجسدية.

وتثور الإشكالية في هذا الأمر بالنسبة لطبيعة البطلان المقرر من قبل القانون للإجراء الجزائي القائم على انتهاك السلامة الجسدية للمتهم وتعذيبه. حيث يقرر الاجتهاد اللبناني

(1) كذلك يقرر القانون الأردني بشأن جريمة التعذيب في السجون في المادة 208 منه وهو ما يقلق لجنة مناهضة التعذيب في ملاحظاتها العامة المؤرخة بتاريخ 26 تموز 1955. يراجع للمزيد: تقرير المقرر الخاص المعني بمسألة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، بعثة الأردن من 25 حزيران حتى 29 من الشهر ذاته، 2006.

(2) يعرف البطلان على أنه جزء إجرائي يطل الإجراءات الجزائية في الحالات التي تنطوي فيها هذه الإجراءات على عيب قانوني، وهو يمنع إنتاج المفاعيل القانونية العادية للإجراء، ولم ينهج المشرع اللبناني لوضع قاعدة عامة للبطلان في حين أن المشرع الفرنسي قد نص عليها بشكل صريح في المادة 171 من قانون الإجراءات الجنائية بقوله: "IL y a nullité lorsque la méconnaissance d'une formalité substantielle prévue par une disposition du présent code ou tout autre disposition de procédure pénale a porté atteinte aux intérêts de la "partie qu'elle concerne" ولتحديد ما إذا كان البطلان يتعلق بإجراء جوهري أم لا يتم الرجوع إلى النص التشريعي حيث إذا تبين أن الغرض من تشريع البطلان في الإجراءات هو الحفاظ على مصلحة عامة أو مصلحة المدعى عليه فهو جوهري وإذا وضع لمجرد الإشارة والتوجيه كان عادياً. يراجع للمزيد: الياس أبو عيد، أصول المحاكمات الجزائية، بين النص والفقهاء والاجتهاد، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص 482-483.

الجزائي في هذا الشأن أنه وإن كان القانون اللبناني يحظر استعمال العنف والإكراه بحق المستجوبين حملاً لهم على الاعتراف. إلا أن هذا لا يعني مطلقاً إبطال مفعول كل إقرار يتم بهذه الوسيلة إذ أنه يعود للقضاء الجزائي حق تقدير صحة هذا الإقرار والاستناد إليه لاسيما إذا تعزز بقرائن وأدلة أخرى تؤيده النتيجة ذاتها التي اسند عليها الإقرار⁽¹⁾.

وباستعراض مضمون الاجتهاد القضائي السابق نرى أن القضاء الجزائي اللبناني التمييزي لم يذكر نوع البطلان الخاص بالإقرار المبني على الضرب والعنف، مع إشارته إلى أن القانون اللبناني يحظر استعمال العنف في دفع المستجوبين على الاعتراف.

وبالتالي فإن الاجتهاد يخالف النص القانوني وهو بذلك يتجاوز مبدأ الشرعية، فمجرد إشارته لما يقرره القانون اللبناني في هذا الشأن ثم مخالفته هو استهتار بالنص التشريعي. وفي تقدير الأدلة من قبل القضاء تجاوز لإجراء باطل وتأسيس عليه ولا يجوز التأسيس على باطل فما بني عليه هو من صفته، كما أن القانون اللبناني لم يضع قاعدة عامة للبطلان بل أشارت إليه بعض مواد القانون الجزائي اللبناني كالمادة⁽²⁾ 263 والمعيار فيه هو المساس بحقوق الطاعن في صحة الإجراء ولا جدل حول مساس الضرب بحق المدعى عليه جسدياً ونفسياً. لقد ناشدت منظمة مراقبة حقوق الإنسان الدولة اللبنانية بضرورة اتخاذ خطوات فعلية وعملية لمنع التعذيب لا سيما في السجون، وطالبتها بإحداث تعديل تشريعي لأجل تحقيق التوافق بين النصوص التشريعية وبين الاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب والنصوص القانونية الدولية التي تحظر انتهاك حق الإنسان في السلامة الجسدية والعقلية لا سيما في الحالات التي يكون فيها الشخص موضع اتهام بارتكاب فعل جرمي⁽³⁾.

من خلال استعراض الواقع السابق يمكن الخلاص إلى مجموعة من الحلول لهذه المشكلة

المتفاقمة وهي:

(1) تمييز جزائي لبناني، قرار رقم 108 صادر بتاريخ 1964/5/11، موسوعة الاجتهادات الجزائية، سمير عاليه، ص 200.

(2) يراجع: الدكتور عاطف النقيب، أصول المحاكمات الجزائية، منشورات عويدات، 1986، ص 493.

(3) يراجع: تقرير منظمة حقوق الإنسان، هيومان رايتس ووتش، لبنان يجب أن يتخذ خطوات لمنع التعذيب، متوفر على

الرابط الإلكتروني الخاص بالمنظمة: <http://www.hrw.org>

■ أولاً: التعديل التشريعي

إنّ النص القانوني التشريعي يمثل الضمان الأكبر في الحفاظ على حقوق الإنسان، وهذا الأمر يتطلب إرادة تشريعية لبنانية بعيداً عن الإرادة السياسية بالمطلق، حيث يفرض واقع الحال والتطور البشري الذي يعد لبنان جزء لا يتجزأ منه تطور قانوني في الحفاظ على حقوق الإنسان، لاسيما بالنسبة للاتفاقيات الدولية التي يكون لبنان طرفاً فيها في الكثير من الأحيان، ولأن اللبنانيين عماد الدولة وأساس تطورها لا بد أن تقوم الدولة بصونهم أجمعين، والحفاظ على حقوقهم الأساسية، فلا تقدم للدولة اللبنانية بدون إرادة أبنائها، فكيف لها بتطور وهم موضع انتهاك يومي جسدي وعقلي.

• الفرع الثاني: الآليات القانونية للحد من التعذيب في لبنان

حاول التشريع اللبناني التكيف مع المعاهدات والاتفاقيات الدولية، فطور منظومته القانونية والقضائية بما يتوافق وينسجم وتلك الموثيق والاتفاقيات، بعد أن صادق عليها، ومن ذلك محاولته التكييف والانسجام مع اتفاقية مناهضة التعذيب لعام 1984، حيث نصّ على تجريم التعذيب وحدد له عقوبات ووضع آليات مكافحته ومنها:

■ أولاً: التأهيل القانوني والأخلاقي لضباط وعناصر الدرك وقوى الامن الداخلي اللبناني

تعتبر الوظيفة التي يقوم بها الموظفون الرسميون انعكاساً لمدى تقدم وتطور القانون ولحضارة الدولة والنظام السياسي في هذه الدولة، وهذا الأمر يلقي تطبيقه الأساسي بالنسبة لعناصر السلطة الجزائية بشكل كبير جداً، نظراً لدورهم الأساسي في الحفاظ على أمن الوطن والمواطن.

لذا فإن تأهيل هؤلاء الأشخاص وتدريبهم بشكل خاص يساهم إلى حد كبير في وضع حد للانتهاكات التي تحدث بالنسبة لحقوق الإنسان⁽¹⁾، لاسيما بالنسبة للمتهمين في الدعاوى الجزائية، وبرأينا أن وضع معايير ثقافية وقانونية وعلمية لاختيار هؤلاء الأشخاص وإخضاعهم

(1) يراجع: تعزيز قدرات قوى الأمن الداخلي في مجال حقوق الإنسان، مركز ريسارت لتأهيل ضحايا التعذيب والعنف، الطبعة الأولى، معهد الدراسات النسائية في العالم العربي في الجامعة الأمريكية اللبنانية، بيروت، 2013، ص 41.

لدورات علمية حقوقية يساهم لحد كبير في تبديل المفهوم الواقعي السائد بالنسبة لاحتقار المتهم وتعذيبه وإهانته.

■ ثانياً: السلطة الرقابية لقضاء الحكم والتمييز اللبناني

يلعب القضاء الجزائي دوراً هاماً في هذا الشأن، فالسلطة القضائية هي الحامي الدستوري لحقوق الأفراد والمواطنين وحامي كيان الدولة وأمن المجتمع، إليه يؤول المآل عندما يعمل هذا القضاء وفق معايير النزاهة والاستقلال، ومن خلال استعراضنا للاجتهادات القضائية الجزائية المتعلقة بقضايا جزائية تعرّض فيها المتهمون للتعذيب في التحقيق الأولي يمكن القول إن رقابة القضاء على وجود التعذيب في تلك المرحلة ممكنة من خلال الآتي:

1- تراجع المتهم عن اعترافه في التحقيق الأولي كقرينة قانونية:

كثيرة هي الحالات التي يتراجع فيها المتهم عن أقواله التي أدلى بها في التحقيق الأولي أمام قاضي التحقيق أو محكمة الجنايات. حيث يعتبر هذا التراجع قرينة قانونية على تعرض المتهم للتعذيب من قبل عناصر الضابطة العدلية، وهذا الأمر يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار من السلطة القضائية التي يفيد فيها المتهم بوجود تعنيف أو ضرب قد وقع عليه⁽¹⁾. إلا أنه وباعتبار هذا الأمر قرينة لا بد أن تعزز بأدلة أخرى أو قرائن أخرى يجري تساندها للتوصل إلى حقيقة الأمر⁽²⁾.

(1) وحيث وأنه قد تبين أن المتهم تراجع عن أقواله المذكورة في التحقيق الأولي، وأفاد أمام قاضي التحقيق ومحكمة الجنايات بأنه تعرض للضرب حيث أن المحققين خلال التحقيق الأولي كانوا ينصون عليه إفادته ويطلبون منه حفظها... وأمام محكمة الجنايات فقد أفاد المتهم أنه أدلى بأقواله تحت تأثير الضرب وأن عدداً من الجنود اصطحبوه وجردوه من الثياب وأفاد بأنه لم يكن لديه مجال للإقلاط مما يطلبون إليه باعتبار أن المحقق كان يغيره بإطلاق سراحه إذا وافق على الإدلاء بما طلب منه، فضلاً عن ان المحققين قاموا بتكبير يده اليمنى بكبل معدني إلى النافذة وعلقوه فيها ولا تزال آثار الجروح الناجمة عن هذا الأمر واضحة وظاهرة، لذا فإن محكمة الجنايات ترى أن التحقيق الذي قامت به الضابطة العدلية باطل ويجب إهداره. تمييز جزائي لبناني، الغرفة الأولى، قرار رقم 11 صادر بتاريخ 2005/2/21، موسوعة القضايا الجزائية، بدوي حنا، الجزء الرابع، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الثانية، 2011، ص 77-82.

(2) جنايات جبل لبنان، قرار بتاريخ 2000/3/30، المصنف السنوي للقضايا الجزائية، عفيف شمس الدين، 2000، ص 116-117.

2- التقرير الطبي الشرعي

حيث أن هذا الأمر يساهم إلى حد كبير في إثبات تعرض المتهم إلى الضرب أثناء فترات التحقيق الأولي من قبل عناصر الضابطة العدلية، ويساهم في تأسيس المسؤولية الجزائية بالتالي لمن قام بهذا الأمر سناً لكونه جريمة معاقب عليها قانوناً⁽¹⁾.

3- شهود الحق العام

حيث وبالاستناد إلى القواعد المقررة في قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني فيما يتعلق بالاستماع للشهود وتحليفهم اليمين القانونية، فإنه وبالإمكان وفي الحالات التي يقدم فيها المتهم على التراجع عن الإفادة المدلى بها في التحقيق الأولي أمام قاضي التحقيق أو الجنايات، بالإمكان طلب الضابط العدلي أو عناصر الضابطة العدلية التي قامت بالتحقيق مع المتهم وأبرمت المحضر الرسمي أصولاً كشهود حق عام وتوجيه اليمين القانونية لهم⁽²⁾ بشأن واقعة التعذيب الذي يدلي بها المتهم⁽³⁾. ومن خلال هذا الأمر يمكن تأكيد التعرض للتعذيب والضرب

(1) وحيث أنه تبين من تقرير الطبيب الشرعي أن المتهم كان يعاني من نزيف في الأذن اليسرى، وانقلاب واسع في طبل الأذن اليمنى وآثار تكدم واسع يغطي النصف العلوي للذراع الأيسر ويوجد اصفرار موضعي على يسار الصرة، وعلى امتداد العظم الحرقفي وكدمة واسعة على الفخذ الأيسر، وهذه الإصابات وأخرى ناجمة عن الرض = أجسام ثقيلة، والصفع الشديد على الوجه والأذنين، وقد حدد التقرير وقت هذه الإصابات منذ أسبوعين وهو ما يستفاد منه تعرض المتهم لها أثناء فترة توقيفه الاحتياطي، لذا فإن محكمة الجنايات ترى بطلان التحقيق الأولي وإهماله... تمييز جزائي لبناني، الغرفة السابعة، قرار رقم 182 صادر بتاريخ 2002/6/27، موسوعة القضايا الجزائية، بدوي حنا، مرجع سابق، ص 210-211.

(2) نقض وفقاً للمادة 113 من المرسوم رقم 7855، مضمن التمييز الجزائي الصادر بتاريخ 1996/4/1، عفيف شمس الدين، المصنف السنوي في القضايا الجزائية، ص 262.

(3) وحيث أن محكمة الجنايات قد استمعت إلى إفادة الشاهد المؤهل أول (أ.د) الذي أفاد بعد تحليفه اليمين القانونية أن يؤيد مضمون المحضرين... وأضاف أنه حقق مع المتهمين المائلين في قفص الاتهام بموجب المحضرين أعلاه ولم يتعرض لأي منهم بالضرب أثناء التحقيق وقد عطف القرار المطعون فيه في باب الوقائع على الإفادة المشار إليها بما أورده من أن المحكمة استمعت إلى المؤهل أول (أ.د) تحت اليمين. يراجع: تمييز جزائي لبناني، الغرفة السادسة، صادر بتاريخ 2010/3/30. عفيف شمس الدين، المصنف السنوي في القضايا الجزائية، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2011، ص 148.

وبالتالي ترتيب النتائج القانونية على بطلان التحقيق الأولي لجهة قيامه على العنف⁽¹⁾، ولا يمكن قانوناً أخذ إفادة شاهد الحق العام إذا كان هذا الأخير من عناصر الضابطة العدلية بدون تحليف اليمين القانونية أصولاً تحت طائلة بطلان هذا الإجراء أسوة بجميع القضايا الجزائية⁽²⁾.

ويقرر الاجتهاد الجزائري اللبناني أن دعوة شهود الحق العام أمر يعود في التقدير لسلطان محكمة الموضوع ولا يقع تحت الرقابة الخاصة بمحكمة التمييز⁽³⁾، وبرأينا أن إثبات وجود التعنيف في التحقيق الأولي قد يكون صعباً في الكثير من الأحيان إما لعدم وجود التقرير الطبي الشرعي أو لعلة خوف المدعى عليه من الإدلاء بهذا الأمر أمام قضاء التحقيق أو محكمة الجنايات.

لذا فإن الاستماع لشهود الحق العام من عناصر الضابطة العدلية بعد تحليفهم اليمين القانونية يعتبر من أبرز الوسائل العملية والضرورية للتوصل إلى الكشف عن التعذيب في التحقيق الأولي بحق المتهمين، واستطراداً فإننا نخالف ما نهجت إليه محكمة التمييز الجزائية اللبنانية في هذا الشأن وحري بها أن تقرر فرض الرقابة على دعوة شهود الحق العام من عناصر الضابطة العدلية في حالات عدم وجود تقرير طبيب شرعي وعدم وجود أية أدلة أو قرائن أخرى تثبت التعذيب، وفي الحالات التي يعدل فيها المتهم عن اعترافاته في التحقيق الأولي، فيصبح أمر دعوة الشهود أمراً لازماً موجباً للبطلان في حال عدم التقيد به والحكم خلافاً له.

(1) وحيث أن إنكار المتهم في التحقيقات اللاحقة لا يفيد بالنظر إلى اعترافه في التحقيق الأولي الذي جاء بصورة عفوية، وقد أكد شاهد الحق العام أن المتهم لم يتعرض للضرب أو الإيذاء في هذا التحقيق. تمييز جزائي لبناني، الغرفة الأولى، قرار رقم 22 صادر بتاريخ 2006/1/3، موسوعة القضايا الجزائية، بدوي حنا، مرجع سابق، ص 46.

(2) ورد في قرار الهيئة الاتهامية في جبل لبنان رقم 345 تاريخ 1995 بالدعوى أساس 262/.... وحيث أن الملازم نسيب ناصر الدين منظم المحضر رقم 302/286 أكد بإفادته أمام قاضي التحقيق ولدى الهيئة = الاتهامية بأن المدعى عليهم لم يتعرضوا للضرب. يراجع: رالف الرياشي، مجموعة اجتهادات الهيئة الاتهامية، تطبيقات عملية للقاعدة القانونية، مؤسسة عز الدين للطباعة والنشر، بيروت، 1997، ص 332.

(3) تمييز جزائي لبناني، الغرفة السابعة، القرار رقم 279، صادر بتاريخ 2006/6/8، موسوعة الاجتهادات الجزائية، بدوي حنا، التمييز الجزائي، الجزء السابع، منشورات زين الحقوقية، 2011، ص 156.

■ ثالثاً: الدور الرقابي للنيابة العامة

إن حضور أحد أعضاء النيابة العامة في جلسات المحاكم الجنائية أمر واجب قانوناً حيث يحدد القانون وظيفة أعضاء النيابة العامة فيما يخص التواجد واستعراض التهم الموجهة للمدعى عليه وتأدية الدفوع الخاصة بالنيابة العامة، ويقرر القانون أنه من الواجب مراعاته أن يكون عضو النيابة العامة المترافع في القضية هو الذي تولى التحقيق في هذه القضية ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن يعهد إلى أي عضو آخر بالحضور والمرافعة⁽¹⁾ وفي هذا الأمر ضمانات قانونية يمكن الاستناد إليها في حماية المتهم من التعذيب إلى أكبر قدر ممكن عن طريق متابعة القضية الجزائية من بدايتها.

إلا أن القانون نص على أن عضو النيابة العامة الذي يحضر في جلسة المحاكم الجزائية أن يقوم بتفويض الأمر للمحكمة في الحالات التي تظهر فيها أدلة جديدة نافية للاتهام، وفي هذا الأمر قصور قانوني برأينا، فظهور الأدلة الجديدة أمام محكمة الأساس لا يقتصر فقط على الأدلة النافية للاتهام، فقد يتبين بطلان التحقيقات الأولية التي جعلت الدعوى في هذه الحالة أمام محكمة الموضوع الجزائية، هنا دور سلبي للنيابة العامة التي يتوجب عليها طلب تعزيز الأدلة بشأن وجود عنف أو ضرب في التحقيق الأولي واتباع الأصول المقررة قانوناً في تأسيس مسؤولية الموظف الرسمي الذي عمد إلى ارتكاب التعذيب⁽²⁾. ويجدر بالنيابة العامة القيام بطلب دعوة شهود الحق العام من قبل قاضي التحقيق للإدلاء بالشهادة أمامه بعد تحليف اليمين القانونية أصولاً فيما يخص تعنيف المتهم. وفي حال رفض قاضي التحقيق هذا الأمر

(1) يراجع: فرج علواني هليل، النيابة العامة والتعليمات الصادرة إليها، قانون السلطة القضائية، المكتبة القانونية، دار المطبوعات الجامعية، 1996، ص 135.

(2) طبقاً لمدونة قواعد سلوك الموظفين المكلفين بإنفاذ القانون 1979 ومبادئ الأمم المتحدة الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية 1985، ومعايير المسؤولية المهنية وبيان الواجبات والحقوق الأساسية لأعضاء النيابة العامة 1999، يلزم النواب العامون باحترام حقوق الإنسان المشتبه به أثناء عملية الملاحقة الجنائية وعليهم رفض استخدام أي دليل تم الحصول عليه بشكل غير مشروع بما يشكل انتهاكاً لحقوق الإنسان، وعلى النواب العامين أيضاً اتخاذ الإجراءات القانونية ضد الموظفين متى انتهكوا حقوق الإنسان أثناء القيام بالتحقيقات الجنائية. يراجع: الدكتور جون جاكسون، دور النيابة العامة في نظام إدارة العدالة، حقوق الإنسان وإجراءات ما قبل المحاكمة، برنامج تعزيز حكم القانون في بعض الدول العربية، مشروع تحديث النيابة العامة، UNDP، 2006، ص 28.

لابد من استئناف قراره هذا حتى وإن لم يكن يحمل الصفة القضائية ويدرج في خانة القرارات الإعدادية⁽¹⁾.

■ رابعاً: الهيئة الوطنية لحقوق الإنسان

في أواخر العام 2016 صادق مجلس النواب اللبناني على مقترح القانون الرامي إلى إنشاء الهيئة الوطنية لحقوق الإنسان التي تتضمن لجنة الوقاية من التعذيب كما عدلته لجنة الإدارة والعدل في المجلس⁽²⁾، ويتضمن مقترح القانون على مجموعة من النقاط الآتية:

1- الطابع القانوني الخاص بالهيئة وتشكيلها:

تعتبر الهيئة الوطنية لحقوق الإنسان المتضمنة لجنة الوقاية من التعذيب هيئة مستقلة وتمتع بالشخصية المعنوية وبالاستقلال المالي والإداري، ويؤدي أعضاء هذه الهيئة وموظفيها والتابعون لها عملهم ومهامهم بشكل مستقل عن أية سلطات أخرى وفق أحكام القانون الناظم لها.

أما اللجنة فهي تتبع هيكلياً للهيئة إلا أن التقارير التي تضعها تكون بشكل مستقل دون تدخل الهيئة، وتتشكل الهيئة من عشرة أعضاء يكون خمسة منهم أعضاء في اللجنة الوطنية للوقاية من التعذيب ويعينون جميعاً بمرسوم يتخذ بناء على قرار يتخذ في مجلس الوزراء لمدة ست سنوات غير قابلة للتجديد⁽³⁾.

⁽¹⁾ قرار الهيئة الاتهامية رقم 404/1995، الدعوى أساس 183 لعام 1995، صادر بتاريخ 14/11/1995، كذلك عاطف النقيب، أصول المحاكمات الجزائية، ص 526، كذلك عبد الله الناصر، الدعوى العامة أمام الهيئة الاتهامية، ص 257 و258، مشار إليهم لدى: القاضي رالف الرياشي، مجموعة اجتهادات الهيئة الاتهامية، مرجع سابق، ص 337.

⁽²⁾ للاطلاع على القانون رقم 62 المتعلق بإنشاء الهيئة الوطنية لحقوق الإنسان المتضمنة لجنة الوقاية من التعذيب يراجع:

موقع رئاسة مجلس الوزراء، متاح على الموضوع الإلكتروني الآتي:

<http://www.pcm.gov.lb/arabic/subpg.aspx?pageid=13560>

تاريخ آخر زيارة في 11/5/2020

⁽³⁾ تقترح الهيئات التالية أعضاء الهيئة:

1- عضو من ستة من القضاة السابقين يسميهم مجلس القضاء الأعلى.

2- عضو من ستة من ذوي الخبرة في القانون الجزائي أو قانون حقوق الإنسان أو القانون العام تسميهم مناصفة نقابتا

محامين بيروت وطرابلس.

2- مهام الهيئة واللجنة:

ينص القانون المنشئ على أن الهيئة واللجنة في إطار عملها تتمتع بصلاحيات الاتصال بالسلطات والاجهزة اللبنانية أو الأجنبية وتطلب منها تزويدها بالمستندات أو المعلومات التي تراها مفيدة لحسن ممارسة مهامها وعلى السلطات اللبنانية والاجهزة المعنية الاستجابة لطلبها دون إبطاء.⁽¹⁾

حيث تعمل الهيئة على حماية حقوق الإنسان وتعزيزها في لبنان وفق المعايير الواردة في الدستور اللبناني والإعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقيات والمعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان والقوانين اللبنانية المتفقة مع هذه المعايير⁽²⁾. بالإضافة إلى أداء المهام الخاصة المحددة في هذا القانون، ولها ان تتواصل بشكل مستقل مع الهيئات الدولية والمحلية المعنية بحقوق الإنسان وبشكل خاص فإن الهيئة تضطلع بالمهام الآتية⁽³⁾:

- رصد مدى تقيد لبنان بحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني ووضع ونشر التقارير الخاصة أو الدورية بشأنها.
- المساهمة المستقلة في التقارير المتوجبة على الدولة اللبنانية.
- إبداء الرأي في كل ما تستشار به الهيئة من المراجع المختصة أو تبادر إليه لناحية احترام معايير حقوق الإنسان، ولها من تلقاء ذاتها إبداء الرأي في جميع

3- عضوين من ستة من المختصين أحدهما في الطب النفسي والآخر في الطب الشرعي تسميهما مناصفة نقابتا الأطباء في بيروت وطرابلس.

4- عضو من ستة من ذوي الخبرة بالقانون الدولي الإنساني تسميهم مناصفة نقابتا محامين بيروت وطرابلس.

5- أستاذ جامعي من ثلاثة من المختصين في حقوق الإنسان أو الحريات العامة يسميهم مجلس العمداء في الجامعة اللبنانية.

6- عضو من أربعة أعضاء تسميهم نقابتا الصحافة والمحررين.

7- ثلاثة أعضاء من 12 من الناشطين في حقوق الإنسان تسميهم اللجنة النيابية لحقوق الانسان، بناء على ترشيحات مقدمة من منظمات المجتمع المدني العاملة في مجال حقوق الإنسان على أن يتم تركيبة كل مرشح من ثلاث

جمعيات لبنانية على الأقل. يراجع: المادة 2 من نص القانون رقم 62 لعام 2016.

(1) تراجع: المادة 14 من القانون رقم 62 لعام 2016.

(2) تراجع: الفقرة (أ) من المادة رقم 15 من القانون رقم 62 لعام 2016.

(3) تراجع: الفقرة (ب) من المادة رقم 15 من القانون رقم 62 لعام 2016.

التشريعات والمراسيم والقرارات ومشاريعها والسياسات المتبعة في هذا الخصوص.

- تلقي الشكاوى والإخباريات التي تردّها والتي تتعلق بانتهاكات حقوق الإنسان والمساهمة في معالجتها عن طريق المفاوضة والوساطة أو عن طريق المقاضاة.
- المساهمة في نشر ثقافة حقوق الإنسان وتحفيز تنفيذ برامج التربية على حقوق الإنسان وتطويرها.

أما لجنة الوقاية من التعذيب ضمن الهيئة فهي تعمل على حماية حقوق الأشخاص المحتجزين والمحرومين من حريتهم وفق احكام هذا القانون ووفقاً لالتزامات لبنان بموجب البروتوكول الاختياري لاتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة.

وتتولى اللجنة بمفهوم البروتوكول الاختياري لاتفاقية مناهضة التعذيب مهام آلية الرقابة الوطنية وذلك لحماية حقوق الاشخاص المحتجزين والمحرومين من حريتهم، وتتمتع بالشخصية القانونية المستقلة في كل ما يتعلق بالتعذيب والوقاية منه⁽¹⁾، كما أن الهيئة واللجنة تضع في حدود اختصاصهما تقريراً موحداً يتضمن برنامجهما السنوي وإنجازاتها والصعوبات التي واجهتها وترفع الهيئة تقريراً موحداً إلى رئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الوزراء ورئاسة مجلس النواب ورئيس مجلس القضاء الأعلى، وينشر في الجريدة الرسمية ويعود لمجلس النواب أن يناقش هذا التقرير.⁽²⁾

3- مهام الهيئة واللجنة فيما يتعلق بتلقي الشكاوى:

في إطار قيامها بعملها فإن الهيئة واللجنة تقوم بالإجراءات الآتية:

(1) تراجع: الفقرة (ج) من المادة رقم 15 من القانون رقم 62 لعام 2016.

(2) يحرص التقرير الذي تقدمه الهيئة واللجنة بشكل مشترك على عدم إيراد أية بيانات شخصية أو تفصيلية تكشف عن هوية الضحايا أو الشهود دون الحصول على موافقة صريحة منهم. تراجع: الفقرة (د) من المادة 15 من القانون رقم 62 لعام 2016.

- تلقي الشكاوى والمساهمة في معالجتها:

حيث أن الهيئة تتلقى الإخباريات والشكاوى المتعلقة بانتهاكات حقوق الإنسان في لبنان من أي شخص طبيعي أو معنوي لبنانياً كان أو غير لبناني، ولها أن تتقصى الوقائع والادلة المتعلقة بها وتساهم في معالجتها⁽¹⁾.

- أصول تقديم الإخباريات والشكاوى:

حيث أن الهيئة تضع في نظامها الداخلي تفاصيل والشكاوى والإخباريات التي تؤمن جدية الشكاوى أو الإخبار وسلامة الشاكي أو المخبر وسرية المراسلة عند الاقتضاء، ولا يحق للهيئة ولا لأي عضو من أعضائها أو العاملين فيها الكشف عن اسم الشاكي أو المخبر وهويته بصفته هذه من دون موافقته الخطية المسبقة، حتى بعد وصول القضية إلى الهيئات القضائية أو التأديبية المختصة⁽²⁾.

- الاستقصاء:

تكلف الهيئة من أعضائها فور استلامها الشكاوى أو الإخبار مقررأ أو أكثر لإجراء عمليات الاستقصاء والإشراف عليها واستكمال المعلومات المعلن عنها بجميع الوسائل المتاحة، وللمقرر أن يجمع كافة المعلومات المتاحة بنفسه، وعلى السلطات التنفيذية والإدارية والقضائية المختصة والجهات كافة أن تتعاون معه عند طلبه. وفي حال عدم تعاون السلطات المعنية ضمن مهلة اقصاها أسبوعان من تاريخ التبليغ له مراجعة الجهات المختصة لاتخاذ الإجراءات المناسبة⁽³⁾.

- مآل الاستقصاء:

تقرر الهيئة في ضوء نتائج الاستقصاء، حفظ ملف الشكاوى أو محاولة حل سبب الشكاوى عن طريق المفاوضة أو الوساطة في كل ما يتعلق بالحق الشخصي أو تقديم الإخباريات

(1) تراجع: المادة 17 من القانون رقم 62 لعام 2016.

(2) تراجع: المادة رقم 18 من القانون رقم 62 لعام 2016، الفقرة أ و ب.

(3) تراجع: المادة 19 من القانون رقم 62 لعام 2016.

للنيابات العامة التي عليها إبلاغ الهيئة سير الاستقصاء الذي تقوم به وبنتيجته أو مساعدة الشاكي في تقديم المراجعات اللازمة أمام الجهات المختصة، وتلتزم الهيئة بموجب حفظ سرية التحقيقات المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات الجزائية⁽¹⁾.

4- الصلاحيات المرتبطة بالمتابعة والتقييم ووضع التقارير:

تقوم الهيئة بمتابعة وتقييم واقع حقوق الإنسان والقانون الدولي الانساني في لبنان، وتضع وتنتشر عند الاقتضاء التقارير الخاصة أو الدورية بشأنها ولو على سبيل المثال وليس الحصر القيام بالنشاطات الآتية⁽²⁾:

- متابعة وتقييم القوانين وكافة المراسيم والقرارات الإدارية، وأعمال والامتناع عن أعمال سائر السلطات العامة، المركزية واللامركزية، والهيئات التي تؤدي خدمة عامة أو ذات منفعة عامة وقياسها وفق معايير حقوق الإنسان.
- رصد وتوثيق انتهاكات حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني طيلة فترات النزاع المسلح والمتابعة بجميع الوسائل المتاحة لوضع حد للإفلات من العقاب.
- وضع تقارير عامة وتقارير خاصة بشأن حالات محددة من الانتهاكات تتضمن توصيات، وتسعى الهيئة إلى تنظيم حوارات بشأن التقارير مع السلطات المعنية ومع الهيئات والمواطنين والإعلام.
- تقديم المشورة بشكل مستقل في معرض وضع التقارير المتوجبة على الدولة اللبنانية بموجب اتفاقيات دولية أو اقليمية واقتراح التوصيات المستقلة بشأنها، ومتابعة تطبيقها بالتعاون مع سائر السلطات والمؤسسات والأجهزة المعنية، وللهيئة أن تحت الإدارات المعنية على تقديم التقارير المتوجبة في الأوقات المحددة لها وضمن الأصول المتوجبة⁽³⁾. إنَّ التمعن في النصوص القانونية السابقة تدفعنا للقول بأن المشرع اللبناني يسمو بالقانون إلى مرتبة القوانين المتطورة في الدول الديموقراطية التي تقوم على احترام الإنسان والحفاظ

(1) تراجع: المادة 20 من القانون رقم 62 لعام 2016.

(2) تراجع: المادة 16 من القانون رقم 62 لعام 2016.

(3) تراجع: الفقرة (ب) من المادة 16 من القانون رقم 62 لعام 2016.

على الحريات العامة وصون ما يرتبط بالشخصية الإنسانية بالشكل الذي يحافظ على العدالة الجنائية في إطار حماية المجتمع من الجريمة. إلا أنه وبالرغم من وجود منظومة قانونية يمكن الاستناد من خلالها إلى الحد من الانتهاكات التي يتعرض لها المتهمون في إطار الدعوى الجزائية يبقى الواقع العملي والميداني مليئاً بالعديد من التجاوزات لاسيما في إطار التحقيقات الأولية التي يتم إجراؤها من قبل ضباط وعناصر الضابطة العدلية.

وقد نجد لهذه الاشكالية تطبيقاً حتى في إطار التحقيق الابتدائي عندما لا يقوم قاضي التحقيق من ابطال التحقيق الأولي في حال تثبت من وجود عنف تمت ممارسته على المتهم سواء معنوياً او نفسياً. وهذا الامر يفقد المتهم أحد العناصر القانونية التي تساهم في حمايته من التعرض للتعذيب وصون حقوقه القانونية، فلا يكفي أن يقوم قاضي التحقيق بإعادة التحقيق مع المتهم ومحاولة جمع لأدلة أكبر ومقاطعة المعلومات مع بعضها البعض لأجل أن يقوم بعملية التكييف القضائي واتخاذ القرار بمآل الدعوى.

فمن واجب قاضي التحقيق أن يكون حكماً موازناً بين المصلحة العامة للمجتمع والمتمثلة في الحد من الجريمة والعقاب عليها، وبين الحفاظ على حقوق المتهمين والتحري فيما إذا كان هؤلاء الأشخاص قد تعرضوا للتعذيب أو تم انتهاك حقوقهم في التحقيقات الأولية.

فهذا الأمر برأينا رسالة لا بد وأن يؤديها قاضي التحقيق وما يعلوه من قضاة كالهيئة الاتهامية وقضاة محكمة الأساس، فبدون الحفاظ على حقوق المتهمين لا يمكن للنظام القانوني أن يستمر صحيحاً ومعافى وسيساهم الإرهاب القانوني الذي تتم ممارسته في إطار السلطة القضائية لإيجاد إرهاب أخطر وأعنف كردة فعل على الشعور بالظلم، لا سيما بالنظر إلى واقع المؤسسات العقابية في لبنان والعديد من الدول العربية ودول العالم الثالث، والتي لا تطبق النهج الإصلاحية بشكل فعلي.

أما فيما يخص الهيئة المحدثة وفقاً لمقترح القانون رقم 62 لعام 2016 فبرأينا أنّ الطبيعة القانونية الخاصة بها تجعلها في موقع مهم جداً وعلى أكثر من إطار، الأول فيما يتعلق بوظيفتها في تلقي الشكاوى المتعلقة بوجود انتهاكات لحقوق الإنسان لا سيما فيما يتعلق بالتعذيب ضمن التحقيق الأولي والتوقيف الاحتياطي. إلا أن الآلية التي تعمل وفقها هذه الهيئة تقوم على المصالحة والتفاوض، وهذا الامر لا يزال يحمل غموضاً لا سيما في تحديد الجهة

التي سيتم التفاوض معها. فالتعذيب ضمن التوقيف الاحتياطي ومعظم الانتهاكات التي يتعرض لها المتهمون في الدعاوى الجزائية تشكل جرائم محاسب عليها في القانون⁽¹⁾، فأى مصلحة أو تفاوض سيتم بين المتهم الذي انتهكت حقوقه وبين الجهة الرسمية التي قامت على انتهاك حقوقه؟ لا سيما أن فعل الانتهاك هذا يرتب مسؤولية جزائية ومدنية على عاتق موظفي هذه السلطات. فليست هذه الانتهاكات جزء من منهجية نزاع مسلح حتى تصبح الهيئة جهازاً من أجهزة العدالة الانتقالية حتى تقوم بوظائفها عن طريق التفاوض.

ولكن القانون رقم 62 لعام 2016 قد منحها الحق في تلقي الشكاوى والادعاء بها إلى النيابة العامة، وفي هذا الأمر تكريس لحق المتهمين الذين يتعرضون للتعذيب أو الانتهاكات في استيفاء الحقوق لا سيما في حال تخوفهم من التشكي على جهات رسمية. وما يعزز هذا الأمر ما نص عليه القانون ذاته في إلزامية تزويد الهيئة بالوثائق والمعلومات من أية جهة رسمية قد يطلب منها ذلك، وبالتالي ستكون الأدلة أكبر على وجود الانتهاكات وهذا سيعزز المحاسبة عنها قانوناً.

○ الخاتمة

يشكل التعذيب وغيره من أشكال سوء المعاملة، إحدى الممارسات الخطيرة التي تمس الكرامة الإنسانية وتهدها، وتشوه الحضارة والقيم الإنسانية، التي زرعها الله سبحانه وتعالى بالبشر.

وإن ظاهرة التعذيب ليست بظاهرة جديدة بل هي قديمة قدم المجتمعات الإنسانية، ولكنها كانت تشكل ممارسات مشروعة وبذرائع عدّة، ولكن بعد التطور في الفكر والحضارة الإنسانية، والتي رفضت الانجرار وراء هذه الذرائع التي تبرر التعذيب، بُذلت الجهود الكبيرة من قبل

(1) إن مسؤولية الدولة عن الانتهاكات التي يتعرض لها مواطنوها هي مسؤولية دولية، فمن اليوم الذي يولد فيه التزام دولي يقضي باحترام الامتيازات الأساسية الممنوحة للفرد يعتبر انتهاكه نشاطاً غير مشروع ويفتح الباب واسعاً أمام الدول والمنظمات الدولية للتصرف بموجب الوسائل المعترف بها في الأحكام القانونية العالمية فالمخالفات الجسيمة المنهجية والمتزايدة والواقعة على حقوق الإنسان من شأنها إثارة السخط والغضب للرأي العام وحث البلدان والمنظمات العالمية على اللجوء لتدابير مختلفة من أجل تأمين احترام هذه الحقوق. Amparo sanjose Gil: La responsabilité internationale des états pour les violations des droits de l'homme publie dans "l'homme a laubé du 2 le siècle" Bruylant، 1999، p.783.

الأفراد والمنظمات والجمعيات، سواء الدولية أم الوطنية، من أجل وضع حدٍ لهذه الممارسات، ومن أجل ذلك عُقدت الكثير من الاتفاقيات الدولية والإقليمية والتي تتناول موضوع التعذيب بشكل خاص، أو من ضمن جملة حقوق الإنسان بشكلٍ عام.

وقد حاولت بعض هذه الاتفاقيات سواء الدولية العالمية أم الإقليمية، وضع تعريفات محددة للتعذيب وغيره من أشكال سوء المعاملة الأخرى والتي لاتصل لدرجة التعذيب، وقامت بذكر آليات وضمانات لمناهضتها، ولكن كان التباين واضحاً بين هذه الاتفاقيات، بشأن هذه الآليات والضمانات. فمنها من كان يوفر ضمانات وآليات ذات فعالية أكبر من غيرها من الاتفاقيات، ولكن الواقع العملي أظهر فجوة عميقة بين النص والتطبيق العملي، وبين هشاشة هذه الاتفاقيات ولكن بدرجات متفاوتة، فبالرغم من كل هذه الاتفاقيات والإعلانات، فنرى أن التعذيب لا يزال يمارس، وبشكلٍ منظم وفي بعض الأحيان من قبل دول كانت سبّاقة في الانضمام إلى هذه الاتفاقيات، وأمام ما تقدم يمكن استنتاج ما يلي:

أولاً- أن الأمر لا يتعلق بكثرة هذه الاتفاقيات أو بالانضمام الشكلي إليها من قبل الدول، بل الأمر يحتاج إلى إرادة سياسية حقيقية من جانب الدول والحكومات، لكي تضع آليات فعّالة، والتزاماً ينبع من إرادة سياسية للقضاء على هذه الظاهرة، بالإضافة إلى تفعيل نصوص الاتفاقيات المتعلقة بمناهضة التعذيب، وبلا شك أن أحد أسباب عدم فعالية هذه الاتفاقيات، هو التحفظات التي تبديها الدول على أحد بنودها، كالتحفظ على عمل أحد اللجان المنشئة بموجب الاتفاقية، حيث تفقد هذه الاتفاقيات الغاية الرئيسية التي أنشأت من أجلها. بالإضافة إلى عدم وجود قضاء مستقل قادر على معاقبة كل شخص مارس التعذيب، أو ساعد أو حرّض على ممارسته، وضعف الآليات القادرة على تنفيذ الجزاءات بحق الدول المخالفة لنصوص الاتفاقيات.

ثانياً- كما أن الأمر متعلق بتربية المجتمع بشكل عام على مبادئ حقوق الإنسان، ووعي الناس وإدراك خطورة ممارسة التعذيب على الفرد وعلى المجتمع على حدٍ سواء، بالإضافة إلى وجود أجهزة شرطة وأجهزة أمنية مدربة على التعامل مع الأشخاص الموقوفين والمحتجزين.

وأمام ما تقدم من استنتاجات يمكن تقديم المقترحات الآتية:

أولاً- في سبيل تحقيق فعالية أكبر للقضاء على التعذيب وغيره من أشكال سوء المعاملة بالإضافة إلى وجود إرادة سياسية، وتوجه عام من قبل الحكومات إلى عدم اللجوء إلى هذه الممارسات، تحت أي ظرف أو أي زمان أو أي مكان يجب تدريب موظفي الحكومة المعنيين باحتجاز الأشخاص، وكافة الأجهزة الأمنية التابعة للدولة على كيفية احترام حقوق الإنسان أثناء أداء عملهم.

ثانياً- إدراج جريمة التعذيب ضمن التشريعات الوطنية بشكل صريح، وتحديد العقوبات الرادعة بحق كل من يرتكبها، أو يحاول ارتكابها، أو يسكت عن ارتكابها.

ثالثاً- من واجب الدولة أن تقوم بإجراء تحقيقات سريعة ونزيهة بشأن حوادث التعذيب كلما دعى الاعتقاد بارتكابها.

رابعاً- على الأشخاص العاملين في مجال الحقل الصحي أن يكونوا على مستوى أخلاقي عالي من حيث عدم المشاركة بأي عمل من شأنه أن يشكّل مساهمة في جريمة التعذيب.

خامساً- تعويض ضحايا التعذيب وتأسيس مراكز لتأهيلهم، ومساعدتهم في استعادة حياتهم الطبيعية.

سادساً- تفعيل الآليات التي وردت في المعاهدات المعنية بالتعذيب، وعدم التحفظ على عملها بل تسهيلها، وتقديم العون والمساعدة لها، وإنشاء نظام فعّال لزيارة أماكن الاحتجاز والاعتقال من دون أية عراقيل.

سابعاً- وينبغي على الدول أن تأخذ واجباتها الدولية على محمل الجد، ويجب على تلك التي لم تصادق على اتفاقية مناهضة التعذيب أن تبادر إلى القيام بذلك. ويجب على تلك التي لم تصدق على البروتوكول الاختياري لاتفاقية مناهضة التعذيب 2002 أن تفعل ذلك.

الدراسة السادسة:

جيوسياسة المجاري المائية الدولية؛ "سد النهضة" أنموذجاً

د. غادة حبّ الله

ما لا شك فيه، أنّ المياه بمختلف أشكالها من مياه جوفية إلى مياه البحار والأنهار تُعدّ من أكثر الموارد الطبيعية أهميّة، والمتصلة ببناء قوة الدولة الاقتصادية، والسياسية تاليًا؛ لذلك فإنّ مصطلح المياه هو حدث جيوسياسي، يؤثر بشكل مباشر على العلاقات بين الدول من حال حُسْن الجوار إلى الصّراع الدوليّ وانتهاءً بحرب محتملة قد تنشب تحت عنوان "حرب المياه". ولعلّ أبرز المشكلات التي تشهد تضاربًا وانقسامًا حادّين بالرؤيا حولها هي مسألة المجاري المائية الدولية وحقوق الدولة عليها.

برزت هذه المشكلة مع بروز الحاجات المستجدة للدول للاستخدامات غير الملاحية للمجاري المائية الدولية، كحاجتها لتوسيع رقعة الأراضي الزراعيّة محاولةً منها لمواكبة الزيادة السكانية الهائلة، وكذلك على مستوى توليد الطّاقة الكهربائيّة كبديل عن تلك التي تُعتمد في توليدها على النّفط. ولقد شهدت السّاحة الدوليّة الكثير من المشكلات ذات الصّلة، ولعلّ أبرزها وأحدثها حاليًا تلك القائمة بين أثيوبيا ومصر والسودان، بسبب شروع أثيوبيا ببناء سدّ النهضة وبدء المرحلة الأولى من ملئه، على المجري المائيّ الدوليّ لنهر النيل الأزرق الذي يُعدّ الشريان الحيوي لمصر والسودان، الأمر الذي قد يؤدي إلى إلحاق الضّرر بالدولتين إلى حدّ الكارثة على المستويين الاقتصاديّ والبيئيّ، وعلى مستوى الأمن الاجتماعيّ كما زعمت مصر والسودان.

مرّت المفاوضات بين أثيوبيا ومصر والسودان بكثير من المراحل، عَقِدت فيها الكثير من اللقاءات وجولات المفاوضات، والتي لم تُفلح كلّها في إيجاد صيغة حلّ للمشكلة القائمة، وذلك نتيجة تباين المواقف والآراء حول مفهوم حقّ الدولة على المجري المائيّ الدوليّ، بشكل عام، وحقّ كلّ دولة من تلك الدول على مجري النيل بشكل خاص، ومدى تأثير هذا الحقّ سلبيًا على

الدول المتشاطئة على ذلك المجرى الدولي، ما أدى بالأمس القريب إلى الانتهاء بالمفاوضات بين الدول المعنية بوصفها مفاوضات متعثرة.

♦ إشكالية البحث:

إن هذا البحث يتعامل مع مشكلة الانقسام الفقهي الحاد حول حق الدولة على المجرى المائي الدولي، فبين من ينادي بالنظريات الفقهية التقليدية كحق السيادة المطلقة للدولة على المجرى المائي، وبين من ينادي بالنظرية الفقهية الحديثة كحق الانتفاع، وهذا يضيق الكثير من حقوق الشعوب. كذلك يتعامل هذا البحث مع إشكالية تبرز من طبيعة الآثار السياسية والاقتصادية السلبية وحجمها، والمحتملة على مصر والسودان، وبخاصة على الأمن المائي وبالتالي الأمن القومي، من جراء بناء سد النهضة الأثيوبي، إذ يمكنني انطلاقاً من هذا الحدث الجيوسياسي طرح عدة تساؤلات محورية:

- هل يحق لكل من مصر والسودان المطالبة بالانتفاع من مياه النهر بالكمية التي تراها مناسبة؟ وهل يحق لهما المطالبة بالحصص التاريخية لهما؟
- هل فعلاً سد النهضة سوف يؤثر سلباً على اقتصاد كل من مصر والسودان وعلى أمنهما القومي؟
- هل أن مسألة السد تتجاوز المسائل التقنية وتطرح سباقاً جيوسياسياً بين الدول الثلاث في حوض النيل؟
- هل لإسرائيل الدور الفاعل في مسألة بناء السد؟

اتفاقية المجاري المائية الدولية

شكلت أزمة مشروع سد النهضة الأثيوبي أضراراً ضخمة على حصة كل من مصر والسودان، وسرعان ما تحولت إلى مشكلة متعددة الجوانب والأبعاد والأطراف. ووصلت المفاوضات بشأن سد النهضة بين مصر وأثيوبيا والسودان إلى طريق مسدود، ما دفع الخرطوم إلى تعليق مشاركتها في جولة المفاوضات الأخيرة التي عقدت في 21 تشرين الثاني للعام 2020.

لم يكن هذا التّعثر هو الأول، قبل ذلك فشلت الوساطة الأميركية بجرّ أثيوبيا إلى التّوقيع على مقترح اتفاق تقدمت به محاولة إيجاد حلول لخلافات الدّول الثلاث، إذ أخذت دولة جنوب أفريقيا بصفقتها رئيس الاتّحاد الأفريقيّ هذه المهمة، إذ تؤديّ حالياً دور الوسيط في نزاع طويل الأمد. محاولة منها التّوصل إلى حلّ يجنّب المنطقة المزيد من الاضطرابات والحروب. عبر محاولة إشتراح حلّ عادلٍ يرضي جميع الدّول. ولعلّ من أبرز الأمور المهمة التي يمكن أن يقدمها هذا البحث هي: تسليط الضوء على سدّ النّهضة الأثيوبيّ، ودراسة تأثير وجوده الإيجابيّ لأثيوبيا والسليبيّ لكلّ من مصر والسّودان، وذلك بعد تبيان الواقع المائيّ لكل من الدّولتين الأخيرتين. من الأهميّة بمكان، إلقاء الضوء على الدّور الإقليمي والدّوليّ في بناء سدّ النّهضة، وتحديدًا الدّور الإسرائيليّ الواضح منذ نشوء فكرة السدّ، مبيّناً الهدف الإسرائيليّ من وراء التّدخل المباشر في أثيوبيا. كذلك يكتسب هذا البحث أهميّة كبرى من خلال إلقاء الضوء على السّباق الجيوسياسيّ القائم بين كل من مصر وأثيوبيا والسّودان، والذي يجاوز بكثير المسائل التقنيّة لسدّ النّهضة. وما نجده بالغ الأهميّة في موضوع بحثنا، هو أنّه موضوع حديث ومستجدّ، إذ يمتاز بأحداثه المتلاحقة والمتسارعة. وهنا تكمن بعض صعوبات البحث، إذ لا وضوح إلى ما ستؤول إليه نتائج المفاوضات، أو حتى الحلول التي لا يزال يكتنفها الكثير من الغموض، ما يُقيي الأمور مفتوحة على الحلول الدبلوماسية منها أو السياسيّة أو حتى العسكريّة.

○ أولاً: مفهوم المجري المائيّ الدّوليّ

إنّ مفهوم الانهار الدّولية تعرّض عبر العصور لكثير من التّطورات، ففي بادئ الأمر ارتبطت هذه الأنهار بالأوضاع السياسيّة التي كانت تسود الدّول المجاورة لها، لكون العامل الأبرز الذي كانت تتسم به هذه الأنهار هو الملاحة، حيث كانت تشكّل هذه الأنهار وسيلة اتصال تجاريّة أو ربّما عسكريّة تستخدمها القوى الكبرى. فقد رأى القانون الرّومانيّ المياه الجارية ملكاً عامّاً تماماً كما الأجواء والبحار، فكانت الملاحة النهرية تمارس بحريّة تحت رقابة الدّول المعنيّة التي كانت تتقاضى الرّسوم والضرائب على التّجارة الحاصلة، وذلك بغية الإعتناء بالمجري المائيّ للنهر⁽¹⁾.

(1) ROUSSEAU Charles, Droit international public, t.4: Les relations internationales, ed. Sirey, 1980 p. 487.

إلا أنّ النّظام الاقطاعي الذي ساد في القرون الوسطى، والذي احتكر الملاحة في الجزء الذي يمر في اقطاعيته، فرضاً رسوماً استثنائية على الملاحة الواقعة فيه مشكلاً بذلك انتكاسةً حقيقية للقانون الذي كان سائداً، ما أدى إلى تعطيل الدور التقليدي للأنتهار الدولية بوصفها صلة وصل بين الشعوب والدول، "ولقد استمرت هذه الأوضاع على حالها إلى نهايات القرن الثامن عشر، إذ شهدت تلك الحقبة انتصار الأفكار التحررية التي نادى بها الثورة الفرنسية آنذاك، ومع بداية القرن التاسع عشر برزت أولى إشارات مفهوم "النهر الدولي" في معاهدة باريس للسلام في 1814/5/30. ومع تطوّر الاستثمار للمياه لأغراض الملاحة، كان لا بدّ من تطوّر متناسب لمفهوم النهر الدولي فكان مؤتمر فيينا، في العام 1815، والذي عمل على تحديد المبادئ التي تحكم نهر الرين، حيث وضع آنذاك أحكاماً قابلة للتطبيق على جميع الأنهار الدولية.

كرست هذه المبادئ حرية الملاحة في الأنهار الدولية وضرورة التفاهم بين الدول المتشاطئة للنهر على تنظيم الملاحة فيه، فقد عمل المؤتمر على إدخار خاصية الملاحة إلى مفهوم النهر الدولي لذلك عُرف بأنه: "النهر الصالح للملاحة الذي يفصل أو يخترق أقاليم عدّة دول". إلا أنّ هذا التعريف فقد شموليته للنهر الدولي، بعدما تعددت استخدامات المياه في الأنشطة الزراعية والصناعية، والتي دفعت بعض دول الحوض إلى تطوير استثماراتها من خلال الاستثمار التعسفي للزوائد والمياه الجوفية للنهر، ما أدى إلى إعادة إحياء الخلافات والصراعات بين تلك الدول.

على أثر ذلك، انعقد مؤتمر برشلونة، في 1921/4/21، والذي "جاء بناءً على توصية من الدول المصادقة على معاهدة فرساي للسلام، في 1919/6/28، لعقد مؤتمر دولي بإشراف عصابة الأمم، لمناقشة طرق المواصلات والنقل البري وتوج المؤتمر باتفاقية صادقت عليها 40 دولة. وطُوّر مفهوم النهر الدولي حيث شمل النهر بما فيه روافده، ومياهه السطحية والجوفية الجارية في حوض مائي مشترك بين دولتين أو أكثر"⁽¹⁾. من هنا نرى أن نزعة التدويل للأنهار الدولية كانت تسير بشكل تصاعدي، على الرغم من الكثير من النظريات المتناقضة والمعارضة التي برزت في أحيان مختلفة، خصوصاً مع تعاضد الاستخدامات غير الملاحية للأنهار الدولية.

(1) صاحب الربيعي، أزمة حوضي دجلة والفرات، دار الحصاد، دمشق، ط1، 1999، ص 48.

○ ثانيًا: النظريات الفقهية التقليدية والحديثة

إذا ما نظرنا إلى القانون الدولي التقليدي، نرى أنه قد انقسم على نفسه بين اتجاهين، الأول كان قد ركز على سيادة الدولة المطلقة على كامل إقليمها من يابسة وماء، بما في ذلك المجاري المائية المصنفة دولية، وأعطى هذا الاتجاه للدولة الحق في استغلال مواردها المائية بحرية مطلقة وكما تشاء. وعلى العكس من ذلك، فقد ظهر اتجاه آخر نادى بالوحدة الإقليمية لدول المجرى، وذلك حفاظاً على مصالح تلك الدول، إذ نادى أصحاب هذا الاتجاه بشكل مُسرف بالحفاظ على مصالح هذه الدول المتشاطئة.

1. نظرية السيادة الإقليمية المطلقة:

"هي من أول النظريات وأقدمها، وقد سادت طيلة القرن التاسع عشر، انبثقت عن الاجتهاد الأمريكي، فقد أكد القاضي مارشال في العام 1812 في قضية تبديلات شومر المنظورة أمام المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية"⁽¹⁾؛ إن: "صلاحية الدولة داخل أراضيها هي بالضرورة حصرية ومطلقة، وإن المظهر الإيجابي لهذا الشكل المطلق، هو الاستقلال الذاتي وحق التصرف بحرية في أراضيها"⁽²⁾. وفي العام 1819، رأى "كلوبر": أن للدولة الحق في استغلال أراضيها بجميع الوسائل، لتحقيق أهدافها بما في ذلك تحويل مجاري الأنهار - بصرف النظر عما يسببه ذلك من أضرار للدول الأخرى"⁽³⁾.

ظهرت، في هذا الاتجاه، نظرية نادت بالسيادة الإقليمية المطلقة، وتسمى "نظرية هارمون" نسبة إلى المدعي العام الأمريكي الذي أيد هذه النظرية بقوة في النزاع الذي نشب بين الولايات المتحدة الأمريكية والمكسيك، في سنة 1895، حول مجرى نهر "الريوجراندي" الحدودي بين البلدين عندما حوّلت الولايات المتحدة الأمريكية مجراه، ما أدى إلى إحداث نقص كبير في

(1) صبحي أحمد زهير العادلي، النهر الدولي، المفهوم والواقع في بعض المشرق العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2007، ص 118.

(2) ندوة المشكلات المائية في الوطن العربي، القاهرة، 29-31 أكتوبر 1994، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، 1994، ص 28.

(3) MAGHREB-MACHREQ, (1992), n° 138 La question de l'eau au Moyen-Orient. Discours et réalités, Documentation française, Paris, 143 p.

كمية المياه الواردة إلى المكسيك"⁽¹⁾، "لذلك نسبت هذه النظرية إلى هارمون وأطلق عليها أيضاً تسمية "أسلوب الإدارة الفردية"⁽²⁾. هذه النظرية عدلت عنها الولايات المتحدة الأمريكية في ما بعد، وكانت تدرعت بها بادئ ذي بدئ ضد المكسيك "ومن ثم من العام 1900 حتى العام 1960 ضد كندا في قضية تحويل قناة شيكاغو"⁽³⁾. وتعرضت هذه النظرية لجملة من الانتقادات وتسجلت بوجهها عدة ملاحظات كانت كفيلة بؤادها.

2. نظرية الوحدة الإقليمية المطلقة أو التآكل الإقليمي المطلق:

"هي النظرية المتشددة الثانية، وتسمى أيضاً مبدأ السلامة الإقليمية، ويشترط هذا المبدأ عدم إعاقة التدفق الطبيعي للنهر في مجراه الأدنى، ذلك أن الأطراف عند أسفل مجرى النهر لهم الحق في التدفق الكامل لمياه النهر، وفي نوعيتها". هذه النظرية على عكس سابقتها، جاءت لصالح دول المصب إذ ضمننت لها الاستفادة من مياه النهر كاملة، وقد أمنت لدول المصب الجريان الطبيعي والكامل للنهر، وأعطتها الحرية الكاملة في استخدام هذه المياه كيفما تشاء كونها الدولة التي ينتهي بها جريان النهر، أو المجرى المائي الدولي، وكذلك "أعطت لدولة المصب الحق في الاعتراض على تغيير الوضع القائم، حتى ولو كان جيرانها لديهم إمكانية الاستفادة من المياه تفوق إمكاناتها، وحتى لو كان الوضع الجغرافي لدولة المصب لا يسمح بأيّ توسع أو استخدام جديد للمجرى المائي الدولي"⁽⁴⁾.

لكن هذه النظرية ناصرت دول المجرى الأسفل أو دول المصب على حساب دول المجرى الأعلى أو دول المنبع، فأعطت لدولة المصب الحق في الاستفادة والتصرف في مياه النهر الدولي كيفما تشاء، وعلى هواها كونها الدولة التي ينتهي بها جريان النهر بينما على الدول

(1) غازي حسن صباريني، الوجيز في مبادئ القانون الدولي العام، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2007، ص 188.

(2) صبحي أحمد زهير العادلي، النهر الدولي، المفهوم والواقع في بعض أنهار المشرق العربي، مرجع سابق، ص 119.

(3) مايا الذيماسي، نظام استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية (حالة نهر الفرات)، أطروحة دكتوراة، جامعة دمشق، كلية الحقوق، 2003، ص 265.

(4) مايا الذيماسي، نظام استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية (حالة نهر الفرات)، أطروحة دكتوراة، جامعة دمشق، كلية الحقوق، 2003، ص 265.

الأخرى المتشاطئة فقط تأمين انسياب المياه بشكل طبيعي من دون تغيير في جودتها (منع التلوث) أو كميتها، وبالتالي فإنّ الإشراف على المجرى الدوليّ سيكون بيد دولة المصبّ بينما يقتصر الاستفادة منه لدول المنبع والمجرى على الملاحة. "كما أدت إلى جمود كليّ في ما يتعلق بالتصرّف المتوقع الذي تأمله دول المنبع، في إطار الاستخدام الأمثل للمياه، فقد مُنعت دول أعلى النهر من التصرّف بمياهه بمجرد رفض دول أسفل النهر لهذا الاستخدام"⁽¹⁾.

لقد كانت كلتا النظريتين خاطئتين في تحديد مفهوم السيادة على النهر الدوليّ، فالأولى جعلت دولة المنبع صاحبة القرار النهائيّ في استعمال المجرى المائيّ، والسيطرة عليه إلى حدّ تغيير مجراه. أمّا الثانية فقد جعلت من دولة المصبّ الدولة الوحيدة القادرة على الاستفادة من مياه النهر بالشكل الأمثل بينما أبقّت للدول الأخرى حقّ الملاحة فقط. وعلى الرّغم من أن هاتين النظريتين سادتاً ردحاً من الزمن، إلّا أنّه ومع التطور الكبير الذي شهدته البشرية في شتى المجالات الصناعية والزراعية وحتىّ التكنولوجية، فرضت على الدول وضع قيودٍ على سيادتها على النهر الدوليّ، والعمل على الانتفاع المنصف من مياهه، لذلك فقد برزت نظريات عصرية وحديثة لتحاكي الواقع الدوليّ الجديد.

3. نظرية السيادة الإقليمية المقيدة:

هي من النظريات الحديثة، وولدت على أنقاض مساوئ النظريتين السابقتين، وبدعم من الدول التي رأت ضرورة وضع حدود لهما، وتقييدهما من أجل العبور إلى قوانين أكثر عدالة، تمكّن الدول المتشاطئة من الاستفادة المثلى من مياه النهر الدوليّ بشكل عادل ومنصف. هي تقوم على فكرة أساسية تتمثل بجعل سيادة الدولة مقيدة على المجرى المائيّ الدوليّ، وأنّ تستخدمه بحدود عدم الإضرار بالدول الأخرى المشتركة معها به، فتتمتع كلّ دولة بحقّ السيادة على المجرى، وتستطيع الاستفادة واستغلال مياهه، ولكن بشرط أن يكون ذلك في حدود معينة وبقيود لا تؤدي إلى الإضرار بحقوق دول المجرى الأخرى"⁽²⁾. وفق هذه النظرية، يمكن للدولة

(1) صبحي أحمد زهير العادلي، النهر الدوليّ، المفهوم والواقع في بعض المشرق العربي، مرجع سابق، ص 127.

(2) حسن أحمد الراوي، قانون الأنهار الدوليّة (القواعد المنظمة لإستعمالات هذه الأنهر، مشاكلها وطرق حلها)، الجزء الأول، مجلة القضاء، بغداد، العدد 3، 1973، ص 13.

أن تستخدم بحرية المياه الجارية في أراضيها شريطة ألا يؤدي هذا الاستخدام إلى الإضرار بمصالح دولة متشاطئة أخرى، وبالتالي فإن هناك حقوقاً والتزامات متبادلة لاستخدام مجاري المياه الدولية⁽¹⁾.

شكلت هذه النظرية المدماك الأساسي للعديد من القانون الدولي للمجاري المائية في حينها، فشاعت في العديد من المعاهدات وأحكام القضاء وتبنتها دول عدة، فالمعاهدات كلها والعرف الدولي الناجم عنها، وعن ممارسات الدول والمبادئ العامة للقانون والأحكام القضائية، وجزء كبير من الفقه العام (بيان ستوكهولم العام 1972 وإعلان ريو دي جنيرو العام 1992)، إضافة إلى توصيات سالتزبورغ العام 1961 وقواعد هلسنكي العام 1966، ولجنة القانون الدولي للعام 1994 تتطرق كلها من مبدأ السيادة المقيدة⁽²⁾. وتبقى هذه النظرية، رغم بعض الانتقادات البسيطة، الأكثر عدالة. فهي تلبّي طموحات الدول النهرية جميعها، إذ حققت توازناً بين مصالحها، والأكثر أهمية أنها كسرت الجمود الذي كان سائداً لجهة استخدام مياه الأنهار الدولية، إذ أعطت للدول حرية الانتفاع بمياه النهر الدولي مشروطة بعدم إلحاق الضرر بمصالح الدول الأخرى.

4. نظرية الانتفاع المشترك (الأسلوب المشترك في الإدارة):

ترتكز هذه النظرية على مبادئ القانون الطبيعي، الذي يعدُّ أن المياه للجميع وأن أحدًا لا يحقّ له منع تدفق المياه، وأن استعمالها يجب أن يكون مشتركاً. ومؤدى هذه النظرية "أن مياه المجرى الدولي ملكاً مشتركاً للدول جميعها التي يجري فيها، ويجتاز إقليمها إذ تستفيد كل دولة منه بالشكل الذي يتلاءم مع مصالحها، شريطة أن لا يؤدي استغلالها هذا إلى الأضرار بمصالح الدول المشتركة أو الجماعية في الاستغلال والانتفاع من المجرى"⁽³⁾.

هذه النظرية قامت على أساس تجاهل الحدود السياسية بين الدول النهرية، ونظرت إلى النهر في مجموعه بوصفه حوضاً واحداً. يشكل وحدة اقتصادية وجغرافية واحدة من منبعه إلى

(1) صبحي أحمد زهير العادلي، النهر الدولي، المفهوم والواقع في بعض أهار المشرق العربي، مرجع سابق، ص 129.

(2) المرجع نفسه، ص 129.

(3) Salman M.A – Salman, the Helsinki Rules, the UN water cours convention and the Berlin Rules, perspectives on international water law, water resource development, worked Bank group library, vol 23, no 4, December 2007, p. 628.

مصّبّه، فقد أعطت الدّول النّهريّة حقّ الإدعاء بحقوقها المشتركة على النّهر الدّوليّ في المناطق التي تقع خارج سيادتها، وذلك من خلال إعطائها حقّ الموافقة أو عدمها على أيّ مشروع قد يُقام على مجرى النّهر، إذا كان يترتب عليه إحداث أيّ تغيير في مجرى النّهر كمّا وكيفًا، فلا مشروعات على المجرى الدّوليّ إلّا بالشّراكة والتّوافق. فرضت هذه النّظريّة المساواة المجردة في الانتفاع من مياه النّهر الدّوليّ، إلّا أنّها قد أغفلت جانبًا مهمًّا يجب الالتفات إليه، وهو الاختلاف الطّبيعيّ بين الدّول على المجرى الدّوليّ، من ناحية طول المجرى الذي يختلف بين دولة وأخرى، وكذلك الطّبيعة الجغرافيّة للدّولة وللمجرى، وصولاً إلى عدد السكان وليس انتهاءً بحاجة الدّولة الحقيقيّة للمياه ومدى اعتمادها عليها، لذلك نرى أنّ المساواة المجردة في الانتفاع بين الدّول ليست صائبة.

5. نظرية المنافع المتوازنة:

وفقاً لهذه النّظريّة، فإنّ "كل دولة واقعة على المجرى المائيّ الدّوليّ مخوّلة بالاستفادة المعقولة، والمتساوية من المياه الدّوليّة ويكون ذلك على أساس التّوفيق بين مصالحها، على أساس أنّ الانتفاع بهذا المورد لا بدّ أن يتحدّد بالاستخدام المتوازن، مع الأخذ بالحسبان الحقائق الاجتماعيّة والاقتصاديّة، وبما يحقّق مصالح الدّول الشّريكة في المجرى المائيّ، مقيّرة في النّهاية بنظام الحصص المائيّة لكلّ دولة معنيّة وفق عدّة اعتبارات جغرافيّة ومناخيّة وهيدرولوجيّة"⁽¹⁾. لقيت هذه النّظريّة التأييد من جانب الجمعيات القانونيّة الدّوليّة، فقد أدلت جمعية القانون الدّوليّ عناية خاصة بالموضوع، وعقدت عدة اجتماعات لتخلص جميعها إلى ضمان حقوق الدّول المتشاطئة في الحصول على حصة عادلة، ومعقولة من دون إلحاق الضرر بأيّ دولة أخرى، حيث "أعيد التأكيد على ما تقدم، في اجتماع الجمعية العام 1963. فُسّر مصطلح الحصص المعقولة حينها، بأنّها الكميّة التي تعود بفائدة على الدّولة من دون أن تؤدي إلى إلحاق ضرر غير عاديّ بالدّول الشّريكة في المجرى الدّوليّ، وقد تكلفت

(1) مريم بنت حسن آل خليفة، التسوية القانونيّة الدّوليّة للمنازعات المتعلقة بالمياه الجوفية، مجلة الحقوق، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد 5، العدد 2، يوليو 2008، ص 46.

جهود الجمعية في هذا المجال، أثناء مؤتمر هلسنكي العام 1966⁽¹⁾. إذ حدّدت المادة الخامسة، من الإعلان، بعض معايير المشاركة المعقولة، والعادلة في الانتفاع بمياه النهر الدولي وهي: جغرافية الحوض، النظام الهيدرولوجي للحوض، بيئة الحوض، الاستخدام الماضي والحاضر للمياه، الاحتياجات الاقتصادية والاجتماعية لكل دولة.

○ ثالثاً: اتفاقية نيويورك العام 1997

لعلّ من أكثر المحطات أهميّة، والتي ساهمت في تطوّر قواعد القانون الدوليّ، تلك القواعد التي انبثقت عن المؤتمر الثّاني والخمسين لرابطة القانون الدوليّ العام 1966، والمعروفة بـ"قواعد هلسنكي لعام 1966"، والتي "تعدّ أول نظام قانونيّ كامل للقواعد التي تحكم استعمال الأنهار الدوليّة في الأغراض غير الملاحيّة"⁽²⁾. فقد أقرّت جماعة القانون الدوليّ حينها قواعد بشأن استخدامات مياه الأنهار الدوليّة، وهي القواعد التي يُنظر إليها بوصفها تقريراً لقواعد القانون الدوليّ القائمة في هذا الشأن، والتي تحكم الانتفاع بمياه الأنهار الدوليّة، ما لم يكن هناك اتفاق بين دول حوض النهر الدوليّ على تنظيم الانتفاع على نحو معين⁽³⁾. وشكّلت قواعد هلسنكي بمبادئها السبع والثلاثين المدماك الأساسي الذي انطلقت منه في ما بعد أعمال لجنة القانون الدوليّ العام 1970، فقد تضمنت هذه القواعد مجموعة مبادئ غاية في الأهميّة⁽⁴⁾.

يلحظ من بنود هذه الاتفاقيّة أنّ الوزن الذي يُعطى لأيّ معيار من هذه المعايير السّابقة، "إنّما يتحدد في ضوء مقارنته بالمعايير المتصلة الأخرى، على أن توضع جميع المعايير والمؤشرات السّابقة في الحسبان عند تحديد المشاركة العادلة

(1) علي حسين صادق، حقوق العراق المكتسبة في مياه الفرات، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1976، ص 193.

(2) صبحي أحمد زهير العادلي، النهر الدوليّ: المفهوم والواقع في بعض أنهار المشرق العربي، مرجع سابق، ص 89.

(3) صلاح الدين عامر، اتفاقية الأمم المتحدة لقانون استخدام المجاريّ المائيّة الدوليّة في الأغراض غير الملاحيّة، مجلة السياسة الدوليّة، مطابع الأهرام، مصر، القاهرة، العدد 198، مجلد 39، 2004، ص 104.

(4) إحسان الهندي، القانون الدوليّ للمياه والتطبيق على أنهار الفرات ودجلة والنيل، معلومات دولية (مركز المعلومات القومي، دمشق) العدد 56 (1998)، ص 128.

والمعقولة⁽¹⁾. فـ"الاعتراف بالحقوق المكتسبة، فلا يجوز إنقاص حصه دولة من مياه نهر ما عما كانت عليه سابقًا إلا في حال وجود شح في المنبع. كما أن تجنّب الفاقد من المياه الذي لا مبرر له، وأولوية استعمالات المياه وفق الحاجة إليها. كما لا تغفل الاتفاقية، أيضًا، حماية المصالح المحلية والتعويض عن الأضرار التي تلحق بالسكان جرّاء الأعمال في حوض النهر؛ وكذلك وحدة النظام النهري: أي استثمار النهر بشكل متكامل للوصول إلى الاستخدام الأمثل لهذه المياه"⁽²⁾.

بذلك تكون مبادئ هلسنكي هي عصاره جميع النظريات والقواعد العرفية الدولية التي سارت عليها الدول، ما قبل 1966، لتستقي منها الاتفاقيات اللاحقة، كأعمال لجنة القانون الدولي التي بدأت أعمالها العام 1970. فقد عملت لجنة القانون الدولي، التابعة للجنة السادسة للجمعية العامة للأمم المتحدة، من العام 1970 حتى العام 1994، على "إعداد قانون حول استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية، واعتمده اللجنة في قراءتها الأولية العام 1991 وفي قراءتها الثانية العام 1994، ثم نُقِشت موادها الثلاث والثلاثون من فريق عمل جامع، في تشرين الأول 1996 وفي آذار 1997، ومن ثمّ اعتمدت من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1997/5/4⁽³⁾.

بعد أن نالت الأنتهار الدولية واستخداماتها في الشؤون غير الملاحية اهتمامًا فائقًا من جانب الأمم المتحدة، تجنّبًا للعواقب الوخيمة التي يمكن أن تحصل نتيجة الصراع بين الدول النهريّة، "أوصت الجمعية العامة للأمم المتحدة، ولجنة القانون الدولي التابعة لها، أن تضع على جدول أعمالها موضوع استخدام المجاري المائية الدولية في غير شؤون الملاحة. وذلك بموجب قرارها رقم 669 الصادر بتاريخ 8 كانون الثاني 1970، وقد قامت لجنة القانون الدولي بإدراج هذا الموضوع على جدول أعمالها بدءًا من دورتها الثالثة والعشرين في العام 1971. استغرق هذا المشروع ما يزيد عن ربع قرن من الزمن (1970 - 1997)، فتكوّنت هذه الاتفاقية من سبعة وثلاثين مادة أعدتها لجنة القانون الدولي، فكان من أكثر ملامح الاتفاقية

(1) صلاح الدين عامر، اتفاقية الأمم المتحدة لقانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض الملاحية، مرجع سابق، ص 102.

(2) إحسان الهندي، القانون الدولي للمياه والتطبيق على أنهار الفرات ودجلة والنيل، مرجع سابق، ص 90.

(3) صبحي أحمد زهير العادلي، النهر الدولي: المفهوم والواقع في بعض أنهار المشرق العربي، مرجع سابق، ص 137.

أهميّة أنّها تضع القواعد العامة، والأصول الكليّة المتعلقة باستخدامات الأنهار في غير شؤون الملاحة، والقواعد الأساسية التي يحصل بمقتضاها تقاسم الموارد المائيّة بوجه عام⁽¹⁾. اعتمدت هذه الاتفاقية وفُتِح باب التوقيع عليها، تويجًا للجهود الكبيرة التي بذلتها الجمعية العامة للأمم المتحدة من خلال لجنة القانون الدوليّ التابعة لها، "فقد تمكنت الأمم المتحدة من إقرار المشروع الذي أعدته لجنة القانون الدوليّ، وناقشته اللجنة السادسة، واعتمدته اتفاقية دولية جديدة وفتحت باب التوقيع عليها"⁽²⁾. واعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 21 مايو/ أيار 1997 الاتفاقية الدوليّة حول قانون الاستخدامات غير الملاحية للمجاري المائيّة الدوليّة بأغلبية 104 دول غربية وخمسة عشر قطرًا عربيًّا.

1. علاقة اتفاقية 1997 بالاتفاقيات السابقة واللاحقة

لعلّ من أهم ما يميّز الاتفاقية الجديدة العام 1997، أنّها تضع إطارًا عامًا يتمثل في مجموعة من المبادئ العامة الرئيسة والأحكام المتعلقة بموضوع استخدامات مياه الأنهار في غير شؤون الملاحة، وإذ يلزم أنّ يضع اتفاقية جديدة بشأن نهر معين، أو جزء منه، أيّ أنّ الفلسفة التي اعتمدها لجنة القانون الدوليّ في عملها لوضع هذه الاتفاقية، قد قامت على أساس أنّ تنوع الأوضاع الجغرافية والهيدرولوجية والمناخية والسكانية الخاصة بأحواض الأنهار المختلفة، تفرض بالضرورة تنوعًا في القواعد الخاصة بكل نهر من الأنهار⁽³⁾. بمعنى أنّه وبحسب هذه الاتفاقية الإطارية، فإنّ أي اتفاقية لاحقة يجب أن تنطلق من القواعد العامة، والأصول الكليّة المتعلقة باستخدامات الأنهار في غير الشؤون الملاحية، ومن القواعد الأساسية والمبادئ العامة التي نصّت عليها اتفاقية 1997، آخذة في الحسبان الأوضاع الخاصة بالنهر من جميع نواحيه.

الجدير بالذكر أن وجوب إبرام اتفاقيات دولية، بعد اتفاقية 1997، بشأن كل نهر من الأنهار الدوليّة من الموضوعات الجدلية لهذه الاتفاقية، وذلك على أساس أنّ الأطراف في مثل هذه الاتفاقية سوف تأخذ بالحسبان القواعد الواردة في اتفاقية 1997 بوصفها القانون العام

(1) ميثاق الجمعية العامة للأمم المتحدة في 21 مايو/ أيار 1997.

(2) صلاح الدين عامر، اتفاقية الأمم المتحدة لقانون استخدام المجاري المائيّة الدوليّة في الأغراض غير الملاحية، مرجع سابق، ص 108.

(3) المرجع نفسه، ص 108.

لاستخدام المجاري المائية الدولية للأغراض غير الملاحية، لهذا "فإنّ الاتفاقيات الملاحية لاستخدام المجاري المائية الدولية للأغراض غير الملاحية لا تشكّل محل خلاف"⁽¹⁾. هذا ما نصّت عليه الفقرة (3) من المادة الثالثة من الاتفاقية إذ إنّه: "الدول المجري المائي أن تعقد اتفاقاً أو أكثر من اتفاق، يُشار إليها بعبارة "اتفاقيات المجري المائي"، تطبّق بموجبها أحكام هذه الاتفاقية وتوائمتها مع خصائص واستخدامات مجري مائي دولي معين أو جزء منه"⁽²⁾.

بيدو، من خلال هذه الفقرة، "أنّ أطراف الاتفاقية الإطارية، يجوز لهم بكونهم دول مجري مائي معين أن يدخلوا في اتفاق أو أكثر، لتطبيق الأحكام الواردة ومواءمتها مع الاتفاقية ومبادئها العامة مع خصائص وأوجه استخدامات هذا المجري أو جزء منه"⁽³⁾. بذلك، قيّدت حقوق الدول النهرية الواردة في الفقرة الثالثة لجهة الانضمام، أو عقد اتفاقيات نهريّة بوضعها شرطاً بعدم تسبّب هذه الاتفاقية بالضرر "إلى درجة ذات شأن" للدول النهرية الأخرى من دون موافقة صريحة منها، "فإن كان يجوز لدول مجري مائي معين الدخول في اتفاق محدد يهتم على سبيل المثال، بجزء من مجري مائي، فإنّه لا يجوز لهذا الاتفاق أن يؤثر بضرر ذي شأن في الدول الأخرى من دون الحصول على موافقة هذه الدول"⁽⁴⁾.

أمّا على صعيد الاتفاقيات السابقة لاتفاقية 1997، فقد كان نص المادة 3 من الاتفاقية الجديدة من أكثر النصوص إثارة للجدل، إذ يُعطي اعتبارات الثبات على الرغبة العارمة في القضاء على الاتفاقيات القائمة، مع إعطاء الفرصة للدول الأطراف في اتفاقيات قائمة أن تنظم إذا ما رغبت في ذلك، وعلى أساس اختياري، في إمكان تحقيق اتساق بين الاتفاقيات القائمة مع القواعد العامة الواردة في الاتفاقية الجديدة"⁽⁵⁾. إذ جاءت الفقرة الأولى لتوضح بأن الاتفاقية

(1) صلاح الدين عامر، النظام القانوني للأنهار الدولية، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العليا، 2001، ص 31.

(2) اتفاقية الأمم المتحدة لاستخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية، المادة 3، فقرة 3.

(3) منصور العادلي، قانون المياه: اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1997 بشأن قانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية، سلسلة المياه، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 15.

(4) دلال بحري، أهمية القانون الدولي للأنهار الدولية في استقرار العلاقات المائية الدولية في دراسة حالة نهريّ دجلة والفرات، مجلة المستقبل العربي، 2016.

(5) سعيد سالم جويلي، قانون الأنهار الدولية في المياه العربية وتحديات القرن الحادي والعشرين، القاهرة، مركز دراسات المستقبل، جامعة أسيوط، 1998، ص 74.

الإطارية لا تؤثر في حقوق الأطراف في اتفاقيات موجودة مسبقاً، أو في التزاماتها، إذ ليس في هذه الاتفاقية ما يؤثر في حقوق أو التزامات دولة المجرى المائي الناشئة عن اتفاقات يكون معمولاً بها بالنسبة إلى هذه الدولة في اليوم الذي تصبح فيه طرفاً في هذه الاتفاقية، ما لم يكن هناك اتفاق على نقيض ذلك⁽¹⁾. فقد نصّ القانون على أنّ الاتفاقيات والمعاهدات الموقعة سابقاً لا تتأثر بأحكام هذا القانون، فقد جاءت الفقرة الثانية من المادة عينها لتدعو الأطراف المعنية إلى النظر مرة أخرى في الاتفاقيات الموقعة والتأكد من أنّها على اتساق مع المبادئ الأساسية لاتفاقية 1997، إلا أنّ هذه الدعوى بقيت غير ملزمة، "على الرغم مما نصت عليه أحكام المادة في الفقرة (1)، يجوز للأطراف في الاتفاقات المشار إليها في الفقرة (1) أن تنظر عند اللزوم في تحقيق اتساق هذه الاتفاقات مع المبادئ الأساسية لهذه الاتفاقية"⁽²⁾.

2. المبادئ العامة التي تحكم الاتفاقية

تضمنت اتفاقية قانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية لعام 1997 أكثر المبادئ القانونية أهمية، والتي أوجدها القانون الدولي الاتفاقي والعرفي بشأن استخدام المجاري المائية الدولية، إذ جاء الباب الثاني منها تحت عنوان مبادئ عادمة (المواد 5 - 10) شاملاً لسلسلة من المبادئ المترابطة والتي تكمل كل منها الأخرى، ولا يمكن لأحدها أن يجد التطبيق من دون غيرها، وفي مقدمتها مبدأ الانتفاع والمشاركة المنصفين والمعقولين⁽³⁾.

أ- مبدأ الانتفاع والمشاركة المنصفين والمعقولين:

"كان مبدأ الاقتسام العادل والمنصف لمياه الأنهار الدولية من الركائز الرئيسة للقانون الدولي العرفي في هذا المجال، الذي حاولت جماعة القانون الدولي تقنينه في ما يُعرف بقواعد هلسكني العام (1966)، وجاء مشروع لجنة القانون الدولي (1997) فأعلى مبدأ الاقتسام

(1) ميثاق الجمعية العامة للأمم المتحدة في 21 مايو/ أيار 1997.

(2) المصدر نفسه.

(3) وسام نعمت ابراهيم، الطبيعة القانونية لحقّ الدولة على المجرى المائي الدولي، مرجع سابق، ص 162.

العادل للمياه وجعله المبدأ العام، وأورد مبدأ عدم اشتراط أن يكون الضرر جسيماً، إذ لا يكون أيّ قدر من الضرر موجباً للتعويض أو للتأثير على مبدأ التقاسم المنصف للمياه⁽¹⁾. من هنا، فقد ظلّت نصوص المواد (5) الخاصة بالاقتراس المنصف و(6) الخاصة بمعايير الاقتراس المنصف و(7) المتعلقة بالالتزام بعدم التسبب في الضرر، موضعاً للمناقشة والتفاوض حتى اللحظة الأخيرة من أعمال لجنة الكل، والتي انبثقت عن اللجنة السادسة التابعة للجمعية العامة. اتفق، في يوم 4 أبريل/ نيسان 1997، على وضع المواد الثلاث في سلّة واحدة، فوضِع مبدأي الاقتراس المنصف، والالتزام بعدم التسبب في الضرر على قدم سواء⁽²⁾. وهكذا نصت المادة (5) من الاتفاقية التي تصدّرت الباب الثاني فيها بعنوان "المبادئ العامة"، التي حملت عنوان "الانتفاع والمشاركة المنصفان والمعقولان": تنتفع دول المجري المائي، كلّ في إقليمها، بالمجري المائي الدوليّ بطريقة منصفة ومعقولة، وبصورة خاصة، تستخدم هذه الدول المجري المائيّ الدوليّ وتنميته بغية الانتفاع به بصورة مثلى ومستدامة والحصول على فوائد منه، مع مراعاة مصالح دول المجري المائيّ المعنية، على نحو يتفق مع توفير الحماية الكافية للمجري المائيّ".

نلاحظ، هنا، أنّ الفقرة الأولى من المادة (5) تولّت تبيان مفهوم قاعدة الانتفاع المنصف والمعقول، فالدولة لها حقّ الانتفاع المنصف من استخدامات النهر الدوليّ ضمن إقليمها، وفي الوقت عينه فهي ملتزمة بمراعاة مصالح دول المجري المائيّ المعنية، وعدم حرمانها من حقّها في الانتفاع المنصف في تلك الاستخدامات. أمّا الفقرة الثانية، من المادة (5)، فقد ركزت على مفهوم "المشاركة المنصفة والمعقولة"، وأضافت حقّ الانتفاع، حقّ وواجب المشاركة والتعاون في حماية وتنمية المجري المائيّ الدوليّ.

لقد كانت مسألة المشاركة المنصفة، من بين أكثر الموضوعات حرجاً في مناقشات لجنة القانون الدوليّ، نظراً لتباين المواقف بين الدول التي تقع على المنبع وتلك التي تقع على المصب أو المجري، إذ قيل "إنّ لكل دولة متشاطئة حقّ المشاركة المعقولة والمنصفة في

(1) Chusei Yamada, Second report on shared natural resources: transboundary groundwaters, DOCUMENT A/CN.4/539 and Add.1, 9 March and 12 April 2004, UNESCO MEETING.

(2) صلاح الدين عامر، اتفاقية الأمم المتحدة لقانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية، مرجع سابق، ص 110.

الاستخدام النافع لمياه النهر المشترك داخل إقليمها"⁽¹⁾. لكن هذه المساواة لا تعني أن مقدار انتفاع الدول بالمجرى المائي الدولي متساوٍ، كما سنرى في المادة السادسة من الاتفاقية. تنص المادة السادسة من الاتفاقية والتي وردت تحت عنوان "العوامل ذات الصلة بالانتفاع المنصف والمعقول، ونلاحظ أن المادة (6) تعد قائمة استرشادية للعوامل الواجب أخذها في الحسبان، وفي أثناء تطبيق مبدأ الانتفاع المنصف والمعقول، إذ تضمنت هذه القائمة نوعين من العوامل ذات الصلة، سواء الطبيعة منها، كالعوامل الجغرافية والهيدروغرافية والهيدرولوجية والمناخية والإيكولوجية، أو غير الطبيعية كالاحتياجات الاقتصادية والاجتماعية، وكذلك السكان الذين يعتمدون على المجرى المائي الدولي. أما الفقرة (3)، من المادة نفسها، فقد دلت "على النقل الواجب إعطاؤه لكل عامل من العوامل، إذ يجب تحديده أو تمييزه بأهميته بالمقارنة مع العوامل الأخرى ذات العلاقة بالمجرى المائي الدولي، فعند تحديد ما هو الاستخدام العادل والمعقول، يجب أن تؤخذ جميع العوامل ذات العلاقة نفسها بالحسبان معاً، والنتيجة يتوصل إليها على أساس الكل"⁽²⁾.

ب- مبدأ الالتزام بعدم التسبب بضرر ذي شأن:

في بادئ الأمر، كان يُنظر إلى الالتزام بعدم التسبب في ضرر للدول النهرية على أنه قيد عام، وفقاً للقانون الدولي العرفي، كما أنه يُعد قيماً كاجباً لمبدأ الاقتسام المنصف للمياه وموازياً له. "وجاء مشروع لجنة القانون الدولي فأحدث تطوراً مهماً في هذا المجال، إذ قدم الاقتسام المنصف على مبدأ عدم التسبب في الضرر. لكن التطور الأخطر والأكثر أهمية، هو الوصف الذي وصفت به اللجنة الضرر، إذ كانت تصفه في البداية أنه الضرر الملموس Appreciable Harm، ثم قامت في مرحلة لاحقة، بالعدول عن هذا الوصف، مستخدمة تعبير الضرر الجوهري Significant Harm، وهو ما كان يعني إعطاء مزيد من حدية

(1) صلاح عبد البديع شبلي، مشكلة المياه العذبة في إطار الاتفاقية الجديدة، مجلة السياسة الدولية، العدد 137، ص 23.

(2) لهيب صبري ديوان الطائي، الأحكام الخاصة بالمجاري المائية الدولية المستخدمة لأغراض غير ملاحية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 85.

التصرّف لدول المنابع، وتحويلها رخصة التسبب في إضرار دول المصاب أو المجرى، ما دام الضرر لا يبلغ مرتبة الضرر الجوهري"⁽¹⁾.

هذا الأمر عُدَّ تطوراً بالغ الخطورة من جانب دول المصاب، إذ يُشكل مصطلح "الضرر الجوهري"، غطاءً قانونياً لتصرّف دول المنبع انطلاقاً من مبدأ حقّهما بالانتفاع المنصف من مياه المجرى الدوليّ. وبسبب تباين وجهات النّظر في هذا الشّأن، برز حل وسط قدمته دول تضم "النمسا، كندا، البرتغال، سويسرا وفنزويلا"، وهو أنّه إذا نجم عن استخدام الدّولة أو الدّول المعنيّة للمجرى المائيّ ضرراً ذو شأن تسببت في وقوعه، فإنّ عليها في حالة عدم وجود اتفاق حول ذلك أن تتخذ كلّ التدابير المتسابقة وفقاً لأحكام المادتين (5 و 6) بالتشاور مع الدّول المتضررة لإزالة أو تخفيف هذا الضرر، والقيام حسب الملائم بمناقشة مسألة التعويض"⁽²⁾.

على الرّغم من عدم تجنّب استخدام تعبير "ذي شأن" فإنّ المادة جاءت في صياغتها على قدر من التوازن، إذ نصت المادة (7) على أن تتخذ دول المجرى المائيّ، عند الانتفاع بمجرى مائيّ دوليّ داخل أراضيها، كلّ التدابير المناسبة للحيلولة دون التسبب في ضرر ذي شأن لدول المجرى المائيّ الأخرى. مع ذلك، فإنّه متى وقع ضرر ذو شأن لدولة أخرى من دول المجرى المائيّ، تتخذ الدّول التي سبّب استخدامها هذا الضرر، في حالة عدم وجود اتفاق على هذا الاستخدام، كلّ التدابير المناسبة، مع المراعاة الواجبة لأحكام المادتين (5 و 6) وبالتشاور مع الدّولة المتضررة، من أجل إزالة أو تخفيف هذا الضرر والقيام حسب الملائم بمناقشة مسألة التعويض"⁽³⁾. نلاحظ من خلال التّمعن، في نص المادة (7) أنّ الفقرة الأولى نصّت على وجوب اتخاذ دول المجرى عند الانتفاع بمجرى مائيّ دوليّ داخل أراضيها كلّ التدابير المناسبة للحيلولة دون التسبب في ضرر ذو شأن، ذلك يعني أنّ على هذه الدّولة أن تتحمل مسؤولية وتبعات تجاوزها لمبدأ عدم الضرر إذا لم تتخذ التدابير اللازمة.

نرى إنّ المادة (7) لم تكن حاسمة لجهة منع الأضرار بمصالح الدّول، فالمادة تحدثت عن تشاور بين المسبب في الضرر، والمتضرر وليس عن الزام، كما وأنها تحدثت عن إزالة

(1) صلاح الدين عامر، اتفاقية الأمم المتحدة لقانون استخدام المجاريّ المائيّ الدوليّة في الأغراض غير الملاحية، مرجع سابق، ص 110.

(2) وسام نعمت إبراهيم، الطبيعة القانونيّة لحقّ الدّولة على المجرى المائيّ الدوليّ، مرجع سابق، ص 166.

(3) ميثاق الجمعية العامة للأمم المتحدة، 21 مايو/ أيار 1997.

أو تخفيف الضرر، بمعنى أنه قد تكتفي الدولة المتسببة بالضرر بالتخفيف منه وليس بإزالته، وتحويل الضرر من ضرر "ذي شأن" إلى ضرر مقبول ومتسامح به بين الدول استناداً إلى "مبدأ حُسن الجوار".

ج- مبدأ الإخطار المسبق بتدابير تسبب الضرر:

انطوت الاتفاقية على التزام يوجب الدول التي "تشارك في المجرى المائي الدولي (النهر الدولي) بالتعاون في ما بينها وتبادل المعلومات على نحو منتظم. كما تضمن الباب الثالث من الاتفاقية تفصيلات واسعة حول التدابير المزمع اتخاذها، أي المشاريع التي تنوي إحدى الدول النهريّة القيام بها، وبخاصة حيث يحتمل أن يكون لمثل هذه المشاريع آثار سلبية على الدول النهريّة الأخرى"⁽¹⁾. وتضمنت الاتفاقية، في نص المادة (8)، منها: "وتحقيقاً لمبدأ الانتفاع، والمشاركة المنصفة التزاماً آخر يقع على عاتق الدول المعنية القيام به، وهو الالتزام العام بالتعاون للوصول إلى أقصى انتفاع بما يؤدي في الوقت ذاته إلى توفير الحماية له، إذ نصت الفقرة (1) منها على تعاون دول المجرى المائي على أساس المساواة في السيادة والسلامة الإقليمية، والفائدة المتبادلة وحُسن النية من أجل تحقيق الانتفاع الأمثل من المجرى المائي الدولي وتوفير الحماية الكافية له"⁽²⁾.

هذا، وشكّل مبدأ التعاون بين الدول النهريّة مضموناً واضحاً لمبدأ الانصاف بين الدول في ظل ندرة الموارد المائية العذبة، وزيادة حجم الاستهلاك الناجم عن زيادة السكان، والتوسع في المشاريع الزراعيّة، إذ يصبح التعاون بين الدول واجباً، من جهة لتحاشي النزاعات المحتملة بين الدول المعنية، ومن جهة أخرى لتحقيق تعاون من أجل صيانة المجرى المائي الدولي المشترك والمحافظة عليه وتنميته لتحقيق استعمال منتظم ومفيد. ونلاحظ، من خلال نص المادة (12)، أنّ الاتفاقية ألزمت الدول التي تنوي إقامة المشروع، إخطار بقية الدول المتشاطئة ومدّها وتزويدها بالمعلومات المتعلقة بالمشروع، بما في ذلك تقرير التقييم البيئي، وما يبدو

(1) صلاح الدين عامر، اتفاقية الأمم المتحدة لقانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية، مرجع سابق، ص. 111.

(2) وسام نعمت إبراهيم، الطبيعة القانونية لحقّ الدولة على المجرى المائي الدولي، مرجع سابق، ص 167.

واضحاً من نص المادة المذكورة، أنّ إلزامية الإخطار تنطبق على كل دول المجري الدولي، سواء أكانت دول مصابّ أم دول منبع، فالمادة المذكورة لم تحصر هذا الإجراء بدول المنبع أو أقله لم تستثن دولة المصبّ الأخيرة التي ينتهي بها المجري المائيّ الدولي، بل إنّها اعتمدت عبارة "دولة من دول المجري المائيّ".

أيضاً، حرصت اتفاقية 1997 على تحقيق مفهوم المنافع المتوازية بكل جوانبها، إذ وازنت بين مبدأ الانتفاع المنصف والمعقول، والتزام الدول ذات العلاقة بعدم إلحاق أي ضرر بغيرها من دول المجري جزاء هذا الانتفاع، وصولاً إلى التأكيد على مبدأ التعاون بين الدول للوصول إلى الانتفاع الأمثل من مجرى النهر، وكذلك إلى إحلال مبدأ حُسن الجوار بين الدول المتشاطئة الذي يؤدي حكماً إلى استقرار شعوب دول المجري من خلال تحقيق التنمية والرخاء للأجيال الحاضرة والمقبلة.

د - تسوية المنازعات:

جاءت المادة (33) من اتفاقية نيويورك العام 1997 لترسم المسار الدبلوماسي والقضائي لحلّ أيّ خلاف محتمل على مجري مائيّ دولي بين الدول المتشاطئة، إذ نصت على أنّه: "في حالة نشوء نزاع بين طرفين أو أكثر، بشأن تفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية، وفي غياب اتفاق ما بينهما ينطبق على النزاع، تسعى الأطراف المعنية إلى التوصل إلى تسوية للنزاع بالوسائل السلمية وفقاً لأحكام الفقرة (2)⁽¹⁾ من المادة (33)، فإنّ التفاوض يتصدّر الحلول الدبلوماسية والسياسية المتاحة أمام الدول صاحبة النزاع، فالمفاوضات هي الطريق الأقصر، والأسهل للدول المتنازعة لسلوكه لحلّ تلك المشكلات المثارة، وإذا كانت المفاوضات بمثل هذه الأهمية، فإنّ الفقرة (2) وفي حال فشلها، استتبعها بحلول أخرى يجوز اللجوء إليها كالمساعي الحميدة أو الوساطة أو التوفيق، إذ نصت على أنّه: "إذا لم تتمكن الأطراف المعنية من التوصل إلى اتفاق عن طريق التفاوض بناءً على طلب أحد الأطراف، يجوز لها أن تشترك في طلب المساعي الحميدة أو الوساطة أو التوفيق من طرف ثالث، أو

(1) المادة (33/1) من ميثاق الجمعية العامة للأمم المتحدة، 21 مايو/ أيار 1997.

أن تستخدم، حسب الاقتضاء، أي مؤسسات للمجرى المائي المشترك تكون الأطراف قد أنشأتها، أو أن تتفق على عرض النزاع على التحكيم، أو على محكمة العدل الدولية⁽¹⁾.

○ رابعاً: جيوسياسية مجرى مائي يهدد استقرار شمال أفريقيا

إذا كان الصراع على البترول شكّل مساحة كبيرة من معادلات وأحداث منطقة الشرق الأوسط منذ عقود كثيرة، وحتى الآن، فإنّ الصراع على المياه يمكن أن يكون أشدّ حدّةً، ذلك أن المياه في التحليل النهائي أهمّ من البترول وأعلى، فهي سرّ الحياة. قيل سابقاً، في مؤتمر "ستوكهولم" في العام 1982 عن المياه: "إنّ المياه العذبة ستأخذ مكانها إلى جانب مصادر الطاقة الأخرى كقضية سياسية أساسية خلال العقود القادمة، وإنّ منطقة الشرق الأوسط الأكثر حساسية في هذا الأمر"⁽²⁾. "فقد أشارت التحليلات المعاصرة لأزمة المياه العذبة في العالم إلى أن استهلاك المياه خلال القرن العشرين، قد زاد عدّة مرات عمّا كان عليه قبل ذلك، لسببين رئيسيين: الأول الزيادة الكبيرة في عدد السّكان، والثاني السّعي الحثيث لارتفاع مستوى المعيشة في المنطقة"⁽³⁾.

الأمر الذي يُنذر بظهور صراع كبير على المياه العذبة في الوقت الزّاهن وسوف يزداد ضراوةً مع مرور الوقت، لأنّ المياه العذبة هي المصدر الحيوي للاقتصاد، وفي الوقت نفسه، فإنها تعاني النّدرّة والقلّة، الأمر الذي أشارت إليه تقديرات المعهد الدّولي للموارد "إلى أنّ المتوسط السنوي لنصيب الفرد في الوطن العربيّ من الإمدادات المائيةّ المستجدة سوف يتراجع من 343 م³ في العام 1960 إلى 667 م³، في العام 2025، أيّ أنّ نسبة 80 بالمئة تقريباً"⁽⁴⁾.

(1) صبحي أحمد زهير العادلي، النّهر الدّوليّ - المفهوم والواقع في بعض أنهار المشرق العربي، مرجع سابق، ص 220.

(2) BISWAS Asit K., International Waters of the Middle East: From Euphrates-Tigris to Nile (Water Resource Management, 2), Oxford University Press, 1994.

(3) عبد الملك خلف التميمي، المياه العربية - التحدي والاستجابة، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت - لبنان، ط2، 2008، ص 16.

(4) منذر خدام، الأمن المائيّ العربيّ - الواقع والتحديات مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت - لبنان، ط2، 2003، ص 25.

1. سدّ النهضة بين طموحات أثيوبيا ومخاوف مصر والسودان

يقع سدّ النهضة الأثيوبي عند نهاية النيل الأزرق، وضمن حدود أثيوبيا، حيث تُعرف تلك المنطقة ببني شنقول - قماز، ويبعد السدّ نحو 14.5 كلم عن حدود الجمهورية السودانية على طول مسار النيل الأزرق، ونحو 35 كلم إلى الشمال من منطقة التقاء نهر بيليس بنهر النيل الأزرق، كما يبعد نحو 750 كلم إلى الشمال الغربيّ من أديس أبابا، أمّا ارتفاع قاعدة السدّ عن مستوى سطح البحر فيبلغ نحو 505 م. وبحسب تصريحات مسؤولين، في إدارة المشروع، فقد اختير هذا المكان لإقامة السدّ لاعتبارات جغرافيّة وجيولوجيّة واقتصاديّة، وأنّ هذا المكان على النيل الأزرق هو الأكثر توافراً وتدفعاً للمياه، وأنّ الدّراسات أثبتت أيضاً أنّ هذا المكان الذي يتّسم بمجموعة تلال ذات طبيعة صخرية سيكون الأقلّ تكلفة لبناء السدّ⁽¹⁾.

يعود سبب التوتر الحاصل، بين مصر وأثيوبيا، حول مياه النيل إلى خمسينيات القرن العشرين، إذا انعكست العلاقات القويّة بين أثيوبيا والولايات المتحدة الأميركيّة على العلاقات المصريّة - الأثيوبية، وذلك بسبب معاداة الإدارة الأميركيّة لسياسة الرئيس المصري الراحل "جمال عبد الناصر القوميّة". واستمرت العلاقة بين المدّ والجزر طويلاً وصولاً إلى اللحظة الراهنة. ما إنّ أعلن وزير الخارجية الأثيوبي "جيدر أندراغاتشيو"، في وقت سابق، "أنّ سدّ النهضة غير التاريخ، والجغرافيّة السياسيّة في المنطقة، وما سبقته من خطوات أحادية لملاء السدّ، وتعنّت أثيوبيّ في المفاوضات الجارية بين أديس أبابا ودولتيّ المصبّ (مصر والسودان)، أثيرت تساؤلات عدّة حول أبعاد وطبيعة هذا المشروع العملاق، وتكاليفه القيّمة التي تعدّت الأربعة مليارات دولار، وهي هل قيام هذا السدّ هدفه الحقيقيّ اقتصاديّ يتمثل في إنتاج الطّاقة الكهربائيّة، وإيجاد تعاون مع دول المصبّ لإقامة مشاريع استثمارية مشتركة، أم هو مشروع سياسي في المقام الأول يهدف لإعادة توازنات القوى اقليمياً وقارياً، وذلك لتعظيم دور أثيوبيا في المنطقة لا سيما القرن الإفريقي⁽²⁾. فمن الواضح " أنّ السياسة الاقتصاديّة تختلط بالوضع

(1) نهر النيل، مرجع سابق، 22/3/2007. www.marefa.org.

(2) إسماعيل محمد علي (صحافي سوداني)، "سدّ النهضة"، بين الأهداف السياسيّة والاقتصاديّة لتعظيم دور أثيوبيا إقليمياً؟

.www.independentarabia.com/node/141691/. 2020/8/8.

الاجتماعي في مسألة المياه، ومهما بحثنا في أسباب المشكلات الناجمة عن النزاع بشأن المياه العذبة سنجد العامل السياسي حاضراً ومؤثراً⁽¹⁾.

"حذر خبراء معهد "ماساتشوستس" الدولي للتكنولوجيا، من الآثار السلبية لسد النهضة الأثيوبي، وأكدوا في تقرير له أن السد الذي يُعدّ واحداً من أكبر 12 على مستوى العالم، ستكون له تداعيات على دول المصب، والتي تعتمد بشكل كبير على مياه النيل في الزراعة والصناعة، قبل ذلك كله، الشرب، بخلاف ذلك فإن إثيوبيا ستكون لديها مشكلات كبرى في إدارته"⁽²⁾. فلا شك أن إنشاء وتشغيل وملء سد النهضة العظيم سوف يكون له تبعات خطيرة على كل دول المصب المتمثلة بكل من السودان ومصر، حيث سيؤدي احتجاز 74 مليار م³ من مياه النيل الأزرق في بحيرة التخزين الخاصة بالسد إلى انخفاض في منسوب جريان النهر. وبذلك إلى انخفاض الحصة السنوية لكل من مصر المقدرة بنحو 55.5 مليار م³ وحصة السودان المقدرة بنحو 18.5 مليار م³ سنوياً. فهل تعطش مصر إذا اكتمل بناء سد النهضة؟ وهل يغرق السودان إذا ما انهار السد؟

أ- آثار السدّ المباشرة على مصر والسودان

شاشة الوضع المائي لمصر والسودان فعلياً في الوقت الحالي، يفاقم الآثار السلبية المائية المتوقعة للسدّ عليهما، "بالإضافة إلى الآثار البيئية، يُلقى السدّ بظلال كئيبة على الغذاء والطاقة معاً"⁽³⁾. "فقد أصاب المصريين الذهول، عندما جاءت الأخبار بأن السدود الأثيوبية يمكن أن تحسم من الحصة المصرية ما يتراوح بين 9 و 12 مليار م³ سنوياً، أي نحو 20% من هذه الحصة"⁽⁴⁾. وتوقع الخبراء أن يصل العجز المتوقع في أثناء ملء خزان السدّ إلى ما بين 15

(1) عبد المالك التميمي، المياه العربية التحدث والاستجابة، مرجع سابق، ص 17.

(2) أحمد جمعة، معهد "ماساتشوستس"، سدّ النهضة خطر حقيقي على مصر والسودان... وإثيوبيا أمامها مشكلات في إدارته، الثلاثاء 16 يونيو/ تموز 2020، www.youm7.com/story/4829161/.

(3) محمد عباس شراقي، "تداعيات سد النهضة الأثيوبي على الأمن المائي المصري"، مجلة الزراعة المصرية، المجلد 40، تشرين الأول 2018، ص 9.

(4) ضيا الدين القوص، معادلة مراوغة: دوافع إثيوبيا لبناء السدود على نهر النيل، مجلة السياسة الدولية، مؤسسة الأهرام، مصر، 2013، ص 69.

و 19 مليار م⁽¹⁾3، ما قد يؤثر بشكل كبير على مختلف النواحي في مصر، وكذلك في السودان وإن بنسبة أقل.

تشير التقديرات إلى الآثار العامة المباشرة إلى: فقدان مصر والسودان لكمية مياه تتراوح ما بين 14 و 24 مليار م³ سنوياً. سُنحجز بالسدّ على مدى ثلاث سنوات، ستفقد مصر خلالها ثلاثة أمثال ما سيفقده السودان وفقاً لحصصهما في اتفاقية 1959. وفقدان مصر والسودان للمياه المتسرّبة عبر صخور الخزان والتي لم تُقدّر كميتها بعد، وبالتالي انخفاض لسرعة تدفق المياه، ما سيزيد معدلات الترسيب في المجرى الدولي في الدولتين. وتوقف زراعة نحو 29% من الأراضي الزراعيّة في دلتا النيل في مصر. وانخفاض مساحة الأراضي المزروعة بالريّ العمريّ والحوضيّ في مصر والسودان، وسيفقد السودان بخاصة وارد الطمي السنويّ الذي يخصب أراضيّه الزراعيّة حول النيل الأزرق. وانخفاض منسوب بحيرة ناصر بنحو عشرة أمتار ما سيؤثر على معدلات توليد الطاقة الكهربائيّة من السدّ العاليي قد يصل الانخفاض إلى ما يتراوح بين 20 إلى 40%⁽²⁾.

في استطلاع للرأي، ولمئة من المتخصصين في "مركز البحوث الزراعيّة والمركز القومي لبحوث المياه ومركز بحوث الصحراء، والمركز القومي للبحوث بشأن الآثار الاقتصاديّة والاجتماعيّة العامة لسدّ النهضة على الريف المصري، وفقاً لمنهجية تتبع التنبؤ الاجتماعيّ، خلص الباحثون إلى أنه هناك آثاراً غير مباشرة للسدّ"⁽³⁾؛ لا تقل أهميّة عن الآثار المباشرة نخلص منها إلى: إنّ تراجع حصة مصر في المياه سوف تؤدي حكماً إلى تراجع الزراعة في الأراضي المرويّة، وبالتالي إلى تراجع في نسبة الإنتاج الزراعيّ، "ومن المتوقع تراجع مساحات زراعة المحاصيل الأساسيّة كالقمح مثلاً بنسبة 23% والأرز بنسبة 15% والبطاطس بنسبة 21% وكذلك انخفاض الإنتاج الحيواني بنسبة 20%، الأمر الذي يؤدي إلى ارتفاع أسعار

(1) Walaa Y. El-Nushar and Ahmed H.Elyamany, Managing Risks of the grand Ethiopian renaissance Dam in Egypt, Ain Shams Engineering Journal, July 12, 2017, p. 6.

(2) محمد عبد الهادي، سدّ النهضة، أبعاد الأزمة والمواجهة بين مصر وأثيوبيا، مركز الجزيرة للدراسات، 4 نوفمبر/ كانون الأول، 2019، www.studies.aljazeera.net.

(3) أسامة بدير، ماجدة قطب، سامي الغمري، "بعض الآثار الاجتماعيّة والاقتصاديّة لسدّ النهضة الأثيوبي على الريف المصري"، مجلة الاقتصاد الزراعي والعلوم الاجتماعيّة، المجلد 6، العدد 9، 2015، ص 1387.

الاستهلاك لهذه المحاصيل بنسبة تتراوح بين 12 و 65 % وبالمجمل سينخفض دخل الفقراء بنسبة 22% وغير الفقراء بنسبة 12%⁽¹⁾.

الأمر الذي سيؤدي إلى زيادة الفجوة الغذائية المصرية من إجمالي الاحتياجات الغذائية وكذلك إلى انخفاض الدخل القومي المتوقع من التصدير الزراعي، وارتفاع تكاليف المياه إذا ما لجأت مصر إلى تعويض النقص عبر إنشاء محطات لتحلية المياه. ناهيك عن زيادة البطالة التي قد تنتج عن التوقف عن زراعة ما يقارب مليون ونصف المليون فدان، وما يتبعها من آثار اجتماعية أخرى لا حاجة لعرضها الآن. أما ما يقودنا إلى استنتاجات أخطر بكثير مما سبق وذكرنا، هو ما "جاء في تقرير اللجنة الثلاثية لتقييم سد النهضة (المكونة من عضوين من مصر والسودان وأثيوبيا وأربعة أعضاء لخبراء دوليين) بعض الملاحظات نذكر منها: لم يأخذ التصميم في حسابه الاحتباس الحراري، وما قد يسبب بفيضانات. ولم تقدم معلومات بشأن طبيعة التدفق في اتجاه دول المصب⁽²⁾. الأمر الذي يقودنا إلى طرح السؤال الأخطر حول موضوع سد النهضة، ماذا لو إنهار السد؟؟

"لعل الأمر الأكثر أهمية، والأكثر خطورة يتمثل في غرق أجزاء كبيرة من دولتي المصب حال انهيار السد، إذ أكد بعض الخبراء على عدم ملاءمة الأراضي الأثيوبية لمثل هذا المشروع العملاق من حيث الحجم والمساحة التخزينية"⁽³⁾. فقد أثبتت دراسات الأمان التي أجريت على السودان أن عوامل أمان السد الأثيوبي لا تتجاوزه فقط من تسع درجات، وهو ما يفسره الدكتور نادر نور الدين، أستاذ الموارد المائية وخبير المياه العالمي، أن سد النهضة الأثيوبي يمكن أن ينهار في خمس دقائق إذا تعرض لأي هجوم أو زلزال. وهذا ما سيسبب غرق السودان بالكامل، وتعرض المنشآت الموجودة على النيل للغرق، وبالتالي المدن والقرى المتشاطئة على النيل، وأن انهيار السد سيمحو كل السدود على النيل.. الروصيرص وسنار ومروي، وكل مرة

(1) محمد عبد الهادي، سد النهضة، أبعاد الأزمة والمواجهة بين مصر وأثيوبيا، مرجع سابق.

(2) عمرو عبد البديع، سد النهضة بين سيناريو المؤامرة وجدوى التنمية، 29 أبريل/ نيسان 2014.

www.ar.islamway.net

(3) عاطف أحمد خضر السعيد، أثر بناء سد النهضة على السياسة الخارجية المصرية تجاه أثيوبيا، برلين، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والاقتصادية، قسم الدراسات السودانية وحوض وادي النيل، مشاريع بحثية، 19 أكتوبر/ تشرين الثاني 2019.

سيضيف مياه جديدة، وهذا كفيل بتدمير السدّ العالي ما يعني دمار وغرق كل المدن والقرى على النيل الأزرق، والخرطوم وكل الشمال وتهديد حياة وثروات 70 مليوناً من أهل مصر يعيشون على ضفاف النيل⁽¹⁾.

لعلّ اللافت، في موضوع بناء سدّ النهضة، هو ذلك "التقرير الصادر عن خبراء مجموعة حوض النيل بجامعة القاهرة، إذ إنّ سدّ النهضة مبالغ في حجمه وارتفاعه، كما أن كفاءته في توليد الكهرباء متدنية ولا تبرر هذا الحجم، وإيراداته الماليّة من بيع الكهرباء قد لا تغطي تكاليفه، بما يشير إلى أن الهدف من وراءه هو تحكّم أثيوبيا في مياه النيل، وتدعيم قدرتها على تنفيذ سلسلة السدود الأخرى المزمع إنشاؤها على النيل الأزرق ونهريّ السوبات وعطبره"⁽²⁾. الأمر الذي يُشير إلى أنه هناك أهدافاً استراتيجية غير معلنة من جانب الحكومة الأثيوبية، وقد تكون هذه الأهداف أشدّ خطورة من كل ما سبق.

ب- السباق الجيوسياسي يتجاوز المسائل التكنولوجية لسدّ النهضة

هناك أسباب كثيرة تدفع الدّول الغربيّة وفي مقدمتها الولايات المتحدة الأميركيّة إلى تجنب الانحياز ضدّ أثيوبيا إلى جانب مصر في قضية سدّ النهضة، ولعلّ أقلّها مصالح الشركات الغربيّة العاملة في أديس أبابا، إذ يبدو أنّ عوامل مثل موقع أثيوبيا في حوض النيل واستقرارها النسبيّ، وفرصها الاقتصاديّة الواعدة وضعتها في موقع تنبّارى القوى المتنافسة لكسب صداقتها⁽³⁾. لقد ارتبطت أهداف السياسة الأميركيّة في القارة الأفريقيّة في مرحلة ما بعد الحرب الباردة بتحقيق مجموعة من المصالح السياسيّة والاقتصاديّة والاستراتيجيّة. إلّا أنّ الأهداف الاقتصاديّة كانت في المقدمة خاصة بعد تزايد الاكتشافات النّفطيّة بها، فضلاً عن هدف فتح أسواق جديدة لتصريف منتجاتها الصّناعيّة في دول القاهرة، التي تضم أكثر من 850 مليون نسمة.

(1) حزب التحرير (ولاية السودان)، سدّ النهضة، نذر حرب المياه وتقرّيط الحكام وواجب الأمة، أيلول 2007، ص 639.

(2) عماد حمدي، الموقف التفاوضي المصري في أزمة سدّ النهضة، التحديات والخيارات السياسيّة الدوليّة، 10 يناير/ كانون الثاني 2016، ص 56.

(3) عارف عبد البصير، من يمول سدّ النهضة؟ تعرف على أبرز الشركات والدّول التي تتولى عملية التمويل والدعم،

www.aljazeera.net، 2020/8/1

لقد دأبت السياسة الأميركية، طيلة السنوات الماضية، على الحرص على الوجود الجدي والقوي في القارة الأفريقية ليس بدءاً بالمساهمة في خلق سودان جديد موالٍ للولايات المتحدة الأميركية، وتشكيل محاور موالية لها كمحور (أوغندا، أثيوبيا، كينيا، جيبوتي)، لاحتواء السودان ومشروعها الإسلامي وليس انتهاءً بالاهتمام بالشأن الأثيوبي، حين "ظهر ذلك جلياً في أواخر العام 2020، حين أعلنت الولايات المتحدة الأميركية أنها مستعدة للاستثمار بمليارات الدولارات في أثيوبيا من خلال مؤسسة تنمية جديدة أنشئت أواخر العام الماضي تحت اسم مؤسسة تمويل التنمية الدولية (DFC) تتمتع بقدرة إقراض ضخمة تقدر بـ 60 مليار دولار"⁽¹⁾.

على المقلب الآخر، عمدت الولايات المتحدة الأميركية على تقويض الوجود المصري في المحافل الإقليمية والدولية في حين كانت تقدم "الدعم لأديس أبابا سياسياً واقتصادياً وعسكرياً، ودعم مكانتها في المنطقة بوصفها الوكيل الغربي المعتمد لمحاربة الإرهاب في القرن الأفريقي، وإكمال منظومة تحجيم مصر وتحديد خياراتها في التعامل مع تحديات المنطقة وفي مقدمتها أزمة سد النهضة"⁽²⁾.

أما الصين، فقد أقامت بشكل خفي نفوذها بين الدول الناشئة في أفريقيا، عبر مساعيها لإعادة إنتاج الدور الذي أداه الاتحاد السوفياتي في القارة خلال حقبة الحرب الباردة، فوجهت أنظارها على أكثر الموارد المتنازع عليها في القارة وخاصة الموارد المائية والأنهار. وتبين البيانات أنها تشير إلى أن الصين استثمرت في تمويل وبناء السدود في 22 دولة أفريقية، خلال العقد الأخير، ابتداءً من تمويل سد تكيزي، في العام 2002، بقيمة 224 مليون دولار مروراً بسد "جايب 3" المثير للجدل على نهر أومو⁽³⁾. لقد استمرت السياسة الصينية نحو التوسع، في القارة الأفريقية عموماً، وأثيوبيا خصوصاً، حيث "تعدّ الصين شريكاً أساسياً في بناء سد النهضة منذ نيسان 2013، حين وقعت شركة المعدات والتكنولوجيا المحدودة الصينية اتفاقية مع شركة الطاقة الكهربائية الأثيوبية، لإقراض أديس أبابا ما يعادل مليار دولار، من أجل بناء مشروع خط نقل الطاقة الكهربائية للسد، كما قام بنك الصين الصناعي من قبل في

(1) المرجع نفسه.

(2) إبراهيم يسري، النيل ومصر وسد النهضة وحروب القرن الأفريقي، ط1، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، 2014، ص 150.

(3) عارف عبد البصير، من يمول سد النهضة؟ تعرف على أبرز الشركات والدول التي تتولى عملية التمويل والدعم، مرجع سابق.

أيار 2010 بإقراض أثيوبيا 500 مليون دولار، من أجل إعداد الدراسات الخاصة بالسد، لتصبح بذلك الصين أكبر دولة مشاركة في بناء هذا السد⁽¹⁾.

كذلك لم تقتصر مساهمات الدول في سد النهضة على الاستثمار المباشر، فذهبت بعض الدول إلى الاستثمار غير المباشر لدعم قيام مشروع السد، فعلى صعيد قطر وتركيا، فقد أكد "جمادا سوتي" المتحدث باسم جبهة تحرير "الأورومو"، أنهما يدعمان بناء سد النهضة من خلال مشروع استثماري وزراعي ضخم، تموله الدولة وأنقرة لزراعة مليون ومائتي ألف فدان في منطقة السد، وأن الدولتين قد سدّتا الدفعة الأولى من هذا المشروع، وهو ما أسهم في زيادة وتيرة العمل لإنشاء السد⁽²⁾.

لقد كان لدول الخليج العربي، أيضًا، دورًا أساسيًا في تمويل السد، كالإمارات العربية المتحدة والكويت، التي طرحت رؤوس أموال ضخمة للاستثمار الزراعي في الأراضي المحيطة بالسد. أما بالنظر إلى الموقف السعودي على وجه الخصوص، فعلى الرغم من إنكار السعودية وجود أي استثمارات لها في سد النهضة، فإن المملكة لم تنكر ما تداولته تقارير صحيفة حول رغبتها في إقامة مشروع ربط كهربائي بين دول الخليج وأثيوبيا. كذلك لم تستطع إنكار حقيقة الملياردير السعودي صاحب الأصول الأثيوبية "محمد حسين العمودي"⁽³⁾. أحد أبرز المستثمرين في سد النهضة وقد قدم تبرعاً بقيمة 88 مليون دولار لبدء أعمال الإنشاءات الأولى للسد العام 2010⁽⁴⁾. بعد هذا الحجم الضخم من التمويل، وهذا التدافع الدولي الرهيب تجاه القرن الأفريقي عموماً، وسد النهضة خصوصاً، نلاحظ أنه من المستحيل عرقلة هذا المشروع الذي بات أمراً واقعاً.

(1) صلاح سمير بنداري، مشكلة سد النهضة... وإعادة صياغة توجهات السياسة الخارجية المصرية في الدائرة الأفريقية، مرجع سابق، ص 64.

(2) المرجع نفسه، ص 65.

(3) محمد حسين العمودي: ملياردير سعودي من أصول أثيوبية، وهو مهندس الربط الزراعي بين الرياض وأديس أبابا منذ نجاح في إقناع السلطات السعودية بالاستثمار لإستصلاح نصف مليون هكتار في مقاطعة غامبيلا بأثيوبيا.

(4) عارف عبد البصير، من يمول سد النهضة؟ تعرف على أبرز الشركات والدول التي تتولى عملية التمويل والدعم، مرجع سابق.

ج- الاهتمام الإسرائيلي ودوره التخريبي

نشير في هذا السياق، إلى أنّ الاهتمام الإسرائيلي بمصادر المياه ينصرف مباشر إلى السيطرة والسطو على المياه القريبة من الضفة الغربية وقطاع غزة، ومرتفعات هضبة الجولان السورية والمياه الأردنية واللبنانية، "إلا أنّ مخططاتها الاستراتيجية تتركز عادة على المياه الأبعد والأغزر والأكثر تدفقاً والأضمن استمراراً على مدى التاريخ ألا وهي مياه النيل"⁽¹⁾. فقد ظلت أفريقيا "تستحوذ على اهتمام الحركة الصهيونية العالمية لأنها تعد عمقاً استراتيجياً، وجزأماً أمنياً يطوق المنطقة العربية، كما رصد العديد من الأبحاث والدراسات التي تتبع علاقة إسرائيل بأفريقيا، أن الأهداف الحقيقية التي تجعل من أفريقيا هدفاً استراتيجياً بالنسبة إلى "إسرائيل" هو غنى القارة الأفريقية بالثروات الطبيعية والموارد المائية، إضافة إلى الموقع الجغرافي المتميز الذي يشكل مطمعاً حيويًا"⁽²⁾.

لقد حرص الصهاينة على توطيد العلاقات مع مختلف دول حوض النيل والقرن الأفريقي، إذ كان الوجود الإسرائيلي في تلك الدول يأخذ أشكالاً مختلفة. وذلك من أجل التغلغل في تلك المنطقة لتضييق الخناق على مصر والسودان من جهة عبر الإمساك بمنايع النيل ومن أجل تحقيق مصالحها عبر الاستفادة من مقدرات تلك الدول وثرواتها الطبيعية. كما تأتي العلاقات التجارية كأحد أكثر مؤشرات زيادة التأثير الإسرائيلي أهميّة في دول الحوض. بل في أرجاء القارة كافة، إذ "تشهد العلاقات تطوراً متزايداً خاصة في أثيوبيا والكونغو الديمقراطية، ويأخذ هذا إلى جانب التبادل التجاري إقامة الغرف التجارية المشتركة والمعونات والمنح في مجالات الصحة والتعليم والتدريب"⁽³⁾. "وعلى الجانب الاقتصادي، ساعدت إسرائيل أثيوبيا بعدد من المشاريع التتمويّة تجاوزت الثلاثين مشروعاً، وتعمل على إقامة أربعة سدود على النيل لتوليد الكهرباء وضبط حركة المياه، كما قدّمت شركات

(1) فتحي علي حسين، المياه وأوراق اللعبة السياسيّة في الشرق الأوسط، مرجع سابق، ص 145.

(2) نورا ماهر، التطويق المائي: تأثيرات التحرك الإسرائيلي في حوض النيل، السياسة الدوليّة، المجلد 49، العدد 196، أبريل، نيسان 2014، ص 22.

(3) محمد نبيل الشيمي، العلاقات الاقتصادية بين مصر ودول حوض النيل، السياسة الدوليّة، المجلد 39، العدد 158، أكتوبر/ تشرين الثاني 2004، ص 101.

استثمارية يملكها جنرالات سابقون بالموساد مساهمات في مشاريع زراعية وبناء سدود⁽¹⁾.

لم يكتفِ العدو الصهيوني (إسرائيل) بالحضور التجاري والاقتصادي في دول الحوض عبر المشاريع المشبوهة الأهداف التي قامت بها في بعض تلك الدول وفي مقدمتها أثيوبيا، إلا أنّ الوجود الإسرائيليّ فيه، في بعض تلك الدول وفي مقدمتها أثيوبيا، تعداها إلى الوجود العسكريّ والأمنيّ، "فقد وظّفت إسرائيل عدداً من الوسائل السياسيّة والاقتصاديّة والعسكريّة لتقوية علاقاتها بالدول الأفريقيّة وفي مقدمتها أثيوبيا، فقامت بإرسال المبعوثين والخبراء في المجالات كافة وخاصة المجال الأمنيّ والعسكريّ"⁽²⁾. لقد كشف "العديد من الخبراء بأنّ إسرائيل، من خلال مكتبها الاستخباراتيّ في "نيروبي" وتعاونها في مختلف المجالات السياسيّة والأمنيّة والعسكريّة، كانت المحرّض الرئيس في توتر العلاقات المائيّة بين مصر وكينيا، في أواخر العام 2003، وقيام كينيا بالإعلان عن انسحابها من معاهدة 1929"⁽³⁾.

كما لا يمكن إغفال أنّ قضية الماء ما تزال بؤرة الحلم الصهيونيّ في إنشاء "دولة إسرائيل"، في قلب الصحراء، فالإيديولوجيّة الصهيونيّة، ومنذ بداية التّفكير في إنشاء وطن قوميّ لليهود في فلسطين طرحت فكرة البحث عن موارد المياه اللازمة لتحويل الحلم إلى حقيقة"⁽⁴⁾. إذ إنّ محدودية الواردات المائيّة الإسرائيليّة مع سعيّ الكيان الصهيوني لاستقدام أكبر عدد ممكن من المهاجرين اليهود وتوطينهم بصرف النّظر عن الإمكانيات الاقتصاديّة والواردات المائيّة المتوافرة لديها، يدفع "إسرائيل" إلى التّفكير بقوة بالموارد المائيّة كمصدر لحياتها وتوسّعها. بل وبقائها، وكذلك يدفعها للتّفكير في سبل تأمين هذه الموارد ومصادرها. فلقد زاد من أهميّة عامل المياه في الفكر الاستراتيجيّ الإسرائيليّ بروز حال متصاعدة من الشّح المائيّ تعانيها "إسرائيل"، منذ

(1) أسامة الهيتمي، في عيون الخبراء: مصر ومستقبل العلاقة مع دول حوض النيل، مرجع سابق.

www.main.islammmessage.com/newspage.aspx?id=8037

(2) محمد عادل عثمان، العلاقات المائيّة بين إسرائيل وأثيوبيا، الأهداف والمياه في الفكر الاستراتيجي الصهيوني، المركز الديمقراطي العربي في قسم الدراسات السّودانية وحوض وادي النيل، 27 نوفمبر/ تشرين الثاني 2016، ص 67.

(3) صفا شاكرا إبراهيم، الصّراع المائيّ بين مصر ودول حوض النيل: دراسة في التدخلات الخارجية (1990-2010) <https://alalamy1.yoo7.com/t80340-topic>

(4) حسن بكر، المنظور المائيّ للصّراع العربي الإسرائيلي، السياسة الدوليّة، العدد 104، أبريل / نيسان 1991، ص

العام 2000، وهو ما دفعها إلى العمل نحو تطوير السياسة المصرية في دائرتها النيلية، بهدف الحصول على نصيب من تلك المياه، أو استخدام المياه كورقة ضغط ضد مصر والسودان⁽¹⁾. كذلك ترى دوائر البحث الإسرائيلية، في نهر النيل، المصدر الذي سيحمل مشكلتها المائية في المستقبل. هذا الأمر الذي يجعلها تولي عناية خاصة بكل من مصر وأثيوبيا في هذا المضمار، بل وأنها ترى في نفسها أنها صاحبة دور أساسي بسبب امتلاكها تقنيات عالية في مجال تكنولوجيا المياه لا يملكها الآخرون⁽²⁾. إنَّ ما سبق يعدُّ مهمًّا لفهم خلفيات التَّموضع الإسرائيلي في أزمة سدِّ النهضة الدائرة بين أثيوبيا ومصر والسودان، وذلك انطلاقًا من الرغبة الإسرائيلية في السطو على نسبة من مياه النيل، هذا من ناحية الأمن المائي. أمَّا في البعد الجيوسياسي، فإنَّ "إسرائيل" تطمح إلى توسيع نفوذها والهيمنة على مصادر الطاقة التي يُعد نهر النيل أبرزها ما يعزز موقفها السياسي في الشرق الأوسط والقارة الأفريقية.

إنَّ دور "إسرائيل" التخريبي، في منطقة حوض النيل، يعتمد على سياسة زرع الشقاق بين دول الحوض عن طريق دعم الخلافات وتغذيتها بما يخدم مصالحها، ويعزز وجودها في القارة الأفريقية، ويدعم هذه الفكرة الباحث "أحمد فوزي"، خبير المياه في الأمم المتحدة، بقوله: "إنَّ إسرائيل حاضرة بقوة في دول حوض النيل ولها دورها المؤثر في هذه الدول، مضيئًا أنَّ إسرائيل تستخدم هذا الدور كورقة ضغط لتحقيق مطالبها، خاصة في ما يتعلق بالصراع العربي الإسرائيلي، وأكد أن الدور الإسرائيلي في دول الحوض يؤثر بالسلب في حصة مصر من مياه النيل"⁽³⁾. لقد توصل بالفعل أحد أبرز المتخصصين، في هذا الشأن، إلى إثبات التَّحقُّق من فرضية مؤداها: أنه كلما زاد التَّغلُّل الإسرائيلي اقتصاديًّا وسياسيًّا ومائيًّا في حوض النيل، زاد الصراع المائي الدولي في هذه المنطقة، وذلك عبر مجموعة من الأدلة والأسانيد والمقابلات⁽⁴⁾. لقد حضرت "إسرائيل"، بشكل مباشر، في سدِّ النهضة، وكأنَّها إحدى دول حوض النيل، وإنَّ كلام رئيس الحكومة الإسرائيليَّة "بنيامين نتنياهو" خير دليل عندما قال: "سندعم أثيوبيا

(1) محمد سلمان طابع، الصراع الدولي على المياه: بنية حوض النيل، مركز البحوث والدراسات السياسيَّة، القاهرة، 2007، ص 372.

(2) حسن بكر، المنظور المائي للصراع العربي الإسرائيلي، مرجع سابق، ص 139.

(3) زبيدة عطا، إسرائيل في النيل، مكتبة الشروق الدوليَّة، القاهرة، ط1، 2010، ص 12.

(4) محمد سلمان طابع، الصراع الدولي على المياه، بيئة حوض النيل، مرجع سابق، ص 372.

تكنولوجياً لتستفيد من مواردها المائية، وجاء كلامه أمام البرلمان الأثيوبي، في تموز العام 2016، وذلك خلال زيارته إلى أديس أبابا، وقد بدا كلامه واضحاً لجهة دعم أثيوبيا في مسألة نزاعاتها مع مصر والسودان في ما يخص سدّ النهضة، فتالت التصريحات الإسرائيلية الداعمة لأثيوبيا على لسان نائبة المدير العام للشؤون الأفريقية في وزارة الخارجية الإسرائيلية آينات شيلين، في كانون الأول 2019، حين أعلنت استعداد تل أبيب لتقاسم تجربتها الواسعة في إدارة المياه مع أديس أبابا، وقد سبق ذلك إعلان السفير الإسرائيلي لدى أثيوبيا رافائيل موراف، أنّ إسرائيل تعمل على إدخال نظام الريّ الحديث في أثيوبيا⁽¹⁾.

على المقلب الآخر، تتمدّد موجة التطبيع العربيّة مع الكيان الإسرائيلي بدعم أميركيّ إلى أغلبية العواصم العربيّة، وآخرها السودان، البلد الذي يمثل عمقاً استراتيجياً لمصر من جهة وشريكاً في تداعيات سدّ النهضة من جهة أخرى، فقد أعلنت، في 23 تشرين الأول 2020، السودان و"إسرائيل"، وبوساطة أميركيّة، تطبيع العلاقات بينهما. لا شك أنّ لعملية التطبيع هذه آثاراً عدّة وعلى المستويات كافة، فقد تؤدي انسيابية العلاقات بين الخرطوم وتل أبيب، إلى جعل الأخيرة اللاعب البديل لمصر في السودان، وذلك في المشاريع الزراعيّة والتّعددين، بوصف أنّ "إسرائيل" تملك من التّكنولوجيا والقدرة الماديّة ما يجعلها تتفوق على مصر.

لقد بات واضحاً أنّ حل مسألة سدّ النهضة لا يتعلق فقط بالمفاوضات الأثيوبيّة المصريّة – السودانيّة، بل لها خلفيات ترتبط بالرغبات الإسرائيليّة بالهيمنة على مصادر الطّاقة في حوض النّيل من جهة، وعلى التّوسع باتجاه القارة الأفريقيّة من جهة أخرى. لذا، فإنّ "إسرائيل"، وهي الحاضر الأبرز في سدّ النهضة، لن توافق على أيّ حل لا يضمن لها نصيبها من مياه النّيل، ويقوّض توسعها في دول حوض النّيل وصولاً إلى سواحل البحر الأحمر.

○ إنّ هذا البحث يقودنا إلى تقديم مجموعة من الاقتراحات، وهي الآتية:

1. يجب إلزام الدّول غير الأعضاء في الاتفاقيّة من خلال الرّبط بين واجب احترام حقّوق الدّول في الانتفاع والاستخدام لمجرى المياه الدّوليّة، وبين التزاماتها الدّوليّة المقررة في ميثاق

(1) هرتزل إلى نتنياهو.. خلفيات الدور الإسرائيلي في سدّ النهضة، 22 حزيران 2020، تاريخ الدخول إلى الموقع www.almayadeen.net. 2020/11/10

الأمم المتحدة وما تضمنه هذا الميثاق من مبادئ أساسية تحكم العلاقة القانونية بين الدول الأعضاء

2. يجب إخضاع الدول المخالفة لأحكام نظام الجزاءات الدولية المقررة في الفصل السابع من الميثاق، وخاصة إذا كانت تلك الانتهاكات تشكل تهديدًا للسلم والأمن الدوليين كتدبير رادع للدولة التي قد تفكر بهذا انتهاك.

3. على المجتمع الدولي المتمثل في هيئاته السياسية والمالية الضغط من أجل إيجاد حلٍّ لمعضلة سدّ النهضة تجنبًا لمزيد من الحروب في المنطقة.

4. على مصر تفعيل علاقاتها الدولية والدبلوماسية في القارة الأفريقية، واستعادة دورها القيادي السابق في تلك المنطقة كدولة عربية أفريقية رائدة.

5. إلزام الدول الثلاثة، مصر وأثيوبيا والسودان بالجلوس على طاولة المفاوضات، وتحت سقف زمني معقول للتوصل إلى حلول مرضية وواقعية لمشكلة سدّ النهضة، وذلك تحت رعاية الأمم المتحدة.

6. على الاتحاد الأفريقي الحضور بفعالية أكبر في الحلقات الخاصة بالدول الأفريقية وخاصة ملف سدّ النهضة.

7. العمل على الحدّ من التّدخل الإسرائيلي في منطقة القرن الأفريقي عامة، وفي مسألة سدّ النهضة خاصة، عبر استعادة مصر لدورها من جهة وكذلك عبر إحياء فكرة رفض التّطبيع مع الكيان الصهيوني من جهة أخرى، وذلك من خلال إحياء ما يسمى بالفكر القومي المناهض للصهيونية.

العمل على تحسين الواقع المائي في كل من مصر والسودان. وخاصة مصر عن طريق استخدام تقنيات متطورة وخطط مائية حديثة، وتقليص نسبة الاعتماد على الموارد المائية الخارجية، وذلك عبر الاعتماد على مصادر أخرى كالمياه الجوفية مثلاً، أو عبر تقنية تحلية مياه البحر، وكذلك لا بدّ من اعتماد تقنية متطورة لتقليل الفواقد المائية الهائلة وذلك من خلال ترشيد إنفاق المياه وتحديث أقنية الري عبر المياه التي تشهد تبخرًا هائلًا نتيجة طبيعة البلاد المناخية.

الدراسة السابعة:

**Leadership Behavior in Healthcare Sector
during Covid19 Crisis**

Mohamad daaboul⁽¹⁾

Leadership is a broad concept that cuts across the board. Throughout global history, it has been defined in many researches, and one of the best definitions mentioned by researchers is that it is simply the ability to direct a team or organization to a specific goal⁽²⁾. Going deep into its detailed concepts, we can see that Leadership begins with a personality and continues to move through the whole environment that surrounds it.

Leadership is a process by which a person influences others to achieve a goal and directs an organization in a way that makes it more cohesive⁽³⁾. Leadership by which an individual influences a group of individuals to achieve a common goal⁽⁴⁾. Leadership is not about gaining popularity, it is rather about doing the right thing and taking the ethical steps even if that means sacrificing your own popularity and career.

⁽¹⁾ PhD in sociology, Assistant professor ,Jinan university and Beirut Arab university.

⁽²⁾ Wardman, J. (2020). Recalibrating pandemic risk leadership: thirteen crisis ready strategies for covid-19. Journal of Risk Research 23:7-8. Doi: 10.1080/ 13669877. 2020. 1842989.

⁽³⁾ Siran Mukerji and Purnendu Tripathi, "Handbook of Research on Transnational Higher Education", V 2, DOI: 10.4018/978-1-4666-4458-8, August, 2013.

⁽⁴⁾ Northouse, G. (2007). Leadership theory and practice. (3rd ed.) Thousand Oak, London, New Delhe, Sage Publications, Inc p:3.

Sometimes the pursuit of popularity is very important, but if we make the wrong decision about the problem we are facing, we are likely to make it worse; thus, seeking collective leadership ideas is required more than seeking popularity. Likewise, ordering companies to shut down without understanding or caring for the wider impact on society in the absence of a source of wages is a confusion between the importance of collaborative leadership and the apparent decisiveness of leadership⁽¹⁾. In this case, you can be decisively wrong unless you have taken advice from experts on what will happen next.

Leaders face many problems and obstacles that may hinder the performance of their work with their subordinates, which rise up the importance of improving, developing and training leaders with leadership skills that enable them to face any crisis with their subordinates.

The spread of the coronavirus pandemic has led to many concerns including economic, social and political uncertainty, in addition to fear for one's life and the lives of those close to him, as well as messages of terror, complexity and ambiguity in the mass media. All these concerns were revealed in the political, economic, social and medical environment that generated uncertainty in the right assessment of the COVID-19 crisis, as well as in setting priorities that could help mitigate the scale and consequences of such a pandemic. Knowing that the different leaders in countries have contemplated strong reactive and preventive measures for the mysterious COVID-19 epidemic, their attempts have not been sufficient to confront a pandemic such as the COVID-19 pandemic.

⁽¹⁾ Pidgeon, K. (2017). The keys for success: leadership core competencies. *J Trauma Nurs.*24 (6):338-341. doi: 10.1097/JTN.0000000000000322.

Covid-19 shocked the entire world and was considered one of the biggest crises of the century. It has left a great impact on all areas. Leadership has faced this crisis with all its implications and flaws, and many major challenges have occurred which changed the course of the process with regards to reducing the negative results of Covid-19 pandemic, and many live experiences were clear examples around the world. In fact, many lessons were learned, and a new vision to quickly deal with emergency events after the Covid-19 pandemic.

The new Coronavirus (COVID-19) pandemic has emerged as an unprecedented global humanitarian crisis. In the light of volatility, uncertainty, complexity and ambiguity, rapid and high-impact decisions are required in a limited information environment. Leaders must manage these elements, learn new lessons along the way, and help develop strategies for solving various novel problems to keep their organization running. The impact of the COVID-19 pandemic on healthcare leadership competencies are core competencies for leadership practices in response to a global health crisis.

The influence of the leader and his decisions during this epidemic, the importance of managing the team, and the shortages and failures he faced during this epidemic, all have developed the role of the leader during these difficult times when the leader has increased responsibilities towards the entire workforce, a duty to prepare a system for improving health care, and an obligation to enhance the skills and behaviors needed to help the leader face this crisis in the future, especially since this crisis actually deals with an essential part of human life, which is people's health and sustainability generating power. Without it, the world is lost.

It was an amazing transformation in many moments of change in which the crisis is an essential part. In a world that is fast-moving and always open to changes in all areas including social, economic, political

and health issues, anything can happen at any moment and suddenly. Leaders have faced problems of scale that are spreading to a large number of people in an environment that lacks clear information. However, leaders had no choice but to apply the saying, "When the crisis is there, the real mission of a leader begins."

This research aims to assess the impact of the COVID-19 pandemic on challenges and opportunities for leadership in the healthcare sector, in addition to analyzing the impact of the COVID-19 pandemic on the healthcare leadership competencies. Leadership capabilities are essential competencies for leading practices in response to a global health crisis. The influence of a leader and his decision-making during these crises, the importance of his management, the shortage, changes and improvement of leadership in healthcare, lessons learned and the vision of leadership during this pandemic are illustrated.

○ **Leadership in the Healthcare Sector**

Previously, leadership in healthcare was a subject of research and study in different healthcare systems and in different regions of the world. However, this year, the year of the COVID-19 pandemic, is a time when the focus has been on highlighting the quality and effectiveness of leadership.

Planning and coordination are the basis of the solution in any crisis, especially in the case of an epidemic that affects all aspects of society. For planning and coordination to be effective, this coordination must take place at the national, regional and local levels, with lines of communication between each of them.

At the local level, it is advisable to establish local accident management teams in hospitals⁽¹⁾ consisting of a clear chain of command that includes a clinical director, an administrative director, and a single point of reference for regional command centers⁽²⁾ as well as public health professionals. This aids in imparting national guidelines to the clinical staff providing care and to ensure the quality of work with the ability to use the discretion of an individual physician. The same approach should also be followed in the individual hospital service delivery settings with the identified principal physicians who are able to coordinate an effective response in their area of expertise for all health service applicants.

At the regional level, plans must be developed and coordinated within a local health system that includes large urban agglomerations with close relevance to the population as well as rural health systems with sparsely populated population.

At the national level, a unified goal and strategy must be established in coordination with other countries⁽³⁾ to secure resources and coordinated responses. Each country uses nationally agreed procedures with the most common response team consisting of the Head of Government, Minister of Health, Chief Medical Officer / Principal Public Health Officer, epidemiologists, virologists as well as civil defense / military representatives. A similar structure can also be replicated on a more regional basis; thus, integration and coordination take place at all local, regional and national levels.

⁽¹⁾ National incident over coronavirus allows NHSE to command local resources, Health Serv. J. (March 2020) [<https://www.hsj.co.uk/quality-and-performance/national-incident-over-coronavirus-allowsnhse-to-command-local-resources/7027045> article.

⁽²⁾ Management of public health incidents: guidance on the roles and responsibilities of NHS led incident management teams. 2003.

⁽³⁾ Ibid, Management of public health incidents.

○ **The Role of Healthcare Leadership in Health Crises:**

Research and experience around the world have proven the importance of the primary role of health care leaders. Recently, the Corona epidemic has reinforced the astonishing role of healthcare leadership in facing the crisis of the century, especially in the case of emergencies that may occur. Therefore, leaders have devised important tasks, which start from decision-making to building solid yet flexible relationships between leaders and their employees, both of which play a major role in helping the leader take immediate action in such a crisis. Moreover, the emergency part of the Coronavirus has prompted leaders to focus on making and selecting tasks that lead to more effective solutions.

The Corona crisis revealed a fundamental role for leadership, which is the duty of care and the responsibility of leaders towards their work team, especially those on the front lines, such as nurses and doctors, as well as healthcare professionals who have been affected by different psychological, physical and mental health problem. In addition, there were major roles for leaders to be played in the Corona crisis like decision-making at the right moment and controlling communication between task managers as well⁽¹⁾.

In sum, we can say that the leadership roles of healthcare go through the crisis process starting from collecting collective data as a source for the start of effective action, assessing reality from all its corners, coordinating all human resources included and working with confidence and accuracy to confront and overcome such a crisis⁽²⁾.

⁽¹⁾ Tseng ,H., Chen, T., Chou ,S.(2005). SARS: Key factors in crisis management. J Nurs Res. 20058-65. PMID: 15977136.

⁽²⁾ Deitchman, S(2013). Enhancing crisis leadership in public health emergencies. Disaster Med Public Health Prep. 7(5):534-40. doi: 10.1017/dmp.2013.81. PMID: 24274133.

○ **Changes in the Leader's Role Changed during the Crisis**

Healthcare leaders face multifaceted challenges in the face of the Corona crisis, especially as they are on the front lines. Healthcare leaders must assemble high-performing teams to respond to the immediate care crisis. Leaders must act quickly to gain control of all previously known and emerging areas, an unexpected event or sequence of events of enormous scale and overwhelming speed, resulting in a high degree of uncertainty that gives rise to disorientation, a feeling of lost control, and strong emotional disturbance⁽¹⁾. They need to protect employees; they must empower the workforce remotely without being close to them and they must be prepared to accept bad news. All this while preserving their energy, spreading confidence in their employees and continuing to motivate them. Leaders must look at ways to reinvent themselves to stay relevant, and they have to embrace change faster regardless of its effectiveness; otherwise, they risk being overpowered by change.

The most important thing leaders learned is that yesterday, today and tomorrow will bring new demands upon them. The COVID-19 pandemic has clearly shown us there is no evidence to indicate what needs to be done and how to change leadership styles in the face of the 21st century pandemic. While there may not be any magical suggestions on how to overcome the challenges of the new reality, it is clear that leadership became more complicated than ever.

Many leaders now recognize the importance of planning and coordination for the complex comeback. Returning from lockdowns will not be easy - and we must remain vigilant against the re-emergence

⁽¹⁾ Arnold M. Howitt and Herman B. Leonard, "Against desperate peril: High performance in emergency preparation and response," in Deborah E. Gibbons, ed, *Communicable Crises: Prevention, Response, and Recovery in the Global Arena*, first edition, Charlotte, NC: Information Age Publishing, 2007.

of the virus in the absence of a vaccine or safe treatment. The pandemic is likely to trigger a series of intermittent changes that will fundamentally reshape healthcare. Leaders must take into account a set of expectations and needs based on looking at the conditions of individual citizens, patients and employees and demonstrate the flexibility and productivity required by financiers of healthcare expenditures. Also, demonstrate the flexibility required to deal with the challenges of fast-moving liquidity, solvency and economic sustainability, in addition to striving for improvement and overcoming difficulties through that use of various technological energies and medical sciences.

The rapid and sudden change in the world put the leader in front of many challenges, in addition to his role in many changes in facing this sudden crisis, so improvement has become necessary for the leader to be ready for any new crisis like this. Be the first leader to launch an improvement methodology through training in new methods, and forging partnerships with staff, patients, and communities for improvement. Data collection will be a vital part of the quality improvement methodology, and leaders ensure the use of operating charts, control charts, and continuous feedback by teams examining and improving ideas that are tested using analytical improvement methods rather than a pre- and post-review.

Leaders know that all patients are completely different from the personnel in their care, and they know that all systems will perform differently over time. It is a difficult step, especially during the onset of crises that do not arrive suddenly but grow out of familiar circumstances that mask their nature⁽¹⁾. Therefore, the leader and his staff need to know

⁽¹⁾ Arnold Howitt and Herman B. Leonard, eds, *Managing Crises: Responses to Large-Scale Emergencies*, first edition, Washington, DC: CQ Press, 2009.

what leads to improvement and how to maintain it. Perhaps quality standards and other measures may assist the leader in overseeing the period of the improvement effort. The improvement will also support learning systems at local, regional, national and international levels. These systems will include improvement and support systems within organizations, data systems to support continuous improvement, systems and networks to share improvement work locally, regionally and nationally.

○ **Challenges of Leading the Healthcare System in the Covid19 Crisis:**

Leaders in healthcare are the first to confront the rapid spread of Covid-19, which is the first line of defense against this virus. The virus has put the leaders in many obstacles and challenges that require a quick response, since they are dealing with human health at a time when it was very difficult to make the right decisions, but it must be taken in an emergency situation with correct adjustments and assessments. Especially since all leaders and teams were in an uncomfortable situation full of chaos.

Although coordination was messy and uncomfortable, it took its place as a priority because the leaders' work in integrating all energies was another major challenge⁽¹⁾. The leaders adopted changing their methods in facing this crisis, moving from the classic form of leadership (from top to bottom) to horizontal leadership through the creation of sub-leaders. The difficulty of dealing with such a crisis and the many difficult details that arose at every moment, led the health workers to

⁽¹⁾ Lefort, H., Psiuk, T., Nonin, D., Voirgard, C., Epifanie ,S.(2020) La gestion de crise face au Sars-CoV-2 : management et leadership dans les soins [Crisis management in the face of SARS-CoV-2: management and leadership in health care]. Soins. 65(849):12-17. French. doi: 10.1016/S0038-0814(20)30237-1. PMID: 33357611.

face tremendous, unexpected pressures that created an imbalance in their physiological balance. Here appeared the physiological effect of health workers, where the leaders were concerned with the need to work in order to remove these psychological effects so that workers in the health sector do not collapse health sector⁽¹⁾.

Leaders need to protect and care for their employees. They are responsible for providing the mental and physical integrity of their employees. Without the leaders' care, attrition, and fatigue, would be high. Therefore, leaders motivate their employees and work to share their problems with them. This is why motivation and participation include several factors, most important of which are⁽²⁾:

- Protection and welfare by preserving the employees' health from infection
- Education and training, which are very important, especially since the corona virus is new and the information is unspecified. Therefore, the employees are required to be aware of all the new information, qualitatively and not quantitatively, in order to avoid fatigue and inconsistency that lead to technical flaws or other defects.
- Top-down and bottom-up communication, where the leader must develop plans and coordinate to motivate the employees. In addition, leaders should engage employees in decision-making by sharing their experiences.
- Personal encouragement of employees by their leaders during crises is very important, and leaders must be present in any case and have access to all variables, moment by moment.

⁽¹⁾ Forster, B., Patlas, M., Lexa, F(2020).. Crisis Leadership During and Following COVID-19. *Can AssocRadiol J.* 71(4):421-422. doi: 10.1177/0846537120926752. Epub 2020 May 12. PMID: 32397746.

⁽²⁾ Sarita Mahapatra, Leadership challenges during COVID-19 pandemic, <https://www.nursingnow.org/leadership-challenges-in-maintaining-staff-motivation-during-covid-19-crisis-situation/>, 18 November 2020.

- Rewards and testimonials during a pandemic; it can be difficult to provide rewards, so feedback and expressions of gratitude act as motivating factors for employees.
- Providing health sector workers with accurate information and informing them to use it at the appropriate time and place to avoid any errors that negatively affect the workers and the injured.

○ **Skills and Behaviors Leaders used during the Covid-19 Crisis:**

The Corona pandemic surprised world leaders to the point where they were unable to control matters as they should be, and this is due to the rapid spread of this virus and the lack of information about it. Therefore, the leaders faced this virus with difficulty, skills and capabilities that delayed them in a rapid response to this epidemic, which prompted them to search for new paths to confront any new worrying crisis such as Covid-19.

Leaders tried to maintain balance at all times while addressing this crisis, by staying in touch, ensuring that leaders communicate in a more flexible manner and increasing the level of empathy as a skill. Moreover, considering increasing the frequency of continuous and accurate assessment and evaluation is a critical approach that leaders must apply in healthcare, as it is necessary to reveal the correct path to follow-up and success in the task of the Covid crisis, where remorse always chases the truth and accuracy is the solution.

Another experience from different healthcare regions around the world have revealed through studies and research that the skills that have helped leaders the most in facing the Covid-19 pandemic are:

- Emotional intelligence is a very amazing skill that must be worked on as a healthcare leader in the health team, so we must work to raise

the level of self-awareness, enhance effective listening, establish safety and unity well and train employees.

- Team building skills that assist leaders in selecting the right and reliable people, and in developing and working on strategies and plans with other leaders in the same organization⁽¹⁾.
- Communication skill: leaders must communicate effectively with their superiors to provide them with all new and with their subordinates to influence them in the procedures during and after crises⁽²⁾.
- Leaders must build a good relationship with their subordinates, shareholders, and clients⁽³⁾.
- During crises, leaders pile up with a torrent of information, some of which are speculative, inaccurate, or conflicting. Leaders need good analytical skills to deal with this noise. A good leader should have strong organizational and decision-making skills⁽⁴⁾.
- Adaptability, especially when plans do not go as planned. Leaders know how to approach problems from a different perspective by taking advice from team members⁽⁵⁾.
- Self-control helps leaders control their panic, not drown in their feelings and deal vigilantly with urgent situations. A self-controlled leader is more able to make decisions, communicate clearly, and solve problems effectively⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ Cheryl Meyer, Crucial skills for leading during a crisis, <https://www.fm-magazine.com/news/2020/mar/leadership-skills-during-a-crisis-coronavirus-response-21670.html>, 17 March 2020.

⁽²⁾ Ibid, Cheryl Meyer, Crucial skills for leading during a crisis.

⁽³⁾ Ibid, Cheryl Meyer, Crucial skills for leading during a crisis.

⁽⁴⁾ Ibid, Cheryl Meyer, Crucial skills for leading during a crisis.

⁽⁵⁾ Management training Institutions, 5 leadership skills to best manage crises, management training institute, <https://www.managementtraininginstitute.com/5-leadership-skills-best-manage-crisis/>, 17 November 2017.

⁽⁶⁾ Ibid.

- Enjoying social awareness through good interactions with people who feel anxious or upset⁽¹⁾.
- Adaptability, especially when plans do not go as planned. Leaders know how to approach problems from a different perspective by taking advice from team members⁽²⁾.

A creative leader faces a challenge by finding solutions to all crises, encouraging others to provide solutions, and using creativity in finding solutions⁽³⁾.

○ **Apply Leadership and Management Skills to the COVID-19 Response:**

It is assumed that there are no unknown matters to leaders, the only scenario they have is to ask questions about all the ambiguous topics to provide correct guidance to others on how to manage the crisis while providing a safe and healthy environment for the work team and for all those who depend on health care. For this, leaders in healthcare centers should:

- Deliver fast and effective training staff: Doctors and untrained personnel who want to help combat the Coronavirus need quick instructions and adaption to the new teams. This kind of fast action is necessary because if leaders have a task in front of them and they need a group of people to handle it, then the question is: "How does the leader recruit the right people so that he can effectively, efficiently and systematically get the job done?"

⁽¹⁾ Daniel Goleman, 4 leadership skills for crises management, <https://www.kornferry.com/insights/this-week-in-leadership/leadership-skills-for-crisis-management>.

⁽²⁾ Ibid.

⁽³⁾ Ibid .

- Coordinate the right leadership team: Especially for a crisis of this scale, Finlay says⁽¹⁾, "Who do you need around the table in the command center to understand the current situation and ask all the right questions: What do we know? What do we don't know? What should we do, and who will be responsible for What actions?"
- Take a multi-dimensional view⁽²⁾: It is crucial to consider all stakeholders, including patients, families, service providers, suppliers, and the wider community, as well as local and national authorities.
- Look at preparedness differently⁽³⁾: What lessons can be learned? What new methodologies can be applied? Telehealth and work from home are two tools that have been successfully used by professionals during COVID-19. How can it be useful in the future?
- Discuss Difficult Ethical Choices⁽⁴⁾: Thorny ethical decisions during medical treatment need to be resolved ideally before healthcare workers are forced to make tragic choices. But the leader will face some ethical choices like: What if we had three patients and only two respirators? Leaders must take responsibility for providing adequate guidance and support when these thorny options are on the front lines.
- Take care of the team: This should be a top priority, which is to keep employees safe, supportive, and informed.

⁽¹⁾ Finlay, L. (2003) Mapping multiple routes. In L. Finlay and B. Gough (eds.) *Reflexivity: a practical guide for researchers in health and social sciences*. Oxford: Blackwell Publishing.

⁽²⁾ Billy Haley, "Multi-Dimensional Leadership – "You have to lead from everywhere."", *Multi-Dimensional Leadership – "You have to lead from everywhere."* – EMSI (emsics.com), posted May 30, 2019.

⁽³⁾ The Assistant Secretary for Response and Preparedness (ASPR) Technical Resources Assistance Center and Information Exchange (TRACIE) Hazard Vulnerability/Risk Assessment. <https://asprtracie.hhs.gov/technicalresources/3/Hazard-Vulnerability-Risk-Assessment/0>

⁽⁴⁾ William A. Nelson, "Making Ethical decisions", https://www.ache.org/-/media/ache/about-ache/ja15_ethic_reprint.pdf, *Healthcare Executive* JULY/AUG 2015

- Addressing mental health needs: Caring for the mental health of the workforce, including PTSD, is critical⁽¹⁾. In fact, this includes ensuring emotional support following the urgent commitments of a first-time arc, especially after the overburden that the patients and many frontline healthcare providers have suffered from.
- Self-management: All eyes will be on leaders in this situation, and they will need to pay attention to their well-being in order to appear before others who rely on that leadership.

Once the crisis is over, academic health center leaders should use it as an opportunity to reflect, learn, and identify best practices and gaps in their operations. This will ensure that the organization emerges stronger from the crisis and is more prepared for what the future holds.

○ **How Should Leaders be in Crisis?**

The Corona pandemic is the most difficult experience faced by leaders in general and leaders in health care systems in particular. Leaders have used many previously acquired skills in the face of this pandemic, but the use of these skills has been consistent and interactive with the indications these leaders have shown. Therefore, a leader has situations that change as the obstacles that he encounters change. Among these skills:

- **Calmness:** Publius Syrus⁽²⁾ said: "A person can take the lead when the sea is calm." Everyone can be calm when the warning around us is calm, but during crises like Covid-19, leaders will face all levels of fear, anxiety and panic. For all of us, feelings are sometimes our worst enemy. Strong leaders show grace under pressure. Not only do

⁽¹⁾ Amy Paturel, "PTSD from Covid 19", <https://www.cedars-sinai.org/blog/ptsd-covid-19.html>, Jun. 2021.

⁽²⁾ A Latin writer, best known for his *sententiae*. He was a Syrian from Antioch who was brought as a slave to Roman Italy. https://en.wikipedia.org/wiki/Publilius_Syrus.

they manage their feelings, but they also help others to remain sober and rational in the face of difficult circumstances and hard-to-control emotions.

- **Confidence and positivity**⁽¹⁾: In situations like COVID-19, it is important for leaders to show their confidence. Leaders may need to remind themselves that they rose to prominence for good reasons. Leaders are highly skilled and have a deep understanding of their work. There are few who understand their work, so the leader must gather his team, listen to them carefully, analyze the situation, and make decisions.
- **Courage**: A great leader inspires others to complete their work with dedication and passion in the face of fear. Leaders must work through their discomfort and make what they think is the right decision. Moreover, leaders have to keep the right track when the going gets tough, and they must maintain their fortitude and perseverance.
- **Empathy**: The coronavirus crisis requires leaders to exercise basic empathy. Leaders must be aware of the difficult emotions people experience in response to a crisis. Then, they need to show their care and understanding⁽²⁾. People go through five stages of grief in a crisis: denial, anger, depression, bargaining, and acceptance. Leaders can notice the stage everyone is in by observing and listening to their help in the early stages. Moreover, using jokes and humor to lighten the mood is very important since it helps in improving the atmosphere. Sharing personal stories from the leader creates

⁽¹⁾ Jan Bruce, "The leader Guide to managing Covid 19panic", <https://www.forbes.com/sites/janbruce/2020/03/05/the-leaders-guide-to-managing-covid-19-panic/?sh=4958d46659ea> , Mar 2020.

⁽²⁾ Nicolai Chen Nielsen, Gemma D'Auria, and Sasha Zolley, "Tuining in, turning outward: cultivating compassionate leadership in crisis", <https://www.mckinsey.com/business-functions/organization/our-insights/tuning-in-turning-outward-cultivating-compassionate-leadership-in-a-crisis>, May 2020.

confidence and proves that the leader emphasizes many difficult situations that others are going through. This will help your teamwork cooperate together more effectively in difficult times. Awareness of what others are feeling, and role modeling vulnerability, empathy, and compassion during a crisis has been shown to lower stress and limit the adverse physical symptoms of team members, while also improving team goal achievement and productivity⁽¹⁾.

- **Flexibility:** Leading an organization or team during a coronavirus crisis will spark moments of frustration. A resilient leader will not only reframe the situation in a positive way, but also actively re-energize the people around him. Researchers found social support and psychological flexibility are key components in determining a person's response to crisis⁽²⁾.
- **Expressing a vision:** Leaders must give each employees a clear direction, a point of view about where they are heading, and communicate the actions, values, and behaviors that will enable the organization to reach its destination. But what is extremely important in the case of the Coronavirus is for the leader to be very clear about his personal vision and purpose. Your employees will have to make sacrifices, so you want them to believe in your view of the better future that they can achieve⁽³⁾. This clarity in crises will serve as a

⁽¹⁾ Brent A. Scott, "A daily investigation of the role of manager empathy on employee well-being." *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, Volume 113, Number 2, 2010, pp. 127–40.

⁽²⁾ Brent A. Scott, "A daily investigation of the role of manager empathy on employee well-being." *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, Volume 113, Number 2, 2010, pp. 127–40.

⁽³⁾ Mark W. Johnson and Josh Suskewitz, "Leader. Do you have a clear vision for the post crisis future?", <https://hbr.org/2020/04/leaders-do-you-have-a-clear-vision-for-the-post-crisis-future>, April 2020.

focal point on how leaders communicate with employees and other subordinates on a deeper level.

- **Effective communication:** Leaders need cohesive, scenario-based communication and engagement strategies designed to maintain flexibility and to maximize their companies' credibility with stakeholders through the ups and downs of rebuilding⁽¹⁾. Leaders must develop a set of messages that are reinforced and supported by them and by managers at each level of the organization. Communication is that the leader should listen to the employees, and he must match the events and problems that the employees face. More than that, he should reduce anxiety and stress.
- **The search for clarity:** In crises, leaders must confront the world as it is - not as he would like it to be. Great crisis leaders walk the fine line between articulating a positive and confident message or vision, and creating an atmosphere in which truth is sought and heard. Where brutal realities are confronted and dealt with.
- **Give simple and meaningful feedback:** Leaders need to constantly remind people of what is important and keep them focused on simple and clear organizational goals, not complex strategies and interdependence. Keep messages clear and concise.

As we move into the unknown with the Coronavirus, leaders must constantly review and simplify their priorities and get rid of long lists that can distract them. Helping people maintain their focus, leaders will be establishing simplicity for a while, or to put it more simply: "The main thing is to keep the main thing as the main thing"⁽²⁾. The Covid-19

⁽¹⁾ Maggie Schear and David Young, "Communicating Leadership During Covid 19", <https://www.bcg.com/publications/2020/communication-leadership-during-covid-19>, May 2020.

⁽²⁾ Dennis Baltzley and other, The corona virus leadership challenges, Korn Ferry, <https://www.kornferry.com/content/dam/kornferry/special-project-images/coronavirus/the-coronavirus-leadership-challenge.pdf>.

virus has greatly burdened everyone. The leaders were affected by it in many ways. First of all, many leaders were forced to work from home which had many impacts on both the leader and the employees. It is amazing leaders help their employees foster uncertainty but also keep people focused on the goals of their organization. Last but not least, leaders need to look out for themselves because they will continue to take care of their people after Covid-19 crisis.

○ **Lessons Learned by Healthcare Leaders during the Covid19 Crisis:**

Although the Covid-19 pandemic causes a lot of pain to various sectors, especially the healthcare sector around the world, bad experiences always come with new lessons from which organizations and systems begin to build a new future. Studies show important lessons that health care leaders have learned from:

- One is to articulate a common goal and be a goal driver, not a single task.
- Second, positivity and optimism despite bad reality should always be instilled in every leader.
- A spirit to inspire the entire healthcare team⁽¹⁾.
- Plans should be made in the long term and not only in the short term because time has been a true enemy in such a pandemic, and the leader must be armed with support, plans and forecast despite the uncertainty.
- Dignity, equity and human rights are among the most important things to be considered in a crisis like Covid-19

⁽¹⁾ Graham, R., Woodhead, T.(2020). Leadership for continuous improvement in healthcare during the time of COVID-19. ClinRadiol. 76(1):67-7.

where the rights of patients must be well known and brought to bear on them⁽¹⁾.

- Physiological and mental balance is an essential part of working as a leader in the case of restoring general balance in the workplace and overcoming challenges.
- Healthcare personnel, must be supported and motivated, have a comfort zone and all logistics must be ready for them as they are the main movers and frontline soldiers in this mission.
- Leader's strategy must focus on the nurses⁽²⁾.
- Leaders must put into true correct forms and plans in order to impart the right training and coping with the mission of the health teams, it is thus not a communication per se, but rather the intended method of communication⁽³⁾.

In addition, there appeared the need to act early and decisively, this has been a joint leadership strategy in most countries, which has been successful in addressing the COVID-19 outbreak. Also, not to ignore any section of society, every person who lives within a country's borders is at risk of contracting and transmitting COVID-19.

Finally, not using "lead by example" - leadership has been challenged in the United Kingdom, where many government officials

⁽¹⁾ Stephens, E., Dearani ,J., Guleserian ,K., Overman, D., Tweddell, J., Backer, C, Romano, J., Bacha ,E.(2020). COVID-19: Crisis management in congenital heart surgery. *J ThoracCardiovasc Surg.* 2020 Aug;160(2):522-528. doi: 10.1016/j.jtcvs.2020.04.006. Epub 2020 Apr 14. PMID: 32507689; PMCID: PMC7194800.

⁽²⁾ Laxton, C., Nace ,D., Nazir ,A.(2020). AMDA–The Society for Post-Acute and Long-Term Care Medicine. Solving the COVID-19 Crisis in Post-Acute and Long-Term Care. *J Am Med Dir Assoc.* 21(7):885-887. doi: 10.1016/j.jamda.2020.06.017. Epub 2020 Jun 16. PMID: 32674813; PMCID: PMC7297162.

⁽³⁾ Fraser, M.(2020). Leading in the COVID-19 Crisis: Challenges and Solutions for State Health Leaders. *J Public Health ManagPract.* 26(4):380-383. doi: 10.1097/PHH.0000000000001192. PMID: 32433391.

and senior medical advisors⁽¹⁾ have failed to "lead by example" with some being forced to resign after criticism of breaching lockdown rules. Failure to maintain a consistent public health message has sparked mistrust and a loss of confidence in leadership. In the United States, an example of letter splitting appeared in relation to face coverings; in fact, the Centers for Disease Control and Prevention (CDC)⁽²⁾ urged residents to use them and President Donald Trump refused to do so⁽³⁾. These divided messages have led to confusion and raised concerns about taking precautions.

○ **Vision Leadership after the Covid Crisis:**

The COVID-19 pandemic has unveiled major shortcomings and inflexibility of the existing healthcare system. This crisis has created a unique opportunity to reimagine and transform the leadership system that will be established jointly with hospital institutions and other workplaces and to rely on a new, more decentralized model, supported by advanced technology and logistics. This transformation has already begun and will accelerate and reach a catalytic point that will push us to a new future, and the leadership should keep in mind and remembers that the Covid-19 pandemic has expanded the scope of visions for leaders and this is what studies and researchers confirm afterwards.

All that world leaders have discovered is that leaders need to have a vision to be long-term thinkers, that everything has to be ready by hand,

⁽¹⁾SCS,Scotland's chief medical officer quits over second home row. The Guardian; Available from:<https://www.theguardian.com/uk-news/2020/apr/05/scotland-chief-medical-officer-seen-flouting-lockdown-advice>catherine-calderwood.

⁽²⁾ Cdc, Coronavirus Disease 2019 (COVID-19), [cited 2020 May 29]. Available from: Centers for Disease Control and Prevention, 2020, <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/prevent-getting-sick/diy-cloth-face-coverings.html>.

⁽³⁾ Available from: 'Dial up Your Empathy': Officials Urge Mask Wearing to Slow the Coronavirus, Los Angeles Times, 2020, <https://www.latimes.com/world-nation/story/2020-05-28/coronavirus-masks-governors-trump>.

and that things have to be done right. Leaders should think about what they aspire to have in five or even 10 years, and this will help them focus and help shape their thinking about the short- and medium-term goals. It might be difficult to see now, but results only come if there are effective previous apps and wallpapers. The vision needs to be relied upon and utilized for time to be spent envisioning the future.

Ideally, it's not just about being predictable, it's about using your time as a leader to organize the future. This ambition should, of course, be consistent with your long-term vision. Given the pressing demands of the present, some leaders may be tempted to delegate responsibility for this type of thinking to others, but it is critical that line leaders - people who respond to key resource allocation decisions - do the work themselves. So, there is a need for a strong vision of the mission of people in their work in light of this crisis.

To remain relevant in a changing environment, insights must be reviewed regularly and carefully guarded at points of intersection and interruptions such as the COVID-19 crisis⁽¹⁾. The elements of the new leadership vision merge with each other and are discovered by leaders a three-separate concept that represents a new vision in the field of leadership that would make societies safer in the face of such a virus. It is clear that the need to lead people with confidence through the persistence of uncertainty is here to stay. However, it is time for leaders to focus on developing key behavioral, emotional and social skills. By doing so, leaders will be in a much stronger position to positively influence the ongoing organizational change and transformation.

⁽¹⁾ Jonson, M. Harvard, business review ,April 2020, Product #: BR2002-MAG-ENG.P:15.

○ **Conclusion:**

The world with all its kinds of leaders: political, social, health, and others have changed their view of leaders due to the Coronavirus. As human risks are the greatest priority, the leadership community is a difficult task, but if it is well prepared, it will have positive results on the ground. It is always a difficult task to play the role of a leader in such crises; a leader has to act quickly and accurately. Moreover, being realistic and trusted by people is essential in driving communication, which is crucial for success in leading people and societies under uncertainty; we need to be all like one to prove success. A leader is a community's hope, so optimism is a title, not a mere word.

In general, leaders around the world faced the same challenge due to the Coronavirus. In particular, healthcare leaders faced a challenging task facing many obstacles and every new detail was a challenge. The challenge facing healthcare leaders was a dangerous game that they had to play with all the resources they had, and the skills and behaviors used wisely and efficiently were the main drivers of success in various places in healthcare. Many unknown details about this virus are still pending, and at this point, the reality is an epidemic that leaves behind millions of cases and deaths around the world. Leaders are brave are wise enough to learn from past experiences of other viruses.

Driving during the acute COVID-19 crisis is a stress test for leaders. We hope this testing will allow healthcare leaders, teams, and institutions to better prepare for managing the sustainable period of pandemic-related disruptions that many now expect. It is now clear that exemplary leadership requires the incorporation of distinctive features and standardized actions capable of achieving an effective nationwide response. In particular, leaders who are compassionate, open, and highly communicative work to foster a sense of purpose that can serve

to promote a unified approach to public health. A leader's energy, focus, and flexibility also becomes a precious commodity.

During times of unprecedented crisis, embracing resilience in evidence-based strategies can help cement long-term resilience in the face of COVID-19. It is clear that the healthcare leader must come up with a new long-term health strategy in complexity and make sure that we live every day with these viruses and this research will help all health care leaders and policy makers to take these steps in preparation for defeating the virus.

In this paper, the impact of the COVID-19 pandemic on healthcare leadership competencies, which are core competencies for leadership practices in response to a global health crisis, is addressed. The influence and decision of a leader during this pandemic, the importance of management and team leadership, and the shortages and failures encountered during this pandemic are all illustrated. Changes in the leader's role and an increased level of responsibilities have been introduced to create an optimal system for improving leadership in healthcare, and lessons learned during this pandemic are mentioned.

الدراسة الثامنة:

The Role of political Discourse analysis and Translation in Understanding Politics of the Middle East

Abdul Fattah Ammourah ⁽¹⁾

Analysing and translating political discourse and texts from Arabic to English and vice versa is an extremely important but a difficult task. It is important because it creates a better understanding between the sender and receiver via ideational and transactional interactions. It is difficult because it involves several problematic issues other than those normally encountered in any usual act of analysis and translation. It may be asserted that this process is also difficult because of the inherent ambiguity which is intentionally established in political discourse and texts and their interpretation. Politics in general deals with newly and continuously changing and competing ideas, thoughts, ideologies and concepts, which combined and embedded in language, stem from the basis of contending culture. Hence, politicians, diplomats, journalists, and law experts exert efforts to fix their ideas, concepts and thoughts in the minds of the people by using a special genre of language.

Political discourse is an ideational and transactional human activity between politicians and the public by appealing to their feelings, emotions and sympathies, in a bid to persuade them that what is being

⁽¹⁾ vice Dean and director of CMES, Jindal School of International Affairs.

said or written is the ideal. Hence, it deals with political principles, convictions and opinions. Problems of analysing and translating political discourse and texts arise while trying to render them into the language of another society that has a different culture. Based on this understanding, our approach resides in the need to investigate the search for meaning and content of political discourse analysis and translation of the language of politics from linguistic, anthropologic and ethnographic perspectives, along with context-specific processes and techniques.

Politics, diplomacy and mass media are interrelated because they complement each other. Politics puts forth several objectives which are sought to be achieved by all available means including soft power as reflected in public diplomacy and dissemination of ideas through media, public discourse, political statements and legal language. This is a basic milestone to establish political thoughts in the minds of people.

Diplomacy aims at implementing various kinds of policies, and endeavours to achieve maximum gains at minimal costs. It is, therefore, the art of managing the relations of a state with other states in the world, and regional and international organizations in a polite, courteous and respectful way. It also involves negotiating bilateral and/or multilateral agreements, treaties and conventions in which a country draws and specifies its interests and cooperative relations with the rest of the world's countries, based on its relative power, social and economic capabilities, natural resources, and the nature of its relations with world powers.

Mass media on the other hand, is the instrument through which journalists, diplomats and politicians try to fix their ideas, ideology, concepts, perceptions and political programs by manipulating the language in use to affect the public opinion- both within their countries

and abroad. These three terms constitute, inter alia, the milestones of “Public Diplomacy”.

Rationalization of politics and diplomacy must consider all the elements of a country's power- its regional and international status and position, as well as the conventions on which that country negotiates with other countries. In negotiating agreements and conventions, each party presents its viewpoints, objects to or agrees with a proposition that is put on the table for bargaining with the other party by following certain specified procedure and conduct that have become internationally agreed upon conventions. Herein, the importance of analysing and translating Middle East Political Discourse lies to understand Middle East politics and what is behind such political discourse and linguistic interactions.

While managing international relations, politicians and diplomats quite often make certain statements to explain a specific stance at a specific time in a certain situation. In this context, politicians, diplomats, law experts and journalists, use certain well-structured forms of language, which are either clear or obscure, which are intentionally used to serve their purposes. Each of these forms of language has certain characteristics that distinguish it from the others. Understanding, comprehending and grasping such characteristics help the speaker/writer convey her/his messages to the hearer/reader who, in turn, must understand the intended meanings and messages in a clever and appropriate manner. What is being said or written also helps analysts to detect and predict the political and social changes that are taking place in each country and the international arena at a given point of time.

When the language used is vague as a result of the speaker/writer intentionally desiring it to be, and is performed by the person in power with her/his linguistic competence and through certain linguistic

expressions and structures, the hearer/reader is lost, and consequently the first seeds of misleading the public are established. Furthermore, in the case of cultural differences involved in the political discourse between two culturally diverse languages, inaccurate understanding by the other party of the meaning and content of the discourse or written text, leads to tension in international relations, and thereby impedes the smooth management and implementation of that party's domestic and foreign public policy. This misunderstanding is also the result of first, the linguistic incompetence of the negotiator and/ or her/his advisors who draft the documents, or negotiate an agreement, convention, or resolution. Second, it is the result of misinterpretation of an article or statement resulting from the drafter or the negotiator not being able to understand her/his country's policy on one hand, and not being able to understand the denotations, connotations, and contents of the prepared text on the other. All this is due to the highly specialized nature and register of the language in use that involves specialized terminology, expressions and linguistic structures that the drafter, the negotiator and the interpreter of an article or statement is not being able to understand.

This article is one of a series of others that aim to highlight all such difficulties in analysing and translating Political Discourse analysis in general and the Middle East in particular, and translation, with the aim to suggest some solutions.

1. Language as Genres under discussion

a- Media political reports

Mass media uses certain linguistic tricks and complicated devices like using the passive voice, long prepositional and nominal phrases to divert the attention from the agent with the intention to delete it at a later stage to suit its ideology. Media uses ambiguous headlines and

specific graphics and graphological variations of letters to attract the attention of the reader. It also uses the present tense to refer to the present and the past time. Word order is another trick used by the media to highlight specific items at the expense of truth. Media also plays an important role in the implementation of a certain policy that serves a specific objective compatible with what its owners and financiers want. The objective behind this is to affect the domestic and world public opinion. Therefore, understanding the true meaning and content of a statement or article, and what the mass media conveys, is considered an important element for politicians and diplomats to understand the policies of a given country towards another. Consequently, analysis of what mass media produces, enables politicians, diplomats, analysts and translators to comprehend what is being conveyed.

b- Political speech, statement and International Organisation's Resolutions

Politics aims to persuade people to believe that what a politician says and preaches is correct; and therefore, it must be followed. A politician refers to the action and practice, political affairs, or business. S/he refers to “the activities of groups of various kinds, including groups of a specific political type such as political parties”. It is concerned with the public welfare. So, the primary objective of politicians is to appeal to the public, and therefore their language has a considerable influence on the people to whom they talk to on serious occasions. Politics, as George Orwell thought of, is '*a part of life*'. Hence, we find that life, people and language are involved in everyday politics, and politicians use a special genre of language which involves “abstraction, political and commercial language; often mendacious, pretending to deliver the good but actually, just giving vent to noise”.

There is always a resort to use easy access to people at all costs. Therefore, there is a '*misuse of language such as the use of dead metaphors*' like '*he is a lion, he is a fox, iron resolution*', and to '*fish in troubled water*', which are used without knowledge of their meanings. These metaphors have lost their vividness and become ordinary words. They have lost their evocative power. Politicians use them to save themselves the trouble of speaking sense by actual mastering the use of the language. There is also the use of similes and other figures of speech, and pretentious words like '*phenomenon, virtual*', etc. These are used to dress up simple statements, and give a flavour of seriousness, reality, and scientific impartiality to simple statements. Moreover, some politicians use strictly meaningless words such as the political words of '*democracy, socialism, and freedom*', which are often used in a consciously dishonest way. However, such words are of great concern for the public in many parts of the world. They are the ingredients of every society, and therefore politicians act like the cooks, whereby politicians prepare the meal by using these ingredients for the hungry people.

One notices that '*the images that are used have become stale*', and there is lack of precision. A political writer/speaker juggles in expressing her/his thoughts and never tries to be straightforward. Therefore, s/he manipulates language, and uses linguistic forms and devices to serve her/ his selfish ends. It is noted that "the mixture of vagueness and incompetence is the characteristics of modern English prose and especially of any kind of political writing". The use of metaphors is to create an image and call up a visual image by using static metaphors, similes, and idioms. In their use of such language, politicians save themselves from the trouble of looking for equivalent images in their concept, while this use of language will be at the expense of their image and the effect they want to produce on the audience.

Therefore, in translation, one must make several efforts to produce the same image of (SL) and render it into the (TL). In other words, the analyst or translator must try to visualize the image in the (SL) and look for its equivalence in the (TL), taking into consideration the cultural impacts on the public. Translating similes, metaphors and proverbs could seem meaningless and lose their power if the text or any discourse is translated literally. Therefore, such a translation requires sense-for-sense (communicative) translation in a stylistic way. This means that the translator must visualize the image in the (SL) and look for its equivalence in the (TL).

Politicians manipulate '*Verbal phrases*' for the purpose of picking out appropriate verbs. A verb becomes a phrase such as 'contact', '*yattasilo*' becomes 'make contact with' – '*yujri ittisalan maā*' in order to prolong the speech. The passive constructions are used instead of the active, and '*nominal constructions*' are used instead of gerund; an example can be seen in '*examination of*' instead of '*examining*'. Adjectives like '*historic*', '*inevitable*' are used to dignify the process of international politics. There is a '*taste of archaism*' in political writing, and a collection of foreign words and phrases can be seen in English and Arabic political writings, e.g., '*the liquidation of the Palestinian question*'- '*tasfiyato alqadiyato alfialastiniati*', '*to digest ideas*'- '*yahdomol afkar*'. Such phrases give the colour of culture, and in some cases reflect the speaker's or writer's knowledge and influence of the cultures of other societies. There are several loan words and phrases. It is to be noted that the spread of internet communication, press, conferences, and the way translators have translated such words, have led to validate their meanings in the (TL) at the expense of Classical Arabic.

Politicians look for effect, hence they use 'simple short sentences and simple statements. They address the audience and exploit every

emotional phrase, structure, and vocabulary to draw people's attention and arouse emotions through them. In this context, an analyst or translator finds no difficulty in rendering the meanings of simple sentences in political debates, speeches and negotiations, such as in the UN documents due to the influence of the press, journalism and mass media, but the difficulty arises from the use of pure cultural concepts, ideas and thoughts that take place even in the so-called short sentences of political speeches and dialogues. It is a fact that language has more than just mere words, phrases, and clauses. It expresses ideas, thoughts and concepts enshrined in the culture of that language. As far as the use of language in political discourse is concerned, there are ideologies which are again enshrined in the culture of a certain society. The analysis of a language is a necessary step to discover and study ideological processes expressed through language. Furthermore, ideologies are reprinted and reproduced by linguistic devices such as the choice of words, phrases, and structures. For example, when we use the expression 'rioters' and not 'demonstrators', 'terrorists', 'militias' and not 'freedom fighters', 'democracy' and not 'socialism', we express our ideology through the selection of the terminology. Such choice of words reflects the intention, aim and culture of the person and her/his need for the different contextual use of the language. For example, there is a clear distinction between 'kill', 'murder' and 'die', as each of these words means something different. But in manipulating linguistic patterns, forms and structures, the speaker/writer erases this distinction to serve her/his goal. It is well-known that there is specific vocabulary in every society that reflects “many past beliefs and values that still attracts attention and evoking response” But, one has to accept the evolution of such vocabulary with the passage of time to mean different things.

Moreover, the use of metaphoric expressions leaves a heavy connotative burden which may be socially approved but inhibits the

development of languages' writing. Politicians and journalists use certain terminology, metaphoric expressions, phrases and even structures to hide some specific emotions in their speeches and writing on one hand and show or highlight some other emotions on the other. Thus, the close relationship between culture, ideology, and language use are distinctive features of political discourse because through language use, we can “symbolize reasons, remember, anticipate, rationalize, distort and evoke beliefs and perceptions about matters not immediately before us”. we can easily envisage what great responsibility is shouldered by the analyst or translator who has to go deep into the mind of a politician, his background, culture, thoughts, ideas and ideology, and try to render them all into the (TL) of another society of different language, culture and perceptions. Therefore, the search for meaning is crucial to understand the context and vice versa, and thereby decide upon the responses because there will be “unfortunate and even disastrous consequences in the real world if the message is not properly understood by the recipient”. Such disastrous consequences can result from improper or imprecise analysis and /or translation.

The chances of misinterpreting a discourse or text, and consequently analysing it or translating it into another language become naturally manifold due to linguistic, social, cultural and contextual factors. Therefore, the analyst or translator considers all the elements of a discourse or text before deciding upon the meaning and content, and then looks for the equivalence in the target language. To analyse a text, whether an article, statement, resolution, or speech, it is necessary to refer to the functions of language along with the cultural concepts of the society of that language. In general, “a text refers to the verbal record of a communicative act” with its

punctuation, capitalization, italicization, paragraphing etc., which correspond to paralinguistic markers of a discourse, such as voice quality, the speeding up and slowing down of the overall pace of speech relative to the speaker's normal pace in a speech situation. Intonation, emphasis, and other elements help to understand or determine the tone and class of an utterance. Thus, interpretation of a text is subjective because different individuals pay different attention to these aspects of the texts. This idea has been emphasized by Brown and Yule (name of the book, 1984) who said that “the content of the text appeals to them because it fits into their experience differently”. In this regard, translation is objective where a translator cannot say or write whatever s/he wants.

This experience of the shared personal or general knowledge between writer/reader of the topic, culture, and concepts, determines the exact meaning of a text. When a translator embarks on rendering that meaning, s/he must share that knowledge in the (SL) and be able to transmit it exactly to the (TL) in a context like that of the (SL). This requires knowledge of both the languages.

While analysing and translating the political discourse or text, we would like to emphasize seven main points:

- Search for the speakers /writer's ideas and concepts hidden in her/his words, phrases, sentences and paragraphs at a time, situation, and context.
- The interrelations and connectivity of linguistic and non-linguistic elements with each other, and how far they comply with the speaker's/writer's ideas, thoughts, and concepts.
- The text, and its relation to the environment, i.e., the pretext, and to what extent the ideas, thoughts and concepts are, and how they are congruent with both cultures and situations.

- The context in which the language is used.
- The cultural differences between the recipients of the (SL) and (TL).
- The style of the (SL).
- The vertical and hierarchical linguistic analysis of the structure of the language in use.

c- The language of Legal document:

Analysis or translation of a legal text requests the analyst or translator must be precise to make sure what is being analysed or translated conveys the exact and same message and meaning, which is often very difficult to do by simple means of translating the specific form of the legal document.

Punctuation and capitalization are prominent characteristics of a legal language. There is a tendency to avoid commas and full stops for two reasons; the first one is historical and the second one is to avoid the misuse of the language. Historically, punctuation was as an aid to read the text aloud. Since legal language is not meant to be read aloud, punctuation marks are avoided in the old Arabic and English of legal documents. We may come across them in proclamations as in certain conventions. We know that a comma, a full stop, or any other punctuation mark, has a meaning. Therefore, when they are used, they must be used consistently and systematically. The systems and meanings of punctuation marks in English and Arabic differ very drastically. Therefore, a translator must be aware of their usage and function in both the (SL) and (TL). On the other hand, in legal documents, punctuation marks were not used. This is to avoid the misuse of the language because the insertion of a comma or full stop may change the meaning.

Capitalization is another important feature of legal documents. Words of important legal sense and meaning are often capitalized. In statutes, for example, all the heads and titles of clauses are capitalized, and the most important words are fully capitalized. Although full stops may not be used, capital letters usually mark the beginning of a new sentence. In Arabic, however, this system is not followed because we do not find capital letters at the beginning of a sentence. Therefore, a translator must follow other means such as underlining, bracketing, or use of italicization when s/he translates a capitalized term in Arabic. However, the problem remains because one legal word is sometimes translated into a phrase due to the different norms that are followed in different languages.

Sentence connectivity in legal documents is also different. We notice that logical connection other than ‘and, but, or’ are rare. Even ‘therefore’ is not frequently seen. This is because sentences form a complete semantic unit. Legal sentences are usually “self-contained units which convey all the sense that has to be conveyed at any particular point and do not need to be linked closely either to what follows or to what has gone before” This procedure is adopted in legal documents mainly to convey the intended meaning and exclude any other meaning. This characteristic necessitates that the sentences are long, complex, and self-sufficient with a high level of coordination and a long sequence of prepositional phrases are somewhat very common for any legal document. Translating prepositional phrases is very difficult and important because their position in the sentence structure has specific functions. The translator must make sure of their functional positions in the (TL). Furthermore, ‘pronouns are very rare’ in legal texts and this is intended to avoid ambiguity resulting from the

difficulty of anaphoric references. So, in place of the pronouns in legal documents nouns are preferred even though nouns get repeated. It is noted that legal documents use what is known as tried and tested phraseology to be impressive and unambiguous, and this means that anaphoric items are usually kept aside to avoid ambiguity. Translating a legal document such as a contract, treaty and convention, would bring good evidence of such repetitive use of nouns, and although it can be sometimes boring, the translator must be very careful in translating such texts and keep dis-ambiguity as the prime goal. Hence, it is advisable that translators read some similar translated documents to get acquainted with the phraseology, terms, lexemes, and structures to enable themselves to get the proper selection of words in translating such texts.

The sentence structure in Legal English is marked with major declarative sentences. Most sentences are complex, containing many dependent non-finite clauses with no questions. We often see adverbial clauses clustering together with a high range of mobility, and they often occur in unconditional positions in order to avoid ambiguity, but they are often coordinated, for example:

Whereas a proposal..... has been made.....

And a declaration has been made.....

And such proposal has been accepted.

NOW

This policy.....

WITNESSETH

That..... the funds of the society... shall... become

And be liable to pay..... The sum due.....

Translating such long-coordinated adverbials is not easy at all because each one has a specific semantic function. Any change in their

positions may lead to a change of the intended meaning. Hence, we find that a translated legal document is similar in structure, order, and pattern to that of the original text to convey the intended meaning. This leads to the fact that there is hardly any space for creativity for the translators in translating legal documents. A communicative translation, as we will explain in chapter 3, attempts to recreate the precise flavour and tone of the original text. The legal documents, therefore, require a “special type of translation, basically because the translator is more restricted than in any other form.” In such genre of language, translation is very difficult because every word has to be rendered into the (TL). The differences of the terminology and the functions of the words have to be noted and attention must be paid to the content and the intention of the legal text in order to avoid the possible deviation of the interpretation and misinterpretation of the text. Thus, the semantic aspect, such as the standard format, syntax, and the formal register of the target language must be dealt with great care in case of legal text.

Noun phrases are extremely long and complex with a preference for complex post-modifications in legal documents. However, intensifiers do not generally occur, and adjectives are very rare in such documents. Non-finite clauses as post modifiers of nominal elements are very frequent, and the 'of-construction' is also in abundant use. This is very important in Legal English documents to maintain the precision of the meaning in the text and avoid ambiguity. Long nominal structures are sometimes used at the expense of verbal groups. The long and complex nominal elements make the verbal groups be characterized with high proportion of non-finite verb forms; whereas the number of finite verbs go down except the use of the modal auxiliary (*usually shall*). ‘Shall’ is used to denote obligation. We may notice a remarkable degree of separation between the auxiliary and the lexical verb, for example: *'the hirer may on the payment... of the contract.... to be paid... purchase the*

goods. This kind of separation causes a real problem for the translator because s/he has to link the two verbs without changing the meaning and allow the insertion of prepositional phrases and clauses between the auxiliary and lexical verbs by making the appropriate inflectional endings in the Arabic sentence. Moreover, verbs seem to be selected from a small number of verbal sets which are rather difficult to define with any precision. Such verbs are ‘*deem, accept, require, agree, issue, state, perform, or observe*’ and so on.

Another characteristic of Legal English is the presence of ‘*ad-preps*’ which consist of an adverbial word, for example ‘*hereto, hereon, hereunder, hereunto, hereinafter, and thereof*’. All these are useful for the kind of precise reference, but they are difficult to translate into Arabic because there are no such lexical equivalents in Arabic. We usually must use a phrase in Arabic and only then the meaning of such *ad-preps* can be understood in Arabic.

Collocations are originally used for clarity where both native English words and loan words co-exist. The usage of collocations persists and reflects legal conservatism. It also helps to avoid any misinterpretation or ambiguity, for example: ‘*permit and allow, wear and damage, reasonable and proper*’. The use of such collocations in international organizations or in bilateral and multilateral agreements is very frequent because they help to get rid of ambiguity from the terms that are used.

A very clear example of this is the use of elastic terms such as ‘*appropriate, proper, suitable, and necessary*’ as we find an example of this in a case in Security Council Resolution no. 1973 on Libya. The above- mentioned resolution contained a very serious controversial phrase, such as ‘*[...] and use all necessary means to protect civilians [...]*’, which was interpreted by the NATO countries to use force. Of course, there were other interpretations of this resolution, which

excluded the use of force later on, but the misinterpretation was caused by the use of an elastic expression like '*all necessary means*' in the resolution.

Archaism also appears in certain verbal forms such as the '*eth*' verbal ending for third person singular form. Latin expressions are quite often used in legal English documents, for example: '*ad initio, ex parte, per se* and *cum testament*', also various phrases from French language are allowed which are not commonly used in English, for example: '*plaintiff, easement, and larceny*' etc.

Finally, we agree to the axiom that more care and attention is needed for translating them into Arabic or vice-versa. We will point out some of the theoretical problems that are encountered in translating legal documents while explaining the characteristics of Legal English. There seems to be several problems that result from the conventional, legal, cultural and diplomatic references of some other terms, which we will explain in detail in the later chapters of this book.

These examples give a clear evidence of how linguistic forms and structures in either political, journalistic or legal discourse help in hiding the meaning, content or real intention of the speaker/writer including her/his ideology, culture and thoughts, of which the analyst or translator has to be well aware of.

In summary, it is essential to note that a translator is interested in the meaning, content and message of language in use, and the meaning and hidden intention can be decoded with the help of adequate knowledge of syntax, semantics, pragmatics and sociolinguistics. A translator must visit and investigate these aspects in both the (SL) and the (TL) to properly analyse, understand and then translate. This brings us to discuss another methodology of discovering the meaning and that field of linguistics is '*discourse analysis*'.

2. Discourse Analysis

Discourse analysis in general, and political discourse analysis, help in translation where both are linguistic acts to help understanding meaning and content of what is being said or written, and consequently transfer the content from source text (ST) to target text (TT). In other words, an act of translation changes the readership. Thus, a translator must bear in mind that the (TT) is addressed to a completely different readership from cultural and political perspectives. S/he must put herself/himself in the shoes of the original author and readers the spirit of the (ST), with the aim to inform the new readership of the exact meaning or near meaning and content of the (ST).

In the Middle East, we notice several cases where linguistic ambiguity of statements, international resolutions, legal documents, press articles and the inaccurate analysis or translation of the same have led to complications of the Arab-Israeli conflict and the current events. This complexity arises from the adherence of each party to the conflict to its own interpretation. This situation has led to clash of ideas and interests due to the subjective and/or objective interpretation by the other party. We also notice that a proper analysis, understanding and translation of these statements in terms of their accurate meaning, can foretell the future action that a speaker/writer intends to take. This is considered very important in political and diplomatic activities, and this is extensively illustrated throughout the series of articles we will publish on the case study used as a practical example of the history and contemporary political situation in the Middle East. The used examples shed light on the need for analysing and translating in a proper manner.

3. Linguistic Search for Meaning and Content of Political Discourse

The series of articles deal mainly with analysing and translating political discourse: the Arabic-English context in general; and that of the Middle East politics in particular. They deal with the search for the real meanings and contents of various political discourses and texts. In other words, they focus on how to analyse the linguistic, cultural, and political meaning and content of the (SL/ST) in specific context and time., and how you render the same into a (TL/ST) as closely as possible, by following certain practices and adopting a linguistic model for analysis and translation. Furthermore, it is to be noted that proper political analysis and translations reflect the internal changes of a country's polity, and consequently send them to the external world. In both cases, the external world may prepare or adjust its policy accordingly. This makes accurate political discourse analysis and translations very important as substantiated by many examples about the analyses and interpretations of such discourses to give a clear picture of the current and future situation in the Middle East.

4. Translation postulates linguistic and cultural Problems

We attempt in these articles to remedy the problems of analysing and translating political discourse and text by identifying the functions of the linguistic items, cultural and political implications in the (SL) and (TL). The problems - in our case - are very complex because we are dealing with two completely different languages- English and Arabic, not just with regard to their syntax, semantics and pragmatics, but also from the point of view of their cultural and traditional background. There is no doubt in analysing and translating political discourse and texts there is no doubt that we face several problems and difficulties

which the articles attempt to address and explain by using various linguistic tools. The difficulty results primarily from the use of cultural and ideological terminology in two culturally and linguistically different languages. The analyst and translator must render their meanings and functions as expressed by the linguistic items in both the (SL) to the (TL). Hence, it is natural to expect that the translator be a linguist, analyst, interpreter, and most importantly, bi-lingual, where the translator must try to use her/his linguistic competence of the (SL) to understand the real meaning and content as uttered or written, and then convey it to the (TL) in a professional way.

5. Linguistic and Cultural features of Political Concepts: Arabic and English context

In these series of articles, we aim to underpin and clarify the divergences between political concepts, ideas and terms from a linguistic, cultural and ideological point of view between English and Arabic so as to help the analyst and translator get insight into what is being said or written. S/ he must then be able to render- in a creative and appropriate style - the meaning, content, and effects as closely as possible, into another language. Our objective is to identify some common mistakes in translation and suggest ways that will help avoid such mistakes to guide the translator on how s/he can produce readable and meaningful texts which do not look like translation. The basic objective is to propose a new approach of analysis and translation, and shed light on the clarity of discourse analysis through adopting a linguistic model for analysing and translating political discourse to better understand political discourse and texts in general, and that of the Middle Eastern politics in particular, which is of earnest need to diplomats, politicians, analysts, and translators

6. Political Discourse Linguistic Analysis: Creative Means for Translation

The articles will focus on the linguistic analysis and translation of language use in general, and that of political discourse and texts of both English and Arabic in particular. The language used as examples comprises mainly of political speeches and statements, treaties and resolutions, press reports and interviews. They highlight the syntactic structures of these discourses and texts to get a clue about their meanings, and then organize them to render the totality of their meaning and content. Primarily, the translator analyses the (SL) from a linguistic point of view. S/ he investigates language in use, and tries to cluster the linguistic units, identify their coherence and connectivity to get the totality of their meaning. This totality of meaning can be reached through comprehension of the semantic, syntactic, and pragmatic meaning of the SL. This meaning also includes the expressive, intentional and ideational meaning of the speaker/writer at a time and in a specific situation, and the transactional communication with recipients. After understanding the meaning, the translator pursues-in the same way- a process of encoding such linguistic instruments, items and units into the (TL) in accordance with its grammatical rules, semantic, syntactic, pragmatic and cultural properties, as well as its context. One must keep in mind the power of rhetoric, its implications and impacts on the hearers/readers of the SL and the search for ways and means to delineate the equivalent meaning, or near meaning, or shadow meaning and its effect on those of the (TL). It is, however, supplemented by data obtained from certain selected political discourse or texts in English and Arabic, and their relevance to the consequential event with an emphasis on Middle Eastern politics. To get at the real meaning, the translator must analyse the deep structures of both the

(SL) and (TL) in use. For this purpose, s/he must go beyond the syntactic forms of a political discourse and integrate the factual meaning of the political, cultural and ideological implications of the terminologies and expressions that are used.

The creative process of translation depends on describing language in use from a syntactic and grammatical point of view to reach hierarchical and vertical diagrams for analysis, and then linking them to the grammatical, pragmatic, semantic, syntactic and cultural rules and concepts to get at the meaning to help translators and analysts render the meaning properly and effectively into the (TL). The type of genre determines the type of translation to be adopted, i.e., word-for-word (literal) or sense-for-sense (communicative) translation.

Finally, this approach comes out with a linguistic model based on rules, ways and means of analysis and translation of political discourse and texts to the suggested guides for analysts and translators; and consequently, help politicians, diplomats, analysts and journalists be in a position to assess, judge and foretell what is in the mind of a speaker/writer, and predict any future actions that may come up.

7. Suggested model for Analysing and Translating Political Discourse

To do discourse analysis, we have to deal with linguistic forms and functions, understand culture and ideology embedded in Language in use. Language is used to serve in the expression of context, which is referred to by linguists as transactional, whereas the function which is involved in expressing social relations and personal attitudes is referred to as interactional.

In order to do political pragmatic discourse analysis, we must understand the nature of politics and what differentiates this genre of

language from others. In addition to what we have said about politics, it is emphasized that politics by definition is “about conflict and its peaceful resolution (Searle 2010: 162)”. Because politics operates in a context of finding settlements to disputes and/or conflicts, and because it is abstract, politics deals with uncertainty of outcomes specifically when there is lack of information and knowledge and context, it is fraught with several risks if decisions makers do not take into consideration these elements while taking decisions. Any decision to be taken needs to be rational and not emotional to not be labelled “ Politics of the Folly”. This rationality requires knowledge and logic, avoid misperception, misconception, miscalculation and underestimation of the rivalry reaction. Hence, a political discourse analyst, for example, is like a chemist who tries to analyse water and blood. The analyses of water and blood deal with tangible materials at hand and require chemical processes. For example, the analysis of water would give a chemical formula that is H_2O . It is composed of two particles of hydrogen and one particle of oxygen. The analysis requires temperature and some chemical substances to give this result. The analysis of blood gives a type of blood group whether it is A or B or O etc. and even whether it is positive or negative.

8. Questions related to Analysing and Translating Political Discourse

a. Questions related to analysing Political Discourse.

Analysis of political discourse deals with an abstraction which makes it very difficult. This analysis requires reason and rationality and deals with several situations, contexts, participants, and a symbolic language. Therefore, to do political discourse analysis, the analyst as well as the

translator should ask her/himself a number of questions. These questions are:

b. Questions related to logical progression of the argumentation.

1. Is the assertion at hand true or false and why?
2. How can we prove what we are going to say?
3. Is there any other contrary argument to what we adopt and assert?
4. How can we refute it by logic, reason, and rationality?
5. How can we justify our own argument?
6. What are the premises that we can depend on to substantiate our conclusion (claim)?
7. Is the structure that we are using logical?
8. Does the argumentation represent a social practice that leads to a rational activity?

c. Questions related to the topics of political discourse.

1. What is the topic of political discourse at hand?
2. Is it a local phenomenon and restricted to a specific society or is it an international phenomenon?
3. Does the speaker/writer represent her/himself on the basis of international norms of conduct to sell her/his idea to the world, and what is the subject of her/his sentences?
4. What is the reaction of local and international public opinion in either case respectively? For example, President Obama's Motto for his first campaign to the presidential election was "*Change*" and to the second one "*Forward*". Does it mean anything at that particular time and why? And what does he mean by a change? Is it a 'Noun' expressing a volitional natural '*Change*' of domestic

policy or an inherent verb '*To Change*' expressing coercive acts and steps to change the world to the benefit of the agent and not to the patient? This subject was approached by a number of politicians in the West because it "represent[s] an object phenomenon that can exist in a world." (Fairclough 2012)

d. Questions related to a situation and context of the political discourse.

1. What is the situation in which the political discourse is used? Is it genuine or peripheral and are there other alternatives?
2. What is the existing state of affairs? And what are the goals of the speaker/writer or political discourse?
3. Are the claims in the political discourse psychological, or can be supported by evidence?

e. Questions related to the linguistic characteristics of the language that is used

1. Are the terms and expressions that are used understood and direct or ambiguous and indirect?
2. Are the sentences that are used assertive, negative, declarative, or directive ones?
3. Is there any ambiguity in the discourse or text?
4. Are the sentences homogeneous with each other and do they lead to the goal that is intended by the speaker/writer?
5. Are the types of argument deductive, inductive, or conductive?
6. Is there any coherence and connectivity in the political text and to what extent it serves the goal?

We believe that all these questions in addition to many others are very useful in political discourse analysis and in translation as well. We

will give in the prospective articles several examples to substantiate this claim when we analyse and translate political discourse pertaining to the Middle Eastern political terms.

f. Questions related to Translating Political Discourse

In the process of translators' judgment of what they choose, they should ask themselves the following questions;

1. What is the speaker/writer saying or writing and how do we aim to convey?
2. If we say it 'in this way', does the reader/hearer in the (TL) understand it and respond to it in the same way as we understand it the discourse or text of the (TL)?
3. What are the words or idioms that will express it?
4. What structure or form conveys the same message and effect in spirit on the new readership in the same way the original discourse or text has on the native speaker of the (SL) I.e. is the illocutionary force in the (TL) the same in the (SL)?
5. Can we put it more shortly?
6. Can we avoid using a long formation where a short one can do and what is it?
7. If we cut out a word, would the meaning change considerably?
8. Is there an original word or expression in the (TL) like that of the (SL) to avoid using a foreign word, expression, explanation or paraphrasing?
9. Is what we are saying correct or wrong from a semantic, syntactic, and pragmatic point of view?
10. Is the position we choose in the new circle correct or wrong?
11. Should we use a paraphrasing method?
12. Is there any connectivity in the text structure?

13. Is there any loss of meaning?
14. Does the new readership understand the message conveyed by the new linguistic materials?

So, in short, and as Mc Guire (title of book, 1990) argued by saying “translation involves far more than replacement of lexical and grammatical items between languages and, as can be seen in the translation of idioms and metaphors, the process may involve discarding the basic linguistic elements of the SL text”. We believe that Mc Guire remark is true because replacement of lexical and grammatical items between languages does not make a meaningful translation. This is exactly what we emphasized when we speak about communicative translation. Similes, metaphors, proverbs, and idioms are containers of the culture and ideology of the society. Cultural elements in a language are expressed in linguistic items each of which carries cultural, political, and ideological conceptions.