



مجلة الحقوق والعلوم السياسية

العدد السابع والثلاثون:
2022/4

مجلة فصلية محكمة تصدر عن
كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية

مجلة الحقوق والعلوم السياسية

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

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

لجان التحكيم		
لجنة القانون الدولي والعلوم السياسية	لجنة القانون الدستوري والإداري	لجنة القانون الخاص
د. البير رحمه	د. مروان القطب	د. أكرم ياغي
د. وليد الأيوبي	د. جوزف رزق الله	د. بيار طوبيا
د. كمال حمّاد	د. حسين عبيد	د. أحمد اشراقية
د. جهاد بنوت	د. 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	د. علي غصن
د. حسين العزي		د. ماري لين كرم

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

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

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

أو لدى عمادة الكلية على الرقم:

00961 1 384133 – 00961 1 384114

00961 3 700209 – 00961 70 814915

أو مراسلتنا على عنوان البريد الإلكتروني:

camille_habib@hotmail.com

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

محتويات المجلة

7	كلمة رئيس التحرير: فوضى النظام العالمي لمؤلفه د. عدنان السيد حسين
10	كلمة المدير المسؤول: الدور الإنشائي لمجلس شورى الدولة

13	القسم الأول: دراسات في القانون الدولي والعلوم السياسية
15	• د. منال سويد، لبنان والعالم في مواجهة جائحة كورونا تداعيات الجائحة على أهداف التنمية المستدامة - أجندة 2030
38	• د. رواد سليقة، القضية الأيزيدية بين العدالة الوطنية والعدالة الدولية
69	• د. احمد عقيل الزقيبه ود. ديالا علي الطعاني، عضوية فلسطين في المحكمة الجنائية الدولية وأثره على محاسبة القيادات الإسرائيلية والفلسطينية
89	• د. حسن ناصر عبد الحسين الشمري، واقع علاقة حلف الناتو بروسيا الاتحادية بعد الحرب الباردة
122	• د. حسين أحمد العزّي، الحماية القانونية "لمهجري البيئة" في القانون الدولي الإنساني
154	• Ahmad Al Malak, GRANTING NATIONALITY OR NATURALIZATION: PART OF THE PROBLEM OR SOLUTION FOR STATELESSNESS?

172	Camille habib, The Organic Link between Universities and Human Rights	•
177	Dr. Marie line Karam, DIGITAL GOVERNANCE	•

195	القسم الثاني: دراسات في القانون	
197	د. وليد جابر، و د. عصام إسماعيل، إشكالية الامتناع عن تنفيذ القوانين وأثره على استقرار النظام	•
223	د. حسين محيدلي، نشر فيروس كورونا جرمًا جزائيًا وفقا للقانون اللبناني	•
244	د. بتول حسن قعفراني، التحكيم في زمن الجائحة بين الواقع والمنشود	•
278	د. دارين علي صقر، الإستجواب الإلكتروني بين الواقع والتطبيق (لبنان نموذجاً)	•
309	د. أشرف رمال، مسؤولية طبيب الأسنان بين التشريع والقضاء	•
319	د. فارس مناحي سعود المطيري، أثر السكر على المسؤولية الجزائية	•
341	د. مساعد راشد العنزي، في الأهلية القانونية وأحكامها	•
368	أ.عذبي العنزي، الفلسفة الاقتصادية لأسهم الخزينة: دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والكويتي	•
423	أ.عيسى أبو حاج، الحماية المدنية للمستهلك من الإعلان التجاري المضلل الصادر عن شركات الاتصالات	•
472	Najoua Rime Soundous ZAHDOUR& Nassima DERRAR, Le tourisme sexuel impliquant l'enfant, Un virus aux variants complexes	•

فوضى النظام العالمي لمؤلفه د. عدنان السيد حسين

العميد د. كميل حبيب

إن تعيين د. عدنان السيد حسين رئيساً للجامعة عام 2011، لم يكن "جائزة ترضية" له بل وسام على صدر الجامعة التي تملك أكبر دارٍ للنشر على مساحة الوطن. وكتابه اليوم، "فوضى النظام العالمي"، لا يثير الدهشة بقدر ما يدفع دارسي العلاقات الدولية الى التفكير في مصطلح النظام العالمي الذي يبدو، وأكثر من اي يوم مضى "واهنأً وفضفاضاً وغامضاً"، هذا الكتاب يقدم جواباً قطعياً في مقاربتة للدراسات السابقة التي اعتادت توصيف النظام او اللانظام العالمي على كونه نظاماً فوضوياً ومنظماً في آن معاً. ولقد تنبّه المؤلف الى هذه المراوحة في التفكير القديم- الجديد فأتحف المكتبة بمراجعة مهمة لتطورات السياسة الدولية وأثرها على السلم والأمن الدوليين منذ تفكك الاتحاد السوفياتي وحتى اليوم. تحاول نظريات العلاقات الدولية التعامل مع غموض العلاقة بين الاتجاهات النظرية العامة والظواهر المستجدة. وعليه، فإن غياب التوافق الأكاديمي حول الطريقة الفضلى لشرح العلاقات الدولية يعود أساساً الى المتغيرات الأساسية التي حصلت في بنية النظام العالمي، والى طبيعة الوحدات السياسية التي تحدث فيها هذه العلاقات. وفي كل ذلك، بقي المؤلف اميناً على قلمه الرابط بين لغة العقل والصفحة البيضاء. حسبه في ذلك انه قام بإجراء مقارنة بين النظريات والتطبيق.

يهدف الكتاب الى دراسة الفوضى العالمية في مجالات الحياة الانسانية كافة، من الأمن والاقتصاد الى السياسة والاجتماع وحتى الثقافة. ويمكننا تقسيم الكتاب الى قسمين: قسم تحليلي

لمجريات الاحداث الدولية بدءاً بتفكك الاتحاد السوفياتي، الى سقوط اطروحة القطب الواحد وعبء القيادة العالمية، التمدد الصيني، ضعف الاتحاد الاوروبي، تهميش الأمم المتحدة، ومحنة القانون الدولي. اما في القسم الثاني، فيرسم الدكتور عدنان لوحة شاملة حول الواقع الدولي الحالي يعالج فيه:

- 1- اتساع دائرة الفقر، وغياب الانتظام في العلاقات الاقتصادية الدولية.
- 2- عدم الأخذ بالقيم الانسانية في قضايا البيئة الصحية تثقيفاً وتشريعاً وتنفيذاً.
- 3- التمييز في ملف حقوق الانسان.
- 4- فوضى التسلح.
- 5- الفشل في اصلاح الأمم المتحدة
- 6- التقاعس بشأن تعريف الارهاب وخاصة ارهاب الدولة.
- 7- وهم العملية السلمية في الشرق الاوسط وضرب فكرة الأمن القومي العربي.
- 8- العولمة وعودها المتكسرة.

ومع ذلك، لم يبتعد المؤلف، صاحب كتاب "نظريات العلاقات الدولية" (1998)، عن الطروحات الأكاديمية الخالصة، خصوصاً في الفصول التي تناولت:

- 1- الالتباس والغموض في النظام العالمي
- 2- ادارة الازمات الدولية.
- 3- تهديدات الأمن الوطني والبشري
- 4- اولويات الفكر العربي.

بالاضافة الى كل ذلك، "فوضى النظام العالمي"، لا يخلو من المساحات الاستشراقية فيما يعني مصير الترسانة النووية الاوكرانية، وتمدد الاطسي شرق اوروبا، الصراع على منطقة اوراسيا، والحروب في بلاد الافغان، والكوارث في منطقة الشرق الاوسط.

ويبقى السؤال "ماذا يريد الدكتور عدنان حسيين من وراء نشر هذا الكتاب؟

- 1- يريد اعادة الاعتبار الى قواعد القانون الدولي.

- 2- يطالب بإجراء تعديلات على ميثاق الأمم المتحدة.
 - 3- ينبّه الى ان عالم اليوم يمر في مرحلة دقيقة من التجابات بين الأحادية القطبية والتعددية القطبية، وما بينهما من حروب تجارية وتهديدات أمنية وصعوبات في القضاء على الارهاب الدولي.
 - 4- يحذر من ان هناك من يريد الغاء جامعة الدول العربية وتحويلها الى جامعة شرق اوسطية تكون اسرائيل عضواً فيها.
 - 5- يحث على متابعة النضال من اجل اقامة دولة المواطنة في لبنان وفي غيره من البلدان العربية.
 - 6- يدعو على التمسك "بوثيقة ابو ظبي" او "وثيقة الأخوة الانسانية" كمنطلق لمحاربة الارهاب الدولي ولإنقاذ الاجيال المقبلة من ويلات الحروب على قواعد الحق والعدالة والتسامح.
 - 7- يدعو، اخيراً، الى تجديد الفكر العربي ومن ضمنها اعادة الاعتبار للقضية الفلسطينية كقضية العرب المركزية، والى وأد الفتنة الطائفية والمذهبية، والى اعتماد العقل كشرع اعلى في حياتنا المدنية، لأن الفكر العربي، والقول للدكتور عدنان، يحتاج الى العقلانية، "في اطار مقاصد الدين، واولها انسانية الانسان".
- إن عنوان الكتاب يحمل في طياته مقولة التناقض المنسجم بين الفوضى والنظام، لأننا اخترنا في لبنان ان الانهيار والفوضى كانا من نتائج المنظومة وليس النظام. وهذا، ربما، ما حدا بهنري كيسنجر (السيء الذكر) ان ينهي كتابه "النظام العالمي" (2014) الى القول بأنه لا يوجد نظام عالمي. وعليه، فإن القوة تبقى الكلمة الفصل في انبعاث الأمم الحية واثبات الحق القومي.
- انه الكتاب الذي تم اعداده في الزمن الصعب لتغتني به المكتبة العربية، وايضاً المكتبة العالمية اذ ما ترجم الى اللغتين الفرنسية والانكليزية.
- فشكراً لمن كتب بمعرفة علمية صادقة، مسخراً علمه وثقافته في خدمة القضايا الوطنية والعربية.

الدور الإنشائي لمجلس شورى الدولة

د. عصام إسماعيل

صدر عن مجلس شورى الدولة القرار رقم 2021/91-2022 تاريخ 2021/11/9 في المراجعة المقدّمة من وائل العيد ورفاقه لإلزام الجامعة بتصحيح أجهزهم، وبموجبه قضى بإلزام الجامعة اللبنانية بإعادة تكوين الوضع الوظيفي للمستدعين واعتبار أن الزيادة المستحقة لهم يجب أن تضاف إلى الأجر الذي كانوا يتقاضوه بتاريخ نفاذ القانون رقم 2017/46 ومنحهم الفروقات المستحقة لهم منذ تاريخ نفاذ القانون رقم 2017/46 وذلك وفقاً للآلية التي تمّ عرضها في هذا القرار.

لقد تضمّن هذا القرار حيثيات تفصيلية لآلية الاحتساب ومبررات اعتمادها لكي تكون متوافقة مع أهداف القانون وغاياته ومراعية للحقوق المكتسبة ومبادئ المساواة والعدالة الاجتماعية، وإن كانت هذه الآلية تخالف صريح نص القانون، ذلك أن التطبيق الحرفي لنص القانون كما فسّره مجلس الخدمة المدنية كان من شأنه حرمان الأجراء وهم الفريق الأضعف في الإدارة العامة من الاستفادة من الزيادة على الأجر التي صدر القانون من أجل استفادة الجميع من هذه الزيادة، إلا أن خطأً في صياغة المادة 11 أدى إلى استحالة استفادة الأجير من أي زيادة في الأجر.

ولهذا وفي سبيل انصاف الأجراء الذين قد لا يتمكنوا من الوصول إلى تعديل القانون، فإن مجلس شورى الدولة قد انطلق من المادة 11 ليعمد إلى تفسيرها على ضوء قواعد العدل والانصاف، حيث جاء في هذا الحكم: بالعودة إلى نص المادة 11 يتبين أن التطبيق الحرفي

لأحكامها من شأنه أن يلغي الزيادة الدورية التي تستحق للأجير عن كل 24 شهراً يقضيها في الخدمة الفعلية، فقد فرض المشرع في الفقرة الثالثة منها أن تضاف الزيادة المحتسبة على الراتب الذي كان يتقاضاه الأجير بتاريخ 2012/1/31 الأمر الذي يتنافى مع مبدأ التدرج الذي نصّ عليه المشرع وكوّسه للموظف في الوظيفة العامة سواء كان في الملاك أم متعاقد أو أجير. ولهذا فإنّ "الحقوق التي اكتسبها المستعدون منذ العام 2012 وحتى تاريخ نفاذ القانون في العام 2017 لا يمكن أن تنزع منهم طالما أن المشرع لم ينص في القانون رقم 2017/46 على حسمها عند احتساب الزيادة خاصة.

وهنا فرض المجلس على نفسه أن يعمل على تفسير المادة 11 انطلاقاً من هدف المشرع في تحسين أوضاع العاملين في القطاع العام ومن مبدأ الحفاظ على الحقوق المكتسبة والتنسيق بين عبارة "يضاف إلى الأجر الذي يتقاضاه الأجراء...: الواردة في مستهل نص المادة والفقرة الثالثة منها الفارغة من معناها والمجرّدة من أي مفعول قانوني. وأنه يقتضي اعتبار أن الزيادة المحتسبة وفق الآلية المنصوص عليها في الفقرات الأولى والثانية والثالثة من المادة 11 يجب أن تزداد على الأجر الذي كان يتقاضاه الأجير بتاريخ نفاذ القانون رقم 2017/46 حفاظاً على الحقوق التي اكتسبها الأجراء قبل تاريخ صدوره" (وهنا تجاهل المجلس ما ورد في القانون من الاحتساب على أساس الزيادة على الأجر المعتمد في العام 2012 وهنا كان مكن الخطأ التشريعي).

إن ما قام به مجلس شورى الدولة في هذا القرار هو جرأة لا تملكها الإدارة ولا تقدر عليها لناحية إقدامه على تصحيح الخطأ الوارد في نص القانون، وقد عبّر المجلس عن هذه الحقيقة بالقول: "إن من شأن التطبيق الحرفي لأحكام المادة 11 أن يؤدي إلى تعطيل الفقرة الثالثة منها وإقراغها من معناها وجعلها كأنها لم تكن، وكأن المشرع اكتفى بالفقرة الأولى والثانية لتحديد الزيادة على أجر الأجراء، لأن العملية الحسابية المنصوص عنها في الفقرة الثالثة لا تتغير بالنتيجة التي توصلنا إليها بعد اتمام عملية الاحتساب وفق الفقرتين الأولى

والثانية من المادة 11 لا زيادة ولا نقصاناً أي أن ذكرها لا جدوى ولا تأثير له على احتساب الزيادة المستحقة للأجراء. "وأنه في ظل وجود أحكام من شأنها أن تجرد النص القانوني من معناه أو أن تلغي مفعوله يظهر دور القاضي الإداري في تفسير نص القانون وإعطائه معناه الحقيقي من جديد. وهذه المهمة هي من المهام الإنشائية التي يتولاها القاضي الإداري وأن العامل الأساسي في هذه المهام ليس البحث عن الحكم السليم للقانون ولكن عن نقطة توازن والتوفيق بين المصالح الخاصة والمصالح العامة فهو في الأغلب قضاء إنشائياً يضع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة في تسييرها للمصالح العامة وبين الأفراد".

إن هذا القرار الذي يستحق الدراسة المتعمقة، هو سابقة أولى يعمد بحلال القاضي إلى تجاهل النص الصريح وتعمد الرجوع إلى روح النص وغايته ليضع المبادئ التفسيرية له بما ينسجم مع أسبابه الموجبه ومساهمات في تصويب خطأ تشريعي صريح معطلاً مع هذا التصحيح لنص صريح في سبيل إعلاء قواعد إنسانية أسمى.

القسم الأول: دراسات في القانون الدولي والعلوم السياسية

- د. منال سويد، لبنان والعالم في مواجهة جائحة كورونا تداعيات الجائحة على أهداف التنمية المستدامة - أجندة 2030
- د. رواد سليقة، القضية الأيزيدية بين العدالة الوطنية والعدالة الدولية
- د. احمد عقيل الزقبيه ود. دياللا علي الطعاني، عضوية فلسطين في المحكمة الجنائية الدولية وأثره على محاسبة القيادات الإسرائيلية والفلسطينية
- د. حسن ناصر عبد الحسين الشمري، واقع علاقة حلف الناتو بروسيا الاتحادية بعد الحرب الباردة
- د. حسين أحمد العزّي، الحماية القانونية "لمهجّري البيئة" في القانون الدولي الإنساني
- Ahmad Al Malak, GRANTING NATIONALITY OR NATURALIZATION: PART OF THE PROBLEM OR SOLUTION FOR STATELESSNESS?
- Camille habib, The Organic Link between Universities and Human Rights
- Dr. Marie line Karam, DIGITAL GOVERNANCE

الدراسة الأولى:

لبنان والعالم في مواجهة جائحة كورونا تداعيات الجائحة على أهداف التنمية المستدامة - أجندة 2030

د. منال سويد⁽¹⁾

كان لأزمة COVID-19 تبعات على معظم القطاعات الاجتماعية والاقتصادية، واختلفت سبل احتوائها بحسب السياسات الاقتصادية المتبعة سواء تقليدية أو غير تقليدية، وخطة الطوارئ الصحية والمالية المعتمدة، والتي تباينت بين الدول بحسب قدراتها المالية وادوات استجابتها لنظام ادارة الكوارث. وقد وضعت جميعها امكانياتها لاحتواء هذه الجائحة وتداعياتها الخائفة على كافة المستويات.

لا شك أنّ الازمة المالية والاقتصادية التي يعاني منها لبنان منذ سنة 2018، وانهايار قيمة العملة الوطنية، واغلاق المعابر الحدودية في معظم دول العالم بسبب جائحة كورونا، وصولاً الى انفجار مرفأ بيروت في 4 آب 2020، وتداعياته المدمرة على الاقتصاد اللبناني، طرح اشكالية تأمين الحقوق الاقتصادية والاجتماعية لا سيما الحق في الغذاء العادل والسليم للشريحة الاكبر من اللبنانيين، ولأكثر من 1.3 مليون لاجئ سوري. مما شكّل خطورة على مكاسب ومؤشرات اهداف التنمية المستدامة، بعد ان كنا قد قطعنا أشواطاً بها بالتعاون مع المنظمات الدولية المعنية.

وضعت الامم المتحدة خطة تحقيق التنمية المستدامة بحلول 2030، لقياس تطوّر أداء مؤشرات اهدافها. وفي الوقت الذي لا تزال فيه معظم الدول العربية تواجه تحديات للمضي قدماً في تحقيقها، خلقت كورونا أزمات في القطاع الاقتصادي والاجتماعي والصحي، وعرضت

(1) الجامعة اللبنانية كلية العلوم الاقتصادية وإدارة الأعمال.

ملايين البشر لخطر الموت او الفقر المدقع، خاصة مع الاغلاق القسري للمؤسسات الصناعية والسياحية، الامر الذي عرقل الجهود الدولية لتحقيق خطة التنمية المستدامة،⁽¹⁾ لا سيما مع تداعيات الازمة على الامن الغذائي وتأمين الصحة الجيدة والعمل اللائق والسلام والعدالة والمؤسسات الفعالة وضمان التعليم الجيد والمنصف للجميع...

تركزت هذه الدراسة على تداعيات COVID-19 على كل من أهداف التنمية المستدامة السبعة عشر على الصعيد الدولي والواقع اللبناني، من منظار المؤشرات الاقتصادية والاجتماعية والبيئية، وما تحاول المنظمات الدولية القيام به للحد من التأثير السلبي لكورونا على البرامج التنموية قيد التطبيق، والمحافظة على المكتسبات المحققة. وسيتم تقسيمها الى مجموعات بحسب ابعادها الاجتماعية والاقتصادية والبيئية وتلك القائمة على مبدأ المساواة والتشارك، علماً ان جميعها متشابكة مترابطة ومتداخلة في روحيتها.

○ الفصل الاول: تداعيات كورونا على أهداف التنمية المستدامة ذات الطابع الاجتماعي

• الفقرة الاولى: القضاء على الفقر

يتحقق هذا المؤشر بتنفيذ خطط وطنية لتأمين الحماية الاجتماعية للسكان الذين يعيشون دون خط الفقر الدولي او الوطني، بحسب الجنس، والعمر، والوضع الوظيفي، والموقع الجغرافي، ووضع حدود دنيا لها لا سيما للفئات الضعيفة في المجتمع. وتشير تقديرات البنك الدولي أنه بالرغم من المكاسب التي تحققت عالمياً للقضاء على الفقر منذ سنة 1998، فان هذه الوتيرة بدأت بالانخفاض مؤخراً بسبب عوامل ثلاث: وباء كورونا، الحروب والتغير المناخي. ومن المتوقع ان يقلب الوباء المكاسب العالمية المتحققة رأساً على عقب، وسوف

⁽¹⁾ The COVID-19 pandemic and the social and economic crisis it triggered has not only caused immeasurable suffering in the past six months but could also derail five years of global efforts to achieve the 2030 Agenda for Sustainable Development. In some parts of the world, the pandemic is fast turning into a humanitarian crisis, threatening to push entire populations into a state of acute food deprivation and endangering the lives of millions of women, men and children. "Initiative on Financing for Development in the Era of COVID-19 and Beyond", the virtual event aimed to advance concrete solutions to the development emergency caused by the COVID-19 pandemic, 28 May 2020, <https://www.un.org/en/coronavirus/financing-development>

يتسبب بفقدان الوظائف وزيادة حرمان الضعفاء، وخلق ملايين " فقراء جدد". وبالفعل يرجح البنك الدولي ان النسبة ازدادت الى ما بين 88 و115 مليون انسان يعيشون في الفقر المدقع في 2020.⁽¹⁾

في لبنان، وبسبب الازمة المالية والركود الاقتصادي وانفجار مرفأ بيروت وانعدام الاستثمار الخارجي.... الى جانب انتشار وباء كورونا واللجوء الى اغلاق المؤسسات الصناعية والسياحية، اختبر الشعب اللبناني أسوء تجربة فقر وتدهور للمستوى المعيشي ولقيمة دخله السنوي منذ عقود. حيث تضاعفت نسبة الفقر الى 55% وزادت نسبة الفقر المدقع من 8 الى 23%، وتدهورت الطبقة الوسطى التي كانت تشكل النسبة الاكبر من عدد السكان، واصبحت اقل من 40% خلال سنة 2020. وقد قدرت الاسكوا كلفة سد فجوة الفقر الذي حل بلبنان ب 2.4 مليار دولار.⁽²⁾ ويكفي أن نشير الى تقرير Mercer بشأن أكثر الدول غلاء في العالم لسنة 2021، ليكون مؤشرا على استفحال آفة الفقر والعوز والجوع في لبنان، حيث أشار التقرير أنّ مدينة بيروت تأتي في المرتبة الثالثة كأعلى مدينة في العالم نتيجة الانهيار الاقتصادي وازمة كورونا.⁽³⁾

(1) We now estimate that the COVID-19 pandemic is likely to push between 88 and 115 million people into extreme poverty in 2020, setting back poverty reduction by around three years. it shows that pandemic-related job losses and deprivation worldwide are hitting already-poor and vulnerable people hard, while also partly changing the profile of global poverty by creating millions of "new poor." Poverty and Shared Prosperity 2020, World Bank Report, COVID-19 to Add as Many as 150 Million Extreme Poor by 2021, Eight out of 10 'new poor' will be in middle-income countries, WASHINGTON, Oct. 7, 2020, <https://www.worldbank.org/en/publication/poverty-and-shared-prosperity>.

(2) Ms. Rola Dashti, Executive Secretary of the United Nations Economic and Social Commission for Western Asia, Poverty in Lebanon: impact of multiple shocks on the socio-economic situation in the country, webinar on the Effects of Public Debt and Consequent International Financial Obligations on Human Rights in Lebanon; organized by the Regional Office of the High Commissioner for Human Rights for the Middle East and North Africa, Tuesday 20 October.

(3) According to an annual report by asset manager Mercer, "World's most expensive cities for expats in 2021 revealed". the biggest change from last year's Mercer survey sees Beirut rising from the 45th most expensive city for international workers in 2020 to the third priciest for 2021. Mercer puts this development down to Lebanon's economic depression, which was exacerbated by the Covid-19 pandemic and the Port of Beirut explosion in August last year. Published 22nd June 2021. <https://edition.cnn.com/travel/article/worlds-most-expensive-cities-expats-2021/index.html>.

• الفقرة الثانية: القضاء التام على الجوع

الجوع هو عدم قدرة الانسان على كسب لقمة العيش وتأمين او تحمل تكاليف الطعام المغذي له ولأسرته. فالفقر والحروب والكوارث الطبيعية هي من ابرز الأسباب الرئيسية المؤدية للجوع، الى جانب الاستهلاك غير المسؤول والتوزيع غير العادل للأغذية. ويشكل هذا الهدف أداة قوية لإحلال السلام العالمي لأنه يهدد بانفجار ثورة الجوع.

وبسبب التأثير السلبي لجائحة كورونا على تحقيق هدف القضاء على الفقر، ومع فقدان أكثر من 400 مليون وظيفة في جميع انحاء العالم في النصف الاول من سنة 2020، وبالطبع طالت الفئات الفقيرة والمهمشة في المجتمع، نستطيع التنبؤ بانتشار ظاهرة نقص الغذاء وزيادة عدد المتضررين من الجوع. فضلا عن انخفاض توافر الاغذية بسبب اغلاق المعامل والمصانع وانخفاض حركة سلاسل/ امدادات التوريد الغذائية العالمية.

فقد بدأت زيادة عدد الأشخاص الذين يعانون من الجوع - وفقاً لمقاييس انتشار نقص التغذية منذ عام 2015. وتشير التقديرات الحالية إلى أن ما يقرب من 690 مليون شخص يعانون من الجوع، أو 8.9 في المائة من سكان العالم - بمقدار 10 ملايين شخص في عام واحد ونحو 60 مليوناً في خمس سنوات. وهذا مؤشر على أن العالم ليس على المسار الصحيح لتحقيق هدف القضاء على الجوع تحقيقاً لأجندة 2030. بل على العكس، سيتجاوز العدد 840 مليون بحلول عام 2030.

ووفقاً لبرنامج الغذاء العالمي، يعاني 135 مليوناً من الجوع الحاد بسبب النزاعات وتغير المناخ والركود الاقتصادي. ويمكن لوباء COVID-19 الآن مضاعفة هذا العدد مما يعرض 130 مليون شخص إضافي لخطر المعاناة من الجوع الحاد.⁽¹⁾ لذلك، يجب اتخاذ إجراءات سريعة لتوفير الغذاء والإغاثة الإنسانية، وزيادة الإنتاج الزراعي والغذائي المستدام للمساعدة في التخفيف من مخاطر الجوع. وإلا فإنه من المرجح أن يتدهور الأمن الغذائي لأكثر الفئات السكانية ضعفاً بسبب الآثار الصحية والاجتماعية والاقتصادية لوباء COVID-19.⁽²⁾

(1) The World Food Programme, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/hunger/>

(2) The state of food security and nutrition in the world, Transforming Food Systems for Affordable Healthy Diets, The Food and Agriculture Organization (FAO), Digital report, <http://www.fao.org/publications/sofi/2020/en/>

وقد أظهرت دراسة أعدتها الاسكوا أن نصف سكان لبنان معرضون لخطر انعدام الأمن الغذائي،⁽¹⁾ نتيجة التداعيات الاقتصادية لانفجار مرفأ بيروت الذي يستقبل 85% من قيمة المواد الغذائية المستوردة الى لبنان، فضلاً عن الدمار الهائل الذي لحق بإهراءات القمح، والتحديات غير المسبوقة التي يواجهها لبنان في نظامه المالي. وقد تراكمت هذه الازمة مع اغلاق الحدود الجوية والبرية والبحرية لمعظم الدول المجاورة بسبب انتشار جائحة كورونا، الامر الذي أدى الى عرقلة قدرة التجار على تأمين المواد الغذائية المستوردة مع شح الدولار في السوق. كما أنّ لبنان غير مؤهل لتأمين الاكتفاء الذاتي الغذائي، فبحسب تقرير منظمة الصحة العالمية الخاص في لبنان لعام 2020، أنّ الانتاج الزراعي في لبنان يشكل 3% فقط من الاقتصاد الوطني، وتغطي الواردات الغذائية نسبة 80% من حاجة السوق المحليّة.⁽²⁾ وأشارت دراسة اليونيسف في هذا الصدد، الى ازدياد عدد الأسر التي تضطرّ الى اتخاذ تدابير التأقلم السلبية لتتمكن من الصمود، كالغاء بعض وجبات الطعام توفيراً لثمنها، أو إرسال أطفالهم الى ظروف عمل خطيرة، أو اللجوء الى تزويج بناتهم القاصرات.⁽³⁾

• الفقرة الثالثة: الصحة الجيدة والرفاهية

يتضمن هذا الهدف ضمان تمتع جميع البشر بأنماط عيش صحية وتعزيز الرفاهية، والانذار المبكر وإدارة المخاطر الصحية الوطنية والعالمية، واستخدام التكنولوجيا والتقنيات الحديثة من اجل تشخيص الحالات الصحية المختلفة وعلاجها للحد من الوفيات، ودعم البحث والتطوير العلمي في مجال اللقاحات والأدوية للأمراض المعدية وغير المعدية. فقبل انتشار كورونا، تم إحراز تقدّم كبير في تحسين كفاءة الأنظمة الصحية وتمويل البلدان الفقيرة.⁽⁴⁾ أمّا اليوم، فأنّه يُخشى أن تضيق الكثير من الإنجازات المحقّقة، بعد أنّ اصاب هذا الوباء بخطورته

(1) ESCWA, 30/8/2020, <https://www.skynewsarabia.com/world/1372504>

(2) مراقبة وتحليل الأمن الغذائي على الصعيد الوطني - انعكاس النتائج في الخطة الاستراتيجية للزراعة في لبنان 2021-

2025، الأمم المتحدة اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا، 15/10/2019،

<https://archive.unescwa.org/ar/events>

(3) يوكي موكو، ممثلة اليونيسف في لبنان، لبنان: تصاعد الأزمة يعرض الأطفال للخطر، فغالبية الأسر لا تستطيع تلبية

الاحتياجات الأساسية للأطفال - اليونيسف، بيروت، 2021/7/1، <https://www.unicef.org/lebanon>

(4) <https://www.un.org/sustainabledevelopment/health/>

الفئات الضعيفة لا سيما كبار السن والمرضى والمعوقين، من دون أن نهمل مدى التأثير السلبي لإجراءات الحجر والاعلاق على الصحة النفسية والعائلية. كما أدى الى وفاة ما يزيد عن 5 مليون انسان حول العالم، واريك القطاع الصحي الذي لم يعد قادرا على الصمود والقضاء على هذا الوباء المتحور والمتطور. كما كشفت كورونا عن النقص في المعدات والكوادر الطبية وعدد المستشفيات عالميا، وعدم وجود نظام عالمي متمكّن للاستجابة للكوارث الصحية الطارئة.

تقود منظمة الصحة العالمية خطة الاستجابة الاستراتيجية لتتبع انتشار الفيروس، وضمان حصول المرضى والقطاع الطبي على الرعاية والإمدادات الأساسية، وتسريع عملية البحث والتطوير للقاح والعلاج. الا انها حذرت من أن الوباء لن ينتهي قبل تطعيم 70% من سكان العالم على الأقل، معربة عن قلقها حيال سرعة انتقال العدوى بالنسخ المتحورة للفيروس، ومنتقدة "بطء التطعيم" في الدول المتقدمة،⁽¹⁾ وعدم تأمينها للدول الفقيرة. ومن المتوقع أن تتدهور الصحة السليمة في ظل وقوع مزيد من الأسر في شبك الفقر والجوع وتباطؤ النمو الاقتصادي.⁽²⁾

• الفقرة الرابعة: التعليم الجيد

حدّدت اليونسكو المبادئ الأساسية لهذا الحق وأهمها كفالة حصول الجميع على التعليم العادل والعالي الجودة على اساس مبدأ المساواة وعدم التمييز بسبب الجنس أو الثروة. عملياً، أغلقت جائحة كورونا المدارس والمؤسسات التعليمية والحضانات بصورة قسرية، ممّا اضطر القطاع التعليمي الى إعداد برامج للتدريس عن بعد بشكل طارئ لاستكمال المناهج التعليمية في ظلّ الظروف الصحيّة الاستثنائية. وهذا بالطبع كان له التأثير السلبي على جودة ونوعية التعليم وتأمينه على قدر المساواة والعدالة بين جميع الطلاب. فقد أظهرت الأزمة عدم جهوزية

⁽¹⁾ <https://www.independentarabia.com/node/226366/>

⁽²⁾ الهدف 3، الصحة الجيدة والرفاه، ضمان تمكّن الجميع بأنماط عيش صحية وبالرفاهية في جميع الأعمار، اسراع العمل نحو خطة 2030 ما بعد كوفيد، المنتدى العربي للتنمية المستدامة، 29 – 31 آذار 2021.

<https://www.unescwa.org/ar/event/arab-forum-sustainable-development-2021>

للاطلاع على تحليل وافٍ للتوصيات والمؤشرات، انظر الإسكوا، التقرير العربي للتنمية المستدامة، 2020، <http://afsd-2021.unescwa.org/index-ar.html>

الدول النامية لنظام التعليم عن بعد، بسبب ما يستلزمه من تقنيات رقمية اساسية مثل خدمة الانترنت والكهرباء واجهزة الكمبيوتر او التابلت، وهي غير متوفرة الا للأسر الميسورة، وبالتالي حرمان شريحة كبيرة من الفقراء من حق التعليم الجيد والتي تكون فرصتها أقل للوصول إلى التكنولوجيا والإنترنت.⁽¹⁾

لا شك بأن أزمة كورونا قد عجلت في رقمته النظام التعليمي (التعليم - المؤتمرات - والمنصات عن بعد) وهذا كان مطلب ضروري لمواكبة التطورات العلمية والتكنولوجية، لا سيما مع نجاح المؤتمرات والندوات واللقاءات عن بعد دون تكبد عناء التنقل والمصاريف.... الا أنها كشفت عن عجز النظام التعليمي في لبنان على اتاحة فرصة التعليم للجميع على قدر المساواة. أضف الى ذلك التفاوت الجسيم في جودة التعليم العام والخاص، وغياب القوانين التنظيمية لهذه العملية، لا سيما في قطاع التعليم العالي والجامعات الخاصة التي اثبتت تفوقها وقدرتها على النجاح في هذا النوع من التعليم حتى ما بعد انتهاء كورونا.

○ الفصل الثاني: تداعيات كورونا على أهداف التنمية المستدامة ذات الطابع الاقتصادي

• الفقرة الاولى: العمل اللائق ونمو الاقتصاد

بحسب منظمة العمل الدولية، يهدف تعزيز النمو الاقتصادي الشامل والمستدام والعمالة الكاملة والمنتجة وتوفير العمل اللائق للجميع، الى تقليص فجوة الأجور بين الجنسين وبطالة الشباب، وإنهاء جميع أشكال عمل الأطفال وإضفاء الطابع الرسمي على الاقتصاد غير الرسمي، وتشجيع المشاريع الصغيرة والمتوسطة، وتعزيز بيئات وظروف عمل آمنة وحماية العمال المهاجرين.

(1) كشفت اليونسكو عن فجوات في التعلّم عن بُعد القائم على التكنولوجيا الرقمية، حيث أظهرت البيانات أن حوالي 830 مليون طالب لا يمكنهم الوصول إلى جهاز كمبيوتر. والصورة قاتمة بشكل خاص في البلدان منخفضة الدخل: ما يقرب من 90% من الطلاب في أفريقيا جنوب الصحراء الكبرى ليس لديهم أجهزة كمبيوتر منزلية، بينما لا يستطيع 82% منهم الاتصال بالإنترنت. " التعليم في أزمة: فيروس كورونا شل حركة العالم، والأطفال الأفقر والأضعف هم الأكثر تضررا".
<https://news.un.org/ar/story/2020/12/1068232>

أصابته جائحة كورونا هذا الهدف في الصميم، بسبب تأثيرها على القوى العاملة العالمية، واقفال المعامل والمصانع والمتاجر والمطاعم والفنادق والمدارس والمطارات... مما أدى إلى إلغاء نسبة كبيرة من إجمالي ساعات العمل، أو تسريح ملايين العمال حول العالم، وبالتالي إلى تفاقم أزمة البطالة والفقر التي وصلت إلى أعلى مستوياتها، وهو ما دفع العديد من الدول المقتردة إلى تقديم المساعدة الفورية للشركات والعمال لحمايتهم، خاصة في القطاعات الأكثر تضرراً التي تضم نسبة عالية من العمالة ذات الأجور المتدنية والعمالة غير الرسمية.

يشير تقرير منظمة العمل الدولية بعنوان "الاستخدام والآفاق الاجتماعية في العالم: اتجاهات 2021" إلى أن أزمة سوق العمل الناجمة عن كوفيد-19 لم تنته بعد، ولن يكون نمو فرص العمل كافياً لتعويض ما لحق به من خسائر حتى عام 2023 على أقل تقدير. حيث فجوة فرص العمل ستصل إلى 75 مليون فرصة في عام 2021 قبل أن تتراجع إلى 23 مليون فرصة عمل في عام 2022. وتبلغ الفجوة بانخفاض عدد ساعات العمل ما يعادل 100 مليون وظيفة بدوام كامل في عام 2021، و26 مليون وظيفة بدوام كامل في عام 2022، ونتيجة لذلك، يُتوقع أن يصل معدل البطالة العالمي إلى 205 ملايين شخص في عام 2022، متجاوزاً إلى حد كبير مستوى الـ 187 مليون شخص المسجل في عام 2019. وهذا يعني أن معدل البطالة يبلغ 5.7 في المائة في فترة أزمة كوفيد-19⁽¹⁾ وسوف تؤثر بشكل سلبي ومباشر على القطاع غير المنظم البالغ عددهم ملياري عامل في العالم بسبب افتقارهم إلى الحماية الاجتماعية ما قد يسبب عواقب كارثية على سبل العيش اللائق، وايضا على النساء اللواتي انخفضت فرص عملهن بنسبة 5% في عام 2020 مقارنة بنسبة 3.9 في المائة للرجال.

ويرى المدير العام لمنظمة العمل الدولية ان مسألة التعافي من كوفيد-19 ليست مجرد مسألة تتعلق بالصحة، بل ينبغي أيضاً التغلب على ما لحق بالاقتصادات والمجتمعات من أضرار جسيمة، من خلال استراتيجية شاملة ومتناسقة تستند إلى تعزيز النمو الاقتصادي والتنموي

(1) تقرير منظمة العمل الدولية " الاستخدام والآفاق الاجتماعية في العالم: اتجاهات 2021"، يسلط التقرير الضوء على توقعات منظمة العمل الدولية على خطر آثار كوفيد-19 على سوق العمل والمتمثلة في زيادة عدم المساواة الجغرافية والسكانية، وتزايد الفقر، وقلّة فرص العمل اللائقة ما يجعل آثار فيروس كورونا طويل الأجل، 2021/7/2.

http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_797137/lang--ar/index.htm

المستدام، وإيجاد فرص عمل منتجة، ودعم دخل الأسر، واستخدام الحوار الاجتماعي لوضع استراتيجيات للإنعاش محوراً للإنسان.⁽¹⁾ غير أن مخرجات هذه الاستراتيجية ستكون متفاوتة بين الاقتصادات النامية والناشئة والمتطورة نظراً لعدم المساواة في الحصول على اللقاح من جهة، والقدرة المحدودة على دعم تدابير التحفيز المالي القوية. أما إذا كانت خطة الانتعاش العالمي ليست قوية بما يكفي أو لا تتسجم مع الاستجابة العالمية، سوف نشهد على انتشار حالات إفلاس الشركات ولا سيما الصغيرة والمتوسطة الحجم، وستتقوض آفاق التنمية الاقتصادية الشاملة.⁽²⁾ بالنسبة للبنان، تشير تقديرات منظمة العمل الدولية بالتعاون مع وزارة العمل اللبنانية إلى أن معدلات البطالة ارتفعت من 11.3% في عام 2018 إلى 18.5% في عام 2019، ثم قفزت إلى 36.9% في عام 2020، وستبلغ 41.4% في عام 2021.⁽³⁾ والأكيد ان الوضع سوف يتفاقم مع الانهيار الكبير للنظام الاقتصادي والمالي ليكون لبنان غير قادر على الصمود في مواجهة موجة وباء جديدة لمتحور كورونا.

وبحسب إحصاءات ILO فإن البطالة في لبنان سجلت 40% بنهاية العام 2020 والعدد الأكبر منها هي من الفئات الشابة المتعلمة.⁽⁴⁾ وأكدت "الدولية للمعلومات" في تقريرها أن "أعداد العمال العرب (دون السوريين والفلسطينيين) والعمال الأجانب في لبنان تراجعت بنحو 92 ألفاً في العام 2020 مقارنة بالعام 2019، بنسبة 37,3%، كما أنه هناك نحو 100 ألف إلى 150 ألف عامل يعملون بطريقة غير شرعية، غادر نحو نصف هذا العدد لبنان خلال العام 2020 نتيجة الأزمة الاقتصادية، وبالتالي فقد انخفض عدد العمالة الأجنبية من نحو 400 ألف إلى نحو 230 ألف عامل".⁽⁵⁾

(1) غاي رايد، المدير العام لمنظمة العمل الدولية، تقرير منظمة العمل الدولية " الاستخدام والآفاق الاجتماعية في العالم: اتجاهات 2021"، المرجع السابق ذكره.

(2) UNCTAD, Trade and development report 2020, from globe pandemic to prosperity for all: avoiding another lost decade, P: 43.

(3) The Central Administration of Statistics (CAS) with ILO, <https://www.ilo.org/global/statistics-and-databases/publications>.

(4) International Labor Organization (ILO), <https://www.ilo.org/Search5/search.do?searchWhat=statistics&navigators=datestrnavigator%1Dyearstr%1D2020%1D^2020%24&sortby=default&lastDay=0&collection=&offset=>

اعداد الدولية للمعلومات بناء على الارقام الصادرة عن وزارة العمل،

<https://www.annahar.com/arabic/section/111->

• الفقرة الثانية: الصناعة والابتكار والهياكل الأساسية

إنّ تعزيز الصناعات الشاملة والمستدامة وتوفير فرص عمل جديدة، وتعزيز كفاءة استخدام الطاقة ونظم الري وتشبيد البنى التحتيّة، يتطلب الاستثمار في البحث العلمي وتكنولوجيا المعلومات والاتصالات. وتأتي أهمية دعم الابتكار وريادة الأعمال لضمان المنفعة العامة ولتحقيق الاهداف الاخرى مثل تأمين التعليم الجيد، والطاقة النظيفة المتجددة، والصحة الجيدة، ومواجهة تحديات التغيير المناخي، بعد ان عانى الملايين من الانفصال عن العالم الرقمي الحديث وحرمانهم من الانترنت. كذلك اتضح أنّ العالم بأمس الحاجة الى تطوير تكنولوجيا الصناعة والابتكار لمعالجة هذه الازمة الانسانية واختراع اللقاح الفعال، وتطوير التقنيات للحفاظ على برودة اللقاحات، وتوفير المياه والطاقة النظيفة والعلاج للمصابين وتقنيات التأهب لحالات الطوارئ والاستجابة لها.⁽¹⁾

• الفقرة الثالثة: الاستهلاك والإنتاج

يساعد تطبيق أنماط الاستهلاك والإنتاج المستدام على خفض الكلفة الاقتصادية والبيئية والاجتماعية على قاعدة "إنتاج المزيد بشكل أفضل وبتكلفة أقل"، وخفض استعمال الموارد وما ينشأ عنها من تلوث. وبما أنّ المستهلك هو الذي يحفّز نظام الإنتاج والاستهلاك، سيكون هناك نظام جديد مع تداعيات كورونا، لما لها من تأثير كبير على الإنتاج وسلاسل القيمة والتوريد العالمية وانتقال السلع عبر الحدود، في ظل سياسة الاغلاق وتراجع نشاط التصنيع والإنتاج والتجارة العالمية. فكان على الدول اتخاذ اجراءات استثنائية اتّسمت بالطابع الطارئ والمؤقت وغير المقيّدة لتيسير وترويج التجارة على المدى القصير، مثل تيسير الخدمات المالية واعطاء قروض ميسرة بفوائد متدنية بالنسبة للتأمينات والقروض الصحية ونقل المواد الغذائية، أو ذات آثار تقييدية بالنسبة للقيود على الاستثمار الاجنبي وتواجهه في انتاج الصناعات الدوائية (مثل التسابق الدولي على انتاج لقاح كورونا وتوزيعه عالميا) وهي اجراءات مؤقتة تنتهي مع انتهاء الجائحة، وقد تم الاتفاق في مجموعة منظمة العشرين بان تقوم WTO برصد

⁽¹⁾ UNICEF Report, "INDUSTRY, INNOVATION AND INFRASTRUCTURE, Key asks for 2020 SDG voluntary national reviews, <https://www.unicef.org/media/64821/file/SDG%20Issue%20Brief%209.pdf>

الاجراءات ومدى تقييدها للتجارة الخدمية. أمّا بالنسبة للاجراءات طويلة الامد فهي لوضع سياسات مواجهة ما بعد كورونا وتطوير وتوسيع التجارة وتحويل المحنة الى منحة.(1)

فهل أثرت كورونا سلباً ام ايجاباً على قطاعي الانتاج والاستهلاك؟

لا شك أنّ لازمة كورونا طبيعة خاصة مختلفة كونها أحدثت صدمة في قانون العرض والطلب بنفس الوقت،(2) لذا سيكون تأثيرها سلباً على قطاع خدمات السياحة والصحة والتجارة بالتجزئة والنقل، حيث تكلفه انتاج هذه الخدمات والتجارة بها أصبحت مكلفة بسبب الاجراءات الوقائية التي اتخذت في الطائرات والفنادق والتأمين الصحي والمستلزمات الطبية... ولذا سوف يتأثر سلباً شكل التوريد رقم 2 (لارتباطه بالسياحة) و4 (المرتبط بانتقال الافراد) بحسب اتفاقية ال GATS نتيجة اتخاذ الدول للإجراءات الاحترازية. بينما سيكون تأثير كورونا ايجاباً على القطاعات التي شهدت انتعاشاً في ظلها وسيستمر بعدها. فقد بات التفكير جدياً في اعتماد تعليم Online المدرسي والجامعي كنموذج حتى بعد انتهاء كورونا. كذلك التحول المفرط لاستخدام قطاع التوصيل delivery بسبب الحجر المنزلي، والشراء عن بعد shopping on line بسبب الاغلاق العام، والدفع الالكتروني، وتكنولوجيا المعلومات والاتصالات digital communication... مما انعش شكل التوريد رقم 1 بحسب اتفاقية ال GATS. حتى ان فكرة الاثر الايجابي او السلبي لازمة كورونا هي مسألة نسبية، فبينما ترى دول ان قطاع النقل تضرر كثيراً نتيجة ازمة كورونا، ترى دول اخرى في هذا التوقف فرصة تاريخية لحماية البيئة والهواء.

(1) د. عبد الحميد ممدوح، رئيس سابق لقسم التجارة في الخدمات بمنظمة التجارة العالمية، ورشة عمل في مجال التجارة في الخدمات عبر تقنية video conference تحت عنوان "تداعيات انتشار وباء الكوفيد-19 المستجد على التجارة في الخدمات بين الدول العربية وفرص الاستفادة من اتفاقية تحرير التجارة في الخدمات بين الدول العربية"، تاريخ 15 تموز 2020، إدارة التكامل الاقتصادي العربي بالتعاون مع برنامج الامم المتحدة الانمائي UNDP من خلال مشروع تعزيز التكامل الاقتصادي العربي من أجل التنمية المستدامة (AEISD).

(2) د. أحمد غنيم، خبير التجارة في الخدمات، "أثار أزمة Covid-19 على قطاعات الخدمات في الدول العربية"، ورشة عمل في مجال التجارة في الخدمات عبر تقنية video conference، تاريخ 15 تموز 2020، إدارة التكامل الاقتصادي العربي بالتعاون مع برنامج الامم المتحدة الانمائي UNDP من خلال مشروع تعزيز التكامل الاقتصادي العربي من أجل التنمية المستدامة (AEISD).

○ الفصل الثالث: تداعيات كورونا على أهداف التنمية المستدامة ذات الطابع البيئي

• الفقرة الأولى: المياه النظيفة والنظافة الصحية

المياه أساس البقاء على قيد الحياة، وتوفير مصدر آمن للمياه النظيفة وبأسعار مقبولة وضمان خدمات الصرف الصحي، هو حاجة ملحة وضرورية لضمان صحة الانسان ورفاهه، ويتطلب ذلك تعاون دولي لتشجيع كفاءة استخدام المياه وتجميعها وحمايتها او ما يعرف "بالاستخدام المقتصد"، ودعم تكنولوجيا المعالجة لا سيما في البلدان النامية. ولكن ما علاقة جائحة كورونا بتأمين حصول الجميع على المياه النظيفة؟

ان الممارسة الروتينية والبسيطة للغسل بالماء والصابون والتعقيم للوقاية من كورونا، والتي شغلت المواقع الاخبارية للتوعية على اهمية النظافة، يقابلها بالواقع زيادة هائلة في حجم المياه المستهلكة بزيادة 5%. وبحسب تقرير الاسكوا فإن هذه الزيادة تعادل 4 الى 5 ملايين م² يومياً، فضلاً عن الزيادة في غسيل الثياب والتنظيف وغسل الأطعمة... والذي يتطلب ما يقدر ب 150 الى 250 مليون دولار شهرياً لتلبية الاحتياجات الإضافية من المياه في المنطقة العربية لمواجهة هذا الوباء.⁽¹⁾ أما الخطر الداهم فهو بالنسبة للاجئين والمشردين، بسبب افتقارهم الى المياه النظيفة وادارة خدمات الصرف الصحي مما يجعلهم الاكثر عرضة للإصابة بالفيروس. وقد أعلن المقرر الخاص المعني بحقوق الإنسان في مياه الشرب المأمونة وحقه في خدمات الصرف الصحي، أنه "لا يمكن أن ينجح التصدي العالمي للوباء إن كانت النظافة الشخصية، وهي الإجراء الأساسي لمنع تفشي العدوى، غير متاحة ل 2.2 مليار شخص لا يستطيعون الوصول إلى خدمات المياه الآمنة. وعلى الحكومات أن توفر وصول أكثر المجموعات ضعفاً إلى قدر كافٍ من المياه، وبصورة مستمرة ومجانة طوال فترة الأزمة لمن يعاني الفقر. فغسل اليدين بالصابون والمياه النظيفة، الذي يُعتبر الإجراء الأساسي للوقاية من الفيروس، عملية بسيطة لأكثر الأشخاص امتيازاً، ولكنه من الكماليات التي لا يمكن تحمل تكلفتها بالنسبة إلى الضعفاء اقتصادياً حول العالم."⁽²⁾

⁽¹⁾ For more information and statistics: ESCWA, Moving towards Water Security in the Arab Region, 2019, https://afsd-2021.unescwa.org/sdgs/pdf/covid-19/ar/5-20-00149_pb5_water-scarcity-ar_1.pdf

⁽²⁾ the Special Rapporteur on the human rights to safe drinking water and sanitation, Mr. Leo Heller, with UN independent human rights experts. "COVID-19 will not be stopped without

• الفقرة الثانية: طاقة نظيفة وبأسعار معقولة

يتطلب هذا الهدف تعزيز السياسة الاستباقية لتحسين أمن الطاقة المتجددة وكفاءة استخدامها، وزيادة إنتاجية استهلاك الطاقة مع القدرة على التكيف مع تغير المناخ وضمان وجود كوكب صحي للأجيال المقبلة، ومن هنا يأتي الترابط بين الهدف السابع والهدف الثالث عشر من أهداف التنمية المستدامة والمتعلق بالعمل المناخي.

قد يعوق عدم الحصول على الطاقة الجهود المبذولة لاحتواء كوفيد-19، إذ أن هناك حاجة ماسة الى خدمات الطاقة لمكافحة الأوبئة، وتشغيل مرافق الرعاية الصحية وتشغيل المعدات التي تنقذ حياة ملايين المصابين في المستشفيات (الهدف 3) وتوفير المياه النظيفة (الهدف 6) والطهي النظيف، مروراً بتمكين الاتصالات وخدمات تكنولوجيا المعلومات لإبقاء الناس على اتصالٍ بشبكة الإنترنت في المنزل مع الحفاظ على التباعد الاجتماعي. فكيف تتم الاستجابة لوباء كوفيد 19 من خلال الهدف السابع؟

أوضح الممثل الخاص للأمم العام للأمم المتحدة المعني بمبادرة الطاقة المستدامة أهمية الوصول إلى الطاقة بسبب فيروس كورونا، لتشغيل العيادات الصحية ومقدمي الإسعافات الأولية، والحفاظ على التواصل بين المستهلكين لا سيما الفقراء، وزيادة إنتاج الطاقة بشكلٍ يُعتمد عليه ودون انقطاعٍ للتحضير لانعاشٍ اقتصادي أكثر استدامة.⁽¹⁾ أمّا النقطة الأساسية التي يجب التركيز عليها، فهي دعم سلسلة التبريد المستدامة لضمان التوزيع العادل للقاحات COVID-19 والانصاف في عملية التطعيم، وإحداث تأثير دائم في دعم الانتعاش الاقتصادي والاجتماعي من الوباء.⁽²⁾

وقد أصدرت الجهات المعنية تقريراً لتتبع الهدف السابع بعنوان: " التقدم المحرز في مجال الطاقة"، واعتبرت فيه أنه بالرغم من التقدم المحرز خلال الـ 10 سنوات الاخيرة، فإن العالم لن

providing safe water to people living in vulnerability – UN experts “,United Nations Human Rights Council, GENEVA, (23 March 2020), <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=25738&LangID=E=>

⁽¹⁾ طاقة نظيفة وبأسعار معقولة، ضمان حصول الجميع بتكلفة ميسورة على خدمات الطاقة الحديثة الموثوقة والمستدامة، <https://lebanon.un.org/ar/sdgs/7>

⁽²⁾ COVID-19 response, Chilling Prospects: Tracking Sustainable Cooling for All 2021, <https://www.seforall.org/covid-19-response>.

يمكن من تأمين طاقة حديثة مستدامة وموثوقة بأسعار معقولة للجميع بحلول عام 2030، حيث سلّطت جائحة كورونا الضوء على التباينات الشديدة في الحصول على خدمات الطاقة للملايين حول العالم، ممن يفتقرون إلى قدرة الحصول على طاقة منتظمة للوقاية من الجائحة ولتسريع وتيرة التعافي.⁽¹⁾

ومن هنا، وفي ظل أزمة الكهرباء والطاقة وتأمين الوقود التي يتخبط بها لبنان مع أزمته الاقتصادية، ولمواجهة تداعيات أزمة كورونا، فإنّه في أمس الحاجة إلى إقامة شراكات وتعاون مع الوكالات والمنظمات والمراكز الصناعية الدولية في مجال البحث والتطوير والتدريب وبرامج بناء القدرات، التي من شأنها أن توفر المساعدة التقنية والمادية اللازمة لتطوير قطاع تصنيع الطاقة المتجددة والحفاظ عليها.⁽²⁾

• الفقرة الثالثة: العمل المناخي

تتطلب عملية التصدي لتغير المناخ وآثاره الضارة على الإنسان والبيئة، تحقيق الإدارة السليمة بيئياً للمواد الكيميائية والنفايات، والحد من إطلاقها في الهواء والماء والتربة، وحماية الغابات، واستخدام الطاقة النظيفة والمتجددة. وقد تسبب فيروس كورونا في كارثة صحية عالمية، إلا أنّ سياسية الإغلاق العام للمصانع والمعامل، ووقف حركة الملاحة الجوية والبحرية والنقل، شكّل فرصة لإنشاء مسارات تعافي مستدامة بيئياً “Green Transition”، تسعى إلى تخفيض الانبعاثات العالمية الصافية ل (2CO) بنحو 45 % بحلول عام 2030، وإلى صافي

⁽¹⁾ Tracking SDG 7: The Energy Progress Report released by the International Energy Agency (IEA) the International Renewable Energy Agency (IRENA), the United Nations Statistics Division (UNSD), the World Bank, and the World Health Organization (WHO).” COVID-19 intensifies the urgency to expand sustainable energy solutions worldwide. To meet the Sustainable Development Goals (SDGs) targets by 2030, countries must safeguard the gains already attained and accelerate efforts to achieve affordable, reliable, sustainable and modern energy for all”. 28/5/2020. The report can be downloaded at <http://trackingSDG7.esmap.org/>. - <https://www.who.int/news/item/28-05-2020-covid-19-intensifies-the-urgency-to-expand-sustainable-energy-solutions-worldwide>

⁽²⁾ Report was prepared by the International Renewable Energy Agency (IRENA) and the United Nations Economic and Social Commission for Western Asia (ESCWA),” Evaluating renewable energy manufacturing potential in the Arab region: Jordan, Lebanon, United Arab Emirates”, International Renewable Energy Agency, Abu Dhabi, 2018, <https://archive.unescwa.org/sites/www.unescwa.org/files/publications/files/evaluating-renewable-manufacturing-potential-arab-region-english.pdf>.

الصفر بحلول عام 2050. لذلك نجد تسارع الدول الى تقديم الدعم للقطاعات المعنية بهذا الهدف في ظل الوباء وتداعياته الاقتصادية، ولكن مشروطة بحماية البيئة في اطار السياسات الخضراء وتطوير البنية التحتية السليمة، كما هو الحال بالنسبة " للصفقة الخضراء " للاتحاد الأوروبي 2020 " European Union's Green Deal"، التي تحدّد الإجراءات التي يتوجب اتخاذها عبر مختلف القطاعات الاقتصادية، بما في ذلك الاستثمارات في التقنيات الصديقة للبيئة، وأشكال النقل الأنظف، وإزالة الكربون من قطاع الطاقة، ورفع المعايير البيئية العالمية.⁽¹⁾

وحيث ان حالة طوارئ كوفيد -19 تشبه تماما حالة طوارئ تغير المناخ، حيث لا حدود وطنية لها وبحاجة لعمل المجتمع الدولي للاستجابة لتداعياتها، شجعت الامم المتحدة الدول على وضع مخططا للتعافي بعد الجائحة منسجما مع سياسة التعافي الخضراء، وتشكيل اقتصاد القرن 21 بطرق نظيفة وصحية ومستدامة،⁽²⁾ والحد من التعرض لتأثيرات تغير المناخ والكوارث الطبيعية مع ضمان أمن الغذاء والماء والطاقة.⁽³⁾

• الفقرة الرابعة: الحياة تحت المياه

ان إدارة وحماية النظم الإيكولوجية البحرية من التلوث يجعل من كوكب الارض صالحاً لسكن البشرية على نحو مستدام. حيث ان مياه البحار والمحيطات وتأثير التغير المناخي ومخاطر الفيضانات وتوفر الاوكسجين في الهواء وضمان الامن الغذائي... كلها عوامل تتأثر بشكل مباشر بحرارة المياه والحياة فيها، فضلا عن اهمية قنواتها لحركة التجارة والنقل العالمية.

(1) UNCTAD, Trade and development, report 2020, from globe pandemic to prosperity for all: avoiding another lost decade, Green shoots: The environmental dimension of recovering better, P: 17, <https://news.un.org/ar/story/2020/11/1065752>

(2) إدارة التواصل العالمي، تغير المناخ وجائحة كوفيد-19: الأمم المتحدة تحث الدول على "التعافي بشكل أفضل"، 2020/4/22

<https://www.un.org/ar/un-coronavirus-communications-team/un-urges-countries-%E2%80%98build-back-better%E2%80%99>

(3) تقرير المنتدى العربي للتنمية المستدامة لعام 2021، إسرار العمل نحو خطة عام 2030 ما بعد كوفيد"، 29-31، 2021/3/

[\[2021.unescwa.org/sdgs/pdf/en/Expanded%20AFSD2021%20Report%20Final.pdf\]\(https://afsd-2021.unescwa.org/sdgs/pdf/en/Expanded%20AFSD2021%20Report%20Final.pdf\)](https://afsd-</p></div><div data-bbox=)

في حين تشهد الحياة تحت المياه زيادة بنسبة التحمض والنفائيات والبلاستيك التي تهدد قطاعات الصيد والأمن الغذائي البحري العالمي والسياحة والنقل والطاقة... وحيث أنّ إنتاج الثروة السمكية توفر فرصة كبيرة للحد من الجوع، وتحسين التغذية، وتخفيف وطأة الفقر، وتوليد النمو الاقتصادي، وضمان فوائد منصفة للمجتمعات في ظل أزمة كورونا، فقد ساهمت هذه الازمة من خلال توقف حركة الملاحة البحرية والسياحة والصيد في تعافي البيئة البحرية من التلوث والاستغلال والادارة غير الرشيدة لهذه الثروة، فضلا عن ان المياه هي مصدر الطاقة بشكل اساسي، فهناك حاجة ماسة اليها لإبقاء الناس على اتصالٍ بشبكة الإنترنت في المنزل وتشغيل المعدات التي تنقذ الحياة في المستشفيات لاحتواء ازمة كوفيد-19.

• الفقرة الخامسة: الحياة في البر

يسعى هذا الهدف إلى استعادة استخدام النظم الإيكولوجية الأرضية واتخاذ إجراءات عاجلة للحد من فقدان البيئة الطبيعية وحماية التنوع البيولوجي ومكافحة التصحر، وترميم الأراضي والتربة المتدهورة لتأمين العمل الزراعي الذي يشكل مصدر رزق ملايين البشر ضد الجوع والفقر. وقد لفت برنامج الأمم المتحدة للبيئة إلى أن 75 % من جميع الأمراض المعدية الناشئة لدى البشر هي أمراض ذات منشأ حيواني، وأن هذه الأمراض الحيوانية مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بصحة النظم الإيكولوجية. ومن هذه الالويئة كوفيد-19 (وفق الدراسات التي لم يثبت عكسها بعد). والذي يعمل العالم بأسره على الاستجابة لتداعياته للتعافي منه من خلال حماية الطبيعة وإدارة النفايات الناتجة عن التعامل مع كوفيد-19 وتحديث الحوكمة البيئية العالمية.⁽¹⁾

○ الفصل الرابع: تداعيات كورونا على أهداف التنمية المستدامة المرتبطة بمبدأ

المساواة

• الفقرة الاولى: المساواة بين الجنسين

تمكين النساء وتحقيق الانصاف في المعاملة، هي وسيلة لتعزيز وتقوية المرأة التي تلعب دورا أساسيا في تحقيق التنمية. وبالرغم من السعي الدولي لتمكين المرأة اقتصاديا واجتماعيا،

⁽¹⁾ <https://saudiarabia.un.org/ar/sdgs/15>

تبقى نسبة مشاركة المرأة العربية في القوى العاملة هي الأدنى حيث نسبة بطالة المرأة هي ثلاثة أضعاف المعدل العالمي. ناهيك عن أنّ العمل غير المأجور في رعاية الأطفال يجعل المرأة تعمل بزيادة خمس ساعات عن الرجل.⁽¹⁾ فوضع المرأة العربية لم يكن بأحسن حالاته ما قبل الجائحة، فكيف مع تأثيرها على نساء العالم؟

فقد كانت القطاعات التي تعمل بها غالبية النساء مثل الرعاية الصحية والخدمات الاجتماعية والغذائية والتعليمية والسياحية، الأكثر تضرراً من تبعات كورونا، حيث اغلقت المطاعم والفنادق والمدارس ودور الحضانة، مما اجبر النساء على المكوث في المنزل وفقدان مصدر دخلهن، واضطرارهن الى العمل بمجال الرعاية غير المدفوعة الأجر في المنزل والتعليم المنزلي ورعاية المرضى وكبار السن والاطفال على حساب المشاركة في سوق العمل. وبالتالي ضربت كافة المبادرات والبرامج التي وضعت بهدف تمكين المرأة، مع انعدام الامن الوظيفي والبطالة وفقدان الدخل والفقر، ما ادى الى ارتفاع نسبة العنف المنزلي⁽²⁾ ومخاطر الاستغلال بسبب حجرهم مع المعتنف. في حين أن توفير خدمات استجابة آمنة وسرية تعوقه القيود اللوجستية ومنع التنقل، وكذلك القيود المالية والموارد البشرية.⁽³⁾

(1) The Arab region has the world's lowest rate of female labour force participation - 18.4 percent compared to the global average of 48 per cent. By contrast, male labour force participation rates, at 77 per cent, are above the global average of 75 percent. Female unemployment in the Arab states is at 15.6 percent – three times higher than the world average. Women in managerial positions are low in the region, with only 11 percent of women holding managerial positions as compared to the world average of 27.1 percent. Unpaid childcare work result in women spending almost five times more hours than men on unpaid care work. Gender equality and non-discrimination, ILO World Employment and Social Outlook: Trends 2019, ILO, Regions and countries, Arab States, <https://www.ilo.org/beirut/areasofwork/equality-discrimination/lang--en/index.htm>

(2) COVID-19 crisis in the MENA region: impact on gender equality and policy responses, <https://www.oecd.org/mena/competitiveness/COVID-19-MENA-Gender> .

(3) FRAUGHT BUT FRUITFUL RISKS, OPPORTUNITIES, AND SHIFTING GENDER ROLES IN SYRIAN REFUGEE WOMEN'S PURSUIT OF LIVELIHOODS IN LEBANON, WITH ADDITIONAL OBSERVATIONS FROM JORDAN AND IRAQ, The struggle of Syrian refugee women in Lebanon to access decent work, manage households, and avoid protection risks in Lebanon with additional observations from Jordan and Iraq. This report was commissioned by the UN Women, UN High Commissioner for Refugees (UNHCR) and the International Labour Organization (ILO) to provide evidence-based research that can inform current and future livelihoods programming and promote pathways to increase the safe, dignified and sustainable participation and empowerment of displaced women in the labour force. The research was conducted between September 2019 and

وبحسب تقرير أعدته الاسكوا حول نسبة البطالة والفقر في الدول العربية بسبب تداعيات كورونا، إن الأزمة في المنطقة العربية تتجاوز المعطى الاقتصادي لتشمل تحديات اجتماعية كبرى، مثل انتشار الفقر الذي قد تصل نسبته في عام 2021 إلى 32% ليصل إلى 116 مليون فرد، وتفاقم البطالة بين الشباب لتصل نسبتها إلى حوالي 27%، واستمرار عدم المساواة بين الجنسين بمختلف أوجهه، حيث لا تزال المنطقة العربية تسجل فجوة بين الجنسين بنسبة 40% وهي الأعلى في العالم.⁽¹⁾

وتشير دراسة أعدتها هيئة الأمم المتحدة للمرأة وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي، إلى زيادة معدل الفقر بين النساء بنسبة 9.1% مع تداعيات كورونا، ومن المرجح أن تدفع 47 مليون امرأة أخرى إلى الفقر، مما يعكس عقوداً من التقدم في القضاء على الفقر المدقع وبحلول عام 2021، سيكون هناك 118 امرأة، مقابل كل 100 رجل تتراوح أعمارهم بين 25 و34 عاماً يعيشون في فقر مدقع (1.90 دولار في اليوم أو أقل). ومن المتوقع أن تزداد الفجوة إلى 121 امرأة لكل 100 رجل بحلول عام 2030.⁽²⁾

لذا، يجب التركيز على وضع السياسات والمبادرات التي تستهدف إلى تمكين المرأة وتأخذ الفجوة الرقمية بين الجنسين في الاعتبار، لضمان وصول النساء إلى التكنولوجيا والتقنيات الرقمية. كذلك تقديم المساعدة النقدية والدعم المادي والنفسي والفني لضمان بناء المهارات، والتمكين الاقتصادي والتدريب على التطبيقات الالكترونية للعمل من المنزل، وهي الخدمات التي توفرها عادة المشروعات المتناهية الصغر والصغيرة والمتوسطة وتقودها النساء بشكل خاص.

February 2020 throughout Lebanon by Triangle's team based in Beirut, with supplemental qualitative information gathered in Jordan and Iraq, 2021.

(1) محمد الهادي بشير، المشرف على فريق إعداد تقرير في الإسكوا حول توقعات بارتراف "نسبة البطالة والفقر في المنطقة العربية في عام 2021 بسبب تداعيات كورونا"، 29 كانون الأول/ديسمبر 2020،

<https://news.un.org/ar/story/2020/12/1068322>

(2) دراسة أعدتها هيئة الأمم المتحدة للمرأة وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي، " فيروس كورونا يقوض التقدم في جهود القضاء على الفقر المدقع والنساء يتحملن العبء الأكبر"، 1060752/09/2020/<https://news.un.org/ar/story>

• الفقرة الثانية: الحد من أوجه عدم المساواة

يتناول هذا الهدف الحد من تفاوت مستويات الدخل والفوارق الاقتصادية والاجتماعية، من خلال ضمان المساواة وتكافؤ الفرص وتنفيذ إصلاحات تدعم العمل اللائق، وتوسيع نطاق تغطية نظم الحماية الاجتماعية،⁽¹⁾ وهذه الحلول بحاجة الى المساعدة الإنمائية وتشجيع التدفقات المالية والاستثمار الأجنبي إلى البلدان الأقل نمواً.

وقد تفاقمت ازمة عدم المساواة مع جائحة كورونا، مما جعل الفئات الضعيفة عرضة للحرمان من الحماية الاجتماعية والخدمات الصحية والتعليم الجيد، لا سيما في المناطق النائية التي تفقر الى خدمات الانترنت. كما تجسدت عدم المساواة في الحصول على فرص العمل في القطاعات الأكثر تعرضاً للضرر، مثل قطاعات الفنادق والمطاعم والتصنيع والتجارة بالتجزئة والأنشطة التجارية والإدارية التي اغلقت وسرّحت الملايين من الموظفين. فكانت الجائحة بمثابة جرس إنذار لضرورة ادارة الموارد وتوزيعها بطريقة عادلة، وأتباع نهج قائم على تأمين الحماية الاجتماعية بصور شاملة للحد من اوجه عدم المساواة.⁽²⁾

• الفقرة الثالثة: مدن ومجتمعات محلية مستدامة

إنّ الغاية من تأمين نموذج المدينة المستدامة الآمنة والشاملة، هو تحقيق مبدأ المساواة بين الجميع للوصول إلى الخدمات العامة من البنى التحتية ووسائل النقل العامة والمساحات الخضراء، وبناء بيئات حضرية وعمرانية مستدامة، وتحقيق الشمول المكاني والاجتماعي الذي يمكّن الجميع من العيش والعمل بشكل لائق. فلا بدّ من تأمين الوصول إلى البنى التحتية

⁽¹⁾ توصيات على مستوى السياسات العامة لضمان تعافٍ شامل للجميع وتحقيق الهدف 10 من أهداف التنمية المستدامة بحلول عام 2030، انظر الإسكوا، التقرير العربي للتنمية المستدامة، 2020.

<https://archive.unescwa.org/ar/publications>

⁽²⁾ المنتدى العربي للتنمية المستدامة، اسراع العمل نحو خطة عام 2030 ما بعد كوفيد، الهدف 10 الحد من أوجه عدم المساواة الحد من انعدام المساواة داخل البلدان وفيما بينها، إعداد الإسكوا، واليونيسف، وهيئة الأمم المتحدة للمرأة، والمنظمة الدولية للهجرة، آذار 2021.

https://afsd-2021.unescwa.org/sdgs/pdf/background-notes/21-00210_%20AFSD-2021-Bckd-Note-On-Sdg-10-Ar24March.pdf

الحيوية مثل المياه، والمسكن، والكهرباء ونظم نقل مأمونة وسليمة وميسورة التكلفة، بالإضافة إلى إعطاء الجميع فرص متساوية للمشاركة في النمو الاقتصادي.⁽¹⁾ وبما أنّ المؤشرات تؤكد أنّ أكثر من نصف سكان العالم يعيشون حالياً في المدن، ومن المتوقع ارتفاع العدد الى الثلثين بحلول عام 2050، فإنّ المدن هي المسؤولة عن البدء بتحقيق المساواة الاقتصادية والاجتماعية بين الجميع وتوفير الغذاء والصحة والتعليم وفرص العمل... وإيلاء الاهتمام الخاص للفئات المهمشة مثل اللاجئين والنساء والأطفال والأشخاص ذوي الإعاقة وكبار السن.⁽²⁾

وقد ثبت انتشار جائحة كورونا بشكل متسارع في المدن ذات الكثافة السكانية العالية، التي تفتقد الى مستلزمات البيئة الصحية الآمنة بسبب سوء نظام الصرف الصحي وصعوبة توفير المياه النظيفة. حيث لم تتمكن الطواقم الطبية حتى في الدول المتطورة من استيعاب اعداد المصابين وعلاجهم. لذلك، فإن تعزيز ظروف العيش السليم في المدن، وتأمين الخدمات الاجتماعية والبيئية على قدر المساواة من شأنه تحقيق الحدّ من انتشار المرض.

○ الفصل الخامس: تداعيات كورونا على أهداف التنمية المستدامة التشاركية

• الفقرة الاولى: السلام والعدل والمؤسسات القوية

لا يمكننا تحقيق أهداف التنمية المستدامة دون العمل بصورة تشاركية جماعية للقضاء على النزاعات المسلحة والعنف بجميع أشكاله. لذا تعمل الجهات الدولية مع الحكومات لإيجاد سبل الحد من الصراعات المحلية وتدقّق الأسلحة غير الشرعية وتعزيز سيادة القانون وحقوق الإنسان، وتوفير إمكانية اللجوء إلى القضاء أمام الجميع، وبناء مؤسسات فعالة قادرة على

(1) الإعاقة والهدف 11 من أهداف التنمية المستدامة في المنطقة العربية، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا، نشرة التنمية الاجتماعية، المجلد 7، رمز الوثيقة 2.E/ESCWA/SDD/2018/TP، تاريخ النشر: 2018.

<https://archive.unescwa.org/sites/www.unescwa.org/files/publications/files/disability-sustainable-development-goal-arabic.pdf>.

(2) كريستي دانييل: مديرة برنامج مدن قابلة للحياة، في مؤسسة هيلثبريدج الكندية، أوتوا، الهدف 11 جعل المدن والمستوطنات البشرية شاملة للجميع وآمنة وقادرة على الصمود ومستدامة،

<https://www.un.org/ar/chronicle/article/20282>

التصدي للأزمات وخاضعة للمساءلة القانونية، وتعزيز الابتكارات في الإدارة العامة وتطوير الحوكمة التشاركية والرقمية بين الدول.

كما تشكّل مفاهيم السلام والعدالة والحوكمة الفعالة مؤشرات ونواتج إنمائية في حدّ ذاتها لكافة الاهداف التنموية. فمثلاً يستحيل الحد من الفقر والجوع وتحقيق نمو اقتصادي ما دام العنف وانعدام الأمن سائداً، وسيكون 75 % من السكان الذين يعيشون في الفقر المدقع معرضون لخطر ارتفاع مستويات العنف.⁽¹⁾ وهذه معادلة بديهية متوافق عليها حيث أنّ الجهل وعدم التعلم والفقر والجوع والبطالة... يشكّلون البيئة الحاضنة والمؤاتية لخلق العنف والتطرف لا سيما في ظل غياب دولة المؤسسات القوية وهشاشة النظام الامني.

وتعتبر مناطق النزاعات الفقيرة هي الأكثر تأثراً بجائحة كورونا، نظراً لما يعانيه شعوبها من ضعف الإمكانيات أساساً بمعزل عن هذه الجائحة سواء الى الصعيد الطبي (أي تأمين وسائل الحماية وفرص العلاج وامكانية الطاقم الطبي للتصدي للوباء) والاقتصادي (غياب فرص العمل والاستثمار وصعوبة وصول الامدادات والمساعدات الغذائية والطبية بسبب الحروب والنزاعات الموجودة بها)، والاجتماعي (انتشار الفقر والجوع والكثافة السكانية وعدم توفر الخدمات الصحية والمياه لمواجهة الوباء...).

• الفقرة الثانية: عقد الشراكات لتحقيق الأهداف

هذه الاهداف مجتمعة تحتاج الى عقد شراكات ومفاوضات بين الحكومات والقطاع الخاص والمجتمع المدني محليا واقليميا ودوليا، لتحقيق التعاون المتبادل على وضع قواعد ورؤية جديدة لافضل الممارسات للخروج من الازمة. كما يُطلب من كل دولة الدقة في اتخاذ الاجراءات السياسات والاقتصادية بما يتلاءم مع نظامها وقدرتها المالية لا سيما في مجال التجارة الدولية وسلاسل القيمة العالمية. لان التنظيم العالي الجودة على مستوى حكومي واحد يمكن ان يتأثر سلباً بالتنظيم المنخفض الجودة على المستويات الاخرى.

(1) لاري أترى وأنا مولرلوسويك، كفالة السلام في إطار ما بعد عام 2015: الاعتماد والتنفيذ والرصد الهدف 16، التشجيع على إقامة مجتمعات مسالمة لا يُهمش فيها أحد من أجل تحقيق التنمية المستدامة، وإتاحة إمكانية وصول الجميع إلى العدالة، وبناء مؤسسات فعالة وخاضعة للمساءلة وشاملة للجميع على جميع المستويات.

<https://www.un.org/ar/chronicle/article/20297>

وقد برز الدور الحيوي للمجتمع المدني في الوصول الى الفئات المهمشة وتعزيز التماسك الاجتماعي في ظل ازمة كورونا، من خلال تنفيذ الترابط بين العمل الإنساني والتنمية، وتمكين النساء وتعزيز المساواة بين الجنسين.⁽¹⁾ وقد أكدت الأزمة على أهمية التعاون الدولي لتبادل الخبرات في مجال مكافحة الأمراض والفيروسات وايجاد اللقاح، وتأمين متطلبات الحماية الاجتماعية للمجتمعات الأكثر فقراً.

وتأتي أهمية القطاع المالي كونه همزة الوصل بين كافة القطاعات، فلا يمكن الخروج من هذا المأزق الا بتوفير التمويل اللازم، والا سيطول تأثير الازمة الي أكثر من 10 سنوات. من هنا بدأ الحديث عن وجوب اطلاق خطة مارشال عربية او صندوق عربي لدعم اقتصاديات المنطقة العربية والنهوض بالقطاعات الاقتصادية المتضررة من ازمة كورونا، وفتح قنوات تعاون مع المؤسسات المالية الدولية والاقليمية للتشاور بشأن سياسات الاقتراض واتخاذ إجراءات استثنائية.⁽²⁾ مثل تقديم هبات وقروض طويلة الأمد بالتعاون مع القطاع المصرفي وبشروط مرنة لدعم المشروعات الصغيرة والمتوسطة، وهيكله خطط الانفاق العالمية الممولة من المنظمات الدولية والطبقات الغنية بما يتوافق مع متطلبات التنمية المستدامة، وتفعيل شبكات الامان الاجتماعي وتوجيهها لمساعدة الفقراء المتضررين من هذه الجائحة.⁽³⁾ وهيكله البرامج الوطنية وتمويلها من نفس ايرادات الدولة من دون فرض ضرائب جديدة على الوظيفة العامة.⁽⁴⁾ كما هو الحال مثلاً في الاردن، حيث

(1) تقرير المنتدى العربي للتنمية المستدامة لعام 2021، إسراع العمل نحو خطة عام 2030 ما بعد كوفيد"، 29-31/2021،

<https://afsd->

[2021.unescwa.org/sdgs/pdf/en/Expanded%20AFSD2021%20Report%20Final.pdf](https://afsd-2021.unescwa.org/sdgs/pdf/en/Expanded%20AFSD2021%20Report%20Final.pdf)

(2) ورشة عمل عبر تقنية video conference تحت عنوان "دور اتفاقية تحرير التجارة في الخدمات بين الدول العربية في دعم قطاع خدمات السياحة والسفر لمواجهة تداعيات فيروس كوفيد-19 - 30 /9/ 2020

(3) Mr. Jihad Azour, Director, Middle East and Central Asia Department, International Monetary Fund (IMF), fifth Annual Arab Fiscal Forum, "Covid-19 Pandemic and Lifeline Support in Arab Countries", virtual forum, organized by AMF and IMF, Monday, November 23,2020.

(4) Mr. Vitor Gaspar, Director, Fiscal Affairs Department, International Monetary Fund (IMF), fifth Annual Arab Fiscal Forum, "Covid-19 Pandemic and Lifeline Support in Arab Countries", virtual forum, organized by AMF and IMF, Monday, November 23,2020.

اتجهت خطة شبكات الامان الاجتماعي الى تخفيض رواتب الوزراء وكبار الموظفين لمواجهة كورونا.(1)

○ الخاتمة:

لمواجهة تداعيات أزمة كورونا على الصعيد الاقتصادي والمالي والصحي والنفسي... يجب أن تنطلق الحلول من قاعدة اساسية وهي: " **The future is not what it used to be** "، ولتحقيق اهداف التنمية المستدامة بحيث تكون حقوق الانسان متاحة للجميع على قدم المساواة، يجب التغيير في النمط السلوكي والاستهلاكي الذي نقبع في ظله، والاتجاه نحو الرقمنة والحوكمة في كافة القطاعات، والابداع والابتكار في مجال ثورة علمية حديثة قادرة على مواجهة حرب الفيروسات والتصدي لها. فبعد أن اجبرتنا كورونا على تغيير النمط الاستهلاكي، وبالرغم من أثارها المدمرة للحياة البشرية، الا انها خلقت فرصة للتغيير.(2) وألقت الضوء على الفجوات العميقة في أنظمة الدول المتطورة قبل العالم الثالث للاستجابة للازمات بأقل الاضرار، وتبين انه من الممكن احداث هذا التغيير مع بعض التنظيم والامل لتأمين مستقبل واعد للجيل القادم تتحقق فيه أهداف التنمية المستدامة بشكل كامل وشامل ومستدام بحلول 2030.

(1) Dr. Mohamad Al-Ississ, Minister of Finance, Kingdom of Jordan, fifth Annual Arab Fiscal Forum , "Covid-19 Pandemic and Lifeline Support in Arab Countries", virtual forum, organized by AMF and IMF, Monday, November 23,2020.

(2) UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, UNCTAD, TRADE AND DEVELOPMENT REPORT 2020, FROM GLOBAL PANDEMIC TO PROSPERITY FOR ALL: AVOIDING ANOTHER LOST DECADE, https://unctad.org/system/files/official-document/tdr2020_en.pdf

"For all its destruction of human and economic life, the novel coronavirus has created an opportunity for lasting change, in part because it has laid bare the shortcomings of the world that existed well before this pathogen made its way around the world. The financial crisis a decade ago did the same, but the world did not rise to the challenge, and we were still living with the vestiges of that failure when the virus leapt from animal to human in late 2019. Now the problems are, if anything, larger. But the intellectual environment around them is much more vibrant, and the political will to attack them shows some promising signs of life. There is reason for hope but not for complacency."

الدراسة الثانية:

القضية الأيزيدية بين العدالة الوطنية والعدالة الدولية

د. رواد سليقة⁽¹⁾

بعد إنتهاء الحرب الباردة عام 1991 - 1991 وسقوط المعسكر الشيوعي بزعامة الإتحاد السوفياتي، بدأ العالم يسمع بظاهرة جديدة هي الإسلام فوبيا أو رهاب الإسلام (Islam phobia) والذي أطلقته لأول مرة جهة بحثية بريطانية تدعى رينميد ترست عام 1997⁽²⁾. واستمر الأمر إلى أن وصلنا إلى أحداث 11 أيلول عام 2001 واستهداف الولايات المتحدة بعمل إرهابي طال برج التجارة العالمي في نيويورك ومقر وزارة الدفاع Pentagon وسقوط آلاف الضحايا، واتهم حينها تنظيم القاعدة الذي يتخذ أفغانستان مقراً له بالمسؤولية عن هذا العمل الإرهابي الكبير.

عام 2001 بدأت الحرب على الإرهاب من قبل الإدارة الأميركية الجديدة، واجتاحت الجيوش الأميركية وحلفائها أفغانستان عام 2001 والعراق عام 2003، ثم أطلقت الإدارة الأميركية عام 2004 مشروعها الجديد والذي سُمي مشروع الشرق الأوسط الكبير لتغيير الأنظمة الحاكمة في الشرق الأوسط تحت شعار نشر الديمقراطية.

في العام 2014 ونتيجة لتدهور الأوضاع الأمنية في العراق وسوريا ظهر تنظيم إسلامي متطرف منبثقاً من تنظيم القاعدة أطلق عليه إسم "تنظيم الدولة الإسلامية - داعش" وتمكن من السيطرة في فترة وجيزة على أجزاء كبيرة من العراق وسوريا وأطلق عليها إسم دولة الخلافة⁽³⁾.

(1) أستاذ مادة الأرهاب والعدالة الدولية في الجامعة الإسلامية في لبنان.

(2) الإسلام فوبيا، معاناة المسلمين في بلاد الغرب، www.aljazeera.net

(3) تنظيم الدولة الإسلامية في العراق والشام يعلن قيام دولة الخلافة. www.reuters.com. تاريخ زيارة الموقع في

2021/10/13.

في 29 من أيار 2014 هاجم تنظيم داعش الارهابي منطقة الحسكة في سوريا⁽¹⁾ وفي 3 آب 2014 إجتاح مقاتلو داعش منطقة سنجار شمال العراق⁽²⁾ وأحكموا السيطرة على الإقليم ما دفع بحوالي 35 إلى 50 ألف شخص من المجتمع الأيزيدي ومعظمهم من النساء والأطفال إلى اللجوء إلى مواقع في جبال سنجار للنجاة بأرواحهم كما فرّ نحو 130 ألف منهم إلى مدن دهوك وأربيل في كردستان العراق.

شكّل هجوم سنجار بداية حملة عالية التنظيم وبالغة الوحشية لمحو الهوية الأيزيدية، حيث قُتل فيها العديد من الأيزيديين مباشرة، وأختطف الآلاف من الفتيات الأيزيديات والأطفال وأخذوا أسرى لدى التنظيم في "دولة الخلافة المزعومة" واقتيدوا إلى مراكزهم في سوريا ليم بعد ذلك مقايضتهم وبيعهم واسترقاقهم، كما تم تلقين الأطفال ايدولوجية تنظيم داعش وأجبروا على الخضوع للتدريب العسكري، كما استعمل عدداً منهم للعمليات الإنتحارية.

ويكمن جوهر استراتيجية التنظيم في أخذ النساء الأيزيديات وأطفالهن أسرى حرب⁽³⁾ مما مهّد الطريق للإسترقاق الممنهج والعنف الجنسي على نطاق واسع من خلال الإستعباد والقتل والتعذيب والمعاملة اللاإنسانية والمهينة والنقل القسري وفرض تدابير لمنع ولادة أطفال أيزيديين وإكراه البالغين التخلّي عن دينهم واعتناق الإسلام مما أدى إلى حرمانهم من عقائدهم وممارسات طائفهم الدينية ومن ثم محو هويتهم كأيزيديين..⁽⁴⁾

وفي 26 شباط 2019 طالعتنا الصحف والأخبار العالمية عن ذبح حوالي 50 فتاة أيزيدية من قبل تنظيم الدولة الاسلامية " داعش " في مدينة باغوز السورية قبيل بدء تحريرها من قبل قوات قسد الكردية⁽⁵⁾.

(1) مهى الحاج، رسالة ماجستير بعنوان الجرائم الإرهابية بحق الأيزيديين بضوء المساءلة أمام المحكمة الجنائية الدولية، الجامعة الإسلامية، 2021، ص 8.

(2) الرائد الدكتور رواد سليقة، مقالة بعنوان الجرائم الإرهابية الدولية بحق القومية الأيزيدية، مجلة الأمن العام اللبناني، العدد 68، أيار 2019.

(3) راجع تقرير: العراق، الجرائم الجنسية والجنائية المرتكبة بحق المجتمع الأيزيدي، دور المقاتلين الأجانب في تنظيم داعش، ص 13، <https://www.fidh.org>، تاريخ الزيارة 2021/10/13.

(4) مهى الحاج، رسالة ماستر، م.س.، ص 8.

(5) الرائد الدكتور رواد سليقة، الجرائم الارهابية بحق القومية الايزيدية، مرجع سابق.

ومع سقوط مدينة باغوز السورية آخر معاقل داعش في سوريا والعراق، إنتهت فعلياً الدولة التي أعلن تنظيم داعش إقامتها في سوريا والعراق عام 2014 واعتقل الآلاف من مقاتلي التنظيم من قبل القوات العراقية وقوات إقليم كردستان وقوات قسد السورية وأخضعوا للمحاكمة تحت ما يُسمى الإنتماء إلى تنظيم إرهابي بموجب قوانين مكافحة الإرهاب دون أي تمييز ودون أية أولوية من حيث خطورة الجرائم المتهمين بارتكابها، وذلك وفقاً لما توصلت إليه منظمة هيومن رايتس ووتش H.r.w.⁽¹⁾.

ووفقاً للمرجع نفسه حدّدت هيومن رايتس ووتش وجود 1374 شخصاً تحاول السلطات القضائية في العراق وإقليم كردستان إدانتهم أو أدانتهم فعلاً وقد أعدمّت 92 شخصاً منذ العام 2014. والأهم من ذلك كله، هو أن منظمة هيومن رايتس ووتش، خلصت في أبحاثها إلى أنه لا توجد استراتيجية وطنية خاصة بالملاحقات القضائية لداعش تضمن محاكمات شاملة وذات مصداقية للمتورطين في أخطر الجرائم التي ارتكبتها التنظيم مع مشاركة فعالة للضحايا بهدف إعداد سجل قضائي شامل لهذه الجرائم. في نفس الوقت ستحوّل المحاكمات القضائية لجميع المنتميين إلى داعش مهما كانت مشاركتهم ضئيلة دون تحقيق مصالح مجتمعية وإعادة الإدماج مستقبلاً.

من الناحية السورية⁽²⁾ تبرز مشكلة قانونية حول شرعية الإجراءات التي تقوم بها "محكمة الدفاع عن الشعب" في الإدارة الذاتية لقوات قسد الديمقراطية في شمال العراق وسوريا بمحاكمة السوريين المتهمين بقضايا الإرهاب ومن بينهم عناصر تنظيم داعش الحاملين للجنسية السورية. في حين لم يتم البتّ بأوضاع عناصر داعش المنتميين لدول أجنبية. والمشكلة المثارة هنا، هل يمكن لقوات قسد أن تحل محل الحكومة السورية وإجراء محاكمات لعناصر داعش؟

وفور حصول هجوم سنجار، تلقى مكتب المدعية العامة لدى المحكمة الجنائية الدولية القاضية " فاتو بنسودة" حينها عدة رسائل من منظمات المجتمع المدني بما في ذلك المنظمات الأيزيدية⁽³⁾ تطلب فيها من المحكمة وضع يدها على قضية الجرائم التي ارتكبت بحق الأيزيديين

(1) www.hrw.org، عدالة منقوصة المحاسبة على جرائم داعش في العراق، تاريخ الزيارة 2021/10/13.

(2) عناصر داعش لدى قسد... تحذير من عواقب الإهمال ومطالبة بمحاكمة دولية. www.alhurra.com، تاريخ زيارة الموقع في 2021/10/13.

(3) جرائم داعش ضد الأيزيديين، مرجع سابق، ص 29.

كون أن معظم مقاتلي داعش هم من الأجانب الموقعة دولهم على بروتوكول روما المُنشىء للمحكمة الجنائية الدولية.

وفي 8 نيسان 2015 أصدرت المدعية العامة للمحكمة الجنائية الدولية الفاضية 'فاتو بنسودة' بياناً أعلنت فيه "تبدو احتمالية قيام مكثبي بالتحقيق وملاحقة أولئك الذين يقع عليهم أكبر قدر من المسؤولية ضمن قيادة تنظيم داعش محدودة"⁽¹⁾، وبزّرت المدعية العامة هذا القرار بقولها أن الأساس القضائي لفتح تحقيق مبدئي في تلك المرحلة ضيقاً جداً وذلك يعود لسبب أن القيادة العسكرية لداعش تتألف بشكلٍ أساسي من مواطنين من سوريا والعراق وكتلتهما دولتان غير موقعتان على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

أما مجلس الأمن الدولي ومنذ بدء الهجوم على الأيزيديين، وعلى الرغم من الطلبات العديدة المرفوعة أمامه للسماح بإجراء تحقيق في الجرائم الخطيرة التي ارتكبت في العراق، فإنه لم يتبنّ أي قرار بتشكيل فريق تحقيق من أجل دعم الجهود المحلية لمساءلة تنظيم داعش الا في العام 2017 حين اتخذ القرار رقم 2379 الصادر في 21 أيلول 2017 حول محاسبة تنظيم داعش عن الجرائم التي ارتكبتها في العراق⁽²⁾. وطالب القرار بإنشاء فريق تحقيق برئاسة مستشار خاص للأمين العام لدعم الجهود المحلية الرامية إلى مساءلة تنظيم داعش عن طريق جمع وحفظ وتخزين الأدلة في العراق على الأعمال التي ترقى إلى مستوى جرائم حرب وإبادة جماعية وجرائم ضد الإنسانية⁽³⁾.

وتكمن أهمية هذه الدراسة في تحديد مدى صلاحية المحكمة الجنائية الدولية في النظر في هذه الجرائم، والبحث في الأسباب التي قد وقفت حائلاً دون محاكمة عناصر داعش دولياً، بالإضافة إلى البحث عن مدى تحقق العدالة لضحايا هذا التنظيم سواء أمام القضاء العراقي والقضاء السوري والقضاء الاجنبي؟ وهل تم إعادة الإعتبار لهم ودمجهم ضمن مجتمعاتهم؟

(1) بيان المدعية العامة لدى المحكمة الجنائية الدولية بشأن الجرائم المزعومة التي ارتكبتها تنظيم داعش، 2015/4/8، www.icc-cpi.int، تاريخ زيارة الموقع 2021/10/13.

(2) العراق: إهدار فرصة للعدالة الشاملة، تحقيق مجلس الأمن بشأن داعش يتجاهل انتهاكات القوى الأخرى منشور على موقع www.hrw.org، أُطلع عليه في 2021/10/13.

(3) www.un.org. security Council Resolution, 2379/2017.

- وما مصير الأطفال الذين وُلدوا في هذه الفترة من أم أيزيدية تعرضت للاغتصاب من عناصر داعش؟ وهل يمكن قبولهم في المجتمع الأيزيدي؟
- ما مصير المعتقلين الأجانب لدى قوات قسد السورية؟ وما مصير عائلاتهم؟ وعليه سنقسم هذه الدراسة إلى مبحثين:
- **المبحث الأول:** يتناول التعريف بالأيزيديين والجرائم المرتكبة بحقهم ودور كل من القضاء العراقي والسوري والأجنبي في محاكمتهم (العدالة الوطنية).
 - **المبحث الثاني:** يتناول موضوع إحالة القضية الأيزيدية أمام المحكمة الجنائية الدولية ومجلس الأمن الدولي (العدالة الدولية).

○ **المبحث الأول: القضية الأيزيدية أمام العدالة الوطنية**

إن الساحة العراقية والسورية كانت الهدف الأول لتنظيم داعش والذي تمثل من الناحية الواقعية بإعلان أبو بكر البغدادي زعيم التنظيم حينها مدينة الموصل عاصمة لتنظيم الدولة الإسلامية في العراق والشام، وكان للأقلية الأيزيدية النصيب الأكبر في انتهاكات هذا التنظيم⁽¹⁾. لكن السؤال المطروح، من هم الأيزيديين؟ ولماذا تم استهدافهم من قبل تنظيم داعش الإرهابي؟ وما هو دور القضاء العراقي والسوري والأجنبي في محاكمتهم؟

• **المطلب الأول: الأيزيديون والجرائم المرتكبة بحقهم**

في آب 2014 هاجم تنظيم الدولة الإسلامية "داعش" الأيزيديين في منطقة سنجار شمال العراق وقتل الآلاف من الرجال واختطف الآلاف من النساء والأطفال وهجر الآلاف منهم (كما ذكرنا سابقاً)، ومنذ تاريخه حتى وقتنا الحاضر، يتصدر الأيزيديون المعروفون بأنهم مجموعة عرقية دينية كردية يقطنون بين كل من العراق وسوريا وتركيا والقوقاز عناوين الصحف مع التركيز على الجرائم التي ارتكبتها تنظيم داعش بحقهم وخاصة جرائم القتل والتجهير والإغتصاب والاسترقاق والإستعباد الجنسي وغيرها.

(1) فوزي شالي مطر بوسليمي، رسالة ماجستير بعنوان جرائم داعش في العراق في ضوء المساءلة أمام القضاء العراقي (الأيزيديين نموذجاً)، الجامعة الإسلامية في لبنان، ص 8، عام 2021.

■ الفرع الأول: الأيزيديون وأماكن تواجدهم

الأيزيدية هي طائفة قومية بابلية، سريانية ودينية، يعود تاريخها إلى الألف الثالث قبل الميلاد⁽¹⁾. ويعتبر الأيزيديون أن دينهم هو الأقدم في الشرق الأوسط، وأن أصوله قد فُقدت، في العصور القديمة في بلاد ما بين النهرين.⁽²⁾

ويربط البعض اسم الأيزيدية باتباع يزيد بن معاوية (642 - 683) حيث عكف في ذلك الوقت جماعة من الناس عن إتباعه بعد محاربتة الحسين (ع) في كربلاء، وبعد بضعة قرون تراجع أتباعه إلى شمال العراق وطوروا ديانتهم استناداً إلى تعاليم الشيخ الصوفي عُدي بن مسافر الأموي وأصبح لديهم مذهباً جديداً عُرف بالمذهب اليزيدي⁽³⁾. ويؤمن الأيزيديون بالوجود الإلهي كما يؤمنون بوجود طاوس ملك⁽⁴⁾ وكان لهم لغتهم الخاصة لكنها تغيرت بمرور الزمن، وحالياً هم يتكلمون العربية والكردية.

إن نشأة الديانة الأيزيدية كان وما زال محل جدل واختلاف بين الباحثين، وحسب الميثولوجيا الإيزيدية فإن الشعب الأيزيدي ينحدر من سلالة خاصة تختلف عن بقية البشر، فهم أبناء آدم (ع) فقط، وبقية البشر أبناء آدم وحواء. ويرى الباحثون الأيزيديون أن ديانتهم قد انبثقت عن الديانة البابلية القديمة، التي كانت قائمة في بلاد ما بين النهرين. ووفقاً للأيزيديين عندما وصل الشيخ عُدي الصوفي "الإسلام الشيعي" إلى هذه المناطق النائية، صادف مجتمعاً محلياً يُدعى شمساني وقد تحالف الشمسانيون مع أتباع الشيخ عُدي سياسياً من أجل مواجهة المشركين، تحالفاً أسفر عن إتحاد سلمي للشعوب وانصهار ديانتهم. لذلك فإن المذهب

(1) L'Ascète et le Bouffon, chpitre VII: Les migrations indiennes à l'époqueislamique. Th.P Hughes, A Dictionary of Islam, London, 1985, reprint New Delhi, 1976, 2001, p 133 – 134.

(2) مهى مصطفى الحاج، رسالة ماستر، مرجع سابق، ص 21..

(3) رضا سالم داود، الأقلية الأيزيدية في العراق - بحث في الجغرافية السياسية، مجلة مداد الاداب، العراق، 2018-2019 ص 149.

(4) طاووس ملك: بحسب الميثولوجيا الأيزيدية هو ضلع أساسي في الثالوث الأيزيدي ومكانته في البانثيون الإلهي وهي من مكانة الله (وفق التصور الأيزيدي اسم من أسماء الله)، راجع: هوشنك بروكا، لغز طاووس ملك أو أهل الخير والشر في الأيزيدية، ط 1، تموز للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، 2014، ص 45.

الأيزيدي مستوحى من العديد من المذاهب المشتركة وتشترك في سمات العبادة مع الإسلام والزرادشتية والمسيحية وإلى حدّ ما اليهودية⁽¹⁾.

إن أصل تسمية الأيزيديين بهذا الإسم هي من كلمة "إيزي" يعني الله، و"إيزادي" يعني الخالق باللغة الكردية، و"أيزيدان أو أيزوان" وتعني الله أو الرب باللغة الفارسية، والأيزيدي يعني عبدالخالق حيث يقول الأيزيديون عن أنفسهم حسب الترجمة العربية، نحن الأيزيديون ذو الثياب البيض، خالدون في الجنة ونرضى برغيف من خبز الشعير⁽²⁾.

وينقسم المجتمع الأيزيدي إلى طبقات اجتماعية ومراتب دينية هي⁽³⁾:

- 1- المير أو الأمير: رئيسهم الديني والديوي في العراق وهو حالياً مير "حازم تحسين سعيد بك" أمير الأيزيديين في العالم، ويقوم في عين سفني في العراق.
- 2- بابا شيخ: الزعيم الروحي للأيزيديين في العالم ويقوم في عين سفني أيضاً.
- 3- الشيوخ: وهم أربعون شيخاً وينقسمون إلى ثلاثة أقسام: أداني، شمساني، قاتاني.
- 4- البير: كلمة فارسية تعني شيخ الطريقة وهم أربعون بيراً، مهمتهم تنظيم الأمور الدينية بين المريدين.
- 5- الفقير: متصوفون يلبسون الخرق المقدسة وهم نساك متعبدون.
- 6- القوّال: فرق دينية متخصصة بالضرب على الدفوف والعزف على الناي في المناسبات الدينية والتجوال برمز الطاووس في القرى الأيزيدية.
- 7- المُرِيد: عامة المجتمع الأيزيدي، وهم الطبقة الدنيا في المرتبة الدينية.
- 8- الكوجك: المتخصص بعلم الباراسايكولوجيا والميتافيزيقيا، يتنبؤون بالمستقبل ويتصلون بالأرواح ويعالجون المرضى روحياً.

(1) Aurélie (ollart, les yézidis et leur religion: selon l'Etat islamique, des adorateurs du diable, première publication dans la central no 333, septembre, 2014, Belgique. اطلع عليه في 2021/10/14. www.iejudacsme.com

(2) خضر الدولي، الأيزيديون جماعة عرقية في مواجهة حاضر قلق، مجلة مسارات، العدد 2، دمشق، 2005، ص 128.

(3) المرجع السابق، ص 130.

وللأيزيدية مرجعية دينية تسمى بالمجلس الروحاني الأيزيدي الأعلى ويضم الأمير وبابا شيخ ورئيس القوالين ومرتلي الأدعية، و(1) شيخ الوزير ⁽¹⁾، ويعد معبد لاش المكان المقدس للأيزيدية ويقع شرق دهوك، وتشير الدراسات أن عمره أكثر من ألفي عام وهو موقع مهم في ميثولوجيا الديانة الأيزيدية. وتعتمد الديانة الأيزيدية على التراث الشفوي وتناقل الميثولوجيا عن طريق الترانيم والقصص والشعر من أقوال وسبقات، لكن تدريجياً دونت المصاحف بنسخ محدودة ومن أهمها:

1- مصحف الأسرار الشمساني: يرجعه الأيزيديون إلى عهد النبي نوح وكان مدوناً باللغة الأرامية.

2- مصحف الشمس (روز): أحد أجزاء مصحف الأسرار الشمساني.

3- مصحف الأسود: يتضمن قصة الخليفة والكون وقصة آدم وحواء ويبحث في الملوك الأيزيديين والطوفان.

4- جلوة: يعتقد الأيزيديون أنه مُنزل من السماء على شكل وحي للمؤمنين عن طريق طاووس ملك باللغة الكردية ويتطرق إلى قوة الله وجبروته.

يعيش الأيزيديون اليوم في شمال العراق وتركيا وسوريا وإيران وجمهورية أرمينيا وجورجيا وكذلك في الولايات المتحدة وأوروبا. وهناك حوالي 600 ألف منهم في العالم وغالبيتهم يقيمون في شمال العراق (سنجار و(2) شيخان ودهوك). ويتحدث معظمهم لهجة مشتقة من الكردية (كورما -نجدي)⁽²⁾ ويتواجدون أيضا في مدينة لاش، وفي مدينتي بجزاني وبعشيقه شمال شرق الموصل.

أما في سوريا، يعيش الأيزيديون في منطقتين الأولى في منطقة الجزيرة (محافظة الحسكة) و الثانية في جبل حلب (منطقة عفرين)⁽³⁾، ويقدر عدد سكانهم بحوالي 140 ألف نسمة وقد تعرضوا لحمولات قتل وتهجير عديدة إبان الحكم العثماني.

(1) فوزي شالي مطر، مرجع سابق، ص 11.

(2) Aure'lie Collart, op. cit.

(3) مهى مصطفى الحاج، مرجع سابق، ص 24.

■ الفرع الثاني: الجرائم المرتكبة بحقهم ودوافعها

عرف عن تنظيم داعش الارهابي أنه حين يشن هجوم على فئة معينة من الناس يستطلع رأي مجلس الشورى لديه للحصول على فتوى تبيح له هجومه وجرائمه التي يرتكبها، وهذا ما حصل مع الايزيديين، حيث انه عند هجوم داعش على معقلهم في سنجار شمال العراق، أصدر مجلس الشورى لدى التنظيم فتاوى تبيح قتل الايزيديين واستعبادهم. لذلك، سنبحث في هذا الفرع أولاً: اسباب ودوافع استهداف الايزيديين من قبل تنظيم داعش وثم سنبحث ثانياً: الجرائم المرتكبة بحقهم.

◆ أولاً- أسباب استهداف الأيزيديين:

ينظر الجهاديون الإرهابيون إلى أتباع هذا الدين أنهم أتباع الشيطان⁽¹⁾ وهو تفسير مسيء يستخدم لتبرير الجرائم المرتكبة ضدهم. أما أسباب هذه النظرة فهي تعود إلى اجتهادات وفتاوى صدرت حدود القرن الثاني عشر⁽²⁾.

في العهد العثماني، صدرت فتاوى عديدة أباحت قتل الأيزيديين وأبرزها فتوى أبو السعود والتي جاء فيها: "هم أشد كفراً من الكفار الأصليين وقتلهم حلال في المذاهب الأربعة، وجهادهم أصوب واثوب من العبادات الدينية، والمباشرة في قتلهم وقتل رؤسائهم من الواجبات الدينية وحكام الوقت والولاية الذين يرخصون في قتلهم ويحرصون على قتالهم ويرغبون في سببهم نشكر الله سعيهم وساعدهم على مقاصدهم وأيدهم عليهم بنصرة العزيز. فلهم أن يقتلوا رجالهم ويستأثروا ذريتهم ونساءهم ويبيعونهم في أسواق المسلمين كسائر الكفار ويحل لهم ايضاً التصرف في أبقارهم وزوجاتهم بعد الإستبراء بملك اليمين على ما عليه الفتوى"⁽³⁾.

ووفقاً لداعش، ينبغي اعتبار الأيزيديين عرقاً فرعياً، يمكن بيع نساءهم وتوزيعهن بين المقاتلين كنوع من غنائم الحرب⁽⁴⁾. وقد نشرت داعش مقالة بعنوان "إعادة إحياء العبودية قبل قيام الساعة" في مجلتها "دابق" قبل الهجوم على سنجار، مصرحة أنه عند فتح منطقة

(1) Aur' lie Collart, op. cit.

(2) مهى مصطفى الحاج، مرجع سابق، ص 26.

(3) الأيزيديون، كيف ذبحتهم داعش بفتوى عثمانية؟ www.turkeynow.news

(4) Pourquoi L'É islamiques'est-il attaqué à eux? Démocratie ou barbarie – secretariat Général – Fédération Wallonie – Bruxelles, www.democratieoubarbarie.cfwb.be

سنجار.... واجهت الدولة الإسلامية معسكر الأيزيديين وهم أقلية وثنية قائمة منذ عصور في مناطق بالعراق والشام وإن استمر وجودهم حتى يومنا هذا، هو سؤال ينبغي أن يوجهه المسلمون لأنفسهم قبل أن يسألوا عنه يوم القيامة...⁽¹⁾

♦ ثانياً- الجرائم المرتكبة بحق الأيزيديين:

لقد أدى هجوم تنظيم داعش على منطقة سنجار صبيحة 2014/8/3، ذات الأغلبية الأيزيدية إلى مقتل العديد من أبناء هذه الأقلية، فقد أشارت التقارير إلى أن الحصيلة الأولية للقتلى زادت عن 1293 قتيلاً واختطاف أكثر من 6000 معظمهم من النساء والأطفال ونزح حوالي 1360 شخصاً في حين وجد حوالي الخمسين ألفاً أنفسهم محاصرين في جبال سنجار الصحراوية⁽²⁾.

شكل هجوم سنجار (كما أشرنا سابقاً) بداية حملة عالية التنظيم وبالغة الوحشية لمحو الهوية الأيزيدية قتل فيها الآلاف من الأيزيديين مباشرة في حين اختطف الآلاف من النساء والأطفال وأخذوا أسرى لدى التنظيم ليتم بعد ذلك مقايضتهم وبيعهم واسترقاقهم. ووفقاً لتقرير البعثة الفيدرالية لحقوق الإنسان عام 2018⁽³⁾ الذي تضمن شهادات كثيرة لنساء وفتيات إيزيديات تم استرجاعهن من التنظيم تحدثن فيها عن الممارسات الجنسية الوحشية لعناصر داعش في حقهن، ما يؤكد أن التنظيم اعتمد أيديولوجية منهجية من الإسترقاق والعنف الجنسي ترتقي إلى وصفها بالجرائم ضد الإنسانية أو جرائم الإبادة الجماعية.

وتنشر داعش نواياها بشأن هذه الانتهاكات وتقول: "بعد أسر النساء والأطفال الأيزيديين يتم تقسيمهن (النساء) حسب الشريعة بين المقاتلين... الذين شاركوا في عمليات سنجار، بعد ذلك الخمس إلى سلطة الدولة الإسلامية التي تقوم بتقسيمهن حسب الخمس كغنائم الحرب".⁽⁴⁾

(1) دابق، إعادة احياء العبودية قبل قيام الساعة، العدد 4 بعنوان الحملة الصليبية الفاشلة، 11 تشرين الاول 2014، من صفحة 14-16. ملاحظة هذه المجلة كانت تباع على موقع امازون www.ar.m.wikipedia.org

(2) راجع تقرير الفيدرالية الدولية لحقوق الإنسان: العراق، الجرائم الجنسية والجنسانية المرتكبة ضد المجتمع الأيزيدي - دور المقاتلين الأجانب في تنظيم داعش، تاريخ 25 تشرين الأول، 2018، مرجع سابق، ص 13.

(3) المرجع السابق، ص 14.

(4) مهى الحاج، مرجع سابق، ص 30.

وفي 29 أيار 2014 هاجم تنظيم داعش الحسكة التي كانت تضم طائفة كردية يزيدية⁽¹⁾. وارتكب تنظيم داعش أعمال التعذيب والقتل في إطار هجومه على السكان مدنيين في محافظات حلب والرقّة ودير الزور والحسكة وهو ما يبلغ حد جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية. هذه الجرائم الخطيرة التي ارتكبت بحق الأيزيديين في العراق وسوريا تنطبق عليها وصف جرائم إبادة جماعية وجرائم ضد الإنسانية، ولتبيان ذلك سنبحث في التعريف القانوني لهذه الجرائم على الشكل التالي:

1- جرائم الإبادة الجماعية:

جاء في المادة الثانية من إتفاقية الإبادة الجماعية والتي تكررت في المادة 6 من بروتوكول روما عام 1998، على أن الجماعة المحمية يجب أن تكون جماعة قومية، أو إثنية أو عرقية، أو دينية، وأن فعل الإبادة الجماعية يجب أن يكون قد ارتكب ضد شخص ما بناء على أنه عضو في جماعة معينة يعني أن الضحية الحقيقية ليس مجرد شخص بل الجماعة نفسها⁽²⁾...

وهذه الأوصاف تنطبق على الأيزيديين فهم جماعة محمية بالمعنى الموجود في هذه المادة ويُشار إليهم بأنهم جماعة دينية وثنية (عبدة الشيطان)⁽³⁾.

أما أركان هذه الجريمة، فهي متحققة في الجرائم المرتكبة بحق الأيزيديين:

- **الركن المادي:** الأفعال التي تؤدي إلى إهلاك جماعة محمية كلياً أو جزئياً وهذا ما حصل مع الأيزيديين، قُتل العديد منهم - إخضاعهم لأحوال معيشية صعبة بقصد إهلاكهم كلياً أو جزئياً، فرض تدابير تستهدف منع الإنجاب، نقل أطفال الجماعة عنوة إلى جماعة أخرى.

(1) تقرير لجنة التحقيق الدولية المستقلة المعنية بالجمهورية العربية، حكم الرعب: الحياة في ظل الدولة الإسلامية في العراق والشام في سوريا، تاريخ 14 تشرين الثاني، 2014، www.ohchr.org 2014، تاريخ الإطلاع عليه في 2021/11/4.

(2) تقرير لجنة التحقيق الدولية المستقلة بالجمهورية العربية السورية، مرجع سابق ص 15.

(3) سانجيف سانيل، آخر الوثنيين في العراق، مقال مذكور في مجلة الغد، 2014/8/28، راجع الموقع www.alghad.com، اطلع عليه في 2021/11/4.

- **الركن المعنوي:** لا يكفي هنا توفر القصد العام المتمثل بالعلم والإرادة، إنما يجب أن يتوافر القصد الخاص⁽¹⁾ وهو صدور الإرادة عن دافع معين وتحقيق غاية معينة وهي الإهلاك الكلي والجزئي لهذه الجماعة. وهذا الركن متوفر في الجرائم التي ارتكبت بحقهم، فتنظيم داعش قام بإعدام جماعي للمئات والآلاف من الأيزيديين من نساء ورجال وكبار السن، لذلك ينطبق وصف جرائم الإبادة الجماعية بحقهم⁽²⁾.

2- جرائم ضد الإنسانية:

عرفت المادة 7 من بروتوكول روما المنشأ للمحكمة الجنائية الدولية عام 1998 الجرائم ضد الإنسانية بأنها "كل فعل من الأفعال التالية بشكل جريمة ضد الإنسانية متى ارتكبت في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين وعن علم بالهجوم:

- | | |
|---|------------------------------------|
| أ. القتل العمد | ح. إضطهاد أية جماعة محددة أو |
| ب. الإبادة | مجموع محدد من السكان لأسباب |
| ج. الإسترقاق | سياسية أو عرقية أو إثنية أو ثقافية |
| د. إبعاد السكان أو النقل القسري | أو دينية |
| هـ. السجن أو الحرمان الشديد | ط. الإختفاء القسري. |
| و. التعذيب. | ي. الفصل المعنوي. |
| ز. الإغتصاب أو الإستعباد الجنسي أو الإكراه على البغاء أو الحمل القسري | ك. الأفعال اللاإنسانية الأخرى. |

وهذه الأوصاف تنطبق جميعها على الجرائم المرتكبة بحق الأيزيديين، لذلك يمكن القول بتحقق الركن المادي للجريمة.

أما الركن المعنوي لهذه الجريمة فيتمثل في:

(1) علي عبد الكريم قهوجي، القانون الدولي الجنائي، أهم الجرائم الدولية، المحاكم الدولية الجنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2001، ص 137.

(2) فيدا نجيب حمد، المحكمة الجنائية الدولية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006، ص 145.

- **القصد العام:** العلم بالجريمة وهذا محقق.
- **القصد الخاص:** المتمثل بالنيل من الحقوق الأساسية لهذه الجماعة المحمية وهذه الأفعال تنطبق على الجرائم المرتكبة من تنظيم داعش ضد المجتمع الأيزيدي، وبالتالي يمكن القول أن الجرائم المرتكبة بحق الأيزيديين ينطبق عليها أيضاً وصف الجرائم ضد الإنسانية⁽¹⁾.

• **المطلب الثاني: القضية الأيزيدية أمام المحاكم السورية والعراقية والأجنبية**

إن الجرائم التي ارتكبت بحق الأيزيديين تدفعنا إلى البحث أولاً في ماهية النزاع الحاصل والقانون الواجب التطبيق، وفي دور كل من القضاء السوري والعراقي والأجنبي في محاكمة مقاتلي داعش لا سيما أنه أثبتت التقارير الدولية أن قسماً كبيراً منهم ينتمي لدول أجنبية موقعة على بروتوكول روما المنشأ للمحكمة الجنائية الدولية⁽²⁾.

■ **الفرع الأول: التوصيف القانوني للنزاع الحاصل**

ميّز القانون الدولي الإنساني بين نوعين من النزاع: النزاع المسلح الدولي الذي ينشأ بين دولتين أو أكثر أو بين دولة ومنظمات دولية أو حركات تحررية، وبين النزاع المسلح غير الدولي الذي ينشأ بين قوات حكومية ومجموعات مسلحة غير حكومية أو بين مجموعات مسلحة بين بعضها البعض⁽³⁾.

إن النزاع المسلح الذي حصل بين تنظيم الدولة الإسلامية والحكومة العراقية ينطبق عليه وصف النزاع المسلح غير الدولي⁽⁴⁾ وذلك وفقاً لتصنيف الفريق الدولي المكلف بتوثيق انتهاكات داعش لحقوق الإنسان في العراق⁽⁵⁾.

(1) راجع تقرير صادر عن مجلس حقوق الإنسان، لقد جاءوا ليديمروا، جرائم داعش ضد الأيزيديين، مرجع سابق، 2016، ص 25.

(2) العراق، الجرائم الجنسية والجنسانية المرتكبة ضد المجتمع الأيزيدي، مرجع سابق، ص 29.

(3) رثيف عبد الرزاق أحمد، المسؤولية الجزائية لتنظيم داعش عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني. مرجع سابق، ص 243.

(4) هيثم محمد عيد، التوصيف القانوني لجرائم داعش، مرجع سابق، ص 25.

(5) رضا سالم داوود، الأقلية الأيزيدية في العراق، مرجع سابق، ص 283.

أما فيما يتعلق بالصراع بين تنظيم الدولة الإسلامية وجبهة النصرة وغيرها من الفصائل المقاتلة من جهة والدولة السورية من جهة أخرى فهو نزاع مسلح غير دولي لأن الجماعتين المسلحتين منظماتان تنظيمياً جيداً وذلك وفقاً للمادة الأولى من البروتوكول الإضافي الثاني الصادر عام 1977.

▪ الفرع الثاني: دور القضاء العراقي والسوري والأجنبي في محاكمة مجرمي داعش:

بعد ثلاث سنوات من إعلان تنظيم الدولة الإسلامية في 29 حزيران 2014 دولة الخلافة الإسلامية المزعومة في بلاد الشام، بدأت معالم هذه الدولة تنهار وتتساقط حتى آخر معقل لهم مدينة الباغوز السورية في محافظة دير الزور التي سقطت في آذار 2019⁽¹⁾، مخلفة وراءها عشرات الآلاف من الضحايا الذين يبحثون عن العدالة لهم سواء الدولية أو الوطنية، واعتقلت القوات العراقية وقوات قسد الديمقراطية والقوات السورية الآلاف منهم، في حين تمكن البعض منهم الذين ينتمون الى جنسيات أجنبية بالعودة الى بلادهم والاختفاء عن الانظار. من هنا كان بحثنا في الاجراءات القضائية التي اتخذها القضاء العراقي والقضاء السوري والقضاء الاجنبي بحق هؤلاء، وهل تكفي هذه الاجراءات لتحقيق العدالة المنشودة لضحايا هذا التنظيم؟

♦ أولاً- دور القضاء العراقي:

حكم القضاء العراقي بإعدام الآلاف من عناصر تنظيم داعش الإرهابي بالإضافة إلى أحكام أخرى بالحبس لسنوات طويلة، إلا أن هذه المحاكمات لا تفي بالمعايير الأساسية للعدالة⁽²⁾، خاصة أنه تم محاكمة مجرمي داعش لانتسابهم إلى تنظيم إرهابي وليس على أفعالهم التي تشكل جرائم ضد الانسانية وجرائم إبادة جماعية، ولم يتاح لعائلات الضحايا إلا المشاركة الضئيلة في الإجراءات. وقد استند القضاء العراقي إلى:

(1) "رغم تساقط قيادته... داعش" باقٍ ولا يتهدد، مقال منشور في موقع www.aa.com.tr، اطع عليه في 2021/11/5.

(2) مهى مصطفى الحاج، مرجع سابق، ص 46.

- أولاً: قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 المعدل على الجرائم الإرهابية والتي تجرم الأفعال والانتهاكات الخطيرة والجرائم الجسيمة التي ارتكبتها تنظيم داعش.
 - ثانياً: قانون مكافحة الإرهاب رقم 13 الصادر عام 2005 والذي طُبّق بشكل أساسي على جرائم التنظيم الإرهابية.
 - ثالثاً: قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم (10) لسنة 2005.⁽¹⁾ وهذه المحكمة هي محكمة وطنية ودولية مقرها بغداد، وتشمل سلطتها معظم الجرائم الدولية عملاً بالقاعدة الراسخة في القانون الجزائي " إن الجرائم المرتكبة داخل أراضي دولة ما يجب أن يحاكم مرتكبوها في تلك الدولة تأكيداً للسيادة الإقليمية للدول"⁽²⁾. ومن الأمور الجوهرية والمهمة في قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا، هو الإختصاص الموضوعي للمحكمة، حيث تختص بالنظر في الجرائم التالية:
 - أ- جريمة الإبادة الجماعية
 - ب- الجرائم ضد الإنسانية
 - ج- جرائم الحرب
 - د- انتهاكات القوات العراقية.⁽³⁾
- والذي يعنينا هنا، الجرائم الأولى الثلاث التي ارتكبتها تنظيم داعش الإرهابي ضد الشعب العراقي ولاسيما الأقليات الأيزيدية وغيرها.

والسؤال المطروح، هل حققت هذه الإجراءات القضائية العراقية العدالة لضحايا هذا التنظيم لا سيما للأيزيديين اللواتي تعرضن لأبشع أنواع الجرائم ضد الإنسانية؟

حاولت الحكومة العراقية تعويض الجتمع الأيزيدي عن التقصير الحاصل في تطوير التشريعات العراقية، عبر تبني قانون الناجيات الأيزيديين في 1 آذار 2020 والذي شمل الجرائم التي ارتكبتها تنظيم داعش ضد النساء والفتيات من الأقليات الأيزيدية والتركمان والمسيحية والشبك، ووفر التعويضات للناجيات فضلاً عن تدابير لإعادة تأهيلهن وإعادة دمجهن

(1) محمود شريف بسيوني ومحمد عبد العزيز جاد الحق ابراهيم، المحكمة الجنائية العراقية المختصة بالجرائم ضد الانسانية في ضوء المحاكمة المنصفة، ط1، دار الشروق للنشر والتوزيع، القاهرة 2005 ص 22.

(2) المركز العراقي للمعلومات والدراسات، قضية الدجيل، المحاكمة التي أعدمت صدام حسين، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، بغداد، 2011، ص 145

(3) راجع المواد (1، 12، 13، 14) من قانون المحكمة العراقية العليا.

في المجتمع، كما نص على تخصيص معاشات تقاعد وتوفير الأرض والإسكان والتعليم وحصّة في التوظيف في القطاع العام⁽¹⁾.

يمثل قانون الناجيات الايزيديات بارقة أمل لانصاف الايزيديات اللواتي تعرضن للسبي والاختطاف والاستعباد والاعتصام من عناصر داعش الارهابي، لكن الواقع الفعلي للمجتمع العراقي عامة والايدي خاصة لا يعكس تطلعات واضعي القانون، فهناك أكثر من مئتي طفل من أم ايزيدية وأب داعشي ما زال مصيرهم مجهولاً، خاصة أن المجلس الروحاني الايزيدي الاعلى يرفض قبول انضمامهم الى المجتمع الايزيدي⁽²⁾ وبالتالي ستواجه الامهات الأيزيديات خيارين صعبين: الأول التخلي عن أطفالهن إذا رغبن بالعودة الى المجتمع الايزيدي أو الاصرار على الاحتفاظ بهم وبالتالي غالباً ما سيتم رفض عودتهن الى مناطق تجمع الايزيديين في شمال العراق.

♦ ثانياً- دور القضاء السوري:

في العام 2011 شهدت سوريا حراكاً شعبياً، ما لبث أن اشتد وتحوّل إلى نزاعاً داخلياً بين القوات الحكومية و القوى الموالية من جهة ومجموعات مسلحة من جهة أخرى. هذه المجموعات منها ما يسمى بالجيش السوري الحر وغيرها من الفصائل المنبثقة منه ومنها جبهة النصرة الإرهابية وتنظيم الدولة الإسلامية الإرهابي داعش، وقوات سوريا الديمقراطية الكردية (قسد) وغيرها من الفصائل. وقد أدى هذا النزاع، وما زال، إلى سقوط الآلاف من الضحايا لاسيما نتيجة الأعمال الإرهابية التي قام بها تنظيم الدولة الإسلامية بعد احتلاله أجزاءً كبيرة من سوريا.

بعد سقوط داعش في سوريا، اعتقل الآلاف من عناصر التنظيم سواء من قبل القوات الحكومية أو من قوات قسد الكردية وقد خضع قسمٌ منهم للمحاكمة لا سيما من قبل الحكومة

(1) العراق: إقرار قانون يعوض الناجيات من عنف داعش، لكن ماذا عن مصير المواليد من الإغتصاب؟ منشور على الموقع الإلكتروني: www.news.un.org، إطلع عليه في 2021/11/5

(2) "يرفضهم مجتمعهم... مصير مجهول لاطفال الدواعش والايديديات" مقال منشور في 2019/4/29 على الموقع: www.m.dw.com اطلع عليه في 2021/11/18.

السورية والتي استندت في أحكامها على قوانين مكافحة الإرهاب التي أصدرتها بعد العام 2012 ومنها⁽¹⁾:

1- قانون مكافحة الإرهاب في الجمهورية العربية السورية رقم 19 تاريخ 2012/7/2.

2- قانون مكافحة الإرهاب في الجمهورية العربية السورية رقم 20 تاريخ 2012/7/2.

3- قانون إحداث محكمة للنظر في قضايا الإرهاب رقم 21 تاريخ 2012/7/2.

وقد عرف القانون السوري الخاص بمكافحة الإرهاب رقم 2012/19 الإرهاب بأنه " كل فعل يهدف إلى إيجاد حالة من الذعر بين الناس أو الإخلال بالأمن العام أو الإضرار بالبنى التحتية أو الأساسية للدولة ويرتكب باستخدام الأسلحة أو الذخائر أو المتفجرات أو المواد الملتهبة أو المنتجات السامة أو المحرقة أو العوامل البوائية أو الجرثومية مهما كان نوع هذه الوسائل أو باستخدام أية أداة تؤدي الغرض ذاته".⁽²⁾ كما عرف المنظمة الإرهابية بأنها "جماعة مؤلفة من ثلاثة أشخاص أو أكثر بهدف ارتكاب عمل إرهابي أو أكثر".

وقد تعرضت محكمة مكافحة الإرهاب في سوريا للعديد من الإنتقادات على المستوى الدولي لا سيما من المنظمات الحقوقية⁽³⁾ التي إتهمتها باستغلال هذه المحكمة لخنق المعارضة السورية.

من جهة ثانية، قامت قوات قسد الديمقراطية الكردية التي سيطرت على نحو ثلث الأراضي السورية (والتي أعلنت فيها إدارة ذاتية) بالتعاون مع بعض العشائر العربية وغيرها، بإقامة محاكم مؤقتة في العام 2014 حاكمت فيها العديد من عناصر داعش الذي يحملون الهوية السورية من خلال تطبيق قانون مكافحة الإرهاب⁽⁴⁾.

(1) مهى مصطفى الحاج، م.س.، ص 56.

(2) إصدار ثلاثة قوانين لمحكمة الإرهاب في سوريا، راجع الموقع www.menarights.org، أطلع عليه في 2021/11/8.

(3) سوريا، استخدام محكمة مكافحة الإرهاب لخنق المعارضة، راجع الموقع: www.hrw.org، اطلع عليه في 2021/11/8.

(4) جوان سواز، الإدارة الذاتية شمال سوريا عاجزة عن محاكمة عناصر داعش، 10 حزيران 2021، www.arb.majalla.com، اطلع عليه في 2021/11/8.

والسؤال المطروح، ما مدى شرعية الأحكام الصادرة عن هذه المحاكمات لا سيما أنها صدرت عن سلطة غير رسمية، وغير معترف بها كسلطة حكومة رسمية؟ وهل راعت شروط المحاكمات القانونية وحقوق الإنسان؟

من ناحية أخرى لم تجر قوات قسد أية محاكمة لعناصر تنظيم داعش الإرهابي الذين ينتمون إلى جنسيات أجنبية (أكثر من 46 دولة ومعظمها موقعة على بروتوكول روما 1998)، وأبقتهم رهن الإحتجاز في سجونها وأبقت عائلاتهم ضمن مخيمات كبيرة أبرزها مخيم الهول في شمال شرق سوريا والذي يأوي أكثر من 62 ألف من عائلات مقاتلي داعش والذين ترفض دولهم استردادهم⁽¹⁾.

وقال مسؤول بارز في الإدارة الذاتية الكردية أنهم كإدارة، أعلنوا أنه يجب إنشاء محكمة دولية أو ذات طابع دولي في مناطق الإدارة الذاتية لمقاضاة عناصر داعش المحجوزين لديهم. هذه الدعوات لم تلق التجاوب من قبل "التحالف الدولي" الذي رد على مطالب قوات قسد بأن هذا الأمر خارج نطاق مهمة التحالف في سوريا⁽²⁾.

في الآونة الأخيرة، جددت منظمة قسد مطالباتها المجتمع الدولي والمحكمة الجنائية الدولية للمساعدة في محاكمة مجرمي داعش المحتجزين لديها لا سيما بسبب الظروف الأمنية والإنسانية الصعبة وفي ظل العصيان المستمر الذي تنفذه هذه العناصر لتحسين ظروفهم وتقديمهم للمحاكمة⁽³⁾.

♦ ثالثاً - دور القضاء الأجنبي في محاكمة مقاتلي تنظيم داعش:

إن القضاء الألماني كان أول من اتهم مقاتلاً من داعش بالمسؤولية عن جرائم الإبادة الجماعية ضد الأيزيديين⁽⁴⁾. كما تبنى مجلس النواب البلجيكي قراراً اعترف فيه بارتكاب عناصر تنظيم الدولة الإسلامية جريمة إبادة جماعية بحق الأقلية الأيزيدية في العراق، ويدعو

(1) وفاة طفلين كل أسبوع في مخيم الهول بسوريا، راجع موقع www.dw.com، اطلع عليه في 2021/11/8.

(2) جوان سواز، مرجع سابق.

(3) عناصر داعش لدى قسد بين الخطوات التصعيدية والمطالبة بمحاكمة دولية، مقال نشر في 2021/6/23 على الموقع

www.lebanon24.com، اطلع عليه في 2021/11/8.

(4) Procés Yézidisen Aleemange.: comment prouver le genocide dans unesculeaffaire.

أطلع عليه في 2021/11/9. www.justicainfo.net/fr/.

الحكومة الفيدرالية إلى ملاحقة ومعاقبة مرتكبي هذه الجرائم⁽¹⁾. وفي تموز 2019 أدين القضاء الهولندي مقاتل سابق لداعش هولندي المولد بارتكاب جرائم حرب⁽²⁾. وفي نيسان 2019 خضعت سيدة ألمانية للمحاكمة في ميونخ لاتهامها بارتكاب جريمة حرب تتمثل بحرمان فتاة أيزيدية محتجزة من الماء حتى الموت أثناء انتسابها إلى تنظيم داعش في العراق⁽³⁾. ومن أجل تنفيذ الولاية القضائية العالمية للمحاكم الأجنبية تدرج منظمة العفو الدولية أربعة عشر مبدأ هي⁽⁴⁾:

- 1- يجب أن يكون للدول الإختصاص اللازم لمحاكمة الجرائم المرتكبة ضد المجتمع الدولي...
- 2- لا يجوز استخدام حصانة موظفي الدولة كذريعة لمنع ممارسة اختصاص المحاكم الوطنية في حالات الجرائم الخطيرة.
- 3- يجوز للمحاكم أن تحاكم الجرائم التي ارتكبت في الماضي.
- 4- لا توجد حدود زمنية للمحاكم الوطنية في حالة الجرائم الدولية الخطيرة.
- 5- لا تقبل الضغوط والنظام الهرمي وحالة الضرورة كحجج.
- 6- لا يجوز للمتهم اللجوء إلى قوانين بلده التي تعفي هؤلاء الأشخاص من أي شكل من أشكال الملاحقة القضائية.
- 7- عدم تدخل السلطات السياسية واستقلالية المدعي العام.
- 8- تعاون جميع الهيئات القضائية للدول التي لها ولاية قضائية عالمية على الجرائم الدولية الخطيرة.
- 9- حق المتهمين والضحايا في محاكمة عادلة.
- 10- حضور مراقبين دوليين أثناء المحاكمات العلنية.

(1) البرلمان البلجيكي يقر ارتكاب تنظيم الدولة الإسلامية جريمة إبادة جماعية بحق الأيزيديين في العراق، نشر بتاريخ 2021/7/16، www.france24.com، اطلع عليه في 2021/11/9

(2) First Dutch Islamic state fighter convicted for war crimes, www.justiceinfo.net اطلع عليه في 2021/11/9.

(3) Germany convicts first Isil bride precedent case, www.telegraph.co.uk اطلع عليه في 2021/11/9

(4) A. Bailleux, la competence universelle au carrefour de la pyramide et du réeau. De l'expériencebelge à l'exigenced'une justice pénaetransnationale, Bruxelles, Bruylant, 2005.

- 11-مراعاة مصالح وشهود ضحايا الجرائم.
- 12- لا يعاقب على الجرائم بالإعدام.
- 13-التعاون بين سلطات البلدان في ممارسة الولاية القضائية العالمية.
- 14-رصد ممثلي التشريعات الوطنية من أجل مطابقة إجراءات القضاة والمدعين العامين للقانون الإنساني الدولي.

○ المبحث الثاني: القضية الأيزيدية أمام المحكمة الجنائية الدولية ومجلس الأمن الدولي

وقع خبر هجوم تنظيم داعش الإرهابي على الأيزيديين في جبال سنجار شمال العراق في 3 آب 2014 وارتكابه جرائم خطيرة بحق هذه الأقلية الأيزيدية الآمنة كالقتل والإسترقاق والإغتصاب والإستعباد الجنسي والنقل القسري وغيرها من الجرائم التي وصفت بالجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة الجماعية، كالصاعقة التي هزت الضمير العالمي والمجتمع الدولي. لكن السؤال المطروح، هل تحركت المحكمة الجنائية الدولية لفتح تحقيق دولي في هذه الجرائم ومحاسبة المجرمين؟ وما هو دور مجلس الأمن الدولي في هذه القضية؟

• المطالب الأول: دور المحكمة الجنائية الدولية في قضية الأيزيديين

أنشئت المحكمة الجنائية الدولية بمعاهدة دولية (بروتوكول روما) عام 1998 برعاية الأمم المتحدة ودخل نظامها حيّز التنفيذ في الأول من تموز عام 2002 بعد تصديق نظامها من قبل ستون دولة⁽¹⁾. ولتحديد ما مدى اختصاص المحكمة في قضية الأيزيديين، يجب علينا أن نبحث في تعريف هذه المحكمة واختصاصاتها وكيفية إحالة الجرائم الدولية إليها ومقبولية الدعوى لديها، لنخلص إلى النظر بموقفها من قضية الأيزيديين.

(1) د. ليلي نقولا الرحباني، المحاكم الجنائية الدولية، إنجازات وإخفاقات، ط1، بيروت، 2013، لا يوجد دار نشر، ص 29 - 30.

▪ الفرع الأول: المحكمة الجنائية الدولية تعريفها - اختصاصها - طرق إحالة الجرائم إليها - مقبولية الدعوى ومبدأ التكامل
♦ أولاً- تعريفها:

المحكمة الجنائية الدولية هي هيئة قضائية جزائية دائمة ذات وظيفة عالمية لمحاكمة الأشخاص المتهمين بارتكاب جرائم الإبادة الجماعية، جرائم ضد الإنسانية، جرائم حرب وجريمة العدوان⁽¹⁾ وتتظّم العلاقة بينها وبين الأمم المتحدة بموجب اتفاق تعتمده جمعية الدول الأطراف في هذا النظام ويبرمه بعد ذلك رئيس المحكمة نيابة عنها. ويقع مقر المحكمة في مدينة لاهاي /هولندا. وللمحكمة شخصية قانونية دولية وهي تمارس وظائفها وسلطتها على النحو المشار إليه في نظام روما، في إقليم أي دولة طرف وبموجب اتفاق خاص مع أية دولة أخرى، أن تمارسها في إقليم تلك الدولة⁽²⁾.

♦ ثانياً- اختصاصها:

ينقسم اختصاص المحكمة الجنائية الدولية إلى ثلاث: الإختصاص الإقليمي والشخصي، والإختصاص الزمني، والإختصاص الموضوعي.

1- الإختصاص الإقليمي والإختصاص الشخصي:

جاء في نص الفقرة 2 من المادة 12 من نظام روما، أن المحكمة لا تتمتع بولاية قضائية إلا فيما يتعلق بالجرائم المرتكبة في إقليم دولة طرف أو من قبل مواطن من دولة طرف. ولهذا السبب يمكن للمرء أن يتكلم عن الإختصاص الإقليمي أو الشخصي للمحكمة⁽³⁾. وتضيف الفقرة الثالثة من المادة 12 من نظام روما، أنه إذا كان قبول دولة غير طرف في هذا النظام الأساسي لازماً بموجب الفقرة 2، جاز لتلك الدولة أن تقبل ممارسة المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بالجريمة قيد البحث وذلك بموجب إعلان يودع لدى مسجل المحكمة. لذلك فإن عمل المحكمة يتوقف مع ذلك على إرادة الدول إلا في حالة إحالة ملف

(1) راجع المادة الأولى من نظام روما، والمادة الخامسة معدلة.

(2) راجع المواد 2 - 3 - 4 من نظام روما.

(3) Condorelli, L, La CPI: un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli), RGDI (1999) p.6

قضية ما عليها من قبل مجلس الأمن الدولي بموجب الفصل السابع كما حدث في قضية إقليم دارفور في السودان⁽¹⁾.

2- الإختصاص الزمني:

جاء في نص الفقرة الأولى في المادة 11 من نظام روما الأساسي، أن المحكمة لا تتمتع بالولاية القضائية إلا فيما يتعلق بالجرائم المرتكبة بعد دخول النظام الأساسي حيّز النفاذ. وينطبق الشيء نفسه على أي دولة تصبح فيما بعد طرفاً في النظام الأساسي: لا يجوز للمحكمة أن تنتظر في الجرائم المرتكبة في إقليم تلك الدولة ومن قبل أحد رعاياها إلا بعد دخول النظام الأساسي حيّز النفاذ فيما يتعلق بتلك الدولة⁽²⁾.

3- الإختصاص الموضوعي:

ينحصر اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بالنظر في أربعة أنواع من الجرائم⁽³⁾: جرائم الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب وجريمة العدوان التي تم تفعيل اختصاصها عملياً اعتباراً من 17 تموز عام 2018 بعد تصديق جمعية الدول الأطراف على التعديلات التي طرأت على بعض مواد نظام روما وذلك في مؤتمر كمبالا عام 2010 والإتفاق على تعريف مُوحد لجريمة العدوان⁽⁴⁾.

♦ ثالثاً- طرق إحالة الجرائم إليها⁽⁵⁾:

نص نظام روما الاساسي في (المادة 13) على ثلاثة طرق لإحالة الجرائم أمام المحكمة الجنائية الدولية وهي:

(1) راجع المادة 12 من بروتوكول روما.

(2) راجع نص المادة 11 من بروتوكول روما.

(3) راجع المواد 5 - 6 - 7 - 8، في نظام روما التي تحدثت عن ماهية الجرائم المذكورة أعلاه.

(4) كلاوس كريس (فقيه قانوني ألماني بارز)، حول تفعيل اختصاص المحكمة الجنائية الدولية على جريمة العدوان، مقال منشور في مجلة الانساني الصادرة عن اللجنة الدولية للصليب الاحمر، العدد 63، تاريخ 6 ايلول 2018، راجع الموقع:

www.legal.un.org اطلع عليه في 2021/11/18.

(5) راجع نص المادة 13 من نظام روما الأساسي.

- أ - إذا أحالت دولة طرف إلى المدعي العام وفقاً (للمادة 14) حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت.
- ب - إذا أحال مجلس الأمن، متصرفاً بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، حالة إلى المدعي العام يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت.
- ج - إذا كان المدعي العام قد بدأ بمباشرة التحقيق فيها يتعلق بجريمة من هذه الجرائم وفقاً (للمادة 15).

♦ رابعاً - مقبولية الدعوى ومبدأ التكامل:

- جاء في نص المادة 17 من نظام روما الأساسي أنه " مع مراعاة الفقرة 10 من الديباجة والمادة 1 تقرر المحكمة أن الدعوى غير مقبولة في حالة ما:
- (أ) إذا كانت تجري التحقيق أو المقاضاة في الدعوى دولة لها ولاية عليها، ما لم تكن الدولة حقاً غير راغبة في الإضطلاع بالتحقيق أو المقاضاة أو غير قادرة على ذلك.
- (ب) إذا كانت قد أجرت التحقيق في الدعوى دولة لها ولاية عليها وقررت الدولة عدم مقاضاة الشخص المعني ما لم يكن القرار ناتجاً عن عدم رغبة الدولة أو عدم قدرتها على المقاضاة.
- (ج) إذا كان الشخص المعني قد سبق أن حوكم على السلوك موضوع الشكوى ولا يكون من الجائز للمحكمة إجراء محاكمة طبقاً للفقرة 3 من المادة 20.
- (د) إذا لم تكن الدعوى على درجة كافية من الخطورة تبرر إتخاذ المحكمة إجراءً آخر... (1)
- إن موضوع مقبولية الدعوى يدفعنا إلى البحث في موضوع مبدأ التكامل " Principle of complementarity" والذي وإن لم يتم ذكره ضمن نظام روما بشكل صريح، لكن تناولته الفقرة العاشرة من ديباجة النظام التي تنص على أنه "وإذ تؤكد أن المحكمة الجنائية الدولية المنشأة بموجب هذا النظام الأساسي ستكون مكملة للإختصاصات القضائية الجنائية الوطنية" والمادة الأولى من فقرتها الثانية التي نصّت "وتكون المحكمة مكملة للإختصاصات القضائية الجنائية الوطنية".

(1) راجع نص المادة 17 من نظام روما الأساسي.

هذه الأحكام تشير إلى أن المحكمة الجنائية الدولية ستكون مكملة للمحاكم الوطنية وأنه لن تضع يدها على أي قضية ما لم تتحقق الشروط المنصوص عنها في المادة 17 موضوع مقبولة الدعوى. وبالتالي لن تكون المحكمة الجنائية الدولية مكملة للمحاكم الوطنية إلا في حالة عجز أو قصور المحاكم الوطنية عن النظر في الدعوى أو إذا كانت الدولة غير راغبة في الإضطلاع بالتحقيق.

■ الفرع الثاني: القضية الأيزيدية والمحكمة الجنائية الدولية

بعد هجوم داعش في منطقة سنجار عام 2014، تلقى مكتب المدعية العامة في المحكمة حينها (القاضية فاتو بنسودا) رسائل ودعوات من المجتمع المدني ومن حكومة إقليم كردستان العراق، تطالبها بالتدخل والتحقيق في الجرائم المرتكبة من تنظيم داعش بحق الأيزيديين باعتبارها جرائم إبادة جماعية وجرائم ضد الإنسانية⁽¹⁾. إلا أنه في 8 نيسان 2015 أصدرت المدعية العامة للمحكمة بياناً خالف التوقعات أعلنت فيه أنه " تبدو احتمالية قيام مكثبي بالتحقيق وملاحقة أولئك الذين يقع عليهم أكبر قدر من المسؤولية ضمن قيادة تنظيم داعش محدودة، وبزرت قرارها بقولها أن الأساس القضائي لفتح تحقيق مبدئي في تلك المرحلة ضيق جداً باعتبار سوريا والعراق دولتين غير طرفين في بروتوكول روما المؤسس للمحكمة..."⁽²⁾

- تقييم موقف المدعية العامة لدى المحكمة الجنائية الدولية:

ذكرنا سابقاً أن للمحكمة الجنائية الدولية ثلاثة اختصاصات:

- 1- إختصاص إقليمي وشخصي أي أنه لا ينعقد اختصاصها إلا على الجرائم الخطيرة الواقعة ضمن أراضي إحدى الدول الأطراف أو من قبل مواطن من دولة طرف.
- 2- إختصاص زمني بالجرائم المرتكبة بعد دخول نظام روما حيز النفاذ في 2002/7/1.

(1) الرائد الدكتور رواد سليقة، الجرائم الإرهابية الدولية بحق القومية الأيزيدية، مرجع سابق.

(2) بيان المدعية العامة للمحكمة الجنائية الدولية، فاتو بنسودا بشأن الجرائم المزعومة التي ارتكبتها الدولة الإسلامية في العراق والشام، منشور على موقع: www.icc-cpi.int، اطلع عليه في 2021/11/10.

3- اختصاص موضوعي بالجرائم الخطيرة الأربعة وهي: جرائم حرب - جرائم ضد الإنسانية - جرائم إبادة جماعية وجريمة العدوان.

أما بالنسبة للجرائم المرتكبة بحق الأيزيديين، وإن ارتكبت على أراضي دولتين غير موقعتين على بروتوكول روما (العراق وسوريا)، إلا أنه ذكرنا في السابق⁽¹⁾ أنه تم توصيف هذه الجرائم بأنها جرائم ضد الإنسانية وجرائم إبادة جماعية، وأن الاختصاص الشخصي والإقليمي ينعقد للمحكمة فيما خص مجرمي داعش الذين ينتمون لأكثر من 46 دولة جميعها موقع على بروتوكول روما الأساسي.

وإذا كنا سنبحث في موضوع الاختصاص التكاملي بأن الحكومة العراقية قد أجرت محاكمات لعناصر داعش وأصدرت آلاف الأحكام بالإعدام، فإن هذه الأحكام صدرت استناداً لوصف هذه الجرائم بالجرائم الإرهابية كما ذكرنا سابقاً، وليس بالجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة الجماعية وبالتالي لم تتحقق العدالة لضحايا هذا التنظيم من الأيزيديين وغيرهم من الاقليات التي تعرضت لهذه الجرائم.

وإذا كانت منظمة قسد السورية قد أصدرت بعض الأحكام، كما ذكرنا سابقاً، فهي اقتصرت على عناصر داعش الذين يحملون جنسيات سورية، فيما ما زال آلاف المعتقلين من عناصر داعش لديها من الذين يحملون جنسيات أجنبية وهي تطالب دولهم باستردادهم وتطلب من المحكمة الجنائية الدولية محاكمتهم.

• **المطلب الثاني: دور مجلس الأمن الدولي والحلول المتاحة لقضية الأيزيديين**

سنبحث في هذا المطلب دور الأمم المتحدة ومجلس الأمن الدولي في قضية الأيزيديين والحلول المقترحة أو المتاحة لإنصافهم.

▪ **الفرع الأول: دور الأمم المتحدة ومجلس الأمن الدولي**

منذ بدء هجوم داعش على الأيزيديين في العام 2014 وحتى العام 2017 لم يتحرك مجلس الأمن لاتخاذ أي قرار في شأن إحالة القضية الأيزيدية أمام القضاء

(1) الرائد الدكتور رواد سليقه، الجرائم الإرهابية الدولية بحق القومية الأيزيدية، مرجع سابق.

الدولي، بالرغم من دوره البارز في هذا المجال أمام المحكمة الجنائية الدولية أو أمام القضاء الدولي الخاص إلى أن صدر القرار رقم 2379 تاريخ 21 أيلول 2017 حول محاسبة تنظيم داعش عن الجرائم التي ارتكبتها في العراق بما في ذلك الجرائم التي ترقى إلى مستوى الجرائم المنصوص عليها في نظام روما الأساسي. وطالب القرار بإنشاء فريق تحقيق خاص يوثق الجرائم التي ترقى إلى مستوى جرائم الحرب والإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية⁽¹⁾.

- نتائج التحقيق:

أكد البريطاني كريم خان⁽²⁾ رئيس فريق التحقيق الذي كلف بوضع تقرير مفصل عن الجرائم التي ارتكبت بحق الأيزيديين عام 2014 أن الفريق وجد أدلة واضحة ومقنعة أن الجرائم بحق الأيزيديين تمثل بوضوح إبادة جماعية.

وأضاف خان أن الفريق الذي بدأ عمله في العام 2018، حدّد أيضاً هويات جناة من الواضح أنهم مسؤولون عن جريمة الإبادة الجماعية بحق المجتمع الأيزيدي وبلغ عددهم حتى تاريخ التقرير 1444 هوية من الجناة المحتملين في الهجمات على الأيزيديين⁽³⁾.

تجدر الإشارة، أن العراقية نادية مراد (وهي من الأيزيديات التي تعرضن للإغتصاب والإستعباد على أيدي التنظيم)، وأمل علم الدين كلوني المحامية الدولية في مجال حقوق الإنسان تضغطان من أجل تحرك مجلس الأمن الدولي إزاء هذه القضية الإنسانية⁽⁴⁾.

(1) مجلس الأمن يصدر قراراً بشأن محاسبة داعش عن جرائمه في العراق، مقال منشور على موقع: www.news.un.org، اطلع عليه في 2021/11/10.

(2) كريم خان هو محامي بريطاني من أصل باكستاني ويتولى اليوم منصب المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية خلفاً للقاضية فاتو بنسودا.

(3) تحقيق دولي يؤكد تعرض الأيزيديين لإبادة جماعية على يد داعش، مقال منشور في 2021/5/13 على الموقع: www.dw.com، اطلع عليه في 2021/11/10.

(4) المرجع نفسه.

▪ **الفرع الثاني: الطرق المتاحة لإحالة ملف الأيزيديين ومجرمي داعش إلى القضاء الدولي**
أكدت الوقائع الميدانية والتقارير الصادرة عن فريق الأمم المتحدة⁽¹⁾ والمنظمات غير الحكومية⁽²⁾ ارتكاب جرائم إبادة جماعية وجرائم ضد الإنسانية وجرائم حرب ضد المجتمع الأيزيدي والأقليات سواء في العراق أو سوريا. وقد أشرنا أيضاً سابقاً، أن القضاء العراقي قد حاكم الآلاف من عناصر داعش بتهمة الإرهاب، وأيضاً قوات سوريا الديمقراطية (قسد) قد حاكمت عناصر داعش من الجنسية السورية أمام محاكمها في شمال سوريا، علماً أنها ما زالت تحتجز في سجونها الآلاف من عناصر داعش الإرهابيين الذين ينتمون إلى دول أوروبية وعربية وأميركية وآسيوية (46 دولة) وتطلب من مجلس الأمن الدولي والمحكمة الجنائية الدولية إخضاعهم للمحاكمة، ومن الدول الأجنبية استرداد عائلات الدواعش في مخيم أبو الهول وغيره إلى بلادهم.

تجدر الإشارة أن الآلاف من عناصر داعش قد فرّوا بعد سقوط دولة الخلافة المزعومة إلى دول أوروبية وغيرها وتخفوا دون أن يخضعوا للمحاكمة⁽³⁾. والسؤال المطروح ما هي الحلول والطرق الواجب اتباعها لإخضاع هؤلاء للمحاكمة دولياً وتعويض الضحايا من الأيزيديين والأيزيديات والأقليات العراقية والسورية الأخرى عن ما حصل لهم من أبشع أنواع الجرائم؟

ما هي الاجراءات الواجب اتخاذها لتحقيق العدالة الدولية لهؤلاء الضحايا بعدما فشلت العدالة الوطنية في تحقيقها؟

الجواب يكمن في أربعة طرق هي:

الأولى: إحالة الملف من قبل مجلس الأمن الدولي على المحكمة الجنائية الدولية تحت بند الفصل السابع خاصة أن العراق وسوريا غير موقعتان على بروتوكول روما وإخضاع جميع عناصر داعش الذين أظهروهم تقرير الأمم المتحدة أنهم متورطين في الجرائم الخطيرة التي تدخل ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية.

(1) راجع قرار مجلس الأمن الدولي رقم 2379، 21 أيلول 2017، مرجع سابق.

(2) راجع تقرير الفيدرالية الدولية لحقوق الإنسان، مرجع سابق.

(3) ياسر الحريري، آلاف الدواعش عادوا مع اللاجئين السوريين الى الغرب، مقال منشور بتاريخ 2015/9/14 على

الموقع: www.lebanondebate.com اطلع عليه في 2021/11/18.

- المطلوب فقط هو التعاون بين الدول الخمس الدائمة العضوية لمنع استعمال حق النقض الفيتو وإعاقة استصدار اي قرار يتيح احالة ملف ضحايا تنظيم داعش في سوريا والعراق الى المحكمة الجنائية الدولية.
- في حال تحقق ذلك، سيكون للمحكمة الجنائية الدولية دوراً فاعلاً في تحقيق العدالة الدولية لضحايا من المجتمع الأيزيدي وغيره من الأقليات في سوريا والعراق، خاصة وأن المدعي العام الحالي لدى المحكمة الجنائية الدولية كريم خان كان قد ترأس فريق الأمم المتحدة (United) الذي أعد تقريره عن الضحايا الأيزيديين وجمع الأدلة في العراق عن المتورطين في هذه الجرائم الخطيرة.

الثانية: إحالة المعتقلين الدواعش لدى قوات قسد والعناصر الذين عادوا الى بلادهم للمحكمة الجنائية الدولية

ذكرنا سابقاً أن قوات قسد الديمقراطية تحتجز في سجونها آلاف المعتقلين من عناصر داعش الإرهابيين (حوالي 11 ألف) وهم ينتمون لأكثر من 46 دولة⁽¹⁾ وتطلب من مجلس الأمن الدولي إحالة ملفهم إلى المحكمة الجنائية الدولية أو إلى محكمة خاصة دولية وتطلب من دولهم استردادهم مع عائلاتهم وإخضاعهم للمحاكمة لديهم. إلا أن معظم الدول لا سيما الأوروبية⁽²⁾ ترفض استلامهم ومحاكمتهم، علماً أن مراقبون يرون أن هؤلاء المعتقلين يشكلون قنبلة موقوتة في مناطق قوات سوريا الديمقراطية وسيشكلون خطراً على المجتمع الدولي إن استطاعوا الهرب.

(1) يتوزع المعتقلين في تنظيم داعش الإرهابي لدى قسد في عدة سجون منها:

- | | | |
|----------------------|----------------------------|------------------|
| أ. سجن غويران. | هـ. سجن الصور. | ط. سجن المالكية. |
| ب. سجن الصناعة | و. سجن الشداية. | |
| ج. سجن كامبا البلغار | ز. السجن المركزي في الرقة. | |
| د. سجن الكسرة. | ح. سجن رميلان | |

راجع مقال منشور: سجون قسد، ورقة ابتزاز لدول العالم... هل تنجح؟ 2021/3/31، www.almyadeen.net اطلع عليه في 2021/11/11.

(2) ما مصير أسرى تنظيم الدولة المحتجزين لدى الأكراد في سوريا؟ 2018/9/21، راجع موقع: www.bbc.com اطلع عليه في 2021/11/11.

○ الخاتمة

إن القضية الأيزيدية هي قضية إنسانية هزت الضمير العالمي، وقد أشار إليها قداسة البابا فرنسيس في زيارته الأخيرة إلى مدينة أور في العراق 6 آذار 2021 حيث وجّه رسالة إلى العالم حول معاناة الأيزيديين على خلفية حملة الإبادة الجماعية التي تعرضوا لها في العام 2014⁽¹⁾.

إلا أن هذه الرسالة وغيرها من الرسائل والتقارير الدولية لم تدفع مجلس الأمن الدولي حتى تاريخ كتابة هذا البحث، لإحالة هذه القضية الإنسانية إلى أروقة المحكمة الجنائية الدولية أو إلى إنشاء محكمة جنائية دولية خاصة لمحاسبة عناصر داعش الإرهابي المتورطين في جرائم هزت البشرية جمعاء. لذلك كله نقدّم بعض المقترحات علّها تقيد على صعيد البحث وتوصل رسالة إنسانية لكل متعاطف مع هذه القضية.

♦ على صعيد العراق:

- 1- ضرورة تعديل قانون العقوبات العراقي ليشمل جرائم الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية.
- 2- تفعيل عمل الحكومة والإدارات المحلية في تطبيق قانون الناجيات الأيزيديات الذي صدر في 1 آذار 2021، وإيجاد التشريعات القانونية اللازمة فيما يخص الأطفال الذين هم من أم أيزيدية تعرضت للإغتصاب من عناصر داعش الإرهابي.
- 3- تقديم كل الدعم النفسي والمادي والاجتماعي للمجتمع الأيزيدي وغيره من المجتمعات التي تعرضت للإضطهاد والتهجير من قبل عناصر داعش وإعادة جميع الذين نزحوا أو هجروا من منازلهم.
- 4- توقيع العراق على بروتوكول روما والتصديق عليه وإحالة قضية الأيزيديين بناء لطلب منه، إلى المحكمة الجنائية الدولية وتقديم كل التعاون معها.

(1) كيف تفاعل الأيزيديين مع رسالة بابا الفاتيكان لهم؟ مقال منشور في 9 آذار 2021 على الموقع: www.skynewsarabia.com، اطلع عليه في 2021/11/11.

♦ على صعيد سوريا:

- 1- ضرورة توقيع سوريا على بروتوكول روما والتصديق عليه.
- 2- الطلب من المحكمة الجنائية الدولية وضع يدها على ملف المعتقلين الدواعش لدى القوات الكردية وإخضاعهم للمحاكمة.

على الصعيد الدولي:

- 1- إحالة ملف الأيزيديين وكل ضحايا داعش في سوريا والعراق على المحكمة الجنائية الدولية بناء لقرار مجلس الأمن الدولي وتحت بند الفصل السابع.
- 2- تحقيق العدالة الدولية لهذه الفئة واعتبار جرائم الإبادة الجماعية بحق الأيزيديين قضية عالمية يُعاد التذكير بها كل عام لكي تكون رادعاً للأجيال القادمة.
- 3- ضرورة تفعيل الدول الأوروبية وغيرها تحرياتها عن مواطنيها الذين شاركوا في القتال الى جانب تنظيم داعش الارهابي وعادوا الى بلدانهم وتخفوا بصفة لاجيء فيها، وإخضاعهم للمحاكمة في محاكمهم إنفاذا للولاية القضائية العالمية، في ظل أوجه القصور الكبيرة التي أصابت نظام العدالة الدولية.

الدراسة الثالثة:

**عضوية فلسطين في المحكمة الجنائية الدولية وأثره على
محاسبة القيادات الإسرائيلية والفلسطينية**

د. احمد عقيل الزقبيبه⁽¹⁾

د. ديا لا علي الطعاني⁽²⁾

لم تتوان إسرائيل منذ بداية احتلالها للأراضي الفلسطينية عن اقترافها للعديد من الانتهاكات للقواعد القانونية الدولية، وممارستها للأفعال غير المشروعة والعدائية بحق الشعب الفلسطيني. وفي ظل غياب المساندة والحماية الفعلية من قبل المجتمع الدولي، قررت فلسطين وضع حد للانتهاكات ومحاسبة الإسرائيليين عن كافة الأفعال والانتهاكات والمجازر التي ارتكبوها بحق الشعب الفلسطيني، وذلك باللجوء إلى المحكمة الجنائية الدولية والاقرار باختصاصها القضائي، على الرغم من المخاوف والقلق من أن تلحق هذه الخطوة الأذى بأعضاء المقاومة الفلسطينية وتعريضهم للمسألة الجزائية عما كانوا يقوموا به من أفعال مقاومة في داخل الكيان المحتل. ولكن عملية اللجوء والانضمام للمحكمة الجنائية الدولية لم تكن بالأمر اليسير على فلسطين، فكان عليها أن تحصل على صفة دولة أولاً حتى يحق لها تقديم شكوى أمام هذه المحكمة، أو طلب تحقيق بأي قضية تدخل في اختصاص المحكمة. وبعد محاولات متعددة حصلت فلسطين على لقب دولة واستطاعت الانضمام للمحكمة الجنائية الدولية، وأصبح بإمكانها أن تحيل للمدعي العام للمحكمة أي حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة قد ارتكبت، وهذا ما تم في عام 2018.

(1) (الباحث الرئيسي) استاذ مساعد - القانون العام - كلية القانون - جامعة اليرموك - المملكة الاردنية الهاشمية.

(2) (الباحث المشارك) استاذ مشارك - القانون العام - كلية القانون - جامعة اليرموك - المملكة الاردنية الهاشمية.

♦ أهمية البحث:

تتمثل أهمية البحث فيما يلي:

- 1- التعرف على الوضع القانوني لفلسطين كدولة، وأثره على الانضمام للمعاهدات والاتفاقيات.
- 2- بيان آلية انضمام فلسطين للمحكمة الجنائية الدولية.
- 3- بيان الانتهاكات الإسرائيلية الداخلة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، ودور المحكمة في ملاحقة مرتكبي هذه الجرائم.
- 4- تحليل أفعال المقاومة الفلسطينية وتصنيفها.

♦ إشكالية البحث:

تدور إشكالية البحث في مدى قيام المسؤولية الجنائية للقيادات الإسرائيلية عن الانتهاكات المرتكبة بحق الشعب الفلسطيني أمام المحكمة الجنائية الدولية؟ ومدى إمكانية اعتبار أفعال المقاومة الفلسطينية ضد الإسرائيليين من الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية؟ ويتفرع من تلك الإشكالية العديد من التساؤلات، لعل أهمها:

- ما هي العقوبات التي واجهت السلطة الفلسطينية أثناء محاولتها للانضمام للمحكمة الجنائية الدولية؟
- ما هو التأثير المترتب على فلسطين بعد حصولها على صفة دولة مراقب غير عضو؟
- هل يمكن اعتبار الانتهاكات الإسرائيلية من الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة؟
- هل يمكن ملاحقة القيادات الفلسطينية من قبل المحكمة الجنائية الدولية؟
- مدى انطباق حالة الدفاع الشرعي على أفعال المقاومة الفلسطينية؟

♦ منهجية البحث:

تم الاعتماد في هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي، وذلك من خلال وصف واستقراء نصوص المعاهدات والقرارات الدولية ذات الصلة بحقوق الشعب الفلسطيني، ومنها حقه في تقرير المصير والمقاومة، وبيان الإجراءات التي تم اتباعها للحصول على العضوية في نظام روما الأساسي، ومن خلال تحليل بعض النصوص في نظام روما والمتعلقة بالجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة الجنائية وربطها ومقارنتها بالانتهاكات الإسرائيلية.

♦ خطة البحث:

تم تقسيم هذا البحث إلى مبحثين وكل مبحث يحوي مطلبين على النحو الآتي:

– **المبحث الأول:** الإطار العام لانضمام فلسطين إلى المحكمة الجنائية الدولية

المطلب الأول: الاعتراف بدولة فلسطين.

المطلب الثاني: انضمام فلسطين للمحكمة الجنائية الدولية

– **المبحث الثاني:** إمكانية ملاحقة القيادات الإسرائيلية والفلسطينية أمام المحكمة الجنائية الدولية

المطلب الأول: الانتهاكات الإسرائيلية الداخلة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية

المطلب الثاني: التكيف القانوني لأفعال المقاومة الفلسطينية

○ **المبحث الأول: الإطار العام لانضمام فلسطين إلى المحكمة الجنائية الدولية**

لم تحصل فلسطين على استقرارها كدولة حتى يومنا هذا، فما لبثت أن أنهت الاحتلال البريطاني حتى جاء الاحتلال الإسرائيلي وفرض سيطرته على أراضيها، والذي حال دون حصولها على الاعتراف بها كدولة من قبل المجتمع الدولي، لذلك سعت فلسطين جاهدة للحصول على ذلك الاعتراف، من أجل ممارسة حقوقها لرفع الظلم عن شعبها، وخاصةً حقها في تقرير المصير، ومحاسبة إسرائيل عما ارتكبته من انتهاكات صارخة للقواعد الدولية وقرارات الأمم المتحدة. لذلك سيتم تقسيم هذا المبحث للحديث عن كيفية حصول فلسطين على الاعتراف بها كدولة في المطلب الأول، بينما سيتناول المطلب الثاني عن انضمام فلسطين إلى المحكمة الجنائية الدولية والذي جاء نتيجة الاعتراف بها كدولة.

• **المطلب الأول: الاعتراف بدولة فلسطين**

إن انضمام فلسطين إلى المحكمة الجنائية الدولية والتحقيق الذي يمكن أن تتخذه هذه الأخيرة، قد مر وسيمر بالعديد من العقبات، أولها كان عدم اعتبار فلسطين في نظر المجتمع الدولي دولة، والذي يترتب عليه حرمانها من مجموعة من الحقوق أهمها الانضمام إلى بعض الاتفاقيات والمنظمات الدولية. وبالتالي بدأت فلسطين باتخاذ الإجراءات اللازمة للاعتراف بها كدولة.

بعد ما أنهت الحكومة البريطانية انتدابها على فلسطين، قامت الأمم المتحدة، بإصدار قرار لحل النزاع القائم بين اليهود الذين هاجروا إلى فلسطين وسكانها الأصليين، وهو قرار الجمعية العامة رقم 181، والذي يدعو إلى إنشاء دولتين. ولكن لم تقم إلا دولة واحدة وهي دولة إسرائيل، والتي تتمتع بعضوية كاملة في الأمم المتحدة، وبوجود حقيقي وفعلي نتيجة الاعتراف الصادر آنذاك من الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفيتي.⁽¹⁾ بينما لم يحظى الفلسطينيون بهذا الحق. وأود الإشارة هنا بأن هذا القرار المتعلق بالتقسيم جاء مخالفاً لقواعد القانون الدولي والاتفاقيات والأعراف الدولية، فليس بالأمر المشروع دولياً استيلاء دولة على أراضي دولة أخرى وتهجير أهلها وارتكاب الجرائم بحقهم، علاوة على ذلك، تم إصدار القرار في الوقت الذي لم تكن فيه الدول العربية ممثلة في الجمعية العامة، الأمر الذي ترتب عليه عدم الاعتراف العربي والإسلامي بقرار التقسيم.⁽²⁾

لقد حاول الشعب الفلسطيني أن يسلك جميع الخيارات للحصول على حقه في إنشاء دولته، وكانت أول خطوة ملموسة في عام 1988، حيث أعلنت منظمة التحرير الفلسطينية، بصفتها الممثل الوحيد للشعب الفلسطيني، قيام دولة فلسطين على الأراضي المحتلة في عام 1967 وهي الضفة الغربية، بما فيها القدس الشرقية، وقطاع غزة، وتلا ذلك اعتراف العديد من الدول بها، وبحلول نهاية عام 1989 حصلت على اعتراف أكثر من 80 دولة.⁽³⁾

"استناداً إلى الحق الطبيعي والتاريخي والقانوني للشعب العربي الفلسطيني في وطنه فلسطين وتضحيات أجياله المتعاقبة دفاعاً عن حرية وطنهم واستقلاله وانطلاقاً من قرارات القمم العربية، ومن قوة الشرعية الدولية التي تجسدها قرارات الأمم المتحدة منذ عام 1947، وممارسة من الشعب العربي الفلسطيني لحقه في تقرير المصير والاستقلال السياسي والسيادة فوق أرضه. فإن المجلس الوطني يعلن باسم الله وباسم الشعب العربي الفلسطيني قيام دولة فلسطين فوق أرضنا الفلسطينية وعاصمتها القدس الشريف.... وتعلن دولة فلسطين التزامها

(1) احمد حسن محمد أبو جعفر، دراسة نقدية في قراري الجمعية العامة للأمم المتحدة 181 و194 المتعلقين بالقضية الفلسطينية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس/فلسطين، 2008، ص23.

(2) بوغفالة بوعيشة، فلسطين بين الشرعية الدولية والانضمام الى المحكمة الجنائية الدولية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، الصادرة عن جامعه زيان عاشور بالجلفة، المجلد 9، العدد 1، ص29-30.

(3) بوغفالة بوعيشة، المرجع نفسه، ص30.

بمبادئ الأمم المتحدة وأهدافها وبالإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والتزامها كذلك بمبادئ عدم الانحياز وسياسته".⁽¹⁾

وبعد هذا الإعلان، تم التأكيد على ضرورة حصول فلسطين على وضعها كدولة في محافل وقرارات متعددة. ففي عام 1993 وتوقيع اتفاقية أوسلو، بين المجتمع الدولي أن الحل الوحيد للصراع في الشرق الأوسط يكمن في حل الدولتين، وهو الحل الذي يقتضي بالضرورة إقامة دولة فلسطينية مستقلة ذات سيادة وقابلة للحياة. حيث تم -بموجب تلك الاتفاقية- الاعتراف بمنظمة التحرير الفلسطينية من قبل إسرائيل كممثل للشعب الفلسطيني، وبذلك تكون فلسطين أمام تحقيق لكافة العناصر التي تقوم عليها الدولة، عنصر الشعب والتمثل في مجموعة من الأفراد، وعنصر الإقليم وهو جزء من الأرض يعيش فوقه الأفراد، وعنصر السلطة السياسية وهي التنظيم السياسي الذي يخضع له الأفراد.⁽²⁾

إن اعتراف المجتمع الدولي، ممثلاً بالأمم المتحدة، بحق الشعب الفلسطيني في تقرير مصيره وإقامة دولة مستقلة هو موقف راسخ في قرارات متعددة، من أهمها قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3236 والذي يعترف أن حق الفلسطينيين في استقلال دولتهم هو حق غير قابل للتصرف، وأن من حق الشعب الفلسطيني إقامة دولته "السيادية والمستقلة". وكذلك قرار الجمعية العامة رقم 2649، الذي نص على حق الشعب الفلسطيني في تقرير المصير، وأكد القرار 2672 على أن احترام حقوق الشعب الفلسطيني غير القابلة للتصرف يشكل جزءاً حيوياً في التوصل إلى سلام عادل ودائم في الشرق الأوسط. فضلاً عن ذلك، أقرت محكمة العدل الدولية في فتاها الاستشارية الصادرة في العام 2004 بشأن تشييد جدار الفصل العازل، بعدم قانونية الإجراءات التي تنفذها إسرائيل في الأراضي الفلسطينية المحتلة والتي تقوض حق الفلسطينيين في ممارستهم لحقهم في تقرير المصير.⁽³⁾

(1) اقتباس من وثيقة اعلان الاستقلال الفلسطيني، المجلس الوطني الفلسطيني، الدورة 19، الجزائر، 15/11/1988.

(2) د.هاني علي الطهراوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، ط 4، دار الثقافة، عمان، 2014، ص 28.

(3) وثيقة حول الاعتراف بفلسطين دولة مستقلة وعضو كامل في الأمم المتحدة، مكتب المفاوضات، منظمة التحرير الفلسطينية، مؤسسة الدراسات الفلسطينية، يوليو 2011، ص. 2-3

وفي 23/سبتمبر/2011، تقدمت السلطة الفلسطينية بطلب إلى مجلس الأمن للحصول على عضوية كاملة في الأمم المتحدة،⁽¹⁾ وقدمت وثيقة الانضمام كعضو دائم على أساس الحقوق الطبيعية والقانونية والتاريخية للشعب الفلسطيني وإعلان الاستقلال 1988 وقرار 181.⁽²⁾ وبعد تحويل الطلب إلى لجنة قبول الأعضاء التابعة لمجلس الأمن، تم رفضه، بسبب عدم اكتمال النصاب، وذلك بموافقة 8 دول (النصاب 9)، حيث لم تكثف الولايات المتحدة الأمريكية بالرفض، بل هددت أيضاً باستخدام حق النقض الفيتو في حال اكتمال النصاب.⁽³⁾ ولكن خلصت اللجنة المذكورة إلى توصية مفادها منح الجمعية العامة لفلسطين مركز دولة بصفة مراقب كحل وسط.⁽⁴⁾ نتيجة لذلك، تقدمت السلطة الفلسطينية في 29/نوفمبر/2012 بطلب انضمام جديد، وجرى التصويت على مشروع القرار المقدم لنيل صفة الدولة غير العضو بصفة مراقب في الأمم المتحدة، حيث حصل القرار على موافقة 138 وعارضته 9 دول بينما امتنعت 41 دولة عن التصويت وغياب 5 دول. وبالتالي صدر القرار رقم (19/67) عام 2012 عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بمنح فلسطين وضع دولة بصفة مراقب بالأمم المتحدة.⁽⁵⁾ وقد اشارت المدعية العامة للمحكمة الجنائية آنذاك (فاتوا بنسودا) بعد هذا القرار، بأنه من غير المتصور أن لا تعتبر فلسطين دولة خصوصاً أن عدد الدول التي اعترفت بفلسطين والمنظمة للمحكمة الجنائية هي 77 دولة.⁽⁶⁾

(1) العضوية الكاملة في المنظمات الدولية لا تمنح الا للدول فقط.

(2) حكيم العمري، "إشكالية العضوية الكاملة لفلسطين في الأمم المتحدة والبدائل الممكنة"، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، المجلد 17، العدد 3، 2020، ص. 51

(3) منى متقال أبو رمضان، أثر عضوية فلسطين في الأمم المتحدة على سياسة الاتحاد الأوروبي تجاه القضية الفلسطينية 2012-2016، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2017/2016، ص. 30

(4) حكيم العمري، مرجع سابق، ص. 52

(5) فضل عصام المزيني، مكتسبات دولة فلسطين بعد حصولها على صفة "دولة مراقب غير عضو" في الأمم المتحدة، مجلة جامعة الإسراء للمؤتمرات العالمية، الصادرة عن جامعه الإسراء، العدد 2، 2018، ص 18-20.

(6) خالد سمير موسى، "أثر الاعتراف الدولي بفلسطين كدولة غير عضو على صعيد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية: إمكانية ملاحقة قادة إسرائيل السياسيين والعسكريين"، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت/فلسطين، 2017/2016، ص. 82

وبحصول فلسطين على هذه الصفة، فإن ذلك يعطيها الحق في الانضمام للوكالات المتخصصة والمنظمات الدولية التابعة للأمم المتحدة،⁽¹⁾ والانضمام إلى الاتفاقيات والمعاهدات والمواثيق الدولية الأخرى،⁽²⁾ وخاصة الحق في الانضمام إلى نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.⁽³⁾

• المطالب الثاني: انضمام فلسطين للمحكمة الجنائية الدولية

في الوقت الذي لم يكن فيه المجتمع الدولي معترف بفلسطين كدولة، حاولت السلطة الفلسطينية الحصول على حماية لضحاياها بموجب نظام روما الأساسي، حيث قدم وزير العدل الفلسطيني عام 2009 إعلاناً لدى مسجل المحكمة، ضمن فيه قبول الحكومة الفلسطينية الولاية القضائية للمحكمة الجنائية الدولية، والتحقيق في الجرائم المرتكبة من قبل الإسرائيليين، مستنداً في إعلانه لنص المادة 3/12 من نظام روما، والذي جاء فيه " إذا كان قبول دولة غير طرف في هذا النظام الأساسي لازماً بموجب الفقرة 2 جاز لتلك الدولة، بموجب إعلان يودع لدى مسجل المحكمة، أن تقبل ممارسة المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بالجريمة قيد البحث، وتتعاون الدولة القابلة مع المحكمة دون أي تأخير أو استثناء وفقاً للباب 9".⁽⁴⁾

وبموجب هذا الإعلان واستناد مدعي عام المحكمة الجنائية الدولية "لويس مورينو أوكامبو" لنص المادة 15 من نظام روما الأساسي،⁽⁵⁾ شرع بإجراء دراسة أولية للتأكد من أن الإعلان يتوافق واختصاص المحكمة أم لا، حيث سلط الضوء في دراسته الأولية على تحديد مفهوم الدولة، لمعرفة مدى انطباق ذلك على فلسطين، ولتفعيل نص المادة 12 سابقة الذكر أم لا.

(1) انضمت إلى منظمة الشرطة الجنائية الدولية (الإنترپول)، محكمة التحكيم الدائمة، الاتحاد الدولي للتغذية، صندوق

النقد الدولي، اليونيسكو، غرفة التجارة الدولية،... الخ

(2) حيث انضمت فلسطين بالفعل إلى العديد من المعاهدات، كاتفاقية مناهضة التعذيب، سيداو، العهدين الخاصين بحقوق

الإنسان، اتفاقية لاهاي المتعلقة بقواعد وأعراف الحرب البرية وملحقاتها التنفيذية.... الخ

(3) فضل عصام المزيني، مرجع سابق، ص 25.

(4) خالد سمير موسى، مرجع سابق، 2017، ص 80.

(5) تنص المادة 15 " للمدعي العام أن يباشر التحقيقات من تلقاء نفسه على أساس المعلومات المتعلقة بجرائم تدخل في اختصاص المحكمة. يقوم المدعي العام بتحليل جديده المعلومات المتلقاة ويجوز له، لهذا الغرض، التماس معلومات إضافية من الدول، أو أجهزة الأمم المتحدة، أو المنظمات الحكومية الدولية أو غير الحكومية....".

كما استند أيضاً لنص المادة 125 من ذات النظام، والتي تتيح لجميع للدول الانضمام إلى النظام الأساسي وتودع صكوك الانضمام لدى الأمين العام.⁽¹⁾ وخلص المدعي العام في نيسان 2012 إلى قرار⁽²⁾ مفاده عدم قبول اختصاص المحكمة الجنائية الدولية على الأراضي الفلسطينية، بسبب عدم وجودها كدولة،⁽³⁾ وبالتالي لا يحق لها الانضمام لنظام روما ولا حتى تقديم إعلان بقبول اختصاص المحكمة.

ونتيجة لهذا الرفض المشار إليه في الفقرة السابقة، توجهت السلطة الفلسطينية إلى الأمم المتحدة، ومنحت فلسطين صفة دولة مراقب غير عضو في الأمم المتحدة، كما أسلفنا الذكر في المطلب الأول. وفي 25/تموز/2014 قدم وزير عدل السلطة الفلسطينية "سليم السقا" والنائب العام "إسماعيل جبر" بوساطة مكتب فرنسي للمحاماة، رسالة إلى مكتب مدعي عام المحكمة الجنائية الدولية، وتضمنت الرسالة طلب فتح تحقيق أساسه الإعلان المقدم عام 2009.⁽⁴⁾ إلا أن هذا الطلب أيضاً تم رفضه من المدعية العامة وذلك بسبب أن "رئيس الدولة ورئيس الحكومة ووزير الشؤون الخارجية فقط هم المخولون بالإعلان عن موافقة فلسطين على الامتثال لاختصاص المحكمة الجنائية الدولية"، كما وأضافت أن وزير الخارجية الفلسطيني "المالكي"، كان في 5/ آب/ 2014 في زيارة لمكتب المدعي العام وأوضح من خلالها الموقف غير المؤكد للحكومة الفلسطينية على الموافقة على الطلب المقدم.

(1) بو غفالة بو عيشة، مرجع سابق، ص32.

(2) جاء هذا القرار بعد بيان صادر عن مكتب مدعي عام المحكمة والذي تضمن "إن مكتب المدعي العام قد أجرى تقييماً للقضية، وقرر أن الهيئات المعنية في الأمم المتحدة، أو مجموعة الدول التي تتكون منها المحكمة، هي المخولة بأن تقرر من الناحية القانونية ما إذا كانت فلسطين تُعتبر دولة يحق لها الانضمام إلى ميثاق روما أم لا. كما جاء في البيان أيضاً أن "ميثاق روما لا يمنح المدعي العام للمحكمة صلاحية تحديد المقصود بمصطلح "دولة". انظر الجنائية الدولية ترفض طلباً فلسطينياً بالتحقيق بـ "جرائم الحرب الإسرائيلية" على غزة ، موقع bbc news ، <https://www.bbc.com/arabic/40739743> ، تاريخ الاطلاع 2022/2/21.

(3) ياسر غازي علاونة، الاستحقاقات القانونية المترتبة على حصول فلسطين على دولة مراقب في الأمم المتحدة، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، سلسلة تقارير قانونية (79)، ص12.

(4) فالناتينا ازاروف ، فلسطين في المحكمة؟ التداييات غير المتوقعه للنقاضي أمام المحكمة الجنائية الدولية ، شبكة السياسات الفلسطينية ، <https://al-shabaka.org/briefs/> ، تاريخ الاطلاع 2022/2/22.

وردا على زيارة المالكي نشرت المدعية العامة مقالا في جريدة الغارديان، كما ونشر مكتبها بياننا أوضح فيه التالي "الجرائم التي يُزعم ارتكابها في فلسطين تقع خارج النطاق القانوني للمحكمة الجنائية الدولية" لأن الحكومة الفلسطينية لم تتخذ الخطوات اللازمة لتفعيل اختصاص المحكمة بما بإيداع إعلان جديد بموجب المادة 3/12 أو الانضمام إلى نظام روما الأساسي كدولة عضو جديدة.⁽¹⁾

وبناء على السابق أودعت السلطة الفلسطينية في 1/يناير/2015 إعلاناً جديداً استناداً لنص المادة 3/12 من نظام روما الأساسي، حيث كان هذا الإعلان ذا اثر رجعي يعود إلى 13/تموز/2014، وغاية ذلك توثيق الانتهاكات المرتكبة من قبل الإسرائيليين في قطاع غزة عام 2014 والذي راح ضحيته (2251) قتيلاً و(11231) جريحاً من بينهم مدنيين ونساء وأطفال.⁽²⁾

إن هذا الإعلان الجديد لم يكن إلا انضماماً مؤقتاً وبأثر رجعي ينتهي بالانتهاء من النظر في الجرائم محل الإعلان، وعلى ذلك قامت الحكومة الفلسطينية ببناءً على نص المادة 3/125 من النظام بإيداع طلب للانضمام لدى الأمين العام للأمم المتحدة، هذا وصرح أمين عام الأمم المتحدة في 7/1/2015 بما يلي " إن المراقب الدائم لفلسطين لدى الأمم المتحدة في نيويورك، رياض منصور، كان قد أرسل نسخاً من الوثائق المتعلقة بانضمام فلسطين إلى ست عشرة معاهدة متعددة الأطراف، ونظام روما الأساسي الذي يحكم المحكمة الجنائية الدولية. ووفقاً للقواعد الدولية ذات الصلة، أكد الأمين العام للأمم المتحدة بصفته الوديع لتلك الصكوك والمعاهدات التي تلقاها، على أنها بالشكل السليم اللازم لقبول إيداعها. وأضاف المتحدث الرسمي أنه تم إبلاغ جميع الدول المعنية بذلك من خلال تداول إشعار الإيداعات ونشرها على الموقع الإلكتروني لمعاهدات الأمم المتحدة".⁽³⁾

(1) المرجع نفسه.

(2) بوغفالة بوعيشة، مرجع سابق، ص34-35.

(3) قبول طلب انضمام فلسطين للمحكمة الجنائية الدولية، موقع الامم المتحدة،

https://news.un.org/ar/story/2015/01/216922 , تاريخ الاطلاع 2022/2/23.

وتم قبول وثيقة الانضمام إلى المحكمة الجنائية الدولية من قبل الأمين عام الأمم المتحدة "بان كي مون" في 6/يناير/2015، وبعد ذلك صدر إخطار يفيد بأن فلسطين ستصبح رسمياً من الدول الأطراف في المحكمة الجنائية الدولية في 1 /ابريل / 2015، وبهذا التاريخ أصبحت دولة فلسطين هي العضو رقم 123 ومن الأكثر حداثة في المحكمة الجنائية الدولية.⁽¹⁾ وبذلك تكون حققت غايتها التي سعت لأجلها منذ عام 2009، وكان كفيلاً بإعطائها بعض الحقوق ومكنها من الانضمام إلى المحكمة الجنائية الدولية، الذي كان هاجسا لدى الإسرائيليين وذلك لرغبتهم في الإفلات من العقاب عما ارتكبه من الانتهاكات.

○ المبحث الثاني: إمكانية ملاحقة القيادات الإسرائيلية والفلسطينية أمام المحكمة الجنائية الدولية

حصلت فلسطين على عضويتها في نظام روما الأساسي بالرغم من المحاولات الإسرائيلية المتكررة، وتواطؤ المجتمع الدولي وخاصة الولايات المتحدة الأمريكية لمنع فلسطين من أن تخطو هذه الخطوة، وذلك تقادياً لأي مسؤولية ممكن أن تطال القيادات الإسرائيلية عن الانتهاكات التي كانت توقعها على الفلسطينيين. إضافة إلى خوفها من أن تطال قياداتها الفلسطينية المسؤولية عن الأعمال التي كانت تنطلق من أراضيها وخاصة العمليات العسكرية باتجاه إسرائيل.⁽²⁾ لذلك سأخصص هاذ المبحث للحديث في المطالب الأول منه عن الانتهاكات الإسرائيلية الداخلة في اختصاص المحكمة. وفي المطالب الثاني عن الأفعال المرتكبة من قبل السلطة الفلسطينية ومدى اعتبارها جرائم تدخل في اختصاص المحكمة؟

(1) فضل عصام المزيني، مرجع سابق، ص30. ملاحظة: انضمت للمحكمة الجنائية بعض الدول بعد فلسطين، كاسلفادور

في عام 2016 وكيريباتي في عام 2019

(2) امنة بوزينة أمحمدي، انضمام فلسطين الى المحكمة الجنائية الدولية وامكانية تفعيل اختصاصها في مواجهة جرائم اسرائيل ضد الشعب الفلسطيني، أعمال المؤتمر الدولي الثالث عشر: فلسطين... قضية وحق، طرابلس 2-3 ديسمبر 2016، ص. 255

• المطب الأول: الانتهاكات الإسرائيلية الداخلة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية

نتيجة لانضمام فلسطين للمحكمة الجنائية الدولية، تم في 22/أيار/2018 إحالة الوضع في فلسطين إلى مكتب مدعي عام المحكمة، من قبل وزير الخارجية الفلسطيني رياض المالكي، حيث طالب بفتح تحقيق في الجرائم المرتكبة في جميع أنحاء أراضي دولة فلسطين، والتي شملت في الطلب الضفة الغربية بما فيها القدس الشرقية وقطاع غزة، أي الأراضي التي احتلتها إسرائيل عام 1967 (وفق خط الهدنة).⁽¹⁾

وشرعت المدعية العامة للمحكمة الجنائية الدولية (فاتو بنسودا) التحقيق في الحالة في فلسطين، ولكن ثارت إشكالية متعلقة بالنطاق الإقليمي لاختصاص المحكمة، لذلك قررت المدعية العامة في 20/كانون أول / 2019 السعي للحصول على قرار من الدائرة التمهيدية الأولى للمحكمة فيما يتعلق بالولاية الإقليمية للتأكد من الأراضي التي يجوز للمحكمة ممارسة اختصاصها عليها. وبناء على الطلب المقدم، قامت الدائرة التمهيدية الأولى في المحكمة بإصدار قرار بالأغلبية في 5/شباط/2021 والذي جاء فيه:

- 1- إن فلسطين دولة طرف في نظام روما الأساسي.
- 2- إن المحكمة الجنائية الدولية تملك ولاية قضائية إقليمية عليها.
- 3- إن هذه الولاية تمتد إلى الأراضي التي تحتلها إسرائيل منذ عام 1967 وبالتحديد غزة والضفة الغربية بما في ذلك القدس الشرقية.⁽²⁾

وعلى ضوء ذلك بينت المدعية العامة في 3/آذار/ 2021 بأن مكتبها سيبدأ بمباشرة تحقيق بخصوص الحالة في فلسطين، وسيغطي التحقيق الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة والتي يدعى ارتكابها في الحالة منذ 13/حزيران/2014،

(1) ألكسندر لونجاروف ، الولاية القضائية: "المحكمة الجنائية الدولية" والوضع في فلسطين ،موقع معهد واشنطن لسياسة الشرق الأدنى ، <https://www.washingtoninstitute.org/> ، تاريخ الاطلاع 2022/1/11.

(2) الدائرة التمهيدية الأولى في المحكمة الجنائية الدولية تصدر قرارها بشأن طلب المدعية العامة المتعلق بالاختصاص الإقليمي على فلسطين، 2021/2/5، موقع المحكمة الجنائية الدولية، تاريخ المشاهدة 2022/2/20 <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1566&ln=Arabic>

وجاء هذا القرار بعد دراسة أولية استمرت ما يقارب خمس سنوات، وأكدت فيه على ضرورة المساعدة من قبل الأطراف لتحقيق المساءلة والعدالة لصالح الضحايا الفلسطينيين والإسرائيليين.⁽¹⁾

لذلك سنحاول (بشكل مبسط ومختصر) في هذه الجزئية إسقاط الجرائم المنصوص عليها في نظام روما على الأفعال والانتهاكات المرتكبة من قبل إسرائيل، لبيان مدى اختصاص المحكمة في معاقبة كل من يقترف مثل هذه الأفعال.

تمارس المحكمة اختصاصها على جرائم محددة مذكورة في المادة الخامسة من النظام، وهي جرائم الحرب وجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الإبادة الجماعية وجريمة العدوان. وبالاطلاع على تقرير لجنة التحقيق الدولية حول العدوان الإسرائيلي على غزة عام 2014، والمنشأة من قبل مجلس حقوق الإنسان في الأمم المتحدة بتاريخ 2014/7/23، للنظر والتحقيق في جميع انتهاكات القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان في الأرض الفلسطينية المحتلة، بما فيها القدس الشرقية، وبخاصة في قطاع غزة المحتل، في سياق العمليات العسكرية المنفذة منذ 13 حزيران/2014،⁽²⁾ يتبين أن ما قامت به إسرائيل في قطاع غزة من انتهاكات هي أفعالاً ترقى إلى جرائم حرب، حيث طالبت اللجنة الجهات المعنية باتخاذ إجراءات فورية لمحاسبة المرتكبين لهذه الأفعال. وأشارت إلى أن استخدام القوة المدفعية لضرب مساحات واسعة مأهولة بالسكان وتدمير أحياء كاملة يشكل انتهاكاً لقواعد قانون الحرب، والذي على أساسه حملت القيادات العسكرية الإسرائيلية المسؤولية. كما

(1) بيان المدعية العامة للمحكمة الجنائية الدولية فاتو بنسودا بخصوص التحقيق في الحالة في فلسطين. موقع المحكمة الجنائية الدولية، تاريخ المشاهدة 2022/2/20

<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=210303-prosecutor-statement-investigation-palestine&ln=Arabic>

وينبغي التنويه إلى أن ولاية المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية فاتو بنسودا انتهت في 16 حزيران/2021، وتولى المحامي البريطاني وخبير حقوق الإنسان كريم خان منصبه أيضاً في 16 حزيران/2021.

(2) قرار مجلس حقوق الإنسان رقم "A/HRC/RES/S-21/1" الصادر بتاريخ 23/تموز 2014، المتعلق بضمناً احترام القانون الدولي في الأرض الفلسطينية المحتلة، موقع الأمم المتحدة مجلس حقوق الإنسان، تاريخ الاطلاع 2022/2/22، <https://www.ohchr.org/>

وأوصت بضرورة تطبيق كافة التوصيات التي جاءت بها لجان التحقيق السابقة وبعثات تقصي الحقائق التابعة للأمم المتحدة، من أجل تفادي ارتكاب أي جرائم أخرى.⁽¹⁾

فجرائم الحرب هي "الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف المؤرخة في 12 أغسطس 1949 وكذلك الانتهاكات الجسيمة الأخرى للقوانين والأعراف السارية والمطبقة على المنازعات المسلحة الدولية في النطاق الثابت للقانون الدولي".⁽²⁾ كما واعتبر نظام روما الأساسي جريمة الاستيطان من جرائم الحرب حسب ما جاء في المادة 8 من نظام روما الأساسي، حيث أن وجود إسرائيل على الأراضي الفلسطينية وممارستها لنفوذها وسلطاتها يشكل أبرز صور الاستيطان.⁽³⁾ بالإضافة إلى عمليات القصف العشوائي واستخدامها للأسلحة المحظورة دولياً، حيث استخدمت القوات الإسرائيلية الفسفور الأبيض في عملياتها العسكرية على المواقع السكنية والمستشفيات.⁽⁴⁾ والأسلحة الكهرومغناطيسية (أسلحة الطاقة المباشرة) وقنابل الكثافة المعدنية الخاملة دايم، والمتفجرات الوقودية الهوائية وقنابل الحرارة والضغط الفراغية، وتعمدت استهداف المدارس والجامعات والمستشفيات ومقار وكالة الغوث.⁽⁵⁾

وبالنسبة للجرائم ضد الإنسانية والتي "ترتكب ضد عدد من السكان المدنيين في إطار هجوم معتمد واسع النطاق ومتكرر ويعبر عن نهج سلوكي من قبل دولة أو منظمة أو أشخاص تقضي بارتكاب هذا الهجوم أو تعزيزاً لهذه السياسة".⁽⁶⁾ وتتشكل من أفعال تشمل القتل العمد،

(1) بوغفالة بوعيشة، مرجع سابق، ص 34.

(2) أ.د. سهيل حسين فتلاوي، موسوعة القانون الدولي الجنائي، جرائم الحرب وجرائم العدوان، الكتاب الثاني، ط1، دار الثقافة، عمان، 2011، ص. 41.

(3) تريببت رشيدة، العراقيل القانونية التي تحول دون ممارسة المحكمة الجنائية الدولية لصلاحياتها القضائية في مواجهة الجرائم الإسرائيلية المرتكبة في الأراضي الفلسطينية المحتلة، مجلة صوت القانون، المجلد الخامس، العدد 2، 2018، ص. 231-322.

(4) د. شير عبد الوهاب، نتائج انضمام فلسطين للمحكمة الجنائية الدولية في مواجهة الجرائم الإسرائيلية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 2، 2015، ص. 235.

(5) ولد يوسف مولود، "حول موقف إسرائيل المعادي للمحكمة الجنائية الدولية: بين مخاوف المساءلة والعقاب ونتائج انضمام فلسطين الى نظام روما الأساسي" المجلة الجزائرية للأبحاث والدراسات، المجلد 4، العدد 1، 2021، ص 247-248.

(6) أ.د. سهيل حسين الفتلاوي، جرائم الإبادة الجماعية وجرائم ضد الإنسانية، الكتاب الأول، ط 1، دار الثقافة، عمان، 2011، ص. 208.

وإبعاد السكان أو نقلهم القسري، والسجن والتعذيب والاعتصاب والفصل العنصري وغيره.⁽¹⁾ نجد أن التقارير الصادرة من لجان التحقيق الدولية تؤكد على وقوع هذه الجرائم من خلال إثباتها أن المدنيين هم أكبر ضحايا العدوان الإسرائيلي على غزة.⁽²⁾ وفي تقرير صادر عن منظمة هيومن رايتس ووتش أشارت فيه إلى أن السلطات الإسرائيلية تمارس "الابارتهايد" الفصل العنصري والاضطهاد، وبذلك ترتكب جرائم ضد الإنسانية بحق الفلسطينيين. وفي مقابلة أجريت مع مسؤول مكتب المنظمة في فلسطين الحقوقي عمر شاعر للوقوف على بعض حيثيات هذا القرار، بين أن المنظمة تتوخى الحذر عند الحديث عن الجرائم ضد الإنسانية، ولكي تصدر مثل هذا القرار يجب أن تكون مستندة إلى حقائق قوية ومدعومة بشكل كامل بإثباتات، وجاء القرار بعد تأكدها القاطع بنية السيطرة لدى الإسرائيليين.⁽³⁾

وعددت المادة السادسة من نظام روما الأساسي صور جريمة الإبادة الجماعية، وتعني أي فعل يرتكب بقصد إهلاك جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية بصفقتها هذه، إهلاكاً كلياً أو جزئياً، كقتل أفراد الجماعة، وإلحاق الضرر الجسدي أو العقلي بهم، وإخضاعهم عمداً لأحوال معيشية يقصد بها إهلاكهم. وبإسقاط الركن المادي لهذه الجريمة على الحال في فلسطين، نجد أن الاحتلال الإسرائيلي ارتكب العديد من المجازر الجماعية والحروب العدوانية، وعمل على تدمير المدن والقرى من أجل تصفية سكان المنطقة وإخلائها لهم.⁽⁴⁾ والأمثلة كثيرة على ذلك، نضرب منها ما تم في صباح 20/تموز/2014 قصف المدافع الإسرائيلية وبصورة عشوائية حي الشجاعية شرق قطاع غزة، والذي راح ضحيته ما يقرب 74 قتيلاً، من بينهم 17 طفلاً.⁽⁵⁾ وفي 13/نيسان/2021 قام الجيش الإسرائيلي باعتداءات في المسجد الأقصى "حي الشيخ جراح" في محاولته لإخلاء 12 منزل فلسطيني من أجل تسليمه للمستوطنين اليهود، وأسفر عن هذا العدوان مقتل 288 فلسطيني، كان من بينهم 69 طفلاً و40 امرأة و17 مسناً

(1) المادة 7 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(2) شينتر عبد الوهاب، مرجع سابق، ص. 235.

(3) ابتسام عازم، مسؤول مكتب هيومن رايتس في فلسطين ل "العربي لجديد": إسرائيل ترتكب جرائم ضد الإنسانية بحق الفلسطينيين، موقع العربي الجديد، <https://www.alaraby.co.uk>، تاريخ الاطلاع 2021/11/26.

(4) امنة بوزينة امحمدي، مرجع سابق، ص 335-336.

(5) المجازر الإسرائيلية، وفا، وكالة الأنباء والمعلومات الفلسطينية، تاريخ الاطلاع 2022/2/24 https://info.wafa.ps/ar_page.aspx?id=dvXcoha4793979861advXcoh

فضلا عن 8900 جريح.⁽¹⁾ وأشار تقرير لجنة حقوق الإنسان لعام 2014 إلى هجوم إسرائيلي على مبنى سكنى أدى إلى مقتل 742 شخص، من بينهم 370 طفل و 241 امرأة.⁽²⁾ وأما فيما يخص جريمة العدوان، فإن استعمال القوة المسلحة من قبل دولة ضد سيادة دولة أخرى أو سلامتها الإقليمية أو استقلالها السياسي، بأي صورة تتنافى مع ميثاق الأمم المتحدة، يعتبر عمل عدواني كفرض حصار على موانئ الدولة.⁽³⁾ وبالنظر لذلك تعتبر هذه الجريمة من أكبر الجرائم التي ترتكبها إسرائيل في حق الفلسطينيين، حيث يتم ذلك من خلال استعمال القوة المسلحة ضد سيادة الدولة الفلسطينية وبأمر من الأشخاص المتحكمين في العمل السياسي والعسكري.

بعد هذا الاستعراض للجرائم، نجد أن إسرائيل ارتكبت الكثير من الجرائم الدولية بأساليب وصور متنوعة، حيث خلص مكتب المدعي العام في المحكمة الجنائية الدولية في تقريره عام 2020 بأن ثمة أساس معقول للاعتقاد بأن الجيش الإسرائيلي قد ارتكب جرائم دولية (جرائم حرب).⁽⁴⁾ وعلى الرغم من أن مكتب الادعاء العام قد شرع في التحقيق فإننا نأمل أن يتم ملاحقة المسؤولين الإسرائيليين عن كل هذه الانتهاكات التي تتم من قبل قواتهم المنفذة لأوامرهم (حيث لا يعتد بالحصانات أمام المحكمة)⁽⁵⁾، وذلك لأن الأساس القانوني للمساءلة متوفر، حيث أسلفنا الذكر أن هذه الأفعال تدخل ضمن اختصاص المحكمة الزماني والمكاني.⁽⁶⁾

• المطلب الثاني: التكيف القانوني لأفعال المقاومة الفلسطينية

إن انضمام فلسطين إلى المحكمة الجنائية الدولية يحمل في طياته الكثير من الفرص والتحديات بنفس الوقت، فعلى الرغم من اعتباره إنجاز ونصرة للشعب الفلسطيني، إلا أنه قد يشكل خطر على القيادات الفلسطينية، وتتمثل في قيام السلطات الإسرائيلية والولايات

(1) الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، حول العدوان على قطاع غزة، 2021، <https://www.ichr.ps/cached.pdf>

(2) شيتير عبد الوهاب، مرجع سابق، ص. 236.

(3) انظر المادة 8 مكرر من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(4) المحكمة الجنائية الدولية، مكتب المدعي العام، (فلسطين) تقرير عن أنشطة الدراسة الأولية، 2020/12/14، ص. 56.

(5) المادة 27 و28 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(6) للتأكيد: تاريخ بدء نفاذ النظام الأساسي بالنسبة لفلسطين هو 2014/6/13، لأنها قبلت باختصاص المحكمة للنظر

في الجرائم المرتكبة من هذا التاريخ. حكيم العمري، مرجع سابق، ص. 1079

المتحدة الأمريكية بتنفيذ تهديداتها السابقة والمتعلقة بتقديم ادعاء ضد القيادات الفلسطينية والتي تعتبرها جماعات إرهابية، وذلك من أجل ردعها وتراجعها عن قرارها في الانضمام لنظام روما. ومن الدعاوى المتوقع رفعها ضد المسؤولين الفلسطينيين، هي دعوى ضد قادة حركة حماس والجهاد الإسلامي، حيث قاموا بإصدار أوامر بإطلاق صواريخ من غزة على مناطق مدنية إسرائيلية.⁽¹⁾

وقبل الحديث عن ماهية هذه التصرفات التي قامت بعضها القيادات الفلسطينية وتكييفها القانوني، يثور التساؤل، هل تستطيع إسرائيل اللجوء إلى المحكمة الجنائية الدولية وتقديم شكوى على الرغم من أنها ليست عضو في المحكمة؟ وفي حال كان التحليل القانوني لذلك بالإيجاب، ماذا يمكن أن نعتبر الأفعال التي قامت بها القيادات الفلسطينية؟ هل هي جرائم دولية كما هو الحال في الانتهاكات الإسرائيلية، أم يمكن اعتبارها حالة دفاع شرعي؟

بداية، إسرائيل تعتبر دولة معترف بها من قبل الأمم المتحدة والعديد من الدول، وبالتالي من حقها تقديم ادعاء وشكوى، وفقاً للمادة 12 فقرة 3⁽²⁾ والتي تعطي للدول غير الأعضاء في النظام الحق في تقديم ادعاء من خلال إيداعهم لإعلان لدى سجل المحكمة يتضمن الموافقة على اختصاص المحكمة، وعلى الرغم من أن إسرائيل لحد الآن لم تقبل اختصاص المحكمة بأي طريقة حتى بالإعلان، فإن ذلك لا يمنعها من أن تقوم بذلك مستقبلاً. أو حتى أن يقوم بذلك عنها حليفاتها وصاحبة العضوية الدائمة في مجلس الأمن وهي الولايات المتحدة الأمريكية، حيث يمكن أن ينعقد اختصاص المحكمة إذا تمت الإحالة لها من قبل مجلس الأمن بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة.⁽³⁾

حيث يتضح من نص المادة 13/ب أن هناك شروط معينة للإحالة وهي (أن تكون الإحالة من مجلس الأمن، وأن تكون الإحالة بناء على الفصل السابع من الميثاق، أن يبدو لمجلس

(1) أمنة بوزينة، مرجع سابق، ص. 232-233

(2) المادة 3/12 من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. "إذا كان قبول دولة غير طرف في هذا النظام الأساسي لازماً بموجب الفقرة 2، جاز لتلك الدولة بموجب إعلان يودع لدى سجل المحكمة، أن تقبل ممارسة المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بالجريمة قيد البحث، وتتعاون الدولة القابلة مع المحكمة دون أي تأخير أو استثناء وفقاً للباب 9"

(3) المادة 13/ب من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

الأمن ارتكاب جريمة أو أكثر من الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة⁽¹⁾. وعليه فإنه لا يوجد ما يمنع مجلس الأمن من إحالة أي ادعاء ضد القيادات الفلسطينية، لأن نص المادة لم يذكر أي شرط يتعلق بعضوية الدول أو قبولها لاختصاص المحكمة، وهذا ينطبق والحالة في فلسطين. نستنتج من ذلك أن بإمكان إسرائيل تقديم ادعاء إلى المحكمة بنفسها أو عن طريق مجلس الأمن، لذلك سنحاول الإجابة عن السؤال الثاني والمتعلق بردود أفعال السلطة الفلسطينية، هل هي أفعال مقاومة مشروعة وفقاً لحق تقرير المصير أو جرائم داخلية في اختصاص المحكمة.

قامت القيادات الفلسطينية بإطلاق صواريخ في العمق الإسرائيلي، إلى جانب العمليات التي نفذتها داخل المناطق الإسرائيلية، وفي إثراء العدوان على قطاع غزة عام 2014، أقدمت المقاومة الفلسطينية على قصف المناطق الإسرائيلية بمئات الصواريخ مما أسفر عنه مقتل وإصابة ما يقارب 10 مدنيين، ومقتل 64 جندي إسرائيلي، حيث يمكن أن تشكل هذه الأفعال ووفقاً لنظام روما الأساسي جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية⁽²⁾. ولكن إذا نظرنا من الزاوية الأخرى، يمكن أن تعتبر هذه الأفعال ممارسة لحق معترف به دولياً للشعوب المحتلة، وهو حق تقرير المصير.

إن حق الشعب الفلسطيني في تقرير مصيره يعتبر من أهم الحقوق المعترف بها دولياً، فهو مبدأ قانوني ملزم، ومن القواعد القانونية الآمرة، فقد أكد على هذا الحق العهود والمواثيق الدولية⁽³⁾، هذا فضلاً عن قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة والتي جاءت على تأكيد حقوق الشعب الفلسطيني غير القابلة للتصرف بشكل عام، وعلى حقه في تقرير مصيره بشكل خاص⁽⁴⁾.

(1) عمر سدى، سلطة مجلس الأمن في إحالة الجرائم الدولية إلى المحكمة الجنائية الدولية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست - معهد الحقوق والعلوم السياسية، العدد 12، 2017، ص 167-168.

(2) أمينة بوزينة أمحمدي، ص 261.

(3) انظر المادة 1/1 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والمادة 1/1 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وأيضاً المادة 2/1 من ميثاق هيئة الأمم المتحدة حيث تضمن ما يفيد بحق الشعوب في تقرير مصيرها.

(4) رحيمة لدغش، سليمة لدغش، "ضمانات القانون الدولي لحق الشعب الفلسطيني في تقرير مصيره" مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنتشلة، المجلد 7، العدد 2، 2020، ص. 248.

نذكر من هذه القرارات، قرار رقم 1514 بتاريخ 1960/12/14 " إن خضوع الشعوب للاستعباد الأجنبي أو سيطرته أو استغلاله يعتبر إنكاراً لحقوق الإنسان الأساسية ويناقض ميثاق الأمم المتحدة ويهدد قضية السلام والتعاون الدولي وإن للشعوب جميعها حق تقرير مصيرها".⁽¹⁾ وقرار رقم 9/36 بتاريخ 1981/10/28 "تعيد الجمعية العامة تأكيد ما للشعب الناميبي والشعب الفلسطيني وسائر الشعوب الواقعة تحت السيطرة الأجنبية والاستعمارية من حق الغير قابل للتصرف في تقرير المصير والاستقلال الوطني والسلامة الإقليمية والوحدة الوطنية والسيادة دون أي تدخل أجنبي". وقرار رقم 2336 لعام 1974، والذي بموجبه تعترف للشعب الفلسطيني بحقه في استعادة حقوقه بكافة الوسائل، وتمنح الشرعية المطلقة لهذا الشعب في العمل على مقاومة المعارضين لهذه الحقوق.

وعليه وبما أن الشعب الفلسطيني سلب حقه في تقرير مصيره فإن هذا ينشئ له الحق في المقاومة والدفاع عن نفسه، بالتالي فإن حق الشعب الفلسطيني في المقاومة وحقه في الدفاع الشرعي أمر ثابت ومستقر بموجب العهود والمواثيق الدولية، بغض النظر عن الإنكار الإسرائيلي لذلك. هذا وبينت محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري حول الآثار القانونية الناشئة عن بناء الجدار العزل في الأراضي الفلسطينية، أن تشييد هذا الجدار يشكل عائقاً في ممارسة الشعب الفلسطيني لحقه في تقرير المصير، ويعد خرقاً لالتزام إسرائيل باحترام هذا الحق.⁽²⁾ كما أكد هذا الرأي بوجود حق طبيعي في الدفاع عن النفس في حالة شن دولة اعتداء مسلح على دولة أخرى، ويبدو أن إسرائيل لا تدعي أن الاعتداءات عليها يمكن أن تنسب إلى دولة أجنبية، ونلاحظ أيضاً أن إسرائيل تمارس السيطرة في الأرض الفلسطينية المحتلة وإن التهديد الذي يعتبر مبرر لتشييد الجدار (العمليات الاستشهادية) تتبع من داخل تلك الأرض وليس من خارجها.

(1) ممدوح محمد يوسف عيسى ، حق الدفاع الشرعي في القانون الدولي: حالة النزاع الفلسطيني الإسرائيلي ،رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة الشرق الأوسط ،الأردن ، 2013 ، ص118.

(2) رحيمة لدغش ، سليمة لدغش، مرجع سابق، ص. 251.

أي أن ما تدعي به إسرائيل بممارسة حقها في الدفاع الشرعي ضد الشعب الفلسطيني لتبرر ما تقوم به من أفعال وإلغاء المشروعية على أفعالها وانتهاكاتهما ليس له أي أساس قانوني حسب رأي المحكمة.

وإن ما تدعي به إسرائيل من قيام إرهاب وأفعال غير مشروعة من الجانب الفلسطيني، هو فقط محاولة لانتزاع الحماية القانونية التي يتمتع بها أفراد حركات المقاومة المسلحة بموجب أحكام القانون الدولي الإنساني والمواثيق الدولية، بحيث تضيف صفة الإرهاب عليهم من أجل إهدار حقهم في تقرير المصير والمقاومة.⁽¹⁾

يتبين لنا أن ما تقوم به فلسطين من ردود وأفعال مقاومة يمكن أن يندرج تحت حالة من الدفاع الشرعي، والذي يجد سنده بحقها في تقرير مصيرها، وعليه فإن الأفعال التي قامت بها حركات المقاومة الفلسطينية في العمق الإسرائيلي مبررة من وجهة نظرنا ولا تشكل أي جرائم أو انتهاكات.

○ الخاتمة

بعد الانتهاء من هذه الدراسة، تم التوصل إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، فيما يلي أبرزها:

• أولاً: النتائج

- 1- تعتبر فلسطين دولة بالمعنى القانوني، وتؤكد ذلك من خلال حصولها على صفة دولة مراقب غير عضو في الأمم المتحدة.
- 2- من حق الدولة الفلسطينية الانضمام للمعاهدات والاتفاقيات الدولية، وكذلك المنظمات والوكالات الدولية، حيث أصبحت طرف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(1) خالد كريم المشاقبة، الأبعاد القانونية والسياسية للخلط بين الإرهاب وحق المقاومة المسلحة، رسالة ماجستير، معهد بيت الحكمة، جامعة آل البيت، الأردن، 2007، ص 139-140. وانظر في ذلك أمنة بوزينة أمحمدي، "إشكالية الخلط بين الإرهاب الدولي والمقاومة المسلحة (حالة المقاومة الفلسطينية)" مجلة جامعة الإسراء للعلوم الإنسانية، العدد الأول، 2016، ص. 38.

- 3- تأكيد التقارير الدولية التابعة لمجلس حقوق الإنسان على ارتكاب إسرائيل للعديد من الانتهاكات التي تصنف كجرائم دولية تدخل ضمن الاختصاص الزماني والمكاني للمحكمة الجنائية الدولية، وبالتالي إمكانية ملاحقة قياداتها عن تلك الجرائم.
- 4- تستطيع إسرائيل تقديم ادعاء ضد القيادات الفلسطينية أمام المحكمة الجنائية الدولية، على الرغم من أنها ليست عضو في المحكمة.
- 5- إمكانية تصنيف الأفعال المرتكبة من قبل حركات المقاومة الفلسطينية من قبيل حق ممارسة الدفاع الشرعي وإعمالاً لحق تقرير المصير، الذي يترتب في حال ثبوته عدم قيام المسؤولية على قياداتهم أمام المحكمة الجنائية الدولية.

• ثانياً: التوصيات

1. نأمل متابعة المحكمة للتحقيقات التي تم بدأها بشكل سريع، وعدم استعمال سياسة الانتقائية في التعامل مع الملفات.
2. نحث المجتمع الدولي والعربي من دول ومنظمات الوقوف إلى جانب المقاومة الفلسطينية، وتدعيم موقفها ومساعدتها في جمع الأدلة وإعداد الملفات كلما تطلب ذلك.
3. نوصي بأن تقوم الدول الأطراف بتقديم المساعدة للمحكمة لتمكينها من القيام بمهامها.

الدراسة الرابعة:

واقع علاقة حلف الناتو بروسيا الاتحادية بعد الحرب الباردة

د. حسن ناصر عبد الحسين الشمري⁽¹⁾

إنّ دعوة الجمهوريات المستقلة من الاتحاد السوفييتي للانضمام إلى عضوية حلف الناتو ومحاولة إثارة الازمات في دول الكومنولث الروسي ونصب الدرع الصاروخي في وسط وشرق أوروبا وتركيز قوات الحلف في أهم البحار العالمية القريبة من روسيا الاتحادية لمحاصرتها ورفض انضمامها إلى عضوية الحلف وإخراجها من مجموعة الدول الثمانية والعمل على عرقلة انضمامها إلى المنظمات الدولية، محاولات لازلت مستمرة من قبل دول حلف الناتو لتجسيم الدور الروسي في البيئتين الإقليمية والدولية. كل تلك النشاطات كشفت عن طبيعة العلاقة بين حلف الناتو وروسيا الاتحادية بعد الحرب الباردة. إنّ نشاطات دول حلف الناتو بعد انتهاء الحرب الباردة تضمنت الكثير من الأفعال السياسية والأمنية فضلاً عن النشاطات الاقتصادية التي استهدفت روسيا الاتحادية بشكل مباشر. هذه النشاطات تكررت في كثير من المواقف لتظهر طبيعة العلاقة التي تروم الدول الأوروبية-الأمريكية ترسيخها تجاه روسيا الاتحادية خلال فترة ما بعد الحرب الباردة.

- ♦ **هدف البحث:** الاحاطة بسلوك دول حلف الناتو تجاه روسيا الاتحادية وردود الفعل الروسية في مرحلة ما بعد الحرب الباردة في ظل استمرار تقاطع وتعارض مصالح تلك الدول.
- ♦ **مشكلة البحث:** إلى أي مدى تستطيع دول حلف الناتو بقيادة الولايات المتحدة الأمريكية محاصرة روسيا الطامحة في استعادة مكانتها الدولية ودورها العالمي؟
- ♦ **فرضية البحث:** يرى الباحث: استمرار حالة الصراع بين دول بأدوات ووسائل جديدة.

(1) استاذ مساعد جامعة الكوفة /كلية العلوم السياسية.

♦ **هيكلية البحث:** للإحاطة بالموضوع تم تقسيم البحث الى مبحثين: المبحث الاول: استراتيجية حلف الناتو اتجاه روسيا الاتحادية بعد الحرب الباردة، أما المبحث الثاني: الاستراتيجية الروسية لحفظ أمنها القومي.

○ **المبحث الأول: استراتيجية حلف الناتو اتجاه روسيا الاتحادية بعد الحرب الباردة**

تميزت نشاطات دول حلف الناتو في تعاملاتها السياسية مع روسيا الاتحادية بعدم التعاطي مع رغبة القيادة الروسية الجديدة تعميق الاندماج في المجتمع الأوروبي أو التعاطي مع سياسة التوجه الأورو- أطلسي الروسية، ورفض الانضمام إلى الحلف الأطلسي وعدم الدعم الاقتصادي الذي كانت تطمح به روسيا من الدول الغربية والمحاولات الجادة من أغلب أعضاء حلف الناتو ولاسيما الولايات المتحدة الامريكية بعرقلة قبول عضوية روسيا الاتحادية في منظمة التجارة العالمية، فضلا عن إثارة النزاعات في الكومنولث الروسي وتغيير الانظمة السياسية الموالية لروسيا الاتحادية، وعدم قبول مبادرات الرئيس (يلتسن) في احترام حقوق الإنسان والتشكيك بكل إصلاحاته الداخلية من قبيل تطبيق الديمقراطية في المجتمع الروسي، والتقليل من شأن خطوة خفض الترسانة النووية الهائلة التي تمتلكها روسيا الاتحادية من طرف واحد بالقول: بأنّ الترسانة النووية الهائلة التي تمتلكها روسيا الاتحادية لم يجري عليها تغيير حقيقي مثلما كانت تأمل الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الأوروبيين واستقطاب أغلب دول الكومنولث الروسي الى عضوية حلف الناتو وعقد العديد من الاتفاقيات الأمنية معها ومحاولة استدراج روسيا في سباق تسلح جديد لإحراز التفوق الاستراتيجي في منطقة أرووسيا وتهديد الامن القومي الروسي. لقد أدرك القادة الروس نوايا وأهداف الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين في ادمت التفوق الاستراتيجي الذي تم احرازه بعد تفكك دول الاتحاد السوفييتي عام 1991 عبر تنفيذ سياسة احتواء بوسائل جديدة بهدف إضعاف دور روسيا في النظام الدولي. الامر الذي أدى الى تصاعدت أصوات القوميين الروس أمثال: (يفغيني وزيجانوف وجيرنوفسكي) ضد سياسة الرئيس الاسبق (بورس يلتسن) المهادنة لسياسة الدول الغربية.

• المطب الأول: النشاطات السياسية والاقتصادية لحلف الناتو اتجاه روسيا الاتحادية

يعتقد القادة الروس أن أبرز مصاديق النشاطات السياسية لدول حلف الناتو المعادية لروسيا الاتحادية بعد الحرب الباردة تكرر محاولات اسقاط الأنظمة السياسية في رابطة الدول المستقلة الموالية لروسيا الاتحادية لفرض العزلة السياسية عليها. إن قيام الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الأوروبية بمحاولة فرض العزلة السياسية على روسيا الاتحادية تعد من أهم عوامل تهديد الأمن القومي الروسي بنظر القيادة الروسية. فقد استغلت دول حلف الناتو منذ عقد التسعينيات من القرن العشرين جملة من الاحداث منها: توقيع بروتوكول (بودابست) في 1991/6/28، الذي تم بموجبه الاتفاق على حل منظمة (الكوميكون) الخاصة بتبعية دول أوروبا الشرقية للاتحاد السوفيتي والتوقيع على بروتوكول (براغ) في 1991/7/1، الخاص بحل (حلف وارشو) وسحب بعض من القوات الروسية التي كانت مرابطة في شرق أوروبا، فضلاً عن تنفيذ سياسة الرئيس الأسبق (يلتسن) بالتوجه الاورو-أطلسي، لدخول مناطق الجوار الروسي في الجانب الاوروبي والآسيوي ومنها جمهوريات آسيا الوسطى والقوقاز وشرق أوروبا لتقترب من الحدود الروسية، مما مكن الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها في حلف الناتو أن ينشئوا لهم عدة قواعد عسكرية في دول الكومنولث الروسي وأن يدعموا المعارضين للأنظمة السياسية الموالية لروسيا الاتحادية للقيام بثورات عرفت بـ (الثورات الناعمة) مثل: (الثورة البرتغالية) (وثورة الورد) (وثورة التوليب) (والثورة المخملية).

لقد اتخذت الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الاوربيين نهجاً سياسياً ثابتاً ضد روسيا الاتحادية تمثل بإسقاط الأنظمة السياسية الموالية لها في الكومنولث الروسي، مناطق مجال روسيا الحيوي. وكانت جورجيا وأوكرانيا أبرز تلك الدول التي تم اسقاط أنظمتها السياسية الموالي لروسيا.

لقد ساهمت الدول الأوروبية في نجاح مساعي الولايات المتحدة الأمريكية في تأجيج الثورات ضد الأنظمة السياسية الموالية لروسيا لفرض نوع من العزلة السياسية عليها في وقت كانت روسيا تعاني من المشكلات السياسية والعسكرية والاقتصادية، الأمر الذي سمح لدول

حلف الناتو من أن تضع لها مواطئ قدم في أغلب دول الكومنولث الروسي ومحاصرة روسيا واحكام الطوق عليها⁽¹⁾.

أما مسألة إثارة النزاعات في دول الكومنولث الروسي (رابطة الدول المستقلة)، المشروع الاتحادي الذي بدأته روسيا الاتحادية عوضاً عن حلف وارشو الذي تم حله في عام 1991، فان المسؤولين الروس يستدلون على ذلك من خلال: تصريحات المسؤولين الامريكيين التي تبين بأن المصالح الأمريكية تتركز في إقليمي البلقان والقوقاز وتكثيف النشاطات الامريكية المعادية لروسيا وتوسيع التواجد العسكري لقوات حلف الناتو في الاقليمين. الامر الذي أثار حفيظة القادة الروس واشعرتهم بتهديد مصالح روسيا العليا وبخطورة الوضع في هذه المناطق التي تعدها روسيا مجالها الحيوي. كما يؤكدون المسؤولين الروس تورط الولايات المتحدة الأمريكية بدعم الانفصاليين الشيشان في مساعيهم للانفصال⁽²⁾.

وقد جاء إعلان الرئيس الأسبق (بورس يلتسن) عام 1997 ليؤكد مخاوف روسيا في منطقة القوقاز التي تنطوي على خطر الانفجار، وان هناك عدد من المؤشرات يمكن لها أن تعيق السلام هناك باستهداف مصالح روسيا من قبل دول أخرى⁽³⁾.

إنّ أولى الأزمات المتهمه بإثارتهها الولايات المتحدة الأمريكية كانت الأزمة الشيشانية التي تفجرت في المرة الأولى بين عامي (1994-1996) وفي المرة الثانية عام (1999) بتقديم الدعم اللوجستي والمالي للانفصاليين الشيشان الذين اتخذوا مضيق (بانكيس) في جورجيا على الحدود الشيشانية-الروسية-الجورجية مقراً لهم. كما كرروا المسؤولين الروس اتهاماتهم للولايات المتحدة بالتدخل في اثاره الاضطرابات التي حصلت أثناء اختيال الرئيس الشيشاني الموالي لروسيا (أحمد

(1) جميل مطر، تطويع الخصم: الضغوط الغربية على روسيا، مجلة المستقبل العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، العدد (323)، 2006، ص50.

(2) نادية فاضل عباس الفضلي، المأزق الروسي في الشيشان إلى أين؟، نشرت أوراق دولية، العدد 141، مركز الدراسات الدولية، جامعة بغداد، 2005، ص18.

(3) جورج حداد، جورجيا: خنجر في خاصرة روسيا، بحوث سياسية، العدد 4757، 2015، في شبكة المعلومات .www.mazmi.org

قديروف) في التاسع من آيار عام 2004، وقد عانت روسيا من تلك الاضطرابات ما بين عامي (2003-2004)⁽¹⁾.

أما في القوقاز فالولايات المتحدة الامريكية متهمة ايضاً من القادة الروس بإثارة جميع النزاعات التي حدثت هناك. ففي النزاع الأرميني-الأذربيجاني حول إقليم (ناجورني كاراباخ) الذي حدث عام 1992 بشكل رسمي بعد إصدار أرمينيا قراراً ضمت بموجبه إقليم (ناجورني كاراباخ) إلى السيادة الوطنية، الأمر الذي أدى إلى تفاقم الأزمة بين أرمينيا وأذربيجان، وقد أبدت الولايات المتحدة الامريكية انحيازها لصالح أرمينيا في ذلك النزاع، وقد اشار (ستروب تالبوت (Strobe Talbott) نائب وزير الخارجية الأمريكي آنذاك في خطاب له عام 1992 بذلك⁽²⁾.

وفي النزاع الجورجي-الروسي الذي بدأ في آب/أغسطس عام 2008. فقد اتهم القادة الروس الولايات المتحدة الأمريكية بإقناع الحكومة الجورجية وتحريض مسؤوليها على اجتياح إقليم (أسييتيا الجنوبية) والاعتداء على القوات الروسية هناك، الأمر الذي أدى الى اثاره النزاع الجورجي-الروسي. بعد ساعات من انتهاء زيارة وزيرة الخارجية الأمريكية آنذاك (كونديليزا رايس) الى جورجيا⁽³⁾.

والحال في البلقان لم يختلف عنه في القوقاز، إذ يؤكد المسؤولون الروس بأن نشاطات الخارجية الأمريكية واضحة في اثاره الأزمات في البلقان التي عرفت بالثورات الملونة، حيث دعمت الولايات المتحدة الامريكية الأحزاب المعارضة في أوكرانيا للاعتراض على الانتخابات الرئاسية التي فاز بها فيكتور (يانوكوفيتش) المقرب من موسكو عام 2004. وقد استجابت هذه الأحزاب وأعلنت العصيان المدني والتجمع أمام قصر الرئاسة مطالبة بإعادة الانتخابات، وهو ما عرف بالثورة البرتقالية التي أطلقت شرارتها تلك الأحزاب الموالية للولايات المتحدة الأمريكية، وفعلاً تم اعادة الانتخابات في حينها وانتخب (فيكتور يوشنكو) المؤيد للسياسة الامريكية رئيساً للبلاد أواخر عام 2004. إذ بدأ الرئيس المنتخب بإعلان رغبة أوكرانيا في الانضمام إلى حلف الناتو وانهاء الوجود العسكري الروسي في قاعدتي (كريميا وسيفاستوبيل)،

(1) نادية فاضل عباس الفضلي، مصدر سابق، ص18.

(2) لهيب عبد الخالق، بين انهيارين: الإستراتيجية الأمريكية الجديدة، الأهلية للنشر والتوزيع، عمان، 2007.

(3) واثق محمد براك، الأبعاد الاستراتيجية للحرب الروسية-الجورجية، أغسطس/2008، مركز الدراسات الإقليمية، جامعة الموصل، العدد 34، 2014، ص188.

الأمر الذي عكر صفو العلاقات الروسية الأوكرانية. وقد استمرت السياسة الأوكرانية بهذا النهج، مما جعلها ساحة صراع دائم بين روسيا والولايات المتحدة الأمريكية اتخذوا من إسقاط الحكومة الأوكرانية وسيلة لرعاية مصالحهم. وعلى أثر هذه النشاطات في افتعال الأزمات في دول الكومنولث الروسي لإحباط مساعي روسيا إقامة مشروعها الوحدوي وتجريدها من نفوذها التقليدي في مناطق مجالها الحيوي يظهر الصراع الأمريكي - الروسي إلى العلن من جديد⁽¹⁾. لقد أشار مستشار الأمن القومي الأمريكي السابق (زيبغينيو بريجنسكي) بأن روسيا المقترنة بأوكرانيا يمكن لها أن تكون إمبراطورية ولكنها من دون أوكرانيا هي مجرد دولة⁽²⁾. وتنفيذاً لسياسة قطع خطوط الملاحة الدولية وإحكام الطوق على روسيا الاتحادية قامت دول حلف الناتو بتوسيع تواجدتها العسكري في أهم البحار العالمية مستغلةً خسارة روسيا للعديد من الموانئ في البحر الأسود وبحر البلطيق وبحر قزوين، مما جعلها تعاني من صعوبة الاتصال بخطوط الملاحة الدولية⁽³⁾.

لقد واجهت روسيا الاتحادية تحديات أمنية كبيرة حراء توسيع الوجود العسكري الأمريكي - الأوروبي في مجال روسيا الحيوي لمناطق: آسيا الوسطى والقوقاز والبلقان وإنشاء شبكة الصواريخ في (بولندا وتشيكيا) في إطار مشروع الدفاع الصاروخي، فضلاً عن دعم مطالب أذربيجان وأرمينيا للانضمام إلى (الناتو) وتزايد قواعد الناتو العسكرية فيها عبر إبرام العديد من المعاهدات السياسية والاقتصادية والأمنية للحد من الدور الروسي في رابطة الدول المستقلة⁽⁴⁾. أما عن سياسة إستبعاد روسيا الاتحادية من حلف الأطلسي. فقد بررت دول حلف الناتو ولاسيما الولايات المتحدة الأمريكية عدم قبول عضوية روسيا الاتحادية في حلف الناتو، بأن روسيا الاتحادية دولة كبيرة وضمها إلى الحلف سيؤدي إلى تغييرات جوهرية لا تخدم استراتيجية

(1) أحمد محمد أبو زيد، الأزمة الأوكرانية والحرب الباردة الجديدة في فهم الواقع الدولي، معهد العربية للدراسات، الرياض، 2014، ص 3.

(2) نزار إسماعيل الحياي، الإستراتيجية العسكرية الروسية وإشكالية التحول من الهجوم إلى الدفاع، أوراق إستراتيجية، مركز الدراسات الدولية، جامعة بغداد، العدد (57)، كانون الأول/2000، ص 4.

(3) سليم الزريعي، " حرب القوقاز أبعد من أوسيتيا"، مقالة منشورة في شبكة المعلومات الدولية ومتاحة على الرابط www.nazmi.org.

(4) جينيفر ميكدالف، حلف الناتو، ترجمة: بدار الفاروق، دار الفاروق للاستثمارات الثقافية، القاهرة، 2009، ص 18.

الحلف، ويمكن لروسيا عند انضمامها الى عضوية الحلف أن تؤثر على قرارات الحلف بما لا ينسجم مع أهدافه، كما إن ضم روسيا الاتحادية سيؤدي إلى فقدان الحلف لسمته الدفاعية ويتحول إلى منظمة للأمن الجماعي على غرار الأمم المتحدة، كما تمت الإشارة الى أن روسيا دولة غير أوروبية، وهذا يتعارض مع المادة العاشرة من اتفاقية واشنطن التي حددت شروط قبول أي دولة للإسهام في أمن منطقة شمالي الأطلنطي⁽¹⁾.

كما قامت الولايات المتحدة الامريكية باشتراك عدد من الدول الأوروبية الأعضاء في حلف الناتو بتنفيذ سياسة الاضرار بالمصالح الاقتصادية الروسية عبر تنفيذ العديد من مشاريع نقل الطاقة في دول رابطة الدول المستقلة (محيط روسيا الحيوي). وكان أبرز تلك المشاريع:

أ- خط (باكو - تبليسي - جيهان)

خط أنابيب باكو-تبليسي-جيهان المعروف اختصاراً بـ (BTC) ينقل النفط الخام لمسافة 1,776 كم من حقل نفط (تشيراغ-غونشلي) الأذربيجاني من منطقة بحر قزوين إلى البحر المتوسط. طول الخط داخل أذربيجان 440 كم، وداخل جورجيا 260 كم، وداخل أراضي تركيا 1076 كم. هناك 8 محطات ضخ على طول الخط. يمر خط أنابيب (باكو-تبليسي-جيهان) بعاصمة أذربيجان (باكو) ثم يتجه الى عاصمة جورجيا (تبليسي) لينتهي الى (جيهان) الميناء التركي على البحر المتوسط، ومن هنا جاءت التسمية. وهو ثاني أطول خط أنابيب في العالم (بعد خط أنابيب (دروجا) من روسيا إلى وسط أوروبا). أول ضخ للنفط فيه كان من حقل (تشيراغ-غونشلي) الأذربيجاني في 10 مايو 2005، وفيما بعد اضيف له نفط من حقول قزخستان وتركمستان⁽²⁾.

وقد رأت روسيا الاتحادية بذلك المشروع تهديد لمصالحها الاقتصادية في مناطق نفوذها الإقليمي ومنطقة جوارها القريب⁽³⁾.

(1) عماد جاد، حلف الأطلنطي: مهام جديدة في بيئة أمنية متغيرة، ط2، مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية بالأهرام، القاهرة، 2010، ص214.

(2) ياسر عبد الحسين، منطقة الفراغ في العلاقات الدولية: الرهان الأمريكي - الروسي في عالم متغير، مركز بلادي للدراسات والأبحاث الاستراتيجية، بغداد، 2016، ص156.

(3) محمد جاسم حسين الخفاجي، روسيا ولعبة الهيمنة على الطاقة: رؤية في الأدوار والإستراتيجيات، دار امجد، عمان، 2018، ص140.

ب- مشروع نابوكو:

إقترح مشروع (نابوكو) من قبل شركات أمريكية-أوروبية لتحقيق طموحات دول الاتحاد الأوروبي في التحرر من الهيمنة الروسية في مجال ضمان الطاقة على المدى البعيد. فقد بدأت فكرة المشروع المقترح عام 2002 للاستفادة من الطاقة المتوفرة بشكل كبير لدى دول آسيا الوسطى والاعتماد بشكل خاص على الغاز التركمانستاني والأوزبستاني، إذ تمتلك تركمانستان رابع أكبر احتياطي من الغاز في العالم. كما كان من المقرر أن يمر الخط عبر أذربيجان إلى (أرض روم) التركية ومن ثم عبر بلغاريا ورومانيا والمجر إلى النمسا دون المرور بالأراضي الروسية⁽¹⁾.

ج- اتحاد جوام:

تكتل اقتصادي مرتبط بالرؤية الأطلسية في مواجهة الاحتكار الروسي لأمن الطاقة في أوراسيا ورصد ما يسمى بالدور الجيو-سياسي للغاز الروسي، على اعتبار أن الارتهاان للغاز الروسي لا يقل تهديداً عن التمدد الجغرافي أو التهديد العسكري، وهي مخاوف أوروبية صارت تتردد ضمن مسمى الهيمنة الروسية على أمن الطاقة في عهد ما بعد الشيوعية⁽²⁾.
فقد انضمت الى اتحاد جوام كل من (اوكرانيا ومولدوفيا) من قارة أوروبا (اقليم البلقان)، و(جورجيا واذربيجان) من إقليم القوقاز، و(اوزبكستان) من منطقة اسيا الوسطى بدعوة ودعم الولايات المتحدة الامريكية لعرقلة تنفيذ شركة (غاز بروم) لمشروع خط انابيب (باكو- تبليسي - ارض روم) الذي خصص لنقل الغاز من روسيا الى قارة أوروبا، ثم إيجاد بديل عن الطاقة الروسية عبر تدعيم الشراكة بين جورجيا وتركيا واذربيجان لاستيراد الغاز من منطقة بحر قزوين عبر البحر الاسود الى تركيا وصولاً الى أوروبا متحدياً بذلك السيطرة الروسية⁽³⁾.

(1) حسن عز الدين، أمن الطاقة في أوروبا بين الواقع والطموح الاستراتيجي، متاح على الموقع:

<http://araa.sa/index.php?view=article&id>

(2) عاطف عبدالحميد، روسيا واسيا الوسطى: حماية المصالح واحتواء الاخطار،، الفاروق للاستثمارات الثقافية، القاهرة، 2009، ص82.

(3) حسن ناصر الحسين، التنافس الروسي - الامريكي في اسيا الوسطى، بحث منشور، مجلة كلية التربية للعلوم الإنسانية، العدد (22)، 2018، ص 233.

أما الخطوة الثانية التي قامت بها الولايات المتحدة الأمريكية وشركائها الأوروبيين في حلف الناتو لتنفيذ سياسة الاضرار بالمصالح الاقتصادية الروسية هي فرض عقوبات اقتصادية ضد روسيا مطلع عام 2014 على خلفية أزمة شبه جزيرة القرم بهدف الاضرار بالاقتصاد الروسي في غياب أي خطوات للتهدئة وإنهاء الأزمة بالطرق الدبلوماسية. وقد تضمنت العقوبات الغربية عام 2014 على روسيا تجميد أموال مسؤولين روس وحسابات شركات روسية وحظر التعامل في مجالات اقتصادية معينة، أهمها المجال المصرفي وتعليق المحادثات المتعلقة بالمسائل العسكرية، كما طالت عرقلة الاستثمارات الخارجية والحد من جهود الحكومة الروسية لممارسة نشاطاتها الاقتصادية في المنظمات الاقتصادية الدولية، فضلاً عن إخراج روسيا من مجموعة الدول الثمانية. وكانت العقوبات الاقتصادية ضد روسيا تسببت بانخفاض قيمة (الروبل) الذي سبب انخفاض عائدات الصادرات الروسية وزيادة قيود الاقتراض المفروضة على المصارف الروسية وهروب رؤوس الأموال الخاصة بأصحاب الأموال من المواطنين الروس، في ظل المتغير الجغرافي الذي ورثته روسيا لخسارتها عدد من الموانئ البحرية في أهم البحار العالمية، فأصبح لزاماً على روسيا توقيع اتفاقيات مع الجمهوريات التي نالت استقلالها لتصدير منتجاتها من الطاقة عبر أراضي هذه الدول أو موانئها، فضلاً عن مشاركة روسيا لمنتجات بحر قزوين من الطاقة من قبل الدول التي تقع ضمن الحدود البحرية لهذا البحر⁽¹⁾.

• **المطلب الثاني: إجراءات حلف الناتو لمحاصرة روسيا الاتحادية**

كانت الخطوة الأولى في سلم إجراءات حلف الناتو محاصرة روسيا الاتحادية عبر دعوة الجمهوريات التي نالت استقلالها من الاتحاد السوفييتي للانضمام الى حلف الناتو، على الرغم من اعتراض الرئيس الأسبق (بوريس يلتسين) على هكذا خطوة باعتبارها تؤسس لمحاصرة روسيا الاتحادية وتحجم دورها في النظام الدولي وتهدد أمنها القومي، إلا ان اعتراض الرئيس (يلتسن) لم يؤخذ بعين الاعتبار، وقد تمت في قمة هلسنكي عام 1992 دعوة جميع الدول

(1) سامي السلامي، تجليات أزمة أوكرانيا: تحركات روسيا لمواجهة الضغوط الغربية، السياسة الدولية، العدد 201، 2015، ص179.

التي كانت أعضاء في حلف (وارشو) الذي انحل مطلع عام 1991، للانضمام الى حلف الناتو. أما في قمة حلف شمال الأطلسي التي عقدت في ألمانيا عام 1993 فقد ناقش وزراء خارجية ودفاع (أعضاء الناتو) فكرة انفتاح الحلف باتجاه أوروبا الشرقية دون تحديد أسماء الدول أو تثبيت موعد نهائي لهذا الانفتاح، على أثر ذلك التوجه تم تقديم اقتراح الولايات المتحدة لمشروع "الشراكة من أجل السلام" لإقامة علاقات تعاونية مكثفة مع الجمهوريات المستقلة بحجة حفظ الأمن والسلم في المنطقة ومواجهة التهديدات الأمنية التي تحيط بدول المنطقة مبررة الاقتراب من الحدود الروسية ومحاصرتها. وقد بدأ تنفيذ مشروع الشراكة من أجل السلام في كانون أول/يناير 1994. وكانت جمهوريات آسيا الوسطى وبعض دول القوقاز أهم الدول المنضمة إليه. فقد انضمت كازاخستان (أيار/مايو 1994)، أذربيجان (أيار/مايو 1994)، قيرغيزستان (حزيران/يونيو 1994)، أوزبكستان (تموز/يوليو 1994) في حين انضمت تركمانستان في (أيار/مايو 1998)، وطاجيكستان في (شباط/فبراير 2002)، وبذلك ضمن الحلف عبر مشروع (الشراكة من أجل السلام) التوسيع في منطقة آسيا الوسطى ومحاصرة روسيا الاتحادية من هذه المنطقة. فقد استعمل مشروع (الشراكة من أجل السلام) لإشاعة الاعتقاد لدى دول شرق ووسط أوروبا بأن المشاركة في هذا البرنامج مقدمة للانضمام إلى حلف الناتو. وقد عقدت بولندا أول تفاهم في هذا السياق تبعتها بعد ذلك كل من (فنلندا والسويد ورومانيا وبلغاريا وسلوفاكيا وجمهورية التشيك وهنغاريا ولتوانيا)⁽¹⁾.

يؤكد القادة الروس بان هدف مشروع (الشراكة من أجل السلام) استقطاب دول الكومنولث الروسي الى عضوية حلف الناتو وربط منطقة آسيا الوسطى وشرق أوروبا بنظام أممي يكون للولايات المتحدة الأمريكية فيه القرار الواجب التنفيذ على الآخرين بشكل مباشر أو غير مباشر وبقناعة تلك الدول أو بدونها. بعد ذلك تم تدعيم مشروع الشراكة من أجل السلام بإقامه الدرع الصاروخي في شرق ووسط أوروبا في إطار مشروع الدفاع الصاروخي في المنطقة، فضلاً عن إقامة العديد من القواعد العسكرية تعزيزاً للوجود الأطلسي فيها⁽²⁾.

(1) جينيفر ميدكالف، مصدر سابق، ص 18.

(2) نزار إسماعيل الحياي وعبد الحميد العيد الموسوي، العلاقات الروسية - الأمريكية من الشراكة الإستراتيجية الى المنافسة الجيو-سياسية (2001-2008)، قضايا سياسية، كلية العلوم السياسية، جامعة النهدين، المجلد 3، العدد 16، 2009، ص 45.

عقب تلك الخطوات التصعيدية حاولت الدول الأوروبية استيعاب المخاوف الروسية بطرح مشروع (مجلس شمال الأطلسي وروسيا المشترك) عام 1997، كآلية للتشاور وبناء الإجماع والتعاون بشأن القضايا الأمنية ذات الاهتمام المشترك. إلا أن الجانب الأمريكي أكد على أن توسيع (الناطو) سيمضي قدماً على الرغم من كل الاعتراضات الروسية، وأن الدول التي دعيت للانضمام في قمة مدريد صيف عام 1997، هي (بولندا، تشيكيا وهنغاريا) سوف تتضمن للناطو عام 1999، ولن تكون الأخيرة، وأي اتفاق بين روسيا والدول الأوروبية لا يمنع دعوة دول البلطيق أو أية دولة أخرى من الانضمام إلى الناطو⁽¹⁾.

ولم يقتصر نشاط قمة مدريد على إقرار توسيع الحلف فحسب، وإنما تمت دعوة جميع دول الكومنولث الروسي المستقلة كمراقبين، وقد أعرب هؤلاء القادة عن رغبتهم في التعاون مع حلف الناطو، بل إن دولاً مثل (أوكرانيا وجورجيا) وافقت على إجراء مناورات مشتركة مع حلف (الناطو) ومن ثم تم توقيع ميثاق تعاون بين أوكرانيا و (الناطو) عام 1997⁽²⁾.

إن توسيع مهام حلف الناطو كان مدفوعاً إلى حد كبير برغبة الولايات المتحدة لزيادة مجال نفوذها والاقتراب نحو الحدود الروسية عبر حلف ما يزال يحمل طابع عدائي لروسيا⁽³⁾. والجدير بالذكر، إنه على الرغم من استياء روسيا من توسيع حلف شمال الأطلسي، فإن الرئيس الأمريكي الأسبق (جورج بوش) قد أعلن دعمه طلب أوكرانيا الانضمام إلى الناطو خلال زيارته لأوكرانيا، إذ قال الرئيس (بوش) في مؤتمر صحفي مشترك مع نظيره الأوكراني الرئيس (فيكتور يوشينكو) "إن أوكرانيا اتخذت قرار جريء والولايات المتحدة الأمريكية تدعم قرارها بقوة"⁽⁴⁾.

(1) إبراهيم عرفات، روسيا والناطو الجديد: قراءة في مدلولات اللائحة التأسيسية، مجلة السياسة الدولية، العدد (129) مؤسسة الأهرام، القاهرة، تموز 1997، ص 116.

(2) نبيه الأصفهاني، الأمن والدفاع الأوروبي بعد قمة مدريد، مجلة السياسة الدولية، العدد (130)، مؤسسة الأهرام، القاهرة، تموز 1997، ص 134.

ينظر: ستيفن بلاك، أوروبا الشرقية وأوروبا الوسطى، في كتاب: إيرل تيل تيلفورد، رؤية استراتيجية عامة للاوضاع العالمية، سلسلة دراسات عالمية، العدد (13)، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، أبو ظبي، 1997، ص 40.

(3) خضر عباس عطوان، حلف شمال الأطلسي والتوازنات الإقليمية في الشرق الأوسط، المجلة العربية للعلوم السياسية، العدد (16)، القاهرة، 2007، ص 184.

(4) جميل مطر، مصدر سابق، ص 50.

يعترض القادة الروس على محاولات الدول الأوروبية ضم أوكرانيا الى الحلف لان ذلك سوف سيهدد الامن القومي الروسي ويؤثر سلباً على انتماء روسيا الأوروبي، مما يؤدي الى اعتبار الملايين من الروس خارج مجال تأثير روسيا الاتحادية وسيقضي على كل أمل لروسيا في تشكيل " اتحاد سلافي " يتألف من روسيا وبيلاروسيا وأوكرانيا في المستقبل⁽¹⁾.

لقد نظر القادة الروس الى توسيع مهام حلف الناتو خارج أوروبا بأنه يؤسس الى تخطي القيد الجغرافي الذي كان محدد لحلف الناتو في النطاق الأوربي كنطاق وحيد لتحركه، وأن ذلك التغيير في المهام سوف يعطى لحلف الناتو القدرة على التحول من دفاع اوروبي محدود إلى منظمة قادرة على فرض هيمنة دولية بدعم من الولايات المتحدة الأمريكية. وقد وضعت الولايات المتحدة الأمريكية أهداف صاغتها بشكل مرن ومطاط يتيح لها التحرك بحرية كاملة خارج النطاق الأوروبي والتحكم بالنظام الدولي. وكان توسيع مهام حلف الناتو مكنه من تنفيذ العديد من الأنشطة العسكرية خارج نطاق الإقليم الاوربي التي كانت محددة بموجب معاهدة تأسيس الحلف، وقد نفذت الاستراتيجية الجديدة للحلف الأطلسي في حرب البلقان في كوسوفو وأواخر التسعينيات من القرن المنصرم، عندما تخطى الحلف قرارات الأمم المتحدة⁽²⁾.

يعتقد القادة الروس بأن استراتيجية حلف الناتو أخذت تحمل في طياتها رسالة واضحة فحواها محاصرة روسيا وإعادة ترتيب العلاقات الدولية بما يحقق الهيمنة لحلف الناتو في المناطق الاستراتيجية من العالم، لاسيما في مناطق النفوذ الروسي التي أخذت بعداً جيوسياسياً مهماً في محاصرة روسيا الاتحادية وتحجيم دورها العالمي الذي كان سائداً في الحقبة السوفيتية⁽³⁾.

كما يعتقد القادة الروس إنَّ اتخاذ الولايات المتحدة الاميركية وشركائها الأوروبيون القرار الحاسم بتوسيع مهام حلف الناتو بعد حل حلف وارشو يعد من أهم التحولات الدولية التي شهدها العالم بعد انتهاء فترة الحرب الباردة، الأمر الذي مكن الولايات المتحدة الاميركية

(1) نعمة كاظم هاشم، حلف الأطلسي التوسع إلى الشرق، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، 2003، ص ص 165 - 166.

(2) عمرو عبد الكريم سعادوي، النخبة السياسية الصربية: آخر نخب الحرب الباردة، مجلة السياسة الدولية، العدد (137)، مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية بالأهرام، 1999، ص ص 87-88.

(3) هلموت سميت، حلف شمال الأطلسي في القرن الحادي والعشرين، ترجمة: مركز المستقبل للدراسات الاستراتيجية، مجلة آفاق المستقبل، مركز المستقبل للدراسات الاستراتيجية، عمان، 2000، ص 128.

وحلفاؤها الاوروبيين من الدخول في مناطق النفوذ السابقة لروسيا الاتحادية في الجانب الاوروبي والاسيوي للخروج عن حالة التوازن التي كانت متحققة أبان الحقبة السوفييتية⁽¹⁾.
فقد اقر مجلس الشيوخ الأمريكي آنذاك مشروع قانون يطالب بدعم انضمام أوكرانيا إلى حلف الناتو، فأخرج أوكرانيا من دائرة نفوذ روسيا الاتحادية سيعمل على حرمانها من نقطة الارتكاز الجيوسياسية في البلقان، فضلاً عن حرمانها من عمقها الجغرافي الأوروبي، وإن الأثر المترتب على عقد اتفاق شراكة بين (الناتو) وأوكرانيا، في تموز - يوليو/1997 يشكل تهديد كبيرة للأمن القومي الروسي⁽²⁾.

إنّ روسيا بالمنظور الأمريكي غير معنية بأمن القارة الأوروبية وليس من حقها تحديد من يقبل أو لا يقبل في الحلف. وعليه يجب استبعاد روسيا من حلف الناتو، وقد أكد ذلك الرئيس كلينتون في قمة هلسنكي للرئيس (بيلتسن) ذلك الموقف. كما جرى التأكيد على هذه المبادئ في البيان الصادر عن الاجتماع الوزاري الذي تمخض عن قمة مدريد في تموز/يوليو من عام 1997، حيث جاء فيه: "إن الحلف على استعداد لضم أي دولة من دول شرق ووسط أوروبا إذا ما استوفت الشروط المطلوبة باستثناء روسيا الاتحادية، غير ان ذلك لا يمنع من البحث عن صيغة للتعاون معها". وقد أجمع قادة الحلف على استبعاد روسيا الاتحادية من الانضمام الى الحلف، وجرى ذلك تحت غطاء ضرورة استيفاء الشروط المطلوبة لدخول الحلف، ونصحا كل من (كيسنجر وبريجنسكي) الإدارة الأمريكية باستبعاد روسيا من الحلف، واستبدال ضمها بتوقيع اتفاق ثنائي بينها وبين الحلف⁽³⁾.

أما الخطوة الثانية من إجراءات حلف الناتو ضد روسيا الاتحادية فكانت المساهمة في اقامة الدرع الصاروخي الأمريكي شرق ووسط أوروبا. فقد بدأ تنفيذ المشروع بتوقيع وزيرة الخارجية الامريكية (كونداليزا رايس) اتفاقيتين مع كل من الحكومتين التشيكية والبولندية في تموز عام 2008 بشأن نشر درع نظام راداري و(10) أجهزة على أراضي الدولتين لاعتراض

(1) إبراهيم عرفات، مصدر سابق، ص116.

(2) باسل الحاج جاسم، أذربيجان قد تسبق أوكرانيا الى عضوية الأطلسي... لكنها لن تتجاوز التحفظ الروسي، صحيفة الحياة، الخميس 10 / تموز 2008، على الرابط: <http://www.daralhyat.com>

(3) هلا صغيبي، الدرع الصاروخي الأمريكي: رياح حرب باردة جديدة، مجلة معلومات، العدد التاسع والخمسون، المركز العربي للمعلومات، بيروت، أكتوبر 2008، ص57.

الصواريخ الباليستية. وتم انجاز المرحلة الأولى من المشروعين عام 2011 ثم اكتمال المرحلة الأخيرة عام 2013، على الرغم من اعتراض روسيا الشديد على الاتفاقية⁽¹⁾. وخلال فترة إدارة الرئيس الأمريكي السابق أوباما واصلت الولايات المتحدة الأمريكية اصرارها بإقامة الدرع الصاروخي في شرق ووسط أوروبا ونشر المضادات الصاروخية على متن المدمرة الأمريكية (AEGIS BMD) التي تتمركز في القاعدة البحرية (Rota) في إسبانيا، كمنطلق لعملياتها في البحر المتوسط، وحينها أعلن كل من الكرملين والخارجية الروسية بأن هذه المرحلة من إقامة الدرع الصاروخي الأمريكي تشكل تهديداً للأمن القومي الروسي وتقوض الاستقرار في منطقة أوراسيا⁽²⁾.

وكانت المبررات الأمريكية لنصب الدرع الصاروخي في شرق ووسط أوروبا استندت على حجج منها: اعتراض الصواريخ الباليستية المحتمل توجيهها ضد الأراضي الأمريكية من قبل (الدول المارقة) بنظر الولايات المتحدة الأمريكية، أو غيرها من الدول الراضة للسياسة الأمريكية قسداً أو بطريق الخطأ، ومواجهة محاولات روسيا العودة إلى عهد الإمبراطورية منذ تسلم الرئيس (فلاديمير بوتين) السلطة في روسيا عام 2000⁽³⁾.

لقد أبدى القادة الروس عدم القناعة بالمسوغات التي قدمتها الإدارة الأمريكية لإقامة الدرع الصاروخي في شرق ووسط أوروبا بحجة حماية الأمن القومي الأمريكي من جانب تهديد دول محور الشر حسب الادعاء الأمريكي، وإتّماً جوهر قضية الدفاع الصاروخي الأمريكي في شرق ووسط أوروبا تتعلق بالمنافسة التقنية المحتملة بين واشنطن وموسكو، ولاسيما في مجال الصواريخ الباليستية متعددة الرؤوس وعابرة القارات ومسألة التصدي لها لبلورت واقع جديد، لتحقيق هدف التفوق الاستراتيجي وخلق مناخ شبيه بأجواء الحرب الباردة حيث التهديدات الأمنية المتبادلة بين روسيا الاتحادية وحلف الناتو. وكان الرئيس فلاديمير بوتين قد وصف هذا المشروع بقوله " ان الداء أخطر من الدواء، فبدلاً من أن يسهم مشروع الدرع الصاروخي

(1) عبد الجليل زيد المرهون، المقاربة الأمريكية الجديدة للدفاع الصاروخي، على [studies Aljazeera.net](http://studies.aljazeera.net)

(2) مازن عباس، قاعدة أمريكية جديدة في أوروبا قيد الانتهاء، على الرابط:

<https://arabic.sputniknews.com/world/2017>

(3) أحمد كرماوي، روسيا تلوح بالعودة إلى استراتيجية الردع النووي، مجلة المجتمع، العدد 1574، تاريخ 2003/10/25،

على الرابط: <http://www.almujtamaamag.com/Detail>.

الأمريكي في وقف نشر وتطويرها الصواريخ سوف يسهم في سباق تسلح حقيقي يعرض الأمن والسلم الدوليين للخطر⁽¹⁾.

ان اقامة الدرع الصاروخي شرق ووسط أوروبا يعد مقدمة للانسحاب الأمريكي من اتفاقية الحد من الصواريخ متوسطة وقصيرة المدى في أوروبا عام 2019. فالمعاهدة تحظر على الجانبين وضع صواريخ قصيرة أو متوسطة المدى في القارة الأوروبية، وهذا الانسحاب الأمريكي من الاتفاقية المذكورة يشير الى أزمة هي الأسوأ بين الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد الروسي منذ انتهاء الحرب الباردة عام 1991 وقد يقوض هذا الانسحاب اتفاقيات أخرى بين البلدين تخص الأسلحة النووية. إذ قال وزير الخارجية الأمريكي (مايك بومبيو) في بيان له في هذا الصدد "لن تبقى الولايات المتحدة جزءا من معاهدة تنتهكها روسيا عمدا وتهدد المصالح العليا للولايات المتحدة بتطويرها ونشرها نظام صاروخي ينتهك المعاهدة ويهدد مباشرة أمن الولايات المتحدة الأمريكية وشركائنا الأوروبيين⁽²⁾.

والجدير بالذكر ان فكرة إقامة الدرع الصاروخي قد بدأتها الولايات المتحدة الأمريكية وفق نظام يدعى "القاتل" استعمل هذا البرنامج الدفاعي داخل الولايات المتحدة في قاعدتين هما (فورت جريللي) في ولاية ألاسكا و(فاندنبرغ) في ولاية (كاليفورنيا) الأمريكيتين التي رصدت له الإدارة الأمريكية آنذاك ميزانية قدرت بـ(26 مليار دولار) على مدى 5 سنوات، وقد تم انجاز المشروع في سنة 1985، وكان ذلك المشروع قد أوحى بتحول استراتيجي مهم خلال الحرب الباردة من استراتيجية الدفاع الاستراتيجي الى استراتيجية التدمير المتبادل⁽³⁾.

(1) نورهان الشيخ، قراءة سياسية في العقيدة العسكرية الروسية، مجلة السياسة الدولية، العدد (181)، مركز الاهرام للدراسات الاستراتيجية والسياسية، القاهرة، 2010، ص 191.

(2) أحمد يوسف كيطان، الولايات المتحدة وروسيا وسباق تسلح نووي عالمي جديد، بحث منشور، مركز النهريين للدراسات الاستراتيجية، 2019.

(3) محمد طاهر، الأسبقية النووية الأمريكية، مجلة قراءات سياسية، بيروت، المركز اللبناني للدراسات الإستراتيجية، العدد (9)، اذار 2003، ص (17-18).

○ المبحث الثاني: الاستراتيجية الروسية لحفظ أمنها القومي

إن تعثر محاولة الاندماج بالحضارة الأوروبية التي بدأها الرئيس (بوريس يلتسن) للفترة (1992-1994) وعدم الحصول على المساعدة الاقتصادية المرجوة قد سرعت بإجراء المحاولات الجادة للقادة الروس بوضع سياسة خارجية تميزت برغبة العودة نحو الإقليم الآسيوي. ففي أبريل عام 1993، صادق مجلس (الدوما) بعد احراز القوميين الروس الاغلبية على وثيقة السياسة الخارجية الروسية المتضمنة التأكيد على أهمية "عملية التكامل" مع رابطة الدول المستقلة، فضلاً عن بناء علاقات متوازنة مع مختلف الأطراف الدولية وتعميق العلاقات مع بقية الدول المجاورة ولاسيما وسط آسيا ودول المحيط الهادئ الآسيوية ليكون قوامها إعادة التوازن الاستراتيجي مع حلف الناتو وحفظ الامن القومي الروسي⁽¹⁾.

فقد شرع وزير الخارجية الجديد (يفغيني بريماكوف) بإحياء الاتفاقيات الامنية السابقة تحت بنود اتفاقيات الأمن الجماعي، مما اتاحة الفرصة لروسيا الاتحادية بناء المزيد من القواعد العسكرية داخل مناطق: آسيا الوسطى والقوقاز والبلقان، ثم عقد المزيد من الاتفاقيات الجديدة التي تضمن لروسيا نفوذ وحضور متميز في رابطة الدول المستقلة. فبدأ القادة من القوميين الروس بوضع مبادئ أساسية متميزة للسياسة الخارجية الروسية تعكس الرغبة في العودة إلى مناطق المجال الحيوي السابق⁽²⁾.

ومع تعاضم المد القومي في الدوما تم الضغط على الرئيس (بورس يلتسن) من أجل إقالة (كوزيريف) من وزارة الخارجية الروسية الذي كان يمثل التيار الغربي. فقد استطاعت السلطة التشريعية تقيد حركة السياسة الخارجية الروسية في توجهاتها الغربية وإبداء اهتمام أكبر بالإقليم الآسيوي الذي تكمن فيه مصالح روسيا وأمنها القومي، وبانتت رابطة كومنولث الدول المستقلة تحتل الموقع الأول في سلم أولويات سياسة روسيا الخارجية. وقد بدأ تنفيذ هذه التراتبية مع تولي (يفغيني بريماكوف) وزارة الخارجية بدلاً عن (كوزيريف) عام 1996⁽³⁾.

(1) معتز محمد سلامة، مستقبل الدور الروسي في الكومنولث الجديد، مجلة السياسية الدولية، مركز الاهرام للدراسات السياسية والاستراتيجية، العدد 112، القاهرة، 1993، ص159.

(2) ناظم عبد الواحد الجاسور، حدود النفوذ الروسي في آسيا الوسطى والقوقاز، مجلة دراسات سياسية، العدد (10)، 2002، بيت الحكمة، بغداد، ص 25.

(3) Dimitri Trenin, Russia and Global Security Norms, the Washington Quarterly, Volume (27), Number (2), Spring, 2004, p 63.

كما جرى استرجاع لأهم الموانئ السابقة لروسيا في شمال وجنوب البحر الاسود الذي يعد واحد من أهم البحار العالمية جراء ضم جزيرة القرم وعقد اتفاقية أمنية مع أبخازيا، ثم قامت روسيا الاتحادية بتحديث للآلة العسكرية في القواعد العسكرية في مناطق رابطة الدول المستقلة واتباع سياسة المحاور مع القوى الآسيوية الممثلة بجمهوريةي الصين والهند في تحالفات سياسية وتكتلات اقتصادية تؤسس لإقامة نظام دولي متعدد الاقطاب. كما جرى اتخاذ اجراءات اقتصادية مثل إلزام الدول المحتاجة والمستفيدة من الطاقة الروسية بضرورة تأييد السياسة الروسية وتفضيل مصالحها وإقامة العديد من مشاريع نقل الطاقة لمنافسة المشاريع الغربية. أما الاجراءات الأمنية التي اتخذها القادة الروس فقد تمثلت بإطلاق سياسة التهديد ضمن تحديث العقيدة العسكرية لرد دول حلف الناتو من الاقتراب من الحدود الروسية.

• المطلب الأول: عوامل حظ الامن القومي الروسي

▪ أولاً- الإجراءات السياسية:

1- تعميق العلاقات مع رابطة الدول المستقلة:

ان حصول جمهوريات الاتحاد السوفيتي (السابق) على استقلالها مهد الطريق للقوى الدولية والاقليمية بالوصول الى الجمهوريات المستقلة، الامر الذي حتم على القادة الروس اتخاذ خطوات واقعية لحماية المصالح الروسية في تلك المناطق. فقد بدأ القادة الروس نشاطاتهم السياسية منذ عهد وزير الخارجية (يفغيني بريماكوف 1996) بالتحول في السياسة الخارجية الروسية نحو اوراسيا. فبدأ التقارب الروسي مع رابطة الدول المستقلة (دول الكومنولث الروسي) فضلاً عن الدول الفاعلة في قارة آسيا ومنها: الصين والهند رداً على تجاهل الدول الغربية لمصالح روسيا السياسية والاقتصادية ومحاولات تنفيذ سياسة الاضرار بها، ولاسيما في القارة الأوروبية والتغلغل في مناطق نفوذ روسيا السابقة وتحشيد القوات بالاقتراب من الحدود الروسية، الامر الذي ترك إنطباع راسخ لدى القادة الروس بضرورة مواجهة تلك السياسة الرامية الى محاصرة روسيا من قبل حلف الناتو⁽¹⁾.

(1) نبيه الأصفهانى، انطلاقة جديدة لدبلوماسية روسيا الاتحادية، السياسة الدولية، العدد 131، القاهرة، كانون الثاني 1998، ص268.

يعد (يفغيني بريماكوف) أحد خبراء السياسة الروسية وأحد أشد دعاة السياسة الأوراسية الجديدة (New Eurasian)، فضلاً عن كفاءته السياسية والإدارية المعترف بها في السياسة الخارجية، وفي هذا الإطار تبلور ما يعرف باسم "مبدأ بريماكوف" في السياسة الخارجية الروسية⁽¹⁾.

لقد بدأت المطالبة بالتحول في السياسة الخارجية الروسي والعودة الى مناطق مجال روسيا الحيوي في الجانب الآسيوي من قبل السياسيين القوميين الروس أنصار الواقعية السياسية أمثال (بريماكوف) الذي تولى عدة مناصب منها: منصب وزير الخارجية عام 1996، ومنصب رئيس الوزراء من ايلول 1998 الى ايار 1999، وخلال هذه الفترة تبلورت آراء بريماكوف وتحول اتجاه النقاشات النظرية حول العلاقات مع الدول الغربية لصالح القوميين الروس المؤيدين لسياسة (بريماكوف) الذي كان يعد المؤسس للاتجاه الواقعي في السياسة الخارجية الروسية وأحد أشد دعاة السياسة الأوراسية الجديدة، فضلاً عن كفاءته السياسية والإدارية المعترف بها في السياسة الخارجية، وفي هذا الإطار تبلور ما يعرف باسم "مبدأ بريماكوف" في السياسة الخارجية الروسية⁽²⁾. إنَّ رؤية بريماكوف توضحت أكثر بقوله (مع أهمية العلاقة مع الدول الغربية لكن يجب ان تقام على مبدأ "الشراكة المتساوية"، وان روسيا قوه عظمى تتحرك وفق ما تقتضيه المصالح القومية الروسية وليس بما يقتضيه الولاء للقيم الغربية)، وتمكن بريماكوف من صياغة المعالم الرئيسية لعلاقات روسيا الخارجية مع الدول الغربية عبر دوره في تنفيذ سياسة خارجية واضحة المعالم في توجهاتها الآسيوية لإحياء دور روسيا في رابطة الدول المستقلة⁽³⁾.

كما جرى استرجاع لأهم الموانئ في البحر الاسود الذي يعد واحد من أهم البحار العالمية، ثم القيام بإجراء تحديث للآلة العسكرية في القواعد العسكرية في مناطق آسيا الوسطى والقوقاز والبلقان لمواجهة الدرع الصاروخي الأمريكي شرق ووسط أوروبا⁽⁴⁾.

(1) محمد السيد سليم، التحولات الكبرى في السياسة الخارجية الروسية، مجلة السياسة الدولية، العدد (170)، السنة الثالثة والأربعون، مركز الأهرام، القاهرة، أكتوبر، 2007، ص 41.

(2) المرجع ذاته، ص 46.

(3) Thomas Ambrosio, Challenging American's Global Preeminence Russian's Quest for MultiPolarity, Routledge New York, 2005, , PP 66-67

(4) لبنى خميس وكرار عباس، مستقبل الاستراتيجية الروسية حيال جورجيا، بحث مستل من اطروحة دكتوراه، كلية العلوم السياسية، مجلة جامعة كربلاء العلمية، العدد4، 2015 ص116_120.

كما قامت روسيا بعرقلة انضمام جورجيا الى حلف الناتو عبر اشعال التوتر في ابخازيا الى مستوى يجعل من الصعب على الناتو قبول عضوية دولة جديدة في عضويته وهي متورطة في نزاع عسكري مع دولة كبرى مثل روسيا(1).

لقد تمكنت روسيا من توظيف نشاطاتها العسكرية في منطقة البحر الأسود بعد الحرب الروسية-الجورجية بتنفيذ سياسة خارجية ممنهجة تعمل على استرجاع نفوذها في المحيطين الإقليمي والدولي والزام حلف الناتو بالكف عن دعوة الجمهوريات السوفياتية السابقة للانضمام إلى عضوته والامتناع عن تنفيذ سياسة الإطاحة بالحكومات الموالية لروسيا في مناطق مجالها الحيوي، مما قطع الطريق على حلف الناتو من الاقتراب من حدودها(2).

وفي 2014/11/24 وقع الرئيس الروسي بوتين والرئيس الابخازي (راؤول خاجيميا) اتفاقية شراكة استراتيجية بين البلدين تضمنت تنفيذ أعمال مشتركة في مجال حماية الحدود الابخازية - الجورجية، فيما يخص المجال البحري التابع لابخازيا، فضلاً عن توسيع دائرة الدول التي اعترفت بها بشكل رسمي، حتى مع وجود انتقادات من جانب حلف شمال الأطلسي والاتحاد الأوروبي لتلك الاتفاقية. كما نددت وزيرة الخارجية الجورجية (تامار بيروتشاشفيلي) آنذاك بهذا التحرك الروسي ووصفته بأنه خطوة من جانب روسيا نحو ضم إقليم ابخازيا(3).

2- اتباع سياسة المحاور:

من الإجراءات السياسية المؤثرة التي اتخذتها القيادة الروسية في مواجهة سياسة حلف الناتو تعميق علاقات روسيا مع أبرز الدول الفاعلة في قارة آسيا ومنها: جمهوريتا الصين والهند.

(1) محسن حساني ظاهر العبودي، توسيع حلف الناتو بعد الحرب الباردة: دراسة في المدركات والخيارات الاستراتيجية الروسية، دار الجنان للنشر والتوزيع، بيروت، 2013 ص390.

(2) نورهان الشيخ، القيادة المحسوبة: كيف استعاد بوتين المكانة العالمية لروسيا؟ مجلة السياسة الدولية، مركز الاهرام للدراسات السياسية والاستراتيجية، القاهرة، عدد2014، 195، ص85.

(3) حسن ناصر عبد الحسين، التحولات الاستراتيجية الروسية في البحرين الأسود والمتوسط، بحث منشور، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، 2019، ص5.

أ- المحور الروسي-الصيني:

بدأت سياسة التقارب الروسية-الصينية مع بدء الحرب ضد يوغسلافيا عام 1991 حليف روسيا ومجالها الحيوي، ثم قصف السفارة الصينية في بلغراد من قبل طائرات حلف الناتو. فقد بات واضحاً لدى القيادة الروسية والصينية أنّ التحالف الغربي - الأطلسي يستهدف المصالح الروسية والصينية في هذه الحرب التي أضفت تقارباً واضحاً بين الطرفين الروسي - الصيني ورفضاً مطلقاً لما أسماه بـ (الزخم السلبي الذي بات يسيطر على البيئة الدولية بسبب نشاطات حلف الناتو المثيرة للجدل)⁽¹⁾.

فقد أعربت روسيا عن رغبتها في تكثيف تفاعلاتها السياسية مع الصين عندما أصدر الرئيس (بوريس يلتسين) بياناً رئاسياً عام 1992، أكد فيه أن جمهورية الصين هي دولة واحدة وأن تايوان جزءاً لا يتجزأ منها⁽²⁾.

كما تم تدعيم الرؤية المشتركة للبلدين بإطلاق مصطلح (الشراكة البناءة) على العلاقات الروسية - الصينية عام 1994، وهو ما تم استبداله بـ (الشراكة الاستراتيجية) عام 1996: تعبيراً عن ارتفاع درجة التعاون بين الطرفين. هذا التحول في العلاقة يعزوه البعض إلى جهود (يفغيني بريماكوف) في إدارة السياسة الخارجية الروسية، بعد سنوات من السياسة المؤيدة للدول الغربية التي كان يتبعها سلفه (كوزيريف)، وخلال تلك المرحلة برز الخلاف الصيني - الأميركي (بسبب زيارة رئيس تايوان للولايات المتحدة) فبدأت العلاقات الصينية - الروسية تأخذ منحى التقارب والتعاون الاستراتيجي. وكان البيان الروسي - الصيني المشترك عام 1997، قد ركز على توحيد الرؤية بين الطرفين وانسجام المصالح المشتركة في إدارة السياسة الدولية والمطالبة بالاحتكام الى الامم المتحدة في تسوية الازمات الإقليمية والدولية ومعارضة التفرد الأمريكي. ثم بعد ذلك عبّر الرئيس فلاديمير بوتين عن رايه صراحة في مؤتمر ميونخ لشؤون سياسة الامن عام 2007، بانتقاده لنظام القطبية الاحادية في ادارة الشؤون العالمية والمطالبة بنظام متعدد الأقطاب في قيادة النظام الدولي بقوله " أظن أن نموذج النظام الدولي أحادي القطبية غير

(1) Nicklas Norling, China and Russia: Partner with Tensions, Policy Perspectives, Volume (4), Number (1), 2007, pp 33 – 34.

(2) عبيدة عبد الله الدندراوي، الصين وروسيا وحلف شمال الأطلسي، مجلة السياسة الدولية، مؤسسة الأهرام، القاهرة، العدد (132)، أبريل 1998، ص 115.

مقبول للعالم المعاصر وغير ممكن أبداً" واعتبره غير قابل للتطبيق في الواقع العملي لعدم وجود اساس " قانوني" له في الحضارات المعاصرة وأن الاحادية لن تحل المشكلات الدولية، بسبب عدم الاحتكام الى مبادئ القانون الدولي واستخفاف الولايات المتحدة له وتطبيق تشريعات لا تتحقق فيها مصالح الدول، الامر الذي يجعل الآخرين لا يشعرون بالأمان. وعلق سيرغي لافروف على حديث بوتن "ان بوتن، شأنه في ذلك شأن الكثيرين غيره، بأن لا يمكن لدولة واحدة ان تبسط هيمنتها ونفوذها على العالم كله"، وأكد بقوله "لقد أصبح واضحاً اليوم فشل كل الجهود الامريكية الرامية الى إقامة نظام دولي احادي القطبية مع ظهور أقطاب جديدة تمتلك القدرة على منافسة الولايات المتحدة الامريكية في قيادة النظام الدولي. وهناك مطالب متزايدة بنظام دولي متعدد الأقطاب يضمن مشاركة الاقطاب الصاعدة ويقضي على السياسة الاستعمارية المتغترسة التي تمكن بعض البلدان من فرض ارادتها على الآخرين⁽¹⁾.

كما كرر الرئيس (فلاديمير بوتن) في خطاب له اثناء الاجتماع السنوي (بمنتدى فالداي الدولي للحوار) المنعقد عام 2014 بأن الحرب الباردة انتهت دون توقيع اي معاهدة واضحة بشأن تشكيل النظام الدولي، وأن التطلع الروسي الى اقامة عالم متعدد الاقطاب يعد من الاهداف الرئيسية للحد من الهيمنة الامريكية⁽²⁾.

ب- المحور الهندي-الروسي:

بدأ التوجه الروسي الجديد صوب الهند في 22 كانون الاول/ ديسمبر عام 1998 اثناء زيارة رئيس الوزراء (يفغيني بريماكوف) آنذاك، الى الهند وتوقيع معاهدة الصداقة والتعاون الروسية-الهندية كمحطة مهمة في التوجه الروسي نحو الدول الاسيوية الفاعلة عبر تعميق علاقات روسيا بالهند. وقد اقترح رئيس الوزراء (يفغيني بريماكوف) في تلك الزيارة انشاء تحالف استراتيجي ثلاثي (اوراسي) مكون من موسكو-بكين - دلهي، ككتلة يكون لها ثقل سياسي-اقتصادي موازن للتحالف الغربي (حلف الناتو). كما أعرب البلدان عن المخاوف المشتركة من الإرهاب الدولي والتطرف الديني. إن روسيا الاتحادية تنظر إلى الهند باعتبارها

(1) Sergey Lavrov, world at a crossroads and a system of international relations for the future, Russia in Global Affairs Journal, October/December 2019

(2) كلمة الرئيس فلاديمير بوتن، اجتماع منتدى فالداي الدولي للحوار، مدينة سوتشي، 24 أكتوبر 2014.

مكسبا إستراتيجيا شديد الأهمية في ظل سعي موسكو إلى إعادة ترتيب علاقاتها وتحالفاتها الإقليمية والدولية نحو الفواعل من الدول في آسيا. كما جاءت زيارة الرئيس (فلاديمير بوتين) إلى الهند عام 2000 لتؤكد من جديد على أهمية العلاقات الروسية-الهندية. فقد تم خلال تلك الزيارة توقيع 17 اتفاقية على مختلف الأصعدة. كما شهدت العلاقات الهندية-الروسية نقلة نوعية أخرى عندما وقع الجانبان في يناير/ كانون الثاني من نفس العام ما عرف بـ"صفقة القرن"، وهي الاتفاقية التي أعطت فيها روسيا للهند حق إنتاج 140 مقاتلة من طراز (سوخوي) مع نقل تكنولوجيا هذا الطراز من المقاتلات الى الجانب الهندي⁽¹⁾.

■ ثانياً- النشاطات الاقتصادية:

إنّ توظيف المقومات الاقتصادية تمثل أهم الآليات لتحقيق تطلعات روسيا الاستراتيجية لحظ أمنها القومي. فبعد استلام الرئيس (فلاديمير بوتين) قيادة الدولة عام 2000، تم اعتماد استراتيجية تشديد السيطرة على المرافق الاقتصادية وتوظيف وارداتها، فكان من الاجراءات التي اتبعت لتحقيق هذه الاستراتيجية إحكام السيطرة على ثروات روسيا من النفط والغاز الطبيعي (الطاقة) الذي تزامن مع ارتفاع اسعارهما في الأسواق العالمية، وبطبيعة الحال ادى ذلك الى انتعاش الاقتصاد الروسي وارتفاع مستوى معيشة الفرد الروسي⁽²⁾.

لقد شهد قطاع الطاقة زيادة ملحوظة في إنتاج النفط والغاز حيث أخذ الرئيس (بوتين) ينظر إلى هذا القطاع نظرة استراتيجية أكثر منها اقتصادية تمتد الى إلزام الدول المحتاجة والمستفيدة من الطاقة الروسية بتأييد سياسة روسيا وتفضيل مصالحها عبر إقامة العديد من مشاريع نقل الطاقة. وكان من انعكاسات توظيف المقومات الاقتصادية تهيئة الظروف المناسبة لاتباع سياسة خارجية مستقلة تقوم على المقاومة الفعالة لردع الضغوط الخارجي⁽³⁾.

(1) Joseph Laurence Black, Russia Faces NATO Expansions, Bearing gifts or Bearing arms?, Woman and Littlefield Publishers, 2000, U.S, P129

(2) هانس م. كريستنسن، القوى النووية العالمية، من كتاب (التسلح ونزع السلاح والأمن الدولي)، الكتاب السنوي، 2004، (سيبري) معهد ستوكهولم لبحاث السلام الدولي، ترجمة حسن واخرون، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الاولى، 2004، ص 890.

(3) محفوظ رسول، أمن الطاقة في العلاقات الروسية - الأوروبية، مركز الكتاب الأكاديمي، دار الجنان للنشر والتوزيع، بيروت 2020، ص124.

أما الاجراءات الاقتصادية الأخرى التي اتخذتها روسيا الاتحادية فقد توزعت بين مواجهة المشاريع المعادية والدخول في تكتلات اقتصادية مهمة منها: الدخول في اتفاقية شنغهاي للتعاون، فقد رأت روسيا في اتفاقية شنغهاي تطبيق حي وتأكيد في التوجه الآسيوي الجديد الذي يضم الصين ودول آسيا الوسطى باعتبارها امتداداً جيوسياسياً لروسيا وتطلعاتها الإستراتيجية للحد من رغبة الولايات المتحدة الأميركية ودول أوروبا الجامحة للزحف باتجاه رابطة الدول المستقلة الممتدة في البلقان والقوقاز وآسيا الوسطى، كما تشكل اتفاقية شنغهاي ورقة رابحة لاستعادة التوازن الإستراتيجي مع دول حلف الناتو. كما شاركت روسيا في إنشاء (تكتل البريكس) عام 2009 من قبل روسيا والصين والبرازيل والهند ثم انضمام جنوب أفريقيا عام 2010، إذ ينظر القادة الروس إلى (تكتل البريكس) على أنه يدخل ضمن التوجه الروسي نحو الأقطاب الصاعدة لتشكيل نظام اقتصادي دولي متعدد الأقطاب يرفض الهيمنة الأمريكية على الاقتصاد الدولي. وقد استفادت روسيا من الدخول في هذه التكتلات الاقتصادية لمواجهة العقوبات الاقتصادية التي فرضتها الولايات المتحدة الأمريكية بالتعاون مع الاتحاد الأوروبي ضد روسيا أثناء ضمها شبه جزيرة القرم عام 2014. ورأت روسيا في تكتل (البريكس) بأنه تحقيقاً للتكامل الاقتصادي والسياسي بين أعضائه وتعزيزاً للتنمية الاقتصادية الدولية على اعتبار أن محصلة النشاطات الاقتصادية في مختلف المناطق العالمية تساعد على ضمان السلم والامن الدوليين، وينبغي النظر إليها نظرة إيجابية تحقق مصالح الدول بعيداً عن استعمالها في العقوبات الاقتصادية للإضرار بمصالح الدول المعارضة للسياسة الأمريكية، كما يحقق الاستقلالية الاقتصادية ويعيد التوازن بين الدول في النظام الاقتصادي الدولي ويخفف من السطوة الأمريكية على المرافق الاقتصادية الدولية مثل: الصندوق والبنك الدوليين⁽¹⁾.

كما واجهت روسيا الاتحادية المشاريع المنافسة المقترحة من قبل الولايات المتحدة الأمريكية في مجال نقل الطاقة. فقد تم التصدي لمشروع (نابوكو) من خلال إثارة مشكلة عدم اتفاق الدول المطلة على البحر حول ماهية الصفة القانونية للبحر في ظل القانون الدولي الذي يفرق بين المسطح المائي فيما لو كان (بحر أو بحيرة) إذ يترتب على ذلك حقوق مختلفة للدول

(1) محمود شحات، تجمع البريكس من اجل نظام دولي متعدد الأقطاب، بحث منشور، مجلة التو اصل في الإدارة والاقتصاد والقانون، عدد ٥، الجزائر، 2017، ص54.

المطلة عليه. فالقانون الدولي يوجب تقاسم مياه وثروات البحر حسب طول شواطئ الدول المطلة عليه وجرفها القاري، أما في حالة اعتباره بحيرة فالقانون الدولي يعطي الحق بتقاسم مياهه وثرواته بالتساوي بين الدول المحيطة به، وعلى هذا الأساس أثارت روسيا موضوع الصفة القانونية لبحر قزوين باعتباره بحيرة متجددة بمياه نهر (الغولجا). الامر الذي جعل من المستحيل إنشاء أي خط أنابيب أو تطوير لأي حقل على سواحلها إلى أن يتم الاعتراف به كبحر. كما قامت روسيا في خطوات استباقية لتعطيل مشروع (نابوكو) فوضعت اليد على الغاز التركمانستاني والكازاخستاني عبر شراء الغاز المنتج في البلدين وفرض نقله عبر شبكة الانابيب الروسية لإيصاله الى أوروبا، الامر الذي ألزم كل من تركمانستان وكازاخستان وأذربيجان الانسحاب من أي تعهد لإمداد (خط نابوكو). بالمقابل وقعت روسيا مع أغلب الدول المحيطة بالبحر الأسود اتفاقيات لمرور خط نقل الغاز المسمى (السييل الأزرق) إلى أوروبا خلال قمة عقدت في مدينة (سمسون التركية) في 2007. وتكون روسيا بذلك قد عطلت المشروع الأوروبية-الأمريكية وافرغته من محتواه⁽¹⁾.

إنّ تنفيذ سياسة الاستحواذ الروسية على غاز دول آسيا الوسطى والقوقاز والانضمام الى منتدى الدول المصدرة للغاز في العالم زاد من بسط نفوذها الدولي في مجال الغاز على الرغم من طمأنة الروس نظرائهم الأوروبيين المستهلكين الأساسيين للغاز⁽²⁾.

كذلك قامت روسيا الاتحادية بإيقاف التيار الجنوبي بين (2006-2009) الذي كان مخصص بتزويد أوكرانيا بالطاقة وبسعر مخفض، ثم أوقفت الجزء المخصص لنقل الغاز الروسي الى أوروبا عبر أوكرانيا بهدف حمل النظام السياسي الاوكراني على تغيير مواقفه السياسية المعادية. وقد بررت روسيا ذلك الاجراء لحمل أوكرانيا على دفع الديون التي لم تسدها، الامر الذي اثار موجة من التعليقات والنقاش حول الاعتماد الاوروبي على مصادر الطاقة الروسية لإيجاد بديل عن الطاقة الروسية. وكانت محصلة هذا الجدل بروز توجهات أوروبية لتحرير سوق الطاقة الأوروبية من السيطرة الروسية بما يحقق الأمن الاوروبي في مجال الطاقة⁽³⁾.

(1) Shields Michael, (2013). OMV buys RWE stake in Nabucco gas pipeline project. Retrieved 14-04- 2013 available at: <http://www.uk.reuters.com/article>

(2) عاطف عبد الحميد، روسيا وآسيا الوسطى، مجلة السياسة الدولية، العدد 170، القاهرة، 2007، ص84.

(3) خديجة عرفة محمد أمين، أمن الطاقة: سلسلة مفاهيم، العدد 50، جامعة وهران، الجزائر، جانفي، 2009، ص40.

■ ثالثاً- النشاطات العسكرية:

الحصار الذي فرض على روسيا من دول بعضها اطلسية والبعض الآخر حليفة او متعاونة مع حلف الأطلسي والذي تشكيل طوق شاسع مكن حلف شمال الاطلسي تهديد أمن روسيا القومي وقلص وأضعف دورها السياسي والدبلوماسي والعسكري والاقتصادي في الساحة الدولية، الامر الذي وجدت فيه روسيا أن من الضروري الوقوف بحزم ضد نشاطات حلف الناتو ومعالجة مسألة الحصار الذي شكل طوقاً شاسعاً يهدد الأمن القومي الروسي⁽¹⁾.

فقامت بعدد من الإجراءات منها:

1- استعمال سياسة التهديد:

من أهم الاجراءات التي قامت بها روسيا الاتحادية استعمال سياسة التهديد لمنع الدول التي لها حدود مشتركة معها من الانضمام الى عضوية حلف الناتو لضمان أمنها القومي. وكان إطلاق التهديدات من الجانب الروسي قد منعت الناتو عن مقاصده في الاقتراب من الحدود الروسية، وأن هذا الاجراء حقق ردع الأطراف المعنية. فقد لوحث روسيا بجعل أوروبا عرضة لأسلحتها النووية إذا ما أقدم الحلف على ضم الدول التي لها حدود مشتركة معها. أما بصدد مشروع الدرع الصاروخي، فقد انتقل القادة الروس إلى لغة تصعيد جديدة جاء عبر وزارة الدفاع الروسية بالقول عن احتمال توجيه ضربات جوية إلى مواقع محددة في أوروبا ونشر أسلحة نووية تكتيكية قصيرة المدى من طراز "اسكندر" في (بيلاروسيا وكالينغراد) اضافة الى البدء بتطوير منظومة الدفاع الصاروخية⁽²⁾.

أن روسيا تدرك مخاطر نشر الدرع الصاروخي على الأراضي التشيكية والبولندية بأنه سوف يؤدي الى اسقاط الصواريخ الروسية العابرة للقارات داخل أراضيها أو بجوارها، الأمر

(1) ممثل روسيا لدى الناتو، روسيا تعارض بشدة توسع الأطلسي شرقاً، موقع أخبار أوروبا، على الموقع:

www.arabic.euronews.com

(2) حسن ناصر عبد الحسين، تحديات استعادة المكانة الدولية لروسيا الاتحادية، بحث منشور، مركز دراسات الكوفة،

العدد (50)، 2018، ص 138.

الذي يستلزم البدء بتطوير منظومة دفاع صاروخي جديدة لتحديث ترساناتها العسكرية وبدء سباق تسلح جديد يحمل روسيا أعباء اقتصادية كبيرة⁽¹⁾.

فقد أعلن الرئيس الروسي (بوتين) تحت عنوان "مسائل ملحة بخصوص تطوير الأسلحة الروسية واستعداد روسيا للتعامل مع الأسلحة النووية كأسلحة يمكن القيام باستعماله ضد أعدائها المحتملين"⁽²⁾.

كما حذر الرئيس (بوتين) حلف شمال الأطلسي من أن روسيا قد تعيد النظر في عقيدتها العسكرية، وخصوصاً في مجال الأسلحة النووية إذا ما استمر الحلف في تبنيّه للعقيدة الهجومية التي تعود لفترة الحرب الباردة. وقد فهم المراقبون من هذا الإعلان أن المقصود منه تهديد الولايات المتحدة ودول حلف الناتو كونهم الأعداء المحتملون. وأضاف الرئيس (بوتين) إن روسيا تمتلك أعداد كبيرة من الصواريخ الاستراتيجية القادرة على اختراق أي شبكة دفاع صاروخي في إشارة إلى سعي واشنطن بناء شبكة دفاع صاروخي في شرق ووسط أوروبا خلافاً لمعاهدة الدفاع الصاروخي الموقعة مع الاتحاد السوفياتي بتاريخ 26 أيار/ مايو 1972، والتي انسحبت منها الولايات المتحدة الأمريكية في 14/12/2001 من جانب واحد. واسترسل الرئيس (بوتين) قائلاً: "أن هذه الصواريخ ستوضع في الخدمة بدلاً من الصواريخ المنصوبة حالياً، وإن روسيا ستجري كل عمليات التحديث التي تلبى المصالح القومية الروسية وتتجاوب مع الوضع الدولي العام"⁽³⁾.

وكانت روسيا الاتحادية قد اقر في العقيدة العسكرية للفترة من (2000-2008) تحت عنوان المهام الأولية لتطور القوات المسلحة لروسيا الاتحادية "استخدام الردع النووي". كما أدرج في العقيدة العسكرية الروسية ضرورة بقاء القوات العسكرية التقليدية في حالة استعداد عالي لمواجهة أي تهديد تتعرض له روسيا أو أحد حلفائها من قبل الأعداء"⁽⁴⁾.

(1) صباح جاسم، أزمة الدرع الصاروخي: حرب باردة جديدة بانتظار خليفتي بوش وبوتين، شبكة النبا المعلوماتية، 9 / 4 / 2008، على الرابط: <http://www.annaba.org>.

(2) أحمد كرموي، مصدر سابق، على الرابط: <http://www.almujtamaamag.com/Detail>.

(3) Macel de Haas, Russia's Foreign Security Policy in the 21st Century: Putin and beyond, Routledge Contemporary Studies, 2010, p.15.

(4) مريم موسي رياض يعقوب، تأثير الصعود الروسي على العلاقات الروسية-الأمريكية خلال فترة بوتين وأوباما، المركز الديمقراطي، العربي على الموقع: <http://democraticac.de/?p=35126>.

فقد صادق الرئيس الروسي السابق (ديميتري ميدفيديف)، في 5 شباط عام 2010، على وثيقة العقيدة العسكرية لعام (2010) التي عكست توجهات السياسة الخارجية الروسية اتجاه حلف الناتو على نحو واضح حدد الإطار العام للسياسة الروسية على مدى السنوات القادمة. فقد حددت العقيدة العسكرية لعام (2010) التهديدات العسكرية التي تولدت جراء توسيع مهام حلف الناتو وكيفية التعامل معها⁽¹⁾.

فقد أجازت العقيدة العسكرية لعام 2010 حق استعمال جميع الأسلحة التي تمتلكها لصد أي عدوان ضدها أو ضد حلفائها، إذ جاء فيها: "ضمن إطار تنفيذ إجراءات الردع الاستراتيجية النووي للرد على أي عدوان يهدد كيان الدولة أو حلفائها من قبل حلف الناتو. والجدير بالذكر أن ما جاء في العقيدة العسكرية لعام (2010) التي قدمها الرئيس (مدفيدف) تأكيد لما جاء في وثيقة عام 2000 التي قدمها الرئيس الروسي (فلاديمير بوتين) بما في ذلك النص على ضرورة استمرار تطوير المؤسسة العسكرية الروسية وتزويد القوات العسكرية بأحدث الأسلحة والمعدات⁽²⁾.

وفي عام 2015 صدرت العقيدة العسكرية بتأكيد حالة الانتقال من سياسة الدفاع الى الهجوم، بسبب استمرار المسائل الخلافية مع دول حلف الناتو حول العديد من المسائل المصيرية ومنها: عدم مراعاة هواجس ومخاوف روسيا الامنية في المنطقة الاورو-اطلسية مع استمرار النشاطات العسكرية التي يجريها حلف الناتو بالقرب من حدود روسيا جراء الازمة الأوكرانية⁽³⁾.

2- توسيع التواجد العسكري الروسي في أهم البحار العالمية:

لقد أخذت روسيا الاتحادية تركز تواجدها العسكري في بحر البلطيق البوابة الشرقية باتجاه الدول الأوروبية، كما قامت بربط قوات اسطول بحر البلطيق بأسطول البحر الأسود وربطه مع القوات في شرق البحر المتوسط بعد تأهيل قاعدتي (طرطوس البحرية حميميم الجوية)

(1) نورهان الشيخ، قراءة سياسية في العقيدة العسكرية الروسية، مصدر سابق، ص190.

(2) حسام سويلم، الصناعات العسكرية الروسية في إطار عقيدتها القتالية الجديدة، مجلة السياسة الدولية، القاهرة، نيسان 2010، ص34.

(3) Russian National Security Strategy: Russian Federation Presidential, Edict 683 approving appended text of "The Russian Federation's National Security Strategy 31 December 2015

جنوب شرق البحر المتوسط في مدينة اللاذقية، الامر الذي ادى الى تحقيق اهداف روسيا في الازمة السورية وتساعد الدور الروسي في منطقة الشرق الأوسط⁽¹⁾.

أما في البحر الأسود فقد تزايدت القوات الروسية بشكل ملحوظ بعد الحرب الروسية-الجورجية عام 2008، لاسيما في الإقليم الشرقي من شواطئ البحر الأسود على ساحل بحري طويل يبلغ حوالي (220) كم في ثلاث موانئ بحرية أبخازية هي: ميناء (سوخوم) وميناء (أوتشامتشيرا) وميناء (بيتسوندا)⁽²⁾.

وفي شمال البحر الاسود عمدت روسيا الاتحادية الى نشر قواتها عبر أسطولها البحرية في ميناء (سيفاستوبول) القاعدة الرئيسية للأسطول البحري الروسي جنوب غرب القرم⁽³⁾. كما قامت القوات الروسي بإعداد المطارات العسكرية الرئيسية التابعة مثل: (كفارديسكايا وكاتشا وخيرسونيس) المدعومة بوحدات الاتصالات العسكرية مثل: (سوداك) في شرق القرم و (يالطا) في جنوب القرم ضمن عدد من الاتفاقيات العسكرية التي وقعتها روسيا الاتحادية مع دول المنطقة فيما يخص المجال الامني والعسكري⁽⁴⁾.

وفي 24 من شهر نيسان عام 2022 قامت روسيا بإعلان الحرب على أوكرانيا. ومن خلال متابعتنا للحرب الدائرة بين البلدين وجدنا بان أسباب الحرب من وجهة النظر الروسية تتمحور حول النقاط التالية:

إنّ أوكرانيا ذات الميول الغربية توفر الأرضية لقوات حلف الناتو للاقترب من الحدود الروسية عبر عقد اتفاقيات شملت: إجراء مناورات عسكرية في البحر الأسود بمشاركة أغلب دول حلف الناتو بقيادة الولايات المتحدة الامريكية وبالقرب من الحدود الروسية بصورة دورية كل عام. ثم إقامة القواعد والمطارات العسكرية على الأراضي الاوكرانية وتدريب القوات الاكرانية

(1) محمد باسم، روسيا وأمريكا في صراع المتوسط، الانجلو المصرية، القاهرة، 2013، ص65.

(2) ديارى محمد صالح، حرب القوقاز وعسكرة البحر الاسود، الحوار المتمدن، العدد (2422)، 2008، المحور السياسية والعلاقات الدولية، متوفر على الموقع: www.ahewar.org

(3) نوار ربيع الخيري، روسيا الاتحادية والسعي لإثبات المكانة والدور اقليميا و دوليا، مجلة قضايا سياسية، جامعة النهريين، بغداد، 2010، ص109.

(4) محمد صفوان جولاق، اوكرانيا وانفصال القرم: الواقع والمال، مركز الجزيرة للدراسات، تقارير، 2014.

على الرابط: <https://www.studies.aljazeera.net>

على الأسلحة المتطورة التي تحصل عليها أوكرانيا من دول حلف الناتو لاسيما الولايات المتحدة الأمريكية. أن عدم تطبيق مقررات اتفاقية (مينسك) عاصمة بيلاروسيا الخاصة بإعطاء الحكم الذاتي للجمهوريتين (دونيتسك ولوهانسك) في حوض دويباس ذات الأغلبية الروسية، كما أن عدم الالتزام بإنشاء مناطق أمنية على الحدودية الأوكرانية- الروسية، كانت من أهم أسباب الحرب الروسية على أوكرانيا، كما إن محاولات أوكرانيا لامتلاك الأسلحة النووية والبيولوجية والمطلبة بالانضمام إلى حلف الناتو، على الرغم من التحذيرات الروسية، الامر الذي فسرتة القيادة الروسية على أنه عمل يدخل في اطار المحالات الأوكرانية في التعاطي مع دعم حلف الناتو لمحاصرة روسيا وتهديد امنها القومي. أما تبريرات القيادة الأوكرانية لهذه النشاطات السياسية والعسكرية تتلخص في: حق أوكرانيا حماية استقلالها وسيادتها الوطنية وضرورة قطع الطريق على روسيا من إعادة سيطرتها على أوكرانيا والتحكم بمقدراتها العسكرية والاقتصادية بالوسائل التي تراها مناسبة.

• **المطلب الثاني: انعكاسات تنفيذ الإستراتيجية الروسية**

بعد التحولات التي أحدثتها نشاطات السياسة الخارجية الروسية الجديدة بوسائلها السياسية والاقتصادية والأمنية لمنافسة وموازنة دور حلف الناتو بعد انتهاء الحرب الباردة يأتي الحديث عن انعكاسات تلك النشاطات الروسية. فقد تمكنت روسيا الاتحادية من احداث متغيرات فاعلة جراء اقامتها الحرب على جورجيا عام 2008، ليبدأ عهد جديد من العلاقة مع حلف الناتو تبلور فيه قدرة روسيا على مواجهة التحديات التي عانت منها في المرحلة السابقة خلال فترة حكم الرئيس الأسبق (بورس يلتسن)⁽¹⁾.

كما قادت الحرب الروسية ضد جورجيا الى تحول استراتيجي واضح مكنت القوات الروسية من اظهار نوع من السيطرة على منطقة البحر الاسود واجبار الاطراف المعارضة لسياستها بالتعامل بإيجابية مع المصالح الروسية، لاسيما في القوقاز الجوار القريب (مجال روسيا الحيوي)، إذ تمكنت روسيا من إعادة صياغة التحالفات مع دول الجوار القريب عبر عقد

(1) المعهد الملكي للدراسات الاستراتيجية، التوازن العسكري 2004-2005، ترجمة: مركز الخليج للأبحاث، أبو ظبي، 2005، ص ص 208-209.

اتفاقيات امنية واقتصادية جديدة أدت الى تصاعد دور روسيا وتحقق مصالحها واستقلالية قراراتها، الامر الذي حجم الدور الأمريكي-الاوروبي في منطقة القوقاز. فقد أعلن (شيفر) الأمين العام للحلف الأطلسي آنذاك، بأن الحلف لا يملك الصلاحيات للتدخل العسكري في الحرب الجورجية الروسية⁽¹⁾.

أما الموقف الأمريكي من الحرب الروسية ضد جورجيا، فقد اقتصر على التنديد والإعراب عن القلق إزاء تلك الحرب والمناشدة بوقف الحرب وتسوية الازمة بالطرق السلمية. بالمقابل منحت روسيا الاتحادية الهيبة والنفوذ والبدء بمرحلة التنافس للدول الغربية⁽²⁾.

كما تمكنت روسيا عبر اقامتها الحرب على جورجيا من تحقيق أهداف استراتيجية عليا منها: إعادة التوازن الاستراتيجي مع حلف الناتو ومنع بعض دول أوروبا الشرقية والقوقاز من الانضمام الى عضوية حلف الناتو وكسر الطوق الذي فرضه التحالف الأمريكي-الأوروبي، الامر الذي حجم دور الناتو في تلك المنطقة⁽³⁾.

كما تم تسويق المنظور الأمني الروسي الخاص بمنطقة القوقاز، حيث تم اخطار حلف الناتو بضرورة الكف عن فكرة ضم جورجيا الى عضويته، كما تولدت نوع من الفناعة لدى بعض الدول في رابطة الدول المستقلة بضرورة الابتعاد عن الولايات المتحدة الأمريكية التي لم تحمي حلفائها في المنطقة من السياسة الروسية الهادفة الى تحقيق مصالحها⁽⁴⁾.

كما أظهرت الحرب الجورجية-الروسية قدرة القوات البحرية الروسية من الانتشار العسكري الواسع في البحر الأسود وأجراء المناورات العسكرية وزيادة التواجد العسكري الروسي في القواعد البحرية والخلجان والمضايق الاستراتيجية في البحر الاسود. بالمقابل أظهرت الحرب الجورجية-الروسية في منطقة القوقاز عجز الناتو من حماية الحلفاء واجباره إعادة النظر في سياسته وعقيدته العسكرية

(1) سعد شاكر شبلي، الاستراتيجية الأمريكية تجاه الشرق الأوسط، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2013، ص90.

(2) خالد سعد زغلول، الأزمة في القوقاز تحد جديد للاتحاد الأوربي. مجلة السياسة الدولية. العدد(١٧٤) مركز الأهرام للدراسات السياسية والاستراتيجية، القاهرة، 2008، ص 2018.

(3) محسن طاهر مديهي، توسيع حلف الناتو بعد الحرب الباردة: دراسة في المدركات والخيارات الاستراتيجية الروسية، دار جنان للنشر والتوزيع، 2013، ص67.

(4) خالد سعد زغلول. مصدر سابق، ص221.

اتجاه روسيا، بعد أن تولدت قناعة لدى أعضاء الحلف الأطلسي بأن روسيا لا تتردد في استخدام القوة العسكرية في حال المساس بمصالحها العليا وتعرض أمنها القومي للخطر، كما تسنى لروسيا الإشتراك في الترتيبات الأمنية في مناطق النفوذ المتنازع عليها في آسيا وأوروبا على أن تكون روسيا طرفاً فاعلاً في السياسة الدولية⁽¹⁾.

كما ضمنت روسيا وجود مناطق عازلة مهمة لحماية أمنها القومي، وحرمان جورجيا من الموانئ المطلة على البحر الأسود التي يسعى حلف الناتو للسيطرة عليها بهدف زيادة الضغوط على روسيا والاقتراب أكثر نحو حدودها لفرض الطوق عليها⁽²⁾.

لقد كانت الحرب الروسية-الجورجية بمثابة رسالة لحلف الناتو بأن روسيا لديها خيارات مفتوحة لمواجهة كل التهديدات المحتملة والحفاظ على استقرار الأوضاع في محيطها الأمني، مما أثر في قناعة الدول المجاورة بضرورة الاعتماد على القوات الروسية لحماية أمنها ومنع التوتر فيها⁽³⁾.

أما بخصوص انعكاسات ضم شبه جزيرة القرم الى الاتحاد الروسي، فقد أدى الى حرمان دول حلف الناتو من الحصول على أي معلومات عن طريق الجو في منطقة البحر الاسود. وكان بعض قادة الحلف قد أشاروا مراراً الى تلك المشكلة وعبروا عن قلقهم الشديد من هذا التهديد الذي أطلقوا عليه تسمية (صعوبة الوصول الى منطقة مجهولة) خاصة بعد أن بدأت روسيا بتحديث قواتها في أسطول البحر الاسود واسطول بحر البلطيق بهدف تحويلها إلى قوات قتالية حديثة قادرة على مواجهة أي تهديد أو تحدي في هذه المناطق وتوفير مراقبة فعالة على تحركات الناتو في كلا البحرين وفي سماء دول البلطيق (استونيا ولتوانيا ولاتفيا) بهذا الاجراء تكون روسيا قد تمكنت من تأسيس وجود عسكري دائم لها في البحرين الأسود والبلطيق، لاسيما بعد أن أخذت تركيا تتردد كثيراً في الموافقة على توسيع تواجد قوات حلف

(1) أحمد دياب، النزاع في القوقاز حسابات خاطئة وتداعيات إقليمية خطيرة، مجلة السياسة الدولية، العدد 174، مركز الأهرام، القاهرة، 2008، ص210.

(2) Stijn van der Meulen, The Five- Day War; Russia Interests in the war against Georgia, University of Amsterdam, 2009, p41.

(3) وائق محمد البراك ومحمد العبيدي، دراسات في تاريخ القوقاز، مركز الدراسات الاقليمية، جامعة الموصل، سلسلة شؤون اقليمية رقم 36، ص92.

الناطو في البحر الأسود، لأن ذلك من شأنه أن يضعف السيطرة التركية في المنطقة ويجلب لها المتاعب⁽¹⁾.

وكان من انعكاسات ضم جزيرة القرم الى الاتحاد الروسي منع أوكرانيا من الانضمام إلى حلف الناتو وإجباره على اتخاذ إجراءات عسكرية من قبيل الإعلان عن استنفار قواته في منطقة البحر الاسود وشرق أوروبا وفوق بحر البلطيق وارتباك مواقع قواته⁽²⁾.

أما مخرجات الاجراءات الروسية في البحر المتوسط عند قاعدتي (طرطوس وحميم) على الشواطئ السورية، فقد أدت الى تصاعد الدور الروسي في الشرق الأوسط وغيرت خارطة توازنات القوى الدولية والاقليمية في الازمة السورية لصالح روسيا على حساب النفوذ الأمريكي فيها. كما شكل توسيع وتزويد قاعدتي طرطوس البحرية وحميم الجوية في مدينتي (طرطوس واللاذقية) بأنواع الأسلحة الروسية المتطورة عامل ردع للفصائل الإرهابية التي تمثل عامل تهديد بارز ومتقدم للأمن القومي الروسي. وهو ما أكدت عليه العقيدة الاستراتيجية الروسية في كل تحديثاتها، خصوصاً بعد تعرض روسيا لسلسلة هجمات إرهابية⁽³⁾.

أما الاجراءات الاقتصادية التي اتخذتها روسيا الاتحادية ضد بعض دول حلف الناتو فقد شكلت بالغ الأثر على عجلة الاقتصاد الأوروبي، كما أظهرت الاجراءات الاقتصادية بؤادر التصدع داخل المعسكر الأوروبي التي عبرت عنه كل من بريطانيا وألمانيا من خلال إبدائهما عدم الحماسة تجاه مقاطعة روسيا اقتصاديا، مما عزز التأثير الاقتصادي الروسي في القارة الأوروبية نظرا للتداخل الاقتصادي المتشعب بين روسيا والدول الأوروبية.

وقد اتضح تأثير الإجراءات الاقتصادية الروسية في محادثات مينسك الخاصة بتسوية الازمة الأوكرانية من خلال فرض شروط حازمة على الأطراف المتفاوضة معها (أوكرانيا ودول الاتحاد الأوروبي) من قبيل عدم السماح لأوكرانيا من الانضمام إلى الاتحاد الأوروبي. وفي اجتماع ثلاثي جمع ممثلي: الاتحاد الأوروبي - روسي -أوكراني في 12 أيلول/ سبتمبر

(1) فورين أفيير، التواجد الروسي المتنامي في البحر الأسود، بحث منشور على الرابط:

[/https://idraksy.net/russias-growing-stronghold-in-the-black-sea](https://idraksy.net/russias-growing-stronghold-in-the-black-sea)

(2) عطار عوض، روسيا الاتحادية والولايات المتحدة الأمريكية: التوجهات الجيوستراتيجية لإدارة الأزمة الأوكرانية، مجلة تكريت للعلوم السياسية، 2019، ص 132.

(3) Luke Coffey, Russia's priority is the survival of Assad's regime, 18 November 2015retrieved from <http://www.aljazeera.com>

2014، تم الاتفاق على تأجيل تطبيق اتفاق منظمة التجارة الحرة الأوروبية -الأوكرانية من تشرين الثاني/ نوفمبر 2014 إلى نهاية عام 2015، وهددت روسيا بفرض قيود جمركية على أوكرانيا إذا لم يتم تطبيق شروطها⁽¹⁾.

○ الخاتمة

كل ما تقدم ذكره في بحثنا هذا يؤكد جملة من النتائج التي تم التوصل اليها مثل: استمرار نشاطات الحلف الأطلسي التي تميزت برفض المصالح الروسية وتدعيم حالة الصراع الذي كان سائداً خلال الحقبة السوفيتية بأدوات جديدة، على الرغم من المحاولات الروسية التقرب من الدول الغربية، لاسيما الولايات المتحدة الامريكية. كما أن الدول الأوروبية الأعضاء في حلف الناتو لازالت تعاضد الولايات المتحدة الامريكية بمحاصرة روسيا عبر المساهمة بنصب الدرع الصاروخي وسط وشرق أوروبا، فضلاً عن اثارة النزاعات في رابطة الدول المستقلة وتطبيق العقوبات الاقتصادية. هذه النشاطات أدت الى ردود أفعال روسية شملت: استعمال سياسة التهديد ضد حلف الأطلسي وتكثيف الإجراءات العسكرية في أهم البحار العالمية: الأسود والمتوسط والبلطيق، وإقامة الحرب ضد جورجيا لإظهار القدرة في التعاطي مع التحدي الاطلسي والتأسيس لمرحلة جديدة تميزت بقدرة روسيا على إعادة التوازن الاستراتيجي. كما ان تحرك روسيا في شمال البحر الأسود أسفر عن استرجاع جزيرة القرم وكسر الطوق الذي فرضه حلف الناتو والحد من محاولاته التوسع شرقاً. كما لروسيا نشاطات سياسية واقتصادية ساهمت في حماية الامن القومي الروسي.

(1) Lawrence Freedman, "Ukraine and the Art of Limited War", Survival, vol. 56, no. 6 (December 2014 / January 2015), p. 17.

الدراسة الخامسة:

الحماية القانونية "لمهجري البيئة" في القانون الدولي الإنساني

د. حسين أحمد العزّي

ما زال التغيّر المناخي يزداد تأثيراً على حركة التنقل البشري داخلياً ودولياً، فاستناداً إلى مركز رصد النزوح الداخلي كل ثانية ينتقل إنسان من موطنه بسبب الكوارث الطبيعية أي بمعدل 22.5 مليون إنسان فرّوا من موطنهم بسبب تغيّرات مناخية منذ العام 2008⁽¹⁾. ستبحث هذه الدراسة ظاهرة فرار الأفراد قسراً من موطنهم إلى خارجه بسبب التغيّر المناخي ذي الصلة بالنزاع المسلّح بصورة مباشرة أو غير مباشرة، وبصرف النظر عن توصيفهم القانوني فإنهم بلا شك يحتاجون إلى حماية قانونية للحفاظ على أرواحهم وكرامتهم الإنسانية. وتشكل مسألة التنقل القسري للأفراد عبر الحدود بسبب التغيّر المناخي المتصل بالنزاع المسلّح، تحدياً للجماعة الدولية، حيث بلغ في العام 2020 عدد الفارين من موطنهم بسبب النزاعات وتدايعات التغيّر المناخي (48) مليون شخص⁽²⁾. ويقع هذا التحدي بين مجموعة التزامات متزاحمة، وهي الالتزام العام تجاه الدول كافة بحماية هذه الفئة الضعيفة من ضحايا التغيّر المناخي والنزاع المسلّح وبين التمسك بمبدأ السيادة الإقليمية المطلقة للدول. وعليه، تتركز إشكالية دراستنا بالتساؤل الآتي: ما هو نطاق الحماية القانونية لمهجري البيئة لأسباب متصلة بالنزاع المسلّح؟ ومن أجل معالجة الإشكالية ينبغي الإجابة على التساؤلات الفرعية الآتية:

⁽¹⁾ IDMC, Internal Displacement Monitoring Center, Global Internal Displacement Database, link, <http://www.internal-displacement.org/database/displacement-data>. Accessed September 10, 2021.

⁽²⁾ IDMC, Grid, Report 2021, Link, grid2021_idmc.pdf (internal-displacement.org), P.11. Accessed 10 September 2021.

- ما هي محددات "المهجر البيئي" لأسباب متصلة بالنزاع المسلح؟ وما هو نطاق حمايته القانونية ومستوياتها؟
- ما هو الدور الوظيفي لمبدأ عدم الإعادة القسرية للمهجرين البيئيين من النزاعات المسلحة؟

○ المبحث الأول: التهجير البيئي والنزاعات المسلحة: تحد قانوني متجدد

● المطلب الأول: مفهوم "المهجر البيئي" من منظور القانون الدولي المعاصر

سنتناول في هذا المطلب العلاقة بين التغير البيئي والنزاعات المسلحة من منظور القانون الدولي المعاصر (الفرع الأول)، ومن ثم المركز القانوني للمهجر البيئي (الفرع الثاني).

■ الفرع الأول: العلاقة بين التغير المناخي والنزاعات المسلحة

تعد ظاهرة التغير المناخي وتأثيرها على حقوق الانسان من أبرز القضايا التي شغلت الرأي العام نظراً لارتباطها بالوجود البشري المستدام، خصوصاً في بعض الدول النامية والجزرية التي بات سكانها مهددين بفقدان موطنهم، وبالتالي تشردهم بسبب ارتفاع مستوى منسوب البحر، ونظراً لخطورة المسألة وأهميتها أُدرجت في العام 2020 على جدول أعمال اللجنة القانونية التابعة للأمم المتحدة⁽¹⁾.

اتسم نطاق النقاشات بظاهرة التغير المناخي باهتمام متزايد⁽²⁾، حيث تُوج بإصدار مجلس حقوق الإنسان في العام 2008 قراره (7/23)، الذي نبه إلى تأثير التغيرات المناخية على التمتع بالحقوق الأساسية للإنسان، ثم تلتها قرارات وتقارير دورية⁽³⁾، وفي ذلك دلالة على ضرورة التضامن والتعاون الدوليين لمواجهة هذه الظاهرة الخطيرة.

(1) تقرير لجنة القانون الدولي، الجمعية العامة، الدورة 74، الملحق رقم 10، الوثيقة A/74/10، البند العاشر، ص. 451.

(2) استراتيجية الأمن القومي الروسي، 2 تموز 2021، حيث ذكرت ارتباط التغير المناخي بالظواهر القاهرة الطبيعية ومن صنع الإنسان اي النزاعات المسلحة، راجع عنوان أمن الدولة والأمن العام، البند 43.

(3) تقرير المفوض السامي، مجلس حقوق الانسان، دراسة تحليلية بشأن حماية حقوق الانسان وذوي الإعاقة في سياق التغير المناخي، 2020، الوثيقة A/HRC/44/30 راجع خطة المفوضية لضمان تنفيذ السياسات البيئية والمناخية 2018-2021..

وقد عرّفت اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية للعام 1992 التغير المناخي أنه: "تغير في المناخ يُعزى بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلى النشاط البشري الذي يُفضي إلى تغير في تكوين الغلاف الجوي العالمي والذي يلاحظ، بالإضافة إلى التقلب الطبيعي للمناخ، على مدى فترات زمنية مماثلة"⁽¹⁾.

وقد انقسم اتباع النظريات المختلفة الدارسة لحالة التغير البيئي إلى ثلاث مدارس وهي: مدرسة المغاليين (Maximalist) والمنذرين (Minimalist) الذين بحثوا في الآليات القانونية الصالحة لحماية هؤلاء اللاجئين البيئيين⁽²⁾. والمدرسة الحديثة (Modern) ورأدها ريتشارد بلاك الذي ربط الهجرة بمفهوم الأمن الإنساني.

ومن المسلم به أن للتغير المناخي أثراً مباشراً وغيره مباشرة على تمتع الإنسان بحقوق الأساسية التي لا يمكن الانتقاص منها لتعلقها باحترام الكرامة الإنسانية. ومن هذه الحقوق الحق في الحياة ومتفرعاته الأصيلة كالحق في الغذاء والصحة والماء والبيئة. فوفقاً لتقرير الهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ في العام 2019، حذر العالم أن أمامه عشرة أعوام فقط لخفض الاحتباس الحراري بمقدار درجة مئوية ونصف الدرجة، لمواجهة الآثار الكارثية للتغير المناخي، وإلا ستتعرض حياة الملايين من البشر لمخاطر تشمل حقوقهم الأساسية وخاصة الحق في الغذاء والصحة والحق في الماء⁽³⁾.

ويحظى الحق في الماء بأهمية خاصة في دراسة علاقة التغير البيئي والنزاعات المسلحة، حيث تمّ عسكرة مراكز موارد المياه، باستخدام الماء كسلاح من طرف بعض الدول والجماعات المسلحة في أماكن كثيرة تعاني من ندرة في الموارد المائية، وتعتبر الصومال وفقاً لدراسة "كينغ" الأكثر عرضة إلى عسكرة مراكز الموارد المائية⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ متاح على الرابط. <https://unfccc.int/sites/default/files/convarabic.pdf>, access, 30/8/2021.

⁽²⁾ Giovanni Sciacaluga, International Law and The Protection of "Climate Refugees", Palgrave MacMillan, Springer, Genoa, 1ed., 2020, P. 22.

⁽³⁾ IPCC, Global Warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, [Masson-Delmotte, V., P. Zhai, and others, 2019,(1-874), P.4.

⁽⁴⁾ Marcus D. King, ed., Water and Conflict in the Middle East, (London: Hurst/Oxford University Press, 2020), see also, The Weaponization of Water in Iraq and Syria" Washington Quarterly, Vol 38, Issue 4, winter 2016.

وكما هو معلوم أن الحق في الماء كغيره من الحقوق تترتب عليه العديد من المخاطر، فتقارير منظمة الأمم المتحدة تشير إلى حرمان ما يتجاوز المليار شخص في العالم من إمكانية الوصول المأمون لماء الشرب، مما سيشكل سبباً رئيسياً للتنقل الاضطراري لمسافات طويلة بحثاً عن الماء ما يزيد من احتمال ارتفاع منسوب النزاعات المسلحة⁽¹⁾. وقد بات من المؤكد أن التشرد، والهجرة القسرية، والنزاعات المسلحة، هي تداعيات لتغير المناخ.

ويعتبر التشرد أحد أبرز الآثار غير المباشرة حيث بلغ عدد المشردين في العالم في العام 2018 41.3 مليون شخص⁽²⁾، بسبب النزاعات وعوامل التغير المناخي والكوارث، ونأخذ مثلاً ما حصل في جمهورية الكونغو الديمقراطية من انتهاكات جسيمة للقانون الدولي الإنساني بسبب النزاعات المسلحة المرتبطة بالتغير المناخي⁽³⁾. ويبدو لغاية اليوم أن العلاقة بين التغير المناخي والنزاعات المسلحة ليست مباشرة، وتبقى العلاقة المباشرة قيد التفحص والدراسة⁽⁴⁾.

أما العلاقة بين التغير المناخي والنزاعات المسلحة فلها وجهان، حيث يمكن أن يؤدي الأول إلى اندلاع نزاعات مسلحة وأعمال عنف، كما يمكن أن يزيد النزاع المسلح من وتيرة التغير المناخي. ومن المسلم به أن كليهما يؤديان إلى زيادة نسبة النازحين واللاجئين والمهجّرين قسراً عبر الحدود الدولية⁽⁵⁾. فمنذ العام 2008 حدّر الخبير "هارالد الدفيلتسير" في كتابه بعنوان "حروب المناخ" من انهيار أنظمة اجتماعية نتيجة لتغير المناخ، وأن التغير المناخي زاد من حدّة النزاعات على الماء العذبة والموارد الطبيعية والنفطية، فضلاً عن رفع مستوى التوترات والعنف⁽⁶⁾.

(1) مجلس حقوق الإنسان، الدورة الثامنة والثلاثون، سدّ الثغرات في حماية حقوق الإنسان في سياق هجرة الأشخاص عبر الحدود الدولية وتشردهم بسبب الآثار الضارة لتغير المناخ، 2018، الوثيقة، A/HRC/38/21، ص. 4-6.

(2) المنظمة الدولية للهجرة، تقرير العام 2020، ص. 45، حيث بلغ عدد المشردين بسبب النزاعات 11.2 مليون، بينما المشردين بسبب التغير المناخي وعوامل الطبيعة 16 في العام 2018 فقط.

(3) Marie-Christine Verdier-Jouclas A legal status for "Climate Refugees" Committee on Migration, Refugees and Displaced Persons - Doc. 14413, Reference 4342 of 24 November 2017. 2019.

(4) الهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ IPCC، تقرير 2014، تغير المناخ الآثار، التكيف وهشاشة الأوضاع، المحررون، ف. باروس وآخرون، ص. 95-96.

(5) مجلة الإنسان، تغير المناخ يفاقم من معاناة المدنيين في أوقات الحروب، ربيع- صيف 2019، ص. 10.

(6) Harald Welzer, Climate Wars, what people will be Killed for in the 21th Century, Eng. Ed. Polity Press, Cambridge, 2012, P. 149 -150.

وتشير الدراسات إلى أن آثار تغيّر المناخ المتفاعلة مع المشاكل الاقتصادية والاجتماعية والسياسية تولد احتمالاً كبيراً لنشوب نزاعات مسلحة، فحوالي 60% من أصل العشرين دولة الأكثر هشاشة بسبب التغير المناخي تعاني من النزاعات المسلحة وفقاً لدراسة اللجنة الدولية للصليب الأحمر⁽¹⁾. وفي هذا السياق أكد رئيس اللجنة الدولية للصليب الأحمر "بيتر ماورير" أن المناخ والعنف أزمة مستمرة في منطقة القرن الإفريقي، وأن "الأرقام الأولية الصادرة عن مركز رصد النزوح الداخلي تؤكد حصول 500 ألف حالة نزوح بسبب الكوارث و180 ألف حالة مماثلة جزاء العنف والنزاع المسلح في الصومال⁽²⁾.

كما يرى بعض الفقه أن تغيّر المناخ هو مُحرك ودافع لتهجير الأشخاص والنزاعات المسلحة المنتجة للتهجير البشري وفقاً لسيناريوهات متعددة ومزمنة⁽³⁾، حيث يُضاعف التغير المناخي فرص النزاعات المسلحة على الموارد ومصادر الطاقة ما يعكس زيادة في أعداد المهجرين قسراً إلى خارج الحدود الإقليمية⁽⁴⁾، في حين عرض بعض الفقه ثلاث فرضيات للعلاقة بين البيئة والنزاع المسلح مركزين على فرضية النزاعات المسلحة غير الدولية⁽⁵⁾.

لذا نجد من المفيد مقارنة ظاهرة التغيّر المناخي المتصل بالنزاع المسلح من زاوية "أنسنة" قضية هؤلاء المهجرين بيئياً وتوفير الحماية لهم من خلال المنظومة القانونية المتوفرة حالياً، ويأتي في طليعتها القانون الدولي الإنساني حيث تقع حماية ضحايا التغيّر المناخي المتصل بالنزاع المسلح في صلب مهامه الوظيفية.

(1) ICRC, When Rain Turns to Dust, 2020, p.12. link, www.icrc.org/sites/default/files/topic/file_plus_list/rain_turns_to_dust_climate_change_conflict.pdf.

<https://gain.nd.edu/our-work/country-index/rankings.access>, 12/9/2021.

(2) وكالة المغرب العربي للأنباء، تغير المناخ والعنف، تاريخ النشر، 2020/1/15، متاح على الرابط،

<http://mapecology.ma/ar/> ، تاريخ الدخول 2021/09/07

(3) James Lee, Climate Change and Armed Conflict, Hot and cold wars, Routledge, U.S.A, 2009, P.118-119.

(4) المنظمة الدولية للهجرة، تقرير العام 2020، حيث بلغ عدد المهاجرين في العام 2019، 272 مليون بزيادة ملحوظة عن التقديرات المتوقعة للعام 2050 والمحددة بـ 230 مليون، ص. 18.

(5) Richard Black, Environmental Refugees Myth or Reality? Working Paper, No. 34, New Issues in refugee research, Univ. Sussex, U.K., 2001, P 14- 15.

وعليه فإن مصطلح "اللجوء البيئي" بات من العناوين الشائكة إن لجهة المعالجة القانونية النظرية، حيث يوجد تصنيفات متعددة للمهجرين قسراً لأسباب بيئية مع صعوبة في الاتفاق بشأن معايير تلك التقسيمات، وهذا ما سنعرضه فيما يلي.

■ الفرع الثاني: المركز القانوني "للمهجر البيئي" في القانون الدولي العام

لقد حظي موضوع مهجري البيئة أو المناخ وحمايتهم القانونية باهتمام واسع في السنوات الأخيرة، حيث استعملت مصطلحات متعددة لتوصيفهم كالمهاجرين القسريين بسبب المناخ، واللاجئين بسبب المناخ، والنازحين بسبب المناخ، لذا يجب التوافق على توصيفهم من أجل تحديد نطاق الحماية القانونية لهم.

بداية، لا بد من توضيح عبارة "المهجر البيئي"، من بين المصطلحات الكثيرة التي أطلقت في "المرجل" أي كوكب الأرض، وذلك من خلال توضيح بعض التعريفات وتفحصها⁽¹⁾. وبصرف النظر عن محاولات التعريف، فالتعريف على أهميته ليس غاية بذاته، إنما تكمن النقطة الجوهرية في ضرورة الانطلاق من مصطلح مقبول قانوناً يكون قادراً على "أنسنة" قضية هذه الفئة من ضحايا التغير البيئي والنزاعات المسلحة، فضلاً عن توفير مركز قانوني ضامن لحقوقهم ومحدد لالتزامات الجماعة الدولية تجاههم.

ومن المتفق عليه أن العلاقة السببية بين التغير المناخي والهجرة هي عامل أساسي ولكنها ليست كل شيء، فبعض المقاربات ركزت على مجموعة عوامل حاسمة لفهم الاختلاف بشأن التعريف، منها على سبيل المثال، نوع النزوح (قسري أو اختياري)، نوع التدهور البيئي (مفاجئ أو تدريجي)، المحرض البيئي على النزوح (طبيعي أو اصطناعي)، نطاق النزوح (داخلي أو خارج حدود الدولة)⁽²⁾، وبالتالي الاختلاف في المفاهيم بطبيعة الأمر أدى إلى اختلاف في الحلول المقترحة والإطار القانوني الواجب التطبيق، ويبقى الخطر الأكبر جعل مفهوم اللاجئ المناخي مفهوماً فارغاً قانوناً.

(1) Giovanni Sciacaluga, International Law And The Protection of "Climate Refugees" Op. Cit, P. 31

(2) Mostafa Mahmud Naser, Climate change – Induced Displacement: Definitional Issues, and Concerns», CJEEL, Vol.2, Issue.1, 2011, P. 6-7.

وقد كوّنت الممارسة استعمال مصطلح "لاجئو المناخ"، أو "لاجئو البيئة"، حيث استعمل لأول مرة في العام 1976 من قبل السيد ليستر بروان، كما استعمل باحثون أمثال عصام الحناوي⁽¹⁾ هذا المصطلح في دراسة العلاقات بين النزاعات والتدهور البيئي والهجرة البشرية في العام 1985.

وبعد ذلك ظهرت تعريفات متعددة ومتعارضة⁽²⁾، فقد وصفت مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، والمنظمة الدولية للهجرة الأشخاص المشردين قسراً عبر الحدود لأسباب بيئية بـ "لاجئين بسبب الظروف المناخية أو البيئية"، ولكن هذا التوصيف يفتقر إلى الأساس القانوني الدولي للاجئين؛ فاستناداً لنص المادة الأولى من اتفاقية اللاجئين لعام 1951 عرّفت اللاجئ أنه: "كل شخص يوجد بنتيجة أحداث وقعت قبل 1 كانون الثاني/يناير 1951، وبسبب خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو آرائه السياسية، خارج بلد جنسيته، ولا يستطيع، أو لا يريد بسبب ذلك الخوف، أن يستظل بحماية ذلك البلد، وبالتالي فمن غير الدقة أن يتمتع اللاجئون البيئيون والمهاجرون الاقتصاديون بمستوى واحد من الحماية القانونية الدولية، ولكن الصحيح أن اللاجئين والمهاجرين يواجهون تحديات وأوضاع هشة متشابهة، ولكنهم يخضعون لأطر قانونية مختلفة، حيث يتمتع اللاجئون وفقاً لاتفاقية العام 1951 فقط بالمركز القانوني للاجئ. وقد رفضت بعض الدول الصغيرة المهتدة بالغرق أو الانقراض لأسباب بيئية أو مناخية، كيريباتي و توفالو Tuvalo - Kiribati، موقف المفوضية لأنه يمسّ باستقلال تلك الدول وشعوبها⁽³⁾.

بينما صرّح السيد "جان زيغلر" في تقريره للعام 2009، أنه "ينبغي عدم الخلط بين اللاجئين هرباً من الجوع وبين "المهاجرين الاقتصاديين". فعندما يبحث مهاجر اقتصادي عن حياة أفضل بالهجرة إلى بلد آخر، فهو يفعل ذلك غالباً بمحض إرادته، أما اللاجئ هرباً من الجوع فلا يتحرك بمحض إرادته بل بدافع "الضرورة" فهو مُجبرٌ على الفرار، لذلك يؤيد وصفهم

(1) El-Hinnawi Environmental Refugees. Report, 1985, UNEP, link, <https://digitallibrary.un.org/record/121267>. Accessed 11 September 2021.

(2) Benoit Mayer, "Who Are Climate Refugee" (Behrman and Kent; CLIMATE REFUGEES' Beyond the Legal Impasse?), Routledge, London, 2018, P.81-100.

(3) Giovanni Sciacaluga, International Law and The Protection of "Climate Refugees" Op. Cit, P. 65

باللاجئين بسبب المناخ مع وجوب تحمّل الدول لالتزاماتها في مجال حقوق الإنسان؛ بمن فيهم من يعبرون الحدود بسبب الآثار الضارة لتغيّر المناخ⁽¹⁾.

وتبنّى "نورمان مايرز" مصطلح اللاجئين البيئيين⁽²⁾ وعرّفهم بـ "الأشخاص الذين لم يعد بإمكانهم تحصيل سبل العيش في موطنهم بسبب الجفاف والتصحر والتدهور البيئي أو أي مشكلة بيئية أخرى بالإضافة إلى مشاكل الكثافة السكانية والفقر المدقع". بينما يفضل أتباتو مصطلح "مهاجري المناخ القسريين" Forced Climate Migrants لوصف المضطرين للهجرة نتيجة للعواقب المرتبطة بتغير المناخ.⁽³⁾

كما اقترحت المنظمة الدولية للهجرة (IOM) تعريفاً عملياً في عام 2007 لما أسمته "المهاجرين البيئيين"، واصفة إياهم بأنهم "أشخاص أو مجموعات من الأشخاص الذين في الغالب لأسباب تتعلق بتغيير مفاجئ أو تدريجي في البيئة يؤثر سلباً على حياتهم أو ظروفهم المعيشية ويضطرون إلى مغادرة منازلهم المعتادة، أو اختيار القيام بذلك، إما بشكل مؤقت أو دائم والانتقال إما داخل بلدهم أو في الخارج، وهذا التعريف منتقد لأنه يخلط بين النزوح القسري وبين الطوعي، وهذا أمرٌ حاسم من الناحية القانونية⁽⁴⁾.

ولاحقاً وسّعت الأمم المتحدة فئة "لاجئو المناخ" على ضوء الهدف الثالث عشر من خطة التنمية المستدامة لعام 2030، حيث استعملت مصطلحاً جديداً وهو الأشخاص النازحون بيئياً، فالنازحون البيئيون هم "الأفراد الذين نزحوا عن موطنهم الأصلي أو محال إقامتهم المعتاد عابري الحدود الدولية ولأسباب تتعلق بالتدهور البيئي والتصحر والتدمير الشامل لأماكنهم دون أن يكون هذا هو السبب الوحيد⁽⁵⁾، وتشمل النزاعات المسلحة الأسباب الأخرى. كما اعتقد أولي

(1) التقرير السنوي للمفوض السامي لحقوق الإنسان "سد الثغرات في حماية حقوق الإنسان في سياق هجرة الأشخاص عبر الحدود الدولية وتشردهم بسبب الآثار الضارة لتغير المناخ، سبق ذكره، ص 16.

(2) Norman Myers, Environmental Refugees: A Growing Phenomenon of the 21st Century. Philosophical Transactions of the Royal Society: Biological Sciences, 2001, 357, p. 609.

(3) Atapattu, A New Category of Refugees, Routledge, (S. Behrman and A. Kent); CLIMATE REFUGEES', 2018, Op. Cit, P.31.

(4) IOM Environmentally Induced Population Displacements and Environmental Impacts Resulting from Mass Migration, (2019), (p. 4),

(5) الجمعية العامة، خطة التنمية المستدامة العامة، 2030، 2015، الوثيقة A/Res/70/1

براون في عام 2007 أن التسميات مهمّة وهي ليست مجرد دلالات، فأى تعريف يصبح مقبولاً بشكل عام سيكون له آثار حقيقية للغاية على التزامات المجتمع الدولي القانونية⁽¹⁾. وقد اعتمدت اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ مصطلح النزوح بسبب المناخ، وذلك لتجنّب تصميم إطار قانوني جديد والذي حذّر منه علماء مثل ماك آدم⁽²⁾، بينما اعتبر بارنيت وويبر لاجئي المناخ مجرد مهاجرين عمال وجزء من حركة الهجرة، ولكنهم لا يستهدفون الحصول على الحماية القانونية للاجئين بمفهوم قانون اللجوء⁽³⁾. وأمام هذا الواقع لا بدّ من تحديد المصطلح المناسب، تمهيداً لمعرفة المركز القانوني الذي يستحقه وعلى ضوء أغراض هذه الدراسة سنعرض الآتي:

أولاً: استبعاد مصطلح "لاجئ بيئي" مع تأييده من قبل فئة من الباحثين⁽⁴⁾ للأسباب الآتية:

- إن مصطلح اللاجئ في اتفاقية اللجوء للعام 1951 وبروتوكولها للعام 1967 هو مصطلح محدّد ومقيّد ومشروط بحصول الاضطهاد وهو مفهوم غامض ومطّاط.
- تجنّب اقتراح تعديل اتفاقية العام 1951 لتعزّز ذلك لأسباب تتعلّق بالسياسات والمصالح الدولية في الوقت الراهن.

وكذلك عدم استعمال مصطلح "النازح الداخلي" Internal Displaced Person المعتمد من قبل الهيئة الوطنية لتغيّر المناخ والمنظمة الدولية للهجرة ولجنة الأمم المتحدة لحقوق الانسان، وهو مصطلح صحيح فيما لو بقي النازحون داخل حدود دولتهم، بالتالي لا ينطبق على الأشخاص العابرين للحدود الدولية⁽⁵⁾.

وأما مصطلح "المهاجر" فنرى أن الهجرة الطوعية مرتبطة عموماً بالظروف الاقتصادية، وترجع لعامل الإرادة والرغبة لدى المهاجر، أما التهجير القسري فهو مرتبط عموماً بأسباب

(1) Atapattu, A New Category of Refugees, 2018, Op. Cit, P. 47.

(2) Jane McAdam, Climate Change, Forced Migration, and International Law. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 41.

(3) Barennet and webber, Migration as adaptation In McAdam ed. Climate Change and Displacement, Multidisciplinary Perspectives. 2010, Oxford, Hart Pub. P. 42-43.

(4) Frank Biermann, Ingrid Boas, preparing for a Warmer world: Towards Global Governance System to Protect Climate Refugees, Global Environmental Politics, 10:1, 2010 (60-88), P. 66-65.

(5) الأشخاص النازحون داخليا: ولاية ودور اللجنة الدولية للصليب الأحمر، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد 131، ص. 450.

سياسية أو أمنية أو بيئية وهو غير إرادي، لذلك أهملنا اعتماد عبارة "المهاجر". ومن الواضح أنه ليس يسيراً رسم خط فاصل بين الهجرة الطوعية والقسرية، وهذا الفصل يشكّل عنصراً جوهرياً وحاسماً في التوصيف القانوني وفي شرعية طلب الحماية القانونية. وكذلك لم نعتد مصطلح المشرّد البيئي، لأنّ المشرّد هو الشخص الذي لا موطن له، بينما المهجر البيئي هو شخص يترك موطنه إلى إقليم آخر خارج حدود بلده أو محل اقامته المعتاد.

وبناءً لما تقدّم سنعتد لأغراض هذه الدراسة مصطلح "المهجر البيئي"، ويقصد بمهجر البيئية "هم الأشخاص الفارّون قسراً من موطنهم بسبب التغيّر المناخي المتصل بالنزاع المسلّح إلى خارج حدود موطنهم وذلك حفاظاً على ارواحهم وتأمين سبل عيشهم بكرامة". في المحصلة، تكمن الثغرة القانونية الأولى في غياب التوافق على مصطلح مشترك ملزم يمكن أن ينضوي تحته هؤلاء الأشخاص الضعفاء، ولأغراض هذه الدراسة نجد أنه من الأدقّ قانوناً استعمال مصطلح "مهجري البيئية".

● **المطلب الثاني: إدارة التغيّر المناخي مصلحة دولية مشتركة**

يبحث هذا المطلب المعايير القانونية الحامية للمصالح الدولية المشتركة، وأيضاً الطبيعة القانونية للالتزامات الدول في مواجهة التغيّر البيئي في فرعين وهما:

■ **الفرع الأول: المعايير القانونية لحماية المصالح الدولية المشتركة**

يرى البروفسور "أبي صعب" أن القانون الدولي بعد وضع الميثاق الأممي قد تحوّل من قانون تعايش Law of Coexistence إلى قانون تعاون Law of Cooperation وهو ما يُعرف اليوم بالقانون الدولي المعاصر⁽¹⁾، الذي يستند إلى حكمة مؤداها أن الجماعة الدولية International Community ترتبط ببعضها بمصالح جماعية وقيم مشتركة تستوجب العمل الجماعي لحمايتها بصفقتها مصلحة دولية مشتركة. ويقوم هذا القانون على مجموعة معايير قانونية آخذة في التوسع التدريجي وهي غالباً ما تشكّل الحد الأدنى الأساسي من القيم والأخلاق

(1) Georges Abi-Saab: Whither the International Community? EJIL, 9, 1998, P.248-265

الإنسانية التي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ولا يمكن لأي فرد أو جماعة العيش والاستمرار بدونها، حيث أجمع الفقه والاجتهاد على أن هذه المعايير الجوهرية تتجسد لحد الآن بالقواعد الأمرة Jus Cogens وفي الالتزامات تجاه الكافة Erga Omnes Obligations.

وقد غدت هذه المعايير الجوهرية مفتاحاً للتغييرات التي تطال بنية القانون الدولي المعاصر، إلا أن هناك إجماعاً حول بعض المبادئ المعترف بأنها تشكل قواعد قطعية استناداً إلى طابعها الأمر، وأهمية القيم الجوهرية⁽¹⁾ التي تتضمنها، وتشكل حمايتها مصلحة دولية مشتركة لأعضاء الجماعة الدولية كافة، ومن المتفق عليه أن حقوق الإنسان الأساسية ومعظم قواعد القانون الدولي الإنساني هي نواة تلك القواعد القطعية⁽²⁾.

كما أشارت لجنة القانون الدولي في تقريرها إلى سمو القواعد الأمرة على غيرها نظراً لأهمية القيم التي تحميها، ومن نتائج سمو هو عدم جواز انتقاص الدول من المبدأ المقصود بمعاهدات دولية أو بأعراف محلية أو خاصة أو حتى بقواعد عرفية لا تتمتع بالقوة المعيارية نفسها⁽³⁾. وقد ركزت "دي ويت" على أن حقوق الإنسان الأساسية تمثل قيمة مشتركة للجماعة الدولية، وهذه المعايير الجوهرية تتحدّر من جذور أخلاقية قوية اكتسبت المرتبة العليا في التسلسل الهرمي من خلال ممارسات الدول⁽⁴⁾.

أما النوع الثاني من المعايير الجوهرية هو "الالتزام تجاه الكافة"، الذي حظي باهتمام رئيسي ولأول مرة في قضية Barcelona Traction، حيث ميّزت المحكمة بين التزامات الدولة تجاه الجماعة الدولية وبين الالتزامات الناشئة تجاه دولة أخرى في مجال الحماية الدبلوماسية. وفي قضية كورفو للعام 1949 استندت المحكمة إلى "الاعتبارات الأولية للإنسانية" Elementary Consideration of Humanity⁽⁵⁾، أما في قضية التحفظات على اتفاقية

(1) Jure Vidmar, "Norm Conflicts and Hierarchy in International Law, Towards a Vertical International Legal System", (Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights), Oxford, 2012, P. 27.

(2) لجنة القانون الدولي، تقرير، القواعد العامة من القواعد الأمرة للقانون الدولي 2019، الوثيقة A/74/10، ص. 275.

(3) لجنة القانون الدولي، تقرير 2016، تجزؤ القانون الدولي، ص 141، مقطع 361.

(4) Erika de Wet, "The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order", Leiden Journal, Int. L., 2006, (611- 632), P.616.

(5) Corfu Channel case, (United Kingdom v Albania), ICJ, Judgment of April 9th 1949, Reports 1949, p. 22.

منع الإبادة 1951 فميّزت المحكمة بين الالتزامات الدولية القائمة على أساس التبادلية والتوازن التعاقدية وبين الالتزامات الناشئة بمعاهدات جماعية كاتفاقية منع الإبادة حيث يعتبر الإيفاء والالتزام بها مصلحة مشتركة.

وبرزت جهود لجنة القانون الدولي في تكريس مفهوم المعايير الأساسية، في مشروع مواد مسؤولية الدول للعام 2001⁽¹⁾، كما عرّف معهد القانون الدولي الالتزام تجاه كافة بقراره المعنون بـ "الالتزامات والحقوق تجاه كافة في القانون الدولي" الذي اعتمد في العام 2005 على أنه:

"التزام بموجب القانون الدولي العام يكون واجباً على دولة في قضية معينة تجاه الجماعة الدولية بالنظر إلى قيمته المشتركة وحرصه على الامتثال، بحيث أن خرق ذلك الالتزام يمكن جميع الدول من اتخاذ إجراءات".

ويحظى مفهوم الالتزامات تجاه كافة اليوم بتأييد واسع في الفقه والاجتهاد المعاصرين، فهذه الالتزامات ترتبط بعلاقة يغلب عليها طابع التداخل والتكامل مع مفهوم القواعد القطعية، فهي تبدو وكأنها آليات تنفيذية إجرائية لهذه القواعد.

إما المصلحة المشتركة فقد عرّفها القاضي "برونو سيما"، بأنها التوافق أو الإجماع المدرك أو المتعارف عليه على موضوع يحوز اهتمام جميع الدول⁽²⁾. ويعتبر "بولس" أن القانون الدولي المعاصر يعتمد على مفهوم المصلحة الجماعية أو المشتركة لأنها ضرورة لمعالجة قضايا تتعلق بالبيئة وحقوق الإنسان، حيث يعجز المفهوم التقليدي للقانون الدولي القائم إلى العلاقات التبادلية والثنائية في حماية تلك المصالح الجوهرية كالبيئة وحقوق الإنسان⁽³⁾. فالمصلحة الجماعية المشتركة هي تلك المصالح التي تتجاوز مصالح فرادى الدول، وتستجيب لحاجات وآمال ومخاوف جميع الكائنات البشرية، وهي قادرة على تجاوز حدود الجغرافيا الدولية، فضلاً عن أنها تتطابق مع المصالح الفردية لجميع الدول.

(1) Hafner Gerhard, United Nations, General Assembly, Official records, 55th session, supp. №10, A/55/10, 2000, chap, IX, par, a.729.

(2) Bruno Simma, "Reciprocity", Rüdiger Wolfrum (ed.), Encyclopedia of Public International, Max Planck Law, V.4, 2008.P.29.

(3) Andreas Paulus, Whether Universal values can prevail over Bilateral and Reciprocity (Realizing Utopia, The Future of International Law) A. Cassese, 2012, P. 89-105.

وعليه فقد لجأ بعض الفقه⁽¹⁾ إلى تضمين قواعد حماية البيئة وحقوق الإنسان من بين القواعد التي توظف لخدمة الصالح العام والحفاظ على المصالح المشتركة، معتبراً أن مبادئ القانون البيئي والتنمية المستدامة تولد التزامات تجاه كافة⁽²⁾، بينما حدّد بولس⁽³⁾ المصالح المشتركة بأنها مجموعة مصالح تجمع بينها مميزات بنيوية وهي المصالح المهمة التي لا يمكن أن يترك أمر تنفيذها إلى التداخل بين الدول والأفراد، وهي تحوز الصفة الآمرة كالتلوث العابر للبحار في النزاعات المسلحة⁽⁴⁾، ومبدأ عدم إحداث الأضرار المكرّس في دعوى⁽⁵⁾ Trail Smelter. وعليه، تستعمل عبارة المصلحة المشتركة للتعبير عن مسائل متشابهة، كالاهتمام العام "Common Concern"⁽⁶⁾، أو المصلحة العامة أو الإرث البشري المشترك، أو الجرائم ضد الإنسانية، وبالتالي نجد أن معالجة تداعيات التغيّر المناخي والنزاعات كالهجرة هي مصلحة دولية مشتركة.

■ الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لالتزامات الدول في مواجهة التغيّر البيئي

لم يعد خافياً على أحد أن التطورات الطارئة اليوم على بنية القانون الدولي المعاصر تحت تأثير دور المنظومة القانونية لحقوق الإنسان، باتت تعرف بمصطلح "أنسنة القانون الدولي" (Humanization of International law)⁽⁷⁾. حيث يعبر عن ذلك القاضي ترينداد بقوله: "إن الدول وجدت من أجل الأشخاص الذين أسسوها وليس العكس"⁽⁸⁾.

إذاً فالقواعد الأساسية الناظمة للبيئة وقواعد حقوق الإنسان الأساسية والمتعارف عليها بأنها قواعد قطعية أو التزامات تجاه كافة هي مشمولة بمفهوم المصالح الجماعية المشتركة، وفي

(1) Jean d'aspromont, "The Foundation of the International Legal Order", Finnish Yearbook of International Law, Vol. 18, 2007, P. 219-255

(2) Alexandre Kiss and Dinah Shelton: Guide to International Environmental law, Martinus Nijhoff Pub, Leiden, 2007, P. 14-15.

(3) Andreas Paulus, Op. Cit, P. 97-98.

(4) Jutta Brunnee, "Common Interest" Echoes from an Empty Shell Some Thoughts on common Interest and International Environmental law, Max Planck, 1989, p.793, (791-808).

(5) ICJ, Trail smelter case (United States, Canada), 3 UNRIAA, p. 1905, 1952

(6) Dinah Shelton, "Common Concerns of Humanity", Environment Policy and law, 2009, 39/2, 83-96.

(7) Theodor Meron, The Humanization of International law, Martinus Nijhoff Pub, Leiden, 2006.

(8) Antônio Augusto Cançado Trindade, International law for Human Kind, Towards a New Jus Gentium, 2nd ed., Martinus Nijhoff Pub, 2013, P. 179.

قضية Gabcikovo-Nagymaros⁽¹⁾، اعترفت المحكمة بوجود المصالح المشتركة في الأنظمة البيئية، وفي المبادئ المتعلقة بوجود بيئة نظيفة وآمنة، استناداً إلى أن وجود هذه البيئة هو حاجة جماعية في سياق التسوية بين أهمية التنمية الاقتصادية وضرورة حماية البيئة. وفي التطبيق العملي لالتزام الدول في حماية مهاجري البيئة، ننطلق من قضية برشلونة تراكشن، حيث ميّزت بين نوعين من الالتزامات، معتبرة أن الالتزامات تجاه الكافة هي بطبيعتها التزامات تهمّ جميع الدول، وذلك نظراً إلى أهمية الحقوق التي تنطوي عليها فإنه يمكن الاعتقاد أن لجميع الدول مصلحة قانونية في حمايتها، فهي التزامات تجاه كافة أعضاء الجماعة الدولية، وهذه الالتزامات تنشأ من المبادئ والمعايير المتعلقة بحقوق الإنسان الأساسية⁽²⁾. ويلتقي هذا التوجّه مع رأي آنا بيترز حول مفهوم السيادة، إذ فسّرت بأن سيادة الدولة المؤنسة تتضمن مسؤولية الحماية لحقوق الإنسان الأساسية⁽³⁾. ويؤكد بنفنستي⁽⁴⁾ أن السيادة المؤنسة مسؤولية تؤدي إلى حتمية تجاوز حقوق الإنسان للحدود الجغرافية للسيادة Extraterritorial Obligations، وبانت تتضمن التزامات خارج حدود السيادة الإقليمية⁽⁵⁾ ومنها عدم الإعادة القسرية لمهجري البيئة كما سنرى.

إن الوعي العالمي للأخطار التي تهدّد الأرض ونظامها البيئي، وكذلك الجهود الدولية في هذا الإطار ساهمت في الانتقال بالقانون الدولي البيئي إلى مجال أكثر دقة وخصوصية وهو الحق في بيئة صحية وآمنة⁽⁶⁾، وهي من أولى الاحتياجات الانسانية لمهجري البيئة.

(1) Concerning the Gabcikovo- Nagymaros Project, (Hungary x Slovakia), ICJ, Judgment, JCI Reports, 1997, P. 7, Para, 140.

- Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina x Uruguay), JCI Reports, 2010, P. 14, Para, 204.

(2) Case Barcelona Traction, (Belgium v Spain), Light and power Company Limited, I.C.J. Reports, 1970, P. 32.

(3) Anne Peters, "Humanity as the A & Q of Sovereignty", EJIL, V. 20, N2, 2009, P 543- 544 (513-545)

(4) Eyal Benvenisti, "Sovereigns or Trustees of Humanity, the Concepts and its Normative Implications", American Journal of International law, № 107, 2013 P. 307, 308 (295- 333).

(5) Wouter Vandenhole, "Emerging Normative Framework on Transnational Human Rights Obligations", European University Institute Working Paper, Global Governance, Program, Florence, 2012.

(6) جون هـ. نوكس، مجلس حقوق الإنسان، التزامات حقوق الإنسان المتعلقة بالتمتع ببيئة آمنة ونظيفة وصحية ومستدامة، تقرير، الدورة 22، 2012، الوثيقة A/HRC/22143، ص.5، مقطع 90.

ومن نافل القول إن إدارة التغير المناخي وآثاره مسؤولية دولية ومعالجته شأن عام دولي يهدف لحماية الخير العام، وبموجب التزام تجاه الكافة في القانون الدولي العام يُلزم مكونات الجماعة الدولية بالعمل جماعياً وعالمياً *Uti Universi*، وبالتالي هي محكومة بمبدأ التعاون والتضامن الدوليين بين جميع أطراف النظام العالمي من دول وفاعلين من دون الدول *Non state Actors*، وهذا الأمر مرتبط بدخول النظام القانوني مرحلة التعاون بين الدول *Interstate Cooperation* بدلاً من مرحلة التعايش بين الدول⁽¹⁾. *Interstate coexistence*، بالتالي فمعالجة حالات الهجرة لأسباب المناخ والحروب تشكل التزامات جماعية تجاه الكافة وهي لا تعتمد على مبدأ المعاملة بالمثل، إنما هي التزامات عامودية أي يجب أن تنفذ لمصلحة الجماعة الدولية كلها.

○ المبحث الثاني: نطاق الحماية القانونية للمهجر البيئي

يتناول هذا المبحث الحماية التكاملية لمهجري البيئة في القوانين ذات الصلة والحماية الممتازة لمهجري البيئة في القانون الدولي الإنساني في مطلبين وهما:

● المطلب الأول: الحماية التكاملية لمهجري البيئة في القوانين ذات الصلة

يعالج هذا المطلب موضوع الحماية القانونية التكاملية لمهجري البيئة بموجب القواعد الملزمة والناعمة وذلك في فرعين وهما:

■ الفرع الأول: الحماية القانونية العامة: حماية إنسانية متعددة الأبعاد

من المنطقي أن يكون كل من يعبر الحدود الدولية إلى دولة أخرى بحاجة إلى الحماية والملاذ الآمن، وانطلاقاً من أنسنة قضية الأفراد الفارين قسراً بسبب التغير المناخي والنزاعات المسلحة، ووجوب تأمين حاجاتهم الأساسية وتحريرهم من الشعور بالخوف، كان لا بدّ من بحث نطاق الحماية الأوسع الذي يمكن للقانون الدولي ضمانه.

(1) Giovanni Sciacaluga, International Law And The Protection of "Climate Refugees, Op. Cit, P. 98

فالقانون الدولي الإنساني يؤمّن حماية قانونية للمهجر البيئي أوسع من تلك الممنوحة له بموجب قانون اللجوء، حيث نصّ على حماية جميع المدنيين عموماً خلال النزاعات المسلحة وخصوصاً حماية الأشخاص الفارين من النزاعات المسلحة، حيث تُشكّل اتفاقية جنيف الرابعة السند القانوني الخاص بنصها على إجراءات وتدابير تقييدية لأطراف النزاع بهدف حماية المدنيين الفارين من النزاعات المسلحة ولاسيما في المواد الأربع والأربعين والخامسة والأربعين والتاسعة والأربعين بالإضافة إلى المادة الثالثة والسبعين من البروتوكول الأول، وأيضاً المادة الثالثة المشتركة، إلا أن هذه الحماية مقيدة ومشروطة إما بصفة الأشخاص "المحميين" وفقاً للاتفاقية الرابعة أو بنوع النزاع المسلح، لذلك ذهب بعض الفقه للبحث عن حماية قانونية تكاملية من خلال القانون الدولي لحقوق الانسان.

ولقد عالج عدد من الباحثين أطر الحماية العامة للمهجر البيئي التي توفرها المنظومة الدولية لحقوق الانسان والقانون الدولي الإنساني والقانون البيئي في سياق نهج تراكمي تكاملي. وبحسب "غودوين" الحماية التكميلية تختصر المفهوم الواسع النطاق لمبدأ عدم الإعادة القسرية في القانون الدولي عموماً⁽¹⁾ الذي تطوّر ليصبح مبدأً عرفياً واكتسب الطابع الأمر لاحقاً، وهذا المبدأ يختلف عن المبدأ الموجود في المادة الثالثة والثلاثين من قانون اللجوء الذي ينطوي فقط على الاضطهاد.

وتمنح الدولة الحماية التكميلية لشخص لا يتمتع بحماية اتفاقية اللجوء، ولكنه يحتاج للحماية وفقاً للمبدأ العام بعدم الرد القسري وفقاً للقانون الدولي العرفي والمنظومة القانونية لحقوق الانسان، وهذا الالتزام ينسحب على الدول التي ليست طرفاً في اتفاقية اللجوء أو باقي اتفاقيات حقوق الانسان⁽²⁾.

بينما ناقش "فنسنت شتاي" موضوع حماية اللاجئين في النزاعات المسلحة أو منها بأسلوب مختلف، حيث طبّق آلية النهج التكاملي بين القانون الدولي الإنساني وقانون اللجوء والقانون الدولي لحقوق الانسان مانحاً الأولوية للقانون الدولي لحقوق الانسان فيما يتعلق بحماية

(1) Guy S. Goodwin, non- refoulement, Temporary Refuge, and the 'New' asylum seekers, (Refugee from Inhumanity?), 2014, P.440.

(2) Kerstin Walter, Mind the gap- Exposing the Protection Gaps in International Law for Environmentally Displaced Persons of Small Islands states, Univ. Aberdeen, 2021, p.67.

اللاجئين أو الفارين من النزاع المسلح إلى إقليم دولة طرف في معاهدة جنيف ولكنها ليست طرفاً في النزاع المسلح.

وقد انتقد " فنسنت " المقاربة القائمة على استبعاد القانون الدولي لحقوق الانسان في حالات اللجوء أو التهجير الجماعية إلى خارج الإقليم الذي يشهد نزاعاً مسلحاً، المطبقة إعمالاً للقاعدة الخاصة Lex specialis derogate lex generalis تتقدم على العامة في زمن النزاعات المسلحة⁽¹⁾، فالقاعدة الأكثر تخصيصاً ليست دائماً الأكثر حماية⁽²⁾، فهو يدعو إلى التطبيق التراكمي والمتزامن للمعايير المتداخلة في مسألة حماية اللاجئين في النزاعات المسلحة، لأن التطبيق الحصري لمعيار محدد أمر مصطنع ويقوض مجال الحماية. فالنهج التكاملي الأكثر اقناعاً بنظره هو النهج التكاملي الذي يعطي القانون الدولي لحقوق الانسان الأولوية في التطبيق على اللاجئين من النزاع المسلح إلى إقليم دولة طرف في اتفاقيات جنيف ولكنها ليست طرفاً في النزاع المسلح، وهذا ينطبق على مهجريّ البيئة الفارين من إقليم يشهد نزاعاً مسلحاً، وهنا يؤدي القانون الدولي لحقوق الانسان وظيفة مركزية في سدّ الثغرات القانونية في الحماية التي خلفها كل من قانون اللجوء وقانون النزاعات المسلحة.

فقانون حقوق الإنسان يعوّض عدم اليقين المحيط بالمادة الثالثة والثلاثين من اتفاقية اللاجئين هذا من جهة أولى، ومن جهة أخرى أن مبدأ عدم الإعادة القسرية بموجب قانون حقوق الإنسان هو مبدأ مطلق⁽³⁾.

وعليه فقد رفضت محكمة الهجرة والحماية في نيوزلندا في العام 2014 مطالب اللجوء المتعلقة بالتغير المناخي التي تقدّمت بها أسرة "توفالية"، ومن بين الحثثيات المثارة أن اثار تغير المناخ خاصة ارتفاع منسوب مياه البحر وغياب مياه الشرب النظيفة سيؤثر عليهم سلباً اذا ما أُجبروا على العودة إلى وطنهم، وبالتالي منحهم حق الإقامة استناداً لسلطتها التقديرية لأسباب إنسانية إعمالاً للحماية التكميلية، ولم تستند إلى أيّ التزامات قانونية محلية أو

(1) Vincent Chetail, A Systemic Approach To International Humanitarian Law, Refugee Law, And Human Rights Law, (The Oxford Handbook Of International Law In Armed Conflict, Edited by Andrew Clapham, Paola Gaeta, Oxford Un. Press, 1ed, U.K, 2014, P. 702.

(2) Vincent Chetail, A Systemic Approach, Op. Cit, p.703.

(3) Chahal v. United Kingdom, Application No. 22414/93, Judgment of 15 November 1996, Grand Chamber, European Court of Human Rights, ECHR 1996-V, para. 80, also, Cat, TapPaez v Sweden, Un Doc Cat/c/18/D/39/1996, Para 14.5.

دولية⁽¹⁾، وبذلك طبقت الحماية التكميلية في حالة انتهاك الحق في الحياة والتعذيب، استناداً إلى التزام دولي بعدم الإعادة القسرية من منظور القانون الدولي لحقوق الإنسان⁽²⁾. وقد أعادت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تأكيد ذلك في قضية "هيرسي" ضد إيطاليا، حيث رفضت المحكمة تدبير الحكومة الإيطالية المطعون فيه أي الاعتراض البحري لسفن المهاجرين مؤكدة بشكل لا لبس فيه أن حظر الطرد الجماعي عموماً يطبق على أي إجراء "يكون أثره منع المهاجرين من الوصول إلى حدود الدولة أو حتى إعادتهم إلى دولة أخرى"⁽³⁾. وبالتالي يتمسك "شتاي" بتفوق قانون حقوق الإنسان في الحماية على غيره لأن نطاق حمايته أوسع من القانون الإنساني الدولي المقتصر على الأشخاص المحميين داخل أراضي دولة طرف في النزاع المسلح الدولي⁽⁴⁾.

وعلى الرغم من أهمية مقارنة "شتاي" إلا أنها قابلة للنقاش، فالقانون الدولي لحقوق الإنسان لا يتضمن ردوداً واضحة بخصوص حماية المهجرين بيئياً بسبب تغير المناخ، فالأمر يتطلب إيجاد حلول ملائمة مستدامة، فالحماية التكميلية جيدة ولكن ليست كافية. أما حماية القانون الدولي البيئي فهي محدودة بمبدأ التحوط في سياق حماية المهجرين البيئيين، وعليه تؤكد على فعالية النهج التكاملي المشترك بين فروع القانون الدولي في الهدف الأساسي، وهذا ما عبرت عنه المحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة بقولها:

"إن المبدأ العام لاحترام كرامة الإنسان هو الدعامة الأساسية للقانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان، بل السبب الأساسي لوجودهما؛ بالفعل في العصر الحديث أصبح... يتغلغل في كامل مجموعة القانون الدولي"⁽⁵⁾.

(1) Sinclair-Blakemore, Teitiota v New Zealand: A Step Forward in the Protection of Climate Refugees Under International Human Rights Law? Oxford Human Rights, 2020, Hub Blog. <https://ohrh.law.ox.ac.uk/teitiota-v-newzealand-a-step-forward-in-the-protection-of-climate-refugees-under-international-human-rights-law/>. Accessed 13 September 2021.

(2) فولكر تورك، "ترتيبات الحماية المؤقتة لسد الثغرة في نظام الحماية"، مجلة: نشرة الهجرة القسرية الكوارث والتهجير في ظل مناخ متغير"، العدد 40-41. www.fmreview.org/ar.

(3) Hirsi Jamaa and Others v. Italy, Application no. 27765/09, Council of Europe: European Court of Human Rights, 23 February 2012, Judgment 23, Feb. 2012, App No. 27765/09, para 160 & 180.

(4) Vincent Chetail, A Systemic Approach, Op. Cit, p.726

(5) Prosecutor v Furundzija, Trial Judgment, Case No. IT – 95-17/1, 10 Dec.1998, Para 183.

وفي غياب صك صريح يحمي المهجّرين البيئيين عبر الحدود تتسع الثغرة القانونية في نظام حمايتهم، وهذا يحتم علينا ضرورة إيجاد ضمانات قانونية أكثر شمولاً والزاماً. فمهجّرو البيئة يستحقون الحماية الإنسانية لأنها تشكّل الحد الأدنى للحفاظ على حياتهم وكرامتهم الإنسانية. وهذه الحماية برأينا متعددة المستويات من حيث الفعالية والإلزام، وتتراوح بين القانون الناعم والطابع الأمر، وهذا ما سنفضّله تباعاً.

■ الفرع الثاني: دور القانون الناعم في تطوير الحماية العامة

يتسم القانون المرن أو القواعد الواردة بصياغة مرنة (Soft Law) بأهمية كبيرة، فهو يعدّ أحد أدوات القانون الدولي المعاصر، ويجسّد أبرز مخرجات الأنشطة التي تقوم بها الأطراف الفاعلة من غير الدول والمعروفة ب (Non State Actors). حيث عزّفته اللجنة الدولية للصليب الأحمر بأنه "خطوة وسيطة حيوية نحو نظام قانوني أكثر إلزامية، يسمح بتراكم الخبرات وإجراء التعديلات بسرعة"⁽¹⁾. وبهذا المفهوم يبدو القانون الدولي الحالي مجموعة من الأدوات المتداخلة الملزمة وغير الملزمة لمكوناته بهدف الاستجابة للتطورات ومواكبتها قانونياً نتيجة التفاعل بين الأدوات القانونية كافة⁽²⁾، ومنها الشواغل البيئية.

ويستعمل الفقه مصطلح (LAW – MAKING) أو (SOFT LAW)⁽³⁾. فالقانون الناعم مفيد في معالجة مواضيع جديدة تتطلب استعمال وسائل خلاقية، حيث دأبت ممارسة الدول في العقود الأخيرة على تزايد وضع صكوك معيارية في شكل سياسات غير ملزمة، ومنها الإعلانات والمبادرات وبرامج العمل والمبادئ التوجيهية وغير ذلك من أدوات، بمقابل إعلان الدول عن نيّتها واستعدادها للامتثال لهذه الأدوات.

ونتيجة للقصور القانوني في حماية مهجّري البيئة وجميع الفئات المهمّشة من نازحين ومهاجرين، برزت محاولات جدية لتوسيع نطاق الحماية لهؤلاء بواسطة اصدار أدوات قانونية ناعمة مع رهان جدي لتحوّلها إلى نصوص ملزمة بعد تطبيقها والافتتاح بملائمتها لحماية

(1) ICRC; "Strengthening Compliance with International Humanitarian Law", 8- 10 Dec. 2015.

(2) Alan Boyle & Christine Chinkin, The Making of International Law, Law- Making Instruments Oxford University Press, New York, 2007, P. 210.

(3) Alan Boyle and Christine Chinkin; Ibid, P. 210- 211.

حقوق تلك الفئة المستهدفة. ومن أبرز تلك الصكوك "المبادئ التوجيهية بشأن النزوح الداخلي"⁽¹⁾ التي اعتمدها الأمم المتحدة في عام 1998 حيث عرّفت الأشخاص المشردين داخلياً على أنهم:

"الأشخاص أو مجموعات الأشخاص الذين أُجبروا على الفرار أو مغادرة منازلهم أو أماكن إقامتهم المعتادة، بسبب النزاع المسلح أو حالات العنف العامة أو انتهاكات حقوق الإنسان أو الكوارث الطبيعية أو التي من صنع الإنسان، والذين لم يعبروا حدود دولة معترف بها دولياً". فهذا التعريف وسّع شريحة أولئك الذين تشردوا نتيجة الكوارث الطبيعية أو الكوارث من صنع الإنسان، وقد سبق وإن أعطيت المبادئ التوجيهية قوة ملزمة في أفريقيا عندما اعتمد الاتحاد الأفريقي اتفاقية كمبالا لحماية ومساعدة النازحين داخليا في أفريقيا. وبالتالي يكون القانون الناعم قد أدّى دوراً وظيفياً في صناعة القانون الملزم بصفته أداة تنسيق أو وسيلة لتجنّب الخسارة بكلفة سياسية محدودة⁽²⁾ عبر تخفيف المخاطر. ففي الممارسة غالباً ما يُشكل هذا القانون نديراً (precursor) لأي تحوّل جديد حيث يمهد لمفاوضات سابقة لمعاهدة ما، وأحياناً يحفّز ممارسة الدولة التي تساهم في تكوين القانون الدولي العرفي⁽³⁾. ويضاف إلى ذلك إعلان كارتاخينا بشأن اللاجئين المعتمد في عام 1984 الذي وسّع مفهوم اللجوء البيئي بهدف توسيع الحماية لفئة المشمولين للتخلص من قيود اتفاقية العام 1951.

وتوفر تلك الأدوات غير الملزمة مؤشراً على أن المجتمع الدولي يطمح الى تصور موسّع لمفهوم "اللاجئين"، في محاولة لاستيعاب الطبيعة والظروف المتغيرة لـ النزوح البشري المتعدد الأسباب. وعليه يمكن استخدام أي من هذه الأدوات لتغطية المهجرين البيئيين متى كانت حركتهم ناتجة عن كارثة طبيعية أو من صنع الإنسان أو حدث من شأنه الإخلال بالنظام العام بشكل خطير عبر الحدود.

(1) <https://www.unhcr.org/ar/news/latest/2020/4/5e9af5ec4.html>, access, 12/9/2021., also, G. Sciacaluga, The Role of the UNFCCC and of the Global Compacts for Refugees and Migration, Op. Cit, p.145- 156.

(2) Andrew T. Guzman and Timothy Meyer: International Soft law; Journal of Legal analysis; Berkeley, v. 2, 2010, P. 20.

(3) Alan Boyle and Christine Chinkin: The Making of International Law, Op. Cit, p.216.

واستكمالاً للنهج التكاملي على مستوى القانون الناعم في حماية المهجرين البيئيين، وضعت مبادرة "نانسن"⁽¹⁾، التي أطلقتها النرويج وسويسرا في العام 2012 وتبعها برنامج "نانسن" لحماية المهجرين قسراً بسبب تغيّر البيئة. وتعكس مبادئ "نانسن" العشرة نتائج مؤتمر "نانسن" حول التغيرات المناخية والنزوح في القرن الحادي والعشرين، حيث يؤكد المبدأ السادس منها على التوصية باستخدام المعايير الحالية للقانون الدولي والتصدي للثغرات المعيارية، وذلك عبر تفسيرها تفسيراً غائباً وضمن السياق المنطقي للصك وتفسيراً فعالاً لينتج مفاعيله وليس لتعطيله، وهذا الدور الخلاق (Creator) للقانون الناعم المنتج للقاعدة القانونية الملزمة⁽²⁾ يجد محله في حالتنا هذه.

● **المطلب الثاني: الحماية الممتازة لمهجري البيئة في القانون الدولي الإنساني**

سنبحث في هذا المطلب مضمون الحماية الممتازة لمهجري البيئة في القانون الدولي الإنساني، استناداً إلى التعهد العام الوارد في المادة الأولى المشتركة لاتفاقيات جنيف والطابع الأمر لمبدأ عدم الإعادة القسري لمهجري البيئة الفارين من مناطق النزاعات المسلحة، وذلك في فرعين على النحو الآتي:

■ **الفرع الأول: فعالية التعهد العام الوارد في اتفاقيات جنيف للعام 1949 في حماية مهجري البيئة**

يبحث هذا الفرع مدى فعالية التعهد العام الوارد في المادة الأولى المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربعة 1949، في حماية مهجري البيئة الفارين من موطنهم الذي يشهد نزاعاً مسلحاً إلى إقليم دولة ثالثة وتحديد نطاقه لمعرفة ما إذا كان يشمل حمايتهم من عدم الإعادة القسرية؟ للإجابة على ذلك سنحلل مضمون المادتين الأولى والثالثة وتفسيرهما على ضوء الفقه والاجتهاد ومذاهب التفسير الحديثة في قانون المعاهدات.

(1) Nansen Conference on Climate Change and Displacement in the 21st Century. 2011. Chairperson's Summary. Link, <https://www.unhcr.org/4ea969729.pdf>. Accessed 9 September 2021.

(2) Peter Vedel Kessing, the Use of Soft Law in Regulating Armed Conflict From Jus in Bello to "Soft Law in Bello"? Tracing the roles of Soft Law in Human Rights, Oxford Uni. Press, 2016, p. 153.

تنص المادة الأولى المشتركة: تتعهد الأطراف السامية بأن تحترم هذه الاتفاقية وتكفل احترامها في جميع الأحوال، بينما تنص المادة الثالثة المشتركة: في حالة قيام نزاع مسلح ليس له طابع دولي في أراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة، يلتزم كل طرف في النزاع بأن يطبق كحد أدنى الأحكام التالية:

1- الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية،..

ولهذا الغرض، تحظر الأفعال التالية...، وتبقى محظورة في جميع الأوقات والأماكن:
(أ) الاعتداء على الحياة والسلامة البدنية، وبخاصة القتل بجميع أشكاله، والتشويه، والمعاملة القاسية، والتعذيب،..

وقد وُصفت المادة الأولى المشتركة بأنها نظير المبدأ الإنساني وهي التزام إنساني تجاه الدول كافة *Human rights Erga omnes Principle*⁽¹⁾، بينما تشكل المادة الثالثة المشتركة عتبة الحد الأدنى للحماية الواجبة التطبيق في النزاعات المسلحة⁽²⁾. وهذا التعهد هو وعد رسمي بالالتزام يتضمن القيام بجميع التصرفات القانونية التي تكفل احترام اتفاقيات جنيف الأربعة، ومن المؤكد أن عدم الإعادة القسرية لمهجري البيئة إلى الإقليم الذي يشهد نزاعاً مسلحاً هو إحدى التصرفات القانونية التي تساهم في احترام اتفاقيات جنيف الأربعة، وخاصة الأحكام الواردة في الاتفاقية الرابعة منها.

فيما يتعلق بمجال تطبيق المادتين الأولى والثالثة المشتركتين لاتفاقيات جنيف، تبقى تلك الأفعال التي عدتها المادة الثالثة المشتركة محظورة تجاه هؤلاء الأشخاص في كل الظروف ودون تمييز لأي سبب كان، فعبرة (طرف) يفسرها "بكتيه" بأوسع مجال ممكن، أي طرف أو كيان ما دون الدول قادر على تحمل الالتزامات الدولية، كما أن محكمة يوغوسلافيا في قضية تاديتش⁽³⁾ حدّدت شروط الأطراف في النزاعات المسلحة.

وفي سياق أعمال المادة الثالثة المشتركة طبقت محكمة العدل الدولية المادة الثالثة المشتركة باعتبارها عتبة الحماية الأدنى لضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية في قضية

(1) T. Meron, 'The Humanization of Humanitarian Law', 94 AJIL 239,2000, 240, 249.

(2) J.S. Pictet (ed), The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Times of War, ICRC, 1958, P. 38.

(3) Prosecutor v Dusko Tadić (Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction) IT-94-I-AR-72 (2 October 1995), para 70

الاعمال العسكرية وشبه العسكرية وقضية الأسلحة النووية حيث اعتبرت المحكمة ان احكام اتفاقيات جنيف هي أعراف دولية وتشكل الاعتبارات الأولية للإنسانية⁽¹⁾ "Elementary considerations of humanity" وهذا مسلّم به فقهاً واجتهاداً.

وتتضمّن المادة الأولى المشتركة تعهداً جماعياً تجاه الدول الأطراف كافة، وهو تعهد غير فردي ولا يخضع لمبدأ المعاملة بالمثل، حيث يرى "بكتيه" ان عبارة "في جميع الظروف" "in all circumstances" يجب أن تفسّر ضمن سياق النزاعات المسلحة فقط⁽²⁾. كما أن المادة الأولى تسبق المادتين الثانية والثالثة وبالتالي التفسير المنطقي يقضي أخذ النصوص في سياق واحد متكامل، وعليه ليس هناك أي مستند قوي لاستبعاد نص المادة الثالثة من سياق تطبيق نص المادة الأولى. وبالتالي أن نص المادة الأولى يشمل الدول المنخرطة في نزاع مسلح بصرف النظر عن نوعه، لأنه جاء مطلقاً لجهة تعهد الدول الأطراف، ولم يقيد عبارة "الأطراف" بشرط الانخراط في أي نوع محدد من النزاع، وبالتالي تتعهد جميع الدول بصرف النظر عن طبيعة النزاع، وهذا ما يفرضه مبدأ التفسير السياقي الغائي وهو تفسير نصوص المعاهدة ككل أي كتلة واحدة أي تفسير المادة الأولى معطوفة على المادة الثالثة المشتركة. وينسجم هذا التفسير بشأن انطباق المادة الأولى مع الغاية من وضع اتفاقيات جنيف، وهو محل تأييد واسع، وبالتالي يلزم جميع الأطراف بالتعهد في زمن السلم والحرب، وقد اعتمدته محكمة يوغوسلافيا في قضية كبرسيكتش⁽³⁾.

أما في تفسير التعهد فيما خصّ ب " كفالة الاحترام" فترى اللجنة الدولية للصليب الأحمر أن التزام الدول بكفالة الاحترام يشكل قاعدة عرفية تلزم الدولة وقواتها النظامية والملحقة والجماعات المسلحة الخاضعة لإشرافها وسيطرتها، وتطبق على نوعي النزاعات المسلحة. وهذا التعهد يمكن أن يُفسر على ضوء مبدأي حسن نية والتفسير الفعّال للاتفاقية⁽⁴⁾ وذلك بتفعيل النص وليس تعطيله.

(1) Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of nuclear weapons [1996] Icj Rep 226, para 79, Icty in Prosecutor v Kordić (Dario) and Čerkez (Mario) IT-95-14/2 (1999), para 27).

(2) Pictet, Commentary, G C -iv, (n 4), Op. Cit, P. 15.

(3) ICTY, Prosecutor v Kupreskic (Judgment) IT-95-16-T (14 January 2000) para 517.

(4) Reuven Ziegler, on-Refoulement between "Common article 1" and "Common article 3", Ch.16, Refugee from Humanity? War Refugees and International Humanitarian Law, David J. Cantor and Jean- Francois Durieux, Brill Nijhoff, Leiden, 2014, p. 397.

والتساؤل هنا هل نص المادة الأولى يشمل الدول الأطراف غير المتحاربة؟ تناولت إجابة هذا التساؤل عدة آراء، منها ما أخذ بالتفسير الحرفي معتقداً أن التعهد يشمل كما يدلّ ظاهر النص الدول الأطراف في نزاع مسلح وهو تفسير كالشوفن⁽¹⁾، بينما فوكاريللي⁽²⁾ يقدم تفسيراً يستند إلى نص المادة الأولى الذي يلزم الدول بأن تأخذ إجراءات عملية لضمان احترام تعهداتها، وبالتالي فإن الزام الدول الأطراف غير المتحاربة يشكل الاجراء الأكثر فعالية لتأكيد الاحترام. ولكن الرأي الغالب والذي نؤيده يستند إلى أن القانون الدولي الإنساني وقواعده الكبرى ترتب التزامات على عاتق الجماعة الدولية تتعلق بحماية مصالح جوهرية مشتركة، وبالاستناد إلى تفسير "بكتيه" واجتهاد محكمة العدل الدولية تؤكد ضرورة إلزام الدول الأطراف غير المتحاربة باتخاذ إجراءات فعالة بحسب قدرتها ونفوذها، فالتعهد في المادة الأولى ملزم لجميع الدول بصرف النظر عن انخراطها في نزاع أم لا، كما أن نص المادة الثانية المشتركة فقرتها الثالثة تؤيد ذلك، وتؤكد عدم قابلية تلك الالتزامات للمعاملة بالمثل.

وتؤكد اللجنة الدولية للصليب الأحمر أن الدول ملزمة باتخاذ بعض الإجراءات اللازمة لتنفيذ تعهداتها بموجب المادة الأولى للتأثير على الدولة المخالفة والضغط عليها باتجاه وقف انتهاك القانون الدولي الإنساني، ويعلّل "بكتيه" ذلك بالتأكيد على أن هذا التعهد هو التزام تجاه الكافة ويحقق التوجّه نحو عالمية اتفاقيات جنيف والالتزامات⁽³⁾. ويؤيد ذلك مواقف محكمة العدل الدولي في قضية نيكارغوا⁽⁴⁾، حيث ألزمت الولايات المتحدة الأميركية باحترام تعهداتها بموجب اتفاقيات جنيف في جميع الظروف أي في الحرب والسلام، وأيضاً في قضية الجدار العازل⁽⁵⁾ ذهبت إلى أبعد من ذلك حيث رأت أنه يستفاد من نص المادة الأولى أن كل دولة طرف في معاهدة جنيف سواء أكانت منخرطة في نزاع أم لا، ملزمة بتعزيز الامتثال لأحكام

(1) F. Kalshoven, 'The Undertaking to Respect and Ensure Respect in All Circumstances: From Tiny Seed to Ripening Fruit' 2 yihl 3, 1999, 28.

(2) C. Focarelli, 'Common Article 1 of the 1949 Geneva Convention: A Soap Bubble?' , EJIL 125, 2010, p 21.

(3) Pictet, Commentary, GC-iii, (n 44) , P.18.

(4) Case Concerning Military Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Merits), ICJ, 27 June 1986, para 220.

(5) Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. ICJ, 2004. Rep 136, para 158.

المعاهدة الرابعة بالاستناد إلى الميثاق الأممي والقانون الدولي، ما يعني أن هذا التعهد يلزم جميع الدول الأطراف وهو التزام بوجه الكافة.

والسؤال الآن هل أن نص المادة الأولى المشتركة المتضمن تعهداً تجاه الكافة بعدم تعريض المدنيين إلى عتبة الحد الأدنى من الخطر المذكور في المادة الثالثة المشتركة يشمل أيضاً الالتزام بعدم الإعادة القسرية لمهجري البيئة بمواجهة الدول الأطراف غير المتحاربة؟. بما أن الالتزام هو تصرف قانوني، فالدول ملزمة بان تحترم وتكفل احترام تعهداتها باتخاذ الإجراءات القانونية الممكنة كافة لتحقيق ذلك تحت طائلة قيام مسؤوليتها الدولية استناداً للمادة السادسة عشرة من قانون مسؤولية الدول، ما يجعل الدول مسؤولة عن تصرفاتها اللإنسانية الواقعة خلافاً لنص المادة الثالثة المشتركة.

ولكن ثمة من يرى أن نص المادة الثالثة لم تتضمن مسائل النزوح أو الطرد وأيضاً لم تذكرها القواعد العرفية للصليب الأحمر الدولي، ولكن الاتفاقية الرابعة تضمنت بعض المواد التي تعالج مسألة النقل أو الإبعاد القسري للمدنيين المحميين بمفهوم المادة الرابعة منها، كما حظرت المادة الخامسة والأربعون فقرتها الرابعة نقل أي شخص محمي في أي حال إلى بلد يخشى فيه الاضطهاد بسبب آرائه السياسية أو عقائده الدينية، وكذلك المادة التاسعة والأربعون فقرتها الخامسة التي حظرت النقل الجبري الجماعي أو الفردي للأشخاص المحميين أو نفيهم.... هذه النصوص المذكورة أعلاه يجب أن تقرأ على نحو يفيد التزام الدول الأطراف المنخرطة وغير المنخرطة في النزاع بعدم استبعاد أو إعادة أو طرد الأشخاص المنتمين إلى فئة الأشخاص المحميين، استناداً لصفتهم بأنهم مدنيون، كالأشخاص النازحين، أو المهجرين لأسباب بيئية أو مناخية، وبصرف النظر عن التدبير المتخذ وخاصة أن العديد من الانتهاكات التي تلحق بالمدنيين الفارين يمكن أن تشكل اضطهاداً بمفهوم اتفاقية 1951 وخاصة المادة الأولى/أ/2، مع الإشارة إلى عدم وجود إجماع بشأن محددات ومضمون الاضطهاد المشروط لاكتساب صفة لاجئ. وهذا الرأي يؤيده قسم من الفقه، معتقداً أن المادة الأولى المشتركة تشمل جميع الدول الاطراف لأنها تشكل التزاماً تجاه الدول كافة، وهو يستوعب حالة الإبعاد القسري باعتبار هذا المبدأ قاعدة عرفية أو أمرة⁽¹⁾.

(1) Cordula Droege, Transfers of detainees: legal framework, non –refoulement and contemporary challenges, International Review of Red Cross, V.90, no.871, Sep. 2008, 699.

وفي وضع مماثل طبقت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان نص المادة الثالثة من الاتفاقية الأوروبية، حيث لم تذكر حرفياً المادة الثالثة عبارة الإبعاد ولكن تضمنت حظر التعرض للتعذيب أو المعاملة المهينة أو للعقاب، وفي قضايا تتعلق بالطرد أو الإبعاد وجدت المحكمة في حكمها في العام 2011⁽¹⁾، أن طرد "صوفي وألمي" من المملكة المتحدة إلى الصومال التي تشهد حالة نزاع مسلح تتوفر فيه العتبة الكافية من العنف لخلق خطر حقيقي على المُبعدين بتعرضهم لسوء المعاملة الإنسانية، وبالتالي حظر ابعادهم قسراً.

وبالتالي يتوجب على جميع الدول أن تتأكد من أن إبعاد المدنيين إلى إقليم يشهد نزاعاً مسلحاً لا يعرضهم إلى الحظر الوارد في المادة الثالثة المشتركة، وفي حال حصول العكس تكون قد خرقت التزامها بموجب المادة الأولى المشتركة أي أخلت بالتزامها باحترام وكفالة احترام بنود الاتفاقية. وتجدر الإشارة إلى أن التزامات الدول المتحاربة تضمنته أيضاً المواد (147) جنيف الرابعة، والمادة (130) من جنيف الثالثة، والمادة الواحدة والخمسين من جنيف الأولى، والمادة التاسعة والأربعون من جنيف الأولى.

وعلاوة على ذلك، يؤيد بكتيه تحميل الدول الأطراف غير المتحاربة المسؤولية في حالة الإبعاد وغيره، وعلى الدول ان تفعل كل شيء لمنع الأفعال المناهضة لالتزامات جنيف، كما أضاف أن طرد الأشخاص أو اعادتهم قسراً بما يعرضهم لخطر المادة الثالثة المشتركة⁽²⁾، يعني حكماً إخلال الدولة في الإيفاء بتعهدات بموجب المادة الأولى المشتركة، وهذا دليل واضح على البُعد الوقائي للالتزامات بالقمع والمنع وهو جوهر التعهد العام.

وعليه نرى أن التزام الدول الأطراف، سواء المنخرطين في نزاع أو لا، بعدم الإعادة القسرية للمهجرين البيئيين إلى الإقليم محل النزاع حيث يواجهون خطراً شديداً قد يعرضهم لانتهاكات إنسانية جسيمة هو التزام بتحقيق غاية مشمول بالتعهد العام الواردة في المادة الأولى. وعليه نخلص إلى أن القانون الدولي الإنساني مصدر قانوني أساسي لحماية الأشخاص المهجرين بيئياً من إقليم يشهد نزاعاً مسلحاً من أي تصرف يتضمّن طرداً أو إبعاداً أو إعادة بشكل قسري، وأن أحد مصادر الحماية فيه هو نص المادتين الأولى معطوفة على الثالثة المشتركة، وهي التزامات تجاه الكافة ومحل التزام دولي مما يجعلها التزامات غير

(1) Sufi and Elmi v United Kingdom, EHRR 1045,2011, para 216,218.

(2) Pictet, Commentary, GC-iv (n 4), Op. Cit, P.37-38.

تبادلية، بل جماعية لأنها تحمي مصالح دولية مشتركة وهي حماية الكرامة الإنسانية للمهجرين البيئيين من الانتهاكات الجسيمة.

■ الفرع الثاني: الدور الوظيفي لمبدأ عدم الإعادة القسرية في حماية مهجري البيئة

يُلزم مبدأ عدم الإعادة القسرية أي دولة بعدم إعادة أي شخص، أو نقله على نحو آخر، إلى دولة أخرى متى وُجدت أسباب وجيهة تدعو إلى الاعتقاد بأن هذا الشخص سيكون في خطر التعرّض للاضطهاد أو لأي ضرر آخر⁽¹⁾. وقد أُدرج هذا المبدأ في معاهدات شتى أثناء القرن العشرين بما في ذلك معاهدة جنيف الرابعة للعام 1949⁽²⁾، لكنه يبقى مقترناً في غالب الأحيان باتفاقية اللجوء تحديداً بالمادة (الثالثة والثلاثين) منها، كما أُدرج هذا المبدأ أيضاً في اتفاقيات وصكوك أخرى تُعنى باللاجئين كإعلان قرطاجنة 1984 واتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية لعام 1969.

وكانت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قد فسرتا حظر التعذيب أو المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، المنصوص عليه في المادة السابعة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966⁽³⁾ والمادة الثالثة من اتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام 1950⁽⁴⁾، على التوالي، بأنه يفرض ضمناً التزاماً بعدم الإعادة القسرية حتى وإن لم يذكر هذا الالتزام صراحةً. وتُفسّر اللجنة الدولية للصليب الأحمر المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربعة بأنها تشتمل ضمناً على التزام بعدم الإعادة

(1) لجنة القانون الدولي، تقرير، 2019، سبق ذكره، ص. 81.

(2) اللجنة الدولية للصليب الأحمر، شرح اتفاقية جنيف الأولى، 2016، الفقرات 708-716 بشأن المادة 3 المشتركة واتفاقية جنيف الرابعة، المادة 45.

(3) اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم 20 (1992) بشأن حظر التعذيب أو غيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، الفقرة 9، الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السابعة والأربعون، الملحق رقم 40 (A/47/40)، المرفق السادس، الفرع ألف .

(4) European Court of Human Rights, *Chahal v. United Kingdom* Op. Cit, ECHR 1996-V, para. 80. *Soering v. United Kingdom*, Application No. 14038/88, Judgment of 7 July 1989, European Court of Human Rights, Series A, vol. 161, para. 88.

القسرية⁽¹⁾. ويكتسب هذا المبدأ أهمية خاصة بإدراجه في معاهدات تتناول جرائم موصوفة كالتعذيب والاختفاء القسري.

من المسلم به أن مبدأ عدم الإعادة القسرية هو مبدأ عرفي مستقر في الفقه والاجتهاد، وهناك تيار قانوني وازن يرى باكتسابه الطابع الأمر⁽²⁾، وبالتالي أصبح قاعدة عالمية آمرة لا يجوز الانتقاص منها استناداً إلى الممارسة الدولية المستقرة⁽³⁾.

وقد تبنى بعض الفقه الطبيعة الآمرة للمبدأ معززاً ذلك باستنتاجات اللجنة التنفيذية رقم 25 للعام 1982 التي لاحظت أن مبدأ عدم الإعادة القسرية قد اكتسب الطابع الأمر للقانون الدولي العام⁽⁴⁾. وهو مبدأ لا يخضع للانتقاص⁽⁵⁾ - Non Derogability، كما اعتبر أن خاصية عدم الانتقاص والصفة القطعية مميزات وظيفية متساوية. ويؤيد "الكساندر" الطبيعة القطعية للمبدأ بشكل مطلق⁽⁶⁾، بينما يعتقد آخرون أن ليس للمبدأ الصفة القطعية في جميع الأحوال إلا في حالة ارتباطه بحظر التعذيب عندئذ يكتسب الصفة القطعية⁽⁷⁾. وهذا ما أقرته محكمة يوغوسلافيا في قضية ياسين ضد فورنجيا حيث اعتبرت أن المجلس ملزم باحترام مبادئ الميثاق الاممي ومقاصده ولا يمكنه تجاهل احترام حقوق الإنسان الأساسية⁽⁸⁾.

واستناداً لما تقدم فإن مبدأ عدم الإعادة القسرية يلامس بطبيعته القاعدة القطعية معززاً بالممارسة العملية المؤكدة لصفة عدم الانتقاص، فضلاً عن مضمونه المستند إلى منظومة قيم أساسية مستقرة في الجماعة الدولية.

(1) اللجنة الدولية للصليب الأحمر، شرح اتفاقية جنيف الأولى، 2016، الفقرات 708-716 بشأن المادة 3 المشتركة.

(2) Cathryn Costello and Michelle Foster, Non- Refoulment as Customs and Jus Cogens? Putting the Prohibition to the Test. Jus Cogens: Quo Vadis? Netherlands Yearbook of International Law, (Maarten den Heijer and Harmen van der Wilt), 2015, ch.10.

(3) راجع تقرير لجنة القانون الدولي، سبق ذكره، 2019. ص. 231، النسخة باللغة العربية.

(4) UNHCR, Executive committee conclusion, No. 82 (XL), 13 Oct. 1989.

(5) UNHCR, Executive committee conclusion, No. 79, XLVII, 11 Oct. 1996.

(6) A. Orakhelashvilli, Peremptory Norms in International Law, Oxford Univ. Press, 2006, P.55 -56.

(7) Bruin. R , & Wooter. K., Terrorism and the non- derogability of Non- Refoulement, Int. J. Ref. Law, 15, 5 -29.

(8) Cordula Droege, Transfers of detainees: legal framework, OP. Cit, P. 690.

وقد تطوّر المبدأ بالممارسة، إذ يطبّق المبدأ على أي عملية ترحيل بصرف النظر عن التدبير أو شكل التدبير المتخذ سواء أكان طرداً أو ابعاداً أو إعادة أو غير ذلك من تسميات⁽¹⁾. ونتيجة لأهمية هذا المبدأ ذهب قسم من الفقه إلى توسيع دوره على نحو خلاق، إذ يعتقد "غودوين" أنه بات من المتعارف عليه اليوم أن مبدأ عدم الإعادة القسرية وبدقة قد انتقل من نطاق قانون اللجوء حيث كان محصوراً إلى نطاق أوسع من الحماية يتضمّن التزامات دولية في مجالات متنوّعة، ومنها على سبيل المثال حظر عدم النقل الوارد في المادة الثالثة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والتي تفرض التزامات جوهرية على الدولة كالإنقاذ في البحر والسماح برسو السفن أو السماح لها بدخول ضحايا الحروب والكوارث الطبيعية إلى اقليمها، كما يؤيد توسيع مفهوم لاجئ ليشمل الأشخاص الفارين من الكوارث الطبيعية أو الحروب والذين هم بحاجة إلى مساعدة إنسانية وحماية⁽²⁾. ويشكل هذا المبدأ أحد الضمانات الأساسية لحماية المهجرين البيئيين، بحيث يضمن احترام عدم الإعادة القسرية للمهجّر البيئي عبر تأمين الملجأ له.

وعليه، نرى أن هذا المبدأ بمفهومه الوارد في اتفاقية جنيف الرابعة للعام 1949 وخاصة المادتين الخامسة والأربعون والفقرة الرابعة والتاسعة والأربعون الفقرة الأولى منها، يمكن أن يشكّل حلقة وصل تسدّ الفجوة الموجودة بين القوانين ذات الصلة في حماية الأشخاص المهجرين بسبب تغيّر المناخي، وذلك باعتباره ضماناً قانونية لحماية مهجري البيئة الفارين من النزاع المسلّح أو في أي وضع هشّ يدفع المدنيين إلى التهجير لأسباب تتداخل فيها كوارث البيئة مع النزاع المسلّح، وبالتالي يعوّض حرمانهم صفة لاجئ، وذلك لأن آثار تغيّر المناخ لا تشكل حالياً اضطهاداً بمفهوم قانون اللاجئين.

ونظراً لدور هذا المبدأ وفعاليته في الحماية ذهب بعض الفقه إلى ربطه بمبدأ الحيطة principle precaution المتعارف عليه في القانون الدولي البيئي، استناداً إلى كون المبدأ يهدفان إلى حمايا الفئات المهمّشة في النزاعات المسلّحة والتغيّر البيئي كما أن كليهما يؤديان وظائف حيوية وقائية في منع وقوع الضرر بتلك الفئات الضعيفة المحمية⁽³⁾.

(1) Cordula Droege, Op. Cit, P. 677.

(2) Guy S. Goodwin-gill, Non- Refoulement, Temporary refuge, and the 'New' Asylum Seekers, 1985-1986, 26 Virginia J Int L, 897, P.440, Op. Cit, p.449.

(3) Jenny Poon, the precautionary approach to protecting climate change-displaced persons, Climate Refugee, Beyond the Legal Impasse? Simon Behrman, & Avidan Kent, Routledge New York, 1ed, 2018, p. 157-171.

ومعلوم أن أحد المبادئ الهامة في القانون البيئي الدولي هو النهج التحوطي، أو المبدأ الوقائي الوارد في المبدأ الخامس عشر من إعلان ريو لعام 1992 بشأن البيئة والتنمية. فمبدأ عدم الإعادة القسرية بطابعه الأمر، ينطبق أيضاً على طالبي اللجوء حيث تتحمل الدول مسؤولية ضمان عدم إعادة طالبي اللجوء لمواجهة إجراءات لجوء غير ملائمة بشكل واضح، وهو ما يمثل انتهاكاً للإعادة القسرية بشكل غير مباشر⁽¹⁾.

وفي هذه الحالة يُطبق مبدأ عدم الإعادة القسرية على الدول التي تتعامل مع طالبي اللجوء المحتملين ومنهم فئة مهجري البيئة واللاجئين داخل حدودها وخارجها. فالأساس القانوني لتطبيق عدم الإعادة القسرية خارج الحدود الإقليمية تضمنته المادة الثالثة والثلاثون فقرتها الأولى من اتفاقية اللاجئين، لأن النطاق الإقليمي للمبدأ غير محدد، فحظر الرفض على حدود الدولة وخارجها يتماشى مع هدف وغرض اتفاقية اللاجئين، وهذا ما تؤكد عبارة عدم إعادة لاجئ "بأي طريقة كانت"⁽²⁾.

وتدعم السوابق القضائية الصادرة عن المحاكم والهيئات القضائية الدولية إمكانية تطبيق عدم الإعادة القسرية خارج الحدود الإقليمية، وذلك استناداً لاختبار "السيطرة" بنوعيتها الفعلية أو الكلية. حيث تم تحديد اختبار "السيطرة الفعالة" من خلال الفقه القانوني الدولي، ولا سيما في قضية نيكاراغوا لمحكمة العدل الدولية وفي قضية تاديتش⁽³⁾، وكذلك المواد المتعلقة بمسؤولية الدولة للعام 2001.

فاختبار صلاحية التطبيق خارج الإقليم يكمن في تمتع الدولة "بسلطة وسيطرة فعالة" على طالب اللجوء وهو في حالتنا أحد مهجري البيئة. ويستفاد من التطبيق خارج الحدود الإقليمية في تقديم حماية إضافية لمهجري البيئة في البر والبحر، حيث يتم تطبيق عدم الإعادة القسرية خارج الإقليم في حالة اعتراض السفينة في عرض البحر مثلاً، وبالتالي يمكن إثبات أن ممثل الدولة أي المكلف في تطبيق القانون يمارس أو مارس سيطرة وسلطة" على

(1) ECHR, MSS v Belgium and Greece App No 30696/09, 21 January, 2011, 342.

(2) Maarten den Heijer, 'Extraterritorial Asylum under International Law' in Europe and Extraterritorial Asylum: Studies in International Law, Hart, 2012, 132.

(3) Case Concerning Military Paramilitary Activities, Nicaragua v U.S.A., para 115; ICTY, Tadic, 10 August 1995 (Trial Chamber) paras 118-119, 141.

المهاجرين في البحر، ولا يمكن إعادة السفينة التي تنقل اللاجئين إلى أعالي البحار أو إلى المناطق خطرة⁽¹⁾.

ويحقق عدم الإعادة القسرية منع الأذى في شكل الاضطهاد، عن مهجري البيئة بوصفهم طالبي لجوء، وبشكل مشابه يسعى المبدأ الوقائي، أولاً وقبل كل شيء، إلى منع "الضرر الجسيم أو غير القابل للإصلاح" الناتج عن البيئة. ففي قضية "صوفي و ألمي" ضد المملكة المتحدة وجدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أنه لتقرير ما إذا كان مبدأ عدم الإعادة القسرية في شكل حظر التعذيب قد انتهك، علينا أن نختبر قدرة المدعي على تلبية احتياجاته الأساسية، مثل الطعام، النظافة والمأوى، وتعرضه لسوء المعاملة واحتمال تحسن وضعه في غضون إطار زمني معقول"، وإذا ما تبين ذلك نكون أمام شكل من أشكال التعذيب وبالتالي يمنع الإعادة القسرية له⁽²⁾.

وعليه يقوم مبدأ عدم الإعادة القسرية من منظور القانون الدولي الإنساني بدور وظيفي حمائي - وقائي بصفته جسراً يربط بين القانون البيئي وقانون اللجوء لتأمين سدّ الثغرة القانونية عبر شموله المهجرين بيئياً بحمايته ومن أجل وقايتهم من التعرض للضرر البيئي المتجسد في عدم حصولهم على حقوقهم الأساسية. وهنا يتجلى أيضاً دور مبدأ عدم الإعادة القسرية كمساحة التقاء بين قانون اللجوء والقانون الدولي الإنساني⁽³⁾.

بينما اعتبر آخرون أن مبدأ عدم الإعادة القسرية هو أحد تطبيقات مبدأ مسؤولية الحماية بوصفه الترجمة الأحدث والأكثر دينامية لتطبيق مسؤولية الحماية حيث يتوجب على الدول خارج حزام النزاع المسلح حفظ الكرامة الإنسانية بعدم إعادة مهجري البيئة قسراً وتعريضهم لإنتهاكات غير إنسانية⁽⁴⁾. لا شك أن مبدأ عدم الإعادة القسرية يؤدي أدواراً تطلعية، فهو

(1) David James Cantor, 'Extraterritorial Non-Refoulement: Intersections Between Human Rights and Refugee Law', in C. Lennox (ed.), Contemporary Challenges in Securing Human Rights (ICWS Book Series 2015) 114; see also Al-Skeini and Others v United Kingdom (ECHR, 2011), paras 133-137.

(2) ECHR, Sufi and Elmi v the United Kingdom App Nos 8319/07 and 11449/07 (ECHR, 28 November 2011), also MSS v Belgium and Greece (n 40) 103.

(3) Jennifer Moore, Protection against The Forced Return of war refugees, an interdisciplinary Consensus on humanitarian Non- refoulement, (Refugee from humanity), 2014, 17, 411 - 432.

(4) Jennifer Moore, Ibid, 422.

مظلة وقائية لحماية مهجري البيئة لتعويض حرمانهم من صفة اللاجئ، وهذا التوسّع في التطبيق من أسس القانون الدولي المعاصر، حيث يشكل هذا المبدأ مظلة حماية مشتركة لمهجري البيئة تجمع بين قوانين اللجوء والقانون الدولي الإنساني والقانون البيئي، وذلك في حالة تهجير المدنيين إلى خارج الحدود لأسباب تتعلق بالتغير المناخي والنزاع المسلح.

○ استنتاج

تؤتي هذه الدراسة ثمارها بالاستنتاج التالي، يؤدي القانون الدولي الإنساني دوراً خلاقاً في مواجهة تحديات النزاعات المسلحة المعاصرة ومنها التغير البيئي المتّصل بالنزاع المسلح. يتجلّى هذا الدور للقانون الدولي الإنساني في سدّ الثغرة القانونية في حماية مهجري البيئة الفارين من إقليم يشهد نزاعاً مسلحاً إلى إقليم دولة طرف، حيث يتمّ إعمال مبدأ عدم الإعادة القسرية بطابعه الأمر الذي يولّد التزامات تجاه كافة الدول، وهذه الالتزامات يعكسها التعمّد العام الوارد في المادة الأولى المشتركة من اتفاقيات جنيف للعام 1949 معطوفة على المادة الثالثة المشتركة. وفي هذا الصدد، نحن لسنا في حاجة لإقرار صك جديد، إن جلّ ما نحتاجه هو تبني سياسة "أنسنة" النصوص القانونية الدولية روحاً وفكراً وممارسة وتفسيرها تفسيراً غائياً فعلاً لضمان احترام حقوق ضحايا التغير البيئي المتّصل بالنزاع المسلح ومن بينهم مهجري البيئة.

الدراسة السادسة:

**GRANTING NATIONALITY OR
NATURALIZATION: PART OF THE PROBLEM OR
SOLUTION FOR STATELESSNESS?**

Ahmad Al Malak

This article is to highlight the issues that face the stateless persons and which situations are set for the creation of such. The issues being addressed lie within the legal framework of certain states or international conventions that might lead in the future for the settlement of stateless persons situation. Moreover, it is to observe the impact of national legislations as a primary part to these issues; as for instance, the impact of denouncing a nationality and its consequence upon a person on various levels and how would the process of granting a nationality or for a person to be naturalized in a state to be protected under the state regulatory norms.

With continuous conflicts arising in various regions of the world, it is unknown what are the exact figures of stateless persons but estimated to be in millions. Stateless individuals in a society are considered as the most vulnerable and marginalized.⁽¹⁾ Reasons to statelessness vary, it could consist of discrimination, emerging of new States and land transferals, or to a conflict in nationality laws.⁽²⁾

⁽¹⁾ Mark Manly, Laura Van Waas, Adrain Berry, Chatham House, The Royal Institute of International affairs, "Statelessness: The Impact of International Law and Current Challenges", 4 November 2014, P.2.

⁽²⁾ J. Tanner, UNHCR, Refugee Council of Australia, Statelessness
< <https://www.refugeecouncil.org.au/stateless/>> accessed date 3 July 2020

Being a legal link between the individual and the state⁽¹⁾, a nationality is supposed to be of utmost importance to people to link them to a certain nation. The State grants them their rights and individuals serve their duties whether ethical, standing from being responsible towards the society or the obligations that could be paying taxes and obeying the law.

Nationality is considered important for the lives of the individuals, as every person must acquire a nationality, and being denounced of it, could bare upon those stateless persons various consequences. The aftermath of denouncing could be prohibition of public health and education and moreover facing discrimination and lack of state protection.

Therefore, naturalization in a society or granting a nationality for stateless persons might be considered as the portal to enhance their living standards and be on equal foot with nationals and citizens, where denunciation could strip the individuals from their basic rights as humans.

I. Similarity between stateless persons and refugees

There have been instruments related to statelessness prior to the 1951 Refugee Convention. According to the mentioned treaty, the term refugee shall apply to any person who “being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is

⁽¹⁾ Ian Brownlie, ‘The Relations of Nationality in Public International Law’, (1963) 39 BYIL 284.

unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.”⁽¹⁾ And in 1954, the first convention regarding the status of Stateless Persons was adopted and established an international legal framework for the protection of stateless persons and it considered it as the most comprehensive codification for the rights of stateless persons.⁽²⁾ In terms of the Convention, the stateless has been defined as “stateless person means a person who is not considered as a national by any State under the operation of its law.”⁽³⁾ Both conventions in terms stressed on a point that says “outside the country of his nationality and not considered a national by any State” as a clear comparison to draw, both the refugee and the stateless acquire legal protection by a third country state. But for every rule there is an exception, and in this case, both the refugees and the stateless persons could be excluded under the same provision provided by both Conventions. Article 1D of 1951 and article 2.1 of 1954 both were drafted by the same wording “To persons who are at present receiving from organs or agencies of the United Nations other than the United Nations High Commissioner for Refugees protection or assistance so long as they are receiving such protection or assistance”⁽⁴⁾. Subsequently, the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness was adopted to complement the 1954 convention. It is considered as the leading international instrument that sets rules for the conferral and non-withdrawal of nationality to limit the arising of

⁽¹⁾ Convention Relating to the Status of Refugees (adopted 28 July 1951, entered into force 22 April 1954) 189 UNTS 137 (Refugee Convention) Art 42, Art 1.2.

⁽²⁾ Convention Relation to the Status of Stateless Persons, Introductory note by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, Geneva, May 2014.

⁽³⁾ Convention Relating to the Status of Stateless Persons (Adopted on 28 September 1954, Entry into force 6 June 1960) art 1.

⁽⁴⁾ Convention Relating to the Status of Refugees (adopted 28 July 1951, entered into force 22 April 1954) 189 UNTS 137 (Refugee Convention) art 1D. Convention relating to the Status of Stateless Persons (adopted on 28 September 1954, entered into force on 6 June 1960) Art 2.1.

statelessness.⁽¹⁾ Similarities could be drawn between the first two conventions of 1951 and 1954, but the 1967 additional protocol came as a contradiction to both former conventions. It is possible by means of the articles to exclude both refugees and stateless persons, but as well it is stressed upon to eradicate the status of statelessness. Receiving assistance from United Nations agency such as the UNHCR exempted the chance of refugees and stateless persons to be granted asylum or acquiring a nationality. Moreover, the 1961 Convention have not reached an agreement to put a limitation for the freedom of States to deprive its citizens of their nationalities and it has not been able to impose its provisions over States denouncing its nationals or granting nationality. When interpreting both mentioned articles, it needs to be underlined that the word “or” in the phrase “protection or assistance” could give an impression as if stateless persons or refugees decided to leave an area where international organizations are working, and they would be entitled to asylum granted in the country they are residing in or in a third country. Stateless persons and refugees are both lying in the hand of international norms, moreover, they both could be excluded and included in the conventions when contracting States decide to amend the articles within the Conventions to eradicate the status of stateless persons and refugees. The same conditions also apply to Palestinian refugees, a problem which has been on the international scene for more than 70 years. An example that could lead to statelessness is the planned annexation of the West Bank. Palestinians residing in the West Bank will be exempted from an Israeli nationality which will contribute to an increase number of stateless persons and refugees, where under the British Mandate the same situation occurred.

⁽¹⁾ Convention on the Reduction of Statelessness, Introductory note by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, Geneva, May 2014.

In the very beginning of the British Mandate to Palestine, many Palestinians were denationalized under the Palestinians Citizenship Order of 1925 and this allowed Jews from abroad to acquire Palestinian citizenship⁽¹⁾. Due to the British mandate and the legal/illegal Jewish immigration, Palestinians started to flee the Palestinian territory to the neighboring countries. In the hosting countries such as Lebanon and Syria, approximately a million Palestinian refugees, since 1948, have not been recognized as citizens of any of those states. Instead, they still acquire the status of refugees, whereas in Europe, the usual time frame for granting a nationality to an individual varies between 3 to 10 years. These refugees are as well to be considered as stateless persons since the Palestinian Authority is incapable of aiding Palestinians in diaspora. This results from a limited access to them due the limitations and restrictions imposed upon by the Israeli government, where the last controls their documentation. The Lebanese policy always emphasized on the right of return of the Palestinian Refugees, but on the other hand, they have not granted them nationality although they have already integrated into four generations within the society. Although their status is “refugees”, they are, at the same time, “stateless persons”, since they are by no means to acquire their basic rights, from employment or to public health care. And up till this moment, they do not acquire passports but granted a “Travel Document for Palestinian Refugees.”

a) Impact of nationality on statelessness

Some might consider that stateless persons and refugees could be categorized in one slot, but in contrast, some stateless persons are refugees, but only some refugees are stateless.⁽²⁾ What puts both

⁽¹⁾ Mutaz Qafisheh, *IV Palestinian Citizenship Order 1925* (Brill Nijhoff 2009) 75

⁽²⁾ P. Van Krieken, ‘The High Commissioner for Refugees and Stateless Persons’ (1979) 26(1) *Netherlands International Law Review* 24-36.

categories on equal foot is that both lack the proper meanings of protection. In some cases, persecution based on race, religion, or nationality could cause stateless persons to acquire the status of refugees since they are unwilling or powerless themselves to seek protection of the country of habitual residence.⁽¹⁾ For the same reasons, refugees who are not stateless may not seek protection from the country of their nationality. Distinction could also be addressed between de jure and de facto stateless persons, or even better to address de jure and de facto unprotected persons. Overall, refugees are de facto unprotected and stateless persons are de jure unprotected⁽²⁾. It would be rather vague to state that nationality is not a form of protection since nationality by itself can be related to various forms of protection. In yet another contrast between stateless persons and refugees, the former are unable to claim any protection, whereas the latter are the ones with nationality and are normally unwilling to put themselves under the protection of the country of their nationality.⁽³⁾ Means of obtaining nationality vary, as it may be defined in the constitution, conferred by a presidential decree, or stipulated in a law of nationality. Traditionally, nationality may be based on jus sanguinis (nationality on the basis of descent) or jus soli (nationality on the basis of the place of birth).⁽⁴⁾ Moreover, it may go beyond the traditional link between a state and a person. According to Article 9 of the Treaty on European Union “Every national of a Member State shall be a citizen of the Union. Citizenship of the Union shall be additional to and not replace national citizenship.”⁽⁵⁾ Statelessness could occur due to many causes, whether

⁽¹⁾ Convention Relating to the Status of Refugees (adopted 28 July 1951, entered into force 22 April 1954) 189 UNTS 137 (Refugee Convention) art 1.A.2

⁽²⁾ Hugh Massey, UNHCR, ‘UNHCR and De Facto Statelessness’, (2010) p. 61.

⁽³⁾ P. Van Krieken, ‘The High Commissioner for Refugees and Stateless Persons’ (1979) 26(1) Netherlands International Law Review 24-36.

⁽⁴⁾ Consolidated Version of the Treaty on European Union [2008] OJ C115/13, art 9.

⁽⁵⁾ United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), The State of The World’s Refugees 1997: A Humanitarian Agenda, 01 January 1997.

de jure or de facto. Individuals might be subjected to lose their nationality and fail to obtain a new one through marriage/divorce of a person of a different nationality or a (longer) stay abroad. The European Court of Justice has delivered its judgment lately in 2019 affecting the European Union citizenship. A controversial law of the Netherlands under nationality act states that a Dutch national could lose his or her nationality if they reside outside the territory of the Netherlands or the European Union for a time limit exceeding 10 years or for possessing another nationality.⁽¹⁾ A case brought before a court of the Netherlands of Dutch citizens possessing a non-EU second nationality, where they have been denied the renewing of their passports. Netherlands argued that these citizens already lost the link they have with the State with their residency exceeding the limit of 10 years based on the nationality act. The Court delivered its judgment that “EU law does not preclude the loss of nationality of a Member State in the circumstances laid down in the Netherlands legislation.”⁽²⁾ This judgment would also be controversial, even though the link between the individuals and the State does not exist per the Dutch view, but the protected grounds of these citizens based on the Treaty on the Functioning of the European Union does not cover them anymore. Article 20 of the Treaty states “the right to enjoy, in the territory of a third country in which the Member State of which they are nationals is not represented, the protection of the diplomatic and consular authorities of any Member State on the same conditions as the nationals of that State.”⁽³⁾ To this matter, if the citizens have been denounced from their Dutch nationality, and only possessed the nationality of a third state countries, they would not be

⁽¹⁾ Netherlands: Act No. 268, Nationality Act [Netherlands], 19 December 1984.

<<https://www.refworld.org/docid/4d3838932.html>> accessed date : 27 November 2020

⁽²⁾ Court of Justice of the European Union, Press release no 26/19, Luxembourg. 12 March 2019.

⁽³⁾ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) [2016] OJ C202/1. Art 20.

protected when residing outside the territory of the Union. Moreover, to a certain extent, and hypothetically speaking, if those citizens were to be denounced of the Dutch nationality without the possession of a second Union nationality or third country nationality, even though the Court stated that the “risk of statelessness is precluded”⁽¹⁾ but the risk of denouncing the nationality in this particular hypothesis would create as well an additional stateless person.

It is a fundamental right of every newborn child to obtain a nationality, but children, who are born to stateless parents or refugees may be denied of nationality. National parliaments shall be determined to reduce or eliminate the status of stateless persons in accordance with the international law and ensure that individuals will not be deprived arbitrarily of nationality⁽²⁾. Moreover, national legislation while granting nationality to individuals will be aware that these persons are already protected within the laws of the state and provide an adequate form of protection for individuals who remain or become stateless through integration programs that could qualify them in the future to become nationals of the state.

II. The impact of statelessness and the consequences of denouncing a nationality

In most cases, statelessness is due to forced displacement. Many of individuals in such a situation suffer from basic violations of human rights, and in particular the “right to nationality” as mentioned in Article 15 of the Universal Declaration of Human Rights.⁽³⁾ The significancy

⁽¹⁾ Court of Justice of the European Union, Press release no 26/19, Luxemburg. 12 March 2019.

⁽²⁾ UNHCR, Nationality and Statelessness A Handbook for Parliamentarians, Inter-Parliamentary Union Published by the Inter-Parliamentary Union with the United Nations High Commissioner for Refugees, 2005.

⁽³⁾ Universal Declaration of Human Rights (adopted 10 December 1948 UNGA Res 217 A(III) (UDHR) art 15

of the UDHR is of an importance as mass denationalization occurred during the Second World War. “Right of nationality” of the UDHR shall be consented upon as a binding article upon all member states, especially in nowadays wars across the globe for means of assistance and protection of the stateless persons. Basic rights are associated with nationality, and any right, civil or political alike, results from nationality. Yet, stateless persons are generally excluded from obtaining identity documents and employment. they could face persecution or be detained due to the lack of documentation and status. Furthermore, they are also vulnerable to abuse due to the lack of a national status or face racial segregation within the state they are located in. Even though statelessness is a status of an individual without a certain nationality, in the recent collisions ongoing in Hong Kong, the English Prime Minister have offered the citizens of Hong Kong a chance to settle in the United Kingdom as freedoms were violated by the new security law passed by China that convicts a large segment of Hong Kong and reduces its autonomy⁽¹⁾. European countries revoked the nationalities of their own citizens and refused their responsibility for their nationals who fled to fight with ISIS.

Although under both Conventions regarding statelessness of 1954 and 1961, it is prohibited to make an individual stateless. The United Kingdom revoked nationality of some of the fleeing fighters. It declared that those people are entitled to another nationality, hence they are not entitled to bare them on the British soil. Even though deprivation of nationality in Germany is not allowed in its legislations⁽²⁾, Germany introduced in 2019 a new legislation that could allow to revoke the nationality of an individual who committed acts of terrorism based on

⁽¹⁾ Universal Declaration of Human Rights (adopted 10 December 1948 UNGA Res 217 A(III) (UDHR) art 15

⁽²⁾ Deutscher Bundestag, Basic Law for the Federal Republic of Germany, art 16, 23 May 1949 Last amended on 28 March 2019.

several conditions, whether if the individual is of a legal age of 18 and has a second nationality or took part in combat operations abroad for a terrorist militia. It would be insightful to look at the situation of the stateless ex-fighters and not only the act of revoking the nationality. If the situation comes to stability in the post-ISIS territories in the northern part of Syria, how will these individuals be recognized? Their countries of origin have not abandoned all of the fighters, and it is up to the next Syrian government to consider their existence as either terrorists or people who took their sentence and already to be put in society again. Revoking the nationality is a legal instrument to save the security of Europe, but it is worth to consider the security of the hosting Arab states as well of those fighters. Granting nationality to these individuals might also back fire on the international level, although it is granted in the Conventions as to eradicate the status of statelessness over time, but granting terrorists also might not be a prosperous plan for the hosting countries.

Territories that were under ISIS ruling shall be sovereign in the near future, but still to bear in mind is the fate of the children who were born there by foreign fighters. Their status is considered as the descendants of terrorists. Alternatively, they could be considered foreigners and sent back to the countries where their parents are nationals. Children of ISIS supporters were the only category that European countries have arranged to repatriate. Even though children are most vulnerable to what they acquire in their early ages and the European officials acknowledged the fact that they might pose a degree of threat, they shall be seen only as victims.⁽¹⁾ European countries as well opposed the idea

⁽¹⁾ Anthony Dworkin, "Beyond good and evil: Why Europe should bring ISIS foreign fighters home"

<https://www.ecfr.eu/publications/summary/beyond_good_and_evil_why_europe_should_bring_isis_foreign_fighters_home> accessed date 24 June 2020

of repatriating the children with their mothers, which constitutes as well another stateless European citizens on foreign lands. Al Hawl refugee camp in Syria is considered the largest place that holds ISIS fighters, estimated to be 8,000 foreign children residing there.⁽¹⁾ Children in times of wars are most vulnerable especially under the rule of the most brutal terrorist organization. They are vulnerable to child labour, exploitation and harassment. The European Court of Human Rights has another opinion regarding the dual nationals, as it is urging the European states from being complicit in preventing the repatriation of its nationals being in custody in prisons with poor human rights records. European countries shall bare upon themselves the fair trial of their nationals who fought for ISIS, as international human rights law instruments apply to individuals no matter what falling with their scope, and not leave their nationals back stranded in a desert with poor sanitary situation, overcrowding, ill-treatment and lack of medical attention.

a) States in need of stateless persons?

As the intensity of war in Syria rose, many Syrians decided to flee the country to the neighboring states. On the northern side of the country, Turkey opened its borders freely to enter, and it became a portal to the European Union. Although the fleeing Syrians all acquire nationalities, they have decided to throw their documents away to be granted asylum seeking status in Europe. They have turned themselves to stateless persons for a temporary time to cross the borders and acquire legal documents in the hosting countries, but it varied from one European country to another. Hungary was hostile towards incoming

⁽¹⁾ Himbervan Kose, 'Al-Hawl Camp: A Potential Incubator of the Next Generation of Extremism',
<<https://www.washingtoninstitute.org/fikraforum/view/al-hawl-camp-a-potential-incubator-of-the-next-generation-of-extremism>> accessed date 3 July 2020

refugees, as in 2015 the famous journalist Petra László intentionally kicked and tripped over a man carrying his child, later on charges were pressed against her under Hungarian law "antisocial, violent behavior capable of inciting indignation or alarm."⁽¹⁾ On the other hand, Germany widely accepted the fleeing persons, who are now estimated of a million persons. Several factors were the key for this intake, demographic situation of the nationals, political situation, and the economic situation of the hosting countries. Hungary refused to settle a vast number of asylum seekers due to the mentioned factors, whereas Germany opened directly for every seeker and those individuals were not to be a burden upon it and formed a skilled labour force on its land. In contrast to such a policy, the situation of Palestinians in the neighboring countries proved how fragile their situation is after the Arab Spring. Even more importantly, it proved further their vulnerability to humanitarian disasters especially for not acquiring a nationality of a recognized state or even a legal status beside stateless or refugee. Providing these stateless persons and refugees with a nationality given by the Palestinian Authority does not affect their rights of return, but at least serves them diplomatic Palestinian protection and allows them to return to the parts under the Palestinian Authority which would secure their rights as stateless persons and refugees. Stateless persons at first could be considered as a burden upon a state as the latter would be to provide them the needed protection and documentations, but these individuals will also contribute in the economic and social wheel by forming a skilled labour force. It would be, however, difficult to extrapolate such an assessment onto the fate of the European nationals in a foreign

⁽¹⁾ Palko Karasz, 'Camerawoman Who Kicked Refugees in Hungary Is Charged With 'Breach of Peace'' The New York Times (London, 7 Sep 2016)
<<https://www.nytimes.com/2016/09/08/world/europe/hungarian-journalist-syrian-refugee.html>>

territory. The European fighters that stood with ISIS will have no choice but to become stateless since their countries denounced the nationality from them. After their sentence in prisons ends, they will be in a territory where everyone will look at them as terrorists no matter how much of a positive contribution, they could offer in the hosting country in the future. It may be that some of them would still have the ideology of terrorism in their mind, which in itself may pose additional problems, either for the hosting state or for their country of nationality if the latter has accepted their return.

III. Aftermath of returning and hosting

a) Individuals imposing a threat upon their countries and legal challenges

Repatriation of foreigners who belonged to terrorist organizations could pose a threat upon the national security of their State in the first place and not any other country. The threat that could constitute to the security depends on the future of these individuals within their state.⁽¹⁾ Such activities could be espionage, targeting military bases, and terrorism which constitutes a major threat to the national security.⁽²⁾ Upon repatriation, the states shall actually prove the existence of danger to it and not merely have a belief that these fighters might commit terrorist actions again. Another purposeful question regarding the returning of foreign fighters is the time span in which these returnees

⁽¹⁾ Elihu Laterpacht and Daniel Bethlehem, 'The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion' in Erika Feller, Volker Türk and Frances Nicholson (eds), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection* (CUP 2003) 135

⁽²⁾ Rafiqul Islam and Jahid Hossain, *An introduction to international refugee law* (Brill Nijhoff 2013) 110

could engage again in any terrorist actions.⁽¹⁾ Threats posed by the returnees can be monitored, tracked, and contained by law enforcement following their full repatriation to their home countries.⁽²⁾ To sentence a convicted person there must be an evidence to prove him/her guilty. A legal challenge could arise in court rooms as it may be difficult to find evidence that could prove that the returnees have fought or were part of ISIS. It could be a difficult task as well for a prosecutor to fly to the battlefields to gather evidence onsite. Another challenge might be the lack of juridical cooperation with the two states, often with hardly any agreements with states where the crimes have been committed by the returnee. It may be further added that some of the areas are still under conflict between the governments and the terrorist groups, which makes it as an impossible task to acquire evidence as the relevant government does not have any control over that area or province. Even when in certain areas where terrorist groups no longer exist, members of militarized opposition could cause threat while seeking evidence.⁽³⁾ Nowadays, crimes could be discovered through social media platforms or by locating a signal of a used technological device or accessing to the data of the device. Organizations such as ISIS banned the use of technology within their premises and made it a tough challenge as well to collect any data that concerns them. To this extent, it is hard to know how deep those individuals were induced in the terrorist organization,

⁽¹⁾ David Malet, "Is it more dangerous to let Islamic State foreign fighters from the West return or prevent them from coming back?" Washington: The Conversation Journal (2019). <<https://theconversation.com/is-it-more-dangerous-to-let-islamic-state-foreign-fighters-from-the-west-return-or-prevent-them-from-coming-back112588>> accessed on 16 June 2020

⁽²⁾ David Malet & Rachel Hayes Foreign Fighter Returnees: An Indefinite Threat? Terrorism and Political Violence (editing house 2018)

⁽³⁾ Tanya Mehra, "Bringing (Foreign) Terrorist Fighters to Justice in a Post-ISIS Landscape Part III: Collecting Evidence from Conflict Situations" <<https://icct.nl/publication/bringing-foreign-terrorist-fighters-to-justice-in-a-post-isis-landscape-part-iii-collecting-evidence-from-conflict-situations/>> accessed on 4 July 2020

how they have functioned, and what was their role within the territory. As mentioned earlier, some states have started the nationality denouncing process which may be difficult to reconcile with their international obligations. Another legal challenge towards the returnees lies in the national legislations of the state and the methods of their prosecution. Where the United Kingdom and Germany sought to denounce the nationalities of its citizens who fought under ISIS, France on the other hand followed another track of prosecuting its nationals upon returning back to France for joining terrorist organizations instead of keeping them in an unknown situation. The three states targeted the returnees differently. Some sought to keep the returnees for the unknown as they can become or already became stateless on foreign lands. Other wishful returnees have built a road map for returning and be prosecuted under national law which is closer to the international atmosphere of eradicating the statelessness issue.

b) The nationality barrier

In the 40's of the past century, a case about naturalization and nationality arose between Liechtenstein and Guatemala about F. Nottebohm, a German national acquiring nationality of Liechtenstein during the War. After returning to convey his business in Guatemala, the government decided to halt Nottebohm's actions and business and remove him as it was considered an enemy property. Guatemala cleared its position as a nationality shall be recognized by other States only if it represents a genuine connection between both the granting State and the individual.⁽¹⁾ As mentioned, granting a nationality in Europe could vary by time. Eventually, the entitled person whether a stateless,

⁽¹⁾ Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala); Second Phase, International Court of Justice (ICJ), 6 April 1955. P. 23

refugee, gains nationality and protection by the State. Since 1925, the Lebanese government has been using the one and only law of naturalization⁽¹⁾, which stipulates that a father can only pass his nationality to his children. In case of a foreigner (a stateless person or a refugee) has been through a marriage of a Lebanese mother, she is prohibited of giving her nationality to her children. Women and men shall be equally treated in front of the law where a man can give his nationality to the children and a woman as well shall have the same right. The same situation applies to Syria, where only the father can pass the nationality to his children and not the mother⁽²⁾. During the war, many fathers were killed, lost, or captured, where registering a child on the Lebanese side as well is impossible without a proof that the person is the legal father of the child and constituted of an increase in the figures of stateless persons among Syrian refugees, as the mother cannot grant her children her nationality, nor they can be registered. It is an obvious discrimination that faces the contemporary international norms. International legal norms shall guide the domestic legislations in order to secure global objectives and have an impact on national institutions.⁽³⁾ Providing these international norms of the Conventions in national legislations would allow separated families to rejoin and a category of refugees to be naturalized where residing within a state for more that seventy years due to its constitutional restrictions prohibited them from this right. Clearly when being granted a nationality, it dismisses all the consequences that a stateless person could face. As the International Covenant for Civil and Political Rights grants fundamental rights to provide protection with the respect to the right of

(1) قانون الجنسية اللبنانية [Lebanese citizenship order], decision number 15. 19 January 1925 art 1.

(2) Legislative Decree No. 276 of 1969 related to Arab Syrian Nationality, art 3.2

(3) William W. Burke-White,, Anne-Marie Slaughter, , "The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law)" (2006) 47 Harvard International Law Journal p.328

acquiring a nationality and the non-discriminatory enjoyment of this right. It also provides protection of basic civil and political rights by all individuals regarding their status as nationals or stateless. With the Refugee Convention, Convention relating to the Status of Stateless Persons, the Convention on the Reduction of Statelessness and the International Civil and Political Rights have stood for the rights of stateless persons and refugees and to provide them the protection needed on the international level. States, especially within the European Union have complied to the international norms and induced them to national legislations to provide the full protection and granting rights to everyone equally without any discrimination. Here lies the power of the Union, where supremacy and directives are of an utmost importance to provide the protection needed for those in need. Moreover, national legislations that are in favour of supporting the stateless persons, shall be the new era of legislations for states that do not support granting nationalities in order to unify their national legislations in accordance with international norms in a further step to eradicate this phenomenon.

○ **Conclusion**

There are legal instruments that could put an end to the stateless persons' issue. Rather than forming an autonomous state for the stateless persons, what is needed from a legal perspective is providing a nationality to stateless persons for them to be protected within aspects of their lives in the hosting countries. UNHCR is planning to eradicate this phenomenon within three years⁽¹⁾, but with all the instabilities in several regions of the world, ongoing wars is one of the main constituents to this problem which makes the eradication of this issue

⁽¹⁾ UNHCR, Results of the High-Level Segment on Statelessness
< <https://www.unhcr.org/ibelong/results-of-the-high-level-segment-on-statelessness/>>.

out of reach. The continuous wars, instabilities and oppressions are to be addressed in the first place, and when the international community is ready to put an end to these catastrophes, then the problems faced by the stateless persons and refugees may come to a pure end. There should be a wider scope of understanding the reasons of persecution of stateless persons and refugees to elaborate more on defining their status. What is needed is that international treaties are amended to address a wider scope of the targeted people to provide more stability to their lives in accordance with international human rights norms. Stateless persons are just like any person existing within a state, no matter of the discrimination they faced, or as nationals denounced from their nationality, all of them should be provided, it is hoped, at least basic forms of protection.

الدراسة السابعة:

The Organic Link between Universities and Human Rights

Camille habib

Human rights are commonly understood as being those rights which are inherent in the mere fact of being human. Human rights are conferred on an individual due to the very nature of his existence (regardless of any status). Human rights are irrevocable even if they are not recognized or violated by any power or authority.

Many people consider that the university in democratic countries, is one of the most important ways to raise public awareness and to foster respect for the rights/freedoms and demonstrate the use of the proposed framework as guidelines for the development of social order, and even on how to act in the event of violations.

Recently, several Arab states embarked on transitions to democracy by attempting numerous constitutional and legislative reforms, scheduling to hold presidential and/or parliamentary elections, improving women's status and rights in all aspects, and establishing National Human Rights Institutions. It is then not surprising that our universities play an increasing role to create change, built solid youth networks and reach young people to work on the culture of democracy and human rights.

It is worth noting that the phenomenon of globalization has influenced political, economic, social and cultural aspects that are global in scope. While it offers great opportunities for our universities

as it provides a forum for identifying and highlighting human rights challenges, the facts that its benefits are very unevenly shared that, in turn, affects our expectations and abilities to contribute to this field. The concern with human rights has become one of the distinguishing global features, pinpointing to the series of initiatives introduced to make the practice of human rights a reality. Arab universities are called upon to play their role for fostering the culture of human rights as a societal project in their respective countries, by adopting a comprehensive policy as immediate necessity to enhance students' abilities to assimilate basic knowledge of rights and public freedoms and to spread the moral values of tolerance, dialogue and renunciation of violence as a basis for building democracy and achieving sustainable development. The process needs to set out a national development plan with clear objectives, in which the government with all its organs and institutions, is expected to mobilize the necessary mechanisms within the strategy of spreading culture of human rights.

The interaction of these components would create a cultural space aimed at developing the students' abilities to interconnect with the democratic transformation in the Arab world. It requires the involvement of these components in qualifying the university to spread the global culture of human rights, based on the principle of universality of human rights with its legal and ethical values and principles.

There is a need to review human rights curriculum for many reasons: most notably, keeping pace with changes in Arab societies. Ideological interpretations of human rights have often impeded specific agreement. Moreover, human rights are often transformed, converting in some cases, into a new religion; persistence of individuality at the expense of social connection; frequently drifting into activity that does not affect behavior. Universities and colleges have incubated human rights programs. Today, we are experimenting what his Holiness Pope Francis described: "the globalization of indifference".

We believe that there are obstacles that have been shown to deter the progress of teaching human rights in universities during the past years and still are, and these obstacles include:

- 1) Weakness in culture itself of human rights in the Arab countries.
- 2) There is a sense in many scientific departments, to look through one eye into the subject of human rights, and others do not even care about it and this is a painful predicament, which means that they do not even realize the challenges facing their society.
- 3) There is a shortage of specialization in the field of law and political science due to the newness of teaching the subject, which leads to a lack of proper dissemination of the human rights' culture.
- 4) The absence accountability.

The human rights issues created a kind of hope by limiting its violation. The strength of States has been regarded as providing guarantee and respect for human rights. Indeed, it is certain that evolution and economic development cannot be achieved without respect for human rights. Human rights are a set of principles incorporating also equality and fairness; they belong to every human being and are recognized as priorities for the international community (governmental and non-governmental). In a more connected and complex world, we need to do our utmost to find common ground and search for solutions for a broad range of pressing issues. In fact, the international community became an active element, a guardian of the evolution and development of human rights. Raising the human rights' slogan is the goal to recognize the rights and privileges of human beings that the political systems and regimes should guarantee. Therefore, talking about the human rights' movement became a patriotic duty, especially after the emergence of many organizations working in the field. Unfortunately, however, their work was not enough and hadn't necessarily guarantee human rights for known obstacles. In this regard, it requires to contribute to the protection and promotion of human rights

through both immediate and long-term action at schools, universities, mass media, political parties, states institutions etc. A major role of the university (as an academic/democratic institution) is to generate and transmit knowledge which should ultimately lead to the transformation and promotion of human rights' culture. That culture recognizes universal human values, which are freedom, dignity, equality and justice, which are in harmony with democratic values, including respect for pluralism and diversity. Human rights constitute the fundamental pillar of democratic political system or any system or society aspiring to be a democracy. Essential elements of democracy are the following:

- People are the legitimate source of power.
- The constitution must ensure and guarantee basic rights and freedoms.
- Systemic attention to human rights should be taught at the university.

Of course, the university, as a collective and authoritative voice, must be the pioneer in taking the position about free speech and human rights. Moreover, university needs to develop and provide the fundamental normative basis of human rights so that attention to content is a gateway to the beliefs and behaviors of the individual, to let him/her be a practitioner of these rights. Thus, universities must play an increasing role in the field of human rights through education and research in the field of human rights.

○ **Conclusion**

Based on the above, we can confirm that the role of the university in promoting human rights and developing the related proficiencies did not reach the required level of intellectuals' ambition. Universities are major contributors to building democracy and to the flourishing of the culture of human rights in the light of a National Human Rights Plan. For consideration, we suggest the following:

- 1) Create a curriculum guide on human rights studies in faculties and institutes. A strong curriculum, including human rights education, is key to ensuring that future generations understand their rights and respect the rights of others. In other words, the suggested curriculum must include courses on human rights values that help develop thought, creativity, dialogue, openness and tolerance.
- 2) Steps should be taken to encourage higher education institutions to conduct field research, field studies or field works related to human rights. Such studies can provide objective scientific results for decision-makers and for those interested in human rights issues.
- 3) Focus on academic and scientific research on human rights issues at the level of graduate studies: diplomas, masters and doctoral thesis as well as graduation research, so that the university keeps pace with studies, analysis and scientific researches on issues linked to human rights.
- 4) Create human rights courses in all faculties of education in universities in order to prepare qualified university professors, instructors as well as teachers to teach national education in secondary schools.
- 5) Prepare training sessions/courses from a global perspective in order to provide instructors and teachers with skills and knowledge in teaching human rights.
- 6) In contrast to the conventional wisdom, not any professor who hold a doctoral degree in law or political science can teach courses on human rights. Professors must be specialists in the field of human rights and teaching it with a spiritual and humanistic mission.

الدراسة الثامنة:

DIGITAL GOVERNANCE

Dr. Marie line Karam

“We need to assume that in the coming 10-15 years, we will learn to harness digital spaces in better and less polarizing manners. In part, this will be due to the ability to use better AI driven for filtering and thus developing more-robust digital governance⁽¹⁾.”

Internet is one of the rare creations of man that he does not fully understand (...). It is the greatest experience of anarchy in history (...); A source of enormous benefits and potentially terrifying risks, the effects of which we are only just beginning to measure in the world ⁽²⁾: ("INTERNET EST L'UNE DES RARES CREATIONS DE L'HOMME QU'IL NE COMPREND PAS TOUT A FAIT (...). C'EST LA PLUS GRANDE EXPERIENCE D'ANARCHIE DE L'HISTOIRE (...), A LA FOIS SOURCE DE BIENFAITS CONSIDERABLES ET DE MAUX POTENTIELLEMENT TERRIFIANTS, DONT NOUS NE COMMENÇONS QU'A PEINE A MESURER LES EFFETS SUR LE THEATRE MONDIAL”).

Nowadays, several issues, including social, humanitarian and economic relationships are affected by digital transformation in the world. It has undoubtedly become a development lever for all types of

⁽¹⁾ Rehn, A., conference of Dr Rehn, a professor of innovation, design and management at the university of Southern Denmark.

⁽²⁾ Eric Schmidt and Jared Cohen, The New Digital Age, Knopf, 2013, trans. It's up to us to write the future, Paris, éd. Denoël, 2013, p. 11.

organizations, whether public or private. More and more countries are now embracing the digitalization of their public services in an effort to save time, money and complicated procedures⁽¹⁾.

Digital governance consists of using the lever of digital technology to promote participation, transparency and collaboration. Concretely, it is achieved by sharing information, adopting open consultative processes and measuring results through the use of evidence.

The digital age highlights how important the digital governance is. The more data we have about the world, the more we recognize its complexity. Governments need to solve problems with an approach that is more holistic, puts more of the context of people's needs and reflects more voices. Meanwhile, technologies are becoming more specialized and combining in unpredictable ways, and advances are rapidly taking on global dimensions. For governments, it is increasingly difficult to stay in tune with the state of the market, whether they are trying to leverage technology or govern technology.

The challenge that defines the digital age is complexity. Governments are moving forward from a model of planning and evaluating to one of understanding and reacting, and this trend is a common denominator of many modernization initiatives, including: digital government, which emphasizes user research, prototyping, testing and iteration; open government, which creates opportunities for public scrutiny of data and information, as well as engagement and co-creation to bring context and lived experience into public decisions; public sector innovation, which broadens sources of problem and solution definitions, and experiments with policies and programs. The

⁽¹⁾ Bryant, C. (2018), *Gouvernement versus Gouvernance: structure versus processus*. Introduction au dossier sur la Gouvernance Rurale. EchoGéo.
Bohm, D. (1977). *Science as perception-communication*. In F. Suppe (Ed.), *The structure of scientific theories* (2nd ed.). Chicago: University of Illinois Press.

characteristics of the digital world are reflected in the stated goals of governments' transformation efforts: government knows it needs to be more open to include more perspectives in public decisions, be more contextual to needs and to user behaviors, and be more horizontal. Based on this reality, digital governance became a major key.

Digital governance is an essential development in the administration of public and private institutions that allows:

- To enrich knowledge and develop a better understanding of the issues, challenges and problems;
- To create transversal synergies by breaking down silos;
- To define solutions adapted to the problems;
- Facilitate accountability by justifying the processes adopted and the decisions made;
- Ensure the mobilization and commitment of stakeholders;
- Strengthen the confidence of citizens and users in public institutions by relying on their active participation.

Digital governance gives citizens, customers and employees a voice, puts them back at the source of organizational priorities, opens a channel for dialogue with them and strengthens the legitimacy of decision-makers⁽¹⁾.

I- Strategic advantages of digital governance

The digital revolution means that we must think about the development of information systems by considering the flexible and dynamic management of information, which is constantly changing. From this observation, it becomes essential to use techniques,

⁽¹⁾ Anderson, S., Allen, P., Peckham, S., & Goodwin, N. (2008). Asking the right questions: scoping studies in the commissioning of research on the organisation and delivery of health services. *Health Research Policy and Systems / BioMed Central*, 6, 7.

technologies and concepts that are based on knowledge management. Based on a structured and well organised process, digital governance allows governments, businesses and associations to facilitate decision-making, improve their performance, mobilize the actors of their organization and promote development⁽¹⁾.

Generally speaking, governance is defined as the way in which the various actors, state and non-state, make public decisions and manage economic and social resources in the service of a country's development⁽²⁾. This process has several dimensions which are, among others: safety and security, rule of law, political participation, human rights, public sector management, business environment and social inclusion. In fact, “governance is the set of rules and methods organizing reflection, decision-making and control of the application of decisions within a social body”⁽³⁾.

However, if therefore governance is understood as the art of governing well, the fact remains that it relates more and more to specific and diverse areas at the local and international level or even systems of information.

Moreover, the whole procedure becomes more and more technical. The basic orientation is to concentrate the analysis on the practical aspect, for this reason it is considered as a specific exercise of power, a place that organizes power relations⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Daniel Berliner, "The Political Origins of Transparency", *The Journal of Politics*, Vol. 76, No. 2 (Feb. 20, 2014), pp. 479-491 (13 pages) Published By: The University of Chicago Press

⁽²⁾ James N. Rosenau, "Toward an Ontology for Global Governance", in Martin Hewson and Thomas Sinclair, eds., *Approaches to Global Governance Theory*, SUNY Press, Albany, 1999.

⁽³⁾ Jean-François Chantaraud, "Gouvernance, lien social et performance: une vision du monde", *La documentation française*, 2012.

⁽⁴⁾ Arksey, H., & O'Malley, L. (2005). Scoping studies: towards a methodological framework. *International Journal of Social Research Methodology*, 8(1), 19–32.

In a specific way, digital governance is a technique that uses the collection of data, their analysis in order to describe a virtual management system of institutions. With regard to the digital governance of public or private institutions in a globalized and highly competitive global context, it is increasingly accepted that organisations must rely on all the resources at their disposal to carry out their missions.

The consequence of this procedure is that, for them to remain competitive and attractive, entities must not only improve all their activities but also to develop their information systems and their resources to facilitate their management, their strategic decision making process and the vision of their managers.

However, it will still be necessary to ensure the security of their data and the reliability of the whole system⁽¹⁾.

What are the potential contributions to the decision-making process of the digital entity, and therefore communicating, that we could hope for in an ideal mode?

1. A more efficient and more robust decision-making process, perhaps less sensitive to influencers, at least for users experienced in the use of networks.

2. Reactivity at all times thanks to the massive transversality of social networks which guarantee, without formalities or intermediaries, exchanges with peers, experts recognized or invested for the occasion.

⁽¹⁾ Clarke, A. (2017). Digital Government Units: Origins, Orthodoxy and Critical Considerations for Public Management Theory and Practice.

<https://ssrn.com/abstract=3001188>

Clarke, A., & Craft, J. (2017). The vestiges and vanguards of policy design in a digital context. *Canadian Public Administration: Administration Publique Du Canada*, 60(4), 476–497.

3. Simplified access to shared knowledge that allows better understanding of the context and the risks at all stages of the decision-making process.

4. Widely shared knowledge which also ensures better knowledge of customers, their expectations, their potential values

Moreover, Digital governance can revitalize the implementation of Democracy through the accountability, transparency, efficiency and reliability of institutions and policies based on the rule of law and through the promotion of an active and inclusive citizenship that respects fundamental rights.

The open and public data is first and foremost a principle and a legal obligation justified by the necessary transparency of public action. But it is also a method and an apprenticeship in data management. The work carried out by public administrations to publish data in open data is often the first step in a more global strategy, particularly in the service of smart territories. In this regard, a mapping of data sets in the territories must be carried out as part of the strategy. This mapping is an inventory of the data sets available to local authorities, classified according to business verticals. More specifically, it aims to: provide a horizon of existing data in the territories; qualify the general availability of this data; identify common issues related to the themes of these data (ownership, dispersion of production, existence or not of standards, platform and sovereignty issues, uses).

This structured digital system will enhance the transparency and also will facilitate the accountability in case of violation of the rule of law.

However, there is a lack of empirical evidence on the impacts of e-government on corruption. Subsequently, a quantitative analysis must be carried out controlling for various political, societal, economic and technological factors. The empirical results enlightened the initial

findings about the importance of digital governance that must be used by practitioners to develop evidence-based anti-corruption strategies.

In fact, E-government, or e-government, is broadly defined as the use of information and communication technologies (ICT) by governments for internal and managerial activities, the production and delivery of public services and improving relations with non-state stakeholders.

Corruption is defined as activities in which the power of public office is used for personal gain in a way that violates the rules of the game. Price fixing or inflation by public officials is an example of corruption.

Data analysis tends to confirm the following hypothesis: if countries adopt and implement e-government services (e-service index) as a whole, their levels of corruption tend to be reduced.

The rule of law has a significant direct impact on reducing corruption. The rule of law index refers to the level of perceived confidence of officials in respecting the rules of society, including contract enforcement, property rights and justice, and levels of corruption in the eGovernment template. There is a positive approach regarding the level of corruption in the e-government model. Moreover, the rule of law tends to have a stronger impact on the reduction of corruption than other variables traditionally considered as factors in the fight against corruption. The traditional means were found to be inefficient in lot of cases. This result indicates that digital governance has a direct impact on corruption⁽¹⁾.

The response to the coronavirus crisis provides a unique opportunity to “reinvent the state”, restore trust and accelerate the fight

⁽¹⁾ Park, C. H., Kim, K. (2020). E-government as an anti-corruption tool: panel data analysis across countries. *International Review of Administrative Sciences*, 86(4), pp. 691-707.

against corruption across the world, through more advanced use of new technologies and data analysis. Digital transformation is key to recovery plans, which will require “agile” governments and cutting red tape, but also corruption-proof economic recovery programs. Personal data protection and cybersecurity risks will also need to be managed and mitigated.

The use of information systems can have two distinct purposes, which constitute important aspects of the security/freedoms debate in that they make it possible, on the one hand, to verify the identity of the subject in relation to the data available on him, and on the other hand, to identify the subject in relation to a database in order to recognize it. In the first case, the constitution of such a base is not necessary, in the second, it is. But in any case, this mode of governance, even if it has advantages, arises apprehensions because of the inherent risks. Indeed, because the information is put in place by an individual, there will never be zero risk for the falsification of the information or its use for fraudulent purposes. Reappears here the recurrent debate today between the proponents of security and the defenders of freedoms⁽¹⁾.

Internet neutrality, governance, "right to privacy", patent right, exploitation and aggregation of big data, unprecedented role of platforms... The upheavals caused by digital in the economic, technological and social fields are of particular concern to commonly recognized legal notions. If they open up new areas of freedom, they also carry risks for them. To what extent does the protection of fundamental rights need to be rethought in this new context? What might be the role of the digital governance in this regard?

⁽¹⁾ Rothbard, M. N. (2015). *The Ethics of liberty*. New York: New York University Press.

II- Risk and Remedies

Digital transformation may engender many risks that must be managed and minimized. It is also centred on data whose management and protection are part of a legal and technological but also organizational and cultural logic. It is in reality the fruit of a human effort relying on a technological support. In the field of risk, it is increasingly difficult to distinguish old principles such as safety and security, material and immaterial, physical and logical.

The objective of digital governance is to define a global and homogeneous digital strategy within the establishment, a strategy which synthesizes the digital visions specific to each stakeholder (components, research units, central services, management teams, teacher-researchers, students, administrative and technical staff, institutional partners, etc.)⁽¹⁾. The formalization of the digital strategy is the very purpose of a digital master plan. Based on this reality, the effectiveness of the whole system depends on the authenticity of information and the organisation and implementation of data.

"Digital" means the following dimensions: the technical infrastructures, the information system as a whole, the information system security policy, change management (i.e. training, assistance, support) related to new digital uses and in particular the use of technologies relating to the Internet and the development of methods relating to the exploitation of massive data. Digital governance is also in charge of steering digital transformation in the various areas concerned by digital evolution strategies. In particular, it will provide the elements that govern the modes of relations between the stakeholders, the responsibilities, the key processes, the sustainability

⁽¹⁾ Michael Milakovich, Digital Governance: Applying Advanced Technologies to Improve Public Service, 2nd edition.

of the initiatives, the management of risks and the allocation of resources.

Any failure in one of these dimensions will lead to critical consequences and important damages sometimes irrevocable.

On the other hand, corporate digital governance necessarily involves securing all the documentation useful to administrators⁽¹⁾. In addition, it integrates the secure digitization of flows for collecting and accessing this information and internal communication channels. On devices connected to home or public networks scattered across the country, or even the world. What about the impacts of a cyberattack targeting the sensitive information of the company's next acquisition? From his latest patent in the process of being filed? Minutes of business meetings with strategic prospects? Therefore, we speak of cyber-resilience to qualify companies able to react quickly and effectively in the event of cyber threats. But also and above all, to anticipate cyber risks to preserve the integrity of their data and to protect their sovereignty.

A security breach is any incident that results in unauthorized access to data, applications, networks or computing devices. It is represented by an unauthorized access to information. In general, a security breach occurs when an intruder is able to circumvent security mechanisms.

Technically, there is a difference between a security breach and a data breach. A security breach is actually a break-in, while a data breach is the theft of information by a cybercriminal. Imagine a burglar. The security breach occurs when the burglar goes through the window,

⁽¹⁾ Fang, Z. (2002). E-government in digital era: concept, practice, and development. *International journal of the Computer, the Internet and management*, 10(2), 1-22.
- Fountain, J. E. (2004). Digital government and public health. *Preventing Chronic Disease*, 1(4), A2.

while the data breach occurs when the burglar grabs your wallet or laptop and takes those items with them⁽¹⁾.

Confidential information are extremely valuable. For example, names and credit card numbers can be purchased there and then used for identity theft or fraud. It is recognized that security breaches can cost businesses important amounts. On average, the bill is nearly \$4 million for large companies.

When a large organization suffers a security breach, the news always hits the headlines. Here are some examples of security breaches:

Equifax: In 2017, a web application vulnerability led to the loss of the personal data of 145 million Americans. This includes their names, social security numbers, and driver's license numbers. The attacks took place over a three-month period, from May to July, but the security breach was not announced until September⁽²⁾.

Yahoo⁽³⁾: Three billion user accounts were compromised in 2013 after a phishing attempt gave hackers access to the network. eBay experienced a major security breach in 2014.

Although PayPal users' credit card information was not at risk, many customers' passwords were compromised. The company reacted quickly by sending an email to its users and asking them to change their passwords in order to secure their accounts⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Bernard Cassou-Mounat, "la sécurité numérique: comment s'y préparer", dans Architecture et ingénierie à l'hôpital (2018), pages 265 à 270.

⁽²⁾ Consumer Financial Protection Bureau, Identity Theft Protection Following the Equifax Data Breach (Sept. 9, 2017): There are already initiatives to improve privacy protections in the field of data science, and these efforts could be adopted and further developed by the companies responsible for protecting consumer data. For example, there have been significant advancements in "differential privacy" algorithms and secure methods of two-factor authentication. These are the techniques that Equifax and other credit reporting agencies should invest in to limit harm to consumers going forward

⁽³⁾ Lucy Wright, 5 of the Biggest Data Breaches Mar 13, 2018, CORE. com

⁽⁴⁾ Daniel Ventre, « Étude prospective et stratégique - Les évolutions de la cybersécurité: contraintes, facteurs, variables » [archive] [PDF], sur defense.gouv.fr, juin 2015

The equation is clear:

DIGITAL GOVERNANCE requires the following tasks:
EVALUATE, ANTICIPATE, FACILITATE.

This process is based on cultural, structural and operational approaches that will lead to a major transformation of an entity through a smart integration of digital technologies at all levels in a strategic way.

In summary, the implementation of digital governance requires excellent preparation, ignoring the urgency. Objective: to make the right decisions regarding the new processes to be developed. So that these can materialize new vectors, in particular with regard to the consolidation of the links between management and employees. At the same time, it is a question of carefully considering cyber risks as well as the sensitivity of the company's data. The idea is to implement the most appropriate solutions for the Board and its members. But also to involve the company's teams to optimize the deployment of new digital tools.

The foundation of digital transformation is, in fact, data governance⁽¹⁾ These include the blueprint of policies and processes for the end-to-end lifecycle of data which, together with enterprise data management, transforms access to data into a share, a resource to enterprise scale through continuous availability, usability, and integrity. Before embarking on ambitious digital transformation initiatives, companies should therefore start with “small steps” by improving the maintenance of reliable, accurate and complete data until it becomes a core competency – and a competitive differentiator in itself. This means having a good understanding of the context, quality and business value

⁽¹⁾ Dai, Wei; Wardlaw, Isaac (2016). "Data Profiling Technology of Data Governance Regarding Big Data: Review and Rethinking". *Information Technology, New Generations. Advances in Intelligent Systems and Computing*. Vol. 448. pp. 439–450

of all available sources of information – inside and outside the organization.

Data governance is fundamental for four fundamental reasons: It enables companies to give their leaders a holistic view of the metrics that matter and enable them to make agile, evidence-based decisions. It allows data scientists to focus on answering business questions and training AI models with confidence in the results⁽¹⁾. It enables more and more workflows to be informed or transformed by putting contextual information or predictive capabilities into the hands of non-technical users. When provided in a privacy framework, data can actively help maintain customer trust, drive automation (as in Marketing Automation), and deliver intelligent and engaging customer experiences. In the midst of the great gold rush that is digital transformation, data must be perceived and treated in the same way as any other strategic asset, like people and equipment. They need to be managed with the right tools and governed by the right policies and data governance. At a time when data is increasingly critical to business outcomes, how companies meet the challenge of managing their strategic information will determine the success of their digital transformation initiatives.

Laws and regulations will have to continue to evolve in order to be able to use the full potential of digital technology and achieve the transformation targets set by the government⁽²⁾. For example, the Act respecting access to documents held by public bodies and the protection of personal information could be revised in order to achieve the ambition that citizens communicate their information only once to

⁽¹⁾ Chisholm, Malcolm (2001). *Managing Reference Data in Enterprise Databases*. Morgan Kaufmann Publishers. ISBN 1558606971.

⁽²⁾ Mo Ibrahim, « Créer un Business sur le continent le plus pauvre » in « Harvard Business Review », Hors-série 2017, p. 88-91.

public administration. The affixing of a handwritten signature is another example of an administrative formality that digital technology leads to rethinking.

Good governance is not incidental, but essential for a successful entity. Giving it digital tools means boosting its efficiency mainly on three key aspects:

1/ Free up time to focus on high value-added activities Digital is a source of productivity. Digital governance will provide the board of directors and other company bodies with facilitating tools for example. These will automate certain tasks, support others and streamline certain processes. In the end, they represent a saving of time without equivalence.

A digital solution such as a Diligent Boards makes it possible to convene board meetings, add documents to send to directors or minutes in just a few clicks. They provide standard document templates, allow real-time updates and send bulky files with the greatest simplicity. All these benefits represent an increase in the productivity of administrative teams and board members. These time savings can be reinvested in tasks with higher added value. Rather than spending hours behind a photocopier making copies of the documents needed for a board meeting, your employees focus on topics that are more useful to the development of your company.

2/ Reinforce security around confidential company data with hard copies, there are many risks of human error, loss or theft. There is a high probability that a director will forget or lose his file for a board meeting in a train, a café or a hotel. Printed documents are more difficult to protect. On the other hand, digital solutions offer ideal security opportunities. Digital governance supported by the right tools guarantees data security.

“In short, without data governance, there is no compliance; without conformity, no trust; and without trust, no data-driven applications⁽¹⁾.»

○ **Conclusion**

The governance and management of digital transformation are considered as a key for the success of any organisation. The choices and implementation of the digital operational model will be a good indicator of the importance given to the digitalization of the entity.

The integration of digital technology in all areas of activities brings about fundamental changes in the way organisation operates. The International community has an opportunity to harness digital development as a driver for growth and innovation, at the same time it needs to think deeply when it comes to its digital deployments and sustain them for greater progress in the future. No return to pre-pandemic reality The COVID-19 pandemic has accelerated digital development in all regions. While studies on the contribution of digitization to the impact of pandemics are limited, new emerging evidence is compelling about its positive effects on the evolution of the digital governance.

Any governance body that brings about change must adopt an integrated and integral approach. The approach must be global since the digital transformation acts on 2 dimensions.

The technological aspect with the implementation of new tools, programs, etc. ; The human aspect since new behaviors are expected and new skills required.

The challenges of digital transformation are represented by the fact that when it comes to digital transformation, it is often seen that the

⁽¹⁾ Francois Lacas, “Au-delà de la gouvernance des données: la Corporate Digital Responsibility”, GDPR, gouvernance des données, RGPD, 2018.

majority of efforts are technology driven. However, two issues take precedence over the technological aspect: information management and the active presence of leaders. First challenge: the processing of information and documentation; Technology is obviously part of the digitalization process. However, information should be the central concern of any digital transformation. What will be the quality of information in the transformed system? How will it be shared and for what purposes? Similarly, the filing and organization aspect of this information in the cloud is often overlooked. What will be the changes compared to the previous classification in paper format? However, without dealing with this classification aspect, how do you know where to look for information, if it can be shared, by whom and how? Addressing the issue of information is essential to simplify post-transformation.

Second challenge: the involvement of leadership during a digital transformation, it is more frequently the professionals that are consulted. Consultation with organizational leaders goes by the wayside. It even happens that leadership is absent from the digital transformation process. Technological upgrading takes precedence over internal transformation: priority is given to the implementation of the tool. Internal transformation is relegated to a later phase. However, leadership is essential as a sponsor of the project. Consistency in governance In reality, leadership must ensure consistency between the levels of power. A lack of consistency in decision-making has significant repercussions. Just look at what some countries have experienced during the management of the covid crisis. Certainly, the lack of coherence is a phenomenon that has always existed. But, with the digital transformation, policies need to be even more consistent with each other!.

Based on this reality, digital governance must be the principal remedy.

In the digital age, the concept of governance of a public or private organization must now evolve at several levels in line with technological developments. Indeed, the digital sphere represents a precious help to develop and optimize this concept of governance, which is considered as a fundamental pillar of a healthy and transparent climate of trust. The approach must be based on innovative and realistic reflections leading to proposing, within an organization, a functional and dynamic solution of a platform or digital system for the development of good governance, ethics and the fight against corruption. But this can only materialize through other fundamental axes, relating in particular to the total digitization of the relevant administration services, and to the creation of a body dedicated specifically to developing, optimizing and resolving the problems of adequate good governance, etc., while ensuring over time dialogue, cooperation, success, stability, efficiency, and individual and collective well-being in the world of work. Indeed, the issues and challenges of the effective implementation of this methodological approach of a digital system for governance, ethics and anti-corruption are numerous and will require significant resources, both in terms of human resources and transversal cooperation between different partners of the organization⁽¹⁾.

“Digital transformation therefore requires redesign and re-engineering on every level – people, process, technology and governance”.

Alan Brown, *Digitizing Government: Understanding and Implementing New Digital Business Models (Business in the Digital Economy)*.

⁽¹⁾ Dr Houcine Bellil (Auteur), 2021, *La numérisation de la gouvernance*, Munich, GRIN Verlag, <https://www.grin.com/document/1160941>

القسم الثاني: دراسات في القانون

- د. وليد جابر، و د. عصام إسماعيل، إشكالية الامتناع عن تنفيذ القوانين وأثره على استقرار النظام
- د. حسين محيدلي، نشر فيروس كورونا جرماً جزائياً وفقاً للقانون اللبناني
- د. بتول حسن قعفراني، التحكيم في زمن الجائحة بين الواقع والمنشود
- د. دارين علي صقر، الإستجواب الإلكتروني بين الواقع والتطبيق (لبنان نموذجاً)
- د. أشرف رمال، مسؤولية طبيب الأسنان بين التشريع والقضاء
- د. فارس مناحي سعود المطيري، أثر السكر على المسؤولية الجزائية
- د. مساعد راشد العنزي، في الأهلية القانونية وأحكامها
- أ.عذبي العنزي، الفلسفة الاقتصادية لأسهم الخزينة: دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والكويتي
- أ.عيسى أبو حاج، الحماية المدنية للمستهلك من الإعلان التجاري المضلل الصادر عن شركات الاتصالات
- Najoua Rime Soundous ZAHDOUR & Nassima DERRAR, Le tourisme sexuel impliquant l'enfant, Un virus aux variants complexes

الدراسة الأولى:

إشكالية الامتناع عن تنفيذ القوانين وأثره على استقرار النظام

د. وليد جابر

د. عصام إسماعيل

ان السلطات الادارية مجبرة أثناء ممارستها لنشاطها بالخضوع للقانون، ومن خلال ممارسة هذا الواجب بالخضوع للقانون والتقيّد بأحكامه نشأ مصطلح دولة القانون، أي الدولة التي تحترم القانون، الذي يفترض أنه صدر لتحقيق المصلحة العامة ومصالح المواطنين وتأمين حقوقهم كافة وضمان حرياتهم، ولهذا كان على السلطة الإدارية أن لا تتصرف إلا بما سمح به القانون ووفقاً للأصول التي يحددها⁽¹⁾. فكلما وُجِدَت القاعدة القانونية كانت هذه القاعدة ملزمة، ولا تستطيع الإدارة إعاقه تنفيذها، وتحدث بهذه الحالة عن مبدأ سمو القانون. فالقانون الجديد والأحكام التي يتضمنها تكون من حيث المبدأ نافذة وقابلة للتطبيق المباشر وبالتالي ملزمة لجميع الهيئات والجهات والأشخاص، وهذا الإلزام بتنفيذ القانون قد رفعه مجلس شورى الدولة إلى مرتبة مبدأ عام هو مبدأ التطبيق المباشر للأحكام القانونية الجديدة، بحيث لا تبقى النصوص حبراً على ورق⁽²⁾. وهي واجبة التنفيذ حتى وإن أُدرجت في سياق قانون الموازنة العامة، لأن هذا الإدراج ليس من شأنه إضفاء صفة السنوية عليه⁽³⁾.

(1) M. Stassinopoulos – Traité des actes administratifs – Athènes 1954 p33.

(2) م.ش. قرار رقم 2016/324-2017 تاريخ: 2017/2/13 جمعية الاتحاد اللبناني للمقعدين/ الدولة - وزارة العمل والصندوق الوطني للضمان الاجتماعي.

(3) م.ش. قرار رقم 1103 / 2017-2018 تاريخ 2018/7/12 الدكتورة غادة اليافي، الاستاذ نجاح واكيم، الدكتور شربل نحاس/ الدولة.

وكان المبدأ الذي يحكم تطبيق القوانين هو ان القانون الجديد يكون له مفعول آني وفوري الا اذا اقتضى الامر اصدار نصوص تنظيمية تجعل احكام هذا القانون غير قابلة للتطبيق فيتأخر تنفيذ احكام هذا القانون الى حين صدور النصوص التطبيقية اللازمة، وفي هذه الحالة يبقى معمولاً بالنصوص التشريعية والتنظيمية القديمة الى حين وضع النص التشريعي الجديد موضع التنفيذ بمقتضى المراسيم التطبيقية التي لحظت القوانين وجوب اصدارها⁽¹⁾.

إن هذه الإلزامية في تطبيق القانون مردها إلى مبدأ سمو القانون الذي لا يمكن أن يتحقق إلا إذا طبّق القانون بالتساوي على جميع المواطنين، بحيث أن أي محاباة أو الترخيص لأحد ما بالتملص من تطبيق القانون، فإن ذلك يحدث اضطراباً في المجتمع ويؤدي إلى حلول ثقافة التمرد على القوانين. لذا كان مبدأ المساواة أمام القانون في مقدمة القيم العليا باعتباره حقاً طبيعياً للإنسان ومرتببط تحقيقه باستقرار المجتمعات. وأن الحق في المساواة هو المدخل للتمتع بكافة الحقوق والحريات الأخرى، ولهذه الأهمية الكبرى للحق في المساواة حرصت الدساتير على إدراجه في صلبها ومن بينها الدستور اللبناني الذي نص في المادة (7) منه على أن " كل اللبنانيين سواء لدى القانون.....

إذا لقد اختار المشرع الدستوري المساواة أمام القانون لكونها الركيزة الأساسية للدولة الدستورية. لأن هذا المبدأ هو حجر الزاوية وأحد الدعائم الرئيسة لدولة القانون نظراً لأن سيادة القانون لا تعلق ما لم تطبق على قدم المساواة⁽²⁾. ولهذا كان الامتناع عن تنفيذ القانون كلياً أو جزئياً يؤدي إلى ضرب استقرار المجتمعات وإحلال الفوضى من خلال انتشار عادة سهولة الخروج على القوانين سواء من قبل السلطات المؤتمنة على تنفيذها أو من قبل المواطنين بعد غض هذه السلطات النظر عن هذه التجاوزات أو تسهيل ارتكابها.

(1) مجلس القضايا قرار رقم 2004/494-2005 تاريخ 2005/5/19 القاضي نزار الأمين/ الدولة - وزارة العدل.

(2) عبد العزيز محمد سالم - الحق في المساواة - المجلة الدستورية عدد 14 - منشور في موقع المحكمة الدستورية العليا في مصر.

○ الفقرة الأولى: واجب تنفيذ القوانين وأسباب الامتناع عن التنفيذ

إن الإدارة مكلفة بتنفيذ القوانين عبر اتخاذ القرارات الفردية والأعمال المادية الضرورية، ولكي تتفّذ واجبها فإنها ملزمة على إصدار الأنظمة والتعاميم التنفيذية لأحكامه.

● أولاً: السلطة المكلفة بتنفيذ القوانين

حدد الدستور اللبناني المراجع المنوط بها تنفيذ القانون حيث ورد في المادة 65 من الدستور أن من صلاحيات مجلس الوزراء "... السهر على تنفيذ القوانين والأنظمة...". وكانت هذه الصلاحية منوطة برئيس الجمهورية قبل تعديلات الدستورية بموجب القانون الدستوري رقم 18 تاريخ 1990/9/21 حيث نصّت المادة 51 على أن: " رئيس الجمهورية ينشر القوانين.... ويؤمن تنفيذها بما له من السلطة التنظيمية وليس له ان يدخل تعديلا عليها او ان يعفي احد من التقيد باحكامها".

وبعد التعديلات الدستورية جرى الإبقاء على هذه الصلاحية لرئيس الجمهورية، إلا أنه كان يجب إدخال الفقرة الأخيرة " وليس له ان يدخل تعديلا عليها او ان يعفي احد من التقيد باحكامها" "ضمن المادة 65 من الدستور لأن مجلس الوزراء هو المنوط به تنفيذ القوانين وبالتالي هو "الجهة التي لا يحق لها إعفاء احد من التقيد بأحكام القانون".

وبحسب هذه الفقرة التي وردت في الدستور وإن كانت واردة في الموقع الخطأ، إلا أنها موجب ملقى على عاتق السلطات الدستورية التي لا يحق لها الامتناع عن تنفيذ القانون من خلال إعفاء أي جهة من التقيد بأحكامه، سواء أكان هذا المنع عاماً أم جزئياً.

ثم أولت المادة 66 من الدستور بالوزراء إدارة مصالح الدولة وتطبيق الأنظمة والقوانين، كل في ما يتعلق بالامور العائدة الى ادارته وبما يخص به، مما يجعل الوزراء مؤتمنين على المصالح العامة التي انيط بهم أمر ادارتها وملزمين باحترام الأنظمة والقوانين وتطبيقها في ما وضعت له من اهداف وغايات⁽¹⁾، حيث يستمد الوزير سلطته في تنفيذ القوانين والأنظمة من احكام المادة 66 من الدستور، بالاضافة إلى ما يمكن ان تمنحه اياه هذه القوانين والأنظمة

(1) م.ش. قرار رقم 462/2003-2004 تاريخ 2004/7/13 عادل الشويبي/ الدولة-وزارة الزراعة.

من صلاحيات اضافية خاصة⁽¹⁾. وكذلك فإن المدير العام هو المسؤول عن تنفيذ القوانين والانظمة من قبل الموظفين التابعين له، وعن مراقبته المصالح العامة والمصالح المشتركة أو الخاصة الخاضعة لوصاية وزارته (المادة 7 من المرسوم الاشتراعي رقم 111 تاريخ 1959/6/12).

وأحياناً يكون التكليف بتطبيق القانون ملقى على عاتق رئيس الدائرة كمثل: القانون رقم 220 تاريخ 2000/5/29 الذي تضمن نصوصاً واضحة لناحية الزام أصحاب العمل في القطاع الخاص بتخصيص وظائف لذوي الاعاقة، وفرضت غرامات مالية على الشركات المخالفة وقد صدر المرسوم رقم 7999 تاريخ 2002/6/7 الذي أناط بدائرة حماية العائلة والجمعيات بإعداد جداول بدل تعويض البطالة العائدة للمعوقين واستيفاء الغرامات المفروضة على الشركات المخالفة⁽²⁾.

إن هذه السلطات المناط بها تنفيذ القانون لا تملك صلاحية مخالفة الأحكام القانونية ولا حتى مخالفة الأحكام الدستورية أو مخالفة المبادئ العليا ذات القيمة الدستورية⁽³⁾.

● ثانياً: آلية تنفيذ القوانين

إن الموجب المفروض على عاتق الإدارة بتنفيذ القوانين هو عنصر أساسي من عناصر المشروعية، ويأتي هذا الموجب كضمانة للعلاقة بين مجلس النواب والحكومة، واستناداً لهذا الموجب تستعمل الإدارة سلطتها التنظيمية من أجل التطبيق الفعلي للقانون، أي وضع الأطر العملية للتعبير الشكلي عن إرادة المشرع وذلك عبر إصدار المراسيم التنظيمية تطبيقاً لهذه القوانين، ولا يقتصر موجب الحكومة على إتخاذ الأنظمة الضرورية، ولكن أيضاً يجب عليها أن تُضمّنَها جميع القواعد اللازمة التي تؤدي إلى تطبيق النص المطلوب تنفيذه.

إلا أن هناك قوانين تنتهي مع أول تطبيق لها، كمثل قانون إعطاء مؤسسة كهرباء لبنان سلفة خزينة لعام 2021 (القانون رقم 215 تاريخ 2021/4/8) فإن مجرد تسديد مصرف لبنان

(1) م.ش. قرار رقم 98 تاريخ: 1997/11/17 شركة يونيفرسال غاز/الدولة.

(2) م.ش. قرار رقم 2016/324-2017 تاريخ: 2017/2/13 جمعية الاتحاد اللبناني للمقعدين/ الدولة- وزارة العمل والصندوق الوطني للضمان الاجتماعي.

(3) م.ش. قرار رقم 93 تاريخ 2006/11/8 اده ورفاقها/الدولة/الصليب الاحمر اللبناني.

سلفة الخزينة لصالح المؤسسة أصبح هذا القانون مجرد بقايا ومن الماضي وليس له أي مفاعيل تنفيذية للمستقبل.

وذات المبدأ بالنسبة لاحتساب ساعات التدريس للمتقاعدين بالساعة في العام الجامعي 2020-2021 تنفيذاً لأحكام القانون رقم 235 تاريخ 2021/7/16 (احتساب ساعات المتقاعدين في القطاع التربوي في ظل جائحة «كورونا» بحسب الساعات المنصوص عليها في العقود)، حيث تم تنفيذ هذا القانون بموجب تعاميم تصدرها الوحدات المعنية، فالجامعة اللبنانية نفذت هذا القانون بموجب التعميم رقم 6 تاريخ 2021/8/24، ولا يحق لها تطبيق أحكام هذا القانون للعام الجامعي الجديد 2021-2022.

وكذلك فإن المادة 12 من قانون رقم 46 تاريخ 2017/8/21 التي نصت على أن يعطى المتقاعدون للتدريس بالساعة في حقل التعليم الرسمي ما قبل الجامعي والتعليم المهني والتقني والتعليم العالي زيادة غلاء معيشة على أن تحدد الأجرة الجديدة للساعة بقرار مشترك يصدر عن وزير المالية والوزير المختص، بعد استطلاع رأي مجلس الخدمة المدنية، مع الأخذ بالاعتبار الزيادات التي حصلت سابقاً. وقد تم تنفيذ هذا القانون بموجب القرار رقم 340/م/2018 تاريخ 2018/4/4 المتعلق بتعديل أجر ساعة التدريس بالتعاقد في المدارس والثانويات الرسمية وكانت المادة 12 المذكورة هي السند القانوني الذي بني عليه هذا القرار واستندت مفعولها بصدوره، ولهذا فإن مشروع القرار الرامي إلى تعديل أجر ساعة التدريس يكون غير مبني على أساس قانوني ويحتاج إلى سند قانوني لكي تقرّ مشروعيته⁽¹⁾.

أما أغلبية القوانين فهي من حيث المبدأ قوانين دائمة تستمر في إنتاج مفاعيلها القانونية طالما أنها مرعية الإجراء لم تلغ صراحة أو ضمناً، وهذه القوانين تجري عملية تطبيقها بطريقتين، الأولى عندما يقتصر القانون على وضع المبادئ الأساسية موضع التشريع تاركاً بنص صريح للسلطة التنفيذية إكمالها عن طريق التنظيم، إما بمراسيم تنظيمية تتخذ في مجلس الوزراء وإما بقرارات وزارية يصدرها الوزراء المختصون، وفي هذه الحالة يبقى تنفيذ القانون معلقاً على صدور الأحكام المتممة له. وفي الطريقة الثانية يكون القانون مكتمل النصوص وساري المفعول فور العمل به، فيقتصر المختصون في السلطة التنفيذية على بيان كيفية

(1) مجلس الخدمة المدنية الكتاب رقم 1524 تاريخ 2021/11/29.

التنفيذ وتوضيح ما غمض من نصوصه بإصدار التعاميم أو القرارات الفردية التي يقتضيها⁽¹⁾، وكثيراً ما يتضمن القانون مثلاً نصاً على النحو التالي: "تحدد دقائق تطبيق هذا القانون بمراسيم تتخذ في مجلس الوزراء" أو بقرارات وزارية أو بقرارات من الجهات المختصة في الهيئات اللامركزية. وكان "تفويض مجلس الوزراء بإتخاذ المراسيم التنظيمية والتطبيقية لبعض القوانين التي يسنها مجلس النواب إنما هو نهجٌ دارجٌ في التشريع يقوم على عدم إقتال عمل السلطة التشريعية بأمور تفصيلية لا تتلاءم مع الأصول التي ترعى سير أعمالها"⁽²⁾، لأن القانون الشامل بمفهوم المادة 18 من الدستور اللبناني لا يعني أن يلحظ المشتري فيه جميع التفاصيل سيما المعقدة منها أو الكثيرة التشعب أو ذات المنحى التقني أو التطبيقي لمضمون القانون، إنما يترك تنظيمها في معرض الأعمال الإجرائية والنصوص التطبيقية وهو ما يندرج في إطار تعاون السلطات وتوازنها المتممين لمبدأ فصل السلطات.

وعليه فإن تنفيذ القوانين يتم إما بموجب مراسيم تتخذ في مجلس الوزراء، وإما بموجب مراسيم تطبيقية في الموضوعات التي تطلب القانون أن تصدر الأعمال التنفيذية بموجب مراسيم عادية، أو يصار إلى تطبيقها بموجب قرارات إدارية يتخذها الوزير منفرداً بصفته متولياً إدارة مصالح الدولة ومسؤولاً عن تطبيق الأنظمة والقوانين بما يتعلق بالأمور العائدة الى ادارته وبما خص به⁽³⁾.

• ثالثاً: تلوؤ الإدارة عن تنفيذ القوانين

إن هذا الموجب بتنفيذ القوانين لم يكن محترماً من قبل السلطة التنفيذية، وفي جلسة الهيئة العامة لمجلس النواب المنعقدة بتاريخ 2000/3/29 أدلى النائب نقولا فتوش: "يقول جبران خليل جبران: «إنكم تبتهجون حين تسنون القوانين ولكنكم تبتهجون أكثر حين تخرجون عليها، وهناك مثل إيطالي يقول: «كلما استنبط قانون جديد استنبطت طريقة للتخلص منه»، ومثل أميركي يقول: «لو استطاعت القوانين أن تتكلم لضجت بالشكوى من الذين يدعون تطبيقها».

(1) م.ش. قرار رقم 19 تاريخ 1970/1/13 شاهين/ الدولة، م.إ. 1970 ص 109.

(2) قرار المجلس الدستوري رقم 1 تاريخ 2001/5/10 ج.ر. عد. 24 تاريخ 2001/5/17 ص 1791

(3) م.د. قرار رقم 2002/1 تاريخ 2002/1/31 الصادر في الطعن بالقانون رقم 379 تاريخ 2001/12/14 (الضريبة على القيمة المضافة).

كما أدلى النائب نقولا فتوش في جلسة مجلس النواب تاريخ 19 /6/ 2001: "أنه يجب على الحكومة أن تسهر على تنفيذ القانون، لا أن تأتي بقرار تخالف فيه القانون.... ولا يجوز أن يلغي مجلس الوزراء قانوناً بقرار".

وفي جلسة مجلس النواب تاريخ 15/10/1997 أدلى النائب حسن علوية أن: "الملفت للنظر ان أجهزة الدولة التي مهمتها تنفيذ القوانين والانتظام العام هي التي لا تنفذ القوانين النافذة"، وكان لرئيس مجلس النواب الأستاذ نبيه بري موقفاً يربط فيه بين الفساد وعدم تنفيذ القوانين عندما قال: "ما يواجهه اللبنانيون اليوم من ازمت إجتماعية وخدمانية، ناتج من أسباب عديدة ابرزها عدم تنفيذ القوانين، لأن تنفيذها يشكل المدخل الاساسي لمكافحة الفساد (جريدة النهار تاريخ 26/7/2018).

وتتعدد صور التلكوء في تنفيذ القوانين، وأبرزها صورة الامتناع عن إصدار الأنظمة، والثانية التأخر في إصدارها، المماثلة في تنفيذ القانون بالرغم من صدور أنظمتها التطبيقية

■ الحالة الأولى: الامتناع عن إصدار الأنظمة التنفيذية

القاعدة العامة هي ان النصوص التشريعية الجديدة تطبق فوراً إلا عند استحالة تطبيقها وذلك ريثما تتمكن السلطة التنفيذية من وضع هذه النصوص موضع التنفيذ، وهذا لا يعني ان النصوص الجديدة هي غير نافذة بل هي نافذة باستثناء بعض الاحكام التي تستوجب تدخل السلطة التنفيذية ان لجهة اصدار النصوص التنظيمية التي تجعلها قابلة للتطبيق وان لجهة اصدار الاعمال الادارية التي تقضي بتشكيل الهيئات المكلفة تطبيق التشريع الجديد، وفي انتظار استصدار النصوص التنظيمية او الاعمال الادارية المشار اليها، يرجأ تطبيق النصوص التشريعية الجديدة⁽¹⁾، وهكذا يجري التمييز، عند تطبيق القانون الجديد، بين نوعين من الأحكام:

(1) م.ش. قرار رقم: 276 تاريخ: 2013/2/5 انطوان عزام ورفاقه/ الدولة - وزارة الخارجية والمغتربين. وبذات المعنى: قاضي العجلة قرار رقم 2015/926-2016 تاريخ 2016/7/21 مجموعة شركات (Contrôle Technique Automobile Hallinvest) فال وشركة توما للهندسة والأبحاث ش.م.م. ومؤسسة سوبال الهندسية الممثلة بشركة فال السعودية المحدودة - فرع لبنان / الدولة اللبنانية - رئاسة مجلس الوزراء - التفتيش المركزي - إدارة المناقصات ووزارة الداخلية والبلديات.

الاحكام القابلة بذاتها للتطبيق الفوري، دونما حاجة لصدور نصوص تطبيقية تسمح لها بدخول حيز التنفيذ، والأحكام غير القابلة للتطبيق الآ بعد صدور النصوص التطبيقية لها⁽¹⁾.

1- القوانين القابلة للتنفيذ دون انتظار الأنظمة نذكر:

لما كانت النصوص القانونية نافذة منذ تاريخ إصدارها، فإنها تبعاً لذلك واجبة التنفيذ، ولهذا إذا أمكن تطبيقها مباشرة دون انتظار صدور المراسيم التطبيقية يكون من الواجب وضعها موضع التنفيذ، هذا الموقف تمّ اعتماده لتلافي تأخر مجلس الوزراء في إصدار المراسيم التطبيقية المنصوص عنها في القانون، وعلى سبيل المثال:

- القانون رقم /194/ تاريخ 2011/11/18 المتعلق بمعالجة أوضاع المواطنين اللبنانيين الذين لجؤوا الى إسرائيل، ينص في مادته الوحيدة: "... أما المواطنون اللبنانيون الآخرون الذين لم ينضوا عسكرياً وأمنياً، بمن فيهم عائلات المواطنين المذكورين في البند (1) من هذه المادة من زوجات (أو أزواج) وأولاد، الذين لجؤوا الى الأراضي المحتلة على أثر تحرير الشريط الحدودي بتاريخ الخامس والعشرين من شهر أيار 2000 فيسمح لهم بالعودة الى لبنان، ضمن آليات تطبيقية تحدد بمراسيم تتخذ في مجلس الوزراء بناءً على اقتراح وزير العدل، وذلك خلال مهلة سنة من تاريخ صدور المراسيم التطبيقية.

وقد رأت هيئة التشريع والاستشارات أن من الممكن تطبيق هذا القانون مباشرة دون انتظار صدور الآليات التطبيقية كون إعطاء القانون رقم 2011/194 كافة مفاعيله لا يحتاج لأي آلية تطبيقية⁽²⁾.

- القانون رقم 337 تاريخ 1994/6/8 نظام كتاب العدل، الذي نصّ في المادة 43 إلى أن: "تحدد عند الاقتضاء دقائق تطبيق أحكام هذا القانون بمراسيم تتخذ في مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير العدل ووزير المالية".

لم تصدر المراسيم المذكورة ومع ذلك رأت هيئة التشريع والاستشارات ان المشتري لم يعلق، لا صراحة ولا ضمناً، تطبيق احكام القانون على صدور نص تنظيمي او تطبيقي ما،

(1) هيئة التشريع والاستشارات الاستشارة رقم 1996/2235 تاريخ 1996/11/4.

(2) هيئة التشريع والاستشارات الاستشارة رقم 2014/376 تاريخ 2014/05/27.

ومن نحو ثان، ان احكامها ليست من تلك التي يستحيل تطبيقها عمليا الا بعد صدور مثل ذلك النص التنظيمي او التطبيقي، بل هي قابلة للتطبيق بذاتها دونما حاجة الى انتظار صدور المرسوم او المراسيم التطبيقية لنظام الكتاب العدل المنصوص عليه في المادة 43 منه (هيئة التشريع والاستشارات استشارة رقم 2005/355 تاريخ 2005/5/31).

- القانون رقم 320 تاريخ 2001/4/20 اعطاء مديري المدارس الرسمية تعويض ادارة، إن هذا القانون قد نصّ في المادة 5 إلى أن: "تحدد دقائق تطبيق احكام هذا القانون، بمراسيم تتخذ في مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير التربية والتعليم العالي".

وقد أقرت هيئة التشريع والاستشارات بقانونية قرارات تكليف المديرين بمهام ادارة المدارس الرسمية ذات الصلة، التي صدرت عن معالي وزير التربية والتعليم العالي وقبل صدور المراسيم التطبيقية لهذا القانون الاخير، معللة أن مجرد اتخاذ تلك القرارات قبل صدور المراسيم التطبيقية للقانون المذكور، لا يبرر بذاته - وبمواجهة كفة المصلحة العامة التي بررت اتخاذ تلك القرارات - الغاء تلك القرارات⁽¹⁾.

2- تعليق نفاذ القانون على اصدار الأنظمة:

قد يُعلق القانون مفعول نفاذه على وجوب صدور قرار تطبيقي عن السلطة التنفيذية، فإن ذلك يؤدي حكماً إلى تعليق مفعول النص القانوني ريثما تتمكن السلطة التنفيذية من وضع هذه النصوص موضع التنفيذ، فإن النصوص التشريعية الجديدة هي نافذة باستثناء بعض الأحكام التي يقنضي لجعلها نافذة، تدخل السلطة التنفيذية لجهة إصدار النصوص التي تحدّد كيفية تطبيقها⁽²⁾. مثلاً: إنّ الفقرة 4/ من المادة 13/ من القانون رقم 88/60 قد علقّت إعفاء المؤسسات التي لا تتوخى الربح من الرسوم على القيمة التآجيرية، على صدور قرار عن مجلس الوزراء تُحدّد بموجبه هذه المؤسسات، بحيث يتعذر تطبيق أحكام الفقرة الرابعة من المادة 13/ قبل صدور القرار المذكور عن مجلس الوزراء. وقضى مجلس شورى الدولة: "طالما لم يصدر القرار عن مجلس الوزراء، فإنه من غير الممكن تطبيق أحكام القانون، لأنّ

⁽¹⁾ هيئة التشريع والاستشارات الاستشارة رقم 2004/463 تاريخ 2004/7/27.

⁽²⁾ Odent: Contentieux Administratif – Edition 1980- 1981, p.418.

القرار الذي سيخذه مجلس الوزراء يعتبر من الأعمال الضرورية لإدخال الفقرة 4/ من المادة 13/ حيز التنفيذ⁽¹⁾.

3- إبقاء الأنظمة القديمة نافذة:

يدرك المشتري أن السلطة التنفيذية قد تتأخر في وضع القانون موضع التطبيق لذا يأخذ هذه الحالات بالاعتبار ويلحظ صراحةً في القوانين التي يتخذها أحكاماً إنتقالية تسمح، خلافاً لقاعدة شمولية مفعول القوانين الجديدة، باستمرار خضوع بعض الأوضاع أو النتائج المترتبة عليها لأحكام القانون السابق الملغى أو المعدل صراحةً أو ضمناً⁽²⁾، مثلاً أحتاط قانون الإتصالات رقم 431 تاريخ 2002/7/22 الذي خصص القسم العاشر منه (المواد 47 - 53) للأحكام المتفرقة والإنتقالية، وقد جاءت المادة 51 منه حاسمة لهذه الجهة حيث إعتبرت أنه " تبقى جميع الأحكام القانونية والتنظيمية المعمول بها قبل نفاذ هذا القانون سارية المفعول إلى أن يتم تنفيذ القانون"، وهذا النص يعتبر تطبيقاً لمبدأ إستمرارية المرفق العام، لقد ميّزت هذه المادة أولاً بين نفاذ القانون من جهة وبين تنفيذه من جهة أخرى، وقضت ثانياً بالإبقاء على الأحكام القانونية والتنظيمية المعمول بها قبل نفاذه، أي قبل نشره في الجريدة الرسمية، إلى أن يتم تنفيذه، أي إلى حين أستكمال الإجراءات وإصدار الأنظمة ووضع المخططات التوجيهية ذات الصلة بالإحكام التي تم بحثها أعلاه من قانون الإتصالات⁽³⁾.

(1) م.ش. قرار رقم 260 تاريخ 2004/01/13 النادي اللبناني للسيارات والسياحة/ بلدية جونيه.

(2) م.ش.د، قرار رقم 129 تاريخ 1986/7/29، الدكتور غسان جوزيف حلاق/ الدولة، مجلة القضاء الإداري في لبنان، 1987 - 1988، العدد الثالث، ص 168.

(3) حكمه الشهير رقم 2010/705-2011 تاريخ 24 أيار 2011 بدعوى شركة غلوبال كوم داتا سرفيسز ش.م.ل./ الهيئة المنظمة للاتصالات، والذي تأيّد بعشرات القرارات اللاحقة منها: القرار رقم 614/ 2011-2012 تاريخ 2012/8/13، الهيئة المنظمة للاتصالات/ الدولة- وزارة الاتصالات؛ القرار رقم 616/ 2011-2012 تاريخ 2012/8/13، الهيئة المنظمة للاتصالات/ الدولة- وزارة الاتصالات؛ القرار رقم 617/ 2011-2012 تاريخ 2012/8/13، الهيئة المنظمة للاتصالات/ الدولة- وزارة الاتصالات؛ القرار رقم 618/ 2011-2012 تاريخ 2012/8/13، شركة بيسكو تلكوم وآخرون/ الهيئة المنظمة للاتصالات/ الدولة- وزارة الاتصالات؛ القرار رقم 619/ 2011-2012 تاريخ 2012/8/13، شركة بسكو تلكوم/ الهيئة المنظمة للاتصالات/ الدولة- وزارة الاتصالات؛ القرار رقم 620/ 2011-2012 تاريخ 2012/8/14، الهيئة المنظمة للاتصالات/ الدولة- وزارة الاتصالات؛ القرار رقم 621/ 2011-2012 تاريخ 2012/8/14، الهيئة المنظمة للاتصالات/ الدولة- وزارة الاتصالات؛ القرار رقم 622/ 2011-2012 تاريخ 2012/8/14، الهيئة المنظمة للاتصالات/

وحتى بدون وجود نصّ خاص، فلقد استقرّ الاجتهاد على إبقاء الأنظمة القديمة مرعية الإجراء بعد صدور قانون جديد، وذلك إلى حين وضع القانون الجديد موضع التطبيق، حيث يتوجب الإبقاء على النصوص القانونية السابقة بالرغم من إلغائها بموجب القانون المذكور، وهو ما يسمى بحالة الإستمرارية القسرية أو الحكمية للقانون القديم⁽¹⁾، بمعنى أنه تظل النصوص القديمة معمولاً بها وسارية المفعول في كل ما لا يتعارض صراحة و النصوص التشريعية الجديدة الممكن تطبيقها وذلك ريثما تصدر النصوص التطبيقية الجديدة⁽²⁾.

الدولة- وزارة الاتصالات؛ القرار رقم 623 /2011-2012 تاريخ 2012/8/14، الهيئة المنظمة للاتصالات/ الدولة- وزارة الاتصالات؛ القرار رقم 624 /2011-2012 تاريخ 2012/8/14، الهيئة المنظمة للاتصالات/ الدولة- وزارة الاتصالات؛ القرار رقم 625 /2011-2012 تاريخ 2012/8/14، الهيئة المنظمة للاتصالات/ الدولة- وزارة الاتصالات؛ القرار رقم 626 /2011-2012 تاريخ 2012/8/14، الهيئة المنظمة للاتصالات/ الدولة- وزارة الاتصالات؛ القرار رقم 627 /2011-2012 تاريخ 2012/8/14، الهيئة المنظمة للاتصالات/ الدولة- وزارة الاتصالات؛ القرار رقم 628 /2011-2012 تاريخ 2012/8/14، الهيئة المنظمة للاتصالات/ الدولة- وزارة الاتصالات؛ القرار رقم 629 /2011-2012 تاريخ 2012/8/14، شركة بسكو تلكوم وآخرون/ الهيئة المنظمة للاتصالات- الدولة- وزارة الاتصالات؛ القرار رقم 630 /2011-2012 تاريخ 2012/8/14، الهيئة المنظمة للاتصالات/ الدولة- وزارة الاتصالات؛ القرار رقم 631 /2011-2012 تاريخ 2012/8/14، الهيئة المنظمة للاتصالات/ الدولة- وزارة الاتصالات؛ القرار رقم 632 /2011-2012 تاريخ 2012/8/14، الهيئة المنظمة للاتصالات/ الدولة- وزارة الاتصالات؛ القرار رقم 633 /2011-2012 تاريخ 2012/8/14، وزارة الاتصالات/ الهيئة المنظمة للاتصالات؛ القرار رقم 634 /2011-2012 تاريخ 2012/8/14، شركة بسكو تلكوم وآخرون/ الهيئة المنظمة للاتصالات/ الدولة- وزارة الاتصالات؛ القرار رقم 635 /2011-2012 تاريخ 2012/8/14، شركة بسكو تلكوم وآخرون/ الهيئة المنظمة للاتصالات- الدولة- وزارة الاتصالات؛ القرار رقم 636 /2011-2012 تاريخ 2012/8/14، شركة بسكو تلكوم وآخرون/ الهيئة المنظمة للاتصالات/ الدولة- وزارة الاتصالات.

⁽¹⁾ قاضي العجلة قرار رقم 2015/926-2016 تاريخ 2016/7/21 مجموعة شركات (Contrôle Technique Automoblie Hallinvest) فال وشركة توما للهندسة والأبحاث ش.م.م. ومؤسسة سوبال الهندسية الممثلة بشركة فال السعودية المحدودة - فرع لبنان / الدولة اللبنانية - رئاسة مجلس الوزراء - التفتيش المركزي - إدارة المناقصات ووزارة الداخلية والبلديات.

⁽²⁾ م.ش. قرار رقم 15 تاريخ 1989/03/02 بلدية بيروت/ الصائغ ورفاقه؛ قرار رقم 2 تاريخ 1989/01/05 بلدية بيروت/تلحوق؛ قرار رقم 148 تاريخ 1986/11/3 الدولة - وزارة المالية/ شركة صفا للمضيات؛ قرار رقم 52 تاريخ 1988/4/5 بلدية بيروت / شركة إتحاد المهندسين والمقاولين؛ م.ش. قرار رقم 494 تاريخ 2005/5/19 القاضي الامين/الدولة - وزارة العدل

ويدخل ضمن موجب تنفيذ القوانين موجب تنفيذ المراسيم التنظيمية بحيث لا يحق للإدارة أن تلغي قراراً تطبيقاً لمرسوم تنظيمي دون أن تضع قرار تنظيمي جديد، في حال كان من آثار هذا الإلغاء أن يمنع تطبيق المرسوم التنظيمي، فمثلاً: إن القرار الصادر عن وزير الاتصالات رقم 1/224 تاريخ 2013/4/16 المتعلق بتسجيل أرقام الهوية الدولية العائدة للأجهزة لولوج الشبكتين الخليويتين والملغى بموجب القرار المطعون فيه يعتبر قراراً تطبيقياً للمرسوم رقم 2012/9474، وأن القرار المطعون فيه ألغى القرار رقم 1/224 الذي يلحظ آلية تسجيل ارقام الهواتف الخليوية على الشبكتين لتأمين تطبيق المادة الاولى من المرسوم رقم 9474 دون أن يلحظ آلية أخرى تضمن تطبيق هذه المادة، وأن إلغاء النص التطبيقي بعد اصداره دون ملء الفراغ الناتج عن الالغاء يُعتبر حتماً تعطيلاً للنص الأعلى رتبةً ويكون بالتالي مخالفاً للقانون ومستوجباً للإبطال. إلا أن هذا الابطال لا يمنع السلطة المختصة من القيام، ضمن الحدود القانونية، بتعديل أو إلغاء المرسوم رقم 9474 تاريخ 2012/12/10 في حال رأت مصلحة عامة في ذلك⁽¹⁾.

■ الحالة الثانية: عدم تقيّد الإدارة بمهلة إصدار الأنظمة التنفيذية للقوانين

يختلف مدى الموجب المفروض على الإدارة بإصدار الأنظمة فيما بين الحالة التي يحدد القانون مهلة للإدارة للتصرف خلالها أو إذا لم يحدد هذه المهلة: نشير بداية إلى أن الأمر الطبيعي والمنطقي هو أن تقوم الإدارة بتنفيذ القوانين خلال فترة معقولة، وإذا عمد المشرع إلى تحديد المهلة التي يجب على الإدارة إصدار الأنظمة خلالها، فإن هذه المهلة لا تخلق موجباً أمرياً على عاتق الإدارة، وإنما هي ترجمة لإرادة المشرع الذي يرغب بالتنفيذ السريع للقانون، وبالتالي يكون لهذه المهلة صفة الحثّ وليس صفة الإيجاب.

ومع ذلك فإن موجب تدخل الإدارة يكون عبر إصدار الأنظمة الكافية والفعّالة من أجل تطبيق النصوص التشريعية، وهو موجب يتعلق بالأساس أي بمضمون هذه الأنظمة، وليس

(1) م.ش. قرار رقم 2014/691-2015 تاريخ: 2015/7/13 شركة سي.تي.سي. ش.م.ل. وشركة " ت برو " ش.م.ل./ الدولة.

فقط موجباً شكلياً يتعلق باحترام المهلة القانونية، ويهيمن في هذه الحالة موجب النتيجة على موجب الوسيلة باعتباره أساس مشروعية ممارسة السلطة التنظيمية⁽¹⁾.

وأثيرت الإشكالية حول طبيعة هذه المهلة التي يحددها القانون، عندما أرادت الحكومة اللبنانية تنفيذ القانون رقم 393 تاريخ 2002/6/1 والمتعلق بالإجازة للحكومة "منح رخصتين لتقديم خدمات الهاتف الخليوي" وقد نص في مادته الثالثة بأن الإعلان عن المزايدة والمناقصة العموميتين وتقديم العروض يتم في مهلة أقصاها 2002/8/31. وكانت هذه المهلة قصيرة جداً لا يمكن إتمام الإجراءات التنفيذية اللازمة خلالها، فتقدمت الإدارة من هيئة التشريع والإستشارات في وزارة العدل بطلب تفسير هذه المادة، فرأت أن هذه المهلة التي حددتها 3/ عن القانون رقم 2002/393، بغياب النص الصريح الذي يصفها او ينعته بأنها مهل اسقاط، تعتبر من قبيل مهل الحث للاسراع في اتخاذ اجراءات المزايدة والمناقصة العموميتين العالميتين⁽²⁾.

وبالفعل تدخلُ السلطة التنظيمية، من حيث المبدأ في مجال السلطة الاستثنائية، فالهيئات التي تملك حق التنظيم الإداري تكون حرةً في استعمال هذا الحق أو عدم استعماله، بشرط أن لا يشكل هذا الإمتناع عائقاً أمام تطبيق النصوص التشريعية الملزمة⁽³⁾. وهذه السلطات حرة أيضاً في اختيار الوقت الذي ترتأيه مناسباً، إلا أنه حين يفرض القانون على الإدارة أن تستعجل التطبيق، فلا يعود لهذه السلطة حق التأخر في هذا التطبيق، سواء عبر الإمتناع عن التصرف، أو اتخاذ تدابير معاكسة. ويقع في هذه الحالة على عاتق الإدارة موجب قانوني بأن تتخذ خلال مهلة معقولة التدابير التي تدخل في اختصاصها والتي تعتبر ضرورية من أجل وضع النص المعني موضع التطبيق⁽⁴⁾، إلا أن تجاوز الإدارة للمهلة المحددة في القانون لاتخاذ التدابير التنظيمية الرامية الى تطبيق احكامه ليس من شأنه، على فرض حصوله، التأثير على شرعية

(1) C.E. 24 juin 1992, Hardel – C.E.Ass. 23 octobre 1992, Diemert – Cité par Breton, Jean-Marie – L'Obligation pour l'administration d'exercer son pouvoir réglementaire d'exécution des lois – R.D.P.1993 p1749

(2) الاستشارة رقم 2002/405 تاريخ 2002/6/24.

(3) C.E. 28 octobre 1960, Syndicat national des médecins biologistes français, Rec. Cons. d'Ét. P572 – Cité par Odent – Contentieux administratif – Op. Cit. p344

(4) C.E. Ass. 27 novembre 1964, Ministre des finances c/ Dame Veuve Renard, Rec. Cons. d'Ét. P590

المراسيم الصادرة بعد انقضاء المهلة لأن المهلة المذكورة مقررة من قبل المشتري لاحت الإدارة على الإسراع في اتخاذ المراسيم التطبيقية التي من حقها ومن واجبها أيضاً ان تتخذها ضمن المهلة المعقولة، فالتفويض المعطى من قبل المشتري الى السلطة التنفيذية لاتخاذ التدابير اللازمة لتطبيق النصوص القانونية في موضوع معين، لا يستنفد مفاعيله بمجرد صدور المراسيم التطبيقية الاولى، بل يُعتبر انه لا يزال قائماً لدى اتخاذ المراسيم التعديلية اللاحقة، وذلك طالما لم يصدر قانون جديد ينص على خلاف ذلك⁽¹⁾.

وأخيراً، لا بد لنا من الإشارة إلى أن تأخير الإدارة بإصدار النصوص التطبيقية الضرورية لتنفيذ القوانين، خصوصاً إذا تجاوز الحد المعقول يعد خطأ وتُسأل عنه⁽²⁾، ويفتح الباب أمام المطالبة بالتعويض. ولا يقتصر موجب الحكومة على إتخاذ الأنظمة الضرورية، ولكن أيضاً يجب عليها أن تُضمّن جميع القواعد اللازمة التي تؤدي إلى تطبيق النص المطلوب تنفيذه⁽³⁾. ويختلف الأمر فيما إذا كان القانون الجديد قد أبقى على النصوص السابقة بحيث لم يترتب عن التأخر في تطبيق القانون الجدي أي ضرر بالمستفيدين من أحكامه، حيث قضى المجلس أنه: لا يمكن مجارة المستدعي في طلب اعلان مسؤولية الإدارة التقصيرية بسبب تقاعسها في اصدار النص التطبيقي عملاً بالمادة 3 من القانون رقم 98/716، وبالتالي إلزامها بالتعويض بمقدار ما فاتته من حقوق مستمدة من القانون، لان القانون نفسه من جهة لم يبلغ النصوص القانونية السابقة العائدة لتعويضات القضاة، بل على العكس من ذلك فقد جاء في المادة 2 فقرة 2 من القانون رقم 98/716 انه تبقى سارية المفعول النصوص العائدة للتعويضات المستثناة

(1) R. Chapus: droit administratif général , édition 1995 – N° 750, pp. 604 et 605: 4°) ... l'autorité compétente pour prendre les règlements d'application doit s'acquitter de son obligation dans un délai déterminé (un "délai d'action") , ...Il faut ensuite relever que les délais fixés pour l'édition de textes n'ont , en principe , qu'une valeur indicative: ils incitent sans imposer. C'est important , car l'expiration du délai ne privera pas l'autorité administrative de sa compétence ; elle continuera donc à pouvoir légalement (et à devoir) prendre les mesures qu'elle a la charge d'édicter. Ainsi , ce qui aura été fautif , c'est seulement son retard à agir.

م.ش. قرار رقم 2006/656-2007 تاريخ 2007/6/26 نادي سبورتنج كلوب الرياضي/ الدولة - وزارة الشباب والرياضة؛ قرار رقم 171 تاريخ 2007/11/27 بلدية المريجيات/الدولة - وزارة الطاقة والمياه.

(2) ش.ل. قرار رقم 409، تاريخ 97/4/3، شكرالله باز/تعاونية موظفي الدولة، م.ق.إ. 1998، ص 407؛ ش.ل. قرار رقم 311، تاريخ 85/12/30، مورييس نخلة/بلدية بيروت، م.ق.إ. 1986، ص 317.

(3) C.E. 19 mai 1961, de Reynal et de Gentile, Rec. Cons. d'Ét. P337 – Cité par Odent – Op. Cit. p345

من الالغاء، والنافذة بتاريخ صدور هذا القانون، ولأن هذا القانون من جهة ثانية الزم الادارة باصدار مرسوم لتحديد قيمة التعويض وشروط استحقاقه، واعتبره تعويض تصفية، مما يعني ان هذا التعويض المحدد بموجب نصوص قانونية سابقة يبقى معمولاً به لغاية صدور النصوص التنظيمية الجديدة⁽¹⁾.

■ الحالة الثالثة: المماثلة في تنفيذ القانون بالرغم من صدور أنظمتها التطبيقية أو عدم حاجته لإصدار أنظمة

أحياناً يكون القانون متضمناً كافة الأحكام لوضعه موضع التنفيذ دون صدور مراسيم، ومع ذلك تمتنع الإدارة عن وضعه موضع التنفيذ: وأبرز أمثله الامتناع عن تطبيق القانون رقم 220 تاريخ 2000/5/29 (يتعلق بحقوق المعوقين) لا سيما المواد التي تلزم المؤسسة العامة والخاصة بتوظيف نسبة معينة من المعوقين: فالمشترع لم ينص على صدور مرسوم يحدد آلية وضع المادة 74 موضع التنفيذ، وهو بالتالي لم يعلق صراحةً نفاذ أي من أحكام هذه المادة على صدور هذا المرسوم أو أي نص تطبيقي آخر، بدلالة خلوّ المادة المذكورة من أي اشارة في هذا الصدد، ولهذا أبطل مجلس شوري الدولة قرار وزير العمل المؤرخ في 2015/7/14 برفض بدء العمل باستيفاء الغرامات المنصوص عليها في الفقرة ج من المادة 74 من قانون حقوق الأشخاص المعوقين رقم 2000/220، وابطال القرار الضمني الصادر عن مدير عام الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي وذلك لمخالفتها مبدأً عاماً وهو مبدأ التطبيق المباشر للأحكام القانونية الجديدة، كما ولمخالفتها نية المشترع الذي أراد من خلال ايلاء الجهات الادارية صلاحية التثبيت من التزام أصحاب العمل بموجب توظيف ذوي الاعاقة وصلاحية فرض العقوبات المناسبة في حال التخلف (المتثلة بالغرامات وبعدم منح براءة الذمة)، اعطاء أحكامه الضامنة لحقوق الأشخاص المعوقين (لا سيما منها حقهم في العمل) الصفة الزجرية والأمرة، بحيث لا تبقى النصوص المكترسة لهذه الحقوق حبراً على ورق⁽²⁾.

(1) مجلس القضايا قرار رقم 2004/494-2005 تاريخ 2005/5/19 القاضي نزار الأمين/ الدولة - وزارة العدل.

(2) م.ش. قرار رقم 2016/324-2017 تاريخ: 2017/2/13 جمعية الاتحاد اللبناني للمقعدين/ الدولة - وزارة العمل والصندوق الوطني للضمان الاجتماعي.

وبالرغم من إبطال مجلس شورى الدولة قرار الادارة بالامتناع عن تطبيق المادة 74 من القانون المذكور، فإنه وبعد مرور أكثر من 5 سنوات على صدور حكم الإبطال فلا زالت وزارة العمل والصندوق الوطني للضمان الاجتماعي ممتنعان عن تنفيذ هذا القانون. ولم يقتصر امتناع السلطة التنفيذية عن وضع المادة 74 موضع التنفيذ بل أيضاً امتنعت عن تطبيق المادة 71 التي أقرت حق المعوق بالحصول على تعويض بطالة، بالرغم من صدور المرسوم التنفيذي لهذا القانون يحمل الرقم 7784 تاريخ 2002/4/15 الذي وضع الشروط والمعايير الواجب توفرها في الشخص المعوق للاستفادة من تعويض البطالة، ولكن لغاية تاريخه لم يوضع موضع التطبيق.

○ الفقرة الثانية: صور الامتناع عن تطبيق القوانين

القانون ليس ديكوراً ولا تمريناً انشائياً ولا أداة تبريرية بل علم معياري ناظم للحياة العامة، لذا يقتضي مجابهة استغلال رمزية القانون لايهام الناس بالتغيير، وتجنّب التضخم التشريعي وكشف التحايل القانوني، ومنع الانحرافات خلف ستار الإصلاح، فمعظم التشريعات في لبنان هي إصلاحية في قضايا الكهرباء والاتصالات والشراكة بين القطاعين العام والخاص والشراء العام والأسواق المالية... ولكنها غير مطبقة من خلال عدم تعيين هيئات ناظمة او عدم اصدار المراسيم او مخالفة للدستور في حين ان دور الوزير السهر على التطبيق وصوابيته. وينتج عن عدم التطبيق الذي يعيشه اللبنانيون اليوم مصائب وعواقب وتنتج كوارث بيئية. الثمرة المرة لعدم التطبيق وتعطيل التطبيق كارثية. هذا ما يعيشه اللبنانيون.

فهل المسؤولية هي على المجلس النيابي الذي لا يُحاسب؟ من المسؤول عن عدم تطبيق القوانين؟ من أسباب عدم التطبيق انعدام الجدية في ذهنيات سائدة: معليش، شو فيها، بيناتنا، بسيطة، ما تحمل السلم بالعرض... يُسيء التضخم التشريعي والقوانين التراكمية وبلا فعالية الى مبدأ الأمان التشريعي *sécurité juridique* الذي هو موجب دستوري يسري على المجلس النيابي في إصداره التشريعات. يبيّن تحويل دولة القانون، او بالأحرى دولة الحق *Etat de droit*، الى شعار، ضخامة الفجوة في الثقافة الحقوقية. دولة الحق مرتبطة بثقافة المجتمع وهي منهج حياة وهدفيتها المصلحة العامة⁽¹⁾.

(1) أنطوان مسرّه، تخمة قوانين في لبنان بدون تطبيق! جريدة النهار تاريخ 2021/10/30.

وقد عملت الأمانة العامة لمجلس الوزراء على إعداد جدول بالقوانين غير المنقّذة مع تحديد أسباب عدم التنفيذ، والتي ظهر من مطالعتها حول أسباب عدم تنفيذ 75 قانوناً صادراً عن مجلس النواب: أن هذه الأسباب مردّها: عدم تشكيل الهيئة المختصة (7 قوانين)، تأخر من الوزراء في إعداد مشاريع المراسيم (37 قانوناً)، طلب تريت من الوزارات بانتظار اقترا تعديلات تشريعية (8 قوانين)، التأخر في العرض على مجلس الوزراء لإصدار المراسيم (21 قانون)، معلّقة على صدور قرار وزاري.

إن العينة التي استعرضتها الأمانة العامة لمجلس الوزراء لا تشكل كافة القوانين غير المنقّذة، بل لاحظنا أنه يوجد غيرها الكثير من القوانين لم تنقذ وبعضها يعود تاريخه لأكثر من أربعين عاماً ولم تصدر مراسيمه التطبيقية كمثّل: المرسوم اشتراعي رقم 122 تاريخ في 1977/6/30 تعديل بعض احكام قانون الجامعة اللبنانية الذي نصّ في مادته الخامسة على إنشاء مجلس استشاري يضم ممثلين عن القطاعات الاقتصادية وعن الهيئات المهنية والعلمية والاجتماعية برئاسة رئيس الجامعة اللبنانية..... تحدد بمراسيم تتخذ في مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير التربية الوطنية والفنون الجميلة طريقة تاليف المجلس الاستشاري والاصول التي ينعقد ويعمل بموجبها (ولغاية تاريخه لم يصدر هذا المرسوم)، كذلك فإن قانون الدفاع الوطني الصادر بموجب المرسوم الاشتراعي رقم 102 تاريخ 1983/9/16 لم تصدر مراسيمه التطبيقية، وفي حفل التسلم والتسليم بين وزيري الدفاع بتاريخ 2020/1/23 صرّح الوزير بيان بو صعب أن: "قانون الدفاع الوطني صدر منذ 36 عاماً وانجزنا المراسيم التطبيقية ووضعناها بعهددة دولة الرئيس معالي وزير الدفاع لتكمل هذه المهمة لأن القوانين هي الأساس".

• أولاً: امتناع مجلس الوزراء عن تنفيذ القوانين ومخالفتها

يشكّل امتناع مجلس الوزراء عن تنفيذ القوانين الحالة الأكثر رواجاً عن مخالفة القوانين والأكثر تأثيراً في الحياة العامة، لأن ما يصدر عن مجلس الوزراء من قرارات إنما يكون لها مفعول شامل ومستمر وبالتالي فإن المخالفة يكون أثرها المعنوي على دولة القانون أكثر عمقاً وتأثيراً، ومن صور هذه الامتناع:

1- الاتفاق في مجلس الوزراء على مخالفة القانون:

وهو أخطر أنواع الامتناع عن تنفيذ القوانين لأنه قصدي وعن إرادة صريحة متجهة نحو ذلك، حيث ورد في المؤتمر الصحفي للوزير سيزار أبي خليل تاريخ 2018/5/21 كلاماً خطيراً، لم أجد وقوفاً عنده لدى أي من وسائل الإعلام. لقد أدلى الوزير بما حرفيته: "أن مجلس الوزراء هو يطلب الاعفاء من قانون أو تجاوز معين توافقوا عليه وحصل (قاصداً أن هذا التجاوز للقانون قد حصل)، إما أنا (أي الوزير أبي خليل) فلن أطلب ولن يسجل علي أن اطلب من مجلس الوزراء مثلما طلب الكثير من الشباب لأجندات تبينت"، وفق ما أدلى به الوزير فإن مجلس الوزراء لم يكن مؤتمناً على تنفيذ القوانين بل يعتمد إلى مخالفتها أو عدم تطبيقها، وهذا ما دفع المدير العام السابق للاستثمار في وزارة الطاقة إلى وصف مجلس الوزراء بأنه: "الهيئة الناظمة للفساد، حيث أدلى بحديث إلى صوت لبنان بتاريخ 2021/10/5 أن مجلس الوزراء نفسه يغطي مخالفات الوزير وفساده الى حد أنه في بعض الأحيان يتحوّل المجلس الى هيئة ناظمة للفساد، وفي مقالة له: "رأس الفساد وزير وعندما يجتمع عدة منهم ويتفاهمون... يتحول مجلس الوزراء إلى هيئة ناظمة للفساد. (غسان بيضون، الأجهزة الرقابية في لبنان: دورها في مكافحة الفساد، بيروت نيوز العربية 2020/7/9). ويستوفي في ارتكاب هذه المخالفة مجلس الوزراء أو من يعكّله ويمارسه صلاحياته خلافاً للدستور، حيث قضى ديوان المحاسبة أنه: "لا يمكن الاعتداد بالموافقة الاستثنائية المعطاة من قبل رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء نظراً أنه لا قيمة قانونية لهذه الموافقة في غياب أي نص قانوني يري شروط الموافقات الاستثنائية ولا يمكن القبول بقرار (موافقة استثنائية) يسمح بمخالفة المبادئ العامة والقوانين المرعية الإجراء"⁽¹⁾.

2- إقدام مجلس الوزراء على وضع مراسيم تلغي ضمناً مفاعيل قوانين:

ومثلها: مخالفة القانون رقم 36 تاريخ 2008/10/16 المؤسسات العامة المرتبطة بوزارة الثقافة: الذي أنشأ الهيئة العامة للمتاحف منه بموجب المادة 32 التي نصّت على أن: "تنشأ

⁽¹⁾ ديوان المحاسبة، القرار رقم 47 ر.ق./نهائي تاريخ 2021/7/15 الصادر في ملف المخالفات الحاصلة نتيجة تمديد عقد استثمار وتشغيل المنشآت المخصصة لتزويد الطائرات بالوقود في مطار بيروت الدولي

مؤسسة عامة ذات شخصية معنوية تدعى «الهيئة العامة للمتاحف» وتتمتع بالاستقلال الإداري والمالي وتخضع لوصاية الوزير.

إلا أن مجلس الوزراء لم يراعِ صلاحية هذه الهيئة وأصدر المرسوم رقم 624 تاريخ 2014/9/18 تنظيم المديرية العامة للآثار في وزارة الثقافة وتحديد مهام الوحدات التابعة لها وملاكها وشروط التعيين في وظائفها. وقد تبين أن هذا المرسوم قد أناط بالمديرية العامة للآثار ممارسة كافة صلاحيات الهيئة العامة للمتاحف.

3- أو يقرر تأجيل تنفيذ قانون، بحيث يعمد مجلس الوزراء إلى تأخير وضع قانون ما موضع التنفيذ، وهذا ما فعله مع قانون السير الجديد رقم 243 قد تاريخ 22 تشرين الثاني 2012، حيث عمد مجلس الوزراء إلى إصدار القرار رقم 124 تاريخ 2013/2/27 طلب بموجبه من الإدارات العامة والمؤسسات العامة المعنية استئجار تطبيق احكام قانون السير الجديد والاستمرار بالعمل بأحكام القانون القديم الى حين الانتهاء من اقرار التعديلات اللازمة على القانون الجديد.

تم الطعن بهذا القرار أمام مجلس شوري الدولة الذي عمد إلى إعلان انعدامه لتعدي السلطة التنفيذية على صلاحية السلطة التشريعية⁽¹⁾.

4- أحياناً لا تعلم الإدارة بوجود القانون إلى حين وقوع أزمة:

ونذكر منها اتفاقية شراء الغاز بين الجمهورية اللبنانية - وزارة الطاقة والمياه والهيئة المصرية العامة للبترول والشركة المصرية القابضة للغازات الطبيعية التي أبرمت بموجب القانون رقم 108 تاريخ 2010/6/26، والآن بعد أزمة انقطاع الكهرباء ابتدأت مفاوضات الجانب المصري والأردني لاسترجار الغاز المصري إلى لبنان أي عملياً وضعت الاتفاقية للتنفيذ بسبب الظروف القاهرة الدافعة لها، وليس التزاماً من الحكومة بتنفيذ القوانين الصادرة عن مجلس النواب والتي بغالبيتها تكون بناء لطلب الحكومة.

(1) م.ش. قرار رقم 725/2013-2014 تاريخ 7/2 /2014 جمعية طرقات الحياة/ الدولة

5- إصدار الإدارة قرارات تجيز مخالفة القانون:

إن المثل الأوضح لهذه الحالة هي تعاميم وزير الداخلية بالسماح للبلديات بإعطاء تصاريح تشييد أبنية دون الحصول على موافقة التنظيم المدني، فلقد داب وزراء الداخلية والبلديات على إصدار تعاميم يمنحون بموجبها لرؤساء البلديات والقائمقامين في القرى التي ليس فيها بلديات في محافظات كل من جبل لبنان، والشمال، والبقاع، والنبطية، وبعلك الهرم، وعكار، والجنوب الصلاحية لإصدار رخص بناء (150 متراً)، وذلك خلال مهلة زمنية محددة في التعميم (ومن أمثلتها: التعميم رقم 352 تاريخ 2017/10/24 والمدة مهلة تنفيذ التصاريح الممنوحة بموجب كتاب وزير الداخلية والبلديات رقم 9781 تاريخ 2020/6/22).

إن هذه التعاميم التي تحاول الوزارة تبريرها بحرص الوزارة على تسيير أمور المواطنين والحد من الهجرة الريفية من جهة ونقشي ظاهرة مخالفات البناء دون أي ضوابط او معايير، ومعالجتها في حدها الأدنى من جهة أخرى. " إلا أنها تتضمن مخالفة صريحة لقانون البناء، فلقد أوجبت المادة الأولى من قانون البناء رقم 646 تاريخ 11/12/2004 أن منح رخص البناء يتم بالاستناد إلى موافقة الادارات الفنية المختصة المبنية على كشف فني تجرّيه لهذه الغاية، وعادت وكررت هذه المادة في فقرتها الأخيرة أن الرخصة المسبقة تعطى استناداً الى الكشف الفني الصادر عن الادارة الفنية المختصة. وكذلك كررت الفقرة الأخيرة من المادة 4 هذا الواجب عندما نصّت على أن لا تعطى الرخصة الا بعد موافقة الادارة الفنية المختصة. ولكون هذه التعاميم تشكّل مخالفة صريحة لقانون البناء فإنها لم تكن حاجبةً لرقابة مجلس شورى الدولة على انطباق رخص البناء على القوانين المرعية الإجراء حيث قضى المجلس بأن: " اصدار رئيس السلطة التنفيذية في البلدية المستدعى بوجهها الترخيص المطعون فيه دون اسناده على موافقة مسبقة من الجهات الفنية المختصة يشكل مخالفة قانونية تتمثل بتجاوز الصلاحيات الوظيفية وهي مخالفة جسيمة نظراً للتفاوت الكبير وعدم التقاطع بين الصلاحية الفنية للاجهزة المختصة التي تدرس ملف الترخيص من الناحية الهندسية والصلاحية الادارية لرئيس البلدية الذي يتأكد من اكتمال عناصر الملف ودفع الرسوم⁽¹⁾.

(1) ش. قرار رقم 2014/111-2015 تاريخ 2015/1/8 حسين غدار/ بلدية الغازية.

ولهذا فإن هذه التعاميم الصادرة عن وزارة الداخلية والبلدية لا يكون لها قوة تنفيذية تفوق القانون أو القول أن التعميم يمكنه أن يخالف قانون البناء، أو أن هذا التعميم يجب أن يكون قانون البناء، فلا يحق للبلديات الاستناد إلى تعميم مخالف للقانون من أجل إقصاء الحصول على موافقة السلطات الفنية وهي موافقة مقرررة في قانون البناء لا يجوز استبعادها بموجب تعميم صادر عن وزير الداخلية والبلديات.

6- التأخر في وضع المراسيم التطبيقية للقوانين:

وهي الحالة الأكثر شيوعاً لامتناع مجلس الوزراء عن تنفيذ القوانين، ومن اللائحة المفصلة التي استعرضتها الأمانة العامة لمجلس الوزراء، يهنا التركيز على مخالفة جوهرية متمثلة بمكافحة الهدر المالي وضبط العمل الإداري، حيث أوجب القانون رقم 79 تاريخ 18/4/2018 الموازنة العامة والموازنات الملحقة لعام 2018 في المادة 14 منه تعيين الهيئات الناظمة ومجالس الإدارة وأوجب على مجلس الوزراء تعيين الهيئات الناظمة ومجالس إدارة المؤسسات العامة خلال مدة ستة أشهر من تاريخ نشر هذا القانون. إلا أن مجلس الوزراء لم يضع هذه المادة موضع التنفيذ حتى تاريخه (مرور أكثر من ثلاث سنوات دون تنفيذ هذا النص). وفي المادة 43 من ذات القانون، أوجب المشتري إلغاء عدد من المؤسسات العامة والمصالح المستقلة، حيث ورد فيها أنه: "يتوجب على مجلس الوزراء خلال مهلة أقصاها 2020/12/31- إلغاء المؤسسات العامة التي يرى انتقاء الجدوى الاقتصادية والخدماتية من استمرارها ودمج المؤسسات التي تتشابه المهام والخدمات التي تقدمها" وبالرغم من تعيين المشتري التاريخ النهائي لتنفيذ القانون وإلغاء أو دمج مؤسسات عامة، بموجب التفويض التشريعي الممنوح له، إلا أنه حتى تاريخه لم يصار إلى التنفيذ.

• ثانياً: امتناع عن إصدار مراسيم تطبيقية لحالات مقررة في القانون

هي حالة تتكرر كثيراً، حيث يمتنع أحد الأطراف المطلوب منهم التوقيع على مرسوم عن هذا التوقيع، ويؤدي هذا الامتناع إلى تجميد صدور المرسوم، بحيث لا يصدر إلا باكتمال توقيعه من كافة المطلوب منه توقيعه عملاً بالمادة 54 من الدستور. ونذكر من هذه الحالات امتناع وزير المالية عن توقيع مرسوم إعطاء أقدمية لضباط دورة 1994، وامتناعه عن توقيع

مرسوم ترفيع موظف إلى الفئة الثانية، وامتناع وزير الدفاع عن توقيع مرسوم تعديل حدود المياه البحرية، وامتناع رئيس الجمهورية عن توقيع مرسوم التشكيلات القضائية... والمثال الأكثر أهمية هو الامتناع عن توقيع مرسوم دعوة الهيئات الناخبة لانتخاب نواب بدلاً من المستقلين والمتوفين، حيث وبالرغم من شغور 11 مركزاً في مجلس النواب بفعل الاستقالة أو الوفاة، إلا أن رئيس الجمهورية لم يوقع مرسوم دعوة الهيئات الناخبة، خلافاً للمادة 43 من قانون الانتخاب التي نصّت على أنه إذا شغل أي مقعد من مقاعد مجلس النواب بسبب الوفاة أو الاستقالة أو إبطال النيابة أو لأي سبب آخر، تجري الانتخابات لملء المقعد الشاغر خلال شهرين من تاريخ الشغور.

● ثالثاً: قوانين معلقة التنفيذ على قرار من الوزير

كما سبق وذكرنا فإن القوانين قد تنيط بالوزير اتخاذ القرارات التطبيقية لأحكامه، ووضعه موضع التنفيذ، في هذه الحالة فإن على الوزير المختص أن يتخذ القرارات التي تفرضها عليه القوانين النافذة وأن لا يتأخر في تنفيذها، ذلك أنه لا يوجد ما يسمى التطبيق الفوري للقانون بدون إذن من الوزير المختص، لذا فإن تنفيذ هذا القانون يحتاج إلى تدخل من الوزير عبر إصدار تعميم أو إحالة يطلب بموجبها من الموظفين المباشرة بتطبيق القانون وذلك وفقاً لأحكام المادة 64 من الدستور لأن الوزراء يتولون إدارة مصالح الدولة ويناط بهم تطبيق الأنظمة والقوانين⁽¹⁾، لذا وعلى سبيل المثال:

- إن القانون رقم 235 تاريخ 2021/7/16 احتساب ساعات المتعاقدين في القطاع التربوي في ظل جائحة «كورونا» بحسب الساعات المنصوص عليها في العقود، يقتضي وضعه موضع التنفيذ من خلال تعميم يصدر عن وزير التربية والتعليم العالي في ما خصّ المدارس الرسمية والمهنية وعن رئيس الجامعة اللبنانية فيما يتعلق بالمتعاقدين في الجامعة.

(1) ش. قرار رقم 299 تاريخ 18 حزيران 1956، الدولة - رئاسة مجلس الوزراء/ سليم الطياره، م.إ. 1957 ص 67- م.ش. قرار رقم 167 تاريخ 13 نيسان 1962، شركة زيوت الشرق/ الدولة رئاسة مجلس الوزراء ووزارة الاقتصاد الوطني، م.إ. 1962 ص 93.

- إن القانون رقم 201 تاريخ 2020/12/30 الرامي إلى تعديل اسم بلدة «عرمتي» قضاء جزين - محافظة لبنان الجنوبي - ليصبح بلدة «عرمتي»، لا يمكن لمأموري النفوس تنفيذه فوراً ما لم يرد ترخيصاً بموجب مذكرة أو قرار من وزير الداخلية والبلديات لوضع هذا القانون موضع التنفيذ.

- إن نظام مجلس شورى الدولة المعدل بموجب القانون رقم 227 الصادر في 2000/5/31 قد أنشأ المحاكم الإدارية في المحافظات إلا أنه وبموجب المادة 34 قد أجاز بأن يحدد بقرار من وزير العدل بعد موافقة مكتب مجلس شورى الدولة تاريخ مباشرة محاكم الدرجة الاولى العمل وعددها ومراكزها وعدد قضاة كل غرفة، ولغاية تاريخه لم يوضع هذا القانون موضع التطبيق ولم تنشأ المحاكم الإدارية.

- إن القانون رقم 64 تاريخ 2017/10/20 تعديل واستحداث بعض الضرائب والرسوم قد وضع في المادة 11-منه آلية معالجة الإشغال غير القانوني للأماك العامة البحرية. وأوجب في البند العاشر أن تتوقف الملاحقات الجزائية الحاصلة بحق شاغلي الاملاك العامة البحرية قبل 1994/1/1 بدون ترخيص قانوني، وتُشطب الاشارة عن العقار الخاص المتاخم موضوع المعالجة وتسقط الملاحقات الجزائية، في حال استحصل الشاغلون على مرسوم بالسماح لهم بالاشغال وفقا لاحكام هذه المادة. وفي حال عدم استحصال هؤلاء على المرسوم المذكور تتابع الملاحقات الجزائية وتضع الادارة يدها على الاملاك العامة البحرية المشغولة ويتم إخلاؤها. هذا الموجب بإخلاء الأملاك العامة المشغولة ووضع اليد عليها من قبل الإدارة هو تدبير تتخذه وزارة الأشغال العامة والنقل، وبالرغم من مرور أربع سنوات على النص لم نلاحظ أن الوزارة عدت إلى وضع اليد على الأملاك العامة البحرية المشغولة بدون ترخيص صادر بموجب مرسوم.

- إن القانون رقم 549 صادر في 2003/10/20 تصميم وتمويل وتطوير وإعادة اعمار مصفاتي طرابلس والزهراني وتشغيلهما وبناء محطة نهائية لتصدير واستيراد الغاز الطبيعي المسال وبناء تجهيزات لتخزين الغاز الطبيعي وإنشاء شبكات لبيعه وتوزيعه، قد أوجب إجراء المناقصة لتلزم المشروع بواسطة إدارة المناقصات، إلا أن وزارة الطاقة انتظرت 14 عاماً للبدء بتنفيذ المشروع، ولكنها لم تلتزم بالقانون المذكور حيث أطلق وزير الطاقة

والمياه أطلق في العام 2017 عبر إدارة منشآت النفط وخلافاً لهذا القانون مناقصة ترمي إلى التعاقد مع شركة لتمويل وتصميم وبناء وتأمين وتشغيل وصيانة وامتلاك المشروع من أجل نقل وتسليم الغاز الطبيعي عبر ستة خطوط أنابيب إلى محطات توليد الكهرباء. يقوم مالك المشروع بتزويد الغاز الطبيعي المسال إلى الوزارة وفقاً لشروط وأحكام اتفاقية بيع الغاز.

• رابعاً: قوانين معلقة التنفيذ على قرار من هيئات لامركزية

زيادة في التساهل في تنفيذ القانون، يلجأ المشتري إلى إناطة مهمة التنفيذ بالهيئات اللامركزية كالمunicipalities والمؤسسات العامة، وفي هذه الحالة لا يكون تنفيذ القانون معلقاً على تدخل من مجلس الوزراء، حيث يعود للهيئات المخاطبة بالقانون أن تتخذ التدابير التنفيذية لأحكامه. ونذكر كأمثلة:

1- القانون رقم 131 تاريخ 2019/4/30 حماية حرج بيروت، حيث نصّ في مادته الثالثة على أن: "تعتبر الإنشاءات القائمة على حرج بيروت أو على الأجزاء المقطعة من العقار /1925/ المزروعة، مهما كان نوعها، إنشاءات مؤقتة مخالفة للقانون وتستوجب الإزالة، وعلى المجلس البلدي لمدينة بيروت وضع خطة لهذه الغاية تتضمن مدة زمنية محددة لتنفيذ أحكام هذه المادة"، بحسب هذه المادة فإن إزالة الإنشاءات القائمة في حرج بيروت من مدارس ومساجد ومقابر ومستشفى هو على عاتق المجلس البلدي لبلدية بيروت الذي يضع الآلية التنفيذية لأحكام هذا القانون، وبالرغم من مرور سنتين على صدور لم تتخذ أي تدابير تنفيذية بل على العكس تمّ بناء مسجد جديد على هذا العقار.

2- القانون رقم 392 تاريخ 2002/2/8 الموازنة العامة والموازنات الملحقة لعام 2002 قد أجاز في المادة 45 منه للجامعة اللبنانية استيفاء رسوم من الذين ينتسبون الى مراكزها: للتدريب المستمر في حقل المعلوماتية، والمعلوماتية المتخصصة، والمعلوماتية القانونية، معلوماتية مؤسسات التأمين، وتدريب اللغات للحصول على شهادات جامعية أو دبلوم الدراسات العليا المتخصصة. وأناط بمجلس الجامعة أن مقدار هذه الرسوم سنوياً بقرار يصدر عنه، بناء على اقتراح رئيس الجامعة اللبنانية. يشكّل هذا القانون تفويضاً للجامعة بتحديد الرسوم الجامعية في بعض التخصصات إلا أنه ولغاية تاريخه أي بعد مرور نحو 20

عاماً على صدور القانون فإن الجامعة لم تعتمد إلى الاستفادة من الرخصة الممنوحة لها ولا وضعه موضع التنفيذ.

3- قانون الضمان الاجتماعي الصادر بموجب مشروع القانون المنفّذ بالمرسوم رقم 13955 تاريخ 1963/9/26 قد حدد مراحل تطبيق قانون الضمان الاجتماعي حتى يشمل الاستفادة منه كافة اللبنانيين بحيث يصبح هذا الصندوق المؤسسة الضامنة لجميع المواطنين فجاء في المادة 12 منه: " في المرحلة الثالثة- يحدد قانون خاص شروط تطبيق نظام الضمان الاجتماعي أو بعض فروع بصورة إلزامية على الأشخاص الذين لم يخضعوا بعد لأحكامه في المرحلتين الأولى والثانية (عمال دون أجر، عمال مستقلون، أرباب عمل، إلخ...)، إلا أنه ولغاية تاريخه أي بعد مرور أكثر من خمسين عاماً على صدوره لم يبدأ الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي بإعداد المشاريع اللازمة من أجل الشروع المرحلة الثالثة بالرغم من أن المادة الثامنة هذا القانون قد حددت مهلة تنفيذ كل مرحلة: تبدأ المرحلة الأولى بعد ثمانية عشر شهراً على الأكثر من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعين بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء، بناء على اقتراح وزير العمل والشؤون الاجتماعية وإنهاء مجلس الإدارة، التاريخ الذي يبدأ فيه تنفيذ كل فرع من الفروع المبينة في المادة السابقة. وتبدأ المرحلة الثانية بعد سنتين على الأكثر من تاريخ وضع الفرع الأخير من المرحلة الأولى موضع التنفيذ. وتبدأ المرحلة الثالثة بعد سنتين على الأقل من تاريخ وضع المرحلة الثانية موضع التنفيذ.

○ خاتمة

إن دراسة حالة الامتناع عن تنفيذ القوانين من وجهة نظر القانون الإداري، إنما يهدف إلى بيان الأثر السلبي الذي يتركه هذا الامتناع على المرافق العامة، وما نتج عنه من تدهور نوعية الخدمات التي يستفيد منها المواطنين، سيما وأن القوانين لا يقرّها مجلس النواب إلا استجابةً لحاجات مجتمعية يستغرق الوصول إليها رداً من الزمن، وإذا بالمعنيين بهذا القانون يجدوا أنفسهم بمواجهة إدارية غير مبالية بهذا القانون تتطرحه جانباً ولا تكثر لوجوده، وهذه الحالة هي مغاير لحالة مخالفة القانون القائم أو الخطأ في تطبيقه، ففي الحالتين الأخيرتين

تضع الإدارة هذا القانون موضع التطبيق، إلا أنها عمداً أو غير عمد تخطئ في تطبيقه، أما في موضوع دراستنا فالإدارة تنتكر كلياً لهذا القانون وتتجاهله وتمتدع عن وضعه موضع التطبيق. وقد تنبه المجلس الدستوري إلى مسألة التباطؤ في وضع المراسيم التنظيمية التي ينصّ عليها القانون، ففضى بأن هذا التباطؤ لا يشكل سبباً لإبطال القانون، إنما يتطلب من مجلس النواب ممارسة صلاحياته الرقابية، بموجب الدستور، والزام مجلس الوزراء وضع هذه المراسيم، وبما انه لمجلس النواب صلاحية ممارسة الرقابة الشاملة على أعمال مجلس الوزراء وأعمال كل من الوزراء بمن فيهم وزير الطاقة والمياه، ومحاسبته ونزع الثقة منه ومن الحكومة، عند الاقتضاء⁽¹⁾، هي رقابة حالياً غائبة للأسف، بحيث لم يعد يبقى أمام المعنيين بهذا القانون سوى اللجوء إلى القضاء الإداري لمساءلة الإدارة الممتنعة عن القيام بواجبها باحترام القانون الوضعي والخضوع لأحكامه.

(1) م.د. قرار رقم: 20 / 2019 تاريخ 3 / 6 / 2019 الصادر في الطعن بالقانون المعجل رقم 129 الصادر بتاريخ 30 نيسان 2019 والمنشور في الجريدة الرسمية ملحق العدد رقم 23 تاريخ 30/4/2019 والذي نص على إعادة العمل بأحكام القانون رقم 288/2014.

الدراسة الثانية:

نشر فيروس كورونا جرمًا جزائياً وفقاً للقانون اللبناني

د. حسين محيدلي

حاجة الإنسان إلى الأمان قديمة قدم الإنسان نفسه، إذ تولدت لديه منذ أن وعي للمخاطر التي تحيط به⁽¹⁾، فالإنسان يتعرض خلال ممارسة حياته اليومية للعديد من الأخطار التي تسببها الأمراض وقد تلحق به العجز الذي يمنعه من كسب عيشه، أو يضعه تحت وزر أعباء صحية⁽²⁾، نتيجة لتضرر صحته وعجزه أمام مقاومة مرضه، مما يجعل منه كائناً ضعيفاً غير منتج يتربص الموت بين لحظة وأخرى وهذا من شأنه أن يؤثر على مسار الحياة الطبيعية للمجتمعات.

إذا كان لا شيء يتقدم على الحق في الحياة فمما لا شك فيه ان الحق بالصحة يأتي مباشرة بعد هذا الحق، ويرتبط به ارتباطاً وثيقاً.

لذلك يبقى الحق بالصحة من اهم الحقوق التي يتمتع بها الإنسان على مختلف الصعد، فلا معنى للحياة في ظل جسد عليل وغير قادر على الإنتاج والتقدم وإعمار الأرض.

ولحمايته من مختلف ما يتعرض له على المستوى الصحي ويعرض حياته للخطر، تم تكريس العديد من الحقوق التي يتمتع بها على الصعيد الدولي بحيث نصت عليها وكفلتها مختلف المواثيق والعهود الدولية، نذكر على سبيل المثال ما ورد في المادة 25 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي نصت على انه: " لكل شخص حق في مستوى معيشة يكفي لضمان الصحة والرفاهة له ولأسرته، وخاصةً على صعيد المأكل والملبس والسكن والعناية

(1) حسن الزين، "الضمان الاجتماعي أحكامه وتطبيقاته"، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة 2002، ص 31.

(2) المصدر نفسه، ص 13.

الطبية وعلى صعيد الخدمات الاجتماعية الضرورية، وله الحق في ما يأمن به الغوائل في حالات البطالة أو المرض أو العجز أو الترمُّل أو الشيخوخة أو غير ذلك من الظروف الخارجة عن إرادته والتي تقده أسباب عيشه...".

في حين نصت المادة 12 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الصادر في العام 1966 على ان:

"1- تقرّ الدول الأطراف في هذا العهد بحقّ كلّ إنسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسميّة والعقليّة يمكن بلوغه.

2- تشمل التدابير التي يتعيّن على الدول الأطراف في هذا العهد اتّخاذها لتأمين الممارسة الكاملة لهذا الحقّ، تلك التدابير اللازمة من أجل:

(أ) العمل على خفض معدّل موت المواليد ومعدّل وفيات الرضّع وتأمين نموّ الطفل نموّاً صحّيّاً.

(ب) تحسين جميع جوانب الصحة البيئية والصناعية.

(ج) الوقاية من الأمراض الوبائية والمتوطنة والمهنية والأمراض الأخرى وعلاجها ومكافحتها.

(د) تهيئة ظروف من شأنها تأمين الخدمات الطبيّة والعناية الطبيّة للجميع في حالة المرض ومما له مساس مباشر أو غير مباشر بالحقّ في الصحة".

ونظرا لأهمية هذا الحق تم تكريسه من اعلى منظمة أممية هي "منظمة الأمم المتحدة" حيث تداعت الدول الأطراف فيها إلى إنشاء منظمة الصحة العالمية بتاريخ 7 نيسان من العام 1948، والتي حددت وظيفتها بالاهتمام بالصحة على الصعيد العالمي، وتأمين أعلى مستوى منها بدنياً وعقلياً واجتماعياً للناس، على أساس أنّ ذلك حقّ يجب توفيره لكلّ كائن بشريّ على الصعيد الوطني والعالمي، ولم تكتفِ بهذا الحد بل قرنت تحقيق صحة الشعوب بتحقيق الأمن والسلم الدوليين⁽¹⁾. ومن أجل ذلك ورد في ديباجية الميثاق المنشئ لها ما حرفيته: "الصحة هي حالة من اكتمال السلامة بدنياً وعقلياً واجتماعياً، لا مجرد انعدام المرض أو العجز. التمتع

(1) محمد طي، "جائحة كورونا وتأثيراتها على القانون"، مقال منشور على موقع الإلكتروني، للمركز الاستشاري للدراسات والتوثيق، بتاريخ 2021/9/1، ص 1. dirasat.net تاريخ الاطلاع 2022/1/10.

بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه هو أحد الحقوق الأساسية لكل إنسان دون تمييز بسبب العنصر أو الدين أو العقيدة السياسية أو الحالة الاقتصادية أو الاجتماعية. صحة جميع الشعوب أمر أساسي لبلوغ السلم والأمن، وهي تعتمد على التعاون الأكمل للأفراد والدول...⁽¹⁾. ولم يكن المشرع اللبناني بعيداً عن الاهتمام الدولي بالصحة ومن أجل ذلك أنشئت وزارة الصحة العامة في العام 1946، وحدد لها ثلاث مهمات: وقائية، وتوعوية، إضافة إلى مهمتها بتقديم الرعاية الصحية للمواطنين، ولم ينته الأمر عند هذا الحد بل تم أيضاً إنشاء الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي بموجب القانون المنفذ بالمرسوم رقم 13955 تاريخ 26 أيلول 1963⁽²⁾. والذي يقدم بدوره الرعاية الصحية لعدد كبير من المواطنين، وعرفته الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم 13955 بأنه: "مؤسسة مستقلة ذات طابع اجتماعي تخضع لأحكام قانون الضمان الاجتماعي وتتمتع بالشخصية المعنوية، وبالاستقلال المالي والإداري. مركزها بيروت ويحق لها إنشاء مكاتب إقليمية ومحلية"⁽³⁾.

وعلى صعيد مكافحة الأمراض والأوبئة السارية والمعدية والحد من انتشارها، اصدر المشرع اللبناني بتاريخ 1957/12/31 القانون المتعلق بالأمراض الانتقالية وطرق الحد من انتشارها⁽⁴⁾.

مع ظهور وانتشار جائحة كورونا مطلع العام 2020 كما غيره من الجوائح التي ظهرت سابقاً بات من الواضح أن كلا الحقيين بالحياة والصحة باتا معرضين لخطر داهم جراء هذا الوباء القاتل والسريع الانتشار والذي اعتبرته منظمة الصحة العالمية انه قد بلغ مستوى الجائحة، أو الوباء العالمي⁽⁵⁾.

(1) راجع النظام الأساسي لمنظمة الصحة العالمية: <https://www.who.int/ar>

(2) "الحق بالصحة"، مقالة منشورة على الموقع الرسمي لمجلس النواب اللبناني، تاريخ الاطلاع 2022/7/13 تاريخ النشر WWW.Ip.gov.Lb، 2011/10/30

(3) القانون المنفذ بمرسوم رقم 13955 تاريخ 1963/9/26 (قانون الضمان الاجتماعي).

(4) عرفت المادة الأولى من هذا القانون (1957) الأمراض الانتقالية بانها: "تلك الأمراض التي تنتقل سواء من المريض أو من السليم الحامل للجراثيم أنسانا كان أو حيوانا إلى الأصحاء مباشرة أو بالواسطة والتي تتخذ أحيانا الشكل الوبائي حسب تقدير وزارة الصحة العامة".

(5) راجع بخصوص الإعلان، الموقع الرسمي لمنظمة الصحة العالمية: <https://www.who.int/ar>

فاذا كانت منظمة الصحة العالمية المرجع الرسمي الدولي الصالح لتصنيف الظواهر المرضية والجوائح عبر ما تقوم به من إجراءات ومتابعات على الصعيد الدولي بالتنسيق مع الجهات المحلية، فهل يعتبر القانون اللبناني جائحة كورونا وباء وبالتالي تنطبق عليها أحكام قانون الأمراض الانتقالية الصادر في العام 1957 المشار اليه أعلاه؟ وهل من يساهم بنشر الوباء يتعرض للملاحقة القانونية؟ وهل يحق للمتضرر المطالبة بالتعويض عما الحق به من ضرر جراء نقل الوباء اليه عن قصد أو إهمال أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة؟

نتطرق في هذا البحث لأحكام القانون الخاص بالأمراض الانتقالية الصادر في العام 1957 فيما خص فيروس كورونا أولاً والى النصوص القانونية الجزائية التي تعاقب على نشر الأوبئة في لبنان ثانياً، وأخيراً نتطرق إلى إمكانية المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بالأشخاص جراء نشر الوباء ثالثاً.

○ أولاً: أحكام قانون الأوبئة الصادر في العام 1957 فيما خص فيروس كورونا

الأوبئة هي زيادة مفاجئة وغالباً غير متوقعة بالإصابات الناتجة عن مرض معين داخل مجتمع محدد أو منطقة ما. ويمكن للوباء ان يتحول إلى جائحة عندما يحدث التفشي في العالم بصورة سريعة متخطياً الحدود الدولية ومؤثراً في أعداد كبيرة من البشر وبذات الخصائص المرضية للوباء⁽¹⁾.

وبحسب التعريف الذي أطلقته منظمة الصحة العالمية على فيروس كورونا فهو عبارة عن: "فيروسات واسعة الانتشار معروفة بأنها تسبب أمراضاً تتراوح من نزلات البرد الشائعة إلى الاعتلالات الأشد وطأة مثل متلازمة الشرق الأوسط التنفسية (MERS) ومتلازمة التهاب الرئوي الحاد الوخيم (السارس). والكوفيد-19 هو المرض الناجم عن فيروس كورونا المُستجد المُسمى فيروس كورونا-سارس-2. وقد اكتشفت المنظمة هذا الفيروس المُستجد

(1) (الأبعاد الحقوقية في الاستجابة لفيروس "كورونا" المُستجد)، مقال منشور على موقع "هيومن رايتس ووتش" بتاريخ <https://www.hrw.org/ar/tag/coronavirus> 2020/3/19 تاريخ الاطلاع 2022/1/13.

لأول مرة في 31 كانون الأول من العام 2019، بعد الإبلاغ عن مجموعة من حالات الالتهاب الرئوي الفيروسي في مدينة يوهان بجمهورية الصين الشعبية⁽¹⁾.

في حين اعتبرت وزارة الصحة العامة اللبنانية أن الفيروسات التاجية أو الكورونا: "تنتمي إلى عائلة كبيرة من الفيروسات التي تسبب المرض بدءاً من نزلات البرد إلى متلازمة الضائقة التنفسية الحادة. الفيروسات التاجية المستجدة:

- فيروس السارس (SARS-Cov) أو الفيروس التاجي المسبب لمتلازمة التنفسية الحادة الوخيمة الذي تسبب في فاشية ضخمة في عام 2003.

- فيروس الميرس (MERS-CoV) أو الفيروس التاجي المستجد والمسبب لمتلازمة الشرق الأوسط التنفسية والذي اكتشف لأول مرة في عام 2012⁽²⁾.

فماذا عن الواقع التشريعي في لبنان بخصوص هذا الوباء؟ وهل تعتبر القوانين اللبنانية كورونا فيروس وباء على غرار ما هو معمول به دولياً؟

عرفت المادة الأولى من قانون الأمراض الانتقالية الصادر في العام 1957 الأمراض الانتقالية بأنها: "تلك الأمراض التي تنتقل سواء من المريض أو من السليم الحامل إنساناً كان أو حيواناً إلى الأصحاء مباشرة أو بالواسطة والتي تتخذ أحياناً الشكل الوبائي حسب تقدير وزارة الصحة العامة".

في حين حددت المادة الثانية من القانون المذكور الأمراض الانتقالية على الشكل التالي: "إن الأمراض الانتقالية التي يتوجب الإبلاغ عنها إجبارياً إلى السلطات الصحية هي: أولاً: الأمراض التي يبلغ عنها فوراً أو خلال 24 ساعة من حدوث الإصابة وذلك بالاتصال بالسلطات الصحية عبر المناطق أو في الإدارة المركزية وتشمل هذه اللائحة الأمراض التالية: الشلل الرخو الحاد و متلازمة غيان باره، الكوليرا، الخانوق، التسمم الغذائي، الملاريا التهاب السحايا، الكزاز الوليدي، الكلب- السعار.

(1) راجع التعريف المذكور على الموقع الإلكتروني لمنظمة الصحة العالمية بتاريخ 2021/5/13

https://www.who.int/ar تاريخ الاطلاع 2022/1/14.

(2) راجع التعريف المنشور على الموقع الرسمي لوزارة الصحة العامة اللبنانية: https://www.moph.gov.lb. تاريخ الاطلاع 2022/1/14.

ثانياً: الأمراض التي يبلغ عنها شهرياً، وتتضمن ما يلي: بلهارسيا، الحمى المالطية، الزحار، التهاب الكبد الفيروسي، الكيسيات الهوائية، السيلان، حبة حلب، الجذام، الحصبة، أبو كعب، الشاهوق، الحصبة الألمانية، السفلس، الكزاز، التريشينور، السل الرئوي، السل - أشكال أخرى، الحميات التيفية، حمى التيفوس".

ونظراً لكون وباء كورونا مستجداً وحديث الظهور والانتشار فمن الطبيعي ألا تشملته اللائحة المذكور بقانون الأمراض الانتقالية المذكورة، ولكن هل تنتفي عن الفيروس صفة الوباء وفقاً للتشريعات اللبنانية وبالتالي يصبح غير مشمول بالقانون المذكور وبغيره من القوانين المرعية للإجراء؟

للقوف على حقيقة هذا الأمر لا بد من العودة إلى نص المادة 11 من قانون الأمراض الانتقالية (1957) المذكور، حيث نصت على ما يلي: "يحق لوزير الصحة العامة بناء على اقتراح المدير العام أن يصدر قراراً بإجراء التعديل اللازم على لائحة الأمراض الانتقالية المبينة في المادة الثانية، وعلى لائحة الأمراض المتوجب عزل المصابين فيها المبينة في المادة السادسة من هذا القانون".

من الواضح أن المادة المذكورة أحالت إلى وزارة الصحة العامة امر تحديد الشكل الوبائي للأمراض المنتشرة، وتعديل اللائحة وفقاً للتطور الوبائي في البلاد.

وبموجب التعاميم الصادرة عن وزارة الصحة العامة اعتبرت الأخيرة أن كورونا فيروس المستجد مرضاً انتقالياً يجب الإبلاغ عنه في غضون 24 ساعة⁽¹⁾ وبالتالي بات يخضع للقوانين الخاصة بالأوبئة لاسيما القانون الصادر في العام 1957.

ونظراً لخطورة الجوائح وما تسببه من أضرار صحية للمواطنين ومن زيادة كبيرة في معدل الوفيات دون تمييز بين الفئات العمرية، فتكون الوقاية منها وتجنب مخالطة المصابين واتخاذ مجموعة من الإجراءات الاحترازية والتدابير الوقائية خير وسيلة للحد من انتشارها وتجنب أضرارها. من أجل ذلك نص قانون الأمراض الانتقالية (1957) على جملة من هذه الإجراءات تساهم في الحد من انتشار العدوى وبالتالي القضاء عليها، حيث ورد في المادة الثانية منه على أن: "تكافح الأمراض الانتقالية بالوسائل التالية منفردة أو مجتمعة، الإخبار، عزل

(1) تعاميم وزارة الصحة العامة في لبنان رقم 2014/37 تاريخ 2014/5/7 و2020/42 تاريخ 2020/3/4.

المخالطين، عزل المصابين، العلاج الوقائي للمخالطين، التبخير، والتطهير، التحري عن مصدر العدوى، تصحيح البيئة، التثقيف الصحي العام".

ولم يكتف القانون المذكور بإيلاء عملية الإخبار بالاشتباه بأي مرض انتقالي إلى الطبيب المعالج فقط، بل الزم بذلك تحت طائلة العقوبة الجزائية المتمثلة بالحبس والغرامة، كل رب أسرة، أو وصي أو صاحب مؤسسة تجارية أو صناعية وحتى مختبر المحلة حيث الإصابة إضافة إلى كل هيئة رسمية أو خاصة تعنى بشؤون صحية أو اجتماعية ولنا عودة إلى ذلك فيما بعد.

إضافة إلى ذلك تضمن القانون المذكور العديد من الأحكام والضوابط التي لا بد من مراعاتها أثناء مواجهة فيروس كورونا الذي اعتبرته وزارة الصحة العامة مرضاً انتقالياً وفقاً لما صار بيانه أعلاه.

ولكن ماذا لو تسبب أحدهم بنشر هذا الوباء عن إهمال أو بطريقة مقصودة، فهل يتعرض للملاحقة الجزائية؟ وهل هناك عقوبات رادعة تنزل بحقه؟

○ ثانياً: الملاحقة الجزائية لناشري الأمراض والأوبئة

تختلف الجريمة الناتجة عن نشر الأوبئة والفيروسات عن غيرها من الجرائم في كونها متعددة الصور وقد تصدر عن شخص أصلاً هو مريض بذات المرض، وغير معلوم تطور حالته الصحية التي قد تصل به إلى حد الوفاة، وهنا يثار تساؤل حول مدى شرعية تدخل المشرع وفرض عقوبات جزائية على ناشري الأوبئة، وتجريم كافة الأفعال التي من شأنها نقل العدوى.

من ناقل القول انه لا تنتفي المسؤولية الجزائية في مواجهة الشخص بسبب مرضه⁽¹⁾. فلا يمكن إفلات شخص من العقاب بحجة أنه مريض بذات المرض، فهذه ليست من الأسباب المانعة من العقاب التي ورد النص عليها في القوانين الجزائية المختلفة، "فالحق المعتدى عليه

(1) ثروت عبد الصمد محمود عطية، "السياسة الجنائية لمكافحة الأمراض المعدية فيروس كورونا المستجد نموذجاً"، مقال منشور على الموقع الإلكتروني لمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، تاريخ الاطلاع 2022/6/24 تاريخ النشر <https://jslem.ekb.eg>.

هنا هو حق المجتمع بأسره وهو أولى بالحماية⁽¹⁾، بل على العكس إن إصابة الفاعل بالمرض تفرض عليه أن يكون أكثر حيطة وحذراً لمنع انتشاره وتضرر الآخرين بفعله، وهذا ما ذهبت إليه الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في مادتها الخامسة الفقرة (هـ) بالنص على ضرورة حجز الأشخاص طبقاً للقانون لمنع انتشار مرض معد⁽²⁾.

وتتطلب جريمة نشر الوباء أو الفيروس لوقوعها أن يقوم الفاعل بعمل خارجي أي حركة من حركات الجسم أو الامتناع عن مثل هذه الحركة، يترتب على الحركة أو الامتناع عنها نتيجتان الأولى: لا توجد جرائم نية أي جرائم غير منطوية إلا على إرادة جنائية، والثانية: لا توجد جرائم راي أي جرائم منحصرة في مجرد إبداء نظرية أدبية أو اجتماعية أو دينية. فالقانون

(1) فتوح عبد الله الشاذلي، "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص"، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص 19.

(2) نصت المادة الخامسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان 1954 على ما يلي:

"1- كل إنسان له حق الحرية والأمن لشخصه. ولا يجوز حرمان أي إنسان من حريته إلا في الأحوال الآتية، ووفقاً للإجراءات المحددة في القانون:

أ- حبس شخص بناء على محاكمة قانونية أمام محكمة مختصة.

ب- إلقاء القبض على شخص أو حبسه لمخالفته أمراً صادراً من محكمة طبق القانون لضمان تنفيذ أي التزام محدد في القانون.

ج- إلقاء القبض على شخص أو حجزه طبقاً للقانون بهدف تقديمه إلى السلطة الشرعية المختصة بناء على اشتباه معقول في ارتكابه جريمة، أو عندما يعتبر حجزه أمراً معقولاً بالضرورة لمنعه من ارتكاب الجريمة أو الهروب بعد ارتكابها.

د- حجز حدث وفقاً للنظام القانوني بهدف الإشراف على تعليمه، أو بهدف تقديمه إلى السلطة الشرعية المختصة.

هـ - حجز الأشخاص طبقاً للقانون لمنع انتشار مرض معد، أو الأشخاص ذوي الخلل العقلي، أو مدمني الخمر أو المخدرات، أو المنتشدين.

و- إلقاء القبض على شخص أو حجزه لمنع دخوله غير المشروع إلى أرض الدولة، أو شخص تتخذ ضده فعلاً إجراءات إبعاده أو تسليمه.

2- كل من يلقي القبض عليه يخطر فوراً. وبلغه يفهما. بالأسباب التي قبض عليه من أجلها والتهم الموجهة إليه.

3- وأي شخص يلقي القبض عليه أو يحجز وفقاً لنص الفقرة 1/ج من هذه المادة يقدم فوراً إلى القاضي أو أي موظف آخر مخول قانوناً بممارسة سلطة قضائية، ويقدم للمحاكمة خلال فترة معقولة أو يفرج عنه مع الاستمرار في المحاكمة. ويجوز أن يكون الإفراج مشروطاً بضمانات لحضور المحاكمة.

4- أي شخص يحرم من حريته بالقبض عليه أو حجزه له حق اتخاذ الإجراءات التي يتقرر بها بسرعة مدى شرعية القبض عليه أو حجزه بمعرفة محكمة، ويفرج عنه إذا لم يكن حجزه مشروعاً.

5- لكل من كان ضحية قبض أو حجز مخالف لأحكام هذه المادة حق وجوبي في التعويض".

الجزائي ليس من شأنه التعرض لعلاقات الناس بعضهم ببعض إلا اذا ظهرت للخارج بأعمال»⁽¹⁾.

أما في الحالات الاستثنائية، ومنها حالة الجوائح فيمكن لبعض التصرفات البشرية أن تساهم بنشر الأمراض الوبائية القابلة للانتشار والتفشي مباشرة بين الناس، والتي تهدد صحة المجتمع، ويمكن أن تكون هذه التصرفات ناتجة عن قصد أو عن غير قصد، كالإهمال وعدم التبصر وعدم مراعاة القوانين والأنظمة⁽²⁾.

فإذا كان مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة بدون نص قانوني يكرسها، بالتالي ان فحوى ومضمون النص القانوني يعتبر العنصر المكرس للجريمة⁽³⁾ فالفعل الذي يرتكبه الشخص لا يعد جريمة إلا اذا ورد نص قانوني صريح يجرمه ويبين أركانه. وبدونه لا يمكن عد أي سلوك بشري على كونه جرم، فالنص القانوني هو الفيصل في توصيف كون السلوك يعد جرماً يعاقب عليه القانون أم لا⁽⁴⁾ وعلى المحكمة أن تستظهر الأفعال الجرمية وتبين تحققها وتسندها إلى هذا النص⁽⁵⁾. وانطلاقاً من كون القواعد الجزائية لا تقر العقوبة أو الردع في مواجهة الضرر إلا أن يكون واقعاً، وفي مواجهة الخطر إلا أن يكون جدّياً وحالاً أو وشيكاً⁽⁶⁾. فهل نصت القوانين اللبنانية على عقوبات تنزل بحق من يتسببون بنشر الأوبئة؟ بالعودة إلى قانون الأمراض الانتقالية الصادر في العام 1957 من الواضح إن القانون المذكور افرد الفصل الرابع منه (المخالفات والعقوبات) للنص على العقوبات التي تنزل بحق كل من أهمل الإخبار عن حالة أو اخفى مرضاً انتقالياً، أو عرقل أو خالف تدابير العزل المفروضة قانوناً.

(1) جندي عبد الملك، " الموسوعة الجنائية"، دار المؤلفات القانونية، بيروت، الجزء الثالث، ص 4.

(2) محمد طي، مرجع سابق، ص 22.

(3) محمود نجيب حسني، "شرح قانون العقوبات اللبناني"، القسم العام، المجلد الأول، طبعة 1998، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 96. انظر أيضا الياس أبو عيد، "قانون العقوبات بين النص والاجتهاد والفقهاء دراسة مقارنة" منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2018، ص 7.

(4) جمال إبراهيم الحيدري، "الوفاي في شرح أحكام القسم العام من قانون العقوبات" مكتبة السنهوري، طبعة، 2016، بغداد، ص 257.

(5) الياس عيد، مرجع سابق، ص 4.

(6) أحمد فتحي سرور، "أصول السياسة الجنائية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص 19.

ويمكن أن يكون نشر الوباء بسبب عدم الإخبار عنه وفقاً للأصول من قبل الطبيب المعالج، أو عن الإهمال الذي يرتكب بإحدى الصور التي حددها قانون الأمراض الانتقالية المشار إليه، ومن أجل ذلك نصت المادة 15 منه على عقوبة جزائية تلحق بالطبيب الذي يهمل الإخبار عن مرض من الأمراض الوبائية في حال تثبته من إصابة المريض به أو على الأقل اشتباهه بالإصابة⁽¹⁾.

في حين نصت المادة 16 من ذات القانون على أن: "كل طبيب يهمل الإخبار عن مرض من الأمراض الانتقالية الباقية والمذكورة في المادة الثانية من هذا القانون لأول مرة فإنه يحال من قبل وزارة الصحة العامة إلى مجلس نقابة الأطباء لمحاكمته...".

ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد بل أن المادة 17 من القانون المشار إليه وسعت دائرة الملاحقة ولم تقتصر على الطبيب المعالج بل شملت كل من: "أثبتت التحقيقات تعمده إخفاء حادثة مرض انتقالي، سواء كان الطبيب المعالج، أو رب العائلة، أو الوصي أو المختار، أو مدير المؤسسة، بحيث يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز الستة أشهر وبغرامة مالية...".

وإذا كان بعض أرباب العمل الذين أشارت إليهم المادة المذكورة قد تشتبه عليهم الأمور في إصابة عمالهم بالوباء أو قد يتعمدون ذلك للحفاظ على مصالحهم وعدم تعطيل مؤسساتهم، إلا أن التمعن بمفرداتها يظهر أنها تنزل العقوبة برب العائلة الذي يخفي مرض أفراد أسرته ولا يقدم لهم العناية الطبية المطلوبة أولاً لمساعدتهم على الشفاء والحفاظ على حياتهم وثانياً للحد من انتشار الوباء عبر اختلاط هؤلاء بباقي أفراد المجتمع، خصوصاً إذا كانوا من طلاب المدارس والجامعات، ولا نغالي إذا ما قلنا أن هذا النص يعتبر من أقسى النصوص التي قد تنزل بالأب أو حتى بالوصي، وعلى قدر حرص المشرع على الحياة الصحية للأسرة، فإن

(1) نصت المادة 15 من قانون الأمراض الانتقالية على أنه: "كل طبيب يهمل الإخبار عن مرض من الأمراض الأتية: الكوليرا، الطاعون، التيفوس، الحمى الصفراء، الحمى الرجعية الوبائية، في حال اشتباهه بها أو تثبته منها فإنه يحال من قبل وزارة الصحة العامة إلى القضاء بعد اطلاع نقابة الأطباء ويعاقب بالحبس من أسبوع إلى ست أشهر وبغرامة مالية تتراوح بين العشر ليرات ومئتي ليرة لبنانية، أو بإحدى هاتين العقوبتين".

العلة الحقيقية من هذه العقوبة المقررة هي حماية الصحة المجتمعية بشكل عام بدءاً من العائلة الصغيرة وصولاً إلى كافة طبقات المجتمع.

وهذا ما يؤكد النص على عقوبة تنزل بحق مختار القرية أو المحلة ويوضح أكثر نية المشرع بالتشدد وعدم التساهل بالمحافظة على حياة المواطنين، إلا أن ذلك لا يمنع من اتباع الإجراءات القانونية قبل المباشرة بملاحقة المخاتير.

وإذا كان الإخبار عن الأمراض فور اكتشافها ضرورة ملحة لمكافحتها والحد من انتشار، إلا أنه تبقى التدابير الوقائية التي تتخذ عند التثبيت من الإصابة من الأهمية بمكان للحد من انتشارها والقضاء عليها، لذلك اعتبر قانون الأمراض الانتقالية (1957) أن كل من يخالف أو يعرقل تدابير العزل وسائر التدابير الوقائية المتعلقة بمكافحة الكوليرا والحمى الرجعية البوابية والجدري بما فيها الاسترسيسم والتيفوس البوابي والطاعون والحمى الصفراء⁽¹⁾. وما تبقى من الأمراض الانتقالية المذكورة في المادة الخامسة منه مذنباً وافر لها عقوبة الحبس والغرامة⁽²⁾.

أما المادة 21 فكانت أوسع مدى في مجال التطبيق بحيث شملت كل من يخالف التدابير الوقائية المنصوص عليها في قرارات وزارية صادرة بموجب هذا القانون⁽³⁾. وهذه الجريمة تتشابه مع جريمة المادة 770 من قانون العقوبات اللبناني من حيث النص على طبيعة الإجراء المخالف. ولنا عودة إلى ذلك فيما بعد.

وقد يحصل انتشار الوياء عن طريق نقل المصابين بطريقة متسارعة وغير مدروسة طبيًا لذلك أنزلت المادة 20 من قانون الأمراض الانتقالية العقوبة بكل من ينقل مريضاً مصاباً

(1) نصت المادة 18 من قانون الأمراض الانتقالية (1957) على أنه: "كل من يخالف أو يعرقل تدابير العزل وسائر التدابير الوقائية المتعلقة بمكافحة الكوليرا والحمى الرجعية البوابية والجدري بما فيها الاسترسيسم والتيفوس البوابي والطاعون والحمى الصفراء يعاقب إضافة إلى غرامة مالية وفرضت لها عقوبة الحبس من عشرة أيام إلى ستة أشهر كل وبغرامة مالية من عشرة ليرات إلى مئة ليرة أو بإحدى هاتين العقوبتين".

(2) نصت المادة 19 من ذات القانون على أنه: "كل من يخالف أو يعرقل تدابير العزل وسائر التدابير الوقائية المتعلقة بمكافحة ما تبقى من الأمراض الانتقالية المذكورة في المادة الخامسة يعاقب بغرامة لا تتجاوز الخمسين ليرة لبنانية".

(3) نصت المادة 21 من ذات القانون أيضاً على أنه كل من: "يخالف التدابير الوقائية المنصوص عليها في قرارات وزارية صادرة بموجب هذا القانون والمتعلقة بالمخالطين يعاقب مرتكبها بغرامة مالية لا تزيد عن الخمسين ليرة لبنانية".

بمرض وبائي بدون إشراف السلطات الصحية المختصة، ولم تكتف بهذا الحد بل نصت على احتجاز المركبة المستعملة بالنقل حتى تتم عملية تعقيمها وتطهيرها من الفيروس الوبائي⁽¹⁾. وهنا لا بد من التوقف أمام ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 567 من قانون العقوبات اللبناني، مقارنة مع نص المادة (20) المشار إليها والتي تمنع نقل المريض المصاب بمرض وبائي إلا تحت إشراف السلطات الصحية، في حين تعاقب المادة 567 عقوبات كل من يتقاعس عن إغاثة أو إسعاف مريض دون أن يعرض نفسه أو غيره للخطر الناتج عن الإصابة. وهنا يقتضي التمييز بين حالتين الأولى نقل المريض مباشرة دون أي احتياطات صحية وهذا من شأنه أن يعرض الناقل للخطر، وبين طلب النجدة له من قبل السلطات الصحية، فإذا كانت الحالة الأولى تعفي المتقاعس من الملاحقة نظراً لكون النقل قد يعرضه للخطر وينقل له الإصابة، في حين لا شيء يمنع طلب النجدة أو إسعاف محتاج لها، دون أن يكون في ذلك أي خطر لا شخصي ولا على الغير، وبطبيعة الحال يتعرض المتقاعس للعقوبة في حال الامتناع في مثل هذه الحالة⁽²⁾.

وكما أنّ هناك أشخاصاً يثرون بمناسبة الحروب، هنالك أشخاص يستغلون حالات الجوائح ليحققوا الثروات على حساب آلام الناس وحتى حياتهم⁽³⁾، فيعمدون إلى الاحتكار أو بيع المواد التي تحتاج إلى تعقيم دون اتباع الإجراءات الوقائية التي تحفظ حياة المواطنين، من هنا كان قانون الأمراض الانتقالية سابقاً في مكافحة هذه الظاهرة التي تؤدي إلى تفشي الأمراض وانتشارها في المجتمع، من أجل ذلك نصت المادة 22 من القانون المذكور على أن: "كل من أعطى أو باع أو عرض للبيع أو نقل فرشاً أو ملابس مريض مصاب بمرض انتقالي تستدعي

(1) نصت المادة 20 من المصدر نفسه على أنه: "كل من ينقل مصاباً بالكوليرا أو الطاعون أو الجدري بما فيها الاستريسم والتيفوس الوبائي والطاعون والحمى الصفراء أو الحمى الزاجعة الوبائية، بدون إشراف السلطات الصحية المختصة، يعاقب بغرامة مالية حتى خمسين ليرة لبنانية، وتحتجز واسطة النقل ريثما تتم عملية التطهير والتبخير".

(2) نصت المادة 567 من قانون العقوبات اللبناني على أنه: "من وجد بمواجهة شخص في حال الخطر بسبب حادث طارئ أو بسبب صحي، وكان بوسعه إغاثته أو إسعافه، بفعل شخصي أو بطلب النجدة ودون أن يعرض نفسه أو غيره للخطر وامتنع بمحض إرادته عن ذلك يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبالغرامة من مائتي ألف إلى مليوني ليرة، أو بإحدى هاتين العقوبتين...".

(3) محمد طي، مرجع سابق، ص 10.

مكافحته التبخير أو التطهير، وكل من استورد امتعه مستعملة ولم يخضعها للتبخير أو التطهير يعاقب بالحبس لمدة لا تزيد عن ستة أشهر وبغرامة مالية...".

هذا على صعيد العقوبات والإجراءات المحددة في قانون الأمراض الانتقالية (1957).

لكن يبقى السؤال عن العقوبات التي نص عليها قانون العقوبات اللبناني بهذا الخصوص؟
"لم يضع المشرع اللبناني تعريفاً للخطأ غير المقصود"⁽¹⁾ بل اكتفت المادة 190 من قانون العقوبات اللبناني على النص بأنه: "يكون الخطأ إذا نجم الفعل الضار عن الإهمال أو قلة الاحتراز أو عدم مراعاة الشرائع والأنظمة".

وبالعودة إلى المادة 604 منه نجد أنها تنص على أن: "من تسبب عن قلة احتراز أو إهمال أو عدم مراعاة القوانين أو الأنظمة في انتشار مرض وبائي من أمراض الإنسان عوقب بالحبس حتى ستة أشهر، وإذا أقدم الفاعل على فعله وهو عالم بالأمر من غير أن يقصد موت أحد عوقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات فضلاً عن الغرامة".

فالنظرية الأولية لنص هذه المادة في فقرتها الأولى، تثبت أن جريمة نشر الوباء بالصور التي حددتها - (قلة احتراز أو إهمال أو عدم مراعاة القوانين أو الأنظمة) - تعتبر من الجرائم المبنية على الخطأ غير المقصود، وعرفت المادة 191 من قانون العقوبات الجريمة عسر المقصودة بالقول: "الجريمة تكون غير مقصودة سواء لم يتوقعها الفاعل نتيجة فعله أو عدم فعله المخطئين وكان باستطاعته أو من واجبه أن يتوقعها فحسب أن بإمكانه اجتنابها".

وككل جرم يجب توفر الأركان الخاصة به، فإذا كان الركن المعنوي للجريمة عبارة عن العناصر النفسية التي تربط بين الفاعل وبين ماديات الجريمة.

فالركن المادي مما لا شك فيه يتمثل في طبيعته المادية الملموسة التي تدركها الحواس، فهو يشكل جوهر السلوك البشري، فلا يمكن لجريمة أن تقع من دون القيام بعمل مادي ناتج عن حركة ميكانيكية للجسم أو ترك فعل يؤدي إلى حدوث ضرر، وما دون ذلك يبقى في إطار النوايا الإجرامية التي لا يعاقب عليها القانون⁽²⁾ لأن هذا محله الضمير، وهي لا تحدث أضراراً في المجتمع، ولا تسبب

(1) علي عبد القادر قهوجي، "قانون العقوبات، القسم العام"، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 424.

(2) علي جعفر، "شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات"، المنشورات الحقوقية صادر، الطبعة الأولى 2018، ص 419.

أي اعتداء على أي حق من الحقوق التي تحميها القوانين⁽¹⁾. فلكي توجد الجريمة قانوناً ويسأل الفاعل عنها لا بد من ان تتجسد إرادة الأخير في صورة أفعال خارجية تشكل ما يسمى بالركن المادي⁽²⁾. والركن المادي لجريمة المادة 604 عقوبات يتمثل بالتصرف الذي يؤدي إلى نشر الوباء وان كانت الأخيرة قد ميزت في هذا المجال بين الجرم مع العلم به والجرم الناتج عن الإهمال وقلة الاحتراز وعدم مراعاة القوانين والأنظمة.

وهذا ما يدفعنا إلى التطرق إلى التعريفات الفقهية لكل من الإهمال وقلة الاحتراز وعدم مراعاة القوانين والأنظمة.

فالإهمال يمكن تصويره بأنه "صورة الخطأ الحاصل بموقف سلبي"⁽³⁾ فهو التخلف عن القيام بواجب أو اتخاذ حيلة مفروضة سواء أكان ذلك قبل المباشرة بالتصرف أم بعد إتمامه مما كان سيحول دون حصول النتيجة لو تمت مراعاته، بمعنى آخر يمكن القول انه إغفال الشخص لحيلة واجبة يفرضها الحذر⁽⁴⁾. من كل شخص كان في مثل ظروف الفاعل، فهو الغفلة عما ينبغي للرجل البصير ان يفعله⁽⁵⁾ ولا بد من الإشارة إلى أن الاجتهاد ينحو منحى متشدد في هذا القبيل، بحيث يميل إلى اعتماد معيار الأب الصالح لتقدير الإهمال عند ارتكاب الفعل باعتبار ان الأب الصالح هو شخص قريب من المثالية في تصرفاته. وعليه ان الإهمال لا يركز على النتيجة التي حصلت بل على تصرف منطقي كان من الواجب القيام به واهمله مما أدى إلى وقوع الجرم⁽⁶⁾.

فالإهمال هو الوجه الأكثر بروزاً في عملية نشر وباء كورونا، وما الارتقاع الحاد في عدد الإصابات التي حصلت إلا نتيجة لإهمال المواطنين وعدم تقيدهم بالإرشادات الصحية التي

(1) محمد مصباح القاضي، "قانون العقوبات القسم العام"، منشورات الحلبي الحقوقية، 2013، ص 317.

(2) المصدر نفسه، ص 317.

(3) سمير وهيتم عاليه، "الوسيط في شرح قانون العقوبات، القسم العام"، المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع، 2010، ص 307.

(4) فيلومين نصر، "قانون العقوبات الخاص، جرائم عقوبات دراسة مقارنة"، المنشورات الحقوقية صادر، الطبعة الأولى 2009، ص 376.

(5) جمال إبراهيم الحيدري، مرجع سابق، ص 394.

(6) المصدر نفسه، ص 376.

تصدر عن المراجع الصحية المختصة. ومثال على ذلك إقدام الفاعل عن إهمال على مسك أشياء ملوثة بالفيروس ومن ثم مصافحة آخر قبل تعقيم اليدين مما أدى إلى إصابته بالفيروس. أو نزع الكمامة أثناء تواجده في مكان عام ومكتظ وهو يعلم انه مصاب أو على الأقل من الممكن ان يكون مصابا وبالتالي يكون مصدرا لنقل العدوى إلى آخرين. "ولا يكفي حصول الإهمال للقول بوقوع الجرم وقيام المسؤولية إلا اذا كان الفعل نفسه معاقباً عليه كجرم قائم بذاته"⁽¹⁾.

ويعتبر العمل السلبي من السمات الأساسية التي تميز الإهمال وقلة الاحتراز فكلاهما ينطويان على تصرف سلبي يتمثل بالامتناع عن القيام بما كان يجب القيام به لتفادي الخطأ، فيصبح من الصعب بمكان التمييز بينهما، ولكن يمكننا القول ان قلة الاحتراز هي حالة إقدام الإنسان على القيام بعمل خطير وهو مدركٌ لخطورته ومتوقع لما قد ينتج عن هذا العمل من أضرار لكنه لم يتخذ الاحتياطات التي من شأنها الحيلولة دون تحقق هذه الآثار⁽²⁾ فالخطأ ينطوي على القيام بعمل لا يتم اقتترانه بالحيلة والحذر والوعي والتبصر الكافيين أثناء القيام به⁽³⁾ لتفادي وقوع الضرر.

ويتميز الجرم الناتج عن عدم مراعاة الضوابط بمخالفة نص قانوني نافذ، إذ هو يخالف القواعد التي تقرها القوانين والأنظمة والتعليمات الصادرة في امر معين، كما لو تسبب الفاعل بقتل شخص آخر نتيجة لمخالفة أنظمة إدارية أو نصوص قانونية موضوعة لحفظ الأمن والنظام والصحة⁽⁴⁾.

ولا بد من ان يؤدي الفعل الناتج عن قلة الاحتراز أو الإهمال أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة إلى نتيجة ينجم عنها ضرر يلحق بأحد الأشخاص يتمثل بنقل العدوى اليه، لكي يقع الفعل تحت دفتي القوانين الجزائية، وهذا ما يسمى بالنتيجة الجرمية، التي ينظر اليها جانب من الفقه على أنها الأثر الذي يتركه فعل الجاني على الضحية وهو الذي ينتج عن السلوك

(1) مصطفى العوجي، "القانون الجنائي، النظرية العامة للجريمة"، دار الخلود لبنان، الطبعة الثالثة، 1999، ص 659.

(2) المصدر نفسه، ص 397.

(3) فيلومين نصر، مرجع سابق، ص 376.

(4) المصدر نفسه، ص 376.

الجرمي سواء كان فعلاً إيجابياً أم سلبياً ويعتد القانون به. فالسلوك إنما يفضي إلى إحداث تغيير في العالم الخارجي كأثر له وهذا التغيير هو النتيجة⁽¹⁾.

غير أنّ العقوبة تضاعف عدّة مرّات لتصبح الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات فضلاً عن الغرامة إذا أقدم الفاعل على فعله وهو عالم بالأمر من غير أن يقصد موت أحد وهذا ما قرّره الفقرة الثانية من نص المادة 604 من قانون العقوبات اللبناني.

فالأمر لم يعد ينظر إليه على أنه فعل ناتج عن إهمال وقلة احتراز وعدم مراعاة القوانين والأنظمة بل بنتا نتحدث عن علم ورغبة في وقوع النتيجة الضارة واتجاه إرادة الفاعل إلى السلوك الإجرامي بنشره للوباء، أو إتيانه بالتصرفات مع علمه بأنه مصاب وإن فعله سوف يؤدي إلى انتشار الوباء الذي يحمله، ما يعني توجه إرادته إلى ارتكاب الجريمة عن علم ودراية، بحيث يصبح الضرر أثراً حتمياً ولازماً للسلوك الذي أتى به، دون أن يقصد إزهاق روح الضحية بل الحاق الأذى بها. كمن يعطس في وجه احد الأشخاص عمداً، أو يقدم له عن قصد وعلم أشياء ملوثة بالوباء، حتى لو كان غير مصاب بالوباء، فدوره هنا ينحصر بنشره عبر الأشياء الملوثة بقصد الأضرار بصحته⁽²⁾.

فجريمة نشر الوباء على هذه الحالة تعتبر من الجرائم القصدية، التي يتوفر فيها العلم بالإصابة وإرادة نشرها، مع معرفة الفاعل بأنه يرتكب سلوكاً مخالفاً للقانون.

وهذه الجريمة تتشابه مع جريمة الإيذاء المقصود المنصوص عليها في قانون العقوبات اللبناني، إلا أن المشرع شدد الحد الأدنى لهذه الجريمة فجعله سنة حبس، في حين أن جريمة الإيذاء المقصود ذي الطابع الجنحي التي يتجاوز فيها التعطيل عن العمل مدة العشرين يوماً لا يتجاوز حدها الأدنى الستة أشهر الحبس.

وما تجب الإشارة إليه هو أن جريمة الإيذاء المقصود قد يتغير وصفها الجرمي لتصبح من نوع الجنائية وتصل العقوبة إلى حد الأشغال الشاقة المؤبدة (عشر سنوات على الأكثر)، في حال أدى الفعل إلى استئصال عضو أو بتر احد الأطراف أو تعطيل أحدها أو تعطيل

(1) علي جعفر، مرجع سابق، ص 435.

(2) براء منذر كمال عبد اللطيف، "دور القانون الجنائي في الحد من الأثار السلبية لجائحة كورونا"، مقال منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد رقم (9) العدد الخاص، عام 2020، ص 157.

أحدى الحواس عن العمل أو إحداث تشويه جسيم أو عاهة أخرى دائمة أو لها مظهر العاهة الدائمة، في حين تبقى جريمة نشر الوباء بطريقة مقصودة من نوع الجنحة التي تتراوح عقوبتها ما بين سنة وثلاثة سنوات حبس. وهنا يدور التساؤل حول ما اذا تخطت النتيجة الجرمية قصد الفاعل وسببت الوفاة أو العاهة المستديمة للمتضرر؟⁽¹⁾

يبقى ضروريا للقول بوقوع الجرم وحصول الجريمة واستحقاق العقوبة، ان تتوفر الرابطة السببية بين الفعل الذي قام به الفاعل والضرر الذي لحق بالضحية، "الرابطة السببية هي حلقة الاتصال بين الفعل والنتيجة الجرمية"⁽²⁾، فمسؤولية مرتكب الفعل تقتصر على الشروع اذا كانت جريمة عمدية، واذا كانت غير عمدية فلا مسؤولية عنها، إذ لا شروع في الجرائم غير العمدية⁽³⁾.

وتعد العلاقة السببية قائمة اذا ما كانت النتيجة امتداداً لسلوك الفاعل باعتبارها أثراً له ولا بد من ان تتحقق النتيجة بسبب الفاعل نتيجة لما قام به من تصرف مخالف للقانون وتعمده نشر الوباء بطريقة من الطرق⁽⁴⁾ وهذا ما يسمى بالرابطة السببية، وهذا ما يعتبر من الأمور الصعب أثباتها على هذا الصعيد نظراً للطبيعة الخاصة لفيروس كورونا وهذا ما سوف نتطرق اليه لاحقاً.

ولم يكتف قانون العقوبات اللبناني بتقرير عقوبة لمن ينشر الوباء وفقاً لأحكام المادة 604 منه بل أيضاً نص على عقوبات تنزل بحق كل من خالف الأنظمة الإدارية أو البلدية الصادرة وفقاً للقانون ومن شأن هذه المخالفات أن تؤدي إلى نشر الوباء. بحيث قررت المادة 770

(1) نصت المادة 189 من قانون العقوبات اللبناني على انه: "تعد الجريمة مقصودة وإن تجاوزت النتيجة الجرمية الناشئة عن الفعل أو عدم الفعل قصد الفاعل إذا كان قد توقع حصولها فقبل بالمخاطرة".

(2) محمود نجيب حسني، "علاقة السببية في قانون العقوبات"، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ص 3.

(3) نصت المادة 204 من قانون العقوبات اللبناني على: "إن الصلة السببية بين الفعل وعدم الفعل من جهة وبين النتيجة الجرمية من جهة ثانية لا ينفىها اجتماع أسباب أخرى سابقة أو مقارنة أو لاحقة سواء جهلها الفاعل أو كانت مستقلة عن فعله".

(4) براء منذر كمال عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 157.

عقوبة الحبس حتى ثلاثة أشهر وبالغرامة من مئة ألف إلى ستمائة ألف ليرة، أو بإحدى هاتين العقوبتين لمن يقوم بهذه الأفعال⁽¹⁾.

إذ إن مخالفة القرارات الإدارية التي تصدر عن الوزارات المختصة والبلديات في حالة مواجهة وباء كورونا تقع تحت طائلة هذه المادة ويعاقب الفاعل الناشر للوباء نتيجة لمخالفة هذه الأنظمة بالحبس حتى ثلاثة أشهر وبالغرامة، وإن كانت عقوبة هذه المادة أشد من العقوبة الواردة في المادة 21 من قانون الأمراض الانتقالية (1957) إلا أنه يبقى التشابه بنوع المخالفة التي نصت عليها كلتا المادتين والمتصلة بنوع النشاط الجرمي الذي يقوم به المدعى عليه، والمتمثل بمخالفة أنظمة وقرارات إدارية تتعلق بمكافحة الوباء وصادرة وفقاً لأحكام القانون.

وكما كل جريمة لا بد من توفر ركنها المادي المتمثل بالفعل المباشر الذي أدى إلى وقوع الجرم وركنها المعنوي المتمثل بعلم المدعى عليه وإرادته وإصراره على ارتكاب فعل مخالف للقانون من شأنه الحاق الضرر بالآخرين، سواء كان يهدف إلى نشر الوباء أو مجرد المخالفة لقرارات السلطات المعنية، من دون أن يكون قاصدا إصابة احد بالضرر، إذ أن هذه الجريمة تتحقق بمجرد مخالفة قرارات وأوامر السلطات المعنية حتى ولو لم ينتج عنها أي ضرر، فالجريمة تقع بمجرد مخالفتها وبالتالي تنتج عن مخالفة الأوامر والقرارات المخالفة نفسه، إضافة إلى الرابطة السببية بين الفعل والنتيجة⁽²⁾.

خلاصة القول ان نشر وباء كورونا باي طريقة كانت يعتبر جرما جزائيا يعاقب عليه قانون العقوبات اللبناني وقانون الأمراض الانتقالية الصادر في العام 1957. إلا انه للأسف في ظل الظروف الصحية الصعبة التي عاشها المجتمع اللبناني أثناء انتشار وتقصي وباء كورونا الذي ذهب ضحيته عدد كبير من الأرواح غابت عن التطبيق المادة 604 والمادة 770 من قانون العقوبات، كما غابت عن التطبيق أيضا الأحكام الوارد في الفصل الرابع من قانون الأمراض المعدية الذي نص على تجريم وملاحقة كل من يهمل الإخبار عن أي مرض من

(1) المادة 770 من قانون العقوبات: "من خالف الأنظمة الإدارية أو البلدية الصادرة وفقا للقانون عوقب بالحبس حتى ثلاثة أشهر وبالغرامة من مئة ألف إلى ستمائة ألف ليرة، أو بإحدى هاتين العقوبتين".

(2) براء منذر كمال عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 163.

الأمراض الانتقالية، أو يخفي أي حالة عمداً أو عن إهمال، وكل من يخالف أو يعرقل تدابير العزل وسائر التدابير الوقائية.

○ **ثالثاً: المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بالأشخاص جراء نشر الوباء**
نصت الفقرة الأولى من المادة 138 من قانون العقوبات اللبناني على ان: "كل جريمة تلحق بالغير ضرراً مادياً كان أو معنوياً تلزم الفاعل بالتعويض...".
سبق وان وبينا كافة المواد القانونية التي تناولت نشر الوباء سواء في قانون الأمراض الانتقالية (1957)، أو قانون العقوبات اللبناني اعتبرت هذا الجرم من نوع الجنحة، واكتفت المادة 604 فقرتها الثانية من قانون العقوبات بمضاعفة العقوبة في حال تم نشر الوباء عن عمد بغير قصد القتل.

وبالتالي وأمام صراحة النصوص، ولكونه لا اجتهاد في معرض النص، تصبح المحاكم المختصة للنظر بقضايا نشر الأمراض والأوبئة هي المحاكم الجزائية المختصة بحسب مكان وقوع الجرم أو القاء القبض عليه او محل إقامة الأخير، في حين نصت المادة 196 من قانون أصول المحاكمات المدنية على انه: "إذا تبين للقاضي المنفرد ان الجنحة المدعى بها مكتملة الأركان وان الأدلة كافية على توافر الصلة السببية بينها وبين فعل المدعى عليه فيثبتها ويحدد المواد القانونية التي تنطبق عليها ويحكم بإدانة المدعى عليه وبالعقوبات المنصوص عليها، ويقضي بالتعويضات والالتزامات المدنية كافة للمدعي الشخصي اذا طلبها وتوافرت شروط الحكم بها....".

فالتعويض في القضايا الجزائية هو الجزاء الناشئ عن الجريمة بهدف إرجاع بعض من حقوق المدعي التي تضررت جراء خطأ المدعى عليه، حيث يجعل الأخير بوضع مسؤول مالياً عن التعويض عن الضرر الذي سببه فعله الجرمي، سواء كان هذا الضرر مادياً أو معنوياً، هذه من جهة، أما من جهة ثانية، فالتعويض المقضي به في القضايا الجزائية يهدف أيضاً إلى تحقيق مصلحة اجتماعية ويشكل رادعاً لعدم تكرار الجرائم⁽¹⁾.

(1) حسون عبيد هجيج، "التعويض في دعاوى الجزائية"، مقالة منشورة في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 2014، العدد 20 تاريخ 2014/9/30 ص 7.

فاذا كان التعويض عن الجرائم الجزائية يتطلب بحسب نص المادة 196 المشار اليها أعلاه توفر أركان الجريمة (المادية والمعنوية) إضافة إلى الرابطة السببية بين الفعل والنتيجة، فإن الأمر يبدو أكثر صعوبة في حالة ارتكاب جرم نشر فيروس كورونا (covid-19)، نظرا لصعوبة إثبات الجرم أي المصدر الذي تلقى منه المتضرر الإصابة، خصوصا في حالة التفشي العام للوباء وانتشاره في كافة أرجاء البلاد وانتقاله بوسائل مختلفة (لمس، عطس، ريق....).

فالإثبات بوجه عام هو كل ما يؤدي إلى ظهور حقيقة ارتكاب الفاعل للجرم، خصوصا وان عبء الإثبات في القضايا الجزائية يقع على عاتق من ادعى، ومن الصعب بمكان ان يثبت الأخير انه تلقى العدوى من شخص محدد بالذات، إلا في الحالات القليلة التي تكون وقائعها محكمة، ولا شيء يمنع حينها من المطالبة بالتعويض إلا انه كما أسلفنا يقع عبء الإثبات على المدعي، وهو ليس بالأمر بالسهل.

○ الخاتمة

حل فيروس كورونا (covid-19) ضيفا ثقيلاً على خريطة العالم، وبغض النظر عن النظريات التي اطلقت حوله، وعن التحليلات التي تناولته وأسندته تارة إلى المؤامرة وطورا إلى التطور الوبائي المتعدد المصادر، فانه مما لا شك فيه وضع العالم تحت رحمة العزل وقطع الأوصال حتى داخل الأحياء فضلا عن الأوطان، وهدد الاقتصاد، وبث الرعب لدى سكان المعمورة بأثرها، وازهق أرواح آلاف البشر، ووضع العالم أمام تحدي القضاء عليه، هذا التحدي الذي لم تنته فصوله بعد حيث نشهد من حين لآخر إعادة تجدده وتفشيه تارة هنا وطورا هناك، ولم ينجح العقل البشري في وقتنا الراهن الذي وصل إلى حدود كوكب المريخ في القضاء عليه، ووقفه وإعادة الحياة إلى طبيعتها كما سابق عهدها، على الرغم من تجربة أنواع متعددة من اللقاحات المضادة له، والتي قيل أنها تحد من تأثيره الضار على جسم الإنسان فقط، ولا تمنع من إصابته مجدداً.

ونظرا لخطورة هذا الوباء وسرعة تفشيه، إضافة إلى الطريقة التي ينتشر بها، والأضرار الكبيرة التي يسببها لجسم الإنسان، كانت هذه الدراسة التي سلطت الضوء على إمكانية الملاحقة

الجزائية لناشري الوباء سواء عن إهمال أو قلة احتراز أو مخالفة القوانين والأنظمة، فضلاً عن النقل العمدي دون قصد القتل، والتي حددت أيضاً الوصف الجرمي للفعل المرتكب عن طريق النشر، كما وصفته مختلف المواد القانونية التي عاقبت عليه سواء في قانون الأوبئة (1957) أو قانون العقوبات اللبناني من نوع الجنحة.

ولكن مما لا شك فيه انه يبقى عبء إثبات الإصابة من مصدر محدد هو التحدي الأكبر أمام المتضرر، وفي حال استطاع إلى ذلك سبباً فإنه لا شيء يمنع من الادعاء بوجه الفاعل والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء هذه الإصابة.

وعلى الرغم من التشدد في تطبيق الإجراءات التي اعتمدت من قبل الدولة اللبنانية أثناء مكافحة هذا الوباء إلا انه لم يكن هناك الوعي الكافي لدى عدد لا بأس به من المواطنين للتقيد بها، وهذا ما يثبت حجم الإصابات الكبير التي ظهرت خلال فترة قياسية محددة وعلى الرغم من ذلك غابت أحكام القانون عن التطبيق.

الدراسة الثالثة:

التحكيم في زمن الجائحة بين الواقع والمنشود⁽¹⁾

د. بتول حسن قعفراني

منذ عام 2020، والعالم يشهد وقائع انتشار سريع وتمدد واسع لفيروس كورونا المستجد - كوفيد 19- الذي تم الإعلان عنه لأول مرة في مدينة ووهان الصينية في أواخر عام 2019. وبعد ان اكتسب الوباء بعداً عالمياً، نظراً لتفشيته في كافة انحاء الكرة الأرضية، وازدياد عدد المصابين به فضلاً عن ازدياد حالات الوفيات بشكل مهول، اضطرت منظمة الصحة العالمية الى تصنيف هذا الفيروس بال "جائحة"⁽²⁾ واعلان حالة الطوارئ العالمية في 30 من شهر كانون الثاني لعام 2020 وذلك بهدف الحد من تفشي هذا الفيروس عبر الحدود. وهذا ما دفع اغلبية الدول الى اغلاق معايرها الجوية والبحرية والبرية الا في الحالات الضرورية. وأفضى هذا الامر الى اشد حالة من الركود الاقتصادي شهدها العالم منذ الحرب العالمية الثانية. وبالرغم من كل المساعي العالمية في احتواء هذا الوباء، الا ان العالم اجمع لا زال يعاني حتى الساعة من جراء هذه الأزمة غير المسبوقة.

مما لا شك فيه ان تفشي جائحة كورونا كان له تداعيات وخيمة وصعوبات أثرت في جميع المجالات كافة. وإذا كان الخلل الناتج عن انتشار فيروس كورونا قد أثر بشكل جذري على القطاع التجاري، فإنّ هذه الاثار قد امتدت لتشمل المجال القانوني، الذي يُعتبر جزءاً لا يتجزأ من الاقتصاد وإدارة الأعمال. حقيقة الأمر أنّ الفيروس يثير مخاوف رئيسية في المجال

(1) العنوان مستوحى من سيادة عميد كلية الحقوق في جامعة بيروت العربية، البروفيسور محمد حسن قاسم مشكوراً.

(2) الجائحة هي اعلى درجات الخطورة في انتشار وقوة المرض، لأنه يعني ان المرض منتشر في أكثر من دولة وأكثر من منطقة جغرافية واحدة مثل قارة او منطقة.

القانوني، وبطبيعة الحال أدى هذا الامر الى بروز إشكاليات وتحديات قانونية جمة، لا يمكن التعامل معها في ظل القوانين الحالية، لذلك بدأت التدخلات التشريعية في غالبية دول العالم كمحاولة للتعامل مع العجز الذي ظهر في المنظومة التشريعية، علماً ان هذا العجز ليس نتيجة قصور لما هو قائم، وانما نتيجة واقع غير مسبوق فرضته هذه الجائحة، فعلى الرغم من ان هذه الجائحة ليست الأولى على المستوى العالمي الا انها المرة الأولى التي تضطر البشرية فيها للتعامل مع جائحة في ظل العولمة والتكنولوجيا الحديثة غير المسبوقة عالمياً.

ونظراً لأن اهم المنازعات التي تثور في الآونة الحالية، مع تقاوم الازمة وازدياد انتشار الفيروس وكثرة الإجراءات والتدابير الوقائية والاحترازية، هي المنازعات التجارية، ذلك ان كثيراً من الأنشطة والمؤسسات التجارية أصبحت عاجزة عن الوفاء بالتزاماتها، ونظراً لان هذه المنازعات تقتضي طبيعتها التجارية والائتمانية ان يتم تسويتها بشكل سريع يتفق مع طبيعة هذه المعاملات، ونظراً لان اللجوء الى التحكيم يعتبر الوسيلة الأمثل لحل هذه المنازعات، وخاصة تلك التي تتسم بطابع دولي، فمن الطبيعي ان يعتبر التحكيم التجاري الدولي من المجالات التي تتأثر بهذه الجائحة.

من هنا، يثور التساؤل التالي: ما مدى تأثير التحكيم بهذا الفيروس خاصة من جهة كون الازمة ستخلق العديد من النزاعات التي لم يعتد التحكيم على التعامل معها، وبالتالي ما هي التحديات الحقيقية التي ستواجه التحكيم في ظل هذه الجائحة؟ كيف أدت المؤسسات التحكيمية دورها بهذا الشأن، وكيف تصدت لهذه الازمة؟ وما هي التدابير المتخذة لمواجهة هذه العقبات؟ هل استطاعت هذه التدابير ابراز نجاعتها من خلال ترسيخ مزايا التحكيم لحل النزاعات في ظل الجائحة؟ وهل اثبتت هذه التدابير شموليتها وكفايتها لكي تصبح هي الدعامه الاساسية في إجراءات التحكيم، ام انها ستظل مجرد تدابير مؤقتة تنتهي مفاعلها مع انتهاء الجائحة؟ للإجابة عن كل هذه التساؤلات، لا بد لنا من الغوص في مدى تأثير جائحة كورونا على المنظومة التحكيمية (مطلب اول)، اما مدى ملاءمة التدابير المتخذة في منظومة التحكيم لمواجهة الجائحة فتشكل محور (المطلب الثاني).

○ المطلب الأول: مدى تأثير جائحة كورونا على المنظومة التحكيمية

لا شك ان التحكيم يعتبر اهم وسيلة تعبر عن إرادة الافراد باختيارهم قضائهم واصول المحاكمة واجراءاتها التي يتوجب على هذا القضاء المختار بالإرادة تطبيقها⁽¹⁾، لذا فإن التحكيم نظام قانوني قوامه اتفاق فرقاء معينين على تكليف محكم بفصل النزاعات الناشئة او التي ستنشأ بينهم، مفضلين عدم اللجوء الى قضاء الدولة⁽²⁾. يرى جانب من الفقه⁽³⁾ ان الميزات والخصائص التي يتسم بها التحكيم من مرونة وسهولة وسرعة، والتي جعلت منه وسيلة فعالة وناجعة وضرورية في الأيام العادية، أثبتت انها اكثر قيمة في أوقات الازمة العالمية الناجمة عن جائحة كورونا وبالتالي أدت الى اعتبار التحكيم اقل تأثراً بالجائحة.

الا ان جانب اخر من الفقه⁽⁴⁾، يعتبر وبحق، انه بالرغم من وجود هذه الميزات الا انها تواجه صعوبة واقعية في الاستمرار في ظل تفشي جائحة كورونا والتي شلت تماماً جل مناحي الحياة وهو ما أدى بكل تأكيد الى ظهور عقبات بوجه التحكيم وخصوصاً على الإجراءات التي كانت جارية قبل تفشي هذه الجائحة.

من هنا، سوف نعرض للعقبات التي تتعلق بإجراءات التحكيم (الفرع الأول)، ومن ثم العقبات التي تتعلق بأشخاص التحكيم (الفرع الثاني).

(1) Emmanuel Gaillard, dialogue des ordres juridiques: ordre juridique arbitral et ordres juridiques étatiques, revue de l'arbitrage, N°3, 2018, p. 493 et suiv.

(2) اهتمت الدول الغربية والعربية على السواء بالنص على التحكيم كوسيلة فعالة للفصل في منازعات التجارة الداخلية والدولية في تشريعاتها، فمنها من خصص له باباً مستقلاً في تشريعاتها المنظمة للتقاضي مثل فرنسا التي خصصت في الكتاب الرابع من قانون المرافعات الفرنسي للتحكيم وذلك من المواد 1442 الى المواد 1527، ولبنان الذي خصص له الباب الأول من الكتاب الثاني من قانون أصول المحاكمات المدنية المعنون خصومات وإجراءات متنوعة وذلك من المواد 762 الى المواد 821. ومنها من خصص له قوانين مستقلة مثل جمهورية مصر العربية التي أصدرت قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 بتاريخ 18 نيسان 1994 والمعدل بالقانون رقم 9 لسنة 1997 والقانون رقم 8 لسنة 2000.

(3) Thomas Clay, l'arbitrage, une procédure efficace face aux covid-19, publié le 15/5/2020, les affiches parisiennes, www.affiches-parisiennes.com, dernière visite le 27/4/2022.

(4) رياض فخري، التحكيم في ظل الازمات جائحة كورونا كوفيد 19 نموذجاً، مجلة القانون والاعمال، العدد 63، 2020، ص 12 وما يليها.

• الفرع الأول: عقبات متعلقة بإجراءات التحكيم

إذا كان ولوج باب التحكيم يتم عن طريق اتفاق تحكيمي يبرمه المتعاقدان، حيث يأخذ هذا الاتفاق إما شكل البند التحكيمي⁽¹⁾ أو العقد التحكيمي⁽²⁾. فإن هذا الأمر يستتبع عند نشوب النزاع سلسلة من الإجراءات تعتبر وسائل فنية حددها القانون لحماية الحق وفض المنازعات التي تثار بشأنه. ولذا تعتبر إجراءات التحكيم نظراً لأهميتها بمثابة العمود الفقري الذي يقيم نظام التحكيم، وهي السياج الذي يضمن شرعيته. وإذا كانت هذه الإجراءات تشمل المسائل المتعلقة بولاية القضاء التحكيمي وتشكيل هيئة التحكيم واختصاصها وإجراءات المرافعات التي تتبع لديها حتى اصدار الحكم بالنزاع. فإن فعالية التحكيم مرتبطة بادئ الأمر بحسن اختيار الهيئة التحكيمية وكفاءتها في إدارة النزاع وفصله، لذلك، ينبغي على الفرقاء إبداء الحرص في تشكيلها. ولذلك تبرز العقبة الأولى من خلال تشكيل هيئة التحكيم.

لا شك ان القاعدة في تشكيل هيئة التحكيم هي إرادة الأطراف التي لها الدرجة الأولى في الاختيار سواء من حيث الأشخاص او العدد طبقاً لقاعدة الرضائية في المسائل التحكيمية كقاعدة عامة⁽³⁾. وتبدو إرادة الطرفين واضحة بالنسبة للتحكيم الحر - adhoc- اذ يختار الأطراف فيه مباشرة او بواسطة شخص من الغير محكماً او أكثر لنظر نزاع معين. ولكن لإرادة الأطراف الدور الأساسي ايضاً في التحكيم المؤسسي، اذ ان الأطراف عندما يختارون التحكيم وفقاً لنظام مركز تحكيم معين فإنهم يعبرون ضمناً عن ارادتهم في ان يتم اختيار

(1) تستخدم بعض القوانين العربية كالقانون المصري مصطلح " شرط التحكيم" للدلالة على البند التحكيمي، وهو البند الذي يدرجه المتعاقدان في عقدهما الأساسي والذي يثيران فيه إلى أن أي نزاع يمكن أن ينشأ بينهما فيما خص هذا العقد يتم حله بواسطة التحكيم. وهذا ما نصت عليه المادة 762 أ.م.م لبناني، والمادة 10 فقرة 2 من قانون التحكيم المصري.

(2) تستخدم بعض القوانين العربية كالقانون المصري مصطلح "مشاركة التحكيم" للدلالة على العقد التحكيمي. وهو يتحقق إذا اتفق الفرقاء بعد نشوء نزاع بينهما فعلاً على أن يتم حله بواسطة التحكيم. فيبرمان عقداً يتضمن ما اتفقا عليه لهذه الجهة مع تحديد موضوع النزاع ومهمة المحكم. وهذا ما نصت عليه المادة 765 أ.م.م لبناني، والمادة 10 فقرة 2 من قانون التحكيم المصري.

(3) سميحة القليوبي، الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص 153.

المحكّمين وفقاً لنظام المركز، سواء نص النظام على ان يتم الاختيار من الأطراف على نحو معين، او بواسطة المركز⁽¹⁾.

ولذا تبرز الإشكالية في هذا المضمّار في التحكيم الحر أكثر منها في التحكيم المؤسسي، بمعنى انه في غياب تعيين هيئة التحكيم أو طريقة تعيينها يجبر الأطراف على اللجوء إلى مضامين قواعد نظام التحكيم الخاص بالمؤسسة المختارة. وفي الغالب لا تواجه عملية تعيين الهيئة في التحكيم المؤسسي إشكالات عملية، على اعتبار أن نظام المؤسسة تم اعداده لتجاوز كافة الإشكاليات العملية التي قد تواجه الأطراف أو المحكّمين⁽²⁾.

اما التحكيم الحر، فإنه يواجه صعوبات أكثر فغياب نظام اجرائي لتنظيم هذه العملية يترك حرية الاجتهاد للأطراف، وعلى العموم في حالة غياب تعيين هيئة التحكيم ضمن اتفاق التحكيم (البند أو عقد التحكيم)، فإن الأطراف يتعين عليهم الاتفاق على عدد المحكّمين، ثم تعيين الهيئة التحكيمية⁽³⁾.

اما في حالة عدم تمكن الأطراف من الاتفاق على تعيين محكم او محكّمين، فإن دور القضاء يبرز بشكل جوهري لهذه الناحية، بمعنى ان القضاء لا يتدخل في التحكيم الذي يجري على اقليمه من تلقاء نفسه، بل يجب ان يتقدم أحد أطراف اتفاق التحكيم، بطلب الى الجهة القضائية المختصة لتعيين محكم أحد الطرفين، او المحكم الوتر، او تشكيل كامل لهيئة التحكيم، لهذا تصدت التشريعات المنظمة للتحكيم في مثل هذه الحالات من خلال وضع نصوص يلجأ اليها الأطراف لطلب تعيين المحكم او رئيس هيئة التحكيم⁽⁴⁾.

(1) فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علماً وعملاً، مرجع سابق، ص 249 وما يليها.

(2) راجع على سبيل الاستثناء: المادة 12 و 13 من قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية ICC والتي عالجت بالتفصيل حالة تشكيل الهيئة التحكيمية في حال عدم اتفاق الأطراف على تعيين المحكم.

(3) وفق ما نصت عليه المواد 763 فقرة 2، والمواد 766 و 771 و 772 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني في التحكيم الداخلي، والمواد 810 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني في التحكيم الدولي. تجدر الإشارة الى ان نص المادة 763,766 توجب ان تشتمل اتفاقية التحكيم الداخلي على تعيين المحكّمين او على بيان الطريقة التي يعينون بها، اما في التحكيم الدولي، فإن المادة 810 اقتصرت على ان تجيز تعيين المحكّمين او تحديد طريقة تعيينهم في اتفاقية التحكيم الدولي.

(4) تنص المادة 764 ا.م.م لبناني: " إذا حصل بعد نشوء النزاع ان قامت عقبة في سبيل تعيين المحكم او المحكّمين بفعل أحد الخصوم او لدى تطبيق طريقة تعيينهم، فيطلب تعيينهم من رئيس الغرفة الابتدائية....."؛ كما نصت المادة 17 من

من الجدير الإشارة الى ان قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني يولي هذه المهمة لرئيس الغرفة الابتدائية لتذليل العقبة الناشئة عن عدم التوصل الى تسمية المحكم، ولذا فإن صلاحية رئيس الغرفة الابتدائية هي صلاحية ملزمة، حصرية واستثنائية لمعالجة الصعوبات التي تنشأ لدى تشكيل الهيئة التحكيمية، فلا يمكن الاتفاق على مخالفتها وإيلاء الاختصاص في تعيين المحكم الى مرجع قضائي آخر حتى ولو كان هذا المرجع هو الغرفة الابتدائية بذاتها⁽¹⁾. وتقريباً على ذلك، نجد انه قد يعمد الأطراف، في بعض الأحيان، الى ادراج عبارة في البند التحكيمي مفادها انه في حال عدم اتفاق الأطراف على تعيين المحكم يكون الاختصاص عائداً الى قاضي الأمور المستعجلة، الا ان الاجتهاد في لبنان قد استقر في هذه الناحية على اعتبار ان هذا البند لا يمكن ان يولي قضاء العجلة اختصاص النظر في طلب تعيين المحكم⁽²⁾.

قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على المحكمة المختصة بطلب تعيين المحكم ووضعت الإجراءات الواجب اتباعها في مثل هذه الحالات.

(1) فادي الياس، تكوين الهيئة التحكيمية، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 56، 2010، ص 42.

(2) قضت محكمة استئناف بيروت، الغرفة الثالثة، قرار رقم 758، تاريخ 2008\5\20، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، عدد 45، ص 47 رقم 16 بما يلي:

"حيث انه يقتضي بادئ ذي بدء البحث في مدى قابلية القرار المطعون فيه للاستئناف. وحيث ان الاختصاص النوعي لقاضي الأمور المستعجلة لإصدار القرارات القضائية لا يتحدد الا بموجب القوانين المرعية الاجراء، ولا يمكن لهذا الأخير ان يصدر القرارات الا ضمن الولاية القضائية التي منحه إياها قانون أصول المحاكمات المدنية وبعض القوانين المتفرقة. وحيث ان البند التحكيمي الوارد في اتفاقية تمثيل وبرمجة الاعلام السينمائية" الموقعة بين الطرفين، نص على انه في حال الاختلاف بينهما على تعيين حكم ثالث، يتم تعيينه من قبل قاضي الأمور المستعجلة بمعنى ان إرادة الفريقين في العقد التحكيمي اولت قاضي الأمور المستعجلة مهمة تعيين محكم ثالث في حال حصول خلاف حول تعيينه. وحيث ان القرار الصادر عن قاضي الأمور المستعجلة في بيروت بتاريخ 2007\6\19، بتعيين محكم ثالث بالاستناد الى البند الرابع عشر من الاتفاقية المذكورة، لا يعتبر في أي حال من الأحوال قراراً قضائياً مستمداً من النصوص القانونية التي تحدد صلاحية قاضي الأمور المستعجلة، انما قراراً غير قضائياً مستمداً من إرادة الفريقين في العقد التحكيمي، لان قاضي الأمور المستعجلة عندما يتخذ مثل هذا القرار، يتخذه بصفته شخصاً ثالثاً حظي على ثقة المتعاقدين وليس بصفته قاضياً، فلا يكون القرار بتعيين ثالث قراراً قضائياً داخلاً ضمن اطار عمله القضائي...."

تأسيساً على كل ذلك، فإن القضاء يلعب في هذا الموضوع دور المساند والداعم لخصومة التحكيم من خلال إزالة العقبات التي تعيق تقدم اجراءاته⁽¹⁾. وهذا ما أكد عليه الاجتهاد عندما اعتبر انه: " وحيث انه لا يمكن القول في مثل هذه الحالة، ان القاضي يحل محل الطرفين او احدهما في تعيين المحكم خلافاً لإرادته، اذ ان دور القاضي يقتصر هنا على مساعدة الطرفين في تحقيق ارادتهما المشتركة، وفي تجاوز الصعوبات المثارة من احدهما في حال لم تكن هذه الصعوبات نابعة عن سبب مشروع او لا تتم عن بطلان البند التحكيمي او عن نقص فيه، او عن اشكال جدي يلقي الشك حول ارادة الطرفين الحقيقية، حيث عندها فقط تطبق الفقرة الثانية من المادة 764 ا.م.م....."⁽²⁾.

ان النصوص القانونية التي نصت على تدخل القضاء في تشكيل الهيئة التحكيمية لم تتطرق الى الإجراءات المتبعة بهذا الخصوص، من هنا لا بد من العودة الى النصوص العامة في قواعد أصول المحاكمات المدنية المتعلقة بتوافر شروط الصفة والمصلحة والأهلية، فضلاً عن إعمال قواعد الاختصاص، وما يستتبع ذلك من اجراءات تتعلق بالتبليغ وغيرها. مما لا شك فيه، ان تطبيق هذه الإجراءات والقواعد في الظروف العادية أمر لا مفر منه، الا انه يشكل عقبة حقيقية في زمن جائحة كورونا، خاصة مع الإجراءات المتبعة في كافة دول العالم من منع للتجول وفرض الحجر الصحي، مما أدى الى وجود عقبة حقيقية امام تشكيل هيئة التحكيم في حال عدم اتفاق الفرقاء.

اما العقبة الثانية التي يواجهها التحكيم فتتعلق بالإجراءات المتبعة أثناء الخصومة التحكيمية. من المعروف ان الأصل يعود دائماً الى أطراف التحكيم للاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم لنظر النزاع. وهذا الحق في اختيار إجراءات التحكيم يعتبر من اهم مزايا التحكيم إذا انه يعطي الأطراف الحرية الكاملة في تحديد تلك الإجراءات. وإذا كان أطراف

(1) لمزيد من التفاصيل، راجع عبد الحميد الاحدب، دور القضاء في التحكيم، ورقة عمل أقيمت في مؤتمر دور القاضي في الخصومة وحدة الهدف وتعدد الأدوار، المؤتمر الذي نظّمته جامعة بيروت العربية، من 4 الى 5 شباط 2010، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، 2012، ص 923 وما يليها؛ وبذات المعنى:

El Mahdi Najib.M, l'intervention du juge dans la procédure arbitrale, université de Bordeaux, 2016, p.36 et suiv.

(2) قرار صادر عن رئيس الغرفة الابتدائية الأولى الناظرة في القضايا التجارية في بيروت، تاريخ 15/8/2006، مجلة العدل، العدد 2، 2007، ص 867-868.

التحكيم يملكون الحق في تحديد الإجراءات التي يجب على الهيئة التحكيمية اتباعها، إلا أن هذه الحرية لا تصل إلى درجة عدم وضع قيود لها بصفة نهائية، حيث هناك دائماً ما يجب مراعاته وهو عدم مخالفة النظام العام⁽¹⁾، ممثلاً في القواعد والإجراءات الامرة⁽²⁾. وهذا الأمر لا غبار عليه، إذ أن خصومة التحكيم رغم اختلافها عن الخصومة أمام المحاكم إلا أنها خصومة قضائية ترمي إلى تحقيق نفس وظيفة الخصومة أمام المحاكم، إلا وهي إصدار حكم يفصل في الدعوى ويحوز حجية القضية المحكوم بها⁽³⁾.

بطبيعة الحال، تتمتع هيئة التحكيم بصلاحيات واسعة للسير في إجراءات الخصومة التحكيمية، فلها سلطة تحديد مواعيد جلسات المرافعة، وتحديد ما إذا كانت الجلسات التي تقررها ستكون لمرافعات شفوية لتقديم بيانات الادعاء والدفاع من الطرفين، أم أنها ستكتفي في شأن سير إجراءات التحكيم على أساس تقديم المستندات والأدلة دون مرافعات شفوية. كما تحدد الهيئة نظام الجلسات على هذا النحو في بداية مباشرتها لسلطتها. ويمكن لطرفي النزاع طلب مواعيد مناسبة لجلسات المرافعة سواء بالادعاء أو بالدفاع، من هيئة التحكيم ما لم يتم الاتفاق بين الطرفين على عدم عقد جلسات مرافعة شفوية⁽⁴⁾. كما يحق لهيئة التحكيم تعيين خبير أو أكثر لتقديم تقرير إليها بشأن مسائل معينة تحددها الهيئة.

من هنا، يقتضي توضيح تأثير الإجراءات التي أقرتها الهيئة التحكيمية واتفق عليها الأطراف بالوضع الحالي أمام نقشي فيروس كورونا. فإذا كانت الإجراءات لها غاية محددة وهي التحقق من مطالب وحجج الأطراف قصد البت في النزاع وذلك عبر احترام الضمانات

(1) E. Loquin, l'ordre public et l'arbitrage, revue de jurisprudence commerciale, N°4, Juillet-Août 2018, p.14 et suiv.

(2) لا بد من التمييز بين التحكيم العادي والتحكيم المطلق، إذ أن الأصل في التحكيم العادي أن يطبق المحكم قواعد أصول المحاكمات التي يطبقها القاضي الرسمي إلا إذا اتفق المتحاكمون على إعفاء المحكم منها أو اختاروا قواعد إجرائية أخرى، أما في التحكيم المطلق فالأصل أن المحكم غير ملزم بتطبيق أصول المحاكمات العادية وذلك دون الحاجة إلى حصول اتفاق بين الفرقاء بهذا الخصوص. وفي كلا الحالتين، هناك قواعد إجرائية متعلقة بالنظام العام يجب على المحكم التقيد بها. وفقاً لنص المواد 776 و777 أصول محاكمات مدنية لبناني.

(3) Fady Nammour, droit et pratique de l'arbitrage interne et international, Bruylant, Delta, L.G.D.J, 2009, p. 11 et suiv.

(4) لمزيد من التفاصيل، راجع علي إسماعيل دياب، المحكم (شروطه، صلاحيته، تعيينه، التزاماته، حقوقه، سلطاته، مسؤوليته)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، إشراف أحمد عوض هندي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص 299 وما يليها.

الأساسية للتقاضي لعل أهمها هو حق الدفاع. فإن عدم احترام هذه المبادئ له أثر كارثي على القرار التحكيمي نظراً لأنه يعرضه للبطلان، فعدم احترام حقوق الدفاع من أسباب الطعن بالبطلان. وأمام تفشي الفيروس يظل التحدي هو العمل على الموازنة بين حتمية احترام حقوق الدفاع في الإجراءات التحكيمية واحترام إجراءات الحجر الصحي التي اتخذتها الدولة وإصدار القرار التحكيمي خلال المهلة المتفق عليها أو القانونية⁽¹⁾.

فمسألة تنظيم جلسات الاستماع الشخصية، باعتبارها فرصة مهمة للأطراف وللمحكمين للتواصل فيما بينهم، يثير إشكالاً رئيسياً، بحيث يعتبر غياب هذه الأخيرة مصدراً كبيراً للتعقيد والتكلفة، نظراً للعدد الكبير من المشاركين في العملية التحكيمية من بلدان مختلفة، فأطراف العملية التحكيمية غالباً ما يفضلون تأخيرها بدلاً من التخلي عن جلسة استماع شخصية. كما أن وجود الشهود والخبراء يضمن الفورية في التفاعل مما يسمح للمحكمة من الاستفادة القصوى من جلسة الاستماع. وأمام استحالة الحضور بزغ الدور الأساسي للتكنولوجيات الحديثة للتواصل وهي الآليات التي اعتمدها كافة مؤسسات التحكيم للحد من وطأة إجراءات الحجر الصحي على إجراءات التحكيم الجارية رغم التحديات الكبرى التي يطرحها هذا اللجوء إلى التكنولوجيا الرقمية.

من هنا، تبرز العقبات العملية المتعلقة ببعض المشكلات الفنية، حيث يشير جانب من الفقه⁽²⁾ إلى أن عقد المؤتمرات عبر الفيديو ليس حلاً سحرياً، إذ أنه يوجد حالات تبرر ذلك ولكن ليس دائماً، ويعتبر أن المشكلة الأبرز غالباً ما تكون " جودة النطاق الترددي"، والتي من شأنها أن تكون موضوع توتر بين الأطراف والمحامين الذين يثيرون مشاكل الاتصال، ويضيف أنه إذا كان للحضور الشخصي بين الأطراف خلال الجلسات دور مهم وبارز إذ أن التعامل من خلال نبرة الأصوات ولغات الجسد تؤثر بشكل كبير على تفسير موقفهم ومركزهم القانوني، كما يمكن أن يكون الاستجواب المتبادل خادعاً في بعض الأحيان بالفعل عن طريق مؤتمر الفيديو، لذا فإن العقبة الأكبر التي قد تعتري التحكيم في ظل الجائحة هي غياب التفاعل بين الأطراف الذي يتميز به التحكيم عموماً. وبالتالي يقل الاعتماد على التفاعل المذكور إذ يزداد التركيز على عمليات تقديم الوثائق الإثباتية.

(1) رياض فخري، التحكيم في ظل الازمات، مرجع سابق، ص 17.

(2) Thomas clay, l'arbitrage, une procédure efficace face au covid-19, op. cit

وهنا يبرز سؤال مفاده، ما هي سلطات الهيئة التحكيمية في اتخاذ الإجراءات المتعلقة بالتحكيم في ظل هذا الظرف الاستثنائي هل هي سلطة مطلقة؟ ام انها سلطة استثنائية؟
يجيب جانب من الفقه⁽¹⁾ على ان السلطة الممنوحة للهيئة التحكيمية في تسيير الدعوى يجب ان تكون مطلقة في ظل جائحة كورونا، بمعنى ان إجراءات الفصل في النزاع التحكيمي تعتبر بسيطة ومحركة من الشكليات التي تكون مفروضة عادة عند اللجوء الى القضاء، فيما خلا القواعد المتعلقة بالنظام العام، واذا كانت سلطات هيئة التحكيم تبرز في ثلاث محاور تتعلق بتحديد مكان ولغة التحكيم، وتنظيم جلسات التحكيم، وتحديد موعد التحكيم وذلك تأسيساً على نصوص القانون التي تخول الهيئة التحكيمية اتخاذ الإجراءات اللازمة في حال عدم اتفاق الأطراف، فإن السلطة التقديرية للهيئة التحكيمية، حتى عند اتفاق الأطراف، تسمح لها بتكييف الإجراءات بما يتلاءم مع حالة الحجر الصحي التي فرضتها جائحة كورونا⁽²⁾، اخذة بعين الاعتبار التوازن بين اساسين أولهما احترام المبادئ الأساسية للدعوى (نذكر على سبيل المثال احترام حق الدفاع وحق المواجهة والمساواة...) وثانيهما إتمام الإجراءات بطريقة سريعة وفعالة ودون تراخ⁽³⁾.

بالإضافة الى كل ذلك، لا بد من الالتفات الى عقبة تتعلق بالمواعيد والآجال، نظراً لكل الإجراءات المتخذة في ظل جائحة كورونا من حجر ومنع تجول، ونظراً لتفاوت صرامة هذه الإجراءات بين دولة وأخرى حسب تفشي الجائحة لديها، أصدرت اغلبية الدول قوانين لتعليق المواعيد والآجال القانونية معلنة حالة الطوارئ الصحية، من هنا يثور السؤال من الناحية الإجرائية، هل تعتبر هذه الحالات حالة وقف للمهل ام انها انقطاع؟

(1) سيد احمد محمود، التأثير المتبادل لوباء كورونا مع رقم التحكيم في ضوء قانون التحكيم الاماراتي 6 لسنة، ورقة عمل مقدمة الى الملتقى الدولي العلمي " الجوانب القانونية والموضوعية والاجرائية لجائحة كورونا الذي عقد في 29\10\2020، على منصة ميكروسفت تيمز الالكترونية.

(2) يمكن ان يتفق الأطراف على مكان معين للتحكيم، الا انه يحق لهيئة التحكيم وفقاً لسلطتها التقديرية تغيير مكان جلسات التحكيم المتفق عليها في حال رأت ان المكان المتفق عليه يقع ضمن نطاق العزل الكلي للبلد.

(3) ثاني بن علي بن سعود، مناس خاتشادوريان، تحديات التحكيم عن بعد في زمن جائحة كوفيد 19، مجلة التحكيم العالمية 2020، العدد 47 و48، ص 67 وما يليها.

من المعروف ان وقف المحاكمة يعتبر امتناع السير في اتخاذ الإجراءات التي يقصد بها موالاة السير فيها بهدف التوصل الى الحصول على حكم في الموضوع لقيام سبب اناط به القانون مكنة إحداث هذا الأثر⁽¹⁾. ولعل اهم ما يميز وقف المحاكمة ان الإجراءات السابقة على الوقف تبقى قائمة، وكل ما يفعله الوقف هو تأخير الفصل في النزاع لحين زوال العارض او الحالة التي استوجبت الوقف. ويكون الوقف اما وقفاً اتفاقياً⁽²⁾ واما بحكم المحكمة، واما وقفاً بقوة القانون⁽³⁾.

اما بالنسبة للانقطاع، فإنه يتعلق بسبب حدوث طارئ يمس شخصية الخصوم واهليتهم فيغير فيها مما يستدعي تعطيل السير في الخصومة حتى يتم تعديل الطارئ الذي الم بالخصوم، وبالتالي يمكن استئناف سير الخصومة⁽⁴⁾، ويترتب على هذا الانقطاع انقطاع جميع المهل الجارية وبطلان جميع الإجراءات التي تحصل اثناء الانقطاع، كما ان المدة الزمنية السابقة تمحى نهائياً وتسقط من حساب مرور الزمن.

يرى جانب من الفقه⁽⁵⁾ ان الأحوال الثلاثة المذكورة في انقطاع الخصومة تعتبر من قبيل السبب الأجنبي وذلك لأن هذه الحالات تعتبر خارجة عن إرادة أطراف الرابطة الإجرائية، فليس لإرادة الخصوم أي دور في حدوث الوفاة، او فقدان الاهلية، او زوال صفة الخصومة، كما ان المشرع تدخل وبشكل صريح في تحديد الأثر المترتب على تحقيق احدى هذه الحالات الثلاث من انقطاع لجميع المهل الجارية وبطلان جميع الإجراءات التي تحصل

(1) نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 407 وما يليها.
(2) وفق نص المادة 503 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، التي تجيز الاتفاق بين جميع الأطراف على عدم السير بالمحاكمة لمدة معينة، على ان يكون الحد الأقصى لهذه المدة ستة أشهر. ويقابلها في القانون الفرنسي المواد 377 و378 و379 من قانون أصول المحاكمات المدنية.

(3) نذكر على سبيل المثال: المادة 119 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني التي تنص على ان: "يقف السير بالمحاكمة بمجرد تقديم طلب نقل الدعوى في الحالتين الثانية والثالثة من المادة 116".

(4) نصت المادة 505 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على الحالات التي تنقطع فيها المحاكمة وهي متعلقة بوفاة أحد الخصوم، او فقد أحد الخصوم أهلية التقاضي، او زوال من كان يمثل الخصم كقانوني عنه، والتي تقابلها المدة 370 من قانون أصول المحاكمات المدنية الفرنسية، والمادة 130 من قانون المرافعات المصرية، والمادة 84 من قانون المرافعات العراقي.

(5) ياسر باسم ذنون السبعوي، جائحة فيروس كورونا وأثرها في احكام القوانين الإجرائية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد 6، يونيو 2020، ص 525 وما يليها.

اتناء الانقطاع. ولهذا يعتبر أن تدخل المشرع صراحة في تحديد الأثر المترتب على انقطاع الخصومة ما هو الا اقراراً صريحاً منه بفكرة السبب الأجنبي وبكل صورته. لذا يمكن التأسيس عليه لاعتباره تأصيلاً قانونياً لفكرة جائحة فيروس كورونا التي تطراً على الدعوى اثناء السير فيها.

الا ان جانب اخر من الفقه⁽¹⁾ يعتبر ان القوانين الصادرة بتعليق المهل القانونية والقضائية والعقدية⁽²⁾ ما هي الا قوانين استثنائية أصدرها المشرع لمواجهة الظرف العالمي الذي طرأ والمتعلق بجائحة كورونا، وبطبيعة الحال تأتي هذه القوانين لحماية الأشخاص الذين لم يتمكنوا من ممارسة حقوقهم خلال المهل القانونية والقضائية والعقدية خشيةً على هذه الحقوق من الضياع والسقوط. لذلك، فإن هذه القوانين تتوافق من حيث المفهوم القانوني مع وقف مرور الزمن وليس انقطاعها، بمعنى ان المهلة تعود الى السريان بعد انقضاء مدة التعليق المحددة في القانون، وتُضم المهلة السابقة الى المهلة التي يستأنف فيها السريان وذلك لإنتاج المفاعيل المقررة قانوناً.

(1) شربل طانيوس شرفان، المهل القانونية والعقدية والقضائية بين التعليق والسريان على ضوء القانون رقم 2021\212 تاريخ 2021\11\16، المجلة القضائية، صادر ليكس، تاريخ 2021\3\24، وارد على الموقع الرسمي Lebanon.saderlex.com، تاريخ اخر زيارة 2022\6\1.

(2) صدر في لبنان عدة قوانين تعلق المهل القانونية والقضائية والعقدية خلال اعلان حالة التعبئة العامة وفقاً لمقتضيات الاقفال، نذكر على سبيل المثال: القانون رقم 2020\160 الصادر بتاريخ 2020\5\18 المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 20، بتاريخ 15 أيار 2020، ص 1164، ويتضمن هذا القانون مادة وحيدة مؤلفة من 5 فقرات، الأولى تنص على تحديد فترة حماية قانونية تمتد من تاريخ 18 10\ 2019 حتى 2020\7\30، وخلال هذه المدة يعلق سريان جميع المهل القانونية والقضائية والعقدية الممنوحة لأشخاص الحقيين العام والخاص، بهدف ممارسة الحقوق على أنواعها سواء اكانت هذه المهل شكلية ام إجرائية ام امتد اثرها الى أساس الحق، ويشمل تعليق المهل المواد الإدارية والمدنية والتجارية والجزائية، وتعود هذه المهل المذكورة الى السريان مجدداً بانقضاء مهل التعليق. بالإضافة الى عدد من القوانين اللاحقة مثل القانون رقم 185 تاريخ 2020\8\19، والقانون رقم 199 تاريخ 2020\12\29، والقانون رقم 212 تاريخ 2021\1\16؛ لمزيد من التفاصيل حول كيفية احتساب المهل في ظل هذه القوانين، راجع مشكوراً، عبده جميل غصوب، احتساب المهل في ظل قوانين تعليق المهل المتعاقبة، المجلة القضائية، صادر ليكس، تاريخ 2021\8\10، وارد على الموقع الرسمي Lebanon.saderlex.com، تاريخ اخر زيارة 2022\6\1.

الا ان جانب اخر من الفقه⁽¹⁾ يعتبر ان قراءة هذه القوانين تبين انها استثنائية اختيارية ومؤقتة، وبما ان القانون لم يبين طبيعة هذا التعليق، لذا فإنها تعتبر ذات طبيعة خاصة بين الوقف والانقطاع، بحيث انها تكون اقرب الى التأجيل.

بدورنا نرى انه تحقيقاً للغاية التي أرادها المشرع من قانون تعليق المهل وهي حماية الحقوق من جهة وتحقيق العدالة من جهة أخرى، بالإضافة الى نية المشرع التي ظهرت في نص المادة الأولى من القانون رقم 2020\160 والممدد بموجب القانون رقم 2020\185 والتي نصت "على ان تعود المهل المذكورة الى السريان مجدداً بانقضاء مهلة التعليق"، فإن هذا الامر يدل على ان نية المشرع تشير الى اثار هذه المهل على انها مهل وقف وليس انقطاع. ولذا يجب احترام هذه النية في التفسير والتطبيق واي امر معاكس يعني تشويه مقاصد المشرع، فضلاً عن كل ذلك، يرتبط تعليق المهل لممارسة الحقوق بالمبدأ العام المنصوص عنه في المادة 356 من قانون الموجبات والعقود اللبناني والتي نصت على: "ويقف ايضاً حكم مرور الزمن بوجه عام لمصلحة الدائن الذي استحاله عليه قطعه لسبب لم يكن فيه مختار". وبالتالي، فان قوانين تعليق المهل تتعلق بممارسة الحقوق وتعني مباشرة أصحاب هذه الحقوق، ولا تمس ابدأً الموجبات التعاقدية ولا تعد ذريعة للتفلت من تلك الالتزامات. لذلك، يعتبر جانب من الفقه⁽²⁾، بحق، انه اذا كان تعليق هذه المهل يعتبر مهل وقف في القوانين الإجرائية، فإنه لا مانع من الاخذ بها في التحكيم وذلك على سبيل القياس.

• الفرع الثاني: عقبات متعلقة بأشخاص التحكيم

يعتبر المحكم من أهم عناصر العملية التحكيمية فهو حجر الأساس ومركز النقل فيها، وبقدر مهارته تظهر سلامة الإجراءات وصحة الحكم الصادر عنه، ومنه تتحدد عدالته بكل

(1) احمد شرقية، الوسائل القانونية الخاصة بمواجهة اثار جائحة فيروس كورونا المستجد على العلاقات التعاقدية: دراسة في القانونين الفرنسي واللبناني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد 6، يونيو 2020، ص 752 وما يليها.

(2) سيد احمد محمود، التأثير المتبادل لوباء كورونا مع التحكيم في ضوء قانون التحكيم الاماراتي رقم 6 لسنة، المرجع السابق، موجود على موقع مايكروسفت تيمز.

حيادية وأمانة وموضوعية.⁽¹⁾ فالأطراف لا يقدمون على اختيار التحكيم كوسيلة لحسم نزاعاتهم إلا لاقتناعهم قبل كل شيء بالمحكم نفسه، وتوقعاتهم منه بإنجاز عمل عادل ومتميز، يكون مبني على مستوى أخلاقي رفيع وتخصص فني عميق، وهذا الأمر يلقي عليه عبئاً يجعله يجتهد للنأي بنفسه عن أي أخطاء أو تصرفات قد تمس عمله وقضاءه⁽²⁾. لذا يصف جانب من الفقه⁽³⁾ المحكم بأنه "ريان سفينة التحكيم وهو المسؤول عما يواجهه من الانواء والاعاصير في رحلة التحكيم".

لا شك ان العقد التحكيمي يعد عقداً ملزماً لجانبيين، ويرتب التزامات متبادلة بين الأطراف والمحكم على حد سواء، فإن أخل أي أحد منهم بالتزاماته وتسبب في إلحاق الضرر بالطرف الآخر المحتكم، قامت المسؤولية العقدية في حق المخل بالتزامه. لذا فإن العقد يولد التزامات على عاتق المحكم يتعين عليه القيام بها. وبطبيعة الحال، تنقسم هذه الالتزامات بين التزامات قانونية مستمدة من واجبات المحكم من حياد ومراعاة المبادئ العامة في الخصومة، وأخرى اتفاقية مستمدة من اتفاق التحكيم المبرم ولعل أولها صدور الحكم في مهلة يحددها الأطراف أنفسهم، وإن لم يحددها الأطراف فتكون أقصاها مهلة ستة أشهر حسب ما حددها قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني⁽⁴⁾.

إذا كان الامتناع والتأخر في المحاكمة لارتباط المحكم بمهل اتفاقية او قانونية مكملة للإرادة عند عدم وجودها، يحتم عليه ان يلتزم بهذه المهل تحت طائلة انتهاء الخصومة التحكيمية عند عدم تمديد هذه المهلة وفقاً للأصول (الفقرة الأخيرة في المادة 781 والفقرة 1 من المادة 800 أ.م.م.)، لذا فإن المحكم يتعرض عند ذلك للمسؤولية التعاقدية طبقاً للقواعد العامة التي تحكمها وهي في الحالة المعروضة اخلال بموجب نتيجة وفق المعيار المميز لهذا

(1) Thomas Clay, l'arbitre, Dalloz, 2001, p. 35 et suiv.

(2) Jean Yves Sorrente, la responsabilité de l'arbitre, thèse de doctorat à l'université Jean Moulin Lyon 3, 2007, p.13 et suiv.

(3) خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، مفهوم المحكم في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد 2، 2013، ص 13 وما يليها.

(4) نصت المادة 773 أ.م.م.: "إذا لم تحدد مهلة في اتفاقية التحكيم، بندا كانت ام عقدا، وجب على المحكمين القيام بمهمتهم في خلال ستة أشهر على الأكثر من تاريخ قبول آخر محكم لمهمته. يجوز تمديد المهلة الاتفاقية او القانونية اما باتفاق الخصوم واما بقرار من رئيس الغرفة الابتدائية يصدر بناء على طلب أحد الخصوم او الهيئة التحكيمية."

الموجب وهو انه واضح ومحدد وهو اصدار القرار التحكيمي في المهلة المحددة اتفاقاً او بالنص كما بينا ويحكم بالتعويض عن كل ضرر مادي او معنوي نشأ عن ذلك⁽¹⁾.

لا شك ان مسؤولية المحكم تكون قائمة في حال تأخر المحكم عن اصدار حكمه في الوقت المتفق عليه، ولكن السؤال الذي يطرح لهذه الناحية إذا كان هذا التأخر ناجم بسبب تفشي جائحة كورونا، هل يمكن الدفع بانتفاء مسؤولية المحكم في هذه الحال باعتبار الجائحة سبب خارج عن إرادة المحكم؟ هل ينطوي تكييف هذه الجائحة ضمن فكرة القوة القاهرة، ام ضمن فكرة الظروف الاستثنائية؟ وبالتالي ما هي الاثار القانونية التي تترتب على هذا التصنيف؟

عرفت الفقرة الأولى من المادة 1218 من القانون المدني الفرنسي الجديد القوة القاهرة⁽²⁾، على انها حدث يخرج عن سيطرة المدين لم يكن من المعقول توقعه بتاريخ ابرام العقد ولا يمكن تجنب اثاره، ويكون من شأنه ان يمنع المدين من تنفيذ مجبهه. ويميّز التعديل الجديد بين حالة القوة القاهرة المؤقتة وحالتها الدائمة، حيث اضافت المادة بفقرتها الثانية "..... إذا كان المانع مؤقتاً يوقف تنفيذ العقد ما لم يكن التأخر الناجم عنه مبرراً لفسخ العقد. وإذا كان المانع نهائياً يعتبر العقد مفسوخاً بقوة القانون ويبرأ الأطراف من التزاماتهم طبقاً للشروط المنصوص عنها في المواد (1351 و 1351-1)".

وفقاً للنص المتقدم ذكره يكون المشتري الفرنسي يتميزه بين الاستحالة المؤقتة والدائمة قد أفسح المجال للامتناع عن التنفيذ كوسيلة مؤقتة لحين زوال هذا الظرف، ويكون مبدأ الدفع بعدم التنفيذ ممكناً في ظرف استحالة التنفيذ المؤقتة.

(1) سامي بديع منصور، المسائل المعترضة في العلاقة بين الدعيين القضائية والتحكيمية، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، 2019، ص 143.

(2) «il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.

Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1.»

اما بالنسبة للقانون اللبناني، فإن المشرع اللبناني لم يضع تعريفاً للقوة القاهرة، انما اكتفى بالإشارة اليها كسبب من أسباب استحالة تنفيذ الموجبات العقدية وقد الزم المدين بإثباتها (1). لا شك انه يلزم لتحقق القوة القاهرة توافر أربعة شروط ألا وهي حدث غير متوقع، ولم يكن بالاستطاعة دفعه، وخارج عن إرادة المدين وان يرتب هذا الحدث استحالة في تنفيذ الالتزام(2). لذا يطرح السؤال التالي هل يمكن اعتبار شروط القوة القاهرة متوفرة في حالات جائحة كورونا؟ وتأسيساً على ذلك، هل يمكن الاستناد عليها للدفع بها بانتفاء مسؤولية المحكم؟ اجابت محكمة استئناف كولمار في فرنسا(3) في قرار حديث لها ان فيروس كورونا يعتبر من قبيل القوة القاهرة، حيث اعتبرت ما يلي: "... تجدر الإشارة الى انه في ضوء الوباء، فإن كوفيد 19 قيد التقدم، يستدعي اتخاذ تدابير احتوائية وعملية تتخذها السلطات العامة وخير مثال على ذلك في هذا السياق ما قام به قسم haut rhin لاحتضانه النقطة المحورية الرئيسية للوباء في فرنسا، والذي تميز بدرجة عدوى كبيرة من المحتمل ان تشكل مخاطر حقيقية وخطيرة، بما فيه الكفاية لجميع الموظفين المطلوبين لضمان عقد الجلسة بحضور الشخص المحتجز في منطقة الانتظار، وسيتم البت فيها دون حضور هذا الأخير، ممثلاً بمحاميه المختار الذي تم الاستماع الى ملاحظاته والظروف المذكورة أعلاه هي التي تجسد حالة القوة القاهرة كونها خارجية وغير متوقعة ولا يمكن الدفع بها".

وفي معرض تعليقه على قرار محكمة كولمار، يرى جانب من الفقه(4) ان القوة القاهرة لا تعني بالضرورة وعلى الدوام سقوط الموجبات وزوال العقود، بل يمكن ان تشكل سبباً موجباً لفرض بعض التدابير الاستثنائية لمحاكاة الواقع، خاصة ان القانون حي وغير جامد، يتكيف مع نمو المجتمع وينمو معه، وان المرونة في تكييف القوة القاهرة يسوغها سكوت النص من

(1) نصت المادة 342 م.و.ع على انه " يجب على المدين ان يقيم البرهان على وجود القوة القاهرة ويبقى مع ذلك للدائن متسع لكي يثبت ان الطارئ الذي وقع بمعزل عن المدين كان مسبوقاً او مصحوباً بخطأ ارتكبه المدين كإبطاء في التنفيذ جعله في حالة التأخر. وفي مثل هذا الموقف يظل الموجب قائماً".

(2) لمزيد من التفاصيل راجع محمد سعيد عبد الرحمن، القوة القاهرة في قانون المرافعات، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011، ص 58 وما يليها.

(3) Cr d'appel de Colmar, 6ème chbre, 12\3\2020, n° 20\01098, www.Legifrance.gouv.fr

(4) جان تابت، وباء كورونا والقوة القاهرة، تعليق على قرار محكمة استئناف كولمار، منشور على موقع <http://mahkama.com>، تاريخ الزيارة: 2022\6\2.

جهة، ودور المبادئ القانونية العامة في سد هذا النقص، من جهة أخرى، وهي مبادئ مستوحاة من الحقوق الطبيعية ومبادئ العدل والإنصاف. لذا يقتضي ان تكون القوة القاهرة مبرراً ليس لانحلال الموجبات وتلاشيها بالمطلق وكحل عام وموحد، بل مبرراً لإعادة ترتيب الموجبات بما يصب في مصلحة الفرقاء والاقتصاد كلما كان ذلك ممكناً ومتاحاً. لأن استحالة تنفيذ العقود وفقاً لنصوصها هي استحالة مؤقتة في كثير من الحالات، ولا يمكن التعميم بأنها مطلقة أو بأنها تهدم كل قوة تنفيذية للعقد بلا أعباء، كون الاستحالة هذه هي الاستثناء، والاستثناء ينبغي تفسيره وتطبيقه بصورة ضيقة، وعلى قدر ما تمليه الاستحالة. اما الإبقاء على العقد ريثما تزول العراقيل فهو الأصل، ولا بد من اتخاذ كافة الاحتياطات وبذل كافة الجهود الممكنة للحفاظ على وجود العقود⁽¹⁾.

وبذات السياق، صدر قرار جريء عن محكمة الجنايات اللبنانية حيث تم تطبيق نظرية القوة القاهرة على الإجراءات الجزائية وقد جاء في حيثيات القرار: "... يقتضي الإشارة الى انه إزاء الوباء المتفشي المعروف بكوفيد 19 وإعلان حالة الطوارئ الصحية من قبل السلطة الدستورية المختصة، ما شكل على الصعيد الوطني قوة القاهرة داهمة اخترنت حالة ضرورة أدت الى تعريض المواطنين جميعاً، حيث كانوا حتى نزلاء السجون منهم، الى خطر العدوى بجرثومة مميتة...."⁽²⁾.

الا انه، في بعض الأحيان، قد لا تصل جائحة كورونا والإجراءات المتخذة لمنع تفشيه والحد من اثاره السلبية، الى الحد الذي يستحيل معه تنفيذ الالتزامات كلياً أو جزئياً، بشكل دائم ومؤقت، عندئذ يفقد صفته كقوة القاهرة، لكن ذلك لا يمنع من لجوء المدين الى نظام اخر يسمح له بالتخفيف من الآثار السلبية للجائحة على التزاماته العقدية ونقصد بذلك نظرية الظروف الطارئة⁽³⁾.

(1) En même sens: Alexandre Peron, pandémie mondiale et force majeure, publié le 1\4\2020, www.village-justice.com, dernière visite 2\6\2022.

(2) محكمة الجنايات اللبنانية، صادر بتاريخ 2020\4\15، منشور على الموقع الالكتروني لمجلة محكمة <http://www.mahkama.net>، تاريخ الزيارة 2022\6\2.

(3) لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع يراجع: عدنان إبراهيم سرحان، فيروس كورونا المستجد بين القوة القاهرة والظرف الاستثنائي، مجلة الحقوق الكويتية، جزء 2، يناير 2021، ص 219 وما يليها.

نصت المادة 1195 من القانون الفرنسي الجديد على انه: " إذا حدث تغيّر في الظروف، غير ممكن التوقع، عند إبرام العقد، ترتب عليه أن صار التنفيذ باهظ الكلفة بالنسبة لأحد الأطراف، الذي لم يقبل تحمل تبعه هذا التغير، يمكن لهذا الأخير أن يطلب من المتعاقد معه إعادة التفاوض على العقد، على أن يستمر في تنفيذ التزاماته أثناء إعادة التفاوض. في حالة رفض أو فشل إعادة التفاوض يجوز للأطراف الاتفاق على فسخ العقد اعتباراً من التاريخ ووفق الشروط التي يحددها، أو الطلب من القاضي، باتفاقهم المشترك، أن يقوم بتطويع العقد. في حالة عدم الاتفاق، خلال مدة معقولة، يمكن للقاضي، بناءً على طلب أحد الأطراف، تعديل العقد إنهائه، اعتباراً من التاريخ ووفق الشروط التي يحددها".

يلاحظ ان المادة المذكورة قد حدّدت ثلاثة شروط لإعمال نظرية الظروف الطارئة الا وهي: حدوث تغيير غير متوقع في الظروف عند إبرام العقد، أن يجعل هذا التغيير في الظروف تنفيذ العقد مرهقاً وباهظ التكلفة لأحد أطراف العقد، ألا يكون هنالك أي اتفاق في العقد على تحمّل مسؤوليّة تغيّر الظروف⁽¹⁾.

(1) إنّ النص في القانون المدني الفرنسي على نظرية الظروف الطارئة وإن كان قد شكّل تطوراً هاماً وخطوة جوهرية لمعالجة اختلال التوازن اللاحق بالعقد نتيجة التغير في الظروف، إلا أنه لم يقدم الكثير من الحماية المنشودة للطرف المتضرر حيث يكون مجبراً بالمرور بالمرحلة الثلاثة المذكورة. وهذه المراحل لا تتسم بالسهولة، فنص المادة يثير العديد من العراقيل. أولاً، إنّ الشروط المفروضة لإعمال نظرية الظروف الطارئة يشوبها الغموض إذ إنّها لم تحدّد شرط عدم التوقع فلم يوضح المشتري الفرنسي صفات هذا الطرف غير المتوقع والمعيّار الذي يقاس به، هل هو شخصي أو موضوعي؟ كما لم تضع مفهوماً للتكلفة الباهظة. ثانياً، إنّ التسلسل الزمني لإعادة التفاوض هو أيضاً يتسم بالغموض، فما هي المدة التي تستغرقها عملية إعادة التفاوض وهي المرحلة الأولى؟ وما هو الحد الأدنى "للفترة الزمنية المعقولة" التي يقتضي على الأطراف الالتزام بها لحل خلافاتهم أو عرضها على القاضي لحلها وهي المرحلة الثانية؟ ثالثاً، إنّ التقدّم بطلب من القاضي إما إنهاء العقد وإما تعديله من جانب واحد، وذلك عند عدم الاتفاق مع الطرف الآخر على هكذا إحالة إلى القاضي، فإنّه وعلى الرغم من دور القاضي المقيد والمحدود في هذا الإطار إلا أنّ هذه المسألة تسلط الضوء على مبدأ الحرية التعاقدية وإرادة الأطراف التي حرص المشتري الفرنسي أن يكون لها الأولوية لحل هذا الموضوع، حيث إنّ الفقرة الأخيرة تركت الحرية للقاضي أن يختار بين إنهاء العقد أو تعديله وبالتاريخ الذي يراه مناسباً، والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد هل يمكن لموقف القاضي أن يؤدي إلى تشويه قانون الأطراف في ظل حرص المشتري في المادة المذكورة وفي المرحلتين الأولى والثانية على أن يكون مصير العقد مرسوماً بإرادة مشتركة من الطرفين؟ وخاصة أنه لا يوجد لدى القاضي أي مبادئ توجيهية أو معايير يمكن إعمالها بشأن هذا الموضوع.

في كل ذلك، راجع: محمد حسن قاسم: الظروف الطارئة بين القانون المدني المصري (1948) وقانون العقود الفرنسي الجديد (2016)، دراسة ألفت في ندوة كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة بيروت العربية بعنوان "نظرات في قانون

ان تكييف الفيروس والإجراءات المصاحبة له على انها حالة من حالات القوة القاهرة او الظرف الطارئ يتم وفقاً للشروط المطلوبة في كل منهما، ووفقاً للظروف المحيطة بكل التزام تعاقدى على حدة، فلا يمكن اعتباره قوة القاهرة او ظرفاً طارئاً بالنسبة لكافة العقود⁽¹⁾، وانما يختلف الامر باختلاف تأثير الفيروس على إمكانية تنفيذ الالتزامات التعاقدية، لا ان يتخذ ذريعة للتملص من الالتزام والتهرب من تنفيذه.

لذا خلص جانب من الفقه⁽²⁾، وبحق، الى ان وصف الجائحة وما صاحبها من قرارات وإجراءات احترازية، بالظرف الطارئ او القوة القاهرة يتوقف اذن على ظروف كل حالة على حدة، ومدى التأثير على الالتزامات العقدية. ويعتبر انه بالرغم من ان الظروف الطارئة والقوة القاهرة هما المفهومين الأكثر تردداً بشأن مواجهة تأثيرات فيروس كورونا، الا ان مواجهة تلك الاثار قد استدعت مفاهيم أخرى تقليدية في مجال قانون العقود والالتزامات ومنها سبب الالتزام، والدفع بعدم التنفيذ، وفعل الأمير، وحسن النية في تنفيذ العقود. لذلك يبقى أعمال هذه القواعد والمفاهيم مرهوناً بتوافر شروط هذا الأعمال والنظر في أثر توافرها في كل حالة على حدة، والامر بذلك متروك لسلطة القاضي التقديرية بحسب ظروف كل حالة.

بناءً على ذلك، إذا كان الامر لا يسمح بالجزم بشكل مطلق بأن الوضع الحالي يشكل حالة قوة القاهرة ام لا، فإنه يجب أن تقاس كل حالة بقدرها وأن تتصرف كل هيئة تحكيم بحسب

العقود الفرنسي الجديد (2016/2/6)، تاريخ الندوة 2016/5/18؛ كذلك، محمد حسن قاسم، القانون المدني - الالتزامات - المصادر (1) العقد، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018، ص 59 وما يليها.

(1) أصدرت محكمة دمياط الابتدائية، الدائرة الرابعة، في مصر، قرار رقم 609 لسنة 2020، تاريخ 2020\10\18 اعتبرت فيه ان الإجراءات التي تم اتخاذها من مجلس الوزراء موجبا لتطبيق نظرية "الظروف الطارئة"، ومن ثم صدر قرار عن محكمة النقض المصرية صنفت فيه جائحة كورونا ب "القوة القاهرة" في الطعن رقم 9919 لسنة 90 قضائية الصادر بجلسة 2021\3\27؛ اما في دبي فقد أصدرت الدائرة الابتدائية للجنة السابعة قراراً بتاريخ 2020\6\7، صنفت فيه الجائحة على انها قوة القاهرة؛ وفي قرار هام صادر عن الهيئة العامة للمحكمة العليا في المملكة العربية السعودية رقم 45م، تاريخ 1442\5\18 هجري، أوضحت فيه انه "تكون جائحة كورونا ظرفاً طارئاً في حالة لم يمكن تنفيذ الالتزام او العقد الا بخسارة غير معتادة، وتكون الجائحة قوة القاهرة اذا اصبح التنفيذ مستحيلاً"؛ كل هذه القرارات منشورة على صفحة الفاسبوك الرسمية للدكتور وائل أنور بندق، تاريخ الزيارة 2022\6\3.

(2) محمد حسن قاسم، المستأجر في زمن الكورونا قراءة في حكم محكمة دمياط الابتدائية- الدائرة الرابعة- مدني بتاريخ 2020\10\18 في القضية رقم 609 لسنة 2020، المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع، المجلد 2، العدد 1، 2021، ص 12 وما يليها، متوفر على الموقع الالكتروني للمجلة، www.ijdl.journals.ekb.eg.

الصعوبات التي تعترضها في معالجة الملف التحكيمي بحسب المرحلة التي هي فيها وبحسب الإجراءات المطلوب القيام بها في هذه المرحلة. فإن كان هناك تعذر موضوعي بالنسبة لهيئة تحكيم بعينها فإن الأمر يشكل قوة قاهرة تتوقف بها آجال التحكيم، أي أنها تعلق ولا تنقطع، ما لم يقتض السياق خلاف ذلك. لذا، فالمحکم مطالب بأن يقوم بالإجراء الذي يكون القيام به ممكناً، ولو ببعض التأخير، وهو غير مسؤول إذا كان من المتعذر كلياً أن يتقدم بالإجراءات. فالدفع بجائحة كوفيد 19 للتدخل من المسؤولية مرتبط ارتباطاً وثيقاً بمدى قدرة المحكم على تجاوز العراقيل التي أحدثها الفيروس⁽¹⁾.

سبق وذكرنا ان تحديد الطبيعة القانونية لجائحة كورونا إذا ما كانت تتعلق بالقوة القاهرة ام بالظرف الاستثنائي له أهميته بالنسبة للتحكيم خصوصاً فيما يخص مدى تأثير هذا الفيروس على تنفيذ هيئة التحكيم والأطراف لالتزاماتهم المتبادلة. وهذا ما يستتبع بطبيعة الحال الآثار القانونية المترتبة على هذا التصنيف، بمعنى ان استحالة تنفيذ الالتزام العقدي ستؤدي بطبيعة الحال الى انقضاءه اذا ما توافرت شروط القوة القاهرة والمتمثلة في هذه الحالة بالجائحة⁽²⁾، اما اذا اصبح الالتزام مرهقاً وليس مستحيلاً، ففي هذه الحالة يمكن تعديل الالتزام بما يتلاءم مع الظروف المستجدة. بناءً على ذلك، يطرح السؤال التالي والذي يتعلق بكيفية احتساب أتعاب المحكم - او الهيئة التحكيمية- في حال التحلل من المسؤولية بسبب جائحة كورونا. يجيب جانب من الفقه⁽³⁾ معتبراً، ان عدم الجزم باعتبار جائحة كورونا تشكل حالة قوة قاهرة ام ظرفاً استثنائياً بشكل عام، تؤدي الى التطرق لكل حالة بحالتها بحسب ظروف كل قضية. بناءً على ذلك، في الحالة التي تصنف فيها الجائحة على انها قوة قاهرة، وبالتالي ينقض معها الالتزام نظراً لاستحالة التنفيذ، ففي هذه الحالة يجب على المحكم إعادة الاتعاب

(1) رياض فخري، مرجع سابق، ص 16 وما يليها.

(2) هيثم السيد احمد عيسى، مدى انطباق شروط القوة القاهرة على جائحة فيروس كورونا المستجد في إطار العقود المدنية، مجلة الحقوق الكويتية، الجزء الثاني، يناير 2021، ص 89 وما يليها.

En même sens: Joan Dray, l'épidémie de coronavirus constitue-t-il un évènement de force majeure, publié le 26\3\2020, sur le site: www.legavox.fr, date de la visite: 3\6\2022

(3) سيد احمد محمود، التأثير المتبادل لوباء كورونا مع رقم التحكيم في ضوء قانون التحكيم الاماراتي 6 لسنة، ورقة عمل مقدمة الى الملتقى الدولي العلمي " الجوانب القانونية والموضوعية والاجرائية لجائحة كورونا الذي عقد في 29\10\2020، على منصة ميكروسفت تيمز الالكترونية.

التي تقاضاها. اما الحالة التي تصنف فيها الجائحة من قبيل الظروف الطارئة، أي انها لا تجعل الالتزام مستحيل التنفيذ، بل مرهقاً فقط، ففي هذه الحالة يتقاضى المحكم الاتعاب وفق عدد الجلسات التي تم عقدها. بدورنا، نؤيد هذا الرأي، لاعتباره الأكثر عدالة بحق الأطراف والمحكم على السواء.

تأسيساً على كل ما تقدم، تبين لنا ان فيروس كورونا المستجد يؤثر على القطاعات القانونية كافة، بما فيها التحكيم، وقد اوضحنا بعضاً من العراقيل الهامة التي يمكن ان تعترض الهيئة التحكيمية خلال قيامها بمهامها في ظل وجود الجائحة. ونظراً لأن وجود هذه العراقيل يؤثر بلا شك على فعالية التحكيم، كان لا بد وان نتوجه الأنظار نحو التدابير التي تتخذها الدول من اجل استمرار العمل التحكيمي. من هنا سوف نعرض لمدى ملاءمة هذه التدابير مع التحديات التي اوجدتها الجائحة.

○ **المطلب الثاني: مدى ملاءمة التدابير المتخذة في المنظومة التحكيمية لمواجهة الجائحة**

فرض المشهد المأساوي لوباء كورونا مع ازدياد حالات الوفيات والمعاناة الصحية للمصابين سلسلة تدابير اتخذتها الدول للحد من نقشي هذه الجائحة، وتصدرت هذه التدابير القيود المفروضة على السفر وحركة التنقل لدى البلدان المتضررة من الوباء. وأول ما قامت به هذه الدول، إغلاق حدودها وتعليق رحلات الطيران الدولية، ومن ثم فرض بعضها قيوداً، على حركة التنقل داخل البلاد.

الا انه بالرغم من ذلك، ظلت هناك ممارسات لا يمكن تعطيلها او حتى تراخيها أياً كانت قوة هذا الوباء وشراسته. ومن ذلك إجراءات التقاضي إذ انها مرتبطة بإقامة العدل بين الناس وإعطاء كل ذي حق حقه، ومن هذا المنطلق كان التوجه نحو تفعيل إجراءات التقاضي عن بعد⁽¹⁾. وبالرغم من محاولة بعض الدول

(1) عباس جابر، التقاضي عن بعد وأثره على حقوق الانسان، مجلة الحقوق والعلوم السياسية الصادرة عن الجامعة اللبنانية، العدد 35، 2022، ص 339 وما يليها.

العربية⁽¹⁾ الناجحة بإرساء الية التقاضي عن بعد في تشريعاتها، على غرار الدول الأجنبية، الا اننا نجد ان معظم هذه الدول ما زالت تعاني من التخوف من عواقب التقنيات الحديثة.

اما بالنسبة للتحكيم، فلا شك ان غالبية الدول اتجهت الى "التحكيم الالكتروني"⁽²⁾، وقد أثبت التحكيم المؤسسي فاعليته في مواجهة الجائحة بالمقارنة مع التحكيم الخاص، وقد برز ذلك من خلال الدعم التقني المستمر الذي قامت به أغلب مؤسسات التحكيم عقب انتشار الجائحة، بحيث انها قامت بتعديل قواعدها الإجرائية من اجل تطويع التكنولوجيا، ودمجها في النظام الاجرائي لتلك المؤسسات. لذلك سوف نعرض للمحة عن اهم الإجراءات الارشادية التي أصدرتها

(1) نذكر على سبيل المثال: دولة الامارات العربية التي كانت سباقة في هذا المضمار من خلال إطلاق خدمة التقاضي عن بعد سنة 2019 بموجب قرار صادر عن وزير العدل بحيث يطبق على المحاكم الاتحادية. وقد سارت على خطاها المملكة العربية السعودية التي اتاحت لأطراف الدعوى وممثليهم الترافع الالكتروني عبر البوابة الالكترونية " ناجز " التي سمحت لهم الرد على طلبات الدائرة من دون الحاجة لمراجعة المحكمة، وذلك في قضايا مسار التقاضي عن بعد والتي بدأ العمل فيها في اذار 2020 وذلك ضمن جهود وزارة العدل السعودية لاستكمال منظومة التحول الرقمي، وتفعيل وتكامل مسار التقاضي الالكتروني؛ وكذلك عمد المشترع المصري الى تعديل تشريعي في إجراءات التقاضي بحيث تباشر الإجراءات الكترونياً وعدم الاكتفاء بالإجراءات التقليدية وذلك من خلال اصدار القانون رقم 146 لسنة 2019 المتعلق بتعديل المحاكم الاقتصادية، مستجيباً بمقتضاه لمقتضيات التقدم التكنولوجي؛ اما في لبنان، فإن التقاضي عن بعد لم يقن بعد، ولكن نظراً للظروف الصحية الطارئة، صدر تعميم عن رئيس مجلس القضاء الأعلى رقم 67 ص. ق 2020 المتعلق بالاستجواب الالكتروني وقد حدد هذا التعميم الخطوط الرئيسية لكيفية مباشرة إجراءات الاستجواب عبر استخدام الوسائل الالكترونية الحديثة. وبالفعل، انعقدت اول جلسة محاكمة عن بعد امام محكمة الجنايات في بيروت، بالتعاون بين مجلس القضاء الأعلى ونقابة المحامين في بيروت ووزارة العدل، تمكن الموقوفون خلالها من المثول الكترونياً بالصوت والصورة امام المحكمة من السجون وأماكن التوقيف، بالإضافة الى حضور قضاة المحكمة والنائب العام والمحامين والكاتب الكترونياً مع توثيق محاضر الجلسات ورقياً وكترونياً. لمزيد من التفاصيل راجع رشا الياس، العدالة الرقمية ضرورة حتمية لنظام تقاضي اكثر فعالية ونتاجية، منشور على الموقع: www.saderlaw.com، تاريخ الزيارة 2022\6\5.

(2) ان التعبير الأكثر دقة هو " التحكيم عبر الانترنت"، لأن تعبير التحكيم الالكتروني يعطي طابعاً بأن التحكيم يتم اليأ دون تدخل العنصر البشري وهو امر غير صحيح. ولا يختلف التحكيم الالكتروني عن التحكيم العادي سوى انه يتم عن طريق وسائط الكترونية عبر شبكة الاتصالات الدولية " الانترنت"، لذلك يعني تسوية المنازعات والخلافات عبر شبكة الانترنت دون حاجة الى التواجد المادي للأطراف اثناء عملية التحكيم؛ لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع راجع: خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص 278.

بعض هذه المؤسسات في هذا المضمار (الفرع الأول)، ومن ثم نعرض للمعايير التطويرية لتفعيل منظومة التحكيم في ظل الجائحة في الواقع العملي (الفرع الثاني).

• الفرع الأول: لمحة عن القواعد الارشادية المتخذة من بعض مؤسسات التحكيم لمواجهة الجائحة

بات من المؤكد ان جوانب عدة من حياة البشر ستتغير ولن تعود كما كانت سابقاً، فقد أدت تداعيات وباء فيروس كورونا الى ازدهار قطاع التكنولوجيا بنسب كبيرة عما قبل الازمة. بحيث انه زاد اعتماد البشرية على التكنولوجيا في انجاز أعمالهم عن بعد، وهذا ما دفع معظم مؤسسات التحكيم الى إيجاد حلول لتكييف متطلبات الجائحة مع الواقع العملي وذلك من خلال إيجاد منصات لإدارة القضايا عبر الانترنت، وعقد جلسات استماع وايداع الالكتروني. لذلك أصدرت معظم مؤسسات التحكيم الدولية تدابير ارشادية حول كيفية اجراء عمليات التحكيم خلال ازمة الوباء، وكيفية تقديم طلبات تحكيم جديدة. من هنا، يمكن ادراج ثلاثة أنظمة اتبعتها المؤسسات التحكيمية في تعاملها مع الجائحة.

بالنسبة للنظام الأول، فهو النظام الذي أرسى استخدام الوسائل الالكترونية للتحكيم عن بعد وذلك من اجل ضمان إدارة فعالة للقضايا وضمان استمرار المنظومة التحكيمية. لذلك يعتبر هذا النظام هو الأفضل لكونه سار في الاتجاه الصحيح من اجل اثبات مرونة التحكيم والحفاظ على مزاياه. وقد كانت غرفة التجارة الدولية في باريس النموذج المثالي في هذا الصدد، من خلال مواكبتها الفعالة واصدارها للمذكرة الارشادية بشأن التدابير الممكنة للتخفيف من تأثير جائحة كورونا بتاريخ 2020\4\9، وقد توالى التدابير الصادرة عنها بهذا الشأن لتثبت فعاليتها، مرونتها وشفافيتها⁽¹⁾. رغم ان اللجوء الى الإجراءات الالكترونية في التحكيم ليس دخليلاً او جديداً على نظام غرفة التجارة الدولية، الا انها ومن خلال المذكرة الارشادية قامت بإصدار مجموعة من التوصيات التي يتعين على الافراد والهيئات التحكيمية التقيد بها في ظل الظروف الاستثنائية تفعيلاً لمتطلبات التباعد الاجتماعي المفروض، واخذ الحيطة اللازمة

(1) Flore Poloni, preuve de son agilité, la cour internationale d'arbitrage de CCI modifie encore son règlement, gazette du palais, 5 janvier 2021, N°1, p.15 et suiv.

لتقادي اثار كوفيد 19 حتى تتمكن من تفعيل تكييف هذه الإجراءات مع متطلبات الظروف الاستثنائية، ومراعاة عدم جواز إجبار الأطراف على اللجوء الى تحكيم نزاعهم إلكترونياً ان لم تتجه ارادتهم الى ذلك⁽¹⁾.

أكد البند العاشر من المذكرة الارشادية لغرفة التجارة الدولية بشأن التدابير الممكنة التي تهدف الى التخفيف من تأثير جائحة كورونا ان الأمانة العامة التابعة لغرفة التجارة الدولية اعتمدت على تبسيط الإجراءات لتعزيز الكفاءة، وتجنب التأخيرات المحتملة بسبب هذا الوباء من خلال اعتماد الشكل الالكتروني كطريقة أساسية للتواصل معها بدءاً من تقديم الطلب، وإيداع المستندات والإخطارات بعد اتفاق الأطراف على إخضاعهم نزاعهم الى وسائل التواصل الالكترونية⁽²⁾. تجدر الإشارة الى ان المذكرة الارشادية لم تقص احتمال إيداع الطلب في شكله المادي لدى الأمانة العامة، الا انها لم تحدد الحالات التي يجوز فيها طلب التحكيم في شكله المادي او الالكتروني، عند عدم اتفاق الأطراف، وبالتالي فإن السلطة التقديرية هنا تعود للأمانة العامة لغرفة التجارة الدولية لتحديد ما اذا كان تقديم الطلب في شكل افتراضي كافٍ لتحريك إجراءات التحكيم ام يتطلب الامر تقديم الطلب مادياً، وإيداعه لدى الأمانة بشكل مباشر مقابل وصل إيداع، كما لم تحدد المذكرة الارشادية ما اذا كان الطلب يأخذ شكل استمارة ثملاً ببياناتها من قبل المدعي كما جرى عليه العمل في التحكيم الالكتروني، ام مجرد طلب يحرر مشتملاً على البيانات الإلزامية التي حددتها قواعد التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية⁽³⁾. بالإضافة الى ذلك، لم تستبعد المذكرة الارشادية لغرفة التجارة الدولية إمكانية اللجوء الى الاجتماع المادي بين الأطراف، الا انها جعلته طريقاً احتياطياً للفصل في النزاعات التحكيمية في ظل الظروف الاستثنائية بعد ان كان هو الطريق الأساسي للفصل فيها. ومعنى ذلك، انه إذا اتفق الأطراف او قررت الهيئة التحكيمية ان انعقاد جلسات الاستماع يكون في مكان مادي واحد لا غنى عنه، فيجب عليها تطبيقاً للبند 20 من المذكرة الارشادية ان تلتزم تطبيق جميع

(1) نوال براهمي، الإجراءات الاستثنائية للتحكيم التجاري في ظل جائحة كورونا وفق نظام غرفة التجارة الدولية، حوليات جامعة الجزائر، المجلد 34، 2020، ص 406 وما يليها.

(2) note d'orientation sur les mesures possibles visant à atténuer les effets de la pandémie du covid19, publié le 9 avril 2020, sur le site international de la cour internationale d'arbitrage, <https://iccwbo.org>.

(3) نوال ابراهيمي، المرجع السابق، ص 409.

التدابير الصحية المناسبة لضمان السلامة لجميع المشاركين في الجلسة. اما إذا اتفق الأطراف على اللجوء الى الاجتماع عن بعد باستخدام وسائل التواصل التكنولوجية او قررت الهيئة ان المضي في جلسات استماع افتراضية سيسمح بإصدار قرار تحكيمي قابل للتنفيذ على أساس عادل وسريع وفعال من حيث التكلفة، فإنها تلجأ الى هذا النوع من الجلسات الافتراضية حتى وان لم يتفق الفرقاء على ذلك، او اعترضوا عليه. وفي هذه الحالة الأخيرة، يجب على الهيئة بعد التشاور مع الأطراف ان تصدر قراراً مسبباً توضح فيه أسباب لجوئها الى عقد الاجتماع في شكل افتراضي مراعية ملائمة ومعطيات القضية المعروضة امامها⁽¹⁾. ولضمان الامن والسرية عبر الوسائل التكنولوجية، شددت المذكرة على ضرورة حماية المعلومات المتداولة في التحكيم من كل اشكال الاعتداء او القرصنة عن طريق الالتزام بمجموعة من التدابير سمتها "cyber protocole" وذلك من خلال اعتماد قيود التشفير، واستخدام الأرقام السرية، فضلاً عن التوقيع الالكتروني المشفر.

بناءً على كل ما تقدم، يظهر جلياً دور غرفة التجارة الدولية الفعال من خلال سلسلة التدابير المذكورة الدقيقة التي اتخذتها في ظل الظروف الاستثنائية، والتي أدت الى عدم تعطل الفصل في المنازعات الناشئة او التي نشأت في ظل الجائحة.

وفي ذات السياق، يجب الإشارة الى مركز دبي للتحكيم الدولي، الذي يعد مركزاً أساسياً للتحكيم في الشرق الأوسط حيث تبنى الثقافة الرقمية بدلاً من الثقافة المادية في جلسات التحكيم، وأبرز ما قام به المركز هو اصدار تدابير تحتم تقديم الطلبات الجديدة كافة من خلال موقع مركز دبي للتحكيم الدولي الوحيد، ووجوب ارسال الوثائق المقدمة جميعها عبر البريد الالكتروني. وفي خطوة نوعية في اطار مواكبته لمتطلبات المرحلة المقبلة، أصدر المركز سلسلة من القواعد الجديدة التي دخلت حيز التنفيذ في 21\3\2022، تتوافق مع قانون التحكيم

⁽¹⁾ L'alinéa 22 de la note d'orientation précise que: "Si un tribunal décide de tenir une audience virtuelle sans l'accord des parties, ou malgré l'objection d'une partie, il devra examiner attentivement les circonstances pertinentes, y compris celles mentionnées dans le paragraphe 18 ci-dessus, évaluer si la sentence sera susceptible de sanction légale, comme le prévoit l'article 42 du Règlement, et motiver cette décision. Pour prendre une telle décision, les tribunaux pourraient tenir compte de leur vaste pouvoir procédural en vertu de l'article 22(2) du Règlement pour, après consultation des parties, "adopter les mesures procédurales que [le tribunal] jugera appropriées et qui ne sont pas contraires à un accord des parties".

الإماراتي الصادر بتاريخ ١6١6\2018 والذي أرسى دعائم التحكيم الإلكتروني، كما تتوافق هذه القواعد مع التحول الرقمي بممارسة الأعمال التي فرضتها المتغيرات في فترة الجائحة وما بعدها، وأهم ما استحدثته هذه القواعد هو توفير مرونة إضافية للأطراف من خلال تعيين محكمين أو رؤساء لهيئات التحكيم، كما اتاحت القواعد التوقيع الإلكتروني على حكم التحكيم، وقامت بتفصيل متطلبات إصدار حكم التحكيم وفقاً لقانون التحكيم الإماراتي⁽¹⁾.

أما النظام الثاني، فارتكز على اعتماد بعض تلك المراكز والمؤسسات إلى استكمال إجراءات التحكيم عن بعد باستخدام الوسائل الإلكترونية بشرط "إمكانية ذلك"، بحيث يتم النظر في كل قضية على حدة، وبالتالي يحكم في استمرارها من عدمه، ويدخل في الاعتبار بجهوية القضية للحكم، وأنها ليست بحاجة إلى إجراءات تستوجب وقفها، فإن إجراءاتها في هذه الحالة تستمر عن بعد حتى صدور الحكم، أما إذا كانت القضية التحكيمية بحاجة إلى مزيد من الإجراءات والبحث عن الأدلة وتقديم الإثباتات، وطلب الخبرة، وضرورة الانتقال والمعانة....، وحالت ظروف الإلزامية دون إعمالها، فإن الإجراءات تقف ولا تستمر كما هو الحال المعمول به في المركز الإسلامي الدولي للصلح والتحكيم⁽²⁾.

وبذات السياق في لبنان، فبالرغم من اعتماد مركز التحكيم اللبناني والدولي الذي أنشأته نقابة المحامين في بيروت في العام 2014 (LIAC-BBA) على قواعد حديثة تواكب أنظمة التحكيم العالمية المتطورة والحديثة، وتراعي التطور التكنولوجي الحاصل في خدمات التحكيم خاصة لجهة إتمام التبليغات عبر البريد الإلكتروني⁽³⁾ أو عقد جلسات التحكيم بواسطة وسائل الاتصال المرئي والمسموع⁽⁴⁾، كما تحرص هذه القواعد على سرعة بت

(1) لمزيد من التفاصيل راجع، مركز دبي للتحكيم الدولي يطلق قواعد التحكيم الجديدة 2022 لمواكبة رؤية دبي المستقبلية، www.diac.ae.

(2) رامي سليمان، اعراض فيروس كورونا على الدعوى التحكيمية، منشور على موقع المركز الإسلامي الدولي للصلح والتحكيم، <http://iicra.com>؛ تاريخ الزيارة 10\6\2022.

(3) نصت على ذلك المادة الثانية الفقرة الثانية "ج" المتعلقة بالتبليغ والمهل من القواعد المتبعة أمام مركز التحكيم اللبناني والدولي لدى نقابة المحامين.

(4) نصت على ذلك المادة 25 من القواعد المتبعة أمام مركز التحكيم اللبناني والدولي لدى نقابة المحامين المعنونة بـ "الجلسات".

القضايا المعروضة على المركز، الا انها تركت الامر جوازيًا للهيئة التحكيمية حسب مقتضيات كل قضية على حدة.

اما النظام الثالث، فهو ما زال متردداً في استخدام الوسائل الالكترونية والدخول في عالم الحضور الافتراضي لجلسات التحكيم، حيث تأثر نظام التحكيم خلال هذه الجائحة وتوقفت وتعطلت اجراءاته وشلّت فعاليته، وتختلف أسباب هذا التردد من مركز لآخر من حيث الاستعدادية والجهوزية، وعند البعض الآخر نقص وقصور في الأنظمة واللوائح التشريعية للمركز والهيئات بحيث لا تشتمل على استخدام الوسائل الالكترونية في المنظومة التحكيمية، ونجد هذا النظام في مركز الكويت للتحكيم التجاري، حيث استند على وجود القوة القاهرة وما الت اليه ظروف الجائحة من فرض حظر تجوال كلي، وبالتالي حتمية وقف إجراءات التحكيم لوجود هذا المانع القانوني والمادي لكون نظام التحكيم المعمول به في المركز نظاماً تقليدياً يعتمد على الحضور المادي وتقديم الدفاع والمستندات بالتبادل اليدوي، وبحكم ان لوائح المركز لا تشتمل على الية التحكيم عن بعد لكي يتم تفعيلها في هذه الظروف الصعبة، وبالتالي نجد ان المركز استند الى وجود القوة القاهرة والى تطبيق المادة 17 مكرر والمضافة لقانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي بمقتضى القانون رقم 5 لسنة 2020 المعمول به بأثر رجعي، والذي اقره مجلس الامة إثر جائحة كورونا ليحد من إشكالية المواعيد الإجرائية وانعقاد الجلسات في المحاكم. وتأسيساً على ذلك، ينتقد جانب من الفقه⁽¹⁾ تعطل مركز الكويت للتحكيم التجاري في ظل ازمة كورونا ويرى انه كان الأولى بهذا المركز الاستفادة من كل الوسائل التكنولوجية والامكانيات التي تعزز فعاليته وقيامه بمهامه واداء دوره المنشود خصوصاً في ظل ازمة الجائحة وتعطل القضاء الوطني.

• الفرع الثاني: المعايير التطويرية لتفعيل منظومة التحكيم في ظل الجائحة

إذا كانت التشريعات قد دأبت على تطوير التحكيم بشكل يتناسب مع التطور التكنولوجي الحاصل، فإن هذا الامر قد ترافق مع بعض العراقيل. من هنا، كان لا بد من إضفاء بعض

(1) حسن الرشيد ويوسف الياقوت، أثر جائحة كورونا على التحكيم الداخلي والدولي، مجلة الحقوق الكويتية، الجزء الأول، نوفمبر 2020، ص 279 وما يليها.

المعايير التي يمكن ان تساهم في تفعيل منظومة التحكيم وتتناسب مع مزاياه من سرعة ومرونة وقابلية للتكيف بسهولة، كل ذلك بهدف اثبات ان التحكيم يبقى الملاذ الأول للمتقاضين لحل النزاعات الناشئة بينهم.

ولذا إذا كان القانون وقت الازمات يجب ان يتكيف بإيجاد أفضل الحلول والوسائل لمواجهة تلك الازمات. فإن شعار مراكز ومؤسسات التحكيم في هذه الآونة كان المرونة والانفتاح، فلا يوجد في البدايات حلول جاهزة ومتكاملة، ولكن يجب التأقلم مع الظروف والانفتاح على حلول الاخرين والاستفادة منها. وإذا كان التحكيم الالكتروني من أفضل الوسائل التي تتناسب نظرياً وعملياً مع الفلسفة الأساسية التي تركز عليها المنظومة التحكيمية لضمان استمراريته وتحقيقها لأهدافها في حسم المنازعات، وخصوصاً في زمن الجائحة الذي استوجب التوقف عن التنقل والتعطل عن العمل، فإن المنظومة التحكيمية الالكترونية تعاني من بعض المعوقات التي ينبغي التصدي لها، ومعالجتها وذلك من اجل تعزيز فعاليتها وفق استراتيجية علمية وعملية تتوافق مع تحديات العصر⁽¹⁾.

تجدر الإشارة الى ان المشكلات الفنية والتقنية هي اولى المشاكل التي يعاني منها التحكيم الالكتروني حيث انها تؤثر بشكل جذري في تنفيذه، بمعنى ان درجة قوة استخدام التكنولوجيا وتباين توفرها بين الدول المتقدمة، التي لا تعاني من مشاكل الكهرباء والاتصالات، وبين الدول النامية، التي تعاني حتى داخل الدولة الواحدة من تفاوت بمستوى قوة الاتصالات عبر الانترنت من منطقة لأخرى، هو ما سوف يؤثر على النواحي القانونية، أي ضمان المبادئ الأساسية للنقاضي، من احترام لحق الدفاع ومبدأ الوجاهية وغيرها. فضلاً عن ذلك، تخوف المحكّمين أنفسهم بسبب الاضرار التي يمكن ان يسببها انتشار الفيروسات على الأجهزة والرسائل غير المرغوب فيها.

يرى جانب من الفقه⁽²⁾ ان التكنولوجيات الحديثة تتطور بشكل سريع وفعال، يتناسب مع الرقمنة التي تجتاح العالم بأسره، وإذا كانت المشكلات التقنية والفنية تعاني منها كافة القطاعات

(1) ثاني بن علي بن سعود ال ثاني، مناس خاتشادوريان، تحديات التحكيم عن بعد في زمن جائحة كوفيد 19، مرجع سابق، ص 68 وما يليها.

(2) François Driesen, le développement de la visioconférence, l'arbitrage international à l'ère post covid, www.affiches-parisiennes.com. dernière visite 6\6\2022.

التي تستخدم الانترنت او التكنولوجيا بشكل عام كوسيلة فعالة وسريعة بدلاً من الوسائل التقليدية التي كانت سائدة، فإن المهتمين يواكبون إمكانية تقليل هذه العوائق الى ابعد حد، بمعنى ان مشكلة الخروقات الالكترونية، تنصدي لها التشريعات من خلال ادراج اقصى حماية ممكنة عبر " التشفير".

وخير مثال على ذلك، ما تنتهجه غرفة التجارة الدولية من منصات خاصة بالتحكيم الالكتروني تسمح بتجاوز هذه المشكلات قدر الإمكان، بالإضافة الى المراسيم والبروتوكولات التي أصدرتها تبعاً وهو ما يعرف ب " cyber protocol" من اجل تأمين اقصى درجات الحماية والفعالية للمحتكمين، الا انه يعاب عليها عدم مراعاتها للتباين التكنولوجي بين الدول وسرعة تدفق الانترنت ومدى استيعاب النظم القانونية لظاهرة استخدام التكنولوجيا في التحكيم التجاري الدولي ومدى قدرتها على توفير الامن والسلامة اللازمة لذلك⁽¹⁾. بناءً على ذلك، يجب على الدول النامية ان تحذو حذو الدول المتطورة من خلال تطبيق الأنظمة المستعملة فيه لتفادي المخاوف المتعلقة بانتهاك سرية المعاملات والمنازعة وعمليات الاختراق.

لذا إذا كان التحكيم الالكتروني يعاني من تلك المشكلات التقنية والفنية في البلاد النامية أكثر منها في البلاد المتطورة، فإن الاستعانة بخبراء التكنولوجيا للإسهام بإضفاء أكبر قدر من المرونة والفعالية والثقة في هذه المنظومة يبدو حاجة لا بد منها في الوقت الحالي، خاصة وان الكم الهائل من الاختصاصيين المتمرسين والمحترفين في التكنولوجيا يسمح بالاستفادة من خبراتهم العملية في هذا الإطار.

ولذا يعتبر جانب من الفقه⁽²⁾ ان الحل المتبع في زمن الجائحة من خلال اتباع التحكيم الالكتروني، واللجوء الى جلسات الاستماع الافتراضية وذلك عبر الفيديو كونفرنس، بالرغم من وجود بعض العقبات، يبقى احسن الية للفصل في جميع النزاعات بسرعة وتكلفة معقولة، مشدداً

(1) نوال براهيمى، الإجراءات الاستثنائية للتحكيم التجاري في ظل جائحة كورونا وفق نظام غرفة التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 417 وما يليها.

(2) Alexis Mourre, quel va être l'impact de la pandémie sur l'arbitrage commercial international, et en particulier sur l'arbitrage CCI ? chronique proposée par le club des juristes, en partenariat avec lexis Nexis, <https://blog.leclubdesjuristes.com>; dernière visite 6/6/2022.

على انه ما من "حاجة اعظم من الحصول على العدالة، خاصة في أوقات الازمات الاقتصادية".

وتأسيساً على ذلك، نرى ضرورة المام الهيئة التحكيمية بالأمر التقنية وذلك لكي تتمكن من تنظيم جلسات المرافعة واستجواب الشهود عن بعد بطريقة فعالة وعملية، وإقناع الأطراف بالاتفاق على بروتوكول سيبراني للتشغيل السلس لهذه الجلسات الافتراضية التي تأخذ في الاعتبار جميع الصعوبات مثل المناطق الزمنية وتغطية الاتصالات والامن السيبراني⁽¹⁾.

اما بالنسبة للإشكاليات القانونية التي يعاني منها التحكيم الالكتروني، فإنه لضمان التنمية المستدامة والتطوير الفعلي يلزم ابتداءً تكاتف وتضافر جهود جميع المعنيين على سن وبلورة منظومة تحكيمية الكترونية متكاملة وتتوافق مع فلسفته القائم عليها، وتستوعب جميع الابعاد التكنولوجية، وتكون قادرة على مواكبة التطورات ومواجهة التحديات والتغلب على الصعوبات. لذلك ينبغي العمل على توفير البنية التحتية المناسبة والأجواء الملائمة لخصوصيته وطبيعته. لذا يجب إلزام مؤسسات ومراكز التحكيم الالكتروني بإيجاد شهادات معتمدة تهدف الى احترام ضمانات التقاضي، وضمان تحقيق مستوى كافٍ من الامن القانوني فيما يتعلق بحساسية وخصوصية المعلومات، وتعزيز الحماية ضد التطفل والاختراق والسرقات والتلاعب بالمعلومات، وتحقيق الأمان الإداري والحوكمة التقنية فيما يتعلق بمعالجة البيانات وتخزينها، ويتطلب ايضاً، ان تسعى مراكز التحكيم الالكترونية للحصول على شهادة اعتماد من قبل هيئة عليا خارجية معتمدة لضمان مستوى عالٍ من الثقة والأمان القانوني لمستخدمي المنصات

(1) نذكر على سبيل المثال، نموذج صادر عن هيئة تحكيم بشأن تنظيم جلسات الاستماع حيث تتطلب هذه الجلسة ما يلي: أجهزة حاسوب مزودة بأنظمة حديثة ولديها خاصية التواصل على شبكة الانترنت بسرعة عالية، كاميرات وميكروفونات عالية الجودة، أجهزة تلفون ذكية تستخدم احتياطياً في حال حدوث أي اعطال مفاجئة لمنصة التواصل، إمكانية تبادل الصور والصوت والمستندات، قيام الأطراف بتجربة حية صوت وصورة للتطبيقات التي سوف يتم استخدامها، تحديد أسماء المشاركين في الجلسات الافتراضية، تحديد قواعد لاستخدام الكاميرا تمكن من مشاهدة الشاهد الذي سوف يدلي بشهادته بشكل واضح. عرض المستندات الثبوتية من خلال وظيفة " مشاركة الشاشة"..... للاطلاع على هذا النموذج بالكامل، راجع، ثاني بن علي بن سعود ال ثاني، مناس خاتشادوريان، تحديات التحكيم عن بعد في زمن جائحة كوفيد 19، مرجع سابق، ص 87 وما يليها.

الإلكترونية في حسم المنازعات، وتشتمل هذه الشهادة على ضرورة تحقيق الشروط المطلوبة للحصول عليها⁽¹⁾.

ولمواجهة الإشكاليات التي تظهر بحكم غياب الاتصال المادي لإجراءات التحكيم الإلكتروني، ولكونه يلامس الجوانب الأخلاقية والفنية للعدالة، فمن الممكن الانحراف بتغيير النماذج الأصلية وتزويرها، مما يوجب التنبه لهذا الأمر والتصدي له عن طريق انشاء ضمانات جديدة، لذا يرى جانب من الفقه⁽²⁾ بضرورة اعتماد ميثاق أخلاقي يحدد ضوابط السلوكيات والمبادئ المتعلقة باستخدام التحكيم الإلكتروني، ويهدف الى دعم وتشجيع العدالة عبر الانترنت، وعليه مراعاة احترام خمس مبادئ جوهرية تتمثل في الحقوق الأساسية، وحماية البيانات الشخصية، وحقوق الانسان، والمساواة وعدم التمييز، والجودة في امن المعلومات وشفافية اللوائح والتقنيات ليسهل التعامل معها⁽³⁾.

بالإضافة الى ذلك، يجب العمل على تطوير القواعد المتعلقة بالاختصاص الدولي للمحاكم، سواء على صعيد القوانين الوطنية، بوضع ضوابط للاعتراف بالأحكام الصادرة من هيئات تحكيم الكترونية، وضمان صحة التوقيع الإلكتروني عليه، او على صعيد الاتفاقيات الدولية، عن طريق تطويع القائم منها للاستجابة لهذا الغرض، بحيث يتم تنفيذ حكم التحكيم دون الحاجة لإكسائه صيغة التنفيذ من قبل القضاء الوطني، ولا شك فإن التطوير الفعال لهذا الأمر يتطلب تأسيس مركز دولي يعتني باقتدار بإرادة حسم المنازعات الكترونياً في اطار منظمة دولية خاصة لذلك، ويكون منبراً لتطوير مبادئ قانونية عامة وقواعد إجرائية تحكم جميع المسائل المتعلقة بحسم المنازعات الكترونياً، وبالتالي يساهم في ضمان فعالية التحكيم الإلكتروني ومعالجة الكثير من الإشكاليات التي يتعرض لها⁽⁴⁾.

(1) Thomas Clay, rapport, l'arbitrage en ligne, groupe de travail ,avril 2019,p. 131 et suiv, www.leclubsdesjuristes.com, dernière visite, 6\6\2022.

(2) حسن محمد الرشيد، يوسف حامد الياقوت، أثر جائحة كورونا على إجراءات التحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، 309 وما يليها.

(3) Charte éthique européenne d'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires et leur environnement, adoptée par la CEPEJ, 3-4 décembre 2018, <https://www.lemondedudroit>, dernière visite 7\6\2022.

(4) بربيش عبد القادر، حمدي معمر، دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية، الملتقى العلمي الدولي الرابع حول عصرنه نظام الدفع في البنوك الجزائرية واشكالية اعتماد التجارة الإلكترونية في الجزائر، ص 1 وما يليها.

وتظهر أهمية توفير الموارد البشرية المتخصصة في هذا المجال والتكوين المهني المستمر لجميع المعنيين، والتدريب في قطاع المعلومات والأنظمة والبرمجيات لضمان جودة إدارة الجوانب التقنية والمعلوماتية التي تعتمد عليها المؤسسات في التحكيم الإلكتروني⁽¹⁾. بالإضافة الى ذلك، لا بد من إيجاد إطار قانوني يسمح بإضفاء الطابع المؤسسي على استخدام التكنولوجيا في التحكيم، ويضع حلولاً تكنولوجية تقدم ضمانات في الجوانب الأمنية، وتعالج نوعين من المخاطر، الأولى ذات طبيعة مادية، وهي خطر الاختراق والقرصنة، والثانية ذات طبيعة قانونية، وهي تعرض البيانات والمستندات للخطر، وبالتالي يجب تصميم أنظمة تقدم ضمانات حقيقية وكافية لاحترام امن البيانات والمحافظة عليها⁽²⁾. ويرى جانب من الفقه⁽³⁾ ان من أبرز الخطوات التطويرية لتقوية فعالية المنظومة التحكيمية ضرورة تفعيل اطلاق منصات الكترونية عن طريق تطبيق ذكي (application) (يكون واضحاً وسهلاً للجميع، ويتم عن طريقه إجراءات التحكيم وسريان العملية التحكيمية برمتها، ويشتمل هذا التطبيق على العديد من functionalities والأنشطة الداعمة للتحكيم الإلكتروني من نشر ثقافة التحكيم، وبيان طرق واليات سير القضايا من بدايتها الى نهايتها، ولتحقيق هذه الاستراتيجية وضمان مستقبل واعد للتحكيم الإلكتروني، يجب ان يتم التعامل مع هذه التقنية بإتقان وكفاءة عالية، وفهم لجميع قواعدها الإجرائية، والتفاعل معها، وتشغيلها وفق افضل المعايير الدولية، وابتكار برامج لحمايتها من عمليات الاختراق والقرصنة، وتعزيز ثقة الأطراف بها، ومن ثم ضرورة العمل الدائم على تحديثها وتقييمها باستمرار، وذلك للارتقاء بخدماتها وضمان فعالية اكيدة لتحقيق اهداف المنظومة التحكيمية الإلكترونية.

(1) طارق اليختي، دور التحكيم الإلكتروني في تسوية المنازعات واليات تفعيله، مجلة المهن القانونية والقضائية، العدد 2، 2017، ص 27 وما يليها.

(2) Thomas clay, rapport, l'arbitrage en ligne, op. cit, p. 77 et suiv

(3) حسن محمد الرشيد، يوسف حامد الياقوت، أثر جائحة كورونا على إجراءات التحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 312 وما يليها. وبذات المعنى، ثاني بن علي بن سعود ال ثاني، مناس خاتشادوريان، تحديات التحكيم عن بعد في زمن جائحة كوفيد 19، مرجع سابق، ص 98 و99.

○ الخاتمة

صفوة القول، ان جائحة كورونا- كوفيد 19- القت بظلالها على كل القطاعات، ولم يكن التحكيم وخاصة التحكيم التجاري الدولي بمنأى من تأثيرها. وإذا كانت درجة تأثيره بالجائحة تعتبر بنسبة أقل من التقاضي امام المحاكم الرسمية، نظراً للخصوصيات الكثيرة التي يمتاز بها من مرونة وسرعة وتكييف للإجراءات بما يتلاءم والأوضاع السائدة، فإن ذلك لم يمنع من وجود بعض الصعوبات التي يعاني منها التحكيم في ظل هذا الوباء، لذا انصبت هذه الدراسة على تبيان العوائق التي يعاني منها التحكيم في ظل الجائحة ومدى ملاءمة التدابير المتخذة لمواجهة هذه العوائق. وقد توصلنا الى النتائج التالية:

- يعاني التحكيم في ظل الجائحة من مشكلات تمثلت بغياب نظام اجرائي لتنظيم عملية تعيين هيئة التحكيم، بالإضافة الى مشكلات فنية وتقنية برزت بشكل خاص عند استخدام التحكيم الالكتروني، واثرت هذه المشكلات على النواحي القانونية خاصة لجهة احترام الضمانات الأساسية للتقاضي واهمها على الاطلاق حق الدفاع.
- لا يمكن تصنيف جائحة كورونا بشكل مطلق بأنها قوة قاهرة او ظرف طارئ وانما يجب التوقف على ظروف كل حالة على حدة ومدى تأثيرها على الالتزامات العقدية، لذا ان أعمال هذه المفاهيم مرهون بتوافر شروط هذا الأعمال والنظر في أثر توافرها.
- على هيئة التحكيم ان تتصرف بحسب الصعوبات التي تعترضها في معالجة الملف التحكيمي بحسب المرحلة التي وصلت اليها، وبحسب الإجراءات المطلوب القيام بها في هذه المرحلة.
- الدفع بجائحة كورونا للتحلل من المسؤولية مرتبط ارتباطاً وثيقاً بمدى قدرة المحكم على تجاوز العراقيل التي أحدثها الفيروس.
- اثبت التحكيم المؤسسي فاعليته في مواجهة الجائحة من خلال الدعم التقني من اجل تطويع التكنولوجيا ودمجها في النظام الاجرائي لتلك المؤسسات.
- ان توجهات المؤسسات التحكيمية لمواجهة جائحة كورونا تنقسم الى ثلاثة انظمة، اما النظام الأول فيتمثل بإرساء الية الوسائل الالكترونية للتحكيم عن بعد وجعل حل المنازعات بالطريق الالكتروني هو الطريق الأساسي للفصل في النزاع، اما النظام الثاني فسمح باستكمال

إجراءات التحكم عن بعد من خلال استخدام الوسائل الالكترونية بشرط " إمكانية ذلك"، اما النظام الثالث فهو الذي توقفت فيه منظومة التحكم وتعطلت اجراءاتها وشلّت فعاليتها، نظراً لنقص وقصور في الأنظمة واللوائح التشريعية للمؤسسات التحكيمية بحيث انها لا تشمل على استخدام الوسائل الالكترونية في منظومتها التحكيمية.

- لضمان تفعيل المنظومة التحكيمية الالكترونية، قدمنا مجموعة من الاليات تساهم في استمرارية التحكم وتحقيق غايته ودعمه لأداء دوره في حسم المنازعات في ظل الأوبئة.

لذلك، نخلص الى القول ان الواقع القانوني المتواجد حالياً ليس كافياً لذا لا بد من وجوب تدخلات تشريعية تعمل على ضرورة تعزيز التحكم الالكتروني من خلال منظومة خاصة ومتكاملة تراعي احترام إرادة الأطراف، وتحافظ على الضمانات الأساسية للتقاضي وتسعى الى تحقيق الامن السيبراني المنشود.

الدراسة الرابعة:

الإستجواب الإلكتروني بين الواقع والتطبيق (لبنان نموذجاً)

د. دارين علي صقر

حوّلت الشبكة العنكبوتية العالم إلى قرية كونية، وأتاحت للمستخدمين التواصل فيما بينهم عبر وسائل إلكترونية حديثة إستطاعت إختصار المسافات الجغرافية وتسهيل حياتهم، وكانت هذه الشبكة تُستخدم أساساً كوسيلة للبحث العلمي وتبادل المعلومات والبيانات⁽¹⁾ بين الجامعات ومراكز البحوث⁽²⁾، ثم تطورت لتشمل كافة ميادين العمل والتجارة والتعليم في محاولة من الحكومات لتسهيل الأمر على المواطنين وإعتماد المكننة والسير في ركب التطور العلمي. بالإضافة إلى ذلك، فقد لحق التطور النظم القضائية وإجراءاتها، وذلك من خلال تطبيق قواعد المحاكمة الإلكترونية التي ساهمت بنقل المحاكمة من إطار الحضور الشخصي أمام

(1) ثمة فرق بين المعلومات والبيانات، فالمعلومات هي بيانات تمت معالجتها، أما البيانات فهي تلك التي لم تُعالج بعد، وبالتالي، فإن عُمر الشخص أو تاريخ ميلاده أو دراسته أو حالته الإجتماعية هي بيانات، ولكن عندما تُدَوّن هذه البيانات في إستمارة تعارف فهي تُصبح معلومات، نظراً لكونها باتت تُنبئ عن حالة الشخص، فهي بمثابة معلومة وليست بيانات، ولذلك يُقال عن أنظمة الحاسب الآلي أنها تُظم معلومات وليست نُظم بيانات: عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية الحكومة الإلكترونية، الكتاب الأول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط.1، 2008، ص. 50. ويُمكن تعريف البيانات بأنها الوقائع الثابتة في مجال ما، والتي يتم تسجيلها عن طريق الملاحظة، وهي بذلك تُمثّل أساس التحليل والدراسة للباحث، ليتمكن من الوصول إلى معلومة أو أكثر، ومن ثم مصدر وجودها، فالبيانات هي المرحلة الأولية التي يتلقاها جامع المعلومة، في حين أن المعلومات هي مجموعة من الحقائق التي يُمكن إستنتاجها من البيانات، فهي نتيجة لاحقة ومتعاقبة مع البيانات، لا يُمكن الحصول عليها إلا بعد معالجة البيانات، وبالتالي، فالمعلومات هي بيانات بعد إدخالها عملية المعالجة: هشام المصري، الأمن المعلوماتي أحد الأعمدة الرئيسية للأمن القومي، إختراقه- إحتوائه، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، 2019، ص. 23.

(2) سمير عالية، الوافي في شرح جرائم القسم الخاص، الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة، الجرائم المخلة بالثقة العامة، الجرائم الواقعة على الأموال، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2020، ص. 20.

القاضي في المقر المادي المحكمة، إلى إطار الحضور الافتراضي الذي يتم عبر الوسائل الإلكترونية.

وقد ساهم إنتشار فيروس كورونا⁽¹⁾ في العالم، في تبني خيارات جديدة مستمدة من قرارات التباعد الإجتماعي وسياسة الإغلاق⁽²⁾، وذلك سعياً لإستمرار المصالح العامة ولعدم إهدار حق الأفراد باللجوء إلى القضاء والتداعي⁽³⁾.

وبالفعل، فقد بدأت العديد من الدول العربية⁽⁴⁾ برقمنة القضاء والإستعانة بالوسائط الإلكترونية لإتمام إجراءات التقاضي عن بعد للفصل في الدعاوى، لتمكين الأفراد من المطالبة

(1) يرى البعض أن فيروس كورونا يُمثل حدثاً خارجياً غير متوقع الحدوث، فضلاً عن كونه وباء واسع الإنتشار، ولا يتوقف عند الحدود الجغرافية للدول، وأنه أصاب العالم بالشلل، وأجبر الأفراد على الحظر المنزلي والتباعد الإجتماعي: سحر عبد الفتاح إمام، جائحة كورونا وتداعياتها على المنظومة القضائية، مجلة الدراسات القانونية والإقتصادية، جامعة السادات، المجلد 6، عدد خاص بجائحة كورونا وتداعياتها القانونية والإقتصادية المحلي والإقليمية والدولية، 2020، ص. 63. في حين إعتبرها البعض الآخر بمثابة القوة القاهرة التي تبرر اللجوء إلى حالة الضرورة: محمود المغربي، وبلال صناديد، التكييف القانوني للجائحة الكورونية على ضوء الثوابت الدستورية والدولية والمبادئ القانونية المستقرة بين صلاية المسلمات ومرونة الإعتبارات، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد 6، يونيو 2020، ص. 30، هامش 20.

(2) صدر قانون الدفاع في الأردن بتاريخ 17 مارس/آذار 2020 وذلك لمواجهة فيروس كورونا، وإستناداً للأمر الملكي الصادر عن العاهل الأردني، فقد صدر أمر الدفاع رقم 2 لعام 2020 الصادر بمقتضى أحكام قانون الدفاع رقم 13 لسنة 1992، المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 20/03/2020، ص. 1920، والذي قضى بإتخاذ عدة تدابير إستثنائية إستناداً للطرف الصحي الطارئ الذي تمر فيه البلاد، ولمنع تفشي الأوبئة، كحظر التجوال، وإغلاق المحلات. (3) فالمشرع في تحديده لقواعد الإجراءات الجنائية، يجري التوازن الضروري بين حماية الحرية الشخصية وما يتعلّق بها من حقوق الإنسان، وحماية المصلحة العامة، وبدون هذا التوازن لن تتحقق حماية الحرية وحقوق الإنسان بوصفها أساساً للشرعية الإجرائية، ذلك أنه بدون فاعلية العدالة الجنائية لا يُمكن ضمان ممارسة الحرية وسائر حقوق الإنسان: أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 1993، ص. 221.

(4) بين عامي 2020 و2021 أوقفت معظم محاكم دولة الإمارات عقد جلسات عامة في قاعات المحاكم وانتقلت إلى نموذج التقاضي عن بعد، وسبق ذلك صدور القانون الاتحادي رقم 5 لسنة 2017 في شأن إستخدام تقنية الإتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية تاريخ 30/05/2017، الجريدة الرسمية عدد 616 ص. 6. ثم القرار الوزاري رقم 259 لسنة 2019 في شأن الدليل الإجرائي لتنظيم التقاضي باستخدام الوسائل الإلكترونية والاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية، تاريخ 27/03/2019، الجريدة الرسمية عدد 651، ص. 107: البوابة الرسمية لحكومة دولة الإمارات العربية المتحدة، تاريخ زيارة الموقع: 2021/10/14. <https://u.ae/ar-ae>

بحقوقهم والإدعاء بها، وذلك إنطلاقاً من حاجة التقاضي الإلكتروني إلى تشريعات جديدة تنظمه وتكفل تحقيقه لأهدافه⁽¹⁾، أو تطوير ما هو قائم منها، حتى تتوافق مع النظم الجديدة القائمة على التعامل الرقمي- وليس الورقي- ذلك أن الطبيعة الخاصة للتقاضي الإلكتروني تتطلب إستبعاد القواعد العادية، والعمل على وضع تشريع جديد يتناسب مع الطبيعة الخاصة للبيئة الإلكترونية، لا سيما وأن التشريعات التقليدية لم تعد صالحة لمواكبة التطور المعلوماتي⁽²⁾، فالقاضي لن يتمكن من اللجوء إلى الوسائط الإلكترونية إلا إذا وُجد قانون يُبيح له ذلك⁽³⁾.

ومن دون شك، فإن أهمية الإدارة الإلكترونية⁽⁴⁾ تبدو جلياً من خلال مجموعة من الأهداف التي تتمثل برفع كفاءة الجهاز القضائي، وحوسبة⁽⁵⁾ إجراءات التقاضي عن طريق تبادل الوثائق

كما صدر في الأردن القانون رقم 2018/95، المتعلق بنظام استعمال الوسائل الإلكترونية في الإجراءات القضائية المدنية، الجريدة الرسمية رقم 5529، تاريخ النشر 2018/9/2 .

(1) ماجد راغب الحلو، علم الإدارة العامة ومبادئ الشريعة الإسلامية- الحكومة الإلكترونية- منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص. 427.

(2) نصيف جاسم محمد عباس الكرعوي، التقاضي عن بُعد- دراسة مقارنة- منشورات الحلبي الحقوقية، ط. 1، 2017، ص. 34.

(3) أحمد هندي، التقاضي الإلكتروني لإستعمال الوسائل الإلكترونية في التقاضي- دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص. 19.

(4) أنعكس استخدام الحاسب الآلي وتطبيقاته ليشمل ما يُسمى بالإدارة أو الحكومة الإلكترونية، بحيث يُمكن للدولة أن تتفقد المهام المنوطة بها عن طريق إستخدام وسائل التكنولوجيا الحديثة: عبد الفتاح بيومي حجازي، نحو صياغة نظرية عامة في علم الجريمة والمجرم المعلوماتي، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2009، ص. 1. فقد بات العمل الحكومي يعتمد على التطبيقات اللامحدودة لتقنية المعلومات الحديثة للتحكم في أنظمة البنية التحتية وتقديم الخدمات العامة عبر نظم المعلومات الإلكترونية التي شكلت نظم الإدارة والرقابة والإشراف والتحكم بالمرافق المختلفة، والقطاعات العسكرية والأمنية وقطاع المواصلات والاتصالات ومحطات توليد الطاقة والمياه والقطاع الإقتصادي والمالي: علي جعفر، جرائم تكنولوجيا المعلومات الحديثة الواقعة على الأشخاص والحكومة، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2013، ص. 7.

(5) الحوسبة هو مصطلح جديد ظهر مع إنتشار استخدام الحاسب الآلي، ويعني الإعتماد بصورة كلية، أو شبه كلية على الحاسب الآلي وتطبيقاته في إنهاء الأعمال الخاصة بجهات الحكومة والقطاع الخاص: عبد العزيز بن سعد الغانم، المحكمة الإلكترونية، دراسة تأصيلية مقارنة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، دار جامعة نايف للنشر، الرياض، 1439 هـ - 2017م، ص. 9.

والمعلومات من خلال وسائل الإتصال الحديثة، وتصنيف هذه المعلومات ليسهل تصفحها إلكترونياً، فضلاً عن أداء الخدمات للأفراد عن طريق الوسائل الإلكترونية دونما حاجة لإنتقالهم إلى مقر المحكمة⁽¹⁾، وهذا ما يؤدي بالفعل إلى توفير الوقت والتكاليف والجهد⁽²⁾، خاصةً بعد أن لجأت العديد من الدول إلى مفهوم "الحكومة الإلكترونية"⁽³⁾.

وفي خِصَم هذه التطورات التشريعية، أصدر المشرع اللبناني القانون المتعلق بالمعاملات الإلكترونية والبيانات ذات الطابع الشخصي⁽⁴⁾، ليسدّ بذلك ثغرةً كانت تُشكّل عائقاً أمام دخول لبنان إلى العصر المعلوماتي⁽⁵⁾، كما حتمت حالة الطوارئ الصحية المتمثلة بإنتشار فيروس كورونا اللجوء إلى تقنية الإستجواب الإلكتروني، التي تُعدّ وجهاً من وجوه التقاضي الإلكتروني، وذلك للتخفيف من الإكتظاظ في أماكن التوقيف، ولتسريع البت في قرارات إخلاء السبيل. ورغم ذلك، إلا أن المشرع لم يقدّم حتى تاريخ كتابة هذه السطور من إستحداث نظام خاص بالقضاء الرقمي أسوةً بما فعله المشرعين في العديد من الدول.

إنطلاقاً مما سبق، نطرح الإشكالية التالية:

في ظل الخصوصية التي يمتاز بها النظام القضائي في لبنان وإعتماده على الإجراءات النابعة من القوانين التقليدية، هل يُعدّ اللجوء إلى الإستجواب الإلكتروني قاعدةً للتحوّل

(1) ماجد راغب الحلو، علم الإدارة العامة ومبادئ الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص. 422.

(2) خالد ممدوح إبراهيم، التقاضي الإلكتروني، الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص. 13.

(3) على الصعيد العالمي، من الواضح أن هناك زيادة مستمرة في إستيعاب تنمية الحكومة الإلكترونية، حيث أصبح 56 % من الدول الأعضاء الآن في مجموعة مؤشر تنمية الحكومة الإلكترونية المرتفع أو المرتفع جداً، وقد إنتقل أكثر من 22 % من الدول التي شملتها الدراسة إلى مجموعة مؤشر تنمية الحكومة الإلكترونية المرتفع منذ عام 2018. وكان التقدم ملحوظاً بشكل خاص في الدول ذات الأوضاع الخاصة: الملخص التنفيذي لمسح الحكومة الإلكترونية 2020 الصادر عن الأمم المتحدة- إدارة الشؤون الاقتصادية والاجتماعية، الأمم المتحدة، نيويورك 2020: موقع الأمم المتحدة: تاريخ زيارة الموقع 2021/10/14. <https://publicadministration.un.org>

(4) القانون رقم 81 تاريخ 2018/10/10 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية والبيانات ذات الطابع الشخصي، الجريدة الرسمية عدد 45 تاريخ 2018/10/18.

(5) جمال عبدالله، ورقة بحثية حول موضوع المحكمة الإلكترونية، المؤتمر الدولي الثالث حول التحوّل الرقمي والمعرفة القانونية، تاريخ 2021/11/07، مركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية، تاريخ الإطلاع 2021/10/15. متاح على الرابط: <https://ae.linkedin.com>

باتجاه إعتقاد الوسائل التقنية الحديثة في التقاضي، أم هو إستثناء فرضته حالة الطوارئ الصحية المتمثلة بإنتشار فيروس كورونا؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات يمكن إجمالها بما يلي:

1. ما هي الدوافع التي حتمت اللجوء إلى تقنية الإستجواب الإلكتروني؟ وهل تمكنت هذه التقنية من معالجة النقص التشريعي الخاص بالقضاء الرقمي؟
2. هل تصلح تعاميم وزيرة العدل أن تكون مصدراً للإجراءات الجنائية؟
3. ما مدى مشروعية الإجراءات المتبعة لدى تطبيق تقنية الإستجواب الإلكتروني لا سيما فيما يتعلق بالحفاظ على سرية التحقيق وإحترام الضمانات الخاصة بالمدعى عليه؟
4. كيف يُمكن الموازنة بين ضرورة تطبيق النص الخاص وبين الإعتبارات التي حتمت اللجوء إلى نظام الإستجواب الإلكتروني؟
5. هل إستطاع نظام الإستجواب الإلكتروني أن يُحقق الأهداف المنشودة منه بعد تطبيقه جزئياً في قصر عدل طرابلس وبعيدا؟ وعلى فرض ذلك، هل يُمكن تعميم هذه التجربة لتشمل المنظومة القضائية في لبنان بأكمله؟
6. كيف يمكن ترجمة العوائق التي تقف في وجه رقمنة المنظومة القضائية في لبنان؟ وبالتالي، فهل يُعد القضاء اللبناني جاهزاً لمواكبة التطور المعلوماتي وإستخدام الوسائل الحديثة في التقاضي؟

هذا ما سنجيب عليه من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: متطلبات الإستجواب الإلكتروني وإجراءاته
المطلب الثاني: تطبيق الإستجواب الإلكتروني

○ **المطلب الأول:** متطلبات الإستجواب الإلكتروني وإجراءاته

شكّل إنتشار فيروس كورونا حالة طوارئ صحية مؤلّفةً بذلك خطراً داهماً يتعرّض له الوطن وجميع أبنائه على صعيد صحتهم وسلامتهم وحياتهم⁽¹⁾، الأمر الذي إستدعى إعلان حالة التعبئة العامة وإتباع سياسة وقائية قائمة على الإغلاق بهدف منع التجمعات والحد من

(1) وذلك وفقاً لمندرجات قرار إعلان التعبئة العامة الصادر عن مجلس الوزراء اللبناني رقم 2020/1 بموجب المرسوم رقم 6198 تاريخ 2020/03/15، والتي تم تمديدها بموجب المرسوم 6209 تاريخ 2021/03/26.

الإكتظاظ، وذلك مع مراعاة التوازن بين موجب الحفاظ على الصحة العامة من جهة، والحد من تداعيات الوباء على مختلف القطاعات في البلد من جهة ثانية.

وكان القطاع القضائي من المتأثرين بهذه السياسة لا سيما من ناحية تعليق الجلسات في المحاكم والدوائر القضائية كافة⁽¹⁾، وقد تعرض آلاف السجناء لخطر شديد بالإصابة بفيروس كوفيد-19 بسبب الاكتظاظ المتواصل والأوضاع المعيشية غير الملائمة، غالباً بدون وجود إجراءات وقائية وافية، كان من نتائجها وقوع عدد من أعمال الشغب داخل السجون، واعتصام أفراد أسر السجناء خارج السجون ومخافر الشرطة مطالبين بالإفراج عن السجناء⁽²⁾.

وعليه، فقد عززت هذه الظروف الحاجة الى اللجوء إلى الوسائل الإلكترونية⁽³⁾ لمتابعة الإجراءات القضائية المتعلقة بالإستجواب، والهادفة إلى التخفيف من الإكتظاظ داخل السجون والنظارات بفعل تفشي فيروس الكورونا، وذلك رغم إفتقار التشريع اللبناني إلى القوانين التي تُنظم التقاضي عن بُعد، وفي 6 أبريل/نيسان، أعلنت وزارة الداخلية الإفراج عن ما يزيد على 600 سجين كانوا في الاحتجاز الاحتياطي، وذلك في إطار الإجراءات التي اتخذتها الحكومة لاحتواء انتشار وباء فيروس كوفيد-19⁽⁴⁾.

(1) التعميم الصادر عن وزيرة العدل السابقة ماري كلود نجم، ورئيس مجلس القضاء الأعلى القاضي سهيل عبود بتاريخ 2020/03/03 والذي يقضي يقضي بتعليق الجلسات في المحاكم مؤقتاً، تمهيداً لتجهيز قصور العدل بمستلزمات الوقاية بالتنسيق مع وزارة الصحة وسائر الجهات المعنية المختصة، مع إستمرار المراجع القضائية الجزائية في البيت بطلبات إخلاء سبيل الموقوفين. وقد صدر هذا التعميم بموجب إعلان قرار التعيين العامة سناً للقرار رقم 2020/1 الصادر عن مجلس الوزراء بموجب المحضر رقم 11 من الجلسة المنعقدة في القصر الجمهوري بتاريخ 2020/03/15 والذي تمّ بموجبه تكليف وزارة العدل بإعداد النصوص اللازمة لتعليق المهل القانونية والقضائية والإدارية والعقدية إعتباراً من تاريخ

2020/03/18: وحدة إدارة مخاطر الكوارث، تاريخ الإطلاع <http://drm.pcm.gov.lb>.2021/10/17

(2) تقرير منظمة العفو الدولية للعام 2020-2021، حالة حقوق الإنسان في العالم، منظمة العفو الدولية، الطبعة الأولى، 2021، ص. 149.

(3) أدخلت الأزمة الصحية المتعلقة بانتشار فيروس كورونا مجموعة من الآليات المستحدثة والتي لم تكن مألوفاً بعد في المجتمع اللبناني، كإستحداث منصات إلكترونية خاصة بلجنة متابعة التدابير والإجراءات الوقائية لفيروس كورونا للحصول على إذن للتنقل والتجوال للأفراد خلال الفتح التدريجي، يكون محدداً من ناحية الزمان والمكان، فضلاً عن إعتقاد تقنية الباركود للسماح بالخروج إلى السوبرماركت بمعدل إذن واحد يومياً لمدة ساعتين تبدأ لدى مسح الرمز المشفر، وذلك عبر

المنصة الإلكترونية التالية: <https://covid.pcm.gov.lb/impactmobile/curfew/exception>

(4) تقرير منظمة العفو الدولية للعام 2020-2021، حالة حقوق الإنسان في العالم، مرجع سابق، ص. 149.

في الحقيقة، إن تطبيق نظام الإستجواب الإلكتروني يتطلب مجموعة من الأسس التي تساهم في تحقيق الأهداف المنشودة من اللجوء إلى هذا النظام، وبناءً عليه، سنقوم بتناول هذه المتطلبات في الفرع الأول من هذه الدراسة تحت عنوان "الأسس اللازمة لتطبيق الإستجواب الإلكتروني"، ثم نلقي الضوء على الإجراءات اللازمة لتطبيق هذا النظام في ظل الخصوصية التي يمتاز بها النظام القضائي وإعتماده على الإجراءات النابعة من القوانين التقليدية، وذلك في الفرع الثاني من هذه الدراسة تحت عنوان "إجراءات الإستجواب الإلكتروني".

• الفرع الأول: الأسس اللازمة لتطبيق آلية الإستجواب الإلكتروني

في الواقع، هناك مجموعة من الإعتبارات التي دفعت بإتجاه اللجوء إلى الإستجواب الإلكتروني، لا سيما من ناحية مواكبة هذا النظام للتطور التكنولوجي الذي تميّز بسرعة الإتصالات، ومدى إمكانية إتمام إجراء الإستجواب، وإرسال محاضر الإستجواب بسهولة وفعالية، مما يؤدي إلى توفير الوقت والتكاليف والجهد⁽¹⁾.

ويتطلب الإستجواب الإلكتروني مجموعة من الأسس التشريعية والتقنية والبشرية حتى يتمكن هذا النظام من تحقيقه الأهداف المنشودة⁽²⁾، ويمكننا تصنيف هذه المتطلبات وفقاً لما يلي:

■ أولاً: إصدار القوانين المسيرة لنظام التقاضي الإلكتروني

يُعدّ الإستجواب الإلكتروني وجهاً من وجوه التقاضي الإلكتروني⁽³⁾، وهو ما يتطلب إصدار تشريعات تنظمه وتكفل تحقيقه لأهدافه⁽⁴⁾، لا سيما وأن القوانين

(1) خالد ممدوح إبراهيم، الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم، مرجع سابق، ص. 13.

(2) أحمد هندي، التقاضي الإلكتروني، مرجع سابق، ص. 18.

(3) يمكن تعريف التقاضي الإلكتروني بأنه: "مكنة الوصول إلى إثبات الحق الذي تتضمنه لائحة الإدعاء بواسطة مجموعة متطورة من الإجراءات الإلكترونية منتجة لآثارها القانونية بموجب هذا القانون، وتعتمد بمضامينها آليات تقنية في الإجراءات القضائية": حازم محمد الشريعة، التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان، الطبعة الأولى، 2010، ص. 57.

(4) ماجد راغب الحلو، علم الإدارة العامة ومبادئ الشريعة الإسلامية- الحكومة الإلكترونية- منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص. 427.

التقليدية لم تعد صالحة لمواكبة التطور المعلوماتي، ومن هنا كانت الحاجة الملحة لوضع تشريعات جديدة، أو تطوير ما هو قائم منها، حتى تتوافق مع النظم الجديدة القائمة على التعامل الرقمي وليس الورقي، خاصة وأن الطبيعة الخاصة للتقاضي الإلكتروني تتطلب إستبعاد القواعد العادية، والعمل على وضع تشريع جديد يتناسب مع الطبيعة الخاصة للبيئة الإلكترونية⁽¹⁾، فالقاضي لن يتمكن من اللجوء إلى الوسائل الإلكترونية إلا إذا وُجد قانون يُبيح له ذلك⁽²⁾.

وحيث أن المشرع اللبناني لم يرقم حتى تاريخ كتابة هذه السطور بوضع قانون خاص بالتقاضي الإلكتروني أو ما يُعرف بالتقاضي عن بُعد، وحيث أن البلد قد دخل، كما غيره، في حالة طوارئ صحية، وسريان إعلان التعبئة العامة التي فرضت الإغلاق لفترة طويلة نسبياً، وحيث أن هذه الظروف قد أثرت سلباً على العمل القضائي في لبنان وفرضت إغلاق قصور العدل وتأجيل الجلسات، لذلك فقد تمّ إصدار عدد من التعميمات⁽³⁾ الهادفة إلى تدارك الآثار السلبية لهذا الإغلاق وتحدد دقائق تطبيق آلية الإستجواب الإلكتروني. ولا بد من الإشارة في هذا السياق إلى أن منشورات وزير العدل لا تصلح أن تكون مصدراً للإجراءات الجنائية، وكل نص في هذه المنشورات أو التعليمات يصدر في حدود السلطة الإدارية للوزير، يقتصر نطاقه على تنظيم سير العمل⁽⁴⁾.

(1) نصيف جاسم محمد عباس الكرعوي، التقاضي عن بُعد، مرجع سابق، ص. 34.

(2) أحمد هندي، التقاضي الإلكتروني، مرجع سابق، ص. 19.

(3) كالتعميم الصادر عن النائب العام التمييزي رقم 65/ص/2020 تاريخ 2020/03/23، الذي جاء عطفاً على التعميم رقم 65/ص/2020 تاريخ 2020/03/16، والتعميم رقم 65/ص/2020 مكرر تاريخ 2020/03/19 والمتعلق بالتخفيف من الإكتظاظ داخل السجون والنظارات بفعل تفشي فيروس كورونا، والتعميم الصادر عن رئيس مجلس القضاء الأعلى رقم 67 ص.ق/2020 تاريخ 2020/03/27، المتعلق بالإستجواب الإلكتروني بهدف الوقاية من فيروس كورونا، والتعميم الصادر عن رئيس مجلس القضاء الأعلى ووزارة العدل السابقة بتاريخ 2020/06/08، المتعلق بخطة إعادة العمل التدريجي التي وافق عليها مجلس القضاء الأعلى في جلسته تاريخ 2020/5/28 ولقراره بهذا الشأن في جلسته تاريخ 2020/6/8، والتي نصّت على إستئناف جلسات المحاكمة ابتداءً من 2020/6/22.

(4) أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص. 222.

■ ثانياً: التجهيز التقني لدائرة قاضي التحقيق

أتاحت تقنية الإتصال بالصوت والصورة إمكانية عقد الجلسات عن بُعد، طالما كان الأفرقاء ضمن الحقل البصري للكاميرات الرقمية المستخدمة، بحيث يُمكن نقل ما يدور بين الأطراف المتواجدين في مكان إلى الأطراف المتواجدين في مكان آخر، كما أتاحت هذه التقنية إمكانية عرض الصور عبر شاشات أو لوحات عرض إلكترونية مزودة بميكروفون، الأمر الذي يسمح لأكثر من فرد بالمتابعة والمشاركة مع الأطراف الأخرى، وكأنهم يجتمعون فعلياً في مكان واحد⁽¹⁾.

ويتم تجهيز قاعة المحكمة بكاميرا تعمل على تصوير ما يدور فيها، فضلاً عن شاشة عرض كبيرة، يتم من خلالها إظهار ملف الدعوى، ومتابعة كافة الإجراءات التي تتم خلال الجلسة، بحيث يتمكن كل من يحضر هذه الجلسة من أن يتابع تفاصيل الدعوى سمعياً وبصرياً، على أن تكون هذه الشاشة مرتبطة بأجهزة حاسوب⁽²⁾ موزعة في القاعة عند مساعدي القاضي، وفي مكان مثول الخصوم والشهود، بحيث تُدار الجلسة من حاسوب القاضي الذي يتم عرض ملف الدعوى والإجراءات المتصلة به من خلاله، فضلاً عن تدوين الإجراءات من خلال التسجيل المرئي⁽³⁾.

وتقوم فكرة الإستجواب الإلكتروني على ربط الأجهزة والدوائر القضائية المختصة، كلها ضمن دائرة الكترونية واحدة، وهذا ما يستلزم حوسبة عمل كل دائرة قضائية على حدة، وربطها معاً لتتمكن من تأدية عملها عبر الوسائل الإلكترونية، بحيث تقوم قواعد البيانات مقام الملفات والوثائق الورقية، مما يُساهم في سرعة الوصول إلى المعلومات، وسرعة إسترجاعها وحفظها والربط بينها⁽⁴⁾.

(1) عادل مشموشي، جرائم المعلوماتية وتحديات مسارحها الافتراضية، أدواتها الإلكترونية، أساليبها التقنية، مقتضياتها التشريعية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى، 2019، ص. 571-572.

(2) يمكن تعريف جهاز الحاسوب بأنه: "جهاز إلكتروني يعمل طبقاً لتعليمات محددة سلفاً، ويُمكنه إستقبال البيانات وتخزينها والقيام بمعالجتها دون تدخل من الإنسان، ثم إستخراج النتائج المطلوبة"، وعُرف أيضاً بأنه: "الآلة المتفاعلة مع الأوامر الإنسانية ذات التقنية المتطورة في معالجة البيانات": عمار عباس الحسيني، جرائم الحاسوب والأنترنيت - الجرائم المعلوماتية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2017، ص. 18.

(3) حازم محمد الشرعة، التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية، مرجع سابق، ص. 60.

(4) عبد العزيز بن سعد الغانم، المحكمة الإلكترونية، مرجع سابق، ص. 36.

وحيث أن التشريعات المُنظمة للتقاضي الإلكتروني تُعدّ بمثابة حجر الزاوية للبدء بالعمل بآلية الإستجواب الإلكتروني، فمن المفترض العمل على توفير البنية التحتية اللازمة، وتجهيز المحكمة بأجهزة الحاسوب وربطها بالشبكة المعلوماتية من جهة، وبمجموعة من الحاسبات الآلية الداخلية من جهة ثانية، وذلك إستنداً إلى قاعدة بيانات تعمل المحكمة وفقاً لها⁽¹⁾، ويُعدّ مكتب قاضي التحقيق من الدوائر الداخلية التي يجب ربطها بالنظام المعلوماتي الأساسي الخاص بالمحكمة، وذلك تسهيلاً لعمل القاضي الذي سيتمكن من الولوج بسهولة إلى الملفات والإطلاع عليها.

وبالفعل، فقد أشار التعميم رقم 67 ص.ق /2020 المتعلق بالإستجواب الإلكتروني⁽²⁾ على ضرورة أن تكون المكاتب المخصصة للإستجواب عن بُعد، مُجهزة بالوسائل الإلكترونية، التي يكون من شأنها تمكين المُستجوب من الإطلاع على مضمون الإستجواب سمعياً وبصرياً، كما نصّ التعميم⁽³⁾ رقم 65/ص/2020 تاريخ 2020/03/23 على إرسال محضر الإستجواب إلكترونياً للقاضي، وكذا فيما يتعلّق بمذكرة الترك أو مذكرة التوقيف.

وحيث أن التعميم السابق ذكرها قد إقتصرت على الإستجواب الإلكتروني، فيكفي في هذه المرحلة وجود قاعدة بيانات قضائية تربط بين دوائر التحقيق والقضاة والمساعدين، وذلك عبر شبكة داخلية⁽⁴⁾، أما في حال قام المشرّع بإصدار قانون خاص بالتقاضي الإلكتروني، فيجب تطوير نظام البيانات الخاص بالمحكمة ليشمل مختلف الإجراءات التي يُفترض بالمتقاضين سلوكها، فضلاً عن توضيح أنواع الدعاوى ودرجات التقاضي والوسائل التي يتم من خلالها توثيق المستندات، هذا بالإضافة إلى تضمين هذا النظام المعلومات الكافية عن

(1) عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية الحكومة الإلكترونية، مرجع سابق، ص. 49.

(2) التعميم الصادر عن رئيس مجلس القضاء الأعلى رقم 67 ص.ق /2020 تاريخ 27 آذار 2020، المتعلق بالإستجواب الإلكتروني بهدف الوقاية من فيروس كورونا.

(3) التعميم الصادر عن النائب العام التمييزي رقم 65/ص/2020 تاريخ 2020/03/23، الذي جاء عطفاً على التعميم رقم 65/ص/2020 تاريخ 2020/03/16، والتعميم رقم 65/ص/2020 مكرر تاريخ 2020/03/19 والمتعلق بالتخفيف من الإكتظاظ داخل السجون والنظارات بفعل تفشي فيروس الكورونا.

(4) يتم إنشاء شبكة إنترنت داخلية يكون هدفها ربط جميع الأقسام والوحدات وقاعات المحكمة، وهذا ما يسمح لكل وحدة من الشبكة، الإتصال آلياً بالوحدات الأخرى، كما يسمح بالتالي بإرسال ملفات الدعاوى والوثائق والإستفادة من البيانات والمعلومات المتوفرة عبر الشبكة: صفاء أوتاني، المحكمة الإلكترونية، المفهوم والتطبيق، مرجع سابق، ص. 176.

القضاة والمحامين ومجالات عملهم وطرق الإتصال بهم، وإضافة روابط إلكترونية تسهل الوصول إلى المعطيات المخزنة في بنك المعلومات القانونية لدى المحكمة وتوثق أحكامها.

■ ثالثاً: مكنة الإجراءات

تعني مكنة الإجراءات، إنشاء قاعدة بيانات إلكترونية، ووضع نظام أرشفة إلكتروني للملفات المعروضة أمام قاضي التحقيق، بحيث يتم من خلاله حفظ المحاضر وتدوين كافة الإجراءات التي تمت خلال الجلسة⁽¹⁾، فمكنة الإجراءات تُساعد في تهيئة المناخ الملائم لتحقيق العدالة سريعاً وبشفافية ملحوظة⁽²⁾، وهي تعني أي تجريد المحاضر من الورقية، ذلك أن عدم إستعمال الوثائق الورقية بين أطراف النزاع، هو الغرض الرئيسي من التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية، وبالتالي خلق "مجتمع المعاملات اللاورقية"⁽³⁾، هذا بالإضافة إلى أن مكنة الإجراءات من شأنها أن تجعل سجلات المحكمة وأرشيفها أكثر أماناً، لا سيما من ناحية سهولة الإطلاع عليها وكشف أي تزيف فيها⁽⁴⁾، فضلاً عن التخلص من الأرشيف الورقي الضخم، وإستبداله بأرشيف إلكتروني بسيط، وذلك دون أي تدخل من القاضي أو مساعديه في صياغة أو إختزال أو حذف أو تعديل في مضمون المذكرات، مما يوفر السرية المطلوبة في المحافظة على المعلومات لدى تداول ملفات الدعوى⁽⁵⁾.

إلا أنه يقتضي قبل الشروع في تطبيق وإعتماد أُسس المكنة التحقق من أن سير العمل في الرامج المعتمدة يتم وفقاً لروحية القوانين المرعية الإجراء، وبما يصب في مصلحة العدالة الجنائية⁽⁶⁾.

(1) حازم محمد الشرعة، التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية، مرجع سابق، ص. 61.

(2) عادل مشموشي، جرائم المعلوماتية وتحديات مسارحها الافتراضية، مرجع سابق، ص. 658.

(3) خالد ممدوح إبراهيم، الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص. 36.

(4) صفاء أوتاني، المحكمة الإلكترونية، المفهوم والتطبيق، بحث منشور في مجلة الجامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد رقم 28، العدد الأول، 2012، ص. 181.

(5) محمد عصام الترساوي، تداول الدعوى القضائية أمام المحاكم الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص.

103.

(6) عادل مشموشي، جرائم المعلوماتية وتحديات مسارحها الافتراضية، مرجع سابق، ص. 657.

■ رابعاً: توفير الكفاءة البشرية اللازمة

يتطلب تطبيق نظام الإستجواب الإلكتروني إعداد كادر بشري مؤلف من مبرمجين وفنيين ومختصين بمهارات الأجهزة الإلكترونية ليتمكنوا من القيام بالأعمال التقنية⁽¹⁾. فيجب أن القضاة ومساعدتهم على دراية كافية بأجهزة الحاسوب والبرامج الحديثة التي يتم العمل عليها⁽²⁾، وذلك لعدم الوقوع في أخطاء تنال من صحة الإجراءات المتبعة، وهذا ما يستلزم من المعنيين الحصول على دورات في علوم الحاسوب ونظم الإتصال والبرامج الخاصة بها. هذا بالإضافة إلى ضرورة وجود الأشخاص القائمين على البرمجة لمواجهة أي أعطال قد تطرأ على الشبكة والبرامج المستخدمة، وحماية النظام الإلكتروني من الإختراقات والفيروسات التي تضر بالنظام⁽³⁾، فضلاً عن تقديم المساعدة التقنية لمن يعاني من "الأمية الإلكترونية"⁽⁴⁾.

وبعد أن تناولنا الأسس المطلوبة لتطبيق نظام الإستجواب الإلكتروني، يتعين علينا أن نلقي الضوء على الإجراءات التي يتم إتخاذها والإعتماد عليها لدى اللجوء إلى هذا النظام، وذلك في الفرع الثاني تحت عنوان: "إجراءات الإستجواب الإلكتروني".

● الفرع الثاني: إجراءات الإستجواب الإلكتروني

يُعتبر الإستجواب إجراء من إجراءات التحقيق الإبتدائي والمحاكمة، وقد أوجبه القانون في حالتي القبض على المتهم، والحبس الإحتياطي، وهو يعني مناقشة المتهم تفصيلاً في الأدلة والشبهات القائمة ضده، ومطالبته بالرد عليها، إما بإنكارها وإثبات فساده، وإما بالتسليم بها، وما يستتبعه ذلك من إقرار بالجرمة⁽⁵⁾.

(1) نهى الجلا، الحكومة الإلكترونية، مجلة المعلوماتية، السنة الرابعة، العدد 44، سوريا، تشرين الأول 2009، ص. 34 وما يليها.

(2) أحمد هندي، التقاضي الإلكتروني، مرجع سابق، ص. 20.

(3) عبد العزيز بن سعد الغانم، المحكمة الإلكترونية، مرجع سابق، ص. 45.

(4) ماجد راغب الحلو، الحكومة الإلكترونية والمرافق العامة، بحث مقدم لأكاديمية شرطة دبي، مركز البحوث والدراسات، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، إبريل 2003، ص. 27.

(5) محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص. 117-118.

تُعقد جلسات التحقيق والإستجواب في نطاق جغرافي مادي محدد، بحضور المدعى عليه أمام قاضي التحقيق ليتسنى له الدفاع عن نفسه، ولدحض الأدلة والشبهات المُساقفة ضده، ولإبراز الأدلة والوقائع التي هي في مصلحته⁽¹⁾، وليستفيد من الأسباب التخفيفية التي يُمكن للقاضي أن يمنحها بموجب سلطته التقديرية من خلال المزج بين مشاعره الإنسانية⁽²⁾ من جهة وضميره العملي من جهة ثانية، فضلاً عما يمثله هذا الحضور من ضمانات لسرية التحقيق والإستجواب، وإحترام لمبدأ المواجهة، لا سيما من جهة إعطاء الحق للمدعى عليه بالرد على الأدلة الموجهة ضده وتقنيدها، مما قد يسمح بالمجال أمام قاضي التحقيق بأن يصرف النظر عن توقيفه في حال إقتنع بعدم توافر المبرر لذلك، وأن مصلحة التحقيق لا تقتضي إيقافه.

وتشير الإجراءات الجزائية التقليدية المنصوص عليها في المادة 75 من قانون أصول المحاكمات الجزائية⁽³⁾ إلى النطاق المكاني لإجراء الإستجواب، فالأصل أن يستجوب قاضي التحقيق المدعى عليه في دائرته، أما في حالة إستحالة حضور هذا الأخير لسبب من الأسباب، فإن قاضي التحقيق ينتقل من دائرته بصحبة كاتبه إلى المكان الذي يتسنى له فيه استجواب المدعى عليه، أما في حالة تعذر حضور هذا الأخير إلى نطاق دائرة قاضي التحقيق لسبب مشروع، فيجوز لقاضي التحقيق أن يستنيب لاستجوابه قاضي التحقيق التابع له محل إقامة المدعى عليه أو القاضي المنفرد التابع له محل إقامة المدعى عليه، علماً أنه لا يجوز أن يستنيب ضابطاً عدلياً لهذا الغرض، وذلك وفقاً للمادة 84 من القانون نفسه.

أما في الإستجواب الإلكتروني، فإن الحضور المادي للمدعى عليه يتحول إلى حضور إفتراضي عبر شاشة إلكترونية يطل من خلالها قاضي التحقيق ومساعديه وأطراف النزاع ووكلائهم القانونيين ليتحقق بذلك مبدأ المواجهة المنصوص عليه في المواد الجزائية، وهذا ما

(1) عادل مسموشي، جرائم المعلوماتية وتحديات مسارحها الإفتراضية، مرجع سابق، ص. 558.

(2) أحمد هندي، التقاضي الإلكتروني، مرجع سابق، 21.

(3) نصت المادة 75 من القانون رقم 328 تاريخ 2001/08/07 المعدل بالقانون رقم 359 تاريخ 2001/08/18 المتعلق بقانون أصول المحاكمات الجزائية، الجريدة الرسمية عدد 38 تاريخ 2001/08/07 على ما يلي: " يستجوب قاضي التحقيق المدعى عليه في دائرته إلا إذا استحال على هذا الأخير الحضور إليها بسبب المرض أو العجز أو لعذر آخر حري بالقبول. عند تحقق المانع ينتقل قاضي التحقيق من دائرته بصحبة كاتبه إلى المكان الذي يتسنى له فيه استجواب المدعى عليه وفقاً للأصول المبينة لاحقاً".

يثير إشكالية حول مدى سلطة القاضي في تفسير النصوص الجزائية المتعلقة بالحضور المادي للمراد إستجوابه.

في الواقع، يتعيّن على القاضي أن يبحث عن إرادة واضع القانون من خلال كافة العبارات والصيغ المستخدمة للتعبير عن هذه الإرادة، ذلك أن إرادة المشرّع التي ضمنها النص ليست مبدأً جامداً محكوماً بالوقائع الإجتماعية المتوافرة وقت وضع النص، بل هي إرادة متطورة بتطور هذه الوقائع الإجتماعية طالما أنها ترعى المصلحة الإجتماعية المحمية بالنص، فالقانون لم يُصنع من أجل اليوم فقط، وإنما صُنِعَ أيضاً من أجل المستقبل، وإرادة القانون بهذا المعنى تترك للتفسير مهمة تحديد معنى النصوص القانونية المجردة في ضوء التحولات والتغيرات الإجتماعية، إلا أنه لا يجوز المبالغة في ذلك، خشية إفتراض القاضي لإرادة القانون للمشرّع لأنه سيُعتبر خطأً في تأويل القانون وتجاوزاً للمعنى الذي أراده المشرّع من خلال النص⁽¹⁾.

وقد تمّت المباشرة بتطبيق آلية الإستجواب الإلكتروني في لبنان بعد إنتشار فيروس كورونا، حيث أصدر النائب العام التمييزي التعميم⁽²⁾ رقم 65/ص/2020 تاريخ 2020/03/23، الذي طلب بموجبه إعمال أحكام الفقرة الأولى من المادة 107 أ.م.ج. التي تنص على أنه: "...إذا تعذر إستجواب المدعى عليه، يأمر النائب العام بإطلاق سراحه في الحال إذا إستمر إحتجازه أكثر من 24 ساعة دون أن يُحضّر إلى النائب العام، و إذا استمر احتجازه أكثر من أربع وعشرين ساعة دون أن يحضر إلى النائب العام فيُعدّ هذا التوقيف عملاً تعسفياً ويلاحق الموظف المسؤول عنه بجريمة حرمان الحرية الشخصية"، لا سيما مع تعدّر سوق الموقوفين نظراً للظروف الإستثنائية التي تمر بها البلاد، وإعلان التعبئة العامة وما فرضته هذه الظروف من توقف العمل في قصور العدل.

وعليه، فإذا تعذر إستجواب المشتبه به، فلا يمكن لا يتم التوقيف إلا في الحالات القصوى، كما طالب النائب العام التمييزي باللجوء إلى الإستجواب الإلكتروني إستناداً إلى كتاب وزيرة

(1) أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص. 228-229.

(2) التعميم الصادر عن النائب العام التمييزي رقم 65/ص/2020 تاريخ 2020/03/23، الذي جاء عطفاً على التعميم رقم 65/ص/2020 تاريخ 2020/03/16، والتعميم رقم 65/ص/2020 مكرر تاريخ 2020/03/19 والمتعلق بالتخفيف من الإكتظاظ داخل السجون والنظارات بفعل تقشي فيروس كورونا.

العدل متى دعت الحاجة لمن إستطاع إليه سبيلاً، وذلك وفقاً للآلية التالية، أو الآلية التي يراها القاضي مُناسبة:

أ- يحلف عنصر قوى الأمن اليمين القانونية ويكلف بكتابة المحضر بوجود المنوي إستجوابه.

ب- يُوقَّع المستجوب على محضر التحقيق أو يبصمه فيرسل المحضر إلى القاضي ورقياً، وفي حال تعذر ذلك، إلكترونياً، فيوقعه القاضي ويمهره بختمه، وفي هذه الحال يؤشر عليه أنه نسخة إلكترونية إلى حين وروده المحضر الأساسي، فيوقعه ويمهره، ويرفقه ربطاً بالنسخة.

ج- تُرسل مذكرة الترك أو مذكرة التوقيف بالطريقة نفسها وبحسب القانون، فتتخذ ويُعاد إشعار التنفيذ إلى القاضي.

د- عدم المباشرة بتحقيق أولي أو قضائي إلا في حالات الضرورة القصوى.

هـ- في ما خصّ الغرامات والرسوم المقررة، تودع الموظف المعني أو أي شخص مسؤول بالأمانة، ولقاء إشعار بالإستلام، على أن تُدفع فيما بعد في المالية.

كما أصدر رئيس مجلس القضاء الأعلى التعميم رقم 67 ص.ق/ 2020 المتعلق بالإستجواب الإلكتروني⁽¹⁾ والذي يقضي بأن تجري جلسة التحقيق في أحد المكاتب المخصصة للإستجواب عن بُعد، على أن تكون هذه المكاتب مُجهزة بالوسائل الإلكترونية، يرأس هذه المكاتب قاضي التحقيق بحضور المدعي الشخصي ووكيله ووكيل المدعى عليه عند الإقتضاء⁽²⁾، وفي حال إستجواب قاصر يتم إستدعاء مندوب الأحداث للحضور معه، ويمكن

(1) التعميم الصادر عن رئيس مجلس القضاء الأعلى رقم 67 ص.ق/ 2020 تاريخ 27 آذار 2020، المتعلق بالإستجواب الإلكتروني بهدف الوقاية من فيروس كورونا.

(2) يشير هذا التعميم إلى حضور الوكلاء القانونيين عند الإقتضاء، في حين تنصّ المادة 78 من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني إلى حق المدعى عليه بإختيار محامٍ وحضوره معه كافة جلسات التحقيق وذلك تحت طائلة بطلان جلسات الإستجواب والإجراءات اللاحقة له، أما في حالة رفض المدعى عليه لتوكيل محامٍ فيمكن لقاضي التحقيق متابعة الإستجواب في الحالة شرط أن يُدون ذلك في محضر الإستجواب تحت طائلة بطلان الإستجواب والإجراءات اللاحقة له، كما نصّت المادة 80 من القانون نفسه على أنه: " يجوز لقاضي التحقيق بقرار معلّل أن يبدأ في استجواب المدعى عليه مباشرة في حال وجود أثر أو دليل يخشى زواله، و يجوز له أن يستجوب المدعى عليه دون محامٍ في حالة الجريمة المشهوددة والجريمة التي تنزل منزلتها".

الإستعاضة عن الحضور الشخصي لهؤلاء عبر حضورهم الافتراضي عبر الوسائل السمعية-البصرية الإلكترونية، ثم يُصار إلى تنظيم جلسة الإستجواب عن بُعد وفقاً للأصول، من قِبَل كاتب قاضي التحقيق القائم بالإستجواب. ولدى الإنتهاء من الإستجواب، يتم إطلاع المُستجوب على مضمونه سمعياً وبصرياً، وبعد ذلك، وفي حال الموافقة، يوقع على محضر مستقل مودع لدى عنصر قوى الأمن وفق نموذج مُنظَّم من قبل قاضي التحقيق، يتبيّن منه أن المُستجوب قد وافق على الإستجواب عن بُعد، وأنه قد إطلع على المحضر ووافق على مضمونه، وتتم المصافحة على توقيعه في مركز إحتجازه وفقاً للأصول المُعتمدة. ثم تُرسل المحاضر الموقعة في أماكن الإحتجاز بعد إنتهاء الجلسات مُباشرةً إلى قلم قاضي التحقيق المعني.

إلا أن الإجراءات المنصوص عليها آنفاً تثير في الحقيقة العديد من الإشكاليات على مستوى التطبيق، لا سيما وأن الإستجواب الإلكتروني قد صدر على شكل تعاميم وبفضل جهود من وزيرة العدل ورئيس مجلس القضاء الأعلى والنائب العام التمييزي، إنطلاقاً من هنا يتعين علينا تناول موضوع "تطبيق آلية الإستجواب الإلكتروني" وذلك في المطلب الثاني من هذه الدراسة.

○ المطلب الثاني: تطبيق آلية الإستجواب الإلكتروني

أحدت التطور في مجال التكنولوجيا والمعلومات نقلة نوعية في مجال القضائي الذي أصبح يعتمد على الوسائل الإلكترونية بين أطراف النزاع الذين بات بإمكانهم تبادل الوثائق والمستندات بينهما رغم انفصالهم مكانياً لدى اللجوء إلى التقاضي الإلكتروني، فضلاً عن سرعة الإتصالات وسهولتها مما أدى إلى توفير الجهد والوقت والتكاليف⁽¹⁾.

وقد ساهم إنتشار فيروس كورونا وظروف الإغلاق التي ترافقت مع إعلان التعبئة العامة، في إستحداث دائرة التحقيق الإلكتروني⁽²⁾ في قصر عدل طرابلس التي تم ربطها مع نقابة

(1) نصيف جاسم محمد عباس الكرعوي، التقاضي عن بُعد، مرجع سابق، ص. 26.

(2) إستناداً للتعميم الصادر عن وزيرة العدل السابقة ورئيس مجلس القضاء الأعلى رقم 67 ص.ق / 2020 تاريخ 27 آذار 2020، المتعلق بالإستجواب الإلكتروني بهدف الوقاية من فيروس كورونا، والتعميم الصادر عن النائب العام التمييزي رقم 65/ص/2020 تاريخ 23/03/2020، الذي جاء عطفاً على التعميم رقم 65/ص/2020 تاريخ 16/03/2020، والتعميم رقم 65/ص/2020 مكرر تاريخ 19/03/2020 والمتعلق بالتخفيف من الإكتظاظ داخل السجون والنظارات بفعل نقشي

المحامين في طرابلس وتجهيزها لتلقي طلبات إخلاء السبيل من أماكن التوقيف والإحتجاز في الشمال، أو عبر الوكلاء القانونيين، حيث يقوم الموظفون بإعادة فرزها وتسليمها للقضاة المختصين عبر الإيميلات التي تم تجهيزها لهذه الغاية.

وقد تم اعتماد تطبيق "زووم"، الذي يقوم بتسجيل الإستجواب مباشرة، والذي سيتم استخدامه لإستجواب الموقوفين واعتماده لدى جميع مراكز التوقيف في الشمال، كما يستطيع المحامي عبر التطبيق نفسه المشاركة أو الحضور لدى قاضي التحقيق أو في مركز التوقيف أثناء الإستجواب عبر البرنامج⁽¹⁾.

وعلى الرغم من الإيجابيات التي يحملها تطبيق نظام الإستجواب الإلكتروني، إلا أنه يواجه بعض العوائق التي تعتري عملية تطبيقه، إنطلاقاً من هنا، يتعين علينا أن نتناول هذه العوائق في الفرع الأول تحت عنوان "العوائق المتعلقة بتطبيق الإستجواب الإلكتروني"، ثم نبحث في مدى إحترام الضمانات التي اقراها القانون للمتهم ومدى مواءمتها مع هذه التقنية، وذلك في الفرع الثاني من هذه الدراسة تحت عنوان "ضمانات المراد إستجوابه في الإستجواب الإلكتروني".

• الفرع الأول: العوائق المتعلقة بتطبيق الإستجواب الإلكتروني

أضحى نظام الإستجواب الإلكتروني واقعاً فرضه إنتشار فيروس كورونا، إلا أنه وعلى الرغم من حسانته والتي تصب في خانة الحفاظ على الصحة العامة وسرعة البت بطلبات إخلاء السبيل لمنع الإكتظاظ في السجون والنظارات وأماكن التوقيف، إلا أن اللجوء إليه يعني مواجهة من بعض العوائق التقنية والإجرائية التي تجعل من تطبيقه صعباً بعض الشيء، ويمكن لنا إختصار هذه العوائق وفقاً للتالي:

فيروس الكورونا، وبالتعاون مع نقابة المحامين في طرابلس والتنسيق مع قاضي التحقيق الأول في الشمال ورؤساء محاكم جنابات الشمال وإستئناف الجزاء، والنيابة العامة، وقضاة الجزاء المنفردين، تم إستحداث دائرة التحقيق الإلكتروني في قصر العدل في طرابلس بتاريخ 2020/03/26، لتُعد هذه الدائرة أول دائرة تحقيق من نوعها في لبنان، وبتاريخ 2021/05/13، تم تجهيز قاعتين في قصر العدل في بعبدا لإجراء المحاكمات عن بُعد .

⁽¹⁾ موقع الوكالة الوطنية للإعلام في لبنان، تاريخ زيارة الموقع 2021/10/19 .

<http://nna-leb.gov.lb/ar/show-news/470347/nna-leb.gov.lb>

■ أولاً: إنتشار الفيروسات وأعمال القرصنة

في الواقع، إن الإعتماد على شبكة الأنترنت لا يخلو من المخاطر الناجمة عن الفيروسات⁽¹⁾ التي قد تُتلف كل أو بعض محتويات البرامج المخصصة للحاسوب، والتي قد تكون ناجمة عن عمليات القرصنة وما يترافق معها من محاولات لإختراق هذه الأجهزة⁽²⁾.
فالثورة التكنولوجية التي يعيشها العالم اليوم يترتب عليها إنتشار الوسائط الإلكترونية التي تعتمد الربط فيما بينها عن طريق شبكة الأنترنت التي دفعت بإتجاه بناء مجتمعات قائمة على المعرفة وتبادل المعلومات، وقد بدأت المجتمعات بالتنبه إلى هذه المشكلة، والدفع بإتجاه إعتماد الأمن المعلوماتي، الذي يقوم على وضع نظام إلكتروني آمن، يحمي من أي قرصنة قد تؤدي إلى إتلاف البيانات المتداولة ضمن الجهاز القضائي، وهو يُعدّ إحدى الآليات الهادفة إلى حماية المعلومات نظراً لإعتباره ذو طبيعة تقنية تهدف إلى تأمين الولوج إلى البيانات والعمل على معالجتها وتناقلها عبر الوسائل الإلكترونية⁽³⁾، والحد من مخاطر القرصنة التي قد تتوسع لتطال البيانات المتعلقة بالجهاز القضائي⁽⁴⁾.

(1) تُعرف الفيروسات بأنها عبارة عن برنامج مكتوب بإحدى لغات البرمجة بطريقة خاصة، بحيث يكون قادراً على تكرار نسخ نفسه، وله القدرة على التحكم بالبرامج الأخرى، أو هو عبارة عن برنامج للحاسب الآلي يهدف إلى إحداث ضرر في نظام الحاسوب الإلكتروني، وله القدرة على ربط نفسه بالبرامج الأخرى، وله القدرة على التكاثر، إذ أنه يتولد ذاتياً ويقوم بالإنتشار داخل برامج الحاسوب ومواقع مختلفة من الذاكرة، وتختلف الفيروسات عن الديدان الإلكترونية بأنها تحتاج إلى تدخل المستخدم لنقلها من حاسب رقمي إلى حاسب آخر، سواء أكان هذا النقل مقصوداً أم غير مقصود، وهي تُصيب الحاسب عند التخزين من قرص مرن مُصاب بالفيروس، كما يُصاب الحاسوب عن طريق البريد الإلكتروني لدى إستقبال رسالة إلكترونية عليه، في حين أن الديدان الإلكترونية تتميز بسرعة إنتشارها، فعن طريق الإنتشار تقوم الديدان بالتكاثر ونشر نفسها من جهاز إلى آخر من خلال شبكة الأنترنت، وهي تحاول أن تُصيب أكبر عدد من أجهزة الحاسب: ضرغام جابر عطوش آل مواش، جريمة التجسس المعلوماتي، دراسة مقارنة، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، ومكتبة دار السلام القانونية، العراق، 2016، ص. 48.

(2) صفاء أوتاني، المحكمة الإلكترونية، المفهوم والتطبيق، مرجع سابق، ص. 184

(3) توني مندل، حرية المعلومات، مسح قانوني مقارن، بحث منشور في منظمة التربية والعلوم والثقافة التابعة للأمم المتحدة- المكتب الإقليمي للإتصالات والمعلومات، 2003، ص. 38.

(4) منى تركي الموسري، الخصوصية المعلوماتية وأهميتها ومخاطر التقنيات الحديثة عليها، مركز بحوث التسوق وحماية المستهلكين جامعة بغداد، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية، العدد الخاص بمؤتمر الكلية، 2013، ص. 303.

وفي مقابل ذلك، فإن الرؤية الإستراتيجية للأمن السيبراني في لبنان لم تُستحدث حتى الآن، فضلاً عن عدم تعيين أي مؤسسة حكومية للتعامل مع قضايا الأمن السيبراني، لا سيما وأن القانون اللبناني لا يزال قاصراً في تطوير التشريعات خاصة بأمن الفضاء السيبراني، هذا بالإضافة إلى أن قانون المعاملات الالكترونية لم يتطرق بوضوح إلى مواضيع حماية الفضاء السيبراني رغم أنه يضع إطاراً قانونياً صلباً لحماية الأفراد والشركات عبر إدخال التشريعات الضرورية لمحاربة الجريمة الالكترونية، ويضاف إلى ذلك أن البنية التحتية اللبنانية للاتصالات ليست محمية بشكل كامل ضد جميع أنواع التهديدات⁽¹⁾، وهذا ما يهدد بالفعل قاعدة البيانات الخاصة بالمنظومة القضائية والتي تعمل وفقاً لتطبيق عادي "زووم"، وليس وفقاً لبرنامج خاص ومحمي تابع للقضاء، ما يطرح إمكانية إختراقه بشكل كبير، خاصة وأنه ليس هناك وسيلة تقنية أو تنظيمية يُمكن تطبيقها للحؤول دون تدمير المواقع أو إختراقها بشكل دائم وفعال، ذلك أن المتغيرات التقنية، والتطور التكنولوجي، وإمام المخترق بالثغرات في التطبيقات -التي بُنيت في معظمها وفقاً للتصميم المفتوح لمعظم الأجزاء- سواء أكان ذلك في مكونات نقطة الإتصال أو في النظم أو في الشبكة أو في البرمجة، يجعل من الصعب الحيلولة دون وقف الإختراقات أو الحد منها⁽²⁾.

■ ثانياً: حدوث خلل في نظام المعلومات الخاص بالمحكمة

يتطلب تطبيق آلية الإستجواب عن بُعد من الناحية الفنية، توفر عدة أجهزة حاسوب - وذلك بما يتناسب مع عدد الأشخاص الذين يُفترض مشاركتهم في الإستجواب- فضلاً عن ربط هذه الأجهزة بشبكة انترنت فائقة السرعة، وهذا بالإضافة إلى ميكروفون ومكبر للصوت في مكان كل من المعنيين بحضور الإستجواب، كما يتطلب الإستجواب وجود كاميرات ذكية مربوطة بجهاز حاسوب في كل مكان من الممكنة التي يتواجد فيها الأشخاص المعنيين

(1) الأمن السيبراني في لبنان، الجمهورية اللبنانية، الهيئة الناظمة للإتصالات، تاريخ الإطلاع: 2021/10/19.

<http://www.tra.gov.lb/Cybersecurity-in-Lebanon-AR>

(2) صدام حسين ياسين العبيدي، جرائم الأنترنت وعقوباتها في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018، ص. 221.

بالإستجواب، وتطبيق يسمح بإدارة التواصل، أي برنامج معلوماتي مُخصص لهذه الغاية، يُتيح إمكانية نقل المعطيات فوراً بين الأطراف⁽¹⁾.

من الأمور التي يُمكن أن تُشكّل عقبة في سياق النفاذ الإلكتروني، حدوث خلل فني في نظام المعلومات الإلكتروني⁽²⁾، أو في شبكة الأنترنت، كتباطؤ سرعة الأنترنت⁽³⁾ أو إنقطاعه، أو حتى إنقطاع التيار الكهربائي⁽⁴⁾ بسبب وقوع عطل طارئ أو حدوث قوة قاهرة، مما يؤدي إلى تعطيل التواصل بين طرفي النزاع أو أحدهم من جهة، وبين المحكمة من جهة ثانية، مما يُسفر بالضرورة عن عدم إمكانية متابعة الإستجواب، وبالتالي تأجيله إلى موعد آخر، وبذلك يتحول نظام الإستجواب الإلكتروني من آلية قضائية لتسريع طلبات إخلاء السبيل والحد من الإكتظاظ في السجون، إلى آلية تعرقل العمل القضائي وتؤخر تنفيذه.

فالإستجواب الإلكتروني يفترض توافر التيار الكهربائي الذي يسمح بإستمرارية التواصل بين هيئة المحكمة من جهة، وبين المدعى عليه من جهة ثانية، فضلاً عن وجود شبكة أنترنت

(1) عادل مسموشي، جرائم المعلوماتية، مرجع سابق، ص. 573.

(2) يعني نظام المعلومات الإلكتروني وفقاً للقانون الإماراتي رقم 5 لسنة 2012 تاريخ 2012/08/13 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، الجريدة الرسمية رقم 540 ملحق ص. 19: "مجموعة برامج معلوماتية ووسائل تقنية المعلومات المعدة لمعالجة وإدارة وتخزين المعلومات الإلكترونية أو ما شابه ذلك".

(3) وفقاً لتقرير مؤشر سبيد تيسست العالمي (Speedtest Global Index) الذي يهتم بإصدار جداول خاصة بترتيب سرعة الأنترنت النقال وإنترنت النطاق العريض الثابت، فإن لبنان يحتل مرتبة متأخرة في قائمة سرعة خدمة الأنترنت، حيث يحتل لبنان المرتبة 149 من أصل 181 وفقاً للتقرير الصادر عن شهر أيلول/ سبتمبر 2021 ، موقع سبيد تيسست العالمي، تاريخ زيارة الموقع 2021/10/19.

<https://www.speedtest.net/global-index/lebanon#fixed>

(4) عانى لبنان مؤخراً من أزمة محروقات حادة نتج عنها إنقطاع التيار الكهربائي لفترات طويلة نسبياً في جميع المناطق اللبنانية، بما فيها بيروت الإدارية، لا سيما وأن الطلب على الطاقة يتجاوز أحياناً الـ 3400 ميغاوات، وهذا ما يقابله تراجع في الطاقة الإنتاجية الأمر الذي يتسبب بعدم ثبات الشبكة الكهربائية، فضلاً عن حدوث الأعطال التي تؤدي إلى انفصال المجموعات الحرارية عن تلك البخارية مما يؤدي إلى تراجع إنتاج الكهرباء إلى حدودها الدنيا ، هذا بالإضافة إلى اعتماد لبنان بشكل كبير على البواخر التركية في إنتاج الطاقة الكهربائية، وقد خلقت مسألة إنتهاء العقود مع الشركة التركية وعدم دفع مستحقاتها المالية أزمة جديدة تضاف الى مجموعة الأزمات التي يعاني منها قطاع الكهرباء في لبنان. ويلاحظ مؤخراً انخفاض التغذية الكهربائية إلى حدودها الدنيا والتي وصلت أحياناً إلى حدّ إغراق لبنان بالعملة الشاملة، وهذا ما دفع بمؤسسة كهرباء لبنان إلى إصدار العديد من التعاميم التي تؤكد تراجع الإنتاجية بسبب النقص في المحروقات لزوم معامل الإنتاج: مؤسسة كهرباء لبنان، تاريخ الإطلاع 2021/10/19 . <http://www.edl.gov.lb>

ذات سرعة كبيرة، ليسمح بالتواصل المرئي والمسموع بصورة واضحة، لا سيما وأن القرار الذي يصدر بنتيجة الإستجواب يُبنى على الكلام الذي يُدلي به المدعى عليه، وعليه، فلا بد من أن يكون الكلام مسموعاً ومفهوماً حتى يكون الإستجواب صحيحاً، كما يُفترض وجود شخص تقني جاهز لمعالجة أي مشاكل فنية قد تطرأ خلال إجراء الإستجواب الإلكتروني.

■ ثالثاً: خرق سرية التحقيق

يجري إستجواب المدعى عليه أمام قاضي التحقيق في جلسة سرّية، بحيث يتحقق الأخير في مستهلها من شخصية المدعى عليه⁽¹⁾، وللنائب العام أو أحد معاونيه أن يحضر جلسة إستجواب المدعى عليه، وله في أثناء ذلك أن يطرح الأسئلة ويبيد الملاحظات بواسطة قاضي التحقيق، كما يحق للمدعي الشخصي والمسؤول بالمال والضامن أو لوكلائهم أن يحضروا أعمال التحقيق⁽²⁾.

يعاقب القانون على خرق سرية التحقيق ونشر الوثائق المتعلقة به وكشف تفاصيله بأي طريقة كانت، وقد تمّ تكريس مبدأ سرية التحقيق في القانون لحماية المدعى عليه فيما لو تقرر منع المحاكمة عنه لاحقاً، ولعدم التأثير على قاضي التحقيق الذي يجب أن يقوم بعمله بكل إستقلالية وإرادة حرّة.

(1) يتثبت قاضي التحقيق من إسم المدعى عليه، وكنيته، وإسمي والديه، ومحل إقامته، ووضعه الإجتماعي والعائلي وسوابقه الجرمية، له أن يستعين بالاختصاصيين في الطب النفسي كما في الطب العضوي في مجال التأكد من شخصية المدعى عليه. إذا طلب هذا الأخير أو وكيله معاينته نفسياً أو جسدياً فلا يحق لقاضي التحقيق أن يرفض طلبه إلا بقرار معلل، إذا كان المدعى عليه لا يحسن اللغة العربية فيعين له قاضي التحقيق مترجماً لا يباشر مهمته إلا بعد أن يحلف اليمين بأن يقوم بعمله بصدق وأمانة، أما إذا كان المدعى عليه أكم أو أصم أو غير قادر على النطق فيستعين قاضي التحقيق بمن يستطيع مخاطبته بالإشارة أو غيرها بعد أن يحلف اليمين بأن يراعي في عمله الصدق والأمانة. إذا كان الأصم أو الأكم يعرف الكتابة فيجري استجوابه بطريقة تدوين الأسئلة خطياً وتدوين إجابته عليها. على أن تربط الورقة التي يجيب بها على الأسئلة بمحضر الاستجواب. وذلك وفقاً للمواد 74 و 81 من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني.

(2) ويجب يجب إبلاغ كل منهم مذكرة دعوته قبل أربع وعشرين ساعة على الأقل من العمل الحقيقي الذي يتناوله وإلا كان العمل الجاري في غيابه باطلاً: الفقرة الثانية من المادة 81 من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني.

فقد نصت المادة 53 من قانون أصول المحاكمات الجزائية⁽¹⁾ على أن: "يبقى التحقيق سرياً ما لم تحل الدعوى على قضاء الحكم، باستثناء ما يتعلق بالقرار الظني. يتعرض كل من يفشي سرية التحقيق للملاحقة أمام القاضي المنفرد الذي يقع ضمن دائرته الفعل المشكو منه، ويعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبالغرامة من مئة ألف إلى مليون ليرة أو بإحدى هاتين العقوبتين"، تشير هذه المادة بوضوح إلى أنه فيما خلا القرار الظني، فإن السرية تُعدّ من الخصائص الرئيسية التي يجب أن يتمتع بها التحقيق، بمعنى أنه من غير المسموح كشفه أو نشر تفاصيله لأيّ كان، باستثناء النائب العام الذي يتابع مجريات التحقيق.

كما حظرت المادة 12 من قانون المطبوعات⁽²⁾ نشر وقائع التحقيقات الجنائية والجناحية قبل تلاوتها في جلسة علنية، ذلك أن صدور القرار الاتهامي وتلاوة التحقيقات في جلسة علنية تصبح التحقيقات علنية⁽³⁾.

ولكن ما مدى إنطباق هذه النصوص في حالة الإستجواب الإلكتروني؟

(1) القانون رقم 328 تاريخ 2001/08/07 المعدل بالقانون رقم 359 تاريخ 2001/08/18 المتعلق بقانون أصول المحاكمات الجزائية، الجريدة الرسمية عدد 38 تاريخ 2001/08/07.

(2) نصّت الفقرة الأولى من المادة 12 من المرسوم الإشتراعي رقم 104 تاريخ 1977/06/30 المتعلق بتعديل قانون المطبوعات الصادر بتاريخ 1962/09/14، الجريدة الرسمية عدد 20، تاريخ النشر 1977/07/07، على ما يلي: "يحظر على جميع المطبوعات ان تنشر: وقائع التحقيقات الجنائية والجناحية قبل تلاوتها في جلسة علنية والمحاكمات السرية...". وقد أشارت الفقرة الخامسة من نفسها إلى العقوبة المقررة على إفشاء وقائع التحقيق: " وكل مخالفة لاحكام هذه المادة يعاقب مرتكبها بالحبس من ثلاثة اشهر الى سنة وبالغرامة من خمسة الاف الى خمسة عشر الف ليرة لبنانية او بإحدى هاتين العقوبتين عن الحد الأدنى للغرامة، وعلى المحكمة في تحديد الحقوق الشخصية ان تأخذ بعين الاعتبار الاضرار المادية والمعنوية مباشرة كانت او غير مباشرة شرط ان تكون ناتجة عن ارتكاب الجرم. ترفع مائة مرة مقدار الغرامة بموجب ق 89 ت 91/9/7 وترفع عشرين مرة مقدار الغرامة نفسها بموجب قانون رقم 1994/330 تاريخ 1994/5/18"، مع الإشارة إلى أن عقوبة الحبس قد الغيت بموجب القانون 1994/330 تاريخ 1994./5/18.

(3) قضت محكمة التمييز الناظرة استئنفاً في قضايا المطبوعات بفسخ الحكم وإبطال التعقبات بحق المدعى عليه بجرم إفشاء سرية التحقيقات سندا للمادة 12 من المرسوم الإشتراعي رقم 104/77 معطوفة على المادة 26 منه إذ ثبت انه بتاريخ النشر كان قد صدر القرار الاتهامي وباتت التحقيقات غير سرية: تمييز جزائي رقم 2014/07 تاريخ 2014/01/30، الرئيس مادي مطران والأعضاء عويس ومطر، مركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية، الجامعة اللبنانية، تاريخ الإطلاع 2021/10/20. <http://77.42.251.205/ViewRulePage.aspx?ID>.

في الواقع، يُثير الإستجواب الإلكتروني إشكالية تتعلق بمدى إمكانية تطبيق النصوص التقليدية على هذه الآلية المستحدثة التي خُلقت على شكل تعاميم دون وجود قانون يُنظمها ويحدد قواعدها ويفصّل دقائق تطبيقها، خاصةً وأنه على مستوى التراتبية، لا يُمكن تفضيل النص العام على الخاص، وبالتالي، فإن النصوص المتعلقة بالسرية وضمانتها يجب أن تكون مكفولة بموجب نظام الإستجواب الإلكتروني، ولا يُمكن المساومة عليها وتخطيها، وفي حالة عدم إحترامها يُمكن الطعن بصحة الإجراءات المتبعة وإبطال الإستجواب تبعاً لذلك.

وبعد أن بيّنا العوائق التي تعترض تطبيق نظام الإستجواب الإلكتروني يتعيّن علينا أن نسلط الضوء على الضمانات الخاصة بالشخص المُراد إستجوابه في مرحلة الإستجواب الإلكتروني وذلك في الفرع الثاني من هذه الدراسة تحت عنوان " ضمانات المراد إستجوابه في الإستجواب الإلكتروني".

• الفرع الثاني: ضمانات المراد إستجوابه في الإستجواب الإلكتروني

إنطلاقاً من خطة إعادة العمل التدريجي في المحاكم اللبنانية⁽¹⁾، والتأكيد على إجراء الإستجواب عن بُعد للبت في طلبات إخلاء سبيل الموقوفين، يطرح نظام الإستجواب الإلكتروني إشكالية تتعلق بمدى إحترام الضمانات التي كرسها القانون للمتهم في مرحلة التحقيق، ومدى ملاءمة الإجراءات المتبعة في جلسة الإستجواب الإلكتروني مع تلك المفروضة بموجب قانون أصول المحاكمات الجزائية.

فإلى جانب حق المُراد إستجوابه في أن يُقدّم ما شاء من دفاع شفوي أو كتابي فضلاً عن حقه بتقديم المستندات اللازمة لدفاعه، فإنه يجوز له الإلتزام بالصمت، ورفض الكلام أو الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه، كما يتطلب حقه في إبداء دفاعه أن يتمتع بالحق في إستجوابه،

(1) التعميم الصادر عن رئيس مجلس القضاء الأعلى ووزيرة العدل السابقة بتاريخ 2020/06/08، المتعلق بخطة إعادة العمل التدريجي التي وافق عليها مجلس القضاء الأعلى في جلسته تاريخ 2020/5/28 ولقراره بهذا الشأن في جلسته تاريخ 2020/6/8، والتي نصّت على إستئناف جلسات المحاكمة ابتداءً من 2020/6/22، مع الإشارة إلى أنه تقرّر عقد جلسات المحاكمة بالنسبة لمحاكم الجنايات في جبل لبنان، في قاعة المحكمة المجهزة في سجن رومية، مع الاستمرار في البت في طلبات تخلية سبيل الموقوفين من قبل المراجع القضائية الجزائية والاستجواب عن بُعد، وفقاً للتعاميم الصادرة بهذا الصدد عن مجلس القضاء الأعلى وعن النائب العام التمييزي.

ذلك أن الإستجواب لا يُعدّ إجراءً من إجراءات التحقيق لصالح الإتهام، بل أن للمتهم حق فيه لأنه يُمكنه من إبداء دفاعه، ومن ثم فإن حرمان المتهم من حقّه في الإستجواب ينطوي على حرمانه من حق الدفاع⁽¹⁾.

فالتحقيق القضائي عبر الوسائل الإلكترونية يُمثّل خروجاً عن القاعدة العامة المعتمدة في جلسات التحقيق والمحاكمة على حدّ سواء، لا سيما فيما يتعلّق بمبدأ الوجاهية والشفهية، والتي تتطلّب وفقاً للإجراءات التقليدية مثل المراد إستجوابه أمام قاضي التحقيق وكتبه وجهاً إلى وجه، وذلك إحتراماً لمبدأ الوجاهية، الذي يُعدّ الإخلال به مُبرراً للطعن بالإجراء الذي تمّ من خلاله، فضلاً عن إبطال نتائجه⁽²⁾.

ونظراً للظروف الإستثنائية التي إستدعت اللجوء إلى آلية الإستجواب الإلكتروني، فإن الواقع يفرض التوسع في مفهوم الوجاهية، بحيث تشمل الحضور الافتراضي إلى جانب الوجود الجسدي المادي للمراد إستجوابه أمام قاضي التحقيق، إلا أن هذا الواقع لا يُمكن تطبيقه بطبيعة الحال دون وجود نصوص تقرّه وتجزئه خاصةً في ظل القوانين الجزائية الجامدة التي لا تتيح للقاضي التوسع في تفسيرها.

فالمهارات الفقهية في تفسير القانون وتحليل نصوصه، ووقوف رجل القانون وراء النصّ، باحثاً عن مقاصد المشرّع، ومعاني الألفاظ والعبارات، وعيوب الصياغة، لم تعد كافية في عصر يتطور بسرعة قياسية⁽³⁾، وهذا ما يتطلّب بالتالي تدخلاً تشريعياً لتحديث القوانين الجزائية الإجرائية⁽⁴⁾، وتبني قواعد إجرائية أكثر مرونة قادرة على التعامل مع تطور تكنولوجيا المعلومات،

(1) أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص. 194-195.

(2) عادل مشموشي، جرائم المعلوماتية وتحديات مسارحها الافتراضية، مرجع سابق، ص. 577.

(3) عبود السراج، الجريمة والقانون، جامعة الكويت- كلية الحقوق والشرعية، مجلة الحقوق والشرعية، المجلد الثاني، العدد الثاني، 1978، ص. 222.

(4) فهذه الإجراءات هي التي تكشف عن مدى الإتحاد بين الجزء الخاص بالتجريم، والجزء الخاص بالعقاب في قواعد العقوبات، ذلك لأنها تبحث في مدى توافر شروط التجريم من أجل تطبيق العقاب، والإجراءات الجنائية على هذا النحو، هي الجزء العملي لإتحاد شقيّ التجريم والعقاب في القاعدة العقابية، وهي المحرك الفعّال لقانون العقوبات لكي ينتقل من دائرة التجريد إلى دائرة التطبيق العملي: أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص. 18.

لا سيما تلك التي تُساهم في الكشف عن الجرائم وملاحقة مرتكبيها، دون الإخلال بحقوق المتهم أو غيره من أطراف الخصومة الجزائية⁽¹⁾.

وهنا يُطرح السؤال حول مدى سلطة القاضي في اللجوء إلى القياس عن طريق إستعارة الحل الذي قرره القانون لمسألة مماثلة لها.

في الواقع، وإستناداً لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات⁽²⁾، تقتصر مهمة التجريم وتقرير العقاب على القانون وحده، فلا يملك القاضي أي سلطة بهذا الشأن، ولو كان عن طريق سدّ غرة في القانون بواسطة القياس، إلا أن القاعدة المذكورة لا تتعارض إلا مع إستخدام القياس من أجل خلق جريمة جديدة أو عقوبة جديدة أو ظرف مشدد جديد، في حين أنه لا يتعارض مطلقاً فيما يتعلق بالنصوص المقررة لصالح المتهم، ويُعتبر القياس في الحالة الأخيرة إستصحاباً على الأصل العام في الأفعال وهو الإباحة، والقياس في هذا المجال هو تأكيد لهذا الأصل العام ومن ثم فهو جائز قانوناً، لا سيما إذا تعلّق بالقواعد التي تكفل الحرية الفردية، إستصحاباً على أن الأصل في الفرد هو التمتع بالحرية، وهو ما يقتضي تأكيد كافة ضمانات حرّيته الفردية، وذلك بخلاف القواعد الإجرائية الماسة بالحرية التي وردت على سبيل الإستثناء⁽³⁾، وعليه، فإن اللجوء إلى الإستجواب الإلكتروني الذي أفرزته الحاجة إلى إصدار قرارات إخلاء السبيل بالسرعة الممكنة لمنع الإكتظاظ في السجون وأماكن التوقيف في ظل تفشي فيروس كورونا، يصب مباشرةً في القواعد التي تكفل الحرية الفردية، وبالتالي فيكون اللجوء إلى الوسائل الإلكترونية في إجراء الإستجواب واقعاً في محله القانوني الصحيح.

وتجري الجلسة في أحد المكاتب المخصصة للاستجواب عن بُعد المجهزة بالوسائل الإلكترونية، ويرأسها قاضي التحقيق، بحضور المدعي الشخصي ووكيله ووكيل المدعى عليه

(1) عادل مسموشي، جرائم المعلوماتية وتحديات مسارحها الافتراضية، مرجع سابق، ص. 578.

(2) الأصل في تطبيق مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، أن يكون مصدر التجريم والعقاب قانوناً، ولكن إستقرت القاعدة على جواز أن يكون التجريم والعقاب - في نطاق محدود- مستنداً إلى نص لائح: محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، مرجع سابق، ص. 12.

(3) أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص. 233 وما يليها.

عند الاقتضاء⁽¹⁾، مما يعني أن حضور الوكيل القانوني في مرحلة الإستجواب الإلكتروني هو شرط لصحته. تماماً كما هو منصوص عليه في المادة 76 من قانون أصول المحاكمات الجزائية⁽²⁾ التي إشتطرت على قاضي التحقيق أن يُنبه المدعى عليه على حقه في الإستعانة بمحامٍ أثناء الإستجواب، وأن الإستجواب والإجراءات اللاحقة له تُعدّ باطلة إذا تمت بغياب محامي المدعى عليه، أو إذا لم يتم إطلاع هذا الأخير على أعمال التحقيق بإستثناء ما يتعلق بإفادات الشهود⁽³⁾، أما في حالة رفض المُستوجب تعيين محامٍ فلقاضي التحقيق أن يدوّن هذا الرفض في المحضر، وأن يتابع الإستجواب، مع الإشارة إلى ضرورة سؤال المُستوجب في كل إستجواب لاحق للإستجواب الأول عما إذا كانت موافقته على أن يستجوب دون الاستعانة بمحامٍ مستمرة وأن يثبت ذلك في المحضر تحت طائلة بطلان هذا الاستجواب والإجراءات اللاحقة له، علماً أنه يجوز للمُدعى عليه أن يتصل بمحاميه بخريّة طيلة فترة التحقيق، وتتسم

(1) الفقرة الأولى من التعميم رقم 67 ص.ق / 2020 تاريخ 03/27 / 2020، المتعلق بالإستجواب الإلكتروني بهدف الوقاية من فيروس كورونا.

(2) نصّت المادة 76 من القانون رقم 328 تاريخ 07/08/2001 المعدّل بالقانون رقم 359 تاريخ 18/08/2001 المتعلق بقانون أصول المحاكمات الجزائية، الجريدة الرسمية عدد 38 تاريخ 07/08/2001، على ما يلي: " على قاضي التحقيق، عند مثول المدعى عليه أمامه في المرة الأولى، أن يحيطه علماً بالجريمة المسندة إليه فيلخص له وقائعها ويطلع على الأدلة المتوفرة لديه أو على الشبهات القائمة ضده لكي يتمكن من تنفيذها والدفاع عن نفسه. لا يلزم قاضي التحقيق بأن يعطيه الوصف القانوني للوقائع. على قاضي التحقيق أن ينبهه إلى حقوقه لا سيما حقه في الاستعانة بمحامٍ واحد أثناء الاستجواب..

(3) نصت المادة 78 من قانون أصول المحاكمات الجزائية علماً يلي: "إذا رفض المدعى عليه الاستعانة بمحامٍ فلا يلزم قاضي التحقيق بتعيين محامٍ له ويدون ذلك في المحضر تحت طائلة بطلان الاستجواب والإجراءات اللاحقة له. يستجوبه دون محامٍ ويستمر في إجراءات التحقيق. إذا اختار محامياً للدفاع عنه فلا يجوز لقاضي التحقيق أن يستجوبه أو أن يستمر في إجراءات التحقيق إلا بعد حضور المحامي وإطلاعه على جميع أعمال التحقيق ما عدا إفادات الشهود وذلك تحت طائلة إبطال الاستجواب والإجراءات اللاحقة له. إذا تعذّر على المدعى عليه تكليف محامٍ فيعين له قاضي التحقيق محامياً أو يعهد بتعيينه إلى نقيب المحامين. للمدعى عليه، في أي وقت من أوقات التحقيق أن يبلغ قاضي التحقيق، اسم المحامي الذي كلفه بالدفاع عنه. إذا اختار لهذه الغاية عدة محامين فيجب أن يبلغ قاضي التحقيق باسم المحامي الذي ستوجه إليه مذكرة الدعوة. يدعى المحامي بمذكرة ترسل إليه قبل يوم على الأقل من الاستجواب. وعلى كاتب قاضي التحقيق أن يثبت هذا الإجراء في المحضر مع ذكر تاريخ إرسال المذكرة. إذا لم يتبلّغ المحامي مذكرة دعوته قبل موعد الجلسة فإن حضوره الاستجواب، دون أن يعترض على إجراء تبليغه، يحول دون إبطال الاستجواب. إذا لم يحضر المحامي الوكيل رغم إبلاغه أصولاً موعد الجلسة دون عذر مشروع فلقاضي التحقيق أن يتابع الاستجواب".

هذه الإتصالات بطابع السرية بحيث لا يجوز أن يُعتدّ بأي دليل ناجم عن خرقها وفقاً لنص المادة 79 من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

ويتفرع عن حق الإستعانة بمحامٍ، أن يكفل القانون الحق في إختيار الشخص لمن يوليه ثقة من المحامين، وأن يبقى هذا الحق محاطاً بالحماية التي كفلها الدستور لحق الدفاع حتى يحصل - من يملك هذا الحق - على المعونة التي يطلبها، معتصماً في بلوغها بمن يختاره من المحامين، متوسماً فيه أن الأقدر على ترجيح كفته، نظراً لخبرته وعلمه وتخصصه⁽¹⁾. بالإضافة إلى ما سبق، فقد نصّت المادة 77 على أن يجب على " قاضي التحقيق أن يراعي مبدأ حرية إرادة المدعى عليه أثناء استجوابه وأن يتأكد من أنه يدلي بإفادته بعيداً عن كل تأثير خارجي عليه سواء أكان معنوياً أم مادياً"، فهل يُمكن فعلاً تطبيق هذا النص بوجود المدعى عليه مع أحد عناصر الأجهزة الأمنية؟

في الواقع، لا يجوز أن يُستعمل الإكراه المادي إزاء المتهم، وأي قدر منه ولو كان يسيراً يؤدي إلى إبطال الإستجواب، كما لا يجوز أن يُستخدم الإكراه المعنوي ضده، ويعني الإكراه المعنوي تهديده بشرّ يناله، أو ينال شخصاً عزيزاً عليه، كما يبطل الإستجواب حال خداع المحقق للمتهم، أو في حال تعمد المحقق إطالة مدة الإستجواب على نحو يرهق الأخير ويؤدي إلى الإنقاص من سيطرته على إرادته⁽²⁾.

وقد نصّ التعميم⁽³⁾ رقم 65/ص/2020 تاريخ 2020/03/23، على أن "يلطف عنصر قوى الأمن اليمين القانونية ويكلف بكتابة المحضر بوجود المنوي إستجوابه"، مما يدل بصورة صريحة على أن العنصر سيبقى مع المدعى عليه خلال فترة إستجوابه وسيقوم بكتابة المحضر الذي يُفترض بكاتب⁽⁴⁾ قاضي التحقيق أن ينظمه، مما يطرح فرضية تعرض

(1) أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص. 199.

(2) محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، مرجع سابق، ص. 119.

(3) التعميم الصادر عن النائب العام التمييزي رقم 65/ص/2020 تاريخ 2020/03/23، الذي جاء عطفاً على التعميم رقم 65/ص/2020 تاريخ 2020/03/16، والتعميم رقم 65/ص/2020 مكرر تاريخ 2020/03/19 والمتعلق بالتخفيف من الإكتظاظ داخل السجون والنظارات بفعل تفشي فيروس الكورونا.

(4) في الواقع، لا يستطيع قاضي التحقيق أن يقوم بمفرد بكافة أعباء وظيفته القضائية المترتبة على النظر في القضايا المعروضة أمامه دون وجود مساعدين يعينه على ممارسة مهنته على وأدائها على أكمل وجه، ومن هؤلاء المساعدين:

المدعى عليه للتأثير أثناء الإدلاء بإفادته خاصة في الحالة التي لا يكون وكيله القانوني حاضراً للإستجواب.

ويتطلب سماع أقوال المراد إستجوابه بحرية عدم تحليفه اليمين أثناء الإستجواب لما يمثله هذا القسم من إكراه أدبي على حرّيته في الكلام، وفي الوقت عينه، لا يجوز إطالة الإستجواب بصورة قاسية بشكل يؤثر في إرادته، هذا بالإضافة إلى أنه لا يجوز تقييد حرّيته في إبداء دفاعه بمدة معينة يسقط بعدها حقه في الدفاع، كما لا يجوز للمحقق تأخير الإستجواب حتى يسمع المتهم كشاهد في بعض الوقائع ضد نفسه⁽¹⁾.

كما أشار التعميم رقم 67 ص.ق /2020 المتعلق بالإستجواب الإلكتروني⁽²⁾ إلى أن محضر التحقيق هو عبارة عن نموذج منظم من قِبَل قاضي التحقيق يتضمن الإشارة الى أن الموقوف قد وافق سلفاً على إجراء الإستجواب عن بعد وإطلع على المحضر ووافق على مضمونه، مما يعني أن موافقة المدعى عليه ضرورية وأساسية لإتمام هذه الإجراءات ولا يمكن تخطيها.

هذا بالإضافة إلى أن التعميم رقم 2020/67 قد أشار إلى إمكانية استجواب القاصر بحضور مندوب الأحداث، ولكن دون أن يتم تحديد إذا كانت افادة القاصر تُعتبر على سبيل المعلومات أم لا، لا سيما وأن المادة 91 من قانون أصول المحاكمات الجزائية⁽³⁾ قد نصّت على أن "يستمع قاضي التحقيق إلى القاصرين الذين لم يتموا الثامنة عشرة من عمرهم على سبيل المعلومات".

إنطلاقاً مما سبق، يتبين لنا أن الإستجواب الإلكتروني هو نظام إختياري، إذ يحق للمدعى عليه أن يوافق عليه أو أن يرفضه، وهو نظام يحترم حق المدعى عليه بالحصول على محامٍ،

الكتاب الذين يعملون على كتاب محاضر الجلسات وتدوينها: عبد العزيز بن سعد الغانم، المحكمة الإلكترونية، مرجع سابق، ص. 102.

(1) أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص. 196-197.

(2) التعميم الصادر عن رئيس مجلس القضاء الأعلى رقم 67 ص.ق /2020 تاريخ 2020/03/27، المتعلق بالإستجواب الإلكتروني بهدف الوقاية من فيروس كورونا.

(3) القانون رقم 328 تاريخ 2001/08/07 المعدل بالقانون رقم 359 تاريخ 2001/08/18 المتعلق بقانون أصول المحاكمات الجزائية، الجريدة الرسمية عدد 38 تاريخ 2001/08/07.

وأن الظروف الإستثنائية التي حتمت اللجوء إلى آلية الإستجواب الإلكتروني لم تمنع قاضي التحقيق من إتباع الإجراءات المطلوبة في إستجواب القاصر لا سيما فيما يتعلق بحضور مندوب الأحداث.

وفي المقابل، فإن عدم الحضور المادي للمراد إستجوابه يشكّل خرقاً لمبدأ الواجهة التي لا يُمكن التوسع في تفسيرها دون وجود قانون يتيح إعتداد التقنيات الإلكترونية لإتمام إجراءات الإستجواب عن بُعد، خاصةً وأن آلية الإستجواب المستحدثة قد صدرت على شكل تعاميم، إلا أن تعلقها بمصلحة المتهم في ظل ظروف إستثنائية يجعل منها جائزة قانوناً. هذا بالإضافة إلى أن حضور عنصر من قوى الأمن لجلسة إستجواب المدعى عليه للقيام بتنظيم المحضر وكتابته يُشكل خرقاً لسرية التحقيق المنصوص عليها في القانون وإنتقاصاً لحق المدعى عليه في أن يبقى التحقيق سرياً لمنع التشهير به في حالة صدور قرار بمنع محاكمته، وبالتالي، فمن الممكن أن يُشكل هذا الخرق أساساً للطعن بصحة الإستجواب الإلكتروني.

○ الخاتمة

مما لا شك فيه أن نظام الإستجواب الإلكتروني يُعدّ بمثابة تجربة جديدة قد أثبتت جدواها في إختصار الوقت وتبسيط الإجراءات، والحد من الإكتظاظ في السجون، والتغلب على الظروف الإستثنائية التي أعاققت العمل القضائي، ورغم أن هذا النظام قد جاء إستجابةً لحالة الطوارئ الصحية المتمثلة بإنتشار فيروس كورونا، إلا أن عدم تقنيته وصدوره على شكل تعاميم يجعل منه إستثناءً وليس قاعدة، لا سيما وأن تطبيقه قد كان جزئياً ولمن إستطاع إليه سبيلاً. وفي إطار ما يمكن تسجيله من نتائج بالنسبة لموضوع الإستجواب الإلكتروني في لبنان، يمكننا إستخلاص النتائج التالية:

1. تبين لنا من خلال هذه الدراسة أن اللجوء إلى نظام الإستجواب الإلكتروني في لبنان لم يكن بسبب الحاجة إلى تحديث القوانين وملاحقة التطور التشريعي، وإنما هو نظام إستثنائي فرضته حالة الطوارئ الصحية وظروف الإغلاق التي حتمتها التعبئة العامة.

2. تبين لنا أن صدور نظام الإستجواب الإلكتروني من قبل وزيرة العدل ورئيس مجلس القضاء الأعلى يقتصر نطاقه على تنظيم سير العمل ولا يصح أن يكون في هذه الحالة مصدراً للإجراءات الجنائية.

3. أن تبني نظام الإستجواب الإلكتروني قد تمّ في ظلّ بيئة تفتقر إلى المقومات الرئيسية التي يُبنى عليها هذا النظام.

4. أن نظام الإستجواب الإلكتروني هو صيغة قضائية متطورة ساعدت في إنجاز الملفات القضائية العالقة، وساهمت في الحد من الإكتناظ في السجون والنظارات وأماكن التوقيف.

5. تبين لنا من خلال هذه الدراسة أن الإستجواب الإلكتروني هو نظام إختياري، إذ يحق للمدعى عليه أن يوافق عليه أو أن يرفضه.

6. تبين لنا أن تطبيق نظام الإستجواب الإلكتروني كان خاصاً بطلبات إخلاء السبيل، وأن تطبيقه كان مقتصرأ على قصر العدل في طرابلس وبعدها ورومية، وحتى على هذا المستوى، فإن التطبيق كان جزئياً ولمن إستطاع سبيلاً من قضاة التحقيق بسبب غياب التجهيزات الإلكترونية ورداءة الأنترنت وإنقطاع الكهرباء بشكل متواصل.

7. أن السرعة التي حتمت اللجوء إلى نظام الإستجواب الإلكتروني دون دراسته بشكل وافٍ إستناداً إلى المقومات التي يُفترض توفرها لتطبيقه، قد أفرزت العديد من العوائق التي قد تجعل من تطبيق هذا النظام صعباً بعض الشيء.

إنطلاقاً من هذه النتائج، سنقدم مجموعة من التوصيات:

1- أثبتت التجربة أن تطبيق نظام الإستجواب الإلكتروني يُجابه بعض الصعوبات، لذلك فنحن ندعو المشرّع إلى ضرورة أخذ هذه العوائق بعين الإعتبار لدى وضع نظام خاص بالتقاضي الإلكتروني والعمل على معالجتها.

2- ضرورة إستحداث نظام إلكتروني خاص بالإجراءات القضائية، يكون محمياً بموجب أنظمة الأمن المعلوماتي وعصياً على الإختراق والقرصنة، والعمل على ربطه مع المنظومة القضائية المؤلفة من قضاة التحقيق ورؤساء محاكم الجنايات وإستئناف الجزاء، وقضاة الجزاء المنفردين والنيابة العامة، وذلك بالتعاون والتنسيق بين نقابتي المحاماة في بيروت وطرابلس.

3- إستحداث القوانين المتعلقة بالضمانات الإجرائية، وتبني إجراءات أكثر مرونة قادرة على مواكبة التطور التقني، لا سيما فيما يتعلق بالإستجواب وسماع أقوال الشهود عبر الوسائل الإلكترونية.

4- السعي إلى أرشفة الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن المحاكم العادية، وذلك بهدف الحد من ضياعها أو تلفها، والإحتفاظ دائماً بنسخ إحتياطية عنها، وذلك بواسطة الوسائل الإلكترونية الحديثة، ولما في ذلك من تسهيل لعمل القاضي للرجوع إلى الملفات بصورة آلية

5- العمل على توفير الضمانات التي تكفل حماية البيانات والمستندات التي تتسم بالطابع السري، لما في ذلك من دور كبير في بثّ الإطمئنان في نفوس المواطنين نتيجةً لهذه الآلية القضائية الجديدة.

6- رغم الطابع الإستثنائي الذي فرض اللجوء إلى نظام الإستجواب الإلكتروني، إلا أن التطور المعلوماتي الحديث يفترض إستكمال هذا النظام، ووضع قانون يتعلق بالتقاضي الإلكتروني، مع ضرورة النهل من تجارب الدول التي نجحت في إرساء قواعد نظام التقاضي الإلكتروني، وتقادي العوائق التي قد تتجم عن إستخدام الوسائل الإلكترونية.

العمل على تدريب القضاة والموظفين في المحاكم والمحامين وتأهيلهم ليتمكنوا من مواكبة هذا النظام المتطور، والسعي إلى إدخال نظام التقاضي الإلكتروني في مناهج التعليم الأكاديمية، وتحويله إلى إختصاص بحدّ ذاته.

الدراسة الخامسة:

مسؤولية طبيب الأسنان بين التشريع والقضاء

د. أشرف رمال

إن مهنة طب الأسنان هي من المهن العلمية التي تتطلب الاختصاص والمهارة نظراً لطبيعتها وعلاقتها بالإنسان وسلامته، وهي عرضة للتطور الدائم وإدخال واستعمال التقنيات الحديثة في وسائل العلاج والقيام بالأبحاث الموضوعية التي تؤمن الخدمة الصحية الفضلى في مجال طبابة الأسنان ومعالجة الألم وترميم وتحسين ومراقبة الحالات التي تتطلب الكشف عليها من قبل الطبيب الاختصاصي⁽¹⁾.

يعتبر ممارسة مهنة طب الاسنان ويتحمل مسؤولية هذه الممارسة كل من اقتصر عمله على طبابة الاسنان، فقام أو حاول، بذاته أو بواسطة غيره، طريقة أو عملاً في الفم والاسنان والفكين⁽²⁾. وفي لبنان على أطباء الأسنان أن يتقيدوا بمبادئ الشرف والإستقامة، وأن يحافظوا على الواجبات المفروضة عليهم بمقتضى قوانين المهنة⁽³⁾، كما هي الحال في فرنسا⁽⁴⁾ وأن يراعوا آدابها وواجباتها تجاه زملائهم ومرضاهم. ومن مراجعة النصوص التشريعية والاحكام

⁽¹⁾ LECA A., Droit de l'exercice médical en clientèle privée, LEH 2008, p. 55.

⁽²⁾ Articles L. 4141-1 du Code de la santé publique français (CSP).

⁽³⁾ النظام الداخلي لنقابة أطباء الأسنان في لبنان الصادر عن مجلس نقابة أطباء الأسنان والمصنّف من وزير الصحة بتاريخ 2003/7/11، الموقع الإلكتروني لنقابة أطباء الأسنان في لبنان ؛ قانون إنشاء نقابة أطباء الأسنان في لبنان، رقم 484 تاريخ 2002/12/12، ج. ر. عدد 69، تاريخ 2002/12/19، ص. 7929 ؛ قانون تنظيم ممارسة مهنة طب الأسنان في لبنان، رقم 485 تاريخ 2002/12/12، ج. ر. عدد 69، تاريخ 2002/12/19، ص. 7937 ؛ قانون واجبات أطباء الأسنان في لبنان رقم 487 تاريخ 2002/12/12، ج. ر. عدد 69، تاريخ 2002/12/19، ص. 7948.

⁽⁴⁾ Articles L. 4141-1 à L. 4141-6 du CSP (conditions d'exercice de la profession de chirurgien-dentiste) et articles L. 4142-1 à L. 4142-7 et R. 4142-1 à R. 4142-7 (conditions d'exercice de la profession). Le Code de déontologie des chirurgiens-dentistes es inscrit aux articles R. 4127-201 à R. 4127-284 du CSP, www.legifrance.gouv.fr.

القضائية في لبنان وفرنسا، يمكن تقسيم الموضوع الى عنوانين، في الجزء الأول نتحدث عن المسؤولية المدنية والجزائية لطبيب الأسنان (أولا) وفي الجزء الآخر نتكلم عن مسؤوليته المسلكية (ثانيا).

○ أولا: المسؤولية المدنية والجزائية لطبيب الأسنان

من مراجعة القرارات والأحكام في لبنان وفرنسا فيما يتعلق بمسؤولية طبيب الأسنان، يتبين لنا أن في فرنسا جميع القرارات تتناول مسؤولية طبيب الأسنان المدنية (2)، وبالمقابل، لم نجد إلا حكم واحد في لبنان يتناول مسؤولية طبيب الأسنان الجزائية (1).

1- المسؤولية الجزائية لطبيب الأسنان في لبنان

من القرارات النادرة جدا في القضاء اللبناني التي يكون فيها طبيب الأسنان طرفا في الدعوى ومدعى عليه، أدان القاضي المنفرد الجزائي في صور⁽¹⁾ في حكم له بتاريخ 2012/8/14 طبيب أسنان أقدم على التسبب بإيذاء مريضة تمثل بكسر فكها، نتيجة إهماله وقلة إحترازه ومخالفة القوانين بعدم إعلامه المريضة بخطورة عملية قلع الضرس الجراحية والمضاعفات التي يمكن ان تنتج عنها والاثار التي يمكن ان تترتب عليها، وهو ما توجبته المادة 2⁽²⁾ من قانون حقوق المرضى والموافقة المستنيرة⁽³⁾ رقم 574 تاريخ 2004/2/11. وأن قيام الطبيب بالعملية الجراحية للمريضة دون إعلامها بالمخاطر المحتملة التي يمكن أن تؤدي إليها تلك العملية وبغير موافقة واضحة وصريحة على قبول المجازفة، يجعله مسؤولا عن النتائج الضارة كافة من جراء تدخله، حتى في الحالة التي لا يرتكب فيها أي خطأ طبي

(1) القاضي المنفرد الجزائي في صور، حكم رقم 676 تاريخ 2012/8/14، م. حساوي والحق العام/الدكتور أ. ح. وشركة المتوسط للتأمين" ش.م.ل، مجلة العدل 2014، العدد 4، ص 2369.

(2) المادة 2: يحق لكل مريض يتولى امر العناية به طبيب أو مؤسسة صحية، بأن يحصل على المعلومات الكاملة حول وضعه الصحي. وتشمل هذه المعلومات: الفحوصات، والعلاجات، والعمليات الطبية المقترحة، كما تشمل منافعها ومضاعفاتها السلبية، والمخاطر المعهودة أو الكبرى التي تتطوي عليها، والحلول الاخرى الممكنة، فضلا عن النتائج المتوقعة في حال عدم اجرائها.

(3) قانون حقوق المرضى والموافقة المستنيرة رقم 574 تاريخ 2004/2/11، ج. ر. عدد 9 تاريخ 2004/2/13، ص 705.

بالمعنى الفني⁽¹⁾، لأن الطبيب يكون في هذه الحالة قد فوت الفرصة على المريضة، إذ كان من الممكن لهذه الأخيرة تقرير أمر آخر غير إجراء العملية. إذ أنه لم يتم الدليل على حصول هذا الإعلام وعبء الإثبات يقع عليه في هذا المجال⁽²⁾، لأن حصول الإعلام ليس أمراً مفترضاً، فمن يدعي حصوله عليه عبء إثباته. ولم يثبت لهذه المحكمة أنه قد أحاط المريضة علماً بها قبل مباشرته للعملية الجراحية لسبب أن الطبيب وعند معاينته لها، قبل إجراء عملية قلع الضرس لم يعلمها بأن هناك نسبة مجازفة في إجراء العملية⁽³⁾،

ويتجلى إهمال الطبيب أيضاً، في عدم إجرائه لصورة شعاعية لفك المريضة للتأكد من صحة تشخيصه بأن شعراً أصاب فكها، وهذا ما يخالف الأصول الطبية الفنية التي تفرضها عليه مهنته في مثل هذه الحالة، كما يخالف سلوك أي طبيب من أوساط الأطباء كفاءة وخبرة وتبصراً. وأن عدم قيام الطبيب بإجراء الصورة الشعاعية لمتابعة حالة مريضته وإستهتاره غير المبرر وغير المنطقي وغير العلمي بإجرائها، بالحد الأدنى لمتابعة تطور حالتها، لهو إهمال بلا أدنى شك. وأن المحكمة وبعد تبيانها لإهمال الطبيب وقلة إحترازه ومخالفته القانون، ترى أن ما تم إستعراضه أدى الى تعرض المريضة الى الكسر في فكها والى تحول هذا الكسر الى متحرك، والى حاجتها تاليا للخضوع الى عملية جراحية ثانية، والى معاناتها الميينة، فيكون فعل الطبيب مؤلفاً لجنحة المادة 565 من قانون العقوبات⁽⁴⁾.

وفيما يتعلق بملاحقة طبيب الأسنان جزائياً، تنص المادة الثانية والأربعون من القانون المتعلق بإنشاء نقابة أطباء الأسنان⁽⁵⁾، على أن عند ملاحقة طبيب الأسنان جزائياً، للنقابة ان تبدي رأيها العلمي خلال خمسة عشر يوماً حول ما اذا كان الجرم المدعى به ناشئاً عن

(1) وجيه خاطر، دور القضاء في المسؤولية الطبية، النشرة القضائية اللبنانية، عدد 11، سنة 1997، ص. 129.

(2) Article L. 1111-2 du CSP: En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen.

(3) سامي منصور، المسؤولية الطبية وفق قانون 22 شباط 1994-قانون الآداب الطبية-، مجلة العدل، عدد 4 سنة 2000، ص. 325.

(4) المادة 565: من تسبب بإيذاء أحد عن إهمال أو قلة إحتراز أو عدم مراعاة القوانين أو الأنظمة عوقب بالحبس من شهرين الى سنة.

(5) قانون إنشاء نقابة أطباء الأسنان رقم 484 تاريخ 2002/12/12، ج. ر. عدد 69، تاريخ 2002/12/19، ص. 7929.

ممارسة المهنة، وفي هذه الحالة يجري استجواب طبيب الأسنان الملاحق بحضور نقيب أطباء الأسنان أو من ينتدبه لهذه الغاية. كما أنه لا يجوز التوقيف الاحتياطي لطبيب الأسنان الملاحق بجرم ناشئ عن ممارسة المهنة قبل ان تبدي النقابة التي ينتمي اليها طبيب الاسنان رأياها ضمن المهلة المذكورة اعلاه. وتطبيقا لهذا النص، إعتبرت محكمة التمييز الجزائرية⁽¹⁾ في قرار لها بتاريخ 2017/5/9 أن نص المادة 42 من قانون إنشاء نقابة أطباء الأسنان لم يضع حصانة لطبيب الأسنان أو مانعا يحول دون سماع الدعوى أو السير بها. وفي قرار مهم آخر بتاريخ 2014/10/29، إعتبرت المحكمة العليا الجزائرية⁽²⁾ أنه بالعودة الى أحكام المادة 42 من القانون رقم 2002/484 المتعلق بإنشاء نقابة أطباء الأسنان، يتبين أنها لا تشترط لتحريك الدعوى العامة بوجه طبيب الأسنان الإستحصال على إذن بملاحقة من النقابة المنتسب إليها بل جلّ ما ورد فيها هو أخذ الرأي العلمي للنقابة بشأن طبيعة الخطأ المنسوب للطبيب توصلا الى معرفة ما إذا كان ناشئا عن المهنة أم لا.

وأخيرا، كل طبيب أسنان يمارس مهنة طب الاسنان دون اجازة يعاقب بغرامة مالية لا تقل عن عشرين ضعفا من رسم الاشتراك السنوي المعتمد بتاريخ العقوبة أو بالحبس من شهر إلى سنة أو باحدى هاتين العقوبتين. وكل من يمارس مهنة طب الاسنان وهو غير طبيب أسنان، يعاقب بغرامة مالية من عشرين ضعف إلى خمسين ضعف رسم الاشتراك السنوي في النقابة المعتمد بتاريخ العقوبة، وبالحبس من سنتين إلى خمس سنوات⁽³⁾.

2- المسؤولية المدنية لطبيب الأسنان في فرنسا

من المهم في الأمور الطبية، التمييز بين الخطأ الفني الذي يتم تقييمه فيما يتعلق بالممارسة وقواعد الفن، وبين الخطأ الأخلاقي المتعلق بانتهاك أخلاقيات مهنة الطب والتي

(1) محكمة التمييز، الغرفة الجزائرية الثالثة، قرار رقم 149 تاريخ 2017/05/09، المرجع كساندر رقم 5 لعام 2017، ص. 796.

(2) محكمة التمييز، الغرفة الجزائرية السابعة، قرار رقم 250 تاريخ 2014/10/29، المرجع كساندر، 10 / 2014، ص. 1851. الموقع الالكتروني لمركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية. www.legiliban.ul.edu.lb

(3) المادة 53 من قانون تنظيم ممارسة مهنة طب الأسنان في لبنان، رقم 485 تاريخ 2002/12/12، مذكور سابقا.

تتعلق بشكل أساسي بخرق موجبي الإعلام والموافقة المستتيرة. وأن فئة الأخطاء الفنية تعطي الخطأ في التشخيص والخطأ في إختيار العلاج والخطأ في العمل العلاجي والخطأ في المراقبة⁽¹⁾؛ هذا التمييز يجب ان يكون متكامل عند البحث عن خطأ طبيب الأسنان⁽²⁾.

ويعتبر خرق موجب الإعلام من قبل طبيب الأسنان من أبرز الأسباب التي تؤدي الى إعلان مسؤوليته المدنية. ويجب على الطبيب أن يعطي مريضه معلومات صحيحة وواضحة عن حالته وتطورها المنظور، والفحوصات والعناية الطبية التي تقتضيها حالة المريض الصحية، ويجب ان تشتمل المعلومة على طبيعة ونتائج العلاج المقترح وكذلك إعلام مريضه بالمخاطر التي يمكن أن تنتج عن العلاج⁽³⁾. في هذا الإطار، وفي قرار حديث⁽⁴⁾ بتاريخ 12 شباط 2020 إعتبرت المحكمة العليا الفرنسية أن قيام طبيب الأسنان بالعناية أو بالعلاج الذي لم يوافق عليه المريض⁽⁵⁾، وحتى لو أن المريض لديه معرفة بهذا الموضوع لا يمكن أن يعفي جراح الأسنان من الوفاء بالتزامه بإعلامه، من خلال مقابلة فردية، بطريقة واضحة ومناسبة عن حالته الصحية والرعاية والعلاجات التي يقدمها.

وفي ذات السياق، في قرار آخر بتاريخ 2018/5/17، قصت محكمة التمييز المدنية⁽⁶⁾ بمسؤولية طبيب الأسنان لأنه في معرض قيامه بقلع ضرس العقل⁽⁷⁾ للمريض لم يثبت أنه

(1) CA Pau 15 janv. 1985, D. 1985, I.R. 463, obs. Penneau. Un dentiste qui pratique une extraction dentaire sous anesthésie générale se comporte comme un chirurgien, et doit donc respecter la norme de diligence approprié lors de la surveillance postopératoire ; dans une telle hypothèse, un dentiste a été jugé responsable d'une anémie suivie d'un infarctus du myocarde.

(2) Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2019, n°18-13998, site internet du Légifrance.

(3) CA Bastia 21 mai 2002, n°2002/00433, site internet du Légifrance, www.legifrance.gouv.fr.

(4) CE 12 fév. 2020, n°425722, site internet du Légifrance. (La réalisation de soins dentaires ou d'un traitement auquel le patient n'a pas consenti constitue une faute. La circonstance qu'un patient détienne des connaissances en la matière ne saurait dispenser le chirurgien-dentiste de satisfaire à son obligation de l'informer, par un entretien individuel, de manière loyale, claire et appropriée sur son état de santé et les soins et traitements qu'il propose).

(5) Indemnisation de la prétendue faute d'un dentiste qui a modifié le plan d'opération sans le consentement de la patiente et procédé à l'extraction de deux racines de dent, in GENICOT G., Droit médical et biomédical, collection de la faculté de droit de l'Université de Liège, 2^{ème} édition (éd.), Larcier 2016, p. 179.

(6) Cass. 2^{ème} civ., 17 mai 2018, n°17-14402, site internet du Légifrance.

(7) mise en cause du chirurgien maxillo-facial à la suite d'une atteinte au nerf lingual lors de l'extraction de dents de sagesse. La cour juge la technique d'incision choisie non adéquate

أعلم مريضه خطيا أو شفويا بالمخاطر والمضاعفات المحتملة لهكذا عمل طبي. وقد صدرت عدة قرارات مشابهة⁽¹⁾. ودائما فيما يتعلق بقلع ضرس العقل، قضت محكمة إستئناف مدنية⁽²⁾ بمسؤولية الطبيب الذي أدى عمله الى كسر فك المريض، وأضافت بان الطبيب لم يثبت أنه أعلم المريض بمخاطر العملية خارقا بذلك موجب الإعلام. ومن المهم أن نذكر أن المحاكم⁽³⁾ تتشدد بموجب الإعلام في العمليات التجميلية، إذا نتج عن قلع ضرس العقل كسر في فك المريض، في هذه الحالة، يجب إعلام المريض ليس فقط بالمخاطر الجسيمة ولكن أيضا بالمساوى التي يمكن أن تسببها هذه العملية.

ويتجلى موجب الإعلام أيضا فيما يتعلق بتركيب أسنان إصطناعية⁽⁴⁾، وتعتبر المحاكم⁽⁵⁾ ان الطبيب يعتبر مسؤولا لخرقه موجب إعلام مريضه بالمخاطر المتوقعة والفوائد المحتملة عن تركيب أسنان إصطناعية ثابتة مع علم الطبيب بحالة مريضه النفسية وكان عليه أن يترك الخيار لمريضه بإمكانية تركيب أسنان إصطناعية متحركة. وتجدر الإشارة، أن على غرار إستعماله لآلة⁽⁶⁾، فإن موجب طبيب الأسنان في حالة تركيب أسنان إصطناعية⁽⁷⁾ هو موجب نتيجة، ويتحمل الطبيب المسؤولية إذا إنقطع جسر الأسنان والسيراميك بسبب خطأ الطبيب المتمثل بالجوء الى علاج غير متناسب مع حالة المريض⁽⁸⁾. وبالمقابل لا يتحمل طبيب الأسنان المسؤولية إذا تصرف حسب قواعد الطب ولم

«car réalisée au mépris des connaissances anatomiques requises», in GENICOT G., Droit médical et biomédical, ouv. préc., p. 462.

(1) Cass. 1^{re} civ., 17 janvier 2018, n°16-27882, Cass. 1^{re} civ., 15 juin 2016, n°15-18496, site internet du Légifrance.

(2) CA Pau 22 mars 2004, n°02/00955, site internet du Légifrance.

(3) CA Bastia 21 mai 2002, n°2002/00433, précité.

(4) Cass. 1^{re} civ. 20 mars 2013, n°12-12300, Bull. civ. I, n°25.

(5) CA Bastia 16 février 2011, n°09/00243, CA Lyon 31 mai 2001, n°1999/02978, site internet du Légifrance.

(6) CA Grenoble 5 mars 2002, n°00/00958, site internet du Légifrance.

(7) L'attitude du dentiste qui n'assure pas le suivi des soins constitue un manquement qui ne commettrait pas un dentiste raisonnablement prudent et diligent. Il lui appartient de réserver suite aux demandes du patient qui vient de subir une intervention d'extraction des dents et de placement de prothèses amovibles qui, bien que s'agissant de prothèses provisoires et immédiates, devaient répondre à des critères techniques et fonctionnels auxquels elles ne répondent pas », in GENICOT G., Droit médical et biomédical, ouv. préc., p. 466.

(8) CA d'Aix-en-Provence 28 janvier 2009, n°07/15053, site internet du Légifrance.

يرتكب خطأ في إختيار العلاج أو في إلتزامه بموجب الإعلام، وخاصة إذا كان الضرر الحاصل للمريض نتيجة إهماله في متابعة العلاج⁽¹⁾. وأخيراً، تعتبر مسؤولية طبيب الأسنان المدنية متوفرة، إذا إرتكب قلة إحتراز⁽²⁾، أو أخذ مخاطر كثيرة في العمل الطبي الذي قام به والذي لم يكن متوافق مع معطيات العلم المتوفرة⁽³⁾. فقد إعتبرت محكمة إستئناف مدنية⁽⁴⁾، بأن الطبيب يرتكب خطأ تقني⁽⁵⁾ إذ أجرى تشخيص غير دقيق ولجأ الى علاج غير متناسب، وخطأه المتمثل بعدم إستشارة فريق طبي متخصص مع علمه بان الحالة الطبية تجاوز مهاراته. وأيضاً يرتكب الطبيب خطأ مهني إذا لم يعطي للمريض قبل العمل الطبي تقرير مفصل عن تكلفة العمل الطبي المذكور والذي على المريض أن يوافق عليه ويوقعه⁽⁶⁾.

○ ثانياً: المسؤولية المسلكية لطبيب الأسنان

بالإضافة الى المسؤوليتين المدنية والجزائية، يمكن أن يتعرض طبيب الأسنان للمسؤولية التأديبية أو المسلكية. وعلى غرار القانون الفرنسي⁽⁷⁾ الذي يتضمن قواعد خاصة فيما يتعلق بملاحقة طبيب الأسنان مسلكياً، ففي لبنان تنص المادة العشرون من قانون الآداب الطبية⁽⁸⁾

(1) CA Lyon 22 janvier 2008, n°06/07850, site internet du Légifrance.

(2) CA Limoges 4 mars 2015, n°14/00082, site internet du Légifrance.

(3) La responsabilité a ainsi pu être retenu dans le chef d'un dentiste, qui commet une faute en appliquant une technique des années 80 (le placement d'un implant sous periostal) qui, étant donné l'âge du patient et son histoire passé, connaissait un pourcentage de succès assez bas, et sans qu'il y ait en l'occurrence de raison impérative qui exigeât des soins dentaires; la faute du dentiste n'est pas justifiée par le fait que le patient a lui-même sollicité ce traitement et qu'il n'est plus venu pour les soins postopératoires, in GENICOT G., Droit médical et biomédical, ouv. préc., p. 458.

(4) CA d'Aix-en-Provence 7 janvier 2009, n°07/13053, site internet du Légifrance.

(5) Lors du placement de deux bridges complets, supérieur et inférieur, fautes techniques relativement à la taille de certains piliers, à la mise en occasion et au cimentage des bridges, ainsi qu'aux soins de rattrapage approximatifs, en relation causale avec les problèmes d'inconfort et de fissuration et de fracture de la porcelaine rencontrés par la patiente, in GENICOT G., Droit médical et biomédical, ouv. préc., p. 462.

(6) CA Lyon 1^{er} décembre 2005, site internet du Légifrance.

(7) Articles R. 4126-1 à R. 4126-54 du Code de la santé publique (procédure disciplinaire).

(8) قانون الآداب الطبية اللبناني رقم 288 تاريخ 1994/2/22 ج. ر. رقم 9 تاريخ 1994/3/3 ص. 239-250 والمعدل

بموجب القانون رقم 240 تاريخ 2012/10/22, ج. ر. رقم 45 تاريخ 2012/10/25 ص. 4877-4888.

أنه يحظر على الطبيب دفع جعالات لأي كان، وبأية صورة بغية إجتذاب الزبائن أو إبقائهم قيد المعالجة في المستشفى أو الحصول على أية منفعة خاصة. وفيما يتعلق بواجبات الطبيب تجاه زملائه، يجب أن تتم ممارسة مهنة الطب في نطاق منافسة نزيهة بين الزملاء، وعلى غرار القانون الفرنسي⁽¹⁾، كل دعاية⁽²⁾ أو كل اجتذاب⁽³⁾ وتحويل أو محاولة تحويل المرضى بقصد الاستفادة غير المشروعة، وكل مزاحمة غير مشروعة⁽⁴⁾ أو تقاسم أو احتكار يعرض صاحبه للمساءلة المسلكية أمام المجلس التأديبي. ويجب ألا يتحول توافق الأطباء الى تواطؤ على حساب المريض⁽⁵⁾.

ومن المهم أن نشير أنه في العام 2019 سمح القضاء الفرنسي للأطباء بشكل عام ولأطباء الأسنان بشكل خاص أن يلجؤا الى الدعاية. وبالفعل، متأثرا بالقانون الأوروبي⁽⁶⁾، أصدر مجلس شورى الدولة الفرنسي⁽⁷⁾ قرارا مهما بتاريخ 2019/11/6 يعتبر بمثابة تحوّل في الإجتهد معتبرا أن الحظر العام والمطلق على أطباء الأسنان من استخدام وسائل الإعلان يتعارض مع حرية تقديم الخدمات.

ومن جهة أخرى، تنص المادة الثانية من القانون المتعلق بإنشاء نقابة أطباء الأسنان أن مهمة النقابة هي السعي لحل المنازعات التي تنشأ بين اطباء الاسنان أو بينهم وبين مرضاهم بموجب الآداب المهنية المرعية واتخاذ التدابير التأديبية بحق اطباء الاسنان المخالفين لقوانينها المهنية والادبية والعلمية. في هذا الإطار، قضت محكمة التمييز الجزائرية⁽⁸⁾ في قرار لها بتاريخ

(1) Article R. 4127-262 du Code de la santé publique.

(2) CE 10 juillet 2017, n°385419, site internet du Légifrance,. La sanction d'interdiction d'exercer sa profession pendant quinze jours, pour plusieurs manquements à l'interdiction de faire de la publicité posée à l'article R. 4127-225 du code de la santé publique.

(3) المادة السادسة من قانون واجبات أطباء الأسنان في لبنان رقم 487 تاريخ 2002/12/12، مذكور سابقا.

(4) Cass. 1^{re} civ, 26 avril 2017, n°16-15278, site internet du Légifrance.

(5) المادة 50 من قانون الآداب الطبية.

(6) CJCE 4 mai 2017, aff. C-339/15, Abj, AJDA 2017, 1709. La cour de justice de l'Union européenne en conclure qu'une interdiction générale et absolue de toute publicité pour des soins buccaux et dentaires serait contraire à la libre prestation de services.

(7) PASTOR J.-M. «Les médecins vont pouvoir faire leur publicité, note sous CE 6 nov. 2019, n°416948 et n°420225», AJDA n°39 du 18 nov. 2019, p. 2273.

(8) محكمة التمييز، الغرفة الجزائرية السابعة، قرار رقم 86 تاريخ 2010/8/24، صادر في التمييز، القرارات الجزائرية لعام 2010، ص. 394.

2010/8/24 بعدم تمتع صندوق نقابة أطباء الأسنان في لبنان بالشخصية الاعتبارية والقانونية المجيزة له التقاضي بإسمه وتمثيله أمام المحاكم مفضيا الى وجوب إعلان إنتقاء أهليته للنقاضي.

وتنص المادة الخامسة والثلاثون من القانون المتعلق بإنشاء نقابة أطباء الأسنان المذكور على أن يتألف المجلس التأديبي من النقيب أو نائبه رئيسا، ومن أربعة أعضاء. إثنان ينتخبهما مجلس النقابة من بين اعضاءه، وإثنان من خارج المجلس مضى على تسجيلهما في جدول النقابة عشر سنوات على الاقل، وتنتخبهما الجمعية العامة. وتضيف المادة التاسعة والثلاثون أنه تحال المخالفات المسلكية الى المجلس التأديبي في ثلاث حالات: أولا، إما بناء على شكوى مقدمة من وزارة الصحة العامة أو من أحد المتضررين من أطباء الأسنان أو غيرهم، ثانيا، بناء على طلب النقيب، وأخيرا، بناء على طلب طبيب أسنان الذي يرى نفسه موضوع تهمة غير محقة فيعرض أمره عفوا لتقدير المجلس التأديبي⁽¹⁾.

وعلى طبيب الأسنان أن يتقيد بمبادئ الشرف والإستقامة، وإن يحافظ على الواجبات المفروضة عليه بمقتضى قوانين المهنة، وأن يراعي آدابها وواجباتها تجاه زملائه ومرضاه. وإذا خالف واجبات مهنته أو عرض كرامته لما يمس شرفه أو إستقامته أو كفاءته تطبق بحقه إحدى العقوبات الآتية: التنبية⁽²⁾، اللوم، التوقيف المؤقت عن العمل لمدة لا تتجاوز سنة واحدة⁽³⁾، المنع من ممارسة المهنة نهائيا. وأن الطبيب الذي يعاقب بالتوقيف المؤقت أو النهائي يمنع من مزاولة المهنة طيلة المدة المعاقب بها⁽⁴⁾. وإعتبر مجلس شورى الدولة الفرنسي⁽⁵⁾ في قرار حديث له بتاريخ 12 شباط 2020 أنه تعتبر مخالفة تأديبية قيام طبيب

(1) CAA Bordeaux 26 juin 2018, n°16BX00817, site internet du Légifrance.

(2) CE 29 mai 2020, n°422956, site internet du Légifrance. Chirurgien-dentiste salarié n'ayant pas assuré une garde pour laquelle il figurait sur le tableau de permanence alors que son employeur a refusé de mettre à sa disposition les moyens propres à lui permettre d'assurer effectivement sa garde dans le centre de santé où il exerce comme salarié et qu'il en a informé par avance, plusieurs fois, le conseil départemental de l'ordre en vue qu'une solution puisse être trouvée. L'intéressé ne peut être regardé comme s'étant délibérément abstenu de participer à la permanence des soins dentaires et comme ayant ainsi commis une faute déontologique.

(3) CE 10 juin 2020, n°437990, site internet du Légifrance.

(4) المادة 37 من القانون المتعلق بإنشاء نقابة أطباء الأسنان في لبنان.

(5) CE 12 fév. 2020, n°425722, site internet du Légifrance. (La réalisation de soins dentaires ou d'un traitement auquel le patient n'a pas consenti constitue une faute disciplinaire. La circonstance qu'un patient détienne des connaissances en la matière ne saurait dispenser le

الأسنان بالعناية أو بالعلاج الذي لم يوافق عليه المريض. وحتى لو أن المريض لديه معرفة بهذا الموضوع لا يمكن أن يعفي جراح الأسنان من الوفاء بالتزامه بإعلامه، من خلال مقابلة فردية، بطريقة واضحة ومناسبة عن حالته الصحية والرعاية والعلاجات التي يقدمها.

ويجب أن يتبع المجلس التأديبي أصول محاكمة عادية سرية، وللمجلس أن يلجأ الى جميع طرق الاثبات وعليه ان يدعو طبيب الأسنان المحال فيستمع إليه. وعلى الطبيب أن يلبي الطلب وأن يجيب على الاسئلة التي توجه اليه وأن يعطي الايضاحات التي تطلب منه وله أن يستعين بمحام واحد للدفاع عنه، وعلى غرار القانون الفرنسي⁽¹⁾، لا يحق له أن يتدرب بالسرية المهنية⁽²⁾. ويتخذ المجلس التأديبي قراراته بأغلبية اعضائه⁽³⁾، ويصدر قراره خلال شهرين من تاريخ الشكوى، وإذا خالف ذلك يحق لكل من النقيب والنيابة العامة أن ينقل القضية الى محكمة الاستئناف التي تنظر فيها بالدرجة الاخيرة⁽⁴⁾.

وأخيراً، تنص المادة الأربعون من القانون المتعلق بإنشاء نقابة أطباء الأسنان أن تقبل القرارات التأديبية الاعتراض والاستئناف. وأن مدة الاعتراض والاستئناف خمسة عشر يوماً تبدأ من تاريخ التبليغ. ويجري التبليغ بكتاب مضمون مع اشعار بالوصول. ويقدم إستحضار الاستئناف الى الغرفة المدنية في محكمة الاستئناف المختصة التي ينضم إليها عضوان من مجلس النقابة. وللنقابة ولصاحب العلاقة وللنيابة العامة أن يعترضوا على قرارات المجلس التأديبي وأن يستأنفوها. على أن قرارات المجلس التأديبي ومحكمة الاستئناف سرية. اما اذا حكم على طبيب أسنان بجريمة تمس شرف المهنة وكرامتها، أو اذا حكم عليه مرتين في السنة بعقوبة أشد من التنبيه فلمجلس النقابة ان يقرر باكثرية ثلثي اعضائه نشر القرار في دار النقابة لمدة شهر واحد⁽⁵⁾.

chirurgien-dentiste de satisfaire à son obligation de l'informer, par un entretien individuel, de manière loyale, claire et appropriée sur son état de santé et les soins et traitements qu'il propose).

(1) Article R. 4127-206 du Code de la Santé publique.

(2) المادة السادسة من قانون واجبات أطباء الأسنان في لبنان رقم 487 تاريخ 2002/12/12.

(3) المادة 38 من القانون المتعلق بإنشاء نقابة أطباء الأسنان في لبنان.

(4) المادة 39 من القانون المتعلق بإنشاء نقابة أطباء الأسنان في لبنان.

(5) المادة 41 من القانون المتعلق بإنشاء نقابة أطباء الأسنان في لبنان.

الدراسة السادسة:

**أثر السكر على المسؤولية الجزائية
دراسة في النظام القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية**

د. فارس مناحي سعود المطيري⁽¹⁾

ينصرف معنى المسؤولية إلى مفهوم الالتزام بتحمل النتائج القانونية المترتبة على توافر أركان الجريمة، وموضع هذا الالتزام هو العقوبة أو التدبير الاحترازي الذي ينزله القانون بالمسئول عن الجريمة. وقد اشترطت معظم التشريعات الحديثة الإدراك والاختيار لتحقيق المسؤولية، إلا أنه عند تعرض الإنسان لما ينفى إدراكه أو اختياره فإنه تمتع مسؤوليته. ويمكن حصر موانع المسؤولية الجزائية بالحالات التي تسبب فقد الإدراك أو التمييز أو كليهما معاً، مثل السكر موضوع البحث، والإكراه المادي حيث يؤدي إلى انعدام إرادة الشخص الذي وقع عليه الإكراه، وهي أساس المسؤولية الجزائية، لذا يُعد الإكراه سبباً لنفي المسؤولية في جميع الجرائم العمدية وغير العمدية، وأيضاً حالة الضرورة ويُقصد بها مجموعة الظروف التي تهدد شخصاً معيناً بالخطر وتدفعه في سبيل التخلص منه إلى ارتكاب الجريمة، فإذا توافرت شروطها وهي وجود خطر جسيم وحال يهدد الجاني نفسه أو غيره وتوافرت شروط الضرورة امتنعت المسؤولية عن الجاني.

ويختلف مصطلح "موانع المسؤولية" عن "موانع العقاب" حيث إن "موانع المسؤولية" يقصد بها الأسباب التي تفقد الشخص قدرته على الإدراك أو التمييز أو كليهما معاً، فتجعله غير أهل لتحمل المسؤولية الجزائية وهذه الموانع لا تمحو الصفة الإجرامية عن الفعل، بل يظل هذا

(1) أستاذ مشارك قسم القانون كلية الدراسات التجارية الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب.

الأخير جريمة لكن تمتع معاقبة الفاعل بسبب يرجع لشخصه. أما "موانع العقاب " فهي الظروف التي تعفي الجاني من العقوبة رغم ثبوت الجريمة وتوافر أركانها. إن مصطلح "السكر" يمكن تعريفه بأنه "اضطراب القدرات العقلية أو الناجمة عن إدخال أي مادة في الجسم".⁽¹⁾ وكما يشير هذا التعريف، فإن القانون المتعلق بالسكر لا يميز بين الكحول والمواد الأخرى، بما في ذلك الأدوية الموصوفة والعقاقير غير المشروعة. وبالبحث في قانون السكر الأمريكي من حيث سياقه الاجتماعي والتاريخي، نجد أن المسكرات تشوه الحكم أو القرار لدى الشخص، كما أنها تقلل من قدرة الفاعل على السيطرة على مشاعره العدوانية ودوافعه المعادية للمجتمع، ما يؤدي إلى سلوك إجرامي، وغالبا ما ينطوي على عنف.⁽²⁾ الأشخاص المدمنين على المخدرات غالبا ما يرتكبون جرائم (حتى عندما لا يكونون مُدمنين) من أجل دعم عاداتهم غير المشروعة أو المنبوذة اجتماعيا. في ضوء الضرر الاجتماعي الذي يسببه الشخص السكران، فإنه ليس من المستغرب أن قانون السوابق القضائية الأنجلو أمريكي قد وفر للمخطئين فرصة ضئيلة جدا لتجنب الإدانة على أساس السكر، والاتجاه التشريعي هو الحد من تضيق نطاق الدفاع المتعلق بالسكر لا يزال أبعد من ذلك. في الواقع، في عدد قليل من الولايات في امريكا الآن، اتخذ القانون "توعية معينة من أليس في بلاد العجائب"، من خلال مطالبة المدعين العامين بإثبات أن الركن المعنوي المطلوب في الجريمة، ولكن بعد ذلك منع المدعى عليهم (المتهمون) من تقديم أدلة على السكر التي قد تدحض وجود ذلك الركن المعنوي.⁽³⁾

⁽¹⁾ People v. Low, 732 P.2d 622, 627 (Colo. 1987) (quoting Model Penal Code § 2.08(5) (a)). The term "substance" is not often litigated, but one court interestingly held that a virus is not a "substance" for purposes of an intoxication defense. People v. Voth, 312 P.3d 144 (Colo. 2013).

⁽²⁾ Montana v. Egelhoff, 518 U.S. 37, 49 (1996); see also Director of Public Prosecutions v. Majewski, [1976] 2 All E.R. 142, 146 ("Self-induced alcoholic intoxication has been a factor in crimes of violence. .. throughout the history of crime in this country."); Farmer v. State, 411 S.W.3d 901, 911 (Tex. Crim. App. 2013) (stating that "people, at least historically, consider [the condition of voluntary intoxication] a sin, or at least a personal weakness"). Some studies, although quite dated, have suggested that as many as one-half of all, homicides in the United States are committed by intoxicated persons. Egelhoff, supra (citing studies).

⁽³⁾ Sanford H. Kadish, Fifty Years of Criminal Law: An Opinionated Review, 87 Cal. L. Rev. 943, 955 (1999).

وهناك حالات سكر تقتضي النظر فيها وذلك عندما يكون المتهم مخمورًا وقت ارتكاب السلوك الإجرامي، يجب على المحامي أن ينظر في ثلاثة أسئلة على الأقل.

أولاً، كيف أصبح المدعى عليه مخمورًا؟ قانون السكر قابل للقسمة على فئتين عامتين: القواعد المتعلقة بالسلوك الذي كان نتيجة للسكر "الطوعي" (أو "الناجم عن الذات")، والقانون المتعلق بالتكميم "غير الطوعي" (أو "في حالة السكر غير الطوعي). وتتعلق الغالبية العظمى من الحالات بالحالة الأولى (السكر الطوعي).

ثانيًا، ما هي الطريقة التي يدعي بها المدعى عليه أن سكره أثر على مسؤوليته؟ في جميع الحالات المتهم يدعي بأنه لم يتوافر لديه الحالة العقلية المتطلبة للإدانة بالجريمة. غير أن سكر المدعى عليه يكون من حين لآخر شديدًا لدرجة أنه قد يسعى إلى إظهار أنه كان فاقدًا للوعي عندما تصرف، إي أن سلوكه لم يشمل الفعل الطوعي، أو، قد يؤكد المدعى عليه أن المسكرات جعلته مجنونًا مؤقتًا.

ثالثًا: ماهي طبيعة الجريمة محل الاتهام -جريمة ذات قصد جنائي عام أو خاص) يعتمد عليها حكم قانون السوابق القضائية. وأيضًا الأمر يعتمد على طبيعة الركن المعنوي المتطلب في الجريمة وهذا أمر يعتبر قليل الأهمية في الأوليات التي تتبنى أحكام قانون العقوبات النموذجي الأمريكي.

كما أنه لا يمكن نكران أن ادعاءات السكر ذات علاقة بالدفع القانونية الأخرى باعتبار أن ادعاءات السكر موازية أو تتداخل بشكل مريب مع دفاعات أخرى.

أولاً، كما تشير إلى ذلك النتائج السابقة، في ظل حالات ضيقة يعترف بالسكر كدفاع عندما يترتب عليه مرض عقلي مؤقت بسبب تناول المادة المسكرة او المخدرة لإدخال المخدرات، والكحول، وفي حالات أخرى، نتيجة للسكر لطويل الأجل، قد يعاني الشخص من الجنون الدائم (أو على الأقل المستمر)؛ وفي الحالة الأخيرة قد يمكن ادعاء الدفاع التقليدي مؤسس على فكرة الجنون.

ثانيًا، في بعض الولايات، أن أوجه الدفاع المتعلقة بتخفيف المسؤولية هو السكر يلعب ذات الدور باستثناء أوجه الدفاع المتعلقة بتخفيف المسؤولية تنطبق متى كان المتهم يعاني من مرض عقلي بخلاف حالة السكر.

ثالثاً، ادعاءات السكر والخطأ في الواقع كثيراً ما يتداخل. وعلى سبيل المثال، في قضية ريجينا ضد كوجان ليك، قام زوج الضحية بإقناع المتهم الذي كان سكران في أن زوجته ترغب في معاشرته المتهم جنسيا بالرغم من أن الزوجة في حقيقة الأمر لم تكن قابلة للمعاشره. وفي القضية اتهم المتهم في جريمة الاغتصاب وقد ادعى المتهم أنه كان تحت تأثير الغلط في الواقع بشأن موافقة الضحية، ولأن المتهم كان سكران فيمكن له تقديم دفاع السكر أيضاً، وفي هذي الحالة يتداخل دفاع السكر مع دفاع الغلط في الواقع.⁽¹⁾ في بعض الولايات يعد دفاع الغلط أوسع من دفاع السكر من حيث النطاق ما يسبب تداخلاً بين دفاعين.

وفي حال السكر كمانع من موانع المسؤولية، نجد أن الأمر لا يخلو الحال من فرضين، الأول: أن يتناول الجاني المواد المسكرة أو المخدرة بطريقة لا إرادية أي قهري (اضطر) والثاني أن يتناول الجاني هذه المواد المسكرة أو المخدرة اختياريًا.

ففي الفرض الأول، اشترط المشرع في الولايات المتحدة الامريكية شرطين أساسيين هما... الأول: أن تقوم هذه الحالة لدى المتهم وقت ارتكاب الجريمة، أي معاصرة للجريمة، وأن تكون قد أدت إلى فقدان الإدراك والإرادة تمامًا، والثاني: أن يكون الجاني قد تناول المادة المسكرة أو المخدرة قهراً عنه أو على غير علم منه بها. ويستوي أن يكون تناول المواد المسكرة أو المخدرة عن طريق الشم أو الحقن أو الشرب، بحيث يؤدي إلى انعدام الإدراك والاختيار ولو بصفة مؤقتة.

أما في الفرض الثاني: وهو أن يتناول الجاني المواد المسكرة أو المخدرة اختياريًا. فالتعاطي الاختياري صورتان من حيث ارتكاب الجاني الجريمة عمدية أو غير عمدية، فالصورة الأولى: لارتكاب جريمة عمدية أن يتناول الجاني المادة المسكرة باختياره قاصداً بذلك أن يكتسب قدرًا من الشجاعة ليتمكن من تنفيذ مخططه الإجرامي، ولا شك في انعقاد مسؤولية الجاني عن الجريمة التي ارتكبها مسؤولية عمدية كأن يقتل أو يسرق مثلاً.

والصورة الثانية: لارتكاب جريمة غير عمدية أن يتناول الجاني المادة المسكرة أو المخدرة باختياره دون أن ينوي ارتكاب أي جريمة، تقوم المسؤولية الجزائية لهذا الشخص عن كل الجرائم التي يرتكبها سواء كانت عمدية أو غير عمدية باستثناء الجرائم العمدية التي تتطلب قصدًا خاصًا.

⁽¹⁾ [1976] Q.B. 217.

♦ أهمية دراسة موضوع البحث:

تكمن أهمية البحث في كونه يتناول أحد أهم موضوعات القانون العقوبات، حيث تعتبر المسؤولية الجزائية من النظريات الأساسية في قانون العقوبات. كما تتبع أهمية البحث من حيث إنه أبرز الأحكام القانونية السائدة في النظام الأمريكي والخاصة بعذر السكر غير الإرادي، لذلك سنحاول من خلال هذا البحث توضيح السياسة التشريعية التي يقوم عليها قانون العقوبات الأمريكي ومواطن الخلل في هذا الصدد، وتتناول هذه الدراسة هذا الموضوع من زاوية المشرع الأمريكي.

♦ صعوبة الدراسة:

تبدو إشكاليات البحث - بكل أمانة - في قلة المراجع والمقالات المتخصصة نسبياً في هذا الموضوع على مستوى الوطن العربي، وكذلك ندرة الأحكام القضائية المطروحة على مستوى القضاء الأمريكي، لذا نأمل أن تكون هذه الدراسة ذات مساهمة فعالة في تعزيز الفكر القانوني على مستوى الفقه العربي.

♦ منهجية البحث:

سنعتمد في هذا البحث على:

- أ- المنهج التحليلي، ويقوم على استعراض النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع وتحليلها، وكذلك استعراض الآراء الفقهية التي طرحت حول الموضوع ومناقشتها للوقوف على الرأي الراجح منها فضلاً عن الاستئناس بأحكام قضائية تدعم موقف المشرع.
- ب- المنهج المقارن، يعتمد هذا المنهج على مقارنة نصوص القانون الأمريكي مع الأحكام القضائية بحسب ما يتوافر لدينا من مراجع حيال الموضوع محل الدراسة من خلال الخطة الآتية:

المبحث الأول: السكر الطوعي

المبحث الثاني: السكر اللاإرادي

○ المبحث الأول: السكر الطوعي

سنتناول في هذا المبحث دراسة مفهوم السكر الطوعي والقواعد العامة السائدة في تحديد المسؤولية الجنائية وما أثر السكر على قيام الركن المعنوي.

• المطلب الأول: تعريف السكر الطوعي⁽¹⁾

نادراً ما تعرّف المحاكم مصطلح "السكر الطوعي"، التي تفضل بدلاً من ذلك أن تقدم أمثلة على الظروف القليلة جداً التي يكون فيها السكر غير طوعي. في الأساس السكر هو "طوعي" إذا كان المتهم مذنباً ليصبح مخموراً. وجود مثل هذا الجرم إذا كان الشخص يتناول عن علم مادة يعرف أو يجب أن يعرف أنها يمكن أن تسبب له أن يصبح مخموراً، إلا إذا كانت المادة دواء توصف أو كان أجبر على تناوله⁽²⁾.

عندما يبتلع المتهم طوعاً مُسكرًا معروفاً فالمحاكم غير متعاطفة مع الادعاءات بأن المادة كان لها تأثير غير متوقع على الفاعل. على سبيل المثال في قضية ضد فيليز قام المتهم بتدخين⁽³⁾ سيجارة الماريجوانا في تجمع اجتماعي، غير مدرك أنه كان مكسواً بمادة مخدرة. المتهم كونه في حالة اللاوعي التي عجلت بها المادة المخدرة قام بالاعتداء على الضحية بسلاح قاتل. رأيت المحكمة أنه من المعلوم أن المخدرات الموجودة بالشارع ليست مضمونة من حيث النقاوة مقارنة بالمخدرات القانونية كالكحول.

■ إدمان الكحول، إدمان المخدرات، و "السكر الطوعي"⁽⁴⁾

ويعامل قانون السوابق القضائية السكر الناتج عن إدمان الكحول أو إدمان المخدرات على أنه أمر طوعي. بشكل عام، القانون يتعامل بشكل متساوٍ بين المتعاطي أول مرة والمدمن.

(1) See generally Alan R. Ward, Making Same Sense of Self-Induced Intoxication, 45 Cambridge L.J. 247 (1986); Peter Westen, Egelhoff Again, 36 Am. Crim. L. Rev. 1203 (1999).

(2) See Model Penal Code § 2.08(5) (b) (defining "self-induced intoxication").

(3) 175 Cal. App. 3d 785 (Ct. App. 1985).

(4) See generally Herbert Fingarette, Heavy Drinking — The Myth of Alcoholism as a Disease (1988); Richard C. Boldt, The Construction of Responsibility in the Criminal Law, 140 U. Pa. L. Rev. 2245 (1992); Douglas N. Husak, Addiction and Criminal Liability, 18 Law & Phil. 655 (1999); Warren Lehman, Alcoholism, Freedom, and Moral Responsibility, 13 Int'l. J.L. & Psychiatry 103 (1990); Steven S. Nemerson, Alcoholism, Intoxication, and the Criminal Law, 10 Cardozo L. Rev. 393 (1988).

وفيما يتعلق بالقانون الدستوري، لا يجوز للدولة أن تعاقب شخصاً على وضعه لكونه مدمناً على المخدرات فقط، على ما يفترض، أن يكون مدمناً على الكحول. من ناحية أخرى،⁽¹⁾ يمكن معاقبة التعاطي الأول الناتج عن السكر، مثل السكر في الأماكن العامة؛ ولا يجوز لمدمن المخدرات استخدام حالته كدفاع عن جريمة حيازة المخدرات أو الجرائم المرتكبة لدعم عاداته في المخدرات. ويناقش القانون الدستوري في هذا الصدد في مواضع أخرى من النص.⁽²⁾

• المطلب الثاني: القواعد العامة

1- الأصل أنه لا عذر

المحاكم عادة ما تنص على أن السكر الطوعي لا يعد عذراً لارتكاب السلوك الإجرامي.⁽³⁾ هذا هو بيان مضلل إلى حد ما: على الرغم من أنه من الصحيح أن السكر الناجم عن الذات على هذا النحو لا يبرر ارتكاب المخالفات، فإن الحالة التي يسببها السكر، على سبيل المثال، حالة عقلية غائمة، أو فقدان الوعي، أو الجنون، قد تكون بمثابة أساس تبرئة في ظروف محدودة للغاية. ومع ذلك، فإن قاعدة عدم العذر هي نقطة انطلاق جيدة يمكن من خلالها تقدير عدد قليل من الظروف التي يمكن فيها لفاعل مخمور طوعاً أن يتجنب الإدانة الجنائية. وكانت قاعدة قانون السوابق القضائية الإنكليزي المبكر هي أن السكر الطوعي لا يفيد بأي شكل من الأشكال في تبرئة مخطئ.

كتب هيل أن الشخص في حالة سكر "لا امتياز لهذا الجنون التعاطي طوعاً، ولكن يجب أن يكون نفس الحكم كما لو كان في حواسه الصحيحة". وبعبارة أخرى، "الركن المعنوي الذي يقوم بفعله الطوعي بالفجور ويدمر سلطته [ينبغي] ألا يكون في وضع أفضل فيما يتعلق

(1) Robinson v. California. 370 U.S. 660(1962).

(2) Powell v, Texas, 392 U.S. 514 (1968).

(3) E.g., State v. Cameron, 514 A.2d 1302, 1304 (N.J. 1986) ("Under the common law intoxication was not a defense to a criminal; charge."); People v. Langworthy, 331 N.W.2d 171, 172 (Mich. 1982) ("Every jurisdiction in this country recognizes the general principle that voluntary intoxication is not any excuse for crime.") (footnote omitted); Farmer v. State, 411 S.W.3d 901, 911 (Tex, Crim. App. 2013) ("Voluntary intoxication is virtually never a defense to crime.").

بالأفعال الإجرامية من رجل رصين". والواقع أن بلاكستون كان ينظر إلى السكر "على أنه تقاوم للجريمة، وليس ذريعة لأي سوء سلوك إجرامي". (1)(2)(3)

2- عندما يكون السكر الطوعي مبرراً

ابتداء من القرن التاسع عشر، بدأت الاستثناءات الضيقة جداً من قانون السوابق القضائية تترسخ. (4) أولاً (ورهنًا بتوضيحات كبيرة)، في معظم الولايات القضائية، يجوز تبرئة الشخص من جرائم معينة إذا لم يكن لديه، نتيجة للسكر الناجم عن نفسه، الحالة الذهنية المنصوص عليها في تعريف المخالفة. ثانيًا، هناك سلطة محدودة على القول بأن الشخص الذي يتصرف في حالة من اللاوعي الناجم عن السكر الطوعي قد يسعى إلى تجنب الإدانة على هذا الأساس. ثالثًا، يجوز تبرئة الشخص الذي يعاني من جنون "ثابت" (أو "مستقر") بسبب السكر الطويل الأجل. وترد أدناه مناقشة لهذه المبادئ.

• المطلب الثالث: السكر النافي للركن المعنوي بشكل عام

إن "الدفاع" الأكثر شيوعًا في مجال السكر الطوعي الذي أثير في المحاكمات الجنائية ليس دفاعاً عن الأعذار على الإطلاق، بل هو ادعاء بعدم إثباته، وهو أنه، نتيجة لسكر المتهم، كان يفتقر إلى الحالة العقلية المطلوبة في تعريف الجريمة. اليوم، هناك اختلاف بقانون السوابق القضائية والنهج القانوني لمطالبات الركن المعنوي، بدءًا من القاعدة التي ترى السكر الطوعي ينفي الركن المعنوي الفاعل هو دفاع عن جميع الجرائم، إلى موقف عكس ذلك وشعبية على نحو متزايد بعدم الاعتراف بهذا الدفاع. (5) وقاعدة

(1) 1 Matthew Hale, History of the Pleas of the Crown *32—*33 (1736).

(2) Director of Public Prosecutions v. Beard, [1920] A.C. 479, 494 (H.L.) (opinion of Lord Birkenhead); see also People v. Lewis, 36 Cal.531, 531—32(1869), overruled on other grounds, People v. Gorshen, 336 P.2d 492 (Cal. 1959) (the law should 'not allow [the defendant] to avail himself of the excuse of his own gross vice and misconduct to shelter himself from the legal consequences of [his] crime').

(3) 4 William Blackstone, Commentaries on the Laws of England *25-*26 (1769).

(4) Montana v. Egelhoff, 518 U.S. 37, 46—47 (1996).

(5) Mowery v. State, 247 P.3d 866, 872 (Wyo. 2011) (noting that "many jurisdictions have chosen to abandon the...defense altogether"); see also Note 4, supra.

السوابق القضائية التقليدية - وهي القاعدة التي ترسخت في القرن التاسع عشر ولا تزال النهج الأكثر شيوعاً - هي قاعدة تميز بين الجرائم العامة والجرائم ذات النيات المحددة.⁽¹⁾

■ قاعدة القانون القائم على السوابق القضائية التقليدية

1- نظرة عامة

وفي المسائل المتعلقة بالسكر الطوعي، يميز قانون السوابق القضائية بين جرائم القصد العام وجرائم القصد الخاص. والواقع أن مفهومي "القصد العام" و"القصد الخاص" تطورا، كما أشارت المحكمة العليا في كاليفورنيا ذات مرة، كرد قضائي على مشكلة المجرم المخمور". وقالت إن هذا التمييز يمثل "حلاً وسطاً للقانون بين المشاعر المتضاربة للتعاطف وإعادة الإهانة للمخمرين".⁽²⁾

2- جرائم القصد الجنائي العام

ووفقاً لمبادئ القانون العام العادي، التي تتبع بأغلبية ساحقة اليوم، فإن السكر الطوعي ليس بمثابة دفة لجرائم النيات العامة.⁽³⁾ فعلى سبيل المثال، إذا كان المتهم يغتصب الضحية، فلن يحق له أن يدعي أنه نتيجة للسكر الطوعي، كان عقله مشوشاً لم يكن لديه نية موقعة الضحية جنسياً.⁽⁴⁾

وكان معنى هذه القاعدة عندما صيغ مبدأ السكر لأول مرة في ذلك الوقت، "النيابة العامة" تشير إلى الركن المعنوي المطلوب كانت حالة من العقل المذنب. واتساقاً مع هذا المعنى

⁽¹⁾ According to a somewhat outdated 1997 survey of statutory and case law, 10 states did not admit intoxication evidence as a defense to any crime; two states only admitted such evidence to reduce first-degree murder to a lower degree; in one state, voluntary intoxication was a defense to all crimes; in the remaining 37 states, voluntary intoxication was a defense to some, but not all, non-homicide crimes. Twenty-one of these states drew the line on the "specific intent"/"general intent" basis. Keiter, Note 1, supra, at 518—20.

⁽²⁾ Peoples v. Hood, 462 P.2d 370, 377 (Cal. 1969).

⁽³⁾ E.g., State v. Dwyer, 757 A.2d 597, 604 (Conn. App. Ct. 2000); State v. Erickstad, 620 N.W.2d 136, 144 (N.D. 2000); Mowery v. State, 247 P.3d 866, 872 (Wyo. 2011); United States v. Sewell, 252 F.3d 647, 650—51 (2d Cir. 2001).

⁽⁴⁾ See State v. McDaniel, 515 So. 2d 572, 575 (La. Ct. App. 1987); People v. Langworthy, 331 N.W.2d 171, 177 (Mich. 1982).

لمصطلح "الركن المعنوي"، فإن الفعل الطوعي المتمثل بإضعاف القدرات العقلية للمرء مع المسكرات هو مسار سلوك جدير باللوم أخلاقياً يجعل الفاعل مسؤولاً عن الضرر الذي سيجرب على ذلك.⁽¹⁾ من وجهة النظر هذه، فإن السكر الطوعي للشخص يثبت، بدلاً من أن ينفي، الركن المعنوي

في لغة القوانين الحديثة، يشكل السكر الناجم عن الذات عادةً سلوكاً متهوراً. تأثير الكحول والمخدرات على جسم الإنسان هو الآن معروف بما فيه الكفاية أن القانون يمكن أن نفترض بأمان أنه عندما يختار الكبار العاديين ابتلاع المواد المسكرة، فهو يعلم أنه سيعاني من ضعف مؤقت في سلطاته⁽²⁾ في الحكم والسيطرة؛ أيهما، يعرف أنه قد يعرض سلامة الآخرين للخطر أثناء وجوده في الحالة.

3- جرائم القصد الخاص

والقاعدة التقليدية هي أن السكر الطوعي هو جرائم القصد الخاص.⁽³⁾ إذا كان الشخص بسبب السكر لم يكن لديه القصد الخاص فإنه غير مذنب في⁽⁴⁾ (5) الجريمة.⁽⁶⁾ على سبيل المثال، لنفترض أن المتهم كان في حالة سكر وقام بالاعتداء الجنسي على الضحية، ولو اعتقل أثناء الاعتداء واتهم بجريمة ذات قصد جنائي خاص. بموجب قانون السوابق القضائية، يحق للمتهم تقديم أدلة بشأن سكره من

(1) Hendershott v. People, 653 P.2d 385, 396 (Colo. 1982).

(2) People v. Register, 457 N.E.2d 704, 709 (N.Y. 1983), overruled on other grounds, Policano v. Herbert, 859 N.E.2d 484 (N.Y. 2006); Director of Public Prosecutions v. Majewski, [1976] 2 All E.R. 142, 150 (Lord Elwyn-Jones, L.C.).

(3) E.g., State v. Cameron, 514 A.2d 1302, 1304 (N.J. 1986); State v. Dwyer, 757 A.2d at 604; State v. Erickstad, 620 N.W.2d at 143— 44; Mowery v. State, 247 P.3d at 872.

(4) United States v. Zink, 612 F.2d 511, 515 (10th Cir. 1980); Commonwealth v. Henson, 476 N.E.2d 947, 953 (Mass. 1985); Stare v. Hicks, 538 N.E.2d 1030, 1034 (Ohio 1989).

(5) Cal. Penal Code § 22(b) (2015).

(6) The difference in language between "lacking capacity to form" and "not forming" a specific intent is potentially significant. Logically, one who lacks the capacity to form a specific intent, does not in fact form it. The converse, however, does not necessarily follow. Logically, acquittal should be more difficult to obtain in an "incapacity" jurisdiction because intoxication rarely renders a person so insensible that he lacks the ability to intend. The "incapacity" language is undesirable, however, because a jury might improperly convict because it determines that the defendant had the capacity to form the specific intent, without resolving the pertinent question — did the defendant form the intent?

أجل إثبات أنه، بسبب حالته، يفتقر إلى القصد الجنائي الخاص للاغتصاب، إما لأنه كان مخموراً جداً بحيث لا يستطيع معرفة ما يفعله، أو لأنه اعتقد خطأً أن الضحية كانت موافقة.⁽¹⁾ في هذي الحالة يحق لمتهم أن يقدم هذه الأدلة لأنه، في استدلال المحكمة قررت (أن المشرع)، في تعريفه للجريمة، قد حدد حالة ذهنية معينة كعنصر مادي للجريمة، وأدلة السكر تصبح ذات الصلة إذا كانت درجة السكر قد وصلت إلى تلك النقطة" حيث انه لا يشكل النية المطلوبة.⁽²⁾

4- نقد من المنهج التقليدي

أ- لماذا رسم القانون التمييز؟

لاحظ الشذوذ الظاهر مع القانون الحالي. إذا كان المتهم قام بمواقعة الضحية دون رضاها لأنه يعتقد ان الضحية موافقة، فالمتهم قد لا يقدم دليلاً على سكره لدعم الركن المعنوي المطالبة في الملاحقة القضائية لجريمة عامة القصد من الاغتصاب. ومع ذلك، إذا تم القبض على المتهم اثناء المواقعة، واتهم بجريمة ذات قصد جنائي خاص"، فهنا المتهم يستطيع أن يقدم أدلة على سكره من أجل نفي القصد الجنائي الخاص.

على الأقل في قانون العقوبات الحديث، الذي يتم فيه تحديد مصطلحات الركن المعنوي في تعريف الجرائم، لا شيء يشيد بهذا النهج المزوج. السكر هو نفسه في كلتا الحالتين. إنه ثمل بنفس القدر وهو مذنب بنفس القدر لأنه أصبح ثملاً. عقله غائب بنفس القدر وقدرته على تكوين حالة عقلية تتقوض بنفس القدر (أو لا تتقوض). و، "لا تجربة مشتركة ولا علم النفس يعرف أي ظاهرة من هذا القبيل كما 'قصد عام'⁽³⁾ ولا تحبذ المخاوف النفعية نهج منفصلة: المتهم هو على نفس القدر من الخطورة في الحالتين; وتطالب مبادئ الردع العام بمعاملة متساوية.

(1) See *People v. Guilett*, 69 N.W.2d 140, 143 (Mich. 1955), overruled on other grounds, *People v. Carines*, 597 N.W.2d 130, 140 (Mich. 1999).

(2) *Commonwealth v. Graves*, 334 A.2d 661, 663 (Pa. 1975), overruled by statute, as noted in *Commonwealth v. Pickett* 368 A.2d 799, 801 (Pa. Super. Ct. 1976).

(3) *People v. Kelley*, 176 N.W.2d 435, 443 (Mich. Ct. App. 1970); see also *Mowery v. State*, 247 P.3d 866, 872 (Wyo. 2011) (noting the "tenuous logic" of the distinction).

ب- هل يجب إلغاء الدفاع؟

ومن شأن معظم منتقدي القانون الحالي أن يحلوا الشذوذ المتصور من خلال عدم السماح بأي دفاع طوعي للسكر يستند إلى الركن المعنوي. وقد أعرب قاضي المحكمة العليا أنطونين سكاليا عن الحجج المؤيدة لهذا الموقف على النحو التالي:

"عدم الاعتراف بدفاع السكر الطوعي له تأثير على زيادة العقوبة على جميع الأعمال غير المشروعة التي ارتكبت في تلك الدولة، وبالتالي ردع السكر أو السلوك غير المسؤول في حالة سكر. كما تعمل هذه القاعدة كرادع محدد، لضمان أن أولئك الذين يثبتون عجزهم عن السيطرة على الدوافع العنيفة وهم في حالة سكر طوعياً يذهبون إلى السجن. وأخيراً، فإن القاعدة تتسجم مع المفهوم الأخلاقي للمجتمع وتنفذه بأن الشخص الذي أضعف طوعاً من قدراته الخاصة ينبغي أن يكون قابلاً للعواقب".⁽¹⁾

وتستند حجج القاضي سكاليا النفعية إلى القول بأن "هدف القانون هو حماية الأبرياء من الضرر بالمرضى والسيئين".⁽²⁾ لذلك يتبع دفاع السكر من شأنه الاضرار بالسلامة العامة للأفراد وعلى عكس المجانين، الذين عادة ما يتم إضفاء الطابع المؤسسي عليهم على أساس تبرئة الجنون، يعود الأشخاص المخمورون الذين تتم تبرئتهم، وكثير منهم من مدمني الكحول ومدمني المخدرات، إلى الشارع حيث قد يرتكبون جرائم جديدة.

أولئك الذين يفضلون الدفاع المؤكد⁽³⁾ عدم الموافقة على حجة "التصور الأخلاقي" سكاليا. حتى لو كان المدعي عليه في حالة سكر خطير، كما يزعمون، فإن هذه الحقيقة لا تثبت أنه يمتلك الحالة الذهنية المطلوبة في تعريف الجريمة. عندما تتضمن هيئة سن القوانين صراحة حالة عقلية في تعريف الجريمة، كما فعلت محاكم القانون العام مع جرائم محددة النية والتي تفعل الآن القوانين الجنائية الحديثة مع معظم الجرائم غير الصارمة، فهي تفعل ذلك لأنها تعتقد أن الركن

(1) Montana v. Egelhoff, 518 U.S. 37, 49—50 (1996).

(2) State v. Maik, 287 A.2d 715, 720 (N.J. 1972), overruled on other grounds by, State v. Krol, 344 A.2d 289 (N.J. 1975).

(3) Some commentators who favor a defense contend that voluntary intoxication should serve as a potential basis for exculpation for any offense, regardless of its characterization as "general" or "specific" intent. Others would retain the common law distinction between general-intent and specific-intent offenses.

المعنوي أدرج في نصوصها يجعل الفاعل أكثر استحقاقاً للعقاب مما لو كانت تلك الحالة العقلية غائبة.

وقد شرحت قاضية المحكمة العليا ساندر أوكونور الموقف المؤيد للدفاع على أساس أن هناك "عدم توافق أساسي" مع فرض ركن معنوي في نص الجريمة، ومن ثم عدم السماح "بالنظر في الأدلة التي قد تهزم إنشاء تلك الحالة العقلية". ليس الأمر أن السكر الطوعي⁽¹⁾ يُبرر ارتكاب جريمة، بل، كما توضح، "بدلاً من ذلك، لم يتم الوفاء بعنصر من عناصر الجريمة، وهو الحالة العقلية المطلوبة، وبناء عليه لم يتم ارتكاب الجريمة". وببساطة، "عندما تكون الحالة العقلية الذاتية عنصراً من عناصر الجريمة التي يتعين إثباتها، يجب أن يُسمح للدفاع بأن يبين، بالإشارة إلى السكر، عدم وجود ذلك العنصر". وعلى الرغم من الحجج الأخيرة، فإن القوانين التي تمنع الأدلة على السكر الطوعي لا تنتهي⁽²⁾ حتماً من المبادئ الدستورية.⁽³⁾

■ مشكلة خاصة: السكر والقتل

وتستحق قواعد السكر الطوعي المتعلقة بجرائم القتل الجنائي اهتماماً خاصاً. العديد من الولايات القضائية تفصل القتل إلى درجات، حيث القتل من الدرجة الأولى يشمل "القتل المتعمد مع سبق الإصرار" قتل.⁽⁴⁾ أنان تقريباً جميع الدول مع هذا النوع من النظام القانوني، قد المدعى عليه تقديم أدلة على أن قدراته العقلية كانت ملبدة بالمسكرات، وقال إنه لم يكن لديه سبق إصرار أو تعمد القتل.⁽⁵⁾ وفي مثل هذه الظروف، يحق للمتهم أن يخفض جريمته إلى جريمة قتل من الدرجة الثانية.⁽⁶⁾

(1) Montana v. Egelhoff, 518 U.S. at 69 (dissenting opinion).

(2) Id. at 70.

(3) Montana v. Egelhoff, 518 U.S. 37 (1996). See § 7.03[B][4][b], supra, for examination of Egelhoff.

(4) See §§ 31.02[D] and 31.03[C], infra.

(5) E.g., State v. Ludlow, 883 P.2d 1144, 1147—50 (Kan. 1994 Commonwealth v. Henson, 476 N.E.2d 947, 953 (Mass. 1985); State v. Stasio, 396 A.2d 1129, 1131 (N.J. 1979).

(6) The offense is only reduced to second-degree murder because a person who becomes so intoxicated that he cannot form the requisite state of mind for first-degree murder has acted recklessly in becoming so insensible. Therefore, his actions fall within the recklessness or "depraved heart" form of murder that typically constitutes second-degree murder. See §

قد يثار أيضًا سكر المدعى عليه في القضايا التي يترتب عليها وفاة دون أن تكون جريمة القتل هي المقصودة بالأساس.⁽¹⁾ على سبيل المثال، لنفترض أن المدعى عليه كان في حالة سكر للغاية، و أخذ ممتلكات الضحية بالقوة ما تسبب بموت الضحية من نوبة قلبية بسبب السرقة. السرقة جريمة محددة النية في الولاية التي تعترف بالدفاع عن السكر الطوعي في الملاحقات القضائية في جرائم ذات النية القصد الجنائي الخاص، ماذا ينبغي أن يحدث إذا كان المتهم مخمورًا لدرجة أنه ليس لديه نية محددة لسرقة؟ الجواب يجب أن يكون المدعى عليه ليس مذنبًا بالسرقة، وبناء عليه، فهو غير مذنب في جريمة القتل.⁽²⁾

■ السكر الطوعي: الفعل الطوعي

وفي بعض الأحيان، يصبح الشخص مخمورًا لدرجة أنه يصبح فاقدًا للوعي، وفي هذه الحالة قد يتحرك جسده بطريقة تلقائية، أي بطريقة غير إرادية ويسبب ضررًا للآخرين. وإذا كان الأمر كذلك، فهل يجوز للمدعى عليه أن يسعى إلى تجنب الإدانة بتأكيد المبدأ العام للمسؤولية الجنائية بأنه لا يجوز إدانة شخص بجريمة ما لم يتضمن سلوكه عملاً طوعيًا؟ هناك حالات قليلة نسبيًا تتعامل مباشرة مع هذه المسألة، عندما يفقد الشخص وعيه ممكن أن يتمسك بدفاع انتقاء القصد الجنائي، على افتراض أن الولاية القضائية تسمح بمثل هذه المطالبات. وحيثما تكون المحاكم قد تحدثت عن هذه المسألة، يبدو أن النهج العام هو أنه على الرغم من أن اللاوعي يمنع عادة المسؤولية الجنائية، فإنه ليس دفاعًا إذا كان الشرط نفسه ناجمًا عن التعاطي الطوعي للكحول أو المخدرات. غير أن اللاوعي قد يكون أساسًا للتبرئة بطريقة أخرى. وفي بعض الأحيان، تنص المحاكم على أن الأدلة على فقدان الوعي الناجم عن السكر الطوعي قد تنازل عنها المدعى عليه عندما "يكون دفاعه هو أنه لم ينجز الفعل الذي اتهم به جسديًا". وبعبارة أخرى، يجوز

31.05, *infra*. Rarely, a court will hold that voluntary intoxication can also negate depraved-heart murder. *State v. Brown*, 931 P.2d 69, 73—75 (N.M. 1996) (in a state in which depraved-heart murder is first-degree, held: excessive consumption of alcohol can negate the statutory requirement of subjective or actual knowledge of the high degree of risk involved in the actor's conduct). The Model Penal Code rejects this approach. See § 24.07[B] [1] [b], *infra*.

⁽¹⁾The felony-murder doctrine is considered at § 31.06, *infra*

⁽²⁾ E.g., *Commonwealth v. Parker*, 522 N.E.2d 924, 926 (Mass. 1988).

للمدعى عليه أن يستخدم عدم وعيه الناجم عن السكر لإثبات أنه لم يرتكب الفعل الإجرامي على الإطلاق، كما أنه يميز عن الادعاء بأنه ارتكبه لا إرادياً.⁽¹⁾

■ السكر الطوعي: الجنون⁽²⁾

- "مؤقت" الجنون

لنفترض أن الشخص يصبح مخموراً لدرجة أنه في الوقت الذي يرتكب فيه جريمة، فإنه لا يدرك الواقع لدرجة أنه لا يقدر عدم مشروعية سلوكه، أو لا يستطيع أن يتقيد بسلوكه مع القانون. افترض كذلك أنه إذا كانت حالته العقلية بسبب مرض عقلي، وليس عن طريق السكر، فإنه يمكن أن يرفع بنجاح عذر الجنون.⁽³⁾ وبما أن المرض العقلي غير متورط، فقد يرغب المدعى عليه في الادعاء بأنه بسبب تناوله الطوعي للمخدرات أو الكحول، فقد خضع للجنون مؤقتاً.⁽⁴⁾ لا يعترف بقانون السوابق القضائية بمثل هذا الدفاع. ويقدر ما يكون سكر الفاعل طوعياً، "فإن أي درجة من الجنون تنتج على هذا النحو ستكون جزءاً من عواقب هذا السكر الطوعي". على النقيض من المرض العقلي، وهو الشرط الذي عادة ما يتم التعاقد لا إرادياً، والشخص الذي يدخل طوعاً الكحول أو المخدرات في نظامه هو يعد مرضاً إرادياً.⁽⁵⁾ وعلى هذا النحو، فإنه لا يؤدي إلى الاستغناء عن القانون.⁽⁶⁾

(1) E.g., State v. Ludlow, 883 P.2d 1144, 1147—50 (Kan. 1994 Commonwealth v. Henson, 476 N.E.2d 947, 953 (Mass. 1985); State v. Stasio, 396 A.2d 1129, 1131 (N.J. 1979).

(2) The offense is only reduced to second-degree murder because a person who becomes so intoxicated that he cannot form the requisite state of mind for first-degree murder has acted recklessly in becoming so insensible. Therefore, his actions fall within the recklessness or 'depraved heart' form of murder that typically constitutes second-degree murder. See § 31.05, infra. Rarely, a court will hold that voluntary intoxication can also negate depraved-heart murder. State v. Brown, 931 P.2d 69, 73—75 (N.M. 1996) (in a state in which depraved-heart murder is first-degree, held: excessive consumption of alcohol can negate the statutory requirement of subjective or actual knowledge of the high degree of risk involved in the actor's conduct). The Model Penal Code rejects this approach.

(3) The felony-murder doctrine is considered.

(4) E.g., Commonwealth v. Parker, 522 N.E.2d 924, 926 (Mass. 1988).

(5) E.g., Schlatter v. State, 891 N.E.2d 1139, 1143 (Ind. Ct. App 2008); State v. Utter, 479 P.2d 946 (Wash. Ct. App. 1971); see People v. Boyer, 133 P.3d 581, 622 (Cal. 2006) ("[V]oluntary intoxication, even if it induced unconsciousness, is not a defense to crime as such, though it may be relevant to whether the defendant formed a specific intent necessary for its commission.").

(6) Linehan v. State, 442 So. 2d 244, 250 (Fla. Dist. Ct. App. 1983), overruled on other grounds, Coicou v. State, 39 So. 3d 237 Fla. 2010).

- "ثابت" ("مستقر") الجنون

يمكن أن يؤدي الاستخدام طويل الأمد للمسكرات إلى اضطراب عقلي مستمر، أي أن الاضطراب لا يزول حتى عندما يكون الفاعل ليس تحت تأثير المسكرات. ويميز القانون بين العاهات العقلية التي لا تتجاوز فترة السكر الطوعي، التي لا تتوفر لها دفاع، وبين الجنون الناجم عن تعاطي المخدرات أو الكحول على المدى الطويل. إذا كان الجنون أو المرض العقلي، على الرغم من أنه ينتج عن تعاطي الكحول أو المخدرات على المدى الطويل، قد أصبح "ثابتاً" أو "مستقراً"، فإن القاعدة العامة، ولكن غير العالمية، هي أن المدعى عليه قد يؤكد الدفاع التقليدي عن الجنون.⁽¹⁾ على الرغم من أن الدفاع عادة ما يكون مؤكداً عندما لم يكن المتهم في حالة سكر في وقت المخالفة، فإن الدفاع عن الجنون ينطبق حتى لو كان الفاعل سكران وقت ارتكاب الجريمة.⁽²⁾

وفي ضوء النظرة غير المتعاطفة لفقهاء القانون العام فيما يتعلق بالسلوك الإجرامي الذي يسبب السكر، من المدهش أن "الجنون... التعاقد مع نائب وإرادة الحزب"⁽³⁾ عذر. وفي الواقع، أكدت إحدى المحاكم التي رفضت الدفاع ما يلي:

ولا يوجد أساس مبدئي للتمييز بين الآثار قصيرة الأجل والآثار طويلة الأجل للسكر الطوعي بمعاينة الأول وإبراء الثاني. وإذا كان هناك أي شيء، فإن جدارة اللوم الأخلاقية تبدو أكبر فيما يتعلق بالآثار طويلة الأجل للعديد من الحالات المتكررة للسكر الطوعي الذي يحدث لفترة طويلة من الزمن.⁽⁴⁾

في بعض الأحيان يتم الدفاع عن قانون السوابق القضائية للاعتراف بالدفاع على نظرية أنه من شأنه أن يشكل مهمة مستحيلة لتتبع سلسلة السببية مرة أخرى إلى سوء السلوك الأصلي من شرب الخمر أو استخدام المخدرات. ولكن⁽⁵⁾ من المرجح أن يعترف القانون بحقيقة قرار الإرادية التي كان الشخص قد أصبح فيها

(1) See generally Lawrence P. Tiffany, *The Drunk, The Insane, and the Criminal Courts: Deciding What to Make of Self-Induced Insanity*, 69 Wash. U. L.Q. 221 (1991).

(2) The definition of "insanity" varies by jurisdiction.

(3) 1 Hale, Note 23, supra, at *32.

(4) *Roberts v. People*, 19 Mich. 401, 422 (1870); see *Evans v. State*, 645 P.2d 155, 158—60 (Alaska 1982); *State v. Wicks*, 657 P.2d 781, 782 (Wash, 1983).

(5) 4 Blackstone, at *25.

في مرحلة ما بعيداً أخلاقياً.⁽¹⁾ ولا ينبغي لوم المرء على كل عمل ضار يمكن ربطه بتجاوزات سابقة.

○ المبحث الثاني: السكر اللاإرادي⁽²⁾

نتناول في هذا المبحث تعريف السكر غير الإرادي ثم نتعرض لبيان القاعدة العامة في حكم هذا النوع من السكر وأخيراً لأحوال نفي هذا النوع من السكر لعناصر الجريمة.

• المطلب الأول: تعريف السكر اللاإرادي

السكر هو "غير الطوعي" إذا كان المدعي عليه (المتهم) لا يمكنه لومه على كونه دخل بحالة السكر.⁽³⁾ ووفقاً لأحد الباحثين، إذا حكمنا على حالة السكر من الناحية القانونية من آراء المحاكم، فإن السكر اللاإرادي "ببساطة وبشكل كامل غير موجود".⁽⁴⁾ على الرغم من أن هذا مبالغ، فإن حالات التأكيد الناجح لمطالبات السكر غير الطوعي غير شائعة إلى حد كبير. وكما هو موضح في قضية (مدينة مينيابوليس ضد ألتيموس)، يوصف تناول السكر بأنه "غير إرادي" في أربع حالات.⁽⁶⁾ أولاً، إذا أُجبر الشخص على تناول السكر، كما هو الحال عندما قيل للمدعى عليه في القضية سالفت الذكر وهو شاب إنه سيتك في مكان ناءٍ إذا لم يشرب الكحول.⁽⁷⁾ ثانياً، إذا كان الشخص تعاطى مسكر عن طريق الخطأ، على سبيل المثال، لو قيل للشخص إن "الكوكايين هو عبارة عن مادة تزين التنفس أو رائحة الفم".⁽⁸⁾

(1) However, a person suffering from such a mental condition may be incapable of forming a required mens rea, and be able to avoid conviction on that ground.

(2) 1 Hale at *32; Berry v. State, 969 N.E.2d 38, 38 (Ind. 2012); Jones v. State, 648 P.2d 1251, 1255 (Okla. Crim. App. 1982).

(3) People v. Chapman. 418 N.W.2d 658, 659 (Mich. Ct. App. 1987).

(4) 1 Hale at *32.

(5) Bieber v. People, 856 P.2d 811, 817 (Colo. 1993).

(6) Paulsen, at 23.

(7) Parker v. State, 254 A.2d 381, 388 (Md. Ct. Spec. App. 1969) (distinguishing between "the direct results of drinking, which are voluntarily sought after, and its remote and undesired consequences")

(8) See generally Lawrence P. Tiffany & Mary Tiffany, Nosologic Objections to the Criminal Defense of Pathological Intoxication. What Do the Doubters Doubt? 13 Int'l J.L. & Psychiatry, 49 (1990).

ثالثاً، اللوم غير مناسب إذا أصبح المتهم مخموراً بشكل غير متوقع من دواء يوصف، أي أنه لا يعرف، وليس لديه سبب لمعرفة، أن الدواء من المرجح أن يكون له تأثير مسكر.⁽¹⁾ ومع ذلك، إذا كان المتهم يأخذ عمداً أكثر من الدواء الموصوف، قد تجد هيئة المحلفين أن السكر طوعي.⁽²⁾

رابعاً، "السكر المرضي" هو غير طوعي. السكر المرضي هو "السكر المفرط بشكل كبير في الدرجة، بالنظر إلى كمية المسكر، التي لا يعرف المدعى عليه أنه عرضه لها".⁽³⁾ وغالباً يكون تناولها للتخلص من مرض عقلي.⁽⁴⁾

• المطلب الثاني: القاعدة العامة

ويحق للشخص المخمور كرهاً أن يبرأ في جميع الظروف التي يكون فيها السكر الطوعي دفاعاً. وعلى الرغم من أن هناك سوابق قانونية قليلة للغاية بشأن هذه المسألة، يبدو أنه نظراً لأن سكر المدعى عليه غير إرادي بطريقة غير قابلة للبراءة، فإنه ينبغي أيضاً تبرئته من أي جريمة عامة القصد.⁽⁵⁾

وعلى النقيض من المبادئ المتعلقة بالسكر الطوعي، يُعفى المدعى عليه أيضاً من سلوكه⁽⁶⁾ إذا كان نتيجة للسكر اللاإرادي "مجنوناً مؤقتاً"، أي: أنه يعاني من حالة عقلية مؤقتة مستحدثة بسبب السكر فإن الدفاع يؤسس على الجنون.⁽⁷⁾

(1) Mendenhall v. State, 15 S.W.3d 560, 565 (Tex. App. 2000) (involuntary intoxication is an affirmative defense when "the accused has exercised no independent judgment or volition in taking the intoxicant").

(2) Jerome Hall, General Principles of Criminal Law 539 (2d ed. 1960).

(3) 238 N.W.2d 851, 856 (Minn. 1976).

(4) See also Farmer v. State, 411 S.W.3d 901, 912—15 (Tea. Crim. App. 2013) (providing a nice recent national survey of involuntary intoxication cases).

(5) Burrows v. State, 297 P. 1029, 1035 (Ariz.1931), overruled on other grounds by State v. Hernandez, 320 P.2d 467, 49 (Ariz. 1958).

(6) People v. Penman, 110 N.E. 894, 900 (Ill. 1915)

(7) City of Minneapolis v. Altimus, 238 N.W.2d at 856—57; Commonwealth v. Darch, 767 N.E.2d 1096, 1098—99 (Mass. App. Ct. 2002); e.g., Mendenhall v. State, 15 S.W.3d 560, 565 (Tex. App. 2000) (M, a diabetic, failed to eat appropriately in conjunction with a self-administered prescribed insulin injection; he had not been provided sufficient information from medical personnel on the appropriate diet for his condition and the effects of taking insulin on an empty stomach).

■ قانون العقوبات النموذجي

- القاعدة العامة

حالة المتهم في حالة سكر في وقت ارتكاب الجريمة قد تبرئه عمومًا في ظرفين. أولاً، مع استثناء واحد، أي شكل من أشكال السكر هو دفاع عن السلوك الإجرامي إذا كان ينفي عنصرًا من عناصر الجريمة.⁽¹⁾ ثانيًا، السكر المرضي والسكر الذي لم يكن مستحدثًا ذاتيًا هما دفاعان إيجابيان، إذا كان السكر يسبب إصابة الفاعل بحالة عقلية مماثلة لتلك التي تُعد⁽²⁾ جنونًا بموجب القانون.⁽³⁾ وفيما يلي شرح لهذه المطالبات المتعلقة بالبراءة.

• المطلب الثالث: نفي عنصر من جريمة

1- الحالة العقلية

أ- بشكل عام

ولا يميز القانون بين "القصد الوراثي" و"القصد المحدد" جريمة نتيجة لذلك، باستثناء واحد، لا يكون الشخص مذنبًا بارتكاب جريمة - بغض النظر عما إذا كان سيوصف بأنه "قصد عام" أو "قصد محدد" في القانون العام - إذا كان نتيجة للسكر - من صنع الذات أم لا - يفقر إلى الحالة العقلية المطلوبة فيما يتعلق بعنصر من عناصر الجريمة. على سبيل المثال، افترض أنه بموجب قانون الولاية يحدث "الاغتصاب" عندما يكون الذكر "عن علم الجماع الجنسي دون رضاه مع أنثى ليست زوجته". وبموجب هذا النظام الأساسي، فإن المدعى عليه يستحق البراءة إذا لم يكن لديه، بسبب السكر الناجم عن الذات، المعرفة المطلوبة للجريمة، على سبيل المثال، أنه

(1) People v. Chaffey, 25 Cal. App. 4th 852 (Ct. App. 1994) (taking an overdose of prescription medicine in order to commit suicide may be deemed voluntary intoxication); contra People v. Turner, 680 P.2d 1290 (Colo. App. 1983) (as in the past, T took more than the prescribed medication for migraine headaches; in the past, he suffered drowsiness from the overdose; on the present occasion it had an intoxicating effect, held: because the doctor had never warned him that an overdose might cause intoxication, and it had not caused this effect in the past, a jury could find that the intoxication was involuntary).

(2) City of Minneapolis v. Altimus, 238 N.W.2d at 855 (quoting Model Penal Code § 2.08(5)(c)).

(3) Tiffany & Tiffany, at 49.

لم يكن يعلم أنه يمارس الجنس، أو أنه لا يعرف أن الأنثى لم توافق، أو أنه لم يكن يعرف أن الضحية "أنثى ليست زوجته".

ب- استثناء من القاعدة⁽¹⁾

وتعترف المدونة باستثناء واحد من القاعدة الموصوفة أعلاه. ويتعلق الاستثناء بالجرائم المحددة من حيث النزاهة. عادة، يتصرف الشخص "بتهور" كما هو محدد في القانون إذا "تجاهل بوعي خطر كبير وغير مبرر بأن العنصر المادي للجريمة موجود أو سينتج عن سلوكه".⁽²⁾ غير أن القانون ينص على أنه إذا كان الشخص "بسبب السكر الذاتي لا يكون على علم بخطر كان ليدرك لو كان صاحباً، فإن عدم الوعي هذا غير ذي أهمية" في دعوى قضائية يثبت التهور المسؤولية الجنائية بشأنها.⁽³⁾ وبعبارة أخرى، في الملاحقة القضائية بتهمة التهور، لا يمكن للمدعى عليه المخمور طوعاً أن ينفي إثبات التهور بتقديم أدلة على سكره - الذي تسبب في نقص الوعي بالخطر. ومن الناحية العملية، يعني هذا أن الفاعل المهمل قد يُدان بجريمة الإهمال، في انتهاك لمبادئ الذنب في القانون الجنائي النموذجي. ويعترف التعليق على المدونة بأن انتقاد هذه القاعدة "جدير بالاحترام"، ولكن واضعي هذه المدونة خلصوا إلى ما يلي:

إن إدراك العواقب المحتملة للإفراط في الشرب على قدرة البشر على قياس المخاطر التي يتعرض لها سلوكهم مشتت الآن في ثقافتنا لدرجة أنه ليس من الظلم أن نفترض تكافؤاً عاماً بين المخاطر الناجمة عن سلوك الممثل التمثل والمخاطر التي يخلقها سلوكه في أن يصبح ثملاً. أصبح في حالة سكر بحيث تدمر مؤقتاً سلطات الممثل من التصور والحكم هو السلوك الذي ليس لديه بوضوح قيمة اجتماعية إيجابية لمواجهة الخطر المحتمل.⁽⁴⁾

(1) See generally Gideon Yaffe, Intoxication, Recklessness, and Negligence, 9 Ohio St. J. Crim. L. 545 (2012).

(2) Model Penal Code § 2.02(2) (c).

(3) Model Penal Code § 2.08(1).

(4) American Law Institute, Comment to § 2.08, at 359.

2- قانون السكر الطوعي

وينص القانون على أن الشخص يحق له البراءة إذا كان سكره ينفي أي عنصر من عناصر الجريمة. وبموجب هذا القانون، لا يكون الشخص مذنبًا بارتكاب جريمة ما لم يتضمن سلوكه عملاً طوعياً (أو امتناع في ظروف محدودة).⁽¹⁾

السلوك أثناء اللاوعي غير طوعي. لذلك، قد يثير الشخص الذي هو فاقد الوعي نتيجة للسكر، حتى لو كان السكر ذاتياً، ادعاءً إراديًا. ومع ذلك، قد يكون الفعل الطوعي المطلوب في بعض الأحيان في السلوك قبل اللاوعي.⁽²⁾

3- السكر دفاعًا منتجًا

وحتى إذا ثبتت جميع عناصر الجريمة، فإن القانون يعترف بدفاع يقوم على السكر إذا كان الفاعل، وقت سلوكه، يعاني من سكر مرضي لم يكن من صنع نفسه؛ (1) أن يكون قد عانى من السكر الذي لم يحدثه بنفسه؛ (2) أن يكون الشخص الذي كان قد عانى من السكر المرضي أو السكر الذي كان مغررًا به.

إذا كانت معايير الدفاع راضية، فإن دفاع الممثل هو أن من السكر، بدلاً من الجنون. وينص القانون صراحة على أن السكر "في ذاته لا يشكل مرضًا عقليًا".⁽³⁾ غير أنه، كما هو الحال في الولايات القضائية التي تُستخدم بموجب القانون العام، يحق للجهة الفاعلة رفع دعوى جنون إذا كان وقت سلوكه يعاني من مرض عقلي ناجم عن تعاطي الكحول أو المخدرات على المدى الطويل.⁽⁴⁾

(1) Model Penal Code § 2.01(1). See § 9.05[A],

(2) American Law Institute, Comment to § 2.08, at 353. Is the voluntary ingestion of the known intoxicant sufficient to prove that the actor's conduct "included" a voluntary act? According to the Commentary, "the act of drinking itself though perhaps 'voluntary,' would not suffice to meet this requirement unless it were undertaken with the requisite culpability as to the actual result that ensued." Id.

(3) Model Penal Code § 2.08(3). The key words here are "in itself." The Institute does not preclude the possibility that experts will someday conclude that there is a disease giving rise to an uncontrollable urge to drink, in which case, an alcoholic whose intoxicated conduct meets the Code test of "insanity" would be entitled to raise the latter defense. American Law Institute, Comment to § 2.08, at 361.

(4) American Law Institute, Comment to § 2.08, at 362.

○ الخاتمة

رأينا من خلال عرض البحث المعنون بأثر السكر على المسؤولية الجزائية: إن قانون العقوبات الأمريكي يأخذ بعدم مسؤولية فاقد الإرادة بناء على حالة السكر الاضطراري (القهري). ولم يحدد المشرع الأمريكي المواد المسكرة أو المخدرة، بل ترك ذلك للفقه والقضاء، وأيضاً لتطور العلم الذي لا يستطيع المشرع مواكبة تطوره بنصوص صريحة. وتقدير حالة المتهم وقت ارتكاب الجريمة فيما يتعلق بفقدان الإدراك والاختيار وقت ارتكاب الجريمة أمر يتعلق بالوقائع ويقدره قاضي الموضوع دون معقب عليه من محكمة التمييز.

ويفرق قانون السوابق القضائية فيما يتعلق بالسكر الاختياري بين مفهومي القصد العام والقصد الخاص لذا يستوجب الأمر بيان النقاط التالية:

1. قرر المشرع الأمريكي أن السكر اللاإرادي يعتبر صورة من صور الدفاع المتعلقة بالمسؤولية الجزائية.
2. كما قرر المشرع الأمريكي أن حالة السكر الطوعي أو الإرادي لا تُشكل سبباً مانعاً من قيام المسؤولية الجزائية لما يرتكب من جرائم تحت تأثير هذا السكر الإرادي.
3. قرر المشرع الأمريكي أيضاً أن السكر يعتبر دفاعاً مانعاً لقيام المسؤولية الجزائية في الجرائم ذات القصد الجنائي العام دون القصد الجنائي الخاص.
4. مفهوم المادة المسكرة في القانون الأمريكي ذات نطاقاً واسعاً باعتبار أن المُسكر وفقاً للقانون الأمريكي يشمل الأدوية والعقاقير.
5. في ضوء النظام القانوني الأمريكي قد يتداخل دفاع السكر بدفاع الخطأ في الواقع.
6. وسع المشرع الأمريكي من حالات المسؤولية تحت تأثير المادة المُسكرة لأنه قرر أن السكر يعد طوعياً أو إرادياً طالما كان يجب على المتهم أن يعلم بأن المادة التي سيتناولها من شأنها إسكاره أو إدخاله في غيبوبة.

• التوصيات:

نوصي بمعالجة تشريعية صريحة بعدم المسؤولية في حالة قيام حالة السكر الإرادي سواء في جرائم ذات القصد الجنائي العام والقصد الجنائي الخاص إذ لا يوجد مبرر للتفرقة بينهما.

الدراسة السابعة:

في الأهلية القانونية وأحكامها

د. مساعد راشد العنزي

بداية، إن الشخص الطبيعي هو الإنسان الذي يتم تحديده: جنسية و اسم و لقب و يتمتع بحقوق وفي هذا السياق، لكل إنسان ذمة مالية و شخصية قانونية ليتمتع الفرد بحقوقه و يتحمل الواجبات التي عليه و هو ما يتلخص في كلمة "الأهلية والبحث في المسألة بعيداً عن الوضع اليوم سيجعلنا إلى التاريخ الذي يشهد على فترة تم فيها حرمان بعض الأشخاص ك العبيد من الشخصية القانونية والتي كانوا خلالها ليس أشخاص يتمتعون بالأهلية وإنما مجرد شيئاً موضوع حقوق لغيرهم.

وكل شخص كامل الأهلية يكون قابلاً للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عطل يجعله ناقصاً أو منعدم الأهلية، والأهلية لها نوعان: الأول: وهو أهلية الوجوب أي قابلية الإنسان لاكتساب الحقوق والتمتع بها وتحمل الواجبات التي حددها القانون وهي دائمة طوال فترة حياته ولكن من الممكن لعدة اسباب ان يحرم منها، أما النوع الثاني فيسمى أهلية الأداء أي قابلية الانسان على ممارسة حقوقه المالية والشخصية حسب ما يتضمن القانون. والشخص عند ولادته تنشأ عنده الحقوق والواجبات لكن لا يستطيع ان يقوم بمباشرة الاعمال والتصرفات القانونية بنفسه، لأنه لا يعتبر مؤهلاً للقيام بهذه الاعمال القانونية وهذه الأهلية متعلقة بسن الشخص ودرجة التميز لديه.

♦ من هنا تأتي أهمية هذا البحث لنعرف من هم ناقصوا الأهلية ؟ ومن في حكمهم؟ وما هو أثر هذا النقص على تصرفاتهم ؟ وكذلك توضيح عوارض الأهلية و موانعها والفرق بينهم.

♦ **منهج البحث:** الباحث المنهج الوصفي التحليلي الذي يقوم على التسلسل المنطقي للأفكار وتوضيح معايير كل فكرة وشروطها وضوابطها، و منهج القانون المقارن الذي يقوم على النظر في كيفية معالجة موضوع البحث في إطار نظام قانوني، ويتم ذلك من خلال عقد المقارنه بين التنظيم القانوني لموضوع معين وفي دولة ما و تنظيم القانوني لنفس الموضوع في دولة اخرى وذلك للوقوف على اتجاهات القانونية المختلفه في شتي التشريعات.

♦ **خطة البحث:** قسم الباحث البحث إلى مقدمة و فصلين و خاتمة، وفي المقدمة تم تناول نبذة عن موضوع البحث ومدى أهميته، ومنهج البحث الذي إتبعه الباحث في بحثه وخطته في ذلك كالتالي:

♦ **سبب إختيار موضوع البحث:** لقد تم إختيار موضوع البحث عن الأهلية القانونية الخاصة بالأشخاص نظراً لأهمية وضرورة تمتع الأشخاص بالأهلية القانونية لكي يتم الإعتداد بأفعالهم وتصرفاتهم بحيث تنتج تصرفاتهم القانونية أثارها بشكل فعال وقانوني وذلك حماية لحقوق ومصالح كافة الأطراف حيث أنه في حال أن إعتضت إحدى عوارض الأهلية فقد يؤدي ذلك بطلان التصرف القانوني مما قد يؤدي إلى الإنتقاص من حقوق وواجبات الأطراف ومن هنا نمى لدينا مدى أهمية الأهلية القانونية مما دعى إلى إختيار مناقشتها من خلال بحثنا المائل حتى نقوم بتوضيح مدى أهميتها وأثارها.

الفصل الأول: أهلية الأشخاص القانونية ومراحلها

المبحث الأول: مفهوم الأهلية القانونية

المبحث الثاني: مراحل الأهلية

الفصل الثاني: عوارض الأهلية القانونية وموانعها

المبحث الأول: عوارض الأهلية

المبحث الثاني: موانع الأهلية

○ الفصل الأول: أهلية الأشخاص القانونية ومراحلها

تعتبر الأهلية القانونية أهم مميز للشخصية القانونية لأنها تسمح للشخص الطبيعي أو الاعتباري بممارسة أي نشاط مالم يكن مخالفاً للقانون أو معرضاً لأحد عوارض الأهلية.

• المبحث الأول: مفهوم الأهلية القانونية

الأهلية في اللغة هي الصلاحية والجدارة والكفاية لأمر من الأمور، فالأهلية للأمر هي الصلاحية له ومنه قوله تعالى في حق المؤمنين "وألزمهم كلمة التقوى وكانوا أحق بها وأهلها"، وأيضاً قوله تعالى: "هو أهل التقوى وأهل المغفرة".

وفي الاصطلاح هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها إن تكسبه حقاً، أو تحمله التزاماً على وجه يعتد به قانوناً، وهو تعريف مركب يدل على إن الأهلية نوعان⁽¹⁾:

1. أهلية الوجوب: وهي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه.
2. أهلية الأداء: وهي: صلاحية الإنسان لأن يطالب بالأداء، ولأن تعتبر أقواله وأفعاله، وتترتب عليها آثارها الشرعية.

ونجد أيضاً أنه يمكن أن يتم تقسيم الأهلية إلى قسمين:

فأهلية الوجوب الناقصة: وهي ما كانت فيها صلاحيته لوجوب الحقوق له فقط لا عليه. مثل الجنين الذي تثبت له بعض الحقوق، مثل حقه في الميراث وحقه في المحافظة عليه من التلف.⁽²⁾

وأهلية الوجوب الكاملة: هي ما تكون صلاحية الإنسان فيها لثبوت الحقوق له وعليه. كما في الصبي والبالغ حيث تثبت لهما حقوق مثل النفقة، وتثبت عليهما حقوق أيضاً مثل نفقة الأقارب من مالهما⁽³⁾.

(1) د. أحمد عيسى، المدخل إلى علم القانون، سوريا، منشورات جامعة حلب، 2004، ص 39.

(2) د. حمود غزال، عبد الكريم ظلّم، مقدمة القانون، مركز التعليم المفتوح، الدراسات القانونية العملية، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب 2004، ص 501.

(3) د. انطوان قسيس، المدخل للعلوم القانونية، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب 1966، ص 96.

وأهلية الأداء الناقصة: هي صلاحية الإنسان لأداء بعض الأعمال وترتب الأثر عليها دون بعض آخر. كالصبي المميز حيث يصلح لأداء العبادات وقد حكم الشارع بصحة عبادته، كما حكّم الشارع بصحة معاملته المأذون بإجرائها من قبل وليه مثل البيع والإجارة وغيرها مما يكون للصبي فيه مصلحة، بل حكم بصحة بعض معاملاته عن الغير وإن لم يأذن له وليه كالوكالة عن الغير، وما يترتب عليها من تعامل نيابة عن الموكل فهي لا تحتاج إلى إذن الولي⁽¹⁾.

أما أهلية الأداء الكاملة: فهي صلاحية الإنسان لأداء جميع الحقوق المشروعة له وعليه. سواء في ذلك عباداته أو معاملاته، وتترتب على كل أقواله وأفعاله آثارها الشرعية من ثواب ومدح أو عقاب وذم، وتمليك وتملك ونحوها، ما لم يعترضه ما يحّد من هذه الصلاحية من العوارض، مثل عارض النوم والإغماء والسّفه والإكراه ونحوها، من خلال ما سبق يتضح لنا الآتي:

- إن أهلية الوجوب الناقصة ثابتة لكل إنسان حتى لو كان جنيناً في بطن أمه، لما له من حقوق أوجبها الشريعة المقدّسة.
- إن أهلية الوجوب الكاملة ثابتة للإنسان منذ انفصاله عن بطن أمه، لأنها صلاحية لثبوت الحقوق له وعليه، سواء يؤدي بها بصورة مباشرة كالبالغ العاقل، أم تؤدّي عنه بالنيابة كدفع النفقة لوالدي المجنون والصغير من مالهما من قبل وليهما⁽²⁾.
- إن قوام أهلية الأداء الناقصة هو التمييز فقط، ولو كان المميز لصلاحيته لأداء العبادات، وصلاحيته للتعامل بإذن وليه.
- إن أهلية الأداء الكاملة لا تثبت إلا لمن استجمع شروط التكليف الشرعي الأربعة (البلوغ، العقل، العلم، القدرة). مضافاً إلى خلوه من العوارض المؤثّرة على هذه الشروط⁽³⁾.
- إن أساس أهلية الأداء الكاملة هو شروط التكليف الشرعية الكاملة، وأساس أهلية الوجوب الكاملة هو إمكان أداء الحق ولو بالنيابة، وأساس أهلية الأداء الناقصة هو التمييز، أما

(1) د. حمود غزال، عبد الكريم ظلّام، المدخل إلى علم القانون، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، منشورات جامعة حلب، 2008، ص 123.

(2) د. عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت 1978، ص 308.

(3) د. توفيق حسن فرج، الأصول العامة للقانون، المدخل للعلوم القانونية والنظرية العامة للالتزام (بيروت، دون تاريخ).

أساس أهلية الوجوب الناقصة، فقيل: إنه الحياة والراجح أنّ أهلية الوجوب الناقصة ثابتة للإنسان حتى بعد موته وعليه فأساس أهلية الوجوب الناقصة هو الذمة، وهي وصف شرعي يصير الإنسان أهلاً لما له وما عليه. وليس الحياة.⁽¹⁾

■ المطب الأول: أهلية الوجوب

عرف فقهاء القانون أهلية الوجوب بعدة تعريفات نذكر أهمها، فقد عرفها جانب من الفقهاء فقال: هي صلاحية الشخص لان يكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات، بينما عرفها جانب آخر فقال: هي صلاحية لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه، ويراهها بعض الفقهاء علي أنها: قابلية الشخص لأن يكتسب حقاً أو يتحمل التزاماً، بينما هي في نظر البعض: قدرة الشخص علي أن يكون أهلاً لثبوت بعض الحقوق له دون البعض كأن يكون أهلاً للميراث والوصية وإلحاق نسبه بوالديه دون أن يكون أهلاً للحق عليه فلا تلزمه أي التزام لأن الالتزام يثبت علي الشخص بفعله أو بعبارة وهو لا يتصور منه ذلك.⁽²⁾

وعلى ذلك... فأهلية الوجوب: هي صلاحية الشخص، من الوجهة القانونية، لتلقي الحقوق وتحمل الالتزامات أي صلاحيته لوجوب الحقوق له والالتزامات عليه، وهي تمثل الأهلية القانونية في وجهها السلبي الذي يقتصر على تلقي الحقوق وتحمل الالتزامات دون تدخل إرادي من الشخص ولكنها لا تشمل وجهها الإيجابي المتمثل في المساهمة إيجابياً في إنشاء هذه الحقوق والالتزامات⁽³⁾.

◆ الفرع الأول: مناط أهلية الوجوب

أهلية تثبت لكل إنسان لمجرد انه إنسان وبمجرد ولادته حياً، فمناط أهلية الوجوب هو الحياة أي ولادة الشخص حياً على الوجه الذي سبق أن عرضناه بالنسبة للشخصية القانونية،

(1) د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، القسم الثاني: النظرية العامة للحق، مكتبة مكابي، بيروت 1977، ص 425.

(2) د. مصطفى محمد الجمال وعبد الحميد محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت 1987، ص 625.

(3) د. محمدي فريدة زواوي، المدخل إلى العلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر 1998، ص 76.

وأهلية الوجوب مكفولة للجميع بصرف النظر عن السن أو الإدراك أو التمييز، وإذا كان مناط أهلية الوجوب هو الحياة، أي ولادة الشخص حياً، فذلك يمثل الأصل العام، فقد تثبت أهلية الوجوب للشخص استثناءً قبل ميلاده، أي وهو جنين في بطن أمه.

وأهلية الوجوب ترتبط بمجرد ولادة الإنسان حياً فلا تتطلب شروطاً أخرى، وبصفة خاصة لا تتطلب في الإنسان بلوغ سن معينة، ولا تتطلب العقل أو الإدراك والتمييز، لذلك يتمتع الصغير غير المميز والمجنون وبصفة عامة عديم الإرادة بأهلية الوجوب، لأن مناط أهلية الوجوب هو الحياة فإنها تنتهي وتزول من الشخص بوفاته.⁽¹⁾

وأهلية الوجوب تثبت للشخص كاملة بحسب الأصل غير أن ذلك لا يحول دون إمكان تقييدها بقيود معينة، وعندئذ تكون أهلية الوجوب لدى الشخص غير كاملة وإنما مقيدة. وإذا كان الأصل أن أهلية الوجوب تكتسب بتمام الولادة حياً، فإن المشرع منح الجنين وهو مازال في بطن أمه أهلية وجوب وقصرها على حقوق والتزامات معينة، في هذه الحالة نواجه أهلية وجوب استثنائية وناقصة أو محدودة.

نتكلم إذن عن أهلية الوجوب الكاملة ثم تقييد هذه الأهلية، أي أهلية الوجوب المقيدة، وتنتهي بأهلية الوجوب الاستثنائية الناقصة أو المحدودة.

♦ الفرع الثاني: أهلية الوجوب الكاملة

صلاحية الشخص لاكتساب كل الحقوق، فلا تكون أهليته منقوصة ولا مقيدة، والأصل في أهلية الوجوب الكمال، بمعنى أن الإنسان بمجرد ولادته حياً يكتسب أهلية الوجوب كاملة ويكون بمقتضاها أهلاً لاكتساب جميع الحقوق سواء تلك التي لا يحتاج سببها إلى قبول كالوصية، أو التي يحتاج سببها إلى قبول، فإن لم تتوافر لديه إرادة القبول، كأن كان صغيراً، قبل وليه نيابة عنه، فيكتسب هو الحق وليس وليه.

كما يكون الشخص أهلاً لتحمل الالتزامات التي لا يكون مصدرها الإرادة كالالتزام بالتعويض عن الضرر الناجم للغير نتيجة فعلة غير المشروع، أو الالتزامات التي تتوقف نشأتها على الإرادة، أي التي تترتب نتيجة التصرفات القانونية فلا تنشأ إلا إذا توافرت لدى

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون (نظرية الحق)، الأسكندرية، دار الفكر العربي، 2003، ص 169.

الشخص أهلية أداء هذه التصرفات، أو ابرمها وليه نيابة عنه، وفي هذه الحالة الأخيرة تتصرف هذه الالتزامات إليه فيتحملها الصغير وليس الولي⁽¹⁾.

♦ الفرع الثالث: أهلية الوجوب المقيدة

أوضحنا أن الشخص يكتسب بمجرد ميلاده حياً أهلية وجوب، والأصل أن هذه الأهلية تكون كاملة، غير أن المشرع يتدخل بالنسبة لحقوق معينة، كالحقوق السياسية، ويستبعد الأجانب غير المواطنين من التمتع بها، كما أن بعض الحقوق تتطلب لاكتسابها شروطاً خاصة، كحقوق الأسرة وواجباتها فهي مقصورة على أفرادها⁽²⁾، في مثل هذه الحالات تكون أمام تقييد جزئي لأهلية الوجوب، فالأصل أن الشخص يكون، بمجرد ولادته حياً قد اكتسب أهلية الوجوب، ولكنها لا تمتد لتشمل حقوقاً معينة لاعتبارات خاصة تختلف باختلاف هذه الحقوق⁽³⁾، ومن تطبيقات أهلية الوجوب المقيدة:

- تقييد الأجنبي في التمتع بالحقوق السياسية.
- تقييد أهلية الأجنبي في اكتساب ملكية العقارات، والمقصود هنا صلاحية الأجنبي لأن تؤول له ملكية العقارات دون تصرف قانوني منه، كأن يتلقى العقار عن إرث أو وصية، أما اكتسابه للعقار عن طريق التصرفات القانونية فيتعلق بأهلية الأداء، ومن البديهي إذا كان الأجنبي لا يتمتع بأهلية وجوب في هذا المجال فلا يمكنه هو أو نائبة إبرام التصرفات القانونية المتعلقة بها⁽⁴⁾.
- تقييد أهلية الأجنبي في العمل بالتجارة.
- تقييد أهلية النساء في التمتع بالحقوق السياسية في الكويت وذلك قبل صدور المرسوم بقانون رقم [9] لسنة 1999 بتعديل المادة [1] من القانون رقم [35] لسنة 1962 في

(1) د. أمينة هندية، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، مطبعة التأليف بالجمالية، مصر، الطبعة الثالثة 1895، م ص5.

(2) د. محمد سلام مذكور، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية. القاهرة، 1969، م ص454.

(3) د. حسين النوري، عوارض الأهلية، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، 1953، ص 10.

(4) د. محمد سعيد جعفر، تصرفات ناقص الأهلية، دار هومة للنشر، الجزائر، 2002، ص 245.

شان انتخابات أعضاء مجلس الأمة⁽¹⁾، والذي سمح للمرأة الكويتية بممارسة حقوقها السياسية في الانتخاب والترشيح للمجالس النيابية بعد استكمال إجراءات القيد في جداول الانتخابات، مع ملاحظة أن المرسوم المذكور يتعين لصحته ونفاذه إقراره من مجلس الأمة، وهو معروض عليه الآن للموافقة عليه.

♦ الفرع الرابع: أهلية الوجوب الإستثنائية

أهلية الوجوب الاستثنائية هي تلك التي منحها المشرع الكويتي بنص المادة [10] مدني للحمل المستكن الذي مازال جنيناً في بطن أمه، حماية ورعاية لمصالحه التي ستكون له بعد ولادته.

وقد سبق لنا أن تعرضنا لهذه الأهلية وعرفنا أن المشرع منح الحمل المستكن أهلية وجوب ناقصة محدودة تقتصر على صلاحيته لاكتساب الحقوق التي لا يحتاج سببها إلى قبول، كالحق في الإرث والحق في الوصية، كما أجاز له الهبة الخالصة من القيود والتكاليف، كما تقتصر هذه الأهلية الاستثنائية للحمل المستكن على تحمله الالتزامات التي تقتضيها إدارة أمواله⁽²⁾.

والخلاصة... هي أهلية تثبت للإنسان من وقت ولادته حياً وتبقى معه إلى حين وفاته بغض النظر عن كونه عاقلاً أم غير عاقل صغيراً كان أم كبيراً، وأن القول بتوافر أهلية الوجوب كاملة لدى الشخص معناه أن القانون يمنحه القدرة علي أن تظهر في ذمته كل أنواع الالتزامات والحقوق، وهذا ما يسمى بالشخصية القانونية وبذلك فإن أعدم القانون أهلية الشخص أو أنقص منها، فهو يمنع كل الحقوق أو حق منها مقابل الأهلية أو نقصها، أي إن انعدمت الأهلية تتعدم معها صلاحية الشخص لكسب الحقوق، وإن وجدت الأهلية كاملة فإن صلاحية الشخص تكون كاملة⁽³⁾.

(1) أنظر القانون رقم 9 لسنة 1999 بتعديل المادة [1] من القانون رقم [35] لسنة 1962 في شان انتخابات أعضاء مجلس الأمة.

(2) د. عادل حسين علي، نقص الأهلية وأثره في التصرفات، دار الفكر العربي، القاهرة، 2016 م، ص 53.

(3) محمد عبداللطيف جمال الدين، نظرية الأهلية في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراة، القاهرة، 1974، ص 96.

■ المطلب الثاني: أهلية الأداء

تناول فقهاء القانون أهلية الأداء بالدراسة والتحليل وعرفوها بعدة تعريفات نذكر أهمها من حيث الشمولية فقد عرفها جانب من الفقهاء: فقال هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق عن طريق التصرفات القانون.

بينما عرفها جانب آخر فقال: هي صلاحية الشخص لأن يباشر التصرفات القانونية التي تكسبه حقاً أو تحمله التزاماً.

بينما نظر البعض علي أنها: صلاحية الشخص للالتزام بمقتضى تصرفاته الإرادية، أو صلاحيته لاستعمال الحقوق وأداء الالتزامات.⁽¹⁾

بينما نظر البعض الآخر إليها علي أنها: عبارة عن صلاحية الشخص لإتيان التصرفات القانونية الصحيحة.

وبمقارنة كل هذه التعريفات نجد أنها واحدة في الجوهر والمضمون فأهلية الأداء هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام قانوناً.⁽²⁾

◆ الفرع الأول: مناط أهلية الأداء

يرى الفقهاء: أن مناط أهلية الأداء هو التمييز "العقل" وقد تثبت للصبى إذا كان يملك قدراً من التمييز بأن يعرف ماهية أفعاله ويقدرها، ويتم له ذلك إذا أصاب قدراً من التمييز وبذلك يكون مناطها استواء العقل بنضجه وعدم اختلاله بأي مؤثر يؤثر فيه كالجنون والمريض مثلاً، بينما يري بعض الفقهاء أن مناط أهلية الأداء ليس التمييز بذاته، بل التمييز وسائر القوي الإنسانية الأخرى كالإدراك والاختيار والإرادة ونمو القوي البدنية فهي كاملة باكتمال العقل والبدن وقاصرة بقصورهما.⁽³⁾

(1) د. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 421.

(2) د. عدنان القوتلي، الوجيز في الحقوق المدنية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، مطبعة الجامعة السورية، دمشق، 1957، ص 527.

(3) د. عبدالله بن عبد العزيز العجلان، الأهلية ونظرية الحق في الشريعة الإسلامية، السعودية، مؤسسة الممتاز للطباعة، 1996، 658.

ونحن نرجح هذا الرأي لقوة الحجج التي استند إليها فأهلية الأداء تكون كاملة باكتمال العقل والبدن وقاصرة بقصورهما حيث يكون مناطها التمييز وسائر القوى الإنسانية الأخرى كالإدراك والاختيار مثلاً.

- أولاً: الإرادة

وهي القدرة على أن يكيف علاقته بالحياة علي نحو معين أو هي قدرة الذات علي أن تشق لها أسلوباً في الحياة، أي أن يتخذ الإنسان موقفاً أو آخر من الظروف المحيطة به ولو عن طريق الألم والنضال، وهي الحارس الأمين الذي يحمي العقل من تسرب الأفكار الأجنبية وولوجها إلى العقل وأحدقت بالموهب فتشل الإرادة أو تضعفها فأهلية الأداء هي قدرة الشخص الإرادية علي إحداث الآثار القانونية ولكي ينتج عنها الآثار القانونية يجب أن تكون إرادة واعية بصيرة، فليست كل إرادة قادرة على إنتاج الإرادة القانونية، أي يجب أن تكون إرادة حرة⁽¹⁾ ويرى علماء النفس في تحليلهم للإرادة الكاملة أنها تمر بمراحل أربع:

- المرحلة الأولى: مرحلة التصور: وفيها يتصور الشخص العمل القانوني الذي يريد القيام به.
- المرحلة الثانية: مرحلة التدبير: وفيها يوازن الشخص بين شتى الاحتمالات.
- المرحلة الثالثة: مرحلة التصميم: وفيها يبت الشخص في الأمر، وهذه المرحلة هي جوهر الإرادة، أو هي الإرادة ذاتها.
- المرحلة الرابعة: مرحلة التنفيذ: وهي التي ينقل فيها الشخص إرادته من كامن نفسه إلى العالم الخارجي فيفصح عن إرادة معينة نتيجة لإحداث أثر قانوني معين من القوى الذهنية، وهذا لا يتوافر إلا ببلوغ الشخص سناً معيناً وأن يكون سليماً من سائر الآفات التي تؤثر على القوى المميزة.

- ثانياً: مظاهر الإرادة

الإرادة حتى ولو كانت في نفس صاحبها وانعقد عزمه على إمضائها فهي تبقى مع ذلك مجرد حقيقة نفسية تكمن في نفس صاحبها لا يعلمها إلا هو ومن ثم لا يحفل بها القانون، ولا

(1) د. سامي بديع منصور، المسؤولية المدنية، مجلة العدل، لبنان، العدد الأول، 2005، ص 169.

يرتب عليها أثراً، ولهذا لا مناص من أن تبرز الإرادة في نفس صاحبها بمظهر خارجي ليفصح عنها فيعند بها القانون في حقل العلاقات بين الأفراد وهذا المظهر الذي تخرج فيه الإرادة وبه يعلم الغير هو الذي يسمى بالتعبير عن الإرادة.

والتعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً، ووجود الإرادة والتعبير عنها سواء كان إيجابياً أم قبولاً هو صدورها من صاحبها متجهة لإحداث أثر قانوني كالعمل التعاقدية مثلاً والإرادة المتجهة للتعاقد تقوم أولاً وأساساً بعمل عقلي، ومن ثم فالتعاقد يجب أن تتوافر فيه القدرة العقلية لكي يعقل التصرف الذي يجريه، ويدرك ماهيته وإن تتجه إرادته بحرية واختيار لإتيانه.⁽¹⁾ ولهذا فمعدوم التمييز لا يمكن أن تصدر منه إرادة قانوناً، ولا ينعقد بينه وبين غيره عقد، ومن فقد تمييزه فقد القدرة على إرادته.

- ثالثاً: الإدراك

وهو ذات الملكة العقلية التي تؤهل الشخص لمعرفة الأشياء، أي تجعله قادراً على أن يدرك ماهية أفعاله ويقدرها. والمقصود بفهم ماهية أفعاله: هو فهمها من حيث كونها فعلاً يترتب عليه نتائج العادية، وليست المقصود منها فهم ماهيتها في القانون.

فالقاعدة أن الشخص يسأل عن فعله ولو كان يجهل أن القانون يعاقب عليه لأنه لا يصح الاعتذار بالجهل في القانون، والإدراك يتوافر في الشخص ببلوغه سناً معيناً من النضج العقلي، والإدراك يعتبر من أهم وظائف العقل، وإن كان يعتمد على الذاكرة فإنه لا يبدأ بولادة الشخص وإنما تنمو القدرة عليه بالحياة الاجتماعية واكتساب المعلومات التي تحفظها الذاكرة فتربط ماضيها بحاضرها، وتيسر للشخص أن يعرف طبيعة ما يحدثه من أعمال، ويقدر نتائجها، ولهذا فالأهلية تناط بالقدرة الإدراكية للإنسان الوسط فلا يشترط القانون في ذوي الأهلية أن يكونوا على ثقافة معينة، أو ذكاء معين مثلاً.⁽²⁾

(1) د. عبدالرازق السنهوري، مصادر الإلتزام، المجلد الأول، الفقرة 577، ص 864.

(2) د. محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، مكتبة دار البيان، دمشق بيروت، ط 1، سنة 2009، ص 23.

ولقد نصت معظم القوانين في العالم علي أن عديم الإدراك يكون غير أهلاً لتحمل المسؤولية الجنائية، لأن الإدراك هو الشرط الأول للأهلية الجنائية، فالشخص فاقد التمييز فاقد الإرادة، وبالتالي فاقد الأهلية، والشخص ناقص التمييز ناقص الإرادة وناقص الأهلية، والشخص كامل التمييز كامل الإرادة وكامل الأهلية، ومن ذلك يتضح أن أهلية الأداء تنقسم إلى عدة أقسام كالتالي:

♦ الفرع الثاني: أهلية الأداء المعدومة

فلا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر سنه أو لإصابته بعته أو جنون.

وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز.

ويري الشراح... أن أهلية الأداء تكون معدومة في كل شخص فاقد التمييز مثل الصبي غير المميز الذي لم يبلغ السابعة من عمره والمجنون ومن في حكمه، وإلى أن القانون افترض انعدام التمييز في هؤلاء، حيث لا يستطيع أي منهم أن يدرك كنه أفعاله، أو أن يتوقع أثارها.⁽¹⁾

♦ الفرع الثالث: أهلية الأداء القاصرة

تبدأ ببلوغ الإنسان سن التمييز ولم لم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية.

وفي ذلك يري الشراح أيضاً: أن أهلية الأداء تكون ناقصة في الشخص إذا بلغ سن التمييز "السابعة" ولم يبلغ سن الرشد القوانين هنا محل خلاف حول ذلك فالبعض حددها بإحدى وعشرين سنة، والبعض الآخر حددها بثمانية عشر سنة، وتثبت أهلية الأداء القاصرة لكل شخص بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة، وبذلك فإن ناقص أهلية الأداء يمكنه أن يباشر بعض التصرفات دون الأخرى، حيث تكون له أهلية الاغتناء كقبوله الهبة مثلاً. ولكن ليس له أهلية التبرع. أما أهليته للإدارة والتصرف فهما من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر فلا يباشرهما ولكن يقوم نيابة عنه في مباشرتهما ممثله القانوني.⁽²⁾

(1) د. حسن فتلاوي، تاريخ النظم القانونية، الطبعة الأولى، 1990، دار الفكر المعاصر، ص110

(2) د. محمد سعيد مجذوب، الحريات العامة وحقوق الإنسان، الطبعة الأولى، طرابلس، لبنان، 1986، ص 199

♦ الفرع الرابع: أهلية الأداء الكاملة

تكتمل أهلية الأداء في الإنسان ببلوغه سن الرشد (وقوانين العالم في خلاف حول ذلك)، فإذا أصبح الشخص رشيداً يصبح كامل الأهلية وبذلك يستطيع مزاولته جميع التصرفات القانونية، وتنتهي الولاية على أمواله، وبذلك ربط المشرع بين اكتمال سن الرشد و اكتمال سن الرشد و اكتمال الأهلية، وأضاف شرطاً آخر وهو أن يكون حين بلوغها، أي بلوغ سن الرشد قد بلغها وهو متمتع بقواه العقلية غير محجور عليه، فإن بلغها وهو محجور عليه فإنه يكون ناقص الأهلية رغم بلوغه سن الرشد، فالقانون لا يمكنه في منح الأهلية أو منعها أن يربط ذلك بالتمييز العقلي لدى الأفراد بل يربط ذلك بضوابط في حالة الشخص الظاهرة حيث يأخذ منها دليلاً على قدرته وإدراكه، ثم يفترض توافره، أي توافر الرشد في الشخص، ويجعل لصاحبها ما يتوافر مع هذا المقدار وقد يأخذ هذا الضابط من السن أو من الحالة العقلية للشخص، والقانون المصري يقضي بأن الشخص يكون كامل الإدراك إذا بلغ سن الرشد وهي إحدى وعشرون سنة كاملة، ومتى بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية.

- العلاقة بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء :

تختلف أهلية الوجوب عن أهلية الأداء، فكل منهما تقوم على أساس مغاير للأساس الذي تقوم عليه الأخرى مما يمكن معه فصل أهلية الوجوب عن أهلية الأداء فصلاً تاماً، والحقيقة أن الأمر لا يعدو أن يكون وحدة في اللفظ لا وحدة في الجنس، فأهلية الأداء تفترض لذات قيامها توافر أهلية الوجوب والعكس غير صحيح، فمن الممكن أن تتوافر في الشخص أهلية وجوب كاملة في نفس الوقت يكون فيه معدوم أهلية الأداء كما في الشخص غير المميز مثلاً.⁽¹⁾

كما تختلف أهلية الوجوب عن أهلية الأداء من حيث المناط فمناط أهلية الوجوب الحياة وهي تثبت لكل إنسان بمجرد ولادته حياً بغض النظر عن كونه عاقلاً أو غير عاقل صغيراً أم كبيراً ولا يوجد على هذه الأهلية عوارض، بينما مناط أهلية الأداء التمييز "العقل" ويوجد

(1) د. حسن فتلاوي، مرجع سابق، ص 200.

على هذه الأهلية عوارض فقد يكون الشخص عديم الأهلية بالرغم من تمتعه بالحياة كما في الجنون والصبي غير المميز.⁽¹⁾

ومن هذا المنطلق يمكننا القول، أن الإنسان يكتسب الشخصية القانونية بمجرد ميلاده وتظل لصيقة به حتى مماته، والمقصود بالشخصية القانونية هي تلك التي تعطيه الصلاحية لأن يكتسب الحقوق وأن يتحمل بالالتزامات، وهذا ما يعرف بأهلية الوجوب. فأهلية الوجوب كما سبق وأشرنا هي الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، والناس جميعاً على قدم المساواة فيما يتعلق بالتمتع بهذه الأهلية، وهي لا تتأثر بمرض ولا بسن ولا بأفة عقلية تصيب الإنسان.

إلا أن تمتع الإنسان بها لا يعني انه يمكن أن يباشر حقوقه وأن يباشر الأعمال التي يترتب عليها تحمله بالالتزام، فالقدرة على مباشرة الأعمال القانونية التي يتولد عنها الحقوق أو يترتب عليها الالتزامات هي ما يعرف بأهلية الأداء.

فأهلية الأداء عبارة عن القدرة على مباشرة الأعمال القانونية بما ترتب من حقوق وما تولد من التزامات هي "صلاحية الشخص للقيام بأعمال وتصرفات يرتب عليها القانون الآثار القانونية المناسبة"⁽²⁾.

تبدأ كاملة بمجرد ميلاد الشخص حياً وتبقى كاملة طوال حياته ولا تتأثر بسن أو مرض ولا آفة عقلية. تتأثر حتماً بالسن حيث لا تكتمل إلا باكتمال سن معينة وعلاوة على تأثرها بما قد يعترض الشخص في حياته من عوارض.

تمثل في الشخص، كما يرى البعض، وضعا "إستاتيكيًا" عبارة عن مجرد الصلاحية لاكتساب حق أو التحمل بالتزام. فهي تمثل وضعا "ديناميكياً" وهو القيام بالأعمال والنشاطات التي تكسبه حقاً أو تحمله التزاماً.

عدم وجودها لا علاج له، فلا يمكن أن يحل شخصاً محل آخر، فهو لهذا دائماً جزئياً أو نسبياً فلا يمكن أن يكون كلياً أو مطلقاً، أما انعدام أهلية الأداء

(1) د. سلطان أنور، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دراسة في القانون المصري واللبناني، جامعة بيروت سنة 1984، ص 602.

(2) د. مدحت محمد محمود عبدالعال، نظرية الحق، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2010، ص 329.

فيمكن تعويضه بأن يقام مقام عديم الأهلية شخص يتصرف عنه، لهذا جاز أن يكون انعدام الأهلية مطلقاً.⁽¹⁾

• المبحث الثاني: مراحل الأهلية

أن أهلية الأداء هي صلاحية الشخص بأن يقوم بالأعمال القانونية بنفسه ولصالحه أما الولاية فهي صلاحية الشخص لأن يقوم بالأعمال القانونية بنفسه وكن لمصلحة الغير.⁽²⁾ فما يترتب على التصرف من حقوق والتزامات إنما يتحملها المتصرف أو الشخص ذاته وذلك في حالة أهلية الأداء، أما في حالة الولاية فإن آثار التصرف القانوني الذي يقوم به الشخص إنما تنصرف إلى ذمة الغير. فالولي على القاصر عندما يباشر تصرفاً قانونياً عن هذا الأخير، تنصرف آثاره إلى ذمة القاصر لا إلى ذمته هو.

ويجب أن نلاحظ أن القواعد المنظمة للأهلية تعتبر من النظام العام سواء من حيث تحديد من يعتبر ناقص الأهلية أو كاملها أو فاقدها وسلطة الأولياء على مال هؤلاء الأشخاص، ولذلك لا يجوز الاتفاق على ما يخالف ما وضعه المشرع من أحكام بهذا الخصوص⁽³⁾، تتدرج أهلية الأداء مع السن، حيث يمر الإنسان منذ ولادته بثلاثة مراحل بين انعدام الأهلية واكتمالها.

- مرحلة يكون فيها الشخص غير مميز .. عديم الأهلية.
- مرحلة يكون فيها ناقص التمييز .. ناقص الأهلية.
- مرحلة يكتمل فيها تمييزه ببلوغه سن الرشد .. كامل الأهلية.

■ المطلب الأول: الشخص الغير مميز

تبدأ هذه المرحلة بميلاد الشخص حياً وتنتهي ببلوغه السابعة من عمره، وفيها يكون الصبي عديم التمييز أي عديم الأهلية، له أهلية وجوب كاملة وليست له أهلية أداء مطلقاً،

(1) د. نعمان جمعة، دروس في مدخل العلوم القانونية، دار النهضة العربية، 1972، ص 277.

(2) د. حسن كيرة، النظرية العامة للقاعدة القانونية، منشأة المعارف، القاهرة، 2000، ص 135.

(3) د. علي حسين نجيدة، الأهلية القانونية، الكتاب الثاني، دولة الامارات العربية المتحدة، 1994، ص 29.

وبناء عليه لا يستطيع هذا الصبي أن يقوم بأي عمل من الأعمال القانونية بنفسه، وأي تصرف يجريه يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، أي هو والعدم سواء⁽¹⁾، ويستوي في هذا أن يكون التصرف الذي يجريه نافعاً نفعاً محضاً أو ضاراً ضرراً محضاً أو دائر بين النفع والضرر، وفي هذه الحالة يكون من حق الصغير ومن حق كل ذي مصلحة أن يطالب ببطلان هذا التصرف، وللقاضي أن يقضي بالبطلان من تلقاء نفسه، ولا يلحق هذا التصرف إجازة مطلقاً، سواء من الصغير، بعد بلوغه سن الرشد، أو من وليه.

كذلك لا يصح الوفاء الحاصل للصبي غير المميز من مدينه، ويرتب الفقه على ذلك أنه إذا سلم البائع المبيع إلى الطفل غير المميز كان وفاءً باطلاً فإذا هلك في يده، كان الهلاك على البائع شأنه شأن الهلاك الذي يقع قبل التسليم، كذلك إذا غصب مال الطفل المميز غاصب ثم رده للطفل فهلك في يده، غُد الغاصب ضامناً قيمة المال لأن تسليم الغاصب مال الطفل إليه يعد تسليم باطل.⁽²⁾

ولا يقبل إثبات أن الصغير قد أدرك التمييز، رغم عدم بلوغه السابعة، وذلك بهدف تصحيح بعض أعماله، لأن انعدام التمييز قبل بلوغ هذه السن يعد قرينة لا تقبل إثبات العكس.

♦ الفرع الأول: أثر التصرف القانوني للشخص الغير مميز

طالما أن الصبي غير المميز لا يملك الإرادة ولا التمييز فإن هذا يؤدي إلى بطلان التصرف القانوني حتى ولو كان هذا التصرف الذي أقدم الصبي غير المميز على إبرامه يحقق له النفع المحض، وبناء عليه فإن عقد الهبة الذي يكون فيه الصبي غير المميز طرفاً كموهوب له يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً وذلك لأن الهبة كعقد قد تقوم على توافق إرادتين هما إرادة الواهب وإرادة الموهوب له حيث لانعقاد الهبة يجب أن يقبلها الموهوب له وهو غير أهل للتعبير عن إرادته في هذه المرحلة، وعليه فإن عقد الهبة يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً. إلا أن الأمر يختلف بخصوص التصرف القانوني المنفرد الذي ينشأ بإرادة واحدة كالوصية مثلاً والتي تنشأ بإرادة الموصي ودون حاجة لقبول من الموصى له، وعليه إذا أوصى شخص للصغير غير المميز

(1) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الطبعة السادسة، 1987، ص 564.

(2) د. عبدالرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص 659.

فإن الوصية تعتبر صحيحة وذلك لأنها لا تحتاج إلى نشاط إرادي من قبل الصبي غير المميز . وقد وضع المشروع هذا الأثر حيث نص على بطلان جميع التصرفات التي تصدر عن الصغير غير المميز⁽¹⁾.

♦ الفرع الثاني: التمسك ببطلان التصرف القانوني للشخص الغير مميز

يجوز لكل صاحب مصلحة أن يتمسك ببطلان التصرف الذي يدخل فيه الصغير غير المميز كطرف، كما يجوز للصبي غير المميز بعد بلوغه سن الرشد أن يتمسك ببطلان التصرف الذي أبرمه حينما كان غير مميز، ويجوز كذلك للولي أو الوصي على الصغير غير المميز أن يطلب بطلان التصرف الذي أبرمه الصغير غير المميز ويجب على المحكمة أن تقضي ببطلان التصرف من تلقاء نفسها دون انتظار طلب الخصوم في الدعوى المرفوعة أمامها لأن البطلان المطلق يتعلق بالنظام العام⁽²⁾.

♦ الفرع الثالث: أثر الإجازة على التصرف القانوني للشخص الغير مميز

التصرف الباطل بطلان مطلق لا تصححه أية إجازة لاحقة سواء الصبي غير المميز أو من الولي أو الوصي، ذلك لأن الحق في البطلان لا يتعلق بالصبي غير المميز فقط بل بكل صاحب مصلحة كما بينا سابقاً، وعليه إذا أجاز الصبي غير المميز التصرف الباطل بطلان مطلق فإن هذه الإجازة لا تسري في مواجهة الغير صاحب المصلحة⁽³⁾.

■ المطب الثاني: الشخص المميز

تبدأ هذه المرحلة ببلوغ الصبي السابعة من عمره حتى بلوغ سن الرشد، ويعد الصبي في هذه المرحلة ناقص التمييز فهو لذلك ناقص الأهلية لأن التمييز هو مناط الأهلية ومعيارها،

(1) د. حسين خلف الجبوري، عوارض الأهلية عند علماء أصول الدين، الطبعة الثانية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2007، ص 114.

(2) د. حسين النووي، عوارض الأهلية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مطبعة لجان البيان، القاهرة، 1953، ص 55.

(3) د. أحمد إبراهيم، الأهلية وعوارضها، مجلة القانون والإقتصاد، السنة الأولى، العدد الأول، 1932، مصر، ص 260,261.

أما عن حكم التصرفات التي يجريها الصبي في هذه المرحلة فإنه يجب التفرقة بين ثلاث أنواع منها:

أ- التصرفات النافعة نفعاً محضاً:

كقبول هبة غير مشروطة، ويترتب عليها ثبوت الحقوق دون التحمل بأي التزام فهي تزيد من الأموال أو تنقص من الديون دون أن يتحمل الصبي في مقابل ذلك شيء. وتقع هذه التصرفات من الصبي المميز صحيحة بلا حاجة إلى موافقة القائم على أمره، فهو بالنسبة لهذه التصرفات كامل الأهلية.⁽¹⁾

ب- التصرفات الضارة ضرراً محضاً:

يترتب عليها تحمل الالتزامات دون اكتساب حقوق كالهبة، أو سقوط حق في ذمة الغير دون مقابل، وتقع كل هذه التصرفات باطلة بطلاناً مطلقاً، لا يترتب عليها أي أثر فهو بالنسبة لهذه التصرفات عديم الأهلية.

ت- التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع:

وفيها يحصل كلا الطرفين على مقابل لما أعطى، كالبيع والشراء والتأمين، ويعد التصرف كذلك حسب طبيعته بغض النظر عن نتيجة التصرف التي قد تكون جلبت ربحاً للقاصر. وتقع هذه التصرفات قابلة للبطلان لمصلحة القاصر، فله المطالبة ببطلان التصرف عند بلوغه سن الرشد، على أن يرد ما تلقاه من عقد في حدود ما عاد عليه من نفع، فإذا لم يكن قد أفاد شيئاً، كأن يكون قد أنفق ما تلقاه من غير جدوى أو أشياء غير مشروعة، فلا يلزم بالرد.⁽²⁾ ومعنى قابلية التصرف للبطلان في هذه الحالة، أنه ينتج كل آثاره كالتصرف الصحيح تماماً حتى يقضى ببطلانه بواسطة القضاء بناءً على طلب القاصر بعد بلوغه أو طلب وليه. ويسقط الحق في طلب بطلان هذا التصرف بالإجازة سواء من القاصر بعد بلوغه أو من الولي أو من المحكمة حسب الأحوال.

(1) د. مصطفى العساف، دراسة في القانون المدني، القاهرة، 2003، ص 209.

(2) د. عبدالرازق السنهوري، مرجع سابق، ص 874.

قلنا انه يترتب على الحكم ببطلان التصرف الذي صدر من ناقص الأهلية أن يزول أثر التصرف ليس بالنسبة للمستقبل فقط بل بالنسبة للماضي أيضاً بأثر رجعي، فيسترد القاصر ما دفعه ولكن المتعاقد الآخر لا يسترد ما قبضه من ناقص الأهلية إلا بمقدار ما عاد عليه من نفع من تنفيذ العقد، فإذا لم يكن قد عاد على ناقص الأهلية أي نفع لا يرجع عليه الآخر بشيء، إلا أن هذه النتيجة قد تغري القاصر بأن يستعمل طرقاً احتيالية لإخفاء نقص أهليته، حتى يصل إلى إبرام تصرفات سرعان ما يطالب بإبطالها إذا ما بلغ رشده، إلا انه يلاحظ أن القاصر قد ارتكب تدليساً في هذه الحالة، وهو فعل غير مشروع يستوجب التعويض استناداً إلى قواعد المسؤولية التقصيرية.

فالمطالبة ببطلان التصرف من قبل القاصر لن يحول دون إمكان الحكم عليه بتعويض المتعاقد معه إعمالاً لقواعد المسؤولية التقصيرية التي يكفي لإعمالها أن يكون الشخص مميزاً. ولقد أحسن المشرع المصري صنفاً عندما نص في المادة 119 من القانون المدني على أنه(1):

“يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بالتزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته، وبناءً عليه إذا لجأ القاصر إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته، فإن لمن تعاقد معه أن يطالبه بالتعويض عن هذا العمل غير المشروع، وقد يرى القاضي أن خير وسيلة لتعويض المضرور في هذه الحالة، هي الإبقاء على العقد وإلزام ناقص الأهلية بتنفيذه.(2)

- حالات يعتبر فيها القاصر كامل الأهلية استثناء :

يظل القاصر ناقص الأهلية إلى أن يبلغ سن الرشد وهي إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة بالنسبة لكل المصريين ذكوراً وإناثاً مسلمين وغير مسلمين فإذا بلغ الصبي هذه السن رشيداً عد كامل الأهلية، إلا أن المشرع قد خرج على هذه القاعدة على سبيل الاستثناء، حيث أجاز للقاصر عموماً أو ذلك الذي بلغ سنّاً معينة أن يباشر، رغم قصره، بعض الأعمال

(1) د. إبراهيم حرب محيسن، إجراءات ملاحقة الأحداث الجانحين، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص 603.

(2) انظر المادة 119 من القانون المدني المصري.

القانونية التي تعتبر دائرة بين النفع والضرر أجاز في حالات أخرى للمحكمة أو الولي أن يأذن للقاصر بمباشرة بعض هذه الأعمال، وسوف نتناول هاتين الحالتين تباعاً.

♦ الفرع الأول: القاصر المأذون له من القانون

خروجاً على القواعد العامة التي ذكرناها سابقاً فقد أجاز المشرع للقاصر أن يباشر بعض التصرفات ولو لم يرتب عليها نفعاً محضاً، فتع صحيحة رغم قصره وترتب جميع آثارها بلا حاجة إلى إذن من احد وبلا حاجة إلى إذن من أحد وبلا حاجة إلى أجازة، وهذه الحالات منها ما اقتضته الضرورات العملية ومنها ما جاء نتيجة رغبة المشرع في أن يتعود القاصر الاحتكاك بالحياة العملية حتى يكون مستعداً لمجابهة الحياة عند بلوغه سن الرشد⁽¹⁾، وهذه الحالات هي:

الحالة الأولى: تتعلق بما يوضع تحت تصرف القاصر أو يسلم عليه من أموال لازمة لنفقته، إذا اعتبر المشرع القاصر كامل الأهلية فيما يتعلق بالتصرفات القانونية التي ترد على هذه الأموال، سواء كانت أعمال إدارة أم تصرفات فتقع هذه التصرفات صحيحة مرتبة لآثارها بغض النظر عن طبيعتها، ولعله من الواضح أن المشرع عندما قرر هذا الحكم قد راعى اعتبارات الحياة العملية والتيسير على القاصر ومن يتعامل معه، ولم يشترط المشرع لاعتبار القاصر أهلاً لإجراء هذه التصرفات، أن يكون قد بلغ سنأ معينة، بل يكفي أن يكون قد صار مميزاً بأن يكون قد بلغ السابعة من عمره.

الحالة الثانية: هي التي تتعلق بعقد العمل الذي يبرمه القاصر قبل سن الرشد، إذ اعتبر المشرع هذا العقد صحيحاً مرتباً لآثاره، على خلاف القاعدة العامة التي تعتبره قابلاً للبطلان، لا أن المشرع لم يغفل مصلحة القاصر في هذه الحالة فأجاز للمحكمة، بناءً على طلب الوصي أو أي ذي مصلحة أن ينهي العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو أي مصلحة أخرى ظاهرة، كأن تكون أمام القاصر فرص أفضل لتحسين مستواه بمواصلة الدراسة أو ممارسة فن معين، أو مراعاة لصحته المعتلة التي قد تتأثر بمثل هذا العمل⁽²⁾.

الحالة الثالثة: تتعلق بالقاصر الذي بلغ السادسة عشر من عمره، إذا اعتبره المشرع كامل الأهلية فيما يتعلق بما يكسبه من عمله، فإذا كان القاصر الذي بلغ هذه السن يعمل فإن كل

(1) د. عبد الحميد الشواربي، جرائم الأحداث وتشريعات الطفولة، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997 م، ص 362

(2) د. عبدالرازق السنهوري، مرجع سابق، ص 700.

ما يجريه من أعمال وتصرفات تتعلق بالمال الذي يكسبه من عمله، تعتبر أعمال وتصرفات صحيحة ترتب كل آثارها، دون توقف على موافقة أحد ودون حاجة إلى إجازة. وهنا أيضاً ورعاية لمصلحة القاصر، أجاز المشرع للمحكمة أن تقيّد حق القاصر في ماله المذكور، فتجري عليه أحكام الولاية والوصاية، كأن يكون دخل القاصر من عمله كبير يخشى عليه من البذخ والإسراف.⁽¹⁾

الحالة الرابعة: وتتعلق بالقاصر الذي أذنت له المحكمة بالزواج وكان له مال، إذا اعتبره المشرع كامل الأهلية فيما يتعلق بالتصرف في المهر والنفقة، ويقصد بالمهر الصداق الذي يقدمه الزوج لزوجته دون "الدوطة" التي قد تقدمها الزوجة للزوج في بعض الشرائع. وللمحكمة رعاية لمصلحة القاصر أيضاً أن تأمر بغير ذلك، سواء في الإذن بالزواج أو لاحقاً على ذلك، أي أن للمحكمة أن تضيف المهر كله أو بعضه أو النفقة كلها أو بعضها إلى الأموال المشمولة بالولاية أو الوصاية، إذا كانت مصلحة القاصر تقتضي ذلك.

♦ الفرع الثاني: القاصر المأذون له من الولي أو المحكمة

بجانب الحالات السابقة التي يأذن فيها المشرع بنفسه للقاصر بأن يباشر بعض الأعمال والتصرفات، هناك حالات أخرى خول المشرع فيها الولي أو المحكمة أن يأذن للقاصر ناقص الأهلية أن يباشر بعض الأعمال والتصرفات القانونية، فإذا حصل على هذا الإذن، كانت تصرفاته صحيحة مرتبة لآثارها.

والحالة الأولى: تتعلق بالقاصر الذي بلغ الثامنة عشر من عمره، حيث أجاز المشرع لولية أن يسلمه أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وهذا الإذن بتسليم الأموال يصدر من الولي (الأب أو الجد) أو من المحكمة حسب الأحوال.

ويترتب على حصول القاصر على الإذن بالإدارة أن تكون كافة الأعمال والتصرفات يجريها وتتعلق بإدارة الأموال صحيحة مرتبة لآثارها القانونية دون حاجة إلى إجازة، فيعد كامل الأهلية بالنسبة لأعمال إدارة هذه الأموال رغم كونها دائرة بين النفع والضرر، ورغم هذا فإنه ليس لهذا القاصر المأذون له أن يؤجر الأراضي الزراعية أو المباني لمدة تزيد على سنة.

(1) انظر مقال منشور بعنوان فروع القانون الخاص، على موقع محاماة، اطلع عليه بتاريخ 2021/3/17 م.

وحماية لمصلحة القاصر أجاز المشرع للولي أن يسحب الإذن الذي سبق أن أعطاه للقاصر أو يحد من نطاقه، وعلى القاصر أن يقدم حساباً سنوياً وللمحكمة أن تأمر بإيداع المتوفر من دخل القاصر خزانة المحكمة أو أحد المصارف ومتى تم الإيداع امتنع عليه السحب منه بإذن المحكمة.⁽¹⁾

وإذ قصر القاصر المأذون له في الإدارة أو أساء التصرف في إدارته أو قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال في يده، جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب النيابة العامة أو أي من ذوي المصلحة أن تحد من الإذن أو تسلبه من القاصر بعد سماع أقواله.

أما الحالة الثانية: فتتعلق بالقاصر الذي بلغ الثامنة عشر من عمره وأذن له بالاتجار، إذ أجاز المشرع للمحكمة أن تأذن للقاصر الذي بلغ هذه السن في أن يتجر، واتجار القاصر يحتاج إلى إذن خاص، كلا يكفي فيه الإذن بالإدارة لما يتسم به الاتجار من خطورة ومجازفة بأموال القاصر.

♦ الفرع الثالث: الشخص البالغ الرشيد

يبلوغ الشخص سن الرشد وهو إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة متمتعاً بقواه العقلية ويكون كامل الأهلية أهلاً لمباشرة كافة أنواع التصرفات القانونية.

وتزول الولاية عن الصبي المميز، بحكم القانون، ببلوغه سن الرشد، أما إذا أنس الولي على المولى عليه انه سيبلغ غير رشيداً أي بنقص في قواه العقلية فله أن يطلب إلى القضاء استمرار الولاية عليه حتى إلى بعد بلوغه سن الرشد، فإذا استوثقت المحكمة من صدق قول الولي، أي من قيام العارض أو عدم إيناس الرشد، تقضي باستمرار الولاية على الصبي أما إذا بلغ الصبي رشيداً، فإن الولاية تنتهي عنه، فإذا قام به عارض من عوارض الأهلية، فلا سبيل لعودة الولاية عليه مرة أخرى وليس هناك من سبيل سوى إتباع إجراءات الحجر عليه وكذلك تنتهي الوصاية على القاصر ببلوغ سن الرشد إلا إذا تقرر استمرار الوصاية عليه قبل بلوغ هذه السن، أما إذا بلغ الشخص وهو غير متمتع بقواه العقلية أو بلغ ثم أصيب بعاهة تفقده عقله أو تنقصه، كان معدوم الأهلية أو ناقصها وهو ما يسمى بعوارض الأهلية.

(1) د. إبراهيم حرب محيسن، مرجع سابق، ص 685.

○ الفصل الثاني: عوارض الأهلية القانونية وموانعها

• المبحث الأول: عوارض الأهلية

ما يعرض للأهلية من عوارض قد يعدمها أو ينقصها، وهو قد يصيب العقل كالجنون والعتة والسفه والغفلة وقد يصيب الجسم فيجعل الشخص غير قادر على القيام بأمر نفسه كإصابة الحواس، وبعضها يحول بين الشخص والإشراف على أمواله وتصريف شؤونه كالغيبية وسوف نتعرض لكل عارض من هذه العوارض على حده.⁽¹⁾

■ المطلب الأول: الجنون

وهو آفة تصيب العقل فتذهب به، ويؤدي الجنون إلى فقد التمييز، ولا يفرق القانون الوضعي، مثل ما فعلت الشريعة الإسلامية، بين الجنون المطبق والجنون المتقطع، فتصرفات المجنون تقع باطلة بطلاناً مطلقاً متى صدرت بعد تسجيل قرار الحجر عليه، دون تمييز بين ما يصدر منه في فترة الجنون وما يصدر في فترة الإفاقة.

■ المطلب الثاني: العته

فهو أيضاً آفة تصيب العقل فتجعله مختلاً فهي لا تذهب بالعقل كالجنون، فيكون تصرف المعنوه مختلاً يشبه تصرف العقلاء أحياناً وتصرف المصابين بالجنون أحياناً أخرى. ولقد سوى المشرع بين المجنون والمعنوه في الحكم فأعتبرهما عديمي الأهلية، ويحكم بالحجر على المجنون والمعنوه إذا كان بالغاً، ولا يرفع عنه الحجر إلا بحكم، أما إذا ظهرت علامات الجنون أو العته قبل بلوغ سن الرشد، أي قبل انتهاء الولاية أو الوصاية، فإنه يجوز الحكم في هذه الحالة باستمرار الولاية أو الوصاية.⁽²⁾

■ المطلب الثالث: السفه

وهو من يبذر المال على غير مقتضى العقل والشرع ولو كان في سبيل الخير.

(1) د. نبيل سعد، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، دار المعرفة الجامعية، 1990، ص 258.

(2) د. نبيل سعد، أحكام الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، 2016، ص 654.

وهما يشتركان بوجه عام في معنى واحد وهو ضعف بعض الملكات الضابطة للنفس، إلا أن الصفة المميزة للسفه هي أنها تعتري الإنسان فتحمله على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل و الشرع، أما الغفلة فإنها تعتبر صورة من صور ضعف الملكات النفسية ترد على حسن الإدارة والتقدير، وهي على هذا الوصف وغن كان يرجع في إثباتها أو نفيها لذات التصرفات التي تصدر من الشخص إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من أن تستمد محكمة الموضوع أيضاً الدليل إثباتاً ونفياً من أقوال المحجور عليه في التحقيقات ومن مناقشتها له.⁽¹⁾ ويرى أبو حنيفة عدم جواز الحجر على السفه وذي الغفلة ولكن الصاحبين والأئمة الثلاثة يرون جوازه.

• المبحث الثاني: موانع الأهلية

موانع الأهلية عبارة عن أمور تجد بعد بلوغ الشخص سن الرشد ولا تؤثر في أهليته ولكن يكون من شأنها منع الشخص من أن يقوم بنفسه أو بمفرده بمباشرة التصرفات القانونية. وموانع الأهلية ثلاثة ندرسها في النقاط التالية:

■ المطلب الأول: الإصابة بعاهتين أو العجز الجسماني الشديد (المانع الطبيعي)

إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم أو كان مريضاً يحتاج إلى مساعدة، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة المختصة أن تعين له شخصاً يساعده في التصرفات التي تقضي مصلحته في ذلك، كما يكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت فيها المساعدة إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بغير معاونة مساعده بعد قرار المساعدة".

ويتضح من ذلك أن الإصابة بعاهتين أو العجز الجسماني الشديد الذي يتعذر معه على الشخص التعبير عن إرادته يعتبران مانع من موانع الأهلية، بحيث إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم أو كان مريضاً كأن يكون مشلولاً لا يستطيع التعبير عن إرادته فإنه يجوز للمحكمة أن تعين له مساعد قضائي يعاونه في مباشرة التصرفات القانونية، وعليه لتعيين المساعد القضائي يجب أن يتوافر شرطان وهما:

(1) د. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1981، ص 208.

1. اجتماع العاهتين أو المرض الشديد

2. عدم القدرة على التعبير عن الإرادة نتيجة المرض الشديد.

والمساعد هنا لا يعتبر نائباً عن صاحب العاهتين أو المريض مرض شديد وإنما هو معاون في مباشرة التصرفات القانونية، وعليه لكي تعتبر التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية بخصوصها صحيحة يجب أن تصدر من الاثنين معاً بالاشتراك، فإذا صدر التصرف من صاحب العاهتين أو العجز وحدة فإنه يكون قابلاً للإبطال لمصلحته إذا وقع التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة القضائية، أما إذا وقع التصرف قبل تسجيل قرار المساعدة القضائية الصادر من المحكمة المختصة فيكون صحيحاً. وإذا صدر تصرف من إحدى التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية بخصوصها من المساعد القضائي منفرداً دون الاشتراك مع صاحب العاهتين أو العجز الشديد فإنه يكون غير نافذ في حق صاحب العاهتين أو العجز الشديد. ويتضح مما تقدم أن المساعدة القضائية لا تنقرر بخصوص كل التصرفات وإنما تحدد المحكمة التصرفات التي تقتضي مباشرتها وجود مساعد قضائي مع صاحب العاهتين أو العجز الشديد ووفقاً لمصلحته "تعين له شخصاً يساعده في التصرفات التي تقتضي مصلحته في ذلك"، وبناء عليه إذا أبرم منفرداً صاحب العاهتين أو العجز الشديد تصرفاً غير التصرفات التي تقررت بخصوصها المساعدة القانونية فإنه يعتبر صحيحاً.⁽¹⁾

نلخص مما تقدم إلى أن الشخص المصاب بعاهتين أو الشخص المصاب بعجز جسماني شديد يتمتع بأهلية أداء كاملة إلا أنه نتيجة للإصابة أو العجز يصعب عليه مباشرة التصرفات القانونية منفرداً وذلك لأنه يتعذر عليه التعبير عن إرادته بشكل سليم وكامل وقد لا يدرك كل ظروف التعاقد، لذلك وحماية لمصالحه قرر له القانون نظام المساعدة القضائية والذي بمقتضاه يتوفر له من يعاونه في مباشرة التصرفات القانونية. ومن الجدير بيانه أن منع المصاب بالعاهتين من مباشرة التصرفات القانونية التي حددتها المحكمة في قرار المساعدة القضائية يكون بعد صدور القرار القضائي بذلك، وعليه فإن التصرفات التي يباشرها المصاب بالعاهتين أو العجز الشديد قبل صدور قرار المحكمة بالمساعدة القضائية تعتبر صحيحة ونافذة حتى ولو شملها قرار المساعدة القضائية.

(1) د. همام زهران، نظرية القاعدة القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 139.

▪ المطب الثاني: الغيبة (المانع المادي)

الغائب هو الشخص الذي غاب عن موطنه أو محل إقامته ولكن حياته تكون محققة وسواء كان محل إقامته في الخارج معلوماً أو غير معلوم. والغيبة على هذا النحو تعتبر مانعاً مادياً يحول بين الشخص وبين مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، وحتى لا تتعطل مصالح الغائب ومصالح أصحاب المصلحة من الغير بسبب الغيبة، قرر القانون وجود من ينوب عنه في إدارة شؤونه وأمواله وتولي مصالحه بحيث تعين المحكمة وكياً عنه للقيام بهذه المهام بناء على طلب أصحاب المصلحة إذا لم يكون قد ترك وكياً قبل غيابه، فإذا كان قد ترك وكيل قبل غيابه تقوم المحكمة بتثبيت هذا الوكيل إذا توافرت فيه الشروط القانونية اللازمة لذلك وإلا تعين غيره، وفي حالة عودة الغائب تنتهي مهام الوكيل لأن مانع الغيبة في هذه الحالة يزول، وكذلك الحال إذا مات الغائب أو حكم باعتباره ميتاً موتاً حكماً (المفقود) تنتهي مهام الوكيل وتوزع التركة على الورثة.⁽¹⁾

▪ المطب الثالث: الحكم بعقوبة جنائية (المانع القانوني)

يعتبر الحكم بعقوبة جنائية مانع قانوني يحول بين الشخص وبين مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، حيث عمد القانون إلى حرمان المحكوم من مباشرة التصرفات القانونية كأى شخص آخر كامل الأهلية، ويرجع ذلك إلى خطورة الجريمة التي ارتكبها والتي يكفيها القانون بأنها جنائية، بمعنى أن هذا الحرمان من قبل القانون جاء كعقوبة تبعية توقع على المحكوم عليه لشدة الجرم الذي ارتكبه بحيث توضع القيوم على مباشرة التصرفات القانونية الخاصة بأمواله ويعتبر محجوراً عليه مدة تنفيذ العقوبة.⁽²⁾

وتتمثل القيود التي وضعها القانون على المحكوم عليه بجنائية في أنه يتم تعيين قيم عليه يتولى القيام بأعمال الإدارة فقط، وتقوم المحكمة المختصة بتعيين القيم بناء على طلب المحكوم عليه أو أصحاب المصلحة، أما النسبة لأعمال التصرف فيكون مباشرتها من قبل المحكوم عليه نفسه ولكن بعد الحصول على إذن من المحكمة، وذلك بهدف أن تكون المحكمة على

(1) د. محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص 423.

(2) د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، 2003، ص 398.

بينة من ماهية التصرف كي لا يستخدم المحكوم عليه أمواله للهرب من السجن، ويزول هذا المانع بخروج المحكوم عليه من السجن وترد له أمواله ويقدم له القيم حساباً عن إدارته.

○ الخاتمة

من خلال ما سبق نجد أن كل شخص كامل الأهلية يكون قابلاً للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عطل يجعله ناقصاً أو منعدم الأهلية، والأهلية لها نوعان: الأول: وهو أهلية الوجوب أي قابلية الإنسان لاكتساب الحقوق والتمتع بها وتحمل الواجبات التي حددها القانون وهي دائمة طوال فترة حياته ولكن من الممكن لعدة أسباب ان يحرم منها، أما النوع الثاني فيسمى أهلية الأداء أي قابلية الانسان على ممارسة حقوقه المالية والشخصية حسب ما يتضمن القانون. والشخص عند ولادته تنشأ عنده الحقوق والواجبات لكن لا يستطيع ان يقوم بمباشرة الاعمال والتصرفات القانونية بنفسه، لأنه لا يعتبر مؤهلاً للقيام بهذه الاعمال القانونية وهذه الأهلية متعلقة بسن الشخص ودرجة التميز لديه وحيث نص القانون على «ان كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها القانون»، وهناك بعض الأمور تطراً على الإنسان قد تؤثر في أهليته وتميزه، وهذه العوارض اما أن تزيل أهليته بشكل كلي أو تحد منها وتؤدي الى اضطراب في عقل الانسان أو تضعف تفكيره مثل العته والجنون. كما ان تصرفات الشخص المجرد من قوة التمييز قابلة للإبطال مثل الصغير والمجنون تعد كأنها لم تكن، اما تصرفات الأشخاص الذين لا أهلية لهم لكنهم من ذوي التمييز فهي قابلة للإبطال كالمقصر المميز وعوارض الأهلية تنقسم الى الجنون وحالاته هي حالة الجنون المطبق والجنون المتقطع ونوع آخر من عوارض الأهلية هو العته والثالث هو الغفلة والسفه، والمجنون المطلق من تاريخ جنونه أفعاله غير قائمه أي منعدم الإدراك والتمييز بشكل كلي، اما الجنون المتقطع فيمكن معالجته أو التحقيق من حالته، اذا انتهت لديه حالة الجنون واستعاد قدرته العقلية تصبح أفعاله جائزة لأنه أصبح عاقلاً.

الدراسة الثامنة:

**الفلسفة الاقتصادية لأسهم الخزينة
دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والكويتي**

أ.عذبي العنزي⁽¹⁾

إن العدو لأي قانون هو ذلك الفراغ التشريعي الذي لم يجد القانون نفسه فيه نظريا وتطبيقيا من خلاله⁽²⁾. وعليه، فإن لموضوع إعادة الشركة لشراء أسهمها أهمية في الحياة الاقتصادية للشركة. فتقوم الشركة بإعادة شراء الأسهم التي طرحتها للتداول مما يحدث بدوره تخفيضا في رأس المال وحقوق الملكية لحملة الأسهم مما يثير عدة تساؤلات حول مدى إمكانية أن تكون هذه الشركة كطرف ثالث في هذا النسق⁽³⁾. ولهذه العملية عدة مناح اقتصادية فمنها على سبيل المثال أن تقوم الشركة بذلك خوفا من انهيار قيمة الأسهم عن القيمة السوقية⁽⁴⁾. وذلك من أجل ضمان تثبيت سعر السهم لدى هذا الحد وهو ما يثير بدوره إشكاليات أخرى حول نظرية كفاءة السوق. وتعرف نظرية كفاءة السوق من كونها ذلك المكان الذي يتم تسعير الورقة المالية تسعيرا حقيقيا وفقا للمعلومات المتداولة فيه⁽⁵⁾. ويتصرف

⁽¹⁾ باحث دكتوراة في جامعة بيكاردية جوليس فيرن في الجمهورية الفرنسية كلية الدراسات العليا قسم القانون الخاص.

⁽²⁾ Laura Barre, Le Depot de titres financiers et le droit commun, thèse en vue de l'obtention du doctorat de l'universite de Toulouse, 2015 P1

⁽³⁾ Jacques Coviaux, L'achat par une société de ses propres actions, in Dix ans de droit de l'entreprise, Litec 1978, p. 189.

⁽⁴⁾ Ian Ayres, Analysing stock lock-ups: Do target treasury sales foreclose or facilitate takeover auctions, Columbia law review, Vol. 90:682 p662-718 at 686.

⁽⁵⁾ Stéphane Robin, L'efficacité des marchés: quelques enseignements des expériences en laboratoire, Idées économiques et sociales, 2010/3 (N° 161), p. 40-47 à 42.

مجلس الإدارة بهذه الطريقة متبوعا بنظرية تعظيم الأرباح المقررة لمصلحة المساهمين⁽¹⁾.

لكن ما جدواها من حيث الناحية الاقتصادية والقانونية على الشركة؟

إن مثل هذه العمليات قد تشكل في حقيقتها استنزافا لرأس المال من جهة الأمر الذي قد يضر بالمتعاملين مع الشركة كالدائنين. حيث أن رأس مال يمثل الضمان العام للمساهمين. ونقصان ضمانهم قد يضر بمصالحهم مع الشركة من ناحية الملاءة المالية. من ناحية أخرى فإن في مثل هذه العمليات تعريض لمصلحة الأقلية من المساهمين للخطر فهي في حقيقتها تمثل تمكينا إضافيا للأغلبية المساهمة على حساب الأقلية وآية ذلك تتمثل في أن الشركة سوف تقوم بشراء أسهمها من خلال إعادة طرح أسهم للبيع فتقوم الأغلبية بتوجيه والضغط على مجلس الإدارة لشراء الأسهم وذلك من أجل إعادة شرائها مجددا مما يمثل قد يعكس زيادة في ملكية أغلبية المساهمين⁽²⁾. وخاصة في حالات عدم انطباق الاستحواذ الإلزامي في قانون الشركات الكويتي مثلا.

♦ أهمية البحث:

- يجد البحث أهميته من خلال بحث مسألة أسهم الخزنة باعتبارها أحد الطرق المهمة عمليا لزيادة غلة المساهمين ورفع ثروتهم من خلال اعتبارها وسيلة مهمة عمليا لتعظيم أرباحهم.
- تلجأ الشركات غالبا لهذه الوسيلة في حال عدم تحقيق أرباح وحالة ركود السوق كما حصل في الكويت مثلا حينما قامت بعض الشركات في الكويت حينما في أزمة كورونا باستصدار أسهم للخزينة وإعادة تداولها مجددا من أجل تغطية العجز الحاصل في أرباحها.
- يجد البحث أهميته أيضا في تقصي الاختباء حول مفهوم أسهم للخزينة لاضطهاد صغار المساهمين في داخل الشركة وإخراجهم عنوة من الشركة وذلك من خلال تقوية نفوذ كبار المساهمين.

(1) Peter Henry et Bahar Rashid. Rachat et options de rachat par une société de ses propres actions (en droit des sociétés). In: Thévenoz, Luc & Bovet, Christian. Journée 1999 de droit bancaire et financier. Berne: Stämpfli, 2000. p. 16

(2) Ibid a 30.

- يجد البحث أهميته في مسألة مدى جواز تعامل الشركة مع نفسها من خلال إصدار أسهم الخزينة لتقوم هي بدورها من إعادة شرائها في السوق.
- يجد البحث أهمية أخرى تكمن في مدى توافق عمليات أسهم الخزينة مع مفهوم كفاءة السوق ومدى توافقه.

♦ أهداف البحث:

- يهدف البحث إلى تقصي عديد من المسائل المهمة ووضع الضوابط القانونية لها كالتالي:
- 1- بحث مسألة أسهم الخزينة بشكل دقيق وربط الموضوع بعدد من المناحي الاقتصادية للتوصل إلى أفضل الحلول والنتائج بالتالي.
 - 2- بحث إشكالية مدى إمكانية تعاقد الشخص مع نفسه من الناحية القانونية.
 - 3- محاولة إيجاد حلول لإشكالية الموقف الضعيف لصغار المساهمين حال إصدار أسهم الخزينة.
 - 4- بحث الإشكاليات المتعلقة بإصدار أسهم الخزينة مع مسألة كفاءة السوق وموضوع المضاربات والاستثمارات قصيرة الأجل.
 - 5- بحث تعارض أسهم الخزينة واستصدارها مع مسألة الملاءة المالية للشركة بوصفها القدرة على تغطية التزاماتها.
 - 6- الدعوة لتبني نظرية المصلحة الجماعية كهدف في إدارة الشركة وما يتولد عنها من مسائل مهمة كتبني تمثيل أصحاب المصلحة في مجلس الإدارة، وحض المشرع الكويتي لاقتفاء أثر المشرع الفرنسي في هذه المسألة.
 - 7- المناداة لتطبيق قواعد الاستحواذ الإلزامي على الشركات غير المدرجة لتقادي الفجوة الخاصة.

♦ إشكالية البحث:

نصت المادة 170⁽¹⁾ من قانون الشركات الكويتي رقم 1 لسنة 2016 على:

(1) قانون رقم 1 لسنة 2016 بإصدار قانون الشركات الكويتي ، مادة 170.

"يتم تخفيض رأس المال بإحدى لطرق التالية:

- تخفيض القيمة الإسمية للسهم بما لا يقل عن الحد الأدنى المقرر.
 - إلغاء عدد من الأسهم بقيمة المبلغ المراد المقرر تخفيضه من رأس المال.
 - شراء الشركة لعدد من أسهمها بقيمة المبلغ الذي تريد تخفيضه من رأس المال.
- وتبين اللائحة التنفيذية الإجراءات الخاصة بتخفيض رأس المال في كل حالة".

وعليه مما يتبين لنا في عجز المادة السابقة ان المشرع الكويتي قد تبني موقف الجواز من عملية إصدار الشركة لأسهم الخزينة. وهو موقف منتقد من ناحيتنا لكونه يخل بعدد من المبادئ المهمة الخاصة كما أسلفنا في المقدمة عن مدى جواز تعامل الشركة مع نفسها باعتبارها مصدرة لأسهم الخزينة لدى الطرح ثم أن تقوم هي نفسها بإعادة الشراء. ثم ما قد يتولد عن هذه العملية من خرق لمبدأ المساواة بين المساهمين وحماية صغار المساهمين وتمكين الغلبة لكبار المساهمين ولكون هذا الموقف يخل بنظرية كفاءة السوق في حقيقته ولا ريب أنه في الأخير أن المشرع الكويتي إنما اقتفى هذا الأثر تماشياً مع نظرية تعظيم الأرباح والتي هي بدورها نظرية تفضل مصلحة خاصة لأحد فئات الشركة وهم المساهمون دون غيرهم وما قد ينتج عنها أزمة مع الفئات الأخرى المرتبطة مع الشركة خاصة الدائنين والموظفين.

♦ منهجية البحث:

يتبنى البحث منهجية القانون المقارن بمقارنة القانون الكويتي بنظيره الفرنسي في قانونه القديم والحديث كما سيلي بيانه، وبحث أسباب كل منهما في الوصول إلى التنظيم الحالي. وقد تثير هذه المنهجية عددا من الصعوبات في القوانين المقارنة بين القوانين والتي تكاد تكون من حيث النظرية أكثرها تعقيدا في مقارنة الفلسفات المختلفة للمشرعين⁽¹⁾. لا سيما أن نظرية القانون فقها تستلزم المعرفة والنظرية والفلسفة من أجل فهم عميق للقانون المقارن ذاته وصولا لما يسمى بالعلم القانوني⁽²⁾.

(1) Geoffrey Samuel, Droit comparé et théorie du droit, Dans Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2006, vol 57.2, P 1-35 à 1.

(2) Robert Blanche, L'épistémologie, Paris, Presses Universitaires de France, 3e éd, 1983, p. 8.

♦ خطة البحث:

المبحث الأول: مفهوم أسهم الخزينة وإشكاليته القانونية

المطلب الأول: مفهوم أسهم الخزينة

المطلب الثاني: الإشكاليات القانونية لأسهم الخزينة

المبحث الثاني: تعارض فكرة أسهم الخزينة مع عدد من النظريات الاقتصادية

المطلب الأول: تعارض فكرة أسهم الخزينة مع حماية صغار المستثمرين

المطلب الثاني: تعارض فكرة أسهم الخزينة مع مفهوم كفاءة السوق المالية

المطلب الثالث: تعارض فكرة أسهم الخزينة مع الملاءة المالية للشركة ورأس مالها

المبحث الثالث: موقف المشرع الفرنسي

المطلب الأول: الإطار التشريعي للمشرع الفرنسي

المطلب الثاني: أسباب التشريع الفرنسي القديم

المطلب الثالث: أسباب التشريع الفرنسي الحديث

المبحث الثالث: موقف المشرع الكويتي

المطلب الأول: الإطار التشريعي للمشرع الكويتي

المطلب الثاني: موقف المشرع الكويتي وأسبابه

○ المبحث الأول: مفهوم أسهم الخزينة وإشكاليته

لقد أثار مفهوم أسهم الخزينة عددا من الإشكاليات القانونية والاقتصادية. وعلى أية حال فتعرف أسهم الخزينة على تعرف أسهم الخزينة بأنها تلك الأسهم التي تقوم الشركة بإعادة شرائها بعد طرحها للتداول العادي بين المستثمرين⁽¹⁾. وعلى أية حال، ففي هذا المبحث سوف نستعرض مفهوم أسهم الخزينة وإشكاليته القانونية والاقتصادية بشيء من التفصيل كالتالي:

المطلب الأول: مفهوم أسهم الخزينة

المطلب الثاني: الإشكالية القانونية

المطلب الثالث: الإشكالية الاقتصادية

(1) د. فايز سليم حداد، الإدارة المالية، عمان، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، 2014 ص 320

• المطلب الأول: عناصر مفهوم أسهم الخزينة ووسائل تداولها

تعرف أسهم الخزينة بأنها تلك الأسهم التي تقوم الشركة بإعادة شرائها بعد طرحها للتداول العادي بين المستثمرين⁽¹⁾. وتعرف أيضا بأنها تلك العملية التي وفقا لاختبار الملاءة المالية على أنه يجوز للشركة شراء أو إعادة شراء أسهمها إذا لم تصبح القيمة السوقية لأصولها، نتيجة لهذا الدفع، أقل من مجموع التزاماتها والمبالغ المطلوبة للحفاظ على قيمة الأسهم². وبدوره لم يقر المشرع الكويتي بالتصدي لتعريف عملية شراء الشركة لأسهمها أو ما يسمى بأسهم الخزينة. حيث اكتفى بعجز المادة 170 من قانون الشركات على ذكر الآلية التي يجوز فيها للشركة تخفيض رأسمالها دونما إيراد ثمة تعريف. وبناء عليه فسوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين كالتالي:

الفرع الأول: عناصر مفهوم أسهم الخزينة

الفرع الثاني: وسائل تداول أسهم الخزينة

▪ الفرع الأول: عناصر مفهوم أسهم الخزينة

بعد استعراض مفاهيم مختلفة لأسهم الخزينة يتضح لنا أنها تشترك في العناصر إجمالاً. وبناء على التعريفات السابقة يتضح لنا مجموعة من العناصر المهمة في التعريف كما يلي:

♦ أولاً: القيمة الإسمية في مفهوم أسهم الخزينة

أن الشركة تطرح هذه الأسهم للتداول بما لا يقل عن القيمة الإسمية وتلجأ لطرق مهمة من أجل تثبيت السعر. وتعرف القيمة الإسمية بأنها القيمة التي دفعت فيه لامتلاكه ابتداء من مجموع القيم الإسمية لجميع الأسهم التي يتكون منها رأس مال الشركة⁽³⁾. وذلك على خلاف القيمة السوقية والتي تعرف بأنها قيمة الأسهم التي تباع بها في سوق المال وتمثل في غالب

(1) Ibid

(2) Robert Demers. Achat et rachat d'actions en vertu de la Loi régissant les sociétés commerciales canadiennes. Les Cahiers de droit, 22.1, 1981, P 55-79 à 66.

(3) د. عبد الفضيل محمد أحمد، الشركات، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1996، ص303

الأحيان القيمة الأقرب للحقيقة إن صح التعبير عن ذلك وبالتالي فقد تكون أعلى أو أقل من القيمة الأسهم بحسب توفر المعلومات وسلوك المستثمرين عموماً⁽¹⁾.

♦ ثانياً: الهدف من القيمة الإسمية.

تلجأ الشركة في مثل هذه الحالات عن طريق تخفيض رأس مالها خاصة في أزمات الركود الاقتصادي وقد يكون استجابة لطلب المساهمين في ذلك من أجل إعادة النقد غير المستغل لهم وذلك من أجل توزيع الأرباح مثلاً⁽²⁾. كما حدث في الكويت مثلاً في أزمة الكورونا مع بعض الشركات حيث لجأت لهذا الأسلوب.

♦ ثالثاً: نلاحظ أيضاً أن الشركة وفقاً لهذه العملية فإنها تسعة للحفاظ قيمة أصولها وذلك بعدم إدخال هذه الأسهم المعاد شرائها واعتبارها أصلاً في حد ذاتها.

▪ الفرع الثاني: وسائل تداول أسهم الخزينة

بعد استعراض مجموعة من العناصر المشتركة لمفهوم أسهم الخزينة، كان لا بد من بيان آلية ووسائل تداولها وذلك لأن هذه المسألة في نظرنا هي غير منفكة عن سابقتها منطقياً. وبالتالي، كذلك فإنه عملية إعادة شراء الأسهم من حيث المفهوم عادة ما تتم عبر ثلاث طرق:

♦ أولاً: التداول المباشر في السوق

فإنما أن يتم تداولها مباشرة بين المساهمين مما يزيد الطلب على السهم في السوق فيرتفع سعره بالتالي. ويتم التداول في هذه الحالة بشكل عام عن طريق العرض الأولي للأوراق المالية لغاية وصول الأوراق ليد الجمهور ولهذا الأمر سببان رئيسان، أولهما جذب المستثمرين وتوفير

(1) د. محمود أمين زويل، بورصة الأوراق المالية، أحوالها ومستقبلها، الإسكندرية، دار الوفاء للطباعة والنشر، 2000 ص 48-49

(2) د. حسين خليل شحادة و د. وليد ناجي الحياي، مدى تأثير المزيح التمويلي على السياسات المالية للشركات، مركز الكتاب الأكاديمي، الطبعة الأولى، ص 18

المعلومات وثانيهما تجميع المعلومات لشركات الإصدار بهدف إعطاء معلومات حول القيمة السوقية للأسهم في السوق⁽¹⁾.

♦ ثانياً: التداول عبر العطاءات

أن تتم عبر العطاء حيث تقوم الشركة بطرح عطاء لشراء عدد معين من الأسهم عند سعر محدد يكون أعلى من سعر السوق لتشجيع البائعين.

♦ ثالثاً: التداول عبر التفاوض

أن تتم عبر التفاوض وذلك من خلال أن يبيع مساهم أو مستثمر كبير أسهمه⁽²⁾. ويقصد في التفاوض هو أن يتم بيع الورقة المالية من خلال التفاوض على سعرها في الشراء حيث أن لهذا التفاوض القدرة على رفع سعر الورقة المالية من قبل صاحبها⁽³⁾.

• المطلب الثاني: الإشكاليات القانونية لأسهم الخزينة

رغم ما تحققه أسهم الخزينة من منافع على الشركة المصدرة لها، إلا أن هذا الأمر لا يخلو من مجموعة إشكاليات قانونية تتمثل أولاً في مدى إمكانية الشركة في التعاقد مع نفسها وذلك من خلال طرح هذه الأسهم للتداول ثم أن تقوم هي مجدداً بإعادة شرائها، كذلك ما قد تمثله من إخلال لحق الدائنين من خلال إنقاص رأس المال. وعلى ذلك فسوق نقسم هذا المطلب لفرعين كالتالي:

1- الفرع الأول: الإشكالية القانونية في تعاقد الشركة مع نفسها.

2- الفرع الثاني: الإشكالية القانونية في إنقاص رأس المال وحقوق الدائنين.

(1) أ.د. سرمد كوكب الجميل، المدخل إلى الأسواق المالية، شركة دار الأكاديميون للنشر والتوزيع، ص 60

(2) د. فايز سليم حداد، مرجع سابق، ص 323

(3) Thomas Bates, Michael Lemmon, James Linck, Shareholder wealth effects and bid negotiation in freeze-out deals: Are minority shareholders left out in the cold?, Journal of Financial Economics, Journal of financial economics v 81.3, 2006, P 681-708 at 681.

▪ الفرع الأول: الإشكالية القانونية في تعاقد الشركة مع نفسها

في فرضية إعادة الشركة لشراء أسهم الخزينة فإن الشركة المصدرة تقوم بطرح هذه الأسهم للتداول في السوق عبر العرض الأولي وقد تكون مكلفة من قبل المساهمين بإعادة شراء هذه الأسهم مجددا لكي تحافظ على قيمتها من الانهيار أو من أجل توزيع أرباح وزيادة التدفقات النقدية. لكن مجددا ما يثير التساؤل والريب هنا عن مدى قانونية وجواز تعاقد الشركة مع نفسها. على اعتبار عملية خاصة ربما استلزمها الضرورة الاقتصادية. وقد يدخلنا ذلك إلى عدد من الفرضيات لعل أهمها المصلحة المنشودة إذا كان مجلس الإدارة موجه من قبل الأغلبية.

♦ أولا: مدى جواز تعاقد الشركة مع نفسها

نحن نتحدث في هذه الحالة حول إمكانية أن تتعاقد الشركة وفقا لمفهوم شخصيتها الاعتبارية المستقلة مع نفسها مجددا. وهي حالة تثير الريبة والشك على حد تعبير بعض الفقهاء⁽¹⁾، وحقيقة فإنني أميل إلى الرأي المعارض الذي لا يبرر هذا الأمر ففي الفقه حيث عدم إمكانية هذا الأمر نظريا ولهم حججهم كالتالي:

1- طبيعة العقود: إن طبيعة العقود تستلزم التوفيق بين مصلحتين متعارضتين كعقود المعاوضات مثلا حيث تتم المفاوضات بين شخصين كل منهما يسعى لإبراز مصلحته وهو ما يغيب حال تعاقد الشخص مع نفسه⁽²⁾.

2- تلاقي الإرادتين: أنه يستلزم في العقود عامة تلاقي إرادتين فالإيجاب يرتبط بالقبول من أجل إبرام التعاقد⁽³⁾ بينما حال - تعاقد الشركة مع نفسها حقيقة فليس هناك هذا الأمر.

3- حالة خاصة: أن تعاقد الشخص مع نفسه تعد حالة خاصة وشاذة جدا، حتى القائلين بالإنابة في التعاقد مرة باعتباره نائبا عن غيره ومرة أخرى باعتباره أصيلا عن نفسه يعتبروا ذهبوا لاعتبارها تجاوزا في حدود إنابته⁽⁴⁾.

(1) راجع في هذا المعنى

Cathrine Prieto, La société contractante, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995

(2) رمضان أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، 1984، ص74.

(3) Marcel Planiol et Georges Ripert, Traité pratique de droit civil français, Les obligations. le TOURNEAU, Mandat, Rép. civ. D., avril 2006, n° 223, p. 37.

(4) د. محمد السيد فارس، التعاقد مع النفس بين النظرية والتطبيق: مفهوم وحكم التعاقد مع النفس وتطبيقاته المعاصرة،

مجلة القانون والاقتصاد (ملحق خاص بالعدد 92، ص316-409 في 322

4- **مصالح متضاربة:** وقد يثور تساؤل من أن مجلس الإدارة في حقيقته تطبيقاً لمبدأ فصل الملكية عن الإدارة فإنه يعتبر نائباً عن مجموع المساهمين وقد استنكر الفقه تعاقد الشخص بوصفه وكيلاً عن أصيلين اثنين باعتبار أنه سوف يرجح مصلحة أحدهما على الآخر⁽¹⁾ وهو ما ينطبق في حالتنا الماثلة حيث أن مجلس الإدارة ربما سيتعرض لضغط من قبل كبار المستثمرين وهو ما سنبينه في الفرع التالي.

♦ ثانياً: توجيه مجلس الإدارة من قبل الأغلبية

الأصل أن يعمل مجلس الإدارة وفقاً لمصلحة المساهمين بما جميعاً بما يحقق النجاح للشركة وهو ما يسمى بواجب تحقيق النجاح. ويعرف هذا الواجب والالتزام بأنه واجب تحقيق أرباح المساهمين وتعظيمها ككل⁽²⁾. لكن ما قد يحصل هنا أن يعمل مجلس الإدارة موجهاً من قبل كبار المساهمين كالمحافظ المالية وصناديق الاستثمار من أجل تحقيق أرباح خاصة وتغليب مصالحهم المرتبطة بهم ارتباطاً وثيقاً على حساب المصلحة الجماعية للشركة أو على حساب مصلحة الأقلية. وتتمثل هذه المسألة في عدة أمور كالتالي:

- 1- **وضع سياسات الشركة:** فيستطيع المساهمون الأغلبية بناءً على دورهم وغلبتهم في الشركة وضع السياسات العامة التي تدار وتوجه في ضوءها الشركة ونشاطاتها التجارية⁽³⁾.
- 2- **استغلال المعلومات الداخلية لمصلحة الأغلبية:** حيث تملك الأغلبية القوة والهيمنة الكافية لفعل ذلك من أجل المنفعة الخاصة بهم والمتعلقة بالشركة⁽⁴⁾. وحيث يترتب على هذا المنع تجريم الاستعمال والمتاجرة في استغلال هذه المعلومات بحكم مناصبهم وإطلاعهم عليها⁽⁵⁾.

(1) André ROUAST, Traité pratique de droit civil français, t. XI, Contrats civils, 2e partie, LGDJ, 1954, p. 244.

(2) Shelley Marshal and Ian Ramsay, Stakeholders and directors duties: law, theory and evidence, Forum: Stakeholders and Directors Duties: Law, Theory and Evidence, P291-316 at 291.

(3) Philip Anisman, Majority-Minority Relations in Canadian Corporation Law: A Majority-Minority Relations in Canadian Corporation Law: An Overview, Canada-United States Law Journal, Vol 13.8, 1988, P83-134 at 86.

(4) Thibault Biebuyck, Ariane Chapelle et Ariane Szafarz, Les leviers de contrôle des actionnaires majoritaires, revue governance, vol 1.2, 2002 P1-28 à 3.

(5) Harry McVea, What's Wrong with Insider Dealing, Journal of legal studies, vol 15.1, 1995, P 390-414 at 390.

3- توجيه مجلس الإدارة: وفي ضوء ما ذكر فإن لهؤلاء الأغلبية توجيه مجلس الإدارة، وعليه فإنهم يستطيعون الهيمنة على مصالح الشركة وتوجيهها لصالحهم⁽¹⁾.
وعليه نستطيع أن نتساءل عما إذا كان الأغلبية يستطيعون توجيه مجلس الإدارة لشراء أسهم الخزنة وذلك من أجل تعظيم أرباحهم من جهة، أو حتى فإنهم يستطيعون الاستحواذ على أسهم الأقلية من أجل إخراجهم من الشركة وفي ذلك إجحاف بحق هؤلاء الأخيرين وهو ما يثير الريب والاستغراب في خصوص هذه العملية خاصة وأن الجمعية العامة يحكمها مبدأ المساواة بين المساهمين. حيث يعرف هذا المبدأ بأنه المساواة بحسب المراكز القانونية لكل مساهم في الشركة يشارك في صنع قراراتها وله التزامات على عاتقه وذلك بهدف إنجاح الشركة⁽²⁾.

▪ الفرع الثاني: الإشكالية القانونية في إنقاص رأس المال إخلالا بحق الدائنين

الأصل أن يشكل رأس المال الشركة ضمانا عاما للدائنين. وذلك لأن حق الدائنين في ديونهم على الشركة من حيث الأصل العام يقتصر على رأس المال دون أن يكون لهم حق الرجوع على المساهمين في أموالهم إذ أن القاعدة القانونية تنص على أن الشركة في هذا السياق بشخصيتها الاعتبارية تتكون لها علاقة مديونية بينها وبين المساهمين⁽³⁾. ومن المتصور إن إصدار أسهم الخزينة بالتالي سيؤدي إلى تخفيض رأس المال سيؤدي إلى الإضرار بحقوق الدائنين خصوصا الدائنين العاديين. إذ كما هو متعارف عليه من حيث الأصل أن الضمان العام لوحد لا يكفي لضمان استيفاء الدين⁽⁴⁾ وبيان ذلك كالتالي:

(1) Claude Champaud, Le pouvoir de concentration de la société anonyme, Sirely, Paris, P108.

(2) Momath Ndiyah, L'inégalité entre associés en droit des sociétés, thèse en vue de l'obtention du doctorat de Droit à l'université de la Sorbonne, 2017 p30.

(3) Maurice Cozian, Alain Viandier et Florence Deboissy, Droit Des sociétés, Lexis Nexism 34 edn, Paris, 2021, 245.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1970،

♦ أولاً: مدى تأثر الدائنين بعملية استصدار أسهم الخزينة: قد يتأثر الدائنون بهذه العملية في حال قيام الشركة بإعادة شراء أسهمها حال استصدار أسهم الخزينة وهو ما قد يضر بمصلحة الدائنين خاصة إذا انطوت هذه العملية على سوء نية. وبيننا ذلك كالتالي:

1- ترتيب الدائنين: تختلف قوة الدين من حيث وجود ما يضمنه فإذا كان محض التزام شخصي يختلف عن كونه إذا كان مضموناً بأحد التأمينات العينية أو الشخصية وبذلك تأتي المفاضلة في استيفاء الدين.

2- رأس المال هو الضمان العام: لما كان رأس المال الشركة المدرجة في حقيقته ضماناً عاماً للدائنين باختلاف درجاتهم فإن هذا التخفيض أو اتخاذ قرارات من شأنها الخفيض فإنه كان لزاماً الحفاظ على حقوق هؤلاء. ومن المعلوم أن الدائنين يمارسون دوراً جوهرياً في تمويل الشركة وذلك وصولاً إلى إنجاحها.

♦ ثانياً: الحلول المطروحة على الدائنين لمواجهة هذا الأمر: قد يستطيع الدائنون إذا ما التفت المشرع عموماً لمعالجة وضعهم، خاصة إذا كان تخفيض رأس المال من أجل إصدار أسهم للخزينة سيضر بمراكز الدائنين ويضعف من ضمانهم العام. وبيننا ذلك كالتالي:

1- حق الاعتراض: يستلزم ضمان دور ومشاركة الدائنين في ممارسة حق الاعتراض حال تخفيض رأس مال الشركة من أجل إصدار أسهم خزينة بأن يكون للدائنين حق في الاعتراض إذا كان هذا التخفيض من شأنه المساس بحقوقهم كحال حقهم في ذلك في اندماج الشركات وهذا الحق لا يقتصر على الدائنين العاديين فقط بل يمتد ليشمل الدائنين الممتازين كأصحاب التأمينات العينية أو الشخصية حال إذا كان تخفيض رأس المال في الاندماج يؤثر على حقوقهم⁽¹⁾.

2- دعوى عدم نفاذ التصرفات: من أجل إنقاذ الموقف بالنسبة للدائنين في حال تم استصدار أسهم الخزينة، فإنه قد يجوز وتطبيقاً للقاعدة العامة بالنسبة للدعوى البوليصية في حالة إثبات أن إخفاض رأس المال كان القصد منه إضعاف الضمان العام للدائنين⁽²⁾. وتعرف

(1) د. حسام الدين عبدالغني الصغير، النظام القانوني لاندماج الشركات، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2016، ص 562

(2) د. علي حسن يونس، الشركات التجارية، القاهرة، 1957، ص 148

الدعوى البوليصية بأنها الدعوى التي تمنح للدائنين للمحافظة على ضمانهم العام من تصرفات المدين الضارة بهم عن طريق استصدار حكم قضائي بعدم نفاذ هذه التصرفات بمواجهتهم⁽¹⁾.

○ المبحث الثاني: تعارض فكرة أسهم الخزينة مع عدد من النظريات الاقتصادية

يتناول في هذا المبحث، عددا مهما من المواضيع المرتبطة بشكل أو بآخر بموضوع استصدار الشركة لأسهم الخزينة من أجل إعادة شرائها. لعل ما يأتي في صدارة هذه المواضيع المهمة تعارض فكرة أسهم الخزينة مع حماية صغار المساهمين. ثم تعارض فكرة الخزينة مع مفهوم كفاءة السوق المالية وفي النهاية تعارض فكرة أسهم الخزينة مع مصلحة الشركة الجماعية. وعليه فسوف يتم تقسيم هذا المبحث كالتالي:

المطلب الأول: تعارض فكرة أسهم الخزينة مع حماية صغار المساهمين

المطلب الثاني: تعارض فكرة أسهم الخزينة مع مفهوم كفاءة السوق المالية

المطلب الثالث: تعارض فكرة أسهم الخزينة مع الملاءة المالية للشركة

• المطلب الأول: تعارض فكرة أسهم الخزينة مع حماية صغار المساهمين.

إن فكرة حماية المساهمين عموما صغارهم وكبارهم تأتي على رأس أولويات عمل مجلس الإدارة لا سيما وأن القوانين تأتي أحيانا لتلزم مجلس الإدارة أثناء تنفيذ استراتيجية الشركة بالشفافية ضمانا لتحقيق أفضل المكاسب لهم⁽²⁾. ويقسم المساهمون في هذا الصدد لكبار المساهمين وصغارهم. وغالبا ما تحرص القوانين في العموم من توفير الحماية المطلوبة لصغار المساهمين بحسبان وضعهم الضعيف داخل الشركة ولوضع توازن في القوى. فكبار المساهمين كما أسلفنا في مواضع متقدمة أنهم يهيمنون على مصالح الشركة وبالتالي كان من الممكن لهم واقعا تسيير مسألة استصدار الشركة لأسهم الخزينة من أجل إعادة شرائها.

(1) د. فارس محمد العجمي و أ. عبدالله محمد الدوسري، أحكام الالتزام في القانون المدني الكويتي-الجزء الثاني، الطبعة

الثالثة، 2015، ص43

(2) Christian At, Nathalie Chappe, Pierre-Henri Morand, Lionel Thomas, Protection des actionnaires et bénéfics privés Doit-on aller plus loin que la loi ? Dans Revue économique, vol 58.6, 2007, P 1207- 1220 à 1207.

وبالتالي فسوف نقسم هذا المطلب كالتالي:

الفرع الأول: مفهوم صغار المساهمين

الفرع الثاني: كيفية تعارض أسهم الخزينة مع مصلحة صغار المساهمين

▪ الفرع الأول: مفهوم صغار المساهمين

وعليه فيمكن تعريف صغار المساهمين بأنهم أولئك المساهمون الذين يمتلكون نسبة من الأسهم تقل من حجم مشاركتهم في الجمعية العامة للمساهمين وبالتالي مشاركتهم في صنع قرارات الشركة بل على العكس فإنهم يخضعون للقرارات التي تصدرها الجمعية العامة والمحكومة من قبل الأغلبية⁽¹⁾. والعلة في ضالة مشاركتهم أن في شركة قد وجهت مصلحتها بأنها قد تم توجيهها لكبار المساهمين⁽²⁾. وسنتناول المسألة بشيء من التفصيل كالتالي:

♦ أولاً: انطباق وصف الشريك على صغار المساهمين

إن وصف المساهمين بالصغار لا ينفي عنهم صفة الشريك وبالتالي فإن مشاركتهم لا تنتفي بالكلية في صنع القرار بل كان لزاماً من أجل مصلحتهم المقررة المشاركة في ذلك وذلك بتفعيل حق الحضور والتصويت في الجمعية العامة للمساهمين. ويعرف الشريك على أنه ذلك الشخص الذي يملك حصة من الأسهم وبالتالي ما يمكنه من العمل لمصلحة الشركة والتدخل في شؤونها⁽³⁾. والقوانين في عموماً تحرص على حماية أقلية المساهمين لما يشكله ذلك من جذب للمستثمرين من جهة، وتحقيقاً لمبدأ العدالة بين المساهمين من جهة أخرى. وبالتالي حتى يتكون لدينا مفهوم صغار المساهمين فإنه يلزم توافر العناصر التالية:

1- امتلاك نسبة معينة من الأسهم: ينبغي من أجل إضفاء وصف مساهم على شخص

ما أولاً أن يكون لديه نسبة معينة من الأسهم المكونة لرأس مال الشركة. ذلك تطبيقاً لفكرة أن المساهم في حقيقته هو مالك سهم.

(1) Schmidt Dominique, les droits des minorites et les offres publiques, Recc, Dalloz, 2007, P1887.

(2) Schmidt Dominique, Les associés et les dirigeants: actionnaires minoritaires, un combat légitime ? Cahiers de droit de l'entreprise, vol 5.1, 2005, P58.

(3) Alain Viandier, La notion d'associé, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1978, P 156.

2- حقوق المشاركة والتصويت: يجب أن تكون هذه الأسهم المملوكة للمساهمين تمكنهم من الحق في الحضور والتصويت لأنها تعتبر من قبيل الحقوق الأساسية في هذا السياق⁽¹⁾.

3- حق الاعتراض على القرارات الصادرة من الجمعية العامة للمساهمين: إن ما يترتب كنتيجة حتمية لامتلاك المساهمين الحق في الحضور والتصويت هو الحق في تسجيل الاعتراضات على القرارات الصادرة من الجمعية العامة بل وفي بعض الأحيان يمتد هذا الحق ليصبح الحق في التظلم لدى هيئة سوق المال لدى لجنة التظلمات في بعض الأحيان.

♦ ثانيا: لزوم وضع صغار المساهمين في اعتبار سياسية الشركة

إن مجلس الإدارة لدى وضعه الخطط الخاصة في تسيير شئون الشركة فعليه التزام بوجود مراعاة مصلحة الأقلية حتى لا يقع في المحذور. ولما كان المساهم مالك لجزء من الأسهم في الشركة وباعتباره شريكا في رأس المال فإنه ينبغي على مجلس الإدارة اعتبار مصلحته في الحساب. وبيان ذلك كالتالي:

1- عدم إرهاب الشركة بالتقاضي: إن مجلس الإدارة يعتبر وكيلا عن المساهمين عموما وبالتالي فإن من المتعين على مجلس الإدارة أن يعمل لمصلحة الشركاء عموما. وإلا فإنه سينتج عن ذلك اضطهاد بحقوق أقلية المساهمين وبالتالي كنتيجة حتمية إرهاب الشركة بدعاوى المسؤولية ضد مجلس الإدارة ودعاوى البطلان المختلفة. فالأسلم لمجلس الإدارة من ناحية عملية الموازنة بين مختلف المصالح. وإلا فالمحصلة النهائية هي اهتزاز ثقة المتعاملين مع الشركة كالموردين والدائنين مثلا ما قد يمس بنشاطها التجاري، وقد يمتد هذا الأمر أن حيث قد يتوجس المستثمرون الخارجيون من الاستثمار في شركة سيئة السمعة خوفا من أن يصبحوا أقلية فيها وبالتالي هضم حقوقهم⁽²⁾.

2- عقد الأقلية اتفاقية خاصة مع مجلس الإدارة لتوفير حماية إضافية لهم: بحيث يتفق المساهمون الأقلية بهدف موازنة القوى بينهم وبين الأغلبية المهيمنة على مفاصل الشركة مع مجلس الإدارة على توفير حماية إضافية لهم من خلال نشاط الشركة الخارجي نظير مقابل

(1) Gervais Mubrankiko, La place des associés minoritaires dans la gouvernance des entreprises en droit OHADA, L'hamartan, Paris, 2019, P21.

(2) Hodge O'Neal, Oppression of Minority Shareholders: Protecting Minority Rights, Cleveland state law review, vol 35.1, 2007 P121-146 at 121.

مكافأة مجزئة. ولذلك ووفقا لهذه الاتفاقيات فإن مجلس الإدارة سيعمل على خدمة أقلية المساهمين بما يضمن حقوقهم كما في حالة تقديم عرض منافس لعرض الاستحواذ⁽¹⁾.

3- ضمان مصالح الأقلية: وبالتالي ووفقا لكل ما سبق، فبإمكان الأقلية أن يتمتعوا بضمان عدم الإضرار بمصالحهم خاصة في حال إصدار الشركة لأسهم الخزينة من خلال إعادة شرائها من البورصة. هذا من شأنه أن يقيم التوازن بين مصالح المساهمين المختلفة.

▪ الفرع الثاني: كيفية تعارض أسهم الخزينة مع مصلحة صغار المساهمين

أسلفنا كما تقدم في مواطن سابقة، أنه أمكن من قبل أغلبية المساهمين الضغط على مجلس الإدارة من أجل طرح أسهم الخزينة من أجل إعادة شرائها من السوق مجددا. وهو ما شأنه أن يقوم على حيلة مفادها تقوية نفوذ الأغلبية المساهمة في الشركة والتقليل من وجود أقلية المساهمين. وهو ما يضر حتما بأقلية المساهمين من جهة. وصورته أن يضغط كبار المساهمين على مجلس الإدارة من أجل استصدار أسهم للخزينة يترتب عليها زيادة في ملكية كبار المساهمين والاختباء خلف تلك الحيلة لتجنب تقديم عرض استحواذ الزامي. أو قد يتم عن طريق رفع نسبة الاستحواذ داخل الشركة من أجل إجبار الأقلية على الخروج، وفي كل الأحوال فإن شراء إصدار أسهم خزينة لإعادة الشراء سيزيد من منافع كبار المساهمين من خلال دفع علاوة شراء أسهم مسيطرة. وبيان ذلك كالتالي:

♦ أولا: عرض الاستحواذ الالزامي

يعرف عرض الاستحواذ الالزامي بأنه التزام يقع على عاتق صاحب الحصة المسيطرة من الأسهم وحقوق التصويت في تقديم عرض استحواذ لبقية المساهمين في شركة مدرجة⁽²⁾. ويقصد من تقرير هذه القاعدة تحقيق عدة مقاصد سنعرضها كالتالي:

(1) د. عايض راشد المري، حماية أقلية المساهمين في حال الاستحواذ على الشركة: دراسة في القانون الكويتي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة - العدد 3، سبتمبر، 2020، ص 107-150 لدى 136

(2) Edmund-Philipp Schuster, The mandatory bid rule: efficient, after all? The modern law review, vol 67.1, 2913, P531-560 at 531.

1- مبدأ المساواة بين المساهمين⁽¹⁾: كما تم إيراده سلفاً، فإن مفهوم عرض الاستحواذ الإلزامي ينشد في حقيقته تحقيق مبدأ العدالة بين المساهمين. ويمكن تصور هذه المسألة من عدة أوجه. فأولاً الفرض أنه إذا رفع المستحوذ نسبة استحواده إلى 30%. وبالتالي فإنه من المتعين على مقدم العرض تقديم 70% لبقية المساهمين بنفس سعر العرض الذي اشترى به أسهم 30% وذلك يحقق للبقية الباقية فرصة الخروج من الشركة بنفس السعر الذي خرج به 30% أيضاً يحقق مبدأ أنهم قد لا يريدون التواجد مع مستحوذ جديد فيرغبون بالخروج من الشركة كما خرج 30%⁽²⁾. ونظمت هذه المسألة على افتراض قرينة وهي أن المستحوذ إنما يريد زيادة نسبة استحواده ليكمل السيطرة بالكامل على الشركة.

2- الحد من ظاهرة الاستحواذ المتعدد: وبيان ذلك من خلال عمليات شراء متعددة وفي تواريخ متباعدة، بحيث يتم الشراء من بعضهم بسعر أعلى من الآخرين، وهو ما من شأنه الإخلال بالمساواة فيما بين المساهمين وحملة الأوراق المالية مجدداً⁽³⁾.

♦ ثانياً: التخارج الإلزامي

وهي حالة مشهورة حال بلوغ نسبة المستحوذ سيطرة مطلقة تبلغ حوالي 90% من الأسهم وحقوق التصويت في الشركة المدرجة، فإن غالباً ما يتيح المشرع فرصة للأقلية المساهمة بإجبار الأغلبية المهيمنة على 90% بشراء أسهم الـ 10% المتبقية للأقلية وفي ذلك توفير حماية إضافية لأقلية المساهمين وسنقوم عليه في تفصيل المسألة كالتالي:

(1) يذهب البعض للقول أن هذا المبدأ لا يترتب عليه بالضرورة تطبيق المساواة الكاملة بين المساهمين، وإنما هي نسبية بحسب المجموعة التي ينتمون لها، وعليه يترتب جواز إصدار أسهم مختلفة من حيث الحقوق تميز المساهمين بعضهم عن بعض، انظر:

د. محمد فوزي سامي، الأحكام العامة والخاصة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2021، ص 256.

(2) Paul L Davies, The notion of equality in European takeover regulation, January- 2002. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=305979> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.305979>

(3) د. هاني سري الدين، التنظيم التشريعي لعروض الشراء الإجباري بقصد الأحكام قانون سوق رأس المال الاستحواذ على الشركات المقيدة بالبورصة وفق 2013، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 46

1- تشابه الفكرة مع الاستحواذ الالزامي:⁽¹⁾ ولا تختلف كثيرا أسباب هذا التنظيم عن فكرة حماية الأقلية حال عرض الاستحواذ الالزامي لكن الفكرة أن الأقلية في هذه الحالة ليس لهم دور كبير ومؤثر.

♦ ثالثا: علاوة السيطرة

الأصل لدى الاستحواذ على الأسهم المملوكة للأغلبية فإن المشتري يدفع سعر أعلى من القيمة السوقية مضافا عليها علاوة السيطرة. والسبب في ذلك يكمن في أن المستحوذ غالبا ما يسعى إلى تغيير استراتيجية الشركة ونطاق أعمالها وربما تغيير مجلس الإدارة وهو الأمر الذي يجعل الاستحواذ على هذه الأسهم أن يدفع فيها المستحوذ سعرا مضاعفا⁽²⁾. وسنقوم بتفصيل المسألة كالتالي:

1- تقييم سعر السهم لدى الاستحواذ: الأصل وفق تقييم السعر الحقيقي للسهم أنه يتم تقييم سعره وفقا لقيمة أصول الشركة والربح المتوقع تحقيقه⁽³⁾. والفكرة الحقيقية من تبرير قيمة السهم بعلاوة فوق القيمة الحقيقية هي ما قد تنتج عنه عملية الاستحواذ من تطوير لأداء الشركة وبالتالي فإن القيمة الفعلية هي أن يدفع المستحوذ سعر أعلى من القيمة السوقية وهو ما يدعم بدوره فكرة كفاءة السوق⁽⁴⁾. بخلاف الحال، ما إذا قام المستحوذ بتوسيع نطاقه وملكيته بشراء المزيد من أسهم وحصل سيطرة، فإنه وفقا لنظرية ضغوط السوق فإن سعر الأسهم سيرتفع تلقائيا⁽⁵⁾.

(1) Isabelle Martinez, Stéphanie Serve, Gestion des résultats et retraits volontaires de la cote ; Le cas des opro en France, Association Francophone de Comptabilité, 2011/1 Tome 17 P 7 - 35 à 9.

(2) Booth, Richard A., Minority Discounts and Control Premiums in Appraisal Proceedings. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=285649> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.285649>

(3) Lynn Stout, Are takeover premiums really premiums? market price, fair value, and corporate law, The Yale Law Journal, vol 99.1, 1990, P1235-1296 at 1235.

(4) Easterbrook & Fischel, The Proper Role of a Target's Management in Responding to a Tender Offer, Haravrd law review, vol 94.1, 1981, P1161-1204 at 1161.

(5) Richard Brealy & Stewart Myers, Principles of corporate finance, McGraw-Hill, New York, 3rd edn, P297.

2- فكرة علاوة السيطرة: بينما يختلف الحال مع أسهم الأقلية حيث أن تقييمهم الفعلي للقيمة العادلة يعادل سعر السهم السوقي في أي عملية بيع أسهم عادية بلا خالية من علاوة السيطرة⁽¹⁾. وبالتالي فقد يتم الضغط من قبل كبار المساهمين على مجلس الإدارة من أجل استصدار أسهم خزينة لإعادة شرائها مجدداً من السوق من قبل الشركة وذلك سينتج عنه أن تدفع الشركة علاوة التحكم للمساهمين الكبار أنفسهم مما يزيد من أرباحهم ونفوذهم داخل الشركة وهذا مما يخل طبعاً بمبدأ المساواة بين المساهمين.

• المطلب الثاني: تعارض فكرة أسهم الخزينة مع مفهوم كفاءة السوق المالية

يعنى بمصطلح كفاءة السوق هو انعكاس القيمة الفعلية للأوراق المالية المتداولة انعكاساً حقيقياً وفقاً للمعلومات المتوفرة في السوق⁽²⁾. وفي العموم، فإن كفاءة السوق تقوم على فرضيات كالتالي: سلوك المضاربين القائم على تعظيم الأرباح، تخمينات وتوقعات المضاربين حول أسعار الأوراق المالية ونهاية مدى توافر المعلومات في السوق⁽³⁾. ولربط هذا المفهوم مع فكرة أسهم الخزينة، فإن الشركة تقوم باستصدار هذه الأسهم لإعادة شرائها مع تثبيت قيمتها وفقاً للقيمة الإسمية. وهذا من شأنه أن يؤثر على مفهوم كفاءة السوق. وبيان ذلك كالتالي:

■ الفرع الأول: مفهوم كفاءة السوق

في الحقيقة، كلما كانت السوق كفؤة كان ذلك عاملاً جذاباً للمستثمرين بحقيقة المعلومات المتداولة وذلك ينعكس انعكاساً صحيحاً في تسعير الورقة المالية وهو ما يمكن المستثمر من اتخاذ قرار استثماري من دخول السوق من عدمه⁽⁴⁾. وبالمثل فإن من العناصر التي ترتبط بمفهوم الكفاءة هي الإدارة السليمة للشركة وبالتالي فإذا كانت إدارة الشركة سيئة من حيث النشاط التجاري فإن ذلك سينعكس سلباً على سعر الأوراق المالية وبالتالي فإن أمر

(1) Victor Brudney and Marvin Chirelstein, Fair shares in corporate mergers and takeovers, Harvard law review, vol 88.2, 1974, P297-346 at 312.

(2) Eugene Fama, 'Efficient capital markets: a review of theory and empirical work, The Journal of Finance, vol 25.2, 1970, P 383-417 at 383.

(3) Razeen Sappideen, Explaining securities markets efficiency, Capital markets law journal, vol3.3, 2008, P326-342 at 326.

(4) Supra note 52 at 383.

هبوط وانخفاض سعر الورقة من شأنه أن يكون ذا محل كبير في هذا السياق. وبيان ذلك كالتالي:

♦ أولاً: مدى انعكاس توافر المعلومات على سعر الورقة المالية

أحياناً، يعتمد المضاربون على على معلوماتهم الشخصية وتنبؤاتهم الخاصة لكنهم ما يخفون في التقدير السليم لسعر الورقة المالية وهو ما يفضي إلى فشل صفقاتهم⁽¹⁾. وبالتالي، فإنه من المتصور أنه يلزم لتنبؤ القيمة الفعلية للأوراق المالية المتداولة هي الاعتماد على المعلومات المتوافرة في السوق حتى يمكن التنبؤ بطريقة صحيحة. وتفصيل ذلك كما يلي:

1- **المعلومات المتوافرة في السوق:** من أجل إجراء تنبؤات سليمة، فإن الأصل هو الاعتماد على المعلومات المتاحة في السوق والتي يمكن للجميع من قبل المضاربين الدخول إليها. وهو ما ينشئ التزاماً قانونياً على الشركات المدرجة والمنظمين للبورصة بضرورة جعل المعلومات متاحة للجميع وعدم حكرها على طائفة معينة من المستثمرين⁽²⁾. وعموماً، لا يستطيع أن المضاربون استعمال هذه المعلومات بغية تحقيق أرباح غير عادية. فالأصل العام أن المعلومات لا تعكس قيمة متطابقة للورقة المالية لكن القيمة الأكثر قرباً للحقيقة وذلك بسبب الاستجابة السريعة للمعلومات حديثة وسريعة الانتقال من جهة⁽³⁾.

2- **تقييم المخاطر:** كما في القاعدة أنه كلما زادت المخاطر المتوقعة على الأصل، كلما زاد تحقيق الأرباح وارتفع السعر في كنتيجة حتمية. والمخاطر المرتبطة بالعملية هي تلك المخاطر المرتبطة بمحفظة الأسهم من جهة أو المخاطر المرتبطة بالسوق بشكل عام⁽⁴⁾. ووفقاً لذلك، فإن المستثمرين غالباً ما يقومون بإنشاء محفظة الأسهم من أجل تقييم سليم للمخاطر

(1) Brice Corgnet, Mark DeSantis and David Porter, The distribution of information and the price efficiency of the distribution of information and the price efficiency of markets, ESI Working Paper 18-09. Retrieved from https://digitalcommons.chapman.edu/esi_working_papers 247, P11.

(2) Ronald J. Gilson and Reinier Kraakman, The mechanisms of market efficiency, Virginia Law Review, vol 70.1, 1984, 549-643 at 558

(3) Gabriel Hawawini, Market efficiency and equity pricing: International evidence and implications for global investing, Global Investing: A Guide to International Security Analysis and Portfolio Management book chapter, 1988, P2.

(4) Whilliam Sharpe, Capital assets prices: A theory of market equilibrium under conditions of risk, The journal of American finance association, vol 19.3, 1964, P425-442 at 425.

المستقبلية بكل حذر معتمدين بذلك على أداء الأوراق المالية من جهة، ومن جهة أخرى تقييم المخاطر المرتبطة من أجل تحقيق أفضل الأرباح والعوائد المجزية⁽¹⁾.

♦ ثانياً: أثر عمليات انتقال السيطرة على سعر الورقة المالية

يقصد بعمليات انتقال السيطرة تلك العمليات التي من شأنها نقل السيطرة والتحكم بالشركة من قبل مساهمين إلى غيرهم عن طريق البيع أو بمعنى آخر الاستحواذ أو عن طريق الاندماج بين شركتين. والمقصد هنا، أن هذا الانتقال في السيطرة في حقيقته إنما يهدف إلى تحقيق الربحية وبالتالي تحسين أداء الشركة وهو ما سوف يشاع في السوق أن شركة ما قد اندمجت في أخرى وسينتج تلقائياً ارتفاع في سعر الورقة المالية. علماً أنه لا يستلزم أن تقوم الشركة بأداء أفضل عقب نقل السيطرة من فئة إلى أخرى، هي فرضية تلقائية في النظام الاقتصادي الرأسمالي⁽²⁾. وبيان ذلك كالتالي:

1- الاستحواذ: يقوم مقدم عرض الاستحواذ عادة بتقديم عرض الشراء لجميع الأسهم في الشركة المدرجة مع توقعاته بتحسين أداء الشركة خال إتمام استحواذه. علاوة أنه يقدم العرض لمدة زمنية واحدة وبسعر واحد وهو سعر أعلى من القيمة السوقية وذلك كما أسلفنا في مواضع متقدمة تجنباً لفكرة سعر الضغط المتزايد السوقي. ومع ذلك، فمجلس الإدارة في بعض التشريعات المقارنة، يستطيع إجراء احترازاات دفاعية ضد عروض الاستحواذ وذلك تجنباً لاحتمالية استبدالهم من قبل المستحوذ الجديد وهو ما يدخلنا هو في مسألة تنازع المصالح⁽³⁾.

2- الاندماج: يعرف الاندماج بأنه اتفاق بين شركتين على زوال أحد الشركتين وإضافة رأسمالها للشركة الدامجة أو ذواب الشركتين من أجل إنشاء كيان جديد كل ذلك مع إضافة رأس المال متقلاً بالالتزامات إلى الشركة الدامجة أو في حالة الكيان الجديد مع زوال الشخصية الاعتبارية للشركة المدمجة. هذه العملية تستلزم ابتداء وجود اتفاق بين مجلسي إدارة الشركتين

(1) Harry Markowitz, Portfolio Selection; The Journal of Finance, Vol. 7.1, 1952, P 77-91. at 77.

(2) Henry Manne, Cash tender offers for shares-A reply to chairman cohen, Duke Law Journal, vol 1.2, 1967, P231-251.

(3) راجع في هذا السياق بحثتنا المنشور، عذبي عيد العنزي، التدابير الاحترازية ضد عروض الاستحواذ الهجومية: دراسة مقارنة، مجلة الملك سعود للحقوق والعلوم السياسية، عدد 32.2، الرياض، 2020، ص 209-244

على مشروع الاندماج قبل عرضه على الجمعية العامة غير العادية للتصويت عليه⁽¹⁾. وسبب الارتفاع المتوقع في قيمة الأسهم هو مظنة تحسين أداء الشركة بعد الاندماج باعتبار خضوع الأنشطة لكيان جديد، خاصة باعتبار عملية الاندماج أحد أشكال التركيز الاقتصادي وبالتالي سينتج عنه كيان ضخمة⁽²⁾.

♦ الفرع الثاني: بيان التعارض بين أسهم الخزينة وكفاءة السوق

كما تم إيراده مسبقاً، فإن الهدف الأساسي من عملية إعادة شراء الشركة لأسهمها عن طريق استصدار أسهم الخزينة هي المحافظة على القيمة السوقية لأوراقها المالية خوفاً من الانهيار فتلجأ لحيلة تثبيت السعر. والحال على خلافه، فالأصل أن مفهوم نظرية كفاءة الأسواق ينتج عنها لزوماً فكرة رقابة السوق على نفسه⁽³⁾ وهو ما ندعو إليه حتماً في هذا السياق. وبالتالي، فتثبيت السعر لدى الطرح خوفاً من انهيار القيمة السوقية للأسهم من شأنه معارضة فكرة كفاءة السوق من الجهة وما تولد عنها من نظرية رقابة السوق على نفسه. ومن حيث الأصل، فكرة التثبيت تخضع لها القيم الإسمية والتي تمثل نصيب من رأس المال بما لها من حقوق⁽⁴⁾.

ومن ناحية اقتصادية، هل فعلاً تثبيت سعر السهم يحقق ربحية للشركة؟ بيان ذلك كالتالي:

♦ أولاً: رقابة السوق على نفسه

تتميز أسواق المال عموماً بخاصية الرقابة الذاتية والتحرر من التسعيرات الجبرية وذلك من خلال هيمنة قوى العرض والطلب في السوق⁽⁵⁾. وهو ما يعبر عموماً بفكرة تحرير الأسواق

(1) Yvonne Cheminade, Nature juridique de la fusion des sociétés anonymes, RTD com. 1970, p. 16.

(2) Henry Calaupe, La concentration capitaliste, éd. soc. 1965, P 8.

(3) Adam C. Pritchard, Markets as monitors: A proposal to replace class actions with exchanges as securities fraud enforcers, Virginia law review, vol 85.6, 1999, P925-1020 at 933.

(4) Bruno Pecchioli, Modification de la valeur nominale des actions et gestion de l'actionariat: le cas français de 2003 à 2007, thèse en vue de l'obtention du doctorat à l'université de Nancy, 2010, P 25.

(5) Solomon Tadesse, The Allocation and monitoring role of capital markets: theory and international evidence, Journal of financial and quantitative analysis, vol 39.4, 2004, P701-730 at 701.

حيث يعرف هذا المصطلح بتفكيك الرقابة الكمية والتنوعية من قبل الجهات الحكومية على السوق المالية ليحكم نفسه بنفسه حيث تهدف إلى تحسين كفاءة السوق⁽¹⁾. وينبثق عن هذه المسألة أمر آخر متمثل في مكنة السوق تنظيم نفسه بنفسه من خلال إنشاء هيئة خاصة به تتمتع بالتفويض التشريعي⁽²⁾. هذا، رغم اعتراض بعضهم على عملية التحرير للسوق بحجة أن السوق ليست معزولة عن القوانين ويجب أن تكون مؤطرة ومنظمة بأدواته بما يعكس سيادة القانون واحتياجاته⁽³⁾. وبيان ذلك كالتالي:

1- تحرير الأسواق: ينظر إلى فكرة تحرير الأسواق بما لها من ارتباط شديد بمسألة كفاءة السوق باعتبارها ضرورة لجذب المستثمرين وبالتالي تحقيق وتسريع الازدهار الاقتصادي⁽⁴⁾. وعليه فترتبط نظرية تحرير الأسواق وصولاً لمفهوم كفاءة السوق ارتباطاً وثيقاً بالإفصاح عن المعلومات والتي هي جوهر الكفاءة في حقيقتها⁽⁵⁾. حيث يمكن الإفصاح عن المعلومات في السوق من بث الثقة والطمأنينة في نفوس المتعاملين والمستثمرين في السوق وصولاً إلى تحديد سعر الورقة المالية⁽⁶⁾. لكن البعض يعيب على تحرير الأسواق مسألة سرعة التدفقات المالية للأجانب من خلال دخول السوق ثم خروجهم فور ارتفاع الأسعار مباشرة⁽⁷⁾. وهو ما يؤدي بدوره إلى تضخيم عمليات المضاربات على الآجال القصيرة⁽⁸⁾.

(1) Saoussen Ben Gamra et Dominique Plihon, Politique de libéralisation financière et crises bancaires, Dans économie internationale, vol 112.4, 2007, P 5-28 à 8.

(2) Sam Scott Miller, Self-regulation of the securities markets: A critical examination, Washington and Lee law review, vol 42.3, 1985, P853-887 at 854.

(3) Marie Anne Frison Roche, Définition du droit de la régulation économique, in M.-A. Frison-roche (Dir.), Les régulations économiques: légitimité et efficacité, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, P 9.

(4) Baptiste Venet, Libéralisation financière et développement économique: une revue critique de la littérature, dans la revue d'économie financière, 1994, vol 29.1, P87-111 a 87.

(5) Stephen Wink, The bankruptcy of the securities market paradigm, Virginia law and business review, vol 9.3, 2015, P369-390 at 369.

(6) Roger Ibbotson, Price performance of common stock new issues, Journal of financial economics, Journal of Financial Economics, Vol 2.3,1975, P 235-272 at 236.

(7) Kee-Hong Bae, Warren Bailey and Connie Mao, Stock market liberalization and the information environment, (2003).CRIF Seminar series. 27. P4.

(8) Bruno Versaevel, La spéculation sur le marché des actions: un phénomène monétaire ?, In: Revue d'économie financière, vol 29.1, 1994. Les marchés financiers émergents. P255-284 à 256.

2- تثبيت السهم وتحقيق الربحية: وعليه يظل التساؤل قائما حول حقيقة هذه الفرضية. وفي الحقيقة فإن أسهم الخزينة لها الدور في تقليل الأسهم المتداولة في السوق مما يسبب بدوره ارتفاعا تلقائيا في سعر الأسهم ما سيسبب بدوره تضخما في الأسعار. وهو ما سينتج عنه علاقة عكسية بين ارتفاع سعر الأسهم على المدى القصير من جهة وبين الانهيار المفاجئ له وهو ما سيؤثر على ربحية السهم بسبب معدلات التضخم من جهة، وبين معدلات الضريبة على هذا الارتفاع من الجهة الأخرى⁽¹⁾.

♦ ثانيا: مكنة تنظيم السوق للوائح

من أجل ضبط العمليات التي تحدث في مظلة السوق المالية، فإنه من المتوقع عليه عدم إيلاج إيدي الجهات الحكومية للتدخل في عمل المؤسسات المالية ومن ثم التدخل في طبيعة العمليات لتزرع بدورها بيروقراطية غير مضمونة في المجال بما يتعارض وطبيعة تحرير السوق. لذلك، كان الأجدر وهو ما حصل فعلا أن ينظم السوق بنفسه وذلك من خلال إنشاء هيئات مالية تشرف على عمليات السوق المالية. نحن نتحدث هنا في هذا السياق عن هيئة سوق المال والتي اعترفت بها تقريبا تشريعات كثيرة بالعالم وذلك من خلال إعطاء تفويض تشريعي لهذه المؤسسات من أجل مرونة أكبر في تنظيم العمليات والممارسات المالية. ونظرا لكثرة التجدد في طبيعة العمليات بسبب ارتباطها بشبكة البورصات العالمية، كان هذا السبب الرئيسي في منح التفويض التشريعي لهذه الجهة حتى تتمكن من مواكبة التجدد في العمليات المالية.

• المطلب الثالث: تعارض فكرة أسهم الخزينة مع الملاءة المالية للشركة وأثره

على رأس المال

من أجل تصور أعمق للمشكلة، فإنه من المستقر عليه أن الشركة تقوم بتخفيض رأس مالها بنسبة 10% من أجل استصدار أسهم الخزينة وذلك لإعادة شرائها من السوق مجددا

⁽¹⁾ Abdelaziz Rouabah, L'inflation et la rentabilité des actions: une relation énigmatique et un casse-tête pour les banques centrales, Dans Économie & prévision, vol 177.1, 2007, P 19-34 à 20.

بعد طرحها. وفي حقيقة الأمر، فإن سلوك الشركات في هذا المجال أنها ستلجأ إلى عملية تمويل خاص لتقوم بإعادة الشراء مجددا. فهي لن تلجأ لشراء من عن طريق رأس مالها مجددا. فتدخل العائد المتحصل من هذه العملية باعتباره أرباح استثمارية وفي حقيقتها فإنها لا تدرج هذا التخفيض من رأس المال الشركة في الخصومات. وهذا يعني مكنة إرهاق الشركة مجددا عبر عقد تمويل جديد مع البنوك والمصارف وجهات التمويل. مما يعني أن العملية قد تكون مرهقة في حقيقتها للملاءة المالية للشركة. وهو ما سيؤثر في طبيعة الحال على رأس مالها باعتباره الضمان العام للدائنين وبالتالي التأثير على الملاءة المالية للشركة. وسنقوم بالتالي بتقسيم هذا المطلب إلى فروع كالتالي:

الفرع الأول: تعريف رأس مال الشركة باعتباره أساسا للملاءة المالية.
الفرع الثاني: تعارض التمويل الإضافي لتمويل عملية إعادة شراء أسهم الخزينة مع بالملاءة المالية للشركة.

▪ الفرع الأول: تعريف رأس مال الشركة باعتباره أساسا للملاءة المالية

لما كانت عملية استصدار الشركة لأسهم الخزينة من أجل إعادة شرائها من السوق بعد طرحها طرحا أوليا للتداول في السوق تنطوي في حقيقتها على تخفيض لرأس المال المصرح به. لزم تعريف رأس مال الشركة وبيان عناصره القانونية والاقتصادية وبيان حقيقة وجوه التخفيض ابتداء ومن ثم سنبين مفهوم الملاءة المالية وكيفية تعارض هذا التخفيض مع هذه الملاءة، سنقوم بذلك كالتالي:

♦ أولا: تعريف رأس مال الشركة⁽¹⁾

يعرف رأس مال الشركة باعتباره مجموعة من الحصص التي تمثل ملكية المساهمين وحصص كل منهم في الشركة بقدر الحصص التي يمتلكونها. فمن هذا الاعتبار، وبالتالي فهو

(1) اعتقد بعض الفقهاء الفرنسيين خصوصا بعدم وجود أهمية لتعريف رأس مال الشركة وذلك بسبب وضوح أدواره وضوحا كاملا، من أجل تفصيل أكثر في المسألة انظر

Alain Couret et Jean-Louis Medus, Les augmentations de capital, Economica, 1994, coll. « Droit poche ».

الضامن للمساهمين بما يخص توزيع الأرباح واستحقاقها⁽¹⁾. علاوة على ذلك، اقد ابتكر الفقهاء عناصر إضافية باعتبار رأس المال مصدرا لأمان المعاملات المالية مع الغير خاصة المساهمين⁽²⁾. وهو ما يعطيه أهمية قانونية واقتصادية باعتباره مصدرا للملاءة المالية بالنسبة للشركة. ومع ذلك فقد يجد البعض بعض اللبس فيما يخص مسألة عدم توزيع أرباح أو توزيع أرباح وهمية وذلك نظرا للتشابه بين هذه المسائل، وبيان ذلك كالتالي:

1- تمثيل ملكية المساهمين من خلال رأس المال: يمثل رأس مال الشركة مجموعا من القيم الإسمية التي تعكس ملكية كل مساهم في الشركة بقدر حصته من الأسهم⁽³⁾ وفي ضوء ذلك أمكن تحميل اعتبار رأس مال التزامات تجاه مالكيه بضرورة تحقيق الأرباح ومن ثم توزيعها على المساهمين مجددا.

2- مدى إمكانية عدم توزيع أرباح أو توزيع أرباح وهمية؟

للإجابة على هذا التساؤل، فإن الغرض من دخول الشركات كمساهمين والاستثمار فيها من خلال شراء الأسهم أو تكوين محافظ مالية هدفه النهائي هو تحقيق الأرباح وذلك يتعين أن يكون الأساس من إحلال أي سياسة مالية من قبل مجالس الإدارات في الشركات⁽⁴⁾. وتعرف الأرباح أنها كل زيادة في أصول الشركة على خصومها⁽⁵⁾. وتتبغي التذكير في هذا الصدد عن مسؤولية مجلس الإدارة في خرق القواعد المنصوص عليها إما في عقد تأسيس الشركة أو في القانون بما لا يتفق ومصلحة المساهمين النهائية⁽⁶⁾.

وعليه، فإن حق المساهمين في توزيع الأرباح يعتمد أساسا على أمرين مهمين وهما تحقيق الشركة لفائض في الأرباح أو وجود أرباح صافية⁽⁷⁾. وفي العموم فهو اختصاص أصيل

(1) Georges Langlois et Micheline Friédérich , Introduction à la comptabilité, 6e éd., foucher, 2011, p. 21.

(2) Chenguang Mao, Les operation de capital social en droit francais et chinois, thèse en vue de l'obtention du doctorat de l'université de Panthéon-Assas, 2016, P24.

(3) Georges Zerapha, La propriété de capital, Esprit, vol. 2.19, 1934, P102-113 à 102.

(4) Albouy Michel. La politique de dividendes des entreprises. Dans le Revue d'économie financière, vol 12.1, 1990.P 240-250 à 240.

(5) د. مرتضى ناصر نصر الله، الشركات التجارية، مطبعة الإرشاد، بغداد، ص308

(6) Hugues Kenfack, La Responsabilité civile en droit des sociétés en France, Chapitre de livre, La responsabilité civile: les développements en France et en Pologne, 2015, P93.

(7) Perry Mason, Profits and Surplus Available for Dividends, The accounting review, vol. 7.1 1932, 61-66 at 61.

للجمعية العامة للمساهمين فقد تقرر توزيع بعض أو كل الأرباح⁽¹⁾. وقد تقرر الجمعية العامة أيضا اقتطاع جزء من صافي الأرباح لإدراجه في الاحتياطي العام للشركة⁽²⁾. وللإجابة على التساؤل الثاني فيما يخص الأرباح الوهمية، فقد دأبت التشريعات على اعتبارها هذا الأمر مجرماً لأنه بمنزلة الاقتطاع من رأس المال بما يمثله من ضمان عام للدائنين ويلتزم عضو مجلس الإدارة الذي أوصى بهذه العملية برد المبلغ بالتضامن ولا يلتزم الشريك برد الربح الحقيقي⁽³⁾.

♦ ثانياً: تخفيض رأس مال الشركة.

يعرف مفهوم تخفيض رأس مال الشركة بأنه قرار تتخذه الجمعية العامة غير العادية نتيجة لإصابة الشركة بخسائر وذلك إما بتخفيض القيمة الإسمية للأسهم أو بتخفيض عددها⁽⁴⁾. إلا أن هذا التعريف يعاب عليها أمر إذ أنه قد تختلف دواعي تخفيض رأس مال الشركة المصرح به، فقد تكون لأسباب متعلقة بأن تمنى الشركة ببعض الخسائر في ميزانيتها أو قد يكون التخفيض غير مقترن بالخسائر⁽⁵⁾. وسنتناول هذه المسائل كالتالي:

1- تخفيض رأس المال بسبب الخسائر: قد تتخذ الجمعية العامة للمساهمين قراراً بتخفيض رأس مال الشركة بسبب الخسائر التي استطلت الشركة. وبيان ذلك، أن الخسائر الواردة في ميزانية الشركة قد ترهق الاحتياطي العام للشركة وينتج عنه أن تصبح القيمة الإسمية بسبب الخسائر أقل من قيمتها الحقيقية ومن أجل تدارك هذا الأمر يصبح لزاماً تخفيض القيمة الإسمية للأسهم⁽⁶⁾.

(1) Maurice Cozian, Alain Viandier et Florence Deboissy, Droit des sociétés, lexis nexis, 34 edn, Paris, 227.

(2) د. بن قاعة محمود أمين، الآليات القانونية لحماية حق المساهمين في الأموال الاحتياطية، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، مجلة حكم القانون ومكافحة الفساد، عدد 10 الأصدار 2، 2019، ص 2-6 في 3.

(3) د. أحمد الملحم، قانون الشركات الكويتي المقارن، مرجع سابق ص 152

(4) د. محمد حسين إسماعيل، الحماية القانونية لثبات رأس المال في شركات الأموال السعودية: دراسة مقارنة، مركز البحوث، الرياض، 2002، ص 182.

(5) Fabienne Guerra, Comptabilité managériale: le système d'information comptable, vol.1.3, De Boeck, 2003, p. 40.

(6) Supra note 31 à P537.

وقد يحدث أحيانا في أن تصاب الشركة بالخسائر، فتقوم بعمليتين متوازيتين إحداهما بتخفيض رأس المال ومن ثم زيادته. يصل تخفيض رأس المال وتسجيله إلى نقطة الصفر⁽¹⁾. ثم بصدور قرار آخر متضمن لزيادة رأس المال مجددا وفي هذه العملية عدة جوانب منها أولا تقوم بتصفية الخسائر الواردة في الميزانية العمومية للشركة وذلك من خلال تخفيض رأس المال إلى نقطة الصفر. وهي عملية خطيرة جدا تمثل ثورة في هيكله رأس المال، ومن ثم إعادة السيولة مجددا من خلال صدور قرار بزيادة رأس المال. والسبب في هذه العملية هو مواجهة الشركة لخسائر تكون أشد وقعا من قيمة رأسمالها وقيمة أسهمها فلا يكون هنالك حل إلا بإنقاذ الشركة عن طريق إعادة هيكله رأسمالها مجددا⁽²⁾.

2- تخفيض رأس المال بدون خسائر⁽³⁾: وتتم هذه العملية من خلال إعادة الشركة لشراء أسهمها بعد طرحها في السوق يعقبها عملية إلغاء لهذه الأسهم المطروحة. ويعود السبب في ذلك أن الشركة لديها رأس مال كبير جدا لم يعد له مبرر فيطلب المساهمون استرجاع جزء منه وذلك بهدف تملك هذا الفائض مجددا. ومع ذلك فإنه من المنطقي أن يبقى للدائنين الحق في الاعتراض على هذه العملية بسبب أمنه ينقص من ضمانهم العام. ويعتبر الحق في الاعتراض على تقليل رأس مال الشركة من الناحية العملية هو الطريقة الأكثر فعالية ضد الاخلال بملاءة ومثانة الشركة المالية⁽⁴⁾.

♦ ثالثا: مفهوم الملاءة المالية للشركة

تعرف الملاءة المالية للشركة بقدرتها الوفاء بديونها قبل موعد استحقاقها ويتحقق هذا الأمر من خلال توفر شرطين أساسيين أولهما وجود سيولة كافية ثانيهما أن يكون لدى الشركة أصول أكبر من حيث القيمة من التزاماتها⁽⁵⁾. وعليه فإنه يستلزم على الجمعية العامة للشركة

(1) Ibid 538

(2) Arnaud Burg Edouard Delfour, La protection des minoritaires lors d'un coup d'accordéon : le pacte d'associés, Option Finance, 2020, p. 13.

(3) Alain Couret et Hervé Le Nabasque, Quel avenir pour le capital social ?, Dalloz, Paris, 2004. P5.

(4) Henry Hovasse et Renaud Mortier, La faille du droit d'opposition à réduction de capital, Dans Bulletin joly Sociétés Bull., vol 3.1, 2011, P.278.

(5) Christopher Haynes, The solvency test: A new era in directorial responsibility, Auckland University Law Review, vol 1.8, 1996, p125-141 at 126

في سبيل مراعاة مفهوم الملاءة المالية للشركة أن تضع في عين الاعتبار عدم الإخلال بهذا المفهوم قبل اتخاذ أي قرار كخفض رأس المال أو زيادته أو توزيع أرباح أو استصدار أسهم خزينة من أجل طرحها طرحاً أولياً في السوق لغرض إعادة شرائها مجدداً. وبيان ذلك كالتالي:

1- توافر السيولة: يستلزم على الجمعية العامة للمساهمين التأكد من توافر السيولة المطلوبة قبل اتخاذ أي قرار من شأنها الإخلال بالملاءة المالية للشركة. ومع ذلك، فعلى الدائنين التيقن بأنفسهم بأن الشركة مليئة إلى الحد المطلوب من أجل اتخاذ أي قرار من شأنه التعاقد مع الشركة وإلا فإنهم سيضارون بمراكزهم القانونية. وهو ما سيرتب عليه من باب أولى حقاً قانونياً للدائنين من التأكد من توافر السيولة اللازمة لحماية لضمانهم ومراكزهم القانونية⁽¹⁾. وعلى أية حال فإن السيولة تعرف أنها إمكانية توافر النقد الكاش عن طريق إمكانية تحويل الأصول والموجودات الكافية لعملية التحويل المطلوب كل ذلك من أجل الوفاء بالالتزامات قبل تاريخ الاستحقاق.

2- كون أصول الشركة أكبر من ديونها: تلعب أصول الشركة دوراً مهماً في جذب المستثمرين من خارج الشركة من أجل صنع فرص استثمارية⁽²⁾، سواء أكانت هذه الفرص استثماراً في الأسهم أو عن طريق التمويل. وتطبيقاً للشرط الثاني في الملاءة بوجود كون أصول الشركة أكبر وأعلى من التزاماتها وذلك لما يوفره هذا الأمر بالتالي من اطمئنان لدى المستثمر الخارجي خصوصاً من العمليات التي يجريها مع الشركة. وتعكف الشركات أحياناً في حال تم ارتفاع الديون عليها وعدم كفاية الأصول إلى مفاوضة المستثمر في تحويل الديون إلى أسهم تصدرها الشركة وهي ما تسمى بعملية الرافعة الجزئية⁽³⁾.

3- تسهيل أصول الشركة: يعرف تسهيل أصول الشركة بالمبلغ الكاش الذي يمكن الحصول عليه جراء بيع أحد الأصول⁽⁴⁾. وتسمى القيمة التي تجلبها عملية التسهيل مقسومة

(1) Olivier capprasse, Henri Culot et Xavier Dieux, La SRL sans capital: quels sont les réels changements ? Le nouveau droit des sociétés et des associations, Anthemis: Limal 2019, P153-182 à 162.

(2) Toni Whited, Debt, liquidity constraints, and corporate investment: evidence from panel data, The journal of finance, Vol 47.4, 1992, P1425-1460 at 1427.

(3) Ben Bernanke and John Cambell, Is there a corporate debt crisis? Brookings Paper on economic activity, 1988, P83-139 at 85.

(4) د. محمد الميداني، الإدارة التمويلية في الشركات، العبيكان، الرياض، الإصدار الثالث، ص 711

على قيمة الديون بقيمة التصفية. وعليه، فإن هذا التسييل قد يكون عملية لازمة لتحقيق الملاءة المطلوبة.

4- ربط مفهوم ملاءة الشركة بإصدار أسهم الخزينة: وبناء على ما تقدم ذكره، فإن استصدار أسهم الخزينة من أجل طرحها طرحاً أولياً في السوق لإعادة شرائها يتضمن تخفيضاً لرأس المال الأمر الذي قد يمثل إخلالاً بالضمان العام للدائنين وبالتالي قد يؤثر على ملاءة الشركة من حيث عدم قدرة الشركة بالوفاء بالتزاماتها. لذلك، فإنه من المتصور إخلالاً هذه العملية بالملاءة المالية للشركة.

■ الفرع الثاني: تعارض التمويل الإضافي لتمويل عملية إعادة شراء أسهم الخزينة مع بالملاءة المالية للشركة

نظرياً، فإن الشركة ستعمل على تخفيض رأسمالها من أجل استصدار أسهم الخزينة وذلك لطرحها طرحاً أولياً في السوق بقصد إعادة شرائها مجدداً. وعلى أية حال، فكما ذكرنا مسبقاً فإن الشركة لن تلجأ من خلال رأسمالها لشراء أسهم الخزينة بل ستحتاج إلى تمويل إضافي. والسبب في عدم استعمال رأسمالها في شراء أسهم الخزينة يرجع لكون هذا الأخير ضمان عام للدائنين فمن غير المستحب إرهاب هذا الضمان مجدداً⁽¹⁾. وينطبق ذات الأمر على استعمال الاحتياطي العام للشركة حيث يمثل في ذاته ضماناً إضافياً للدائنين، وينطبق ذات الأمر على احتياطي إعادة التقييم الذي يعتبره البعض وهمياً ولا يتوافق مع رأس المال⁽²⁾. إذاً، يمكننا التوصل إلى نتيجة أن الطريقة المتاحة لهذه العملية هي التمويل على الاحتياطات المتاحة والقابلة لتأمين توزيع الأرباح⁽³⁾. إلا أن الشركة قد تواجه مغبة تخفيض الاحتياطي القانوني للشركة بما يقل عن القيمة الدفترية للأسهم وفي ذلك صنع لاحتياطي وهمي إخلالاً بضمانات الدائنين أيضاً بما يؤثر على ملاءة الشركة بالوفاء بديونها في مقابل الدائنين. وبيان ذلك كالتالي:

(1) Michel Jeantin, Droit des Sociétés, Montchrestien, 3 edn, thèse en vue de l'obtention du doctorat de l'université 1994, p. 57

(2) Jean Lacombe, Les réserves dans les sociétés par actions, thèse en vue de l'obtention du doctorat à l'université de Nancy, P.191.

(3) Supra note 4, à 205.

♦ أولاً: تمويل عملية استصدار أسهم الخزينة عن طريق الاحتياطات المتاحة والقابلة لتأمين توزيع على الأرباح

يعتبر الاحتياطي المتاح بمثابة المبالغ التي يوافق الشركاء على تركها كأصول تمثل زيادة في رأس المال ودعامة له من أجل ضمان ممارسة الشركة لأنشطتها التجارية. وبالتالي هو يمثل مبدأ مهم في لزوم الموازنة بين حق المساهم على الأرباح باعتباره دائناً للشركة بنصيب مساهمته وبين حق الشركة في تقوية ودعم رأسمالها⁽¹⁾. وهو يمثل مبدأ ثبات رأس المال لمصلحة الدائنين. ولا يمكن مع ذلك زيادة هذا الاحتياطي إلا إذا كان هناك ما يقابله من الأصول في الشركة. وبيان ذلك كالتالي:

1- مدى إمكانية تمويل إصدار أسهم الخزينة عبر الاحتياطي المتاح: يفهم الاحتياطي على أنه مبلغ تم تخصيصه عن طريق تجنيب جزء من الأرباح وعدم توزيعها وذلك لتقوية رأس المال⁽²⁾. ويجب فهم مسألة مرتبطة بهذا السياق أن اقتطاع جزء من هذا الاحتياطي وتوزيعه كأرباح يعتبر بمثابة توزيع أرباح وهمية وذلك لكونه يأخذ حكم رأس المال بوصفه ضماناً عاماً للدائنين.

2- وعليه يظل التساؤل قائماً حول مدى إمكانية تمويل عملية استصدار أسهم الخزينة من خلال الاحتياطي المتاح: في نظرنا، أنه لا يجوز القيام بهذا التمويل لأنه يعد اعتداء على الضمان العام للدائنين، ويجب أن يجري عليه ما يجري من أحكام خاصة تخص تخفيض رأس المال من حق الدائنين من الاعتراض على استعمال هذا الاحتياطي من أجل عملية استصدار أسهم الخزينة.

3- تجوز استقطاع جزء من الاحتياطي للتمويل: إلا أن فريقاً من الفقهاء، يجوز عملية استقطاع جزء من الاحتياطي في عملية تأمين توزيع أرباح شريطة ألا يقل هذا التخفيض عن القيمة الدفترية للأسهم لئلا نفع في صنع احتياطي وهمي وإلا فإن ذلك مما

(1) د. علي حسن يونس، الشركات التجارية، لشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، 1990، ص 526

(2) د. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2012، ص 361

يعاقب عليه في التشريعات جنائيا⁽¹⁾. وأن يقابله ما يدعم التخفيض ما يدعمه من موجودات الشركة وأصولها.

♦ ثانيا: تمويل عملية استصدار أسهم الخزينة عن طريق الاحتياطي الاختياري

يعرف الاحتياطي الاختياري بأنه جزء مجمد من الأرباح يحق للشركاء المطالبة بتوزيعه كأرباح ويهدف من تكوينه تحقيق مصلحة مشروعة حال عدم كفاية الاحتياطي الأصلي⁽²⁾. هذا، ويترك الحق للجمعية العامة غير العادية الحق في تكوين هذا الاحتياطي الاختياري شريطة خضوعه لعدد من المبادئ أهمها عدم التعسف وأن يكون استعماله في مصلحة الشركة⁽³⁾. وبيان ذلك كالتالي:

1- اختصاص الجمعية العامة غير العادية: تعتبر الجمعية العامة غير العادية مؤلفة من قبل المساهمين حملة أسهم التأسيس⁽⁴⁾. وتتحدد اختصاصات الجمعية العامة غير العادية في تسيير أمور الشركة غير المرتبطة بالإدارة اليومية⁽⁵⁾. إذ تعهد أعمال الإدارة اليومية لمجلس الإدارة تطبيقا لمبدأ فصل الملكية عن الإدارة. يعهد للجمعية العامة غير العادية نوعان من الاختصاصات أحدهما الاختصاصات المتعلقة بنظام الشركة كتعديل نظام الشركة وتعديل هدف الشركة وتغيير شكل الشركة وعقد التأسيس⁽⁶⁾. أما الاختصاص الآخر فهو الاختصاص بالشؤون المالية الحاسمة كقرار زيادة رأس المال أو إنقاص رأس المال وقرارات الاندماج، وهو ما يعكس بالتالي مبدأ سيادة الجمعية العمومية غير العادية على الشركة⁽⁷⁾. وبالتالي وبالبناء

(1) د. أحمد بركات مصطفى، الحقوق غير المنظورة للمساهمين على الاحتياطي في الشركات المساهمة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص26.

(2) د. سميحة القليوبي، الاحتياطي الاختياري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص525

(3) Supra note 42 à 419

(4) Ibid.

(5) Nedra Abdelmoumen, Hiérarchie et séparation des pouvoirs dans les sociétés anonymes de type classique, thèse en vue de l'obtention du doctorat à l'université de Sorbonne, 2013, P82

(6) Yves Guyon, Droit des affaires: Entreprises en difficultés, redressement judiciaire, faillite, Economica, Paris, 2003, P509

(7) André Dalsace, L'actionnaire et l'assemblée générale de la société anonyme, Rev. soc. 1960, p. 258.

ولمزيد من التفصيل حول مبدأ سيادة الجمعية العامة للمساهمين على الشركة انظر :

على ما تقدم، فإن الجمعية العامة غير العادية هي التي تختص في تقرير استعمال الاحتياطي الاختياري في تمويل عملية شراء أسهم الخزينة. لكن قد لا يخلو هذا الأمر من مثالب عديدة سنبينها في مواضع قادمة.

2- مفهوم التعسف: يعرف الفقه القانوني التعسف على أنه إساءة استعمال الحقوق بشكل مبالغ فيه ليتعدى الحق حدوده المرسومة في القانون. هذا، رغم أن التشريعات في عمومها لم تهتم بتعريف التعسف تضع مقارنة بفكرة الخطأ والاعتداء على الحق⁽¹⁾. وعليه، فإن الإشارة في هذا السياق، أن الجمعية العامة للمساهمين غير العادية يتم التحكم بها من قبل الأغلبية وبالتالي وجود احتمالية تسيير مصالح الشركة حسب رغباتهم وطلباتهم. فإن الحديث حينها يتم إسقاطه على مفهوم تعسف الأغلبية في الجمعية العامة غير العادية. إذ أن الهدف من انعقاد الجمعية العامة غير العادية أن تحقق قراراتها مصالح للشركة. ومثال هذا التعسف أن تنحرف الأغلبية في قرارات الشركة وتصدر قرارا باستعمال الاحتياطي الاختياري لتمويل عملية شراء أسهم الخزينة لتقوية مركزهم ونفوذهم في الشركة كل ذلك على حساب مصلحة الدائنين والشركاء في الشركة عموما.

3- مفهوم مصلحة الشركة: مفهوم مصلحة الشركة أو كما يطلق عليها المصلحة الجماعية هو أمر أخذ بحثا لائق فيه في حوكمة الشركات. وعموما تعرف مصلحة الشركة بأنها المصلحة الجماعية لأعضاء الشركة وفي إطار غرضها وما أنشئت لأجله في ظل تحقيق الأرباح الممكنة⁽²⁾. وقد عرفها بعض الفقه العربي بفكرة اتحاد المصالح المتعاقدة حيث تعتبر هذه المصلحة الجماعية هي المحددة لنطاق وهدف الشركة تتلاشى بوجودها الإيرادات الفردية لتحل هذه الإرادة الجماعية في محلها⁽³⁾.

Gabriel Bourcart, De l'organisation et des pouvoirs de l'assemblée générale dans les sociétés par actions, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1905 ; Paul Bastide, Tenue des assemblées générales, Thèse, Paris, 1931 ; Pierre Delaisi ; Des assemblées d'actionnaires, Dalloz, 1937.

⁽¹⁾ Raluca Moise, L'abus de droit en droit communautaire, thèse en vue de l'obtention du doctorat de l'université de Toulouse, 2009, p. 22

⁽²⁾ Lyman Johnson, Pluralism in corporate form: corporate law and benefit form, Regent university law review, vol 25.3, 2012-2013, P269-298 at 272

⁽³⁾ د. أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978، ص21

وقد نوقش هذه المسألة على اعتبار أن تعظيم رأس المال الشركة وتعظيم الأرباح لها أثر على جميع أعضاء الشركة ومن ارتبك معهم بتعاقدات عقدية كالدائنين والموردين والموظفين والعملاء عموماً. وبالتالي، فيجب حين استعمال الاحتياطي الاختياري أن يراعى مسألة مصلحة الشركة الجماعية في هذا الشأن فلا يكون هناك استئمال لهذا الاحتياطي الاختياري بهدف إضعاف الضمان العام للدائنين من جهة أو توزيع أرباح صورية لما يمثل ذلك من اعتداء على ضمانات رأس المال عموماً.

♦ **ثالثاً: تعارض التمويل الإضافي لعملية استصدار أسهم الخزينة بالملاءة المالية للشركة**
كما أسلفنا ذكره، فإن التمويل الإضافي قد يخل بمفهوم الملاءة المالية للشركة، ذلك أن تأمين الاحتياطي الأصلي والاختياري من شأنه تقوية رأس المال وبالتالي فإن أي تخفيض بقرار تصدره الجمعية العامة غير العادية قد يخل بحقوق الدائنين والمساهمين في حقهم في استرجاع هذا الاحتياطي بعد انتهاء الشركة. وبيان ذلك كالتالي:

1- إخلالاً بحقوق الدائنين: إن تخفيض الاحتياطي الأصلي والاختياري بوصفهما دعامة لتقوية رأس المال من شأنه الاستنقاص من حقوق الدائنين على الشركة من جهة، وأيضاً من شأنه التأثير على ملاءة بما يخولها من قدرة على سداد ديونها. وقد لا يراعى في هذا السبيل، من قبل الجمعية العامة غير العادية المحكومة بقانون الأغلبية، هذه المسائل فلذلك كان لزاماً على التحرز من استعمال الاحتياطي الأصلي والاختياري في هذا السبيل بعيداً عن استصدار أسهم الخزينة من إعادة شرائها مجدداً.

2- حق المساهمين في استرجاع الاحتياطي بعد انتهاء الشركة: كما تم إيراده سلفاً فإن الاحتياطي يعتبر جزءاً مجمداً من الأرباح يحتجز من أجل تقوية رأس المال، تستبقيه الشركة لمواجهة ديونها. إلا أن المبدأ العام هو عدم حرمان المساهم من تقاضي أرباحه يتنازع مع هذا الأمر. الفرضية التي نريد نقاشها في هذا الشأن وهو أنه قد يتم استنزاف الاحتياطي من أجل تمويل عملية إعادة استصدار أسهم الخزينة لأجل إعادة شرائها مجدداً من جهة، وكما تم ذكره فإن هذه العملية يشوبها تقوية لمراكز الأغلبية في الشركة من خلال إعادة شراء أسهمهم من قبل الشركة. ومن أجل توفير يقين كامل هل يجوز استقطاع هذا الاحتياطي الأصلي كان أم

الالزامي من أجل عملية التمويل؟ لا ننسى أن المساهم يعتبر دائن ضد الشركة بالأرباح من جهة، ومن جهة أخرى في استرجاع رأس ماله حال انتهاء الشركة. اعتقد أنه في هذه الحالة يجب أن يتم تغليب مصلحة الشركة ككل ضد مصلحة الأغلبية في عملية تمويل استصدار أسهم الخزينة. فإن لم يبق ما يسترده المساهم من رأس المال بعد انقضاء مدة الشركة فإننا نكون أمام حالة استنزاف لأموال الشركة وهذا ما يخل فالملاءة المالية للشركة في مواجهة دائيها.

○ المبحث الثالث: موقف المشرع الفرنسي

بعد أن واجهنا وتعرضنا للإشكاليات القانونية والاقتصادية في حال استصدار الشرة لأسهم الخزينة من أجل إعادة طرحها طرعا أوليا في السوق لإعادة شرائها مجددا مع تثبيت قيمتها السوقية بما لا يقل عن القيمة الإسمية. فإننا نبتدأ مبحثا جديدا لدراسة الأوضاع التطبيقية لدى المشرع الفرنسي. حري بالذكر أن للمشرع

الفرنسي موقفين من هذه القضية، تارة فإنه يميل مع الحظر ولكن بشروط ومرة يميل إلى الإباحة تارة أخرى. وعليه فسوف يتم تقسيم هذا المبحث كالتالي:

المطلب الأول: الإطار التشريعي للمشرع الفرنسي.

المطلب الثاني: أسباب التشريع الفرنسي القديم.

المطلب الثالث: أسباب التشريع الفرنسي الحديث.

● المطلب الأول: الإطار التشريعي للمشرع الفرنسي

لقد مال المشرع الفرنسي إلى المنع سابقا في القانون رقم 66-537 في مادة 217 فقرة 1 الصادر في سنة 1966⁽¹⁾. حيث نصت المادة بشكل صريح على أنه "يحظر على الشركة شراء أسهم الخزينة". إلا أن موقف المشرع الفرنسي قد تغير لاحقا في القانون رقم 98-546 لسنة 1998 في مادة 40⁽²⁾. لتكون كالتالي "يجوز للشركة شراء أسهم الخزينة وفقا للإجراءات". وعليه سوف تقسم هذا المطلب على فرعين:

(1) La loi française n° 66-537 du 24 juillet 1966. L'article 217, alinéa 1

(2) La loi française n°98-546 du 2 juillet 1998. L'article 41, elle donne la provision comme suit,

الفرع الأول: الإطار التشريعي القديم للمشرع الفرنسي.
الفرع الثاني: الإطار التشريعي الحديث للمشرع الفرنسي.

■ الفرع الأول: الإطار التشريعي القديم للمشرع الفرنسي

لقد وضع المشرع الفرنسي أساسات مالية لنظريته الاقتصادية سابقا بمنع الشركة من شراء أسهم الخزينة حيث نص صراحة في عجز المادة -537 في مادة 217 فقرة 1 الصادر في سنة 1966⁽¹⁾. حيث نصت المادة بشكل صريح على أنه "يحظر على الشركة شراء أسهم الخزينة". ويرد على الحظر استثناءان مهمان جدا كالتالي:

- إعادة شراء أسهم الخزينة: بهدف تنظيم الأسعار بالنسبة للشركات المدرجة.
- إعادة شراء أسهم الخزينة: بهدف تخصيص حصص للموظفين في إطار المشاركة.

هذا ويتمشى هذا التنسيق مع النسق الأوروبي الخاصة بالاتفاقية الثانية لقانون الشركات لسنة 1992⁽²⁾.

وفي العموم فإن هذان الاستثناءان يخضعان لعدة مبادئ واردة في القانون الفرنسي، وبيان ذلك كالتالي:

1- وجوب تقديم عرض الشراء لجميع المساهمين في الشركة⁽³⁾: ذلك تحقيقا لمبدأ المساواة فيما بين المساهمين، فالفرصة في إعادة الشركة لشراء أسهم الخزينة يجب ألا تكون على حساب أقلية المساهمين من أجل تقوية مركز ونفوذ كبار المساهمين داخل الشركة. وإلا فإن العملية تكون محاطة ومظلمة بشبهة البطلان، وفي حالة كانت الشركة مدرجة فإنه يستوجب العمومية والافصاح عن العرض.

L'achat par une société de ses propres actions est autorisé dans les conditions et selon les modalités prévues aux articles 217-1A à 217-10. Les achats d'actions par une personne agissant pour le compte de la société sont interdits sauf s'il s'agit d'un prestataire de services d'investissement ou d'un membre d'un marché réglementé intervenant dans les conditions du I de l'article 43 de la loi no 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières.

⁽¹⁾ La loi française n° 66-537 du 24 juillet 1966. L'article 217, alinéa 1

⁽²⁾ La directive n° 77/91/CE du 13 déc. 1976 modifiée par la directive n° 92/101/CE du 23 novembre 1992.

⁽³⁾ La loi française n° 66-537 du 24 juillet 1966. L'article 181.

2- واجب احترام حق الدائنين في الاعتراض⁽¹⁾: وهذا الأمر مفترض, إذ أن استصدار أسهم الخزينة سوف يمس الضمان العام للدائنين وسيضر بالملاءة المالية للشركة حتما ذلك من خلال احتمالية عدم قدرة الشركة على الوفاء بالتزاماتها تجاه هؤلاء الدائنين.

■ الفرع الثاني: الإطار التشريعي الحديث للمشرع الفرنسي

لقد تغير موقف المشرع الفرنسي في تشريعه الجديد الصادر سنة 1998⁽²⁾ والذي تم استبدال مبدأ الحظر الوارد على شراء أسهم الخزينة إلى إباحته. فلقد نصت المادة 40 من هذا القانون على ما مفاده بأنه "يجوز شراء الشركة لأسهمها وفقا للإجراءات". ونصت المادة 40.1⁽³⁾ على ما مفاده:

"يجوز للشركات التي تُشرك موظفيها في نتائجها بتخصيص حصصها وتلك التي تمنح خيارات لشراء أسهمها وفقاً للشروط المنصوص عليها في المواد 1-208 وما يليها، ومن هذا القانون، لهذا الغرض، يجوز لها استرداد أسهمها. يجب منح الأسهم أو يجب منح الخيارات في غضون عام واحد من الاستحواذ".

وتنص المادة 40.3 على ما مفاده⁽⁴⁾:

"يجوز للجمعية العامة التي قررت تخفيض رأس المال غير بدافع الخسائر أن تفوض مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة، حسب مقتضى الحال، بشراء عدد محدد من الأسهم لإلغائها". وتنص المادة 40.4 من ذات القانون على ما مفاده⁽⁵⁾:

"يحدد الاجتماع العام أغراض وطرق العملية، وكذلك سقفا. لا يمكن منح هذا التفويض لمدة تزيد عن ثمانية عشر شهراً. يبلغ مجلس الإدارة بالقرار الصادر عن الجمعية العمومية. يمكن الحصول على هذه الأسهم أو التخلص منها أو نقلها بأي وسيلة. يمكن إلغاء هذه الأسهم في حدود 10% من رأس مال الشركة لمدة أربعة وعشرين شهراً. تقوم الشركة بإبلاغ مجلس الأسواق المالية كل شهر بعمليات الشراء والبيع والتحويلات والإلغاء التي يتم تنفيذها. يوجه مجلس الأسواق المالية انتباه الجمهور إلى هذه المعلومات". ونشير هنا إلى عدة أمور كالتالي:

(1) La loi française n° 66-537 du 24 juillet 1966. L'article 216 et l'article 180.

(2) La loi française n° 98-546 du 2 juillet 1998.

(3) La loi française n° 98-546 du 2 juillet 1998, L'article 40.1

(4) La loi française n° 98-546 du 2 juillet 1998, L'article 40.3

(5) La loi française n° 98-546 du 2 juillet 1998, L'article 40.4

1- الأصل هو الإباحة: جعل المشرع الفرنسي في تقنيته الحديث الأصل في استصدار أسهم الخزينة هو الإباحة بعدما كان المنع هو القاعدة العامة مع إيراد استثنائين عليه. فلكل قاعدة أصوليا استثناءات.

2- جواز تخفيض رأس المال غير مدفوع بدافع الخسارة: أجاز المشرع الفرنسي أيضا استصدار أسهم الخزينة في حال كان تخفيض رأس المال ليس بسبب الخسارة.

3- التخفيض المسموح: وضع المشرع الفرنسي في تقنيته الحديث أساسات للتخفيض بحيث لا يجاوز التخفيض 10% من رأس المال المصرح به لاستصدار أسهم الخزينة.

• المطلب الثاني: أسباب التشريع الفرنسي القديم

لقد وضع المشرع الفرنسي أساسات مالية لنظريته الاقتصادية سابقا بمنع الشركة من شراء أسهم الخزينة حيث نص صراحة في عجز المادة -537 في مادة 217 فقرة 1 الصادر في سنة 1966⁽¹⁾. حيث نصت المادة بشكل صريح على أنه "يحظر على الشركة شراء أسهم الخزينة". ويرد على الحظر استثناءان مهمان جدا كالتالي:

- إعادة شراء أسهم الخزينة: بهدف تنظيم الأسعار بالنسبة للشركات المدرجة.
- إعادة شراء أسهم الخزينة: بهدف تخصيص حصص للموظفين في إطار المشاركة. وعليه فإن أسباب المنع قد نحيل إليها كما ورد في مواضع متقدمة من البحث وسوف نقتصر هنا في مناقشة الاستثناءات كالتالي:

الفرع الأول: إعادة شراء أسهم الخزينة بهدف تنظيم الأسعار بالنسبة للشركات المدرجة.
الفرع الثاني: إعادة شراء أسهم الخزينة بهدف تخصيص حصص للموظفين في إطار المشاركة.

▪ الفرع الأول: إعادة شراء أسهم الخزينة بهدف تنظيم الأسعار بالنسبة للشركات المدرجة
كما أسلفنا في مواضع متقدمة، فإن التشريع الفرنسي في قانون رقم 66-537 لسنة 1966 قد جعل القاعدة العامة هي إيراد الحظر على شراء أسهم الخزينة. لكن يرد على هذا الحظر استثناء مهم جدا وهو إعادة شراء أسهم الخزينة بهدف تنظيم الأسعار بالنسبة لشركات

(1) La loi française n° 66-537 du 24 juillet 1966. L'article 217, alinéa 1

المرجعة. حيث يجب أن تقدم الشركة طلبا لهيئة سوق المال الفرنسية من أجل اصدار أسهم الخزينة متضمنا العدد المسموح والنطاق السعري وفقا لما ينص عليه القرار رقم 168 لسنة 1984⁽¹⁾.

ويهدف هذا الطلب إلى تأكيد مبدأ أن تدخل الشركة يكون خوفا من انهيار أسهمها باستصدار أسهم الخزينة دعما له وخوفا من انهياره. فلذلك كان يتعين على الشركة التي تريد استصدار أسهم الخزينة أن تقوم بتقديم طلب لهيئة سوق المال الفرنسية متضمنا عدد الأسهم التي تريد طرحها والنطاق السعري لها وفقا لما ينص عليه القرار رقم 168 لسنة 1884⁽²⁾. وتتبعي الإشارة أن هيئة سوق المال الفرنسية بهذا الصدد لا تعادي هذه العمليات والتي من شأنها تعزيز الأرباح بالمعنى الدقيق وإنما تهدف لتنظيم أفضل من خلف هذا المنع⁽³⁾. وقد نص ذات القانون أيضا على مبادئ مهمة في هذا الشأن تساعد الشركة المصدرة لأسهم الخزينة من عملية تنظيم الأسعار من خلال أمرين مهمين وهما تجريم التداول الوهمي من خلال نشر أخبار مزيفة من أجل تضليل الجمهور بحسب ما تنص عليه المادة 217.2 من قانون 1966⁽⁴⁾.

وللمشرع الفرنسي في هذا القانون سبب معقول في ذلك متمثل كالتالي:

- ضبط لمسألة المضاربات قصيرة الأجل:

تعرف المضاربة أنها عملية شراء الأسهم من أجل إعادة بيعها على المدى القصير من أجل الاستفادة من فروقات الأسعار وذلك من خلال المعلومات المتوافرة في السوق⁽⁵⁾. ويمكن أن يكون للمضاربة آثار متناقضة، وبيان ذلك كالتالي:

1- تسعير الأصول: عندما تتعلق المعلومات بالعائدات المستقبلية للأوراق المالية، فمن

المرجح أن يؤدي استخدام معلومات غير دقيقة إلى فصل السعر عن القيمة الجوهرية للأوراق

(1) La COB (Bulletin n° 168 de 1984).

(2) La COB (Bulletin n° 168 de 1984)

(3) Jacques Hamon, Le rachat d'actions: une politique de valorisation des actions ? Cahier de recherche n° 9801, 1997, P1-30 à 24.

(4) Riffault Jacqueline, La réglementation des marchés financiers dans le cas particulier de l'abus de marché. In: Revue internationale de droit compare, Etude de droit contemporain, Vol. 50.2 1998, P 629-681 à 647.

(5) Anne-Dominique Merville, La spéculation en droit privé, thèse en vue de l'obtention du doctorat à l'université de Panthéon-Sorbonne, 2001. P 5.

المالية حينما يتم الاعتماد مثلا على السعر السابق للأوراق المالية كمعلومة جوهرية في المضاربة⁽¹⁾.

2- نظرية فقاعة المضاربة: وتعرف بأنها ارتفاع مصطنع للأسعار بسبب الاعتماد على قيم غير حقيقية للأصول يتبعه في مرحلة ما انهيار مفاجئ فيها بسبب احتراف المتلاعبين بالسوق بالمعلومات المنتشرة⁽²⁾. وهو ما سيؤدي بنهاية المطاف إلى انهيار قيمة الأسهم تبعا لنظرية الفقاعة المضاربة إذا تم الربط بين معلومات آخر سعر للسهم في التداول وبالتالي انهيار الشركة.

3- التدخل لأجل تنظيم الأسعار: كما أسلفنا الذكر أن المشرع الفرنسي أجاز استصدار أسهم الخزينة من أجل تنظيم عملية التداول والمحافظة على الأسعار. فللشركة التدخل في هذا الاصدار إذا ما ارتأت أنه سوف يساهم في نهاية المطاف من مكافحة هذه المضاربات والتي ستؤدي بالنهاية إلى الإضرار بمصالح الشركة إذ يجب الاعتراف أن هذه الوسيلة أصبحت جزءا فعالا من لعبة حماية أموال المساهمين وأصولهم من الانهيار. إذ أن الشركة ستطرح أسهم الخزينة للتداول لدى سعر لا يقل عن القيمة الإسمية في نهاية المطاف.

■ **الفرع الثاني: إعادة شراء أسهم الخزينة بهدف تخصيص حصص للموظفين في إطار المشاركة**

لقد أجاز المشرع الفرنسي القديم في تشريعه رقم 537 في مادة 217 فقرة 1 الصادر في سنة 1966⁽³⁾ على سبيل الاستثناء أن تقوم الشركة باستصدار أسهم خزينة من أجل طرحها في السوق لإعادة شرائها مجددا. وذلك بهدف تخصيص حصص لموظفيها في إطار المشاركة. ويقصد من ذلك، أن تخصص الشركة جزءا من الأسهم ليتم الاكتتاب من خلال طرح خاص بها من قبل موظفيها وذلك من أجل تعزيز وجودهم ومشاركتهم في الشركة

(1) Damien Besancenot, La spéculation sur les marchés financiers: une étude sur la nature stabilisante ou déstabilisante de la spéculation, thèse en vue de l'obtention du doctorat à l'université de Panthéon-Assas Paris, P4.

(2) Marie-Christine Adam et Ariane Szafarz, Crises boursières, bulles spéculatives et rationalité

Economique, Études internationales, vol 20.4, P 781-790 à 782.

(3) La loi française n° 66-537 du 24 juillet 1966. L'article 217, alinéa 1

العاملين بها⁽¹⁾. فالشركة تقوم بتخفيض رأسمالها في هذا الفرض تطرحه طرعا عاما في السوق لتعود مجددا باستحواذه بهدف طرحه مجددا للاكتتاب طرعا خاصا على موظفيها فقط من أجل تعزيز مشاركتهم في الشركة. ويفهم من هذا التوجه انفتاح المشرع الفرنسي على مفهوم المصلحة الجماعية للشركة. وعدائية المشرع الفرنسي من جهة أخرى لعمليات الاستحواذ العدائية.

وبيان ذلك كالتالي:

♦ أولاً: المصلحة الجماعية للشركة

لا تعني المصلحة الجماعية للشركة بالضرورة عدم تعظيم الأرباح لكنها تلقي عبئاً على مجلس الإدارة بضرورة الموازنة بين هذه الفكرة ومراعاة أصحاب المصالح المرتبطين مع الشركة بالتزامات عقدية لعل أهم هؤلاء هم الموظفون⁽²⁾. وعليه فلقد أحاط المشرع الفرنسي القديم بحماية مهمة للموظفين الشركة ويتمثل ذلك من خلال أمرين مهمين:

1- استثناء الموظفين من الحظر في استصدار أسهم الخزينة. وكما أسلفنا مسبقاً، فإن تأثير المصلحة الجماعية على المشرع الفرنسي القديم يبدو واضحاً وجلياً وذلك من خلال كفالة مشاركة الموظفين في الشركة وذلك من خلال استثنائهم من الحظر الوارد على استصدار أسهم الخزينة. جدير بالذكر أن إضفاء صفة المساهم على الموظف يجعل منه عضواً فعالاً بالشركة مرة بوصفه صاحب مصلحة عقدية ومرة بوصفه مالكا في رأس المال.

2- تمثيل الموظفين في مجلس الإدارة. إن اعتبار الموظفين كمساهمين له دور مهم في الحفاظ على رأس المال والحد من التأثير على متغيرات السوق وذلك من خلال كفالة مشاركتهم في صنع القرار داخل الجمعيات العمومية⁽³⁾. وبالتالي للموظفين مشاركة فعالة أكثر

(1) مبادئ إدارة الأعمال: مفاهيم نظرية وتطبيقات عملية، دار المناهج للتوزيع والنشر، الطبعة الأولى، عمان، 2013، ص 273 د. فيصل الشواورة،

(2) Andrew Campbell, Stakeholders: the case in favour, Long Range Planning, vol 30.3, 1997, P446-449 at 446.

(3) Xavier Hollandts et Nicolas Aubert, a représentation obligatoire des actionnaires salariés au conseil d'administration: un état des lieux, Dans Gestion 2000, vol 28.6, 2011, P 15-26 à 15.

من وصفهم أصحاب مصلحة وذلك من خلال إعطائهم صفة المساهم وهو ما يترتب عليه بالتالي حقهم في التصويت وحضور الجمعية العامة وحقهم في التمثيل داخل مجالس الإدارات.

♦ ثانياً: تسامح المشرع الفرنسي القديم مع عروض الاستحواذ العدائي

تعرف عن أسهم الخزينة من خلال دورها في عرقلة عمليات الاستحواذ العدائي. وذلك من خلال إصدارها من أجل رفع قيمة وتكلفة الاستحواذ على العارض العدائي. وانطلاقاً من مبدأ حظر إصدار أسهم الخزينة كأصل عام وإباحتها في حالتين فقط، وبمفهوم المخالفة، أنه لا يجوز على الشركة إصدار أسهم الخزينة من أجل عرقلة استحوذ العارض العدائي. خاصة أن عمليات الاستحواذ ظهرت لأول مرة في المملكة المتحدة في الخمسينيات من القرن الماضي⁽¹⁾. وبيان ذلك كالتالي:

1- تسامح المشرع الفرنسي القديم مع الاستحواذ العدائي: ففيما يبدو أنه كانت الحاجة ماسة آنذاك في الجمهورية الفرنسية من أجل أن يقف المشرع الفرنسي ضد استصدار أسهم الخزينة حتى لو على سبيل الدفاع عن الشركة في مواجهة المستحوذ العدائي. فهذه أحد الأسباب التي دعت في قانونه القديم رقم 66-537 لسنة 1966⁽²⁾ إلى جعل القاعدة العامة هي المنع في شأن إصدار أسهم الخزينة مع تقرير استثنائيين ليس من ضمنهما حالة الدفاع عن الشركة ضد المستحوذ العدائي.

2- استحواذ صديق: في حالة الاستحواذ العدائي، تتبع الشركة المستهدفة أسهم الخزينة الخاصة بها إلى طرف ثالث صديق، وبذلك تعيد إحياء حقوق التصويت المرتبطة بالأسهم بهذه الطريقة تكون الشركة المستهدفة قادرة توجيه تصويت المساهمين لصالحها.

3- انخفاض عدد الأسهم المتداولة: يؤدي إصدار أسهم الخزينة إلى تخفيض في رأس المال وبالتالي انخفاض عدد الأسهم المتداولة في السوق وزيادة لاحقة في القيمة الأسهم، مما قد يؤدي إلى الضغط على الشركة مقدمة العرض العدائي بسبب رفع القيمة السوقية للأسهم مما يؤدي إلى الاحتياج لتمويل إضافي

(1) John Armour and David Skeel, Who writes the rules for hostile takeovers, and why? The peculiar divergence of U.S. and U.K. takeover regulation, The Georgetown law journal, vol 95.1, 2007, P1727-1794 at 1730.

(2) La loi française n° 66-537 du 24 juillet 1966. L'article 217.

• **المطلب الثالث: أسباب المشرع الفرنسي الحديث**

لقد تغير موقف المشرع الفرنسي في تشريعه الحديث الصادر سنة 1998 والذي استبدل مبدأ الحظر إلى الإباحة. فلقد نصت المادة 40 من هذا القانون على ما مفاده "يجوز شراء الشركة لأسهمها وفقا للإجراءات". ويبدو من ذلك الانفتاح التشريع الفرنسي الحديث على النسق الأوروبي المجاور له من جهة، ومن جهة أخرى تأثره بنظريات تعظيم رأس المال في حوكمة الشركات من جهة أخرى، لكن يقتضي التنويه أن هذا الانفتاح ليس كاملا بل مع الإبقاء على بعض التحفظات كاستبقائه حق الموظفين في المشاركة. وبالتالي فسوف يتم تقسيم هذا المطلب كالتالي:

الفرع الأول: انفتاح المشرع الفرنسي الحديث على المشرع المقارن.

الفرع الثاني: تأثر المشرع الفرنسي بنظريات تعظيم رأس المال.

■ **الفرع الأول: انفتاح المشرع الفرنسي الحديث على المشرع المقارن**

بكل تأكيد أن المشرع الفرنسي لا يعيش في معزل عن غيره من التشريعات المقارنة واللصيقة به كالتشريع الأوروبي والتشريع الأمريكي الفيدرالي على سبيل المثال. ولذلك، فإن أوجه التأثير قد يمتد لداخل الجمهورية الفرنسية ويغال ذلك الفلسفة التشريعية التي يستند عليها القانون. وذلك بسبب سعي القانون الأوروبي إلى خلق بيئة مناسبة قانونيا واقتصاديا لتلك الشركات التي تنتمي للدول الأعضاء⁽¹⁾. والمشرع الفرنسي في قانون الجديد لسنة 1998 قد انفتح أكثر على التشريع الأوروبي الأمريكي الفيدرالي وبيان ذلك كالتالي:

◆ **أولا: بيان وجه تأثير القانون الأوروبي على القانون الفرنسي**

بلا شك أن محاولات القانون الأوروبي لتوحيد القواعد القانونية في العمليات العابرة للحدود داخل الاتحاد الأوروبي لها دورها المهم في التأثير على قوانين الشركات المحلية خاصة تلك المتعلقة برأس المال وحماية الدائنين⁽²⁾. فلذلك يبدو أن المشرع الفرنسي في سبيل تغيير المبدأ

(1) Michel Menjucq, Droit international et européen des sociétés, Lextneso, Paris, 6^e Edn, 2021, P16

(2) Ingo Sangaer, Recent developments in European company and business law, Deakin law review, vol 10.1, 2005, P297-318 at 298.

القاضي بحظر استصدار أسهم الخزينة، قد لقي تأثيرا من قبل المشرع الأوروبي في هذا الصدد. ليعبر بالتالي عن هذا التأثير في تغيير موقفه من الانتقال من الحظر إلى الإباحة. وبيان ذلك كالتالي:

1- الاتفاقية الأوروبية الثانية لقانون الشركات 1992⁽¹⁾: نصت المادة رقم 1 في فقرتها الثالثة من الاتفاقية الأوروبية الثانية الخاصة بقانون الشركات⁽²⁾، في مادتها الأولى الفقرة الثالثة على مفاده:

"لضمان الحفاظ على رأس المال المكتتب، يحظر على الشركة توزيع أرباح في ظل عدم تحقيق صافي الربح ويحظر على الشركة أيضا شراء أهم الخزينة"
وفي هذه الحالة تعتبر الجمهورية الفرنسية عضوا منضما في هذه الاتفاقية وجزءا مكونا لها. وبالتالي حتما سينتقل تأثيرها على القانون المحلي الفرنسي. خاصة في شأن أثر أحكام المحاكم الأوروبية باعتبارها سوابق بالنسبة للقضاء الفرنسي⁽³⁾.

2- السعي إلى خلق مواءمة تشريعية موضوعية: يسعى الإتحاد الأوروبي من خلال عقد الاتفاقيات الخاصة بقوانين الشركات في منهج واضح إلى إزالة العقبات وصولا إلى نسق تشريعي متسق من الناحية الموضوعية⁽⁴⁾.

♦ ثانيا: بيان وجه تأثير الفيدرالي الأمريكي على القانون الفرنسي

كما أسلفنا القول مسبقا، فإن المشرع الفرنسي لا يعيش في عزلة تشريعية بمنأى عن غيره من التشريعات. لعل تأثير القانون الأوروبي قد اتضح في الموضع المتقدم آنفا، إلا أن هناك تأثيرات أخرى ربما من قبل المشرع الأمريكي على المشرع الفرنسي في هذا الصدد في قانون الشركات. لا سيما أن في الشأن الخاص في إصدار أسهم الخزينة وما يخص بعض الجوانب القانونية المتعلقة بها فيما الحفاظ على رأس المال. وبيان ذلك كالتالي:

(1) La directive n° 77/91/CE du 13 déc. 1976 modifiée par la directive n° 92/101/CE du 23 novembre 1992.

(2) Ibid

(3) للتفصيل أكثر، انظر

Philippe Manin, Les effets des juridictions européennes sur les juridictions françaises, Dans Pouvoirs, vol 96.1, 2001, P 51 à 64.

(4) John Armour and Wolf-Georg Ringe, European Company Law 1999-2010: Renaissance and Crisis, Law working paper N°.175/2011, January 2011, P3.

1- قانون الأوراق المالية الأمريكي الفيدرالي⁽¹⁾: أبرز المشرع الأمريكي الفيدرالي أسهم الخزينة باعتبارها أوراق مالية قابلة للتداول في السوق المالية. وحتى إنها لم تكن منظمة بشكل قانوني، فإن استعمالها كان شائعا في السوق الأمريكية من قبل شركات المضاربات⁽²⁾.

2- هدف الشركة: تقضي قاعدة المصلحة الجماعية في إدارة الشركة إلى مراعاة مصلحة جميع المرتبطين في الشركة بارتباطات عقدية. وتتضح هذه الإرادة لدى المشرع الأمريكي في تجنبه لقاعدة تعظيم رأس المال كسبب من أسباب الاستحواذ من جهة عدم تنظيمه للعرض الإلزامي من جهة، ومن جهة أخرى إباحته لاستعمال الإجراءات الدفاعية ضد العرض الهجومي تقديرا منه لهذه المصلحة. لقد انعكس هذا الأمر وفقا للفلسفة التشريعية للمشرع الأمريكي حيث اقتفى ذلك المشرع الفرنسي من خلال تخصيصه بشكل واضح إصدار أسهم الخزينة من أجل توسيع نطاق مشاركة الموظفين داخل الشركة.

■ الفرع الثاني: تأثير المشرع الفرنسي بنظريات تعظيم رأس المال

قد يكون المشرع الفرنسي قد تأثر بشكل أو بآخر بنظام حوكمة الشركات الأمريكي. ذلك يبدو جليا من خلال تخصيصه بشكل واضح نصيبا محددًا لمصلحة الموظفين من الشركة في إصدار أسهم الخزينة. وأحد أسباب تأثر المشرع الفرنسي بالنظرية الجماعية في إدارة الشركة هو تأثره بالنظم والموروثات الاشتراكية كموروث ثقافي لدى المشرع الفرنسي⁽³⁾. إلا أن الانفتاح العالمي خاصة بما يتعلق بمفاهيم العولمة المالية قد أثر على هذا الموروث الاشتراكي. لذلك فإن المشرع قد استجاب لهذه التأثيرات مع الاستبقاء على بعض هذه الأساسات. ويشير هذا المصطلح إلى مضى التكامل المالي الدولي بشكل عام للاقتصاد العالمي. هذه العملية ناتجة عن التحرير التدريجي للأنظمة المالية⁽⁴⁾. ولما كان من بين شبهات إصدار أسهم الخزينة تقوية نفوذ أغلبية المساهمين وتوسعة حصصهم، فإن هذا الارتباط لا يدع مجالًا للشك أن

(1) Federal securities act 1933.

(2) Norlin Rueschhoff, The evolution of accounting for corporate treasury stock in the United States, The Accounting Historians Journal, Vol 5.1, 1978, P 1-7 at 1.

(3) Carlos Miguel Herrera, Socialisme juridique et droit naturel. À propos d'Emmanuel Lévy, Dans Les juristes face au politique, 2003, P 69-84 à 69.

(4) Jérémy Charbonneau, Nicolas Couderc, Globalisation et instabilité financière, Dans La Découverte, Regards croisés sur l'économie, vol 1.3, 2008, P 235-242 à 235

إصدار هذه الأسهم مرتبط بشكل أو بآخر بنظرية تعظيم رأس المال. وعليه فإننا سوف ننقاس هذه الأسباب كالتالي:

♦ أولاً: مشروع السوق الأوروبية المشتركة

تعود جذور فكرة إنشاء السوق الأوروبية المشتركة إلى عام 1957 من القرن الماضي بهدف تحقيق النمو والتكامل الاقتصاديين في سوق موحدة خاصة بنقل البضائع والخدمات وتسهيل انتقال رؤوس الأموال⁽¹⁾. ومن أجل المساهمة في خلق كيانات اقتصادية كبرى، كان لا بد من التركيز أكثر على العمليات المؤمنة لتحقيق مفهوم التركيز الاقتصادي، أعني بعبارة أخرى عمليات الاستحواذ والاندماج. ولا يتأتى هذا المفهوم، من وجهة نظر الكاتب، إلا من خلال تبني المفاهيم الخاصة بنظرية تعظيم رأس المال. وبيان ذلك كالتالي:

1- التركيز الاقتصادي: تعتبر عمليات الاستحواذ والاندماج من عمليات التركيز الاقتصادي، والتي ينتج عنها مفهوم انتقال السيطرة من كيان إلى آخر. وبطبيعة الحال، فإنه وتطبيقاً لقواعد تعظيم رأس المال، فإن هذه العمليات غالباً ما تكون مدفوعة وفقاً لقواعد حوكمة الشركات إلى في هذا الاعتبار. بعبارة أخرى، وفقاً لهذه العمليات فإن الحافز الأهم يكون غالباً تحقيق الأرباح وإعادة هيكلة رأس المال.

2- تعظيم رأس المال يعني تحقيق حافز للمستثمر: يجري الاعتبار لدى المستثمرين حرصهم على تحقيق أرباح مادية من محافظهم لدى دخول أي سوق مالية، غالباً وبناء عليه ما يتطلع المستثمر إلى تشييد جهوده من جهة وتنويع استثماراته من جهة أخرى لدى دخوله السوق، هذا كله لا يتأتى بحسبان النظرة الرأسمالية إلا بتحقيق نظرية تعظيم رأس المال.

3- التأثير على النظام الفرنسي: بالتالي مع هذه الأنظمة الرأسمالية، فإنه من المتصور أن المشرع الفرنسي في تشريعه الحديث قد غير موقفه من حظر إصدار أسهم الخزينة كأصل عام إلى الإباحة، وهذا بكل تأكيد جاء نتيجة في خضم موجات التأثير الأوروبية الداعية إلى إنشاء سوق أوروبية مشتركة. فهو كما أسلفنا لا يعيش بمعزل عن المؤثرات الخارجية.

⁽¹⁾ لمزيد من التفصيل انظر

Pierre de Charentenay, Les cinquante ans du Traité de Rome, Dans Études, vol 406.3, 2007, P 309 à 319

♦ ثانيا: الاتفاقية الأوروبية الخاصة بعمليات الاستحواذ والاندماج

أنت اتفاقية الاستحواذ والاندماج الأوروبية لسنة 2004⁽¹⁾، في محاولة لتوحيد القواعد الأوروبية المرتبطة بتسهيل عمليات الاستحواذ والاندماج. وقد انطلقت هذه الاتفاقية من عدة منطلقات لعل أهمها مبدأ حياد مجلس الإدارة والمنصوص عليه في المادة 16 من الاتفاقية⁽²⁾. وبيان ذلك كالتالي:

1- مبدأ الحياد: ينص مبدأ الحياد على التزام مجلس الإدارة باتخاذ أي احترازاات دفاعية ضد عروض الاستحواذ والتي من شأنها عرقلة عملية الاستحواذ وجعلها أكثر تكلفة على المستحوذ⁽³⁾. ويقتصر دور مجلس الإدارة في هذا الشأن على تقديم الواجب الاستشاري في رفض أو قبول عرض الاستحواذ⁽⁴⁾.

2- اختصاص الجمعية العامة: وكنتيجة لذلك، فإن المختص بالببت في مدى جواز استعمال الدفاعات ضد عرض الاستحواذ، أو قبول هذا العرض سيكون للجمعية العامة. إذ يتمتع على مجلس الإدارة اتخاذ أي من الإجراءات دون الموافقة المسبقة. وهذا انطلاقا من مبدأ تعظيم رأس المال كدافع في هذه المسألة. إذ أن الجمعية العامة محكومة بحكم أغلبية المساهمين وغالبا ما سيتجهون لتعظيم أرباحهم⁽⁵⁾.

3- استعمال الدفاعات: نص القانون التجاري الفرنسي لسنة 2014 مادة 233-32⁽⁶⁾ على صلاحية الجمعية العامة لمجلس الإدارة. وبالتالي، فإن الأصل أن الاختصاص في مصير العرض وكذلك الاختصاص في استعمال وسائل الدفاع

(1) La directive 2004/25/CE sur les offres publiques et la fusion.

(2) Ibid, l'article 16.

(3) Evelyne Van Eeckhout, La théorie des mondes de conformité dans le domaine de la gouvernance d'entreprise: la transposition de la directive 2004/25/CE sur les offres publiques d'achat. Louvain School of Management, Université catholique de Louvain, 2016, P14.

(4) Reinier Kraakman and others, The autonomy of corporate law: A comparative and functional approach, Oxford University Press, Oxford, 2nd edn, 2017, P243.

(5) Chrispas Nyombi, A critique of shareholder primacy under UK takeover law and the continued imposition of the Board Neutrality Rule: Shareholder primacy under UK takeover law, International Journal of Law and Management, Vol 57.4, 2013, P235-264 at 236.

(6) Code du commerce 02 avril 2014, L'article 233-32.

كله يعود للجمعية العامة غير العادية. فكما نوهنا مسبقا بأنها صاحبة الاختصاص الأصيل في إدارة شئون الشركة⁽¹⁾.

○ المبحث الثالث: موقف المشرع الكويتي

لقد تناول المشرع الكويتي مسألة إصدار أسهم الخزينة في قانون الشركات الكويتي. حيث نصت المادة 190 من قانون الشركات الكويتي لسنة 2019 من قانون الشركات الكويتي. وحرى القول في هذا السياق أن المشرع الكويتي قد تأثر بكثير من نظريات المشرع المقارن في قانون الشركات وأسواق المال باعتباره بالتالي أصل تاريخي له. وبالتالي وقع في ملامة الاقتباس التشريعي دون التأكد من سلامة هذا الاقتباس في البيئة التشريعية الكويتية. وجدير بالذكر أن المشرع الكويتي قد تأثر في هذا الصدد وتفضيله في كثير من المسائل لكبار المساهمين في كثير من الأمور. وعليه فإننا سوف نقسم هذا المبحث كالتالي:

المطلب الأول: الإطار التشريعي للمشرع الكويتي.

المطلب الثاني: موقف المشرع الكويتي وأسبابه.

● المطلب الأول: الإطار التشريعي للمشرع الكويتي

لقد نظم المشرع الكويتي مسألة استصدار أسهم الخزينة في المادة 170 من قانون الشركات الكويتي⁽²⁾، وكذلك في القرار رقم 287 لسنة 2016 بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم 1 لسنة 2016 بإصدار قانون الشركات⁽³⁾. ولدى المشرع الكويتي حالة خاصة تتمثل إطار تنظيم إصدار أسهم الخزينة حيث أنه يسعى إلى الموازنة بين المصالح المختلفة إلا أنه وقع في التناقض في ذلك على أية حال في فلسفته فيما يخص حماية صغار المساهمين في مسائل أخرى كتنظيمه لعملية العرض الإلزامي مثلا من خلال استلزامه حالة رفع الأغلبية لحصتها

(1) لمزيد من التفصيل حول المسألة موقف المشرع الفرنسي من فكرة الحياد، انظر:

Arnaud Pérès, Défenses anti-OPA et nouveau principe de non-neutralité de la cible: État des lieux après la loi Florange, Dans la revue de Doctrine, vol 3.1, 2014, P 139-142.

(2) قانون رقم 1 لسنة 2019 بإصدار قانون الشركات الكويتي.

(3) القرار رقم 287 لسنة 2016 بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم 1 لسنة 2016 بإصدار قانون الشركات.

من خلال أسهم الخزينة أن تقدم عرض استحواذ الزامي للأقلية وذلك من خلال الإطار التنظيمي لقانون أسواق المال. بينما كان من الأجدر أن يتبنى نظرية المصلحة الجماعية كأساس لهدف الشركة في عملها.

وعليه فسوف نقسم هذا المطلوب كالتالي:

الفرع الأول: الإطار التشريعي في قانون الشركات رقم 1 لسنة 2016.

الفرع الثاني: الإطار التشريعي الوارد في قانون أسواق المال لسنة 2010 ولائحته التنفيذية لسنة 2015.

▪ الفرع الأول: الإطار التشريعي في قانون الشركات رقم 1 لسنة 2016

لقد نظم المشرع الكويتي مسألة أسهم الخزينة في موضعين من تشريعاته. الأول في قانون الشركات لسنة 2016 والثاني في قانون هيئة أسواق المال لسنة 2010 ولائحتها التنفيذية لسنة 2015. إلا أن الاختلاف أن الأول إنما ترد على الشركات غير المدرجة وفي الثانية حيث يرد التنظيم على الشركات المدرجة في سوق الكويت للأوراق المالية. وبيان لك كالتالي:

♦ أولاً: التنظيم الوارد في قانون الشركات رقم 1 لسنة 2016

1- المادة 170: حيث نصت على تنظيم أسهم الخزينة لإعادة شرائها مجدداً من السوق بعد طرحها طرحاً أولياً للتداول في المادة 170 من قانون الشركات الكويتي لسنة 2017. حيث نصت المادة على التالي:

"يتم تخفيض رأس المال بإحدى لطرق التالية:

- تخفيض القيمة الإسمية للسهم بما لا يقل عن الحد الأدنى المقرر.

- إلغاء عدد من الأسهم بقيمة المبلغ المراد المقرر تخفيضه من رأس المال.

- شراء الشركة لعدد من أسهمها بقيمة المبلغ الذي تريد تخفيضه من رأس المال.

وتبين اللائحة التنفيذية الإجراءات الخاصة بتخفيض رأس المال في كل حالة".

2- المادة 168: كما أن المشرع الكويتي قد عهد بهذا الأمر للجمعية العامة غير العادية

وذلك بالمادة 168 حيث نصت على:

"للجمعية العامة غير العادية، بناء على اقتراح مسبب من مجلس الإدارة، أن تقرر بعد موافقة الهيئة تخفيض رأس مال الشركة وذلك في الحالات التالية:

- إذا زاد رأس المال عن حاجة الشركة.
- إذا أصيبت الشركة بخسائر لا يحتمل تغطيتها من الأرباح.
- أية حالات أخرى تحددها اللائحة التنفيذية"

3- المادة 169: كما أن المشرع الكويتي في المادة 169 من ذات القانون قد نصت على التالي:

"إذا كان قرار التخفيض بسبب زيادة رأس المال عن حاجة الشركة، يتعين على الشركة قبل تنفيذ قرار التخفيض أن تقوم للوفاء بالديون الحالية وتقدم الضمانات الكافية للوفاء بالديون الآجلة، ويجوز لدائني الشركة في حالة عدم الوفاء بديونهم الحالية أو عدم كفاية ضمانات الديون الآجلة، الاعتراض على قرار التخفيض أمام المحكمة المختصة وفقا لما تقررر اللائحة التنفيذية في ذلك".

♦ ثانيا: التنظيم الوارد لللائحة التنفيذية رقم 287 لسنة 2016

نظمت اللائحة التنفيذية رقم 287 لسنة 2016 لقانون الشركات الكويتي رقم 1 لسنة 2019 مسألة اصدار أسهم الخزينة في الباب الخاص بتخفيض رأس المال من المادة 108 وذلك على النحو التالي:

"في حالة تخفيض رأس مال الشركة عن طريق شراء الشركة لعدد من أسهمها بقيمة المبلغ الذي تريد تخفيضه من رأس المال يتعين اتباع الإجراءات التالية:

- 1- نشر قرار التخفيض والسعر المحدد لشراء الأسهم ومواعيده وإجراءاته بسوق الكويت للأوراق المالية "بورصة الكويت".
- 2- على من يرغب للمساهمين ببيع أسهمه للشركة تقديم طلب لوكالة المقاصة وفقا للإجراءات وخلال المواعيد المحددة بإعلان الشركة.
- 3- إذا زادت لطلبات بيع الأسهم المقدمة من المساهمين عن القدر المطلوب شراؤه يتم الشراء من كل مساهم بنسبة ما عرض ببيعه مقارنة بإجمالي عدد الأسهم المعروضة للبيع.

- 4- إذا قلت طلبات البيع عن القدر المطلوب شراؤه من الأسهم لمجلس الإدارة العدول عن قرار الشراء أو شراء القدر المطلوب بيعه من المساهمين وتكملة الباقي من خلال سوق الأوراق المالية (بورصة الأوراق المالية) أو الاكتفاء بما تم شراؤه.
- 5- يتم التخفيض من خلال تعديل رأس المال وعدد الأسهم بسجل المساهمين لدى وكالة المقاصة وتعتبر إيصالات إيداع الأسهم ملغاة".

■ الفرع الثاني: التنظيم لوارد في قانون هيئة أسواق المال لسنة 2010 ولائحتها التنفيذية لسنة 2015

◆ أولاً: التنظيم الوارد في قانون هيئة أسواق المال لسنة 2010

نصت المادة 74 من قانون إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية على ما يلي:

"يلتزم الشخص خلال ثلاثين يوماً من حصوله بصورة مباشرة أو غير مباشرة على ملكية تزيد على 30% من الأوراق المالية المتداولة لشركة مساهمة مدرجة، أن يبادر بتقديم عرض بالشراء لكافة الأسهم المتداولة المتبقية طبقاً للشروط ووفقاً للضوابط التي تحددها اللائحة. يعفى من هذا الحكم الحالات الآتية:

"إذا وصلت ملكية الشخص إلى النسبة المشار إليها نتيجة قيام الشركة المدرجة باستهلاك أسهم الخزينة وإلغائها، مما يؤدي إلى زيادة نسبة ملكية أحد المساهمين عن 30% من الأسهم المتداولة في الشركة المدرجة"⁽¹⁾. ومن المعلوم أن قانون هيئة أسواق المال يقتصر من حيث التطبيق على الشركات المساهمة العامة المدرجة في السوق. وبالتالي، فإن أي شركة غير مدرجة لا ينطبق عليها هذا القانون.

◆ ثانياً: التنظيم الوارد في اللائحة التنفيذية لسنة 2015 بشأن إنشاء قانون هيئة أسواق المال لسنة 2010

وقد اقتصر التنظيم في اللائحة التنفيذية لسنة 2015 على تنظيم بعض الأحكام المرتبطة في عميتها بعملية إصدار أسهم الخزينة. وذلك كمسألة تنظيم

(1) وتنظيم نشاط تداول الأوراق المالية لسنة 2010، مادة 74 قانون رقم 7 بشأن إنشاء هيئة أسواق المال.

عرض الاستحواد الالزامي كما في الملحق 8 من الكتاب التاسع من اللائحة التنفيذية الخاص بالاستحواد والاندماج. وكذلك الكتاب العاشر المتعلق بالإفصاح والشفافية من ذات اللائحة وأيضاً الكتاب الخامس عشر المتعلق بحوكمة الشركات من ذات اللائحة التنفيذية لسنة 201

• **المطلب الثاني: موقف المشرع الكويتي وأسبابه**

لقد مال المشرع الكويتي نسبياً إلى نفس موقف المشرع الفرنسي الجديد. وذلك في إباحة مسألة استصدار أسهم الخزينة وذلك من خلال تخفيض الشركة لرأس مالها بعد طرحها طرحاً أولياً للتداول في السوق. هذا ما نصت عليه المادة رقم 170 من القانون رقم 1 لسنة 2016. إلا أنه من الملاحظ أن المشرع الكويتي، قد نظم عملية استصدار أسهم الخزينة حال إصابة الشركة بخسائر وبالتالي لا ينسحب عليها الحكم الخاص باعتراض الدائنين كما في حال تخفيض رأس المال الزائد عن حاجة الشركة من جهة. وبالتالي الأمر الذي يفتح الأمر على مصراعيه على شبهة التهرب من الدائنين لكن بصورة شرعية قانونية. علاوة على أنه لم ينظم سبب الإصدار لمصلحة الموظفين في الشركة. وهو ما يعني جنوح المشرع الكويتي بصورة صارخة إلى تفضيل حماية كبار المساهمين على المصلحة الجماعية للشركة. وسوف نفصل فيما يلي الأسباب التي دفعت المشرع الكويتي إلى اعتماد استصدار أسهم الخزينة على هذا النحو كما يلي:

الفرع الأول: الاقتباس التشريعي.

الفرع الثاني: حماية كبار المساهمين.

■ **الفرع الأول: الاقتباس التشريعي**

إن عملية الاقتباس التشريعي تعتبر أحد النتائج المهمة واللازمة لعملية العولمة العالمية. ويتمثل عملية الاقتباس التشريعي نقلاً كاملاً أو جزئياً لأحكام القانون من نظام تشريعي في بلد ما إلى نظام تشريعي في بلد آخر. إننا سنواجه ونصطدم في عثرة مهمة جداً في هذا السياق متمثلة أن الهدف النهائي من هذا الاقتباس هو إصلاح مواطن الخلل في القانون

الوطني وإدماجه في النشاط الوطني التشريعي⁽¹⁾. إلا أن المشرع الكويتي، ونظرا لحدائته تجربته في القوانين التجارية وقانون أسواق المال أيضا، فإنه غالبا ما يميل إلى استقاء تجارب جاهزة ونموذجية بالنسبة له. حتى يستطيع الانطلاق منها. لكن هذا الأمر قد يوقعنا في التناقض نظرا لاختلاف البيئات التشريعية. وهذا سنبينه في هذا السياق كالتالي:

1- أسهم الخزينة: لقد أوضحنا في مواضع سابقة أن المشرع الفرنسي قد ارتبط في تنظيمه لمسألة أسهم الخزينة بعدد من الاتفاقيات الأوروبية المهمة كاتفاقية قانون الشركات الأوروبية الثانية 1992، واتفاقية إنشاء السوق الأوروبية المشتركة لسنة 1992 وكذا هو الحال بالنسبة لاتفاقية الاستحواذ والاندماج الأوروبية لسنة 2004، خاصة إذا ما رأينا أن استصدار أسهم الخزينة من شأنها توسيع نفوذ كبار المستثمرين داخل الشركة وهو ما يشكل عامل جذب مهم في شأن التكامل في السوق الأوروبية المشتركة.

2- مشاركة الموظفين: يبدو تأثير قانون الشركات البريطاني لسنة 2006⁽²⁾ واضحا جدا في هذه الجزئية، فهو لم ينظم حق مشاركة الموظفين كسبب لإصدار أسهم الخزينة بشكل واضح ومباشر في المادة 724 إلى 736 والخاص بتداول أسهم الخزينة من قانون الشركات البريطاني لسنة 2006⁽³⁾. خاصة وأن المشرع البريطاني قد مال فيها بشكل متحيز لمصلحة المساهمين في استصدار أسهم الخزينة ضد الدائنين وأصحاب المصالح عموما⁽⁴⁾. وفي العموم، فالمشرع الكويتي قد اقتفى كثيرا من نظريات القانون البريطاني في هذا الصدد كتلك المتعلقة بتنظيم عرض الاستحواذ الإلزامي والمنظمة في تقني المدينة من جهة، أو مبدأ حياد مجلس الإدارة المنظم في ذات التقنين⁽⁵⁾.

(1) Patrick Glenn, Vers un droit compare intègre ? Dans revue international du droit compare, vol 51.4, 1999, P841-852 at 843.

(2) UK Company act 2006.

(3) Ibid, section 724-736.

(4) Paul Davies, The modern principles of company law, Sweet and Maxwell, 9TH EDN, London, 2012, P324.

(5) لمزيد من التفصيل، انظر

Jennifer Payne, Minority Shareholder Protection in Takeovers: A UK Perspective, European company and financial law review, vol 8.2, 2011, P145-173.

■ الفرع الثاني: حماية كبار المساهمين

على الرغم من تأثر المشرع الكويتي بكثير من التشريعات البريطانية وتأثره سلفاً بذلك بنظريات تعظيم رأس المال. إلا أن التناقض الحاصل أن المشرع الكويتي قد خالف التشريع البريطاني في كثير من الأمور في هذا الصدد والخاص مثلاً بحماية صغار المساهمين. وهو ما يمثل تناقضاً واقعياً بين اقتباس التشريعات والهدف التي من أجلها قننت وبين مخالفة هذه الفلسفة لدى اقتباسها، وسنبين ملامح ميلان المشرع الكويتي لحماية كبار المساهمين كالتالي:

1- أسهم الخزينة وحالة الاستحواذ الإلزامي: تعد مسألة استصدار أسهم الخزينة كما أسلفنا في مواضع متقدمة من البحث أحد أشكال تعزيز ثروة كبار المساهمين على حساب أقليتهم. وتوجد حالة خاصة لدى المشرع الكويتي حيث يعتبر بمثابة الفراغ التشريعي، وآية ذلك أن المشرع الكويتي قد نظم مسألة الاستحواذ الإلزامي في قانون إنشاء هيئة أسواق المال وعليه فمجال انطباق هذه المسألة حصراً في الشركات المدرجة. ما يترتب عليه، أنه في حالة تم زيادة نسبة ملكية الأغلبية عن طريق إعادة الشركة لشراء أسهم الخزينة من أجل زيادة نفوذهم لدى الشركات غير المدرجة في السوق، فإننا سوف نعود للدائرة الأولى في عدم توفر مسألة الاستحواذ الإلزامي هنا. وهو ما سيرتب عليه هضم لحقوق هؤلاء الأقلية.

2- عدم وجود تمثيل لأصحاب المصالح في مجلس الإدارة: لم ينظم المشرع الكويتي في قانون الشركات مسألة وجود ممثلين لأصحاب المصالح المختلفة في مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة. واقتصر تشكيل مجلس الإدارة على انتخاب المساهمين فقط. حيث نصت 182 من قانون الشركات رقم 1 لسنة 2016 على ما يلي:

"ينتخب المساهمون أعضاء مجلس الإدارة بالتصويت السري، ويجوز أن يشترط في عقد الشركة انتخاب عدد لا يجاوز نصف أعضاء مجلس الإدارة الأول من بين مؤسسي الشركة"⁽¹⁾.

وجدير بالذكر في هذا السياق، أن مسألة تمثيل أصحاب المصالح في مجلس الإدارة أمر تستلزمه مسائل الحوكمة الرشيدة من جهة، ومن جهة أخرى لضبط سلوك مجلس الإدارة في الناحية المقابلة. فهذا التمثيل يعمل على خلق موازنة بين بين متطلبات المساهمين في تعظيم

(1) قانون الشركات الكويتي رقم 1 لسنة 2016، المادة 182.

أرباحهم من جهة، ومن جهة أخرى في الموازنة بين المصالح المختلفة خاصة تلك المرتبطة بالدائنين والموظفين⁽¹⁾.

○ الخاتمة والتوصيات:

- إن مسألة استصدار أسهم الخزينة من أجل طرحها طرعا أوليا في السوق لإعادة شرائها في حقيقتها مسألة في غاية الخطورة وتتطوي على عدد من الشبه الخطيرة ماليا وذلك لمخالفتها مسألة كفاءة السوق، ولانطوائها على شبهة التهرب من الدائنين بغطاء قانوني. ولانطوائها على شبهة تفضيل كبار المساهمين على مصلحة الشركة الجماعية ككل. لذلك فإننا نوصي بالتالي:
- 1- تقرير حق الدائنين في الاعتراض على مسألة استصدار أسهم الخزينة، إذ أن النص الحالي لا يسمح لهم بذلك فهو قد قرره فقط في حالة تخفيض الشركة لرأس مالها الزائد عن حاجتها كما في المادة 169 من قانون الشركات الكويتي رقم 1 لسنة 2016.
 - 2- تنظيم مسألة عرض الاستحواذ الإلزامي على الشركات غير المدرجة في قانون الشركات رقم 1 لسنة 2016 وذلك من أجل حماية أفضل لأقلية المساهمين حال اصدار الشركة لأسهم الخزينة. لأن التنظيم الحالي، يحمي المساهمين الأقلية في الشركات المدرجة وذلك يقتصر نطاق تطبيقه على القانون رقم 7 لسنة 2010 بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية.
 - 3- دعوة المشرع الكويتي لتبني مسألة تمثيل أصحاب المصالح في مجلس إدارة الشركات المساهمة العامة من أجل الحفاظ على مصالحهم كما هو مبين في متن البحث.
 - 4- الدعوة إلى التحديد الواضح بشأن تنظيم عملية شراء أسهم الخزينة وذلك من أجل عدم المساس من الاحتياطي الاختياري للشركة إذ أنه يمثل نصيب المساهمين من الأرباح المحتجزة وذلك من أجل تقوية رأس المال في ضمان ملاءة الشركة.
 - 5- حث المشرع الكويتي على التمهّل قبل القيام بعملية الاقتباس التشريعي، إذ أن التشريعات المقارنة الأوروبية خصوصا ترتبط بسياق إنشاء السوق الأوروبية المشتركة.

(1) Sylvia Ayuso and Antonio Argandona, Responsible corporate governance: Towards a stakeholders board of directors, working paper no 701, july, 2007, P3.

الدراسة التاسعة:

**الحماية المدنية للمستهلك من الإعلان التجاري المضل
المصدر عن شركات الاتصالات**

أ. عيسى أبو حاج

تعتبرُ الإعلانات التجارية وسيلة هامة يلجأ إليها التجار بهدف إيصال المعرفة حول خدمة أو منتج ما إلى الجمهور عن طريق إظهار محاسنها بغية التأثير النفسي على جمهور المستهلكين لحملهم على شراء تلك الخدمات والمنتجات. وتتنوع وسائل الترويج عن الخدمات والسلع فمنها ما يتم نشره بالجرائد، وآخر ما يعرض على التلفاز ويذاع على المذياع، ومنها ما يواكب التطور التكنولوجي فيتم نشرها على صفحات الإنترنت. لذلك ارتأت شركات الاتصالات أن تقوم باستعمال جميع وسائل الإعلان ومن بينها الهاتف النقال لإيصال خدماتها للجمهور عن طريق إرسال الإعلانات النصية إلى هواتف المشتركين خاصة وإنها أقل تكلفة وتؤدي إلى تحقيق النتيجة المرجوة بسهولة عملية. إلا أن النقاش أحتدم حول مدى إمكانية اعتبار الرسائل الصادرة عن الشركة والمرسلة إلى الهاتف الشخصي للمشارك إعلاناً تجارياً من عدمه لأنه إن كانت تلك الرسائل إعلاناً تجارياً فيجب أن تتقيد بضرورة وضوحها ويجب أن يتم إعلام الجمهور بكل ما يتعلق بالخدمة دون تضليل، وبخلاف ذلك يصار إلى تطبيق قواعد الحماية المدنية من أجل ضمان حماية جمهور المستهلكين متلقي الرسالة. وعليه فإننا في هذا البحث سنعالج الحماية المدنية للمستهلك من الإعلان التجاري المضل الصادر عن شركات الاتصالات. يهدفُ هذا البحث في الأساس إلى التعرف على مفهوم الإعلان التجاري وطبيعته القانونية، والإعلان المضل وعناصر التضليل والتطرق إلى الحماية المدنية المترتبة على الإعلان المضل.

لتحقيق اهداف البحث، يقوم الباحث بتناول الموضوع من الناحية النظرية والعملية. وللقيام بذلك، يقوم البحث بالإجابة عن التساؤلات الآتية:

1. ما المقصود بالإعلان التجاري وماهي القيمة القانونية المترتبة على الإعلان التجاري؟
2. ما المقصود بالتضليل الإعلان وماهي صورته؟
3. كيف عالج القانون الفلسطيني الحماية المدنية المترتبة على الإعلان المضلل؟

وتكمن أهمية البحث في ضوء عدم وجود دراسات متخصصة حول هذا الموضوع فلم يحظى بالقدر الكافي الذي يوضح جوانبه ويجلي أفكاره ويبرز القصور فيه لذلك كان لابد من وجود هذا البحث لمعالجة جوانب الإعلان المضلل في ضوء الحماية المدنية المقررة في القوانين الفلسطينية. وايضاً تكمن أهمية هذا البحث في حديثه عن موضوع حماية المستهلك من الإعلان التجاري المضلل الصادر عن شركات الاتصالات والمرسلة إلى هواتف المشتركين، بإعتبارهم الطرف الضعيف من ناحية الخبرة والدراية بالمقارنة مع مزود الخدمة وخصوصاً لما يقدمه الأخير من إعلانات بعضٌ منها يغرر المستهلكين ويلحق بهم ضرراً وإجحافاً بحقوقهم وتكمن أهمية البحث أيضاً بإلقاء الضوء على أمور لم يتم التطرق إليها من قبل بإعتباره يتناول موضوع معاكس لما تناولته الدراسات السابقة التي تناولت حماية المستهلك من حيث أن الإعلان عبر الإنترنت والذي يكون موجهاً للجمهور بينما الإعلان الصادر عن شركة الاتصالات موجه إلى مشتركين بذواتهم وهذا يؤثر على الطبيعة القانونية للإعلان التجاري.

اما نطاق البحث فينصب على الحماية المدنية للمستهلك من الإعلانات التجارية المضللة الصادرة عن شركات الاتصالات في ظل القوانين الفلسطينية الناظمة للموضوع والقوانين المقارنة والاحكام التطبيقية لتلك القوانين.

○ **المطلب الأول: ماهية الإعلان التجاري**

كثيراً ما نرى و نسمع عن حملاتٍ تطلقها شركات الاتصالات هدفها طرح خدمة جديدة على الجمهور، فتقوم الشركة بإرسال العديد من الرسائل النصية إلى هواتف المشتركين، فيبادر العديد منهم إلى التواصل مع الشركة للحصول على تلك الخدمات أو الإستعلام عنها، فما هي هذه الإعلانات وما طبيعتها القانونية؟

• الفرع الأول: مفهوم الإعلان التجاري

يعرف الإعلان التجاري بأنه "مجموعة من الجهود غير الشخصية التي تهدف إلى توجيه إنتباه أفراد المجتمع إلى سلعة معينة لحثهم على شرائها، أو طلبها. أو هي عبارة عن أنواع الأنشطة المختلفة التي يتم من خلالها نشر أو إذاعة الرسائل الإعلانية المرئية أو المسموعة على أفراد المجتمع، بهدف حثهم على شراء السلعة أو الخدمة المعلن عنها"⁽¹⁾. وتم تعريفه بأنه "علم وفن التقديم المغربي والمؤثر للسلعة أو الخدمات أو الفكرة أو التسهيلات، في جمهور المستقبلين، بوسائل الإعلان المختلفة، لسلوك الطريق الإستهلاكي الذي يرضى عنه المعلن والمنتج معاً، مقابل أجر مدفوع فيه صفة المعلن"⁽²⁾. وهذا ما استقر عليه الفقه⁽³⁾. وبالرجوع لقانون حماية المستهلك الفلسطيني⁽⁴⁾، لا نجدُ تعريفاً للإعلان التجاري وإنما وردَ في متنِ المادةِ

(1) خالد ممدوح، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية -دراسة مقارنة- (الإسكندرية: الدار الجامعية، 2007)، ص81. للمزيد أنظر أيضاً إلى: صالح نائل عبد الرحمن، حماية المستهلك في التشريع الأردني (عمان: مؤسسة الزهران للنشر والتوزيع، 1991)، ص57.

(2) أحمد عيسوي، الإعلان من المنظور إسلامي (قطر: مطبعة الدوحة، 1999)، ص45.

(3) للمزيد حول تعريف الفقه للإعلان انظر: احمد عطية، النظام القانوني للإعلانات في القانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2006، ص17.

(4) قد عرفت المادة الأولى من قانون حماية المستهلك الفلسطيني المستهلك على أنه: كل من يشتري أو يستفيد من سلعة أو خدمة، وقد عرف القانون اللبناني لعام 2004 المستهلك على انه: الشخص الطبيعي او المعنوي الذي يشتري خدمة او سلعة او يستأجرها او يستعملها او يستفيد منها وذلك لإهداف غير مرتبطة مباشرة بنشاطه المهني. وعليه بإستقراء تعريف المستهلك وفق قانون حماية المستهلك الفلسطيني وبمقارنته في نص المادة 2 من القانون اللبناني يثار تساؤل هل يدخل الشخص المعنوي ضمن مفهوم المستهلك وفق القانون الفلسطيني؟ الإجابة تقضي منا بالرجوع لقاعدة " المطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد دليلاً على تقيده" بمعنى النص يشمل الشخص الطبيعي والشخص المعنوي أيضاً وهذا نهج منتقد من المشرع الفلسطيني لأنه يؤدي إلى عدم التفرقة بين القواعد الإستهلاكية والقواعد العامة ويتعارض مع الغاية من حماية المستهلك بإعتباره طرفاً ضعيفاً وبإطلاق النص يصبح الجميع مستهلكين ولكن بالرجوع للمادة الأولى من قانون حماية المستهلك الفلسطيني أيضاً نرى تعريف المزود: الشخص الذي يمارس بإسمه او لحساب الغير نشاطاً يتمثل بتوزيع او تداول او تصنيع او بيع او تأجير السلع او تقديم الخدمات. ومن هنا تم إستبعاد المهنيين من مفهوم المستهلك نظراً لكونهم مزودون بشرط ان لا يكون الغرض من الشراء او الإستئجار الإستهلاك فإن كان الغرض من ذلك للإستهلاك حينها يعتبر مستهلك وإن كان الغرض مهنياً حينها لا يدخل ضمن مفهوم المستهلك. في حين أن القانون المصري لحماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006 رفض ان يكون الشخص المعنوي والمهني مستهلك وذلك لإن المستهلك وفق المادة الأولى كل شخص تقدم اليه احد المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية او العائلية او يجري التصرف او يجري التعامل او التعاقد

الأولى منه على تعريف المعلن بأنه "كل مزود يقوم بإعلان منتجاته بمختلف وسائل الدعاية والإعلان". وقد أحسنَ المشرعُ صنعاُ بعدم تعريفه للإعلان لأنه يدخلُ في صميم عمل الفقه والقضاء، وهذا على خلافِ العديد من الأنظمةِ القانونية⁽¹⁾ التي قامت بتعريف الإعلانات التجارية فقد جاء في نصِ المادة الأولى من قانون تنظيم ومراقبة الإعلانات القطري بأن الإعلان هو "عبارة عن كل وسيلة الغرض منها إعلام الكافة أو فئة من الناس عن إحدى السلع أو المنتجات الصناعية أو التجارية أو المهنية سواء أستخدم في ذلك الكتابة أو الرسم أو الصور أو الصوت أو الضوء أو غيرها من وسائل التعبير"⁽²⁾. وهذا ما جاء أيضاً في قانون مكاتب الدعاية والنشر والإعلان العراقي رقم 45 لسنة 1971 في مادته الأولى حيث عرف الإعلان بأنه "يراد بالإعلان جميع وسائل الدعاية والنشر في الصحف أو التلفزيون أو السينما أو النيون أو البلاستيك أو الملصقات الجدارية وكذلك الأدلة باختلاف أنواعها". وهذا ما طبقه

مغع بهذا الخصوص. وعرف المورد بأنه كل من يقدم خدمة أو إنتاج أو استيراد أو توزيع أو عرض أو تداول أو الإتجار في احد المنتجات أو التعامل عليها وذلك بهدف تقديمها للمستهلك. وبالرجوع للنصوص سابقة الذكر قيد النص في تعبير المستهلك بغاية معينة وهي اشباع الحاجات الشخصية أو العائلية على انقضاء الحكم بعدها بحيث ان الشخص المعنوي لا يشبع حاجته العائلية أو الشخصية وايضا ليس لحاجات مهنية مما يخرج المهني من اطار المستهلك وهذا التوجه قريب من التوجه الاوروبي في تعريف المستهلك. للمزيد أنظر إلى الدكتور شندي، يوسف. 2010. المفهوم القانوني للمستهلك. مجلة الشريعة والقانون، العدد الرابع والاربعون. ص141-215. وانظر في الاتجاه الذي ادخل المهني المحترف ضمن فئة المستهلكين بالنص على تعريف المستهلك بأنه " كل من يبرم تصرفاً قانونياً من اجل استخدام المنتج او الخدمة في اغراضه الشخصية او في اغراضه المهنية"

JP.Pizzio,L' introduction de la consommateurs particulierement Fraglies 1982, chron91.

اما بخصوص التوجيه الاوروبي رقم 97/7 عرف المستهلك بأنه كل شخص طبيعي يبرم عقدا من تلك التي تخضع لهذا التوجيه لأغراض لا تدخل في مجال نشاطه المهني"

Directive 97/7 CE du parlement europeen et du conseil, publiee au JOCE(L) 144,4 june 1997,p19.

وقد وضحت محكمة العدل الدولية في قرار لها بتاريخ 2001/11/22 أن المقصود بالمستهلك بالمعنى الوارد في التوجيه الاوروبي رقم 13/93 بشأن الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلك هو فقط الشخص الطبيعي.

(1) عرف المشرع الجزائري في مشروع قانون الإشهار لسنة 1999 في المادة الثانية الإعلان تحت مسمى الإشهار على أنه الأسلوب الإتصالي الذي يعد ويقدم في الأشكال المحددة في القانون مهما كانت الدعائم المستعملة قصد تعريف وترقية أي منتج أو خدمة أو شعار أو صورة أو علامة تجارية أو سمعة أي شخص طبيعي أو معنوي.

(2) قانون رقم 1 لسنة 2012 بشأن تنظيم ومراقبة الإعلانات والمادة 2 من قرار دائرة بلدية أبو ظبي وتخطيط المدن رقم 1 لسنة 1986 بتاريخ 12-11-1986 والمادة 1 من قرار بلدية الكويت رقم 61 لسنة 1966 بتاريخ 29-6-1996.

القضاء، فقد إستقرت محكمة النقض الفرنسية بتعريفها للإعلان التجاري بأنه "كل وسيلة تدفع العميل إلى تكوين عقيدة مقصودة من النتائج التي ستعود عليه من المال الذي سيشتريه أو الخدمة التي ستقدم له"⁽¹⁾. وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية سابقاً مفهوماً واسعاً للإعلان بحيث أعتبرت إن كل وسيلة إعلانية تتعلق بتكوين منتج معروض للبيع يشكل إعلاناً طبقاً لنص المادة (44) من قانون 29 ديسمبر لعام 1973 عندما تصاحب المنتج المعروض وكان المستهلك يأخذها في إعتباره عند إتخاذ قراره بالشراء ولو كان الأمر يتعلق بالبطاقة الإلزامية التي توضع على المنتج متى كانت بيناتها غير مقروءة⁽²⁾، وقد جاء التوجيه الأوروبي الصادر في 10 ديسمبر لعام 1984 حيث تم تعريفه على أنه كل شكل من أشكال الإتصال في مجال النشاط التجاري أو الصناعي أو المهني بهدف الترويج وتقديم الأموال والخدمات بما فيها الأموال العقارية والحقوق والإلتزامات⁽³⁾.

وهدياً بما تقدم ذكره من مبادئ إستقرت عليها آراء الفقهاء وأحكام القضاء على السواء، وبوضوح تام لا للبس فيه ولا إبهام، نتوصل إلى أن الإعلان التجاري الصادر عن شركات الاتصالات ما هو إلا إخبار يتم من قبلهم حول خدمة أو منتج بحيث يتم إظهار محاسن المعلن عنه للجمهور، ويتكوّن هذا الإعلان من عنصرين: أولها العنصر المادي الذي يتكون من الفعل أو النشاط الذي من خلالها تعبر الشركة عن إرادتها⁽⁴⁾، وثاني عنصر: العنصر المعنوي ويتحقق بوجود نية لتحقيق الربح⁽⁵⁾. ومن خلال ما سبق ذكره من تعريفات نتوصل لإشكالية معينة حول ما إذا كانت الرسائل المرسلّة من قبل الشركة تمثل إعلاناً أم لا، فلا بد من الإشارة إلى خصوصية الإعلانات التي تتم عبر الهاتف فالأمر يختلف عن الإعلانات

(1) V.Cass. Crim. 12 November 1986, bull. Crim.p 261. Cass.Crim 25, juin 1984:D.1985, p.80 note Fourgoux (J.C).

(2) Cass.Crim 25, juin 1984:D.1985, P80 note fourgoux (J.C.).

(3) Any form of communication made within the framework of commercial, industrial, skilled or self-employed activity with the aim of promotion the supply of goods or service, including real estate, right and obligations. Directive no 84-450/CEE of September 10, 1984 JOCE, 19 September 1984,no L 250,P17.

(4) عبد الفضيل أحمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية (القاهرة: مكتبة الجلاء الحديثة، المطبعة العربية الحديثة، 1991)، ص 63.

(5) احمد عطية، النظام القانوني للإعلانات في القانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية حقوق القاهرة، جامعة القاهرة، 2006، ص 21.

عبر التلفاز أو عبر الإنترنت لإنتقاء الطابع الشخصي لتلك الإعلانات، فالمعلن عندما يعلن عن خدمة معينة لا يعلنها على تلفاز "زيد" على وجه التخصيص، ولكن عندما يرسل الإعلان إلى هاتف "عمر" فهو يعلم بأنه قام بتوجيهه إلى "عمر" لمعرفته بالرقم والإسم والبيانات المسجلة عنده مسبقاً، وعليه فالإعلان يكون موجه للجمهور⁽¹⁾ وهنا الحكم بوجود الإعلان قيد بصفة معينة وهي صفة "عدم تحديد الجمهور" متلقي الإعلان على إنتقاء الحكم فيما عدا الموصوف بذلك الوصف فإن لم يكن الإعلان موجهاً للجمهور فلا نكون أمام إعلان بالمعنى المشار إليه سابقاً، وإنما نكون بصدد رسائل خاصة. وعليه نرى أن الفرق بين الإعلان والرسائل الخاصة يكمن في شخص مستقبل الإعلان أو الرسالة الخاصة فإن كانت الشركة إبتداءً قاصدة التوجه إلى أشخاص محددين أو معروفين لديها فهنا نكون أمام رسائل خاصة، أما إن أرسلت الرسالة دون تمييز بشخص متلقي الرسالة فنكون أمام إعلان ولكن الرسائل قد تكون رسائل عامة أيضاً، وذلك عندما تكون مخصصة بصفة عامة للجمهور بدون تمييز أو لفئة منه⁽²⁾. وهنا يقترب مفهوم الإعلان التجاري ومفهوم الرسائل العامة، ومن حيث المبدأ والأصل إن الرسائل التي تصل إلى جمهور شركات الإتصال حول خدمة ما تكون شخصية موجهة لشخص المرسل له⁽³⁾ وهذه مداورة من قبل شركات الإتصالات⁽⁴⁾ بهدف الفرار من ترتيب الحكم القانوني للإعلان التجاري عليها وبما أن المداورة لا نفع فيها لشركة الاتصالات ما دام الإعلان التجاري يتراى للمستهلك من خلف ستائرها وتستهجر من

(1) قد يكون الإعلان موجه لعامة الناس، وقد يكون موجه إلى شريحة معينة مثل الإعلانات التي ترسل إلى هواتف

المشتركين في الحصول على نتيجة الثانوية العامة قبل الجميع حيث ترسل هذه الرسائل إلى طلبة الثانوية العامة .

(2) حدد المنشور الصادر في 17 فبراير لعام 1988 مفهوم الرسائل الخاصة: فهي التي تكون موجودة عندما تكون الرسالة

مخصصة لشخص أو أكثر من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين ولكن محددين ومعروفين، وعلى العكس يوجد إتصال

سمعي ومرئي عندما تكون الرسالة مخصصة بصفة عامة للجمهور دون تمييز لو لفئة منه للمزيد أنظر:

Olivier (F) et Barbry(F).,Des reseaux aux autoroutes de L'information: Revolution technique? Revolution juridique? 2-Du contenu information sur les reseaux (paris: J.C.P.ed.G,1996) 28.

(3) Deprez (p) et Fauchoux(V):Lois, Contrats et usages du multimedia: editions Dixit, 1997, p.82 et s; Gobert (D) Article precite, p.11 et s.

(4) أعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن إرسال أكثر من 3000 دعوة أرسلت لحضور تصفية عبر البريد الإلكتروني يشكل إعلاناً ويخضع لإحكامه:

Cass.com.12 nov.1991:contrats.consom.1992, comm.N°192, p.15.

خلالها الأنفس، وهذه مخبئة قانونية شرها أبلغ من المصارحة فهي أولى بترتيب حكم القانون عليها⁽¹⁾. وهذا ما طبقته محكمة النقض الفرنسية حين أعتبرت الرسائل العامة من قبيل الإعلانات التجارية لإنتقاء الطابع الشخصي لأنها تبعث لمجموعة من الأشخاص وتكون موحدة وقصرت الرسائل الخاصة على تلك التي تتم بين شخصين فقط ومحاطة بسرية تامة بعيداً عن الجمهور وما عداها يشكل إعلاناً تجارياً⁽²⁾، وهذا ما بينته محكمة العدل الأوروبية بأن الإعلان الذي يرسل عبر البريد الإلكتروني يمثل إعلاناً تجارياً⁽³⁾. وعليه ولما سبق ذكره تم إخضاع الرسائل الإعلانية التي تتم عن طريق الهاتف النقال تخضع للقواعد المتعلقة في الإعلانات التجارية⁽⁴⁾. وهذا ما بينه مجلس الدولة الفرنسي حينما قضى بضرورة حماية الافراد من الإعلانات التجارية التي ترسل إليهم سواء عن طريق البريد الإلكتروني أو عبر الرسائل القصيرة (SMS)⁽⁵⁾. وهذا ما بينته المحكمة العليا الألمانية بأن الرسائل القصيرة التي تبعث إلى هواتف المشتركين من قبل شركة الاتصالات والتي تهدف الشركة من خلالها جعل المستهلك الإشتراك بإحدى الخدمات تعتبر إعلاناً تجارياً⁽⁶⁾، وتجدر بنا الإشارة أن الإتجاه الحديث في بعض الدول مثل فرنسا قد عدلت عن إجتهادها السابق وأصدرت قانون الإتصالات البريدية والإتصالات الإلكترونية والتي يمنع بصريح نص المادة(5134)⁽⁷⁾ نشر

(1) الحكم الذي يطبق هو الإلتزامات شركة الاتصالات تجاه المشتركين كما هو مبين في المادة 15 و المادة 3 من قانون حماية المستهلك الفلسطيني والمادة 23 من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك الفلسطيني .

(2) Cass.Crim 5 mai 1981:Bull.Crim1981, P.410.

(3) Arrêt du 5 avril 2011, la Cour de Justice de l'Union européenne. Read more at <http://www.village-justice.com/articles/reforme-communication-des-avocats,18200.html#zTZkiBILgACHXWV.99>.

(4) أوردت وثيقة غرفة التجارة الدولية المشار إليها قواعد خاصة ببعض أنواع السلوك الإعلاني على الشكل التالي: البيع بالمراسلة إذا كان محل الإعلان منتجات تباع بالمراسلة، فيجب ألا يسبب الإعلان خيبة أمل بالنسبة للمشتري الذي لا يملك إجراء فحص مبدئي للمنتجات. ولذلك، يجب أن يتضمن الإعلان عدداً من البيانات، منها على وجه الخصوص: 1- شخصية المعنوعنوانه. 2- وصف واضح ودقيق وصادق للمنتجات وأسعارها وشروط الدفع وشروط التسليم التقريبي وتكاليف الإرسال والتسليم ومخاطر النقل والتأمين وشروط الأسترداد وخدمات ما بعد البيع. 3- وإذا أقرن الإعلان بوسائل من وسائل ترويج المبيعات مثل الجوائز والمسابقات والهدايا، فيجب توضيح شروط هذه الوسائل. أنطوان الناشف، الإعلانات والعلامات التجارية بين القانون والإجتهاد دراسة تحليلية شاملة. منشوات الحلبي، بيروت، 1999، ص 72 .

(5) Conseil d'État, 10ème / 9ème srr, 23 mars 2015, 357556.

(6) 3 Cf. e.g. BGH (Bundesgerichtshof, German Supreme Court) 17.7.2008, GRUR 2009, 73.

(7) Modifié par la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004, l'article L 34-5 du Code des postes et des communications électroniques (CPCE) interdit la prospection directe d'une personne

إي إعلان تجاري عبر وسائل الإتصال الخلوية أو البريد الإلكتروني دون الحصول على موافقة مسبقة من متلقي الإعلان⁽¹⁾. وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي بأن "التسويق عن طريق الرسائل يقع ضمن الحظر المنصوص عليه في المادة 5/34 من قانون الاتصالات البريدية والإلكترونية"⁽²⁾. أما في الولايات المتحدة الأمريكية فإن قانون لجنة الإتصالات الفدرالية وقانون لجنة التجارة الفدرالية منع إرسال الإعلانات التجارية إلى الهواتف مالم تكن قد اخذت موافقتهم المسبقة على إرسال الإعلانات التجارية وبالإضافة إلى أن الإعلانات التجارية يجوز إرسالها فقط في الفترة الواقعة ما بين الثامنة صباحاً حتى التاسعة مساءً⁽³⁾. وذلك على خلاف المشرع الفلسطيني والذي سمح بنشر الإعلانات عبر شتى الوسائل ومن بينها الهواتف النقالة.

• الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للإعلان التجاري

تثور الإشكالية بعد بيان مفهوم الإعلان التجاري الصادر عن شركات الإتصالات حول طبيعته القانونية، فهل يعتبر إيجاباً أم مجرد دعوة للتفاوض؟
أختلف الفقه في هذا المجال حول ما إذ كان الإعلان عبارة عن إيجاب صادر عن الشركة أم عبارة عن مجرد دعوة للتفاوض. ولتحديد الطبيعة القانونية يتوجب علينا أن نشير

physique, par téléphone, fax ou email, sans son consentement préalable. Est interdite la prospection directe au moyen d'un automate d'appel, d'un télécopieur ou d'un courrier électronique utilisant, sous quelque forme que ce soit, les coordonnées d'une personne physique qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen.

⁽¹⁾ Il importe de protéger les abonnées contre toute violation de leur vie privée par des communications non sollicitées effectuées à des fins de prospection directe, en particulier au moyen d'automates d'appel, de télécopies et de courriers électroniques, y compris les messages courts (SMS).

⁽²⁾ Voir: Conseil d'État, 10ème / 9ème SSR, arrêt du 23 mars 2015 «Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la prospection par SMS litigieuse entraine dans le champ de l'interdiction posée par l'article L. 34-5 du code des postes et des télécommunications électroniques, avant même sa modification par l'ordonnance du 24 août 2011 ; que, par suite, la mention erronée, par la délibération attaquée, du texte issu de cette modification est sans incidence sur son bien-fondé. Conseil d'État, 10ème / 9ème SSR, arrêt du 23 mars 2015».

⁽³⁾ Gina Perini, A TechTarget Global Marketer Services White Paper: Global Technology Marketing and the Law, 2012, <http://www.techtarget.com/>, P8.
http://www.techtarget.com/downloads/research/data_privacy_wp.pdf

إلى مفهوم كل من الإيجاب⁽¹⁾ والدعوة للتفاوض؛ فالإيجاب⁽²⁾ بشكل عام وسنداً لإحكام المادة (101) من مجلة الأحكام العدلية هو "أول كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف". وقد عرفت المادة (2-1-2) من مبادئ أونيدرو الإيجاب على أنه "يشكل إقتراح بإبرام عقد إيجاباً إذا كان محدداً إلى درجة كافية بما يدل على إرادة الموجب في الإلتزام حال القبول". ويعرف الإيجاب في منظور الفقه الإنجليزي بأنه تعبير عن الإرادة بقصد إبرام عقد، يفصح عن النية في الإلتزام به في حال إقتران القبول به من الطرف الأخر⁽³⁾. وما يعيننا في هذا المجال إسقاط صحيح القانون على المسألة موضوع البحث، بمعنى لا بد من الإشارة إلى مفهوم الإيجاب الإلكتروني والذي يمكن تعريفه على أنه "تعبير عن إرادة الموجب والموجه إلى الطرف الأخر بقصد إحداث أثر قانوني، ويترتب عليه إنعقاد العقد إذا أقرن بقبول مطابق له ويشترط وفقاً للقواعد العامة في الإيجاب أن يتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، فيشترط فيه أن يكون جازماً ومحدداً"⁽⁴⁾. ومن هذا المفهوم يتبين لنا أن الإيجاب الإلكتروني يخضع بالضرورة للإيجاب بالمفهوم الوارد في القوانين المدنية، ولكن الضرورة مقيدة فيما لا يتعارض والطبيعة الإلكترونية للإيجاب الإلكتروني⁽⁵⁾. وحتى يرتب

(1) عرفت المادة 1388 من قانون العقود الكندي الإيجاب على انه الإقتراح الذي يحتوي على كل العناصر الأساسية للعقد المقترح والذي يظهر إرادة صاحبه بالتعاقد في حال القبول. أنظر إلى:

Wassim Harb, le regime juridique de l'offre en ligne, Congres Bi-annuel D'international Federation of computer law Association (IFCLA),(paris: Organise par L'Association Française de l'informatique et de Telecommunication, 2000)p8.

(2) وفقاً للتوجيه الأروبي رقم 7\97 الصادر في عام 1997 والمتعلق بحماية المستهلك يقصد بالإيجاب كل إتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة

(3) An offer is an expression of willingness to contract on certain terms made with the intention that it shall become binding as soon as it is accepted by the person to whom it is addressed. Cheshire, Fifoot and Furmston, The Law of Contract, Eleventh edition,(London: Butterworths, 1986)p 28.

(4) أنظر إلى المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي والمادة 13 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي.

(5) أنظر إلى: أسامة مجاهر، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت (القاهرة: دار النهضة العربية، 2000)، ص 69. كما يلاحظ بعض الفقه الأجنبي أن استخدام شبكة الإنترنت في التعاقد الدولي لا يمنع من تطبيق القواعد التقليدية. انظر في هذا المعنى إلى:

Stephane senacq 'la vente international et le commerce électronique' (paris: RD.AI-,2000) P489.

الإيجاب أثره يجب أن يكون واضحاً وباتاً، فيجب أن يكون الإيجاب واضحاً وصريحاً ليدل على إرادة الموجب، وحتى يكون الإيجاب واضحاً يجب أن يكون موجهاً وذلك لأن القصد من الإيجاب هو إقامة علاقة عقدية مع طرف آخر يقبله⁽¹⁾ وتجدر بنا الإشارة إلى أن الإيجاب الموجه للجمهور⁽²⁾ عن طريق الإعلانات والنشر⁽³⁾ هو في حقيقته إيجاب موجه إلى أول شخص يقبل فيه⁽⁴⁾، وهذا ما ينطبق على الإيجاب الإلكتروني فقد يكون عاماً موجهاً للجمهور⁽⁵⁾ وكما قد يكون خاصاً بحيث يوجهه إلى أشخاص محددين⁽⁶⁾ كما في حالة الإعلانات المرسلة إلى هواتف المشتركين. وقد جاء في نموذج عقد بيع الحمضيات وعقد بيع الأخشاب للجنة الأوروبية بأن "الإيجاب يصح أن يرد برسالة مسجلة إذا طلب أحد الطرفين ببرقية أو شفويًا أو بالهاتف أو التلكس"⁽⁷⁾. ولكن لكي يعتبر الإعلان المرسل إيجاباً فيجب أن يكون كاملاً أي لا بد

(1) J.L.AUBERT, Notions et roles de l'offre et du l'acceptation dans la formation de contract.These, paris 1970-1, no31 ; FLOUR ET AUBERT, les obligations l'acte juridique, 1988, no487.

(2) وهذا الشرط يتفق و ضرورة أن يكون الإيجاب واضحاً فشرطت محكمة النقض الفرنسية أن يكون الإيجاب موجهاً الى شخص معين:

J.L.AUBERT, Notions et roles de l'offre et du l'acceptation dans la formations de contrat,These, paris 1970, N°31; Fluor et ABERT, les obligations l'acte juridique,1988,N°487.

(3) هذا العرض يعد إيجاباً باتاً، وعلى التاجر أن يسلم البضاعة لمن يطلبها أولاً بأول ويكون التاجر غير مقيد بالثمن المكتوب في الإعلان أو في النشرة اذا مضي بين صدور هذه الكتابة ووصول قبول العميل وقت يكون من المعقول ان تتغير فيه الأسعار أو كانت هناك ظروف خاصة اقتضت تغيير الأسعار تغييراً فجائياً سريعاً.

(4) Cass.Civ.3e 28 nov.1968, Bull.civ.111.n°507, p389; cass, civ.12-2-1975, Bull.civ.111, n°60, p 2-470.

(5) هنالك جانب من الفقه يرى أن الإيجاب الموجه إلى أشخاص غير محددين كما هو الحال في البيع الدولي يصطدم احبائاً بالقواعد الامرة التي تحمي المستهلك. أنظر إلى :

Delebarre(F) offer de produit et servuces, Gaz-pal, no special sur la venete a distance-25fev1996p6. And Stephane senaq " la vente international" et le commerce électronique-RDAJ 2001 P489.

(6) لقد جاء في نص المادة 2/14 من اتفاقية فينا لبيع البضائع وشرحها احمد الزرقيد أن الإعلان الموجه إلى الجمهور بواسطة النشر والإعلان يعد إيجاباً أذ تحققت فيه شروط الإيجاب. ومن وجهة نظرنا بعدم ثبوت حكم المنطوق للمسكوت عنه لعدم الإشتراك في علة الحكم المفهومة أنه إن لم يتحقق شروط الإيجاب في الإعلان الموجه للجمهور يعتبر دعوة للتعاقد أنظر إلى: احمد الزرقيد، "نظرية عامة للصيغة العقود- دراسة مقارنة مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد،" مجلة الحقوق الكويتية، منشورات جامعة الكويت 25، عدد 3، (2001): ص211.

(7) محسن شفيق، إتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (القاهرة: دار النهضة، 1988)، ص11.

أن يتضمن العناصر الجوهرية للعقد من تحديد الخدمة و السعر بشكلٍ واضح وصريح ويجب أن يقترن الإيجاب بمدة معينة لكي يكون الإيجاب ملزماً له في هذه الفترة، وغالباً ما تكون الإعلانات الصادرة عن الشركة تتضمن مدة معينة كثلاث أيام أو أسبوع مثلاً، ولا يفهم أنه إن لم يكن هناك ميعاد تنتفي صفة الإيجاب بل يكون للموجب أن يرجع عن إيجابه إذا طرأ تغيرات مثل إزدیاد الطلب على الخدمة مما يؤدي إلى ارتفاع سعرها. وهذا بالإضافة لما سبق ذكره حول ضرورة مراعاة الغاية الإلكترونية للإيجاب والتي يجب ألا تتعارض وحماية المستهلك، وذلك لأنه أحتدم النقاش الفقهي حول الإيجاب الإلكتروني ومدى تعارضه مع حماية المستهلك وتوصل جانب من الفقه إلى أنه في العديد من الحالات يتعارض مع حماية المستهلك خصوصاً مع عدم بيان مدة الإيجاب أو عدم بيان شخصية المرسل وعنوانه⁽¹⁾ لذلك جاء التوجيه الأوروبي رقم (97/7/EC)⁽²⁾ لحل هذه المشكلة في المادة (5) حيث نص على مجموعة من الإلتزامات المتعلقة بتزويد المستهلك معلومات حول شخصية المعلن والمعلومات التي يستطيع المستهلك التواصل مع المعلن والخصائص الأساسية للخدمة وأحقية المستهلك في الرجوع⁽³⁾، وهذا ما لا يتحقق فعلاً في الكثير من الإعلانات المرسلة إلى هواتف المشتركين حيث يتم إرسال العديد من الرسائل بإسماء غير ومعروفة ولا تحتوي الرسائل على ما يدل على شخصية المرسل ولا على حقوق المستهلك مما يؤدي بالنتيجة إلى إضعاف حماية المستهلك⁽⁴⁾. في حين، سار الفقه على إن لم يتم تحديد العناصر الجوهرية في الإعلان حينها يعد دعوة للتفاوض⁽⁵⁾ والذي يمكن

(1) أسامة بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، (مصر: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005)، ص 173.

(2) Directive No, 1997/7 EC, issued in 20/5/1997.

(3) Toute communication distance comportant tous les éléments nécessaires pour que son destinataire puisse souscrire directement un engagement contractuel, la simple publicité étant exclue.

(4) سار القانون الفرنسي والانجليزي على هذا النهج فهو يوجب على المعلن اعلام المستهلك بالخصائص الأساسية للسلعة او الخدمة المعلن عنها والتمن والشروط العامة للبيع وتاريخ المحدد لتقديم الخدمة ويتوجب على المعلن أن يبلغ المستهلك بمدة سريان العرض بطريقة واضحة ومخالفة هذه القواعد يؤدي إلى قيام السلطات المختصة بإصدار امر بمنعهم من الإستمرار بالإعلان. أنظر إلى:

Heau, inter et droit: Aspect juridique du commerce électronique, Ed (paris: Exrolls, 1988) p.4.

(5) تجدر الإشارة إن مجلة الأحكام العدلية وبما أنها متمثلة بالفقه الإسلامي وعلى وجه الخصوص الفقه الحنفي تسمي المفاوضات العقدية بمجلس مقدمات العقد ولا يترتب عليها من حيث الأصل إي أثر لإنها لا تخرج عن وصفها عملاً

تعريفه "بأن يعرض شخص على آخر أن يوجب بإبرام عقد، بحيث يقبل ذلك العرض فيقدم على إبرام العقد يكون موجباً وليس قابلاً"⁽¹⁾، ويعتبر العديد من الفقه إن الإعلانات التجارية الإلكترونية تكون دائماً دعوة للتفاوض⁽²⁾ فمن وجهة نظرهم لا يكفي عرض السلع أو الخدمات وتحديد أسعارها وأوصافها للتعبير عن الإرادة النهائية التي تصلح لكي تكون إيجاباً فلا بد من الدخول بالمفاوضات⁽³⁾ أيضاً لأن الإعلان غير موجه إلى شخص معين⁽⁴⁾. وهذا ما بينته محكمة التمييز في دبي حيث جاء في أحد أحكامها بأن الإعلان الموجه للجمهور لا يعدو أن يكون دعوة للتفاوض⁽⁵⁾، وهذا أيضاً ما اتجهت إليه محكمة النقض المصرية⁽⁶⁾، وهذا ما بينته أيضاً المحكمة الاتحادية العليا لدولة الإمارات العربية المتحدة على أن "الإعلان المقدم للجمهور

مادياً ذا وجود حسي وهي بوصفها كذلك لا تحاط بالقيود المفروضة في مجلة العقد فهو مقيد ساكن، يمثل إنتقال الفكر من مرحلة المفاوضات إلى مرحلة العزم والتصميم. للمزيد أنظر إلى وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص 143. ولكن نحن نختلف مع ما سبق وذلك لأنها وإن كانت الواقعة مادية ذات وجود مادي هذا لا يعني عدم ترتيبها لأي مسؤولية فطالما قطع المفاوضات دون أسباب جدية وإثبت سوء نيته ففي هذه الحالة يسأل عن الأضرار التي لحقت بالطرف الآخر فاستقرار المعاملات والتعامل بحسن نية أساس مجلة الأحكام العدلية بالتالي في حال قطع المفاوضات فمن الممكن ملاحقته بالتعويض.

(1) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام، ج2، مصادر الإلتزام (مصر: مكتبة النهضة، 1954)، ص150.

(2) رامي علون، "التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني"، مجلة الحقوق، العدد الرابع، (2002): ص244.

(3) لقد أتجه مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري لسنة 2001 إلى خلاف ذلك حيث يرى الإعلان الإلكتروني ملزم إذا تضمن الشروط والأسس الخاصة بالسلع أو الخدمات. أنظر إلى: احمد العجلوني، التعاقد عن طريق الإنترنت (عمان: دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، 2002)، ص102.

(4) إذا صدرت دعوة للتعاقد بعروض متباينة فلا يمكن إعتبارها إيجاباً حتى لو كانت موجهة إلى شخص معين ولو لم تكن شخصيته محل إعتبار عن الطرف الآخر وفي ذلك ذهب محكمة النقض الفرنسية إلى أنه يمكن لكي تكون الرغبة المعلنة في التعاقد إيجاباً يجب ان تكون واضحة ولا يمكن أن تكون كذلك اذا تضمنت الرغبة عروضاً متعددة في وقت واحد وموجهة إلى شخص بذاته فعرض شركة التأمين مبلغاً قدره 5000 فرنك فرنسي وعرض فرعها 2000 فرنك فرنسي لا يسمح بقبول العرض الذي جاء لمصلحته مالم يطلب من الشركة بيان أرائها الحقيقية. وأنظر أيضاً :

Cass.Civ.3e.28.nov.1986,Bull.civ111.n507,p.389,cass.civ12-2-1975, Bull. civ. 111, n60, p.470

(5) الطعن رقم 37 لسنة 2004 قضائية الصادر عن محكمة تمييز دبي بتاريخ 2004/9/18 منشور في قوانين الشرق.

(6) الطعن رقم 862 لسنة 52 قضائية الصادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1986/1/19، منشور في قوانين الشرق. وهذا ما قرره أيضاً في الطعن رقم 1856، 1696 بتاريخ 2001/1/23، المنشور في المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية في محكمة النقض خلال الفترة الأولى من أكتوبر 2000 حتى آخر سبتمبر 2001، ص17.

مع بيان المقابل لا يعتبر عند الشك إيجاباً وإنما دعوة للتعاقد⁽¹⁾، وهذا ما بينته محكمة النقض السورية حينما قضت بأن "مجرد النشر والإعلان، وحتى بيان الأسعار، وكل بيان آخر بعروض و طلبات موجهة إلى الجمهور أو الأفراد لا يكون إيجاباً، وإنما دعوة إلى التفاوض. كما أن الإعلان الذي يحتفظ فيه المعلن بوضع شروط لتحقيق الإيجاب، لا يعد إيجاباً ملزماً إلا بتحقق الشروط"⁽²⁾. وهذا ما جاء فعلاً في نص المادة (40) الفقرة الثالثة من القانون المدني الكويتي⁽³⁾ والمادة (94) من القانون المدني الأردني والمادة (2/80) من القانون المدني العراقي والمادة (79) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

لكن برأينا الشخصي، لا نستطيع الجزم مطلقاً حول ما إن كان الإعلان الموجه من قبل الشركة هو دعوة للتفاوض أم إيجاباً فالأمور بمقاصدها، فلا بد من أخذ كل حالة على حدة وتفحصها لمعرفة طبيعتها القانونية، فهناك العديد من الإعلانات المرسله للجمهور تحتوي على طبيعة الخدمة وعلى المقابل وعلى مدة الإعلان فهذه تعتبر إيجاباً بالمفهوم المنصوص عليه لتعبير الشركة عن إرادتها على وجه جازم في إبرام العقد، بحيث إذا اقترن به قبول إنعقد العقد. ويمكن الرد أيضاً على من يتمسك بأن الإعلان التجاري عبر وسائل الاتصالات الخلوية لا يكون موجه للجمهور وعليه ينتفي الإيجاب في هذه الحالة، ونستطيع الرد بالتمسك بما قرره محكمة النقض الفرنسية حول أن الإعلان عبر الهاتف يعتبر موجه للجمهور لإنتفاء الطابع الشخصي لأنها تبعث لمجموعة من الأشخاص وتكون موحدة وقصرت الرسائل الخاصة على تلك التي تتم بين شخصين فقط ومحاطة بسرية تامة بعيداً عن الجمهور وما عداها يشكل إعلاناً تجارياً⁽⁴⁾. وكذلك أيضاً الرسائل المتعلقة في المسابقات التي تطرحها شركة الاتصالات فهذه تعتبر إيجاباً⁽⁵⁾ من قبل الشركة ويكون الطرف الآخر في العقد هو الشخص الذي فاز في المسابقة⁽⁶⁾. وهذا ما

(1) الطعن رقم 497 لسنة 52 قضائية الصادر عن المحكمة الاتحادية العليا لدولة الإمارات العربية المتحدة بتاريخ 2005/5/9، منشور في قوانين الشرق .

(2) أنظر إلى حكم محكمة النقض السورية رقم 1118 الصادر بتاريخ 1973/12/27، المحامون، 1 و 2، ص 11.

(3) انظر إلى المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ط3، الفتوى والتشريع، الكويت، 1999، ص 52.

(4) Deprez (p) et Fauchoux (V):Lois, Contrats et usages du multimédia: éditions Dixit, 1997, p.82 et s; Gobert (D) Article precite, p.11 et s. Cass.Crim 5 mai 1981:Bull.Crim1981, P.410.

(5) Ghestin la notisnde contrat.Dalloz 1990, chron, p.147.

(6) عبد الرازق السنهوري، نظرية العقد (بيروت: منشورات محمد الداية، 1934)، ص 255.

بينته محكمة النقض الفرنسية حينما قضت بأن "العرض القاطع و المستجمع جميع عناصر العقد الأساسية يعتبر إيجاباً، وإن وجه إلى الجمهور، عندما لا يكون لشخص المتعاقد اعتبار، كما هو الحال في عقد البيع. وعلى قاضي الموضوع أن يقدر الظروف للإستدلال على ذلك، ويتم العقد مع القابل الأول، ولا يمكن أن يكون العقد إلا إذا كان القبول متطابقاً مع العرض"⁽¹⁾. في حين، هناك إعلانات مرسلة لا تحتوي العناصر الأساسية للعقد مثل عدم بيان سعر الخدمة أو أن يكون الإعلان غير واضح الدلالة فهذا لا يعدو أن يكون مجرد دعوة للتفاوض⁽²⁾.

○ **المطلب الثاني: الإعلان المضلل**

تعتبر حماية المستهلك الغاية الأساسية التي يسعى قانون حماية المستهلك لتحقيقها عن طريق اشتراط مجموعة من الشروط الواجب توافرها في الإعلانات حفاظاً على إرادة المستهلك وحمايته من تضليل الشركة للمستهلكين، وعليه سيتم التطرق إلى مفهوم التضليل في الإعلان في الفرع الأول، وصور التضليل في الإعلان وتقدير التضليل في الإعلان في الفرع الثاني.

● **الفرع الأول: ماهية التضليل في الإعلان التجاري**

يمكن تعريف الإعلان المضلل⁽³⁾ على أنه الإعلان الذي يتضمن معلومات من شأنها أن تؤدي إلى خداع المستهلك⁽⁴⁾ أو تضليله بشأن الصفات الخاصة بمنتج أو خدمة معينة⁽⁵⁾. وعرفه الفقه أيضاً على أنه "الإعلان المتضمن معلومات تهدف إلى الوقوع في خلط وخداع

(1) Cass.Civ.04/03/1986, J.C.P, 1986, 4, 133.

(2) Cass.Com. 03/06/2003, Rev. Cont, 2004, p633, Obs. (D) Mazeaud; 06/03/1990, J.C.P, IV, 176; Paris, 20/06/1989, D.1989, I.R, 223.

(3) تم تعريفه أيضاً فن التأثير على نفسية الجمهور باستخدام وسائل معينة لإقناعه بإقتناء سلعة أو خدمة معينة، وكثيراً ما تنطوي على مبالغاة وتشويهات للحقيقة. جابر محجوب، قواعد أخلاقيات المهنة مفهومها وأساس الزامها ونطاقه (مصر: النسر الذهبي، 2001)، ص 25 .

(4) سميحة القيلوبي، غش الإغذية وحماية المستهلك، بحث مقدم إلى مؤتمر حماية المستهلك في القانون والشريعة، حقوق عين شمس، 1995، ص136.

(5) عبد الفضيل محمد أحمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية (مصر: مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، 1991)، ص 173. وأنظر أيضاً حمدي عبد الرحمن، الاتجاهات القانونية العامة في حماية المستهلك، بحث منشور في أعمال مؤتمر حماية المستهلك في القانون والشريعة الإسلامية، بورسعيد، 26-4 إلى 3-5 لعام 1995، ص 37 .

فيما يتعلق بعناصر أو اوصاف جوهرية للمنتج"⁽¹⁾. وقد عرفت المادة (2) من التوجيه الأوروبي الصادر في 10 سبتمبر 1984 الدعاية المضللة بأنها "كل دعاية تؤدي إلى إيقاع الأشخاص الذين توجه اليهم في غلط"⁽²⁾. وهذا ما تنبأه التوجيه الأوروبي 2005/29/EC⁽³⁾. وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على هذا المفهوم عندما قضت على أنه كل وسيلة دعائية توجه إلى المستهلك الإحتمالي، وتهدف إلى تكوين رأي خاطئ عن خصائص سلع أو خدمات يعرضها عليه البائع أو المنتج⁽⁴⁾. وهذا أيضاً ما طبقته محكمة إستئناف باريس⁽⁵⁾. وهذا ما طبقته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 13 يناير 2016 حينما قضت بأنه "الإعلان الذي يخفي معلومات جوهرية أو يقدم معلومات غير مفهومة أو غامضة"⁽⁶⁾. وقد إستقرت المحاكم العربية على هذا التعريف فقد عرفت المحكمة الإدارية المصرية الإعلان المضلل على أنه كل إعلان لا أساس له من الصحة⁽⁷⁾. وبالرجوع إلى قانون حماية المستهلك الفلسطيني

(1) ابو العلاء النمر، نحو تعزيز حماية المستهلك في مواجهة انهيار الحدود الجغرافية للإعلام، الموضوع السابع في مؤلف المشكلات العملية والقانونية في التجارة الإلكترونية، ط1، 2004، ص209.

(2) Any advertising which in any way whatsoever, and including its presentation misleads or is likely to mislead the people to whom it is addressed or whom it reaches or which for these reasons, is prejudicial or is likely to be prejudicial to a competitor. ART 2 of the pre-mentioned directive of September 10, 1984. And J.M Bruguere "Commerce électronique et protection du consommateur" in jurisclass-com.2003-p12.

(3) Article 6 of the Directive defines 'misleading commercial practices' as follows: 'A commercial practice shall be regarded as misleading if it contains false information and is therefore untruthful or in any way, including overall presentation, deceives or is likely to deceive the average consumer, even if the information is factually correct, in relation to one or more of the following elements, and in either case causes or is likely to cause him to take a transactional decision that he would not have taken otherwise.'

(4) La publicité sur internet et la nécessaire protection du consommateur" Nadia Ben Zakour-Des-Droit du multimédia de l'informatique-paris II- Pantheon Assas) 2003-2004. Crim 14 oct.1998.

(5) C.A Paris 17 Sep 1997, Contrats-con consom 1998-comm127 obs.G Raymond.

(6) Cass. Crim., 13 janvier 2016, pourvoi n°14-84072, Bull. crim.

(7) أنظر إلى حكم المحكمة الإدارية المصرية في الطعن رقم 51946 لسنة 62 قضائية الصادر عن محكمة الإدارية العليا دائرة المنازعات الاقتصادية بتاريخ 20-6-2009. وأنظر أيضاً الحكم الصادر عن محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم 918 لسنة 2003 قضائية الصادر عن محكمة التمييز الكويتية بتاريخ 5-1-2005. وأنظر أيضاً الحكم الصادر عن محكمة تمييز دبي في الطعن رقم 48 لسنة 2009 قضائية الصادر عن محكمة التمييز دبي بتاريخ 21-4-2009. والحكم الصادر عن محكمة عن محكمة الاقتصادية المصرية بالطعن رقم 2048 لسنة 2011 قضائية بتاريخ 28-3-

نرى أنه تناول موضوع الإعلان المضلل في كل من نص المادة (15) منه حيث نصت على أنه "كل من يقوم بالترويج والإعلان للمنتجات أن يراعي توافق ما يعلن عنه وواقع مواصفات المنتجات المعلن عنها، ويجب ألا ينطوي ذلك الإعلان على خداع أو تضليل للمستهلك". وفي هذا المعنى نصت والمادة (22) من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك على أنه "1- يحظر الإعلان عن أية سلعة إذا كانت البيانات المدونة على بطاقة بيانها غير مطابقة لحقيقتها. 2- يحظر الإعلان عن أية خدمة إذا كانت المعلومات عنها لا تعبر عن حقيقتها أو كانت تنطوي على تضليل أو خداع". ويمكن الإستنتاج من نص المادة (3)، (16)، (22)، (28)، (29) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني على ضرورة وضوح الإعلان وأن لا تكون المعلومات مغلوبة، ولكن نرى أن القانون الفلسطيني في مجمله تطرق للتضليل في نص المادة (164) من مجلة الأحكام العدلية⁽¹⁾ والذي جاء بمفهوم التغيير بمعنى توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية⁽²⁾. وعليه نستنتج أن الإعلانات التجارية المضللة توجه للجمهور بقصد تغييرهم وجعلهم يعتقدون أمراً يخالف الواقع والحقيقة وذلك بغية دفعهم إلى إرتضاء بالتعاقد، فلا بد لقيام التدليس من التجاء المدلس إلى حيلة من الحيل وأن يكون ذلك بقصد أن يضل المتعاقد معه ويخدعه بجعله يرتضى العقد. فالتدليس يقوم على قصد مزدوج من المدلس: قصد في الخديعة والتضليل⁽³⁾، وقصد في دفع المَضَلَّ المخدوع إلى التعاقد، ويلزم إلى جانب ذلك أن يكون التدليس متصلاً بالتعاقد الآخر.

وتجدر بنا الإشارة إلى أن خصائص الإعلان المضلل يمكن إجمالها على النحو التالي:- أولاً من حيث الوسيلة، فمن هذا الجانب نرى بأن الإعلان المضلل يتم بجميع الوسائل السمعية أو البصرية وهذا يتفق مع المادة الأولى من قانون حماية المستهلك الفلسطيني فهذه المادة جاءت مطلقة وبما أن المطلق يجري على إطلاقه مالم يرد دليلاً على

2012. والحكم الصادر من المحكمة الاقتصادية المصرية بالطعن رقم 1041 لسنة 2012 قضائية الصادر بتاريخ 30-1-2013.

(1) مجلة الأحكام العدلية لسنة 1293، المنشورة في مجموعة عارف رمضان (الحكم العثماني).

(2) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010)، ص 118.

(3) عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، القسم الأول، مصادر الإلتزام (القاهرة: دار النهضة العربية، 1987). رمضان أبو السعود، مبادئ الإلتزام، (القاهرة: الدار الجامعية، 1986)، ص 129.

تقييده⁽¹⁾ فالشركة عندما تقوم بإرسال الرسائل الإعلانية للمشاركين تتحقق الخاصية الأولى من حيث الوسيلة⁽²⁾. أما الخاصية الثانية فهي من حيث الهدف، حيث يكون الهدف من هذه الإعلانات خداع المستهلك و إيقاعه في الغلط⁽³⁾. ومن هنا نختلف مع الجانب الفقهي الذي فرق بين الإعلان المضلل والإعلان الكاذب فمن وجهة نظرهم أن الإعلان الكاذب هو الإدعاء عمداً على خلاف الحقيقة بقصد تضليل المستهلك وخداعه عن طريق تقديم بيانات غير حقيقية أو ناقصة عن المنتج أو خدمة معينة⁽⁴⁾ ويستندون إلى القانون الفرنسي " Loi Royer" والذي عرف الإعلان الكاذب بأنه الإعلان المزيف والذي يؤدي إلى جذب العملاء أو الجمهور بنشر معلومات غير صحيحة أو خادعة تتعلق بالمنتجات والخدمات المعروضة للبيع أو بتعهدات المعلن بشأنها⁽⁵⁾، وعليه يرى هذا الجانب أن الإعلان الكاذب يتضمن بيانات غير حقيقية على خلاف الإعلان المضلل الذي يحتوي على معلومات تؤدي إلى خداع المستهلك بشأن الصفات الخاصة بالمنتج أو خدمة معينة⁽⁶⁾. ولكن من وجهة نظرنا نرى أن الحكم في الإعلان المضلل قيد بغاية معينة وهي حماية ارادة المستهلك من الخداع على إنتفاء الحكم بعدها، فالعبرة دائماً بالمعاني والمقاصد كما أن الأمور بمقاصدها فطالما أن كل من البيانات التي تحتويها الإعلانات المضللة والإعلانات الكاذبة تهدف إلى خداع المستهلك والحكم فيهما واحد فلا مجال للتفرقة بينهما⁽⁷⁾. وهناك من يرى ونحن نتفق معه على وجود إختلاف بين الإعلان المضلل والإعلان المبالغ به فالأخير إذا كان من شأنه ألا

(1) وهذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي قيد نشر الإعلانات بوسائل معينة وليس من بينها الهاتف فقد نص بشكل صريح بمنع نشر الإعلانات عن طريق الهاتف النقال دون موافقة مسبقة من المشترك:

L'article L 34-5 du Code des postes et des communications électroniques (CPCE) interdit la prospection directe d'une personne physique, par téléphone, fax ou email, sans son consentement préalable.

(2) عبد الفتاح حجازي، حماية المستهلك عبر الإنترنت (مصر: دار الكتب القانونية، 2008)، ص 54 .

(3) احمد الزقرد، "الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن"، مجلة الحقوق جامعة الكويت 19، العدد 4 (1995): ص170.

(4) عبد الفضيل احمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية (مصر: مكتبة الجلاء، 1991)، ص 173.

(5) Lestrade (B): Publicité et promotion des ventes, le cadre juridique,(paris: P:Divier (P.F.)1995: Le mensonge en publicité millésime (paris: Gazpall,1996) P.6.

(6) Appel. Bourges 5 Octob.1998:GazPal.23 Mai 1999,33, obs. Peze (A).

(7) خالد ممدوح، امن المستهلك الالكتروني، (الإسكندرية: الدار الجامعية، 2008)، ص119.

يخدع المستهلك حول الخدمة المعروضة من قبل المعلن حينها لا تكون محظورة لإنتفاء الغاية من حماية المستهلك⁽¹⁾، هذا ما سار عليه القضاء الفرنسي في العديد من الاحكام⁽²⁾ والتي تأخذ معيار الشخص المعتاد للمعرفة من إمكانية خداع المستهلك⁽³⁾ من الإعلان المبالغ به من عدمه⁽⁴⁾. وعودة على ذي بدء يجدر بنا التنويه إلى الخاصية الثالثة للإعلان المضلل من حيث مضمون الإعلان المضلل، فلقد أضحي جلياً من تعريف الإعلان المضلل إنه ينصب على طبيعة الخدمة أو صفاتها الجوهرية ومصدر هذه الخدمة وشروط إستعمالها أو محاذير الإستعمال وشروط التعاقد ومقدار الثمن الإجمالي وكيفية تسديده والموجبات التي يلتزم بها المعلن وهوية المعلن وهذا ما بينه الفصل الخامس من قانون حماية المستهلك الفلسطيني تحت عنوان نزاهة المعاملات الإقتصادية⁽⁵⁾.

• الفرع الثاني: محل التضليل في الإعلان التجاري وتقدير التضليل في الإعلان

إن الإعلانات المضللة لا ترد على سبيل الحصر، فكل إعلان أدى إلى خداع وتضليل المستهلك يدرج ضمن الإعلانات المضللة⁽⁶⁾. وبالرجوع للاتحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك الفلسطيني نجد أنها وضعت عدة صور للإعلان المضلل والتي وبالرجوع للإعلانات الصادرة

(1) عبد الفضيل أحمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية، (مصر: مكتبة الجلاء، 1991)، ص 182.

(2) Cass.Crim.15Octob.1985:D1986, inf.Rap.P.397,noteRoujo de Boubee;31 Mai 1986: D.S 1969, P.34. Trib. Gr. inst. seine 22 Avril 1968: Gaz Pal. 1968, p557, note Fourgoux (J.C).

(3) La cour de Versailles,17/5/1987.1979-ed-C-1-11-1310.cass 18 mai 1984-B.ceim no,185 JCP.1984-ed-G-IV-2.

(4) Appel.Pau 10 juill. 1985: Petit Aff 28 juil. 1985, N° 90, p.28, note Barbierie (J.J.); Appel. Paris 20 Avril 1983: Gaz, Pa;/ 1983, P.341, note Marchi (J.P.). Cass. Crim. 6 Mai 1998: RJDA 1999, 3, NO 78;26 Janv. 1998:RJDA 1999, 3, NO 278;Cass. Crim.21 Mai 1984 Précité.

(5) راجع نص المادة 4/11 من قانون حماية المستهلك اللبناني والمادة 6 من قانون حماية المستهلك القطري. وانظر إلى غسان رباح، قانون حماية المستهلك الجديد: المبادئ، والوسائل والملاحقة (لبنان: منشورات زين الحقوقية، 2006)، ص112. و أيضاً السيد عمران، حماية المستهلك اثناء تكوين العقد(مصر: الدار الجامعية للطباعة والنشر، 2002)، ص 171. وانظر إلى :

R.CH.ENDEB., Le regime juridique du contrat de consommation, étude comparative, -droit français, libanais et égyptien- (paris: Lgdj et Alpha,2010)p.33.

(6) هذا ما بينته اللاتحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك المصري الصادر بتاريخ 2006/11/30 بأن الإعلان يعد مضلل اذا تناول بيانات كاذبه تنصب على طبيعة السلعة أو مصدرها أو جهة الإنتاج أو نوع الخدمة أو شروط وأجراءات التعاقد .

عن شركات الإتصالات فإنها تدخل في إطارها، فهناك العديد منها لا يبين قيمة الخدمة المعلن عنها وسنداً لإحكام نص المادة (17) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني والتي تتوافق مع نص المادة (1/23) من اللائحة التنفيذية لذات القانون والتي بينت أن عدم بيان قيمة الخدمة يدرج ضمن الإعلانات المضللة⁽¹⁾ وهذا جاء متوافقاً ونص المادة (4/ب) من وثيقة غرفة التجارة الدولية الصادرة قي 1937/5/20 ويمكن القياس على هذه الحالة الرسائل المرسله والتي تبين أن هناك تخفيضات حول خدمة معينة في حين أن التخفيض لا يشمل إلا جزءاً من المنتجات التي لا تتعدى نسبة التخفيض فيها النسبة المعروضة في الرسالة وعليه تكون الشركة قد وضعت هذه النسبة للجزء دون الكل⁽²⁾، وهذا ما نصت عليه المادة (3/23) من اللائحة التنفيذية حينما نصت على أنه "تعتبر البيانات والإعلانات والعروض مضللة، في الحالات التالية: 3- إيهام المستهلك بأنه حصل على هدية مجانية غير مشمولة بسعر السلعة المقرونة بها"، واعتبرت المحاكم الفرنسية أن تضليل المستهلك في الإعلان عن أسعار المنتجات والخدمات يعتبر عملاً غير مشروع لما للثمن من أهمية للمستهلكين عند اختيارهم للخدمة⁽³⁾، ويقاس على هذه الحالة أيضاً الكلمات المستخدمة من قبل الشركات حول "التخفيضات" و "مجاني" أو "إشترك في خدمة واحصل على هدية"⁽⁴⁾ إذا كانت تخالف الحقيقة⁽⁵⁾، وهذا ما بينته المحكمة الاسترالية بأن عدم بيان السعر في الإعلان يجعل منه إعلان مضلل⁽⁶⁾. وهذا ما بينه القضاء الاسترالي حينما جاء في إحدى أحكامه بأن الاعلان الصادر عن شركة الإنترنت المتعلق بشراء خط ADSL2 بسعر 29 دولار و ايضا 30 دولار

(1) Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) v TPG Internet Pty Ltd [2010] FCA 1478; BC201010043 at [130]). the court emphasised that "the question of whether the single price is prominent or conspicuous [in accordance with s 53C(1)(c)] depends on the overall context" of the advertisement.

(2) Appel. Paris 19 fev.1999;J.C.P.1999,E.Pan.549;Gaz.Pal. 23 Mai 1999.p.20;Cass.Crim 3 Sept. 1992:GAZ Pal.1993 p.122;12 janv.1994;Gaz.Pal.1994,P.160;11 janv.1990:Bull.crim.1990,N°21.

(3) Cass. Crim 14 octob 1998: J.C.P. 1999, ed. G.11, 10066, note, conte: Cass. Crim 17 Dec 1997: Contrats, conc, Consom. 1999. comm. 32; Appel. Paris 14 mai 1993: contracts. Conc. Consom 1993, comm222; Appel. Rouen 10 aout 1994; 1994: contract. conc. consom. 1994, comm. 137.

(4) F.T.C vs. Mary Carter Paint Co., 86 S.CT.219, 382 U.S., P46 (1965).

(5) Mons, 29 Dec, 1976, Ing Cons.1977, P.47.

(6) Cass No.M98/2013, 12/2/2012 between Australian competition commission v. TPG internet.

مقابل خط الهاتف في حين لم يبين الإعلان أن خدمة TBG ليست مشمولة في هذه الرزمة ويجب دفع رسوم إضافية حتى يتم تفعيلها فتوصلت المحكمة إلى أن هذا الإعلان مضلل لما إحتواه من كتم لمعلومات بيانات جوهرية للمستهلك⁽¹⁾. وتجدر بنا الإشارة إلى أن الرسائل القصيرة الصادر عن شركات الإتصالات والتي تجذب المستهلك وراء حباؤها وذلك عندما يتم إرسال رسالة إلى هاتف المشترك من أجل الإشتراك بخدمة معينة وبعدها يشترك يتبين له أن هذه الخدمة ليست مجانية مثلما أوحى له الرسالة تعتبر من أشهر الامثلة على الإعلانات المضللة⁽²⁾. كما أن المادة (28) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني والمادة (2/23) من اللائحة التنفيذية بينت الصورة الثانية للإعلان المضلل وهي عدم بيان حقيقة المنتج أو طبيعتها⁽³⁾ أو صفاتها الجوهرية أو ما تحتويه من عناصر خطرة وبوجه عام العناصر الداخلة في تركيبها⁽⁴⁾، وهذه الصورة أيضاً ضمنها المادة (4/أ) من وثيقة غرفة التجارة الدولية الصادرة بتاريخ 1937/5/20 ضمن صور الإعلان المضلل هذه الصورة على طبيعة الخدمة محل الإعلان مما يؤدي الى جعله يظهر للجمهور على خلاف حقيقة الخدمة، وقد بينت محكمة النقض الفرنسية إن هذه الصورة ترد تحت باب التضليل وذلك لما ينطوي على تغيير في العناصر التي كانت الدافع وراء قيام الجمهور بطلب الخدمة⁽⁵⁾، وقد صدر عن محكمة النقض الفرنسية حكم شهير في هذا المجال تتلخص وقائعه ببث إعلان عن برنامج تأهيل مهني تلقى دروس ومحاضرات من قبل اساتذة مؤهلين حاصلين على شهادات علمية معينة ومن ثم اتضح بعد ذلك أن شخصاً واحداً يتمتع بهذه المؤهلات هو المسؤول عن البرنامج المعلن دون الآخرين الذين يتولون تنفيذه. وكما بينت المادة (28) أيضاً صورة أخرى من التضليل وهي عدم بيان

(1) Australian Competition and Consumer Commission v TPG Internet Pty Ltd [2011] FCA 1254.

(2) These practices are also commonly used to target SMEs, see Civic Consulting, Study on Misleading Practices of 'Directory Companies' in the context of current and future internal market legislation aimed at the protection of Consumers and SMEs, IP/A/IMCO/FWC/2006-058/LOT4/C1/SC6.

(3) Simon Management Corp. V. Federal Trade Commission, 579 F.2d, 1137 (9th Cir. 1987).

(4) أنظر إلى حكم محكمة الإقتصادية المصرية في الطعن رقم 2048 لسنة 2011 الصادر بتاريخ 2012/3/28. والطعن رقم 282 لسنة 2012 الصادر بتاريخ 2012/4/18.

(5) Cass.crim.10 Dec.1997; J.C.P.1998, E.pan.p.587; cass.crim.26.Mars 1992 Gaz.pal.1992, somm. p.471; 26mai 1976 D.S. 1976, inf. Rap. p.209.

نوع المنتجات أو منشؤها أو أصلها أو مصدرها في الأحوال التي تعتبر فيها بموجب الاتفاق أو العرف- هذه الأمور- سبباً أساسياً في التعاقد⁽¹⁾ وتطبيقاً لهذه الصورة ما استقرت عليه أروقة محكمة النقض الفرنسية وخصوصاً في حكمها المؤزر بخصوص الإعلان الصادر عن شركة لتصنيع معجون أسنان تدعي الشركة في هذا الإعلان بأن هذا المعجون يحتوي فيتامين 8 مع أنه خالي من هذا الفيتامين مما أدى إلى إعتبار هذا الإعلان يدرج ضمن الإعلانات المضللة⁽²⁾، وهذا ما بينته محكمة إستئناف باريس بحكم حديث لها حيث توصلت إلى أن الإعلان الذي يخفي المعلومات المادية عن الخصائص الأساسية للخدمة يعتبر إعلاناً مضللاً⁽³⁾. وهذا ما بينته محكمة النقض الفرنسية بحكم حديث لها حينما قضت بأنه "عندما يقوم على مزاعم والبيانات أو تحريف أو من المحتمل أن تضليل وعلى واحد أو أكثر مما يلي: (أ) وجود/ توافر أو طبيعة السلعة أو الخدمة؛ (ب) الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة، وهي: في الصفات المادية، وتكوين، والاكسسوارات، والأصل، وكمية، وطريقة وتاريخ الصنع، وشروط الاستخدام وصلاحيتها للاستخدام، خصائصه والنتائج المتوقعة من استخدامه، والنتائج والخصائص الرئيسية للاختبارات والضوابط التي أجريت على الممتلكات أو الخدمات"⁽⁴⁾. وعودة على ذي بدء نتوصل إلى أن المادة (28) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني بينت معظم الصور التي بينتها المادة (4) من وثيقة غرقة التجارة الدولية ولكن لم يبين قانون حماية المستهلك ضرورة بيان شخص المعلن وعنوانه⁽⁵⁾ ولكن نرى أنه يمكن القياس بين المواد سابقة الذكر وكل صورة من صور التضليل التي تظهر ولم يبينها قانون حماية المستهلك الفلسطيني وذلك لثبوت حكم المنطوق للمسكوت عنه لإشتراك المنطوق والمسكوت عنه في علة الحكم المفهومة فالإشتراك في مماثلة علة الحكم هي الغاية من القياس بين المقيس والمقيس عليه. وبدورنا وبتفحص العديد من الرسائل المرسلة من قبل الشركة نجد أن هذه الصور تنطبق على تلك الإعلانات فلا تبين الشركة ماهية الخدمة أو صفاتها أو سعرها أو أسم المرسل فقط يتم ذكر أسم الإعلان ويتم وضع رقم للإستفسار، إذاً الشركة منذ البداية على علم وإدراك بأن هذه

(1) Cass. crim.5Sept.1991:Bull.Crim.1981,N°661.

(2) Cass. crim,5 Juin 1984.D.1985,p.26.

(3) Cour d'appel de Paris, Pôle 4 – Chambre 10, arrêt du 7 décembre 2015.

(4) Cour de cassation, Chambre commerciale, 29 septembre 2015, 14-13472.

(5) أنظر إلى حكم محكمة الاقتصادية المصرية في الطعن رقم 417 لسنة 2013 الصادر بتاريخ 2013/5/16.

الرسائل غير كاملة من حيث المحتوى وتخلق البس والإبهام في نفس المستهلك وعلى الرغم من ذلك وذلك تقوم بإرسال الرسائل. أما بخصوص تقدير الخداع أي مدى توافر التضليل من عدمه بحق المستهلك، فنحن نرى بأن المسألة تختلف باختلاف وقت وقوعه بالتضليل، فالإعلان التضليلي بحد ذاته محظور ومستوجب التعويض وفي هذه الحالة نأخذ بالمعيار الموضوعي أي بالنظر إلى مضمون الرسالة إن كانت مضللة أم لا⁽¹⁾ وهذا يخضع لتقدير القاضي⁽²⁾ أما أثناء المفاوضات وأثناء التعاقد فيأخذ معيار الشخص العادي⁽³⁾ متوسط الذكاء⁽⁴⁾ والحيطة والحذر⁽⁵⁾ فإن كان الإعلان يتضمن صور التضليل المذكورة سابقاً وقد وقع المستهلك وفق وعيار الشخص المعتاد في الغلط⁽⁶⁾ بشأن الخدمة المعلن عنها حينها يمكن إعتبار أن الإعلان مضلل⁽⁷⁾ وهذا ما طبقه القضاء الفرنسي بأن وجود عبارة "لماذا تدفع أكثر" على صفحة الويب الالكترونية تشكل بحد ذاتها إعلان مضلل وفق ما نصت عليه المادة 1-121 من قانون المستهلك⁽⁸⁾ وهذا ما اكدته محكمة النقض الفرنسية حينما قضت بوجود تضليل في الإعلان الذي يتضمن عبارة (En Imitation Daim) والتي تعني أن البضاعة أصلية على الملابس الجاهزة يعتبر تضليلاً لأن الحقيقة أن البضاعة غير أصلية وعليه فالمستهلك في

(1) Cass.Crim.30 Mars 1994:Rev.Trim.De.Com.1995, p.494, obs.Bozat; Appel.Bordeaux 29 Avril 1981.

(2) هذا ما سار عليه القانون البحريني في نص المادة 6 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 35 لسنة 2012 بشأن حماية المستهلك الصادرة بتاريخ 2014/7/17 حيث نصت بأن السلوك المضلل يعد كذلك إن ورد على الوسائل المبينه في نص المادة 7 وهي الوسائل التي نصت عليها اغلبية القوانين مثل طبيعة المنتج أو شخص المورد أو السعر وغيرها من الأمور التي سبق ذكرها وعليه التضليل يكون بموضوع الإعلان.

(3) Cass.Crim.6 mai 1998: RJDA 1999, 3, No 78; 26 janvm1998: RJDA 1999, 3, No 278; Cass. Crim.21 mai 1984. Precite.

(4) Charles of the Ritz Dist.Corp.VS.F.T.C, 143 F.2d 676(2d Cir.1994).

(5) Richard v. Time Inc., 2012 SCC 8, [2012] 1 S.C.R. 265 Consumer protection — Prohibited business practices — False or misleading representations — Court of Appeal finding that merchant's representations would not mislead consumer "with average level of intelligence, scepticism and curiosity" — Test for determining whether general impression given by representation constitutes prohibited practice — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 218, 219, 228, 238(c).

(6) Case c-261/07 and case c-299/07 delivered on 21/10/2008 between VTB-VAB NV V. Total Belgium NV and Galatea BVBA V. Sanoma Magazine Belgium NV.

(7) Case 3:33-Av-00001 filed 27/2/2011 between Marnie Glover Vs. Ferrero (Nutella).

(8) Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 29 janvier 2013, N° 11-21.011 11-24.713, Inédit.

حل من تقدير نوعية البضاعة ما إذا كانت أصلية أم لا، وله أن يعتد بما ورد في الإعلان، فإذا كان مضللاً أو كاذباً أعتبر المعلن مسؤولاً عن إعلانه المضلل⁽¹⁾. وعليه يتبين بأن المشرع الفلسطيني لم ينتصر للمذهب الشخصي، كما أنه لم يتشيع للمذهب الموضوعي بل كان بين ذلك قواماً.

○ المطب الثالث: الحماية المدنية من الإعلان المضلل

يعتبر التضليل الإعلاني من إحدى صور الإضرار التي قد تلحق بالمستهلك خلال تلقيه الإعلانات، لذلك واجهت التشريعات التضليل الإعلاني بالحماية المدنية المقررة في ضوء المبادئ العامة في مجلة الأحكام العدلية، وكما أن هنالك حماية مدنية للمستهلك في ضوء أحكام قانون حماية المستهلك الفلسطيني. وعليه سيتم التطرق إلى الحماية المدنية المقررة في ضوء مجلة الأحكام العدلية وسنتناول الحماية المدنية للمستهلك المقررة في قانون حماية المستهلك الفلسطيني وذلك بالفرع الأول، وسوف يتم التطرق إلى الحماية الإجرائية للمستهلك في الفرع الثاني.

● الفرع الأول: الحماية المدنية في قانون حماية المستهلك ومجلة الأحكام العدلية

وضع قانون حماية المستهلك الفلسطيني قواعد حمائية للمستهلك لما قد يتعرض إليه من تضليل، ولقد تم البيان سابقاً ماهية الإلتزامات التي تقع على شركات الإتصالات ومنها الإمتناع عن الإعلان المضلل، وقد تبين لنا ماهية التضليل التي يقع به المستهلك، وبناءً عليه للمستهلك حق في الحماية من الإعلانات المضللة، وعلى الرغم من أن الحماية المدنية للمستهلك من المواضيع الحديثة التي تناولتها القوانين المعاصرة لكن معظلة التوازن العقدي والحماية المدنية لإطراف التعاقد كانت محل إهتمام مجلة الأحكام العدلية التي سعت بدورها إلى حماية الأطراف من خلال القواعد القانونية الناظمة للمسألة والتي قد تكون سابقة للتعاقد وقد تكون أثناء التعاقد كما قد تكون أثناء تنفيذ العقد.

(1) احمد الزقدي، "الحماية المدنية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن"، مجلة الحقوق (جامعة الكويت) 19، العدد4 (1995): ص153-154 .

الحماية المدنية السابقة للتعاقد بالرجوع للمسألة محل البحث، فمن حيث المبدأ والأصل
هناك حق لشركة الإتصالات وفق القانون أن ترسل الإعلانات التجارية إلى المشتركين، ولكن هذا الحق إن تم أساءة إستعماله حينها تعتبر الشركة متعسفه بإستعمال الحق الذي منحه القانون إياها، لأن المستهلك يبني قراره على هذا الإعلان⁽¹⁾. ويكون للمستهلك الحق في رفع دعوى للمطالبة بالتعويض عن الإعلان ذاته دون الحاجة لأن يكون قد دخل بالتفاوض أو أبرم العقد، فبمجرد قيام الشركة بإرسال الإعلانات المضللة لهواتف المشتركين هذا يؤدي إلى تعكير صفو المستهلك ولا بد من إزالته، وهذا المنطق القانوني جاء متوافقاً مع مجلة الإحكام العدلية فإن كان الجواز الشرعي ينافي الضمان وفق نص المادة (91) من المجلة ولكن وبإستقراء هذا النص نرى بثبوت نقيض حكم المنطوق به للمسكوت عنه لإنتفاء ما قيد به حكم المنطوق، فلا يحق للشركة أن تقوم بإرسال إعلانات مضللة للمشاركين لما له من ركوب لمتن الشطط وتكيل بحقوق المستهلكين، فالمجلة وهي مستمدة من الفقه الإسلامي⁽²⁾ وعلى الأخص الفقه الحنفي والذي يضع معياراً للتعسف للإستدلال منه على غيره من المسائل إن تماثلت علة الحكم، والمعايير هي: تمحض قصد الإضرار بالغير⁽³⁾، عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يصيب الغير، إستعمال الحق في غير ما شرع من أجله، أستعمال الحق على وجه غير معتاد، تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة في إستعمال الحق⁽⁴⁾. وإينزال صحيح القانون على صحيح الواقع الوقائع نرى إنطباق عدم مشروعية المصلحة المرجوه من إستعمال الحق على موضوع الإعلانات التجارية ولأن المصلحة لا تكفي أن تكون ذات نفع

(1) Cour de cassation, juin 2010, Revue Concurrences N° 4-2010, Art. N° 34014, www.concurrences.com.

(2) مصطفى الزرقا، صياغة قانونية لنظية التعسف بإستعمال الحق في القانون الإسلامي(عمان: دار البشير، 1987)، ص 25-27. وفي المقابل أنظر إلى الفقه الفرنسي في تحديد معيار التعسف أنظر إلى:

J.Ghestin et a. Traite de droit civil, introduction generake, 4 ed L.G.D.J. 1994, no777, et s.p. 763

(3) من الأمثلة على ذلك ما نصت عليه المادة 1192 في مجال مضار الجوار. وأنظر أيضاً إلى تمييز حقوق رقم 90/83 الصادر بتاريخ 2/6/1983 منشور في مجلة نقابة المحامين س 31، ع5-8، ص672 وراجع أيضاً القرار التمييزي رقم 43/81 صفحة1088، سنة 1981، مجموعة نقابة المحامين، القضايا الحقوقية ج/5-ج، ص635 .

(4) عنان السرحان و حمدي خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية "الإلتزامات" (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010)، ص392.

لصاحب الحق بل يجب أن تكون بحد ذاتها مشروعة أي أن لا تخالف القانون وبما أن الإعلان المضلل يدخل ضمن مفهوم التدليس فتنتقي مشروعية المصلحة ونصبح أمام تعسف في إستعمال الحق⁽¹⁾.

الحماية المدنية اثناء فترة التفاوض، بدايةً تعرف مرحلة المفاوضات على أنها "المرحلة التي تضم مجموعة من العمليات التمهيدية التي تتمثل في المباحثات والمساعي والمشاورات وتبادل وجهات النظر بهدف التوصل إلى إتفاق"⁽²⁾ فمرحلة التفاوض لها أهمية فيما يتعلق بتكوين فكرة عن العقد⁽³⁾ فخلال هذه المرحلة يتم خلق العقد وصياغته، ولما لهذه المرحلة من خطورة يقع إنتزاعات على عاتق المتفاوضين فيجب على كل متفاوض أن يتفاوض وفق مبدأ ومقتضيات حسن النية والإبتعاد عن سوء النية والغش لأنه يفسد كل شيء، وهذا ما بينته نص المادة (2-1-15) من مبادئ الأونيدروا حينما نصت على أنه "للأطراف حرية التفاوض ولا يسألون عند عدم التوصل إلى إتفاق ومع ذلك يسأل الطرف الذي يتفاوض أو يقطع المفاوضات، بسوء نية، عما لحق بالطرف الاخر من أضرار". وعليه فإن المعيار هو حرية التفاوض أما الضابط فهو حسن النية بحيث أن حرية التفاوض محاطة بسياج حسن النية⁽⁴⁾، ويعرف مبدأ حسن النية على أنه "التصرف العادل في تنفيذ العقد دون محاولة خداع الطرف الاخر في العقد، وتم تعريفه أيضاً بأنه الوسيلة التي يستطيع من خلالها القاضي الوطني التدخل لتوازن العقدي بين الاطراف المتعاقدة"⁽⁵⁾. وفي المقابل نجد أن القانون التجاري

(1) Cass.Crim23 oct 1969, D.1970, 128 Cass. CIV. 2e, 10 Jsu. 1985, Gaz. Pal. 1985. 1; Cass. civ. 3e, 16 janv.1991,323,obs.j-L.Aubert.

(2) J.GARBONNIER, DROIT CIVIL, 4-Les obligations, 20ed (paris:puf 1996) , p.72.

(3) Mm.Francois TERRE.Philippe SIMLER et Yves Lequette. Droit Civil: les obligations (paris:Dalloz. 1993) p.137.

(4) يجدر بنا التنويه إلى فقهاء القانون المقارن قد اجمعوا على أهمية مبدأ حسن النية في تحقيق الأهداف التالية: تمكين الطرف المتضرر من الحد قدر المستطاع من الخسائر التي قد تصيبه نتيجة إختلال التوازن العقدي بينه وبين الطرف المقابل في العلاقة التعاقدية وفرض معايير النزاهة والامانة في العلاقات التعاقدية على نحو يضمن نزاهة العلاقات التعاقدية، والتغلب على الإشكالات التي قد تعترى التنفيذ الدقيق لبعض المبادئ القانونية الاخرى مثل مبدأ سلطان الإرادة والحرية في التعاقد، والحد من إستخدام الشروط التعسفية التي قد تظهر في العديد من العقود مثل عقود الإستهلاك. للمزيد أنظر إلى: محمود فياض، مدى إنتزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض، مجلة الشريعة والقانون، العدد الرابع و الخمسون، السنة السابعة والعشرون، 2013، ص 223 -264.

(5) S.J. Burton, Principles of Contract Law (minn: west group,2001) p.445.

الامريكي الموحد (UCC) قام بتعريف مبدأ حسن النية في نص المادة 1-19/201 على انه "الامانة في الواقع واحترام المعايير التجارية المعقولة في التعامل العادل"⁽¹⁾. وهذا ما بينته المحاكم الامريكية في العديد من القرارات⁽²⁾، وهذا ما بينته محكمة النقض الفرنسية حيث جاء في إحدى قراراتها أن حسن النية يعني التضامن والتناسب والحرص على التوازن العقدي⁽³⁾. ويتفرع عن مبدأ حسن النية مجموعة من الالتزامات: الإلتزام بالإستقامة، النصح، الاعلام، الحيطة، والجدية.

وعندما نتحدث عن الإلتزام بالإستقامة نقصد عدم تقديم أي من الطرفين معلومات مغلوطة أو مفرطة بالتفاؤل أو مفرقة بالتشاؤوم⁽⁴⁾ فهذه المعلومات تشترك جميعها بأنها معلومات غير حقيقية ولا تتسم بالشفافية فيحرم المتعاقد من إتخاذ قراره عن بصر وبصيرة بكل جوانب العقد⁽⁵⁾.

اما الإلتزام الاخر التي تفرضه مرحلة المفاوضات يتمثل بالإلتزام بالإعلام و التبصير⁽⁶⁾. بداية وقبل الخوض في معرض الحديث عن واجب الإعلام تجدر بنا الإشارة إلى أنه حتى

(1) "Good faith," except as otherwise provided in Article 5, means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing.

(2) "With rare exception, the courts use the UCC good faith requirements in aid and furtherance of the parties' agreement, not to override the parties' agreement for reasons of fairness, policy, or morality. Duquesne Light Co v Westinghouse Electric Corp 66 F 3d 604 at 617 (1995).

(3) La bonne foi largement entendue (loyauté, solidarité, proportionnalité et souci de l'équilibre contractuel) s'imposant dans toutes les phases de la vie du contrat: négociation, information, conclusion, exécution, interprétation, modification, renégociation, inexécution, rupture et ses conséquences" (Rapport de la Cour de Cassation sur l'avant projet de réforme du droit des obligations dit projet Catala). La bonne foi, qui se relie au concept de confiance, et en particulier de confiance légitime, est un principe général du droit communautaire (cf TPICE, 17 janvier 2007, aff.T-231/04 Grèce c/ Commission.)

(4) Benjamin Careathers v. Red Bull North America, Inc., Case No. 1:13-CV-00369 (KPF) Wolf, et al. v. Red Bull GmbH, et al., Case No. 1:13-CV-08008 (KPF).

(5) J.P MASSON, les fourberues silencieuses.RCJB, 1979, p537.

(6) هناك فرق تقني بين الإلتزام بالإعلام والإلتزام بالتبصير، فالإلتزام بالإعلام يكون غالباً سابقاً للتعاقد أما بخصوص الإلتزام بالتبصير فيكون أثناء التعاقد للمزيد حول مبداء الإلتزام بالإعلام نزيه المهدي، الإلتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، مصر، 1982. و أيضاً الإلتزام بالتبصير للمزيد أنظر إلى سهير منتصر، الإلتزام بالتبصير (مصر: دار النهضة العربية، 1990) ص7. وأنظر أيضاً خالد عبد الفتاح خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، ط1 (مصر: دار النهضة العربية، 2002)، ص39.

بداية منتصف القرن الماضي لم يكن على أطراف التعاقد إلتزام بإعلام الطرف الاخر لما يمتلكه من معلومات، وذلك لكون القاعدة العامة في بعض العقود مثل عقد البيع قائمة على تضارب المصالح بحيث يسعى أطراف التعاقد لتحقيق مصالحهم بغض النظر عن مصالح الطرف الاخر، فكل طرف يسعى للوصول للمعلومة التي يبني عليها خياره في الإقدام على التعاقد أو الإحجام عنه بينما لا يوجد إلتزاماً على المتعاقد بالبوح بما يملك من معلومات إلا في حالة قيام المتعاقد بالإستفسار عنها أو في حالة وجود نص قانوني يلزم المتعاقد بذلك.

وبالرجوع للقواعد العامة وخصوصاً بما جاء في نص المادة (200) والمادة (201)⁽¹⁾ من مجلة الاحكام العدلية نجد أن تلك النصوص أوجبت على البائع أن يكون المبيع معلوماً عند المشتري وذلك عندما نصت المادة (201) على أنه "يصير المبيع معلوماً ببيان أحواله وصفاته التي تميزه عن غيره، مثلاً لو باعه كذا مدا من الحنطة الحمراء أو باعه أرضاً مع بيان حدودها صار معلوماً وصح البيع". وعليه يقع على المتعاقد الإدلاء بكافة المعلومات الصحيحة والحقيقة دون تضليل أو خداع وذلك عن طريق مراعاة العادات الجارية في هذه المسألة وطبيعة المعاملة وظروفها⁽²⁾ وأيضاً لا بد من التنويه إلى قاعدة "الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر"، فعلى البائع وصف المبيع وصف يزيل عنه الجهالة الفاحشة بطريقة تؤدي إلى تنوير إرادة المشتري⁽³⁾، ويقع على عاتق البائع أثناء مرحلة التفاوض أيضاً إحترام عادات وتقاليد التفاوض ويقتضي هذا الإلتزام بإحترام العرف المهني بشأن الصفقة موضوع التفاوض⁽⁴⁾، وبما أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً والمعروف بين التجار كل المشروط بينهم، فهذا يقتضي قيام البائع بإحترام حق المشتري بالحصول على المعلومات الصحيحة وعدم تضليله. وأما بخصوص الحماية التي تفرضها القواعد العامة أثناء التعاقد، فلقد نصت مجلة الأحكام

(1) والتي تقابل نص المادة 419 من مشروع القانون المدني الفلسطيني: يجب ان يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ويعتبر كذلك إذا اشتمل على بيان المبيع و أوصافه الأساسية بياناً يمكن تعرفه .

(2) Cass.Civ.3Fev.1981, D.1984. 457 OBS.j. GHESTIN.

(3) أنظر في هذا المعنى إلى نص المادة (490) من قانون المعاملات المدنية لنولة الامارات العربية المتحدة رقم (5 / 1985) والتي تنص على أنه "يشترط أن يكون المبيع معلوماً عن المشتري علماً نافياً للجهالة الفاحشة، ويكون المبيع معلوماً عند المشتري ببيان أحواله وأوصافه المميزة له وإذا كان حاضراً تكفي الإشارة إليه" .

(4) Yves DERAIS, Francis Goffin et AUTERS, Le contrat en formation (parsi: BVBJ, 1993) p.29.

العدلية في المادة (103)، (104) بأن العقد التزم المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن إرتباط الإيجاب بالقبول على وجه مشروع يثبت أثره في المعقود عليه⁽¹⁾. وبما أن العقد هو إرتباط إرادتين فلا بد من أن تكون كلا الإرداتين خالية من عيوب الإرادة، فالمجلة قد حمت المشتركين من خلال حمايتها لإرادتهم من العيوب التي قد تلحق بهم مثل التغير، وقد جاء نص المادة (164)⁽²⁾ من مجلة الأحكام العدلية بتعريف التغير بأنه توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية وجاءت بمعنى الإخداع ويقال للخادع غار للمخدوع مغرور⁽³⁾. والتغير نوعان: فقد يكون تغير فعلي أو تغير قولي وما يعنينا في مجال بحثنا النوع الثاني من التغير أي التغير القولوي والذي عرف على أنه التغير عن طريق إعطاء بيانات كاذبة في عقود تقوم على صحة هذه البيانات⁽⁴⁾. وحتى يكون هناك تغير لا بد أن تتوفر عدة شروط وهي استخدام الطرق الإحتيالية عن طريق قيام شركة الإتصالات بمجرد الكذب⁽⁵⁾ (les

(1) تجدر بنا الإشارة إلى أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والإتفاقات التي تعقد بوجه شرعي تقوم كالقانون بالنسبة لعاقديها، لم تعد صحيحة بالقرن الحالي حيث أن القانون قد وضع قيوداً وإستثناءات على هذه القاعدة مما أفرغها من مضمونها، فالقانون عندما يضع شروطاً تحدد محل العقد وسبب العقد وإرادة الأطراف فإن ذلك يقيد حريتهم بالتعاقد، وأيضاً إن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين يتفرع عنها أن العقود لا تنفع الغير ولا تضرهم وهذا الأمر غير صحيح على إطلاقه في القرن الحالي حيث أن آثار العقد تسري بحق الخلف الخاص والخلف العام، كما أن تلك القاعدة يتفرع عنها بأن المتعاقد يستطيع أن يبرم ما يريد من العقود أو أن لا يخوض بذلك، ونرى بأن ذلك أيضاً تم تجاوزه عندما إلزم القانون إبرام بعض العقود مثل التأمين الإلزامي للمركبات، كما أن من أهم ما يتفرع عن تلك القاعدة هو عدم إمكانية تعديل العقد أو الرجوع عنه بإرادة منفردة ونرى أيضاً أن ذلك تم تجاوزه فتستطيع المحكمة عن طريق نظرية الظروف الطارئة أن تعدل العقد وبموجب نظرية الظروف الشاقة الواردة في مبادئ الأونيدروا تستطيع المحكمة فسخ العقد، ويستطيع المستهلك في بعض القوانين ان يرجع عن التعاقد بإرادته المنفردة مستنداً في ذلك إلى حقه بالرجوع، وعليه فنرى أن تلك القيود والإستثناءات جعلت العقد شريعة القانون وليس شريعة المتعاقدين .

(2) أنظر بهذا المعنى إلى حكم محكمة نقض أبو ظبي في الطعن رقم 815 لسنة 2010 قضائية الصادر بتاريخ 4/24/2011 وانظر إلى الطعن الصادر عن محكمة تمييز دبي رقم 201 لسنة 2004 قضائية الصادر بتاريخ 15/1/2005 وإلى حكم محكمة الإتحادية العليا لدولة الامارات العربية المتحدة في الطعن رقم 74 لسنة 24 قضائية الصادر بتاريخ 2004/12/14.

(3) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010)، ص118.

(4) أنظر إلى حكم محكمة تمييز دبي في الطعن رقم 35 لسنة 1995 قضائية الصادر بتاريخ 12/11/1995

(5) انظر فيما يتعلق بخلق الإلتباس في ذهن المستهلك وخداعه إلى القرارات الصادرة عن المحاكم البنانية:-

(mensonges)⁽¹⁾، وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية بأنه "يشترط في الغش والتدليس على ما عرفته المادة (125) من القانون المدني وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون ما استعمل في خداع المتعاقد حيلة وأن تكون هذه الحيلة غير مشروعة"⁽²⁾. وأيضاً يتحقق الكذب من قبل الشركة عن طريق كتمانها⁽³⁾ عن عنصر جوهرى⁽⁴⁾ في العقد⁽⁵⁾ وسوء نية الطرف الآخر المتمنع عن إدلاء المعلومات وأن يجهل المتعاقد الضحية الأمر ولايستطيع العلم به عن طريق آخر⁽⁶⁾، وهذا ما أتجه إليه القضاء الفرنسي⁽⁷⁾، وما تبناه القضاء الأمريكي⁽⁸⁾ باعتبارها التزام بالإعلام أثناء التعاقد وكتمانها يؤدي إلى تدليس على خلاف ما تلتزم به الشركة من التعاقد في ضوء ارادة واعية ومبصرة⁽⁹⁾، وأعتبرت محكمة تمييز دبي أن السكوت وعدم

قرار رقم 150 الصادر بتاريخ 2008/12/30 الصادر عن محكمة التمييز المدنية، الغرفة الخامسة، منشور في مجلة العدل، العدد 3، سنة 2009، ص 1141. والقرار رقم 15 الصادر بتاريخ 2009/1/8 الصادر عن محكمة الإستئناف المدنية في بيروت، الغرفة التاسعة، منشور في مجلة العدل، العدد 3، سنة 2009، ص 1141. والقرار رقم 2012 الصادر بتاريخ 2006/12/28 الصادر عن محكمة الإستئناف المدنية في بيروت، الغرفة التاسعة، منشور في مجلة العدل، 3، سنة 2007، ص 1251. والقرار رقم 26 الصادر بتاريخ 2009/1/29 الصادر عن محكمة الدرجة الأولى في بيروت الغرفة الثانية، منشور مجلة العدل، العدد 2، سنة 2009، ص 747.

(1) لا يعد كل كذب تغريباً فالمبالغة من قبل التاجر والدعاية لها لا تعد تغريباً طالما لم يخالف العرف والعادة. أنظر إلى: Bauge-mangan, le consommateur et la publicité, these, paris II, 1983; j. calais-auloy, Droit de la consommation, Dalloz, 3eed 1992, NO32, P.34.

(2) حكم محكمة النص المصرية في الطعن رقم 1279 لسنة 65 ق-جلسة 1991/11/29 بقضاء محكمة النقض المصرية في المواد المدنية، الجزء الثاني، 1994، ص 139 .

(3) أنظر إلى: جلال العدوي، أصول الإلتزامات، مصادر الإلتزام (الإسكندرية: منشأة المعارف، 1997)، ص 170.

(4) حسام الأهواني، مصادر الإلتزام-الجزء الأول- (القاهرة: دار النهضة العربية، 1992)، ص 111.

(5) عمر مؤمن، التغريب والغبن كعيبين في الرضاء (القاهرة: دار النهضة العربية، 1997)، ص 26.

(6) عدنان السرحان و حمدي خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية "الإلتزامات" (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010)، ص 152

(7) حيث جاء بهذا القرار ان اخفاء المقاول عن رب العمل الجهة التي تعاقد معها لتكوين التدفئة يعد تدليساً خاصة وأن الملامم بالدفع هو رب العمل:

Cass.Civ.1^{re}, 14.mars 1978, IV.16

(8) Case No.13-435 decided on 24/3/2015 between OMNICARE, INC., ET AL. v. LABORERS DISTRICT COUNCIL CONSTRUCTION INDUSTRY PENSION FUND ET AL.

(9) J.Chestin, les liens de dol dans la formation du contrat et de L'obligation precontractuelle de resnseignement; note sous cass, civ,3eme ch(paris: Dalloz, 1981).p457.

الإفصاح عن الواقعة المؤثرة في التعاقد يعتبر تدليساً⁽¹⁾. ولكن لا بد من الإشارة إن مجلة الأحكام العدلية جاءت بشكل واضح بأن التغيير القولي لا يوجب الفسخ⁽²⁾، وهذا عوضاً عن إشتراطها لفسخ العقد أن يلحق التغيير غبن فاحش⁽³⁾، وبخصوص الغبن الفاحش⁽⁴⁾ فقد بينته نص المادة (165) من مجلة الاحكام العدلية حينما نصت على أنه "الغبن الفاحش: على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار أو زيادة"⁽⁵⁾، وتجدر بنا الإشارة إلى المادة (356) من المجلة والتي تنص على أنه "إذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تغيير فليس للمغبون أن يفسخ البيع إلا أنه وجود الغبن وحده في مال اليتيم فلا يصح البيع. ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم". وعليه وبما أنه لا إجتهد في مورد النص فإن لم يُلحق التغيير بغبن فاحش فإن ذلك لا يوجب الفسخ، وهذا ما بينته محكمة النقض الفلسطينية حينما قضت "فضلاً عن أنه وفق نص المادة (356) من مجلة الاحكام

(1) الطعن رقم 196 لسنة 2007 قضائية الصادر عن محكمة تمييز دبي بتاريخ 15-1-2008 في قوانين الشرق. وبهذا المعنى أنظر إلى الطعن رقم 13 لسنة 2010 قضائية الصادر عن محكمة النقض بأبوظبي بتاريخ 15-4-2010.

(2) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010)، ص 333.

(3) لقد اتجه المشرع الكندي إلى اعتبار الغبن مبدأ عام يمنح المستهلك الحق في ابطال العقد او انقاص قيمته حيث نصت المادة 118 من قانون حماية المستهلك لعام 1971 على أن لكل مستهلك استغل التاجر المحترف عدم خبرته ان يطلب ابطال العقد او انقاص التزاماته إذا كانت غير متوازنة بشكل ظاهر مع الإلتزامات الواقعة على التاجر وعليه بالإرتكاز على هذا النص نتوصل إلى اعتماد المشرع الكندي مبدأ عدم التوازن في كل عقد على حدة "Disproportion considerable" وهذا على خلاف توجه المشرع البلجيكي حيث رفض القانون المدني البلجيكي إعتبار الغبن سبباً لفسخ او مراجعة العقد وإن ان هذا الأصل لكن لكل اصل استثناء فقد اخذ المشرع البلجيكي إستثناء على الأصل في بعض العقود مثل عقد القرض والتي تسمح للقاضي بإنقاص التزامات المتعاقد المقترض حينما يستغل المقرض حاجته او ضعفه او عاطفته او جهله لكي يحصل على مزايا تتجاوز بوضوح الفائدة العادية والغطاء العادي لمخاطر القرض وسرعان ما اتجه القضاء إلى قياس جميع العقود على هذه الحالة مستخدمين في ذلك المادة 6 و 1131 و 1133 من القانون المدني البلجيكي والتي تعالج السبب غير المشروع للمزيد أنظر إلى:

Marcel FONTAINE et Thierry BOURGOINE, *le-droit de la consommation en belgique et en luxemburg*, (london: ed.Nostrand co,1981) p.183et S.

(4) للمزيد عن إشتراط إرتباط الغبن بالتغيير لفسخ العقد أنظر إلى: عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الإلتزام(القانون المدني العراقي)، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، (بغداد: مطبعة جامعة بغداد، 1986)، ص 87.

(5) رستم باز، شرح المجلة (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010)، ص 61.

العدلية إذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تغير فليس للمغبون أن يفسخ البيع⁽¹⁾. وقد بات جلياً بأن خط الدفاع الأول وهو خيار التغير لا نفع فيه للمشارك، ولكن يبقى لنا خط دفاع ثانٍ ألا وهو عيب الغلط⁽²⁾ وهو عبارة عن توهم على خلاف الحقيقة ويمكن الرجوع لنص المادة (208) من مجلة الأحكام العدلية والتي نصت "إذا باع شيئاً وبين جنسه فظهر المبيع من غير ذلك الجنس بطل البيع". وأيضاً يمكن التذليل على الغلط بما جاءت به نص المادة (310) والتي نصت على أنه "إذا باع مالا بوصف مرغوب فظهر المبيع خالياً من ذلك الوصف كان المشتري مخيراً إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذه بجميع الثمن المسمى ويسمى هذا خيار الوصف". وإن أنزلنا صحيح القانون الورد بنص المادة (208) على الوقائع يتبين في هذه الحالة قيام شركة الإتصالات بعرض خدمة معينة "كخدمة التجوال مثلاً" على أنها تشمل الرسائل والإتصالات بسعرٍ مخفض وتبين فيما بعد بأنها تشمل الإتصالات دون الرسائل ففي هذه الحالة يعتبر العقد باطلاً وبالنتيجة يؤدي إلى إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل التعاقد. أما بخصوص نص المادة (310) والمتعلقة بخيار الوصف، وعليه نرى أنه في حالة إتفاق المشترك مع الشركة حول صفة معينة بالخدمة ثم تبين عدم وجودها فيثبت الخيار للمشارك بالفسخ⁽³⁾، ويقع الغلط أيضاً بشخص المتعاقد فقيام الشركة بإرسال إعلانات دون بيان شخص المتعاقد وهذا يؤدي إلى إيقاع المشترك بالغلط بأنه يتعاقد مع الشركة فيتبين الأمر على خلاف ذلك، وهذه الحالة أيضاً تدرج ضمن الغلط المأخوذ به في الفقه الإسلامي وذلك لأن العقد يتكون من عاقدين وصيغة، فإن كان العاقد محل إعتبار وتعاقد المشترك مع الشركة بناء على هذه الصفة وتبين أن الأمر على خلاف ذلك فهذا يعتبر عيب من عيوب الإرادة بالغلط بذات المتعاقد⁽⁴⁾، وهذا ما بينته المادة (153) من القانون المدني الأردني وذلك حينما نصت على أنه "للعاقدين فسخ العقد إذا وقع منه غلط في أمر مرغوب كصفة في المحل أو ذات المتعاقد

(1) أنظر إلى حكم محكمة النقض الفلسطينية في الطعن رقم 68 لسنة 2009 الصادر بتاريخ 2009/7/13.

(2) عيب الغلط يقصد به وهم يقوم في ذهن الشخص يجعله يتصور الواقع على خلاف حقيقته. للمزيد أنظر إلى: رمضان أبو السعود، مصادر الإلتزام، (مصر: دار المطبوعات الجامعية، 2003)، ص 107.

(3) لا نتفق مع ما ورد في كتاب الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الكويتي -العقد والإرادة المنفردة-، 1983 بأن الفقه الإسلامي لم يأخذ بنظرية العقد كعيب من عيوب الإرادة بل اخذ بها وخير دليل على ذلك نص المادة 208 و 310 من مجلة الأحكام العدلية.

(4) Cass.soc.3 juillet 1990, Bull.civ.1, N°329, p.179, RTD.civ.1991.316, obs. Mestre.

الأخر أو صفة فيه". ولكن السؤال الذي يثار في هذا المقام هل العبرة في الغلط بالإرادة الظاهرة أم الباطنة بمعنى هل يكفي ان يتذرع المتعاقد بالتوهم فقط أم لابد من وجود تعبير عن إرادة المتعاقد؟ لقد أجابت مجلة الأحكام العدلية على هذا السؤال بالمادة (74) "لا عبرة للتوهم" فالمجلة وفلسفتها تتجه نحو إستقرار المعاملات وهذا لا يتحقق إن تم إتخاذ الإرادة الباطنة وعليه فإن النية لا يعتد بها طالما لم يقدّم الدليل عليها، فالغلط إن كان باطنياً فلا يترتب عليه حكم، وذلك بخلاف ما إن كان ظاهرياً فيترتب عليه الحكم. وعليه لصعوبة تحقيق التغيير فالمشترك يستطيع التمسك بالغلط للحصول على حقه. وبالنهاية حتى ولو لم يتمكن المشتري من الفسخ فيبقى التضليل خطأ يربط المسؤولية العقدية على الشركة ويحتاج إلى ضرر وعلاقة سببية تربط السبب بالمسبب، وحينها يحق للمشارك المطالبة بالتعويضات بناءً على أثرها وتجدر الإشارة بأن التضليل يدخل ضمن مفهوم الغش والذي يؤدي إلى قيام المسؤولية اتقصيرية بجانب المسؤولية العقدية فيستحق المتشارك تعويضاً أوسع مما يستحقه من المسؤولية العقدية⁽¹⁾.

إلا أن القواعد العامة لم تكن كافية لحماية المتعاقدين، وادى تضارب المصالح إلى خلق حالة عدم توازن عقدي بين أطراف التعاقد خصوصاً مع إمتلاك أحد الاطراف معلومات هامة لو علم بها الطرف الآخر لما تعاقد أو لتعاقد ولكن ليس بذات الشروط التي تم التعاقد عليها⁽²⁾، وفي ضوء تعاضل مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفي ضوء إنتشار عقود الإذعان والعقود النموذجية ورغبةً من المشرع والقضاء في إعادة حالة التوازن التعاقدية وأستقرار المعاملات فتم إلقاء إلتزام قانوني على عاتق المتعاقد يعرف بواجب الإعلام وهو عبارة عن "الإلتزام قانوني سابق على إبرام العقد الإلكتروني يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية فيما يخص العقد المزمع إبرامه بتقديمها بوسائط إلكترونية في الوقت المناسب وبكل شفافية وأمانة للطرف الآخر الذي لا يمكنه العلم بها بوسائل خاصة"⁽³⁾. وبالرجوع لقانون حماية المستهلك

(1) يوسف الشندي، التحكيم الداخلي والدولي في ظل قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 دراسة مقارنة (فلسطين: جامعة بيرزيت، 2014)، ص 179.

(2) Cour de cassation, Chambre criminelle, 10 novembre 2015, 14-86799.

(3) محمد السيد عمران، الإلتزام بالإعلام الإلكتروني (مصر: الدار الجامعية للطباعة والنشر، 2006)، ص 29. وعرف أيضاً بأنه الإلتزام احد الطرفين بتقديم كافة البيانات والمعلومات اللازمة لمساعدة الطرف الآخر على إبرام العقد او تنفيذه بل تحذيره ولفت نظره إذا استدعى الامر ذلك انظر بهذا المعنى إلى: محمد زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية (القاهرة: دار النهضة العربية، 2008)، ص 172 .

الفلسطيني نجد أنه نص في متن المادة (6/3) على أنه "من حق المستهلك الحصول على المعلومات الصحيحة عن المنتجات التي يشتريها أو يستخدمها له ممارسة حقه بالإختيار الحر والواعي بين كافة السلع والخدمات المعروضة في السوق"، ونرى بأن المشرع لم يذكر الخدمة في هذا المقام ولكن تدارك ذلك في اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك الفلسطيني في نص المادة (2/4) حينما نص على أنه من حق المستهلك "الحصول على معلومات صحيحة وواضحة ووافية تتعلق بالسلعة أو الخدمة والشروط المتعلقة بأي منهما، إضافة إلى ثمنها وميزاتها وطرق استعمالها والأخطار التي قد تنتج عن هذا الاستعمال"⁽¹⁾. وباستقراء المواد سالفة البيان، يتبين لنا بأن المشترك يجب أن لا يكون لديه إي درايه بالخدمة وذلك لأن أساس الإلتزام بالإعلام يبنى على جهل المشتري المشروع L'ignorance légitime de L'acheteur⁽²⁾، وهذا ما بينته محكمة النقض الفرنسية في أحدث أحكامها حينما قضت بأن أساس الإلتزام بالإعلام جهل المشتري بالمعلومات التي لو علم بها لما تعاقد أو لتعاقد ولكن ليس بذات الشروط التي تم التعاقد على أساسها⁽³⁾. وتجدر بنا الإشارة بأنه يعتبر المشترك جاهلاً بالمعلومات في حالات معينة، فقد يكون جهله ناتج عن إستحالة مادية للإستعلام من مصدر آخر أو قد تكون الإستحالة موضوعية كالتعاقد عن بعد أو التعاقد حول خدمة معينة حيث أنه يكون امام عقد لا يعرف محله، أو أن تكون الإستحالة ناتجة عن عدم معرفة الدائن الفنية بمحل العقد⁽⁴⁾، وقد تكون الإستحالة شخصية ناتجة عن الثقة التي يوليها الدائن تجاه مدينه وقد تكون الثقة ناتجة عن طبيعة العقد مثل عقد العمل، وعقد الشركة وعقد الوكالة، كما قد تكون الثقة ناتجة عن قلة معرفة المشترك بالخدمات المطروحة له من قبل الشركة، ومن هذا المنطلق أصبح المشترك بصفته دائناً بالمعلومات أن يركن إلى البائع لكي يزوده بكل ما يتوافر لديه من معلومات تتعلق بالشيء المبيع، وهذا ما بينه الفقه الفرنسي حينما قرر بأنه "أن أحد الطرفين عندما يضع ثقته في قرينه، فليس في حاجة إلى إثبات أنه كان يستحيل عليه أن

(1) أنظر في هذا المعنى إلى نص المادة (7) من القانون الإتحادي رقم (24) لسنة 2006 بشأن حماية المستهلك، حيث أوجبت على المحترف أن يعلم المستهلك بالمعلومات الجوهرية للعقد المزمع إبرامه.

(2) Ph. le Tourneau, « De l'allégement de l'obligation de renseignement ou de conseil », (paris:Dalloz, 1987) p.101

(3) Cour de cassation, Chambre civile 3, 21 janvier 2016, 14-12144 et suivants.

(4) عمر عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، ط2(مصر: منشأة المعارف، 2008)، ص240.

يستعلم من تلقاء نفسه، إذ ينتظر من هذا الأخير أن يقدم له كافة البيانات الضرورية⁽¹⁾. وفي هذا المعنى قضت محكمة (Lyon) الفرنسية بأن "واجب الإعلام يقع على وجه الخصوص على مديري المشروعات الذين يقومون بحكم التطور السريع للعلم والتقنية، بطرح منتجات جديدة في السوق تكون خصائصها وتفاعلاتها غير معروفة"⁽²⁾. وهذا ما بينته محكمة النقض الفرنسية في حكم لها حينما قضت بأنه "إستعمال المنتج محل النزاع كان نتيجة سوء إختيار في وظروف المكان الذي أستخدم فيه ووقت إنجاز الأعمال، وأن خبرة الشركة البائعة في منتجات العزل الجديدة كان من الواجب أن تدفعها، منذ بداية العمل إلى إقتراح إستخدام منتج آخر وهو المنتج الذي باعته بالفعل مؤخرا- بما كان يؤدي إلى تلافي النتائج الضارة- وحيث أن الشركة لم تفعل ذلك، تكون قد أخلت بالإلتزام الذي يقع على عاتقها، بإعتبارها بائعاً محترفاً، بإخبار مشتري المواد الجديدة بظروف إستخدامها، وعند اللزوم إقتراح إستبدال منتج ملائم بالمنتج الذي أختاره المشتري"⁽³⁾. وفي حكم آخر لمحكمة الإستئناف الفرنسية توصلت إلى أن "مهنة الخباز التي يباشرها مشتري الفرن لا تجعل منه متخصصاً في تركيب وتشغيل الأجهزة الكهربائية الثقيلة، ومن ثم فقد كان جهله بما يتطلبه تشغيل الفرن من تيار كهربائي قوته 24 امبير جهلاً مشروعاً وكان يتعين تبعاً لذلك على البائع المهني الذي يعلم بما يستلزمه تشغيل الجهاز ويعرف إستحالة الحصول على هذا التيار في مكان وجود المخبز، أن يفضي إلى المشتري بتلك المعلومات تنفيذاً للإلتزامه بالإعلام والنصح"⁽⁴⁾. وعليه بثبوت نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه لإنتفاء قيد من القيود المعتبرة بالحكم فإن كان المشتري على علم بالمعلومات فيسقط حقه بالتذرع بواجب الإعلام تجاه المدين به، وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض الفرنسية على أن "بائع المادة التي يتعارض إستعمالها مع دهان سابق للحوائط كان من الواجب أن يحذر المشتري من هذه الصعوبة، إلا إذا كان المشتري، بحكم كونه مهنياً

(1) عمر عبد الباقي، المرجع السابق، ص245.

(2) Trib.corr.lyon,20 Nov. 1972,Gaz.pal.1973,1,3: » Cette obligation pèse spécialement sur les dirigeants des entreprises qui sont amenés, par les rapides progres de la science et de la technique à jeter sur le marché des substance nouvelles dont les propriétés et les réaction sont inconnues ».

(3) Cass.Comm.11 Juill. 1988, Bull.Civ.IV.N° 250, P172.

(4) C.A.Saint-Denis de la réunion 26 Janv.1993, précité V.J.Ghestin, Conformité et garanties, précité V.J.Ghestin, Conformité et garanties dans la vente (produit mobiliers), paris, librairie general de droit et jurisprudence, 1983, N° 272.

متخصصاً، يعلم أو من المفروض حتماً أن يعلم بها"⁽¹⁾. وفي المقابل وحتى يسأل المدين بواجب الإعلام، يجب أن يعلم بهذه المعلومات أو يفترض به العلم بها فمثلاً شركة الإتصالات ومع حجم المعلومات المتوفرة لديها عن الخدمات التي تقوم بتصميمها وتطرحها للمشاركين، فهي بالتأكيد تعرف كل كبيرة وصغيرة عن هذه الخدمات وعن خصائصها وكيفية إستعمالها⁽²⁾. وعليه فلقد وضع القضاء قرينة على عاتق الشركة بمعرفتها وإمتلاكها للمعلومات بحكم تخصصها⁽³⁾، لما تتوفر لديها من معلومات كثير عن السلعة التي تقوم بطرحها للمشاركين، ومن ثم يجب أن تنقل ما لديها من معلومات إلى المشاركين⁽⁴⁾. وهذا ما طبقه القضاء اللبناني حينما جاء في إحدى قراراته بأن "حسن النية في تنفيذ العقود يفرض على كل متعاقد أن يقوم بإعلام المتعاقد معه بكل ما من شأنه صيانة حقوقه وإن موجب الإعلام هذا يكون مفروضاً بصوره خاصة على الأشخاص الممتهنين والذين ينعكس وضعهم المهني على موقعهم التعاقدية حيث يكونون أكثر إلماماً بشروط التعاقد وبتفاصيله ممن يتعاقدون معهم"⁽⁵⁾. أما بخصوص مضمون واجب الإعلام وبالرجوع لنص المادة (7) والمادة (8) والمادة (12) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني نرى بأن المشرع قيد الحكم بهذه المواد بغاية معينة وهي إنتفاع المستهلك بأقصى منفعة في أحسن ظروف إقتصادية على إنتفاء الحكم بعدها ولتحقيق هذه الغاية يتوجب على الشركة أن تعلم المشترك بحقائق الخدمة وذلك سنداً لأحكام المادة (7) من القانون حينما نصت على أنه "يجب أن يكون المنتج مطابقاً للتعليمات الفنية الإلزامية، من حيث بيان طبيعة المنتجات ونوعها ومواصفاتها الجوهرية ومكوناتها، ويخضع لذلك أيضاً عمليات التعبئة والتغليف التي تشمل عناصر التعريف بالمنتج والاحتياجات الواجب اتخاذها عند الاستعمال

(1) Cass. Comm. 3 Janv. 1977, Bull.Civ.IV, N°4;V.aussi dans le même sens, cass. 1°civ. 10 juin 1980, Bull.civ.I, N°179.

(2) حامق ذهبية، الإلتزام بالإعلام في العقود، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009، ص 75.

(3) حيث يقتضي بنا التتويه بقيام قرينة لصالح المتعاقد غير المحترف بعلم المتعاقد سيء النية وهو ما يستدعي تشديد مسؤوليته وعدم إستفادته من شروط الانقاص أو الإعفاء من الضمان: أنظر الى نزيه محمد الصادق مهدي، الإلتزام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص236.

(4) V.Cass.1° Civ.23 avr.1985, Bull.Civ.I, N°125, R.T.D.Civ 1986, p.367, note.J.Huet.

(5) أنظر إلى: قرار رقم 148 الصادر عن القاضي المنفرد المدني في بيروت الناظر في الدعاوي الإدارية بتاريخ 2006/2/23، قرار منشور في مجلة العدل الصادرة عن نقابة محامي بيروت، العدد الأول- السنة 41، 2007، ص 378-382.

والمصدر والمنشأ وتاريخ الصنع وتاريخ انتهاء الصلاحية، وكذلك طريقة الاستخدام، مع مراعاة ما تنص عليه القوانين والأنظمة والقرارات ذات العلاقة، وخصوصاً المتعلق منها بسلامة البيئة". ونرى بأن هذه المادة أقتصر على اعلام المستهلك بالمنتجات الجاهزة للتعبئة، مما يجعل هذه المادة قاصرة وغير كافية لتوفير حماية كاملة للمستهلك. إلا أن المشرع تدارك هذا القصور عندما نص في المادة (4) من اللائحة التنفيذية على أنه "إضافة إلى ما كفلته القوانين الأخرى من حقوق للمستهلك، يتمتع المستهلك بالحقوق التالية: 2. الحصول على معلومات صحيحة وواضحة ووافية تتعلق بالسلعة أو الخدمة والشروط المتعلقة بأي منهما، إضافة إلى ثمنها وميزاتها وطرق استعمالها والأخطار التي قد تنتج عن هذا الاستعمال. 3. حق المستهلك في الحصول على ما يثبت شراءها أية سلعة أو تلقيه أية خدمة وقيمة وتاريخ الشراء ومواصفات السلعة التي تم شرائها وعددها أو كميتها أو الخدمة التي تم تلقيها ونوعها". وعليه فقد كفلت هذه المادة حق المشترك بالحصول على المعلومات الصحيحة حول ثمن الخدمة بكل سهوله ويسر وتجدر بنا الإشارة إلى أن اعلان السعر يجب أن يشمل الملحقات كمقابل للخدمة بحيث يشمل الإعلان السعر النهائي الذي يجب أن يدفعه المشترك فعلاً، وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض الفرنسية على أن "تكلفة التسليم، لتجهيزات يتطلب وزنها وطبيعتها كيفية خاصة لنقلها، لا تشكل أداء غير عادي، ويجب أن تدمج في وعاء السعر"⁽¹⁾. وأيضاً تلتزم الشركة بتزويد المشترك بتاريخ بداية الخدمة وتاريخ نهايتها وكيفية إستعمالها من الحصول على افضل منفعة من هذه الخدمة. وهذا ما بينته محكمة إستئناف (ROUEN) بأنه "يعتبر مخالفاً بالتزامه بالتسليم والإعلام، البائع المهني لجهاز تدفئة مستعمل لعدم تقديمه نشرة إستخدام هذا الجهاز للمشتري"⁽²⁾.

وابيضاً يعد واجب التبصير من الإلتزامات الملقاة على عاتق الشركة⁽³⁾، حيث أن الشركة ومن خلال خبرتها ودرايتها تستطيع تحديد مدى ملائمة الخدمة للمشارك، حيث أن الشركة يلقي على عاتقها تقديم النصح والمشورة للمشارك، وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض الفرنسية

(1) أنظر إلى حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الغرفة الجزائرية بتاريخ 1982/1/11، مجلة المنافسة والإستهلاك، 1982، ع19، ص17، أشار إليه، محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص86.

(2) Cour d'App. ROUEN 1 er ch. civ. 22 Jan. 1992. R.J.D.A.juin. 1992, 96. N° 570. p. 459.
(3) للمزيد انظر: سهير منتصر، الإلتزام بالتبصير (مصر: دار النهضة العربية، 1990)، ص 41.

على أن "تقديم عرض مسبق مطابق لمستلزمات القانون لا يعفي مؤسسة الإقراض من واجبها في النصح والمشورة تجاه المقترض"⁽¹⁾. وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في أحدث أحكامها بأن واجب التبصير من الواجبات التي تلقاة على عاتق المتعاقد والذي يهدف إلى توعية وتنوير إرادة الطرف المتعاقد⁽²⁾. وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية على "إلتزام المنتج بالتعويض عن الأضرار التي نشأت عن حادث تعرض له يخت للنزهة بسبب إبحاره في منطقة أمواج مرتفعة، لأنه كان يتعين عليه أن يوضح للمشتري عدم صلاحية اليخت للإبحار في هذه المناطق"⁽³⁾.

وهذا ما بينته محكمة إستئناف (Versailles) من إدانة بائع أجهزة الحاسب الآلي - الكمبيوتر - لإخلاله بالإلتزام بالتبصير تجاه عمليه المشتري العادي وعدم مساعدته في إختيار الجهاز المناسب له، خاصة وأن هذا المشتري ليس لديه أي خبرة في هذا المجال⁽⁴⁾. وفي هذا المعنى قضت محكمة إستئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ 4 يناير لعام 1980 من مسؤولية البائع الذي لم ينصح شركة المحاسبة المستأنفة بعد إستخدام برنامج تشغيل الذي كان يعلم بأنه سيؤدي إلى إبطاء إستخراج المعلومات ويهدد بإضطراب عمل الشركة المشتري، في حين أنه كان يعلم بأه هذه الشركة ملتزمة بتسليم كشوف الحسابات لعملائها في مواقيت محددة⁽⁵⁾. إلا أن السؤال الذي يثار في هذا المقام هل مسؤولية المتفاوض الذي يخل بتلك الإلتزامات مسؤولية عقدية أم تقصيرية؟

يرى الفقيه الألماني هرينج بأن المسؤولية الناتجة عن الإخلال بإحدى تلك الإلتزامات هي مسؤولية عقدية لأن كل طرف في المفاوضات العقدية عليه إلتزام ضمني بتحمل مسؤولية الضرر الذي يسببه للطرف الأخر والناجم عن أخطائه التي يرتكبها أثناء المفاوضات العقدية⁽⁶⁾. وفي المقابل لقد أستقر القضاء الفرنسي على أن المسؤولية خلال مرحلة المفاوضات

(1) Cass. Civ.1er, 27 juin. 1995 D. 1995, p.621, note piedeleviere.

(2) Cour de cassation, Chambre civile 3, 07 janvier 2016, 14-29655 et suivants.

(3) Cour d'App. Lyon. 13 Juillet 1973. G.P.1954 p. 830.

(4) Cour d'App. Versailles, 3e ch, 8 nov. 1991, Rev., juris. Droit d'Affaire (R.J.D.A) 1/1992, N°20.p.19.

(5) Cour d'App. Paris, 4 janvi.1980. J., p.1982, No 1973. Note GOUTAL.

(6) عدنان السرحان، نوري خاطر، شرح القانون المدني - مصادر الحقوق الشخصية- "الإلتزامات"(عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009)، ص 94 .

هي مسؤولية تفسيرية⁽¹⁾. ويرى الفقه الفرنسي أن القضاء الفرنسي أخذ بعين الاعتبار القواعد الخلقية في مرحلة المفاوضات العقدية، عندما أقام المسؤولية على من يتعسف في إنسحابه من المفاوضات ويكون التعويض عن الخسارة اللاحقة والكسب الفائت لأنه قد يكون المتعاقد الذي قطع المفاوضات فوت على المتعاقد الآخر فرصة مع شخص ثالث⁽²⁾.

إلا أن الباحث لا يتشيع لأحد النظريتين ولا ينتصر لإحدهما ولكن لابد أن نكون بين ذلك قواما، فيجب ألا تأخذنا الكليات من الجزئيات فالحديث عن المسؤولية العقدية يشمل بالضرورة الحديث عن أركانها وهذا الأمر يمتد للمسؤولية التقصيرية. فالمسؤولية العقدية تتعدّد كلما كان هناك عقد أو إتفاق بين المتفاوضان، فقد يتفق أطراف التفاوض على تنظيم مرحلة التفاوض عن طريق خطابات النوايا أو مذكرة التفاهم أو إتفاق المبادئ فيتم تحديد العناصر الأساسية للعقد وتحديد التزامات الأطراف مثل تحديد مدة البدء في التفاوض، وشكل وصيغة النقاش المطروح وتجدر بنا الإشارة أن هذه الإتفاقات تخضع للقواعد العامة للعقد وعليه فإن الإخلال بهذا الإتفاق يقيم المسؤولية العقدية في حال أجمعت عناصرها المتمثلة بالضرر والعلاقة السببية التي تربط الضرر بالإخلال بواجب عقدي سواء تم الإخلال بواجب الاعلام او الاستقامة او التبصير⁽³⁾.

اما بخصوص المسؤولية التقصيرية فتتمثل بوجود ضرر ناتج عن الخطأ وما بينهما من علاقة سببية ونرى بأن الخطأ في المسؤولية التقصيرية ينتج عن الخطأ وهو صورة من ثلاث صور هي: إساءة التفاوض في استعمال الحق المشروع لأحد الأطراف في قطع التفاوض أو عدم جدية التفاوض أو العدول عن التفاوض في وقت غير مناسب، أو الإخلال بإحدى مقتضيات حسن النية⁽⁴⁾. وتجدر بنا الإشارة أن المسؤولية التقصيرية تتمثل وفق مجلة الاحكام العدلية بوجود ضرر عن الفعل وما بينهما من علاقة سببية وذلك لأنه لا ضرر ولا ضرار وكل

(1) Cass, Com. 20 mars 1972, JCP.1973 11 17543, not, Schimidt, Bull, civ, 1v, no93 P.90.

(2) J.MESTRE, obs.RTD,Civ. 1988.107;Muriel.Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats, Thèse paris, 1.ed 1992, no60 lets.

(3) أحمد الزرق، "نحو نظرية عامة لصياغة العقود: دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد"، مجلة حقوق الكويت، مجلد 25، العدد الثالث (2001): ص 1-121.

(4) أنظر إلى: نقابة المحامين، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج 1 (عمان: مطبعة التوفيق، 1985)، ص273.

ضرر يلزم فاعله بالتعويض فطالما تضرر المشترك من التضليل في مرحلة المفاوضات أو تم قطع المفاوضات دون سبب مشروع فيمجرد تضرر المشترك فيستحق تعويضاً. وعليه ويتوافر الإضرار الذي يتمثل بصورتين: أ- تجاوز الحد الذي يجب الوقوف عنده أو بأنه العمل غير المشروع أي المخالف للقانون والذي يحدث عندما تقوم الشركة بتقديم عروضات مضللة. ب- كما يفهم من الإضرار بأنه الإمتناع عن العمل أي التقصير بالحد الذي يجب الوصول إليه فالإمتناع عن الإعلام والتبصير وغيرها من الإلتزامات تدخل ضمن مفهوم الاضرار والتي بتوافر الضرر يصبح التعويض عنه مبرراً، وتجدر بنا الإشارة في هذا المقام إلى أن فعل الشركة يدخل ضمن نص المادة (34) من قانون المخالفات المدنية والتي نصت "الاحتيال هو بيان امر واقعي على غير وجهه الصحيح مع العلم بأنه كاذب او دون الإعتقاد بصحته او عن طيش ودون الإهتمام فيما كان صحيحاً او غير صحيح بغية حمل الشخص المخدوع على الإعتماد على صحته ويشترط به ان يكون قاصداً خداع المشتكي وادى إلى خداعه بالفعل" وهذا ما تحقق فعلاً فالقصد هو العلم بعناصر الخداع والشركة مدركة بأن من واجبها إعلام المشترك وتبصيره⁽¹⁾ والتعاون معه ومع هذا تحققت الإرادة عندما اتجهت بإرسال الرسالة بل وأكثر من ذلك مجرد التوقع بأن كتم هذه المعلومات أثناء التفاوض من شأنه خداع المشترك وقبول بالإستمرار وعدم الإباحة عن المعلومات يؤدي إلى إنطباق نص المادة (1/34) وعليه يستحق المشترك في هذه الحالة التعويض أيضاً عن نفقات التفاوض والوقت الضائع⁽²⁾.

وصفوة القول فإنه بموجب قانون حماية المستهلك تلتزم الشركة بتزويد المستهلك بالمعلومات الصحيحة والوافية⁽³⁾ والواضحة والجوهرية⁽⁴⁾ ولم يقيد المشرع الفلسطيني الإعلان

(1) أحمد الزقرد، الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة والمضللة (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2007)، ص 56 وما بعدها.

(2) عروبة المعموري، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة عن التعاقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بابل، 2009، ص 209.

(3) Olivier Itenu, "Internet et le droit, aspects juridiques du commerce électronique" (Paris: Eyrolles, 1996), p57.

(4) ذهب الفقه الفرنسي إلى أن الإعتماد على فكرة السمات الجوهرية للمنتج المزمع التعاقد بشأنه وإن كان معياراً كافياً لتحديد نطاق الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، إلا أنه ليس معياراً صالحاً على الدوام ولذلك يضع هذا الرأي معيار آخر أكثر

بعملة معينة خلافً لبعض التشريعات⁽¹⁾ وذلك لتحقيق الفلسفة التي يقوم عليها قانون حماية المستهلك والتي تتمثل بضرورة تزويد المشترك بجميع المعلومات المتعلقة بالخدمة⁽²⁾ من حيث سعرها وطبيعتها وكل ما يتعلق بها من فترة ابتدائها وانتهائها، وهل تستمر لعدة أيام أم إلى ما لا نهاية أم أنها مؤقتة، ونرى وبالإستناد لنص المواد (15،16،17)⁽³⁾ من قانون حماية المستهلك ونص المادة (12) والمادة (15) من اللائحة التنفيذية بأنه يقع على الشركة إلتزام بتحقيق نتيجة⁽⁴⁾ بضرورة تبيان الأمور الجوهرية وليس ببذل عناية، وإن إعتبار الإلتزام بالإعلام إلتزام بتحقيق نتيجة يشكل حماية للمستهلك⁽⁵⁾ ولا يمكن للشركة ان تتذرع وتتمسك بالقاعدة العامة حول الإلتزام بالإستعلام⁽⁶⁾ والذي يلزم المتعاقد بالتحري والبحث عما بجعله من معلومات ولكن هذه القاعدة لا يمكن إعمالها في مجال الرسائل الإعلانية وذلك للغاية المتوخاه من قانون حماية المستهلك التي تحمي المستهلك وتضع إعتبارات لصفته وصفة الشركة⁽⁷⁾ وعليه فإن المشترك يعفى من الإلتزام بالإستعلام لوجود إلتزام على الشركة بالإعلام وتقديم كافة البيانات

أتساعاً وشمولاً وهو مدى ملائمة البيان او المعلومات للمتعاقد الأخر ووفقاً لهذا المعيار فإن التاجر يقع عليه إلتزام ليس فقط بتقديم بيانات ومعلومات وإنما إلتزام بإعلام المستهلك بكل بيان يهمه ان يعرفه ويؤدي في حالة علمه به إلى أن يعدل او يغير من رضائه. أنظر إلى:

Muriel FABRE-MAGNAN intitulée De l'obligation d'information dans les contrats –Essai d'une théorie Thèse soutenue à l'Université de Paris I en 1991 et publiée à la L.G.D.J. en 1992, coll. «Bibliothèque de droit privé». P197, ets.

(1) نص المادة 5 من قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 659 الصادر بتاريخ 2005/2/4.

(2) لا بد من الإشارة أن المعلومات وأهميتها تختلف وفقاً لصفة المدين بالإلتزام، فصفة المهني كمدین بهذا الإلتزام تقتضى قدراً كبيراً من المعرفة وتبرر تشديد المسؤولية وزيادة مقدار المعلومات والبيانات التي يلتزم بالإدلاء بها لصالح الدائن، حيث يفترض كون المدين ملماً بكافة البيانات المترتبة بمحل العقد وينوده. انظر إلى:-

Cass 1 ere ch. civ,19 janv.1977:D.1977 jurisp. P.196; Cass.1 ere ch.civ,4 oct.1977: Gaz. pal, 1978-262, note planquelle.

(3) من قانون حماية المستهلك الفرنسي (L.114-1). أنظر بهذا المعنى إلى المادة 6 والمادة 11 من قانون حماية المستهلك المصري والمادة.

(4) نزيه صادق المهدي، الإلتزام قبل التعاقد (القاهرة: دار النهضة العربية، 1982)، ص 249.

(5) عامر القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، ط1 (الأردن: الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2002)، ص 91.

(6) على خلاف ما يراه الفقه الفرنسي حيث يرى بأن على المستهلك واجب بالإستعلام:

L'execution du contrat.paris.1989, No25. V.picod Yves, le devoir de loyauté dans

(7) Cour de cassation, Chambre civile 3, 07 janvier 2016, 14-29655 et suivants.

والمعلومات وبالإضافة لوجود إستحالة شخصية متمثلة " بالوضع الواقعي التي تواجد فيه أحد الراغبين في التعاقد -المستهلك- لسبب أو ظرف شخصي قام في حقه حال دونه والإستعلام عن المعلومات المتصلة بموضوع التعاقد المزمع إبرامه، فيكسيه لذلك الحق في أن يحتل مركز الدائن بالإلتزام بالإعلام قبل التعاقد في مواجهة الطرف الآخر"⁽¹⁾. وفي حال الإخلال بهذه الإلتزامات يقع إلتزام بالتعويض على عاتق الشركة وقد يكون السبب ناشئ عن الإخلال بمسؤولية عقدية كلما كان هنالك عقداً أو اتفاق ينظم عملية التفاوض، وقد يكون السبب مصدره المسؤولية التقصيرية في حال تحقق الخطأ والضرر والعلاقة السببية.

لابد من الإشارة في هذا المجال إلى الحماية المدنية للمستهلك بعد إبرام العقد والتي تكمن في حقه في الرجوع⁽²⁾ عن الإشتراك بالخدمات⁽³⁾، بداية تجدر بنا الإشارة أن عقد الإستهلاك ينعقد بمجرد إلتقاء الإيجاب بالقبول ووجود خيار الرجوع للمستهلك لا يمنع من الإنعقاد الفوري للعقد، وهذا ما بينته محكمة النقض الفرنسية حينما قضت بأن "وجود خيار الرجوع لا يشكل عائناً امام الإنعقاد الفوري للعقد"⁽⁴⁾. وعليه فيعتبر العقد منعقداً ومتمتعاً بالقوة الملزمة للعقد والتي تمنع أي طرفٍ من أطرافه أن يُعدل أو يُعدل عن التعاقد بإرادة منفردة بمعنى آخر من حيث الأصل فإن الشركة عندما تتعاقد مع المشترك وتبين فيما بعد أن المشترك ليس بحاجة لهذه الخدمة أو أنها ظهرت دون المستوى المطلوب ودون توقعاته بناء على ما أعلن عنه سابقاً فلا يحق له الرجوع عن التعاقد، إلا أن ذلك يشكل ضرراً وإجحافاً كبيرين بحق

(1) خالد جمال حسين، الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد (تونس: الدار التونسية للنشر، 1996)، ص320.

(2) تم تعريف حق العدول بأنه الإعلان عن إرادة مضادة يعترزم من خلاله المتعاقد العدول عن إرادته وسحبها و اعتبارها كأن لم تكن وذلك بهدف تجريدها من أي اثر كان لها في الماضي او سيكون لها في المستقبل: أنظر إلى: Mirabail S, La rétractation en droit privé français (parsis: LGDJ, 1997) p. 128.

(3) هنالك فرق بين مهلة التروي ومهلة العدول، مهلة التروي تكون سابقة على إبرام العقد بينما مهلة العدول لا يتم مباشرتها إلا بعد إبرام العقد اما من حيث الهدف فإن مهلة التروي تهدف لتتوير إرادة المستهلك ومنحه الفرصة الكافية لدراسة مدى جدوى إبرام العقد وتناسبه مع مصالحه. راجع المادة 10-312.L من قانون حماية الإستهلاك الفرنسي بشأن الإتمان العقاري والتي تشترط عدم قبول المستهلك للإيجاب او العرض إلا بعد مباشرة عشرة ايام من تاريخ إستلامه حتى لا يتعجل في إبرام عقداً يتحقق مصالحه ولا يلائم ظروفه، مع العلم ان الموجب يظل ملتزماً بالبقاء على عرضه في هذه الحالة لمدة ثلاثون يوماً. للمزيد أنظر إلى نبيل صبيح، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية، مجلة الحقوق، الكويت، العدد2، السنة 2008، ص225.

(4) Cass.1^{re} civ., 10 juin 1992: contracts. Conc.consom. 10/1992, n°195, obs.G. Raymond.

المستهلك وبما أن المشقة تجلب التيسير وبما أن الأمر إذا ضاق إتسع خرج المشرع عن الأصل العام ووضع حماية للمستهلك متمثلة بأن للمستهلك حق الرجوع عن التعاقد فيحق له إلغاء الأثر القانوني عن التصرف الذي تم بمحض الإرادة إتمامه⁽¹⁾، وهذا ما جاء في القانون اللبناني لحماية المستهلك والذي نص في المادة (55) "خلافاً لأي نص آخر، يجوز للمستهلك الذي يتعاقد وفقاً لهذا الفصل، العدول عن قراراته بشراء سلعة أو استئجارها أو الاستفادة من الخدمة وذلك خلال مدة عشرة أيام من الشراء إعتباراً من تاريخ التعاقد، فيما يتعلق بالخدمات ام من تاريخ التسليم فيما يتعلق بالسلعة، إلا أنه لا يجوز للمستهلك ممارسة الحق المنصوص ولكن بشرط أن لا يكون المستهلك قد استفاد من الخدمة أو السلعة قبل إنقضاء مهلة العشرة أيام"، وهذا ما جاء به التوجيه الأوروبي بخصوص البيوع المنزلية بحق المستهلك بالعدول خلال سبعة أيام من تاريخ إعلام المشتري بحق الرجوع⁽²⁾. وهذا ما نصت عليه المادة L.311-16 و L.311-15 من قانون حماية المستهلك الفرنسي حيث أقر المشرع الفرنسي حق المستهلك في العدول خلال مدة سبعة أيام من تاريخ إبرامه وهو تاريخ قبول المستهلك له بل وأكثر من ذلك حظر المشرع الفرنسي مطالبة المستهلك خلال مهلة العدول بدفع أية مبالغ⁽³⁾، وبالرجوع لنص المادة (8/3) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني والمادة (4/4) من اللائحة التنفيذية والذي تنص بشكل واضح وصريح لا لبس فيه ولا إبهام بأن للمستهلك إستبدال السلعة أو إصلاحها أو إسترجاع ثمنها وكذلك إسترداد المبالغ التي يكون سدادها لقاء خدمة في حال عدم عدم مطابقتها لدى إستعمالها بشكل سليم سواء المواصفات المتفق عليها أو المعمول بها أو للغرض الذي من أجله تم الإستحصال عليها، ونستنتج من النص سابق البيان بأن المشرع تبنى حق المستهلك بإستبدال الخدمة بخدمة أخرى أو إسترداد ثمنها، ولكن بشرط عدم مطابقتها لدى إستعمالها وفق ما تم الإتفاق عليه سابقاً أو عدم مطابقتها للغرض التي من أجلها تم الإستحصال عليها وبإستقراء النص سابق الذكر يثار لدى الباحث سؤال هل أخذ المشرع

(1) Vocabulaire juridique Association H.Capitant, sous la direction, de G.cornu, PUF 1996, 6eme ed.

(2) Article 5/1 of the Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises, Official Journal 1985, No. L 372/31.

(3) نبيل سعد، ملامح حماية المستهلك في مجال الإتمان (في القانون الفرنسي) دراسة للقواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية(مصر: دار الجامعة الجديدة، 2008)، ص 25.

الفلسطيني بحق العدول أم أنه تطبيق لخيار الوصف⁽¹⁾؟ فمن المعلوم أن خيار الوصف يجعل من حق المتعاقد (المشتري) أن يفسخ البيع إذا ظهر إشتراط البائع صفة مرغوبة في المبيع وظهر أن المبيع خالٍ من هذه الصفة وهذا ما قصده المشرع الفلسطيني من عبارة إن ظهرت مطابقة للمواصفات المتفق عليها وهذا ما نصت عليها المادة(310) من مجلة الأحكام العدلية⁽²⁾، وقد جاء شرح المادة بأن فقدان الوصف يثبت للمشتري الخيار في الرد أو القبول فقط وإن ظهر خالياً من الوصف يثبت الخيار للمشتري فإن شاء أخذه وإن شاء رده، وما يؤيد وجهة نظرنا إن المشرع الفلسطيني في مشروع قانون المبادلات الإلكترونية حيث تنص المادة (55) "مع مراعاة أحكام المادة (50) من هذا القانون، يمكن للمستهلك العدول عن الشراء خلال عشرة أيام تحتسب من تاريخ تسلم المستهلك للبضاعة، أو من تاريخ إبرام العقد بالنسبة لتقديم الخدمة، ويتم إخطار البائع بالعدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها مسبقاً في العقد وفي هذه الحالة يجب على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك مدة اقصاها عشرة أيام من تاريخ إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة ويتحمل المستهلك المصاريف الناتجة عن إرجاع البضاعة. وعليه فإن المشرع في مشروع قانون المبادلات الإلكترونية أخذ بحق العدول ذلك على خلاف قانون حماية المستهلك ولائحته التنفيذية. تجدر بنا الإشارة إلى أن حق المستهلك بالرجوع متعلق في النظام العام⁽³⁾ وهو مفروض بموجب قواعد امرة، ويعتبر أي اتفاق على حرمان المستهلك من هذا الحق أو تقييد حريته بالإنتفاع به باطلاً بقوة القانون دون الحاجة لإصدار حكم قضائي وإن صدر حكم بذلك يكون كاشف وليس منشاء. وتجدر بنا

(1) تجدر بنا الإشارة بأن هنالك جانباً من الفقه حاول تفسير خيار الرجوع بأنه يجعل العقد غير لازم كأحد الخيارات، إلا أننا لا نتفق مع هذا التوجه وذلك لأن الفقه يستند إلى أن عدم لزوم العقد يكون كأثر للخيار ويوجد بعد وجوده، ولكن المنطق القانوني يقول بأن الأساس يسبق الأثر وليس العكس، كما أن خيار الرجوع يختلف عن باقي الخيارات من حيث المصدر، فمصدر خيار الرجوع هو القانون بينما بعض الخيارات مصدرها الاتفاق، كما ان خيار الرجوع من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على خلافه. للمزيد أنظر إلى: يوسف شندي، اثر خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد على لحظة إبرام العقد، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثالث والاربعون، 2010، ص 255-298.

(2) إذا باع مالا بوصفٍ مرغوب فظهر المبيع خالياً عن ذلك الوصف كان المشتري مخيراً إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذه بجميع الثمن المسمى ويسمى هذا خيار الوصف .

(3) Article 6 of the Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises, Official Journal 1985, No. L 372/31 states that "the consumer may not waive the rights conferred on him by this directive".

الإشارة إلى أن خيار الرجوع يستفرد به المستهلك وحده دون غيره بحيث يستأثر به وحده، ومرهون بإرادة المستهلك المنفردة بحيث يستطيع نقض العقد خلال المدة المنصوص عليها بموجب القانون، كما لا يلزم المستهلك بتقديم تبرير لرجوعه عن التعاقد وعليه فإن ذلك يخرج عن رقابة القضاء حق المستهلك في العدول حق ثابت⁽¹⁾ ومجاني فيحق له الرجوع دون دفع اي مبالغ⁽²⁾، وهذا ما أكدته محكمة العدل الأوروبية حينما قضت بأن "التوجيهات الأوروبية تعارض إشمال العقد شرطاً يقضي بإلزام المستهلك بدفع مبلغ جزافي من المال كتعويض عن الضرر المحتمل الذي قد يصيب المهني لدافع منفرد وهو مجرد ممارسة المستهلك لحقه بالرجوع"⁽³⁾. كما أن ممارسة خيار الرجوع مقيد بمدة زمنية معينة ومحددة بموجب القانون، فهي تفيد أن حرية المستهلك بالرجوع ليست مطلقة وإنما مقيدة بمدة معينة ينبغي على المستهلك ممارسة خياره خلال هذه المدة وإلا سقط حقه بالرجوع، وتجدر بنا الإشارة بأن إحتساب هذه المدة تختلف باختلاف محل العقد، فإن كان محل العقد خدمات فيبدأ سريان المدة من تاريخ إبرام العقد، أما إن كان محل العقد سلع فيبدأ من تاريخ تسليم المبيع.

• الفرع الثاني: الحماية الإجرائية للمستهلك

بالرجوع للقوانين المقارنة نجد أن المشرع عندما نص على حق ضمن الحماية الإجرائية له، لأن الحق دون إمكانية إستحصاله يكون والعدم سواء، لذلك جاء القانون اللبناني لحماية المستهلك في المادة (82) على نوعين من الحماية الإجرائية: أولهما النزاعات الناشئة بين المستهلك الناتجة عن تطبيق أو تفسير أحكام القانون والتي لا تتجاوز قيمتها ثلاثة ملايين ليرة لبنانية تخضع للوساطة وذلك بهدف محاولة التوفيق بين اطراف النزاع، أما فيما يتعلق في النزاعات التي تفوق ثلاثة ملايين ليرة أو النزاعات التي فشلت الوساطة لإيجاد حل كامل او جزئي لها فإنها تعرض على لجنة حل النزاعات⁽⁴⁾.

(1) Vebiest, La protection juridique du consommateur, (paris: Baillo R., Le droit de repentir, RTD, 2002 1984) p. 237.

(2) Cass. Ire civ., 23 juin 1993: Gaz. Pal. 1993, 2, panor. 240.

(3) CJCE, 13 dec. 2001, Heinieger, c-481/99.

(4) فانتن حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك -دراسة احكام القانون اللبناني مع الإشارة الى حماية المستهلك المتعاقد عن بعد- (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2005)، ص 91.

وعليه فلقد جاء قانون حماية المستهلك اللبناني بوسيلتين لحماية حقوق المستهلك: أولهما عن طريق الوساطة إن كانت قيمة النزاع لا تتجاوز ثلاثة ملايين ليرة لبنانية، وتعرف الوساطة على أنها "وسيلة ودية لحل المنازعات، بمقتضاها يقوم أطراف النزاع بمحاولة حسم النزاع بأنفسهم بمساعدة شخص ثالث من الغير يسمى الوسيط"⁽¹⁾ وتقوم الوساطة على وجود وسيط بين الأطراف، وهو شخص ثالث من الغير تتوافر فيه صفات الحياد والأستقلال، ويتولى مهمة سماع الاطراف وتقريب وجهات نظرهم، ثم محاولة إقتراح حل ودي بين أطراف النزاع⁽²⁾. ونرى بأن تقييد حق المستهلك وحرمانه من اللجوء إلى القضاء وإلزامه باللجوء إلى الوساطة يشكل إجحافاً بحقوقه وخصوصاً ان هذه اللجان ليست مختصة بإبطال الشروط التعسفية، وهذا ما بينه القضاء الفرنسي بأنه لا يجوز فرض شرط على المستهلك من شأنه حرمانه أو تقييد حقه في رفع دعوى أمام القضاء أو ممارسة طرق الطعن التي حددها القانون، وهذا على خلاف إتفاق اطراف النزاع باللجوء إلى الوساطة بعد نشوء النزاع عن طريق مشاركة فإن ذلك لا يعد مخالفة للنظام العام، لأن المستهلك يتمتع في هذا الوقت بحرية التصرف في حقوقه والتصالح عليها⁽³⁾.

اما الوسيلة الثانية تتم عن طريق اللجوء إلى لجنة حل النزاعات في حال كانت قيمة النزاع اكثر من ثلاثة ملايين ليرة أو في حال فشل الوساطة لإيجاد حل كامل أو جزئي للنزاع. وتؤلف هذه اللجنة سناً لأحكام المادة (97) من قانون حماية المستهلك اللبناني من قاض شرف أو قاضي من الدرجة الرابعة وعضو ممثل عن غرفة التجارة والصناعة والزراعة وعضو اخر ممثل عن جمعية حماية المستهلك. ويستطيع المستهلك اللجوء إلى هذه اللجنة دون الحاجة لتمثيله عن طريق محامي، وهذا ما بينته المادة (100) من قانون حماية المستهلك اللبناني حينما نصت على أنه "يجوز المثل أمام لجنة حل النزاعات دون الإستعانة بمحام". ونرى أن هذه الوسيلة تضمن حقوق المستهلك اكثر من الوسيلة الاولى، ولكن قد ران على هذه الوسيلة ما يقيدها عن طريق جعلها وسيلة إحتياطية يتم اللجوء إليها إن فشلت مساعي الوساطة، وأيضاً قد أفرغت هذه الوسيلة من مضمونها حينما اشترط القانون أن تكون قيمة النزاع أكثر

(1) يوسف الشندي، التحكيم الداخلي والدولي في ظل قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 " دراسة مقارنة" (فلسطين: كلية الحقوق والإدارة العامة - جامعة بيرزيت، 2014) ص 30 .

(2) Oppetit B.Arbitrage, mediation et conciliation, (paris:TGI 1984) p 376.

(3) Cass.civ.25 fevr.2010, no09-12126.

من ثلاثة ملايين ليرة حيث أن هذه القيمة تعتبر عالية جداً بالنسبة للنزاعات التي قد تنشأ بين المستهلك والمهني مما يؤدي إلى عدم إنعقاد إختصاص القيمة للجنة للنظر بها، وعليه نرى ضرورة تعديل لقانون حماية المستهلك اللبناني بما يضمن الحماية الاجرائية العادلة والفعالة للمستهلك عن طريق جعل اختصاص اللجنة اساسي وليس احتياطي والعمل على تخفيض قيمة النزاعات المعروضة على اللجنة.

أما في مصر فلقد اتبعت الحماية الجماعية للمستهلك عن طريق رفع دعوى بالإجراءات العادية ممثلة بجمعية حماية المستهلك، ويستطيع المستهلك بحد ذاته رفع قضية للمطالبة بالتعويض بالطرق والإجراءات العادية وهذا النظام المعمول به في فلسطين حيث نصت المادة الثانية من قرار مجلس الوزراء رقم 26 لعام 2010 بنظام جمعيات حماية المستهلك حيث تختص الجمعية بالدفاع عن حقوق المستهلك وتمثيله لدى كافة الجهات ذات العلاقة. مع العلم بأن النقاش إحتدم حول أحقية هذه المنظمات في رفع هذه الدعاوي، فهي ليست كالنقابة تمثل أعضائها الذين ينتمون إليها⁽¹⁾ ومن جانب آخر فإن هذه الجمعيات تدافع عن المصلحة العامة والإعتراف لها بهذا الحق من شأنه المساس بسلطة النيابة العامة⁽²⁾، وتجدر الإشارة بأن هذا النظام قريب من النظام الأمريكي وتعد أبرز الجمعيات في هذا المجال اللجنة التحكيمية الأمريكية التي أعدت مشروع قانون للتحكيم المباشر عبر شبكة الإنترنت والذي يسمى بمشروع القاضي الافتراضي، ولهذه الجمعية حل المنازعات حول الممارسات التجارية المضللة.

ومن الأنظمة التي أخذت بهذه الطريقة النظام الفرنسي⁽³⁾ وذلك بالإستناد إلى المادة (46) من "loi royer"⁽⁴⁾ وايضا يتشابه النظام الفرنسي والنظام الفلسطيني بالسماح للفرد باللجوء للقضاء بشكلٍ منفرد⁽⁵⁾، فيستطيع المستهلك الفلسطيني أن يلجئ إلى القضاء وأن يطالب بالتعويض وفق قانون حماية المستهلك ووفق

(1) محمود الجيوش، "نظرية حماية المستهلك"، مجلة المحامون السورية 50، العدد 1 (1985): ص 56.

(2) عبد الفضيل محمد أحمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية (مصر: مكتبة الجلاء، 1998)، ص 270.

(3) T.G.I PARIS, 10 avr.1978, G.P., du 2 janv.1979.

(4) السيد عمران، حماية المستهلك اثناء تكوين العقد (الإسكندرية: منشأة المعارف، 1986)، ص 165.

(5) J. Calais-Auloy, F. Steinmetz, Droit de la consommation, 7e éd., (paris:Dalloz, coll. «Précis», 2006) p 175 s.

الإجراءات العادية⁽¹⁾. وتجدر بنا الإشارة بأن الإتجاه الحديث يضع حماية إجرائية سابقة على الإعلان المضلل حيث يتطلب التدليل على صحة الإعلان قبل بثه وتقديم الوثائق التي تجزم بإنطباق ما يرد من إدعاءات في الإعلان المزمع بثه على الواقع⁽²⁾ وقد طبق فعلاً في الولايات المتحدة الامريكية بقضية بين شركة "فايزر" للإدوية ببث إعلان تجاري عن دواء جديد اطلقت عليه اسم Unburn يزيل الام لسعات الشمس الشديد sunburn على الجلد فقرر مجلس التجارة الفيدرالي الامريكي⁽³⁾ إن نشر هذا الاعلان دون سبق تقديم دليل على صحته يعتبر اعلان مضلل ومجحف⁽⁴⁾.

○ الخاتمة

لقد عالج الباحث في هذا البحث الحماية المدنية للمستهلك من الإعلان التجاري المضلل الصادر عن شركات الاتصالات. إذ تعرض الباحث في المطلب الأول للإعلان التجاري من حيث مفهوم الإعلان التجاري وما يميزه عن الرسائل الخاصة والعامة، وتوصل الباحث لنتيجة مفادها بأن الرسالة المرسلة لهواتف المشتركين تمثل إعلان تجاري على الرغم من طبيعتها الخاصة فيما يتعلق بتوجيهها للمشاركين. كما خصص الباحث الفرع الثاني لإلقاء الضوء على الطبيعة القانونية للإعلان التجاري الصادر عن شركة الاتصالات ما بين إعتباره إيجاباً أو دعوة للتفاوض وأخذ الباحث بالرأي القائل بأنه لا يمكن الجزم مطلقاً حول إعتباره إما دعوة للتفاوض أو إيجاب، ولكن العبرة بمعنى ومحتوى الرسالة فقد تكون إيجاباً

(1) انظر إلى حكم محكمة النقض الفلسطينية في القضية رقم 2010/533 الصادر بتاريخ 2011/10/7 والقضية رقم 2010/261 الصادر بتاريخ 2011/6/6.

(2) أنظر إلى هذا النظام مطبق في كندا و إنجلترا والسويد:

B.W.Harvey and D.L.Parry, The law of Consumer Protection and fair trading, 5th Ed, London, Butterworths, 1999, p28.

(3) قد استخدم المجلس ذلك الطعن ضد العديد من ادعاءات إعلانية لم يقم الدليل مسبقاً على صحتها:

National Dynamic corp.82.F.T.C. 1973. P488.

(4) حسين فتحي، حدود مشروعية الإعلانات التجارية لحماية المتجر والمستهلك (القاهرة: دار النهضة العربية، 1991)، ص73.

إن تضمنت كافة عناصر الإيجاب وإن لم تتضمن كافة العناصر الجوهرية الخاصة بالإيجاب حينها تكون اقرب إلى الدعوة للتفاوض. وعالج الباحث في المطلب الثاني التضليل في الإعلان التجاري حيث تطرق الباحث في الفرع الأول لمفهوم التضليل، وتوصل الباحث لنتيجة بأن التضليل كل فعل أو قول يؤدي إلى خداع المشترك وإيهامه على خلاف الحقيقة مما يؤثر سلباً على أرائته. كما تناول الباحث في الفرع الثاني محل التضليل أي على ماذا يرد التضليل وفق قانون حماية المستهلك وعرض الباحث الصور التي تندرج ضمن التضليل الإعلاني واسقط الباحث صحيح القانون على صحيح الواقع للوصول لتقدير التضليل فتوصل الباحث إلى أن التقدير يختلف ما بين إعتباره موضوعي أم شخصي بالإستناد إلى المرحلة التي تم التضليل بها. وتناول الباحث في المطلب الأخير إلى الحماية المدنية من الإعلان التجاري المضلل الصادر عن شركات الإتصالات وذلك بالتفريق بين عدة مراحل فالمرحلة الأولى المتمثلة بذات الرسالة التي تتضمن الإعلان المضلل والتي يبني المستهلك قراره عليها حيث تعتبر تعسفاً بإستعمال الشركة لحقها. اما بخصوص المرحلة الثانية المتمثلة بمرحلة المفاوضات فقد تعرض الباحث لأهم الأسس التي يجب أن تتبني عليها المفاوضات من ضرورة التقيد بمبدأ حسن النية وما يتفرع عنه من واجبات قانونية متمثلة بواجب الإعلام والتبصير والإلتزام بالتعاون والإستقامة، وتناول الباحث الحماية المدنية أثناء تكوين العقد من ضرورة وجود ارادة خالية من التغيرير حيث توصل الباحث بأن للمستهلك الحق بطلب فسخ العقد وفق خيار التغيرير والغبن كما له ذات النتيجة وفق عيب الغلط وانتهيت بالحماية التي تلي العقد من حق المستهلك في الرجوع عن التعاقد وتوصل الباحث إلى أن القانون الفلسطيني لم يأخذ بحق المستهلك بالرجوع. وانتهى الباحث بالفرع الثاني بالحديث عن الحماية الإجرائية للمستهلك وتوصل الباحث إلى نتيجة مفادها ضرورة وجود نظام دعاوي صغيرة للتسهيل على المستهلك في تحصيل حقه. و**صفوة القول**، إذا كانت الحماية المدنية للمستهلك هي إحدى غايات وحكم قانون حماية المستهلك التي شرع من أجلها، وبما أن حكمة الحكم هي الدافع

على تشريعه والغاية المقصودة منه وهي المصلحة التي قصد المشرع بتشريع الحكم بتحقيقها أو تكميلها أو المفسدة التي قصد المشرع بتشريع الحكم دفعها أو تقليلها، أما علة الحكم فهي الأمر الظاهر المنضبط الذي بني الحكم عليه وربطه به وجوداً وعدمياً لأن الشأن من بنائه عليه وربطه به أن يحقق حكمة تشريع الحكم، وحماية المستهلك من الإعلان المضلل حكمته دفع الضرر عن المستهلك وهذه الحكمة أمر تقديري غير منضبط لذلك أعتبر التضليل مناط الحكم لأنه ظاهر ومنضبط وفي جعله مناطاً للحكم مظنة تحقيق حكمته، وأن الأحكام تبنى على عللها أي ترتبط بها وجوداً وعدمياً ومعنى هذا أن الحكم يوجد عندما توجد علته ولو تخلفت حكمته. لهذا نتساءل هل نجح المشرع الفلسطيني في حماية المستهلك من الإعلانات التجارية المضللة الصادرة عن شركات الإتصالات؟ فلا نجزم بأن الغاية قد تحققت، فصناعة النصوص خولت المستهلك بما لا يقبل الجدل، الحق في الحماية ولكن هذه الحماية امامها معيقات فعلى الرغم من ان المشرع الفلسطيني حظر التضليل إلا انها ما زالت تُزِينُ بها الإعلانات التجارية الصادرة عن شركات الإتصالات وهذا إن دل لا يدل إلا على ضرورة إعادة النظر في الحماية المدنية للمستهلك واحطتها بضمان الحماية الإجرائية.

الدراسة العاشرة:

**Le tourisme sexuel impliquant l'enfant,
Un virus aux variants complexes**

Najoua Rime Soundous ZAHDOUR⁽¹⁾

Nassima DERRAR⁽²⁾

L'être humain ne s'est pas contenté d'étendre sa brutalité sur la nature qu'il a réussi à détruire et transformé, ni même à sa propre race humaine, où la brutalité de l'homme s'est élevée à la cruauté, la torture et l'exploitation de son frère humain depuis le plus ancien des alliances, utiliser l'excuse de la guerre pour envahir la vie des peuples, manipuler les embryons et reproduire leur clones.

L'acte humain peut sembler terrible quand il s'avance à exploiter un enfant innocent, que ce soit de par son corps, son esprit, sa vie et plus loin, son avenir et son droit à la vie, dans un sens plus large et plus vrai.

Le concept d'exploitation a été étendu et le corps des enfants a été compromis et utilisé à des fins purement commerciales par le biais de ce qu'on appelle l'exploitation sexuelle des enfants. Cette transgression, devenue une grave violation des droits de l'enfant, prônée et consacrée depuis longtemps par les organisations

⁽¹⁾ Maître de conférences classe "A" Faculté de droit et de sciences politiques Université d'Oran 2- Mohamed BEN AHMED.

⁽²⁾ Maître de conférences classe "A" Faculté de droit et de sciences politiques Université d'Oran 2- Mohamed BEN AHMED.

internationales, constitue une atteinte à la dignité communautaire et accroît sa douleur.

Cette exploitation peut prendre différentes formes, ces formes qui ont toutes un impact négatif sur l'existence et l'avenir des enfants. Bien que ce fléau n'ait pas affecté la société algérienne, nous ne sommes pas à l'abri. Ce problème peut donc se fonder sur une série de questions, qui ont toutes le potentiel d'explorer la mesure dans laquelle cette pandémie s'est propagée et a imprégné les sociétés arabes et occidentales, et sur l'impact que les organismes internationaux, la législation nationale et la gravité de leur accès ont eu pour effet de refléter la signification réelle et pratique de la protection des enfants contre le crime d'exploitation sexuelle sous toutes ses formes.

Face à ces questions, nous tenterons d'y répondre à travers un plan de travail comme suit:

Chapitre 1: Notion du tourisme sexuel impliquant des enfants

- 1- Différents aspects de l'exploitation sexuelle commerciale des enfants
- 2- Adaptation internationale du phénomène du tourisme des enfants

Chapitre 2: Motivations des agresseurs et des victimes dans la propagation du virus du tourisme infantile

- 1- Facteurs menant à l'exploitation des enfants
- 2- Différents types d'agresseurs

○ **Chapitre 1: Notion du tourisme sexuel impliquant des enfants**

L'exploitation sexuelle commerciale des enfants est une grave violation des droits des enfants et une violation plus dense de notre dignité collective. L'exploitation sexuelle des enfants a été définie dans la Déclaration et le Plan d'action contre l'exploitation sexuelle des

enfants⁽¹⁾ (ESEC). Toutefois, il s'agit d'un abus commis par un adulte en échange d'une compensation en nature ou monétaire versée à l'enfant ou à un ou plusieurs tiers et d'un processus dans lequel l'enfant est traité uniquement comme un objet sexuel et comme un objet commercial.

L'exploitation sexuelle des enfants est une forme d'oppression et de violence contre les enfants, qui équivaut au travail forcé et est même considérée comme une forme contemporaine d'esclavage. La question était considérée comme une pandémie mondiale et nécessitait une intervention internationale et la coopération spéciale continue de la communauté internationale.

Ce type d'exploitation peut se produire n'importe où dans le monde et aucun pays ou destination touristique n'est à l'abri des formes d'exploitation sexuelle des enfants, mais le degré de propagation peut varier.

Dans certains cas, la technologie des logiciels peut avoir un impact important sur une destination avant de passer à une autre lorsque des mesures précises sont prises par les autorités gouvernementales, les fabricants de produits touristiques et les organismes de protection de l'enfance.

L'exploitation sexuelle commerciale des enfants revêt plusieurs aspects et formes qui ont un impact négatif sur les enfants et les communautés concernés.

Dans le cas de la prostitution des enfants, il peut s'agir de pornographie juvénile et même de trafic sexuel d'enfants. Le mariage précoce peut aussi être une forme particulière de prostitution impliquant des enfants. Les causes sous-jacentes de l'exploitation des enfants dans

⁽¹⁾ الإعلان وخطة العمل اعتمده 122 دولة خلال المؤتمر العالمي الأول لمكافحة الاستغلال الجنسي للأطفال الذي أُبرم في ستوكهولم سنة 1996 و في سنة 2006 تبنته 161 دولة عبر العالم.

ces actes odieux peuvent être l'inégalité économique, la demande de relations sexuelles avec les enfants, l'inégalité entre les sexes et les abus sociaux. L'une des formes les plus importantes d'exploitation sexuelle des enfants qui a attiré l'attention des médias au cours des dernières années est le tourisme sexuel impliquant des enfants.

1-Différents aspects de l'exploitation sexuelle commerciale des enfants

Le tourisme sexuel des enfants a lieu dans de nombreuses destinations, y compris des endroits où il n'y a pas d'infrastructure touristique réelle. C'est l'un des plus grands défis d'un monde qui s'intègre et se développe de plus en plus et où l'industrie du tourisme et du voyage continue de croître.

Le concept de tourisme sexuel impliquant des enfants est dû à l'exploitation sexuelle commerciale des enfants par une ou plusieurs personnes voyageant en dehors de leur territoire, de leur zone géographique ou de leur pays. Les touristes peuvent être des ressortissants du même pays ou des ressortissants d'un pays étranger. Le tourisme sexuel implique souvent l'utilisation de logements, de moyens de transport ou d'autres services touristiques qui facilitent le contact avec les enfants et permettent à l'agresseur de rester inconnu sur le plan environnemental et la population locale⁽¹⁾.

L'exploitation sexuelle des enfants prend un sens plus matériel en échangeant de l'argent, des vêtements, de la nourriture ou toute autre considération avec un enfant ou un tiers dans des relations sexuelles. L'exploitation sexuelle des enfants se déroule dans divers milieux, des plages, en passant par les hôtels cinq étoiles, dans les zones urbaines,

⁽¹⁾ بويحيوي أمال، الآليات القانونية والدولية والوطنية لمكافحة جريمة الإتجار بالأشخاص، مذكرة ماجستير في القانون، فرع القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، بن عكنون، 2012-2013، ص 43.

rurales et côtières. Cela peut se produire sur une longue période. Par exemple, dans le cas d'une longue période de « préparation », où l'agresseur imite le rôle de protecteur d'un enfant à risque, ce dernier gagne confiance en lui avant de l'exploiter sexuellement.

Dans d'autres cas, les touristes sexuels achètent des services sexuels directement auprès d'un tiers qui maintient l'enfant dans une situation d'exploitation et le rend accessible aux touristes.

Les touristes sexuels viennent de toutes les couches sociales et économiques et ont des origines multiples. Ils peuvent se cacher derrière les demandes de mariage, que ce soit des hommes ou des femmes, des touristes aisés ou même des voyageurs à petit budget. Il y a une idée fausse récurrente que tous les touristes sexuels, ce sont les hommes d'âge moyen ou plus âgés. En fait, on dit que les jeunes touristes voyagent précisément dans le but de maltraiter les enfants.

Comme mentionné plus haut, un enfant devient vulnérable aux abus sur son enfance et de son innocence par les adultes et purement à des fins commerciales et matérielles, mais les formes de cette exploitation sont transformables et l'imagination de la créativité des adultes est sans limites.

a- Organisation d'opérations touristiques ou de voyages indépendants

Il peut sembler normal de lire le titre du paragraphe d'une manière abstraite où la réglementation des opérations touristiques est légalement et formellement introduite si les voyages sont tenus purement dans leur sens, mais ces voyages sont organisés spécifiquement dans le but d'exploiter les enfants, et cela reste relativement inhabituel. Grâce à cette organisation, les touristes sexuels voyagent rarement avec un groupe de touristes, avec des guides, ou en utilisant les services touristiques de la même manière que d'autres groupes de voyageurs.

Cependant, le tourisme sexuel peut être réalisé dans cette forme d'organisation, surtout quand il s'agit de touristes préférentiels qui communiquent entre eux. Tout comme certains ont mis en place un voyage vers une destination particulière en ligne, ou mis en place ou utilisé un hôtel dans une destination fréquentée par les visiteurs pour accueillir les touristes qui cherchent à abuser des enfants. Dans d'autres cas, lorsqu'un touriste arrive dans le pays d'accueil, il ou elle participe à des tournées qui sont en fait à peine des cercles sexuels cachés sous la violence faite aux enfants⁽¹⁾.

Un cas d'exploitation sexuelle systématique a été découvert lors d'une recherche menée par des citoyens néerlandais en Gambie concernant le tourisme sexuel. Une touriste a dit qu'elle avait vu des garçons et des filles entrer et sortir des chambres touristiques néerlandaises à son hôtel. L'hôtel lui-même semble avoir facilité l'exploitation sexuelle des enfants. L'exploitation sexuelle commerciale des enfants prend d'autres formes, il y a souvent des liens clairs et certaines formes sont difficiles à séparer des autres.

b- Tourisme sexuel des enfants et traite des personnes

Le code pénal algérien définit l'infraction de traite des personnes dans le texte de l'article 303 bis 04: «Est considérée comme traite des personnes, le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil d'une ou plusieurs personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiement ou d'avantages, afin d'obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation.

⁽¹⁾ http://www.afrol.com/html/News2003/gam001_sex_tourism.htm

L'exploitation comprend, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou toutes autres formes d'exploitation sexuelle, l'exploitation d'autrui dans la mendicité, le travail ou service forcé, l'esclavage ou les pratiques similaires à l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes.

La traite des personnes est punie d'un emprisonnement de trois (3) ans à dix (10) ans et d'une amende de 300.000 DA à 1.000.000 DA.

Lorsque la traite est exercée sur une personne dont la situation de vulnérabilité résulte, de son âge, sa maladie ou son incapacité physique ou mentale, apparente ou connue de l'auteur, la peine encourue est l'emprisonnement de cinq (5) ans à quinze (15) ans et l'amende de 500.000 DA à 1.500.000 DA»⁽¹⁾.

Ce faisant, nous notons que le législateur algérien a tiré la définition de l'article 303 bis 04 du Code pénal du contenu de l'article 3 du Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies sur la criminalité transnationale organisée en 2000, après que l'Algérie a ratifié les dispositions du présent protocole par le décret présidentiel no 02-55 du 5 février 2002. L'Algérie a non seulement adhéré à cette Convention, mais a également ratifié plusieurs conventions universelles, notamment la Convention des Nations Unies sur la criminalité transnationale organisée de 2000 et ses protocoles, ainsi que la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989, ratifiée par l'Algérie par le décret législatif 92-06 du 17 novembre 1992, ainsi que par la Convention sur l'interdiction et l'action immédiate pour l'élimination des pires formes de travail des enfants de 1999, ratifiée par le décret présidentiel n° 2000-387 du 28 novembre.

⁽¹⁾ Article 303bis4 de la loi 09-01 correspondant au 25/02/2009 modifiant et complétant l'ordonnance n° 66-156 du 08/06/1966 portant code pénal.

En outre, l'Algérie a ratifié le Protocole facultatif relatif à la vente d'enfants, à la prostitution des enfants et à la pornographie juvénile, publié à New York en 2000, conformément au décret présidentiel no 06-299 du 2 septembre 2006. En conséquence, l'Algérie doit modifier les dispositions du Code pénal national. De nouvelles infractions ont été introduites dans le système juridique algérien⁽¹⁾.

Comme dans le cas du crime de tourisme d'enfants, où les enfants exploités dans les lieux touristiques sont souvent des enfants locaux. Mais parfois, les enfants sont victimes de la traite à l'intérieur du pays ou de la traite transfrontalière pour être exploités par les touristes. Il existe de nombreux exemples de mineurs victimes de la traite d'un pays à l'autre pour des raisons de prostitution et d'accès à des touristes plus riches que la population locale. Si l'on prend l'exemple d'un État, le Cambodge est depuis longtemps aux prises avec le problème du trafic de jeunes filles vietnamiennes clandestinement au Cambodge pour exploitation sexuelle par des clients cambodgiens et étrangers.

Au Guatemala⁽²⁾, des filles ont été découvertes dans des lieux de prostitution dans les pays voisins (El Salvador, Costa Rica, Belize et Nicaragua), ce qui indique que le tourisme sexuel n'est pas seulement un problème pour les enfants locaux. Des recherches récentes au Kenya avaient révélé l'ampleur du phénomène dans les zones côtières du pays et avaient confirmé que ses victimes étaient principalement des mineurs⁽³⁾.

⁽¹⁾ شيخ ناجية، المرجعية القانونية لجريمة الاتجار بالأشخاص، مجلة التراث العدد 29، المجلد الأول، ديسمبر 2018، ص

⁽²⁾ <https://www.comminit.com/baseline/baseline2004/baseline-351.html>

⁽³⁾ UNICEF and the Government of Kenya/Sara Jones. The Extent and Effect of Sex Tourism and Sexual Exploitation of Children on the Kenyan Coast.: Pre-publication Edition. Décembre 2006.

c- Tourisme sexuel des enfants et pornographie juvénile

Un aspect frappant des touristes sexuels, en particulier les touristes sexuels ayant des préférences sexuelles, et les pédophiles, est la fréquence et la vitesse avec laquelle les images de violence sexuelle envers les enfants sont produites, recueillies et partagées. Dans bien des cas de tourisme sexuel impliquant des enfants, les délinquants sexuels filment ou enregistrent les mauvais traitements et les mauvais traitements infligés aux enfants dans la destination touristique, établissant un lien entre ce comportement odieux et la pornographie juvénile.

L'agresseur peut conserver ces images pour son propre plaisir ou les partager avec d'autres personnes. La pornographie juvénile peut également être utilisée pour générer un gain financier, un touriste qui la crée, la partage ou la met sur Internet pour de l'argent ou d'autres gains. La pornographie juvénile peut donc attirer d'autres touristes sexuels vers cette destination.

d- Tourisme sexuel des enfants et mariages précoces

Le mariage précoce de l'enfant (mariage de personnes âgées de moins de 18 ans) peut être considéré comme une forme d'exploitation sexuelle commerciale des enfants lorsque l'enfant victime est utilisé à des fins de satisfaction sexuelle en échange d'argent ou d'autres paiements. Cela signifie que le mariage peut aussi être un moyen ouvert de tourisme sexuel avec des enfants. Plusieurs de personnes voyagent d'un pays à un autre pour but d'épouser une mineure afin d'acquérir de l'argent ou obtenir une autre forme d'indemnisation, cette catégorie de personnes passent le temps d'une semaine avec la jeune fille, puis l'abandonnent et retournent dans leurs pays sans que la jeune fille revienne sa famille.

Ce type d'exploitation a été observé au Moyen-Orient et en Asie du Sud, où le mariage précoce reste une pratique courante. Il peut également arriver qu'un touriste arrive dans un pays, se marie ou promet de se marier avec un/e mineur/e, puis retourne dans son pays d'origine. Il en résulte une exploitation sexuelle continue et une dépendance totale de la victime à l'égard de l'agresseur, car la victime est jeune et indépendante de son pays et de sa famille. Étant donné que le tourisme sexuel peut prendre la forme du mariage d'enfants, il est nécessaire de cibler les interventions et les projets qui visent à protéger les enfants dans les communautés vulnérables à de telles pratiques ainsi que dans l'industrie du tourisme.

2- Adaptation internationale du phénomène du tourisme des enfants

Une discussion profonde a eu lieu entre les associations travaillant contre le tourisme sexuel au sujet de la validité du mot tourisme sexuel quand il s'agissait d'une personne résidant à l'étranger parce que le mot "touriste" signifiait qu'une personne ne passait que brièvement dans un pays autre que le sien. End Child Prostitution Europe préfère inclure les résidents expatriés dans la définition car le déplacement implique un changement social, économique, culturel et même politique qui réduit les inhibitions psychologiques de l'individu et aide à l'exploitation sexuelle des enfants.⁽¹⁾

Étant donné que le tourisme sexuel impliquant des enfants est une activité illégale, la plupart des touristes sexuels sont cachés ou résultent de groupes criminels organisés. Dans ce contexte, End Child Prostitution fonctionne en tant que réseau d'organisations et de

⁽¹⁾ Tjurukanova, Rusakova and Shakina. Analysis of the Situation and Institutions in the Field of Commercial Sexual Exploitation of Children (CSEC) Novembre 2003. p.105.

personnes travaillant ensemble pour éliminer l'exploitation sexuelle commerciale des enfants, les organisations actuellement affiliées et les groupes nationaux concernés étendent leurs activités dans plus de 70 pays en prenant divers types d'actions contre l'exploitation sexuelle commerciale des enfants. Développent des politiques efficaces en coopération avec les agences nationales et internationales, des services de soins et de protection pour les victimes d'exploitation sexuelle, sensibilisent les enfants et les collectivités à risque. En tant que réseau unifié, End Child Prostitution for the Elimination of Child Prostitution in Tourism encourage la communauté internationale à travailler pour que les enfants du monde entier jouissent de leurs droits.

A ses débuts, End Child Prostitution menait de simples campagnes de sensibilisation contre le tourisme sexuel en diffusant des recherches en Asie sur la prostitution infantile dans le tourisme en Thaïlande, au Sri Lanka et aux Philippines. Lors d'une réunion à Chiang Mai dans le nord de la Thaïlande, des personnes et des organisations intéressées ont évalué la gravité de la situation et ont décidé de lancer une campagne intitulée "Mettre fin à la prostitution des enfants dans le tourisme asiatique."

En 1996, le système visant à mettre fin à la prostitution des enfants dans le tourisme européen a été étendu à d'autres pays d'Asie, d'Europe et des Amériques. L'acronyme ECPAT est demeuré le même, bien que son nom complet soit maintenant Stop Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking in Children for Sexual Purposes. La campagne électorale européenne contre la prostitution infantile dans le tourisme européen a pris une forte impulsion et a pu mobiliser l'attention du public.

Les gouvernements ont commencé à s'intéresser à cette question et les ONG ont participé à cette lutte. Le mouvement a pris de l'ampleur au point où le premier Congrès mondial sur l'exploitation sexuelle

commerciale des enfants devrait se tenir à Stockholm, en collaboration avec l'UNICEF et le Groupe des ONG sur la Convention relative aux droits de l'enfant. Cet événement crucial a vu l'engagement de 122 gouvernements à former un "partenariat mondial contre l'exploitation sexuelle des enfants" et un "plan d'action national" pour faire face au problème dans leurs pays.

Cet engagement collectif est maintenant connu sous le nom de Déclaration et Programme d'action. Il a été décidé de transformer la Campagne pour mettre fin à la prostitution des enfants dans le tourisme en Thaïlande en une organisation avec un secrétariat international à Bangkok.

Cinq ans plus tard, la deuxième Conférence mondiale s'est tenue à Yokohama, au Japon. Le nombre de Gouvernements représentés (134) était même supérieur au nombre de Gouvernements du Premier Congrès (122) et le nombre de participants (plus de 3000) était presque le double de celui de la Conférence de Stockholm. Avec un fort accent sur la représentation et la participation des jeunes et des enfants dans les efforts de lutte contre l'exploitation sexuelle, le Deuxième Congrès mondial a pu mobiliser des acteurs de différents secteurs et initier des partenariats entre les différentes parties prenantes: Gouvernements, organisations non gouvernementales, police, tourisme et industrie du voyage, organisations de développement international et représentants de la société civile⁽¹⁾.

Aujourd'hui, le secrétariat international de Ending Child Prostitution in Tourism in Asia et le Network for Ending Child Prostitution in Tourism in Asia continuent de lutter activement contre toutes les formes d'exploitation des enfants. Alors

⁽¹⁾ Luc Ferran et Giorgio Berardi, le tourisme sexuel impliquant des enfants Questions-Réponses, ECPAT international, Thaïlande, 2008, p07.

qu'une grande partie du réseau s'intéresse à la prévention du tourisme sexuel par la sensibilisation, la recherche, la coopération avec le secteur du tourisme, de nombreux groupes contre la prostitution infantile et la pornographie se concentrent sur d'autres formes d'exploitation, y compris le trafic sexuel, la pornographie juvénile et la prostitution domestique des enfants. Les membres du Réseau travaillent avec des organismes et des organisations du monde entier pour assurer une protection efficace et soutenue des enfants contre toutes les formes d'exploitation sexuelle commerciale.

La Déclaration et le Plan d'action de Stockholm appellent tous les États, tous les secteurs de la société et toutes les organisations régionales, internationales et nationales à se mobiliser contre l'exploitation sexuelle commerciale des enfants. Elle appelle notamment à des actions de coopération et de coordination, de prévention, de protection, de réhabilitation, de réinsertion et de participation des jeunes.

Dans de nombreuses patries du monde, les principaux acteurs impliqués nient ou minimisent le problème, de peur qu'il ne crée une image négative de la destination des voyages et ne nuise au développement du tourisme, en exposant ce sujet. De plus, le sujet n'est généralement pas compris et porte à confusion pour les principaux intervenants de la police, du gouvernement, des médias et de la société dans son ensemble. De nombreux cas de tourisme sexuel impliquant des enfants sont classés à tort comme des incidents d'exploitation sexuelle d'enfants.

○ Chapitre 2: Motivations des agresseurs et des victimes dans la propagation du virus du tourisme infantile

1- Facteurs menant à l'exploitation des enfants

♦ **Travail des enfants:** le législateur algérien garantit une protection juridique spéciale aux enfants sous toutes les formes d'exploitation au travail, en particulier les mineurs, à travers une série de mesures strictes. La Constitution de 2016 prévoit une telle protection par l'article 69⁽¹⁾ de la Constitution, selon lequel un enfant de moins de 16 ans est interdit d'effectuer tout travail, à l'exception des contrats de formation, qui sont exécutés conformément aux dispositions législatives en vigueur⁽²⁾.

Le travail précoce des enfants est l'une des principales causes du phénomène généralisé de l'exploitation sexuelle commerciale des enfants, car ils sont plus vulnérables aux abus et à l'exploitation, en particulier des enfants travaillant dans des entrepôts, et des vendeurs itinérants, en raison de leur structure physique faible et de leur incapacité à résister en plus de la peur des enfants plus âgés⁽³⁾.

♦ **La mendicité des enfants:** Le phénomène de la mendicité des enfants a pris un tournant sérieux, le plus grave étant que certaines familles utilisent leurs enfants pour mendier en raison de leur situation et des circonstances sociales qui les ont forcés à le faire. Bien que la loi exige la protection de ce groupe vulnérable de la société par rapport au phénomène de la mendicité et de l'exploitation des enfants, le silence des citoyens et des parties prenantes a encouragé une augmentation du

(1) Article 69 de la loi n° 16-01 de la 06/03/2016 portant révision constitutionnelle «... L'emploi des enfants de moins de seize (16) ans est puni par la loi...»

(2) Article 15 de la loi n°90-11 du 21/04/1990 portant sur le code du travail algérien.

(3) بن دريس سمية، "جريمة الاستغلال الجنسي للأطفال"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 05، العدد 01، ص 83.

phénomène. Cela a favorisé le climat de complexité des réseaux criminels qui exploitent les enfants en les empruntant ou en les enlevant. Ces enfants sont souvent orphelins ou négligés par leurs parents⁽¹⁾.

Le phénomène de la mendicité ne s'arrête pas au sens absolu du terme, mais prend des significations plus graves et plus profondes, en particulier pour les filles ou des adolescents qui sont forcées de mendier, qui sont aussi forcées de se prostituer par les réseaux criminels et les gangs. La criminalisation de l'acte de mendicité des enfants reste loin de la notion de son expression.

♦ La mondialisation favorise-t-elle l'exploitation des enfants?

Pendant des années, le monde a connu des changements si dramatiques en ce qui concerne le système d'information. Les personnes sont devenues prisonnières et accrochées à ces petites machines. Les aspects positifs de cette renaissance technologique et les changements qui ont été introduits dans plusieurs domaines, que ce soit en termes de vie économique, politique ou sociale, avec leur éducation familiale, ne peuvent être niés.

Les familles arabes et occidentales ont été sérieusement mises au défi de faire face aux toxines que la mondialisation inculque dans l'esprit de leurs enfants, par exemple en surveillant comment les enfants utilisent ces machines électroniques et comment elles coexistent avec l'information reçue par leur esprit. La mondialisation a rendu complexe le rôle de la famille dans l'éducation de l'enfant et l'établissement

⁽¹⁾ عبد النور خطاب، المعايير الدولية لمكافحة الاتجار بالأشخاص وانسجامها مع القوانين الوطنية، مذكرة ماجستير، في القانون الدولي العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2010-2011، ص 21.

d'une culture purement éthique qui est le caractère de référence de son existence⁽¹⁾.

La mondialisation est devenue une menace pour la famille en général et pour les enfants en particulier. Au départ, cela peut sembler vague, mais la mondialisation est censée être la clé des frontières nationales et de leur extension aux frontières internationales, ce qui ne fait que contribuer à l'injection de fonds et de main-d'œuvre bon marché pour réglementer les crimes transnationaux contre l'information⁽²⁾.

La mondialisation a- à juste titre- brisé les frontières politiques, économiques et même sociales dans le monde. Cela a facilité l'activité criminelle sous toutes ses formes⁽³⁾.

♦ **Pauvreté et misère:** Cet ennemi silencieux peut être le facteur le plus grave dans la prévalence de l'exploitation des enfants, parce que la pauvreté et sa forte proportion dans les sociétés ont conduit certaines familles dans le besoin à vendre leurs enfants et à les conduire à un destin inconnu seulement pour obtenir une petite somme d'argent afin de subvenir aux besoins d'un mois ou moins, croyant que la vente d'un enfant pourrait résoudre la crise économique⁽⁴⁾.

Il n'est peut-être pas possible d'étudier toutes les causes qui contribuent au crime d'exploitation des enfants à des fins

(1) عبد الكريم بكار، العولمة: طبيعتها- وسائلها- تحدياتها- التعامل معها، دار الإعلام، مصر، بدون طبعة، ص 12.

(2) محمد علي العريان، عمليات الاتجار بالبشر وآليات مكافحتها، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، بدون طبعة، الإسكندرية، 2011، ص 43.

(3) أحمد مسعود فاطمة، الجريمة المنظمة الواقعة على الأطفال، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الأمني والسلام والديمقراطية، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلديّة، جوان 2012، ص 38.

(4) محمد علي العريان، المرجع السابق، ص 41.

commerciales, mais nous avons essayé d'en mentionner les plus importantes.

2- Différents types d'agresseurs

Les touristes sexuels à la recherche d'enfants mariés ou non, d'hommes ou femmes (mais surtout d'hommes), d'étrangers ou de citoyens, peuvent être des touristes riches ou à petit budget, issus de milieux sociaux riches ou défavorisés. Bien qu'il n'existe pas de caractéristiques physiques, de comportements sociaux ou de méthodes de discrimination, il est possible de séparer les touristes sexuels en trois catégories:

a- Touriste sexuel temporaire ou occasionnel:

Un touriste sexuel temporaire agresse sexuellement un enfant dans le but d'expérimenter un tel comportement et préfère dissimuler son identité et son nom afin qu'il ou elle puisse échapper à la punition qu'il ou elle peut être accusé de ce crime. Il ne favorise pas les enfants exclusivement sexuellement. L'agresseur occasionnel bénéficie souvent d'une situation dans laquelle la possibilité de relations sexuelles avec un mineur est exposée. La plupart des touristes sexuels sont des touristes sexuels inhabituels.

b- Tourisme sexuel préférentiel:

les touristes sexuels préférentiels ont une attraction spéciale pour les enfants. Ils ont la capacité d'éprouver le désir sexuel chez les adultes, mais cherchent à exploiter les enfants de préférence. Le tourisme sexuel préférentiel cible habituellement les adolescents ou les enfants mineurs.

c- Le pédophile:

Le harcèlement sexuel des enfants est l'un des crimes les plus graves de la société ces derniers temps. C'est un type d'exploitation sexuelle, un contact sexuel entre un enfant et un adulte afin de satisfaire et de contrôler les désirs sexuels de ce dernier par la force, et est considéré comme un trouble psychologique chez un harceleur caractérisé par l'attraction et la pédophilie. La pédophilie peut ne pas montrer de préférence pour les garçons ou les filles et les relations sexuelles avec les enfants sont considérées comme normales et légitimes du point de vue de cette catégorie de personnes. Les pédophiles, comme les abuseurs de préférences, sont une minorité parmi les touristes sexuels⁽¹⁾.

Enfin, les victimes d'exploitation sexuelle commerciale proviennent souvent et généralement de milieux sociaux défavorisés. Cependant, ce n'est pas la seule chose qui distingue ces pays, dont beaucoup sont issus d'une minorité ethnique, de populations déplacées ou d'autres groupes sociaux marginalisés. Les victimes étaient des garçons et des filles, et certaines étaient victimes de violence conjugale ou de négligence parentale. Les enfants qui travaillent, surtout dans l'industrie du tourisme, et ceux qui dépendent du travail saisonnier peuvent facilement devenir victimes du tourisme sexuel. Parfois, la simple naissance d'un enfant dans un endroit où il y a des disparités économiques est plus susceptible de mener à l'exploitation sexuelle de l'enfant⁽²⁾.

⁽¹⁾ <http://www.lexpress/>

⁽²⁾ Luc Ferran et Giorgio Berardi, op.cit, p 15.

○ **Conclusion:**

Bien que la nature du sujet soit sensible et fasse partie de la liste des sujets tabous sur lesquels la société s'attarde et sur lequel prend des scrupules pour s'exprimer, il demeure un sujet qui mérite d'être pris en compte et mesuré par son importance et ses implications.

Le thème du tourisme sexuel impliquant des enfants n'est peut-être pas l'une des préoccupations actuelles de l'opinion publique et privée algérienne, mais il n'est plus secret surtout après que les frontières virtuelles ont été brisées par la roue de la technologie, qui a ouvert de nouvelles perspectives pour les pays du monde et qui est sur la voie d'un développement à la vitesse lumineuse, notamment en raison du faible emploi de ses mécanismes.

Le danger entoure certains pas et peut ne pas tarder à entourer notre pays. Ces frontières brisées ont permis aux gangs de la vie et des corps des enfants objets de leur commerce, de les exploiter, de les maltraiter et de détruire leur personnalité. Par conséquent, il semble que l'initiative de créer un environnement politique et juridique qui soutient et consacre une protection spéciale aux droits de l'enfant, en plus de ce qui est mentionné dans la Constitution et dans les lois spéciales portant sur les enfants et la présomption de crimes tels que ceux qui se produisent dans d'autres États qui sont menacés par tel ou tel danger et qui peuvent affecter la dignité de l'enfant.

Il faudra notamment appeler à la création d'une base éthique, à l'imposition d'enjeux sur la réforme et la purification des esprits, à la clarification des idées entre les couches de la société, et à encourager le sens civique à jouer un rôle positif dans la structure de la société. Soutenir l'État - en tant que cadre politique et juridique protégeant les individus - et les pouvoirs publics et prendre l'initiative de signaler

toute situation suspecte ou anormale dont l'enfant, en particulier, est victime.

Améliorer le statut des enfants en essayant de créer un rôle efficace pour eux en les intégrant dans des activités éducatives dès leur jeune âge afin de les inculquer dans une société saine et de les tenir à l'écart des dangers de l'exploitation sous toutes ses formes.

En conclusion, il faut reconnaître et reconnaître que tous les enfants victimes du tourisme sexuel souffrent de graves conséquences émotionnelles, psychologiques et physiques. La violence physique envers un enfant crée de la peur, des blessures graves et de la douleur physique.

La souffrance psychologique de l'exploitation sexuelle mène à la culpabilité, à la dépression et parfois même au suicide. Les enfants sont plus susceptibles que les adultes d'être infectés par des maladies sexuellement transmissibles, y compris le VIH/sida, qui brise et élimine leur existence et leur présence dans la société.

Les enfants victimes d'exploitation sexuelle sont souvent stigmatisés dans le tourisme sexuel dans leurs communautés et il devient difficile pour eux de fréquenter l'école ou d'obtenir une formation professionnelle et d'être intégrés dans la société. Ce groupe n'aura pas le soutien de la société et n'établira pas de relations sociales normales comme le reste des enfants de leur âge.