



# مجلة الحقوق والعلوم السياسية

العدد الأربعون:

2023/2

---

مجلة فصلية محكمة تصدر عن  
كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية

---

## مجلة الحقوق والعلوم السياسية

<p><b>هيئة التحرير</b></p> <p>رئيس هيئة التحرير العميد د. كميل حبيب  نائب الرئيس د. خالد الخير  المدير المسؤول د. عصام إسماعيل  أمين السر د. جوزف رزق الله  المسؤول المالي د. محمود ملحم  مسؤول التواصل مع الكتاب د. علي شكر  مسؤول العلاقات العامة د. حبيب قزي</p>		<p><b>الهيئة الاستشارية العليا</b></p> <p>العميد د. كميل حبيب  د. علي رجال  د. ليلى نقولا  د. جنان خوري  د. وسيم منصور  د. وسام غياض  د. خليل حسين  د. أمين صليبا</p>	
<p><b>المدير المسؤول</b>  د. عصام إسماعيل</p>		<p><b>رئيس التحرير</b>  العميد د. كميل حبيب</p>	
<p><b>لجان التحكيم</b></p>			
<p><b>لجنة القانون الدولي والعلوم السياسية</b></p> <p>د. البير رحمه  د. وليد الأيوبي  د. كمال حمّاد  د. خليل حسين  د. امين لبس  د. عماد وهبه  د. كميل حبيب  د. حسين العزي</p>	<p><b>لجنة القانون الدستوري والإداري</b></p> <p>د. مروان القطب  د. جوزف رزق الله  د. حسين عبيد  د. عصام إسماعيل  د. محمود سيف الدين  د. علي خليفة  د. عصام مبارك  د. أمين صليبا</p>	<p><b>لجنة القانون الخاص</b></p> <p>د. أكرم ياغي  د. بيار طوبيا  د. محمود ملحم  د. ريم فرحات  د. علي غصن  د. ماري لين كرم  د. ترتيل درويش  د. غالب فرحات</p>	
<p><b>ممثل المجلة في دولة الكويت: د. محمود ملحم</b></p>			

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

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

للإستفسار أو لمزيد من التفاصيل زيارة الموقع ([droit.ul.edu.lb](http://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](mailto:camille_habib@hotmail.com)

[issam.ismail@ul.edu.lb](mailto:issam.ismail@ul.edu.lb) - [droit@ul.edu.lb](mailto:droit@ul.edu.lb)

## محتويات المجلة

7	كلمة رئيس التحرير: قراءة في كتاب العلم والعولمة
10	كلمة المدير المسؤول: في موجب التعويض عن الضرر المعنوي
13	القسم الأول: حفل تسليم شهادة الماستر في العلوم العسكرية تاريخ 2022/12/16
15	• كلمة عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية د. كميل حبيب
18	• كلمة العميد الركن الدكتور حسن جوني ممثل العماد جوزاف عون قائد الجيش
21	القسم الثاني: دراسات في القانون
23	• د. عصام نعمة إسماعيل، مدى قانونية استمرار اشغال "نادي الغولف" عقارات عائدة ملكيتها للمديرية العامة للطيران المدني
40	• د. جوزف رزق الله، الاعتراض أمام المحكمة الادارية العليا في المملكة العربية السعودية طبيعته القانونية، أحكامه واجراءاته
78	• د. عبد العالي حميد عبد العالي التميمي، حدود السلطة التقديرية للإدارة في مجال الضبط الإداري
96	• د. وئام سجيح المصري، قانون إلتماس إعادة النظر في الأحكام الجزائية الكويتي

117	• د. نجاته جرجس جدعون، الأفاقُ النّموذجيّةُ لشرطةِ الأحداثِ المُخالفينَ للقانونِ أو المُعرّضينَ لخطرِ الانحرافِ
144	• د. يوسف حجي المطيري، عوامل تخفيف العقوبة في القانون الأمريكي - دراسة مقارنة
184	• د. دارين علي صقر و د. خضر ياسين، الحقوق والحريات العامة بين النص الدستوري والقاعدة الجنائية
201	• د. محمد سعيد احمد اسماعيل، النظام القضائي للمحاكم التجارية الدولية ودورها في تسوية المنازعات الاستثمارية
236	• محمد شحادة إسماعيل، المسؤولية المدنية عن الأضرار التي تسببها الروبوتات
264	• ساره جليل الجبوري، المراجعة الدستورية في العراق ولبنان
268	• Elie Kallas, La relation entre l'expert psychiatre et le juge : vers une psychiatrisation de la justice

291	القسم الثالث: دراسات في القانون الدولي والعلوم السياسية
293	• سارة أمين يونس، القلق الناشئ: الحرب الهجينة البحرية
308	• د. فهد أحمد عبد الرحمن، التنظيم القانوني لمرحلة المفاوضات في العقود الدولية في التشريع الكويتي والتشريعات العربية
329	• نوف سعيد الشهراني، الترحيلُ القسريُّ للسكانِ المدنيينِ كجريمةٍ ضدَّ الإنسانية
370	• Consul Sarah Al Dirani, US-China Trade War: From A Legal and Political Perspective
400	• Kassem Bilal Abboud, Phenomenon of Digital Money Between Concept and Regulation

## قراءة في كتاب العلم والعولمة

البروفسور كميل حبيب

على الرغم من شح موازنتها، وعبث أيادي الاحزاب الطائفية في ملفاتها، وتنامي فطريات المعاهد الخاصة، لا تزال الجامعة اللبنانية تتصدّر المشهدين التعليمي والثقافي. انها جامعة الوطن، والعمود الثاني في مناعته القومية، وجزء لا يتجزأ من نضالنا الوطني. لا تزال الجامعة واقفة برمح قلمها وترس معرفتها في وجه كل الأعاصير التي تعصف بلبنان. وهذه الرياح ما كانت لتدخل الى حجرة الجامعة لو ان من يدعون الوطنية لم يشرعو الابواب لجامعاتهم الخاصة.

أهكذا تعامل جامعة الأذكىاء؟ أهكذا يتم التعاطي مع جامعة ال 500 الف خريج، رفعوا اسم لبنان وعلمه عالياً في بقاع الارض واصفعاها؟ أتفعلون بنا لأننا نعلم طلابنا ان لبنان وطن لجميع ابنائه، وبأن الطائفية نقمة، وبأن لا خلاص الا بدولة المواطنة، وبأن صراعنا مع الصهيونية هو صراع وجودي؟

لا، والله، لقد اشتبهت الأمور على منظومة الطائف التي انتجت دولة ضعيفة وعصابة مجرمة بحق الوطن والانسان فيه. لا، والله، فهذه الجامعة باقية ما بقي الليل والنهار، وأبواب الجحيم لن تقوى عليها، ونحن شهود على ذلك.

وفي هذا السياق يبرز رأي في الكتاب للدكتور عبد الحليم فضل الله في مطالبته بمنح الأبحاث "الأولية التي تستحقها، فدونها لا يمكن احداث اختراقات على المديين المتوسط والطويل، فالابحاث التطبيقية لا يمكن ان تستجيب للكوارث فور ظهورها الا اذا استتدت الى خلفية قوية من المعارف النظرية ذات الصلة بها". يا ليتهم يفقهون!!

كتاب "العلم والعولمة"، يتخطى الدراسات الرقمية الجافة الى طرح ابعاد فلسفية تطال العلوم الطبيعية والمعارف الانسانية والاجتماعية"، وانتهاءً بالتفاعل بين العلم التطبيقي والعولمة الذي ساهم في الانبثاق المدوي لمجتمع الاستهلاك".

يطرح الدكتور فضل الله العديد من الاشكاليات والتي لا بد من ذكر بعضها، استهلالاً لما قد يواجهه القارئ في قراءته الرصينة، الهادئة، والنقدية،

- 1- ما كان لأبعاد العولمة ان تحقق لولا استغلال الادوات التي اتاحها العلم "لأهل العولمة".
- 2- عن دور الدين في توجيه حركة المجتمعات الانسانية، وتأثيره على مسار العلم في فترات طويلة من تاريخ المجتمعات الانسانية.
- 3- قدرة العادات والتقاليد الاجتماعية في تمكين المجتمع من تحمل التبعات المؤلمة للكوارث.
- 4- الاشتباك بين العولمة وسيادة الدول.
- 5- المقاربة بين الثورات السياسية والثورات العلمية: تبرز الأولى نتيجة فشل المؤسسات عن ايجاد الحلول لمشكلات الناس، بينما تبرز الثانية في عدم قدرتها في الكشف عن نواحي عمل الطبيعة.
- 6- دور العولمة في جعل البشرية رهينة التطور المادي المتجسد في الظواهر الطبيعية ليكون عالم الخالق بذلك مجرد جزء من عالم المادة.

هذه الاشكاليات التي تصدى لها الدكتور فضل الله بمعرفة المؤمن، جاءت مسهلة لطرح آراءه غير القطعية والتقاولية الى حد كبير. وتبعاً لرأي المؤلف، فإن:

- 1- العولمة النيولبرالية كارثية النتائج فيما يخص الظلم الاجتماعي وعدم العدالة.
- 2- النماذج الجديدة للسلطة مسؤولة عن جعل الفضائين السياسي والاجتماعي متطابقين الى أبعد الحدود. ولم يكن هذا ممكناً لولا هيمنة التكنولوجيا على المجتمع، أي سيطرة المادة على المعرفة القيمة التي هي اساس النسيج والتفاعل الاجتماعي.
- 3- السلطة تتلاعب بالعلوم الانسانية لتكون جزءاً من اجهزة الترويض والقمع والاقناع.
- 4- نحن بحاجة الى نهضة معرفية موازية او حتى مقابلة للثورات التكنولوجية، لكبح جماحها وإعادة العلوم النظرية والأبحاث الاساس الى المنصة الرئيسية للمجتمعات.
- 5- هل ينبغي ان تبنى قيم الاقتصاد والعلم والثقافة على اساس الاخلاق، ام ان الاخلاق وقيمتها يستندان الى معطيات العلم والاقتصاد؟

6- هل حسم العلم الترابط السلبي بأي اتجاه كان بين النمو والمساواة والفقير؟، أي هل حسم العلم العلاقة بين الأمن والعدالة والرفاهية؟

للدكتور فضل الله عدّة اقتراحات لحل بعض الاشكاليات الانفة الذكر، منها:

- 1- العمل على التوفيق بين العلوم النظرية الصرفة والعلوم الفقهية المقابلة بعد تجديدها.
- 2- لا يدعو المؤلف الى اسلمة المعرفة، بل نبه الى انها تعني قطيعتين نسبيتين: قطيعة مع العقل التراثي وقطيعة مع العقل العلمي المعاصر.
- 3- ان رحلة الخروج من الأزمة تبدأ بإعطاء قيمة متساوية للعلوم وثقافتها المتعددة، وتعميق التكامل، وتفعيل الضبط المتبادل في ما بينها، وانتزاع زمام القيادة من يد التكنولوجيا المحكومة لمجتمع الاستهلاك او المنشأة له.

وانسجاماً مع ما تقدّم، وبالنسبة اليّنا كعرب، تبرز العولمة بعودها المتكسرة في سياق

نقيضين:

- 1- موقف الرفض المطلق، وسلاحه الانغلاق الكلي، وما يتبع ذلك من حروب وكوارث.
- 2- وموقف القبول التام للعولمة، وما تمارسه من اختراق ثقافي واستتباع حضاري.

ولا مفر من تصنيف هذين الموقفين ضمن المواقف اللاتاريخية، لا يرى صاحبه مخرجاً الا بالهروب، اما الى الوراء واما الى الامام.

- 1- فالانغلاق موقف سلبي غير فاعل، ينقلب الى موت بطيء، ومحكوم عليه بالاخفاق.
- 2- وتاماً كالانغلاق، هناك بالمقابل الاغتراب، اي ثقافة الارتداء في احضان العولمة والاندماج فيها، انها ثقافة تنطلق من الفراغ، اي من اللاهوية، وبالتالي، فهي لا تستطيع ان تبني هوية ولا كياناً.

ان الجواب العربي عن سؤال مواجهة العولمة يجب ان ينطلق من العمل داخل الثقافة العربية نفسها. وهذا يعني تجديد الفكر العربي على قواعد العقلانية، في اطار مقاصد الدين، واولها انسانية الانسان. فالتجديد في الفكر العربي ملازم لتطور المجتمع وتقدّم الحياة العصرية، وضرورة لمواكبة المتغيرات العالمية على الصعد كافة. ان الانعزال عن المجريات العالمية امر باهظ الاثمان على العالم الاسلامي، بما فيه من دول وشعوب، وهو نوع من التخلي عن الاضطلاع بالمسؤولية العالمية.

## في موجب التعويض عن الضرر المعنوي

د. عصام نعمة إسماعيل

إن تحديد التعويض عن الأضرار المادية والجسدية هو دائماً ممكن من خلال وجود قرائن كافية حول الخسائر الواقعة التي يسهل احتسابها، أما في حالة الضرر المعنوي بما هو ضرر غير مرئي ولا يمكن تقديره، فإن ذلك يجعل التعويض عنه غير واقعي بل ويمكن أيضاً استغلاله. حتى باتت مسألة وجوب إعادة النظر في توجيه أمراً ملحاً، لكون تقديره يعتمد على الأسلوب الذي يطرح فيه المتضرر لحالته المأساوية ومحاولة إقناع القاضي بهول هذا الضرر. يوجد تقريباً استقرار في القضاء على تعويض الأضرار المعنوية والسوابق القضائية كثيرة حول تعويض هذا النوع من الضرر، إلا أن هذه السوابق القضائية لا تعطي طمأنينة وانطباعاتاً بالتقييم العادل لهذه الأضرار حيث نلاحظ التباينات في تقييم "الأضرار المعنوية". في بعض الأحيان يقدر التعويض بالاستناد إلى مجموعة من المظاهر والافتراضات المشكوك في عقلانيتها.

فمثلاً عند تقييم الأضرار المعنوية الناجمة عن رفض الإدارة جمع شمل أسرة، حيث عاش الأطفال في رعاية عمّهم، كان هناك تباين بين المحاكم في تقدير التعويض: فقضت محكمة البداية بتعويض العم مبلغ 2500 يورو ولا شيء للأطفال. وعند وصول القضية إلى مجلس الدولة رأى أن الحقائق جرى تشويهاً وقضى بتعويض العم مبلغ قدره 10000 يورو، ولكل طفل 15000 يورو<sup>(1)</sup>.

<sup>(1)</sup> CE 6 April 2016, no. 378338, Lebon; AJDA 2016. 699.

وفي قضية ترحيل طفل قاصر إلى سوريا التي حظيت بتغطية إعلامية واسعة تقدم تجسيدا ملموسا لشكل من أشكال الاستغلال، حيث قضت المحكمة بمنح تعويض عن الضرر المعنوي قدره 15000 يورو لصالح الوالدين<sup>(1)</sup>.

وفي قضية ثانية وبعد وفاة امرأة بحادث سيارة، قضت المحكمة كتعويض عن الأضرار المعنوية بمبلغ 20000 يورو لابن الضحية، و5000 يورو لزوجته الابن (أي عوضت الكنة عن ضرر معنوي ناجم عن فقد حمايتها) و6000 يورو لكل من الأحفاد<sup>(2)</sup>.

إن درجة القرابة تشكل قرينة عن وجود الألم الذي شعر به المتضرر، إلا أنها ليست قرينة كافية بخاصة عندما تكون علاقة القربى منقطعة ولا تواصل قائم بينهم مثلاً، ولهذا وبسبب صعوبات الإثبات، يمكن للقاضي أن يلجأ إلى الآليات المناسبة لافتراض الضرر المعنوي<sup>(3)</sup>. وهناك اتجاه مؤسف واضح من المدعين في تضخيم الأضرار المعنوية اللاحقة بهم، وأصبحت المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي ركيزة في كل مراجعات التعويض: فطالب المدعي بهذا التعويض بسبب الخسارة الجسيمة لملفهم من قبل محاميهم<sup>(4)</sup> أو من ممرضة التي عانت من ألم معنوي بسبب عدم منحها مكافأة<sup>(5)</sup>.

وبدا أن التعويض عن الضرر "المعنوي" إما أنه يؤدي إلى عدم الوفاء بمبدأ "الجبر" الكامل، أو إلى إثراء المتضرر على حساب الإدارة كل ذلك بسبب استحالة التحديد الدقيق الكافي لمدى هذا الضرر، وهذا ما يؤدي إما إلى التقليل من التعويض وهذا ما لا يرضي الضحايا الذين يتوسمون بالقضاء تعويضهم مبالغ كبيرة، أو إلى المبالغة في التعويض ما يكبد الإدارة تعويضاً أكثر مما يستحقه المتضرر.

بالرغم من أن الضرر كركن أساسي لترتيب مسؤولية الإدارة وفتح مجال المطالبة بالتعويض، وهذا التعويض لا يهدف إلى إثراء المستدعي بل يرمي إلى إصلاح هذا الضرر أو التخفيف من آثاره، فإذا انتفى الضرر، انتفى مبرر دعوى المسؤولية أياً كانت طبيعة العمل الذي تقوم به الإدارة ومخاطره، أياً كان الخطأ الذي ارتكبه الإدارة وجسامته.

(1) CE 26 April 2017, no. 394651, Lebon; AJDA 2017. 1469, concl. X. Domino.

(2) CE 22 July 2011, no. 320810, AJDA 2012. 1665, H. Belrhali-Bernard study.

(3) CE 16 June 2016, no. 382479, Lebon; AJDA 2016. 1264; D. 2016. 1501, obs. F. Vialla.

(4) CE 11 Dec. 2015, no. 384242, Lebon T.

(5) CE 30 Dec. 2011, no. 343197, Kanane, Lebon T.; AJDA 2012. 15.

فالتعويض لا يكون الا عن ضرر اصاب المستدعي، فاذا كان يمكن للمسؤولية ان تتقرر دون خطأ، فانه لا يمكن أن تقوم وأيا كان اساسها دون ضرر، فالفعل الذي لا يولد ضررا لا يعطي الحق في اقتضاء اي تعويض، فتوافر الضرر يعد اذا المحور الاساسي الذي تدور حوله المسؤولية، فاذا ما انتفى الضرر، انتفت المسؤولية، وبالتالي التعويض عنه.

وإذا كان المشتري قد أقرّ بجواز الاعتداد بالضرر المعنوي وقابليته للتعويض وذلك في المادة 263 من قانون الموجبات والعقود التي نصّت على أن: "يعتد بالأضرار الادبية كما يعتد بالأضرار المادية بشرط ان يكون تقدير قيمتها بالنقود ممكنا على وجه معقول"، فإن ذلك لا يعني على الاطلاق الاستجابة لمطالب المتضرر وفق ما يستعرضها، حيث يعود للقاضي تحديد مدى هذا الضرر وان يقدر التعويض عنه نقوداً، وإذا كان الاجتهاد الحديث مستقر على تعويض الأضرار المعنوية بل حيث قضى المجلس أن: حادثة الوفاة هي بحد ذاتها كافية لتوافر الألم المعنوي لزوجة وأولاد فقدوا رب العائلة وليس هناك من ضرورة لإثبات هذا الضرر الذي هو حكمي بمجرد حصول الوفاة<sup>(1)</sup>. فإنه تلافياً لمحاذير التقدير نجد أن القضاء قد اتخذ موقفاً وسطاً من خلال إسناد التعويض إلى نظريات موازية لنظرية الضرر المعنوي، كالتعويض عن الاضطراب في الظروف الحياتية والمعيشية، أو يعوّض بالجمع عن جميع الأضرار المادية والمعنوية في سلة واحدة.

---

(1) م.ش. قرار رقم 203 / 2018 - 2019 تاريخ 2018/11/19 كفى كرنيب / بلدية بيروت.

**القسم الأول: حفل تسليم شهادة الماجستير في العلوم  
العسكرية تاريخ 2022/12/16**

- كلمة عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية د. كميل حبيب
- كلمة العميد الركن الدكتور حسن جوني ممثل العماد جوزاف عون قائد الجيش



حفل تسليم شهادات الماستر في العلوم العسكرية تاريخ 2022/12/16

## كلمة عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية د. كميل حبيب

سيادة العماد جوزف عون، قائد الجيش  
ممثلاً بحضرة العميد الركن حسن جوني  
معالي رئيس الجامعة اللبنانية الدكتور بسام بدران  
حضرة قائد كلية فؤاد شهاب للقيادة والاركان، العقيد الركن محمد بيطار  
الزميلات والزملاء العمداء والمدراء والاساتذة والاداريين والخريجين واهل الخريجين  
الحضور الكريم

في 2022/6/16 وقّع الجيش اللبناني والجامعة اللبنانية بروتوكول تعاون اكايمي حيث  
بموجبه تمنح الجامعة اللبنانية شهادة ماستر مهني في العلوم العسكرية للضباط في الكادر  
التعليمي العسكري الحائزين على لقب ركن. وعليه، اطلق على دورة الاركان هذه تسمية: سيفنا  
والقلم.

للبنان الوطن سيف يحميه وقلم بينيه. وأكثر من أي يوم مضى، ليس احق من الجامعة  
اللبنانية ومعهد التعليم في الجيش ان يتحملا مسؤولية النهوض بلبنان لاستعادة دوره الحضاري  
في المشرق والعالم.

وما لقاؤنا اليوم إلا ثمرة عهد ثقة بين اهم مؤسستين عامتين عاملتين على الارض اللبنانية.  
فنحن نثق بسلاح الجيش، والجيش يثق بالشهادة الممنوحة من قبل الجامعة اللبنانية. إنها  
علاقة توحد وانسجام، رصت صفوفها دموع امهات وآباء الشهداء على مذبح شرف الخدمة،  
وشغف التضحية، وحنين الوفاء.

نحن في الجامعة اللبنانية نفتخر ونعتز بأننا شركاء الجيش في كافة معاهد التعليم العسكرية:

1- في كلية فؤاد شهاب للقيادة والاركان حيث يتابع اساتذتنا القاء محاضراتهم بإرادة مؤمنة وصلبة.

2- في الكلية الحربية حيث عملنا على استصدار مرسوم رقم 153، كما ينشط اساتذتنا في تطوير المناهج لحصول الطلاب على احدى الشهادات في العلوم، الجغرافيا، المعلوماتية الادارية، والعلوم السياسية.

3- في مركز البحوث والدراسات الاستراتيجية حيث يتابع الطلاب من مدنيين وعسكريين دراسة هذا الحقل المعرفي الهام.

### الحضور الكريم

نحن والجيش نعرف لبنان جيداً؛ نحترم تنوعه الاجتماعي، ونفتخر بعبق الحرية الذي فيه، ونؤمن بقدرة اللبناني على تحصين وجوده تألقاً وابداعاً.

شرف لنا بأن الجامعة اللبنانية ليست ابنة طائفة او مذهب او حزب او منظومة.

شرف لجامعتنا بأنها تتسع لكل الناس، فقراء واغنياء، ابناء ريف وسكان مدن.

وشرف جامعتنا بأنها جيش لبنان الثاني.

### حضرة الرئيس

في أفياء قيادتكم الحكيمة، ترفل جامعتنا بأجمل اثوابها، غير آبهة بثثرات التكاذب الاجتماعي، مرفوعة الرأس وطنياً، ناصعة الجبين اقليمياً، واثقة الخطى دولياً، لم يدخل الشيب شعرها، سيدة في وطن يطفح قلبها حباً وسلاماً.

أما كلية الحقوق فهي بيئة ورسالة، وحصن للحرية الفكرية والكرامة الانسانية، وموطن للخلق والابداع، ومشعل معرفة في ركب الحضارة الانسانية.

واسمحوا لي في ظل هذا الزمن الشاحب حيث الظلمة تغطال الأمل، باننا لم نزل نتمسك بحرية الحلم في بروز قادة من اصحاب المواهب، لا من هواة المناصب، أناس ابداع لا صغار اتباع، مسؤولون يعملون من اجل الاجيال المقبلة وليس من اجل الانتخابات المقبلة. فيا رب صن هذه الارض، وارحم شهدائنا، واحم جيشنا، واعطنا ان نبقى في وقفك هذا ننشد المعرفة بحرية، وننعم بالكرامة، ونعيش بأخاء وسلام، حتى تستعيد بيروت مجدها أمماً للشرائع.

### أيها الخريجون

في حياة كل منا أيام مشهورة تبقى في الذاكرة لا يمحوها الزمن. ويأتي يوم التخرج الأبهى بين تلك الايام، تظل ذكراه مصاحبة لرحلة الحياة، ونقطة الانطلاق نحو آفاقها الرحبة وآمالها العريضة.

وثقوا ان تخرجكم ليس نهاية المطاف، وواجب علينا وعليكم محاربة الظلم اينما وجد: اي مكافحة الطائفية، ومحاربة الصهيونية، ومقارعة الارهاب وإننا لمنتصرون.

عاش الجيش اللبناني  
عاشت الجامعة اللبنانية  
وليحيا لبنان

## كلمة العميد الركن الدكتور حسن جوني ممثل العماد جوزاف عون قائد الجيش

أيها الحفل الكريم:

يسعدني في هذا اليوم التاريخي أن أقف أمام أعمدة الفكر والمعرفة ممثلاً حضرة العماد جوزاف عون قائد الجيش في مناسبة الاحتفال بتخرج ضباط دورة الأركان ونيلهم شهادة الماستر في العلوم العسكرية ومن الجامعة اللبنانية تحديداً، الصرح الأكاديمي الأول في الوطن وجيشه الثاني.

فالجامعة اللبنانية، التي تعاني كما معظم المؤسسات في الظروف الراهنة التي لم نشهد لها مثيلاً في الماضي، لا زالت تتحمل مسؤولياتها الأكاديمية على مستوى الوطن لا سيما في إطار التعاون مع المؤسسات الأخرى وعلى رأسها مؤسسة الجيش بهدف تنويع الجهود التعليمية المبذولة بما يوازئها من درجات أكاديمية رسمية معترف بها.

أيها الحفل الكريم:

إن ضباط الجيش اللبناني يتعرفون على اساتذة هذه الجامعة الكريمة منذ التحاقهم كتلامذة في الكلية الحربية، التي تعج بالأساتذة من مختلف الاختصاصات، والذين يساهمون الى جانب الضباط المدربين في تعليم وتنقيف هؤلاء التلامذة الى أن يتخرجوا من هذه الكلية برتبة ملازم. وبعد، وعلى خط مسار الإعداد الفكري للضباط في الدورات اللاحقة، نجد أستاذ الجامعة اللبنانية على منابر قاعات كلية فؤاد شهاب للقيادة والأركان، يهم بشرح الدروس وإعطاء المحاضرات في القانون والاقتصاد والعلاقات الدولية وغيرها، مساهماً بشكل فعال في بناء المعرفة اللازمة لقادة المستقبل، ثم نجده مواكباً لمرحلة إعداد البحث العلمي مشرفاً ومراجعاً ومناقشاً ومدافعاً وأحياناً مهاجماً، كل ذلك من أجل تطوير القدرات وتنمية المهارات البحثية

للضباط الأركان. وتتويجاً لكل تلك الجهود، فهل تبخل الجامعة اللبنانية في منح هؤلاء الضباط ما يستحقونه من درجة علمية ساهم أساتذتها بشكل كبير في تحقيقها؟ طبعاً لا، وهذا ما حصل، وها نحن اليوم نجني سويماً ثمار كل ذلك.

### أيها الحفل الكريم:

ان الفرق كبير جداً بين مفهومي القوة والقدرة، فالقوة بمعناها الكمي الجامد لا يمكن لها ان تنجز المهمة وتحقق الاهداف كما ينبغي، مهما تراكمت وتنوعت، لأنها بهذا المعنى تحتاج الى الفكر الذي يوجه ويخطط وينسق ويناور، وهنا تحديداً تتحول هذه القوة الى قدرة وطاقة فعالة. وعليه فاذا كانت هذه القوة هي السيف الذي تقلدتموه والسلاح الذي تسلمتموه فان الشهادات العلمية التي تتسلمونها بعد انجاز التحصيل المطلوب هي التي تؤدي الى تحويل هذه القوة الى قدرة، وتلك هي فلسفة معادلة السيف والقلم.

### أيها الضباط المتخرجون:

إن شهادة الماستر التي تتسلمونها اليوم ما كانت لتتجز لو لم يكن على رأس الجامعة اللبنانية رئيس يؤمن بمعادلة السيف والقلم هذه، ويؤمن بجيشه الوطني وضرورة دعم ضباطه أكاديمياً وله ثقة مطلقة بالمؤسسة العسكرية بشكل عام وبكلية فؤاد شهاب بشكل خاص. لذا وجب تقديم الشكر والامتنان للسيد البروفيسور بسام بدران على تجاوبه وتعاونيه والشكر موصول لمعاونيه ولا سيما الدكتور عصام إسماعيل الذي صاغ مسودة بروتوكول التعاون لهذا الماستر كما أشكر ضباط كلية فؤاد شهاب للقيادة والأركان الذين عملوا بجد وجهد من أجل تحقيق هذا الهدف الذي لطالما سعينا إلى تحقيقه، وقد حققناه.

### أيها الضباط المتخرجون:

ان العنوان الاكاديمي للشهادة التي تتسلمونها اليوم يجب ان يقرأ من خلال رفعة شخصياتكم وراقي مقارباتكم الفكرية وعمق ثقافتكم ووسع معارفكم قبل أن يقرأ على متن شهادتكم. فالمتعلم والمتفهم يعلن عن نفسه من خلال سداد رأيه وصواب فكره وسلامة منطقته

وليس من خلال مجرد سيرة ذاتية محشوة بما يحوزه من شهادات أو خبرات، والمكتوب فيها يجب أن يعبر عنه وهج الشخصية التي تفوح منها الأفكار كما يفوح العطر من الأزهار. لذا اوصيكم أن توغلو في البحث المستمر عن الحقيقة العلمية في مختلف اتجاهات وفروع المعرفة ولا سيما العسكرية والاستراتيجية منها.

### في الختام:

أبارك للجامعة اللبنانية وكلية الحقوق والعلوم السياسية الاختصاص الجديد، وربما من المفيد إعادة النظر باسم هذه الكلية لتصبح كلية الحقوق والعلوم السياسية والعسكرية او الاستراتيجية، وأبارك للمتخرجين، من ضباط الجيش اللبناني والضباط الأشقاء العرب من الجيشين الشقيقين السعودي والسوداني وضباط الأجهزة الأمنية، نيلهم شهادة الماستر في العلوم العسكرية من الجامعة اللبنانية الى جانب شهادة ركن من كلية فؤاد شهاب للقيادة والأركان.

عشتم، عاش الجيش وعاش لبنان

## القسم الثاني: دراسات في القانون

- د. عصام نعمة إسماعيل، مدى قانونية استمرار اشغال "نادي الغولف" عقاراتٍ عائدة ملكيتها للمديرية العامة للطيران المدني
- د. جوزف رزق الله، الاعتراض أمام المحكمة الادارية العليا في المملكة العربية السعودية طبيعته القانونية، أحكامه واجراءاته
- د. عبد العالي حميد عبد العالي التميمي، حدود السلطة التقديرية للإدارة في مجال الضبط الإداري
- د. وئام سجيح المصري، قانون إلتماس إعادة النظر في الأحكام الجزائية الكويتي
- د. نجات جرجس جدعون، الآفاقُ التَّموجيَّةُ لشرطَةِ الأحداثِ المُخالِفينَ للقانون أو المُعرِّضينَ لخطرِ الانحرافِ
- د. يوسف حجي المطيري، عوامل تخفيف العقوبة في القانون الأمريكي - دراسة مقارنة
- د. دارين علي صقر و د. خضر ياسين، الحقوق والحريات العامة بين النص الدستوري والقاعدة الجنائية
- د. محمد سعيد احمد اسماعيل، النظام القضائي للمحاكم التجارية الدولية ودورها في تسوية المنازعات الاستثمارية
- محمد شحادة إسماعيل، المسؤولية المدنية عن الأضرار التي تسببها الروبوتات
- ساره جليل الجبوري، المراجعة الدستورية في العراق ولبنان
- Elie Kallas, La relation entre l'expert psychiatre et le juge: vers une psychiatrisation de la justice



الدراسة الأولى:

**مدى قانونية استمرار اشغال "نادي الغولف" عقارات عائدة ملكيتها للمديرية العامة للطيران المدني**

د. عصام نعمة اسماعيل

صدر المرسوم رقم 2379 تاريخ 1959/11/3 الرامي إلى اعتبار أعمال توسيع مطار بيروت من المنافع العامة ونزع ملكية وشطب إشارات الاستملاك عن صحيفة عقارات وبالاستناد إلى هذا المرسوم تمّ نزع ملكية العقارات رقم 3908 و 227 و 279 - الشياح - ودفع ثمنها بما يقارب السبعة ملايين ليرة لبنانية غير ان الادارة - مديرية الطيران المدني - عمدت الى تأجير الاراضي المذكورة من نادي الغولف اللبناني بمبلغ /1100/ ل.ل. وزرعت الاراضي بعشب خاص لتثبيت الرمال. وقد نص عقد التلزم ان مدة الايجار هي خمس عشرة سنة وأنه يحق للمستأجر استعمال الاراضي لممارسة الالعاب الرياضية.

وقد تزامن منح الالتزام إلى هذا النادي مع تاريخ تحويله إلى جمعية حيث تأسس نادي الغولف اللبناني بموجب العلم والخبر رقم 194 تاريخ 1964/4/30 وبعدها بأشهر تمّ تسليم الموقع بتاريخ 1964/9/27 لمدة 15 عاماً انتهت بتاريخ 1979/9/26 وذلك لقاء بدل سنوي قدره 1100 ل.ل. لقاء اشغال عقارات مساحتها ٢١٧٠٠٠ م.م ثمّ لاحقاً وضع النادي يده على مساحات إضافية بلغ مجموعها ٤٠٩٠٠٠ م.م.

بسبب عدم استخدام عقار مستملك للغاية المقررة بموجب مرسوم إعلان المنفعة العامة، وإقدام الوزارة إلى تأجيره لنادي الغولف، تقدّم أصحاب العقارات المستملكة الشيخ بطرس الخوري والسيد شارل كتانة بمراجعتين أمام مجلس شوري الدولة بتاريخ 1966/7/5 لاسترداد عقاريهما بعد أن رفضت مديرية الطيران المدني الاستجابة لمطلبهما باستعادة العقارين بعد أن عمدت

إلى السماح للغير باستثمار العقارات بصورة تجارية مخالفة بذلك لمرسوم اعلان المنفعة العامة. إلا أن مجلس شورى الدولة ردّ المراجعة بعد نحو 27 عاماً على تقديمها لأسباب تتصل بأصول المحاكمة وأن دعاوى استرداد العقار هي من صلاحية القضاء العدلي ولأن الدولة أعلنت صراحة أنها تريد هذا العقار لوضع إنشاءات وتجهيزات تابعة للمطار (مجلس القضاة قرار رقم 73 تاريخ 1993/1/25 الشيخ بطرس الخوري وشارل كتانة/ الدولة - وزارة الأشغال العامة والنقل).

#### ○ أولاً: قرارات تجديد العقد

تولى مجلس الوزراء أو وزراء النقل تبعاً بتجديد التعاقد رضائياً مع نادي الغولف، بموجب القرارات الآتية:

- قرار مجلس الوزراء تاريخ 1979/5/16 الموافقة على اتفاق بالتراضي مع نادي الغولف (ثمانى سنوات).
- قرار وزير النقل بالموافقة على طلب النادي تاريخ 1985/5/30 بتجديد عقد الالتزام بنفس شروط العقد الأساسي لمدة 15 عاماً وتم تجديد العقد بموجب كتاب الوزير رقم 153 تاريخ 1985/6/17 لمدة تنتهي بتاريخ 2000/5/29.
- قرار مجلس الوزراء رقم 24 تاريخ 2000/6/28 تمديد عقد إيجار نادي الغولف لمدة 6 أشهر.
- قرار مجلس الوزراء رقم 8 تاريخ 2001/4/19 قرر مجلس الوزراء تمديد عقد الأشغال المؤقت الموقع بين الدولة اللبنانية ونادي الغولف لمدة سنة.
- قرار مجلس الوزراء رقم 1 تاريخ 2002/5/23 وبناء لطلب وزارة السياحة على تمديد فترة الأشغال المؤقت لمدة 3 أشهر.
- قرار مجلس الوزراء رقم 16 تاريخ 2002/9/26 تمديد فترة استثمار الأراضي التابعة للمديرية العامة للطيران المدني والمنشآت القائمة عليها من قبل نادي الغولف اللبناني.
- قرار مجلس الوزراء رقم 55 تاريخ 2006/10/19 على التمديد للنادي المذكور باستثمار عقارات تابعة للمديرية العامة للطيران المدني لمدة 4 سنوات.

- قرار مجلس الوزراء رقم 32 تاريخ 2010/6/30 وافق على تمديد عقد اشغال نادي الغولف لعقارات تابعة للمديرية العامة للطيران المدني لمدة 7 سنوات.
- قرار مجلس الوزراء رقم 41 تاريخ 2018/1/11 تجديد عقد اشغال نادي الغولف اللبناني عقارات تابعة للمديرية العامة للطيران المدني لمدة سبع سنوات مع بدل اشغال تصاعدي.

### ○ ثانياً: تحديد مهمة نادي الغولف وانتفاء الحاجة للاستمرار بهذه المهمة

إن هذا التجديد والسماح لنادي الغولف باشغال عقار تتجاوز مساحته مئات آلاف الأمتار لقاء بدل رمزي، هو أحد حالات هدر المال العام بدون مبرر، ودون اتباع الأصول القانونية للتجديد المذكور، والغريب أن لا الوزارة ولا بلدية الغبيري لديهما نسخة عن العقد الأول المبرم مع جمعية نادي الغولف. وأما الاتفاق بالتراضي الثاني العائد للعام 1979 فلقد حدد أماكن التعشيب بموجب خرائط مرفقة بالعقد ولكنها غير موجودة في الملف ما جعل من غير الممكن التحقق من أماكن تنفيذ النادي للمهمة المكلف بها.

وقد تبين من تقرير اللجنة المكلفة من جانب مجلس الوزراء دراسة الملف تعييناً لطبيعة المهمة التي بقرائها يمكن تفهم البديل الزهيد الذي تتقاضاه الدولة، حيث ورد فيها أن الغاية في هي تأمين حماية منشآت المطار ومعداته تأميناً لحاجات الطيران المدني، حيث تتولى الجهة الملتزمة بزرع الأراضي المحيطة بمدارج المطار بعشبٍ خاص تشبيهاً للرمول وري هذا العشب باستمرار وصيانته.

ومن ينظر بموقع العقار المتاح للنادي باستثماره في لعبة الغولف نجده بعيداً عن مطار بيروت، وأن زرعه لا يفي بالغرض المتمثل بحماية المدرجات والطائرات من الرمول، وأن بين المطار وبين هذا العقار منطقة رملية كبرى وبالتالي فإن الاكتفاء بأن تقوم هذه الجمعية بزراعة أرض تستخدمها بعشب خاص إنما يكون لغاية ممارسة الرياضة التي تمارسها وتحتاج هذا النوع من العشب ولا دور لهذا الزرع في حماية المطار.

وعلى فرض أن المديرية العامة للطيران المدني كانت في الستينات محتاجة إلى تعشيب هذه المنطقة لتقادي العواصف الرملية التي تتكون في هذا العقار وتلحق الأذى بالمطار، فإن كتلة المباني العمرانية التي تكونت لاحقاً ما بين موقع نادي الغولف والمطار تجعل من غير

المبرر الاستمرار بهذا العقد المجحف بحق الدولة لأنه لم يعد من مبرر له وأصبحت الكتل الاسمنتية الموجودة تتلقى الرمول وتعيدها إلى العقار وتحول بينها وبين الوصول إلى حرم المطار، لهذا فإن تغيّر الظروف الواقعية تلزم الإدارة بإلغاء العقد لعدم الجدوى منه ولانتفاء موضوعه وإلا كانت مقصرة ومتهمّة بهدر المال العام.

وما يبرر أيضاً إلغاء العقد واسترداد العقار، ما توصل إليه مجلس شورى الدولة وديوان المحاسبة لناحية ارتكاب النادي مخالفات في تنفيذ العقد، حيث تأكد في اجتهاد لمجلس شورى الدولة أن نادي الغولف اللبناني قد تعدى على أملاك عقارية غير داخلة ضمن التخصيص الممنوح له بموجب العقد الأساسي، وقد جاء في الحكم: "يشغل نادي الغولف مساحة اجمالية ٤٠٩٠٠٠ م.م، تتضمن: ٢١٧٠٠٠ م.م من عقارات المديرية العامة للطيران المدني في منطقة الأوزاعي الشياح؛ ويشغل مساحة ١٣٣٠٠٠ م.م من مساحة العقار ٣٩٠٨ الشياح، الذي يملك منه ١٧٠ سهماً تعادل ٧٢٠٠٠ م.م فقط؛ وقد وضع يده على ٥٩٠٠٠ م.م من أرض العقار ١٨٧٨/الشياح(من الأملاك الخاصة للدولة)، ولقد تبين أن المساحات التي يشغلها النادي تخرج عن نطاق ملكية الدولة، أي العقارين رقم ١٨٧٨/الشياح و٣٩٠٨/الشياح، المثبتة عبر الإفادة العقارية وعبر سكوت النادي عن الجواب على واقعة امتلاكهما والتعدي المسجل في الإفادات العقارية" (م.ش. قرار رقم 211 / 2021-2022 تاريخ ٢٠٢٢/١/١٩ بلدية الغبيري/ نادي الغولف اللبناني). وكذلك أثبت ديوان المحاسبة أن نادي الغولف عمد إلى بناء انشاءات على العقار العائد لمديرية الطيران المدني والعقار 3980 وإن عمله لم يعد مقتصرًا على غرس وزرع الاراضي الواقعة حول مدرج مطار بيروت وإنما بات مستثمرًا لتلك الانشاءات (ديوان المحاسبة الرأي رقم 2012/20 تاريخ 2012/4/4)، كما ورد في تقرير صحفي أن نادي الغولف بنى في العقار مجموعة منشآت من بينها مطعم ومسبح وغيرها (جريدة الأخبار تاريخ 2020/7/15).

### ○ ثالثاً: موقف وزارة الاشغال العامة والنقل

إن وزارة الاشغال العامة والنقل كانت ترى بأن عقد استثمار عقارات من قبل نادي الغولف والتجديدات اللاحقة للعقد هي مخالفة للأحكام القانونية المتعلقة باشغال الأملاك العامة التابعة

للمطار ولغايات استثمارية ولهذا كانت ترفع الملف إلى مجلس الوزراء ليتحمل المسؤولية ويحامي الوزارة من تبعات الموافقة على مشروع غير قانوني.

أبرز موقف لوزارة الأشغال العامة والنقل هو ذلك الذي أبدته في جلسة المجلس تاريخ 2000/6/28 حيث رأت أن عقد استثمار عقارات من قبل نادي الغولف لمدة 15 سنة والتجديدات اللاحقة للعقد هي مخالفة للأحكام القانونية المتعلقة إما:

باشغال الأملاك العامة التابعة للمطار ولغايات استثمارية التي توجب تأجير هذه المساحات بموجب مزايمة علنية ولمدة لا تزيد عن 4/سنوات وفقاً للمادة 25 من قانون رسوم المطارات الصادر بتاريخ 1947/3/19 التي تنص في فقرتها الأخيرة: "... أما سائر المباني والأراضي التي تشغل لغايات أخرى فيجب تأجيرها بالمزاد العلني وفقاً لأحكام القرار عدد 275 تاريخ 25 ايار سنة 1926. وعلى المستأجرين ان يدفعوا رأساً ثمن ما يستهلكونه من ماء وكهرباء".

لأحكام المادة 60 من القرار التشريعي رقم 275 تاريخ 1926/5/25  
لأحكام المادة 30 من قانون موازنة العام 1990 التي قضت بأن تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً ويحظر على أي جهة رسمية ترتيب أي أثر قانوني عليها، جميع الأعمال والتدابير الحاصلة خلافاً للقواعد والأصول المقتضاة قانوناً وخصوصاً عقود البيع أو الوعد به والإيجار المبرم خلافاً للأصول.

قرار مجلس الوزراء تاريخ 1990/6/19  
وطرحت الوزارة ثلاثة خيارات: (عدم الموافقة على تجديد العقد، الموافقة على التجديد لمدة 10 سنوات شرط تعديل بدل الإيجار، أو تشكيل لجنة لدراسة الملف)

#### ○ ثالثاً: موقف اللجنة المكلفة دراسة ملف العقار الذي يشغله نادي الغولف

بعد مطالعة وزارة الأشغال العامة والنقل حول عدم قانونية التجديد ووضعها خيارات ثلاثة نعيد التذكير بها للأهمية (عدم الموافقة على تجديد العقد، الموافقة على التجديد لمدة 10 سنوات شرط تعديل بدل الإيجار، أو تشكيل لجنة لدراسة الملف) لم يقبل مجلس الوزراء بالحلّين الأولين أي عدم تجديد العقد، أو رفع بدل الإيجار السنوي) ووافق بموجب القرار رقم 24 تاريخ

2000/6/28 على تمديد عقد إيجار نادي الغولف لمدة 6 أشهر إضافية وتأليف لجنة مهمتها اقتراح الحلول المناسبة وإعداد مشروع قانون بهذا الشأن.

لم تتمكن اللجنة من انجاز مهمتها بسبب اعتذار رئيسها عن الاشتراك في عملها فقرر مجلس الوزراء بقراره رقم 43 تاريخ 2001/1/3 تمديد فترة الاشغال لمدة 6 أشهر إضافية تنتهي بتاريخ 2001/5/29 وإعادة تشكيل لجنة جديدة مهمتها دراسة القضية واقتراح الحلول المناسبة على أن تضع تقريرها خلال مهلة لا تتجاوز 3 أشهر .

بتاريخ 2001/3/15 قدمت اللجنة تقريرها الذي تضمن وقائع الاشغال منذ العام 1963 وتمديد العقد تبعاً بذات الشروط لغاية 2001/5/29. فاعتبر التقرير أن العلاقة بين الدولة والنادي هي علاقة التزام اشغال عامة ترتكز على قيام النادي بزراعة الأراضي المحيطة بمدارج المطار بعشبٍ خاص تثبيتاً للرمول وري هذا العشب باستمرار وصيانته لقاء الترخيص للنادي باستعمال الأراضي لممارسة رياضة الغولف وسواها من قبل أعضاء النادي الأمر الذي يعني أنها ليست علاقة تأجير بل تخضع برمتها للحق الإداري كما اعتبر أن العقارات المشغولة هي من أملاك الدولة العمومية ولو أن بعضها ما يزال مسجلاً كأملك خاصة. وخلص التقرير إلى ما يأتي:

إما الترخيص للنادي باستمرار الاشغال المؤقت لقاء رسم وفقاً للقرار 1925/144 على أن يستمر في تنفيذ التزام الشغل العام وصيانة المنشأ العام.

إما الترخيص له بالاشغال المؤقت سنة فسنة لقاء رسم رمزي إذا اعتبر الغرض من الاشغال هو للمنفعة العامة وذلك بعد منح النادي صفة المنفعة العامة على أن يستمر في تنفيذ الشغل العام وصيانة المنشأ العام.

إما اعتبار المشروع الذي يتولاه النادي مشروعاً سياحياً وتطبيق أحكام القانون رقم 58 تاريخ 1967/7/5 المتعلق بتنفيذ واستثمار المشاريع السياحية.

تلقت مجلس الوزراء هذا التقرير، واعتمد الحل الثالث المتمثل بأن ما يقوم به نادي الغولف هو مشروع سياحي أي أنه أخرج هذا العقار من إدارة وزارة الاشغال العامة وأناط التقرير بشأن استمرارية العقد بوزارة السياحة، حيث أصدر المجلس القرار رقم 1 تاريخ 2002/5/23 وبناء لطلب وزارة السياحة على تمديد فترة الاشغال المؤقت لمدة 3 أشهر .

لم توافق وزارة الاشغال العامة والنقل على النقطة الأخيرة من الرأي بشأن مدى انطباق أحكام القانون رقم 67/58 ورأت أن الغاية من المنفعة العامة المعلنة بموجب مرسوم استملاك هذه الأراضي هي تأمين حماية منشآت المطار ومعداته تأميناً لحاجات الطيران المدني دون غيرها وأن الالتزام الذي رسا على نادي الغولف عام 1963 كان موضوعه زرع الأراضي المستملكة لتأمين سلامة الطيران المدني ولم يكن موضوع الالتزام السماح بأي اشغال للأملاك العامة وأن الأمر تم عن طريق التلزم وليس عن طريق الترخيص بالاشغال عملاً بأحكام القرار رقم s/144 تاريخ 1925/6/10 وليس هناك أي مرسوم يرخّص لنادي الغولف باشغال الأراضي المذكورة وبالتالي فإن الترخيص بالاشغال على أساس القانون رقم 67/58 لا يمكن تطبيقه على القضية الراهنة وان تطبيق هذا القانون يقتضي استصدار مرسوم آخر بإعلان المنفعة العامة وتحويلها من حماية منشآت المطار إلى غايات سياحية.

بسبب المخالفة الفاضحة التي ارتكبتها اللجنة ومجلس الوزراء والتي كشفت عنها تفصيلاً وزارة الاشغال العامة والنقل، عاد مجلس الوزراء ووافق على مطالعة وزارة الاشغال العامة وقرر بموجب قراره رقم 16 تاريخ 2002/9/26 تمديد فترة اشغال نادي الغولف لعقارات تابعة للمديرية العامة للطيران المدني لمدة أربع سنوات.

#### ○ رابعاً: في عدم صلاحية مجلس الوزراء بتمديد العقد مع نادي الغولف

بمعزلٍ عن الأسباب الواقعية المشار إليها في البند ثانياً والتي تبرر استرداد العقار لأن كافة المعطيات الواقعية تقود إلى نتيجة وحيدة هي عدم تجديد العقد أو تحصيل حقوق الدولة، لأنه ليس مقبولاً في كل طلب تجديد أن تتذرع إدارة النادي بأنها تتكبّد مليارات الليرات كلفة التعشيب، بحيث تكون هذه الكلفة هي السبب الذي يستند إليه مجلس الوزراء من أجل اعفاء النادي من تسديد أي رسوم، حيث ظهر هذا التعليل أكثر وضوحاً في حيثيات قرار مجلس الوزراء رقم 41 تاريخ 2018/1/11 الذي وافق على تجديد عقد اشغال نادي الغولف اللبناني عقارات تابعة للمديرية العامة للطيران المدني لمدة سبع سنوات مع بدل اشغال تصاعدي ابتداءً من خمسة وسبعون مليون ليرة في السنة الأولى وصولاً إلى مئتين وخمسين مليون ليرة في السنة السابعة على أن يعود لوزير الاشغال العامة والنقل تحديد البديل للسنوات المقبلة.

واللافت أن مجلس الوزراء قد استند في قراره إلى العرض المقدم من الهيئة الإدارية لنادي الغولف الذي تضمن طلب تجديد عقد اشغال النادي للعقارات المذكورة لمدة تتراوح بين سبع وعشر سنوات مع بدل اشغال تصاعدي ابتداءً من خمسين مليون ليرة في السنة الأولى وصولاً إلى مئتين وخمسين مليون ليرة في السنة العاشرة. حيث أبدى النادي بأن اشغاله للعقارات مستقر منذ العام 1963 هو في الواقع تليزيم للنادي لزراعة الأراضي الرملية بالأعشاب والأشجار وصيانتها ورّيها بمقابل الترخيص للنادي بممارسة رياضة الغولف. وأن الحديث عن بدل مالي لقاء اشغال النادي لتلك العقارات هو في غير محله من حيث التوصيف القانوني لأن البديل الحقيقي هو التكلفة المرتفعة التي يتكبدها النادي للصيانة والري وأجور المستخدمين ونفقات التشغيل المختلفة بمقابل الواردات المتواضعة التي يحققها باعتباره ليس شركة ربحية وإنما جمعية لا تحقق أرباحاً ولا توزعها.

إن تبني مجلس الوزراء لطرح نادي الغولف يتناقض مع أجوبة الدولة المدلى بها أمام مجلس شورى الدولة لكي تبطل حجة أصحاب العقارات المستملكة باستعادة عقارهم، حيث أكدت الدولة بأنها ترغب بإحداث تجهيزات ومنشآت فنية لاسلكية وعواميد للإرشاد واسلاك تحت الارض وزرع العشب لمنع تطاير الرمول على مدارج المطار كما ان الدولة تتوي التوسع في المستقبل بإحداث منشآت اضافية على هذه العقارات واستعمالها بكاملها تباعاً وفاقاً لاتساع اعمال المطار ومستلزمات التطورات الفنية في حق الطيران (مجلس القضايا قرار رقم 73 تاريخ 1993/1/25 الشيخ بطرس الخوري وشارل كتانة/ الدولة - وزارة الاشغال العامة والنقل). ولولا هذا التأكيد من الدولة على أنها سوف تستعيد العقار وتستخدمه في شؤون متصلة بمطار بيروت الدولي، لكان للمجلس موقفاً آخر من منحى القضية، ولكنه أخذ الدولة على محملٍ حسنٍ وأنها تنوي فعلياً استعمال هذه العقارات للمنفعة العامة.

لم تلتزم الدولة بكلمتها وما أدلت به أن العقد مع نادي الغولف هو عقد مؤقت، وأنها ترغب بتنفيذ المشروع الذي بسببه استمكنت هذه العقارات، وللأسف فإن كل مؤقت هو دائم ولم نجد ترخيصاً باشغال مؤقت جرى استرداده بل لا زالت كافة التراخيص الممنوحة منذ عشرات السنين حتى يد المستثمرين دون أن تعمد الإدارات العامة إلى استرداد العقارات أو رفع بدل الاشغال.

لذا يطرح السؤال متى ينتهي هذا الاشغال المؤقت وقد بلغت مدته 60 عاماً، ألم يحن الوقت لوضع حدٍ له وتنفيذ المشاريع التي استملك العقار من أجلها؟؟.

ومن الغريب أن مجلس الوزراء لا يعلم طبيعة اشغال نادي الغولف للعقارات المستملكة، حيث لم تستقر قرارات مجلس الوزراء على تحديد هذا النوع، فتارة استخدم مصطلح اتفاق بالتراضي، أو عقد إيجار، أو عقد الاشغال المؤقت، أو فترة استثمار الأراضي التابعة للمديرية العامة للطيران المدني، أو استثمار عقارات تابعة للمديرية العامة للطيران المدني، أو عقد اشغال نادي الغولف لعقارات تابعة للمديرية العامة للطيران المدني.

لكن من الناحية القانونية البحتة، فإن تعيين طبيعة العقد والوسيلة المناسبة لتقرير إبرامه تتوقف على معرفة طبيعة العقار الذي يشغله نادي الغولف:

**إذا كان هذا العقار من أملاك الدولة العامة:** فإن الترخيص باشغاله يجب أن يحصل بموجب مرسوم بناء لاقتراح وزير الاشغال العامة والنقل وذلك بالاستناد الى القرار التشريعي رقم 144 تاريخ 1925/6/10، حيث تنص المادة /4/ منه على أن " تُعتبر الأملاك المذكورة في المادة الأولى والمادة الثانية تابعةً للأملاك العمومية الوطنية أو للأملاك العمومية البلدية حسب تخصيصها للمنفعة الوطنية أو للمنفعة البلدية...". وعليه، فإن تخصيص عقارٍ معين للمنفعة العامة أي لاستعمال مصلحةٍ عمومية من شأنه أن يؤدي إلى إسباغ صفة الملك العام على العقار المذكور. ثم عملاً بأحكام المادتين 14 و16 من القرار التشريعي رقم S/144 السالف الذكر، للدولة أن ترخص على أملاكها العمومية بصفة مؤقتة ومقابل رسمٍ معين، باشغال قطعةٍ من هذه الأملاك العمومية (م.ش. قرار رقم 2021/221-2022 تاريخ 2022/1/25 شركة تي. دي. بي. للخدمات ش.م.م./ بلدية بيروت) وهذا الترخيص بالنسبة للأملاك الدولة العامة إنما يتم بموجب قرار من رئيس الدولة (أي بموجب مرسوم).

علماً أن لجوء الإدارة إلى الترخيص باشغال أملاكها العامة فإنها لا تكون مقيدة بعرضٍ مالي معين بل تفرض الشروط والعائدات التي تجدها مناسبة، وهذا ما أفتت به هيئة التشريع والاستشارات في وزارة العدل: " للدولة ان ترخص باشغال أملاكها العامة بصورة مؤقتة وقد حددت المادة 16 وما يليها من القرار 144 الأصول الواجب اتباعها في مثل هذه الحالة. وعلى هذا الاساس يكون من حقها ان تجيز للشخص الذي تختاره وضمن الشروط التي

تحدها، استثمار المطعم في مطار بيروت الدولي، لا بل قد يكون من الافضل عدم اللجوء الى المزايدة من اجل اختيار شخص للمساهمة في تسيير مصلحة عامة كاستثمار مطعم المطار تتوفر فيه الضمانات اللازمة، لانه عن طريق المزايدة تقيد الادارة نفسها سلفا باختيار من يعرض زيادة في الاسعار ولو ضئيلة جدا وان لم تتوفر فيه سائر الضمانات التي تكفل حسن سير المصلحة العامة التي سيوكل اليه امر المساهمة بها (هيئة التشريع والاستشارات الرأي رقم 17/ر/1960 تاريخ 1960/2/8).

إذا كان هذا العقار من أملاك الدولة الخاصة، فإن تأجيره يجب أن يتم بموجب مزايدة علنية ولمدة لا تزيد عن 4/سنوات وفقاً للمادة 25 من قانون رسوم المطارات الصادر بتاريخ 19/3/1947 التي تنص في فقرتها الأخيرة: ... أما سائر المباني والأراضي التي تشغل لغايات أخرى فيجب تأجيرها بالمزاد العلني وفقاً لأحكام المادة 60 القرار عدد 275 تاريخ 25 ايار سنة 1926. على أن الإدارة غير ملزمة بنتيجة المزايدة إذا جاءت نتيجتها محجفة بحق الإدارة وإلا يمكن ملاحقة المسؤول عن قبول هذه المزايدة المحجفة بجرم هدر المال العام.

استناداً لما تقدّم، فإن الإجازة لنادي الغولف بالاستمرار باشغال الأراضي التابعة للمديرية العامة للطيران المدني، يجب أن يحصل إما بموجب مزايدة عمومية أو بموجب مرسوم يصدر عن رئيس الجمهورية، ولا دور لمجلس الوزراء في تمديد فترة الإجازة باشغال العقارات تحت أي ذريعة أو ظرف.

**○ خامساً: إن قرارات مجلس الوزراء بتمديد فترة اشغال نادي الغولف لعقارات تابعة للمديرية العامة للطيران المدني، إنما هي قرارات غير مشروعة صادرة عن سلطة غير مختصة**

وفق الدستور، فإن مجلس الوزراء هي السلطة المناط بها تنفيذ القوانين، حيث جاء في المادة 65 من الدستور أن مجلس الوزراء يضع القرارات اللازمة لتطبيق القوانين ويسهر على تنفيذ القوانين والأنظمة. ولهذا كان الضابط الأساس لعمل مجلس الوزراء هو الالتزام بالقانون وعدم مخالفته، إعمالاً لمبدأ كبرى ترعى عمل السلطات الدستورية وفي طبيعتها مبدأ المشروعية ومبدأ فصل السلطات وقاعدة تدرج القواعد القانونية.

وقضى مجلس شورى الدولة أنه: "عندما تتولى السلطة الإجرائية تحديد أصول تطبيق القانون على اوضاع معينة، سواء قامت بذلك بناء على تفويض المشرع او بصورة تلقائية استناداً الى سلطتها الدستورية في إصدار المراسيم التنظيمية، فإنها تبقى ملزمة بتكييف أحكام القانون من اجل تطبيقها على تلك الأوضاع من دون مخالفة المبادئ التي وضعها المشرع (م.ش. قرار رقم 16 تاريخ 2003/10/06 نقابة مستخدمي وعامل مصلحة مياه بيروت/ الدولة).

لهذا وعملاً بقاعدة تسلسل النصوص القانونية، لا يجوز ان يلغي قرار إداري صلاحية ممنوحة بموجب القانون. لذا فإن إلقاء المستدعية بأن المحافظ ملزم بتنفيذ قرار الوزير (بتمديد المهل الإدارية لمحطات المحروقات المخالفة) يكون مردوداً بالاستناد إلى المبادئ الدستورية والمبادئ العامة التي تشكل أساساً للدولة والمتعلقة بمهمتها الأساسية وهي احترام القانون وتطبيق أحكامه بدقة (م.ش. قرار رقم 628 تاريخ 2001/7/11، سمر الشاكر/ الدولة، م.ق.إ. 2004 ص 966).

لكن واقعاً لم تكن اعمال مجلس الوزراء بهذه المثالية، حيث كان المجلس يشكّل غطاءً لكلّ جهة إدارية أو وزارة ترغب بمخالفة القانون، فما عليها سوى أن ترفع الملف إلى مجلس الوزراء من أجل التقرير في موضوع خلافاً للقوانين المرعية الإجراء. وهذا التصرف بدا واضحاً في قضية تمديد عقد اشغال نادي الغولف لعقارات عائدة للمديرية العامة للطيران المدني، حيث أن وزراء الاشغال كانوا يرفعون ملف التمديد إلى مجلس الوزراء بموجب كتاب يعلنون أن هذا التمديد غير قانوني. وطالما أن الوزراء يعرفون أن التمديد غير قانوني فلماذا يعمدون إلى رمي هذا الأمر على مجلس الوزراء !!؟،

إن وزراء الاشغال المنوط بهم وفق المادة 66 من الدستور: "تطبيق الأنظمة والقوانين كل بما يتعلق بالأمور العائدة إلى إدارته وبما خص به"، يفترض بهم أن لا يوافقوا على معاملة تمديد عقد اشغال عقارات تابعة للوزارة بعد علمهم اليقيني أن تمديد هذا الاشغال هو غير قانوني. وهم إذ يفعلون ذلك فهم شركاء لمجلس الوزراء في مخالفة القانون ويتحملون إفرادياً تبعه هذه الإحالة.

وما يؤكد أنه لا يجوز لمجلس الوزراء مخالفة القوانين، وأنه لا يحق له أن يقرر في مسألة تمديد عقد انتهت مدته خلافاً لأصول التمديد المحددة في القانون، هو أن مجلس شورى الدولة قد أبطل قرارات مجلس الوزراء التي تجاوزت أحكام القانون، وكذلك كان موقف هيئة التشريع والاستشارات في وزارة العدل، ونذكر منها الآتية:

#### ♦ الاجتهاد الأول:

إن القواعد التي تحدّد في نطاق الحق العام الأشخاص أو الهيئات التي تملك إبرام التصرفات العامة والتي على أساسها نستطيع معرفة النطاق الذي يحدّد نشاط الإدارة المترتبة عليه التزامات معينة لم تلحظ لمجلس الوزراء ووزير الثقافة اختصاص "تجميد الملكية الفردية" في قانون الآثار الصادر بالقرار رقم 166/ل.ر. وأن القرارات المطعون فيها مبنية، استناداً الى ما تقدّم، على شائبة عدم الاختصاص العادي، وصادرة عن مرجعين لا يملكان صلاحية إصدارها (وهما وزير الثقافة ومجلس الوزراء)، إذ تشكل قرارات بحظر الهدم، وليس في أيّ من القوانين المرعية الإجراء والمبيّنة أعلاه لا سيما في المادتين 23 و30 من قانون الآثار الصادر بالقرار رقم 166/ل.ر. تاريخ 1933/11/7 المتعلق بنظام الآثار القديمة والمنظمة حفظ الأبنية الأثرية واللتين تحتّم صدور مرسوم ترعاه نصوص خاصة، ما يسمى تجميد الهدم خارج إطار الأصول المحددة أعلاه، ووجود عيوب قانونية تقضي جميعها الى إبطالها (م.ش. قرار رقم 2015/780-2016 تاريخ 2016/7/4 نخلة إدمون هاشم/ الدولة- رئاسة مجلس الوزراء ووزارة الثقافة).

#### ♦ الاجتهاد الثاني:

"يتبين أن الحكومات المتعاقبة اعتمدت السياسة عينها في ما يتعلق بقطاع المقالع والكسارات، إذ منحت مراراً وتكراراً مهلاً إدارية للمقالع والكسارات العاملة خلافاً لأحكام المرسوم رقم 2002/8803، الأمر الذي شكّل طريقة غير مباشرة لتأمين غطاء شرعي، مخالف للأنظمة المرعية الإجراء، يكون بديلاً للمبدأ العام الذي هو الترخيص القانوني، ويتيح لمؤسسات لم تستحصل على ترخيص قانوني أو لا تستوفي الشروط المفروضة قانوناً، متابعة استثمارها رغم ذلك. وبما أن منح المقالع والكسارات العاملة خلافاً للمرسوم رقم 2002/8803 مهلاً إدارية

دون وجود نصّ في متن المرسوم المذكور يتيح ذلك، بل رغم وجود نصوص تمنع ذلك، يشكّل مخالفةً للأنظمة المرعية الإجراء وللمبادئ العامة المطبّقة على المحلات المصنفة، وسبق لهذا المجلس أن أبدى موقفه بموجب قراراتٍ سابقة (قرار رقم 2020/144-2021 تاريخ 2021/3/23، جورج العيناتي وروجيه حداد/الدولة، غير منشور) وفضلاً عمّا تقدّم، فإنّ عدم وجود نصّ يسمح بمنح المهل الإدارية يستتبع حكماً عدم وجود مرجع صالح لاتخاذ مثل هذا القرار، سواءً كان مجلس الوزراء أو المجلس الوطني للمقالع والكسارات". وخلص مجلس شورى الدولة إلى إبطال قرار مجلس الوزراء الصادر بتاريخ 2019/8/10، والمتضمن السماح بالعمل في المقالع والكسارات العاملة خارج نطاق المرسوم رقم 8803 تاريخ 2002/10/4 خلال مهلة شهر من تاريخه "(م.ش. قرار رقم 210 / 2021-2022 تاريخ 2022/1/19 اتحاد بلديات الكورة/ الدولة- مجلس الوزراء).

#### ♦ الاجتهاد الثالث:

"إن تأجير أملاك الدولة لا يخضع للنصوص المتعلقة بالتمديد ولا لتلك التي تلحظ تعويضاً للإخلاء، ان القوانين المتعلقة بأملاك الدولة قوانين خاصة متعلقة بالانتظام العام وتفسر بالتالي حصراً. وفي غياب نص خاص مخالف تعين مدة تأجير أملاك الدولة بالاستناد الى الفقرة الاولى من المادة 60 من القرار 1926/275 التي حددتها بأربع سنوات. لذا فان كافة المساحات المخصصة لمطار بيروت لا يمكن تأجيرها لمدة تجاوز الاربع سنوات بغياب النص الخاص الذي يحدد خلاف المدة المذكورة (استشارة رقم 2017/1021 تاريخ 2017/11/29 عرض وزارة الاشغال العامة والنقل لطلب شركة فينيسيا آر-رينتا-باك تطبيق أحكام متعلقة بمدة الاستثمار الواردة في عقود استثمارية مماثلة).

**بخلاصة القول:** إن قرارات مجلس الوزراء بتمديد فترة اشغال نادي الغولف لعقارات عائدة للمديرية العامة للطيران المدني، إنما هو قرار مخالف للأصول وصادر عن سلطة غير مختصة، ما يقتضي إعمال المفاعيل القانونية المترتبة على هذا التصرف غير المشروع.

○ سادساً: بطلان قرارات تمديد عقود اشغال نادي الغولف لعقارات عائدة للمديرية

### العامه للطيران المدني

أثارت وزارة الاشغال العامة والنقل عدم قانونية التمديد لنادي الغولف بأشغال لعقارات عائدة للمديرية العامة للطيران المدني، واستندت في تقرير هذا البطلان لأحكام المادة 30 من قانون موازنة العام 1990 التي قضت بأن تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً ويحظر على أي جهة رسمية ترتيب أي أثر قانوني عليها، جميع الأعمال والتدابير الحاصلة خلافاً للقواعد والأصول المقتضاة قانوناً وخصوصاً عقود البيع أو الوعد به والإيجار المبرم خلافاً للأصول.

وبالعودة إلى النص الحرفي للمادة 30 من القانون رقم 14 تاريخ 1990/8/20 نجد أنها نصّت على أنه: "تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً ويحظر على اية جهة رسمية ترتيب اي اثر قانوني عليها، جميع الاعمال والتصرفات والتدابير الحاصلة خلافا للقواعد والأصول المقتضاة قانوناً وبصورة خاصة ما يلي:

أ- عقود البيع او الوعدية والايجار المبرمة خلافا للأحكام والأصول المحددة لها.

ب- ..

ج- الاشغال المؤقت للأملك العامة او البلدية واستثمارها خلافا للأصول وكان حاصلها بمقتضى ترخيص من المرجع المختص.

تكمن أهمية هذه المادة أنها قضت بالبطلان المطلقة على التصرفات القانونية التي تتخذها الإدارة وتكون صادرة خلافاً للقواعد والأصول المقررة قانوناً، وخصّت بالبطلان المطلق العقود والقرارات المتخذة لإجازة اشغال الأملاك العامة خلافاً للأصول.

لقد أمّنت هذه المادة حماية خاصة للأملاك العامة، نازعة أي إمكانية لتسوية أوضاع هذه المخالفات والتعدييات أو تبرير استمراريتها أيّاً كانت الهيئة التي أقرّت بهذه المخالفات وغضّت النظر عنها.

إن هذه المادة وبالرغم من مرور أكثر من 33 عاماً على إقرارها في قانون موازنة عامة، فإنها لا زالت محل تطبيق الاجتهاد، بحيث لا يتردد بإعلان بطلان أي قرار أو عقد يكون صادراً خلافاً للأصول القانونية.

ولا يقتصر تطبيق هذه المادة على مجلس شوري الدولة، بل نرى أن ديوان المحاسبة يعلن أيضاً بطلان العقود سناً للمادة 30 المذكورة، حيث أفتى الديوان بأن المادة 30 من قانون موازنة عام 1990 والتي جاءت عامة وشاملة بتعاييرها ومضمونها اذ نصت على انه تعتبر باطله بطلاناً مطلقاً ويحظر على أية جهة رسمية ترتيب أي اثر قانوني عليها جميع الأعمال والتصرفات والتدابير الحاصلة خلافاً للقواعد والأصول المقتضاة قانوناً... واستناداً لهذا النص يتمتع على اية جهة رسمية ترتيب أي اثر قانوني على هذا النوع من التصرفات ولا يمكن ان يصبح العقد المخالف للتدابير والأصول القانونية سناً قانونياً للدفع(ديوان المحاسبة، الرأي رقم 2001/44 تاريخ: 6/ 4/2001). كما أفتى بأن التعاقد في حالات الامتياز دون الاستحصال مسبقاً على قانون يجيز ذلك يجعل العقد الحاصل باطلاً بطلاناً مطلقاً ويرى بعض الفقه اعتماده عديم الوجود وهذا ما كرسته المادة 30 من قانون موازنة 1990. ولئن كان العقد الذي تبرمه الادارة دون الحصول على الاذن السابق يعتبر معدوماً من الناحية القانونية وبالتالي لا يستطيع المتعاقد ان يتمسك به بمواجهة الادارة (ديوان المحاسبة الرأي رقم: 2000/20 تاريخ : 18/2/2000).

وكذلك كان مجلس شوري الدولة صارماً في تطبيق المادة 30 المذكورة، ف قضى بإبطال القرار الذي يجيز اشغال واستثمار أملاك عامة بحرية، معللاً حكمه ب: "الدلالة الصريحة والقاطعة للنص القانوني (المادة 30 المذكورة) ومشمولاً بأحكامه ومفاعيله التي تطال جميع الاعمال السابقة لصدوره فترتب بطلانها المطلق حال ثبوت حصولها خلافاً للقواعد والأصول المقتضاة قانوناً. وإن الموافقات السابقة على اصدار القرار المطعون فيه لا تتعدى الاعمال التحضيرية ولا تعدل في ضرورة استصدار مرسوم لإجازة اشغال الأملاك العامة البحرية. ولا يمكن التذرع بالظروف الاستثنائية لأنها لا تغني أيضاً عن وجوب صدور المرسوم آنف الذكر بدليل النص الصريح الوارد في الفقرة ب من المادة 30 والتي اكدت على اقتضاء مرسوم يجيز الاشغال الامر الذي يفيد بان المشتري كان واضحاً باشتراط المرسوم تحت طائلة البطلان منعا وتلافياً لإمكانية الاعتداد بهذه النظرية او غيرها"(م.ش. قرار رقم 98/409-99 تاريخ 24/3/1999، د. جورج معريس ورفاقه/الدولة والشركة العقارية للإنشاءات السياحية). وفي حكم آخر قضى المجلس بأن: "اجازة البلدية المستدعى ضدها اشغال العقار (من الأملاك

العامة) هو قرار عديم الوجود وعديم الاثر نظراً لجسامة التجاوز الحاصل من قبل البلدية في هذا الشأن الذي يصح انزاله منزلة اغتصاب للسلطة Usurpation de pouvoir. وما يؤكد المنحى آنف الذكر في وصف القرار هو النص الذي جاءت فيه المادة 30 فقرة ج من قانون موازنة 1990 من انه: «تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً ويحظر على اية جهة رسمية ترتيب اي اثر قانوني عليها جميع الاعمال والتصرفات الحاصلة خلافا للقواعد والأصول المقتضاة قانوناً وبصورة خاصة ما يلي..... ج- الاشغال الموقت للأمالك العامة او البلدية او استثمارها خلافا للأصول وكان حاصلًا بمقتضى ترخيص من المرجع المختص...» (م.ش. قرار رقم 58 تاريخ 1993/11/4، المهندس نبيل جرمانوس/ بلدية جونية. م.ق.إ. 1995 ص 39..

ومؤخراً قضى مجلس شورى الدولة: "ان الجهة المستدعية لا تحوز مرسوماً يجيز لها استثمار الأملاك العامة المقابلة لها، وان قانون موازنة العام 1990 رقم 90/30 الغى كل التراخيص غير القانونية التي سبقت صدوره وحظر على اي جهة رسمية ترتيب اي اثر قانوني عليها وذلك في ما يتعلق باشغال الأملاك العامة البحرية الحاصلة دون مرسوم يجيزها، ولا يترتب للشاغل الفعلي بصورة غير قانونية اي حق مكتسب مهما كانت مدة اشغاله"، ثم قرر المجلس في هذا الحكم الكشف عن مبدأ أن: "حماية الملك العام هو المبدأ الأساسي الذي يسود جميع الأحكام القانونية المتعلقة بالملك العام واشغاله، وأن موجب حماية الملك العام إلزامي وله طابع دستوري" (م.ش. قرار الرقم 2014/242-2015 تاريخ 2014/12/18، سلطنة فرنجية وآخرون/ وزارة الداخلية والبلديات).

#### ○ استناداً إلى ما تقدم نخلص إلى ما يأتي:

إن قرارات التمديد لنادي الغولف باشغال عقارات عائدة للمديرية العامة للطيران المدني، هي باطلة بطلاناً مطلقاً لصدورها عن سلطة غير مختصة.  
إن مجلس الوزراء لا يملك سلطة مخالفة القانون أو الاجازة للوزراء ابرام صفقات بصورة مخالفة للأصول القانونية.

إن الموجب الدستوري المفروض على وزير الاشغال العامة والنقل بحماية الملك العام يوجب عليه الامتناع عن رفع ملف تمديد عقد نادي الغولف على مجلس الوزراء لعلمه أن هذا

المجلس ليس مختصاً بالبت في هذه القضية. وعليه اتباع الأصول القانونية في التعاطي مع هذا الملف إما عبر استصدار مرسوم اشغال أملاك عامة تحدد فيه رسوم الاشغال، أو اطلاق مزايمة عامة في حال كان متوقفاً منها تحقيق إيرادات وازنة للخزينة أو استرداد العقار كما وعدت وزارة الاشغال العامة في لوائحها المقدمة إلى مجلس شورى الدولة واستخدامه لغاية متصلة باحتياجات المطار الفنية.

لا يجوز الاستمرار بتبرير الصفقة على تكليف النادي بزرع العشب وريه بالماء لأن هناك استحالة مادية وواقعية بتضرر المطار من رمال تتطلق من آخر منطقة الجناح وتقطع المناطق السكنية لتخلق الضرر بالمطار، وعلينا البحث عن سبب منطقي يقبله العقل لتبرير هذا التمديد. من المناسب تعميم الأحكام الواردة في هذه الدراسة على كافة المشاريع المشابهة التي تخلت فيها الدولة عن أملاكها للغير ولعشرات السنين بالمجان والعمل على تطبيق القوانين وفق الضوابط والمعايير التي تضعها، والتوقف عن هدر الأموال العامة لأسباب واهية وغير جدية.

**الدراسة الثانية:**

**الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا في المملكة العربية  
السعودية: طبيعته القانونية، أحكامه وإجراءاته**

د. جوزف رزق الله

أضحى ديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية بعد التعديلات الأخيرة<sup>(1)</sup> هيئة قضائية مستقلة تسعى إلى تحقيق العدل والإنصاف من خلال الرقابة القضائية الفاعلة على الأعمال الإدارية. ويتم ذلك عن طريق الدعاوى المرفوعة أمامه لضمان حسن تطبيق الأنظمة واللوائح المقررة وكذلك تطوير آليات التواصل مع جهات الإدارة بتمكينها من وسائل التظلم من قرارات وأعمال الإدارة المشوبة بعدم الاختصاص أو وجود عيب في الشكل أو السبب أو مخالفة النظم واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استخدام السلطة بما يكفل تحقيق العدل واسترداد الحقوق وردّ المظالم لأهلها. ويلاحظ أن المنظم السعودي استخدم مصطلح "الاعتراض على الحكم"، ولكن يتبين أن ما قصده بذلك هو "الطعن بالحكم" الموازي لمراجعة النقض المعتمدة في التشريعات الأخرى كفرنسا ولبنان.

وقد أحدث النظام الجديد لديوان المظالم لعام 1428 هـ. (الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/78) المؤرخ في 19 رمضان 1428 هجرياً) نقلة نوعية في إعادة تنظيم القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية<sup>(2)</sup> وأقرّ تعديلات جوهرية في بنيته وهيئاته القضائية وذلك عبر

(1) صدر نظام ديوان المظالم الجديد بالمرسوم الملكي رقم (م/78) وتاريخ 19 رمضان 1428 هجرياً (2007/10/1 ميلادي)

(2) ضمن الباب الثالث المعنون محاكم الديوان أتى الفصل الأول منه صراحة تحت عنوان ترتيب المحاكم مستهلاً بالمادة الثامنة التي أشارت إلى أن محاكم الديوان تتكون من المحكمة الإدارية العليا ومحاكم الاستئناف الإدارية والمحاكم الإدارية وعلى أنه يجوز لمجلس القضاء الإداري إحداث محاكم متخصصة أخرى بعد موافقة الملك.

استحداث مجلس للقضاء الإداري وتحويل فروع الديوان إلى محاكم إدارية، وإنشاء محاكم إدارية في باقي مناطق المملكة وكذلك تحويل هيئة التدقيق بالديوان إلى محكمة استئناف إدارية بمدينة الرياض، وإنشاء محاكم استئناف إدارية بمحافظات جدة والدمام وأبها والمدينة المنورة. وقد تبلورت الملامح الجديدة للقضاء الإداري السعودي من خلال ترشيح هذا القضاء وجعله مختصا حصرا بالمنازعات التي تكون الإدارة طرفا أسوة بدول أخرى فتم اخراج القضائين التجاري والجزائي من نطاق ولايته وتحويلهما الى القضاء العدلي. كما أن التنظيم الجديد لديوان المظالم تضمن هيكلياً جديدة للمحاكم النازرة في المنازعات الإدارية. فأصبح التقاضي على درجتين كما أنه استحدث محكمة إدارية عليا على رأس الهرم القضائي للديوان كجهة اعتراض على الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف. وهذه المحكمة العليا لم يكن لها وجود في نظام ديوان المظالم لعام 1402 هجري.

ونشير إلى أنه في ظل نظام الديوان لعام 1428 هجري أصبح الديوان يباشر مهامه واختصاصاته القضائية من خلال المحاكم<sup>(1)</sup>. فقد نصت المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم لعام 1428 هجري على المحاكم التي يتألف منها ديوان المظالم وترتيبها بحيث أنها تتدرج من محاكم إدارية الى محاكم استئناف إدارية لنصل الى المحكمة الإدارية العليا. وقد أشارت المادة التاسعة من نظام الديوان الى أن هذه المحاكم تباشر اختصاصاتها من خلال دوائر متخصصة، فتتألف دوائر المحكمة الإدارية العليا كغيرها من المحاكم الإدارية والاستئنافية من ثلاثة قضاة. وقد ورد في المادة العاشرة من هذا النظام أن مقر المحكمة الإدارية العليا يكون في مدينة الرياض، وتتألف من رئيس وعدد كاف من القضاة بدرجة رئيس محكمة استئناف. ويسمى رئيس المحكمة الإدارية العليا بأمر ملكي، وتكون درجته بمرتبة وزير، ولا تنهى خدمته إلا بأمر ملكي. ويشترط أن تتوافر فيه الشروط المطلوبة لشغل درجة رئيس محكمة استئناف وعند غيابيه ينوب عنه أقدم قضااتها. ويسمى أعضاء المحكمة الإدارية العليا بأمر ملكي، بناء على اقتراح مجلس القضاء الإداري. ويكون للمحكمة الإدارية العليا هيئة عامة برئاسة رئيس المحكمة نفسها، وعضوية جميع قضااتها، وتتعد الهيئة برئاسة الرئيس أو نائبه، ولا يكون انعقادها

---

(1) كما تم بمقتضى المادة الرابعة من نظام ديوان المظالم لعام 1428 هجري انشاء مجلس القضاء الإداري، وإيلائه بمقتضى المادة الخامسة منه اختصاصات مماثلة لاختصاصات المجلس الأعلى للقضاء الواردة في نظام القضاء.

نظاميا إلا إذا حضره ثلثا أعضائها على الأقل بمن فيهم الرئيس أو من ينوب عنه، وتصدر قراراتها بأغلبية أعضائها (الفقرة الثالثة من المادة العاشرة من نظام الديوان).

وتتولى الهيئة المذكورة ما تتولاه هيئة المحكمة العليا (المادة 13 من نظام القضاء):

- تقرير مبادئ عامة في المسائل المتعلقة بالقضاء.

- النظر في المسائل التي ينص هذا النظام أو غيره من الأنظمة على نظرها من قبل

الهيئة.

- بالإضافة الى ما ورد في المادة العاشرة الفقرة الرابعة من نظام الديوان، تتولى الهيئة:

- الفصل في رأي احدى دوائر المحكمة بالعدول عن مبدأ مقرر في حكم صادر عنها أو

عن احدى دوائر المحكمة بموجب احالة من رئيس المحكمة (الفقرة الرابعة من المادة العاشرة من نظام الديوان).

فإذا رأت إحدى دوائر المحكمة الإدارية العليا، عند نظرها أحد الاعتراضات، العدول عن

مبدأ تقرر في حكم صادر عنها أو عن إحدى دوائر المحكمة، تعين على الدائرة رفع الاعتراض

إلى رئيس المحكمة، ليحيله إلى الهيئة العامة للمحكمة للفصل فيه.

وقد طرح استحداث هذه المحكمة وتسميتها بالمحكمة الإدارية العليا تساؤلات عديدة حول

دورها، تتمحور حول المسائل التالية:

- ان لناحية النظام الإجرائي الذي يخضع له الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا

وطبيعته القانونية ومدى امكانية اعتباره بمثابة مراجعة نقض وأيضاً حدود وماهية دور هذه

المحكمة كرأس هرم ديوان المظالم السعودي لناحية التصدي للوقائع والبت بالمسائل القانونية

وفي اجراء رقابتها على أحكام المحاكم الإدارية الاستئنافية،

- أم لناحية غاية هذه المراجعة وخصائصها ومبادئها في ظل وجود مراجعة تحمي

المشروعية هي مراجعة الإلغاء أمام ديوان المظالم السعودي المماثلة الى حد ما لمراجعة

الإبطال لتجاوز حد السلطة أمام مجلس شورى الدولة في لبنان، ومجلس الدولة المصري

والفرنسي.

أما الإشكالية فتتناول طبيعة الاعتراض القانونية أمام المحكمة الإدارية العليا كمرجع

قضائي أعلى للرقابة على أحكام محاكم الاستئناف الإدارية، وخصائص هذا الطعن الاستثنائي

والوسائل القانونية والاجرائية التي يتيحها للمحكمة الإدارية العليا في دورها الطبيعي في الحفاظ على مبدأ المشروعية وحماية الحريات والحقوق الفردية من جهة وتأمين التناسق ووحدة المبادئ والقواعد القانونية المطبقة من قبل المحاكم الاستئنافية الإدارية من جهة أخرى.

سيتم توضيح مبادئ وإجراءات الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا في ديوان المظالم السعودي، والتطرق أدناه إلى شروط قبول الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا (الفقرة الأولى)، والأسباب التي يقوم عليها الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا (الفقرة الثانية)، وإلى الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا ومفاعيله وطرق الطعن (الفقرة الثالثة).

#### ○ الفقرة الأولى: شروط قبول الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا

تخضع مراجعة الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا لشروط لا بد من توافرها. سوف يتم التطرق إلى كل فئة من هذه الشروط في نبذة على حدة: في نبذة أولى في الأحكام القابلة للاعتراض، وفي النبذة الثانية الشروط المتعلقة بالخصوم، وفي النبذة الثالثة الشروط المتعلقة بمهلة المراجعة، وفي النبذة الرابعة شروطها الاجرائية وشكلياتها.

#### • النبذة الأولى: الشروط المتعلقة بالأحكام القابلة للاعتراض

حدّدت المادة الحادية عشرة من نظام ديوان المظالم اختصاص المحكمة الإدارية العليا، فأشارت بأنها تختص "بالنظر في الاعتراضات على الأحكام التي تصدرها محاكم الاستئناف الإدارية". ويتبين من ذلك أن الاختصاص الرئيسي لهذه المحكمة، هو النظر في الاعتراضات التي يشترط لقبولها أمام المحكمة الإدارية العليا أن يكون محل الطعن أحكاماً قضائياً دون غيرها من أعمال الإدارة القضائية<sup>(1)</sup> أو غيرها من القرارات التي لا تكون لها خاصية الحكم ومميزاته. ويقضي أيضاً أن تكون هذه الأحكام صادرة عن محكمة الاستئناف الإدارية، وتبعاً لذلك لا يجوز الطعن في الأحكام الابتدائية التي لم تنقض مهلة استئنافها ولكنها لم تستأنف بعد، أو تلك التي قوت المحكوم عليه مهلة استئنافها فأضحت نهائية.

(1) ويعتبر من قبيل هذه الأعمال توزيع العمل بين دوائر المحكمة، أو القرار المتعلق بفتح المحاكمة وخلافه...

ويشار الى أنه وفقا للقواعد الاجرائية العامة المتعارف عليها والمعمول بها، فهناك بعض الأحكام القضائية لا تقبل الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا، ومنها الأحكام الصادرة قبل تاريخ انشاء المحكمة الإدارية العليا وتشكيلها وتعيين رئيسها وأعضائها ومباشرتها لولايتها بعد صدور نظام المرافعات أمام ديوان المظالم والعمل بموجبه. واستنادا لما تقدم فإن جميع الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف الإدارية قبل مباشرة المحكمة الإدارية صلاحياتها لا تكون قابلة للطعن أمامها<sup>(1)</sup>.

يتبين من ذلك، أن نظام ديوان المظالم السعودي حصر ولاية المحكمة الإدارية العليا بالنظر في الاعتراضات (التمييز) على الأحكام التي تصدرها محاكم الاستئناف الإدارية المنشأة بموجب نظام ديوان المظالم لعام 1428 هجري، وذلك دون غيرها من الهيئات القضائية أو شبه القضائية<sup>(2)</sup> أو من المحاكم الأخرى كتلك التي تصدر أحكامها في الدرجة الأولى (المحاكم الإدارية). وبالمقابل فإن المراجعة التمييزية وفقا للقانون اللبناني يتولاها مجلس شورى الدولة بوصفه مرجعا تمييزيا لقرارات الهيئات الإدارية ذات الصلة القضائية (التي تبت كمحكمة متخصصة في مواضيع داخلية ضمن نطاق القضايا الإدارية) ولبعض المحاكم ذات الطابع الإداري أو المالي كديوان المحاسبة (الى جانب اختصاصه كمحكمة درجة أولى وأخيرة للقضايا الإدارية) من دون أن يطال التمييز الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف الإدارية لعدم وجودها في النظام القضائي الإداري اللبناني حتى تاريخه رغم التعديلات التي نصت على استحداث محاكم إدارية استئنافية بموجب التعديلات لعام 2000 والتي لم تصدر مراسيم تطبيقية لها لوضعها موضع التنفيذ. مما أبقى الحال على ما هو عليه لناحية اقتصار القضاء

---

(1) شاكر بن علي الشهري، المحكمة الإدارية العليا في نظام ديوان المظالم السعودي، مكتبة القانون والاقتصاد الرياض، الطبعة الأولى 2011 ص.145.

(2) يلاحظ أن نظام ديوان المظالم السعودي قد جعل القرارات التي تصدرها اللجان شبه القضائية من اختصاص المحاكم الإدارية التي تنتظر فيها بداية وليس عن طريق الاعتراض أو التمييز أمام المحكمة الإدارية العليا التي تنحصر ولايتها بالنظر في الاعتراضات على أحكام محاكم الاستئناف الإدارية، وذلك خلافا لما هو معمول به في النظام القضائي اللبناني والفرنسي حيث يعود الاختصاص في هذا النوع من القضايا لكل من مجلس شورى الدولة اللبناني أو مجلس الدولة الفرنسي بوصفهما مرجعا تمييزيا، هذا مع العلم بأن مراجعة التمييز في لبنان تنحصر بهذا النوع من القضايا لعدم وجود محاكم استئناف إدارية في نظام مجلس الشورى اللبناني.

الإداري اللبناني على محكمة وحيدة مركزية هي مجلس شورى الدولة الذي له ولاية عامة في القضايا الإدارية.

ويلاحظ بالمقابل أن ولاية مجلس الدولة الفرنسي بوصفه مرجعاً تمييزياً تكون شاملة أحكام محاكم الاستئناف الإدارية وقرارات الهيئات الإدارية ذات الصلة القضائية.

### • النبذة الثانية: الشروط المتعلقة بالخصوم

إن الشروط المتعلقة بالخصوم هي: الأهلية، المصلحة والصفة وهي مستلزم توافرها في كل مراجعة قضائية إدارية، ولكن هناك خصائص أخرى تميزها في نطاق مراجعة الاعتراض أمام المحكمة العليا.

#### ■ أولاً: الأهلية

يقتضي أن تتوفر في المعارض أهلية التقاضي بصورة عامة. ويقصد بشرط الأهلية أن يكون المعارض متمتعاً بأهلية الأداء التي تخوله تقديم الطعن باسمه ولمصلحته أو لمصلحة الآخرين. ويتطلب ذلك أن يكون بالغاً، عاقلاً وراشداً. والأشخاص المعنويون يقوم بتمثيلهم من ينوب عنهم وفقاً للقوانين والأنظمة المرعية الإجراء، فالدعاوى التي تقام باسم الدولة يجب أن تقام باسمها لأن لها شخصية معنوية، لا باسم الحكومة التي لا تتمتع بشخصية معنوية.

#### ■ ثانياً: المصلحة

ويشترط أيضاً للطعن بطريق الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا، أن تكون للطاعن مصلحة للطعن بالحكم، أي أن يحقق له في حال نقض الحكم مركزاً أفضل من المركز الذي يوجد فيه مع بقاء هذا الحكم<sup>(1)</sup>. فمن المسلم به أنه "حيث لا مصلحة لا دعوى". ولذا قضي في فرنسا بأنه لا يقبل التمييز (الاعتراض في السعودية) المرفوع من الخصم الذي استجاب الحكم المميز لجميع مطالبه (مجلس الدولة الفرنسي، 1960/4/29، بوفيه-لابيار، مجموعة ليون ص. 288) أو من الإدارة الذي قضى الحكم المميز بتصديق قرار الرفض الصادر عنها (مجلس الدولة الفرنسي، 1957/5/10، مجموعة ليون ص. 1004).

(1) يراجع جوزيف رزق الله، التمييز أمام القضاء الإداري، 2018 ص. 104 وما يليها.

ويُنظر في تقدير المصلحة الى ما قضى به الحكم المطعون فيه بمنطوقه دون حيثياته، وعليه لا يُقبل طلب التمييز ضد حيثيات القرار (مجلس الدولة الفرنسي 1950/6/7، روجييه، مجموعة لييون ص. 347) إذا لم تكن السند الالزامي للفقرة الحكمية (مجلس الدولة الفرنسي 1958/11/26، لوت، مجموعة لييون ص. 588). ولا يُقبل طلب التمييز من الخصم الذي كسب القضية ولا يتوخى عن طريق المراجعة التمييزية سوى نقض حكم تبني طلباته كلياً وإنما لأسباب لا ترضيه.

وقد قضى مجلس شورى الدولة في لبنان "بأنه إذا تبين من القرار المطعون فيه أن طالبة التدخل التي تملك حصة شائعة في العقار موضوع الاستملاك اعترضت على قرار اللجنة البدائية المحدد للتعويض، وقد تقدّمت بطلب تدخلها وفق الاصول، ولم يتضمن سوى تأييد طلب المستدعين، فإن لها مصلحة في نقض القرار المطعون فيه، ويكون طلب تدخلها في موقعه القانوني الصحيح (مجلس شورى الدولة في لبنان، قرار رقم 670 تاريخ 1998/6/17 - مجلة القضاء الإداري، 1999، المجلد الثاني ص 591).

ولا بد من الإشارة الى أن القرارات القضائية لا تقبل النقض في فرنسا وذلك لانتفاء المصلحة إذا لم تعد قابلة للتنفيذ بفعل قانون للعفو (CE, 20/3/1957, de Massia, p. 190) أو بفعل أن الخصم الذي له مصلحة بالطعن بالقرار القضائي قد رضخ له (CE, 27/10/1961, ministre des Armées contre Pannetier, p. 593) أو تنازل عن الحق بالمراجعة بشأنه.

هذا وقد قضى مجلس الدولة في فرنسا بأن الشخص الملاحق له المصلحة في الطعن بقرار قضى بالأوجه لإقامة الدعوى (non-lieu) بسبب العفو، لأن ذلك القرار أقلّ رضاء له من القرار القاضي باستبعاد الملاحقة عنه (C.E, Sec 4/3/1977, Dme Prince, Rec., p. 127).

#### ■ ثالثاً: الصفة

يتوقف قبول الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا على شرط تقديمه من قبل صاحب الصفة أو من يقوم مقامه. فالصفة هي مناط الحق في الطعن، ويتطلب ذلك أن يكون المعترض طرفاً في الخصومة التي انتهت بصدر الحكم عن محكمة الاستئناف الإدارية موضوع الطعن

أمام المحكمة الإدارية العليا. ويتبدى من خلال ذلك، أن أي شخص لم يكن طرفاً في الدعوى أو ممثلاً في الدعوى الاستئنافية المنوي الطعن بحكمها الاستئنافية يكون بمثابة الغير الذي لا يملك الصفة اللازمة للطعن أمام المحكمة الإدارية العليا. واستناداً لما تقدم يكون طرفاً في الخصومة أمام المحكمة الإدارية العليا كل من المعارض والمعارض عليه والشخص المتدخل أو الذي يتم ادخاله بناء على طلب من الخصوم. وهكذا يتبين أنه يجب لقبول الاعتراض على الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا أن يكون المعارض طرفاً في الخصومة أمام المحكمة التي نظرت بالدعوى في الدرجة الثانية أي محكمة الاستئناف الإدارية، وذلك حتى ولو لم يكن خصماً أمام محكمة الدرجة الأولى (أي المحكمة الإدارية)، وبالمقابل فإنه إذا كان خصماً أمام المحكمة الإدارية، ولم يختصم أمام محكمة الاستئناف الإدارية فلا يقبل الاعتراض المقدم منه أمام المحكمة الإدارية العليا.

يبقى أن نشير إلى أنه على المعارض أن يقدم اعتراضه بالصفة التي كان مختصماً بها في الدعوى الصادر فيها الحكم المعارض عليه، وفي حال تبدل هذه الصفة لا يكون الاعتراض مقبولاً لتقديمه من غير ذي صفة. فعلى سبيل المثال لا يحق لمن قدم الاعتراض بصفته ممثلاً لغيره أن يقدم الاعتراض بصفته الشخصية.

وتأكيداً على ما ورد في المادة 119 من نظام مجلس شورى الدولة في لبنان<sup>(1)</sup> (القانون المنفذ بالمرسوم 10434 تاريخ 1975/6/14): "... ولا يسمع التمييز إلا إذا تقدم به أحد الخصوم...".

إذاً لا يمكن أن تقدم المراجعة التمييزية إلا من قبل فريق حاضر أو ممثل أصولاً في الدعوى التي أدت إلى صدور القرار المنازع فيه (مجلس الدولة الفرنسي 1951/2/16 دلافيل، مجموعة لبيون ص 99).

أما الأشخاص الذين لم يكونوا ماثلين أو ممثلين في الدعوى فيحق لهم أن يعترضوا اعتراض الغير على الحكم الذي يمس مصالحهم (شورى فرنسا 1949/6/21، مؤسسة إيشنجه، مجموعة لبيون ص 305).

---

(1) الذي يتولى القضاء الإداري في لبنان كمحكمة درجة أولى وأخيرة وكمراجع استئنافية في الحالات التي نص عليها القانون ومرجع تمييزي للطعن بقرارات الهيئات الإدارية ذات الصلة الإدارية الصادرة بالدرجة الأخيرة عنها.

وهنا يبرز الفارق بين المراجعة التمييزية للطعن بالحكم القضائي الذي يتمتع بحجية نسبية قاصرة على الخصوم فيه، ومراجعة الإلغاء (الابطال لتجاوز حد السلطة) للطعن بقرار إداري يكتسب حجية مطلقة وقوة تنفيذية تسري على الجميع بحيث يجوز الطعن فيه من قبل أي شخص أضرّ به القرار الإداري وتوفرت له بالتالي مصلحة في طلب إبطاله.

وهكذا فإن المراجعة التمييزية لا تقبل إلا من خصم في الدعوى، أي مبدئياً من الإدارة والشخص المخاصم لها، أو أيضاً من المتدخل إذا توافرت الشروط المطلوبة للتدخل (مجلس الدولة الفرنسي، نقابة أصحاب صيدليات الشمال في فرنسا، مجموعة لبيون ص. 1194).

#### • النبذة الثالثة: الشروط المتعلقة بمهلة الاعتراض

يقصد بمهلة الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا المدة الزمنية التي حددها النظام كي يقوم المعارض في خلالها وقبل انقضائها بتقديم الطعن تحت طائلة ردّ الاعتراض شكلاً. وقد تم تحديد هذه المهلة في نظام المرافعات أمام ديوان المظالم حيث نص على أن يرفع المعارض أمام المحكمة الإدارية العليا بصحيفة يودعها المعارض أو من يمثله لدى محكمة الاستئناف التي أصدرت الحكم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم الحكم (المادة الثالثة والثلاثون من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم) ويستثنى من ذلك الأحكام الصادرة في المسائل المستعجلة حيث تكون المدة خمسة عشر يوماً (المادة 194 من نظام المرافعات الشرعية).

ونشير إلى أن المادة 60 من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم قد فرضت تطبيق أحكام نظام المرافعات الشرعية على الدعاوى المرفوعة أمام ديوان المظالم فيما لم يرد فيه حكم في هذا النظام وبما لا يتعارض مع طبيعة المنازعة الإدارية (ومن بينها الأحكام المتعلقة بالعجلة). ويقصد بالأحكام المستعجلة تلك التي يصدرها القاضي بصفة مؤقتة، دون التصدي للأساس، لحماية حق يخشى عليه من الضياع بعد فوات الوقت. وتشمل هذه الدعاوى: دعاوى المعاينة لإثبات الحالة، دعوى منع التعرض للحيازة ودعوى استردادها، دعوى المنع من السفر، دعوى وقف الأعمال الجديدة، دعوى طلب الحراسة، الدعوى المتعلقة بأجرة الأجير اليومية والدعاوى الأخرى التي يعطيها النظام صفة الاستعجال<sup>(1)</sup>. وعندما يصدر حكم في موضوع

(1) ورد ذكر هذه الدعاوى المستعجلة في المادة 134 من نظام المرافعات الشرعية.

مستعجل أثناء السير في الدعوى أو مستقلاً جاز الاعتراض عليه على حدة قبل صدور الحكم في الموضوع. وتطبق على الاعتراض الأصول الاجرائية المقررة فيما خص الأحكام التي تبت بأساس الدعوى<sup>(1)</sup>.

وتبدأ مهلة الاعتراض المشار إليها أعلاه، من تاريخ تسلم صورة عن الحكم المشكو منه، اذا كان تسليم النسخة حضورياً، أو من التاريخ الذي حدّته محكمة الاستئناف الإدارية موعدا لاستلام الحكم اذا لم يحضر المعارض لاستلامه. ولا يعتدّ في احتساب المهلة باليوم التي تم فيه الاستلام انما تسري المهلة في اليوم التالي، واذا صادف اليوم التالي عطلة رسمية تبدأ المهلة بالسريان في أول يوم عمل يلي هذه العطلة. وتنتهي مهلة الاعتراض بانتهاء اليوم الأخير من تاريخ ابتداء المهلة، واذا تخللها عطلة رسمية تحتسب ضمنها من دون تمديد المهلة. ولكن اذا وافق اليوم الأخير الذي تنتهي فيه المهلة عطلة رسمية فتمدّد المهلة الى أول يوم عمل يليه.

يبقى أن نشير الى أنه يتوجب على محكمة الاستئناف الإدارية أن ترسل الاعتراض مع ملف الدعوى الى المحكمة الإدارية العليا خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أيام من تاريخ انتهاء المهلة المحددة للاعتراض<sup>(2)</sup>.

#### • النبذة الرابعة: الإجراءات والشكليات المطلوبة لتقديم الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا

يقتضي لقبول الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا أن يصار الى اتباع إجراءات وشكليات معينة حدّدها النظام تحت طائلة عدم قبول الاعتراض وردّه. وقد فصلت المادة 45 من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات أمام ديوان المظالم الإجراءات المتبعة في رفع الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا على الوجه الآتي:

(1) عبد الله محمد آل خنين، الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، ج2، مكتبة العبيكان، الرياض، 1429 هجري ص. 201.

(2) شاكر بن علي الشهري، المحكمة الإدارية العليا في نظام ديوان المظالم السعودي، مرجع سابق ذكره ص. 192 وما يليها.

"يرفع الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا بصحيفة يودعها المعارض أو من يمثله لدى محكمة الاستئناف الإدارية التي أصدرت الحكم، وفقاً للإجراءات المقررة لرفع الدعوى. على أن تتضمن الصحيفة بيانات الحكم المعارض عليه، وملخصاً عنه، والأسباب التي بني عليها الاعتراض، وطلبات المعارض. ولا يجوز التمسك بسبب من أسباب الاعتراض غير التي ذكرت في الصحيفة، ومع ذلك فالأسباب المبنية على مخالفة قاعدة متعلقة بالنظام العام يمكن التمسك بها في أي وقت، وتأخذ المحكمة بها من تلقاء نفسها. وإن أبدى المعارض سبباً للاعتراض يتعلق بحكم سابق لصدور الحكم المعارض عليه في الدعوى نفسها، عدّ الاعتراض شاملاً للحكم السابق".

وقد استقر العلم والاجتهاد على أن أصول المحاكمات لدى القضاء الإداري وإجراءات رفع الدعوى الإدارية هي مبدئياً خطية. وهذا يعني أن الفرقاء في الدعوى الإدارية لا يمكنهم تقديم طلباتهم والأسباب المؤيدة لها وملاحظاتهم إلا بالشكل الخطي. كما أن القضاة لا يمكنهم الفصل في النزاع المرفوع اليهم إلا بالاستناد إلى لوائح ومذكرات خطية يتضمنها ملف الدعوى. وأثناء المحاكمة لا يمكن لممثلي الفرقاء الادلاء بأسباب جديدة لم تلحظها المذكرات المقدمة منهم سابقاً<sup>(1)</sup>.

وطالما أن الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا هو في أساسه دعوى قضائية إدارية فإنه يخضع للأصول الخطية وتقدم بموجب "صحيفة" خطية (في لبنان يستعمل مصطلح استدعاء) يتم ايداعها من قبل المعارض أو من يمثله لدى محكمة الاستئناف الإدارية مصدره الحكم موضوع الاعتراض وذلك وفقاً للإجراءات المقررة لرفع الدعوى. ومحكمة الاستئناف الإدارية هي التي تحيل الاعتراض إلى المحكمة الإدارية العليا للبت فيه وفقاً لما هو مبين في المادة 47.

وتتضمن الصحيفة التي يقتضي أن تصاغ باللغة العربية كونها اللغة الرسمية المعتمدة في المملكة العربية السعودية<sup>(2)</sup>، المعلومات التالية:  
1- معلومات خاصة بطرفي الخصومة في الاعتراض.

(1) جوزيف رزق الله، النظرية العامة للإثبات أمام القضاء الإداري، صادر ناشرون 2010 ص 11 وما يليها.

(2) وعند وجود أوراق مكتوبة بلغة أجنبية فلا بد من تقديم ترجمة معتمدة باللغة العربية لها.

- 2- واسم المحكمة المرفوع أمامها الاعتراض.
- 3- وتحديد المحكمة مصدرة الحكم المعترض عليه.
- 4- وبيانات تتعلق بالحكم المعترض عليه.
- 5- وملخص عن الحكم المعترض عليه والأسباب التي بني عليها الاعتراض وهي الأسباب المحددة حصرا في المادة 11 من نظام ديوان المظالم.
- 6- وطلبات المعترض المفصلة بصورة صريحة وجازمة والمسندة الى أساس واقعي وقانوني وهي تتمحور مبدئيا حول الاعتراض (بمعنى الطعن بالنقض) على الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية.

والقاعدة أن بيانات صحيفة الدعوى لا يجوز استكمالها مبدئيا بأوراق أخرى<sup>(1)</sup>، فصحيفة الدعوى لها كيان ذاتي مستقل ولا بد أن تدل بنفسها على مضمونها، ولكن يصح تصحيح ما يعثرها من عيوب جوهرية بصحيفة طلب عارض وإذا تم التصحيح صار البيان المصحح ملزما للمحكمة ومرتبًا لآثاره القانونية<sup>(2)</sup>. فمن المقرر أن بطلان صحيفة الاعتراض لا يحكم به الا اذا كان النقص أو الخطأ في البيانات الجوهرية من شأنه أن يجهل بالدعوى، فاذا انتقت الجهالة فلا بطلان<sup>(3)</sup>. ونشير الى أنه لا يمكن للمعترض بعد انقضاء مهلة المراجعة أن يتمسك بسبب لم يذكر في الصحيفة التي رفع بها الاعتراض، واستنادا لما تقدم فانه لا يستطيع أن يغير أو يبذل السبب القانوني لطلباته أو لمراجعته.

ويثار في هذا الخصوص التساؤل فيما اذا تبنى اجتهاد المحكمة الإدارية العليا المسار الاجتهادي الذي اختطه مجلس الدولة الفرنسي في مراجعات الابطال في قراره الصادر في قضية شركة انتركوبي<sup>(4)</sup> والذي يطبق في مراجعة التمييز أمام القضاء الإداري في فرنسا

(1) في لبنان يقوم قاض مستشار مشرف على الدوائر الإدارية في مجلس شورى الدولة بتكليف الفراء بتصحيح ما يعثري الاستدعاء واللوائح المقدمة منهم من شوائب وعيوب تكون قابلة للتصحيح وذلك تحت طائلة تقرير رد الاستدعاء واهمال اللوائح في حال عدم الالتزام بذلك.

(2) محمد محمود ابراهيم، أصول صحف دعاوى، دار الفكر العربي مصر 1986 ص. 32.

(3) شاكر بن علي الشهري، المحكمة الإدارية العليا في نظام ديوان المظالم السعودي، مرجع سابق ذكره ص. 192.

(4) CE, 20/2/1953, Intercopie, Rec., p. 88.

يراجع في هذا الخصوص جوزف رزق الله، التمييز أمام القضاء الإداري، مرجع سابق ذكره ص. 128 وما يليها.

ولبنان. ويتلخص هذا الاجتهاد المبدئي بأنه لا يوجد في قضاء الابطال سوى فئتين مختلفتين من الأسباب القانونية احدهما تتعلق بشرعية القرار المطعون فيه الداخلية والأخرى تتعلق بشرعيته الخارجية. وتشتمل الشرعية الداخلية على خرق القانون وتحويل السلطة (مع الاشارة الى أن سبب تحويل السلطة لا يدخل ضمن أسباب التمييز بل يعدّ فقط من أسباب مراجعة الإلغاء أو الابطال) أما الشرعية الخارجية فيدخل ضمنها عيب عدم الصلاحية والعيب الشكلي. وقد اعتبر مجلس الدولة في هذه القضية أن المستدعي الذي أدلى بسبب من سببي الشرعية الداخلية يمكنه، حتى بعد انصرام مهلة المراجعة، الادلاء بالسبب الثاني من هذه الشرعية الداخلية، الا أنه لا يجوز له الادلاء بسبب من سببي الشرعية الخارجية بعد انقضاء مهلة المراجعة.

ولكن الأسباب المتعلقة بالنظام العام يمكن (كما استقر عليه الاجتهاد وكما هو وارد صراحة في متن هذه المادة) التمسك بها من قبل الفرقاء في أي وقت وحتى بعد انصرام مهلة المراجعة وطالما لم يصدر الحكم وحتى لو أغفل المعارض اثارها في صحيفة الدعوى، كما أن المحكمة العليا يمكنها التمسك بها عفوا حتى ولو لم يردها أي طلب في هذا الخصوص. وتضيف هذه المادة بأنه ان أبدى المعارض سببا للاعتراض يتعلق بحكم سابق لصدور الحكم المعارض عليه في الدعوى نفسها، عدّ الاعتراض شاملا للحكم السابق. وبذلك يمكن من خلال النص الصريح لهذه المادة أن يبدي المعارض أسباب للاعتراض تتعلق بحكم سابق على حكم محكمة الاستئناف فيكون الاعتراض شاملا للحكم السابق.

وقد حدّدت المادة 46 البيانات المرافقة لصحيفة الاعتراض:

- 1- لناحية ارفاق صورة عن الوثيقة التي تثبت صفة ممثل المعارض،
- 2- وصور عن صحيفة الاعتراض بعدد المعارض ضدهم،
- 3- الصورة المسلمة للمعارض عن الحكم الاستئنافي المعارض عليه،
- 4- وصورة عن حكم المحكمة الإدارية (في حال أحال اليه الحكم المعارض عليه في أسبابه)،
- 5- والمستندات التي تؤيد الاعتراض.

وقد تطرقت المادة 47 الى الإجراءات والمهل التي يصار من خلالها الى احالة ملف الاعتراض الى المحكمة الإدارية العليا، فيتوجب على الإدارة المختصة في محكمة الاستئناف الإدارية أن ترسل الملف في اليوم التالي على الأكثر من تاريخ استيفاء طلب الاعتراض الإجراءات المنصوص عليها في المادتين 45 و46 السالف ذكرهما. وتتيح هذه المادة للمعترض استكمال ما نقص في اعتراضه خلال المدة المقررة للاعتراض، وفي حال تخلفه عن القيام بذلك تقوم إدارة الدعاوى والأحكام بإرسال الاعتراض كما هو مقدم الى المحكمة الإدارية العليا خلال اليوم التالي لانتهاء المدة. ويمكن للمحكمة الإدارية العليا أن تأمر بضم ملف الدعوى التي صدر فيها الحكم المعترض عليه.

#### ○ الفقرة الثانية: الأسباب التي يقوم عليها الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا

يهدف الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا الى التعقيب على الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف الإدارية، أي التحقق من كون تلك الأحكام سليمة وقد أحسنت تطبيق النظام (بمعناه الواسع) وفسّرتة تفسيراً صحيحاً. وقد حدّدت المادة الحادية عشرة من نظام ديوان المظالم اختصاص المحكمة الإدارية العليا وعدّدت الأسباب التي يبني عليها الاعتراض أمامها<sup>(1)</sup>، والتي لا يكون مقبولاً الا اذا استند الى أحدها. فأشارت بأن المحكمة الإدارية العليا تختص بالنظر في الاعتراضات على الأحكام التي تصدرها محاكم الاستئناف الإدارية، إذا كان محل الاعتراض على الحكم ما يأتي:

أ - مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، أو الأنظمة التي لا تتعارض معها أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، بما في ذلك مخالفة مبدأ قضائي تقرر في حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا:

ويستخلص من هذا النص جملة عيوب وأسباب للاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا على الشكل التالي:

(1) المشابه للتمييز أو النقض أمام القضاء الإداري في كل من لبنان وفرنسا.

## - مخالفة الحكم لأحكام الشريعة الإسلامية:

والمخالفة تكون بالإنكار أو التجاهل وعدم التطبيق، أو الغفلة عن الحكم الشرعي أو النظامي، كما لو قرر الحكم فائدة ربوية متضمنة في العقد<sup>(1)</sup>. ويمكن الطعن أو الاعتراض على الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية عند وقوعه في مخالفة لنص أو لاجماع شرعي، ذلك أن النظام السعودي يعتمد في أساسه على الشريعة الإسلامية وأحكامها ومبادئها، بحيث تكون هذه الشريعة الركيزة الأساسية في قانونية ما يصدر عن محاكم الاستئناف الإدارية من أحكام يقتضي ألا تتعارض معها وإلا كان مصيرها النقض<sup>(2)</sup>. وإن مصطلح الشريعة الإسلامية هو عام وواسع ويشمل نصوص الكتاب والسنة والاجماع والقياس والاستحسان والمصلحة المرسله وغيرها من مصادر التشريع الإسلامي، ولا بد من التوضيح أنه لا خلاف في أن الحكم إذا خالف نصا قرآنيا صريحا اتفق السلف على تفسيره، يكون باطلا ويتعين نقضه لمخالفته لنص الكتاب الصريح في ذلك إذ لا مساغ للاجتهاد في مورد النص<sup>(3)</sup>. كما أن حكم محكمة الاستئناف الإدارية يكون مستوجبا للنقض إذا وقع مخالفا للسنة المتمثلة في الأحاديث الصحيحة الثابتة وما جاء فيها من أحكام صريحة<sup>(4)</sup>. وإذا خالف الحكم ما أجمع عليه فقهاء الأمة وأئمتها فإن ذلك يستوجب نقضه<sup>(5)</sup>. ويكون باطلا أيضا الحكم الذي يخالف قاعدة كلية في الفقه الإسلامي بشرط ألا يكون لهذه القاعدة معارض راجح لها، أما إذا كانت القاعدة الكلية مختلفا فيها فتكون محل نظر اعتبرت قاعدة كلية استتبع ذلك نقض الحكم<sup>(6)</sup>. ويعتبر ما عدا هذه المصادر من أصول تشريعية كالاستحسان والمصلحة المرسله وقول الصحابة بمثابة مصادر مختلف في حجيتها، مما يجعلها مصادر غير ملزمة بل خاضعة لاجتهاد القاضي وقناعته يمكنه الاستئناس بها عند اللزوم<sup>(7)</sup>. يبقى أن نشير إلى أن هذا السبب

(1) إبراهيم بن حسين الموجان، شرح نظام المرافعات أمام ديوان المظالم، طبعة أولى 2017 ص. 412.

(2) شاكر بن علي الشهري، المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق ذكره ص 169.

(3) محمد محمود إبراهيم، نظام الطعن بالتمييز في المملكة العربية السعودية - دراسة تحليلية، معهد الإدارة العامة، الرياض 1419 هجري، ص. 123.

(4) شاكر بن علي الشهري، المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق ذكره ص. 170.

(5) شاكر بن علي الشهري، المرجع السابق ص. 170.

(6) أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم دمشق 1409 هجري ص. 33.

(7) شاكر بن علي الشهري، المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق ذكره 170.

يتعلق بالانتظام العام بحيث يمكن الادلاء به في أية مرحلة من مراحل الدعوى كما يمكن للمحكمة الإدارية العليا أن تثيره عفوا<sup>(1)</sup>. وقد اتفق موقف القضاء فيما يتعلق بالرقابة على مخالفة الشريعة أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، وتشبه رقابة المحكمة العليا في هذه الحالة رقابة المحاكم الإدارية على مشروعية القرار الإداري في دعوى الإلغاء، بمعنى أن سلطة المحكمة لا تقف عند بحث الجانب القانوني في الدعوى، وإنما تتعدى ذلك إلى بحث الوقائع، بالقدر الذي يستلزمه التأكد من صحة تطبيق الشريعة وصحة تأويلها وتفسيرها<sup>(2)</sup>.

وقضي في هذا الخصوص " وحيث أن الطلب الثاني المتضمن طلب المدعية مبلغ... ريال قيمة العمولات البنكية مقابل خطاب الضمان الصادر لمصلحة المدعى عليها، فقد أفاد وكيل المدعية أن هذه المبالغ من قيمة الضمان والبنك يغطيها خطاب الضمان بكامل المبلغ، وهذه العمولات ترتبت للبنك مقابل مخاطرته لمصلحة المدعى عليها.. .. وحيث أنه والحال ما ذكر فإن هذه العمولات المترتبة للبنك تعتبر عمولة محرمة شرعا"<sup>(3)</sup>.

- مخالفة الحكم للنظام الذي لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله بما في ذلك مخالفة مبدأ قضائي تقرر في حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا: تتولى المحكمة الإدارية العليا، من خلال تثبتها من عدم وجود مخالفة للنظام أو سبب مرتبط بذلك، الرقابة على الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف الإدارية وحسن تطبيق هذه المحاكم للأنظمة النافذة وعدم مخالفتها لها عند إصدار أحكامها. ويقصد بالنظام هنا المعنى الواسع أي مجمل القواعد النافذة والواجبة التطبيق، سواء تلك الواردة ذكرها في النصوص النظامية أو حتى القواعد غير المقتنة كالأعراف الإدارية، حتى أنها تشمل قواعد المرافعات الشرعية في كل ما لم يرد نص خاص بشأنه في نظام المرافعات أمام ديوان المظالم. ويعتبر أيضا من أسباب الطعن عن طريق النقض مخالفة محاكم الاستئناف الإدارية لمبدأ قضائي

(1) يراجع محمد بن براك الفوزان، مبادئ المرافعات الإدارية، مكتبة القانون والاقتصاد الرياض، الطبعة الأولى 2018 ص.

212 وشاكر بن علي الشهري،، المرجع السابق ص. 168.

(2) ماجد راغب حلو، القضاء الإداري، ص. 386 وما يليها.

(3) الحكم رقم 18/د/أ- 1411/118 هجري، قضية رقم 1409/ق/1/816 هجري مذكور في كتاب ابراهيم بن حسين

الموجان، شرح نظام المرافعات أمام ديوان المظالم، طبعة أولى 2017 ص. 412.

تقرر في حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا، ذلك أن المبادئ العامة المستقاة من اجتهاد المحكمة الإدارية العليا تكون ملزمة للمحاكم الدنيا وتعتبر من مصادر المشروعية التي يكون على المحاكم الدنيا التقييد بها وعدم مخالفتها والا تعرض قرارها للنقض.

ويتبدى من ذلك، أن ولاية المحكمة العليا تتشابه مع اختصاص المحاكم الإدارية عندما تنظر في مدى مشروعية القرار حيث تراقب مدى تطبيق النظام تطبيقاً سليماً أو صحة تأويله، بمعنى أنها قد تتطرق إلى الوقائع بالقدر اللازم للتأكد من تطبيق القانون بشكل سليم أو صحة تأويله، ويمكنها أن تتناول التناسب أو الملاءمة بين السبب والنتيجة خصوصاً في مجال المنازعات التأديبية<sup>(1)</sup>.

ومن التطبيقات الواردة في هذا الصدد ما جاء في أحد الأحكام حيث ورد " وحيث أنه من المسلم به فقها وقضاء أن لائحة الغرامات والجزاءات المعنية بالقرارات تطبق على الوقائع والحوادث التي تأتي بعد صدوره ولا تسري على الوقائع والحوادث السابقة... وعليه فإن المدعى عليها في حال رغبتها تطبيق العقوبة أن تطبق النظام المعمول به وقت وقوع المخالفة لا وقت اكتشافها ويؤيد ذلك بأنه لو وقعت وقائع في ظل نظام لا يعاقب عليها ثم صدر نظام آخر ينص على معاقبة تلك الوقائع لما سرى النظام الجديد على الوقائع الواقعة في ظل ذلك النظام الذي لا يعاقب عليها فإن القرار الصادر في حق المدعين يوصم بعيب الخطأ في التطبيق مما يوجب إلغاءه"<sup>(2)</sup>.

#### ب- صدوره عن محكمة غير مختصة:

يقتضي على محاكم الاستئناف الإدارية احترام القواعد المتعلقة باختصاصها والمدى الذي تنتسح له، والتقييد بها. فإذا خالفت قواعد الاختصاص نشأ عن ذلك سبب للطعن في هذا الحكم عن طريق الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا.

(1) الأستاذ الدكتور الدين الجليلي بو زيد، القضاء الإداري - أحكام المنازعات الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق ذكره ص. 240 وما يليها.

(2) حكم التدقيق رقم 5/ت/454 لعام 1427 هجري، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1427 هجري، المجلد الثالث المذكور في كتاب إبراهيم بن حسين الموجان، شرح نظام المرافعات أمام ديوان المظالم، طبعة أولى 2017 ص. 413.

ويعتبر السبب المبني على عيب عدم الاختصاص من الانتظام العام بحيث يمكن للمحكمة العليا أن تثيره عفواً من تلقاء ذاتها حتى ولو لم يثره أحد الخصوم. ويتخذ عيب عدم الاختصاص مظاهر عديدة فهو قد يكون ولائياً (الدعوى ليست دعوى إدارية على سبيل المثال) أو نوعياً (خروج الدعوى عن الاختصاص النوعي لمحكمة الاستئناف الإدارية) أو مكانياً (وقوع الدعوى خارج النطاق المكاني المحدد لها). ويشمل عيب عدم الاختصاص حالات عدم الاختصاص السلبي والإيجابي<sup>(1)</sup> ويتمثل عيب عدم الاختصاص السلبي بأن ترفض المحكمة اتخاذ قرار لاعتقادها بشكل خاطئ أنها غير صالحة لذلك. ونكون بالمقابل أمام عيب عدم اختصاص ايجابي عندما تصدر المحكمة حكماً يكون من اختصاص محكمة أخرى.

#### ج- صدوره عن محكمة غير مكونة وفقاً للنظام:

نص نظام المرافعات أمام ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية على مباشرة محكمة الاستئناف الإدارية اختصاصاتها وفقاً لدوائر مؤلفة من ثلاثة قضاة لا تقل مرتبتهم عن درجة قاضي استئناف. واستناداً لذلك، تتوقف صحة الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف الإدارية على صحة تأليف هذه المحاكم من أعضاء (قضاة بدرجة استئناف) تتوفر فيهم الصفة القانونية للاشتراك فيها (أي معينين وفقاً للأصول النظامية) وبالعدد الملحوظ في النظام (الدائرة تتألف من ثلاثة قضاة). فإذا صدر حكم عن إحدى محاكم الاستئناف الإدارية خلافاً لهذه القاعدة، فإنه يكون محلاً للاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا وعرضة للنقض لهذه العلة. وتشكل مبدئياً سبباً للنقض مخالفة الهيئة الصادر عنها الحكم للقواعد العامة الإجرائية للمحاكمة، ذلك أن مراعاة هذه القواعد من شأنها أن تضمن للخصوم حق الدفاع بأجراء تحقيق وجاهي وتأليف الهيئة الحاكمة بشكل صحيح وإصدارها حكماً معللاً يكشف عن الأسباب الواقعية والقانونية التي بنت عليها حل النزاع. وإلى جانب القواعد العامة المذكورة توجد أحياناً قواعد خاصة للمحاكمة تنص عليها القوانين المتعلقة بأحداث أو تنظيم الهيئات القضائية الصادرة عنها الأحكام المعترض عليها، والتي يجب التقيد بها تحت طائلة نقض الحكم الصادر خلافاً لها.

(1) يراجع جوزيف رزق الله، التمييز مام القضاء الإداري، مرجع سابق ذكره ص. 142.

ففي لبنان يعتبر مجلس شورى الدولة بوجه عام إجراءات المحاكمة المقررة في تلك القواعد العامة أو الخاصة إجراءات جوهرية يترتب على مخالفتها النقض. ويعطي المجلس الإجراءات الجوهرية مفهوماً أوسع مما هو عليه أمام محكمة التمييز العدلية، إذ لا يقبل طلب النقض أمام محكمة التمييز العدلية لسبب مخالفة معاملة جوهرية إلا إذا نص القانون على وجوب التقيد بها تحت طائلة الإبطال. أما أمام مجلس شورى الدولة فيمكن أن يبنى طلب النقض على مخالفة أية قاعدة من قواعد أصول المحاكمة حتى ولو لم ينص القانون على وجوب التقيد بها تحت طائلة الإبطال. فللتمييز اذن، في الامور الإدارية نطاق أوسع من مدها في الأمور المدنية<sup>(1)</sup>. ولكن هذه الإجراءات لا تعتبر جميعها من الانتظام العام إذ أن بعضها يتعلق بمصلحة الخصوم الشخصية ويكون لهؤلاء بالتالي حق العدول عن التمسك بمخالفتها إن صراحة أو ضمناً، كما أن مجلس الدولة الفرنسي يراعي في تقدير هذه المخالفة وما يجب أن يترتب عليها من نتائج بعض الظروف والعناصر التي تخفف من أهميتها وتعتبر بمثابة البديل عن الاجراء المخالف في ضمان حق الدفاع للخصوم مثلاً (شورى فرنسا، 1960/3/11، دالوز 1960 ص 433).

وقد إعتبر مجلس شورى الدولة في لبنان أن العيب الذي يعترى إجراءات التبليغ القرار المطعون فيه (عن طريق النقض) لا يؤثر على شرعية القرار موضوع التبليغ إنما يقتصر مفعوله على بقاء مهلة الطعن بهذا القرار مفتوحة (شورى لبنان، قرار رقم 232 تاريخ 2003/1/14، مجلة القضاء الإداري 2007، العدد التاسع عشر، المجلد الأول ص. 479). والإجراءات التي تشكل مخالفتها سبباً للنقض في لبنان وفرنسا فتتعلق إما بتأليف الهيئة الصادر عنها الحكم المطعون فيه، أو بسير المحاكمة والتحقيق لديها أو بشكل الحكم وتعليقه. وبالنسبة لتأليف الهيئة الحاكمة: نشير الى أن مجلس الدولة الفرنسي تصدى لمسألة حياد القاضي بشكل صارم. معتبراً أن مبدأ الوجاهية في الإجراءات واحترام حقوق الدفاع خلال السير بإجراءات قضائية لها طابع نزاعي، يمنع الا في حال وجود نص مخالف، بأن تجتمع صفة الخصم والحكم في شخص واحد، أو أن تشترك الجهة التي أصدرت القرار المطعون فيه

(1) يراجع جوزيف رزق الله، التمييز أمام القضاء الإداري، مرجع سابق ذكره ص. 142.

في تشكيل هيئة المحكمة للنظر في صحة هذا القرار، وتحتمل هذه القاعدة الأخيرة بعض المرونة في حال سبق للقاضي الإداري أن أعطى رأيه فقط في قانونية الحكم المطعون فيه<sup>(1)</sup>. وبالنسبة للعيوب المتعلقة بإجراءات المحاكمة والتحقيق: فقد تشتمل المحاكمة على إجراءات عديدة تبدأ بتقديم استدعاء الدعوى أو المراجعة وتتابع بإجراءات التحقيق حتى تنتهي بالمداولة وإصدار الحكم. وقد تشوب هذه الإجراءات عيوب من شأنها إفساد المحاكمة والحكم الصادر فيها وإفساح المجال للطعن بهذا الحكم بطريق الاعتراض: كعدم مراعاة مهل تقديم المراجعة والذي يقتضي على قضاة الأساس إثارته عفواً، وكذلك عدم مراعاة الشروط الشكلية لتقديم المراجعة، وعدم الفصل بجميع المطالب المدلى بها أمام قضاة الأساس، أو تفسير هذه المطالب بشكل غير صحيح من قبل قضاة الأساس، أو الحكم بأكثر مما ادعي به، أو عدم التقيد بالقرار الإحصائي القاضي باتباع طريقة تحقيق أو إجراء معين، وكذلك الأسباب المتعلقة بمخالفة مبدأ الوجاهية في الإجراءات ومبدأ حق الدفاع<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة للأسباب المتعلقة بشكل الحكم وتعليله: فيجب أن يراعى في إصدار الحكم من قبل المحكمة ذكر بعض البيانات الجوهرية التي تثبت صدوره عن هيئة مختصة بالفصل في النزاع وطبقاً للأصول المقررة في القانون أو القواعد العامة.

فيجب من ثم أن يشتمل الحكم على:

- ذكر القضاة الذين اشتركوا في إصداره، وبالتالي إذا اشتمل الحكم على ذكر اسم لمقرر لم يكن هو الذي قدم التقرير في الدعوى يكون هذا الحكم باطلاً. والإشارة في الحكم الى أسماء القضاة يكون كافياً وليس ضرورياً تحديد صفاتهم. ولكن الايضاحات الاضافية تكون لازمة في حال إنضمام أعضاء جدد الى الهيئة الحاكمة.

- كما يجب أن يشتمل الحكم على أسماء الخصوم وهويتهم ومحل إقامتهم.

ويكون ذكر بعض البيانات الأساسية في متن الحكم لازماً تحت طائلة النقص مع عدم امكانية تغطية هذا العيب بإثبات أن الاجراء المقصود تمّ انجازه فعلاً. وذلك وفقاً للقاعدة الاجتهادية التي تقضي بأن تتضمن الأحكام بذاتها ما يثبت صحتها.

(1) جوزيف رزق الله، المرجع السابق ص. 150.

(2) جوزيف رزق الله، المرجع السابق ص. 150.

ومن هذه البيانات:

- الإشارة في متن الحكم الى مطالعة مفوض الحكومة في حال توجبها، والى دعوة الفرقاء اذا فرض القانون ذلك.
- الإشارة في متن الحكم الى مطالعة مفوض الحكومة والى دعوة الفرقاء لها حجية على حصولها حتى إثبات العكس.
- الإشارة الى تاريخ إنعقاد جلسة المحاكمة والى الطابع العلني لهذه الجلسة وتاريخ إيفهام الحكم<sup>(1)</sup>.

وبالنسبة لمسألة بطلان الإجراءات المعروفة في القوانين الوضعية السالف ذكرها أعلاه ومؤداها ابطال الاجراء الذي يهمل مراعاة القواعد القانونية والمبادئ المعمول بها، والذي يمكن أن يبطل السير في الخصومة وقد يبطل الحكم الذي لم يستند الى اجراء صحيح، تبعا لقاعدة ما بني على باطل فهو باطل<sup>(2)</sup>. ولكن القضاء في المملكة العربية السعودية قد اتخذ موقفا مغايرا لاعتماده على الشريعة الاسلامية ومقاصدها السمحة، وهي لا تجعل الاهتمام بالإجراءات أولوية مقدّمة على توصيل الحق لأهله، بل تركز على تحقيق العدالة وايصال الحقوق أكثر من اهتمامها بما يشوب تلك الإجراءات من شوائب وعيوب. ويطبق القضاء السعودي على الإجراءات القضائية عموما قواعد خاصة به<sup>(3)</sup> تتلخص بأن العبرة للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني<sup>(4)</sup>، وأن الأصل في الاجراء بعد وقوعه حمله على الصحة، وأن البطلان الاجرائي يتجزأ<sup>(5)</sup>، وأن الأصل عدم الاعتداد بالاجراء الباطل<sup>(6)</sup>.

(1) جوزيف رزق الله، المرجع السابق ص. 150

(2) نبيل عمر، أصول المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية 1986 ص. 1101.

(3) شاكر بن علي الشهري، المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق ذكره ص176.

(4) بناء على هذه القاعدة يصح كل اجراء وافق معناه الصحة من غير الالتزام بالألفاظ والعبارة التي جاءت في الاجراء اذا أمكن الجمع بينهما. كابلغ الخصوم فان المعنى الذي أراده النص أن يتم الابلاغ وهو ان يبين طريقة ذلك فلا يمنع اتباع طريقة أخرى توافق الهدف من النص النظامي ولا تعتبر مخالفة له. يراجع في هذا الخصوص شاكر بن علي الشهري، المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق ذكره ص176.

(5) ما لم تكن الإجراءات مما لا يمكن تجزئتها فتبطل جميعا.

(6) فالأصل أن الاجراء اذا وقع باطلا فلا يعتد به، وتجب اعادته على وجه الصحة ما أمكنه.

ويتحصّل مما تقدم، أن كل إجراء مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية أو الأنظمة المستمدة منها يكون باطلا إذا عاد النهي الى ذات المنهي عنه أو الى شرطه. أما اذا كان البطلان عائدا الى عدم مراعاة الأنظمة المتعلقة بولاية المحكمة لناحية تشكيلها أو اختصاصها بنظر الدعوى فيكون باطلا بطلانا نهائيا مطلقا، فلا يلحقه التصحيح وهو يتعلق بالانتظام العام. أما فيما عدا ذلك فاذا كان العيب في الاجراء قابلا للتصحيح فيتعين على المحكمة القيام بذلك، أما اذا لم يكن قابلا للتصحيح فيكون باطلا وتقرّر المحكمة أن الاجراء وقع باطلا ولا يلحقه التصحيح.

ويتبين من كل ما سبق ذكره، أن اقتصار المنظم السعودي على ذكر حالتي تشكيل المحكمة واختصاصها (في الفقرتين ب وج من المادة الحادية عشرة من نظام ديوان المظالم) يدلّ على أنه لم يرتّب على بطلان الإجراءات نتيجة مفادها بطلان الحكم، الا عندما يكون السبب مرتبطا باحدى هاتين الحالتين فقط، أما ما عدا ذلك من إجراءات فلا يحق للطاعن أن يطعن بها أمام المحكمة الإدارية العليا<sup>(1)</sup>.

وفي خلاصة القول يقتضي تسجيل نقطة مفادها عدم النص في نظام المرافعات على العيوب التي تعتري إجراءات أو أصول المحاكمة، فانه من المستحسن عدم تقصير بطلان الحكم على توافر احدى هاتين الحالتين فقط وذلك لأنه توجد عيوب اجرائية جوهرية قد تعتري إجراءات المحاكمة والتي قد ترتبط بشكل الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية وعدم تعليقه وإجراءات المحكمة والتحقيق، مما يستوجب تفسير العيوب الاجرائية المذكورة في النص بشكل مرن يوسع مداها ونطاقها بحيث لا يقصرها على حالتي تشكيل المحكمة أو تأليفها وعدم اختصاصها، بما يسمح بالادلاء بهذه العيوب أمام المحكمة الإدارية العليا. فان لم يحلو للبعض اعتبارها بمثابة مخالفة للأصول الاجرائية التي تؤدي الى النقض فيمكنه اعتبارها بمثابة مخالفة للنظام وللمبادئ العامة التي استقر الرأي الاجتهادي على الزاميتها والتي من شأنها أن تؤدي الى النقض. فلننتظر الموقف الاجتهادي الذي ستتخذه هذه المحكمة عندما يصار الى الادلاء أمامها بمثل هذه العيوب الاجرائية.

---

(1) شاكر بن علي الشهري، المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق ذكره ص 177.

## د- الخطأ في تكييف الواقعة، أو في وصفها:

ثمة سبب آخر من أسباب الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا في ديوان المظالم السعودي، مرتبط بشكل وثيق بالوقائع وهو يعتبر في حقيقته تدخلا في وقائع القضية وإعادة البحث فيها بغية التأكد من توصيفها توصيفا صحيحا. وهذا العيب أو السبب هو الخطأ في التوصيف القانوني للوقائع أو في تكييفها الذي يرتكبه قضاة محكمة الاستئناف الإدارية ويكون من شأنه أن يعرض حكمهم للنقض أمام المحكمة الإدارية العليا.

هذا مع العلم بأن تلك المراقبة ليست حديثة العهد في مجال القضاء الإداري، إذ ظهرت بدايةً في فرنسا في نطاق المراجعات المتعلقة بالإبطال لتجاوز حد السلطة في قضية "غومل"<sup>(1)</sup> حيث شهدت تطوراً لافتاً. إما في مجال التمييز الإداري فإنها ظهرت بشكل متأخر ولم يبدأ مجلس الدولة الفرنسي بتطبيقها الا في العام 1945 مع قرار "موانو"<sup>(2)</sup> وذلك بعد أن كانت محكمة التمييز العدلية قد لجأت إليها في وقت مبكر<sup>(3)</sup>.

ونشير الى أن مجلس الدولة الفرنسي قد ذهب في صدد الوقائع الى توسيع نطاق سلطته تدريجياً. فكان يعتبر في البدء أن مجال رقابته لا يمكن أن يمتد الى الوقائع التي تدخل في سلطة قضاة الأساس على وجه مطلق وكان موقفه يشبه الى حد بعيد موقف محكمة التمييز التي لا يجوز لها التعرض للوقائع.

وكان هذا الموقف يتفق مع وجود محاكم إدارية مضطعة في حل المسائل القانونية وهي تصدر أحكاماً مبرمة قابلة للطعن بطريق النقض. ولكن بعد إنشاء العديد من الهيئات ذات الصفة القضائية - كالمجالس واللجان المختلفة المخولة فصل المنازعات في مجالات إدارية عديدة ولا سيما في المجال التأديبي - والتي لم يراعَ في تأليفها في الغالب التمرس في الشؤون القضائية، فقد عدّل مجلس الدولة الفرنسي موقفه وأخذ يخضع لرقابته، الى جانب المسائل القانونية، مسائل الواقع أيضاً التي يؤدي الخطأ في صدها الى خطأ في القانون وذلك عندما يستند الحكم الى وقائع غير صحيحة من الناحية المادية أو الى وقائع مشوهة أو اعطاء الوقائع

(1) C.E., 4/4/1914, Gomel, Rec., P. 488.

(2) C.E., 2/2/1945, Moineau, p. 27, D. 1945, p. 269 note C.A. Colliard, S. 1946.3.9, note J. L'Huillier.

(3) Civ. 22 Octobre 1890 ; Civ 6 Novembre 1892.

وصفاً قانونياً خاطئاً أو عندما يستخلص من الوقائع نتائج قانونية خاطئة. غير انه امتنع عن تقدير الوقائع بنفسه معتبراً أن هذا التقدير يظل داخلاً في السلطة المطلقة لقضاة الأساس<sup>(1)</sup>. وبعد تعديلات 1987 وإنشاء المحاكم الاستثنائية الإدارية في فرنسا، أصبح موقف مجلس الدولة لناحية تصديه للوقائع أكثر دقة وحرصاً، ذلك أن دوره إقتصر على الرقابة عن طريق التمييز على الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف مع ما يستلزمه ذلك لناحية تأمين وحدة المفاهيم القانونية المطبقة من قبلها والتناسق في الاجتهادات الصادرة عنها؛ هذا فضلاً عن ضرورة الحفاظ على موقعه الرائد في خلق المبادئ القانونية الاجتهادية وذلك بالرغم من إنتزاع الكثير من الصلاحيات التي كان يمارسها والتي كانت تخولّه التصدي للوقائع خصوصاً في مجال الابطال لتجاوز حد السلطة.

وفي الوقت الحالي فإن الرقابة على الخطأ في الوقائع تعتبر رقابة فعالة غير منازع فيها كونها تشكل الوسيلة الأنجع التي يمكن لمجلس الدولة الفرنسي أن يلجأ اليها كي يوسّع نطاق رقابته التمييزية على الوقائع ويكيّف هذه الرقابة بشكل يتلاءم مع أهمية الدور الملقى على عاتقه في تأمين الوحدة والتناسق في الاجتهاد والقانون. ويتبين لنا من خلال ذلك مدى أهمية رقابة الوصف القانوني للوقائع التي يقوم بها مجلس الدولة الفرنسي في إطار رقابته التمييزية على قضاة الاساس وخصوصاً محاكم الاستئناف. وهذه الرقابة تخولّه الرقابة على هؤلاء القضاة وأن يفرض عليهم التقيد بالمفاهيم القانونية والمبادئ العامة الواردة في أحكامه، كما تسمح له بالقيام بصورة فعالة بدوره التمييزي الذي يستوجب عليه تأمين الوحدة والتناسق في الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف.

ويمكن القول، بأن ايجاد الحل لغالبية القضايا يتطلب عملية وصف قانوني لما تتضمنه من وقائع، التي لطالما أنجزت، أصبحت عملية تطبيق القانون عليها تتم بصورة آلية. ولكن المشكلة تكمن بأن يقع قضاة الأساس بالخطأ في وصف الوقائع، وتصبح النصوص القانونية المطبقة من قبلهم غير صحيحة، وهذا بالضبط ما يستدعي التدخل من قبل المرجع التمييزي لإعادة الأمور الى نصابها.

---

(1) يراجع جوزيف رزق الله، التمييز أمام القضاء الإداري مرجع سابق ذكره ص. 183 وما يليها.

وقد أعطى المنظم السعودي للمحكمة الإدارية العليا بشكل واضح وصريح سلطة الرقابة على الخطأ في تكييف الواقعة أو في وصفها دون غيرها من الأخطاء الأخرى التي يمكن أن ترتكبها محكمة الاستئناف الإدارية عند تصديها للوقائع. واستنادا لذلك قضي بأنه يدخل في رقابة المحكمة الإدارية العليا في ديوان المظالم السعودي لتكييف الواقعة وتوسعها في ذلك أن بسطت رقابتها وتقييمها على سلطة القاضي التقديرية بمقولة أن الحكم قد أصابه الغلو في توقيع الجزاء<sup>(1)</sup>.

ويعتبر بعض الشراح "أنه يبنى على سبب الخطأ في تكييف الواقعة أو وصفها أن أي سبب يعود لهذين الأصل يصلح الطعن فيه أمام المحكمة الإدارية العليا في المملكة، حتى ولو كان سببا متعلقا بمحض الوقائع أو بسلطة القاضي التقديرية أو الدفع بعدم صحة الأدلة أو أي سبب كان يرجع الى خطأ في تكييف الواقعة أو وصفها، مما يعني أن المنظم حين نص على هذا السبب قد أخذ بمنهج التوسع في قبول الأسباب أمام المحكمة الإدارية العليا أيا كانت هذه الأسباب سواء متعلقة بمخالفة القانون بشكل عام أم بصحة الوقائع"<sup>(2)</sup>.

وقد عارض هذا الرأي قسم آخر من الشراح<sup>(3)</sup> معتبرين أن "التكييف عمل قانوني ومرحلة أولية هامة لتطبيق النظام تطبيقا سليما، لذا فان المحكمة الإدارية العليا، نظرا للدور الملقى على عاتقها القيام به أن تراقب مدى سلامة التكييف القانوني للوقائع، وعليه فان من السلطات المقررة للمحكمة الإدارية العليا إعادة بحث الوقائع وأن تزن مدى صحتها ومدى علاقتها بالتكييف الذي انتهت اليه المحكمة- التي أصدرت الحكم المطعون عليه- ولكن تدخلها هذا محدود بمراقبة المسائل النظامية".

ولكن حتى ولو تمّ التسليم بإمكانية شمول رقابة المحكمة الإدارية العليا على الخطأ في الوقائع بمعناه الواسع كما سبقت الإشارة الى ذلك أعلاه، فانه بالمقابل لا تعتبر رقابة المحكمة الإدارية العليا على الوقائع رقابة شاملة ومطلقة، إذ يبقى الأصل على أصله أما الاستثناء فيطبق ضمن النطاق والحدود التي تسوغه وبشكل لا ينتفي معه وجود المبدأ. فالمحكمة الإدارية

(1) عبد العزيز خليل بديوي، الطعن بالنقض والطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، دار الفكر العربي 1970 ص. 233.

(2) شاكر بن علي الشهري، المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق ذكره ص 180.

(3) محمد بن براك الفوزان، مبادئ المرافعات الإدارية، مرجع سابق ذكره ص. 214.

العليا مهما كانت تسمية الطعن المقدم أمامها (اعتراض بدلا من نقض أو تمييز) فانها تبقى محكمة القانون الإداري العليا التي تشابه غيرها من المحاكم الإدارية العليا في الأنظمة المقارنة. واستنادا لما تقدم يقتضي التحفظ على اعتبار الدفع بعدم صحة الأدلة (وهي مسألة واقعية محض) ممكن اعتباره من أسباب الاعتراض المقبولة أمام المحكمة الإدارية العليا، لأنه وفي حال التسليم جدلا بذلك، تكون المحكمة الإدارية العليا قد تحولت الى محكمة تنتظر في الوقائع بصورة شاملة أسوة بمحكمة الاستئناف ولتحولت الى محكمة درجة ثالثة من درجات المحاكمة وذلك مخالفة لوظيفتها ودورها وولايتها القضائية أصلا وفصلا ونظاما.

وفي الخلاصة يستنتج أن رقابة المحكمة الإدارية العليا يمكن أن تطال الرقابة على الخطأ في الوقائع أي الوقائع غير صحيحة من الناحية المادية أو الوقائع المشوهة أو اعطاء محكمة الاستئناف الإدارية للوقائع وصفاً قانونياً خاطئاً أو عندما تستخلص من الوقائع نتائج قانونية خاطئة.

#### هـ- فصله في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين طرفي الدعوى:

تعني هذه الحالة صدور الحكم خلافا لما تم الفصل فيه في ذات الموضوع وبين نفس الخصوم ولذات الأسباب.

فالحكم الصادر عن القضاء الإداري يتمتع بخصائص تميزه عن العمل الإداري الصادر عن الإدارة، فهو يحوز حجية تحول دون تجديد المناقشة في فقرته الحكمية، ذلك أنه يفترض صدوره صحيحا بحيث يعتبر بنظر القانون عنوانا للحقيقة.

“Res judicata pro veritate habetur”

وتختلف حجية القضية المقضية (Autorité de la chose jugée) عن قوة القضية المقضية (Force de la chose jugée).

تعني حجية القضية المقضية أن موضوع النزاع قد تم فصله عن طريق الحكم الذي أضحى حجة فيما بين الخصوم بالنسبة الى ذات الحق موضوعا وسببا، بحيث يكون الحكم ضمن هذه الشروط حجة لا تقبل إعادة المناقشة بما قضى به الا بسلوك طرق الطعن. وتشكل حجية القضية المقضية في بعدها الايجابي خاصية مرتبطة بالأحكام القضائية بحيث تعتبر الحالة القانونية التي تم بتها في الفقرة الحكمية عنوانا للحقيقة القانونية، التي تمكن المتقاضين من

التنزع بها أمام الجهات القضائية والإدارية. وتمنع حجبة القضية المقضية في بعدها السالب أو السلبي من تجديد المناقشة بالنزاع الذي تم فصله من قبل المحكمة، فالحكم يربط المحكمة التي أصدرته بحيث أنه لا يمكنها الغاؤه أو تعديله أو اعطائه مفاعيل مغايرة لمنطوقه بعد رفع يدها عن القضية بمجرد صدور الحكم المذكور كما أنه يفرض على المتقاضين الذين لا يمكنهم معاودة طرح النزاع الذي تم بته في الحكم المذكور أمام المحكمة نفسها أو محكمة أخرى والا قضى برده عن طريق الدفع بسبق الفصل في النزاع. هذا هو المعنى الدقيق والصحيح لحجبة القضية المقضية، أما توصيف هذه الحجبة بكونها نسبية أو مطلقة فانها مسألة أخرى لها أبعاد ومفاعيل مختلفة وتطال مبدئياً البعد السلبي لحجبة القضية المقضية.

وتكون هذه الحجبة نسبية عندما لا يكون بوسع المتقاضين أنفسهم إعادة المناقشة فيما تم الفصل به من قبل المحكمة، على خلاف الغير الذين يمكنهم ذلك. وتكون الحجبة مطلقة عندما يتساوى الغير مع المتقاضين لناحية عدم امكانية المناقشة مجددا فيما تم فصله من قبل المحكمة. وتعني الحجبة المطلقة أن ما تم فصله في الحكم لا يمكن معاودة المناقشة فيه من قبل أي كان كونه أصبح حجة على الكافة وقابلاً للاحتجاج به من قبلهم في الوقت عينه. وبالمقابل، يقصد بقوة القضية المقضية المرتبة التي يبلغها الحكم عندما يصبح قطعياً غير قابل لطرق الطعن العادية، أو مبرماً بحيث لا يكون قابلاً لأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية<sup>(1)</sup>. وقضى بأن الأحكام القطعية الصادرة عن مجلس شورى الدولة في لبنان حتى قبل انبرامها تكتسب دون سواها من الأحكام لحظة صدورها الحجية وقوة الشيء المقضى به معا وهي واجبة التنفيذ فور استكمال مقدمات التنفيذ لأنه ليس للطعن بأحكام هذا المجلس بأي طريق من طرق الطعن العادية وغير العادية أي أثر واقف عليها الا اذا طلب ايقاف التنفيذ من المجلس واستجاب له فعلا في اطار محدّد حصراً ينص عليه نظام هذا المجلس<sup>(2)</sup>. واستناداً لما تقدم، تعتبر من العيوب المؤدية للنقض في كل من فرنسا ولبنان، مخالفة الحكم المطعون فيه للقضية المحكمة. والقضية المحكمة تُفرض بشكل مباشر على قضاة

(1) جوزيف رزق الله، مراجعة الابطال لتجاوز حد السلطة، دار نشر الحلبي الطبعة الأولى 2023 ص.

(2) شوري لبنان، قرار رقم 213 تاريخ 2001/2/12، الشيج جميل الجميل/ الدولة، مجلة القضاء الإداري العدد السادس عشر 2004 ص. 339.

الأساس في اطار النزاع ذاته وهو الحل الذي قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قرار "بوتا" الصادر عنه بتاريخ 1904/7/8 والذي يتعلق بمخالفة قضاة الأساس للقضية المحكمة المقضي بها من قبل المرجع التمييزي نفسه. وهذا القرار يؤكد أن مخالفة القضية المحكمة مماثلة لمخالفة القانون ويعتبر بالتالي القضية المحكمة مصدراً من مصادر الشرعية. كما أنه يطرح مبدأ مفاده أن المحكمة المحالة اليها الدعوى بعد النقض عليها التقيد بالحل المقضي به من قبل مجلس الدولة كمرجع تمييزي وذلك خلافاً لما هي عليه الحال في المجال العدلي. والقرارات التي لا تحترم قوة القضية المحكمة المقضي بها من قبل المرجع التمييزي تتعرض للنقض<sup>(1)</sup>.

ونعود الى ما ورد في نص الفقرة (هـ) والذي يعرف بمخالفة حجية القضية المقضية، أي أن يصدر حكم في قضية سبق الفصل فيها بحكم نهائي من محاكم الاستئناف، فنقضي المحكمة العليا بنقض الحكم الاستئنافي لسبق الفصل فيه. فمن الأحكام ما يصدر مخالفاً لأحكام سابقة صادرة في ذات الموضوع وبين نفس الخصوم ولذات السبب، كأن ترفع قضية ويحكم فيها ثم يعاد رفعها من جديد ولا يتمسك المدعى عليه بعدم جواز نظرها لسبق الفصل فيها، كما لا تنتبه المحكمة من تلقاء نفسها لهذا الأمر مصدرة حكماً يخالفه. وتقوم هنا حالة من تعارض الأحكام في دعويين لهما ذات الأطراف وموضوعهما واحد وسببهما واحد<sup>(2)</sup>. ويشترط لقيام حالة تعارض الأحكام أن يكون الحكم التالي قد صدر على خلاف الحكم السابق، ولكن يسجل على نص الفقرة (هـ) أنه اكتفى بالنص على أن يكون طرفاً الدعوى في كلا الحكمين واحداً، ولكن ذلك لا يمكن تفسيره بأنه يمكن تقديم اعتراض أمام المحكمة العليا لمجرد وجود حكم يلي الحكم السابق الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية رغم اختلاف موضوعهما وسببهما، بل يتوجب لجواز تقديم الاعتراض المذكور أن يكون الحكمان صادرين بالنسبة لذات الخصوم ونفس السبب والموضوع.

(1) جوزيف رزق الله، مراجعة الابطال لتجاوز حد السلطة، مرجع سابق ذكره ص.

(2) يراجع محمد بن براك الفوزان، مبادئ المرافعات الإدارية، مرجع سابق ذكره ص. 214 وشاكر بن علي الشهري، المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق ذكره ص 180.

## و- تنازع الاختصاص بين محاكم الديوان:

لا يعتبر ما جاء في الفقرة (واو) من هذه المادة من أسباب الاعتراض بل من المسائل التي أصبحت من اختصاص المحكمة العليا وفقا لنظام ديوان المظالم. وتختص المحكمة الإدارية العليا، استنادا لما ورد في هذه الفقرة، بنظر التنازع المرتبط بعدم الاختصاص سواء السلبي أو الايجابي سواء الولائي أو النوعي أو المكاني بين محاكم ديوان المظالم.

وقد يحلو للبعض أن يطلق على هذا النوع من التنازع تنازع الاختصاص المحلي اذ أنه لا يتصور عمليا حصول هذا النوع من التنازع الا مكانيا، ذلك أن نظام المرافعات أمام ديوان المظالم جعل من المحكمة الإدارية صاحبة الاختصاص العام في المنازعات الإدارية، كمحكمة درجة أولى، ولم يول أية محكمة غيرها من محاكم الديوان (سواء كانت من محاكم الاستئناف أو المحكمة الإدارية العليا) صلاحية النظر بأية منازعة إدارية في الدرجة الأولى، وذلك خلافا لما هو معمول به في النظام الفرنسي حيث تنظر محاكم الاستئناف الإدارية أو مجلس الدولة الفرنسي في الدرجة الأولى ببعض المنازعات الإدارية.

تبقى الإشارة الى أن المنظم السعودي قد سعى الى حصر نطاق تنازع الاختصاص بين جهتي القضاء الإداري والعادي الى أضيق الحدود، فأوكل لديوان المظالم الاختصاص الولائي العام بالنظر في كافة أنواع المنازعات الإدارية التي تكون الإدارة (بمعناها الواسع) طرفا فيها. ويتبدى من ذلك ترجيحه للمعيار الشكلي في توزيع الاختصاصات بين جهتي القضاء، بحيث يكون ديوان المظالم مختصا بكافة المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها (المعيار الشكلي أو العضوي)، وذلك بغض النظر عن طبيعة هذه المنازعة وما اذا كانت الإدارة قد لجأت من خلالها الى استخدام امتيازاتها وسلطاتها الأمرة النهائية، أو كانت تتعلق بسير المرفق العام وعلاقات الإدارة مع الغير التي تتمظهر فيها الإدارة بصورة الفرد العادي (المعيار الموضوعي)<sup>(1)</sup>.

ويلاحظ أن تنازع الاختصاص بين محاكم القضاء العام من ناحية ومحاكم ديوان المظالم والجهات الأخرى من ناحية أخرى تفصل به لجنة يرأسها أحد أعضاء المجلس الأعلى للقضاة

(1) شاكر بن علي الشهري، المرجع السابق ص112 وما يليها.

وتتضم عضو من المحكمة العليا وعضو من ديوان المظالم أو الجهة الأخرى وذلك وفقا للمادة 27 من نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/87 تاريخ 1428/9/19، كما أن المادة 15 من نظام ديوان المظالم أسندت الى لجنة يرأسها عضو من مجلس القضاء الإداري وتتضم عضو من المحكمة الإدارية العليا وعضو من الجهة الأخرى للفصل في مسائل تنازع الاختصاص (الولائي) بين محاكم الديوان والجهات الأخرى الفاصلة في بعض المنازعات الإدارية (غير جهة القضاء العام)<sup>(1)</sup>.

### ○ الفقرة الثالثة: الآثار المترتبة على تقديم الاعتراض والحكم الصادر ومفاعيله وطرق الطعن المتاحة بشأنه

يرفع الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا بصحيفة يودعها المعارض أو من يمثله لدى محكمة الاستئناف الإدارية التي أصدرت الحكم، وفقا للإجراءات المقررة لرفع الدعوى (المادة 45 من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم). ويتبين من ذلك أن المحكمة الإدارية العليا كقاعدة عامة لا تراجع الأحكام من تلقاء نفسها، بل ينبغي تقديم اعتراض لينعقد لها الاختصاص، الا في حالات المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية<sup>(2)</sup>.

وقد تطرقت المادة 47 الى الإجراءات والمهل التي يصار من خلالها الى احالة ملف الاعتراض الى المحكمة الإدارية العليا، فيتوجب على الإدارة المختصة في محكمة الاستئناف الإدارية أن ترسل الملف في اليوم التالي على الأكثر من تاريخ استيفاء طلب الاعتراض الإجراءات المنصوص عليها في المادتين 45 و46 السالف ذكرهما. وتتيح هذه المادة للمعارض استيفاء ما نقص في اعتراضه خلال المدة المقررة للاعتراض، وفي حال تخلفه عن القيام بذلك تقوم إدارة الدعاوى والأحكام بإرسال الاعتراض كما هو مقدم الى المحكمة الإدارية العليا خلال اليوم التالي لانتهاء المدة. ويمكن للمحكمة الإدارية العليا أن تأمر بضم ملف الدعوى التي صدر فيها الحكم المعارض عليه.

(1) يراجع الأستاذ الدكتور الدين الجبالي بو زيد، القضاء الإداري - أحكام المنازعات الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق ذكره ص.122.

(2) ابراهيم بن حسين الموجان، شرح نظام المرافعات أمام ديوان المظالم، طبعة أولى 2017 ص. 410.

وتقوم الإدارة المختصة في المحكمة الإدارية العليا وفقا للمادة 48 من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم بقيد الاعتراض يوم وصوله اليها وإبلاغ صحيفته من المعارض ضده. ويترتب على رفع صحيفة الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا وإيداعها لدى محكمة الاستئناف الإدارية آثار مهمة لناحية بدء الخصومة وضرورة القيام بإبلاغ كافة أطراف النزاع كي تتعدّد الخصومة ويتحدّد نطاق القضية كمحل للخصومة. ونشير الى أن الاعتراض على الأحكام أمام المحكمة الإدارية العليا ليس له مفعول حكمي موقف للتنفيذ بالنسبة للحكم المستأنف، وهذا ما أكدته المادة 49 التي ورد فيها أنه لا يترتب على الاعتراض وقف تنفيذ الحكم المعارض عليه بمجرد تقديمه، بل أن ذلك يبقى جائزا للمحكمة الإدارية العليا أن تأمر به شرط أن يطلب ذلك ذوو الشأن في صحيفة الاعتراض<sup>(1)</sup>، وأن تقدر المحكمة الإدارية العليا أن تنفيذ الحكم المعارض عليه سينتج عنه مفاعيل يتعذر تداركها لاحقا في حال لم يتم وقف تنفيذه. وتحدّد المحكمة العليا جلسة للنظر بهذا الطلب تبلغ موعدها من أطراف الاعتراض. غير أنه تقتضي الإشارة أن ثمة وقف تنفيذ مقرر حكما بقوة القانون بالنسبة للأحكام الاستئنافية الفاضية بفصل الموظفين، فان الاعتراض عليها أمام المحكمة الإدارية العليا يكون له مفعول موقف للتنفيذ حكمي حتى تفصل المحكمة العليا في أساس الدعوى.

وقد تطرقت المادة 50 من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم الى مهل ايداع مذكرة الدفاع وتبادل اللوائح وحددتها بثلاثين يوما من تاريخ تبلغ صحيفة الاعتراض بالنسبة للمعارض ضده، وثلاثين يوما بالنسبة لرد المعارض على مذكرة الدفاع، وثلاثين يوما أخرى للمعارض ضده لتقديم مذكرة ملحوظاته على الرد.

وقد أجازت المادة 51 من النظام ذاته للمعارض ضده قبل انقضاء مهلة الثلاثين يوما لتقديم مذكرة دفاعه أن يطلب ادخال أي طرف في الدعوى التي صدر فيها الحكم المعارض عليه ولم يوجه اليه الاعتراض.

---

(1) ان طلب وقف التنفيذ لا يمكن تقديمه بمعزل عن المراجعة الأساسية المقدمة طعنا بالقرار المشكو منه الذي يطالب بوقف تنفيذه، وذلك بخلاف الإجراءات المتعلقة بالإثبات وغيرها من التدابير المستعجلة التي يمكن مبدئيا تقديمها (ما عدا الاجراء المستعجل مع سلفة) أمام قاض العجلة الإداري بالاستقلال عن الدعوى التي يتم من خلالها البت في أساس النزاع عند طرحه أمام القضاء الإداري.

كما أجازت المادة 52 من النظام ذاته لكل طرف في الدعوى التي صدر فيها الحكم المعارض عليه ولم يبلغ بصحيفة الاعتراض أن يتدخل في الاعتراض ليطلب الحكم برده. وقد منعت المادة 53 قبول المذكرات والأوراق بعد انقضاء المواعيد المحددة لكل منها. ويصار وفقاً للمادة 54 (وبعد انقضاء المواعيد المنصوص عليها في المواد السابقة من هذا الفصل) إلى إرسال ملف الاعتراض إلى الدائرة المختصة كي يتولى أحد قضاتها (المقرر) دراسة الاعتراض وإعداد تقرير يتضمن ملخصاً لأسباب الاعتراض والرد عليها، وحصراً لمواضيع الخلاف بين الأطراف من دون إبداء الرأي فيها ثم يعرضه على الدائرة. وإذا رأت الدائرة المعنية أن الاعتراض غير جائز أو غير مقبول لفوات موعد الطعن أو لعدم تضمينه أي من الأسباب المبينة في المادة 11 من نظام ديوان المظالم أو أسباب تخالف ما استقر بشأنه قضاء المحكمة الإدارية العليا، أمرت بعدم قبوله (من دون تحقيق وهو إجراء مماثل لما هو معتمد في القانون الفرنسي) بقرار يثبت في محضر الجلسة مع إشارة موجزة إلى سبب القرار (تعليلاً موجزاً). وبالمقابل إذا تبين للدائرة أن الاعتراض جدير بالنظر حددت جلسة لنظره، ويجوز لها في هذه الحالة أن تستبعد من الاعتراض ما لا يقبل من الأسباب أمام المحكمة الإدارية العليا، وأن تقصر نظرها على باقي الأسباب مع إشارة موجزة إلى سبب الاستبعاد.

وقد فرضت المادة 55 أن يصار إلى إبلاغ أطراف الاعتراض بتاريخ الجلسة المحددة لنظر الاعتراض قبل انعقادها بخمسة عشر يوماً على الأقل (نشير إلى أنه في لبنان لا تعقد جلسات محاكمة).

ويتبين من خلال المادة 56 من النظام ذاته أن المحكمة العليا تفصل الاعتراض مبدئياً بدون مرافعة، وذلك بعد أن يتلو القاضي المقرر التقرير الذي أعده، وتفسح المادة 57 المجال أمام الدائرة للمرافعة الشفهية إذا رأت ضرورة لذلك، ويتم ذلك بسماع أقوال أطراف الاعتراض، علماً بأنه لا يجوز إبداء أسباب شفهية في الجلسة غير تلك التي سبق للأطراف بيانها في الأوراق، إلا في حال تعلقها بالنظام العام. وتضيف هذه المادة في فقرتها الثانية بأنه يجوز للدائرة بصورة استثنائية أن تأذن لأطراف الاعتراض بإيداع مذكرات تكميلية عند اللزوم فيؤجل نظر الاعتراض في هذه الحالة إلى جلسة أخرى.

وهكذا وبعد تقديم اللوائح والمذكرات وتبليغها من الفرقاء واتخاذ التدابير اللازمة للتحقيق واللجوء الى وسائل التحقيق المناسبة، أي عندما تصح القضية جاهدة للحكم، تختتم عندها مرحلة التحقيق في الدعوى ليصار بعدها الى المداولة (المذاكرة في لبنان) بين أعضاء هيئة المحكمة الإدارية العليا تمهيدا لاصدار الحكم في الدعوى<sup>(1)</sup>.

ويمكن القول في هذا الصدد، أن القاضي الإداري هو سيد التحقيق وله مطلق الحرية في البحث عن الأدلة والمفاضلة فيما بينها وتقدير قيمتها الثبوتية. فما يقدمه الفرقاء من وسائل لإثبات حقوقهم لا يقيد القاضي الإداري الذي يمكنه أن يباشر بنفسه التحقيقات اللازمة ويكوّن قناعته الذاتية على أساس الشعور بالحقيقة الذي استخلصه من ملف المراجعة بمجمله من دون أن يكون ملزما بالنتائج المستخلصة من تدابير التحقيق التي قرر اللجوء إليها. وهو عندما يرى بأن التحقيق أصبح مستوفيا يمكنه أن يصدر قرارا يعين فيه التاريخ الذي يختتم فيه. وفي ذلك مؤشر على تكوّن القناعة لديه بحيث لم يعد من حاجة لتقديم مذكرات أو لوائح جديدة بعد اختتام المحاكمة وفي حال تقديمها لا تتم دراستها من قبل المحكمة ولا يشار إليها في الحكم الذي سيصدر ما لم تقرر المحكمة إعادة فتح التحقيق<sup>(2)</sup>.

وقد حدّدت المادة 58 من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم طبيعة الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا ومآل الحكم الصادر والمفاعيل المتأتية عنه، وهي أنت تحت عنوان "نقض الحكم المعترض عليه" الأمر الذي ينفي معه أية شكوك حول طبيعة الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا لناحية اعتباره بمثابة مراجعة تمييز أو نقض. وقد وورد فيها حرفيا ما يلي:

"إذا نقضت المحكمة الإدارية العليا الحكم المعترض عليه لمخالفة قواعد الاختصاص، فعليها الفصل في مسألة الاختصاص. وعند الاقتضاء تحيل الدعوى الى المحكمة المختصة. وإذا نقضت الحكم لغير ذلك، فتحيل القضية الى المحكمة التي أصدرت الحكم لتفصل فيها من جديد من قضاة غير الذين نظروا فيها. وفي هذه الحالة يجب على المحكمة التي أحيلت إليها القضية أن تتبّع حكم المحكمة الإدارية العليا في المبدأ الذي فصلت فيه.

(1) جوزف رزق الله، النظرية العامة للإثبات أمام القضاء الإداري، مرجع سابق ذكره ص.306 وما يليها.

(2) جوزف رزق الله، المرجع السابق ص317.

ومع ذلك اذا قررت المحكمة نقض الحكم المعترض عليه للمرة الثانية وكان الموضوع صالحا للفصل فيه، وجب عليها أن تحكم في الموضوع".

يتبين من خلال هذا النص أن المحكمة الإدارية العليا ليست محكمة موضوع أي ليست محكمة ابرام، ويستتبع ذلك أنه في حال اقتنعت هيئة المحكمة العليا الناظرة في الاعتراض المقدم أمامها بصحة وصوابية الأسباب الواردة فيها فانها تصدر قرارها بنقض الحكم الاستثنائي (الموازي لإلغاء أو ابطال الحكم المطعون فيه واعتباره كأنه لم يكن). ويترتب على ذلك إلغاء الآثار المترتبة على الحكم المنقوض والأعمال اللاحقة عليه اذا ما كانت أساسا للحكم<sup>(1)</sup>.

ويصار تبعا لذلك الى اعادة ملف القضية في الأساس الى المحكمة التي أصدرته لتعيد النظر بها واقعا ونظاما من هيئة مختلفة عن تلك التي صدر عنها الحكم المنقوض، والتي يكون عليها أن تنقيد بالمبدأ<sup>(2)</sup> الذي قضت به المحكمة العليا.

وقد ورد في هذه المادة أنه اذا نقضت هذه المحكمة الحكم المعترض عليه لمخالفة قواعد الاختصاص، فعليها الفصل في مسألة الاختصاص، وعند الاقتضاء تحيل الدعوى الى المحكمة المختصة. ويفهم من ذلك أنه لا يكتفى بالحكم أن يرتب النقض على عيب مخالفة قواعد الاختصاص، بل يكون لزاما على المحكمة الإدارية العليا أن تقوم بنفسها بالفصل في مسألة الاختصاص أي تحديد الجهة المختصة للبت بموضوع الدعوى.

وتتص المادة ذاتها على أنه اذا نقضت المحكمة الإدارية العليا الحكم لغير ذلك، فتحيل القضية الى المحكمة التي أصدرت الحكم المعترض عليه لتفصل فيها من جديد بهيئة مؤلفة من قضاة غير الذين صدر عنهم الحكم المنقوض. ويكون على المحكمة المحالة اليها القضية بعد النقض أن تفصل فيها وتنقيد بمآل الحكم الصادر عن المحكمة العليا، والا في حال قررت المحكمة نقض الحكم المعترض عليه للمرة الثانية وكان الموضوع صالحا للفصل فيه فان المحكمة العليا ملزمة بالبت بموضوعه.

---

(1) مصطفى الشريبي، بطلان إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري، دار الجامعة الجديد للنشر الاسكندرية ص. 1258.

(2) المقصود هنا التقيد بالحل القضائي الذي قرره المحكمة الإدارية العليا وتصحيح المحكمة الاستثنائية عند معاودة اصدار قرارها للعيوب والشوائب التي اعترت الحكم المعترض عليه والتي كانت مدعاة لصدور قرار النقض هـ

ويتبين من ذلك، أنه تبعا للمبادئ التي تقوم عليها المراجعة السالف ذكرها فان المحكمة العليا الناظرة في القضايا المحالة اليها عن طريق الاعتراض فان ولايتها تقتصر من الناحية المبدئية على النقص دون الابرار الذي يعود أمره للمحكمة المختصة. وهذا ما يفسر استعمال عبارة "فتحيل القضية" التي يتبدى من صياغتها أنها أنت بصيغة الزامية لا تترك معها الخيار للمحكمة العليا بل تلزمها بإحالة القضية الى المحكمة التي أصدرت الحكم المعارض عليه. ولكن وفقا لأحكام هذه المادة فان المحكمة العليا قد تتحول بصورة استثنائية مشروطة الى محكمة نقض وابرار، بمعنى أنها تتصدى للنزاع وتفصل فيه، عند توافر شرطين معا الأول منهما يتوقف على صدور حكم للمرة الثانية بنقض قرار محكمة الاستئناف والشرط الثاني يستوجب أن يكون موضوع الدعوى بعد النقص صالحا للفصل فيه.

ويقصد بالدعوى المهيأة للفصل، تلك التي قامت المحكمة مصدرة الحكم المطعون فيه بنظر موضوعها واستوفت جميع عناصرها من وقائع ووسائل إثبات. أما الدعوى غير المهيأة للفصل فهي التي رأت المحكمة الإدارية العليا أن موضوع الدعوى فيها ما زال بحاجة الى استكمال بعض المستندات المؤيدة أو احالة للخبرة أو للمعاينة وغيرها من وسائل الإثبات<sup>(1)</sup>. والمبادئ السالف ذكرها سارت عليها المحكمة الإدارية العليا في مصر التي قضت "بأنه لا جدال في أن إزالة التعدي الذي يقع على أموال الدولة هو من أهم واجبات الإدارة الملقاة على عاتقها...ومن حيث أن لا شبهة في أن ما أبدته إدارة الشؤون القانونية من وجوب اتخاذ الإجراءات لإزالة السور الذي بناه المدعيان لا يعدو في الحقيقة الا أن يكون بمثابة رأي قانوني ارتأته هذه الإدارة بشأن التعدي الواقع على أملاك الدولة، وبالتالي لا يعتبر الرأي القانوني قرارا بإزالة السور... ومما يؤكد ذلك العبارة الواردة في بلاغ مدير الإدارة الهندسية بمجلس مدينة بلفاس... من أن الإدارة القانونية بالمجلس رأت اتخاذ الإجراءات لهدم السور. هذا وما كان للإدارة القانونية المذكورة الا أن تقرر ذلك لعلمها بأن الإجراءات الواجب اتخاذها بعد ابداء رأيها تعدّ من اختصاصات الإدارة وليست من اختصاصها ومن هذه الإجراءات صدور القرار بإزالة التعدي. وعلى ذلك فان واقعة الإزالة تكشف وفقا للظروف المحيطة بها عن أن ثمة قرارا إداريا صدر من جهة الإدارة بإزالة التعدي... ومن ثم يكون ما ذهب اليه الحكم المطعون فيه

(1) شاكر بن علي الشهري، المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق ذكره ص. 233.

من أنه لم يثبت صدور قرار إداري بإزالة التعدي وأن ما قامت به جهة الإدارة بواسطة تابعيها من إزالة التعدي يعتبر عملاً مادياً يخرج نظر التعويض عنه عن اختصاص مجلس الدولة، يكون وفقاً لما تقدم غير سديد... والحكم المطعون فيه قد أخطأ في تطبيق القانون مما يتعين الحكم بإلغائه وإعادة الدعوى إلى محكمة القضاء الإداري للفصل في موضوعها<sup>(1)</sup>.

ويؤكد ما تقدم ذكره الطابع الاستثنائي لمراجعة الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا التي لا تخولها أن تتحول من محكمة نقض إلى محكمة نقض و إبرام تبت في أساس الدعوى بعد نقض الحكم الصادر فيها واعتباره كأنه لم يكن، إلا في بعض الحالات الاستثنائية ومنها حالة استثنائية ذكرت صراحة في النظام وهي حالة صدور قرار نقض للحكم الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية للمرة الثانية وأن تكون القضية صالحة للفصل بها من قبل المحكمة العليا. ويقصد بذلك الدعوى التي ترى المحكمة الإدارية العليا أن المحكمة التي أصدرت الحكم قد استوفت عناصرها واستمعت فيها إلى طلبات الخصوم ودفعهم واستلمت مستنداتهم والأدلة المؤيدة لها بحيث أنه لم يعد هناك ما يستوجب استكمالها من إجراءات التقاضي والتحقيق في الدعوى، الأمر الذي يجعل القضية جاهزة للفصل بها من قبل المحكمة الإدارية العليا على ضوء قرار النقض الصادر عنها للمرة الثانية، وخصوصاً أن القضية قد تم فصلها واستثبات وقائعها واستنفاد وسائل التحقيق بشأنها مرتين قبل ذلك. ففي هذه الحالة الاستثنائية يتوجب على المحكمة الإدارية العليا أن تبت في أساس الدعوى، وبعد أن تلجأ عند الضرورة إلى وسائل التحقيق التي تراها مناسبة، لأن إحالتها ثانية إلى محكمة الاستئناف الإدارية سينجم عنه إهدار للوقت وإطالة لأمد المحاكمات وتكبيد الفرقاء مزيداً من المشقة والعناء.

يبقى أن نشير إلى طرق الطعن المتاحة بالأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا، وذلك بموجب المادة 59 من نظام المرافعات التي نصت على أنه لا يجوز الاعتراض (المقصود الطعن) على أحكام المحكمة الإدارية العليا ما لم يكن الاعتراض بطلب إعادة النظر يقدم ممن يعدّ الحكم حجة عليه ولم يكن قد أدخل في الدعوى أو تدخل فيها. ويرفع طلب إعادة النظر أمام المحكمة الإدارية العليا وفقاً لأحكام المادة 44 خلال ثلاثين يوماً من تاريخ العلم بالحكم.

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلسة 1982/5/6 في الطعن رقم 1475 لسنة 26 مجموعة السنة 27 ق صفحة 368 وما بعدها.

## ○ الخاتمة

بعد أن تم استعراض الشروط الشكلية والاجرائية وتلك المطلوب توافرها في الخصوم لتقديم الاعتراض والمهل الواجب تقديم الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا خلالها. وبعد أن تم التطرق الى طبيعة الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا وتفصيل الأسباب التي يبني عليها الاعتراض، ودراسة الآثار المترتبة على تقديم الاعتراض والحكم الصادر ومفاعيله وطرق الطعن المتاحة بشأنه. يتبين في المحصلة ومن خلال قراءة وتحليل نظام ديوان المظالم السعودي للعام 1428 هـ. ما يلي:

- ان المحكمة الإدارية العليا لم يسند لها أي اختصاص بالفصل في منازعات إدارية كدرجة أولى أو كمحكمة استئناف كما هو معمول به في القضاء الإداري الفرنسي بالنسبة لمجلس الدولة واللبناني بالنسبة لمجلس شورى الدولة.
- ان هذا النظام قد جعل الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا بمثابة مراجعة تمييز أو النقض، بعد أن ضيق نطاقها وجعلها تشمل الاعتراض على الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف الإدارية فقط دون غيرها من المحاكم أو الهيئات القضائية أو اللجان شبه القضائية (خلافًا لما هي الحال عليه في النظام الفرنسي واللبناني حيث يمكن الطعن بالنقض بالقرارات الصادرة عن الهيئات الإدارية ذات الصفة القضائية).
- ان هذا النظام قد بين محل الاعتراض وحدده بأسباب وارد ذكرها في المادة الحادية عشرة من نظام ديوان المظالم على سبيل الحصر من دون امكانية اسناد الاعتراض الى أسباب أخرى. ويؤكد ذلك الطابع الاستثنائي لمراجعة الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العليا التي لا يلجأ اليها الا بعد استنفاد طرق الطعن العادية، ومن ثم لا يمكن اللجوء الى المحكمة الإدارية العليا اذا كان باب الاعتراض ما يزال متاحا أمام محكمة الاستئناف الإدارية، أو فوّت الخصم على نفسه هذه الدرجة<sup>(1)</sup>.

(1) ابراهيم بن حسين الموجان، شرح نظام المرافعات أمام ديوان المظالم، الطبعة الأولى 2017 ص. 410.

- أن المحكمة الإدارية العليا لا تعدّ درجة الثالثة من درجات التقاضي، فهي لا يمكن أن تتحول من محكمة نقض الى محكمة نقض وابرام، الا في بعض الحالات الاستثنائية ومنها حالة استثنائية وردت صراحة في هذا النظام وهي حالة صدور قرار نقض للحكم الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية للمرة الثانية وأن تكون القضية صالحة للفصل بها من قبل المحكمة الإدارية العليا.

- أن المحكمة الإدارية العليا في المملكة العربية السعودية تعتبر في الأصل محكمة نظام، بمعنى أنها لا تتصدى لأساس الدعوى، بل انها تراقب حسن تطبيق محاكم الاستئناف الإدارية للأحكام الشرعية والنظامية، فهي محكمة نقض تحاكم الحكم، وتعبّ على الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف الإدارية، وتكون لها في هذا الخصوص الكلمة الفصل.

- أن هذه المحكمة العليا تبقى صمام الأمان في ديوان المظالم السعودي كونها تراقب انتظام عمل محاكم الديوان وتبت في تنازع الاختصاص فيما بينها، وهي تتولى دورا لا يمكن اغفاله في الحفاظ على مبدأ المشروعية كونها تلعب دورا أساسيا في تأصيل أحكام القضاء الإداري وتأمين التناسق بين مبادئه واستقرارها ومنع التناقض في الأحكام والحرص على وحدة المبادئ والقواعد القانونية المطبقة من قبل المحاكم الاستئنافية الإدارية.

**الدراسة الثالثة:**

**حدود السلطة التقديرية للإدارة في مجال الضبط الإداري**

د. عبد العالي حميد عبد العالي التميمي<sup>(1)</sup>

إن إطاعة الإدارة وامتثالها للقانون يعني احترام السلطة الإدارية للمبادئ القانونية المشتقة من مصادرها المختلفة، وهذا يضمن على أفضل وجه العدل والتساوي بين المحكومين، ويكفل إن تكون جهة الإدارة ملتزمة ومتعهدة بالا تتخطى درجات القواعد والمبادئ التي تنظم فعاليتها وتحدد اختصاصاتها وتظهر وسائل ممارستها لأحكامها، وإن كان هذا يعني هدفاً يرضي طموح وسعادة أفراد المجتمع لحماية حقهم وحياتهم، إلا أنه لا يؤمن ضروريات تحقيق المصلحة العامة لأسباب في مقدمتها أنه يستحيل على المشرع أن يتعرض لتنظيم النشاط الإداري بشكل مسهب وتفصيلي بكل دقائقه وجزئياته للقواعد القانونية، وخاصة مع التطور والحدثة في قطاعات الحياة. كما ان التحديد او الحصر يتعارض مع متطلبات العام التي تفرض أن تتمتع الإدارة بمرونة كبيرة في فعاليتها التي تطبقها في مختلف الحالات وفي مواجهة مختلف الاحداث والوقائع. فإذا كان من الممكن ومن الواجب في قطاعات محددة أن يقيد المشرع جهة الإدارة بمبادئ قانونية أمره تقيداً كاملاً، إلا ان المصلحة تقتضي أن يترك للإدارة في الغالب من الأحوال قسماً من الحرية لتتصرف بها، حتى يتيح لها أن تختار السبيل المناسب لمواجهة الحالات والوقائع، وأن يتيح لها في مجالات أخرى فرصة الاختيار بالنسبة إلى وقت إقدامها على التصرف وذلك ضمن القيد الذي تمتثل له جهة الإدارة في ألا يشوبها أي انحراف أو استبداد وإذا ما حدث أي انحراف فالرقابة القضائية كفيلة باتخاذ الحكم المناسب لتلافي النتائج السلبية.

<sup>(1)</sup> كلية العراق الجامعة / قسم القانون.

حيث إن السلطة التقديرية للإدارة هي حاجة ضرورية وعملية وتشريعية فمن الناحية التشريعية، ينظر إليها كضرورة وحاجة ملحة لازمة لتكملة وتنظيم وسد الفراغ الذي يوجد في دائرة النظام القانوني إذ من المحال على المشرع التوقع المسبق لوضع الحلول لكل الأمور في الحياة المتغيرة، وعلى ذلك تساعد السلطة التقديرية الإدارة على الإحاطة بتلك النواحي وتكملتها بما تقتضيه الحياة بين أفراد المجتمع آخذة بنظر الاعتبار الأوضاع الخاصة بكل شأن على حدة، أما من الناحية العملية فأنها تسمح للإدارة بملاءمة سلوكها والحاجات العامة والتغيرات الاجتماعية وتطبيق القواعد العامة المجردة على الواقع المتغير للحياة اليومية إذ إن حصر دور الإدارة في مجرد التنفيذ لا يتفق مع المصلحة العامة أو النفع العام في شيء.

يتفق القانون الوضعي على أن ضوابط السلطة التقديرية للإدارة تقوم وترتكز على فكرة المصلحة العامة. كما أن الإدارة العامة في سعيها إلى تحقيق الصالح العام لا بد وأن تضع نظاماً أو قانوناً يضبط سلوك الأشخاص داخل المجتمع في ممارستهم لحقوقهم وهذا النظام هو ما يسمى "بالضبط الإداري" والذي أصبح من أهم واجبات الإدارة وبدونه تعدم الفوضى وينهار النظام الجماعي. يعد الضبط الإداري الوسيلة الرئيسية لمراقبة أفراد المجتمع والتصدي للمنحرفين وزجر المعتدين لا فرق في ذلك أن يكون الاعتداء على حقوق الله أو حقوق العباد فهو الأداة الرئيسية للمحافظة على الالتزام بالسلوك المجتمعي. وتمارس سلطات الضبط الإداري في ظل القوانين الوضعية اختصاصاتها في المحافظة على النظام العام عن طريق ما تملكه من وسائل وأساليب ومن دونها تصبح عاجزة عن القيام بمهامها فهذه الوسائل تتيح لسلطات الضبط الإداري أن تجبر الأفراد أو الأشخاص على احترام إرادتها في ظل رقابة قضائية تتجاوز نطاق الرقابة العادية التي يباشرها القضاء الإداري بالنسبة لسائر القرارات الإدارية خاصة بعد أن اتسع نشاط سلطات الضبط والهيئات القائمة عليه بطريقة تصل إلى التدخل في الحياة اليومية لكل فرد.

#### ♦ أهداف البحث ومنهجيته:

يتجلى هدف الدراسة كمحاولة لإعطاء فكرة عامة عن السلطة التقديرية للإدارة في مجال الضبط الإداري في الظروف العادية في ظل القانون الوضعي وبالتالي فإن طبيعة الدراسة

اقتضت الالتزام بالاعتماد على اكثر من منهج، فقد اتبع الباحث المنهج التحليلي كضرورة فرضت نفسها لطبيعة البحث من خلال تحليل الجزئيات المختلفة المتعلقة بموضوع الدراسة كما أن المنهج المقارن برز لبيان اتجاهات الأنظمة القانونية في (فرنسا ومصر والعراق) في موضوع البحث من خلال مقارنتها مع بعضها البعض.

#### ♦ اشكالية البحث:

هدف هذه الدراسة هو التعريف بالسلطة التقديرية للإدارة في مجال الضبط الاداري في الظروف العادية في نطاق القوانين الوضعية, لذا فان اشكالية الدراسة تمثلت في السؤال التالي: (هل تشكل السلطة التقديرية للإدارة خروجاً عن مبدأ المشروعية وتمس حقوق المواطن وحرياته, أم انها من المسائل التي لا غنى عنها من اجل تحقيق المصلحة العامة).

#### ♦ اهمية البحث:

تتمثل أهمية الدراسة في كونها تمثل دعوة جديدة للتمسك بنظرية السلطة التقديرية للإدارة عند مباشرتها لاختصاصاتها المختلفة، كما إن أهمية الدراسة تتجسد أيضاً في التأكيد على دور الإدارة العامة في حفظ النظام العام خاصة في ظل التغيرات الكبيرة التي حصلت في العراق بعد عام ٢٠٠٣ وما رافقها من تغير كبير في عمل الإدارة العامة والذي يستلزم نجاح تطبيقها منح الإدارة قدراً من الحرية في نطاق عملها.

#### ♦ خطة البحث:

من أجل الاحاطة وتطويق الجوانب المتباينة لموضوع البحث بالسلطة التقديرية للإدارة في مجال الضبط الاداري في الظروف العادية "دراسة مقارنة" سوف نقوم بتقسيم هذا البحث على النحو التالي: مسؤولية الإدارة في مجال الضبط الإداري. ويتكون من مبحث وهو: المبحث الذي يستعرض نظرية الضبط الإداري وانواع الضبط الإداري. يعتبر الضبط الإداري الوظيفة أو المنصب الأساسي للإدارة العامة في كل دولة وهذه الوظيفة الضبطية هي خطورة ومكانة تبرز كشكل جوهري لوجود الدولة وكتعبير رئيسي عن سيادة الدولة أو السلطة الحاكمة. ولا

يتصور المجتمع الإنساني وجود بدون نظام يضبط سلوك الفرد داخل المجتمع في ممارسته لحقوقه الطبيعية ويهدف الضبط الإداري إلى حماية النظام العام من خلال تنظيم ممارسة الأفراد لحرياتهم وأنشطتهم الخاصة، وذلك باتخاذ تدابير تقيد بها هذه الحريات وتتباين شدتها حسب نوع الحرية المراد تحديدها<sup>(1)</sup>. كما تتسع سلطات الضبط الإداري في ظل الظروف الاستثنائية لمواجهة هذه الظروف<sup>(2)</sup>. حيث ان أهداف الضبط الإداري قد تطورت بسبب تطور الظرف الاقتصادي والاجتماعي واتساع ميدان نشاط الإدارة بقصد تحقيق المصلحة العامة للأفراد في جميع النواحي. وسوف نتناول في هذا البحث تحديد مفهوم الضبط الإداري وأنواعه مستعرضين اغراضه وعلى النحو التالي:

### ○ المبحث الأول: مفهوم الضبط الإداري وأنواعه

إن الضبط الإداري إحدى الروافد الرئيسة التي تنهض بها الوظيفة العامة التي تعمل على توفير حاجات المجتمع بتقديم أفضل الخدمات لهم. فعمل الضبط الإداري حاجة لازمة لاستقرار النظم وصيانة الحياة الاجتماعية والمحافظة عليها وبدون ذلك الضبط تعم الفوضى وينهار النظام الاجتماعي. ولقد اختلف الفقهاء حول تعريف الضبط الإداري كما اختلفوا حول تحديد طبيعته هل هي سلطة سياسية أم هي وظيفة ضرورية ومحايدة؟ وهذا يتطلب البحث في ماهية الضبط الإداري ومحاولة تحديد طبيعته أولاً ثم البحث في أنواعه وتمييزه عن غيره من أنظمة الضبط الأخرى وذلك من خلال محورين الآتيين:

**المحور الأول:** تعريف الضبط الإداري وطبيعته.

**المحور الثاني:** أنواع الضبط الإداري وتمييزه عن أنظمة الضبط الأخرى.

(1) أنظر- ماهر فيصل صالح - دور القضاء الإداري في حماية الحريات العامة - رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة بغداد . عام ٢٠٠١ - ص 32 وما بعدها.

(2) انظر - د. طعيمة الجرف، القانون الإداري والمبادئ العامة في تنظيم ونشاط السلطات الإدارية، دار النهضة العربية 1978، ص 471.

## • المحور الأول: تعريف الضبط الإداري وطبيعته

أن مهمة الضبط الإداري قد تزايدت أهميتها وضرورتها في الآونة الأخيرة وبات دورها في تنظيم الحرية العامة أمراً حتمياً وواجباً حتى لا تتغير ممارسة الحرية العامة وحتى لا ينحو النشاط الخاص إلى الفوضى فتدخل سلطة الضبط الإداري في مفاصل الحياة المختلفة بهدف حماية النظام العام ووقاية المجتمع من جميع الأخطار التي تهدده.

### ■ الفرع الأول: تعريف الضبط الإداري

الضبط الإداري فكرة أو نظام وقائي له حدود واسعة في مجالات كثيرة تزداد مع الأيام سعة تبعاً للملابسات والظروف، لذلك سوف نبين مفهوم الضبط الإداري وفقاً للآتي:

#### ◆ أولاً: تعريف الضبط لغة

يمكن تعريف الضبط لغة (بأنه لزوم الشيء، وقال الليث الضبط لزوم شيء ولا يفارقه في كل شيء، وضبط الشيء حفظه، والرجل ضابط إي حازم)<sup>(1)</sup> فالضبط في اللغة يعني أيضاً التمكن والإتقان وتصحيح الخلل والتصحيح ويترادف أحياناً مع الرقابة فيعني توجيه السلوك سلبياً أو إيجابياً والضبط بهذا المعنى اللغوي يتضمن مختلف جوانب الحياة الاجتماعية والعملية والقانونية.

#### ◆ ثانياً: تعريف الضبط الإداري اصطلاحاً<sup>(2)</sup>

إن التشريع المقارن لم تتعرض لتعريف الضبط الإداري تعريفاً محدداً وبشكل قاطع وإنما ترك الأمر للفقهاء واكتفى ببيان أهدافه بشكل عام، فقد نصت المادة 97 من القانون الصادر في فرنسا 5 ابريل 1889 على أن (يختص الأمن المحلي بالمحافظة على حسن النظام والأمن العام والصحة العامة ويلاحظ أن المادة 97 تقابل الفقرة الثانية من المادة 131 من قانون

(1) أنظر - لسان العرب - أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن علي بن احمد بن أبي القاسم بن منظور الإفريقي المصري - طبع دار صادر للطباعة والنشر - بيروت - ط7 - سنة 2011 - المجلد التاسع - ص 12.

(2) أنظر - د. فرحات محمد فهمي - الضبط الإداري والحياد الوظيفي دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدراسات العليا في أكاديمية الشرطة المصرية - عام 2002 م - ص 10 وما بعدها.

البلديات الصادر في ٢٧ يناير ١٩٧٧ والتي أصبحت حالياً الفقرة الثانية من المادة ٢٢١٢ من القانون الجديد رقم 14٢ الصادر في ٢١ فبراير 1996 والذي يتعلق بالمجموعات الاقليمية أو المحلية) وعلى هذا النمط استمر المشرع المصري إلى اقتباسه فقد نصت المادة الثالثة من قانون هيئة الشرطة رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧١ على أن (تختص هيئة الشرطة بالمحافظة على النظام العام والأمن العام والآداب وحماية الأرواح والأعراض والأموال وعلى الأخص منع الجرائم وضبطها كما تختص بكفالة الطمأنينة والأمن للمواطنين في المجالات كافة وتنفيذ ما تفرضه عليها القوانين واللوائح من واجبات) كما إن المشرع العراقي هو الآخر لم يعرف الضبط الإداري فقد نصت المادة 18 من قانون وزارة الداخلية رقم ١٨٣ لسنة ١٩٨٠ الملغي على أن (تقوم مديرية الشرطة العامة بالمحافظة على النظام العام والإسهام في توطيد الأمن العام ومكافحة الاجرام باتخاذ الاساليب والوسائل العلمية والفنية)، وتكرر ذات النهج في قانون - وزارة الداخلية رقم 11 لسنة 1994 النافذ فقد نصت المادة (1) على أن (تهدف وزارة الداخلية بوجه عام إلى تنفيذ السياسة العامة للدولة في حفظ الأمن الداخلي لجمهورية العراق وتوطيد النظام العام فيها). وقد تباين الفقه الإداري في تعريف الضبط الإداري ويعود الاختلاف أو التباين للنظرة إلى هذا النشاط أو العمل. فقد اعتبره فريق آخر من الفقهاء على أساس أنه غاية في ذاته تسعى إليها سلطات الدولة فعرّفه على انه (سيادة النظام والسلام عن طريق التطبيق الوقائي للقانون)<sup>(1)</sup> فالضبط الإداري طبقاً لهذا الرأي يعد غاية تسعى إليها سلطات الدولة لإقرار النظام العام مع ما يترتب على ذلك من ضرورة وجود جهة أو هيئة معينة تعمل على استتباب الأمن والطمأنينة بين أفراد المجتمع الواحد إي إنه يمثل الغاية النهائية من نظام الدولة. وتأثر طرف آخر من الفقه في مصر بهذا المسار فعرّف الضبط الإداري على انه (نوع من الولاية الضابطة اختصت بها السلطة التنفيذية أو الإدارة إما على وجه الأصالة أو بطريق الإنابة التشريعية بغية إقرار النظام أو استتباب الأمن أو المحافظة على السكينة العامة أو الصحة العامة)<sup>(2)</sup> وقد تقدم أصحاب هذا التوجه إلى توضيح وسائل الضبط الإداري المتبعة لتحقيق

(1) أنظر - د. عبد الرؤوف هشام بسيوني - نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية وفي الشريعة الإسلامية - طبع دار النهضة العربية - الطبعة الثانية - عام ٢٠٠٤ - ص 16.

(2) أنظر - د. محمود سعد الدين الشريف - انظر مقاله بعنوان - النظرية العامة للبوليس الإداري في مصر - مجلة مجلس الدولة المصري - السنة الثانية - يناير ١٩٠١ - ص ٢٩٣.

أهدافه والغاية منه ومن دون الإشارة الى العلاقة ما بين الضبط الإداري والحرية العامة، بالرغم من أن غاية الضبط الإداري تتمثل في ترتيب ممارسة الفرد لحيته. ومن الفقهاء من نظر إلى الضبط الإداري على أساس أنه قيد على الحريات العامة لذا عرفه (Laubadere) (بأنه نوع من التدخل من جانب السلطات الإدارية يسفر أو يشتمل على فرض قيود على حريات الأفراد يهدف إلى المحافظة على النظام العام)<sup>(1)</sup> كما عرفه (Eisnman) على أنه (مجموعة من التنظيمات القانونية لتحديد حرية الأفراد ولحماية النظام العام في الدولة)<sup>(2)</sup>. فهو يرى إن تكبيل الحرية الفردية لا ينشأ فقط عن ممارسة الضبط الإداري لسلطته بل قد ينشأ عن طريق الضبط التشريعي حيث يقوم المشرع بفرض بعض القيود على الحرية وفي إطار هذا الضبط التشريعي تملك سلطات الضبط إن تضيف قيوداً أخرى غير تلك القيود التي تنص عليها القوانين وتأثراً بالرأي المتقدم نجد توجه آخر في الفقه المصري يعرف الضبط الإداري على أنه (حق الإدارة في إن تفرض على الأفراد قيوداً تحد بها من حرياتهم بقصد حماية النظام العام)<sup>(3)</sup>. فهو يرى إن الضبط الإداري لا يكبل أو يقيد الحرية العامة التي يكفلها أو يرعاها القانون دائماً بل هو يقيد نشاط أفراد المجتمع، فالضبط الإداري لديه هو تقييد لوجه من أوجه نشاط المواطنين في المجتمع بواسطة إحدى سلطات الدولة بغية تحقيق الصالح العام في نطاق النشاط الخاص وبقائه حراً بعد تنظيمه، ويرى الباحث إن الضبط الإداري هو نشاط أو فعالية إدارية تطبقه السلطة التنفيذية أو المختصة من إجراءات وأوامر وقرارات بهدف ضمان المحافظة على النظام العام بمدلولاتها (الأمن والصحة والسكينة) بأسلوب وقائي من خلال قواعد تنظيمية وتدابير فردية وإجراءات مادية، تنظم ممارسة أفراد المجتمع لحياتهم في نطاق الترتيب القانوني للحقوق والحريات في الدولة. وبالتالي فإن الضبط الإداري يكفل ممارسة الحرية المحمية قانوناً ولا يتنافى معها.

---

(1) أنظر - د. عاشور سليمان صالح شوايل - مسؤولية الإدارة عن أعمال وقرارات الضبط الإداري - جامعة قاريونس، 1997 - ص 99.

(2) Eisnmann: Introduction générale à la théorie de la police administrative 1960, p13.

(3) أنظر - د. احمد حافظ نجم - القانون الإداري - طبع دار الفكر العربي - الطبعة الأولى - عام ١٩٨١ - ص 246.

## ■ الفرع الثاني: طبيعة الضبط الإداري

إن حصر ماهية أو عمل الضبط الإداري مسألة في منتهى الصعوبة نظراً للطبيعة التي يتسم بها هذا التصرف فهو نظام له وسائل تتسم بالشدة لتأمين الأمن والطمأنينة للإفراد المجتمع وهو في ذلك أكثر الأنظمة اتصالاً بالمواطنين وهو ارتباط وعلاقة تمكنه من فرض قيود على حرية الأفراد , لذا تباين رأي الفقهاء في حصر طبيعة الضبط الإداري فذهب البعض منهم إلى وصف الضبط الإداري على أنه سلطة قانونية محايدة هدفها الوقاية والمحافظة على النظام العام في المجتمع ومن ثم فلا تطبقه سلطة الإدارة إلا في حدود النظام والقانون ودون تفرقة أو تمييز بين أفراد المجتمع وبأي اتجاه لسلطة الحاكمة. وذهب بعض من الفقه إلى اعتباره سلطة سياسية لأنه يعبر عن نفوذ ومصالح الحاكم وتستخدم لخدمة أهدافه وغاياته فهو لا يقصد في الحقيقة سوى الأمن الشخصي للحاكم ووقاية النظام الاجتماعي والسياسي وتسخيره خدمة للحاكم<sup>(1)</sup>.

## ◆ أولاً: الضبط الإداري سلطة إدارية محايدة

يرى الفقهاء أصحاب هذا الاتجاه إن الضبط الإداري سلطة إدارية محايدة تهدف إلى حماية وصيانة النظام في المجتمع وتمارس سلطتها في حدود القانون فهي لا تقتزن بالحكم وتمتثل أفعالها لرقابة القضاء للتحقق من مدى شرعيتها. والضبط الإداري وفقاً لهذا الاتجاه يعد سلطة إدارية محايدة تمارس نشاطها في نطاق العمل الإداري كأحد أنشطة العمل الإداري ولا يتحول هذا النشاط إلى نشاط سياسية إلا إذا حادت في استعمال مسؤولياتها واقتربت بنظام الحكم<sup>(2)</sup> فأصحاب هذا العرض يردون ما هو ثابت من طابع سياسي في سلطات الضبط إلى ظاهرة الإفراط والتجاوز بالسلطة في استعمال الضبط الإداري من خلال تغليب اعتبارات حماية السلطة على حساب حماية أفراد المجتمع وهذا يتناقض مع المستلزمات الضرورية لعمل الضبط الإداري, فعمل الضبط لا يجيز إن يرتبط بفلسفة أيديولوجية أو فكرية أو قيم سياسية وعلى

(1) انظر - د. سعد ماضي علي - الضبط الإداري وهيئاته دراسة مقارنة لنظم الشرطة في إنجلترا وفرنسا ومصر - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الإسكندرية - عام ١٩٩٢ - ص ٣١ وما بعدها.

(2) أنظر - د. محمود عاطف البنا - حدود سلطات الضبط الإداري - مطبعة جامعة الأزهر عام ١٩٨٠ - ص 4.

ذلك لا يبيح إن يهدف عمل الضبط الإداري إلى حماية السلطة في الدولة. لذا عرفه آخر بأن الضبط الإداري على أنه (وظيفة ضرورية محايدة من وظائف السلطة العامة تهدف إلى حماية النظام العام في الدولة بوسائل القسر التي نص عليها القانون)<sup>(1)</sup> ويستفاد من هذا التعريف إن هذا العمل يتسم بصفات متميزة فهي واجبة وبالتالي لا ينتظم أي مجتمع بدون ضبط إداري تطبق أحكامه في حدود القانون ويرمي هذا العمل إلى ضبط حدود الحرية العامة التي ينتج عن انفلاتها قيام الفوضى المؤدية إلى تراجعها. من هنا فهي حيادية لا تتلون باللون السياسي إلا في الأحوال التي يقترن فيها القانون لدى المجتمع بنظام الحكم وبهذا القيد لا تتفاوت الشعوب في معرفة وفهم معنى هذا النظام ومراميه فهو قانون يراد وقاية المجتمع من التهديد بالأخلال به بأي شكل من الأشكال، والقصد منه حفظ النظام العام في المجتمع في ظل سيادة القانون بوسائل سلطة الإدارة العامة فهذا العمل الوظيفي يلقي على الهيئات التي انيطت بها مكينات تعتمد على حجة أو سند قانوني.

#### ♦ ثانياً: الضبط الإداري سلطة سياسية

يرى جانب من فقهاء هذا الاتجاه أن الضبط الإداري بطبيعته سياسي أنشأته الدولة لحماية نفسها من خلاله والمحافظة على جوهرها وفرض إرادتها والقول بأن سلطة الضبط الإداري تحرس النظام العام للأفراد هو قول يخفي في طياته الغاية الحقيقية التي تقوم بها السلطة وهي حماية نظام حكمها والحاكم ويرى الفقيه الفرنسي (Pascu) (أن الضبط الإداري بطبيعته وظيفة سياسية فهو احد المظاهر الرئيسية لسيادة الدولة يترتب على ذلك أن الدولة تستعين بسلطات الضبط للحد من أي نشاط سياسي يعتبر خطراً على النظام السياسي والاجتماعي وبالتالي على سلطات الحكم في الدولة وقد ذهب صاحب هذا الرأي بعيداً حتى انه كاد يعتبر الضبط سلطة رابعة ذات صبغة سياسية بحتة بجانب السلطات التقليدية الثلاث التشريعية والقضائية والتنفيذية)<sup>(2)</sup>. ويرى احد الفقهاء (أن هدف الضبط الإداري هو حماية النظام العام الذي يبدو

(1) أنظر - د. محمود سعد الدين الشريف - النظرية العامة للضبط الإداري - محاضرات أقيمت على طلبة الدراسات العليا في كلية الحقوق جامعة عين شمس . عام 1964.

(2) أنظر - د. داود ألباز - حماية السكنية العامة - طبع دار الفكر الجامعي بالإسكندرية . عام ٢٠٠٤ - ص 67.

في ظاهره الأمن العام في الشوارع إلا انه في حقيقة الأمر هو الأمن الذي تشعر به سلطات الحكم وحتى الأمن في الشوارع نفسه ليس سوى وجه من وجوه الأمن السياسي الذي ينشده الحكام وان استغلال الدولة لسلطتها في مجال الضبط لإغراض سياسية أمر طبيعي نابع من طبيعة النشاط السياسي الذي يفرضه النظام الديمقراطي، يترتب على ذلك إن الدولة تستعين بسلطات الضبط للحد من أي نشاط سياسي يعتبر خطر على النظام السياسي والاجتماعي وبالتالي على سلطات الحكم في الدولة<sup>(1)</sup>. فالضبط الإداري واجبه حفظ النظام العام في المجتمع والقانون وفقاً للرأي المرجح والمتقدم في حقيقته وماهيته إنه فكرة سياسية واجتماعية حيث يتصاعد تركيزه في المحافظة على كل ما يتصل بالسلطة السياسية وأغراضها.

ونحن نرى خلافاً لهذا الرأي أن الضبط الإداري عمل ضروري ولازم ومحايد والجهة المنوط بها القيام بذلك العمل هي السلطة التنفيذية أي الإدارة وهي لا تتعدى حدود فكرة قانونية تتجلى في حماية القانون العام بمعانها المتعارف عليها وتمارس في نطاق من الضوابط والضمانات التي ترعى عدم تجاوزها لغايتها وبالتالي فلا يبيح أن تسخر سلطة الضبط الإداري لحماية السلطة نفسها أو لحماية شؤون سياسية.

### • المحور الثاني: أنواع الضبط الإداري وتمييزه عن أنظمة الضبط الأخرى

يتجزأ الضبط الإداري إلى ضبط إداري عام وضبط إداري خاص كما إن الفقه قد اتجه إلى مسعى للتمييز بينه وبين الضبط القضائي والضبط التشريعي وهذا ما سنبحثه في هذا المحور إلى فرعيين وعلى النحو التالي:

#### ■ الفرع الأول: أنواع الضبط الإداري

كما يتجزأ الضبط الإداري إلى نوعين: - الأول والأساسي هو الضبط الإداري العام والنوع الثاني:- هو الضبط الإداري الخاص.

(1) أنظر - د. محمد عصفور - البوليس والدولة - دون ذكر اسم المطبعة - عام ١٩٧٢ - ص ٢٠٠ وما بعدها.

#### ♦ أولاً: الضبط الإداري العام

هو الضبط الإداري في مفهومه الجوهرى عمل رئيسي وأساسي للسلطة التقديرية للإدارة العامة وهو يشمل ترتيب وتقييد العمل الفردي والحرية الفردية بوضع الضوابط التي تهدف إلى الوقاية وحماية النظام في المجتمع بعناصره الثلاثة (الأمن والصحة والسكينة) فالقانون العام هو المقياس الحيوي والرئيسي الذي يحدد فعالية الضبط الإداري العام فيكون سبب تدخل هذه سلطة الإدارة وأيضاً قيماً عليه، حيث لا تتمكن من التدخل إلا للمحافظة عليه عندما يكون مهدداً بخطر محقق. وقد اتسعت فكرة النظام العام ليشمل بالإضافة إلى الفكر التقليدي حقول متعددة لجوانب الحياة وهذا التوسع قابله توسع في تدخل السلطة التقديرية للإدارة<sup>(1)</sup>. فالضبط الإداري العام عبارة عن جملة من الصلاحيات التي تمنح بشكل عام على هيئات الضبط الإداري هادفة منها حماية القانون العام للإفراد المجتمع من الاضطرابات أو المشاكل سواء بمنع وقوعها أو وقفها أو منع تصاعدها وتفاقمها عند حصولها وذلك على مستوى الدولة جميعها أو على صعيد إحدى وحداتها الإدارية.

#### ♦ ثانياً: الضبط الإداري الخاص

كما تحدثنا إن مفهوم النظام العام صار مفهوماً متسعاً مما يقتضي وجود نظرية الضبط الإداري الخاص إلى جانب الضبط الإداري العام هادفاً بذلك حماية النظام العام الخاص بمجال محدود، على شرط تحديد سلطته واختصاصه بالتشريع الذي يصدره لذا تم تعريفه على أنه (الضبط الذي نظمته نصوص قانونية أو لائحية خاصة بقصد الوقاية من الإخلال بزواية معينة من زوايا النظام العام في ميدان معين أو بالنسبة لمرفق محدد أو تجاه طائفة بذاتها من الأشخاص بأساليب أكثر دقة وإحكاماً وأكثر تماشياً وملائمة لهذه الناحية الخاصة)<sup>(2)</sup> ويتسم الضبط الإداري الخاص بأن له حكماً قانونياً خاصاً في أقسام محدودة بالذات فهو يجسد كفاءات خاصة من الضبط الإداري ويكون لكل منها إطاره القانوني الخاص حيث يعين هيئة

(1) أنظر - عدنان الزنكنة - سلطة الضبط الإداري في المحافظة على جمال المدن وروائها - منشورات الحلبي الحقوقية عام ٢٠١١م - ص ٣٩.

(2) أنظر - محمود سعد الدين الشريف - النظرية العامة للضبط الإداري - مقال منشور في مجلة مجلس الدولة المصري السنة الحادية عشرة - عام 1963 - ص ١٢٩.

الضبط الإداري المختصة في كل قسم ومدى مسؤوليتها ومما تقدم يمكننا الحديث بأن خصائص الضبط الإداري الخاص تتمثل في الآتي:

1. لا يوجد ضبط إداري خاص إلا بناءً على حكم قانوني.
  2. يتسم الضبط الإداري الخاص بأنه قد يكون مقيداً بغايته أو غرضه حيث قد يقابل عضواً واحداً فحسب من أعضاء النظام العام ومن هنا يكون مقيداً بنظام قانوني خاص يهدف إلى حماية قضية محدودة تتعلق بأمن المجتمع.
  3. قد يتخصص الضبط الإداري من حيث موضوع معين أياً كانت الجهة الإدارية التي تباشره كما انه قد يتخصص بمكان معين أو أماكن معينة.
  4. يعين القانون السلطة الإدارية ذات الاختصاص بممارسة هذا الضبط ولا يطبق إلا من خلالها.
  5. تعين النص القانوني المنشئ للضبط الإداري الخاص بالعقوبة التي يمكن انزالها على مخالفة ذلك النص إضافة إلى الجزاء الإداري.
- حيث بإمكاننا إن نعطي مثلاً على الضبط الإداري الخاص، تحديد الإدارة المعنية بالحفاظ على الآثار داخل العراق حيث يحظر نشاط هذه الإدارة بتلك المسألة دون غيرها.

#### ■ الفرع الثاني: التمييز بين الضبط الإداري وغيره من أنظمة الضبط الأخرى

سنأخذ أولاً التمييز بين الضبط الإداري والضبط القضائي ومن ثم نتناول في التمييز بين الضبط الإداري والضبط التشريعي.

#### ◆ أولاً: التمييز بين الضبط الإداري والضبط القضائي

لقد بات الضبط الإداري بنظريته السابقة يقصد به مجموع التدابير والقرارات والكيفيات التي تعتمد عليها سلطة الضبط الإداري من أجل حماية النظام العام في المجتمع والإفراد لكن الضبط القضائي له فعالية ذو طبيعة جزائية يرمي إلى ملاحقة الجريمة بعد حصولها وذلك بدليل معالمها وجمع دلائلها وملاحقة المجرمين فيها وعرضهم للمحاكمة لإنزال الجزاء بهم وفي بعض الأحيان يتشابه على الباحثين عند التمييز بين نمطي الفعالية الوقائية والقضائية

عندما تتشابك وتتقارن أو تزوج ولاية القائم عليهما فقد ينهض موظف إداري واحد بالعملين أو النشاطين معا فيصعب القطع أو الجزم بما إذا كان هذا الموظف قد قام بعمل الضبط الإداري أم القضائي سيما إذا كانت فعاليته متعلقة بجانب غير قاطع<sup>(1)</sup>. فتتحقق الصالح العام في إيجاد قياس للتمييز بينهما.

إن أهمية التمييز ما بين الضبط الإداري والضبط القضائي تظهر في محضر النظام القانوني الواجب التنفيذ وبيان أسس السلطة التقديرية في كل منهما تبعاً لقواعد الاختصاص فعندما يثار خلاف فالسؤال الذي يثار من الشخص المختص بالفصل في هذا الخلاف والفصل به هل القضاء العادي أم القضاء الإداري؟ فالضبط الإداري في غالبية صورته يتعلق بالسلطة الاجرائية (التنفيذية) وبالتالي يكون القضاء الإداري مختص بالقضايا المتعلقة بها ويخضع نشاط الضبط الإداري باعتباره وظيفة فعلاً إدارياً لرقابة مجلس الدولة.

أما عمل أو وظيفة الضبط القضائي فيتعلق عملياً بولاية السلطة القضائية ومن ثم القضايا المتعلقة به من صلاحية المحاكم العادية ويكون وظيفة الضبط القضائي موكوله إلى الادعاء العام، ويترتب على اختصاص القضاء العادي بعمل الضبط القضائي عدم قابليته للطعن بالفسخ أو الإلغاء وعدم اخضاعه لإجراءات وقف التنفيذ خلافاً لوظيفة أو عمل الضبط الإداري، كما إن التمييز المتقدم يتطلب أن سلطة الإدارة لأتملك حق اللجوء إلى استخدام وسائل الضبط القضائي لتحقيق غاية أو هدف يتعلق بواجبها في ميدان الضبط الإداري وفي ميدان مسؤولية السلطة الإدارية فأن الثابت فقهاً وقضائياً إن قرار الضبط الإداري عمل إداري وبالتالي يترتب مسؤولية الدولة عن الأيذاء والضرر الذي يصيب الأفراد والممتلكات العامة من جرائه خلافاً لنشاط الضبط القضائي والذي لازالت مسألة تحمل الدولة المسؤولية عن إضرارها محل الخلاف.

لقد قدم الفقهاء معايير عدة للتمييز بين الضبط الإداري والضبط القضائي تتمثل في الآتي:

---

(1) أنظر - نواف سالم كنعان - القانون الإداري الكتاب الأول - طبع دار الثقافة للنشر والتوزيع - عام ٢٠١٠ - ص ٢٧٠ وما بعدها.

## أ- المعيار الشكلي:

يتقوم هذا المعيار على أساس قاعدة الفصل بين السلطات حيث ينظر للنشاط من حيث الموقع الذي أصدره فيكون فعلاً إدارياً إذا صدر عن السلطة الإدارية. أما إذا صدر عن السلطة القضائية سيكون قضائياً. هذا المعيار اكتفى بالشكل دون الجوهر وهذا يعاب عليه فلا يتصدى لمحتوى النشاط وطبيعته، وأيضاً هذا النشاط أو المحور لا يسعف أو يساعد في حال قيام أحد الأفراد بالنشاط الإداري والنشاط القضائي سوياً (ازدواج السمة في القائم بالفعل) وذلك كمعظم رجال الشرطة فجميعهم من رجال الضبط الإداري والضبط القضائي<sup>(1)</sup>. لكن نحن نرى ان المعيار الشكلي هو اساسي في مسألة التمييز على ان يقترن الأمر بطبيعة العمل المنفذ.

## ب- المعيار الموضوعي:

ينفصل الضبط الإداري عن الضبط القضائي من جهة الموضوع حيث إن الضبط الإداري يتسم بطابعه الوقائي فهو يوظف نفسه على حماية النظام العام والمحافظة عليه ويمنع المساس به ويوقى كل مآمن أهميته تحريك الفتن وحدوث الكوارث بأنواعها. أما الضبط القضائي فيلاحق الجريمة بعد حصولها ويباشر بإظهار شكلها ومعالمها ثم يفعل على إنزال العقوبة بمرتكبها فإذا كان مقصد أو غاية النشاط هو البحث عن الجريم والجريمة التي وقعت وجمع الدليل وإظهار نقاط الكشف عن الجريمة ومعرفة فاعليها لتقديمهم امام العدالة وفقاً لقانون الإجراءات الجنائية وانزال العقاب بحقهم وفقاً للقانون العقوبات فأن هذا النشاط يشمل أو يندرج تحت أعمال الضبط القضائي<sup>(2)</sup>. وهذا الأمر متفق عليه فقهاً واجتهاداً. في الحقيقة نحن من المؤيدين للرأي الفقهي الذي يتعين فحواه بعدم كفاية الركون على معنى واسع للغاية يستدل من المقابلة بين فكرتين احترازية للضبط الإداري وجزائية للضبط

(1) لمعرفة أعضاء الضبط القضائي في العراق انظر المادة (٣٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ والمنتشور في جريدة الوقائع العراقية العدد ٢٠٠٤ في 31/5/١٩٧١ وللتفصيل بشأن سلطات أعضاء الضبط القضائي. أنظر- سعد محمد عبد الكريم - سلطات أعضاء الضبط القضائي في التحري وجمع الأدلة دراسة مقارنة - رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد - عام ٢٠٠٠ - ص 34 وما بعدها.

(2) أنظر- د. حسام مرسي - سلطة الإدارة في مجال الضبط الإداري - دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي - طبع منشأة المعرفة بالإسكندرية - عام ٢٠١٠ - ص ١٢٩.

القضائي ويعزز ذلك رجاحة الرأي الذي لا يسلم بإطلاق الصفة المانعة على الضبط الإداري والقامعة على الضبط القضائي<sup>(1)</sup> خاصة وان واجب الضبط القضائي ليست زاجرة على وجه التقييد إنما يتقدم الضبط القضائي في التوقيف والردع الذي يترتب على النفوذ بالإدانة الصادر من القضاء الجنائي فهو نتيجة غير مباشرة ومن جهة ثانية فأن العديد من نشاط الضبط الإداري تعتبر جزاءات إدارية لاحقة على حصول الخرق أو المساس بالقانون أو النظام العام وهنا يتسع الهاجس الوقائي ليشمل فكرة الدرع وبذلك لا تعدو الفكرتين الاحترازية والجزائية إن تشكلا توجيهاً أو ارشاداً عاماً.

لذا اعتمد مجلس الدولة الفرنسي في التمييز بين نشاط الضبط الإداري ونشاط الضبط القضائي على المعيار المادي الذي يقوم على ماهية ومحتوى العمل الضبطي والغاية المبتغاة منه. فإذا كانت الهيئة التي تبنت القرار كمساعدة للقضاء للإسهام في خدمة العدالة بعد حدوث جريمة محدودة حسب قانون العقوبات وذلك لتعقب المجرمين تمهيداً للشروع بالدعوى الجنائية فأن الفعل يعتبر من أعمال الضبط القضائي

أما إذا كان الفعل الذي اعتمده الهيئة لا ينحو إلى تتبع جريمة محدودة وفقاً لقانون العقوبات ولا اتهام الأفراد ولكن يقام على واجب الرقابة العامة في نطاق حماية النظام العام لتفادي وقوع الجريمة فان الفعل يعد من افعال الضبط الإداري. كما طبق مجلس الدولة المصري نفس القواعد التي يمارسها القضاء الاداري الفرنسي بحيث إذا لم يتوفر في فعل الضبط انه يواجه نشاطاً يجازي عليه القانون الجنائي وان التدبير أو الإجراء هو عقد في سلسلة التطبيقات القانونية التي اعطاها القانون لإفراد الضبط القضائي تمهيداً لبدء الدعوى العامة فأن مجلس الدولة المصري بحسب الإجراء المتخذ أن نشاط الضبط الإداري يبيح الطعن فيه بالإلغاء وطلب التعويض عن الضرر المترتب عليه أمام القضاء الإداري<sup>(2)</sup>.

أما من جهة القضاء العراقي فرغم قلة الأحكام الصادرة بشأن تقييد الضبط القضائي وتمييزه عن الضبط الإداري إلا أنه ومن خلال محكمة التمييز والقرارات الصادرة عنها نتمكن

(1) أنظر - د. أكرم نشأت إبراهيم - التدابير الاحترازية - بحث منشور في مجلة كلية الشرطة - العدد الأول حزيران ١٩٩٩ - ص 37 وما بعدها.

(2) أنظر - د. فرحات محمد فهمي - مصدر سابق - ص 27-23.

إن نستنتج انه اعتمد المعيار المادي في التمييز<sup>(1)</sup> ونحن نرى إن المعيار الموضوعي القائم على ماهية ومحتوى العمل والهدف المبتغاة منه هو معيار ادق من المعيار الشكلي وهو المرجح في التمييز ما بين فعالية ونشاط الضبط الإداري والضبط القضائي.

#### ♦ ثانياً: التمييز بين الضبط الإداري والضبط التشريعي

الأصل إن الحرية العامة تجد مصدرها في الدستور ثم يكون عملها بعد ذلك في مراحل القانون فلا تطبق هذه الحرية إلا حسب القواعد التي تشترطها القوانين والانظمة وفي النطاق المحدد لمزاوتها وتسمى التشريعات الصادرة في هذا الشأن بالضبط التشريعي تمييزاً لها عن الضبط الإداري<sup>(2)</sup> فالضبط التشريعي إذن يتمثل في القوانين والتشريعات التي تسنها السلطة التشريعية والتي تعين النطاق المباشر للحرية الفردية التي اشترطها الدستور كما تباشر هذه الأحكام ترتيب مباشرة الحرية العامة والقيود التي تتوجب عليها<sup>(3)</sup> وبذلك يتميز الضبط الإداري عن الضبط التشريعي من حيث الشكل والموضوع فالضبط الإداري تطبقه السلطة التنفيذية ومن يمثلها في الإقليم والمحافظات غير المرتبطة بإقليم مستخدمين نشاط الضبط الإداري الذي يستهدف ترتيب استخدام الحرية العامة للأفراد التي ضمنها الدستور من اجل حفظ النظام العام في معانيه المتباينة والمختلفة والتي تتجلى في الأمن العام والصحة والطمأنينة والآداب العامة وحماية الطبيعة والنظام الاقتصادي والاجتماعي.

أما الضبط التشريعي فتطبقه السلطة التشريعية ويتسم في القوانين والانظمة التي يسنها المشرع والتي تنسق الحرية العامة للأفراد بوضع المبادئ العامة التي يقتضيها هذا الترتيب وينتهي عمل المشرع عند هذا الوضع. مما يتوجب أن ترتيب عمل الحرية لا يأتي فقط من مزاوله الضبط الإداري بل وينشأ أصلاً من الضبط التشريعي الذي يعتبر سنده الأساسي وان الضبط الإداري يعمل داخل مجال الضبط التشريعي حيث تقوم سلطات الضبط الإداري بتطبيق

(1) أنظر د. عيسى تركي خلف - أساليب الضبط الإداري وعلاقتها بالحرية العامة - رسالة دكتوراه مقدمة إلى معهد البحوث والدراسات العربية - عام ٢٠١١م - ص ٣.

(2) أنظر - د. طعمية الجرف - القانون الإداري - القانون الاداري دراسة مقارنة - مصدر سابق - ص 421.

(3) أنظر - د. عبد الغني بسيوني عبد الله - القانون الإداري دراسة تطبيقية طبع منشأة المعارف - عام ٢٠٠٠ - ص ٣٩٠.

الأسس والإحكام التي يحتويها الضبط التشريعي وإن هذا الأصل العام لا يحرم سلطة الضبط الإداري من حرية التصرف أو السلوك بعيداً عن التشريع في بعض الأمور فتستطيع السلطة التقديرية للإدارة إن تضيف إلى المبادئ التشريعية العامة أحكاماً عن طريق ما يصدر عنها من سلطة وتعليمات تنظم بواجبها ممارسة المجتمع أو الأفراد لحرياتهم ولحظر أي عمل من شأنه المساس بالنظام أو القانون العام شرط أن لا تتضمن هذه التعليمات أي خرق للضمانات الواردة في الدستور والقانون.

### ○ الخاتمة

في خاتمة دراستنا هذه أصبح لازماً علينا أن نقدم نظرة تقييمية لما سبق عرضه من أفكار ونظريات. فقد أظهرت الدراسة أن السلطة التقديرية للإدارة بمعناها الكبير أو الواسع تعني تمتعها بقدر من الحرية العامة والتصرف وهي تطبق صلاحيتها القانونية. وقد أظهرت الدراسة أن أي مجتمع من الأفراد لا يمكن أن يستقر ويرتقي ولا يمكن للأفراد فيه أن يتمتعوا بحرياتهم من دون وجود قانون يحكم سلوك الأفراد داخل حدود المجتمع ولهذا بات الضبط الإداري عمل ونشاط قانوني تطبقة السلطات ويخضع لقاعدة المشروعية ويكون عمله حسب مبدأ أو أساس الفصل بين السلطات من خلال مجموعة من المداخلات الإدارية في مجال الفعاليات الفردية لترتيب ممارستها من أجل حماية القانون أو النظام العام.

كما أوضحنا اختلاف رأي الفقهاء بالنسبة للقانون الإداري (الفرنسي والمصري والعراقي) حول تعريف الضبط الإداري ووظيفته وفقاً لتباين وجهات النظر إلى هذه الوظيفة. حيث نرى أن الضبط الإداري (هو فعالية إدارية تمارسه السلطة التنفيذية هادفة منه ضمان حماية النظام العام بأسلوب وقائي من خلال أسس تنظيمية وتدابير فردية وإجراءات مادية ترتب ممارسة الأفراد لحرياتهم في نطاق الترتيب القانوني للحقوق والحريات لدى الدولة). كما بين في البحث أن الضبط الإداري بصنفيه العام والخاص يقصد حماية النظام العام في احد عوامله خاصة وإن وقاية النظام والمحافظة عليه تمثل الهدف من نشاط الضبط الإداري وإن غايته هي غايات مكرسة ليس للإدارة أن تخرج عليها أو أن تتبنى منها شعاراً" للتوصل إلى أغراض أخرى مشروعة أو غير مشروعة عملاً" بمبدأ تخصيص الغايات أو الأهداف.

كما إن الأمن والسكينة والصحة وغيرها من الأغراض التي توسعت نتيجة لتطور الظروف الاجتماعية والاقتصادية وتوسع فعالية سلطة الإدارة في الميادين جميعاً كما هو الأمر في النظام الوضعي. ورأينا التعددية في وسائل الضبط الإداري في ظل القانون الوضعي وتوصلنا إلى أنها يمكن أن تصدر على شكل سلوكين أو نمطين متميزين فهي إما سلوك قانوني (القرارات الضبطية - أوامر الضبط الفردية - التنفيذ المباشر) وإما أفعال مادية (التنفيذ الجبري لإجراءات الضبط الإداري).

#### ♦ التوصيات

- بالرغم مما حصل في دستور ٢٠٠٥ النافذ في العراق من انتقاله أساسية وجوهرية في النظام السياسي للدولة وأجهزتها الدستورية من حيث تطبيق النظام الاتحادي واللامركزية الإدارية في الأقليم والمحافظات غير المنتظمة بإقليم والتي بمقتضاها أعطت الإدارة المحلية صلاحية مستقلة وواسعة عن صلاحية الحكومة الاتحادية أو المركزية وبالتالي تمتعت هيئة الضبط الإداري بصلاحية كبيرة أيضاً " حرة ومنفصلة عن صلاحية هيئة الضبط المركزية الا اننا رأينا وللأسف ان تلك الهيئة صبت جل حرصها واهتمامها على الناحية الأمنية مع تهميش بقية عوامل النظام العام كالسكينة والصحة والآداب والحماية على جمالية الرونق والرواء ومراعاة النظام العام ,وهذا يدعونا إلى حث هذه الهيئة لتوزيع سلطاتها بصيغة تحقق التوازن المراد بين عوامل النظام المتفاوتة. وعلى المشرع العراقي استمرارية التطور في تحديد أهداف الضبط الإداري من خلال التشريعات الخاصة به لتشمل بالإضافة إلى مراعاة عوامل الأمن والصحة والطمأنينة العامة. وكذلك المحافظة على الآداب والأخلاق العامة كما نطلب في نهاية هذا البحث القضاء الإداري لا سيما في العراق لإعطاء الأهمية القصوى لتفعيل رقابته على أعمال السلطة التقديرية للإدارة, حتى ضمن الظروف الاستثنائية لكي لا تجنح الإدارة وتنتهك حقوق المواطن وحرياته تحت شعار هذه الصلاحية.

**الدراسة الرابعة:**

**قانون التماس إعادة النظر في الأحكام الجزائية الكويتي**

د. وئام سجيح المصري<sup>(1)</sup>

يتناول البحث دراسة قانون التماس إعادة النظر في الأحكام الجزائية في القانون الكويتي ذلك القانون الذي طال انتظاره منذ زمن كما يتناول البحث وقفات قانونية لمواد هذا القانون وما احتواه من بعض الاشكالات أثناء تطبيقه ولقد تطرقنا لبعض الحلول التي من شأنها أن تساعد في معالجة تلك المشاكل لتحقيق الغاية التي من أجلها دفعت المشرع بالرغم من التأخير إلى إصداره إلا أنه مازال هناك مجال بالإصلاحات والتعديلات.

لقد نظم قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي رقم 1960/17 درجات التقاضي (الدرجة الأولى - الاستئناف - التمييز) وحدد طرق الطعن ولكل طريق إجراءاته وميعاده وترك للمحكوم عليه اختيار الطريق المناسب ولا يجوز بحث أسباب العوار التي قد تلحق بالأحكام إلا عن طريق الطعن فيها بطرق الطعن المناسبة والمذكورة، ويترتب على عدم مراعاة تلك الطرق التي وردت بالقانون سقوط الحق في الطعن ولا سبيل رفع دعوى بطلان وذلك تقديراً لحجية الأحكام باعتبارها عنوان الحقيقة في ذاتها وهي حجية تسمو على قواعد النظام العام ولا استثناء من هذا الأصل إلا إذا تجرد الحكم من أحد أركانه الأساسية بحيث يشوبه عيب جوهري جسيم يصيب كيانه ويفقده صفته كحكم.

وكما هو معروف في قانون الجزاء أن الأحكام الجزائية تكون بطبيعتها نافذة من تاريخ صدورها ما لم تقرر محكمة أول درجة وقف تنفيذ الحكم لحين الفصل في الاستئناف وبصدور حكم محكمة الاستئناف أضحى الحكم الجنائي نهائياً، ومن ثم فإن الطعن بالتمييز لا يوقف

(1) مدع عام وأستاذة محاضرة في كلية القانون الكويتية العالمية.

تنفيذ الحكم الاستثنائي ما لم تقرر محكمة التمييز ذلك، وبصدور حكم محكمة التمييز يكون الحكم باتاً غير قابل للطعن حاز قوة الأمر المقضي به.

ويبين مما تقدم أن المشرع الكويتي لم يورد وسيلة طعن أخرى على الأحكام الباتة على عكس ما أخذت به التشريعات في الدول الأخرى، إلا أن التجارب الواقعية أثبتت أن من الضرورة بمكان تعديل هذا القصور التشريعي ومواكبة أغلب التشريعات الجزائية الدولية في هذا الشأن، خاصة إذا ما وضع بعين الاعتبار أن الحياة البشرية ليست محصنة عن الخطأ والقضاء من البشر ويعتريهم ما يعتري البشرية من أخطاء وسهو ومن الممكن للقضاء أن يخطأ وإلا لما وجد نظام درجات التقاضي، والتي تعطي شعور أكثر بطمأنينة وأمان للمتقاضين وتحقيقاً للعدالة وفسح المجال لظهور بعض الوقائع والأدلة التي من شأنها أن تؤثر في الأحكام الصادرة ضد المحكوم عليهم.

الأمر الذي استوجب معه تدخل المشرع وإعداد مشروع قانون يجيز معه الحق في طلب التماس إعادة النظر في الأحكام الجزائية، ويتاريخ 2020/7/16 صدر القانون رقم 2020/11 بتعديل أحكام القانون رقم 1960/17 بإصدار قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية، وبذلك فإن نظام التماس إعادة النظر لا يستهدف إصلاح الحكم موضوع الالتماس ولا يُقصد به تجريحه وإنما يرمى إلى محو الحكم ذاته ليعود مركز الملتمس في الخصومة إلى ما كان عليه قبل صدوره ومواجهة النزاع من جديد للحصول على حكم آخر بعد أن يتم التخلص من حجية الأمر المقضي، ومن ثم فلا يجوز الالتماس إلا على أساس أن المحكمة لم تُخطئ عندما أصدرت حكمها الملتمس فيه، فإذا كان يبين من حكمها إنها قضت بما قضت به مصرّة عليه وأوردت له أسباباً في هذا الخصوص لم يجز التماس إعادة النظر في هذا الحكم، ولهذا أورد القانون حالات محددة على سبيل الحصر يجوز فيها التماس إعادة النظر.

وفي ضوء ذلك فإننا سنتناول الموضوع من خلال المباحث التالية:

**المبحث الأول:** تعريف التماس إعادة النظر.

**المبحث الثاني:** قانون التماس إعادة النظر.

**القسم الأول:** شروط التماس إعادة النظر.

**القسم الثاني:** الحالات التي تجيز التماس إعادة النظر.

**القسم الثالث:** من له حق التماس إعادة النظر وإجراءات رفعه وأثر إلغائه.

## ○ المبحث الأول: تعريف التماس إعادة النظر

المقصود بالتماس إعادة النظر لقد اختلفت التعاريف لالتماس إعادة النظر فمنها المعنى اللغوي ومنها المعنى القانوني.

**المعنى اللغوي لكلمة التماس:** لكلمة التماس في اللغة عدة معاني وتعريفات حسب استخدامها فتستخدم كما في القول التماس العفو أو طلب أو إرجاؤه كما القول في التماس العذر أي إيجاده فالالتماس لغوياً هو الطلب وإعادة النظر<sup>(1)</sup>.

**أما المعنى القانوني:** فهو أحد طرق الطعن غير العادي في الحكم البات وذلك عن طريق تقديم طلب أمام المحكمة التي أصدرته لإعادة النظر في الحكم وفقاً للحالات المسموح بها بالقانون.

**تقرير التقاضي في الأحكام الجنائية:** لقد كفل الدستور الكويتي حق التقاضي للناس جميعاً حيث نص في المادة (166) منه على أن "حق التقاضي مكفول للناس وبين قانون الإجراءات والأوضاع اللازمة لممارسة هذا الحق" وقد حدد مرسوم القانون رقم 1990/23 بشأن تنظيم القضاء في الفصل الثاني منه ترتيب المحاكم واختصاصاتها وتنظيمها.

لقد مكن المشرع الجنائي الناس من ممارسة حقوقهم في التقاضي على درجتين (الدرجة الأولى، الاستئناف) وهي طرق الطعن العادية، وفي عام 1972 تم تشكيل دوائر للتمييز في محكمة الاستئناف العليا بموجب القانون رقم 1972/40 بشأن حالات الطعن بالتمييز وإجراءاته وهي إحدى طرق الطعن غير العادية، حيث استشعر المشرع أنه لم يعد مقبولاً أن تظل هذه الدوائر التي عمد إليها توحيد تفسير القوانين وإرساء المبادئ القانونية من خلال نظر الطعون بالتمييز في الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف العليا مجرد دوائر في هذه المحكمة، لذلك فإن من أبرز الإصلاحات التي تضمنها القانون إنشاء محكمة التمييز المستقلة لتصبح محكمة عليا على رأس المحاكم الكويت استكمالاً للبناء القضائي ولتسهم بصورة فعالة في إرساء القواعد القانونية وتوحيد تفسير القانون وتطبيقه، لذلك جاءت المادة الثالثة من الفصل الثاني الخاص بترتيب المحاكم وتنظيمها بمرسوم القانون رقم 1990/23 بشأن تنظيم القضاء لتضع

(1) إبراهيم مصطفى - أحمد حسن الزيات - حامد عبدالقادر - محمد علي انجار - المعجم الوسيط - دار المعارف.

محكمة التمييز على رأس المحاكم<sup>(1)</sup>، وبذلك يكون الحكم الصادر من محكمة التمييز حكماً باتاً.

ولم يكن المشرع قد أقر قانون التماس إعادة النظر آنذاك بعد، إلا أنه وحرصاً منه على إرساء قواعد العدالة في المجتمع وحماية مصالح الاجتماعية فقد أعد مشروع بقانون بتعديل قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية بإضافة مواد جديدة تسمح بالأخذ بنظام الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الجزائية الباتة في أحوال محددة نص عليها على سبيل الحصر، وحدد من له حق الطعن بالتماس إعادة النظر وكيفية رفعه، واختصاص المحكمة بنظره والفصل فيه. وبتاريخ 2020/7/26 صدر القانون رقم 2020/11 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 1960/17 بإصدار قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية بإضافة مواد جديدة للفصل الثاني من القانون رقم 1960/17 تحت عنوان التماس إعادة النظر.

#### ○ المبحث الثاني: القانون رقم 2020/11 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 1960/17 بإصدار قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية

أضاف المشرع بموجب هذا القانون مواد جديدة إلى الفصل الثاني من الباب الرابع من القانون رقم 1960/17 إجراءات هذا الفصل الخاص بالأحكام وآثارها والطعن فيها وتنفيذها، حيث أضاف مواد جديدة بأرقام 213 مكرر أ - 213 مكرر أ 1 - 213 مكرر أ 2 - 213 مكرر أ 3 - 213 مكرر أ 4 - 213 مكرر أ 5 - 213 مكرر أ 6 - 213 مكرر أ 7 - 213 مكرر أ 8 - 213 مكرر أ 9 - 213 مكرر أ 10 - 213 مكرر أ 11 - تحت عنوان التماس إعادة النظر حيث نظمت تلك المواد من له الحق بالتماس إعادة النظر والحالات التي يجوز بها الطعن بالتماس إعادة النظر وكيفية رفعها وآثارها والطعن فيها وتنفيذها. والطعن بالتماس إعادة النظر يعتبر أحد الطرق غير العادية للطعن على الأحكام الجنائية الباتة الصادرة من محكمة التمييز.

هذا وسنتناول البحث عن القانون من خلال الأقسام التالية:

#### القسم الأول: شروط التماس إعادة النظر.

(1) مرسوم بقانون رقم 1990/23 بشأن تنظيم القضاء - المذكرة التفسيرية.

**القسم الثاني: حالات التماس إعادة النظر.**

**القسم الثالث: من له حق التماس إعادة النظر وإجراءات رفعه وأثر إلغائه.**

### • **القسم الأول: شروط التماس إعادة النظر**

إن شروط التماس إعادة النظر وفلسفة الغاية منها تتطلب الإجابة على هذا السؤال.

هل قانون التماس إعادة النظر وضع لمصلحة المجتمع أو لمصلحة المحكوم عليه؟

وللإجابة على هذا السؤال تبين أنه بالنظر إلى قانون التماس إعادة النظر أنه وضع

لحماية مصلحة المحكوم عليهم بالعقوبة فقط حيث وضع ضمانه لهم جديدة بهذا الشأن وهذا

ما تبين من المادة - (213 مكرر أ) من القانون حيث نصت على "يجوز التماس إعادة النظر

في الأحكام الباتة بالعقوبة في مواد الجنايات والجنح... إلخ المادة" مما مفاده أن للمحكوم عليه

أثناء تنفيذ العقوبة أو بعد اكتمال مدتها أن يلجأ إلى الطعن على الحكم بالتماس إعادة النظر

متى توفر شرطان:

- **الشرط الأول:** أن يكون الحكم المطعون فيه باتاً.

- **الشرط الثاني:** أن يكون صادراً بعقوبة، وهو فقط من له حق الطعن بطلب التماس إعادة

النظر.

وبالنظر إلى ما اشترطت عليه المادة للالتماس يكون القانون قد وضع لمصلحة المحكوم

عليهم بعقوبة فقط ولم يمنح المجال لجميع من له صفة بالحق بالتقدم بطلب التماس إعادة

النظر، كما في أحكام البراءة ذلك أن المجني عليه قد يحصل على أدلة جديدة قاطعة لم تكن

معروضة على المحكمة حين قضت بالبراءة، أو تستجد بعض الوقائع التي من شأنها أن تغير

ذلك الحكم مع وضع بعين الاعتبار أن أحد أسس قواعد العدالة أن لا يفلت المجرم من العقاب،

فكان الأجدر من المشرع أن لا يحصر حالات التماس إعادة النظر لفئة محددة ويتركها لكل

ذي صفة ومصلحة بهذا الحق إرساءً لمبدأ قاعدة العدالة في المجتمع ورفع الظلم إن وجد

وحفاظاً للحقوق الدستورية والتي أعطت للجميع حق النقاضي والطعن بالأحكام<sup>(1)</sup>.

(1) وهذا ما أكدت عليه المحكمة الدستورية بالجلسة المنعقدة بتاريخ 25 نوفمبر 2015 في الطعن المباشر بعدم دستورية

المادة (200 مكرر) من قانون الإجراءات.

لما كان ذلك وكان النص الطعين لم يجز للمحكوم عليه الطعن أمام محكمة الاستئناف - بهيئة تمييز - في الحكم الصادر من محكمة الجرح المستأنفة إذا كان بعقوبة الغرامة، بينما أتاح الطعن بذات الطريق للمحكوم عليه إذا كان الحكم صادراً بعقوبة الحبس، شأنه في ذلك شأن المسئول عن الحقوق المدنية أو المدعي بها في الحالين، فإنه يكون بذلك قد مايز في مجال ممارسة حق التقاضي بين المواطنين المتكافئة مراكزهم القانونية - دون أن يستند هذا التمييز إلى أسس موضوعية تقتضيه - بما يناهض مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون، ويعد انتقاصاً لحق التقاضي في محاكمة قانونية منصفة تؤمن فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع، مما يخالف نص المادتين (29)، (34) من الدستور، ولا يقلل هذا النص من عثرته التذرع بأن قصر الطعن على الأحكام الصادرة من محكمة الجرح المستأنفة بعقوبة الحبس (فقط) من شأنه تيسير إجراءات التقاضي وتحقيق السرقة في حسم الأنزعة، أو إنها عقوبة قليلة الأهمية، ذلك أن لحق التقاضي غاية نهائية تتمثل في الترضية القضائية التي يتنازل المتقاضون من أجل الحصول عليها بجبر الأضرار التي أصابتهم من جراء الاعتداء على حقوقهم التي يطالبون بها، فإذا حد المشرع منها بقيود تعسر الحصول عليها أو تحول دونها كان ذلك إخلالاً بالحماية التي كفلها الدستور لهذا الحق، ووجب على المحكمة بسط رقابتها إعلاءً لمبدأ الشرعية الدستورية.

هذا وسنتناول بشيء من التفصيل عن الشرطان اللذان يجب توافرها للالتماس بإعادة النظر:

#### ♦ الشرط الأول: أن يكون الحكم المطعون فيه باتاً

ما المقصود بالحكم البات وما هو الفرق ما بينه وبين الحكم النهائي؟

ولماذا اقتصر المشرع الطعن على الحكم البات دون النهائي؟

نصت المادة (164) من الدستور الكويتي على أن يرتب القانون المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ويبين وظائفها واختصاصها.

وتطبيقاً لذلك صدر المرسوم بقانون رقم 1990/23 بشأن تنظيم القضاء وقد اشتمل على

نصوص بشأن تنظيم وترتيب المحاكم وتحديد اختصاصها على أن تكون:

أ- محكمة التمييز ب- محكمة الاستئناف ج- المحكمة الكلية د- المحكمة الجزئية والقضاء الجزائي ينظم على مستوى (محكمة التمييز والاستئناف والمحكمة الكلية) مما يتبين معه أن المشرع لم يقتصر الفصل في المنازعات الجزائية (الجنايات والجنح) على درجة واحدة فنظم فيها على ثلاث درجات وتفصل فيها المحكمة المختصة ثم يطعن عليها بطريق الطعن العادي الاستئناف ومن ثم يمكن الطعن عليها بطرق الطعن غير العادي أمام محاكم التمييز المختصة.

فالحكم البات هو الحكم الذي استنفذ طرق الطعن جميعها العادية (المعارضة بالنسبة للأحكام الابتدائية الغيابية، والاستئناف) وكذلك طرق الطعن غير العادية (التمييز).

وتنقضي الدعوى الجزائية بصدور الحكم البات في الموضوع ويحوز على حجية الأمر المقضي به استناداً إلى المادة (184 إجراءات جزائية) والتي تنص على قد صدر حكم في موضوع الدعوى الجزائية بالبراءة أو بالإدانة بالنسبة إلى متهم معين، فإنه لا يجوز بعد ذلك أن ترفع دعوى جزائية أخرى ضد هذا المتهم عن نفس الأفعال أو الوقائع التي صدر بشأنها الحكم... إلخ.

أما الحكم النهائي هو الحكم الذي استنفذ طريق الطعن بالاستئناف سواء حكمت به محكمة الاستئناف أو انقضت ميعاد الطعن فيه.

#### ♦ الشرط الثاني: أن يكون الحكم صادراً بعقوبة

لقد حدد المشرع الجنائي الأفعال التي يعدها جرائم ووضع على مرتكبيها عقوبات وهي إما أن تكون (الحبس وهي عقوبة مقيدة للحرية) أو الغرامة المالية والمحدد قدرها بالقانون أو الحبس والغرامة معاً طبقاً للأفعال المجرمة المرتكبة.

ومن المبادئ الراسخة من التشريعات الجزائية أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص فالقانون يبين أنواع السلوك التي تعد جرائم وهو الذي يحدد العقوبات التي توقع على مرتكبيها.

فالقانون الجنائي هو الذي يحدد ما يعد جريمة سواء تمثل في ارتكاب أمر منهى عنه أو في الامتناع عن القيام بعمل يوجب عليه القيام به، فهو ينظم حق الدولة في العقاب في حالة ارتكاب أي سلوك يمثل بأمن الأفراد والمجتمع، وهذا ما أخذ به قانون الجزاء الكويتي رقم

1960/16 والذي نص في مادته الأولى منه على "لا يعد الفعل جريمة ولا يجوز توقيع عقوبة من أجله إلا بناء على نص في القانون" وقد رسخ الدستور الكويتي الصادر 1962 هذا المبدأ وجعلها قاعدة دستورية حين نص عليها في المادة 32 منه على أن "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص عليها".  
ومن البديهي أن العقاب الذي يكون نتيجة ارتكاب جريمة بحق الدولة والمجتمع لا بد وأن يكون رادعاً وذات شدة وقسوة لذلك وضعت العقوبات حسب جسامته الفعل المرتكب، ومن المعلوم أن القاضي الجزائي هو من له سلطة تطبيق القانون وهو من يحدد العقوبة المناسبة وفق ما جاء بالقانون.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن للقاضي الجزائي الكويتي سلطة تخفيف العقوبة في حالات معينة ذكرت في المادة (81، 82) من قانون الجزاء حيث أعطت للقاضي أن يقرر الامتناع عن النطق بعقاب المتهم أو أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم حيث نصت المادة (81) من القانون رقم 1960/16 بإصدار قانون الجزاء على أن "إذا اتهم شخص بجريمة تستوجب الحكم بالحبس، جاز للمحكمة إذا رأت من أخلاقه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكب فيها جريمته أو تفاهة هذه الجريمة ما يبعث بالاعتقاد بأنه لن يعود إلى الإجرام، أن تقرر الامتناع عن النطق بالعقاب، وتكلف المتهم تقديم تعهد بكفالة شخصية أو عينية أو بغير كفالة يلتزم فيه مراعاة شروط معينة والمحافظة على حسن السلوك المدة التي تحددها على ألا تتجاوز السنتين... إلخ وجاء بالفقرة الثانية من المادة أما إذا أخل المتهم بشروط التعهد فإن المحكمة تأمر بناء على طلب سلطة الاتهام أو الشخص المتولي رقابته أو المجني عليه بالمضي في المحاكمة، وتقضي عليه بالعقوبة عن الجريمة التي ارتكبها ومصادرة الكفالة العينية إن وجدت".  
لقد منح المشرع الجزائي للقاضي سلطة تقديرية أن يمتنع عن النطق بعقاب المتهم حتى ولو ثبتت إدانته بما يستوجب العقوبة، وأن في المضي في محاكمته ما سيجعل القاضي بعقوبة ضده، إلا أن هذه المادة أجازت للقاضي أن يقف عند هذا الحد تقديراً للظروف ولا ينطق بالعقاب لما رآته من توافر الاعتبارات التي شملتها المادة سالفه البيان ومما يجدر الإشارة إليه أن الامتناع عن النطق بعقاب المتهم قد يكون المشرع الجزائي الكويتي هو المشرع الوحيد الذي تبنى مثل هذه الحالة، وقد طبقت في كثير من القضايا.

وقد استقرت أحكام التمييز باعتبار أن الامتناع عن النطق بالعقاب ليس قضاءً من المحكمة بعقوبة وإنما هو في الحقيقة تقرير من المحكمة بأن الجاني قد ارتكب الجريمة المسندة إليه وأنه قد ثبت لديها إدانته بها مما كان يستوجب الحكم عليه بعقوبة الحبس المقررة لتلك الجريمة فيما لو قضت المحكمة في المحاكمة، إلا إنها قدرت أن تقف بالإجراءات عند هذا الحد لما رأته من توافر اعتبارات التخفيف المشار إليها في المادة 81 من قانون الجزاء<sup>(1)</sup>.

وبالتالي لا يستفاد من قرارات المحكمة له بالامتناع عن النطق بالعقاب وفق سلطتها التقديرية المحددة لها بالقانون من أن يتقدم بطلب التماس إعادة النظر لأن الامتناع عن النطق بالعقاب لا يعد عقوبة، ما لم يخل المتهم بشروط التعهد وحسن السلوك ويتم المضي بمحاكمته وتوقيع العقوبة التي لم ينطق بها القاضي (م 3/81 جزاء).

وإننا نرى أن عدم النطق بالعقاب وإن كان لا يعد عقوبة وفقاً لما استقر عليه أحكام التمييز، إلا أنه يعتبر حكم إدانة ضد المحكوم عليه دون النطق بعقابه، وبالتالي يستطيع أصحاب الحقوق المدنية بالرجوع عليه بدعوى مدنية نتيجة هذا الحكم والمطالبة بتعويض مدني بالأضرار التي لحقت بهم، ذلك أن عدم النطق بالعقاب لا يحول دون حق أصحاب الحقوق المدنية بالرجوع على المحكوم ضده لأنه وإن لم يكن عقوبة الإدانة حكم إدانة بارتكابه الفعل. لذلك من غير العدالة حرمان المحكوم ضده بعدم النطق بالعقاب من الطعن بالتماس إعادة النظر لمجرد أن المشرع قد اقتصر الحق على الأحكام الباتة الصادرة بعقوبة فقط دون غيرها.

أما فيما يتعلق بالمادة (82) جزاء والتي نصت على أن "يجوز للمحكمة إذا قضت بحبس المتهم مدة لا تتجاوز سنتين أو بغرامة أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم، إذا تبين لها من أخلاق المتهم أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكب فيها جريمته ما يحمل على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى الإجرام، ويوقع المحكوم عليه تمهيداً بذلك مصحوباً بكفالة شخصية أو عينية أو بغير كفالة حسب تقرير المحكمة... ويجوز إلغاء وقف التنفيذ إذا صدر ضد المحكوم عليه خلال مدة الوقف حكم بالحكم من أجل جريمة ارتكبت خلال هذه المدة أو قبلها ولم تكن المحكمة تعلم بها عند الأمر بوقف التنفيذ... إلخ المادة".

(1) الطعن رقم 2001/889 جزائي - جلسة 2003/1/28 مجلة القضاء والقانون سنة 2003 الجزء الأول ص 352.

أن وقف تنفيذ الحكم يعتبر حكم إدانة ضد المحكوم عليه ذلك أن القاضي قد نطق بالعقوبة إلا أن هذه العقوبة سيتم وقف تنفيذها لما رأته المحكمة من توافر الاعتبارات التي وردت بالمادة آنفة البيان.

وبالتالي يختلف وقف تنفيذ الحكم عن عدم النطق بالعقاب ففي الأخير القاضي يتمتع عن النطق بالعقاب مما لا يكون معه أي عقوبة ممكن الطعن عليها، أما في حالة وقف التنفيذ القاضي في هذه الحالة ينطق بالعقوبة وإنما يأمر بوقف تنفيذها، وبالتالي فإن المحكوم عليه بعقوبة تم وقف تنفيذها يستفاد من قانون التماس إعادة النظر باعتبار وقف التنفيذ هو حكم إدانة بعقوبة ضد المحكوم عليه.

#### • القسم الثاني: الحالات التي تجيز التماس إعادة النظر فيها

لقد حددت المادة (213 مكرر أ) على سبيل الحصر لحالات التماس إعادة النظر وهي على النحو التالي:

1- إذا كان الحكم على المتهم في جريمة قتل ثم وجد المدعي قتله حياً. لقد أعطى المشرع للمحكوم عليه بجريمة قتل ثم وجد المدعي قتله حياً، كما في حالة اختفاء أو هروب (المدعي قتله) خارج البلاد، ثم تبين للمحكوم أنه مازال حياً ولم يمت فإنه بهذه الحالة يحق له أن يتقدم بالتماس إعادة النظر في محاكمته مرة أخرى وللمحكوم عليه أن يتقدم بجميع طرق الإثبات القانونية للمحكمة.

2- إذا صدر حكم على شخص من أجل واقعة ثم صدر حكم على شخص آخر من أجل ذات الواقعة وكان بين الحكمين تناقض يستنتج منه براءة أحد المحكوم عليهما. وهذا ما أكد عليه المشرع حين أنشأ دائرة التمييز من أهمية توحيد تفسير القانون وتطبيقه، ومن حرص المشرع على إرساء العدالة وتحقيق مصالح المحكوم عليهم جاء قانون التماس إعادة النظر ليؤكد على ذلك.

وكان يتعين على المشرع أن يعطي حق التماس إعادة النظر لكل من له صفة أو مصلحة أو لجهات التحقيق (في أحكام البراءة) بتحريك الدعوى من تلقاء أنفسهم وذلك حفاظاً على حقوق المتقاضين.

3- إذا حكم على أحد الشهود أو الخبراء بالعقوبة المقررة لشهادة الزور في الباب الثالث من قانون الجزاء أو إذا حكم بتزوير ورقة قدمت أثناء نظر الدعوى وكان للشهادة أو تقرير الخبير أو الورقة تأثير في الحكم.

ويشترط لقبول الالتماس في هذه الحالة ثلاثة شروط:

أ- صدور حكم بات بالإدانة على أحد شهود الدعوى أو خبراءها بشهادة الزور أو صدور حكم بتزوير ورقة قدمت أثناء نظر الدعوى المطعون فيها بالتماس إعادة النظر.

ب- أن يكون للشهادة أو الخبرة أو الورقة المزورة تأثير في الحكم المطعون فيه.

ج- أن يكون الحكم بالتزوير قد صدر عقب صدور الحكم المطعون فيه بالتماس إعادة النظر من خلال قراءة هذه الحالة يتبين معه أن المشرع قد عاد مرة ثانية إلى ذات الموضوع في اشتراط وجود حكم إدانة بات على أحد الشهود بالدعوى أو الخبراء أو بتزوير ورقة قدمت أثناء نظر الدعوى المطعون فيها وتناسي حكم الإدانة النهائي بشأن تلك الحالات حيث أنه بهذه الحالة أضع على المحكوم عليه أو من له مصلحة أو لجهات التحقيق (في أحكام البراءة) أو الأحكام النهائية من الاستفادة من هذا الحكم والتقدم بطلب التماس إعادة النظر ومن هذا ما يؤكد على ما أشرنا إليه بالأقسام السابقة من ضياع لحق المتقاضين وعدم تحقيق العدالة، إضافة إلى أن ما ذهب إليه المشرع من اعتبار هذه الورقة أو الشهادة أو تقرير الخبير تأثير في الحكم أي أن القاضي قد كون عقيدته وامتنع بالإدانة بموجبهم، وعلى ذلك لا يتحقق هذا الشرط في هذه الحالة إلا إذا حكم على أحد الشهود أو الخبراء بشهادة الزور والورقة بحكم بات بالإدانة وكان لهذه الشهادة أو الورقة المزورة تأثير في الحكم المطعون فيه.

من المقرر أن الأحكام الجنائية يجب أن تبنى على الأدلة التي يقتنع منها القاضي بإدانة المتهم أو ببراءته صادراً في ذلك عن عقيدة يحصلها هو مما يجريه من التحقيق مستقلاً في تحصيل هذه العقيدة بنفسه لا يشاركه فيها غيره<sup>(1)</sup>.

(1) طعن رقم 2001/13 تمييز بجلسة 2001/5/8 مجلة القضاء والقانون الجزء الأول - 2004 - ص 613.

وقد أشارت أحكام محكمة التمييز إلى مبدأ الامتناع آخر للقاضي الجزائري بقولها "العبرة في المحاكمة الجنائية هي باقتناع قاضي الموضوع بناء على الأدلة المطروحة عليه ما دام أن العبرة في المحاكمة الجنائية هي بامتناع قاضي الموضوع فلا يصح مطالبته بالأخذ بدليل معين إذ جعل القانون من سلطته أن يزن قوة الإثبات وأن يأخذ من أي بينه أو قرينه يرتاح إليها إلا إذا قيده القانون بدليل معين ينص عليه<sup>(1)</sup>.

ولا يشترط أن تكون الأدلة التي اعتمد عليها الحكم يثبت كل دليل فيها ويقطع في كل جزئية من جزئيات الدعوى، إذ الأدلة في المواد الجزائية متساندة يكمل بعضها بعضاً ومنها مجتمعة بتكون عقيدة المحكمة<sup>(2)</sup>.

بيد أن إذا كان هذا الدليل كان له مبلغ الأثر على قناعة القاضي الذي أصدر الحكم به بحيث لو لا هذا الدليل الذي استبعده القاضي أو الذي ارتكن عليه بالإدانة هو الذي ارتكن عليه القاضي بتكوين عقيدته وصلته على إصدار الحكم بناءً عليه قد تبين فيما بعد بأنه مزور بناءً على حكم بات يكون هنا من حق المحكوم عليه أن يتقدم بطلب التماس إعادة النظر. وإننا نرى أنه كان من الأجدر للمشرع عدم اشتراط وجود حكم بات على أحد الشهود أو الخبراء أو الورقة المزورة فقد تكون المدد القانونية لتقديمهم للمحاكمة قد سقطت وفقاً لمدد التقادم، ولم يتم تقديمهم بتهمة شهادة الزور أو التزوير في الورقة أو المستند المقدم، فكان على المشرع أن يكتفي بعبارة أن تعتبر هذه الشهادة شهادة زور من واقع الأدلة والقرائن وغيرها من طرق الإثبات التي تمكن للمحكمة من الاقتناع بها وتقديرها.

#### 4- إذا كان الحكم مبنياً على حكم صادر من محكمة مدنية أو من إحدى محاكم الأحوال الشخصية وألغى هذا الحكم.

لقد حددت هذه الحالة أن تكون الأحكام صادرة من محكمة مدنية أو إحدى محاكم الأحوال الشخصية وألغى هذا الحكم، لقد استخدم المشرع في هذه الحالة مصطلح محاكم الأحوال

(1) تمييز 2004/1/6 طعن رقم 2002/237 جزائي - مجلة القضاء والقانون السنة الثانية والثلاثون الجزء الأول - 2007 - ص 432.

(2) طعن بالتمييز رقم 2000/259 جزائي جلسة 2001/5/1 مجلة القضاء والقانون سنة 29 الجزء الأول ص 608.

الشخصية وكان يفترض أن تكون الصادرة من محكمة الأسرة ذلك أن القانون رقم 2015/12 بشأن محكمة الأسرة نص في المادة الثانية منه على إلزام دوائر المحكمة الكلية التي تنظر قضايا الأحوال الشخصية أن تحيل من تلقاء نفسها الدعاوي المنظورة أمامها والتي أصبحت من اختصاص محكمة الأسرة إلى المحكمة الأخيرة "حيث بموجب هذا القانون أصبحت محكمة الأسرة هي التي تختص دون غيرها بالفصل في كافة منازعات الأحوال الشخصية لذلك حتى لا يكون هناك أي لبس بالمفهوم".

إضافة إلى أن هذه الحالة حددت للأحكام المدنية وأحكام محكمة الأسرة فقط ولم تعطي المجال للأحكام الأخرى (التجارية، الإدارية، الدستورية) وكان الأحرى عدم تحديد تلك الأحكام في حالتين فقط فكان الأفضل تركها بصورة عامة على جميع الأحكام من غير تحديد وألغى هذا الحكم تحقيقاً لمصلحة العدالة وحق المجتمع والخصوم بحق التقاضي على جميع الدرجات.

**5- إذا حدثت أو ظهرت بعد الحكم وقائع أو إذا قدمت أوراق لم تكن معلومة وقت المحاكمة وكان من شأن هذه الوقائع أو الأوراق ثبوت براءة المحكوم عليه.**  
ويلزم لتوافر هذه الحالة شرطان:

1- أن تكون الواقعة غير معلومة للمحكمة والمتهم وقت المحاكمة حتى صدور الحكم في الدعوى المطعون فيها بالتماس إعادة النظر.

2- أن تكون الواقعة الجديدة من شأنها أن تثبت براءة المتهم ويكفي في تلك الحالة احتمال الحكم بالبراءة دون تطلب شروط معينة في مدى جدية هذا الاحتمال.

ولكن يجب التشدد في إعمال هذه المادة حتى لا يُفتح الباب على مصراعيه للتحايل ولهذا كانت محكمة النقض المصرية قد اتخذت نهجاً متشدداً بشأن تطبيق تلك الحالة في أحكامها المستقرة وقالت في حكم لها أنه "لما كانت الفقرة الخامسة من المادة 441 من قانون الإجراءات الجنائية التي بُنى عليها الطلب تشترط لقبوله 1- أن تكون الوقائع أو الأوراق جديدة أي لم تكن معلومة وقت المحاكمة 2- أن يكون من شأنها ثبوت براءة المحكوم عليه أي يترتب عليها حتما سقوط الدليل على الإدانة أو على تحمل التبعة الجنائية وإذ كان المشرع قد تشدد في الحالات الأربع من المادة 441 آنفة الذكر، فإنه من غير المقبول أن يُفتح الباب على مصراعيه

في الحالة الخامسة والتي تستوعب بعمومها ما تقدمها من حالات، وإنما قصد بها في ضوء الأمثلة التي ضربتها المذكرة الإيضاحية والتي تدل بذاتها على براءة المحكوم عليه أو يلزم عنها سقوط الدليل على إدانته أو على تحمله التبعة الجنائية، والمستفاد من ذلك أن المشرع جعل من الفقرة - الخامسة - نصاً احتياطياً ابتغاء أن يتدارك بها ما عساه أن يفلت من صور تتخاذى من الفقرات السابقة ولا تنفك عنها والتي قد يتعذر فيها إقامة الدليل على الوجه المطلوب قانوناً كوفاء الشاهد أو عته أو تقادم الدعوى الجنائية أو لغير ذلك من حالات شبيهة مما لازمه عدم الاكتفاء فيها بجدول مجرد لشاهد أو متهم عما سبق أن أدلى به لدى محكمة الموضوع دون أن يصاحب عدوله ما يحسم بذاته الأمر ويقطع بترتيب أثره في ثبوت براءة المحكوم عليه وهو ما يقيم موازنة عادلة لا إفراط فيها أو تقريط بين حق المحكوم عليه وصالح المجتمع الذي يضره المساس في غير سبب جازم بقوة الشيء المقضي فيه جنائياً وهى من حالات النظام العام التي تمس مصلحة المجتمع والتي تقضى بوضع حد لنزاع فصل فيه القضاء نهائياً وأصبح عنوان الحقيقة بل أقوى من الحقيقة مما لا يصح معه النيل منها بمجرد دعوى غير حاسمة، كما أنه لا يجوز أن تكون محلاً للمساومة بين الأفراد والقول بغير ذلك مضيعة لوقت القضاء وهيئته ومجلية لتناقض أحكامه ما يبقى متعلقاً بمشيئة المحكوم عليهم كلما حلا لهم تجديد النزاع وإعادة طرحه على القضاء، ولما كان ذلك، وكان مجرد عدول المجني عليه وتقديم إقرارين موثقين لشاهدين بجلسة إعادة إجراءات محاكمة المتهمين الأول والثاني و جلسة نظر استشكال الطالب في تنفيذ الحكم عما سبق أن أدلوا به لدى محاكمة الطالب باعتباره واقعة جديدة لم تكن معلومة وقت -إعادة النظر ما لم يصاحب هذا العدول ما يقطع في ترتيب أثره في إهدار الحقيقة التي سجلها الحكم - وهو ما خلت الأوراق منه - وإذ كان عدول المجني عليه وشاهديه لم يتضمن بذاته دليلاً معتبراً يسوغ به طلب إعادة النظر في الحكم البات الذي صدر بإدانة الطالب ومن ثم يتعين رفض الطلب" (الطعن رقم 22588 لسنة 83 قضائية الدوائر الجنائية - جلسة 2019/10/27 الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية (www.cc.gov.eg).

ومن الملاحظ أن محكمة التمييز الكويتية لم تجارى محكمة النقض فيما انتهت إليه وقضت في أول حكم لها بقبول التماس إعادة النظر بأنه لما كانت "المادة 213 مكرر من

قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية المضافة بالقانون رقم 11 لسنة 2020 تنص على أنه (يجوز التماس إعادة النظر في الأحكام الباتة الصادرة بالعقوبة في مواد الجنايات والجنح في الأحوال الآتية 1... 2... 3... 4... 5... إذا حدثت أو ظهرت بعد الحكم وقائع أو إذا قُدمت أوراق لم تكن معلومة وقت المحاكمة، وكان من شأن هذه الوقائع أو الأوراق ثبوت براءة المحكوم عليه" ومفاد هذا النص أن المقصود بالحالة المنصوص عليها في الفقرة الخامسة سالف الإشارة إليها أن تدل الوقائع والأوراق التي تظهر بعد الحكم على براءة المحكوم عليه، أو يلزم عنها سقوط الدليل على إدانته أو تحمله التبعة الجنائية، كما يشترط في الوقائع أو الأوراق - التي تظهر بعد الحكم وتصلح سبباً للالتماس - أن تكون مجهولة من المحكمة إبان المحاكمة. لما كان ما تقدم وكان ما ظهر من الوقائع والأوراق، فإن الإقرار الصادر من المجني عليه بنفيه قيام المحكوم عليه بخطفه وهو ما يؤيده وصف النيابة العامة بتقرير الاتهام من إرغام المجني عليه على الانتقال لمخفر شرطة الفروانية بقصد حجزه فيه، لا يتوافر به حق الملتمس جريمة الخطف والتي تتطلب لتوافرها وفق نص المادة 180 من قانون الجزاء إبعاد المجني عليه عن المكان الذي خطف منه بإحدى الطرق المشار إليها فيها وبقصد ارتكاب أي فعل من الأفعال المذكورة بها وقطع صلته بأهله قطعاً جدياً، ولما كان ما قدمه الملتمس من إقرار صادر عن المجني عليه بعدم تعرضه للخطف وكان الوقائع الثابتة من الحكم محل التماس والتي تؤيد الإقرار سالف الإشارة إليه بأن المحكوم عليه - الملتمس - اصطحب المجني عليه لمخفر شرطة الفروانية، ومن ثم فإن ذلك ليس شأن من يريد أن يقطع صلة المجني عليه لمخفر شرطة الفروانية ومن ثم فإن ذلك وكان هذا الإقرار قد تم بعد صدور حكم بات بالعقاب في الدعوى وتشكيل واقعة جديدة تحسم بذاتها الأمر وتقطع بترتيب أثرها في ثبوت عدم تحمل الطالب التبعة الجنائية للجريمة وإعفائه من العقاب فإن طلب إعادة النظر يكون قد تكاملت عناصره وتوافرت مقوماته مما يتعين معه قبوله وإلغاء الحكم وبراءة الطالب المحكوم عليه. (الطعن رقم 1028 لسنة 2021 جزائي /3)

وأرى من وجهة نظري أن ما انتهت إليه محكمة التمييز محل نظر إذ أن قضائها يفتح الباب للمساومة بين المتهم والمجني عليه ويجعل الأمر متعلقاً بمشينة طرفا الدعوى كلما حلا لهما تجديد النزاع وإعادة طرحه على القضاء بعد اتفاق لاحق بينهما على تعويض من المتهم

للمجني عليه شريطة أن يغير في أقواله السابقة بما ينفي على المتهم جريمته التي دين عنها، وهو ما يهدر حجية الأحكام القضائية ويفتح الباب للعبث بها.

كما أن الملاحظ في هذه الحالة أن المشرع قد استخدم لفظ "أوراق" لم تكن معلومة وقت المحاكمة وكان من شأن الأوراق ثبوت براءة المحكوم عليه، أن كلمة أوراق في هذه الفقرة من شأنها أن تستبعد الكثير من المحررات والمعاملات الإلكترونية التي من الممكن أن تستعمل كدليل وفي استخدام مصطلح آخر يكون جامعاً وواضحاً وشاملاً يستخدم كإثبات.

إضافة إلى الحالات التي أجازت للقاضي تخفيف العقوبة على المتهم (81، 82 جزء) سألقة البيان بالبحث وكذلك في حالة الحكم على الشخص بعقوبة جنائية ومن ثم تبين من خلال بعض الوقائع أو الأدلة التي ظهرت جديدة بعد صدور حكم الإدانة البات بأنها جنحة وليست جنائية عندئذ لا يستطيع المحكوم عليه أن يستفاد من هذا القانون ذلك أن القانون حصر على أن تكون تلك الوقائع الجديدة من شأنها أن تثبت براءة المتهم فقط أو احتمال البراءة.

#### • القسم الثالث: إجراءات رفع التماس إعادة النظر وأثر إلغاءه

لقد رسم المشرع عدة ضوابط لإجراءات رفع التماس إعادة النظر عند توافر شروطه وهذا ما بينته المادتان (213 مكرر أ 1) و (213 مكرر أ 2) من القانون.

لقد عالجت المادة (213 مكرر أ 1) للحالات المنصوص عليها في البنود الأربعة الأولى من المادة (213 مكرر أ) سابقة البيان، حيث أجازت لكل من النائب العام والإدارة العامة للتحقيقات وللمحكوم عليه أو من يمثله قانوناً إذا كان عديم الأهلية أو مفقوداً ولأقاربه وزوجه من بعد وفاته حق التماس إعادة النظر.

ولقد اختص المشرع الطعن بالتماس إعادة النظر بإجراءات أكثر إحكاماً فأوجب على الطاعن أن يقدم الالتماس إلى النائب العام بعريضة يبين فيها الحكم المطلوب التماس إعادة النظر فيه وأسباب الطعن، كما يجب أن يودع بذات الوقت المستندات التي يرتكن عليها في تأييد طعنه ويرفع النائب العام الالتماس مع التحقيقات التي يكون قد رأى إجراءها إلى محكمة التمييز أو إلى محكمة الاستئناف بهيئة تمييز في أحكام الجرح الباتة بتقرير يبين فيه رأيه والأسباب التي يستند إليها، وحرصاً على المشرع كي لا يطول أمد الطعن لدى النيابة انتظاراً

لإيداع مذكرتها فيه فقد أوجب المشرع على النيابة برفع الطلب إلى المحكمة في موعد لا يتجاوز ثلاثة أشهر التالية لتقديمه.

من الملاحظ أن المشرع لم يحدد ما هو الإجراء فيما إذا لم تتمكن النيابة من إنجاز مذكراتها خلال مدة ثلاثة أشهر خاصة أن هذه المذكرة تعتبر إجراءً جوهرياً لا معدى من توفيته قبل أن تفصل المحكمة بتلك الطعون، وكان من الأوفق للمشرع أن يضيف مادة أو فقرة في حالة عدم تمكين النيابة من إنجاز مذكرتها أن تؤشر على الملف بالاكتماء بإبداء الرأي شفاهة بالجلسة أفضل من شغل النيابة بإعداد مذكرات لا طائل من ورائها كما لو كانت أسباب الطعن محكومة بمبادئ قانونية استقرت عليها محكمة التمييز ولا تجد النيابة وجهاً لإبداء الرأي بالعدول عنها، أو كان من البين أنه غير جائز القبول فالأولى أن يوجه جهد النيابة كله إلى الطعون الأخرى ومنها ما يتطلب عناية في البحث وتعمقاً في الدراسة.

أما بالنسبة للحالة الخامسة والخاصة بظهور وقائع جديدة بعد الحكم أو إذا تم تقديم أوراق لم تكن معلومة وقت المحاكمة وكان من شأن هذه الوقائع أو الأوراق ثبوت براءة المحكوم عليه، ففي تلك الحالة يقتصر حق التماس إعادة النظر للنائب العام وحده سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الإدارة العامة للتحقيقات في الجرح أو بناء على طلب أصحاب الشأن، وإذا رأى له محلاً يحيله مع التحقيقات التي يكون قد رأى لزوم إجراءها إلى محكمة التمييز أو محكمة الاستئناف بهيئة تمييز، وبكلا الأحوال يجب أن يبين بالالتماس الواقعة أو الورقة التي يستند إليها، ومن الملاحظ في المادتين السابقتين أن المشرع أعطى للنائب العام سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب من الإدارة العامة للتحقيقات والمحكوم عليه أو من يمثله قانوناً إذا كان عديم الأهلية أو مفقود أو لزوج أو أقاربه بتحريك الدعوى، إلا أنه قيد ذلك بالأحكام الباتة الصادرة بالعقوبة فقط أما الأحكام النهائية أو البراءة فليس لها حق في ذلك كما بينا سالفاً.

**رأينا في الموضوع:** من الملاحظ أن المادتين (213 مكرر أ 1) و (213 مكرر أ 2) أعطت للنائب العام رفع طلب الالتماس إلى محكمة التمييز أو إلى محكمة الاستئناف بهيئة التمييز في أحكام الجرح الباتة في حين إنها لم تعطي هذا الحق لمدير عام الإدارة العامة للتحقيقات حال كونها هي الجهة المختصة (بالتحقيق والتصرف والادعاء) بالجرح وفقاً للمادة

(9 من قانون الإجراءات) ما لم ينص على خلاف ذلك في قانون آخر، وهي الجهة المخولة بمباشرة الدعوى الجزائية بالجنح ولا يحق للنيابة العامة الادعاء في الجنح وإلا يكون تشكيل المحكمة معيباً ومخالفاً للقانون، وقد أكدت على ذلك الكثير من الأحكام الصادرة من دائرة الطعون الجنح المستأنفة (التميز) ببطلان الأحكام الصادرة بحضور ممثل النيابة العامة بالجنح "حيث قضت بأن تشكيلها يكون معيباً ومخالفاً للقانون لتخلف المدعي (ممثل الادعاء العام) عن الحضور فالنيابة العامة ليست سلطة اتهام بالدعوى الجزائية بالجنح وعليه يكون تشكيل المحكمة باطلاً صدوره من محكمة غير مشكلة طبقاً للقانون"<sup>(1)</sup> إضافة إلى أن المادة (216) من قانون الإجراءات) نصت على أن يرسل رئيس المحكمة التي أصدرت الحكم الواجب النفاذ إلى الجهة التي باشرت الدعوى الجزائية... إلخ مما مفاده أن من باشر الدعوى هو من له الحق في رفعها وتنفيذها.

المادة (213 مكرر أ 3) وأشارت هذه المادة على أنه لن يقبل النائب العام التماس أعفى من إيداعها بقرار من لجنة الإعفاء من الرسوم القضائية، على أن تعفى النيابة العامة والإدارة العامة للتحقيقات من إيداع هذه الكفالة.

وبينت المادة (213 مكرر أ 4) و (213 مكرر أ 5) وجوب إعلان الخصوم بالجلسة التي تحدد لنظر الالتماس أمام محكمة التمييز أو محكمة الاستئناف بهيئة التمييز قبل انعقادها بثلاثة أيام على الأقل.

وقررت المادة (213 مكرر أ 6) على أنه لا يحول وفاة المحكوم عليه في استمرار المحكمة في نظر الطعن، وفي هذه الحالة تنتدب أحد المحامين المقيدين في الجدول رقم (د) من المادة السادسة من القانون رقم 1964/42 في شأن تنظيم مهنة المحاماة أمام المحاكم والقوانين المعدلة له للترافع عنه.

---

(1) حكم دائرة الطعون بأحكام الجنح المستأنفة (تميز) الجلسة المنعقدة بتاريخ 2010/5/17 بالقضية رقم 2010/26 تمييز الجنح المستأنفة وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن القواعد الخاصة بتشكيل القضاء يتصل بالنظام العام ومن ثم يجوز الدفع ببطلان هذا التشكيل لأول مرة أمام محكمة التمييز.

كما تعرضت المادة (213 مكرر أ 7) على أثر الطعن بالالتماس على تنفيذ الحكم حيث نصت المادة على أنه لا يترتب على تقديم التماس إعادة النظر وقف تنفيذ الحكم إلا إذا كان صادراً بالإعدام.

مما مفاده أن التماس إعادة النظر لا يحول دون استمرار المحكوم عليه بالبقاء مسجوناً لتنفيذ العقوبة المقضي بها إلى حين صدور حكم التماس إعادة النظر ماعدا عقوبة الإعدام وهي العقوبة الوحيدة التي يجب إيقاف تنفيذها لحين البت بالحكم.

أن المتمتعن في الحالات التي وردت في المادة (213 مكرر أ) سألقة البيان والتي حددها المشرع لتقديم الطعن بالالتماس تبين أن جميعها تتكلم عن أدلة أو وقائع أو أحكام تفسر لمصلحة المحكوم عليه، وكذلك أدلة أو مستندات جديدة من شأنها أن تثبت براءته ويكفي احتمال الحكم بالبراءة دون أن تطلب شروط معينة في مدى جدية هذا الاحتمال فما هي الغاية المرجوة من وضع هذه الحالات المحددة والشروط إذا لم يكن باستطاعة الطعن وقف تنفيذ هذا الحكم لحين ظهور الحقيقة<sup>(1)</sup>.

ومما يؤكد ذلك ما جاء بالطعن بالتمييز بالتماس إعادة النظر رقم 2020/1018 جزائي 3 الصادر بتاريخ 2021/9/23 والذي صدر ببراءة المتهم وهو قد نفذ حكم الحبس عليه. ونصت المادة (213 مكرر أ 8) على حق المحكمة في حالة رفض الالتماس أن تقضي بمصادرة الكفالة المالية المنصوص عليها بالقانون.

وتبعتها المادة (213 مكرر أ 9) بالنص على أن كل حكم يصدر بالبراءة بناء على التماس إعادة النظر يجب أن ينشر على نفقة الحكومة في الجريدة الرسمية بناء على طلب النيابة العامة وفي جريدتين يوميتين واسعتي الانتشار.

وتبين المادة (213 مكرر أ 10) أنه يترتب على إلغاء حكم الإدانة والقضاء بالبراءة زوال كافة الآثار المترتبة على الحكم الملغي.

---

(1) لقد جاء بالمذكرة التفسيرية للقانون رقم 2020/11 بشأن التماس إعادة النظر وغني عن البيان أن الطعن بالتماس إعادة النظر المرفوع من المتهم المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية تسقط إذا لم يتقدم المتهم للتنفيذ قبل يوم الجلسة، ويجوز للمحكمة إخلاء سبيله بكفالة، إعمالاً لأحكام المادة (12) من القانون رقم 1972/40 بشأن حالات الطعن بالتمييز وإجراءاته، حيث أن الطعن بالتماس إعادة النظر لا يجوز إلا في الأحكام الباتة، أي التي تكون قد طعن فيها أمام محكمة التمييز فيكون النص أولى بالتطبيق في الطعن بالتماس إعادة النظر.

وأتى المشرع في المادة الأخيرة من هذا القانون (213 مكرر أ 11) على أنه في حالة صدور الحكم برفض التماس إعادة النظر فإن المشرع رتب عدم جواز تجديده بناء على ذات الوقائع التي بنى عليها مما مفاده أنه لا يجوز إعادة تقديم الالتماس مرة أخرى إلا إذا استجدت أو توافرت وقائع جديدة لم تكن ملومة وقت المحاكمة.

### ○ الخاتمة

لقد حاولت في هذا البحث عرض لقانون التماس إعادة النظر وبيان بعض القصور التشريعي الذي جانبه ذلك القانون الذي كنت أتمنى من المشرع بعد هذا الغياب الطويل والذي دام أكثر من 60 عام من الفراغ التشريعي من حرمان وعدم السماح للمحكوم عليه في الأحكام الجنائية الباتة من أن يتقدم بطلب التماس إعادة النظر أسوة بما هو معمول به بالأحكام المدنية فأرواح الناس ليست أقل أهمية من أموالهم.

كما كنت أتمنى من المشرع أن يكون أكثر دقة بصياغته وكان لنا بالتشريعات والنظم القانونية والتي سبقتنا بهذا الشأن خير استرشاد نسترشد به بما يساعد على إصدار قانوناً متكاملًا ليس به أي قصور أو عيوب أو أخطاء وقعت به تلك الدول والمحاولة بعدم تبيينها وتكرارها، والخروج بقانون متكاملًا قدر الإمكان يتفق مع القوانين القائمة في الدولة ليكون مكملًا للمنظومة التشريعية والتي حال أمرها وغاب عنه تنظيمه منذ زمن بعيد.

كما كنت أتمنى من المشرع أن يساوى بين النيابة العامة والإدارة العامة للتحقيقات بخصوص إجراءات تقديم الالتماس إذ جاء القانون مانحاً النائب العام وحده تلقى طلب التماس إعادة النظر المقدم من الإدارة العامة للتحقيقات في الحالات المنصوص عليها في البنود الأربعة المبينة في المادة 213 مكرراً سالفه البيان ومن ثم يقوم بعرضه على محكمة التمييز أو محكمة الاستئناف بهيئة تمييز بحسب الأحوال، كما أعطى النائب العام وحده الحق في التماس إعادة النظر في الحالة الواردة بالبند الخامس من ذات المادة، ويستفاد من ذلك أن مدير الإدارة العامة للتحقيقات - وهي إدارة تمارس عمل قضائي - لا يستطيع أن يتقدم مباشرة بالتماس إعادة النظر إلى محكمة الاستئناف بهيئة تمييز على الرغم من أنه المختص وحده - ما لم ينص القانون على غير ذلك أو يفوض النيابة العامة في التحقيق في بعض الجنح -

بالتحقيق والتصرف والادعاء في قضايا الجرح وهو أمر غير مبرر وغير مقبول ويُعطى سلطة للنيابة العامة لمراقبة وتقييم عمل الإدارة على الرغم من استقلال الإدارة العامة للتحقيقات عنها، واختصاصها الأصيل بتولي الدعوى العمومية في قضايا الجرح وهو عمل مماثل لعمل النيابة العامة.

ومن خلال ما تم بيانه في هذا البحث يتبين جلياً من القانون قد اشتمل على كثير من الصياغة غير الواضحة وغير الدقيقة في الكشف عن الغاية التي من أجلها تم إصداره، فكان يجب الاهتمام بصياغة مواده ونصوصه على نحو يمكنها أن تصل ويفهمها كل من يخاطبه هذا القانون، بعيداً عن أي تفسير أو تأويل قد يفرغ النص من مضمونه ومحتواه وقد يؤدي معه إلى صدور أحكام في بعض الأحيان متعارضة مع أحكام أخرى أو تكون الأحكام بعيدة عن الغاية التي صدر التشريع من أجله.

لذلك ركزت في هذا البحث على بعض القصور التشريعي في نصوصه من وجهة نظري القانونية آملة بإعادة النظر في بعض السلبات التي رافقت القانون والذي كان من المفترض تجنبها.

**الدراسة الخامسة:**

**الآفاق النموذجية لشرطة الأحداث المخالفين للقانون أو  
المعرضين لخطر الانحراف**

د. نجاة جرجس جدعون

الأحداث هم نواة المجتمع البشري. ومرحلة الحداثة يتوقف عليها، إلى حدٍ بعيدٍ، بناء شخصياتهم وتحديد سلوكهم في المستقبل. وأيُّ جهدٍ يُوجَّه لرعايتهم وحمايتهم هو، في نفس الوقت، تأمين لمستقبل الوطن وتدعيم لسلامته واستقراره. ومسألة انحراف الأحداث هي من المسائل التي ما برحت موضع الاهتمام والأبحاث، والتي شغلت أشخاص العلم الجنائي وعلم النفس منذ سنين عديدة. ولفنت إليها المؤسسات الدولية التي عنيت بها، وأفردت لها فروعًا تتبعها على يد أهل الاختصاص. وكان همها إيجاد الوسائل الكفيلة بإصلاح القاصر وتهيئته للحياة الاجتماعية بعد انحرافه. من هنا، وضعت الأمم المتحدة مبادئ عامّة خاصّة بقضاء الأحداث المخالفين للقانون أو المعرضين لخطر الانحراف، أخذة في اعتبارها الشرع والصكوك الدولية المتعلّقة بحقوق الإنسان بشكلٍ عام، وبحقوق الطفل بوجهٍ خاصّ، ولا سيّما تلك التي تتمحور حول إنشاء شرطة خاصّة لهؤلاء الأحداث.

ولمّا كانت الشرطة تُمثّل نقطة الاتصال الأولى بنظام قضاء الأحداث، فمن المهمّ جدًا أن يتصرّف عناصر الشرطة بطريقةٍ مستنيرةٍ ولائقةٍ. كما أنّ تحقيق المصلحة الفضلى للطفل، التي نصّت عليها المادة الثالثة، بفقرتها الأولى، من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، يُوجب تخصّص عناصر الشرطة المتعاملين مع الأحداث في العلوم الجنائية والإنسانية، بحيث

يتمكّنون من الإحاطة بالجوانب الإنسانيّة للقضايا المعروضة عليهم؛ إذ إنّ القصد من تخصيص عناصر شرطة مُتخصّصين في قضايا الأحداث ينبع من اعتبار الحدث المُنحرف حالة اجتماعية - إنسانية خاصّة تتطلّب تفهّمًا لأسبابها ودراية في التّعامل مع انحرافها، حتّى يكون بالإمكان معالجة الوضع دون أن تترك الملاحقة الجزائيّة أثرًا سلبيًا على من حصلت بحقّه من الأحداث. هذا بالإضافة إلى أنّ استقامة الشرطة تُعتبر أمرًا أساسيًا في المحافظة على حقوق الإنسان، وعلى رأسها حقوق الحدث.

وقد ازداد الوعي بأهميّة التّخصّص لدى شرطة الأحداث، بشكلٍ مُتزايدٍ، كأفضل مؤسّسة فلسفيّة للشرطة الديمقراطيّة. وفي هذا الصّدد، كرّست القواعد الدوليّة في قضاء الأحداث التّحويل إلى خارج النّظام القضائيّ، أي التّحويل الذي يتضمّن نقل الدّعى من القضاء الجنائيّ وإحالتها، في أحوالٍ كثيرةٍ، إلى خدمات الدّعم المجتمعيّ، والذي يُعتبر ممارسةً مألوفةً يُؤخذ بها على أساسٍ رسميٍّ وغير رسميٍّ في نظم قانونيّة عدّة.

وفي السّياق عينه، تُشير إلى أهميّة تفعيل تدريب العاملين في المؤسّسات العقابيّة على نحوٍ يُلقّنون معه احترام حقوق الإنسان، ولا سيّما الأحداث، ويُدرّبون على تطبيق الأساليب الفنيّة للمعاملة العقابيّة؛ إذ إنّ استقامة الشرطة أمرٌ أساسيٌّ في المحافظة على حقوق الإنسان. وعليه، يقتضي الأخذ بمبدأ التّخصّص الفعليّ لدى عناصر شرطة الأحداث، وذلك بأنّ يكون هؤلاء العناصر من الأشخاص المتمتّعين بمؤهلاتٍ عاليّةٍ في علومهم الاجتماعيّة والنّفسية وفي قدراتهم على فهم الأحداث واستيعابهم والتّعامل معهم، واحترام حقوقهم والحرص على عدم إيذائهم وتأمين مساعدتهم وتأهيلهم.

وهنا، أسئلةٌ تُطرح في هذا المجال:

هل يتوافق القانون اللّبنانيّ مع اتجاهات السّياسة الجنائيّة الحديثة التي تدعو إلى الأخذ بمبدأ تخصّص عناصر الشرطة المتعاملين مع الأحداث؟ وهل يتماشى مع المبادئ التي تضمّنتها القواعد الدوليّة في هذا المجال؟

وبالتّالي، ما هي الإجراءات والتّدابير الواجب اتّخاذها من أجل تعزيز توافر التّخصّص لدى عناصر الشرطة، في سبيل تحقيق المصلحة الفضلى للطفّل؟

إنَّ الإشكاليَّة التي يطرحها البحث الحالي تتمثَّل في معرفة وظيفة شرطة الأحداث في ضوء الاتفاقيات الدوليَّة من جهة، وفي ظلَّ قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون أو المُعرِّضين للخطر اللبْناني رقم 422 الصَّادر في 2002/6/6، وأيضًا القانون المُقارن من جهةٍ أخرى؛ مع الإشارة إلى الأفاق النَّمودجيَّة المُتعلِّقة بمبدأ التَّخصُّص لدى عناصر الشَّرطة. هذا طبعًا مع ما يتطلَّبه هذا الأمر من اتِّخاذ رأيٍ شخصيٍّ في بعض النِّقاط الأساسيَّة في هذا الخصوص.

بناءً على ما تقدَّم، يُمكننا القول إنَّ خصوصيَّة الإجراءات الجزائيَّة أمام قضاء الأحداث تتجلَّى في ضرورة التَّخصُّص لدى الأجهزة التي تتعامل مع هؤلاء الأحداث، ولا سيَّما عناصر الشَّرطة. من هذا المنطلق، سوف نتناول دراسة هذا الموضوع ضمن القسمين التَّاليتين على الشَّكل الآتي:

القسم الأوَّل: في مفهوم التَّخصُّص لدى عناصر الشَّرطة

القسم الثَّاني: في مظاهر التَّخصُّص لدى عناصر الشَّرطة

## ○ القسم الأوَّل: في مفهوم التَّخصُّص لدى عناصر الشَّرطة

### ◆ تمهيد وتقسيم:

تضمَّنت "قواعد الأمم المتَّحدة النَّمودجيَّة الدُّنيا لإدارة شؤون قضاء الأحداث" المعروفة بـ "قواعد بكين"<sup>(1)</sup> (عام 1985)، "الاتفاقية الدوليَّة لحقوق الطِّفل"<sup>(2)</sup> (1989) "مبادئ الرِّياض التَّوجيهيَّة"<sup>(3)</sup> (1990)، "قواعد الأمم المتَّحدة لحماية الأحداث المُجرِّدين من حرِّيَّتهم"<sup>(4)</sup>

(1) إنَّ قواعد الأمم المتَّحدة النَّمودجيَّة الدُّنيا لإدارة شؤون قضاء الأحداث (قواعد بكين) قد أوصى باعتمادها مؤتمر الأمم المتَّحدة السَّابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في ميلانو من 26 آب/ أغسطس إلى 6 أيلول / سبتمبر 1985؛ واعتمدها الجمعية العامَّة بقرارها 22/40 المؤرَّخ في 29 تشرين الثَّاني / نوفمبر 1985.

(2) إعتمدت الاتفاقية الدوليَّة لحقوق الطِّفل في 20 تشرين الثَّاني/نوفمبر 1989، ودخلت حيِّز النِّفاذ في أيلول/سبتمبر 1990.

(3) إعتمدت مبادئ الأمم المتَّحدة التَّوجيهيَّة لمنع جنوح الأحداث (مبادئ الرِّياض التَّوجيهيَّة) ونُشرت على الملأ بموجب القرار الصَّادر عن الجمعية العامَّة للأمم المتَّحدة رقم 112/45 المؤرَّخ في 14 كانون الأوَّل/ ديسمبر 1990.

(4) إعتمدت قواعد الأمم المتَّحدة لحماية الأحداث المُجرِّدين من حرِّيَّتهم بموجب القرار الصَّادر عن الجمعية العامَّة للأمم المتَّحدة رقم 113/45 المؤرَّخ في 14 كانون الأوَّل/ ديسمبر 1990.

(1990) والقواعد الدولية الأخرى مجموعة من التوصيات تتعلق بوجود سن تشريعات خاصة بالأحداث تتضمن ضرورة تدريب الشرطة والعناصر العاملة في تنظيم العدالة على أصول التعامل مع الأحداث، ولا سيما فيما يتعلق بالاتصال الأولي.

ومن العودة إلى واقع معاملة الأحداث المنحرفين في بعض الدول، يتبين لنا أن عدداً من هذه الدول قد أصدر تشريعات خاصة بالأحداث حققت جزءاً غير يسير من مضمون القواعد الدولية، ولا سيما تلك المتعلقة بشرطة الأحداث.

من هنا، تبدو الحاجة ملحة لتحضير عناصر مثقفة من قوى الأمن للتعاطي مع الأحداث المعرضين للخطر أو المخالفين للقانون، أو كما يُقال نزاعهم مع القانون، وذلك من لحظة القبض عليهم حتى سوقهم إلى أمكنة التوقيف والمحاكمة ومعاهد الإصلاح المعتمدة من وزارتي العدل والشؤون الاجتماعية.

ولكن، لا يتسنى لنا معرفة ماهية التخصص لدى عناصر الشرطة المتعاملين مع الأحداث المنحرفين أو المهتدين بخطر الانحراف ما لم نوضح مفهوم كل من الحدث المنحرف أو المهتد بخطر الانحراف.

الأمر الذي سنتولى دراسته في القسم الأول من هذا البحث ضمن البابين التاليين على الشكل الآتي:

**الباب الأول:** في تعريف الحدث المنحرف أو المهتد بخطر الانحراف  
**الباب الثاني:** في ماهية التخصص لدى عناصر الشرطة

### • **الباب الأول: في تعريف الحدث المنحرف أو المهتد بخطر الانحراف**

عرّفت "قواعد بگين"<sup>(1)</sup> الحدث بأنه طفل أو شخص صغير السن، يجوز، بموجب النظم القانونية ذات العلاقة، مساءلته عن جرم بطريقة تختلف عن طريقة مساءلة البالغ. ويرى علماء الاجتماع<sup>(2)</sup> أن الانحراف ينشأ من البيئة دون أي تدخل للعمليات النفسية المعقدة التي تؤدي دورها على مسرح اللاشعور. وهم بذلك يصفون الأحداث المنحرفين على

(1) قواعد بگين، مبادئ عامة، الجزء الأول، القاعدة رقم 2-2.

(2) ومن أبرز علماء الاجتماع: دافيد إميل دوركايم David Emile Durkheim، جان-غبريال تارد Jean-Gabriel Tarde في فرنسا، كوليانني Colyanni في إيطاليا، بونجر في هولندا، شلدون وقرينته إليانور جلوبك Sheldon and Eleanor Glueck، ودونالد تافت Donald Taft في الولايات المتحدة الأمريكية.

أنهم ضحايا ظروف خاصة اتّسمت بعدم الاطمئنان والاضطراب الاجتماعي، لأسبابٍ متعلّقة بالانخفاض الكبير لمستوى المعيشة الذي يعيشون في ظلّه أو هم ضحايا مزيجٍ من هذا أو ذلك.

والحادثة عند علماء النفس والاجتماع تبدأ من لحظة الميلاد. وقد ترجع لدى بعضهم إلى وقت الحمل، وتستمرّ حتّى تمام النضج الاجتماعي وتكامل عناصر الرّشد. أما التعريفات القانونية فإنّها تتعد عن تلك التي يُعطيها علماء الاجتماع. وهي، عادةً، تعملُ على أن تعكس الثقافة القانونية والإجراءات التي يتعرّض لها الحدث متى برزت وتحققت علامات ودلائل انحرافه. فيتحدّد تعريف جناح الأحداث على أساس عنصرين: أولهما مركز الشّخص القاصر، وثانيهما الفعل الذي يأتيه القاصر والذي يُعتبر جريمة طبقاً للقوانين النافذة.

وبالنسبة للتشريع اللبناني، رقم 2002/422 الخاصّ بحماية الأحداث المخالفين للقانون او المُعرّضين للخطر، فقد نصّت المادّة الأولى منه على أن الحدث الذي يُطبّق عليه هذا القانون هو الشّخص الذي لم يتمّ الثامنة عشرة من عمره إذا ارتكب جرماً مُعاقباً عليه في القانون أو كان مُعرّضاً للخطر في الأحوال المُحدّدة لاحقاً في هذا القانون. كما أنّ مُشترع هذا القانون قد حدّد السنّ الدنيا للملاحقة القضائية للحدث، وبالتالي اعتباره مسؤولاً جزائياً عند ارتكابه لجرمٍ مُعيّن. فقد نصّت المادّة الثالثة من القانون عينه على أنّه لا يُلاحق جزائياً من لم يتمّ السابعة من عمره حين اقترافه الجرم. هذا بالنسبة للحدث المُنحرف. أما بالنسبة للحدث المُهدّد بخطر الانحراف، فقد وردَ، في المادّة 25 من القانون عينه رقم 2002/422، أنّ الحدث يُعتبر مُهدّداً بالخطر في الأحوال الآتية:

- 1- إذا وُجدَ في بيئة تُعرّضه للاستغلال أو تُهدّد صحته أو سلامته أو أخلاقه أو ظروف تربيته.
- 2- إذا تعرّض لاعتداءٍ جنسيّ أو عنفٍ جسديّ يتجاوز حدود ما يُبيحه العرف من ضروب التأديب غير المؤذي.
- 3- إذا وُجدَ متسوّلاً أو مُتشرّداً.

يُعتبر الحدث مُتسوّلاً، في إطار هذا القانون، إذا امتنَه استجداء الإحسان بأيّ وسيلةٍ كانت. ويُعتبر مُتشرِّداً إذا تركَ مسكنه ليعيشَ في الشوارع والمحلات العامة، أو لم يكن له مسكن ووُجِدَ في الحالة الموصوفة آنفاً.

انطلاقاً ممّا تقدّم، يُمكننا القول إنّ فكرة الحدث المُنحرف قد تبلورت وتمّ التمييز بين الحدث المُنحرف والحدث المُهدّد بخطر الانحراف. والحالتان مختلفتان تماماً بالرغم من كون الانحراف نتيجة مرجّحة للعوامل التي لم تتوقّف عند تعريض الحدث للانحراف، بل عملت على إحداث انحرافه.

إلاّ أنّه، أمام الاختلاف في وجهات النّظر بين علماء النفس والاجتماع من جهة، وأهل القانون من جهة أخرى، في تحديد مفهوم كلّ من الحدث المُنحرف أو الحدث المُهدّد بخطر الانحراف، تبرز الإشكاليّة المُتعلّقة بمعرفة مدى إمكانية توقّر التخصّص لدى عناصر الشرطة المُعاملين مع هؤلاء الأحداث؟ علماً أنّ قضاء الأحداث ليس كسائر أوجه القضاء، إنّهُ رعائيّ في وجهه الأكثر إشعاعاً.

الأمر الذي خصّصنا لدراسته الباب التّالي.

### • الباب التّاني: في ماهيّة التّخصّص لدى عناصر الشرطة

يكفلُ التّخصّص لدى عناصر الشرطة تحقيق أكبر قدرٍ من الضّمانات القانونيّة للأحداث ويصون حرّيّاتهم. وباعتبار أنّ الشرطة هي أوّل جهاز يحتكّ بالحدث، فقد غدّت الحاجة إلى وجود شرطة خاصّة ومُدربيّة أمراً يُثار بِالْحاحِ شديدٍ منذ عام 1926. كما شغلَ هذا الأمر حيزاً بارزاً في تقارير المنظّمة الدّوليّة للشرطة الجنائيّة (الأنتربول) (International Criminal Police Organization). وعملاً بالمادّة الثّانية من دستور هذه التي بادرت، في نطاق التّعاون الدّوليّ بين مختلف أجهزة الشرطة<sup>(1)</sup>، بطرح موضوع انحراف الأحداث.

(1) بدأ التّعاون الدّوليّ في مجال العمل الجنائيّ يأخذ شكل المؤتمرات التي تجمع بين ضباط الشرطة للتّفكير ومناقشة مشاكل الجريمة وسبل السيطرة عليها. وكان مؤتمر موناكو (المنعقد في إبريل/ نيسان عام 1914) فاتحة تلك المؤتمرات التي ناقش أسس التّعاون الدّوليّ في مجال العمل الجنائيّ. وفي العام 1923، أسفر المؤتمر الدّوليّ المنعقد في هذا الخصوص عن إنشاء اللّجنة الدّوليّة للشرطة الجنائيّة (International Criminal Police Commission). كما أسفر المؤتمر الذي انعقد في بلجيكا في الفترة ما بين 6 و9 يونيو/ حزيران عام 1946 عن إحياء اللّجنة الدّوليّة للشرطة الجنائيّة،

وعملاً بالمادّة الثّانية من دستور المنظّمة المذكورة، فإنّ أهدافها تتمحور حول تأكيد وتشجيع المعونة المتبادلة في أوسع نطاقٍ ممكنٍ بين سلطات الشّركة الجنائيّة في حدود القوانين القائمة في البلاد المختلفة، وبروح الإعلان العالميّ لحقوق الإنسان؛ وأيضاً حول إقامة وتنمية النّظم التي من شأنها أن تُسهم على نحوٍ فعّالٍ في منع ومكافحة جرائم القانون العام. كما نشيرُ إلى أنّ لبنان إنضمَّ للمنظّمة الدّوليّة للشّركة الجنائيّة (أنتربول) عام 1949. وهو البلد العربيّ الثّاني بعد مصر. يقع مركز مكتب أنتربول بيروت في المقرّ العام لقوى الأمن الدّاخليّ الكائن في العاصمة بيروت<sup>(1)</sup>.

ولم تُعد المنظّمة الدّوليّة للشّركة الجنائيّة تقتصر فقط على طلب إنشاء شرطة مُتخصّصة للأحداث، بل أصبحت تطالب بتأهيل وتدريب أفرادها وتعزيز دورها الوقائيّ. وهذا ما جاء في توصياتها في عام 1952 و1954. إلّا أنّ الاهتمام بإنشاء شرطة متخصّصة لم يقتصر على المنظّمة المذكورة فحسب، بل امتدَّ إلى المؤتمرات وحلقات الدّراسات الإقليميّة التي عُقدت بشأن مكافحة الجريمة ومعاملة المذنبين<sup>(2)</sup>.

فقد أكّدت القواعد، التي أقرّها المؤتمر الدّوليّ المنعقد في ميلانو عام 1985، على تخصّص الشّركة في قضايا الأحداث.

كما توجّه هذه القواعد<sup>(3)</sup> الانتباه على ضرورة توفير تدريب متخصّص لجميع الموظّفين الرّسميين المنوط بهم إنفاذ القوانين والذين يضطلعون بمهمّة إدارة شؤون قضاء الأحداث. ولما

---

ونقل مقرّها إلى باريس. كما شكّلت لها لجنة من خمسة أعضاء وأطلقت عليها اسم المنظّمة الدّوليّة للشّركة الجنائيّة (الإنتربول)(International Criminal Police Organization [Interpol]) ومن ثمّ، تمّ نقل المنظّمة إلى "ليون" في فرنسا عام 1990.

<sup>(1)</sup> الهيكلية التّظيميّة لمكتب أنتربول بيروت، منشور على الموقع الإلكترونيّ التالي:

<https://www.interpol.int/ar/3/10/4/20>; Consulted on: 5/9/2022; 14:00 p.m.

<sup>(2)</sup> ومنها: المؤتمر الأوّل للأمم المتّحدة بشأن منع الجريمة ومعاملة المذنبين المنعقد في جنيف عام 1955، المؤتمر الثّاني المنعقد في لندن عام 1960، الحلقة الأولى لمكافحة الجريمة في الجمهوريّة العربيّة المتّحدة المنعقدة في القاهرة عام 1961، الحلقة الثّانية المنعقدة في القاهرة عام 1963، المؤتمر الدّوليّ العربيّ الخامس للدّفاع الاجتماعيّ الذي عُقد في مدينة تونس عام 1973، المؤتمر السّادس للأمم المتّحدة بشأن منع الجريمة ومعاملة المذنبين عام 1960 والمؤتمر السّابع عام 1985.

<sup>(3)</sup> قواعد بكيين، التّحقيق والمقاضاة، الجزء الثّاني، القاعدة رقم 12.

كانت الشرطة تمثل نقطة الاتصال الأولى بنظام قضاء الأحداث، فمن المهم جدًا أن يتصرف عناصر الشرطة بطريقة مستنيرة ولائقة.

ومن ثم، إن أعمال الوقاية تتطلب تفرغًا من قبل الشرطة؛ فتصرف إلى أداء مهمتها في هذا الميدان دون عائق ناتج عن اهتمامات أو وظائف أخرى. فعناصر الشرطة هم أداة لتحسين منع جرائم الأحداث ومكافحتها ومعاملة المجرمين الأحداث.

ومن أجل تحقيق الهدف من تخصيص شرطة الأحداث، يتعين أن يكون اختيار أفرادها وتدريبهم على أداء أعمالهم ووضعهم في المكان اللائق بهم قائمًا على أسس علمية مرجعها الكفاءة والقدرة على تحديد شخصية الحدث، وكذلك التكيف مع احتياجاته.

وفي سبيل حسن اختيار العاملين في مجال شرطة الأحداث وحصولهم على تدريب خاص يؤهلهم لعملهم مع الأحداث على وجه يتفق مع المبادئ الحديثة في معاملة الأحداث، فقد استمرت المحافل الدولية ومؤتمرات وحلقات الدراسات الإقليمية تنادي بإنشاء جهاز لشرطة الأحداث وتوصي بحسن اختيار أعضائها.

وقد تمّ فعلاً اتخاذ خطوات إيجابية من قبل المنظمة الدولية للشرطة الجنائية لوضع برنامج نموذجي لتدريب أفراد هذا الجهاز، وإعدادهم بطريقة تتلاءم مع احتياجات وظيفتهم، بحيث يُختار من بينهم المتطوعون لهذا النوع من العمل.

ففي عام 1952، أكدت الجمعية العامة للمنظمة، في معرض توصياتها، على إنشاء شرطة مختصة للأحداث، على أن يكون أفرادها ذوي صفات خاصة ومؤهلات معينة، وأن ينالوا تثقيفًا وتدريبًا خاصًا يمكنهم من أداء عملهم مع الأحداث.

وظهر هذا الاتجاه أيضًا في ما أوصى به المؤتمر الأول للأمم المتحدة بشأن منع الجريمة ومعاملة المذنبين المنعقد في جنيف عام 1955 من ضرورة تشجيع الدول على إنشاء إدارات متخصصة في شؤون الأحداث يكون عناصرها من المؤهلين المتدربين والزاعبين في هذا المجال.

كما أوصى مؤتمر القاهرة الذي نظّمته الأمم المتحدة لدراسة جناح الأحداث في الشرق الأوسط عام 1953 بضرورة أن تُنتهج سياسة طويلة المدى للتدريب النظري والعملي تشمل عناصر الشرطة، إلى جانب أن يكون اختيار هؤلاء راجعًا إلى صفاتهم الشخصية، وليس فقط إلى كفاءاتهم الثقافية.

وأوصت الحلقة الأولى لمكافحة الجريمة في الجمهورية العربية المتحدة، المُنعقدة في القاهرة عام 1961، بضرورة أن تُوفّر ثقافة عامّة بشئى الوسائل المُمكنة لجميع أفراد الشّربة بكلّ رتبها حول مسائل الأحداث، مع تنظيم دراسة تنظيميّة في هذه المسائل قبل الخدمة يلحق بها ضبّاط الشّربة وغيرهم من الحاصلين على مؤهلات عالية ويرغبون في العمل بشرطة الأحداث<sup>(1)</sup>.

وقد قدّمت القواعد الدّوليّة مجموعة من التّوصيات تتعلّق بوجود سنّ تشريعات خاصّة بالأحداث لحماية حقوقهم ومنع استغلالهم أو إخضاعهم للمعاملة القاسية أو غير الإنسانيّة<sup>(2)</sup>. وعليه، نصّت "قواعد بكين" على أنه تُجرى الاتصالات بين الجهات المنوط بها إنفاذ القوانين والمُجرم الحدث على نحو يكفل احترام المركز القانوني للحدث ويُبيّر رفاهته ويتفادى إيذاءه مع إيلاء الاعتبار الواجب لملاسات القضية<sup>(3)</sup>.

وهنا، يبرز التساؤل حول معرفة إمكانيّة لجوء الشّربة إلى اعتماد وسائل غير مشروعة في التّحقيق مع الحدث؟

نظراً لخطورة مرحلة التّحقيق الأوّلي على الحدث، وُجِبَ إحاطتها بضمانات كافية تمنع انتزاع أقواله وتعذيبه، وتوفّر له الحماية اللاّزمة للإدلاء بأقواله بكلّ حرّيّة دون التّعريض لأيّ ضغطٍ أو إكراه، أو المحافظة على كرامته كإنسان، لأنّ الأصل في الإنسان البراءة<sup>(4)</sup>، عملاً بالقاعدة القانونيّة بأنّ المتّهم بريء إلى أن تثبت إدانته بحكم قضائيّ.

---

(1) أوصى المؤتمر الثّاني للجمعية المصريّة للقانون الجنائيّ المُنعقد في الإسكندرية عام 1988 بتدريب العاملين في المؤسسات العقابيّة على نحو يُلتفّنون معه إحترام حقوق الإنسان، ويُدرّبون على تطبيق الأساليب الفنيّة للمعاملة العقابيّة. وكذلك أوصى المؤتمر الخامس المُنعقد في القاهرة عام 1992.

(2) المادّة 11 من الإعلان العالميّ لحقوق الإنسان الصادر عام 1948، والمادّتان 37 و40 من الاتفاقية الدّوليّة لحقوق الطفل لعام 1989، والقواعد 36 وما بعدها، وأيضاً القاعدة رقم 87 - أ من قواعد الأمم المتّحدة بشأن حماية الأحداث المُجرّدين من حرّيّتهم لعام 1990.

(3) قواعد بكين، التّحقيق والمقاضاة، الجزء الثّاني، القاعدة رقم 10-3.

(4) المادّة 11 من الإعلان العالميّ لحقوق الإنسان (1948)، المادّة 14-2 من العهد الدّوليّ الخاصّ بالحقوق المدنيّة والسياسيّة (1966)، المادّة 40 من الاتفاقية الدّوليّة لحقوق الطفل (1989) والقاعدتان 17 و18 من قواعد الأمم المتّحدة بشأن حماية الأحداث المُجرّدين من حرّيّتهم (1990).

وإنَّ أمر التَّحقيق في الجرائم المُرتكبة من قِبَل الأحداث دقيق جدًّا؛ إذ يقتضي إحاطته بضمانات كافية تُوفِّر الحماية اللازِمة للحدث وتُصون حرِّيَّته وكرامته. الأمر الَّذي يتماشى مع روح نصوص الاتفاقيَّات الدَّوليَّة، ولا سيَّما منها قواعد الأمم المتَّحدة الدَّنيا التَّموجيَّة لإدارة شؤون قضاء الأحداث، المعروفة بـ "قواعد بَكين"، الَّتِي أكَّدت على حقِّ الحدث المُتَّهم في التَّزام الصِّمت وعدم إكراهه على الكلام، بنصِّها عليه صراحةً<sup>(1)</sup> منعًا لأيِّ لبسٍ قد يثور في إمكان ثبوته لهم. فصغر سِنِّ المُتَّهم لا يصلح مُبرِّرًا لضربه أو تعذيبه بأيِّ صورة من الصُّور حتَّى يخرج عن صمته أو يعترف بالتَّهم المُوجَّهة إليه.

من أجل ذلك، ينبغي إقامة توازن دائم بين الوسائل الرامية إلى المحافظة على المُجتمع وحقوق الأحداث. وضمانة هذا التَّوازن تتوفَّر في إيجاد جهازٍ للشرطة القضائيَّة واثقٍ بمقدرته العلميَّة والفنِّيَّة والبشريَّة، وقادرٍ على فرض وجوده مع احترام حقوق المواطنين.

والعلم الجنائيُّ، إذ يُركِّز على شخصيَّة المُجرم وعلى ضرورة علاجه، يستبعد كلَّ الأساليب الَّتِي يُمكن أن تحطِّم هذه الشَّخصيَّة، وتجعل صاحبها حانقًا على النَّاس والمُجتمع ورافضًا لكلِّ المبادئ الاجتماعيَّة والإنسانيَّة مصمِّمًا من جديدٍ على إلحاق الأذى والضَّرر بالمواطنين.

وهذا يُوجِب بدَّوره تعزيز جهاز الأدلَّة الجنائيَّة والشرطة القضائيَّة وتزويدها بالوسائل اللازِمة وأجهزة الاتصال السَّريع ببعضها وتمكينها من سرعة الحركة. ولا يستوي هذا الأمر ويصبح العمل فاعلاً إلاَّ بتدريب أفراد الشرطة على القيام بوظائف التَّحقيق الأوَّليِّ بصورةٍ علميَّةٍ صحيحةٍ، ورفع مستواهم النَّقافيِّ والقانونيِّ، وتدعيم نظرتهم إلى الدَّور الاجتماعي الَّذي يقومون به في حياة الوطن وإلى كفيَّة اكتساب ثقة المواطنين.

ونحن نرى أنَّ كرامة الحدث وحرمة حقوقه هما محور عمل المؤسَّسة الجزائيَّة المُكلَّفة أصلاً بحماية حقوق المواطنين، وعلى رأسها حقوق الطِّفل. كما ينبغي ألاَّ يصدر عن الموظَّفين المُكلَّفين بإنفاذ القوانين ما يُشكِّل تعديًا على هذه الحقوق وانتهاكًا لها. فقد نصَّت القاعدة الأولى من "مدونة لقواعد سلوك الموظَّفين المُكلَّفين بإنفاذ القوانين" لعام 1979<sup>(2)</sup> على أنَّه "على

(1) القاعدتان 7 و14 من "قواعد بَكين"؛ وأيضًا المادَّة 37/أ من الاتفاقيَّة الدَّوليَّة لحقوق الطِّفل لعام 1989.

(2) إنتمت "مدونة لقواعد سلوك الموظَّفين المُكلَّفين بإنفاذ القوانين" ونُشرت على المُلأ بموجب قرار الجمعيَّة العامَّة للأمم المتَّحدة 169/34 المؤرَّخ في 17 كانون الأوَّل/ ديسمبر 1979. منشورة على الموقع الإلكترونيِّ للأمم المتَّحدة - حقوق الإنسان - مكتب المفوض السَّامي:

[www.ohchr.org/translate.google/AR/ProfessionalInterest/pages/LawEnforcementOfficials.aspx](http://www.ohchr.org/translate.google/AR/ProfessionalInterest/pages/LawEnforcementOfficials.aspx);  
Consulted on: 6/9/2022

الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين، في جميع الأوقات، أن يؤدوا الواجب الذي يلقيه القانون على عاتقهم، وذلك بخدمة المجتمع وبحماية جميع الأشخاص من الأعمال غير القانونية، على نحو يتفق مع علو درجة المسؤولية التي تتطلبها مهنتهم<sup>(1)</sup>.

تعليقاً على نص القاعدة الأولى، المذكور أعلاه، فإن عبارة "الموظفون المكلفون بإنفاذ القانون" تشمل جميع الموظفين المسؤولين عن تنفيذ القانون الذين يُمارسون صلاحيات الشرطة، ولا سيما صلاحيات الاعتقال أو الاحتجاز، سواء أكانوا معيّنين أم منتخبين.

كما أشارت المادة 3 من المدونة عينها إلى أنه "لا يجوز للموظفين المكلفين بإنفاذ القانون استعمال القوة إلا في حالة الضرورة القصوى وفي الحدود اللازمة لأداء الواجب"<sup>(2)</sup>.

إن الموظفين المكلفين بإنفاذ القانون يتحملون التزامات معينة في ما يتصل بالأطفال، ولا سيما واجبهم في حماية الأطفال ومساعدتهم حيثما تقتضي الحاجة. ويجب عليهم، عندما يتعين عليهم التعامل مع الأطفال أثناء ممارسة مسؤولياتهم، إيلاء أقصى اهتمام لاحتياجاتهم وحقوقهم وجوانب استضعافهم. والوثيقة الأساسية التي تحمي حقوق الأطفال هي اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989. وتؤكد هذه الاتفاقية أنه للأطفال ذات الحقوق والحريات الأساسية الممنوحة للبالغين. وتنص على تقديم حماية إضافية من إيذاء الأطفال وإهمالهم واستغلالهم<sup>(3)</sup>. ووفقاً للمادة 37 من الاتفاقية عينها، فإن الدول الأطراف تكفل:

أ. ألا يُعرض أي طفل للتعذيب أو لغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة. ولا تُفرض عقوبة الإعدام أو السجن مدى الحياة بسبب جرائم يرتكبها أشخاص تقل أعمارهم عن ثماني عشرة سنة دون وجود إمكانية للإفراج عنهم.

(1) The article 1 of the Code of Conduct for Law Enforcement Officials, adopted and made public by General Assembly resolution 169/34 of 17 December 1979, provides as follows: "Law enforcement officials shall, at all times, perform their duty to serve the community and to protect all persons from unlawful acts, in a manner consistent with the high degree of responsibility required by their profession."

<https://www.hrlibrary-umn-edu.translate.goog>; Consulted on: 6/9/2022; 13:00 p.m.

(2) The article 3 of the Code of Conduct for Law Enforcement Officials provides as follows: "Law enforcement officials may use force only when strictly necessary and within the limits necessary for the performance of their duty".

منشورة على الموقع الإلكتروني لمكتبة حقوق الإنسان - جامعة منيسوتا:

<https://www.hrlibrary.umn.edu/arab/b042.html>; Consulted on: 6/9/2022; 15:00 p.m.

(3) المواد 32-36 من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989.

ب. ألا يُحرّم أيّ طفل من حرّيته بصورة غير قانونيّة أو تعسفيّة. ويجب أن يجري اعتقال الطفل أو احتجازه أو سجنه وفقاً للقانون ولا يجوز ممارسته إلاّ كملجأ أخير ولأقصر فترة زمنيّة مناسبة.

ج. يُعامل كلّ طفل محروم من حرّيته بإنسانيّة واحترام للكرامة المتأصلة في الإنسان، وبطريقة تراعي احتياجات الأشخاص الذين بلغوا سنّه. وبوجه خاصّ، يُفصل كلّ طفل محروم من حرّيته عن البالغين، ما لم يعتبر أنّ مصلحة الطفل الفضلى تقتضي خلاف ذلك، ويكون له الحقّ في البقاء على اتّصال مع أسرته عن طريق المراسلات والزيارات، إلاّ في الظروف الاستثنائيّة.

د. يكون لكلّ طفل محروم من حرّيته الحقّ في الحصول بسرعة على مساعدة قانونيّة وغيرها من المساعدة المناسبة. فضلاً عن الحقّ في الطّعن في شرعيّة حرمانه من الحرّية أمام محكمة أو سلطة مختصّة مستقلّة ومحايدة أخرى، وفي أن يجري البتّ بسرعة في أيّ إجراء، من هذا القبيل.

وفي الإطار عينه، فإنّ الموظّفين المكلفين بإنفاذ القانون قد يتفاعلون مع الأطفال في مواقف مختلفة. قد يكون الأطفال شهوداً و/ أو ضحايا جريمة أو مشتبهاً بهم، وقد يضطرّ الموظّفون المكلفون بإنفاذ القوانين أحياناً إلى استخدام القوّة في التّعامل مع الأطفال. ومهما كان الموقف، فإنّه يجب على الموظّفين المكلفين بإنفاذ القوانين التحلّي بقدر كبير من الحذر والحرص عند التّعامل مع الأطفال، ومن ثمّ منع تصرّفات موظّفي إنفاذ القوانين من إحداث صدمات نفسيّة لهم والتسبّب في أذى طويل الأمد لهم. ويقوم الموظّفون المكلفون بإنفاذ القوانين بدور حيويّ في حماية الأطفال عن طريق منع استغلالهم وإجراء تحرّيات وافية في هذا الشأن. ووفقاً للمادّة 16 من الإعلان بشأن المبادئ الأساسيّة لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السّلطة<sup>(1)</sup> لعام 1985، فإنّه ينبغي أن يتلقى موظّفو الشرطة والقضاء والصّحة والخدمة الاجتماعيّة وغيرهم من الموظّفين المعنّين تدريباً لتوعيتهم باحتياجات الضّحايا ومبادئ توجيهيّة لضمان تقديم المعونة المناسبة والفوريّة<sup>(2)</sup>.

(1) اعتُمِدَت "المبادئ الأساسيّة لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السّلطة" ونُشرَت على الملأ بموجب قرار الجمعية العامّة للأمم المتّحدة رقم 34/40 تاريخ 1985/11/29.

(2) The principle 16 of the Declaration of Basic Principles for Justice for Victims of Crime and Abuse of power provides as follows:

وفي الإطار عينه، وبالنسبة لاستعمال القوة، فقد منعت المادة 15 من مدونة قواعد سلوك رجل الأمن العربي رجال الأمن<sup>(1)</sup> من استعمال القوة إلا في حالة الضرورة القصوى ووفقاً للقوانين والأنظمة في هذا المجال وحسب قوانين كل دولة. وعليهم بذل كل جهد ممكن لتلافي استعمال الأسلحة النارية ولا سيما ضد الأطفال.

وفي لبنان، فقد نصت المادة 34 من القانون اللبناني رقم 422 لسنة 2002 بشأن حماية الأحداث المخالفين للقانون أو المعرضين للخطر على أنه "عند إحضار الحدث أمام النيابة العامة أو الضابطة العدلية في الجرم المشهود للتحقيق معه، يتوجب على المسؤول عن التحقيق أن يُعلم فوراً أهله أو أولياءه أو المسؤولين عنه، إذا كان ذلك مُتيسراً، وأن يتصل فوراً بالمندوب الاجتماعي المُعتمد ويدعوه إلى حضور التحقيق. ويجب على المندوب الحضور خلال ست ساعات من تاريخ دعوته. ولا يجوز البدء بالتحقيق ما لم يكن المندوب حاضراً تحت طائلة الملاحقة المسلكية. وفي حال كان حضوره مُتعدراً لأي سبب، على النيابة العامة أو مصلحة الأحداث في وزارة العدل أن تُعين مندوباً اجتماعياً من إحدى الجمعيات المُصنفة في هذه المصلحة ليحضر مع الحدث أثناء التحقيق. ولا يُكتفى فقط بحضور المندوب الاجتماعي، بل يكون على هذا الأخير أن يُباشر بحثاً اجتماعياً ويُقدّم نتائجها إلى من يقوم بالتحقيق مع الحدث".

أما بالنسبة لمدونة قواعد سلوك عناصر قوى الأمن الداخلي<sup>(2)</sup>، فقد نصت، في القاعدة الخامسة منها، على أن يلتزم عنصر قوى الأمن الداخلي بالقيام بأفضل العلاقات مع الآخرين

---

"Police, judicial, health, social and other relevant personnel should receive training to make them aware of the needs of victims, and guidelines to ensure appropriate and prompt aid".  
<https://www-ohchr.org.translate.google.com/professionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx>; Consulted on: 7/9/2022; 14:00 p.m

<sup>(1)</sup> أقرت مدونة قواعد سلوك رجل الأمن العربي في المؤتمر الثلاثين لقادة الشرطة والأمن العرب والذي انعقد في بيروت بتاريخ 23-2006/10/24. الموقع الإلكتروني لمجلس وزراء الداخلية العرب :

<https://www.aim-council.org/specialized-offices/cairo/860/>; Consulted on: 7/9/2022; 16:00 p.m.

<sup>(2)</sup> مدونة قواعد سلوك عناصر قوى الأمن الداخلي، الطبعة الأولى 2011، الطبعة الثانية 2016، وزارة الداخلية والبلديات، المديرية العامة لقوى الأمن الداخلي، الأمم المتحدة- مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان في بيروت UNOHCHR، ص 9 وما يليها، منشورة على الموقع الإلكتروني لقوى الأمن الداخلي:

<https://www.isf.gov.lb>; Consulted on: 10/9/2022; 16:00 p.m.

لكسب ثقتهم والتعاون معه؛ هذا فضلاً عن الامتناع عن القيام بأي عملٍ من أعمال التعذيب أو المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة أو التحريض عليه أو التعاضى عنه أثناء إجراء التحقيقات أو أثناء تنفيذ المهام الموكلة إليه.

ونظراً لأن الحق في الحياة مقدس، فإن عنصر قوى الأمن يلتزم بالامتناع عن استخدام القوة إلا في حالة الضرورة بشكل يتناسب مع الوضع وبعد استنفاد كافة الوسائل غير العنيفة المتاحة وضمن الحدود اللازمة لأداء الواجب. ولا يلجأ إلى استعمال السلاح إلا في حالات الضرورة القصوى وفقاً للقانون وبعد اتخاذ كافة تدابير الحيطة الممكنة واستنفاد كافة السبل<sup>(1)</sup>.

وعملاً بالقاعدة التامة من المدونة عينها، فإن عنصر قوى الأمن الداخلي ملزم بما يلي:

- يحظر عليه حجز حرية أي إنسان إلا وفقاً للقانون.
  - يبلغ المشتبه به أو المشكو منه فور احتجازه، حقوقه المنصوص عنها في المادة "47"<sup>(2)</sup> من قانون أصول المحاكمات الجزائية ويُدوّن هذا الإجراء في المحضر. وعليه الالتزام بمدة التوقيف وفقاً لما ينص عليه القانون.
  - يعتمد الطرق القانونية والتقنيات العلمية أثناء التحقيق دون اللجوء إلى أي أساليب غير إنسانية بغية الحصول على اعترافات الأشخاص أو انتزاع أية معلومات منهم.
  - يسهر على تأمين العناية الطبية والحاجات الضرورية للأشخاص المحتجزين في مراكز قوى الأمن ويتخذ التدابير الفورية لذلك. يُسهل إجراء مقابلة المحتجزين مع ذويهم أو ممثليهم القانونيين أو مندوبين عن قنصليات بلدانهم إذا كانوا أجنبياً وفقاً للقانون.
  - يُعلم فوراً عند إحضار أحد الأحداث للتحقيق معه أهله أو ولي أمره أو المسؤول عنه، إذا كان ذلك متيسراً. ولا يُباشر التحقيق إلا بحضور مندوب اجتماعي. ويعمل على فصل الأحداث، عند احتجازهم، عن سائر الموقوفين ويُعاملهم بطريقة إنسانية. ولا يتم تكبيلم إلا في حالات استثنائية.
- وقد فُضي في هذا المجال ما يلي:

---

(1) القاعدة السابعة من مدونة قواعد سلوك عناصر قوى الأمن الداخلي، مرجع سابق، ص 13.

(2) عدلت المادة 47 من قانون أ.م.ج. بموجب القانون رقم 2020/191 تاريخ 2020/10/16 الذي يرمي إلى تعزيز الضمانات الأساسية وتفعيل حقوق الإنسان.

قضت محكمة الاستئناف برّد الدّفع ببطلان التّحقيقات الأوليّة والاستتباطيّة: من جهةٍ أولى، رُدّت المحكمة إدلاء الجهة المدّعية لجهة بطلان التّحقيقات الأوليّة سنّداً للمادّتين 47 و48 أصول المحاكمات الجزائيّة واعتبرت المحكمة أنّه لا يجوز للضّابط العدليّ إكراه المشكو منهم على الكلام حتّى إذا التزموا الصّمت، ولا يُمكن الاستدلال على تعرّضهما لأيّ ضغوطٍ ولا سيّما وأنّهما لم يطلبتا معاينتهما طبيّاً، هذا فضلاً عن أنّ تلاوة الحقوق المنصوص عليها في المادّة 47 أصول المحاكمات الجزائيّة- قبل المباشرة بسماع أقوالهما- من شأنها أن تكفي لإعلامهما بكامل حقوقهما وأنّ القانون لم ينصّ على بطلان التّحقيقات في حالة إطالة مدّة الاحتجاز بل نصّ على عقوباتٍ تطال الضّابط العدليّ وبأنّ لا بطلان دون نصّ<sup>(1)</sup>.

ختاماً، يُمكننا القول إنّ مسألة تخصّص عناصر الشّربة المتعاملين مع الأحداث هي من المسائل المهمّة والدّقيقة. إلاّ أنّه تجدر الإشارة إلى أنّ اهتمام التّشريعات بظاهرة التّخصّص هذه لم يكن أقلّ شأنًا منه لدى المحافل الدّوليّة والإقليميّة، حيث أخذت به التّشريعات الحديثة. الأمر الذي خصّصنا لدراسته القسم الثّاني من هذا البحث.

## ○ القسم الثّاني: في مظاهر التّخصّص لدى عناصر الشّربة

### ◆ تمهيد وتقسيم:

تضمّنت قواعد الأمم المتّحدة بشأن قضاء الأحداث قاعدةً أساسيّة تقضي بأنّ قضاء الأحداث جزء لا يتجزأ من عمليّة التّنمية الوطنيّة لكلّ بلدٍ ضمن إطار شامل من العدالة الاجتماعيّة لجميع الأحداث؛ بحيث يكون، في الوقت نفسه، عوناً على حماية صغار المبتنّ والحفاظ على نظام سلميّ في المجتمع.

كما استهدف تشريع الأحداث مبدأً جوهريّاً ألا وهو الوصول إلى إصلاح حالة الحدث وحمايته. فقد نصّ على قواعد خاصّة بهذا الصّدد تتعلّق بضرورة تخصّص عناصر الشّربة المتعاملين مع الأحداث تتمحور خصائصه حول البعد الاجتماعيّ للتّخصّص لدى عناصر الشّربة (الباب الأوّل) هذا من جهةٍ أولى، والتّحويل إلى خارج النّظام القضائيّ (الباب الثّاني) من جهةٍ أخرى.

(1) استئناف جزائيّ لبنانيّ، القرار رقم 158 تاريخ 2014/3/31، الرّئيسة: رنده كفوري، الأعضاء: فواز/ مسلم، مركز الدّراسات والأبحاث في المعلوماتيّة القانونيّة (المعروف بـ "مركز المعلوماتيّة القانونيّة")، فرع من فروع كلية الحقوق والعلوم السياسيّة والإدارية في الجامعة اللبنانيّة، cijj@ul.edu.lb.

## • الباب الأول: في البعد الاجتماعي للتخصّص لدى عناصر الشرطة

اتّجهت بعض التشريعات<sup>(1)</sup> نحو إنشاء فرق مُتخصّصة في قضايا الأحداث المُنحرفين أو المُعرّضين لخطر الانحراف تُكَلّف القيام بأمور الوقاية والمُلاحقة والتّحقيق الأولي مع الحدث، كما تتولّى مراقبته، وحتى القيام بالتّحقيق الاجتماعي إذا ما طُلب منها ذلك.

وفي هذا السّياق، تقومُ شرطة الأحداث بمهامّ الوقاية من الانحراف الذي يُمكن أن يتعرّض له الشّباب بمراقبة الأمكنة المشبوهة وتجمّعات الشّباب، وبتنظيم نشاطات رياضيّة وترفيهيّة تشترك فيها فرق الشّباب مع فرق الشرطة. كما تتولّى شرطة الأحداث مُلاحقة الجرائم التي يرتكبها هؤلاء، والتّحقيق فيها، والإحالة على قضاء الأحداث واتّخاذ التّدابير التي تسمح القوانين للشرطة باتّخاذها بحقهم.

ويتطلّب العمل الشرطيّ في ميدان انحراف الأحداث تهيئةً خاصّةً وتدريبًا على التّعامل مع مشاكل الشّباب وكيفيّة حلّ هذه المشاكل، وكذلك على تنظيم النّشاطات واللقاءات ذات الطّابع التّوجيهي والأثر الوقائي. تضمّ فرق شرطة الأحداث عناصر مختارة بالاستناد إلى كفاءتها وشخصيّة أفرادها وثقافتهم وتفهمهم لمهامهم وحسّهم الإنساني والاجتماعي.

وأكثر من ذلك، نُضيف أنّ ما يُحتّم إنشاء "شرطة الأحداث" التّأثير الذي يُمكن أن يجلبه التّحقيق البوليسيّ المنفرد بالحدث على نفسيّة هذا الأخير، لا سيّما أنّ عناصر الشرطة يُشكّلون الاتصال الأوّل مع الحدث مع ما يُمثّلونه من سلطة زجرٍ وعقابٍ، ومع ما يُمكن أن يكون لهذا الاتصال الأوّل من أثرٍ خطيرٍ على نفسيّة الحدث وعلى انطباعاته الأولى عن طبيعة السّلطة ومفهوم العدالة والقانون.

ويتعيّن على الشرطة جمع المعلومات الخاصّة بعلاقة الحدث بأسرته ومدرسته وبيئته والظّروف المُتعلّقة بانحرافه أو تعرّضه لخطر الانحراف والعوامل التي يُفسّر بها الانحراف.

(1) قانون الأحداث المصري رقم 31 لسنة 1974، قانون الأحداث الجانحين والمشرّدين في الإمارات العربيّة المتّحدة رقم 1976/9، قانون الأحداث في المملكة الأردنيّة الهاشميّة لعام 1958 (وقد أُجريت تعديلات متتالية على هذا القانون، وكان آخرها قانون رقم 32 لعام 2014) وقانون الأحداث القطريّ رقم (1) لسنة 1994.

<https://www.egypt-lawyer.com/>

<https://rakadvocate.blogspot.com/>

<http://www.mosd.gov.jo/ui/arabic/ShowContent.aspx?ContentId=77>

<https://juvenilejusticecentre.org/ar/resources/>; Consulted on: 10/9/2022; 18:00 p.m.

وإنَّ تحديد مثل هذه الأمور من قِبَل الشَّرْطَةِ، صاحبة الاحتكاك الأولي بالحدث، يُعتبر أساساً واعياً يمدُّ سلطتيَّ التَّحْقِيق والحكم بالعناصر التي تُتيح لها اتِّخاذ قرارها في شأن الحدث، على اعتبار أنَّ هذا القرار الواعي لا يكون إلا في ضوء تفهّم الأسباب الأساسيَّة التي تقف وراء الانحراف.

ويُلاحظ، في هذا الصِّدد، أنَّه لا يجوز للشَّرْطَةِ العاديَّة أو لشرطة الأحداث أنْ تذهب إلى أكثر ممَّا يدخل في اختصاصها؛ فهي ليست مُكلَّفة بإجراء بحث شامل لحالة الحدث؛ إذ إنَّ هذا البحث تتولَّاه هيئات اجتماعية مُختصَّة تعتمد على عناصر وقدرات خاصَّة تُؤهلها القيام بهذا العمل الاجتماعي. وكلَّ هذا الأمر لا يعني أنَّ التَّحْقِيق الذي تجريه الشَّرْطَةُ يفقد قيمته، بل يبقى متضمِّناً معلومات مفيدة وصالحة لكلِّ بحثٍ لاحقٍ.

من هنا، تبدو الحاجة ملحةً لتحضير عناصر مثقَّفة من قوى الأمن للتَّعاطي مع الأحداث في حال مخالفتهم، أو كما يُقال نزاعهم مع القانون "In conflict with law"، وذلك من لحظة القبض عليهم حتَّى سوقهم إلى أمكنة التوقيف والمحاكمة ومعاهد الإصلاح المُعتمَدة من وزارتي العدل والشؤون الاجتماعية. والإمكانية متوفرة بالتعاون مع جمعية حماية الأحداث ومنظمة الأمم المتَّحدة للطفولة في العالم "اليونيسيف" (UNICEF) <sup>(1)</sup>، وهي تتضمَّن معرفة مفصَّلة لاتفاقيَّة حقوق الطفل الدوليَّة وملاحقتها بالإضافة إلى التشريعات الضامنة لتطبيق مواد هذه الاتفاقية، إلى جانب التوجيهات العمليَّة والعلميَّة، ولا سيَّما النفسية منها، حول دوافع الانحراف عند الحدث ومكامن مضاعفاتها؛ هذا فضلاً عن الظروف المرافقة لحياة الحدث اليومية على الصَّعد العائليَّة والمدرسيَّة والمؤثَّرات المحيطة به.

وأبعد من ذلك، فإنَّ أسلوب التَّحْقِيق المُعتمَد من قِبَل عناصر الضَّابطة العدليَّة غالباً ما تشوبه أخطاء التَّعامل، أقلَّها إرهاب الحدث وتخويله لانتزاع أيِّ اعتراف منه من شأنه إنهاء التَّحْقِيق وإفقال الملفِّ والإحالة بأسرع وقتٍ ممكنٍ بغضِّ النَّظر عن الحقيقة وعن مراعاة شعور القاصر ومصالحته، وبغضِّ النَّظر عمَّا يُمكن أنْ يتركَّ ذلك من آثارٍ عميقةٍ تعرقل من علاج الحدث؛ هذا إنْ لم تزد من سيره في طريق الانحراف.

---

(1) اليونيسيف، أي منظمة الأمم المتَّحدة للطفولة (Nations International Children's Emergency Fund); [www.unicef.org](http://www.unicef.org).

هذا، ويُشير إلى أن بعض التشريعات<sup>(1)</sup> تُوكَل إلى موظفين في وزارة الشؤون الاجتماعية أو وزارة العدل أو إلى مراقبي السلوك تقديم الحدث إلى المحكمة المختصة. إلا أن هذا لا يُغني عن تدخل الشرطة في حال حصول جرائم؛ إذ تدخلها هذا يقع ضمن وظائفها الأصلية، وبالتالي لا يُمكنها التخلّي عنه، كما لا يُمكن الاستغناء عن هذه الشرطة على الأقل في المراحل الأولى لحصول الجرم.

أما بالنسبة للقانون اللبناني، أي قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون أو المُعرّضين للخطر رقم 2002/422، فإنّه لم يلحظ إنشاء الشرطة المُتخصّصة في قضايا الأحداث، ممّا يُشكّل نقصاً في هذا القانون يقتضي معالجته.

إنّ هذا النقص يجعل القانون المذكور لا يتماشى مع روح نصوص الاتفاقيات الدوليّة للاحية المصلحة الفضلى للطفل، ولا سيّما الاتفاقية الدوليّة لحقوق الطفل لعام 1989 التي نصّت، في المادة الثالثة منها، بفقرتها الأولى، على أنّه، في جميع الإجراءات التي تتعلّق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامّة أو الخاصّة أو المحاكم أو السّطات الإداريّة أو الهيئات التشريعيّة، يُولى الاعتبار لمصالح الطفل الفضلى.

من هنا، نرى أنّه على لبنان أن يُجسّد مفهوم الرعاية من خلال اهتمامه بفئة الأحداث المنحرفين أو الأحداث المُعرّضين لخطر الانحراف، والعمل على حمايتهم ووقايتهم ووضع مختلف البرامج التي تضمن رعايتهم وتقويمهم، وذلك من أجل تحقيق انطلاقة حضاريّة تُسهم بالارتقاء بالعمل الأمنيّ ليكون متوازناً مع التطوّر الحضاريّ الذي يشهده المجتمع في مختلف المجالات.

كما نقترح إنشاء "إدارة شرطة الأحداث" تتمحور مهمّتها حول دورين أساسيين هما:  
**أولاً: الدور الأمنيّ:** ويتمثّل في البحث والتحرّي عن الأحداث المنحرفين أو المُعرّضين للخطر، وإجراء التّحقيق في القضايا المُتّصلة بالأحداث وعرضها على نيابة ومحكمة الأحداث.  
**ثانياً: الدور الوقائيّ:** ويهدف إلى التّوعية والإرشاد والتّوجيه من خلال المحاضرات والبرامج من شأنها توعية الفئات المُستهدفة، وهم فئة الأطفال، لمخاطر الانحرافات والعوامل المؤدّية لها، والوقاية منها.

(1) المادة 24 من قانون الأحداث المصريّ رقم 31 لسنة 1974 والمادة الخامسة من قانون الأحداث في الإمارات العربيّة المتّحدة رقم 1976/9.

أما قانون الأحداث المصري فقد نصّ، في المادة 24 منه، على أنه يكون للموظفين الذين يُعيّنهم وزير العدل بالاتفاق مع وزير الشؤون الاجتماعية في دوائر اختصاصهم سلطات الضبط القضائي، في ما يختص بالجرائم التي تقع من الأحداث أو بحالات التعرّض للانحراف التي يُوجدون فيها. إلا أنّ مصر، رغم عدم ذكرها شرطة الأحداث في صلب تشريعها، فقد بادرت إلى معالجة هذا الأمر بإنشاء شرطة خاصّة للأحداث<sup>(1)</sup>.

قرّرت وزارة الداخلية المصرية إنشاء عدّة وحدات للشرطة النسائية<sup>(2)</sup> عهداً إليها بالاختصاصات التالية:

1- البحث عن الأطفال المُعرّضين بحكم البيئة للسقوط أو للأخطار الاجتماعية.  
2- النحرّي عن الأسر البديلة التي يُسلم إليها هؤلاء الأطفال بالتعاون مع الأجهزة الاجتماعية المُختصة.

3- ضبط وتحقيق الجرائم التي يُنهم فيها أحداث، وخاصّة من هم أقلّ من اثنتي عشرة سنة، واستجواب الأحداث المُشرّدين والقاصرات من ضحايا الجرائم الجنسيّة والإتجار بالأعراض.

---

(1) في مصر، تمّ إنشاء شرطة للأحداث بموجب قرار وزير الداخلية رقم 23 لسنة 1957 المؤرخ في 9 أبريل 1957. وألحقت هذه الشرطة بقسم حماية الآداب والأحداث بمصلحة الأمن العام. ثم صدر قرار آخر عن وزير الداخلية تحت الرقم 20 لسنة 1962 قضى بإنشاء مكاتب فرعيّة لحماية الأحداث وتحديد اختصاصها، ونصّ على إنشاء أول مكتب بمديرية أمن القاهرة، ويشرف على هذه المكاتب مكتب رئيس لحماية الأحداث بقسم حماية الآداب والأحداث بالوزارة. وفي سنة 1972، صدر قرار وزير الداخلية بإعادة تنظيم العمل بمصلحة الأمن العام. ويقضي التنظيم الجديد فصل قسم رعاية الأحداث عن قسم "حماية الآداب". ولهذا القسم فروع في جميع المحافظات، يخدم الفرع الواحد المحافظة أو يخدم مركزاً أو قسمًا بذاته من مراكزها وأقسامها حسبما تكون الحاجة في كلّ محافظة على حدة. وفي المعنى ذاته: المادة 57 من قانون الأحداث السوري رقم 18/1974، والمادة 31 من قانون العقوبات الكويتي رقم 1983/3.

(2) تولّت المرأة، في مصر، بعض الوظائف الإداريّة في مختلف إدارات وزارة الداخلية، أخصّها إدارة الجوازات والجنسيّة. وعهد إليها ببعض الأعمال بمصلحة الجمارك، ولكنها أعمال ليست لها صفة الشرطة، إلى أن صدر القرار الوزاري رقم 786 في 21 أيلول/سبتمبر عام 1955 الذي يقضي بأن يلحق بإدارة الأمن العام مكتب للمراقبات الإداريات. ثم بُدلت التسمية فيما بعد بقرارٍ وزاريّ رقم 19 لسنة 1962 إلى "باحثات شرطة"، ومُنحَ بعد ذلك صفة الضابطة القضائيّة بصدر القانون رقم 7 لسنة 1963 بتعديل المادة 23 من قانون الإجراءات الجنائيّة التي استُبدلت بالقانون رقم 26 لسنة 1971 الصادر في 9 أيار/مايو عام 1971.

- 4- رعاية الأحداث المضبوطين في فترة التعامل معهم بوحدة شرطة رعاية الأحداث.
- 5- عمل التَحْرِيّات عن القَصْر الرّاغِبين في العمل في الملاهي.
- 6- عمل النّقاير الاجتماعية عن ظروف انحراف الأحداث أو تشرّدهم.
- 7- إعادة الوئام في المنازعات العائليّة، بما فيه صالح الأبناء.
- 8- توطيد العلاقات وسُبل الاتّصال بين أجهزة شرطة الأحداث والهيئات الاجتماعية والصّحيّة والمدرسيّة وغيرها.

وفي قطر، تمثّلت أولى بدايات عمل " إدارة شرطة الأحداث " عندما تمّ إنشاء فرع " للأحداث " يتبع لقسم النّحقيقات الجنائيّة، واقتصر دَوْره - آنذاك - على عمل البحوث والدراسات الاجتماعية النّظريّة في المُجتمع القطريّ للتعرف على المشاكل والمُسبّبات التي تدفع بالحدث للانحراف وارتكاب الجرائم المُختلفة.

وبتاريخ 1991/06/01، أنشئ أول قسم لرعاية الأحداث المُنحرفين والمُعرّضين للانحراف. ونتيجة لتطوّر العمل في مجال رعاية الأحداث، تمّ في عام 1992، تخصيص مبنى مستقلّ تحت مسمّى "قسم رعاية الأحداث"، وتمّ تزويده بالكوادر الوظيفيّة المُتخصّصة. ثمّ صدرَ أول قانون قطريّ خاصّ يتعلّق بالأحداث تحت رقم (1) لسنة 1994، يُنظّم شؤون رعاية الأحداث والاختصاصات والمهامّ المُلقاة على عاتق القسم. وبتاريخ 1997/09/08، أصبح القسم إدارة قائمة بذاتها تحت مسمّى "إدارة شرطة الأحداث" تابعة للإدارة العامّة للأمن العامّ. وفي 2003/6/16، تمّ استلام الإدارة لمهامّها الأمنيّة التي نصّ عليها القانون، وتمّ تسليم دَوْر رعاية الأحداث لإدارة رعاية الأحداث التابعة لوزارة العمل والشؤون الاجتماعية.

وتختصّ "إدارة شرطة الأحداث" بالعديد من المهامّ والاختصاصات التي من شأنها حماية الأحداث من الانحراف وتقديم الرّعاية للأحداث المُنحرفين، نذكر منها:

- إجراء التَحْرِيّ والتّحقيق في قضايا الأحداث، والقبض على الأحداث المُنحرفين والمُعرّضين للانحراف، وتنفيذ الأحكام التي تصدر ضدهم طبقاً للقانون.
- التّحقّق على الحدث المُعرّض للانحراف بدار التّوجيه إذا ما استدعت الظروف، وذلك لمدّة لا تزيد عن (48) ساعة، ما لم تر المحكمة المُختصّة تمديدًا لفتراتٍ أخرى.

- اتّخاذ التدابير الخاصّة بالحدث المُعرّض للانحراف بتسليمه إلى أحد والديه أو لِمَن له الولاية أو الوصاية عليّة أو لأحد أفراد أسرته مع أخذ التّعهدات اللازمّة بحسن رعايته، أو تسليمه إلى "إدارة التّوجيه" لإيوائه ورعايته.
  - ابداء الرّأي في شأن الحدث الَّذي سَبَقَ أَنْ حُكِمَ عليه في جناية بأحد التدابير المنصوص عليها في المواد "10،11،12،13" من قانون الأحداث.
  - حبس الحدث المُنحرف احتياطياً لمدّة لا تتجاوز (48 ساعة) في دار الملاحظة، لمقتضيات التّحقيق أو مصلحة الحدث، وعرضه على المحكمة المُختصّة إذا استدعى الظّرف تمديد فترة الحبس الاحتياطيّ لمدّة تتجاوز ذلك.
  - حضور جلسات مُحاكمة الحدث وإنشاء ملف تنفيذ لكلّ حالة يُعرّض مع كلّ إجراءات تخصّ الحدث أمام المحكمة المنظور أمامها الدّعوى.
  - تقديم طلبات الإفراج تحت شرط للأحداث المُنحرفين المحكوم عليهم بالحبس، بناءً على التّقارير التي تعدّها دار الإعداد الاجتماعيّ طبقاً للقانون.
  - نشر الوعي وإثراء ثقافة أفراد المُجتمع تجاه التّعامل مع الأحداث، وذلك بالتّسيق مع الجهات المعنيّة.
  - اقتراح مشروع الموازنة السنويّة للإدارة.
  - أيّ مهامّ أخرى تُكلّف بها.
- وفي المملكة الأردنيّة الهاشميّة، تمّ إصدار أوّل قانون للأحداث في العام 1958. وأُجريت تعديلات متتالية على هذا القانون، وكان آخرها قانون رقم 32 لعام 2014<sup>(1)</sup>.
- وللارتقاء بمستوى الرّعاية المُقدّمة للأحداث المُنحرفين ولتقديم أفضل الخدمات الأمنيّة والإصلاحية والإنسانيّة وفق التّشريعات الوطنيّة والمعايير الدوليّة، تمّ استحداث إدارة مُختصّة
- 
- (1) نصّت المادة 3 من قانون الأحداث في المملكة الأردنيّة الهاشميّة رقم 32 الصّادر بتاريخ 2014/11/2 على ما يلي:  
 أ. تنشأ إدارة شرطة في مديرية الأمن العام مختصة بالأحداث بموجب هذا القانون .  
 ب. يتم إنشاء أو اعتماد كل من دار تربية الأحداث أو دار تأهيل الأحداث أو دار رعاية الأحداث بقرار من الوزير .  
 المقصود هنا وزير التنمية الاجتماعيّة.

لشرطة الأحداث في بداية عام 2011، وبأشرت أعمالها بداية عام 2012 لتحقيق التميز في التعامل مع الأحداث الذين هم في نزاع مع القانون "الأحداث الجانحين"، إلى أن صدر قانون الأحداث 32 لسنة 2014 الذي أوجب إنشاء إدارة شرطية متخصصة تُعنى بأمور الأحداث وفق قيم احترام الكرامة الإنسانية والعدالة والشفافية والنزاهة، وتعتمد على التخصص العلمي والمهارة العملية في أدائها لواجباتها، وتعمل وفق نهج المؤسسات المتخصصة والعمل التشاركي، إيماناً بمبادئ العدالة الإصلاحية والتحويل والمشاركة المجتمعية.

أما في فرنسا، فمنذ سنة 1943، تُوجد على مستوى المحافظات وحدات شرطة متخصصة للتعامل مع الأحداث تضم رجالاً ونساءً. وتعمل تلك الوحدات على وقاية الأحداث من الانحراف بالتعاون مع مختلف المصالح الاجتماعية الأخرى.

وفي عام 1958، أنشئت في الإدارة العامة للأمن الوطني الفرنسي مصلحة مركزية تتولى تجميع كافة الإحصائيات والمعلومات المتعلقة بانحراف الأحداث على مستوى الجمهورية الفرنسية. وتساهم كافة مصالح وإدارات الشرطة القضائية الأخرى في مَد هذه المصلحة المركزية بالمعلومات اللازمة لها في هذا المجال<sup>(1)</sup>.

وفي السياق عينه، تجدر الإشارة إلى أن قانون العدالة الجنائية للقصر قد دخل حيز التنفيذ بتاريخ 30 أيلول/ سبتمبر 2021. ويكمن الهدف منه في تعزيز فعالية الرعاية من خلال إصلاح الإجراءات الجنائية وتجميع جميع الأحكام الخاصة بالقصر في قانون واحد؛ هذا فضلاً عن إعادة التأكيد على المبادئ الأساسية للعدالة الجنائية للأحداث في فرنسا: وَضَع القرار، الصادر في 2 فبراير 1945، المبادئ الأساسية للعدالة الجنائية للقصر:

- تخفيف المسؤولية الجنائية للقصر حسب سنهم، أو عذر الأقلية؛

(1) بدأ دخول المرأة مجال الشرطة حيث عُيِّنت أول امرأة في الشرطة العادية عام 1893 في شيكاغو. وكان أول عمل شرطي قامت به المرأة في ميدان خدمة الأحداث عام 1905 في مدينة بورتلاند في الولايات المتحدة الأميركية.

وفي إنكلترا، يرجع تاريخ انخراط المرأة في الشرطة النسائية إلى الحرب العالمية الأولى عندما ظهر تنظيم متطوع من النساء أخذ بجوب في الشوارع والأماكن للعناية بالنساء والأطفال. وفي عام 1922، مُنح كامل السلطات، وخصه قانون الصغار والأطفال عام 1933 بسلطات أوسع، حيث تمكّن من القيام بالدور الكامل للشرطة في الحرب العالمية الثانية. وفي عام 1957، تم تشكيل وحدة شرطة نسائية للعمل مع البنات في سن السابعة عشرة اللواتي من المتوقع أن يمارسن البغاء.

- أسبقيّة التّعليم على القمعيّ؛
- تخصّص الاختصاصات والإجراءات<sup>(1)</sup>.
- استنادًا إلى ما تقدّم، يُمكننا القول إنّ مصلحة الطّفل الفضلى تُحتّم إنشاء فِرَق مُتخصّصة في قضايا الأحداث. إلّا أنّه، لضمان فعاليّة هذه المصلحة، لا بدّ من إضافة ضمانات أخرى تتعلّق بتحويل الدّعوى إلى خارج النّظام القضائيّ. الأمر الذي سنتناوله بالدراسة في الباب التّاليّ.

### • الباب الثّاني: في التّحويل إلى خارج النّظام القضائيّ

اتّجهت السّياسة الجنائيّة الحديثة في تعامل القضاء الجزائيّ مع الأحداث المُنحرفين إلى تفادي المُلاحقة الجزائيّة حتّى لا يتعرّض الحدث إلى سلبات هذه المُلاحقة، ممّا يُفضّل معه عدم إحالته إلى المحاكمة الجزائيّة مع استبدال هذه المُلاحقة بتدابير تربويّة واجتماعية من شأنها إصلاحه وتأهيله.

وجاءت مقرّرات المؤتمر السّابع للأمم المتّحدة المُنعقد في ميلانو سنة 1985 تُكرّس التّحويل إلى خارج النّظام القضائيّ.

فقد نصّت "قواعد بكّين" على أنّه، حيثما كان ذلك مناسبًا، يُنظر في إمكانيّة معالجة قضايا المُجرمين الأحداث دون اللّجوء إلى محاكمةٍ رسميّةٍ من قِبَل السّلطة المُختصة. كما تُخوّل الشّرطة أو النيابة العامّة أو الهيئات الأخرى الّتي تُعالج قضايا الأحداث سلطة الفصل في هذه القضايا، حسب تقديرها، دون عقد جلسات محاكمة رسميّة وفقًا للمعايير

<sup>(1)</sup> Le Code de la Justice Pénale des Mineurs (CJPM) est entré en vigueur le 30 Septembre 2021. Il a réaffirmé les grands principes de la justice pénale des mineurs: L'ordonnance du 2 février 1945 a posé les grands principes de la justice pénale des mineurs en France:

- Atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de leur âge, ou excuse de minorité ;

- Primauté de l'éducatif sur le répressif ;

- Spécialisation des juridictions et des procédures.

<https://www-vie--publique-fr.translate.google.com/eclairage/281397-code-de-justice-penale-des-mineurs-en-vigueur-le-30-septembre-2021?>

[https://www-legifrance-gouv-fr.translate.google.com/jorf/id/JORFTEXT000000518284?;](https://www-legifrance-gouv-fr.translate.google.com/jorf/id/JORFTEXT000000518284?)

Consulté le: 11/9/2022: 19:00 p.m.

الموضوعة لهذا الغرض في مختلف الأنظمة القانونية، وكذلك وفقاً للمبادئ الواردة في هذه القواعد.

إنَّ أيَّ تحويل ينطوي على الإحالة إلى هيئة مجتمعية أو مؤسسة أخرى مناسبة يتطلب قبول الحدث أو قبول والديه أو ولي أمره، شريطة أن يخضع قرار تحويل القضية لمراجعة سلطة مختصة بناءً على تقديم طلب.

وبغية تيسير الفصل تقديرياً في قضايا الأحداث، تُبدل جهوداً لتنظيم برامج مجتمعية، مثل الإشراف والإرشاد المؤقتين وحفظ حقوق الضحايا وتعويضهم.

تفسيراً لما ورد في هذه القاعدة التي أوردناها أعلاه، نقول إنَّ التحويل إلى خارج النظام القضائي الذي يتضمن نقل الدعوى من القضاء الجنائي وإحالتها، في أحوال كثيرة، إلى خدمات الدعم المجتمعي هو ممارسة مألوفة يُؤخذ بها على أساس رسمي وغير رسمي في نظم قانونية عدة.

وميزة هذه الممارسة أنها تحول دون الآثار السلبية التي تتجم عن الإجراءات اللاحقة في مجال إدارة شؤون قضاء الأحداث، حيث يُوصم الحدث بالإدانة ويُحكّم بعقوبة أو تدبير؛ وبالتالي يكون عدم التدخّل تبعاً للحالة المطروحة أفضل الحلول.

هذا، وقد يكون التحويل منذ البداية ودون الإحالة إلى خدمات اجتماعية بديلة هو الحلّ الأمثل. ويصدق هذا، بصفة خاصة، حينما تكون الجريمة ذات طابع غير خطير وحينما تكون الأسرة أو المدرسة أو مؤسسات الرقابة الاجتماعية غير الرسمية قد عالجت أمر الحدث بالفعل، أو يكون من المرجح أن تُعالجه على نحو مناسب وبنّاء، ولكن لا يُشترط أن يكون التحويل بالضرورة مقتصرًا على القضايا البسيطة.

هذا، ويجوز اللجوء إلى خارج النظام القضائي في أيّ مرحلة من مراحل الإجراءات، وليس فقط قبل بدء الملاحقة الجزائية، إذ يُمكن أن يصدر قرار التحويل عن الشرطة أو النيابة العامة أو هيئات أخرى، مثل المحاكم أو المجالس أو غيرها.

ولشرطة الأحداث أو الشرطة العادية سلطة إحالة الحدث مباشرة إلى محكمة الأحداث. كما لها أن تتخذ في حقّه إجراءً إصلاحياً أو وقائياً بالتعاون مع الهيئات أو المؤسسات الاجتماعية المختصة بشؤون الأحداث، أو أن تأمر بإحالته إلى والديه تحت إشرافها، لا سيّما

في الحالات البسيطة التي تكشف عن الحاجة لمساعدة الطفل أو والديه دون حاجة إلى اللجوء لساحة القضاء، وفي القضايا التي لا تستدعي تدخل محاكم الأحداث تبعاً لطبيعتها ولظروف الحدث.

ومن أجل هذا التحويل الموصى به، يقتضي الحصول على قبول الحدث أو والديه أو الوصي عليه بتدبير التحويل هذا، خاصة وأن هذا القبول يُساعد على حلّ المشكلات التي يُعاني منها الحدث، لما يُدنيه هو وأهله عند ذلك من تعاونٍ وتجاوبٍ.

كما يقتضي الحرص على عدم حصول هذا القبول تحت ضغط التخويف والقسر، مما يستلزم إمكانية الطعن به أمام سلطة مختصة. ولكن لا بُدَّ من الملاحظة أن تقرير تدبير تحويل الحدث عن الملاحقة الجزائية، وبالتالي عن القضاء الجزائي، لا يعني أبداً الاكتفاء بهذا التدبير دون السعي إلى معالجة الحدث، وبالتالي البحث عن بدائل تُعتبر حلولاً اجتماعية أو مجتمعية بشكلٍ أدقّ.

وفي هذا السياق، نُشيرُ إلى أن السياسة الجنائية الحديثة في التعامل مع الأحداث المنحرفين من قبل القضاء قد اتجهت إلى اعتماد سبيل خاص لتفادي الملاحقة الجزائية أصلاً، حتى لا يتعرّض الحدث إلى سلبات هذه الملاحقة. فهذا السبيل تتبّعه النيابة العامة، وفي بعض التشريعات، الشرطة القضائية، حيث يُقضى بإعادة الحدث إلى أهله أو إلى شخص ذي ثقة بعد توبيخه أو تنبيهه وتحذير المسؤولين عنه تحت طائلة المعاقبة، وبالطبع بعد التعويض على الضحية، أو أن يُحوّل الحدث إلى مرجع اجتماعي أو إداري مُعيّن يعتني به ويتولّى رعايته واستقباله والمحافظة عليه، ولكن يُشترط أن تحصل موافقة من قبل الحدث ومن له الولاية عليه، وذلك تقادياً لسوء التقدير أو استعمال هذا الحق بتعسف.

ومثل هذا التدبير يبقى خارج الإدانة؛ إذ إن الإدانة هي من اختصاص المحاكم فقط، ويُشكّل فقط تدبيراً راعياً محضاً غير مُلزم، إلا إذا ورد نصّ يُضفي عليه هذه الصفة.

انطلاقاً مما تقدّم، نجدُ أن هذا السبيل يرمي إلى إبقاء الحدث خارج إطار القضاء الجزائي، وذلك إذا اقتضت مصلحته ذلك، وكما يُحال دون ملاحقته أمام هذا القضاء لأسبابٍ غير جدية أو بالاستناد إلى تهمٍ واهيةٍ أو غير صحيحة، وكما لا تطول محاكمته في أفعالٍ بسيطةٍ غير ذي خطورة تُذكر.

## ○ الخاتمة

استندَ البحث الحالي إلى الاتجاهات الحديثة في السياسة الجنائية التي تعتبر أنّ تحقيق البعد الاجتماعي لمحاكمة الأحداث المنحرفين أو المُعرّضين لخطر الانحراف قد فرض التخصّص لدى الأجهزة المُتعاملة مع هؤلاء الأحداث، لا سيّما لدى عناصر الشرطة. وبالفعل، لكي تتحقّق المصلحة الفضلى للطفل، لا بدّ من توافر عناصر شرطة مُتخصّصين في مختلف العلوم النفسيّة والاجتماعية والتربويّة والمهنيّة، وقادرين على القيام بالتحقيقات الاجتماعية والشخصيّة اللازمّة التي تضع بتصرّف القاضي صورة واقعيّة لشخصيّة الحدث والمحيط الذي يعيش فيه، والمؤثرات التي يخضع لها، حتّى يتمكّن من التّعرّف على هذه الشخصيّة بُغية اتّخاذ التّدبير المُناسب.

إلّا أنّه تجدر الإشارة إلى أنّ قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون أو المُعرّضين للخطر اللّبنانيّ، رقم 2002/422، لم يلحظ التخصّص بشؤون الأحداث لدى عناصر الشرطة؛ الأمر الذي لا يتوافق مع ما جاء في القواعد الدوليّة في قضاء الأحداث، ولا سيّما قواعد الأمم المتّحدة الدّنيا النّمودجيّة لإدارة شؤون قضاء الأحداث، المعروفة بـ "قواعد بكيّن"، خاصّة القاعدة 22 منها، وأيضًا مع الآفاق النّمودجيّة المتعلّقة بهذا الخصوص، كما سبقَ وأوضحنا ذلك في سياق البحث.

ولما كان موضوع التخصّص لدى عناصر الشرطة المُتعاملين مع الأحداث المُخالفين للقانون أو المُعرّضين لخطر الانحراف لم يلقَ بعد الاهتمام المطلوب في مجتمعنا، رغم أنّ بعض البلدان سارت في الاتجاه الموضوعيّ والسّليم، فإنّنا ارتأينا إضافة بعض المُقترحات التي رأيناها ضروريّة في هذا المجال:

**أولاً:** إنّ تطبيق التّشريعات الخاصّة بالأحداث المنحرفين أو المُهدّدين بخطر الانحراف يفرض تخصّصًا لدى عناصر الشرطة المُتعاملين مع هؤلاء الأحداث.

من المُستحسن أن تُلحظ التّشريعات، ولا سيّما التّشريع اللّبنانيّ، ضرورة التأكيد على تعزيز التخصّص لدى عناصر الشرطة المُتعاملين مع الأحداث؛ إذ ينبغي استخدام عناصر شرطة مؤهّلين، وأن يكونَ بينهم عدد كافٍ من المُتخصّصين. كما يقتضي أن يتلقّوا من التّدريب

ما يُمكنهم من الاضطلاع على نحوٍ فعالٍ بمسؤولياتهم، وخاصّة التّدريب في علم نفس الأطفال ورعايتهم والمعايير والقواعد الدّوليّة لحقوق الإنسان وحقوق الطّفل.

بمعنى آخر، نقتُرُ إعداد فصيلة من الشّربة الخاصّة بالأحداث تضمّ عناصر كفوءة ومُدربة على عملها لملاحقة الفتيان والأولاد في الشّوارع والأزقة إذا ما دلّت أفعالهم على نفسيّة منحرفة قد تقود بهم، إذا ما تفاقمت حالتهم الاجتماعية أو الاقتصادية، إلى الرّذيلة فالجريمة. **ثانيًا:** ما دام أنّ مُشرّع الأحداث المُخالفين للقانون أو المُعرّضين لخطر الانحراف يهتمّ بالنّاحية الوقائيّة من إجرام هؤلاء الأحداث، فإنّ وجود نقصٍ تشريعيّ في النّصوص لا يُساعد على بلوغ تلك الغاية الوقائيّة.

من أجل ذلك، نقتُرُ إعطاء شرطة الأحداث أو الشّربة العاديّة صلاحية تحويل الحدث إلى هيئة اجتماعية أو إلى شخصٍ ذي ثقة؛ إذ إنّ الاتجاه الحالي هو تقادي الملاحقة الجزائيّة للحدث. ومن شأن ذلك طبعًا أن يُخفّف عن كاهل النّيابات العامّة ومحاكم الأحداث.

**ثالثًا:** ضرورة الاضطلاع بإصلاحٍ شاملٍ لنظام قضاء الأحداث انطلاقًا من معايير الأمم المتّحدة ذات الصّلة في هذا الميدان، ولا سيّما تلك المُتعلّقة بالتّخصّص لدى عناصر الشّربة المتعاملين مع الأحداث، مثل "قواعد بكين"، و"مبادئ الرّياض التّوجيهيّة"، و"قواعد الأمم المتّحدة بشأن حماية الأحداث المُجرّدين من حرّيّتهم"، و"الاتفاقية الدّوليّة لحقوق الطّفل".

هذه هي أبرز المُلاحظات والاقتراحات والتّوجّهات التي تتمحور حولها الآفاق التّمونجيّة لشرطة الأحداث المُخالفين للقانون أو المُعرّضين لخطر الانحراف، والتي رأينا التّركيز عليها باعتبار أنّها تُساهم مساهمةً فعّالةً في تعزيز المصلحة الفضلى للطّفل.

**الدراسة السادسة:**

**عوامل تخفيف العقوبة في القانون الأمريكي - دراسة مقارنة**

د. يوسف حجي المطيري<sup>(1)</sup>

تتمثل العقوبة في الجزاء الذي يُوقعه القاضي على من تثبت إدانته بارتكاب الجريمة، وسلطة القاضي في تطبيق العقوبة على مرتكب الجريمة ليست سلطة مطلقة، وإنما هي سلطة تقديرية مقيّدة بحدود العقوبة الواردة في النص القانوني؛ حيث إن القاضي لا يستطيع تطبيق عقوبة لم ينص عليها المشرّع، بالإضافة إلى أنه لا يستطيع أن يقوم بتطبيق عقوبة تزيد على الحد الأقصى أو تقل عن الحد الأدنى الذي ينص عليه قانون الجزاء؛ وذلك إعمالاً للقاعدة التي تُقرّر عدم جواز تطبيق عقوبة إلا بناءً على قانون، والتي تنص عليها جميع دساتير العالم.

وتتحقق سلطة القاضي من خلال تقدير العقوبة المناسبة على المتهم من خلال إحداث مواءمة بين درجة الضرر الذي ألحقها مرتكب الجريمة بالمجتمع وبين الظروف الشخصية لمرتكب الجريمة وظروف ارتكابه لها، وكل هذا يتم عن طريق الالتزام بنوع الجزاء الذي ينص عليه القانون وفي حدوده؛ وذلك لتحقيق العدالة التي يسعى قانون الجزاء إلى تحقيقها، عن طريق إيقاع العقوبة المناسبة على المتهم من جهة، وتطبيق الرأفة على المتهم، التي قد تبررها ظروف ارتكابه للجريمة، من جهة أخرى.

ولكون مرتكبي الجرائم ليسوا على قدر واحد من الذكاء أو السن أو التكوين الثقافي أو الاجتماعي، فقد أوجد المشرعون مجموعة من عوامل تخفيف العقوبة يمكن للقاضي اللجوء إليها إذا توافرت أيٌّ منها لدى مرتكب الجريمة أو ظروف ارتكابه للجريمة.

(1) أستاذ مشارك قانون الجزاء - كلية الدراسات التجارية - الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب.

#### ♦ هدف موضوع الدراسة:

تهدف الدراسة إلى تسليط الضوء على عوامل تخفيف العقوبة في القانون الفدرالي الأمريكي ومقارنتها بعوامل تخفيف العقوبة في قانون الجزاء الكويتي؛ وذلك لمعرفة أوجه التشابه والاختلاف بين هذه العوامل والمبررات التي دعت المشرعين في الولايات المتحدة الأمريكية والكويت للأخذ بظروف تخفيف العقوبة.

#### ♦ منهجية الدراسة:

تتناول هذه الدراسة عوامل تخفيف العقوبة في القانون الفدرالي الأمريكي ومقارنتها بعوامل تخفيف العقوبة في قانون الجزاء الكويتي وتحليل ومقارنة قواعد القانون الفدرالي مع القواعد القانونية التي وضعها المشرع في الكويت، بالإضافة إلى شرح وتحليل أهم أحكام المحكمة الأمريكية العليا المتعلقة بعوامل تخفيف العقوبة.

#### ♦ تساؤلات الدراسة:

تثير الدراسة التساؤلات التالية:

- ١- ما هو المفهوم القانوني للتطبيق القضائي لعوامل تخفيف العقوبة؟
- ٢- ما حدود السلطة التقديرية للقاضي الجنائي عند تخفيف العقوبة على المتهم؟
- ٣- ما هي العوامل التي تبرر تخفيف عقوبة الإعدام أو العقوبة السالبة للحرية على المتهم؟
- ٤- ما مبررات تطبيق عوامل تخفيف الإعدام أو العقوبة السالبة للحرية على المتهم؟

#### ♦ خطة الدراسة:

للإجابة عن هذه الأسئلة فإننا نرى أن يُقسّم البحث إلى ثلاثة مطالب، حيث نتناول من خلال المطلب الأول المفهوم القانوني للتطبيق القضائي لعوامل تخفيف العقوبة والمبررات التي تدعو القاضي الجنائي إلى تطبيق عوامل تخفيف العقوبة، في حين نخصص المطلب الثاني لمناقشة العوامل التي تدفع القاضي إلى تخفيف العقوبة في القانون الأمريكي، أما المطلب

الثالث فسوف نوضح من خلاله العوامل التي تدفع القاضي إلى تخفيف العقوبة في قانون الجزاء، وذلك على النحو التالي:

### ○ **المطلب الأول: المفهوم القانوني للسلطة التقديرية القضائية لتطبيق عوامل تخفيف العقوبة**

تتباين قوانين الجزاء في العالم فيما يتعلق بحدود السلطة التقديرية التي تعطى للقاضي لتقدير العقوبة المناسبة التي يجب أن تُطبَّق على المتهم بعد أن تثبت إدانته بارتكابه للجريمة المتهم بارتكابها؛ حيث تنص الغالبية العظمى من قوانين الجزاء في العالم على حدِّ أقصى وحدِّ أدنى للعقوبة التي يجب أن تُطبَّق كجزاء لكل جريمة، كما هي الحال في قانون الجزاء الكويتي وقانون العقوبات المصري، إلا أن بعض الدول تتبنى وضع جدول للعقوبات<sup>(1)</sup> يتم من خلاله تحديد العقوبة المناسبة التي يجب أن يحصل عليها المتهم، كما هي الحال في الولايات المتحدة الأمريكية.

في هذا المبحث سوف أُسلط الضوء على السياسة التشريعية المتعلقة بالسلطة التقديرية الممنوحة للقاضي لتقدير العقوبة التي يجب أن يحصل عليها مرتكب الجريمة في كلِّ من القانون الفدرالي الجنائي الأمريكي وقانون الجزاء الكويتي، وذلك على النحو التالي:

### • **الفرع الأول: السلطة التقديرية للقاضي لتقدير العقوبة في القانون الفدرالي الجنائي الأمريكي**

يختلف القانون الجنائي الفدرالي الأمريكي عن قانون الجزاء الكويتي في حدود السلطة التقديرية للقاضي لتقدير العقوبة؛ حيث لا يوجد في القانون الجنائي الأمريكي، سواءً القانون الفدرالي أو على مستوى الولاية، النصوص القانونية التي تقرر حدًّا أقصى وحدًّا أدنى للعقوبة التي يجب أن تُفرض على المتهم، وإنما يعتمد القانون الفدرالي الجنائي الأمريكي على جدول يوضح عدد شهور الحبس التي يجب أن يحصل عليها مرتكب الجريمة بعد أن تتم إدانته من قبل هيئة المحلفين، وذلك من خلال مجموعة من المعايير مثل درجة جسامة الجريمة، حيث

<sup>(1)</sup> <http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2016/GLMFull.pdf>

يقسم جدول العقوبات الفدرالي الجرائم بحسب جسامتها إلى عدة درجات، ويقرر عدد شهور حبس لكل درجة، بالإضافة إلى السجل الجنائي وعدد الجرائم التي سبق أن ارتكبها المتهم (العود) وحالته الاجتماعية وعمر المتهم؛ ومن ثم يقوم القاضي الفدرالي بعملية تحديد العقوبة التي يجب أن يحصل عليها المتهم بعد أن يقوم بجمع عدد شهور الحبس بعد مراجعة هذه المعايير. (1)

إلا أن جدول العقوبات الفدرالي مر بالكثير من الجدل الدستوري بخصوص السُلطة التقديرية للقاضي عند تحديد العقوبة، وهل يجب على القاضي أن يلتزم بتطبيق جدول العقوبات أم لا يلتزم؟ (2)

#### ■ أولاً: البعد التاريخي لتبني القانون الفدرالي الجنائي الأمريكي لجدول العقوبات

قبل استقلال الولايات المتحدة عن بريطانيا كانت فكرة العقوبة في حالة ارتكاب المتهم أيًا من الجرائم الكبرى، كالقتل والاعتصاب والسطو، تقوم على ضرورة الانتقام الفوري من مرتكب الجريمة وإلحاق أكبر قدر من الأذى به، وذلك من خلال وضعه داخل سجن يفنقر إلى أبسط متطلبات الحياة الكريمة، وبدون برامج لإعادة التأهيل، وبدون تحديد مدة معينة لكي يعاني داخل السجن ويدفع جريرة جريمته. (3)

وبعد استقلال الولايات المتحدة الأمريكية عن بريطانيا بدأت المطالبات من قبل جمعيات حقوق الإنسان وحقوق المساجين والمعننين بالحقوق والحريات بضرورة أن تتحول عقوبة المتهم المدان من فكرة إلحاق أكبر قدر من الأذى بالمسجون إلى إجراء يهدف إلى إعادة تأهيل المتهم

---

(1) Jeffrey L. Kirchmeier, Aggravating and Mitigating Factors: The Paradox of Today's Arbitrary and Mandatory Capital Punishment Scheme, William & Mary Bill of Rights Journal , Vol. 6, Issue 2, P. 345. (1998).

[http://www.usc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/research-projects-and-surveys/miscellaneous/201510\\_fed-sentencing-basics.pdf](http://www.usc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/research-projects-and-surveys/miscellaneous/201510_fed-sentencing-basics.pdf)

(2) Thomas Gilson, Federal Sentencing Guidelines -The Requirement of Notice for Upward Departure, Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 82, Issue 4, P. 1029 (1992).

(3) Kate Stith & Steve Y. Koh, The Politics of Sentencing Reform: The Legislative History of the Federal Sentencing Guidelines, 28 Wake Forest L. Rev. 223, 225 (1993), Peter B. Hoffman, U.S. Parole Commission, History of the Federal Parole System 1 (2003).

المدان ليعود فردًا منتجًا في مجتمعه، بالإضافة إلى ضرورة أن تتناسب العقوبة المفروضة عليه مع درجة جسامة جريمته والأذى الذي ألحقه المتهم بالمجتمع.<sup>(1)</sup> وفي عام ١٩٠١ تبنت الحكومة الفدرالية الأمريكية نموذج العقوبات الذي يقوم على فكرة إعادة تأهيل المتهم المدان، وقد كان يستند على ثلاثة عوامل رئيسية، هي: ١- وضع حد أقصى لعقوبة كل جريمة يحكم بها القاضي. ٢- إعطاء المسجون أملاً وحافزاً من خلال توفير برامج إعادة تأهيل مهنية داخل السجن. ٣- وضع نظام إطلاق سراح مشروط يُدار من قبل خبراء اجتماعيين يتواجدون باستمرار داخل السجن، وتكون مهمتهم تقرير إطلاق سراح المتهم إذا كان حسن السلوك خلال مدة بقائه في السجن بعد أن يتجاوز ثلث مدة العقوبة التي يحكم بها القاضي، أما القضاة فقد كان دورهم منحصراً في الحكم بحبس المتهم بالمدة التي ينص عليها القانون مع إطلاق السراح المشروط من عدمه.<sup>(2)</sup>

هذا وقد أصبحت سلطة القاضي مقيدة إلى حدٍ ما وفقاً لهذا النظام؛ حيث لا يستطيع القاضي الحكم على المتهم بأكثر من الحد الأقصى المنصوص عليه في القانون، كما أنه لا يستطيع أن يحكم بإطلاق سراح المتهم بعد أن يتم حبسه؛ إذ إن مهمة إطلاق سراح المتهم أصبحت ملقاة على عاتق المسؤولين في مكتب إطلاق السراح المشروط داخل السجن الذين يقومون بدراسة حالة المسجون المحكوم عليه بإمكانية إطلاق السراح المشروط طوال مدة حبسه والحكم بإطلاق سراحه بعد أن يمضي المحكوم عليه ثلث مدة عقوبته المحكوم عليه بها إذا كان حسن السلوك.<sup>(3)</sup>

وفقاً لهذا النظام تستطيع لجنة إطلاق السراح المشروط أن تُعدل المدة التي حكم بها القاضي من خلال إطلاق سراح المحكوم عليه بعد أن يقضي ثلث المدة، وهذا الأمر يُعد عيباً جوهرياً بالنظام؛ حيث أصبح القضاة الفدراليون لا يكتفون بمدة العقوبة التي يجب أن يحكموا بها على المتهم؛ إذ أصبحوا يحكمون بالحد الأقصى للعقوبة لأنهم يعلمون أن هناك لجنة

(1) Jeffrey Standen, The New Importance of Maximum Penalties, 53 Drake. L. Rev. 575, 583 (2005) citing Sol Rubin, The Law of Criminal Correction 16, at 25-26 (2d ed. 1973 & Supp. 1981).

(2) David Yellen, Saving Federal Sentencing Reform After Apprendi, Blakely and Booker, 50 Vill. L. Rev. 163, 164 (2005).

(3) <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1213&context=californialawreview>

مهمتها إطلاق سراح المحكوم عليه بشكل مشروط في حالة أخطأ القاضي بتطبيق العقوبة، بالإضافة إلى حدوث تفاوت كبير بين العقوبات التي يحكم بها القضاة على المتهم عن نفس الجرائم التي تُرتكب في نفس الظروف، كما أن عُتاة المجرمين أصبحوا يستطيعون الخروج من السجن بعد قضاء ثلث مدة عقوبتهم التي تُعد مدة قصيرة بالمقارنة مع مدة عقوبتهم الأصلية بسبب ذكائهم في ضبط سلوكهم داخل السجن خلال تنفيذ عقوبتهم.<sup>(1)</sup>

ومع بداية سبعينيات القرن الماضي بدأت المطالبات الحقوقية بضرورة تغيير النظام الذي يعطي سلطة تقديرية محدودة للقاضي الفدرالي في مقابل سلطة تقديرية مطلقة للجنة الإفراج المشروط، وذلك بتغيير العقوبة التي حكم بها القاضي بعد أن يقضي المحكوم عليه ثلث مدة العقوبة التي حكم بها القاضي إذا كان حسن السلوك.<sup>(2)</sup>

وبالفعل سُكّلت لجنة داخل الكونجرس الأمريكي في منتصف سبعينات القرن الماضي لوضع نظام واضح للعقوبات الفدرالية يتم من خلاله تصحيح النظام السابق، وذلك عن طريق التركيز على ثلاثة أمور مهمة، هي: ١- وضع جدول مفصل للعقوبات؛ وذلك للحد من تفاوت العقوبات التي يفرضها القضاة عن نفس الجرائم إذا ما ارتُكبت في نفس الظروف. ٢- تشديد العقوبات بحسب جسامة الجريمة والسجل الجنائي لمرتكب الجريمة؛ وذلك لمواجهة التزايد في معدلات الجريمة الذي حدث خلال سبعينيات القرن الماضي. ٣- تقييد سلطة لجنة الإفراج المشروط من خلال إعطاء القاضي الفدرالي السلطة التقديرية المطلقة بالحكم بالمدة التي يجب على المحكوم عليه قضاؤها في السجن قبل أن تقرر اللجنة الإفراج عنه.<sup>(3)</sup>

وفي عام ١٩٨٧ أصدرت اللجنة التشريعية في الكونجرس الأمريكي جدول العقوبات الفدرالي الحالي الذي يقسم الجريمة من حيث جسامتها إلى خمسة مستويات في الجنايات وثلاثة مستويات في الجُنح؛ حيث تبدأ من الدرجة الأولى التي تُعد أكثر جساماً بحيث يقرر لكل مستوى عقوبة معينة ثابتة تُضاف إلى مجموع العقوبات الأخرى التي تحددها عوامل تشديد

(1) Peter B. Hoffman, U.S. Parole Comm'n, History of the Federal Parole System 1 (2003), available at <http://www.usdoj.gov/uspc/history.pdf>

(2) Henry J. Bemporad, An Introduction to Federal Guideline Sentencing Federal Sentencing Reporter, Vol. 10, Issue 6, P. 323 (1998).

(3) Paul J. Hofer et al., U.S. Sentencing Comm'n, Fifteen Years of Guidelines Sentencing: An Assessment of How Well the Federal Criminal Justice System Is Achieving the Goals of Sentencing Reform 4 (2004), available at [http://www.ussc.gov/15\\_year/15year.htm](http://www.ussc.gov/15_year/15year.htm)

العقوبة بشكل وجوبي؛ إذ إن القاضي الفدرالي لا يملك أي سلطة تقديرية بهذا الخصوص، كما يقسم جدول العقوبات الفدرالي السجل الجنائي إلى ثلاثة مستويات ويقرر لكل مستوى عددًا من النقاط هي عدد من الشهور التي سوف تُضاف إلى العقوبة بشكل تصاعدي، وتُعاد كل نقطة الحبس لمدة شهر واحد، فكلما زادت عقوبات المتهم السابقة زادت نقاط السجل الجنائي، ومن ثم زاد عدد شهور الحبس التي ستُضاف إلى العقوبة الرئيسية، بالإضافة إلى باقي العوامل التي نص عليها جدول العقوبات الفدرالي.<sup>(1)</sup>

### ■ ثانيًا: كيفية تطبيق جدول العقوبات الفدرالي

بعد أن تتم إدانة المتهم من قبل هيئة المحلفين يقوم مكتب الادعاء بتجهيز ملف المتهم الذي يتضمن جميع العوامل التي تساعد القاضي على تحديد العقوبة التي ينص عليها جدول العقوبات الفدرالي، مثل نوع الجريمة ودرجة جسامتها وسجل المتهم الجنائي وحالته الاجتماعية وعمره وجميع المعلومات الخاصة بالمتهم والوقائع والتفاصيل الخاصة بالجريمة، ويُقدّم هذا الملف للقاضي ومن ثم يقوم قاضي المحكمة بعد استلام الملف الخاص بالمتهم بتحديد جلسة تُسمى «جلسة تحديد العقوبة»<sup>(2)</sup> ويحدد القاضي الفدرالي خلالها العقوبة المناسبة على المتهم بعد سماع دفوع النيابة العامة بشأن تشديد العقوبة ودفوع محامي المتهم المتعلقة بتخفيف العقوبة.<sup>(3)</sup>

مثال ذلك إذا كانت الجريمة سطوًا مسلحًا وكان مرتكب الجريمة شخصًا فقيرًا في منتصف الخمسينيات ومرتوجًا ولديه أطفال وقد سبقت إدانته لارتكابه ثلاث جرائم سابقة تزيد مدة كلٍّ منها عن خمس سنوات، فإن القاضي سوف يطبق عقوبة السرقة من الدرجة الأولى التي ينص عليها الجدول الفدرالي، إلى جانب إضافة نقطتين عن كل إدانة سابقة إلى السجل الجنائي، بالإضافة إلى عمر مرتكب الجريمة الذي يُعد من فئة الخمسينيات، وهو أمر غير جيد حيث إنه كلما زاد عمر مرتكب الجريمة كلما زادت مدة العقوبة وفقًا للجدول الفدرالي؛ ومن ثم يقوم

(1) Frank O. Bowman, III, Fear of Law: Thoughts on Fear of Judging and the State of the Federal Sentencing Guidelines, 44 St. Louis U. L.J. 299, 306 (2000)), M.K.B. Darmer, The Federal Sentencing Guidelines After Blakely and Booker: The Limits of Congressional Tolerance and a Greater Role for Juries, 56 S.C. L. Rev. 533, 540 (2005).

(2) <http://www.hse.gov.uk/enforce/enforcementguide/court/sentencing-hearing.htm>

(3) <http://www.wisenberglaw.com/Federal-Sentencing.shtml>

القاضي بجمع عدد النقاط، أي شهور الحبس التي يجب أن يقضيها مرتكب الجريمة في السجن، هذا بالنسبة إلى العقوبات التي ينص عليها جدول العقوبات الفدرالي، والتي لا يملك القاضي الفدرالي أي سلطة تقديرية بشأنها، كما يجب على القاضي أن يبحث عن وجود أي عوامل لتشديد العقوبة ليضيفها إلى العقوبة الأصلية كاستخدام المتهم السلاح أثناء عملية السطو في المثال السابق، أو نضوج المتهم، أو حدوث إصابات للمتواجدين في مكان ارتكاب الجريمة، أو عدم ندم أو اكتراث المتهم، وفي النهاية يملك القاضي الفدرالي سلطة تقديرية مطلقة في تقرير الإفراج المشروط عن المتهم بعد قضائه عددًا معينًا من السنوات داخل السجن.<sup>(1)</sup>

إلا أن عوامل تشديد العقوبة وعوامل تخفيف العقوبة في القانون الفدرالي ليست جميعها سلطة تقديرية مطلقة للقاضي الفدرالي، وإنما نص القانون على بعضها كاستخدام السلاح أثناء تنفيذ الجريمة ولا يملك القاضي أي سلطة تقديرية حيالها، وبعضها يُعد جوازياً للقاضي مثل ندم مرتكب الجريمة أو فقره أو معاناته خلال طفولته أو معاناة الضحية أو تصرفات المتهم أثناء تنفيذ جريمة القتل، مثل تشديد العقوبة في حالة ارتكاب الجريمة بواسطة سلاح، حيث ينص القانون الفدرالي الأمريكي على إضافة خمس سنوات حبس إلى العقوبة الأصلية في حالة استخدام المتهم لسلاح كالمسدس أثناء تنفيذه لجريمته.<sup>(2)</sup> وفي المقابل قررت المحكمة الفدرالية العليا أن حدوث اعتداء جنسي على المتهم أثناء طفولته أو سوء المعاملة التي حدثت له وهو طفل إنما هي عوامل تُجيز للقاضي الفدرالي تخفيف العقوبة على المتهم.<sup>(3)</sup>

إلا أن الأمر المستغرب بخصوص جدول العقوبات الفدرالي هو عدم تفرقه بالنسبة إلى السجل الجنائي بين المتهم بارتكابه لجناية والمتهم بارتكابه لجُنحة كما هي الحال في قانون الجزاء الكويتي؛ إذ يُعد المتهم عائدًا ومن ثم تُشدد العقوبة وفقًا لما هو منصوص عليه في الجدول بصرف النظر عما إذا كان المتهم قد سبق أن أُدين في جنابة أو جُنحة، كما لا يعرف

---

(1) <https://www.crimdefend.com/files/federal-guidelines.pdf>

<https://www.federalcharges.com/what-are-federal-sentencing-guidelines/>

(2) 18 U.S.C § 930(b).

(3) U.S. v. Walter, 256 F.3d 891 (9th Cir. 2001), U.S. v. Brown, 985 F.2d 478 (9th Cir. 1993), U.S. v. Roe, 976 F.2d 1216 (9th Cir. 1992), U.S. v. Rivera, 192 F.3d 81, 84 (2d Cir. 1999).

مفهوم رد الاعتبار فيُعدّ المتهم عائداً مهما كانت المدة التي سبق أن أُدين فيها بارتكاب جريمة سابقة.<sup>(1)</sup>

وبناءً على المعطيات السابقة فقد أصبح للقاضي الفدرالي سلطة تقديرية مقيدة إلى حدّ ما؛ حيث أصبح ملتزماً بجدول العقوبات الفدرالي لتحديد مقدار العقوبة التي يجب أن يحكم بها على المتهم وفي عوامل التشديد والتخفيف الوجوبية المرتبطة بالجدول، وفي المقابل أصبح لدى القاضي سلطة تقديرية مطلقة في تقرير جواز الإفراج المشروط عن المتهم بعد تنفيذ عدد معين من سنوات عقوبته التي يحددها القاضي وفي تخفيف العقوبة في حالة وجود أي عوامل تخفيف جوازية أو تشديد العقوبة في حالة وجود عوامل تشديد جوازية.<sup>(2)</sup>

## • الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي لتحديد العقوبة في قانون الجزاء الكويتي

تختلف السلطة التقديرية للقاضي في قانون الجزاء الكويتي عن تلك الممنوحة للقاضي في القانون الفدرالي الأمريكي؛ حيث لا يعرف قانون الجزاء الكويتي جدولاً ينص على العقوبات التي يجب أن تُطبّق على المتهم بعد أن تتم إدانته، بل ينص قانون الجزاء الكويتي على عقوبة معينة لكل جريمة، كما ينص في الغالب على حدّ أقصى وحدّ أدنى لعدد سنوات الحبس التي يجب أن يحصل عليها المتهم بعد أن تتم إدانته مع إعطاء القاضي في كثير من الحالات سلطة تقديرية واسعة في تشديد العقوبة؛ وفي هذا الفرع سأناقش مفهوم السلطة التقديرية للقاضي لتحديد العقوبة في قانون الجزاء الكويتي ومن ثمّ أُبين حدودها، وذلك على النحو التالي:

### ■ أولاً: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي لتحديد العقوبة في قانون الجزاء الكويتي

تمنح جميع التشريعات العربية، والتي من ضمنها قانون الجزاء الكويتي، القاضي الجزائي سلطة تقديرية واسعة عند تقدير العقوبة على المتهم بعد أن يثبت ارتكابه للجريمة، وذلك من

(1) Linda Drazga Maxfield, Trends in the Criminal History Category under the Federal Sentencing Guidelines, Federal Sentencing Reporter, Vol. 13, Issue 6, P. 318 (2001).

(2) Susan R. Klein, The Return of Federal Judicial Discretion in Criminal Sentencing, Valparaiso University Law Review, Vol. 39, Issue 3, P. 693 (2005).

خلال النص على حدٍ أقصى وحدٍ أدنى للعقوبة لكل جريمة في الغالبية العظمى من نصوص قانون الجزاء وإعطاء القاضي السلطة التقديرية لتحديد عدد سنوات الحبس المناسبة بين هذين الحدين عن طريق عملية الموازنة بين جسامة الجريمة التي ارتكبها المتهم ودرجة الضرر الذي ألحقه بالمجتمع من جهة، والظروف الشخصية للمتهم التي دعت إلى ارتكاب الجريمة من جهةٍ أخرى.<sup>(1)</sup>

كما أن السلطة التقديرية للقاضي في قانون الجزاء الكويتي تُحتم عليه معاملة كل قضية بشكل مختلف عن باقي القضايا المشابهة لها والتي سبق أن حكم فيها، بل وحتى الشركاء في نفس الجريمة يجب معاملتهم بطريقة مختلفة، وذلك إعمالاً لمبدأ التفريد القضائي؛ حيث إن قانون الجزاء الكويتي لا يأخذ بمبدأ السوابق القضائية،<sup>(2)</sup> وذلك على خلاف القاضي الفدرالي الذي يلتزم بالأخذ بالسوابق القضائية وضرورة معاملة المراكز القانونية المتشابهة، سواءً من الشركاء في الجريمة أو من قضايا سابقة بطريقة متشابهة وعدم التمييز بينهم؛ لأن مبدأ الأخذ بالسوابق القضائية مبدأ دستوري ثابت وراسخ في القانون الفدرالي الأمريكي وحتى على مستوى الولاية.<sup>(3)</sup>

وبناءً على السلطة التقديرية التي يمنحها قانون الجزاء الكويتي للقاضي فإن الأخير لا يُعد مجرد موزع للعقوبات على المتهمين الذين يثبت ارتكابهم للجرائم كما هي الحال في حالة القاضي الفدرالي الأمريكي الذي تتحدد سلطته بمجرد تطبيق المعايير التي ينص عليها جدول العقوبات الفدرالي،<sup>(4)</sup> بل إن لدى القاضي الجزائي الكويتي سلطة تقديرية مرنة في هذا الشأن، وذلك من خلال تطبيق مدة الحبس التي يراها مناسبة على المتهم بين الحدين اللذين ينص عليهما قانون الجزاء.<sup>(5)</sup>

(1) الدكتور أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، ص ٨٤، ٨٥.

(2) الدكتور فاضل نصر الله، شرح القواعد العامة لقانون الجزاء الكويتي في ضوء الفقه والقضاء: الجريمة والعقوبة، الطبعة الرابعة (٢٠١١)، صفحة ٤٨٥.

(3) <http://www.lib.sfu.ca/help/research-assistance/subject/criminology/legal-information/united-states-case-law>

(4) 18 U.S.C §3533(a),(b),(c).

(5) نصوص المواد (٨١)، (٨٢)، (٨٣) من قانون الجزاء الكويتي.

والأصل العام التزام القاضي في قانون الجزاء الكويتي بالنسبة إلى العقوبة بالحدود التي ينص عليه القانون، حيث لا يستطيع تشديد العقوبة على المتهم إلى الحد الذي يتجاوز الحد الأقصى الذي نص عليه قانون الجزاء إلا إذا توافر لدى المتهم أي من عوامل تشديد العقوبة التي نص عليها قانون الجزاء، والتي سوف تتم مناقشتها في المبحث الثاني من هذا البحث.<sup>(1)</sup>

### ■ ثانيًا: حدود السُلطة التقديرية للقاضي لتحديد العقوبة في قانون الجزاء الكويتي

تتمثل سُلطة القاضي الجنائي التقديرية في حدود ما يسمح به قانون الجزاء في اختيار نوع العقوبة والالتزام بالحد الأقصى والحد الأدنى الذي ينص عليه القانون، حيث يُبين قانون الجزاء الكويتي نوع العقوبة لكل جريمة كما يُبين الحدود المتاحة للقاضي الجنائي والتي يمكنه أن يحكم على مرتكب الجريمة بموجبها.<sup>(2)</sup>

وتُسمى عملية اختيار القاضي الجنائي لنوعية العقوبة التي يمكن أن تُطبَّق على المتهم بسُلطة القاضي في الاختيار النوعي للعقوبة، أما عملية اختيار القاضي الجنائي لمقدار العقوبة التي يمكن أن تُطبَّق على المتهم، وذلك بالتزامه بالحددين الأقصى والأدنى للعقوبة اللذين ينص عليهما قانون الجزاء، بسُلطة القاضي في الاختيار الكمي للعقوبة.<sup>(3)</sup>

### ١ - سُلطة قاضي الجزاء التقديرية في الاختيار النوعي للعقوبة:

تطبيقًا لمبدأ المشروعية والتزامًا بأبعادها يعطي قانون الجزاء للقاضي سُلطة تقديرية في اختيار نوعية العقوبة التي يجب أن تُطبَّق على المتهم بعد أن تثبت إدانته بارتكابه للجريمة المتهم بارتكابها، وذلك من خلال الاختيار بين الأنواع والدرجات المختلفة للجزاء المطروحة أمامه في نصوص القانون.<sup>(4)</sup>

(1) الدكتور عبد الوهاب حومد، الوسيط في شرح القانون الجزائي الكويتي - القسم العام، طبعة (١٩٩٣)، ص ٣٦٩.

(2) الدكتور عماد حامد الشافعي، الدور الاجتماعي للقاضي في الدعوى الجنائية، طبعة (٢٠٠٧)، ص ١٩٤.

(3) الدكتور محمود نجيب حسني، دروس في العقوبة، دار النهضة (١٩٧٣)، ص ١٧.

(4) الدكتور نصر الدين عبد العظيم أبو الحسايب، السُلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، طبعة (١٩٩٨)، ص ٢١.

وتقتضي سلطة قاضي الجزاء التقديرية في الاختيار النوعي للعقوبة أن تكون له الحرية الكاملة في اختيار نوع العقوبة التي يراها مناسبة من بين العقوبات التي وضعها المُشرِّع للجريمة مراعيًا الظروف الشخصية للمتهم وظروف ارتكابه للجريمة. إلا أن سلطة قاضي الجزاء التقديرية في الاختيار النوعي للعقوبة لها صورتان، هما:

#### - الصورة الأولى: النظام الاختياري للعقوبة

في هذه الصورة يتمتع القاضي الجنائي أثناء تطبيق العقوبة بحرية اختيار العقوبة التي يراها مناسبة من بين العقوبات التي ينص عليها قانون الجزاء، سواءً كانت عقوبتين أو أكثر، ولا يلتزم القاضي في المقابل باتباع قاعدة معينة أثناء الاختيار وإن كانت السياسة التشريعية الجزائية الحديثة تتطلب أن يقوم القاضي بمراعاة السمات الشخصية لمرتكب الجريمة وظروف ارتكابه للجريمة والباعث الذي دفعه إلى ارتكاب الجريمة عند تقدير العقوبة المناسبة من بين العقوبات التي يقررها قانون الجزاء.<sup>(1)</sup>

مثال على هذه الصورة نص المادة (١٤٩) من قانون الجزاء، التي تنص على أنه «من قتل نفسًا عمدًا يُعاقب بالإعدام أو الحبس المؤبد، ويجوز أن تُضاف إليها غرامة لا تُجاوز ألفًا ومائة وخمسة وعشرين دينارًا»<sup>(2)</sup>.

كما يمكن للقاضي الجنائي أن يختار بين عقوبة الحبس أو عقوبة الغرامة كما هي الحال في نص المادة (٢٠٠) من قانون الجزاء التي تنص على أن «كل من حرض ذكرًا أو أنثى على ارتكاب أفعال الفجور والدعارة، أو ساعده على ذلك بأي طريقة كانت، يُعاقب بالحبس مدة لا تُجاوز سنة واحدة، وبغرامة لا تُجاوز ألف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين. فإذا كانت سن المجني عليه تقل عن الثامنة عشرة، كانت العقوبة الحبس مدة لا تُجاوز سنتين والغرامة التي لا تُجاوز ألفي دينار، أو إحدى هاتين العقوبتين»<sup>(3)</sup>.

(1) الدكتورة سلوى توفيق بكير، العقوبة في القانون الجنائي المصري، الطبعة الأولى (٢٠٠١) ص١٤٨. الدكتور أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، دار الثقافة للنشر (١٩٩٨)، ص١١١.

(2) نص المادة (١٤٩) من قانون الجزاء الكويتي.

(3) نص المادة (٢٠٠) من قانون الجزاء الكويتي.

## - الصورة الثانية: نظام العقوبات البديلة

في بعض الأحيان قد يُعطي المُشرِّع القاضي الجنائي سُلطة تقديرية واسعة في تبديل العقوبة، وذلك في حالة وجود نوعين من العقوبات التي ينص عليها قانون الجزاء للجريمة الواحدة، بحيث يستطيع القاضي بموجب هذه السُلطة إحلال إحدى العقوبات محل العقوبة الأخرى.

وهناك عدة أسباب لتقرير سُلطة استبدال عقوبة محل عقوبة أخرى، سواءً قبل الحكم أو بعده، منها: تعذُّر تنفيذ العقوبة الأصلية على المتهم، أو إذا قام احتمال تعذُّر تنفيذها، أو إذا كانت العقوبة البديلة من حيث التنفيذ أكثر ملاءمةً من العقوبة الأصلية بالنسبة إلى المتهم.

ولعل أوضح مثال على هذه الصورة ما قرره المادة (١٦) من قانون الأحداث الكويتي التي تنص على أنه «يجوز لمحكمة الأحداث - فيما عدا الجرائم التي تكون عقوبتها الإعدام أو الحبس المؤبد - بدلاً من توقيع العقوبات المنصوص عليها في المادة السابقة وفي الجرائم التي يجوز فيها الحبس أن تحكم على الحدث بأحد التدابير المنصوص عليها في البنود (٤) و(٥) و(٦) من المادة (٥) من هذا القانون.»<sup>(١)</sup>

إلا أنه ينبغي التأكيد على أن تطبيق هذه الصورة يتطلب أن يكون الاستبدال مباحاً من قبل المُشرِّع وألا يكون الاستبدال بهدف تغيير نوع الجريمة من جريمة عادية إلى جريمة سياسية والعكس، كما يرى البعض أن هذه الصورة من صور استبدال العقوبة لا تُطبَّق إذا كان مرتكب الجريمة شخصاً معنوياً.<sup>(٢)</sup>

أما بالنسبة إلى استبدال عقوبة الحبس بالغرامة أو العكس، فقد نص عليها قانون الجزاء الكويتي والقانون الفدرالي الأمريكي، إلا أن الغالبية العظمى من نصوص قانون الجزاء الكويتي

(١) تنص المادة (٥) من قانون الأحداث على أنه «إذا ارتكب الحَدَث الذي أتم السابعة ولم يكمل الخامسة عشرة من العمر جريمة يُحكم عليه بأحد التدابير التالية: ١- التسليم. ٢- الإلحاق بالتدريب المهني. ٣- الالتزام بواجبات معينة. ٤- الاختبار القضائي. ٥- الإيداع في إحدى مؤسسات الرعاية الاجتماعية. ٦- الإيداع في أحد المستشفيات العلاجية المتخصصة. ولا يُحكم على هذا الحَدَث بأي عقوبة أو تدبير منصوص عليه في قانون آخر عدا ما يُقضى عليه من عقوبات تنبؤية. فإذا كان لم يبلغ السابعة من عمره فلا يُتخذ في شأنه إلا تدبير التسليم أو الإيداع في أحد المستشفيات العلاجية والمؤسسات الاجتماعية المتخصصة بحسب الحالة.»

(٢) الدكتور محمد علي الكيك، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تطبيق العقوبة وتشديدها ووقف تنفيذها، دار المطبوعات الجامعية (٢٠٠٧)، ص ١٠٠.

تنص على الغرامة كعقوبة بديلة للحبس والعكس كسلطة تقديرية مطلقة للقاضي الجنائي، حيث يؤكد في نهاية النص القانوني على هذه السلطة من خلال عبارة «أو إحدى هاتين العقوبتين»<sup>(1)</sup> على عكس القانون الفدرالي الأمريكي الذي ينص على الغرامة ولكن كعقوبة تكميلية إما جوازية وإما وجوبية للقاضي أو بدون اقترانها مع عقوبة الحبس في الغالبية العظمى من الجرائم وليس كعقوبة بديلة.<sup>(2)</sup>

أما بخصوص استبدال عقوبة الحبس بالعمل لخدمة المجتمع فقد نص عليها كل من قانون الجزاء الكويتي والقانون الفدرالي الأمريكي، إلا أن الأخير ينص عليها كعقوبة تبعية كشرط لإطلاق السراح المشروط إذا كان المحكوم عليه حسن السلوك ومتعاوناً مع إدارة السجن خلال تنفيذ عقوبته، على عكس قانون الجزاء الكويتي الذي ينص عليها كعقوبة أصلية بديلة لعقوبة الحبس؛ حيث تنص المادة (٢٣٥) من قانون الجزاء على أنه «يجوز للمحكوم عليه بالحبس البسيط الذي لا تُجاوز مدته ستة أشهر، أو لمن صدر أمر بتنفيذ الغرامة عليه بالإكراه البدني، أن يطلب من مدير السجن إبدال العمل لصالح الحكومة بالحبس. ولا تزيد مدة العمل على سبع ساعات يومياً، ويُعد كل يوم من أيام العمل معادلاً ليوم من أيام الحبس، وإذا تخلف المحكوم عليه عن الحضور للعمل في المواعيد المحددة بغير عذر مقبول، أو قصر في الواجبات التي يفرضها العمل، جاز لمدير السجن أن يُصدر الأمر بإلغاء تشغيله وتنفيذ المدة الباقية من الحبس أو الإكراه البدني عليه»، إلا أن هذه المادة يُعاب عليها أن سلطة تطبيقها ليست من اختصاص القاضي وإنما يخضع تطبيقها للسلطة التقديرية لمدير السجن، وهذا الأمر مستغرب وفريد في قانون الجزاء؛ إذ إن مسألة العقوبات واستبدالها إنما هو عمل قضائي تختص به السلطة القضائية وليست السلطة التنفيذية التي يمثلها مدير السجن في هذه الحالة.<sup>(3)</sup>

---

(1) مثل ما تنص عليه المادة (٢٠٠) من قانون الجزاء الكويتي؛ حيث تنص على أن «كل من حرض ذكراً أو أنثى على ارتكاب أفعال الفجور والدعارة، أو ساعده على ذلك بأي طريقة كانت، يُعاقب بالحبس مدة لا تُجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تُجاوز ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين. فإذا كانت سن المجني عليه تقل عن الثامنة عشرة، كانت العقوبة الحبس مدة لا تُجاوز سنتين والغرامة التي لا تُجاوز ألفي دينار أو إحدى هاتين العقوبتين»، وغيرها من النصوص.

(2) 18 U.S.C § 3571 - Sentence of fine.

(3) نص المادة (٢٣٥) من قانون الجزاء الكويتي.

## ٢- سلطة قاضي الجزاء التقديرية في اختيار مقدار العقوبة:

تتمثل سلطة قاضي الجزاء التقديرية في اختيار مقدار للعقوبة في تحديد قانون الجزاء للقاضي حدًا أقصى وحدًا أدنى يقوم من خلال هذين الحدين باختيار العقوبة المناسبة، وتُعرف هذه السلطة بأنها سلطة القاضي الجنائي في تحديد العقوبة بين الحدين اللذين ينص عليهما قانون الجزاء؛<sup>(1)</sup> فالمُشرِّع في الغالب يضع عقوبات تقبل التطبيق بطبيعتها بين حدين، أحدهما حد أقصى والآخر أدنى، ويُخوّل للقاضي سلطة تطبيق العقوبة الملائمة على المتهم بين هذين الحدين.<sup>(2)</sup>

مثال ذلك ما نصت عليه المادة (١٧٨) من قانون الجزاء بأن «كل من خطف شخصًا بغير رضاه، وذلك بحمله على الانتقال من المكان الذي يقيم فيه عادةً إلى مكان آخر بحجزه فيه، يُعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تُجاوز عشر سنوات، فإذا كان الخطف بالقوة أو بالتهديد أو بالحيلة، كانت العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سبع سنوات ولا تُجاوز خمس عشرة سنة، فإذا كان المجني عليه معتموًا أو مجنونًا أو كانت سنه أقل من الثامنة عشرة، كانت العقوبة الحبس المؤبد. وفي جميع الحالات تُضاف إلى عقوبة الحبس غرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار، ولا تزيد على خمسة عشر ألف دينار»، ففي هذه المادة وضع المُشرِّع حدًا أقصى للعقوبة يتمثل في الحبس لمدة لا تزيد عن عشر سنوات كما وضع حدًا أدنى للعقوبة يتمثل في الحبس الذي لا يقل عن ثلاث سنوات؛ وعليه فإن القاضي ملتزم عند تطبيق العقوبة على المتهم بهذه الحدود.<sup>(3)</sup>

وفي المقابل لا تتأثر سلطة القاضي التقديرية في حالة وضع المُشرِّع حدًا واحدًا للعقوبة دون الحد الآخر، مثل أن ينص على ألا تتجاوز العقوبة عددًا معينًا من السنوات أو ألا تقل العقوبة عن عدد معين من السنوات، مثل المادة (٥٦) من قانون الجزاء التي تنص على أنه «... ويعاقب على الاتفاق الجنائي بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنين إذا كانت عقوبة الجريمة موضوع الاتفاق هي الإعدام أو الحبس المؤبد. أما إذا كانت عقوبة الجريمة أقل من

(1) الدكتور سولوى توفيق بكير، المرجع السابق، ص ١٤٧.

(2) الدكتور محمد على الكيك، المرجع السابق، ص ١٠٥.

(3) نص المادة (١٧٨) من قانون الجزاء الكويتي.

ذلك، كانت عقوبة الاتفاق الجنائي الحبس مدة لا تزيد على ثلث مدة الحبس المقررة للجريمة أو الغرامة التي لا يُجاوز مقدارها ثلث مقدار الغرامة المقررة للجريمة»<sup>(1)</sup>، والمادة (١٤٥) من قانون الجزاء والتي تنص على أن «كل من أزعج إحدى السلطات العامة أو الجهات الإدارية أو الأشخاص المكلفين بخدمة عمومية بأن أخبر بأي طريقة كانت عن وقوع كوارث أو حوادث أو أخطار لا وجود لها يُعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تزيد على ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين»<sup>(2)</sup>.

### ○ المطلب الثاني: العوامل التي تدفع القاضي إلى تخفيف العقوبة في القانون الأمريكي

عرّفت المحكمة الأمريكية العليا عوامل تخفيف العقوبة بأنها «مجموعة من الوقائع والحقائق التي يترتب على توافرها في الجريمة المرتكبة أو في مرتكب الجريمة تقليل مستوى المسؤولية الجنائية ومن ثم تقليل مقدار عقوبة الحبس أو عدم إمكانية تطبيق عقوبة الإعدام على المتهم»، وقد كان هذا التعريف للعوامل المخففة للعقوبة أول تعريف تتبناه المحكمة الأمريكية العليا بشكل صريح ومباشر؛ إذ تبنته المحكمة في عام ١٩٧٨، وذلك عند نظرها لقضية لو كيت ضد أوهايو<sup>(3)</sup>، التي تتلخص وقائعها في إدانة سيدة تُدعى ساندر لوكيت بارتكاب جريمة قتل من الدرجة الأولى، وتصل عقوبتها إلى الإعدام؛ وذلك لدورها الرئيسي في عملية السطو المسلح التي انتهت بقتل صاحب المتجر؛ حيث ساعدت ساندر الجناة من خلال التخطيط لعملية السطو وقيادة سيارة الهروب، بالإضافة إلى إخفاء الجناة داخل بيتها والتصرف في المسروقات، وقد حكمت محكمة الولاية على ساندر بعقوبة الإعدام على الرغم من عدم وجودها داخل المحل وقت الجريمة؛ وذلك لدورها الرئيسي في الجريمة دون النظر إلى السجل الجنائي لساندر، بالإضافة إلى تفاصيل ووقائع الجريمة؛ مما دعا محاميها إلى الطعن على الحكم أمام المحكمة الأمريكية العليا التي راجعت الجريمة ووقائع القضية وتفصيلها والسجل

(1) نص المادة (٥٦) من قانون الجزاء الكويتي.

(2) نص المادة (١٤٥) من قانون الجزاء الكويتي.

(3) Lockett v. Ohio, 438 U.S. 586 (1978).

الجنائي لساندرا، ثم حكمت بعدم دستورية تطبيق عقوبة الإعدام على ساندرا؛ وذلك لوجود عوامل لتخفيف العقوبة تتمثل في خلوّ السجل الجنائي من أي إدانات لجرائم جنائيات، بالإضافة إلى الجوانب الشخصية؛ حيث ثبت للمحكمة وقوع ساندرا تحت تأثير صديقها الذي أطلق النار على صاحب المتجر، كما أضافت المحكمة الأمريكية العليا عامل تخفيفٍ جديدًا يجب على محاكم الولايات النظر إليه وفحصه، وهو دور المتهم في الجريمة وحقيقة وجوده في مكان ارتكاب الجريمة من عدمه، وبحكم المحكمة الأمريكية العليا تم تبديل عقوبة ساندرا لتصبح الحبس المؤبد بدون فرصة إطلاق السراح المشروط.<sup>(1)</sup>

وبعد تسع سنوات عادت المحكمة الأمريكية العليا وأكدت على التعريف السابق، وذلك أثناء نظرها لقضية هيتشكوك ضد دوجر؛<sup>(2)</sup> حيث حكمت هيئة المحلفين لمحكمة ولاية فلوريدا بتطبيق عقوبة الإعدام على شخص يُدعى ريتشارد هيتشكوك، وذلك بعد أن منعهم القاضي من النظر إلى أي عوامل لتخفيف العقوبة؛ وذلك لبشاعة تفاصيل الجريمة؛ حيث حكمت المحكمة الأمريكية العليا بعدم دستورية عقوبة الإعدام؛ وذلك لتجاهل هيئة المحلفين الظروف والعوامل المخففة التي بدت واضحة في وقائع الدعوى، وإعادة محاكمة المتهم من جديد مع الأخذ بعين الاعتبار عوامل وظروف تخفيف العقوبة التي نص عليها قانون الولاية، وبعد حكم المحكمة الأمريكية العليا في قضية هيتشكوك أصبح إلزامًا على جميع محاكم الولايات وهيئات المحلفين فحص ومراجعة عوامل تخفيف العقوبة التي ينص عليها القانون والتأكد من توافرها في المتهم قبل النطق بالعقوبة.<sup>(3)</sup>

وعلى الرغم من تعدد عوامل تخفيف العقوبة أو اختلافها وتتنوعها، فإن المُشرّعين في الولايات الأمريكية يختلفون في تبيّي بعض هذه العوامل بحسب ثقافة كل مجتمع؛ فعلى سبيل المثال تركز الولايات التي تقع في منتصف الولايات المتحدة الأمريكية على الظروف الشخصية المخففة للعقوبة، مثل زواج المتهم وأسرته وارتياحه للكنيسة وخدمته للمجتمع وندم المتهم وغيرها من الظروف الشخصية المخففة للعقوبة، في حين تركز الولايات الشرقية والغربية مثل ولاية نيويورك ولوس أنجلوس على الظروف المخففة المرتبطة بالجريمة مثل دور المتهم في الجريمة

(1) <https://www.oyez.org/cases/1977/76-6997>

(2) *Hitchcock v. Dugger*, 481 U.S. 393 (1987)

(3) <https://www.oyez.org/cases/1986/85-6756>

وعدم استخدامه سلاحًا أثناء ارتكاب الجريمة والأسباب الاقتصادية التي دفعته إلى ارتكاب الجريمة، بالإضافة إلى عدم حصول المتهم على عمل وقدراته العقلية وغيرها من الأسباب الاقتصادية المخففة للعقوبة.<sup>(1)</sup>

إلا أن هناك عوامل مخففة للعقوبة تشترك فيها جميع الولايات الأمريكية بصرف النظر عن خلفيتها الاجتماعية أو الاقتصادية مصب سجل المتهم الجنائي، وهل سبق له ارتكاب جرائم وسن المتهم؛ حيث يمنح الأحداث حتى سن الثامنة عشرة عقوبات أخف من تلك التي يحصل عليها المتهمون الراشدون، كما يُعدّ اعتراف المتهم بالذنب من أهم أسباب تخفيف العقوبة في النظام القضائي الأمريكي؛ وتُعدّ هذه العوامل المخففة للعقوبة مشتركة بين جميع الولايات الأمريكية والقانون الفدرالي، ولا يخلو قانون الولايات أو القانون الفدرالي من هذه العوامل.<sup>(2)</sup>

هذا وتُعدّ عوامل تخفيف العقوبة، سواءً كانت عوامل تخفيف عقوبة الحبس أو عوامل تخفيف عقوبة الإعدام، من الأمور القانونية الجوهرية في قوانين الولايات، وكذلك القانون الفدرالي؛ لذلك يترتب على عدم الأخذ بأيٍّ منها أو تجاهلها بطلان الحكم ومن ثمّ بطلان العقوبة من قبل المحكمة العليا للولاية أو من قبل المحكمة الأمريكية العليا ومن ثمّ إعادة محاكمة المتهم، وهذا ما أكدته المحكمة الأمريكية العليا في العديد من القضايا؛ وذلك كون عوامل تخفيف العقوبة التي ينص عليها قانون الولاية أو القانون الفدرالي والموضوعة من قبل المُشرّعين من الحقوق القانونية الجوهرية للمتهم في مرحلة تقدير العقوبة من قبل هيئة المحلفين أو القاضي.<sup>(3)</sup>

ولكون عوامل تخفيف العقوبة من القواعد القانونية الجوهرية فإنه يلزم القاضي الذي يدير جلسات المحاكمة أن يلفت انتباه هيئة المحلفين في الأحوال التي تقرر فيها الهيئة تقدير العقوبة المناسبة إلى وجود جميع عوامل تخفيف العقوبة إذا كانت متوافرة في شخصية المتهم أو ظروف ارتكاب الجريمة؛ حيث يترتب على عدم قيام القاضي بهذا الإجراء بطلان العقوبة وكل

(1) Jacobson, J., & Hough, M. (2007). Mitigation: The role of personal factors in sentencing.

(2) Tudor, S. K. (2008). Why should remorse be a mitigating factor in sentencing?. *Criminal Law and Philosophy*, 2(3), 241-257.

(3) Kremling, J., Smith, M. D., Cochran, J. K., Bjerregaard, B., & Fogel, S. J. (2007). The role of mitigating factors in capital sentencing before and after *McKoy v. North Carolina*. *Justice Quarterly*, 24(3), 357-381.

ما يترتب عليها من إجراءات ومن ثم إعادة تقدير العقوبة على المتهم من قبل هيئة محلفين مختلفة، إلا أن إعادة الإجراءات في هذه الحالة يتركز فقط على إعادة تقدير العقوبة المناسبة في ظل وجود عوامل تخفيف العقوبة وليس إعادة محاكمة المتهم؛ وذلك لكون هيئة المحلفين السابقة التي لم تأخذ بعوامل التخفيف قد قررت إدانة المتهم ومن ثم لا تجوز إعادة محاكمة المتهم مرةً أخرى إلا إذا وُجد مبرر قانوني مثل مخالفة قانون الإجراءات أو حقوق المتهم الدستورية.<sup>(1)</sup>

والجدير بالذكر بشأن عوامل تخفيف العقوبة اعتبارها ملزمة لهيئة محلفين المحاكمة أو للقاضي في الأحوال التي يقرر هو العقوبة متى توافر أيٌّ منها بالمتهم أو بظروف ارتكابه للجريمة؛ وعليه لا تملك هيئة المحلفين أو القاضي أي سلطة جوازية بشأن الأخذ بالظروف المخففة للعقوبة من عدمه متى ما توافر في شخصية المتهم أو الظروف التي تمت من خلالها الجريمة.<sup>(2)</sup>

وفي النهاية يميز القانون الأمريكي بين ظروف تخفيف العقوبة في حالة الجرائم التي يترتب على إدانة المتهم فيها عقوبة الحبس، وبين الظروف المخففة للعقوبة في الجرائم المعاقب عليها بعقوبة الإعدام؛ وذلك لكون عوامل تخفيف عقوبة الإعدام لم يتبناها المُشرِّعون في الولايات؛ الأمر الذي أدى إلى تدخل المحكمة الأمريكية العليا لتقرر في عدة مناسبات عوامل تخفيف عقوبة الإعدام.<sup>(3)</sup>

وعليه سوف يتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين؛ حيث تتم في الفرع الأول مناقشة عوامل تخفيف العقوبة في العقوبات السالبة للحرية، ثم يتم في الفرع الثاني بيان وتوضيح عوامل تخفيف العقوبة في حالة عقوبة الإعدام، وذلك على النحو التالي:

---

(1) Sikora, D. W. (2001). Differing Cultures, Differing Culpabilities: A Sensible Alternative: Using Cultural Circumstances as as Mitigating Factor in Sentencing. Ohio St. LJ, 62, 1695.

(2) Garvey, S. P. (1998). Aggravation and mitigation in capital cases: What do jurors think?. Columbia Law Review, 1538-1576.

(3) Butler, B. M., & Moran, G. (2002). The role of death qualification in venirepersons' evaluations of aggravating and mitigating circumstances in capital trials. Law and Human Behavior, 26(2), 175-184.

## • الفرع الأول: عوامل التخفيف في العقوبات السالبة للحرية

عوامل التخفيف في العقوبات السالبة للحرية هي مجموعة من الظروف والوقائع التي يمكن أن تتوافر في شخصية المتهم أو ظروف وملابسات ارتكابه للجريمة، والتي لا دخل للمتهم في وجودها أو حدوثها، بحيث تؤدي هذه الظروف والوقائع إلى تخفيف الحد الأدنى للعقوبة المقرر بالقانون،<sup>(1)</sup> وعوامل تخفيف عقوبة الحبس مقررة في الولايات المتحدة الأمريكية والقانون الفدرالي على سبيل الحصر، وذلك على النحو التالي:

### ■ أولاً: الاعتراف بالذنب

مفاوضات الاعتراف بالذنب من المسائل الإجرائية القليلة جداً التي لم تُعرّفها المحكمة الأمريكية، كما لم يتفق الفقهاء على تعريف موحد لها؛<sup>(2)</sup> حيث يُعرّفها البعض بأنها «عملية تفاوض بين المتهم وسلطة الادعاء العام يتم من خلالها موافقة المتهم على إقراره بارتكاب الجريمة المتهم بها في مقابل تنازل هذا الأخير عن حقه في المحكمة، بحيث يفقد فرصته في البراءة في مقابل تخفيف العقوبة عنه أو تغيير وصف الجريمة أو إسقاط بعض التّهم، وفي بعض الحالات التوصية بمنح المتهم اختبار القضائي عند تحديد العقوبة».<sup>(3)</sup> حيث تُجنّب مفاوضات الاعتراف بالذنب سلطة الادعاء العام في حالة نجاحها الإجراءات الطويلة والمعقدة لمحاكمة المتهم وما يترتب عليها من جهد ووقت في سبيل عدم تطبيق العقوبة التي نص عليها القانون على المتهم، وتطبيق عقوبة أقل من تلك التي يُفترض تطبيقها في مثل هذه الجرائم. هذا ويُعد الاعتراف بالذنب كإجراء من إجراءات العدالة الجزائية في القانون الأمريكي من أهم الإجراءات الجزائية بسبب الفائدة الكبيرة العائدة على النظام القضائي والعدالة الجزائية من تبني هذا الإجراء؛ حيث يؤدي الاعتراف بالذنب في مقابل تخفيف العقوبة على المتهم إلى

(1) Weeks v. Angelone, 528 U.S. 225 (2000)

(2) Guidorizzi, D. D. (1998). Should we really ban plea bargaining: The core concerns of plea bargaining critics. Emory Lj, 47, 753.

<http://www.law.emory.edu/ELJ/volumes/spg98/guido.htm>

(3) Arrigo, J. P. (1993). United States v. Robison and the Enforcement of Plea Bargains across Federal Jurisdictional Lines: To Bind or Not to Bind. DePaul L. Rev., 43, 909. The Concise Columbia Electronic Encyclopaedia <http://www.encyclopedia.com/articles/10291.htm>. Anonymous <http://www.thebestdefence.com/criminalprocess/thecase/bargaining.htm>

حتمية إدانة المتهم وعدم إفلاته من العقوبة، كما يؤدي إلى تسريع إجراءات المحاكمة ومن ثم صدور حكم على المتهم دون إجراء المحاكمة التي يمكن أن تستمر لأسابيع، وفي بعض الأحيان تستمر لشهور كثيرة، كما يؤدي الاعتراف بالذنب في مقابل تخفيف العقوبة إلى تقوية إمكانية إدانة الفاعل الأصلي في الجريمة، وذلك في حالة ارتكاب الجريمة بواسطة أكثر من شخص؛ حيث تلجأ سلطة الادعاء العام في حالة ما إذا رغبت في تقوية أدلة الاتهام ضد الفاعل الأصلي في الجريمة إلى إجراء مفاوضات مع أحد الشركاء لتخفيف لائحة الاتهام ضده أو إعطائه وعدًا بتطبيق عقوبة مخففة عليه في مقابل أن يكون شاهدًا ضد الفاعل الأصلي والكشف عن تفاصيل الجريمة وأدلتها، وأخيرًا يؤدي الاعتراف بالذنب في مقابل تخفيف العقوبة إلى توفير الكثير من المال للولاية.

وقد أصبح الأخذ بمفاوضات الاعتراف بالذنب في مقابل تخفيف العقوبة شائعًا جدًا في النظام القضائي الأمريكي، سواءً على مستوى الولاية أو مستوى القانون الفدرالي إلى الدرجة التي أصبح فيها الأخذ بهذه المفاوضات يشكل نسبة ٩٥٪ من مجموع الجرائم المرتكبة؛ وذلك للفائدة الرئيسية العائدة على المتهم من تخفيف العقوبة عليه في مقابل اعترافه بارتكابه للجريمة والفوائد العائدة على العدالة الجزائية المتمثلة في حتمية إدانة المتهم بجهد قليل ووقت قصير. هذا وقد تبنت المحكمة الأمريكية العليا مفاوضات الاعتراف بالذنب كعامل من عوامل تخفيف العقوبة أول مرة عند مراجعتها لقضية الولاية ضد براون؛<sup>(١)</sup> حيث حكمت المحكمة بأن الاعتراف الذي يبرر تخفيف العقوبة على المتهم يجب أن يكون نابغًا عن إرادة حرة ولا يسبقه أي ترغيب أو تهريب من قبل سلطات الاتهام، وهذا الأمر لم يتحقق في قضية براون؛ حيث ثبت للمحكمة من خلال سجلات القضية عدم وجود أي إكراه مُورس على المتهم؛ حيث اعترفت

---

(١) تتلخص القضية في اتهام شخص يُدعى جون براون بارتكابه جريمة شهادة الزور والحنت في اليمين في عام ١٨٨٣، وقُبض عليه بناءً على أمر قاضي المقاطعة، وقد دخل المتهم في اتفاق مع سلطة الاتهام بأنه إذا اعترف بارتكابه الجريمة فإنها سوف تستخدم نفوذها عند القاضي لكي يحصل على حكم مخفف أو وقف تنفيذ العقوبة، إلا أن القاضي حكم عليه بالحبس مدة سنة وستة أشهر، وقد طعن المتهم على الحكم على أساس أن سلطة الاتهام قد مارست عليه الإكراه بأنها سوف تقوم بزيادة لائحة الاتهام في حالة عدم اعترافه بالذنب، وأنه إذا اعترف فإنه سوف يحصل على حكم مخفف أو وقف تنفيذ العقوبة من خلال استخدام نفوذها مع القاضي.

People v. Brown 54 Mich. 15, 19 N.W. 571 (1884)

المحكمة ولأول مرة في تاريخها بإمكانية تخفيف العقوبة في مقابل اعتراف المتهم بالجريمة وإن لم تُشير المحكمة صراحةً إلى حدوث مفاوضات مع المتهم للحصول على الاعتراف.<sup>(1)</sup>

### ■ ثانيًا: السجل الجنائي للمتهم

يُعدّ السجل الجنائي للمتهم من أكثر عوامل تخفيف العقوبة استخدامًا في المحاكم الأمريكية؛ وذلك لوضوح السجل الجنائي للمتهم وعدم إمكانية تزويره أو تزييفه كما هي الحال في البيان أو التصريح الختامي للمحاكمة الذي يُلقيه المتهم أمام هيئة المحلفين ليُبين فيه ندمه وأسفه على ارتكاب الجريمة الذي يمكن تزييفه بسهولة؛ فالسجل الجنائي للمتهم هو التاريخ الإجرامي للمتهم، وكلما خلا هذا السجل من ارتكاب الجرائم قام القاضي بتخفيف العقوبة على المتهم والعكس صحيح.<sup>(2)</sup>

هذا وتتبنى جميع الولايات الأمريكية<sup>(3)</sup> إلى جانب القانون الفدرالي هذا العامل من عوامل تخفيف العقوبة؛ حيث تنص قوانينها صراحةً على أنه في حالة خلوّ السجل الجنائي للمتهم من السوابق الجنائية فإن هذا العامل من عوامل تخفيف العقوبة يبرر للقاضي تخفيف العقوبة؛ ومن ثمّ يمكنه الوصول إلى الحد الأدنى للعقوبة في الحكم على المتهم.<sup>(4)</sup>

### ■ ثالثًا: العوامل الشخصية في القانون الفدرالي

نص القانون الفدرالي الأمريكي على مجموعة من عوامل التخفيف الشخصية التي تبرر للقاضي في حالة وجود أيّ منها تخفيف العقوبة على المتهم، وهذه العوامل هي:

#### ١ - ضعف القدرات الشخصية للمتهم

يُعدّ ضعف القدرات الشخصية للمتهم من العوامل التي تبرر للقاضي تخفيف العقوبة للوصول إلى الحد الأدنى منها، ويُقصد بالقدرات الشخصية للمتهم درجة ذكائه التي تُحدّد من

(1) الدكتور يوسف المطيري، مفاوضات الاعتراف بالذنب - دراسة في القانون الأمريكي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة الكويت، إصدار خاص، السنة الخامسة والأربعون، يونيو ٢٠٢١.

(2) Lockett v. Ohio, 438 U.S. 586 (1978)

(3) <https://www.cga.ct.gov/2001/rpt/2001-R-0487.htm>

(4) 18 U.S. Code § 3592, (a), (5) - Mitigating and aggravating factors

خلال المستوى التعليمي الذي وصل إليه؛ حيث يبرر عدم تمتع المتهم بالذكاء الكافي لمعرفة عواقب أفعاله للقاضي تخفيف العقوبة، ودرجة ذكاء المتهم تُحدّد من خلال مجموعة من الاختبارات التي تُجريها لجنة تتكون من أطباء نفسيين على المتهم بطلب من محامي المتهم وموافقة القاضي.<sup>(1)</sup>

## ٢- ممارسة إكراه على المتهم

لا يعترف القانون الفدرالي بالإكراه كمانع من موانع المسؤولية الجنائية كما هي الحال في قانون الجزاء الكويتي؛ حيث يُعتبر القانون الفدرالي الأمريكي تعرّض المتهم للإكراه أثناء ارتكابه للجريمة عامل من العوامل التي تبرر للقاضي تخفيف العقوبة، وتقدير توافر حالة الإكراه تخضع للسلطة التقديرية المطلقة للقاضي.<sup>(2)</sup>

## ٣- المشاركة الخفيف بالجريمة

في القانون الفدرالي الأمريكي تؤثر درجة جسامة دور المتهم بالجريمة في تخفيف العقوبة عليه؛ حيث يجيز القانون الفدرالي للقاضي في حالة كانت درجة مشاركة المتهم في الجريمة ليست جسيمة أن يخفف العقوبة عليه، إلا أن تقدير توافر درجة جسامة مشاركة المتهم في الجريمة تخضع للسلطة التقديرية المطلقة للقاضي بحسب ظروف وملابسات الجريمة.<sup>(3)</sup>

## ■ رابعاً: الأحداث

خصص المُشرّع الأمريكي قانوناً خاصاً لعقوبات الأحداث كما هي الحال في القانون الكويتي، والحدث في القانون الفدرالي هو «الشخص الذي لم يبلغ تمام الثماني عشرة سنة»،<sup>(4)</sup> ومن خلال مراجعة القانون الفدرالي الأمريكي يتبين لنا أن المسؤولية الجنائية الكاملة تتوافر لدى الشخص بمجرد بلوغه ثمانية عشر عاماً، بينما حدد القانون الفدرالي الأمريكي حدّاً أدنى

(1) 18 U.S. Code § 3592, (a), (1)

(2) المرجع السابق، الفقرة الثانية.

(3) نفس المرجع، الفقرة الثالثة. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/3592>

(4) 18 U.S.C.A. & 5031

لقيام المسؤولية الجنائية؛ حيث يفترض القانون توافر المسؤولية الجنائية للحدث من لحظة بلوغه سن السابعة من عمره حتى بلوغه تمام الثمانية عشر عامًا ومن ثم يخضع للقواعد القانونية التي ينظمها قانون الأحداث الفدرالي.

إلا أنه على مستوى القوانين المحلية في الولايات الأمريكية، نجد أن هذه القوانين لم تتفق مع القانون الفدرالي على اعتبار بلوغ الحدث سن الثامنة عشرة قرينة على توافر المسؤولية الجنائية الكاملة، حيث تنص قوانين بعض الولايات - كولاية نيويورك - على أن الحدث هو «الشخص الذي لم يبلغ تمام السادسة عشرة من عمره»<sup>(1)</sup> والبعض الآخر ينص على أن الحدث هو «الشخص الذي لم يبلغ سن السابعة عشرة»<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة إلى السن المطلوبة لقيام المسؤولية الجنائية، فقد اختلفت الولايات الأمريكية في تحديد الحد الأدنى المطلوب لقيام المسؤولية الجنائية؛ حيث نصت قوانين إحدى عشرة ولاية على اعتبار أن الحدث هو الشخص الذي أتم عمره عشر سنوات، فيما اعتبرت ولايتان أن الحدث هو الطفل الذي بلغ عمره ثماني سنوات، فيما اتفقت سبع وثلاثون ولاية<sup>(3)</sup> مع القانون الفدرالي الأمريكي؛ حيث افترضت هذه الولايات توافر المسؤولية الجنائية للحدث بمجرد بلوغه سن السابعة من عمره،<sup>(4)</sup> كما هي الحال بالنسبة إلى المشرع الكويتي،<sup>(5)</sup> واعتبرت ولاية واحدة أن الحدث هو الذي يبلغ من العمر ست سنوات.<sup>(6)</sup>

خلال القرن الثامن عشر كانت تتم معاملة الأحداث الذين يرتكبون جرائم في الولايات الأمريكية بدون أي رافة؛ حيث كانت تتم معاملتهم بطريقة مساوية للمعاملة التي يحصل عليها البالغون في الولايات الأمريكية حتى بداية التاسع عشر عندما بدأ المجتمع الأمريكي ينظر إلى الأحداث بشكل مختلف، وذلك بعد نجاح المعنيين بحقوق الأطفال وجمعيات الدفاع عن الطفولة

(1) McKinney's Family Court Act § 301.2

(2) V.T.C.A., Family Code § 51.02

(3) <http://www.jjgps.org/jurisdictional-boundaries>

(4) Snyder, Howard and Sickmund, Melissa (1999). Juvenile offenders and victims: 1999 national report. Washington, D.C.: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention.

(5) تُقَرَّر المادة (٢) من قانون الأحداث الكويتي أنه «لا يُسأل جزائيًا الحدث الذي لم يبلغ من العمر سبع سنوات كاملة وقت ارتكاب أي واقعة تُشكّل جريمة يُعاقب عليها القانون.» انظر في ذلك د. يوسف المطيري، الوجيز في شرح قانون الجزاء الكويتي، الطبعة الأولى، ٢٠١٣، ص ٣١٢ وما بعدها.

(6) MINIMUM AGES OF CRIMINAL RESPONSIBILITY IN THE AMERICAS, <https://www.crin.org/en/home/ages/Americas>

بإقناع المجتمع الأمريكي بأن الأطفال حتى سنٍ معينة يجب أن يُعاملوا من الناحية القانونية بطريقة مختلفة عن الطريقة التي يُعامل بها القانون البالغين<sup>(1)</sup> بسبب عدم اكتمال مداركهم وعدم قدرتهم على فهم وإدراك العواقب التي يمكن أن تترتب على تصرفاتهم، كما أن الأحداث الجانحين يجب أن يُحاكَموا في محاكم جنائية منفصلة عن المحاكم المخصصة للبالغين، إلى جانب ضرورة حبس الأحداث الذين تتم إدانتهم في سجون تختلف عن سجون البالغين؛ لأن عملية تأهيلهم تختلف عن عملية تأهيل البالغين؛ لذلك بدأت المطالبات بضرورة إنقاذ الأحداث الجانحين، وذلك بحبسهم في سجون مستقلة تحتوي على برامج تأهيلية وتعليمية تتناسب مع أعمارهم ليعودوا أفرادًا منتجين ومستقيمين في المجتمع بدلًا من تدميرهم بإرسالهم إلى سجون البالغين.<sup>(2)</sup>

وقد ساعدت نتائج الدراسات والبحوث التي أُجريت على الأحداث الجانحين في تلك الفترة الشعب الأمريكي على تقبل فكرة أن يُعامل الأحداث الذين يرتكبون جرائم بطريقة مختلفة عن البالغين الذين يرتكبون جرائم؛ حيث أشارت نتائج هذه الدراسات إلى أن الأسباب التي تدفع الأطفال إلى ارتكاب الجرائم تختلف بشكلٍ واضح وكبير عن الأسباب التي تدفع البالغين إلى سلوك طريق الجريمة.<sup>(3)</sup>

وبالفعل تبنت ولاية ماساتشوستس (بوسطن)<sup>(4)</sup> الاقتراح وأنشأت ملاجئ وبيوتًا ليتم إرسال الأحداث الجانحين إليها بدلًا من سجنهم في سجون البالغين لتتم إعادة تأهيلهم وفق برامج

---

(1) Christine T. Greenwood, Holding Parents Criminally Responsible for the Delinquent Acts of Their Children: Reasoned Response or “Knee-Jerk Reaction” ?, 23 J. Contemp. L. 401, 413-22 (1997).

(2) Sanford J. Fox, Juvenile Justice Reform: An Historical Perspective, 22 Stan. L. Rev. 1187, 1190 (1970).

(3) وفقًا لتلك الدراسات اتضح أن الأسباب التي تدفع الأطفال إلى ارتكاب الجرائم هي الفقر والإهمال الأسري؛ حيث أكدت نتائج الأبحاث أن الغالبية العظمى من الأحداث الجانحين الذين شملتهم الدراسات والأبحاث يعانون من تفكك أسري أو فقر، أو أنهم من الأطفال المهملين أو الذين يعيشون في بيئات غير ملائمة تربويًا بسبب إجرام أحد الوالدين. كما أشارت هذه الدراسات إلى أن هؤلاء الأطفال يمكن إنقاذهم ومعالجة سلوكهم من خلال محاكمتهم وحبسهم بطريقة تختلف عن البالغين، ووضع البرامج التأهيلية التي تتناسب مع أعمارهم ومع طبيعتهم العقلية والصحية والنفسية.

Wiley B. Sanders, Id , at 345-53

(4) Act of Mar. 4, 1826, ch. 182, § 3, [1826] Mass. Laws 327.

تعليمية وتدريبية تُسهم في إزالة النزعة الإجرامية لديهم.<sup>(1)</sup> وقد كان قانون إرسال الأحداث الجانحين إلى ملاجئ وبيوت إعادة تأهيل في جميع الولايات يقوم على خمسة مبادئ رئيسية، هي: أولاً: قضائية الإجراءات، يقوم القاضي المختص بنظر الدعوى بعد سماع مرافعة النيابة والدفاع بالحكم بإرسال الحدث الذي يثبت ارتكابه للجريمة إلى أحد الملاجئ والبيوت المخصصة لإعادة تأهيل الأحداث الجانحين. ثانياً: فئة محددة، الأحداث الذين تبلغ أعمارهم تمام سبع سنوات وتقل أعمارهم عن السادسة عشرة يجب حبسهم وإعادة تأهيلهم في بيئة معزولة عن المساجين البالغين. ثالثاً: بيئة مغايرة، إبعاد الأحداث الذين تتم إدانتهم من قبل المحكمة عن البيئة التي نشؤوا فيها ليتم إرسالهم إلى الملاجئ والبيوت التي تقع في الولايات الأخرى بهدف إعادة تأهيلهم في بيئة تختلف عن البيئة التي نشؤوا فيها. رابعاً: ضابط زمني، المدة التي يجب أن يقضيها الأحداث الجانحون في ملاجئ إعادة التأهيل لا يحددها نوع الجريمة ودرجتها، بل درجة استجابة الحدث لعملية إعادة التأهيل. خامساً: عدم القابلية لفكرة المراجعة القضائية، لا يجوز الطعن بالاستئناف على القرارات الخاصة بالحدث الجانح والتي تُصدرها الجهات المخولة قانوناً بإدارة الملاجئ والبيوت الخاصة بإعادة تأهيل الأحداث الجانحين.<sup>(2)</sup>

واستمر العمل بهذه الطريقة التي كان يتم من خلالها إعادة تأهيل الأحداث الجانحين بدلاً من إرسالهم ليتم سجنهم في سجون البالغين حتى عام ١٨٧٠ عندما قضت المحكمة الفدرالية

---

(1) على في عام ١٨٢٩ أنشأت ولاية بنسلفانيا ملاجئ وبيوت الأحداث الجانحين الخاصة بها، وبحلول عام ١٨٤٠ توقفت جميع الولايات الأمريكية عن إرسال الأحداث الذين يرتكبون جرائم ليتم سجنهم في السجون المخصصة للبالغين؛ حيث أنشأت الغالبية العظمى من الولايات الأمريكية ملاجئ وبيوت استقبال خاصة بها للأحداث الجانحين، أما الولايات التي لم تنشئ ملاجئ وبيوت لسجن الأحداث الجانحين فقد كانت قوانينها تنص على ضرورة إرسالهم إلى الولايات التي لديها ملاجئ وبيوت لإعادة تأهيل الأحداث الجانحين.

Sanford J. Foxa Juvenile Justice Reform: An Historical Perspective, 22 Stan. L. Rev. 1187 P. 10 (1970).

(2) SOCIETY FOR THE REFORMATION OF JUVENILE DELINQUENTS, ANNUAL REPORT No. 15, P. 9-15, (1840).

العليا لولاية إيلينوي بعدم دستورية الكثير من الإجراءات القانونية التي ينص عليها قانون إنشاء هذه الملاجئ.<sup>(1)</sup>

وفي عام ١٩٠٢، أي بعد ثلاث سنوات من إنشاء محكمة الأحداث في ولاية إيلينوي، أنشأ القانون الفدرالي للأحداث محكمة الأحداث الفدرالية.<sup>(2)</sup>

وفي عام ١٩٠٩ بدأت الانتقادات تُوجّه إلى القانون بسبب طريقة محاكمة الأحداث، حيث كانت محاكمتهم تتم بنفس الإجراءات التي تتم بها محاكمة البالغين ولكن أمام محكمة أحداث، وقد طالب المهتمون بحقوق الأطفال وجمعيات حماية الطفل في الولايات المتحدة بضرورة فصل محكمة الأحداث عن محكمة البالغين ليستقل الأحداث بمحكمة مستقلة ومنفصلة عن محكمة البالغين؛ لأن الإجراءات القانونية والضمانات القضائية التي يُعامل بها الأحداث يجب أن تختلف عن تلك الإجراءات المعمول بها في محاكم البالغين بسبب عدم اكتمال مدارك الأحداث العقلية وعدم فهمهم لطبيعة تصرفاتهم، وبالفعل نجح المدافعون عن حقوق الأطفال في مساعدتهم؛ حيث قامت محكمة الأحداث الفدرالية في عام ١٩٢٢ بإنشاء أول محكمة جنائية

---

(1) في تلك القضية كان الفصل الأول من قانون إرسال الأحداث الجانحين ينص على حق السلطات في ولاية إيلينوي على إرسال الأطفال الذين يتسولون والذين يتسكعون في الشوارع والهاربين من منازل ذويهم بدون محاكمة، وذلك كإجراء وقائي<sup>1</sup>، وقد تم إرسال دانييل أوكونيل إلى أحد ملاجئ تأهيل الأحداث في ولاية إيلينوي بسبب ضبطه من قبل شرطة الولاية وهو يتسكع في شوارع مدينة شيكاغو، وقد استطاعت المحكمة الفدرالية العليا من خلال الدعوى التي رفعها والدا دانييل على سلطات الولاية من مراجعة إجراءات إرسال الأحداث لتتم إعادة تأهيلهم فيها، وقضت بأن سوء حظ الطفل وعدم وجود أبوين للطفل وتشردّه لا يُعد جريمة يُعاقب عليها، كما أن الادعاء بمكافحة الجريمة يجب ألا يتم من خلال مخالفة الإجراءات التي ينص عليها القانون، وأضافت المحكمة أن حق الأطفال في الحرية لا يمكن انتهاكه لأي سبب من الأسباب دون اتباع الإجراءات القانونية التي ينص عليها الدستور الأمريكي، والتي من أهمها الحق في استئناف الأحكام وتحديد المدة التي يجب على المحكوم عليه قضاؤها في السجن، أي إن حقوق الولاية في إعادة تأهيل المتهمين المحكوم عليهم يجب ألا يتعارض مع الحقوق والمبادئ التي ينص عليها الدستور.

People ex rel. O'Connell v. Turner, 55 Ill. 280, 281, 8 Am. (1870).

(2) وقد نشأت هذه المحاكم بعد الانتقادات التي وُجّهت إليها لعدم وجود محكمة لمحاكمة الأحداث الجانحين على الرغم من اعتبارها الولاية الأكثر إرسالاً للأحداث الجانحين إلى الولايات الأخرى، وقد نص قانون إنشاء محكمة الأحداث لولاية نيويورك على اختصاص المحكمة بمحاكمة الأحداث الذين لم يبلغوا سن السادسة عشرة، ولكن المحكمة لم تكن مستقلة، بل كانت فرعاً من المحكمة الجنائية لمحاكمة البالغين وتسري عليها نفس الإجراءات القانونية والإدارية والضمانات التي تسري على محكمة البالغين.

N. Y. Laws, 1902, ch. 590.

مستقلة لمحاكمة الأحداث الذين يرتكبون جرائم والذين لم تبلغ أعمارهم تمام ستة عشر عامًا.<sup>(1)</sup> إلا أن القانون الجديد لإنشاء محكمة الأحداث المستقلة نص على حق المحكمة التي تنظر الدعوى بأن تُحيل الحدث الذي يبلغ عمره خمسة عشر عامًا إلى محكمة البالغين ليُحاكَمَ بها كبالغ في حالة ارتكابه لجرائم معينة، مثل جرائم القتل بمُختلف درجاته والجرائم الجنسية، إذا كانت عقوبتها تشكل جنائية، والخطف والسطو والسرقعة وحيازة السلاح داخل مدرسة والحرق والاعتداء البليغ والشروع في القتل، كما قرر القانون نفسه بفقرته الثانية على أن يُنقل الحدث الذي تتم إدانته من قِبَل محكمة البالغين إلى السجون المخصصة للبالغين ليعنف العقوبة المحكوم بها فيها كبالغ ويُعامل الحدث نفس معاملة البالغ بالنسبة إلى العقوبات التبعية، ومن هنا تكوّن المبدأ القانوني الذي يُعرف بمحاكمة الأحداث كبالغين عند ارتكابهم جرائم معينة والمعمول به في القانون الأمريكي في الوقت الحالي.<sup>(2)</sup>

أما بالنسبة إلى تطبيق عقوبة الحبس المؤبد بدون فرصة إطلاق السراح المشروط، فقد حكمت المحكمة الأمريكية العليا في عام ٢٠١٢ بعدم دستورية النص المتعلق بالحكم الإلزامي بالحبس المؤبد بدون فرصة إطلاق السراح المشروط على الأحداث، وبأن عقوبة الحبس المؤبد بدون فرصة إطلاق السراح المشروط على الأحداث لا تكون دستورية إلا إذا بحثت محكمة الولاية الظروف الخاصة بالمتهم وظروف ارتكابه لجريمة القتل،<sup>(3)</sup> وذلك عند مراجعتها لقضية ميلر ضد ألباما.<sup>(4)</sup>

### • الفرع الثاني: عوامل تخفيف العقوبة الإعدام

العوامل المخففة للعقوبة هي عبارة عن دلائل ومؤشرات يمكن لمحامي المتهم أن يقدمها خلال مرحلة المحاكمة؛ وذلك لإقناع القاضي أو هيئة المحلفين لتخفيف العقوبة عن المتهم،

(1) N.Y. PENAL LAW § 2186 (McKinney 1909) (amended 1949, 1950, 1956, 1962).

(2) 2194, 486 §§

(3) الدكتور يوسف المطيري، العقوبات الفاسية وغير المألوفة المطبقة على الأحداث في القانون الأمريكي، دراسة تحليلية لعقوبتي الإعدام والحبس المؤبد بدون فرصة إطلاق السراح المشروط، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد ١، السنة الخامسة، مارس ٢٠١٧.

(4) <https://www.law.cornell.edu/supct/cert/10-9646> Miller v. Alabama, 132 S. Ct. 2455, 2462 (2012)

وعملية الإقناع يجب أن تركز على إثبات المحامي أن هذا العامل الرئيسي الذي دفع المتهم إلى ارتكاب الجريمة، مثل عمر المتهم الصغير أو ظروف ارتكاب الجريمة أو ظروف المتهم الصعبة وغيرها من الظروف، يبرر تخفيف العقوبة عنه وأنه لولا هذا العامل لما ارتكب المتهم هذه الجريمة.

وعلى الرغم من أهمية عوامل تخفيف العقوبة في كلِّ من القانون الفدرالي وقوانين الولايات باعتبارها جزءًا لا يمكن تجاهله أو عدم الأخذ به وقت تحديد العقوبة، فإن القانون الفدرالي وقوانين الولايات تبنت هذه العوامل في جميع الجرائم باستثناء جرائم القتل العمد؛ حيث لم يتبنَّ القانون الفدرالي أي عامل لتخفيف العقوبة في حالة ارتكاب المتهم لجريمة القتل العمد.

ولعل الأسباب وراء هذا الأمر لها بُعد تاريخي وبُعد إنساني؛ حيث يتمثل البُعد التاريخي في أنه وقت إقرار القانون الفدرالي كانت جرائم القتل العمد تزداد ازديادًا كبيرًا جدًا إلى الحد الذي لم يكن معه من المنطقي أن يتكلم أحدًا عن تبني عوامل تخفيف العقوبة في جرائم القتل العمد في الوقت الذي كان الجميع يُعاني فيه من هذه الظاهرة الإجرامية، بل كانت المطالبات في ذلك الوقت تتمثل في تشديد العقوبة في حالة جرائم القتل العمد وتخفيف الردع وليس تبني عوامل تخفيف العقوبة في هذا النوع من الجرائم، أما البُعد الإنساني فإنه يكمن في عدم منطقية بحث عوامل تخفيف العقوبة على المتهم لإنقاذه من عقوبة الإعدام في الوقت الذي قام هو فيه بإزهاق روح بريئة؛ لذلك لم يكن هذا النوع من المطالبات مقبولًا ومنطقيًا في المحكمة في وجود أهل المجني عليه وأقربائه.

إلا أن الأمر أدى في المقابل إلى ارتفاع كبير جدًا في الحكم بعقوبة الإعدام من قبل الحكومة الفدرالية ومن قبل الولايات التي تتبني عقوبة الإعدام؛ مما أدى إلى تزايد مطالبة الحقوقيين في المجتمع ومجتمعات حقوق الإنسان إلى تدخل المحكمة الأمريكية العليا لبحث إمكانية تخفيف عقوبة الإعدام إذا وُجد عامل لتخفيف العقوبة من خلال بحث كل حالة على حدة.<sup>(1)</sup>

وهذا ما تم بالفعل؛ فقد بدأت المحكمة الأمريكية العليا في عام ١٩٧٢ تبني عوامل تخفيف عقوبة الإعدام لكل حالة تُعرض عليها، وذلك عند نظرها لقضية فورمان ضد جورجيا؛ إذ

(1) <https://deathpenaltyinfo.org/facts-and-research/dpic-reports/dpic-year-end-reports/the-death-penalty-in-2021-year-end-report>

حكمت المحكمة الأمريكية العليا بأن الحكم بعقوبة الإعدام أصبحت معدلاته مرتفعة جداً من قبل محاكم الولايات والمحكمة الفدرالية، وذلك يعود إلى التركيز على العوامل المشددة للعقوبة لتبرير تطبيق عقوبة الإعدام دون وضع أي اعتبار لأي عامل مخفف للعقوبة، إلى جانب أن قتل المجني عليها في قضية فورمان كان بالخطأ من الجاني؛ حيث خرجت طليقة بالخطأ من مسدس الجاني أثناء فراره من مسرح الجريمة، وقد شهد على هذا الأمر الشهود؛ وعليه خففت المحكمة الأمريكية العليا عقوبة إعدام فورمان إلى الحبس المؤبد بدون فرصة إطلاق السراح المشروط؛ وبذلك وضعت المحكمة الأمريكية العليا المعيار الأول لتخفيف عقوبة الإعدام، وهو المتمثل في البحث في نشأة المتهم وظروف وملابسات الجريمة؛ ومن ثم تغيير الاعتقاد السائد عند الكثير من محاكم الولايات بأن ارتكاب المتهم لجريمة القتل العمد يُبرر عدم تطبيق أي ظروف مخففة على المتهم، وقد أسس حكم المحكمة الأمريكية العليا في قضية فورمان إمكانية تطبيق محكمة الولاية والمحكمة الفدرالية العوامل الشخصية وظروف ارتكاب المتهم للجريمة لتخفيف عقوبة الإعدام.

أما بالنسبة إلى الأحداث، فقد استتنت المحكمة الأمريكية العليا الأحداث من تطبيق عقوبة الإعدام؛ إذ حكمت بمخالفة عقوبة إعدام الأحداث للتعديل الثامن للدستور الأمريكي باعتبارها عقوبة قاسية وغير مألوفة،<sup>(1)</sup> وقد تم إلغاء عقوبة إعدام الأحداث بشكل تدريجي من قبل المحكمة الفدرالية العليا من خلال قضيتين؛ القضية الأولى هي *Thompson v. Oklahoma*<sup>(2)</sup> عام ١٩٨٨ عندما حُكم على ويليام تومسون بالإعدام من قبل محكمة الولاية بسبب ارتكابه لجريمة خطفٍ وقتل، إلا أن المحكمة الفدرالية العليا حكمت بعدم دستورية عقوبة الإعدام التي تُطبَّق على الأحداث الذين لم يبلغوا السادسة عشرة بسبب كونها عقوبة قاسية وغير مألوفة لمخالفتها التعديل الثامن للدستور الأمريكي،<sup>(3)</sup> أما القضية الثانية فهي *Roper v. Simmons*<sup>(4)</sup> عام ٢٠٠٥ عندما حُكم على كريستوفر سيمونز الذي كان يبلغ عمره سبعة عشر عامًا في عام ١٩٩٣ وقت ارتكابه لجريمة خطف وقتل بالإعدام من قبل محكمة ولاية

(1) *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

(2) <https://www.oyez.org/cases/1987/86-6169>

(3) Peelman, D. (1990). *Thompson v. Oklahoma: Juvenile Death Penalty Insight and Analysis*. *J. Juv. L.*, 11, 33.

(4) <https://www.oyez.org/cases/2004/03-633>

ميسوري بسبب وحشية الجريمة التي ارتكبتها، ولكن المحكمة الفدرالية العليا حكمت مرةً أخرى بأن عقوبة الإعدام على الأحداث الذين لم تبلغ أعمارهم ثمانية عشر عاماً تُعدّ عقوبة قاسية وغير مألوفة لمخالفتها التعديل الثامن للدستور الأمريكي لنفس الأسباب التي استندت عليها المحكمة في قضية *Thompson v. Oklahoma* عام ١٩٨٨، إلا أن المحكمة في قضية *Roper v. Simmons* عام ٢٠٠٥ رفعت عمر الحدث لتجعله ثمانية عشر عاماً لكي يتوافق مع عمر الحدث المنصوص عليه في المادة الأولى من الاتفاقية الدولية لحماية الطفل لعام ١٩٩٢.<sup>(١)</sup>

### ○ المطب الثالث: العوامل التي تدفع القاضي إلى تخفيف العقوبة في القانون الكويتي

ينص قانون الجزاء على تحديد نوع العقوبة ومقدارها في مواجهة الجاني الذي ساهم في ارتكاب الجريمة، سواءً بوصفه فاعلاً أصلياً أو شريكاً، وذلك وفقاً لضوابط معينة حددها المشرع لكل جريمة، وعلى الرغم من أن تطبيق العقوبة عمل قضائي محض، فإن العقوبة تُقرض وجود نص قانوني جزائي يُحددها ويرسم ضوابط تطبيقها، وذلك تطبيقاً لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات، كما أن حكم القاضي بالعقوبة لا قيمة له إذا لم تُعم السُلطة المختصة في الدولة بتنفيذ العقوبة على من تم الحكم عليه بها.<sup>(٢)</sup>

وبناءً عليه، فإن مهمة السُلطة التشريعية هي وضع النص القانوني الجزائي الذي يُجرّم ويُعاقب على سلوكٍ معين، بينما يتركز عمل القاضي على تطبيق النص القانوني الجزائي على الجاني في الدعوى المطروحة أمامه، أما عمل سُلطات الدولة في هذا الشأن فإنه يقتصر على تنفيذ العقوبة التي طبّقها القاضي على من تم الحكم عليه بها.

(١) تنص المادة الأولى من الاتفاقية الدولية لحماية الطفل لعام ١٩٩٠ على أنه «لأغراض هذه الاتفاقية، الطفل يعني الإنسان الذي لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه.»  
[http://www.unicef.org/arabic/crc/files/crc\\_arabic.pdf](http://www.unicef.org/arabic/crc/files/crc_arabic.pdf)

(٢) قانون الجزاء الكويتي رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠.  
<http://www.undp-aciac.org/publications/ac/compendium/kuwait/criminalization-lawenforcement/criminal-60-ar.pdf>

هذا ويقوم المُشرِّع بتحديد عقوبة كل جريمة بحسب درجة خطورتها والضَّرر الذي يمكن أن تُلجِّهه بالمجتمع؛ إذ إن المُشرِّع لا يَعْرِف مُقَدِّمًا شخصية مرتكب الجرائم، وبالمقابل فإنه من المستحيل عليه أن يَحْضُر ظروفهم ويتنبأ بالاعتبارات التي تُحدِّد العقاب العادل والملائم لكلٍ منهم؛ ولذلك يكتفي المُشرِّع بتحديد العقوبة التي يعتقد أنها العادلة والملائمة.<sup>(1)</sup>

كما أن المُشرِّع يَحْرُص على وضع حدِّين لكل عقوبة؛ حد أدنى وآخر أقصى، ويترك للقاضي سُلطة التقدير في الاختيار بينهما بحسب كل جانٍ وظروفه الشخصية وظروف ارتكاب الجريمة؛ حيث إن الوظيفة القضائية تهدف إلى تكملة العمل التشريعي، كما تهدف إلى الملاءمة بين التحديد التشريعي المجرد وبين مُختلف الحالات الواقعية بحيث تُحدِّد لكل حالةٍ منها عقوبةً تلائم تمامًا ظروفها، وتُحَقِّق أغراض المُشرِّع من العقاب.<sup>(2)</sup>

ولدراسة العوامل التي تدفع القاضي إلى تخفيف العقوبة في القانون الكويتي يلزم أولاً تحديد ماهية السُلطة التقديرية للقاضي، ومن ثَمَّ بحث حدود السُلطة التقديرية للقاضي أثناء تقدير العقوبة، وأخيرًا العوامل التي تدفع القاضي إلى تخفيف العقوبة، وذلك على النحو التالي:

#### • الفرع الأول: ماهية السُلطة التقديرية للقاضي في تخفيف العقوبة

تتمثل السُلطة التقديرية للقاضي في تحديد العقوبة على قدرٍ من الملاءمة بين الظروف الشخصية لمرتكب الجريمة والظروف المادية للجريمة، مع الالتزام في هذا الإطار بالحد الأعلى والحد الأدنى اللذين حددهما المُشرِّع في النص القانوني؛ حيث إن مضمون السُلطة التقديرية للقاضي الجزائي يتضح من خلال قيامه بالملاءمة بين الظروف المادية للواقعة المعروضة عليه وبين العقوبة التي قرَّرها المُشرِّع للواقعة، والتي يجب على القاضي تطبيقها. وتتركز مبررات السُلطة على عدة أسباب؛ تتركز على مراعاة الظروف الشخصية لمرتكب الجريمة والظروف المادية التي تلحق بالجريمة.<sup>(3)</sup>

(1) الدكتور يوسف حجي المطيري، الوجيز في شرح قانون الجزاء الكويتي - القسم العام، الطبعة الثانية (٢٠٢١)، صفحة ٣٩٥.

(2) الدكتور محمد نجيب حسني، المرجع السابق، رقم ٨٩٦، ص ٨٠٥.

(3) الدكتور شريف سيد كامل، شرح قانون العقوبات - القسم العام، الطبعة الأولى (٢٠١٣)، صفحة ٩٨٩.

هذا ويكمن السبب في إعطاء سلطة تقديرية في خلق نوع من التوازن بين سلطة المشرع الذي يضع العقوبة وسلطة القاضي الذي يطبق العقوبة؛ بحيث يؤدي كل منهما الدور العقابي المنوط به على أكمل وجه؛ مما يسهم في تحقيق العدالة الجزائية.

### • الفرع الثاني: حدود السلطة التقديرية للقاضي في تخفيف العقوبة

إن سلطة القاضي تتركز بين الحدين الأدنى والأقصى للعقوبة، ومن ثم فإن هذين الحدين هما اللذان يُمثلان حدود هذه السلطة، وبمقدار ما تبعد المسافة بينهما تتسع تلك السلطة، إلا أن السلطة التقديرية للقاضي الجزائي عند تطبيق العقوبة تتطلب تقيده بما فرضه المشرع من حدٍ أعلى وحدٍ أدنى للعقوبة، فتكون سلطة قاضي الجزاء بين هذين الحدين فقط؛ حيث إن المشرع في بعض الجرائم يضع أمام القاضي حرية الاختيار بين أنواع مختلفة من العقوبات بحسب الظروف الشخصية للجاني والظروف التي تلحق بالجريمة، كما في جريمة القتل العمد؛ حيث يُخبر القاضي بين تطبيق عقوبة الإعدام أو الحبس المؤبد.<sup>(1)</sup>

وتقوم السلطة التقديرية لقاضي الجزاء عند تقدير العقوبة على نوعين من العوامل: عوامل شخصية، وهي التي تلحق بشخصية مرتكب الجريمة ومدى خطورتها على المجتمع، ونوع الخطأ غير العمدية أو القصد الجنائي الذي ارتكبه، وحالته النفسية والعائلية، وهل هو جدير بالرفقة؛ وعوامل موضوعية، وهي التي تلحق بالظروف المادية للجريمة، ودرجة جسامة الجريمة، ومدى الضرر الناتج عنها، وحجم المصلحة التي اعتدى عليها مرتكب الجريمة، والتي يحميها قانون الجزاء.<sup>(2)</sup>

إلا أن سلطة القاضي مهما اتسعت فإن لها دائماً حدوداً قانونيةً يجب على القاضي التقيد بها، فإذا لم تكن ثمة عوامل للتخفيف أو التشديد، فليس للقاضي أن يذهب في تخفيف العقوبة أو تشديدها إلى أبعد مما نص عليه قانون الجزاء.<sup>(3)</sup>

<sup>(1)</sup> تنص المادة (١٤٩) من قانون الجزاء على أن «من قتل نفساً عمداً يُعاقب بالإعدام أو الحبس المؤبد، ويجوز أن تُضاف إليه غرامة لا تتجاوز ألفاً ومائة وخمسة وعشرين ديناراً.»

<sup>(2)</sup> الدكتور محمود نجيب حسني، القسم العام، رقم ٨٩٧، صفحة ٨٠٥.

<sup>(3)</sup> الدكتور عمر السعيد رمضان، القسم العام، رقم ٤٧٣، صفحة ٦٤٣.

وعلى ذلك فإن السُّلطة التقديرية للقاضي تجد مجال تطبيقها في الحدِّين الأدنى والأقصى لكل عقوبة، وهي التي يُبيِّنهما النص القانوني الجزائي، كما أن سُلطة القاضي التقديرية تتسع أكثر حينما تتوافر أسباب لتخفيف العقاب أو أسباب لتشديد العقاب؛ وبذلك يستطيع القاضي أن يختار العقوبة الملائمة والمناسبة لشخصية كل متهم بما يُحقِّق أغراض العقوبة.<sup>(1)</sup> وعليه نعرض فيما يلي أسباب تخفيف العقاب، ثم أسباب تشديد العقاب، ثم نظام الإعفاء من العقوبة أو من تنفيذها، وأخيراً نُبيِّن الأسباب العامة لانقضاء العقوبات وزوال آثارها.

### • الفرع الثالث: العوامل التي تدفع القاضي إلى تخفيف العقوبة في القانون الكويتي

تُعرف هذه العوامل بأنها «ظروف تلحق بالجريمة أو بالجاني من شأنها أن تجعل القاضي يحكم على الجاني بعقوبة أقل من العقوبة المقررة بنص قانون الجزاء.»<sup>(2)</sup> حيث إن المُشرِّع يمنح القاضي سُلطة تقديرية في تطبيق العقاب بين حدِّ أقصى وحدِّ أدنى قانوناً للجريمة. غير أن المُشرِّع لاعتباراتٍ خاصةٍ يُقدِّرها قد يُحوِّل القاضي أحياناً أن يتجاوز الحد الأدنى للعقوبة المقررة قانوناً، وهذا هو المقصود بحالات تخفيف العقاب. وتنقسم هذه الأسباب إلى أسباب قانونية، وهي «الأعذار القانونية»، وأسباب قضائية، وتسمى «الظروف المُخفِّفة»، كما أن المشرع فرق بين عوامل التخفيف إذا كان عقوبة الجريمة عقوبة سالبة للحرية وإذا كانت عقوبة الجريمة إعدام وذلك على النحو التالي:

#### ■ أولاً: تخفيف العقوبة السالبة للحرية في قانون الجزاء الكويتي

تبني المُشرِّع الكويتي مجموعةً من الأعذار القانونية لتخفيف العقوبة، كما تبني مجموعة من الظروف المخففة للعقوبة، وذلك على النحو التالي:

#### ١- الأعذار القانونية

الأعذار القانونية هي مجموعة من الأسباب المنصوص عليها في قانون الجزاء، والتي من شأنها إن تحققت في الجاني أن تُعفيه من العقوبة أو تُخفِّفها عنه، وذلك على النحو التالي:

(1) الدكتور مأمون سلامة، القسم العام، صفحة ٥٥٤.

(2) الدكتور محمود نجيب حسني، القسم العام، رقم ٩٠٥، صفحة ٨١٦.

## أ- الأعدار المُعْفِيَة من العقوبة

هي الأسباب التي من شأنها أن تُعْفِي الجاني من العقاب، ومن أمثلتها:

- ١- إعفاء أحد الشركاء من العقاب إذا قام بالإبلاغ عن الجريمة بعد وقوعها أو قبله.<sup>(١)</sup>
  - ٢- إعفاء الراشي والوسيط إذا قام بالإبلاغ عن الجريمة بعد وقوعها أو قبله.<sup>(٢)</sup>
  - ٣- إعفاء المُزَوِّر إذا قام بالإبلاغ عن الجريمة قبل وقوعها أو بعد الشروع فيها.<sup>(٣)</sup>
  - ٤- إعفاء مُزَيِّف العملة إذا قام بالإبلاغ عن الجريمة قبل وقوعها أو بعد الشروع فيها.<sup>(٤)</sup>
  - ٥- إعفاء من خطف أنثى من عقوبة الخطف إذا تزوج بها زواجاً شرعياً.<sup>(٥)</sup>
- ويترتب على الحالات السابقة إعفاء مرتكب الجريمة وحده من العقوبة دون مَنْ يُساهم معه في ارتكابها، سواءً كان فاعلاً أصلياً أم شريكاً.

---

(١) ينص قانون الجزاء الكويتي في المادة (٥٦) على أنه "إذا اتفق شخصان أو أكثر على ارتكاب جنائية أو جنحة، واتخذوا العدة لذلك على وجه لا يتوقع معه ان يعدل عما اتفقوا عليه، عد كل منهم مسئولاً عن اتفاق جنائي ولو لم تقع الجريمة موضوع الاتفاق. يعاقب على الاتفاق الجنائي بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنين إذا كانت عقوبة الجريمة موضوع الاتفاق هي الاعدام أو الحبس المؤبد. أما إذا كانت عقوبة الجريمة أقل من ذلك، كانت عقوبة الاتفاق الجنائي الحبس مدة لا تزيد على ثلث مدة الحبس المقررة للجريمة للجريمة.

يعفي من العقاب كل من بادر بإخبار السلطات العامة بوجود اتفاق جنائي وبمن اشتركوا فيه، قبل قيامها بالبحث والتفتيش وقبل وقوع جريمة فاذا كان الإخبار بعد البحث والتفتيش، تعين ان يوصل فعلاً الى القبض على المتفتشين الآخرين."

(٢) ينص قانون الجزاء الكويتي في المادة (١١٥) على أنه "يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة السابقة كل شخص قدم للموظف العام مالا أو منفعة أو وعداً بذلك، وقيل الموظف ما قدم له أو وعد به، ويعاقب بالعقوبات نفسها من يتوسط بين الراشي والمرتشي. يعفي من العقوبة الراشي والمتوسط إذا أخبر السلطات العامة بالجريمة."

(٣) ينص قانون الجزاء الكويتي في المادة (٢٦٧) على أنه "الأشخاص المرتكبون للجنايات المتعلقة بتقليد أو تزوير أوراق النقد المذكورة في المواد السابقة يعفون من العقوبة إذا أخبروا السلطات المختصة بهذا الجنايات قبل تمامها، أو قبل الشروع في البحث عنهم، أو إذا سهلوا القبض على باقي المرتكبين لهذه الجنايات ولو بعد الشروع في البحث المذكور"

(٤) ينص قانون الجزاء الكويتي في المادة (٢٧٣) على أنه "الأشخاص المرتكبون للجنايات المذكورة في المواد ٢٦٨، ٢٦٩، ٢٧١ يعفون من العقوبة إذا أخبروا السلطات بهذه الجرائم قبل تمامها، أو قبل الشروع في البحث عنهم، أو إذا سهلوا القبض على باقي المرتكبين لهذه الجنايات ولو بعد الشروع في البحث المذكور."

(٥) قانون الجزاء الكويتي المادة (١٨٢) تنص على أنه "إذا تزوج الخاطف بمن خطفها زواجا شرعياً بإذن من وليها وطلب الولي عدم عقاب الخاطف، لم يحكم عليه بعقوبة ما"

## ب- الأعدار المُخَفِّفة للعقوبة

هي الأسباب التي من شأنها أن تُخَفِّف العقوبة عن الجاني، وأمثلتها:

١- جريمة القتل التي يكون دافعها ارتكاب الزوجة للزنا؛ حيث تنص المادة (١٥٣) من قانون الجزاء على أن «من فاجأ زوجته حال تلبُّسها بالزنا، وقتلها في الحال أو قتل من يزني بها أو قتلها معاً، يُعاقب بالحبس مدة لا تُجاوِز ثلاث سنوات وبغرامة لا تُجاوِز ثلاثة آلاف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين.»

٢- إذا ارتكب حَدَثُ الجريمة؛ حيث تنص المادة (١٩) من قانون الجزاء على أنه «إذا ارتكب الحدَثُ، الذي أتم السابعة من عُمره ولم يُتم أربع عشرة سنة، جريمةً، أمر القاضي، بدلاً من توقيع العقوبة المُقرَّرة في القانون، إما بإيداعه مدرسةً لإصلاح الأحداث يبقى فيها مدة يُحدِّدها الحكم على أن يُفْرَج عنه حتماً بمجرد بلوغه الثامنة عشرة، وإما بتوبيخه.» كما تنص المادة (٢٠) من قانون الجزاء على أنه «إذا ارتكب الحدَثُ، الذي أتم الرابعة عشرة ولم يُتم ثماني عشرة سنة كاملة، جريمةً عقوبتها الإعدام، حكم القاضي عليه بالحبس مدة لا تُجاوِز خمس عشرة سنة. وإذا ارتكب جريمةً عقوبتها الحبس المؤبد، حكم القاضي عليه بالحبس مدة لا تُجاوِز عشر سنوات، وإذا ارتكب جريمةً عقوبتها الحبس المؤقت، حكم القاضي عليه بالحبس مدة لا تُجاوِز نصف الحد الأقصى المُقرَّر قانوناً. ولا يُعاقب بالغرامة، سواءً اقترنت هذه العقوبة بعقوبة الحبس أو لم تقترن، إلا بما لا يُجاوِز نصف الحد الأقصى المُقرَّر قانوناً للجريمة التي ارتكبتها.»<sup>(١)</sup>

٣- الأم التي تقتل وليدها الناتج عن علاقة مُحَرِّمة؛ حيث نصَّت المادة (١٥٣) من قانون الجزاء على أن «كل امرأةٍ تعمَّدت قتل وليدها فور ولادته، دفعاً للعار، تُعاقب بالحبس مدة لا تُجاوِز خمس سنوات، وبغرامةٍ لا تُجاوِز خمسة آلاف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين.»

## ٢- الظروف المُخَفِّفة

يُقصَد بالظروف المُخَفِّفة «استعمال القاضي الرأفة مع الجاني إذا توافر به أيُّ من الظروف التي نص عليها قانون الجزاء.» حيث تنص المادة (٨٣) من قانون الجزاء على أنه «يجوز

(١) عمر الحدَث نَظَّمه قانون الأحداث رقم ٣ لسنة ١٩٨٣ الذي ينص على أن الحدَث هو «كل ذكر أو أنثى لم يبلغ تمام السنة الثامنة عشرة»، وقد جاء هذا العمر لتحديد سن الحدَث متوافقاً مع أغلب قوانين الأحداث العربية والدولية في ذلك الوقت، كما توافق هذا العمر أيضاً لاحقاً مع المادة الأولى من الاتفاقية الدولية لحماية الطفل التي أقرت عام ١٩٩٠.

للمحكمة إذا رأت أن المتهم جدير بالرفقة بالنظر إلى الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة، أو بالنظر إلى ماضيه أو أخلاقه أو سِنِّه، أن تستبدل بعقوبة الإعدام عقوبة الحبس المؤبد أو الحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن خمس سنوات، وأن تستبدل بعقوبة الحبس المؤبد الحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن ثلاث سنوات.»

لم يُحدّد القانون ماهية هذه الظروف، وإنما وضع ألقاظاً عامة، مثل ظروف المتهم وماضيه وأخلاقه وظروف ارتكابه للجريمة، كما أنه لم يحصر هذه الظروف بسبب تعددها وكثرتها، وإنما ترك للمحكمة سلطة تقدير توافرها.

وللمحكمة أن تمنح الجاني ظرفاً مخفّفاً، ولها أن تمتنع عن ذلك؛ حيث يدخل هذا الأمر في السلطة التقديرية للمحكمة؛ لذلك توافر أيّ من الظروف المخفّفة لدى الجاني لا يلزم المحكمة باستعمال الرأفة معه، كما لا تُلزم المحكمة بذكر الظروف الذي دعتها إلى تخفيف العقوبة على الجاني.<sup>(1)</sup>

إلا أن قانون الجزاء وضع حدّاً أدنى لسلطة المحكمة عند تخفيف العقوبة عن الجاني؛ حيث تنص الفقرة الثانية من المادة (٨٣) على أنه «... تستبدل بعقوبة الإعدام عقوبة الحبس المؤبد أو الحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن خمس سنوات، وأن تستبدل بعقوبة الحبس المؤبد الحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن ثلاث سنوات.»

### ■ ثانيًا: تخفيف عقوبة الإعدام في قانون الجزاء الكويتي

كما هي الحال في القانون الفدرالي الأمريكي تبني المشرّع في الكويت فكرة تخفيف عقوبة الإعدام في عدة حالات، وذلك على النحو التالي:

#### 1- تخفيف عقوبة الإعدام على الحدّث

الحدث في قانون الجزاء الكويتي هو كل ذكر أو أنثى لم يبلغ تمام الثماني عشرة سنة، وقد خفف المشرّع العقوبات بشكل عام وعقوبة الإعدام بشكل خاص، بحيث تُستبدل بها عقوبة

(1) طعن جزائي رقم ١٩٢/٩٩ جزائي جلسة ١٤/٣/٢٠٠٠، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز عن المدة من ١/١/١٩٩٧ حتى ٣١/١٢/٢٠٠١ في المواد الجزائية، القسم الرابع، صفحة ٢٨١ قاعدة ١٧

لا تُجاوز مدتها خمس عشرة سنة؛ إذ تنص المادة (٢٠) من قانون الجزاء الكويتي على أنه «إذا ارتكب الحَدَث، الذي أتم الرابعة عشرة ولم يتم ثماني عشرة سنة كاملة، جريمةً عقوبتها الإعدام، حكم القاضي عليه بالحبس مدة لا تُجاوز خمس عشرة سنة.»

## 2- تخفيف عقوبة إعدام المرأة الحامل

ألزم المُشرِّع القاضي الذي يحكم في القضية التي يكون المتهم بارتكابها امرأةً حاملاً أن يستبدل بعقوبة الإعدام الحبس المؤبد؛ حيث تنص المادة (٥٩) من قانون الجزاء الكويتي على أنه «إذا ثبت أن المرأة المحكوم عليها بالإعدام حامل، ووضعت جنينها حياً، أُبدل بحُكم الإعدام الحبس المؤبد»، إلا أن المُشرِّع اشترط في هذه الحالة من حالات تخفيف عقوبة الإعدام أن يُولد الجنين حياً.

## 3- تخفيف عقوبة الإعدام من قبل سمو الأمير

وفقاً لهذه الحالة من حالات تخفيف عقوبة الإعدام، فإنه يجوز لسمو الأمير حتى بعد أن يتم الحكم على المتهم بحكم نهائي أو بات بعقوبة الإعدام أن يعفو عنه أو يستبدل بالعقوبة غيرها؛ حيث تنص المادة (٦٠) من قانون الجزاء الكويتي على أنه «لا يجوز تنفيذ عقوبة الإعدام إلا بعد تصديق الأمير، ويحق له من تلقاء نفسه العفو عن هذه العقوبة، أو استبدال غيرها بها.»

## 4- تخفيف عقوبة الإعدام في حالة الرأفة

أعطى المُشرِّع الحق للقاضي في تخفيف عقوبة الإعدام إلى الحبس المؤبد أو الحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن عشر سنوات، وذلك في حالة شعر القاضي بأن المتهم جدير بالرأفة لصغر سنه، أو عدم وجود سوابق جنائية لديه أو أخلاقه؛ حيث تنص المادة (٨٣) من قانون الجزاء الكويتي على أنه «يجوز للمحكمة إذا رأت أن المتهم جدير بالرأفة بالنظر إلى الظروف التي ارتُكبت فيها الجريمة، أو بالنظر إلى ماضيه أو أخلاقه أو سنه، أن تستبدل

بعقوبة الإعدام عقوبة الحبس المؤبد أو الحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن عشر سنوات»، إلا أن هذه السلطة تخضع للسلطة التقديرية المطلقة للقاضي.

### ○ الخاتمة والتوصيات:

من خلال هذه الدراسة ناقشنا العوامل التي تُبرر للقاضي تخفيف العقوبة على مرتكب الجريمة في القانون الفدرالي الأمريكي، ومقارنتها مع عوامل وأسباب تخفيف العقوبة في قانون الجزاء الكويتي حيث عرّفت المحكمة الأمريكية العليا عوامل تخفيف العقوبة بأنها «مجموعة من الوقائع والحقائق التي يترتب على توافرها في الجريمة المرتبة أو في مرتكب الجريمة تقليل مستوى المسؤولية الجنائية؛ ومن ثمّ تقليل مقدار عقوبة الحبس أو عدم إمكانية تطبيق عقوبة الإعدام على المتهم، في حين يُعرّف الفقه العربي عوامل تخفيف العقوبة بأنها ظروف تلحق بالجريمة أو بالجاني من شأنها أن تجعل القاضي يحكم على الجاني بعقوبة أقل من العقوبة المقررة بنص قانون الجزاء.

حيث تبين لنا من خلال هذه الدراسة الاختلاف الجوهرى بين القانون الفدرالي الأمريكي وقانون الجزاء الكويتي في نوعية ومبررات عوامل تخفيف العقوبة التي تبناها المشرعون في الدولتين، وذلك على النحو التالي:

- تبنى القانون الفدرالي الأمريكي ما يُعرّف بجدول العقوبات، وهو الذي يوضح عدد شهور الحبس التي يجب أن يحصل عليها مرتكب الجريمة بعد أن تتم إدانته من قبل هيئة المحلفين، وذلك من خلال مجموعة من المعايير، مثل درجة جسامه الجريمة، حيث يقسم جدول العقوبات الفدرالي الجرائم بحسب جسامتها إلى عدة درجات، ويقرر عدد شهور حبس لكل درجة، بالإضافة إلى السجل الجنائي وعدد الجرائم التي سبق أن ارتكبها المتهم (العود) وحالته الاجتماعية، وعمر المتهم؛ وبناءً عليه يقوم القاضي الفدرالي بعملية تحديد العقوبة التي يجب أن يحصل عليها المتهم بعد أن يقوم بجمع عدد شهور الحبس بعد مراجعة هذه المعايير.

- يأخذ القانون الفدرالي الأمريكي بنظام الاعتراف، وهو يمثل عملية تفاوض بين المتهم وسلطة الادعاء العام يتم من خلالها موافقة المتهم على إقراره بارتكاب الجريمة المتهم بارتكابها في مقابل تنازل هذا الأخير عن حقه في المحكمة، بحيث يفقد فرصته في البراءة في مقابل

- تخفيف العقوبة عنه، أو تغيير وصف الجريمة، أو إسقاط بعض التُّهم، وفي بعض الحالات التوصية بمنح المتهم الاختبار القضائي عند تحديد العقوبة.
- لا يتفق القانون الفدرالي الأمريكي مع قانون الجزاء الكويتي في أن درجة مشاركة المتهم في الجريمة عامل من عوامل تخفيف العقوبة.
  - لا يتفق القانون الفدرالي الأمريكي مع قانون الجزاء الكويتي في اعتبار الإكراه الذي يُمارَس على المتهم عاملاً من عوامل تخفيف العقوبة.
  - يتفق القانون الفدرالي الأمريكي مع قانون الجزاء الكويتي في اعتبار خلو السجل الجنائي للمتهم من الجرائم عاملاً من عوامل تخفيف العقوبة.
  - يتفق القانون الفدرالي الأمريكي مع قانون الجزاء الكويتي في اعتبار حادثة عمر المتهم عاملاً من عوامل تخفيف العقوبة.
  - وعليه نقترح تبني المُشرِّع الكويتي التوصيات التالية:
  - نظام الاعتراف بالذنب؛ وذلك لنجاح النظام في النظام القضائي الأمريكي في توفير الكثير من الجهد والمال وضمان إدانة المتهم في مقابل تخفيف العقوبة عنه.
  - توضيح المقصود بعوامل الرأفة المنصوص عليها في المادة (٨٣) من قانون الجزاء، مثل الظروف التي ارتُكبت فيها الجريمة، أو بالنظر إلى ماضي المتهم أو أخلاقه أو سنه.
  - تبني ما يُعرف بجدول العقوبات الذي يتبناه القانون الفدرالي الأمريكي، والذي يوضح عدد شهور الحبس التي يجب أن يحصل عليها مرتكب الجريمة بعد أن تتم إدانته بسبب الوضوح في مقدار العقوبة التي يجب أن تُطبَّق على مرتكب الجريمة، وعدم ترك تقدير العقوبة للسُّلطة التقديرية المطلقة للقاضي.

**الدراسة السابعة:**

**الحقوق والحريات العامة  
بين النص الدستوري والقاعدة الجنائية**

د. دارين علي صقر

د. خضر ياسين

ينظّم القانون الجنائي سلوك الفرد في المجتمع بأن يضع له الحدود الشرعية التي لا يجب أن لا تتعداها أعماله، فضلاً عن فرض القواعد<sup>(1)</sup> التي تحمي شخصه من تعديات الآخرين عليه وعلى أمواله وحقوقه وحرية، هذا بالإضافة الى وضع القواعد الرامية إلى حماية النظام الاجتماعي والسياسي والديني القائم في مجتمع معين<sup>(2)</sup>، وهو بذلك يتميز عن غيره من القوانين بأنه وثيق الصلة تشريعاً وقضائياً وتنفيذاً بكافة العلوم الواقعية، كما تنبني لخدمته مجموعة من العلوم المساعدة<sup>(3)</sup> التي تكفل سلامة تطبيقه ووضعها الموضوع الصحيح<sup>(4)</sup>.

(1) تنقسم القواعد الجنائية بصفة عامة إلى فئتين: موضوعية وإجرائية، وهناك معيار يعتمد على "الغاية" التي تستهدفها القاعدة الجنائية، بحيث تُعتبر موضوعية إذا استهدفت حماية المجتمع من أفعال مُكوّنة لجرائم، وتُعتبر إجرائية إذا استهدفت حماية مصلحة الفرد: عبد الفتاح مصطفى الصيفي، حق الدولة في العقاب، نشأته وفلسفته - اقتضاؤه وانقضاؤه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010، ص. 4.

(2) مصطفى العوجي، القانون الجنائي، النظرية العامة للجريمة، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، 2016، ص. 73.

(3) هناك طائفة من العلوم الحديثة تتناول بالبحث ظاهرة الإجرام في المجتمع، وتُنير أمام الباحث الجنائي السبيل في تقديره للجريمة والمجرم، لا من الناحية الفنية - القانونية، وإنما من الناحية الاجتماعية أو النفسية أو الطبية، وهذه هي العلوم الجنائية المساعدة، وهذه العلوم عديدة ومتشعبة، بيد أنها متداخلة الواحدة في الأخرى، ولهذا يصعب وضع فواصل محددة بينها، على أنه يمكن جمعها في علوم رئيسية ثلاثة: علم الإجرام، علم التحقيق الجنائي، وعلم العقاب: جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، نظرية الجريمة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص. 9.

(4) رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مركز الدلتا للطباعة، الطبعة الثالثة، 1997، ص. ج.

أما الدستور، فهو يضع المبادئ التي تقوم عليها الشرعية الدستورية التي تلتزم بها سلطات الدولة، وتتأثر صياغة هذه الشرعية بطبيعة وحدود العلاقة بين الفرد والدولة، وفيها تتجلى درجة حماية حقوق الإنسان في مواجهة سلطاتها<sup>(1)</sup>.

فالصلة وثيقة إذاً بين القانون الجنائي والدستور، إذ يتأثر الأول بما يصيب الثاني من تطور، فالقانون الدستوري هو الذي يحدد شكل الحكم في الدولة والسلطات العامة فيها ويبين الحقوق والحريات العامة، في حين يتدخل قانون العقوبات لتجريم الأفعال الماسة بأحكام الدستور<sup>(2)</sup>، وكل تعديل في النظم السياسية والدستورية يستلزم حتماً إجراء تعديلات جوهرية وأساسية في التشريع الجزائي، ولا غنى لكل نظام حكم جديد عن استخدام التشريع الجزائي لحماية نفسه أولاً، ولحماية القيم الجديدة التي يركز إليهما ثانياً، فضلاً عن تركيز المثل العليا التي يسعى لتحقيقها في أذهان الناس<sup>(3)</sup>.

وهما يشتركان من حيث طبيعة كل منهما، وإن اختلفت الأداة التشريعية التي يصدر عن كل منهما، فكلاهما مجموعة من القواعد القانونية، وكلاهما يراعي مصلحة المجتمع من حيث وضع قواعده وصياغتها، فلا يجوز أن يكون بينهما تناقض، فإذا ما ثبت هذا التناقض فيتعين عدم جواز تطبيق القاعدة الجنائية المخالفة<sup>(4)</sup>.

انطلاقاً مما سبق، نطرح الإشكالية التالية:

استناداً الى الارتباط القائم بين الدستور والقانون، وانسجاماً مع ضرورة تطوير التشريع الجزائي والتوسع في تجريم الأفعال الخطرة، كيف يتم تنظيم ممارسة الحقوق الفردية والحريات العامة؟ وبالتالي تكريس التوازن بين المصالح المتعارضة للفرد والمجتمع؟  
ويتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات يمكن إجمالها بما يلي:

---

(1) أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص. 3.

(2) علي عبد القادر قهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام- دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص. 20.

(3) محمد الفاضل، المبادئ العامة في قانون العقوبات، الطبعة الثانية، دون دار نشر، دمشق، 1963، ص. 27-28.

(4) محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص. 1.

- 1- ما هي الحقوق والحريات الواردة في الدستور والتي يحرص القانون على تنظيم ممارستها؟
- 2- هل يمكن للدستور أن يرفع بعض القواعد الجنائية الى مرتبة المبادئ الدستورية؟ وكيف يتم ذلك؟
- 3- انطلاقاً من عدم إمكانية التناقض بين النصوص الجنائية والنصوص الدستورية، كيف يمكن تفسير إباحة الدستور لبعض نصوص التجريم الواردة في قانون العقوبات؟
- 4- ماهي الضمانات الدستورية والقانونية التي تكفل للأفراد ممارسة حقوقهم وحرياتهم؟
- 5- في إطار الشرعية الدستورية، هل تُطبق القواعد الجنائية ذاتها في ظل الظروف الاستثنائية؟

هذا ما سنجيب عليه من خلال التقسيم التالي:

**المطلب الأول:** القواعد الجنائية في اطار الشرعية الدستورية  
**المطلب الثاني:** ضمانات ممارسة الحقوق الفردية بين الحرية والتقييد

### ○ المطلب الأول: القواعد الجنائية في اطار الشرعية الدستورية

الحريات العامة هي حقوق للفرد قبل الدولة، وقد كفلها الدستور أو القانون، وتتم ممارستها في مواجهة السلطة العامة وفقاً للقانون، فمصدر هذه الحريات وضعي بحت، وهو الإرادة الشعبية التي قامت بوضع الدستور أو القانون، أما حقوق الإنسان فهي حقوق تستمد وجودها من مصادر تاريخية وفلسفية ترجع الى فكرة القانون الطبيعي<sup>(1)</sup>، وقد أكدّ المشرع من خلال الدستور والقانون الجنائي على الحقوق الأساسية للمواطن الذي ينتمي الى دولة وُجدت أصلاً لحمايته والسهر على حريته وكرامته وأمنه، وتزويده بالوسائل القانونية التي يمكن اللجوء إليها في سبيل تأمين حريته وحقوقه الأساسية في مواجهة أي سوء استعمال للسلطة<sup>(2)</sup>.

(1) أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص. 44.

(2) مصطفى العوجي، حقوق الإنسان في الدعوى الجنائية، مؤسسة نوفل، الطبعة الأولى، 1989، ص. 11.

وتُعدّ الضمانات وسيلةً لحماية الحقوق والحريات وكفالة التمتع بها، وعدم المساس بأي منها من جانب السلطة أو الأفراد<sup>(1)</sup>، وعليه سنتناول الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور في الفرع الأول تحت عنوان " الحقوق والحريات في إطار الشرعية الدستورية"، ثم نلقي الضوء على الضوابط التي تتم من خلالها ممارسة الحقوق والحريات بين النص الدستوري والقاعدة الجزائية، وذلك في الفرع الثاني تحت عنوان "تنظيم ممارسة الحقوق والحريات".

### • الفرع الأول: الحقوق والحريات العامة التي يقرها الدستور

تبدو صلة القانون الجزائري بالدستور واضحة وصريحة من خلال النص على الحقوق والحريات العامة والتأكيد عليها، لا سيما من ناحية اعتبار التشريع الجزائري بمثابة دعامة قوية للقواعد الدستورية ووسيلةً لديمومتها.

في الواقع، يتمتع الأفراد في دولة القانون بالعديد من الحقوق والحريات التي ينظمها القانون ويكفلها الدستور، فالحريات العامة ترتبط ببعضها بعضاً برابط وثيق، بحيث إذا تعطلت إحداها تعطلت سائر الحريات الأخرى، فهي تتساند جميعاً وتتضافر، ولا يجوز فصلها أو تجزئتها أو عزلها عن بعضها، كما أن ضمانها في مجموع عناصرها ومكوناتها لازم، وهي في حياة الأمم أداة لارتقائها وتقدمها، ومن الدعامات الأساسية التي لا يقوم أي نظام ديمقراطي من دونها، كما تؤسس الدول على ضوئها مجتمعاتها دعماً لتفاعل مواطنيها معها، بما يكفل توثيق روابطها، وتطوير بنيانها، وتعميق حرياتها<sup>(2)</sup>.

وقد نصّت مقدمة الدستور على أن "لبنان جمهورية ديمقراطية برلمانية"، وهو بذلك يركز على مبدأ الشرعية وسيادة القانون، والحقيقة أنه لا يمكن لأي شخص أن ينال حقوقه كاملة إلا في ظل نظام ديمقراطي حقيقي لأن النظام الديمقراطي هو الذي يضمن تلك الحقوق لأفراد المجتمع<sup>(3)</sup>.

(1) إبراهيم محمود اللبيدي، ضمانات حقوق الإنسان أمام المحاكم الجنائية، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص. 66.

(2) غازي عبيد مرضي العياش، الحدود الدستورية لحق الأفراد في الاجتماع، دراسة تحليلية لموقف المحكمة الدستورية العليا في الكويت، بحث منشور في مجلة القانون الكويتية العالمية، العدد 13، مارس 2016، ص. 277-278.

(3) كمال سعدى مصطفى، حقوق الإنسان بين المواثيق الدولية والمذاهب الفكرية، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010، ص. 11.

وقد أكدت ديباجة الدستور اللبناني على احترام الحريات العامة<sup>(1)</sup>، وتأتي حرية الرأي والمعتقد في طليعة هذه الحريات، هذا بالإضافة الى النصّ على العدالة الاجتماعية والمساواة في الحقوق والواجبات بين المواطنين دون تمييز بينهم، والتي أعاد الدستور التأكيد عليها بموجب المادة السابعة منه<sup>(2)</sup>.

بالإضافة الى ذلك فقد نصّ المشرع على حرية التعليم<sup>(3)</sup>، والحق في تولي الوظائف العامة<sup>(4)</sup>، وحرية إبداء الرأي قولاً وكتابة وحرية الطباعة وحرية الاجتماع وحرية تأليف الجمعيات<sup>(5)</sup>.

فالدستور ينص على الحريات ويكفلها في حين أن القانون الجزائي ينظّم ممارسة هذه الحريات ويضع الضوابط لعدم تجاوز حدودها، وهذا ما يجعل من المبدأ القائل بأن "حرية الفرد تقف عند حدود حرية الآخرين" في صلب اختصاص القانون القادر على تكريس القواعد المحددة للنظام العام للحريات، وبالتالي يكون من واجب المشرع أن يبين تلك الحدود، حتى لا يكون من وراء استعمال تلك الحريات اعتداء على حريات الغير<sup>(6)</sup>، مما يعني أن النصّ على هذه الحريات لا يعني أنها مطلقة من أي قيد، وذلك لتعلقها بحقوق الآخرين من جهة، وبحق الدولة بالحفاظ على أمنها ومصالحها العامة من جهة أخرى.

انطلاقاً من هنا، سنتناول الكيفية التي يتم من خلال تنظيم ممارسة هذه الحقوق والحريات سواء من حيث الشروط المفروضة لممارستها والمنصوص عليها في النص الدستوري نفسه، أو من خلال العقوبة التي يقرها المشرع الجزائي لكل من يسيء استخدامها، وذلك في الفرع الثاني من هذا المطلب تحت عنوان "تنظيم ممارسة الحقوق والحريات".

---

(1) الفقرة (ج) من مقدمة الدستور اللبناني الصادر في 23 أيار 1926 والتي أضيفت بموجب القانون الدستوري الصادر بتاريخ 1990/09/21.

(2) نصّت المادة 7 من الدستور اللبناني على ما يلي: "كل اللبنانيين سواء لدى القانون وهم يتمتعون بالسواء بالحقوق المدنية والسياسية ويتحملون الفرائض والواجبات العامة دونما فرق بينهم".

(3) المادة 10 من الدستور اللبناني.

(4) المادة 12 من الدستور اللبناني.

(5) المادة 13 من الدستور اللبناني.

(6) عبد الحميد الشواربي، جرائم الصحافة والنشر، وقانون حماية حق المؤلف، والرقابة على المصنفات الفنية في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص. 159.

## • الفرع الثاني: تنظيم ممارسة الحقوق والحريات بين القانون والدستور

انطلاقاً من أهمية صيانة الحرية الشخصية للفرد، لا بد من توفر الضمانات التي تكفل هذه الحماية، وما من شك أن النجاح في صون حقوق الإنسان محكوم بعملية التنفيذ، فالنص على الحق لا يكفي بحد ذاته إن لم يترافق مع خطوات عملية تهدف إلى تطبيقه ووضعها موضع التنفيذ.

ففي إطار حرية الرأي المكفولة بموجب الدستور، يتدخل القانون لمنع التجاوز وإساءة استعمال هذا الحق أو إلى المساس بالنظام العام والأمن القومي وتحقير الشعائر الدينية، فقد عاقب قانون العقوبات اللبناني أي عمل أو كتابة أو خطاب يكون من شأنه إثارة النعرات المذهبية<sup>(1)</sup>، أو من شأنه زعزعة الثقة في متانة نقد الدولة وسندياتها<sup>(2)</sup>، فضلاً عن تحقير رئيس الدولة والعلم والشعار الوطني<sup>(3)</sup>، والذم الموجه لرئيس الدولة أو المحاكم أو الجيش أو الإدارات

---

(1) نصّت المادة 317 المعدلة بموجب القانون تاريخ 1954/12/01 والقانون 239 تاريخ 1993/05/2 من قانون العقوبات اللبناني الصادر بموجب المرسوم الاشتراعي رقم 340 تاريخ 1943/03/01 على أن "كل عمل وكل كتابة وكل خطاب يقصد منها أو ينتج عنها إثارة النعرات المذهبية أو العنصرية أو الحزب على النزاع بين الطوائف ومختلف عناصر الأمة يعاقب عليه بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبالغرامة من مئة إلى ثمانمائة ألف ليرة وكذلك بالمنع من ممارسة الحقوق المذكورة في الفقرتين الثانية والرابعة من المادة 65 ويمكن للمحكمة أن تقضي بنشر الحكم".

(2) نصّت المادة 319 من قانون العقوبات اللبناني على أن "من أذاع بإحدى الوسائل المذكورة في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 209 وقائع ملفقة أو مزاعم كاذبة لأحداث التدني في أوراق النقد الوطنية أو لزعزعة الثقة في متانة نقد الدولة وسندياتها وجميع الإسناد ذات العلاقة بالثقة المالية العامة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبالغرامة من خمسمائة ألف ليرة لى مليوني ليرة، ويمكن فضلاً عن ذلك أن يقضي بنشر الحكم".

(3) نصّت المادة 384 من قانون العقوبات اللبناني على أن: "من حقر رئيس الدولة عوقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين، وتفرض العقوبة نفسها على من حقر العلم أو الشعار الوطني علانية بإحدى الوسائل المذكورة في المادة " 209. كما نصّت المادة 157 المعدلة بموجب قانون منفذ بمرسوم 1460/1971 من قانون القضاء العسكري الصادر بتاريخ 1968/4/13 على أنه: " يعاقب بالسجن من ثلاثة اشهر الى ثلاث سنوات كل شخص يقدم بإحدى الوسائل المذكورة في المادة 209 من قانون العقوبات على تحقير العلم أو الجيش أو المس بكرامته وسمعته او معنوياته، او يقدم على ما من شأنه ان يضعف في الجيش النظام العسكري او الطاعة للرؤساء والاحترام الواجب لهم. يعاقب بالسجن من شهرين الى سنتين كل من يقدم في زمن السلم على نشر او ابلاغ او افشاء كل ما يتعلق بالجيش او بالحوادث العسكرية داخل التكنات او خارجها او بالإجراءات التي تتخذها السلطة العسكرية بحق احد افرادها او الاوامر او القرارات الصادرة عن هذه السلطة وكل ما يتعلق بتنقلات الوحدات والمفارز والترقيات والتشكيلات وتوقيف المشبوهين وبتعقب المتمردين او بالعمليات التي تقوم بها قوى الدولة ويستنتى من ذلك التبليغات والاذاعات التي تسمح بنشرها السلطة المختصة."

العامة أو لمن يمارسون الوظيفة العامة<sup>(1)</sup>، وقد هدف المشرع بذلك إلى صون كرامات الناس، والحد من التعسف في استعمال حق التعبير بشكل يؤدي إلى التعدي على حياة الآخرين الخاصة.

وفي المقابل، وضع الدستور إطاراً عاماً لبعض الحريات بحيث وضع القيود على ممارستها، كما هو الأمر في مضمون المادة الثامنة منه والتي تنص على حماية الحرية الشخصية، فهذه الحرية مصونة ولا يمكن أن يقبض على أحد إلا وفقاً لأحكام القانون، ولا يمكن تحديد جرم أو تعيين عقوبة إلا بمقتضى القانون، فالقاعدة أن حجز الحرية مرفوض، أما الاستثناء فهو نصوص القانون التي تجيز القبض على كل من يخلّ بأحكامه، وتستمد المادة الثامنة من الدستور اللبناني سندها من المبدأ الذي يقضي بأنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، مما يعني أنه من الضروري إسناد الفعل إلى نص قانوني يجرمه ويعاقب عليه<sup>(2)</sup>.

كما أشار المشرع بموجب المادة التاسعة من الدستور إلى أن "حرية الاعتقاد مطلقة والدولة بتأديتها فروض الإجلال لله تعالى تحترم جميع الأديان والمذاهب وتكفل حرية إقامة الشعائر الدينية تحت حمايتها"، إلا أنه ربط ممارستها بالوقت ذاته بعدم الإخلال بالأمن والنظام العام في الدولة، وفي هذا السياق من المفيد الإشارة إلى قرار وزير الداخلية اللبناني<sup>(3)</sup> الذي طلب بموجبه من قوى الأمن الداخلي والأمن العام اتخاذ التدابير اللازمة لمنع إقامة أي احتفال أو لقاء أو تجمع يهدف إلى الترويج لظاهرة الشذوذ الجنسي، وقد أكد الوزير في كتابه أنه "لا

---

(1) نصت المادة 388 المعدلة وفقاً للقانون 239 تاريخ 1993/05/27 من قانون العقوبات اللبناني على أن: "القدح بإحدى الوسائل المبينة في المادة 209 يعاقب عليه بالحبس من شهر إلى سنة إذا وقع على رئيس الدولة، بالحبس ستة أشهر على الأكثر إذا وجه إلى المحاكم أو الهيئات المنظمة أو الجيش أو الإدارات العامة أو وجه إلى موظف ممن يمارسون السلطة العامة من أجل وظيفته أو صفته، بالغرامة من عشرين ألف إلى مئة ألف ليرة أو بالتوقيف التكديري إذا وقع على أي موظف آخر من أجل وظيفته أو صفته".

(2) وفي هذا الإطار يجب التأكيد على عدم جواز تطبيق القانون الجزائي على الأفعال التي ارتكبت قبل صدور القانون، وهذا ما يعرف بقاعدة عدم رجعية القوانين الجزائية، حيث نصت المادة الأولى من قانون العقوبات اللبناني على أنه "لا تفرض عقوبة ولا تدبير احترازي أو اصلاحي من أجل جرم لم يكن القانون قد نص عليه حين إقترافه".

(3) كتاب موجه من وزير الداخلية اللبناني إلى قوى الأمن الداخلي والأمن العام بتاريخ 2022/06/24 يتعلّق بمنع أنشطة المثليين.

يمكن التذرع بالحرية الشخصية وأن الأمر مخالف للعادات والتقاليد في مجتمعنا ويتناقض مع مبادئ الأديان السماوية".

في الواقع، ينص قانون العقوبات اللبناني على معاقبة ظاهرة الشذوذ الجنسي بنص واضح وصريح ولا يحمل التأويل، بحيث تُعاقب المادة 543 على المجامعة خلافاً للطبيعة بالحبس لمدة تصل الى سنة واحدة، ورغم التزام لبنان بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمواثيق الصادرة عن جامعة الدول العربية منظمة الأمم المتحدة، ورغم إعلانه صراحةً بموجب الفقرة (ب) من مقدمة الدستور "أن الدولة تُجسد هذه المبادئ في جميع الحقوق والمجالات دون استثناء" إلا أنه لا يمكن اعتبار ظاهرة الشذوذ الجنسي بمثابة حرية شخصية، لا سيما في مجتمع يحترم العادات والتقاليد ويرفض تشريع كل ما يتعلّق بالمثلثية الجنسية، كما أنه لا يمكن تصنيفها على أنها تُشكّل تمييزاً على أساس الجنس، لا سيما وأن التمييز المقصود به بموجب المواثيق والصكوك الدولية يركز على الرجل والمرأة، وليس على فئة بعينها.

بالإضافة الى ما سبق، فقد ربط المشرع بموجب المادة 10 من الدستور ما بين حرية التعليم وعدم الإخلال بالنظام العام والآداب العامة، وعدم التعرض لكرامة أحد الأديان أو المذاهب، حيث عاقب بموجب المادة 474 من قانون العقوبات<sup>(1)</sup> كل من يقدم على تحقير الشعائر الدينية التي تمارس علانية أو حث على الازدراء بإحدى تلك الشعائر بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات.

كما أشار المشرع بموجب المادة 14 من الدستور الى أن للمسكن حرمة، إلا أنه أباح الدخول اليه وتفتيشه بموجب الطرق المبينة في القانون، وهذا بالفعل ما أكدّت عليه المادة 571 من قانون العقوبات اللبناني التي عاقبت بالحبس على دخول منزل خلافاً لإرادة صاحبه<sup>(2)</sup>، والمادة 370 التي تعاقب بالحبس على كل موظف يدخل الى منزل أحد الناس

(1) عدلت المادة 474 من قانون العقوبات بموجب القانون تاريخ 1954/12/01.

(2) نصّت المادة 571 من قانون العقوبات اللبناني على ما يلي: "من دخل منزل أو مسكن آخر أو ملحقات مسكنه أو منزله خلافاً لإرادته، وكذلك من مكث في الأماكن المذكورة خلافاً لإرادة من له الحق في إقصائه، عوقب بالحبس مدة لا تتجاوز الستة أشهر، ويقضى بالحبس من 3 أشهر إلى 3 سنوات إذا وقع الفعل ليلاً، أو بواسطة الكسر أو العنف على الأشخاص أو باستعمال السلاح، أو ارتكبه عدة أشخاص مجتمعين".

بخلاف الحالات التي ينص عليها القانون<sup>(1)</sup>، وهذه الحالات قد نصّ عليها قانون أصول المحاكمات الجزائية في المواد 23 / 33 / 98 بحيث أعطى الحق للنائب العام ولقاضي التحقيق وكتابه والضابطة العدلية بعد حصولها على إذن من النيابة العامة في الدخول الى منزل المشتبه فيه للفتيش عن المواد التي قد تساعد على إنارة التحقيق.

إذاً يتبين لنا مما سبق الارتباط الوثيق بين النص الدستوري وبين القواعد الجزائية المتعلقة بالجريمة والعقاب، فالحقوق والحريات العامة مكفولة بموجب الدستور، في حين أن القواعد الجزائية هي مُساندة للنص الدستوري من حيث النص عليها والمعاقبة على إساءة استعمالها، فالحرية ليست مطلقة وإنما هي محكومة ضمن إطار تكريس القواعد المحددة للنظام العام للحريات.

انطلاقاً مما سبق، ويهدف كفالة احترام الحقوق والحريات العامة، والالتزام بها من جانب السلطة، لا بد من وجود ضمانات تكفل عدم إهدار هذه الحقوق، وبالتالي عدم تعسف السلطة في تقييدها بحجة حماية المصلحة العامة، وعليه، فسنتناول موضوع ضمانات ممارسة الحقوق والحريات بين القانون والدستور وذلك في المطلب الثاني تحت عنوان "ضمانات ممارسة الحقوق والحريات العامة بين القانون والدستور".

### ○ المطلب الثاني: ضمانات ممارسة الحقوق الفردية بين الحرية والتقييد

يعتبر مبدأ الشرعية الجنائية صمام الأمان القانوني الذي يتوجب على المشرّع أن يراعيه في إطار حماية الحرية الشخصية للفرد، ولحل التنازع بين المصالح وإضفاء الحماية على المصلحة الأجدر بالرعاية<sup>(2)</sup>.

ويعد الضمان بمثابة إجراء في الدستور أو القانون أو غيرهما، يهدف الى حماية حقوق الإنسان وكفالتها والالتزام بالتمتع بها والمطالبة بها ويعدّ هذا الإجراء أو تلك الوسيلة التشريعية

(1) نصّت المادة 370 من قانون العقوبات اللبناني على ما يلي: "كل موظف يدخل بصفة كونه موظفاً منزلاً أحد الناس او ملحقات المنزل في غير الحالات التي ينص عليها القانون من دون مراعاة الأصول التي يفرضها، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر الى ثلاث سنوات ولا تنقص عن ستة أشهر إذا رافق تحري المكان أو أي عمل تحكّم آخر أتاه الفاعل".

(2) أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص. 10.

أحد أوجه الحماية القانونية للمصالح المحمية سواء أكانت فردية أو جماعية تمس الفرد أو المجتمع<sup>(1)</sup>.

في الواقع، يشكّل هذا الضمان توازناً بين المصالح المتعارضة للفرد والمجتمع، وهذا التوازن يستند الى الشرعية الدستورية والقانونية لهذه الإجراءات وحمايتها للمصالح العامة، لا سيما وأن النظام العام يتطلب في بعض الأحيان تقييد حرية الفرد وحقوقه، وعليه، فسنتناول موضوع الضمانات التي تهدف الى تأمين التمتع بالحقوق والحريات، وتكفل عدم المساس بها من جانب الأفراد أو السلطة، وذلك في الفرع الأول تحت عنوان "الضمانات القانونية لممارسة الحقوق والحريات العامة"، ثم نلقي الضوء على الحدود التي قررها المشرع لممارسة الحقوق والحريات في بعض الظروف في الفرع الثاني تحت عنوان " تقييد ممارسة الحقوق والحريات العامة في حالة الطوارئ".

#### • الفرع الأول: الضمانات القانونية لممارسة الحقوق والحريات العامة

الضمانات القانونية هي تلك القواعد الدستورية المستمدة من تراث الشعب وأعرافه وتقاليده والتي تُشكّل سداً منيعاً أمام الانحرافات المحتملة للسلطة عن غاياتها الأساسية في ممارستها لمبدأ القوة السياسية. بالإضافة إلى ذلك، فإن ممارسة الحقوق والحريات الأساسية تخضع لضوابط معينة تأخذ بعين الاعتبار المحافظة على النظام والاستقرار الداخلي للدولة، كذلك الحالات الخاصة التي يمكن لهذه الدولة أن تتعرض فيها لأخطار خارجية. ومع أن هذا التنظيم يشكل تقييداً واضحاً في معظم الأحيان، إلا أنه يبقى ضرورياً للمحافظة على هذه الحقوق والحريات واستمرارها<sup>(2)</sup>، ذلك أن عرض النصوص القانونية والدستورية المتعلقة بحقوق الإنسان لا يستقيم دون وجود ضمانات تقرر هذه الحقوق وتسمح بتطبيقها على المستوى الوطني، لا سيما وأن العبرة تكون دائماً في مجال تطبيق الحماية في الحياة العملية<sup>(3)</sup>.

(1) إبراهيم محمود اللبيدي، ضمانات حقوق الإنسان أمام المحاكم الجنائية، مرجع سابق، ص. 65.

(2) أحمد سعيغان، الحريات العامة وحقوق الإنسان، النظام القانوني للحريات العامة في القانون المقارن، ج.2، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص. 235.

(3) ماجد راغب الحلو، وآخرون، حقوق الإنسان، مطلب جامعي، دار الكتب، الإسكندرية، 2005، ص 227.

وتُعدّ الحرية الشخصية جزءاً هاماً من قضية الحريات العامة في النظام العام القانوني الذي تتركز عليه الدولة القانونية، وهي الدولة التي تُلزم سلطاتها وأجهزتها المختلفة بإتباع قواعد عامة مجردة هي القانون، ويسمى الالتزام بالخضوع للقانون بمبدأ سيادة القانون أو مبدأ الشرعية<sup>(1)</sup>، فسيادة القانون تُعدّ ضماناً جوهرياً للحريات العامة في مواجهة السلطة، خاصةً وأن النظام العقابي يفترض تقييد حرية الفرد وحقوقه<sup>(2)</sup>، لذلك فقد نُظِّمَت الضمانات من قِبَل القانون نفسه مخافة تجاوز السلطة للقدر اللازم والضروري لحماية المصلحة العامة، وتتمثل الضمانات القانونية بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات التي يتفرع عنها عدم رجعية القانون وشخصية العقوبة وافتراس براءة المتهم.

يمثّل مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الحلقة الأولى من الشرعية الجنائية، وقد تم وضعه لحماية الفرد من رجعية القانون ومن خطر التجريم والعقاب بغير الأداة التشريعية المعبرة عن إرادة الشعب وهو "القانون"<sup>(3)</sup>، ذلك أن تحديد الأفعال التي تُعدّ جرائم وبيان أركانها وتحديد العقوبات المقررة لها سواء من حيث نوعها أو مقدارها يكون من اختصاص المشرع، وليس للقاضي شأن في ذلك، وكل ما له هو تطبيق ما يضعه الشارع من نصوص في هذا الشأن<sup>(4)</sup>، وقد نصّ عليه قانون العقوبات اللبناني بمقتضى المادة الأولى منه والتي نصّت على أنه " لا تُفرض عقوبة ولا تدبير احترازي أو إصلاحى من أجل جرم لم يكن القانون قد نصّ عليه حين اقترافه".

إلا أن قاعدة عدم رجعية القانون لا يعمل بها على إطلاقها، ذلك أنه قد يصدر قانون جديد يعدّل شروط التجريم بجعلها أكثر قسوة على المتهم، لذلك فقد تتبّه المشرع الى هذا الأمر وأضاف في المادة الثالثة من قانون العقوبات أن " كل قانون يعدّل شروط التجريم تعديلاً

---

(1) هذا المبدأ يضمن احترام حقوق الأفراد وحرياتهم في مواجهة السلطة العامة، لأنها تُصبح محكومة بالقانون وحده بعيداً عن أهواء السلطة وتحكمها، وبهذا يحقق مبدأ سيادة القانون للأفراد عن طريق التزامهم بالقوانين التي تسري عليهم، والالتزام سلطات الدولة باحترامها وتطبيقها: أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص. 129.

(2) إبراهيم محمود الليبي، ضمانات حقوق الإنسان أمام المحاكم الجنائية، مرجع سابق، ص. 74.

(3) أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص. 134.

(4) محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، مرجع سابق، ص. 11.

ينفع المدعى عليه يطبق على الأفعال المقترفة قبل نفاذه ما لم يكن قد صدر بشأنها حكم مبرم<sup>(1)</sup>، مما يعني أن المشرع يأخذ بالقانون الأصلح للمتهم شريطة أن لا يكون قد صدر بشأنه حكماً مبرماً، فالأصل هو عدم رجعية القانون والاستثناء هو القانون الأصلح للمتهم، وهذه القاعدة تكتسب قيمة دستورية أشارت إليها المادة الثامنة من الدستور التي نصت على أن "الحرية الشخصية مصونة وفي حمي القانون ولا يمكن أن يقبض على أحد أو يحبس أو يوقف إلا وفاقاً لأحكام القانون".

بالإضافة الى ذلك، تتحدد شخصية العقوبة في كل من النص التشريعي الذي يحدد الجريمة وعقابها من ناحية، والتطبيق القضائي من ناحية ثانية، لما فيه من بُعد إضافي يتمثل في شخصية المجرم، والغرض من العقاب لا من مجرد النص عليه<sup>(2)</sup>، وتقتضي المسؤولية الجزائية أن يسند الجرم الى فاعله الشخصي، فلا يسأل إلا عن فعله الذي يصدر عن إرادة حرة ومميزة، وهذا ما يتفق بالفعل مع المبدأ الأساس المتعلق بشرعية الجرائم والعقوبات. وحيث أن حرية الفرد هي الحق الذي يمارس في حمي القانون، لذلك يترتب على هذا المبدأ عدم حرمانه من هذه الحرية إلا بمقتضى القانون، وعليه، فإن المواطن موضوع الملاحقة الجزائية يتمتع بضمانة اعتباره بريئاً إلى أن تثبت إدانته، وهو ما يعرف بقريئة البراءة التي تُعد شرعة الإنسان الذي يواجه القضاء الجزائي، ويكون احترامها مفروضاً دستورياً وقانوناً وأخلاقياً وشرعاً ومدنياً وحضارياً، وهي تعني أن السلطة القضائية الموجبة بالملاحقة لا يمكنها اتخاذ أي تدبير بحقه إلا بالاستناد لأدلة معقولة ومقنعة تُنبئ بأن له صلة بهذا الفعل<sup>(3)</sup>. ويعتبر الحق باحترام قريئة البراءة من المبادئ الأساسية المطبقة من قبل القضاء في جميع مراحل دعوى الحق العام وإجراءاتها، لا سيما مرحلة المحاكمة حيث لا يمكن أن يصدر حكم بالإدانة بحق شخص في حال توافر الشكوك حول ارتكابه الجريمة المسندة إليه.

إلا أن ممارسة الحقوق والحريات ليست حرية من أي قيد، فهذه الممارسة تخضع دوماً لحدود القانون الذي يوازن بين مصلحة الأفراد من جهة، ومتطلبات الحفاظ على الصالح العام

(1) غُذلت المادة الثالثة من قانون العقوبات بمقتضى القانون تاريخ 1948/02/05.

(2) إبراهيم محمود الليبي، ضمانات حقوق الإنسان أمام المحاكم الجنائية، مرجع سابق، ص. 80.

(3) مصطفى العوجي، حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، مرجع سابق، ص. 514.

من جهة ثانية، إلا أن هذا التوازن يختل لصالح المصلحة العامة في بعض الظروف الاستثنائية والتي تُشكّل خطراً داهماً على البلاد، بحيث يجوز للسلطة مصادرة هذه الحريات وتقييدها بموجب القانون، وهذا ما سنقوم بتناوله في الفرع الثاني تحت عنوان "تقليص الضمانات الممنوحة للأفراد في حالة الطوارئ".

### • الفرع الثاني: تقليص الضمانات الممنوحة للأفراد في حالة الطوارئ

يمكن للسلطة أن تفرض قيوداً معينة على الحقوق والحريات، تكون محظورة في الظروف العادية أو ربما، خاضعة لرقابة صارمة، إلا أن ذلك لا يعني أن تعليق الضمانات ينطوي على تعليق مؤقت لحكم القانون ولا يجيز لأصحاب السلطة عدم مراعاة مبدأ الشرعية الذي عليهم الالتزام به في كل الأوقات، وفي الحالات التي تعلق فيها الضمانات، قد تختلف بعض القيود القانونية المنطبقة على أفعال السلطات العامة عن القيود السارية في الظروف الاعتيادية. ومع ذلك لا يجوز أن تعتبر هذه القيود غير قائمة ولا يمكن اعتبار أن الحكومة بذلك قد اكتسبت سلطات مطلقة تتجاوز الظروف الاستثنائية التي تبرر اتخاذ تدابير قانونية استثنائية من هذا القبيل<sup>(1)</sup>.

فقد تتوافر بعض الظروف التي تُشكّل تهديداً لأمن وسلامة البلاد<sup>(2)</sup>، الأمر الذي يدفع السلطة الى اتخاذ تدابير استثنائية قائمة على تقييد الحريات والتضحية بالمبادئ التي يقرها القانون والدستور في سبيل المصلحة العامة، وتُعدّ إعلان حالة الطوارئ من التدابير التي تبرر اتخاذ إجراءات تُعد "غير مشروعة" في الظروف العادية، وبموجب هذه التدابير "الاستثنائية" يتعطل مبدأ سيادة القانون، ويتم تقليص الضمانات الممنوحة للأفراد بموجب الدستور.

(1) دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين، الفصل السادس عشر، إقامة العدل أثناء حالة الطوارئ، المفوضية السامية لحقوق الإنسان بالتعاون مع رابطة المحامين الدولية، الحلقة 9 من سلسلة التدريب المهني، الأمم المتحدة، نيويورك وجنيف، 2003، ص. 745.

(2) كتعرض البلاد لخطر مدهم ناتج عن حرب خارجية أو ثورة مسلحة أو أعمال أو اضطرابات تهدد النظام العام والأمن، أو لدى وقوع أحداث تأخذ طابع الكارثة: المادة الأولى من المرسوم الاشتراعي رقم 52 الصادر بتاريخ 5 آب 1967 الأحكام التي ترعى إعلان حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية عدد 65، تاريخ النشر 1967/08/14.

ويعد إعلان حالة الطوارئ والغاؤها من المواضيع الأساسية التي تحتاج الى موافقة ثلثي أعضاء مجلس الوزراء<sup>(1)</sup>، ذلك أن إقرار القوانين الاستثنائية الناجمة عن إعلان حالة الطوارئ يستهدف وقف العمل بالعديد من الحقوق والحريات والضمانات المتعلقة بها، خاصة وأن هذه القوانين الاستثنائية تصدر بالاستناد إلى إعلان حالة الطوارئ أو الأحكام العرفية المعلنة، وهذه القوانين تؤدي بالتالي إلى تعطيل مبدأ سيادة القانون لا سيما عندما تتوفر حالات أو ظروف تؤدي إلى تهديد المصالح العامة للدولة<sup>(2)</sup>.

فقد نصّت المادة الرابعة من المرسوم الاشتراعي رقم 52 الصادر بتاريخ 5 آب 1967 على منح السلطات العسكرية في فرض الإقامة الجبرية، تحري المنازل ليلاً ونهاراً، الحد من حرية الإعلام، منع التجمعات المخلة بالأمن، منع التجول للأشخاص والسيارات، فرض التكاليف العسكرية بطريق المصادرة التي تشمل الأشخاص والحيوانات والأشياء والممتلكات، إقفال السينما والمسرح والملاهي وغيرها من الاجراءات، حيث تقوم هذه القوى بواجباتها الأساسية وفقاً لقوانينها الخاصة وتحت إمرة القيادة العسكرية العليا.

إلا أن وجود الظروف الاستثنائية<sup>(3)</sup> التي تبرر إعلان حالة الطوارئ لا يعني أنها غير مقيدة بموجب الحفاظ على أكبر قدر ممكن من الحريات، هذا بالإضافة الى إخضاع هذه الإجراءات الاستثنائية الى رقابة مجلس النواب اللبناني لتقدير مدى ملائمتها مع الأوضاع التي تمر فيها البلاد<sup>(4)</sup>، ومدى تناسبها مع حالة الخطر الداهم.

---

(1) الفقرة الأخيرة من المادة 65 من الدستور المعدلة بموجب القانون الدستوري الصادر في 1990/09/21.

(2) محمد عصفور، ميثاق حقوق الإنسان العربي ضرورة قومية مصيرية، سلسلة كتب المستقبل العربي، العدد الرابع، الديمقراطية وحقوق الإنسان في الوطن العربي، إعداد هلال، علي الدين وآخرون، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، الطبعة الرابعة، 1998، ص 282.

(3) ويرى البعض أن هناك تلازماً بين الظروف الاستثنائية وحالة الضرورة، فلا يمكن تصور قيام حالة الضرورة إلا إذا سبقتها ظروف استثنائية تمهد لقيامها، لا سيما وأن الضرورة لا توجد إلا على أرض الظروف الاستثنائية: للمزيد راجع: يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 101.

(4) المادة الثانية من المرسوم الاشتراعي رقم 52 الصادر بتاريخ 5 آب 1967 الأحكام التي ترعى إعلان حالة الطوارئ.

وحتى يكون إعلان حالة الطوارئ مشروعاً، يجب أن يتم تحديد مدتها بشكل واضح وصریح في مرسوم إنشائها<sup>(1)</sup>، بحيث تنتهي أحكامها بمجرد انتهاء المدة المحددة لها، فتعود الأمور الى سابق عهدها، وذلك لعدم التماذي في إهدار الحقوق وانتهاكها، ولكي لا تُعد التدابير بمثابة تعدّ صارخ على الحقوق الفردية والحريات العامة، ولمنع التعسف في تطبيق القوانين المتشددة التي خلقتها حالة الطوارئ بحجة المحافظة على المصلحة العامة.

ويعد إعلان حالة الطوارئ في بيروت بعد كارثة تفجير المرفأ بتاريخ 2020/08/04 هو أحدث إعلان حتى تاريخه، حيث أعلن مجلس الوزراء اللبناني أن مدينة بيروت هي "مدينة منكوبة"، وأصدر المرسوم الخاص بإعلان حالة الطوارئ<sup>(2)</sup> حيث حدد مدة سريانها بمهلة أسبوعين قابلة للتجديد وفقاً للمعطيات الأمنية والظروف التي قد تستجد لاحقاً، وعلى أن تشمل مدينة بيروت فقط<sup>(3)</sup>، مستنداً في إعلانها الى المرسوم رقم 1968/52، وهنا تجدر الإشارة الى أن المرسوم المذكور لم يتضمن أية ضمانات تُذكر في نطاق حماية الحقوق والحريات العامة، وإنما اقتصر على تنظيم إعلان حالة الطوارئ من حيث الظروف التي تبررها، والآلية التي يتم من خلالها إعلانها وإنهاؤها، فضلاً عن النص على الحريات التي سيتم تقييدها منذ لحظة إعلانها، وحيث أن الحرية هي المبدأ وتقييدها هو الاستثناء، لذلك لا يجوز أن يؤدي تعطيل ممارسة الحريات الى التضيق بشكل قانوني من الممارسة الكاملة والفعالة لتلك الحقوق، لذلك يجب النص - في الحد الأدنى - على توفير الحماية الكاملة للحقوق الأساسية<sup>(4)</sup> غير القابلة

(1) نصت المادة الرابعة من المرسوم الاشتراعي رقم 102 الصادر بتاريخ 16 أيلول 1983 المتعلق بقانون الدفاع الوطني على ما يلي: " يتم تكليف الجيش المحافظة على الأمن بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الداخلية ووزير الدفاع الوطني، ويكون لمدة محددة تمدد عند الاقتضاء بالطريقة ذاتها".

(2) المرسوم رقم 2020/6792 تاريخ 2020/08/07 والذي تم بموجبه إعلان حالة الطوارئ في بيروت.

(3) عقد مجلس الوزراء اللبناني جلسة استثنائية بتاريخ 2020/08/05، وقد تبني بموجب هذه الجلسة مقررات مجلس الدفاع، وأعلن حالة الطوارئ لمدة أسبوعين قابلة للتجديد، وذلك استناداً الى المادة الثالثة من قانون الدفاع رقم 102 والمواد 1، و2، و3، و4 من المرسوم الاشتراعي رقم 52 تاريخ 1967/8/5، اعلان حالة الطوارئ في مدينة بيروت لمدة أسبوعين قابلة للتجديد، مما يعني أن السلطات المختصة تقوم بممارسة الصلاحيات المشار إليها بموجب المرسوم الاشتراعي رقم 1968/52، وتقوم هذه القوى بواجباتها الأساسية وفقاً لقوانينها الخاصة وتحت امرة القيادة العسكرية العليا.

(4) هناك نوعان من الحقوق، حقوق طبيعية تتطلب تشريعاً لينظم أحكامها ويقرر ضماناتها، وحقوق وضعية تم النص عليها في التشريعات الدستورية والنصوص الجنائية: أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص. 9.

للتعطيل، والعمل على تقييد الحريات في أضيق الحدود التي تفرضها الظروف الطارئة، والعمل على ضمان مبدأ الشرعية القانونية حتى في ظل تطبيق حالة الطوارئ.

## ○ الخاتمة

تُعدّ الحقوق التي يتمتع بها الفرد في النظام الديمقراطي، جزءاً من الحقوق الطبيعية التي تُمثّل قيماً علياً ثابتة وخالدة، وهي بذلك تُعتبر حقوقاً أساسية لا يمكن للفرد أن يحيا بدونها، وقد منحها المشرّع حمايةً قانونيةً وتشريعيةً انطلاقاً من مبدأ الشرعية وسيادة القانون، ومن هنا تبدو صلة القانون الجزائري بالدستور واضحة وصريحة من خلال النص على الحقوق والحريات العامة والتأكيد عليها، لا سيما من ناحية اعتبار التشريع الجزائري بمثابة دعامة قوية للقواعد الدستورية ووسيلةً لديمومتها، إلا أن الحرية تخضع دائماً لحدود القانون الذي يمارس دوره كضامن لها من ناحية، وبين متطلبات الحفاظ على الصالح العام من ناحية ثانية.

انطلاقاً من هنا يمكن لنا أن نحدد النتائج التي تم التوصل إليها في هذه الدراسة بالنقاط

التالية:

- 1- ينص الدستور على الحريات ويكفلها، في حين أن القانون الجزائري ينظّم ممارسة هذه الحريات ويضع الضوابط لعدم تجاوز حدودها.
- 2- الحرية ليست مطلقة وإنما هي محكومة ضمن إطار تكريس القواعد المحددة للنظام العام للحريات.
- 3- يشكّل مبدأ الشرعية الجنائية توازناً بين المصالح المتعارضة للفرد والمجتمع، وهذا التوازن يستند إلى الشرعية الدستورية والقانونية لهذه الإجراءات وحمايتها للمصالح العامة.
- 4- تُعدّ سيادة القانون ضماناً جوهرياً للحريات العامة في مواجهة السلطة، خاصةً وأن النظام العقابي يفترض تقييد حرية الفرد وحقوقه.

- 5- تمّ تنظيم ضمانات ممارسة الحقوق والحريات من قِبَل القانون نفسه مخافة تجاوز السلطة للقدر اللازم والضروري لحماية المصلحة العامة.
- 6- يمكن للسلطة أن تقوم بقييد الحريات في بعض الظروف الاستثنائية بهدف المحافظة على الأمن والسلامة العامة، إلا أن تعطيل ممارسة الحريات لا يجوز أن يؤدي الى التضيق بشكل قانوني من الممارسة الكاملة والفعالة لتلك الحقوق المنصوص عليها في الدستور.

انطلاقاً من هذه النتائج، سنقدم مجموعة من التوصيات:

- 1- العمل على توفير الضمانات القانونية التي تكفل الحرية الشخصية للفرد، لا سيما وأن النص على الحق لا يستقيم دون تطبيقه ووضعه موضع التنفيذ.
- 2- تكريس التوازن بين المصالح المتعارضة للفرد والمجتمع استناداً الى الشرعية القانونية والدستورية.
- 3- العمل على التخفيف من حدة الإجراءات التي تنتهك الحقوق والحريات في الظروف التي تستدعي اللجوء الى حالة الطوارئ.
- 4- تفعيل الرقابة على الإجراءات الاستثنائية المفروضة بموجب حالة الطوارئ.
- 5- الحدّ من تعسف السلطة في مصادرة الحريات وفرض القوانين المتشددة الهادفة الى الحفاظ على السلامة العامة.

**الدراسة الثامنة:**

**النظام القضائي للمحاكم التجارية الدولية ودورها في تسوية المنازعات الاستثمارية  
(محكمة قطر الدولية ومركز تسوية المنازعات نموذجاً للدراسة)**

د. محمد سعيد احمد اسماعيل<sup>(1)</sup>

أحدثت الثورة التكنولوجية التي نعيشها اليوم تقدماً كبيراً في وسائل الاتصالات والمعلومات وأدت إلى الانخفاض الكبير في تكاليف النقل والمواصلات، وتكاليف الاتصالات الإلكترونية والمعلوماتية، وساعدت هذه العوامل في نمو وازدهار التجارة الدولية من جهة، وتسهيل العولمة الاقتصادية من جهة أخرى. وإن هذا التقدم الهائل في التجارة الدولية أدى إلى زيادة كبيرة في عدد الشركات التجارية الكبرى التي يُطلق عليها بالشركات متعددة الجنسيات، وأصبحت هذه الشركات تشكل مكوناً رئيساً في الاقتصاد الرقمي العالمي.

ولا شك بأن ازدياد عدد الشركات التجارية نتج عنه زيادة كبيرة في المنازعات التجارية الدولية، وفي خضم هذه الزيادة في عدد الشركات والمنازعات أصبحت الدول التي تستضيف هذه الشركات مطالبة بتوفير مناخ استثماري وبيئة مناسبة للمستثمرين الأجانب تتمتع بالطمأنينة والثقة لحل منازعاتهم الاستثمارية وتحقيق لهم العدالة.

وفي وقتٍ مبكر برز دور التحكيم التجاري الدولي كوسيلة هامة لحل منازعات التجارة الدولية، وأصبح التحكيم خياراً جذاباً للمتنازعين يوفر لهم حرية اختيار مكان التحكيم والمحكمين والقانون الواجب التطبيق وإجراءات التحكيم وإصدار حكم تحكيم يمكن تنفيذه بكل سهولة ويسر

(1) أستاذ القانون التجاري المساعد - كلية أحمد بن محمد العسكرية - قطر.

في الدول المتعاقدة وفقاً لاتفاقية نيويورك التي تتضمن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها سنة 1958.

#### ♦ أهمية الدراسة:

بدأت المحاكم التجارية الدولية بالظهور منذ بداية العقد الماضي وكان السبق لمحاكم مركز دبي المالي العالمي سنة 2004، ثم تلتها محكمة قطر الدولية سنة 2005، ومحكمة سنغافورة التجارية الدولية سنة 2015، ومحاكم سوق أبو ظبي العالمية سنة 2016، ودخلت الصين إلى المنافسة العالمية لخدمات حل المنازعات التجارية الدولية من خلال انشاء المحكمة التجارية الدولية الصينية حيث تمّ إنشاء محكمتين تجاريتين دوليتين من قبل محكمة الشعب العليا الأولى في شننتشن بمقاطعة قوانغدونغ وشيآن والثانية بمقاطعة شنشي في نهاية يونيو 2019.

تمتاز المحاكم التجارية الدولية بأنها متخصصة في القضايا التجارية وتوصف بأنها تتوافق مع احتياجات وواقع التجارة الدولية، وهي مستوحاة من النظام القضائي لمحكمة لندن التجارية وتعتمد النظام الإنجلوسكسوني Common Law في معظم قواعدها القانونية والتنظيمية مثل محكمة قطر الدولية، ومن الخصائص المتميزة لهذه المحاكم بأن الهيئة القضائية فيها تتكون من قضاة محليين وأجانب متخصصين بالقضايا التجارية ولديهم شهرة واسعة في هذا المجال على المستويين المحلي والدولي ومشهود لهم بالسمعة الطيبة والسيرة الحسنة، وتتنظر هذه المحاكم بالمنازعات التجارية ذات الطابع الدولي ويكون الخصوم غالباً من الأجانب، ويتمتع المحامون الأجانب أمامها بحقوق أكثر منها مقارنة بالمحاكم المحلية التقليدية. ومازالت هذه المحاكم حديثة العهد فإنه من المفيد دراسة أهم خصائصها وآليات العمل فيها ودورها في تسوية المنازعات الاستثمارية ذات الصلة بالتجارة الدولية، وسوف يتم الإشارة في هذا البحث إلى محكمة قطر الدولية ومركز تسوية المنازعات كنموذج للدراسة وسيتم المقارنة مع نظام المحاكم لمركز دبي المالي العالمي ومحكمة سنغافورة التجارية الدولية.

#### ♦ مشكلة الدراسة:

ولعلنا نتساءل بأنه إذا كان التحكيم التجاري الدولي يقوم بهذا الدور في حل المنازعات التجارية الدولية، فما هي الحاجة التي تدعونا إلى إنشاء المحاكم التجارية الدولية، وهل هناك مجالاً للتنافس بينهما؟

إن هذا السؤال كان بمثابة الدافع المحرك الذي دفعنا لإجراء هذه الدراسة والبحث في هذا النظام القضائي للمحاكم التجارية الدولية التي أصبحت كما يبدو لنا تشكل نظاماً قضائياً مبتكراً وفعالاً وجديراً بالثقة لحل منازعات التجارة الدولية. ويتناول البحث دراسة مدى النجاح الذي حققته المحاكم التجارية الدولية في تسوية المنازعات الاستثمارية ومنها محكمة قطر الدولية.

#### ♦ أهداف الدراسة:

أدركت العديد من الدول مثل فرنسا وهولندا وبلجيكا أن الاستثمار في المحاكم التجارية الدولية التي تتسم بالكفاءة ويتم تنظيمها على شكل محكمة لندن التجارية وتعمل باللغة الإنجليزية أصبحت أمراً ضرورياً للتنافس عالمياً على التجارة والاستثمار والتواصل مع الشركات العالمية الكبرى. وتشير معظم الدراسات الاقتصادية والقانونية إلى أن أهم الأهداف الاستراتيجية للمحاكم التجارية الدولية هو الاستفادة من التقدم التكنولوجي في تطوير الحلول لتسوية المنازعات التجارية عبر الإنترنت لتعزيز التجارة الإلكترونية العالمية ودعم التجارة الدولية، وتعزيز اليقين القانوني للمستثمرين العالميين وكسب ثقتهم لسنوات قادمة.

يهدف البحث إلى توضيح الآتي:

- العوامل والأسباب التي أدت إلى استحداث المحاكم التجارية الدولية.
- استخدام الوسائل البديلة لتسوية المنازعات.
- النظام القضائي المتميز لهذه المحاكم لئيتناسب مع النظام القضائي الإلكتروني.
- التركيز على الاختصاصات والإجراءات المبسطة لتسوية المنازعات التجارية الدولية.

#### ♦ منهجية الدراسة:

يركز هذا البحث على النظام القضائي للمحاكم التجارية الدولية ونظراً لخصوصية الموضوع وأهميته في الوقت الحاضر، فإنه سيعتمد على عدة مناهج علمية قانونية، وأهمها المنهج القانوني التحليلي، والمنهج التطبيقي والاستنباطي، والمنهج المقارن.

#### ◆ تقسيم:

- الفصل الأول: الإطار القانوني للمحاكم التجارية الدولية
- المبحث الأول: النشأة والتشكيل للمحاكم التجارية الدولية
- المبحث الثاني: الولاية القضائية للمحاكم التجارية الدولية
- الفصل الثاني: نحو نظام قضائي دولي لتسوية المنازعات التجارية
- المبحث الأول: إنفاذ الأحكام والأوامر القضائية للمحاكم التجارية الدولية
- المبحث الثاني: تقييم تجربة المحاكم التجارية الدولية

#### ○ الفصل الأول: الإطار القانوني للمحاكم التجارية الدولية

يتميز الاقتصاد القطري بالقوة ويصنف بأنه واحد من أسرع الاقتصادات نموًا في العالم، ومؤخرًا بدأت دولة قطر بإصدار القوانين التي تهدف إلى تبسيط إجراءات الاستثمار وجذب الاستثمارات الأجنبية، ومن أهمها قانون مركز قطر للمال (القانون رقم (7) لعام 2005) بتاريخ 9 مارس 2005، وأصبح القانون نافذاً في 1 مايو 2005، وينصّ قانون مركز قطر للمال (المعدّل بالقانون رقم (2) لسنة 2009 والقانون رقم (14) لسنة 2009) على البنية الأساسية لمركز قطر للمال وتضمن هذا القانون إنشاء هيئة تُسمى (هيئة قطر للمال) تتولى هذه الهيئة إدارة المركز وتعمل على تأكيد وتعزيز مكانته كموقع عالمي رائد للمال والأعمال.

ويهدف مركز قطر للمال إلى المساهمة في تطوير قطاع الخدمات المالية وجذب الاستثمارات الأجنبية إلى دولة قطر وتوفير بيئة أعمال ترتقي إلى العالمية من خلال منصة داعمة للنمو المحلي والإقليمي والدولي في ظل تشريعات قانونية وتنظيمية محفزة لاستقطاب الشركات الأجنبية في القطاعات الاقتصادية المختلفة. وتتمتع الشركات العاملة تحت مظلة مركز قطر للمال بمزايا تنافسية عديدة في إطار نظام قانوني وقضائي يستند إلى القانون الانجليزي العام، ومن أهمها الامتيازات التالية:

- محكمة مستقلة ومحكمة التنظيم ومركز تسوية المنازعات
- الملكية الأجنبية بنسبة 100%
- تحويل الأرباح بنسبة 100%

- 10% كضريبة على الأرباح من مصادر محلية
- لا قيود على العملة المستخدمة في التداول
- عملية التأسيس لمزاولة الأعمال بسيطة وميسرة
- مجموعة واسعة من اتفاقيات الازدواج الضريبي في قطر
- يعتمد النظام الانجلوسكسوني Common Law في معظم قواعده القانونية والتنظيمية

### • المبحث الأول: النشأة والتشكيل للمحاكم التجارية الدولية

إن إنشاء المحاكم التجارية الدولية يتم في الدول بموجب القوانين الوطنية ويتم دمجها في التشريعات ونظم العدالة المحلية، وتشترك جميع المحاكم التجارية الدولية في الهدف المشترك المتمثل في تلبية مطالب دعاوى التجارة الدولية، لذلك نجد العديد من العوامل المشتركة بينها حيث تعتبر جميعاً نموذجاً عن محكمة لندن التجارية التي أنشئت بالفعل سنة 1895، ولكن كل محكمة تجارية دولية تقدم رغم ذلك بعض الميزات الفريدة<sup>(1)</sup>.

#### ■ أولاً: محكمة قطر الدولية

يُطلق على المحكمة التجارية والمدنية (الابتدائية ومحكمة الاستئناف) ومحكمة التنظيم اصطلاحاً بـ "محكمة قطر الدولية" وتُعد المحكمة جزءاً من النظام القضائي القطري، بيد أنها مستقلة عن المحاكم العادية التي ينظمها قانون السلطة القضائية القطري رقم 10 لسنة 2003، وينظم القواعد الإجرائية للدعاوى المرفوعة أمام المحكمة المدنية والتجارية القرار رقم 1 لسنة 2011 الصادر عن وزير الاقتصاد، أما القواعد الإجرائية الواجب اتباعها في الدعاوى المنظورة أمام محكمة التنظيم فإنها تخضع للقواعد التنظيمية التي يتضمنها القرار رقم 2 لسنة 2011 الصادر عن وزير الاقتصاد. وتكون طريقة عمل المحكمة التجارية والمدنية (الابتدائية ومحكمة الاستئناف) ومحكمة التنظيم وفقاً للنظام الإنجلوسكسوني، حيث يتميز هذا النظام بالسهولة والسرعة في الإجراءات القضائية ويدعم الوسائل البديلة لحل المنازعات المدنية والتجارية بالتسوية الودية والتحكيم التجاري الدولي.

<sup>(1)</sup> Marta Requejo Isidro, International Commercial Courts in the Litigation Market, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, Research Paper Series | N° 2019 (2), p 5.

في 9 مارس 2005 تم تأسيس محكمة قطر الدولية ومركز تسوية المنازعات بموجب قانون مركز قطر للمال رقم 7 لسنة 2005 وتعديلاته، وتعمل المحكمة ضمن منظومة مركز قطر للمال وتوفر بيئة قانونية عالمية المستوى، لتقديم خدمات قضائية للأعمال والشركات العالمية وفقا لأفضل المعايير الدولية، وتضم المحكمة المدنية والتجارية ومحكمة تنظيم مركز قطر، وتساهم في جذب الاستثمارات الأجنبية واستقطاب شركات الخدمات المالية العالمية الى دولة قطر. وتوفّر محكمة قطر الدولية ومركز تسوية المنازعات منصة قضائية دولية متخصصة في تسوية المنازعات المدنية والتجارية والمالية والاستثمارية، وهي جزء من السلطة القضائية لدولة قطر، حيث تمتاز بسرعة النظر في المنازعات التي تختص بها، وتضم المحكمة نخبة من القضاة الدوليين من ذوي الكفاءة المهنية العالية والخبرة المميّزة والسمعة الدولية المرموقة<sup>(1)</sup>. وعرّف قانون مركز قطر للمال في المادة الأولى، المحكمة المدنية والتجارية: المحكمة المدنية والتجارية لمركز قطر للمال بدائرتها الابتدائية والاستئنافية، المنشأة بموجب المادة (8) من قانون المركز، ومحكمة التنظيم: محكمة التنظيم لمركز قطر للمال، المنشأة بموجب المادة (8) من قانون المركز.

واستطاعت محكمة قطر الدولية أن تحتل مكانة مرموقة خلال أقل من عقدين بين المحاكم التجارية الدولية، ومن أهمها محاكم مركز دبي المالي العالمي التي أنشأت بموجب أحكام القانون رقم 12 لسنة 2004، ومحكمة سنغافورة التجارية الدولية التي أصبحت جزءاً من المحكمة العليا في سنغافورة في 5 يناير 2015، وتخضع الإجراءات في المحكمة التجارية الدولية لقواعد المحكمة العليا لسنغافورة بصيغتها المعدلة بموجب القانون رقم 110 وتخصصت للنظر في المنازعات التجارية الدولية<sup>(2)</sup>.

تتمتع محكمة قطر الدولية (محكمة التنظيم والمحكمة المدنية والتجارية)، بالاستقلال المالي والإداري عن الدولة وهيئة المركز وأجهزته، وعن بعضها البعض، ولكل منهما موازنة

(1) الموقع الإلكتروني لمحكمة قطر الدولية qicdrc : <https://www.qicdrc.gov.qa/ar>

(2) Supreme Court of Judicature Act (Singapore, cap 322, 2007 rev ed) s 18A ('Supreme Court of Judicature Act'), Rules of Court (Singapore, cap 322, 2014 rev ed) O 110 r 7(1)(a) ('Rules of Court').

- see, ANDREW GODWIN, IAN RAMSA, MIRANDA WEBSTER, INTERNATIONAL COMMERCIAL COURTS: THE SINGAPORE EXPERIENCE, Melbourne Journal of International Law, Vol 18 2017, p (220).

مستقلة لا تطبق عليها قوانين الدولة الخاصة بالموازنة العامة للدولة ووزاراتها، وتوفر الدولة التمويل اللازم لكل منهما مباشرة وبصورة مستقلة عن موازنة هيئة المركز. ويجوز لمجلس الوزراء، أن يطلب من هيئة المركز أن تقدم تمويلاً من موازنتها الخاصة لكل من محكمة التنظيم والمحكمة المدنية والتجارية، وأن تقدم لها كذلك خدمات مساعدة إذا رأى أن مثل هذه الترتيبات لن تؤثر على استقلالية هذه الجهات. وصدر عن وزير الاقتصاد والمالية القرارين التاليين: قرار وزير الاقتصاد والمالية رقم (1) لسنة 2011 بشأن الأنظمة والقواعد الإجرائية للمرافعات المدنية والتجارية لدى المحكمة المدنية والتجارية، وقرار وزير الاقتصاد والمالية رقم (2) لسنة 2011 بشأن الأنظمة الإجرائية لدى محكمة تنظيم مركز قطر للمال.

#### ■ ثانيًا: محاكم مركز دبي المالي العالمي

تم تأسيس مركز دبي المالي العالمي (DIFC) ليكون منطقة مالية حرة تقدم إطارًا قانونيًا وتنظيميًا فريدًا ومستقلًا من أجل تهيئة بيئة للنمو والتقدم والتنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة والمنطقة ككل.

" قانون دبي رقم 12 لعام 2004 هو القانون المنشئ للسلطة القضائية في مركز دبي المالي العالمي"، يتضمن هذا القانون إنشاء محاكم الدرجة الأولى والاستئناف التابعة لمركز دبي المالي العالمي والاختصاص القضائي لمحاكم مركز دبي المالي العالمي. ينص قانون دبي على تعيين قضاة محاكم مركز دبي المالي العالمي، بما في ذلك رئيس قضاة محاكم مركز دبي المالي العالمي، ويسمح القانون للمحاكم بالتعامل حصريًا مع جميع الدعاوى والنزاعات الناشئة عن أو داخل مركز دبي المالي العالمي، وينص القانون أيضًا على إنفاذ الأحكام والأوامر والقرارات الصادرة عن محاكم مركز دبي المالي العالمي، ويمنح القانون رئيس القضاة مسؤولية إدارة المحاكم وأي دوائر أو شعب أخرى يتم إنشاؤها.

وتتضمن محاكم مركز دبي المالي العالمي ثلاثة أنواع من المحاكم، هي محكمة المطالبات الصغيرة والمحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف، ويتم تشكيل المحكمة الابتدائية من قاضٍ فرد، أما محكمة الاستئناف فإنها تشكل من رئيس وقاضيين، ويكون في كل من المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف دائرة أو أكثر، ويرأس محكمة الاستئناف رئيس المحاكم أو أقدم

القضاة عند الاقتضاء. ويتولى رئيس المحاكم تشكيل دوائر المحاكم المختلفة والإشراف على شؤونها الإدارية، ويكون لرئيس المحاكم تفويض كل أو بعض صلاحياته الخاصة بإدارة المحاكم لأي من قضاة المحاكم<sup>(1)</sup>.

أما محكمة المطالبات الصغيرة "SCT" (Small Claims Tribunal): هي المحكمة التي تمّ إنشاؤها في 30 أكتوبر 2007 بموجب قرار رئيس المحاكم رقم 2 لسنة 2007، وذلك استناداً إلى القانون رقم 10 لسنة 2004 بشأن محاكم مركز دبي المالي العالمي، ويجري العمل فيها كمحكمة لمحاكم مركز دبي المالي العالمي مع سلطة النظر في المطالبات وتحديدها ضمن اختصاص مركز دبي المالي العالمي المحاكم، ويكون رفع الدعوى أمام المحكمة بكل سهولة وبساطة حيث يمكن إكمال نموذج المطالبة القصيرة شخصياً، أو عبر الفاكس، أو الإنترنت، على موقع محاكم مركز دبي المالي العالمي. وتخضع المطالبات في محكمة المطالبات الصغيرة لقواعد محاكم مركز دبي المالي العالمي، ويتم حل 90% من القضايا في غضون أربعة أسابيع في محكمة المطالبات الصغيرة، ويجب أن تكون القضايا المرفوعة داخل المحكمة تدخل في نطاق اختصاص محاكم مركز دبي المالي العالمي ويجب أن تتدرج ضمن الاختصاص القضائي المحدد للجنة.

### ■ ثالثاً: محكمة سنغافورة التجارية الدولية

أنشأت سنغافورة في يناير 2015، دائرة جديدة في المحكمة العليا لسنغافورة صممت خصيصاً للنظر في المنازعات التجارية الدولية وأطلقت عليها اسم "المحكمة التجارية الدولية في سنغافورة". ('SICC') لا تنتظر هذه المحكمة SICC إلا في المطالبات ذات الطابع التجاري والدولي، وتمتاز المحكمة بسمات تجعلها ملائمة لاحتياجات التجارة الدولية. وأهم مزاياها وجود مجموعة من القضاة الدوليين، وتضم خبراء من الفقهاء القانونيين الدوليين المرموقين ذوي الخبرة في المسائل التجارية، كما أنها تضم من نخبة من قضاة المحكمة العليا في سنغافورة. وكذلك فإن الدعاوى التي تنتظر فيها المحكمة التجارية الدولية عندما لا تكون هناك أي صلة جوهرية بسنغافورة، فإنه يجوز أن يمثلها محامون أجانب يسجلون فيها لهذا الغرض<sup>(2)</sup>.

(1) Marta Requejo Isidro, p 8.

(2) الموقع الإلكتروني لمحكمة سنغافورة التجارية الدولية : <https://www.sicc.gov.sg>

وباعتبار أن محكمة سنغافورة التجارية الدولية هي أحد أقسام المحكمة العليا فإن التقاضي فيها يكون من درجتين: الدرجة الأولى هي المحكمة الابتدائية وتشكل المحكمة من قاضٍ واحد أو من ثلاثة قضاة، وفي حالة تعيين ثلاثة قضاة للبت في النزاع، يعين رئيس القضاة أحدهم ليتولى الرئاسة، ومحكمة الدرجة الثانية هي محكمة الاستئناف، وتمتاز محكمة سنغافورة باعتمادها قواعد مرنة في التقاضي حيث يجوز أن تكون إجراءات المحكمة سرية ولا سيما إذا كانت القضية خارجية، ويجوز للأطراف أن يتقدموا بطلب للحصول على أمر بالامتناع عن تطبيق قواعد الإثبات السنغافورية واستبدالها بقواعد إثبات أخرى، ويجوز لأي طرف أن يطلب تطبيق القانون الأجنبي، ويجوز للطرفين الاتفاق في العقد أو بوثيقة مستقلة على ممارسة حقوقهم في الاستئناف أو تقيدها أو الحد منها، وبالتالي يمكن أن يصدر الحكم نهائياً من الدرجة الأولى<sup>(1)</sup>.

## • المبحث الثاني: الولاية القضائية للمحاكم التجارية الدولية

### ▪ أولاً: التوسع في الاختصاص القضائي

#### 1- محاكم الدرجة الأولى:

أنشأت المحكمة المدنية والتجارية بموجب المادة الثامنة من قانون مركز قطر للمال وتعديلاته، وأطلق عليها اسم "المحكمة المدنية والتجارية لمركز قطر للمال" نظراً لاختصاصها بالفصل في المنازعات المدنية والتجارية، وتتكون المحكمة من دائرة ابتدائية أو أكثر، ودائرة استئنافية، وتشكل كل منها من ثلاثة قضاة، ويكون مقر المحكمة المدنية والتجارية في مركز قطر للمال، ويجوز لها عند الضرورة أن تعقد جلساتها في مكان آخر داخل الدولة. وتختص الدائرة الابتدائية بالمحكمة المدنية والتجارية بالفصل في المنازعات المدنية والتجارية، ويجب أن تكون هذه المنازعات ناشئة عن المعاملات أو العقود أو الترتيبات أو الوقائع التي تجري في المركز أو من خلاله بين الكيانات المؤسسة فيه، أو بين هيئات أو أجهزة المركز من جهة، والكيانات المؤسسة فيه من جهة أخرى، أو قد تنشأ هذه المنازعات بين الكيانات المؤسسة في المركز والمقاولين المتعاقدين معها والعاملين لديها، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

<sup>(1)</sup> ANDREW GODWIN, IAN RAMSA, MIRANDA WEBSTER, p (221).

ويتمد اختصاص المحكمة إلى المنازعات المدنية والتجارية الناشئة عن المعاملات أو العقود أو الترتيبات التي تتم بين كيانات مؤسسة في المركز من جهة، وأشخاص يقيمون في الدولة أو كيانات مؤسسة فيها خارج المركز من جهة أخرى، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك. وتتشابه الاختصاصات بين المحكمة الابتدائية لمحاكم مركز دبي المالي العالمي مع الدائرة الابتدائية للمحكمة المدنية والتجارية لمركز قطر للمال ويلاحظ أن هذه الأولى توسعت في اختصاصاتها بالتعديل الأخير الصادر بالقانون رقم (5) لسنة 2017 بتعديل بعض أحكام القانون رقم (12) لسنة 2004 بشأن محاكم مركز دبي المالي العالمي وأضافت القضايا العمالية وأصبحت تختص بالطلبات والدعاوى المدنية أو التجارية أو العمالية التي يكون المركز أو أي من هيئات المركز أو مؤسسات المركز أو مؤسسات المركز المرخصة طرفاً فيها، أو المتعلقة بعقد أو بوعد بالتعاقد سواء تم إبرامه أو إتمامه أو تنفيذه جزئياً أو كلياً داخل المركز، أو أي طلب أو دعوى تكون للمحاكم صلاحية النظر فيها بموجب قوانين وأنظمة المركز<sup>(1)</sup>. ويبدو أن رؤية مركز دبي المالي العالمي الرامية إلى تعزيز الولاية القضائية لمحاكمه وبأن يصبح كمركز دولي لتسوية المنازعات التجارية دفعته إلى توسيع اختصاصات المحكمة الابتدائية، بموجب القانون رقم (16) لسنة 2011 بتعديل بعض أحكام القانون رقم (12) لسنة 2004 بشأن محاكم مركز دبي المالي العالمي، لتشمل النظر والفصل في الطلبات والدعاوى المدنية أو التجارية إذا رُفعت إليها باتفاق الأطراف خطأً سواء قبل أو بعد وقوع النزاع، على أن يكون هذا الاتفاق بموجب نص خاص واضح وصريح، ولا يشترط في هذه الدعاوى الأخيرة أن تكون مرتبطة بأي من الهيئات أو المؤسسات المرخصة في المركز. ووفقاً للمادة 18 من قانون المحكمة العليا تتمتع هذه المحكمة بالولاية القضائية للنظر في الدعوى إذا استوفيت الشروط التالية:

(أ) إذا كانت الدعوى ذات طابع دولي وتجاري؛ (ب) أن تكون الدعوى من الدعاوى التي يجوز للمحكمة العليا أن تنظر فيها وفقاً لاختصاصها المدني الأصلي، (ج) إذا كانت الدعوى تستوفي الشروط الأخرى التي قد تحددها لائحة المحكمة.

---

(1) Sundaresh Menon, INTERNATIONAL COMMERCIAL COURTS: TOWARDS A TRANSNATIONAL SYSTEM OF DISPUTE RESOLUTION, Opening Lecture for the DIFC Courts Lecture Series 2015, p 3.

وتحدد لائحة المحكمة، وهي التشريع الفرعي المتعلق بالإجراءات والممارسة أمام المحكمة، بأنه يجب أن يكون هناك اتفاق خطي من الأطراف المعنية باختصاص المحكمة التجارية الدولية بسنغافورة لتسوية المنازعات، والخضوع للولاية القضائية الحصرية لمحكمة سنغافورة التجارية الدولية لتنفيذ أي حكم أو أمر من محكمة سنغافورة التجارية الدولية دون تأخير لا مبرر له، والتنازل عن أي لجوء إلى أي محكمة خارج سنغافورة ضد أي حكم أو أمر صادر عن محكمة سنغافورة التجارية الدولية، وضد إنفاذ مثل هذا الحكم أو الأمر، طالما أنه يمكن التنازل عن هذا اللجوء بشكل صحيح<sup>(1)</sup>.

أما محكمة سنغافورة التجارية الدولية فقد اشترطت بأن تكون الدعوى التي تنظرها ذات طابع تجاري ودولي، ووفقاً لقواعد المحكمة تكون الدعوى "دولية" إذا: (1) أن يكون طرفي الدعوى قد اتفقا، بموجب اتفاق خطي بشأن الاختصاص، على تقديم الدعوى للمحكمة، وفي وقت إبرام الاتفاق، يكون للأطراف أماكن عملهم في دول مختلفة؛ (2) لا يوجد لدى أي من أطراف الدعوى أماكن عمل في سنغافورة؛ (3) أحد الأماكن التالية يقع خارج أي دولة يوجد فيها مكان عمل أي من الطرفين: (أ) أي مكان يتعين فيه تنفيذ جزء كبير من التزامات العلاقة التجارية بين الطرفين؛ (ب) المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق صلة به؛ أو (4) إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع الدعوى يتعلق بأكثر من دولة واحدة؛ وتكون الدعوى ذات طابع تجاري إذا نشأ موضوع النزاع عن علاقة ذات طابع تجاري، تعاقدية أم غير تعاقدية، بما في ذلك (على سبيل المثال لا الحصر) أي من المعاملات التالية: أي معاملة تجارية لتوريد أو تبادل سلع أو خدمات؛ أو التوزيع؛ أو التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية وغيرها<sup>(2)</sup>.

ويبدو لنا بأن هذه المحاكم الثلاث تتشابه بأنها في جوهرها هي محاكم محلية متخصصة أنشئت لتسوية المنازعات التجارية الدولية، ويلاحظ بأن محكمة سنغافورة التجارية الدولية تختلف عن محاكم مركز دبي المالي العالمي ومحكمة قطر الدولية من حيث اختصاصها للنظر بالدعاوى الدولية فقط دون أن يمتد اختصاصها للنظر في الدعاوى المحلية، وأما محكمة قطر الدولية فإنها لم تمتد اختصاصها للنظر في الدعاوى الدولية التي لا تتصل بالكيانات

(1) MAN YIP, THE RESOLUTION OF DISPUTES BEFORE THE SINGAPORE INTERNATIONAL COMMERCIAL COURT, International and Comparative Law Quarterly, ICLQ vol 65, April 2016 p (440).

(2) MAN YIP, pp (448-449).

المؤسسة في مركز قطر للمال حتى تاريخه وإن كانت مؤهلة لتمارس هذا الدور من خلال النظام القانوني والقضائي للمحكمة الذي يعتمد على نظام القانون العام الإنجليزي التقليدي، والبنية التحتية للمحكمة، وكفاءة القضاة وخبراتهم، والإجراءات المرنة للنقاضي، والسماح للمحامين الأجانب بالمرافعة أمامها، والاستعانة بالخبراء المحليين والأجانب. بيد أن بعض الفقه<sup>(1)</sup> ذهب إلى أن قانون مركز قطر للمال يجيز في حالة اتفاق أطراف النزاع على اختيار محكمة قطر الدولية لتسوية النزاع في قضيتهم على الرغم من أن موضوع النزاع والأطراف ليس لهما أي صلة بالولاية القضائية للمحكمة<sup>(2)</sup>، ولا نتفق مع هذا الرأي الأخير لأن نص المادة (9.2) التي وردت في القرار الوزاري رقم (1) لسنة 2011 يتضمن اللوائح والأحكام الإجرائية للمحكمة المدنية والتجارية، ولم يرد في قانون مركز قطر للمال الصادر بالقانون رقم (7) لسنة 2005 والقوانين المعدلة له، لذلك فإننا نرى بأن هذا النص يرتبط بالحالات السابقة التي وردت في نفس المادة التي تتعلق باختصاص المحكمة بالدعاوى التي تتعلق بالكيانات المؤسسة في مركز قطر للمال دون غيرها. ولعل المحكمة الأكثر توسعاً هي محاكم مركز دبي المالي العالمي التي أدخلت في ولايتها القضائية، بموجب التعديل سنة 2011، أي دعاوى مدنية أو تجارية يتفق فيها الطرفان كتابياً على تقديمها سواء قبل أو بعد نشوب النزاع، ويشترط لقبول النظر في الدعوى أن يتم هذا الاتفاق وفقاً لأحكام محددة وواضحة وصریحة، وبذلك فإن الولاية القضائية لهذه المحاكم تشمل الدعاوى التجارية المحلية والدولية.

## 2- المحاكم الاستئنافية:

تصدر الأحكام أو القرارات عن الدائرة الابتدائية بالمحكمة المدنية والتجارية لمحكمة قطر الدولية وتكون نهائية، ولكن قد تكون ثمة أسباب جوهرية تظهر، للاعتقاد بأن الحكم أو القرار معيب وأن هناك أخطاء واضحة ستؤدي الى وقوع ظلم جسيم، فيكون للمحكمة التي تشكل من

(1) Zain Al Abdin Sharar, and Mohammed Al Khulaifi, The Courts in Qatar Financial Centre and Dubai International Financial Centre: A Comparative Analysis, HKLJ-46(2)-7, The Courts in Qatar Financial Centre, Vol 46 Part 2, 2016, p (539).

(2) م(9.2)، من قرار وزير الاقتصاد والمالية رقم (1) لسنة 2011 بشأن الأنظمة والقواعد الإجرائية للمرافعات المدنية والتجارية لدى المحكمة المدنية والتجارية لمركز قطر للمال، تنص: 'بالنفاق مع المبادئ العالمية الأساسية وأفضل الممارسات العالمية وبناء عليها، تأخذ المحكمة بالاعتبار النفاق الصريح بين الأطراف القاضي باختصاص المحكمة'.

ثلاثة قضاة (سواءً بالمحكمة الابتدائية أو محكمة تكون بطريقة أخرى) أن تعطي الموافقة برفع استئناف الى هيئة الاستئناف ويعتبر القرار الصادر برفض الاستئناف نهائياً. لذلك فإن الدائرة الاستئنافية بالمحكمة المدنية والتجارية تختص بالفصل في الطعون المقامة أمامها في الأحكام الصادرة من الدائرة الابتدائية، وكذلك الطعون في الأحكام الصادرة من محكمة التنظيم وذلك في حالة إذا ما أصدرت محكمة التنظيم قراراً يتعلق باختصاصها وثمة نزاع حول هذا القرار؛ أو في حالة تكون هناك أسباب جوهرية للاعتقاد بأن الحكم أو القرار خاطئ وهناك ضرر ملحوظ بأن يؤدي ذلك الى وقوع ظلم جسيم؛ وبإذن من رئيس المحكمة أو اثنين من القضاة. وفي جميع الأحوال لا يجوز عند النظر في الطعون أمام الدائرة الاستئنافية أن يجلس في نظر الطعن من كان عضواً في الدائرة أو المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، وبالنسبة للطعن سواءً كان ضد حكم صادر من المحكمة الابتدائية أو قراراً أو حكماً صادراً من محكمة التنظيم فيكون على سبيل المراجعة وليس لإعادة فتح باب المحكمة. يمكن لهيئة الاستئناف ان تصدر قراراً أو أمراً كان يمكن أن يصدر في المحكمة الابتدائية. أما محكمة الاستئناف التابعة لمحاكم مركز دبي المالي العالمي فإنها تختص دون غيرها بالنظر والفصل في الطعون التي تُقدّم ضد الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة الابتدائية. وتقوم المحكمة بتفسير أي مادة من قوانين المركز وأنظمة المركز، بناءً على طلب رئيس المحاكم في حال ورود هذا الطلب إليه من أي هيئة من هيئات المركز أو مؤسسات المركز أو مؤسسات المركز المرخصة، ويكون لهذا التفسير قوة التشريع الذي تم تفسيره. وتكون الأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف قطعية وباتة ولا يجوز الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن.

وبالنسبة لقرارات محكمة سنغافورة التجارية الدولية في المحاكم الابتدائية فإنها تكون قابلة للاستئناف بوجه عام أمام محكمة الاستئناف، ويجوز لهذه الأخيرة النظر في الطعون المقدمة أمامها من قبل ثلاثة أو أكثر من قضاة الاستئناف، وتمشياً مع الطابع الدولي لمحكمة سنغافورة التجارية الدولية وبموجب قواعد المحكمة العليا يجوز تعيين قضاة دوليين في محكمة الاستئناف، ويتمتع القضاة الدوليون بخبرة واسعة في مراجعة الاستئناف باعتبارهم كقضاة استئناف سابقين في ولاياتهم القضائية. ولتوفير أقصى درجة من المرونة للأطراف، يجوز لهم استبعاد حق

ونطاق الاستئناف أو تقييدهما بالاتفاق المسبق بين الأطراف، ويجوز للأطراف أيضاً التقدم بطلب تعيين خمسة قضاة للنظر في الطعن أمام محكمة الاستئناف<sup>(1)</sup>.

### ■ ثانياً: المحاكم الجديدة

تسعى المحاكم التجارية الدولية إلى التمييز بخصائص فريدة عن غيرها بإيجاد نماذج جديدة من المحاكم، وسنتناول النموذجين التاليين:

#### 1- محكمة التنظيم لمحكمة قطر الدولية:

أنشأت محكمة التنظيم بموجب المادة الثامنة من قانون مركز قطر للمال وتعديلاته، وأطلق عليها اسم "محكمة التنظيم لمركز قطر للمال" وتُعد هذه المحكمة مختصة للنظر والفصل في الطعون التي يقدمها الأفراد والهيئات ضد القرارات الصادرة عن هيئة المركز، وهيئة التنظيم، وغيرهما من أجهزة المركز. وتتكون محكمة التنظيم من دائرة أو أكثر، تشكل كل منها من ثلاثة قضاة، ويكون مقر محكمة التنظيم في مركز قطر للمال، ويجوز لها عند الضرورة أن تعقد جلساتها في مكان آخر داخل الدولة. وتصل محكمة التنظيم في الدعوى المرفوعة أمامها خلال (90) يوماً من تاريخ إعلان صحيفتها للجهة المختصة فيها، وذلك ما لم تقتض طبيعة النزاع مدها لمدة أو لمدد أخرى، ويكون حكم محكمة التنظيم واجب النفاذ، وذلك ما لم تقرر الدائرة الاستئنافية بالمحكمة المدنية والتجارية وقف تنفيذه بناءً على طلب ذوي الشأن، ولأسباب معقولة تقدرها. ويلاحظ بأن محكمة التنظيم موجودة فقط في تشكيل المحاكم لدى محكمة قطر الدولية أما محاكم مركز دبي المالي العالمي ومحكمة سنغافورة التجارية الدولية فإن محكمة الاستئناف هي التي تتولى الفصل في الطعون المماثلة<sup>(2)</sup>.

(1) TEH Hwee Hwee, Justin YEO, Colin SEOW, Commentary THE SINGAPORE INTERNATIONAL COMMERCIAL COURT IN ACTION Illustrations from the First Case, Published on e-First 21 July 2016, p (26).

(2) Zain Al Abdin Sharar, Michael Earley, The Qatar International Court: Judicial Update, Lexis Nexis / 2018 first quarter 01, p 47.

## 2- محكمة المطالبات الصغيرة:

وتعمل هذه المحاكم (SCT) حالياً لسماع المطالبات الصغيرة ضمن اختصاص مركز دبي المالي العالمي<sup>(1)</sup>، وسوف تستمع اللجنة الدائمة إلى هذه المطالبات وتبت فيها ضمن اختصاصها في الأحوال التالية: (1) عندما لا يتجاوز مبلغ المطالبة أو قيمة موضوع المطالبة 500,000 درهم أو؛ (2) عندما تتعلق المطالبة بالتوظيف أو العمل السابق لطرف؛ ويكون جميع الأطراف اختاروا كتابةً رفع المنازعات إليها في اللجنة الدائمة للمحكمة؛ أو (3) التي لا تندرج ضمن أحكام الفقرات الفرعية (1) أو (2) أعلاه. ولكن فيما يتعلق بما يلي: (أ) لا يتجاوز مبلغ المطالبة أو قيمة موضوع المطالبة 1,000,000 درهم؛ و (ب) تختار جميع الأطراف في المطالبة كتابياً أن ترفع الدعوى إلى اللجنة الدائمة للمحكمة، ويتم هذا الاختيار في العقد الأساسي (إن وجد) أو بعد تنفيذ ذلك العقد. أو (4) المطالبات الأخرى التي قد يأمر بها أو يوجه بها رئيس القضاة للنظر فيها من وقت لآخر.

### ○ الفصل الثاني: نحو نظام قضائي دولي لتسوية المنازعات التجارية

في أواخر عام 2017، أعلن رئيس فرنسا أنه سيتم إنشاء قسم للمحكمة التجارية الفرنسية في باريس يُسمح فيه للأطراف بالمرافعة باللغة الإنجليزية وتطبيق القانون العام. ومؤخراً بالفعل تمّ تغيير في القانون الإجرائي للمحكمة التجارية الفرنسية في باريس لإنشاء قسم يسمح للأطراف بمرافعة باللغة الإنجليزية وتطبيق القانون العام. وتعمل جميع المحاكم التجارية الدولية، كجزء لا يتجزأ من النظم القانونية الوطنية لكل منها ولكنها تبقى كولايات قضائية منفصلة<sup>(2)</sup> عن المحاكم المحلية، ولا شك أن هذه المحاكم أصبحت لها شعبيتها لدى الشركات الأجنبية ورجال الأعمال الذين يفضلونها على المحاكم الوطنية. ولا شك أن تضافر جهود المنظمات الدولية لمساعدة هذه المحاكم في التعاون مع بعضها والعمل معاً لوضع اتفاقية دولية لتوحيد المبادئ

(1) Damien P. Horigan, Consensual Jurisdiction of the DIFC Courts, Proceedings of 20th International Business Research Conference, 4 - 5 April 2013, Dubai, UAE, ISBN: 978-1-922069-22-1, p3.

(2) Andrew Bodnar and Martin Kenney, Jurisdiction and the Dubai Courts: Self-Immolation or Order Out of (Potential) Chaos?, Business Law internationalL Vol 19 No 2 May 2018, p 139.

القانونية سيكون له كبير الأثر في الاتجاه نحو نظام قضائي دولي لتسوية المنازعات التجارية الدولية.

### • المبحث الأول: إنفاذ الأحكام والأوامر القضائية

تهتم معظم الدول بمسألة إنفاذ الأحكام والأوامر القضائية الصادرة عن محاكمها المحلية خارج حدود الدولة، وتسعى لإبرام الاتفاقيات الدولية للاعتراف بها، وتبدو هذه القضية أكثر أهمية عندما تكون الأحكام والأوامر صادرة عن محكمة تجارية دولية حيث يسعى الطرف الذي صدر الحكم لمصلحته لتنفيذه في الولاية القضائية التي يوجد فيها أموال وممتلكات للطرف الخاسر للدعوى. ولعل من أهم الأسباب الرئيسية التي تجعل التحكيم يظل وسيلة شائعة لحل المنازعات التجارية الدولية هو السهولة الظاهرة لإنفاذ أحكام التحكيم وفقاً لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي تضمن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها. بيد أنه يعتقد أن اتفاقية لاهاي لسنة 2005 المتعلقة باتفاقات اختيار المحكمة يمكن أن تكون مكافئة لاتفاقية نيويورك فيما يتعلق بالاعتراف بأحكام المحاكم وتنفيذها في المسائل المدنية أو التجارية الدولية، وستكون أحكام المحاكم التي تصدر من الدول الأطراف في الاتفاقية قابلة للتنفيذ في جميع الولايات القضائية الرئيسية، والأطراف الحالية في اتفاقية لاهاي هي الاتحاد الأوروبي (الذي يشمل جميع الدول الأعضاء باستثناء الدنمارك) والمكسيك وسنغافورة، وكذلك وقعت الولايات المتحدة وأوكرانيا على اتفاقية لاهاي ولكنهما لم تصدقا عليها، وهذه الاتفاقية متاحة للتوقيع عليها من قبل جميع الدول<sup>(1)</sup>.

---

(1) اتفاقية لاهاي هي اتفاقية بشأن اتفاقات اختيار المحاكم (المبرمة في 2005/6/30)، الدول الأطراف في هذه الاتفاقية، رغبة منها في تعزيز التجارة والاستثمار الدوليين من خلال تعزيز التعاون القضائي، اعتقاداً منه بأنه يمكن تعزيز هذا التعاون من خلال قواعد موحدة بشأن الولاية القضائية والاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها في المسائل المدنية أو التجارية، اعتقاداً بأن مثل هذا التعاون المعزز يتطلب على وجه الخصوص نظاماً قانونياً دولياً يوفر اليقين ويضمن فعالية الاختيار الحصري لاتفاقيات المحاكم بين أطراف المعاملات التجارية ويحكم الاعتراف بالأحكام الصادرة عن الإجراءات القائمة على هذه الاتفاقيات وإنفاذها، وتطبق هذه الاتفاقية في القضايا الدولية على الاتفاقيات الحصرية لاتفاقيات المحاكم المبرمة في المسائل المدنية أو التجارية.

## ■ أولاً: تنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة عن محكمة قطر الدولية

تُعد محكمة قطر الدولية محكمة قطرية رغم أنه من المعروف أنها ذات طبيعة دولية، وتكون الإجراءات القضائية المرفوعة أمام المحكمة عادة بالإنكليزية، وتحترم المحكمة واقع أن اللغة العربية هي اللغة الرسمية في الدولة، لذلك يجوز للأطراف إتمام الإجراءات باللغة العربية. وتهدف المحكمة أساساً إلى العمل بشكل عادل لجميع الدعاوى، وذلك عند ممارسة المحكمة لاختصاصاتها وصلاحياتها الممنوحة من قانون مركز قطر للمال، ويجب أن يكون التقاضي أمام المحكمة بشكل فعّال وسريع، وأن يكون الأطراف على قدم المساواة، والاستخدام الأمثل لتكنولوجيا المعلومات. وأنشأت المحكمة مركز تسوية المنازعات لتشجيع الأطراف لحل منازعاتهم عن طريق اللجوء إلى التحكيم أو الوساطة أو أية طريقة أخرى من طرق الحلول البديلة للمنازعات.

### 1- الأحكام القضائية:

يجب على المحكمة أن تبليغ الأطراف بحكمها أو قرارها أو أمرها فيما يتعلق بأي طلب أو دعوى ماثلة أمامها بدون تأخير. ويجب على المحكمة أن تبين أسباب الأحكام والقرارات التي تتخذها، ويكون أي حكم، أو قرار، أو أمر صادر عن المحكمة نافذاً منذ وقت صدوره. وإذا لم يتفق قضاة المحكمة في المحكمة الابتدائية أو الاستئناف بالإجماع عند صدور القرار، فإن قرار المحكمة في حكمها أو قرارها يكون بالأغلبية. وحين يقدم المستأنف طلب الاستئناف، لا يتأثر إنفاذ القرار الذي هو موضوع الطلب، ويكون للمحكمة الحق في تصحيح أي خطأ عارض أو حذف أي قرار أو حكم سواء عند تقديم أحد الأطراف طلب بذلك في خلال أربعة عشر يوماً من تاريخ إبلاغ الطرف المعني هذا القرار أو الحكم أو بتصرف منها. وقد يكون الحكم الابتدائي أو القرار الصادر عن المحكمة نهائياً، ولكن قد تكون ثمة أسباب جوهرية تظهر، للاعتقاد بأن الحكم أو القرار معيب وأن هناك أخطاء واضحة ستؤدي إلى وقوع ظلم جسيم، فيكون لمحكمة تشكل من ثلاثة قضاة (سواءً بالمحكمة الابتدائية أو محكمة تكون بطريقة أخرى) أن تعطي الموافقة برفع استئناف إلى هيئة الاستئناف ويعتبر القرار الصادر برفض الاستئناف نهائياً.

وإذا أصدرت محكمة التنظيم قراراً يتعلق باختصاصها وثمة نزاع حول هذا القرار؛ أو في حالة تكون هناك أسباب جوهريّة للاعتقاد بأن الحكم أو القرار خاطئ وهناك ضرر ملحوظ بأن يؤدي ذلك الى وقوع ظلم جسيم؛ وبإذن من رئيس المحكمة أو اثنين من القضاة. يجب تقديم طلب الاستئناف الى قلم المحكمة خلال ستين يوماً من تاريخ الحكم أو القرار المطعون فيه. أن الطعن سواء كان ضد حكم صادر من المحكمة الابتدائية أو قراراً أو حكماً صادراً من محكمة التنظيم فيكون على سبيل المراجعة وليس لإعادة فتح باب المحكمة، ويمكن لهيئة الاستئناف ان تصدر قراراً أو أمراً كان يمكن أن يصدر في المحكمة الابتدائية.

## 2- إنفاذ الأحكام والأوامر:

أي حكم أو أمر صادر عن المحكمة هو حكم أو أمر صادر عن المحاكم القطرية ويكون قابلاً للإنفاذ والتنفيذ من قبل المحاكم في الدولة كما لو كان حكماً أو أمراً عن أي محكمة قطرية أخرى. وتقوم كل السلطات والجهات المختصة في الدولة بتنفيذ القرار أو الأمر الصادر عن المحكمة كما لو أنها صدرت عن أي محكمة أخرى في الدولة. وتقوم هذه السلطات والجهات باتخاذ الإجراءات اللازمة وتوفير التعاون اللازم للمحكمة بما يكفل إنفاذ الأحكام والأوامر الصادرة عن المحكمة. ويكون أي شخص مرتكباً مخالفة لحكم أو قرار أو أمر محكمة دون عذر مقبول في حالة عدم التزامه بالحكم أو القرار أو الأمر الصادر عن المحكمة؛ أو دعوته من المحكمة لحضور الجلسة ولا يلتزم بالحضور او يغادر القاعة حيث يكون حضوره الزامياً وبدون إذن من المحكمة؛ أو إعاقته أو منعه أي شخص من حضور جلسة الاستماع أو الشهادة أو تقديم أي عرض أو سجل أو مستند لأغراض أي قضية أمام المحكمة؛ أو تهديده أو تسببه بأية خسارة يتعرض لها أي شخص يحضر الجلسة بداعي حضوره.

### ■ ثانياً: تنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة عن محاكم مركز دبي المالي العالمي

تقوم محكمة مركز دبي المالي العالمي بحل النزاعات بين الشركات الدولية الأعضاء في المركز، وفي خطوة هامة ذهب مركز دبي المالي العالمي إلى التوسع في نطاق اختصاص محاكمه من خلال السماح لها بتأكيد الاختصاص في القضايا التي تم تقديمها إلى محاكم

مركز دبي المالي العالمي باتفاق الأطراف كتابة قبل النزاع أو بعده حتى إذا لم يكن لهذه الأطراف صلة مع مركز دبي المالي العالمي، وفقاً للمادة 5 من القانون رقم 16 لسنة 2011، ويسمح القانون أيضاً للأطراف «بالانسحاب» من اختصاص محكمة مركز دبي المالي العالمي. وعندما يرغب الأطراف القيام بتنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة عن محاكم مركز دبي المالي العالمي خارج نطاق المركز، فإنه سيكون أمامهم عدة خيارات: في دبي، ولكن خارج مركز دبي المالي العالمي؛ في الإمارات العربية المتحدة، ولكن خارج دبي؛ خارج دولة الإمارات العربية المتحدة.

وسنتناول مناقشة هذه الحالات الثلاثة في إطار النظام القانوني والقضائي لمحاكم مركز دبي المالي العالمي ودليل التنفيذ الصادر عن المركز<sup>(1)</sup>، وذلك على النحو التالي:

#### ♦ الحالة الأولى: تنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة عن محاكم مركز دبي المالي العالمي في دبي، ولكن خارج مركز دبي المالي العالمي

يتم تنفيذ الأحكام والقرارات والأوامر الصادرة عن المحاكم إذا كان محل التنفيذ خارج حدود المركز بواسطة الجهة المختصة بالتنفيذ خارج المركز ووفقاً للإجراءات والأصول المتبعة لديها في هذا الشأن، وكذلك أية اتفاقيات أو مذكرات تفاهم مبرمة بين المحاكم وبين تلك الجهات، ووفقاً للشروط التالية:

1. أن يكون الحكم أو القرار أو الأمر المطلوب تنفيذه نهائياً وقابلاً للتنفيذ.
  2. أن تتم ترجمة الحكم أو القرار أو الأمر إلى اللغة المعتمدة لدى الجهة التي سيتم التنفيذ من خلالها.
  3. أن يتم وضع الصيغة التنفيذية على الحكم أو القرار أو الأمر من قبل المحاكم.
- ويُراعى عند تنفيذ الأحكام والقرارات والأوامر الصادرة عن المحاكم، والتي يتم تنفيذها عن طريق محاكم دبي ما يلي:

---

<sup>(1)</sup> Enforcement Guide 2018, DIFC Courts.

1. يجب على الطرف المنفذ أن يطلب أولاً رسالة تنفيذ من محاكم مركز دبي المالي العالمي، وهذه الرسالة تُكتب من قبل محاكم مركز دبي المالي العالمي إلى رئيس محاكم دبي، مع تحديد الإجراءات المطلوبة لتنفيذ الحكم أو القرار أو الأمر.

2. يجب على الطرف الساعي إلى التنفيذ تقديم طلب التنفيذ إلى قاضي التنفيذ في محاكم دبي، مصحوباً برسالة التنفيذ والترجمة القانونية إلى اللغة العربية من للحكم أو القرار أو الأمر. 3. عند استلام الطلب يجب على محاكم دبي تنفيذ الحكم أو القرار أو الأمر وفقاً لقانون الإجراءات المدنية الاتحادي. ويحدد الأساس الذي يمكن الاعتراض بموجبه على التنفيذ في ذلك القانون. الأهم من ذلك، فإن قاضي التنفيذ لا يجوز له البحث في موضوع الحكم أو القرار أو الأمر.

4. إن تطبيق الأحكام المالية في دبي الصادرة عن محاكم مركز دبي المالي العالمي أثبت أنه إجراء موثوق حتى تاريخه. يجب تطبيق أحكام محاكم مركز دبي المالي العالمي في محاكم دبي بالطريقة نفسها التي تنفذ فيها الأحكام الصادرة عن محاكم دبي خارج مركز دبي المالي العالمي.

5. تستوفي محاكم دبي رسوم التنفيذ عن كل طلب تنفيذ يُقدّم لديها لتنفيذه وفقاً لقانون رسوم المحاكم المشار إليه.

يبدو أن هذا الإجراء هو المعمول به الآن حيث أن الحكم أو القرار أو الأمر الصادر عن محاكم مركز دبي المالي العالمي قد "تم تحويله" إلى حكم لمحاكم دبي، والتي يمكن بعد ذلك تنفيذه بموجب أي من معاهدات التنفيذ التي تكون دولة الإمارات طرفاً فيها<sup>(1)</sup>.

#### ♦ الحالة الثانية: تنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة عن محاكم مركز دبي المالي العالمي في الإمارات، ولكن خارج إمارة دبي

يتم تنفيذ الأحكام والقرارات والأوامر الصادرة عن المحاكم إذا كان محل التنفيذ خارج حدود المركز بواسطة الجهة المختصة بالتنفيذ خارج المركز، ووفقاً للإجراءات والأصول المتبعة

---

(1) يوضح دليل التنفيذ 2018 لمحاكم مركز دبي المالي العالمي، المراحل التي يمر بها الحكم أو القرار أو الأمر الصادر عن محاكم مركز دبي المالي العالمي حتى يتم تحويله" إلى حكم لمحاكم دبي ومن ثم تنفيذه خارج الإمارات العربية المتحدة، ص 4.

لديها في هذا الشأن، وكذلك أية اتفاقيات أو مذكرات تفاهم مبرمة بين المحاكم وبين تلك الجهات، وفي حالة التنفيذ للأحكام والأوامر الصادرة عن محاكم مركز دبي المالي العالمي في الإمارات خارج إمارة دبي يكون وفقاً لمذكرات التفاهم العديدة التي أبرمت بين محاكم مركز دبي المالي العالمي والمحاكم في رأس الخيمة، ووزارة العدل الاتحادية في الإمارات، ودائرة القضاء في أبو ظبي، والغرض من هذه الاتفاقيات هو تسهيل إجراءات التعاون القضائي، خاصة فيما يتعلق بإنفاذ الأحكام وفقاً لجميع القوانين واللوائح المعمول بها.

#### ♦ الحالة الثالثة: تنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة عن محاكم مركز دبي المالي العالمي خارج الإمارات العربية المتحدة

التنفيذ خارج دولة الإمارات العربية المتحدة للأحكام والقرارات والأوامر الصادرة عن محاكم مركز دبي المالي العالمي من حيث المبدأ، سيكون مشابهاً تماماً لتنفيذ الأحكام الصادرة عن محاكم دبي. ودستورياً تعتبر محاكم مركز دبي المالي العالمي جزءاً من النظام القضائي في إمارة دبي، وبالتالي فإن أحكامها لها نفس الحجية القانونية وتعامل معاملة الأحكام القضائية الصادرة عن محاكم دبي. لذلك فإن تنفيذ الأحكام والقرارات والأوامر الصادرة عن محاكم مركز دبي المالي العالمي خارج دولة الإمارات العربية المتحدة سوف يخضع لأحكام هذه الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها دولة الإمارات مع غيرها من الدول وهي كثيرة ومن أهمها، اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي "ميثاق الرياض" سنة 1983، ميثاق دول مجلس التعاون الخليجي 1996، اتفاقية التعاون القضائي مع الجمهورية التونسية سنة 1975، اتفاقية حول الدعم القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام القضائية المدنية والتجارية والموقعة بين فرنسا ودولة الإمارات "ميثاق باريس سنة 1992"، واتفاقيات أخرى للتعاون القضائي منها (مصر سنة 2000، الهند 2000، الصين 2004، جمهورية كازاخستان 2009، كوريا الجنوبية 2015، زامبيا 2017). أما في حالة قيام الطرف الفائز بالحكم بطلب تنفيذه في دولة لا توجد بينها وبين دولة الإمارات العربية المتحدة اتفاقية تعاون قضائي فإن التنفيذ سيعتمد على قوانين تلك الدولة.

ابتكرت محاكم مركز دبي المالي العالمي طريقة جديدة يمكن من خلالها للأطراف الموافقة، وذلك في ظروف معينة ووفقاً لشروط محددة، على تحويل حكم محاكم مركز دبي المالي العالمي إلى قرار تحكيمي، والذي يمكن تنفيذه بعد ذلك في 151 دولة ومعظمها من الدول التجارية الكبرى، مثل الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة ودول الاتحاد الأوروبي ودول الخليج والصين واليابان وكوريا الجنوبية وغيرهم، وذلك بموجب اتفاقية نيويورك لسنة 1958. وفي 16 فبراير 2015، بدأ سريان التوجيه العملي لمحاكم مركز دبي المالي العالمي رقم 2 لعام 2015، والذي تمت إعادة تسميته باسم "إحالة نزاعات دفع الأحكام إلى التحكيم". في 27 مايو 2015، حيث تم تعديل التوجيه العملي رقم 2 لعام 2015 لتوضيح الطريقة التي يجب أن تطبق بها الأطراف؛ وذلك لتوضيح أنه كان خياراً مفتوحاً للدائن بحكم قضائي وليس إجراءً إلزامياً.

يسمح التوجيه (2015/2) بتحويل حكم محاكم مركز دبي المالي العالمي إلى قرار تحكيم من مركز دبي المالي العالمي، في حين أنه من الشائع أن تسعى الأطراف إلى "تحويل" قرار التحكيم إلى حكم قضائي، فإن العكس يمثل اقتراحاً جديداً، وإن تنفيذ هذه الآلية المبتكرة غير المختبرة هي الأول من نوعها على مستوى العالم وقد أثارت الكثير من الجدل الفقهي من حيث موافقة الطرف الخاسر في الدعوى لهذا التحويل، وتقبل المحاكم الأجنبية لتنفيذ الأحكام التي يتم تحويلها إلى حكم تحكيم<sup>(1)</sup>.

#### ■ ثالثاً: تنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة عن محاكمة سنغافورة التجارية الدولية

تعتبر محاكمة سنغافورة التجارية الدولية دائرة من دوائر المحكمة العليا، لذلك فإن أحكامها ستكون قابلة للتنفيذ بنفس الطريقة التي تنفذ بها الأحكام أو القرارات الصادرة عن المحكمة العليا. وبما أن سنغافورة قد صدقت على اتفاقية لاهاي لسنة 2005 المتعلقة باتفاقيات اختيار المحكمة، حيث تطبق هذه الاتفاقية في القضايا الدولية على الاتفاقيات الحصرية لاتفاقيات اختيار المحاكم المبرمة في المسائل المدنية أو التجارية، ووفقاً لهذه الاتفاقية تكون القضية

---

(1) Robert Maxwell Marsh, Fatima Ali Alnumairy, Development of a Jurisdiction: An update on the DIFC Courts, September 2015, <https://www.tamimi.com/law-update-articles/development-of-a-jurisdiction-an-update-on-the-difc-courts/>

دولية ما لم تكن الأطراف مقيمة في نفس الدولة المتعاقدة وعلاقة الأطراف وجميع العناصر الأخرى ذات الصلة بالنزاع، بصرف النظر عن موقع المحكمة المختارة، متصلة فقط مع تلك الدولة. وبالتالي فإن الأحكام التي تصدر عن محاكمة سنغافورة التجارية الدولية في القضايا التي تتطوي على اتفاقات الاختيار الحصري للمحكمة يمكن أن تكون قابلة للتنفيذ في الدول المتعاقدة الأخرى<sup>(1)</sup>.

يمكن أيضاً إنفاذ الأحكام المتعلقة بالاتفاقية عن طريق التسجيل في الدول المتعاقدة بموجب قانون الإنفاذ المتبادل لأحكام الكومنولث أو قانون الإنفاذ المتبادل للأحكام الأجنبية في سنغافورة. وهناك العديد من الولايات القضائية الرئيسية التي لا يمكن فيها إنفاذ أحكام سنغافورة إلا بالقدر الذي يسمح به القانون العام (يمكن استخدام حكم صادر عن دائرة التجارة الدولية كأساس لاتخاذ إجراء بموجب القانون العام بشأن الديون) أو قوانين محلية أخرى ذات صلة، وبطبيعة الحال فإن مسألة الإنفاذ ستكون غير ذات صلة إذا كان هناك امتثال طوعي من جانب الأطراف للحكم الصادر عن محاكمة سنغافورة التجارية الدولية. وعندما يعين اتفاق الأطراف المتنازعة على اختيار حصري للمحكمة العليا في سنغافورة، ولكن ليس للمحكمة التجارية الدولية في المحكمة العليا كمحكمة مختارة للقضية، يجوز للمحكمة العليا، قبل نقل القضية إلى المحاكمة التجارية الدولية، توجيه كل طرف إلى الموافقة على الاختيار الحصري للمحكمة التجارية الدولية وتغيير ذلك الاتفاق بحيث يتم تعيين اختيار المحكمة التجارية الدولية للقضية. وقد يساعد ذلك في الاعتراف بالقرارات والأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة الأطراف المتعاقدة في اتفاقية لاهاي وإنفاذه حيث تتضمن قواعد الاتفاقية بأنها تنطبق على

---

<sup>(1)</sup> تنص المادة (8)، من اتفاقية لاهاي لسنة 2005 المتعلقة باتفاقات اختيار المحكمة، على الاعتراف والإنفاذ للأحكام القضائية:

1. يتم الحكم على الحكم الصادر عن محكمة دولة متعاقدة والمعينة في اتفاقية اختيار حصري لاتفاقية المحكمة، ويتم تنفيذه في دول متعاقدة أخرى وفقاً لهذا الفصل. ولا يجوز رفض الاعتراف أو التنفيذ إلا للأسباب المحددة في هذه الاتفاقية.
2. دون الإخلال بما قد يلزم من مراجعة لتطبيق أحكام هذا الفصل، لن يكون هناك إعادة النظر في أسس الحكم الصادر عن محكمة المنشأ.
3. لا يُعترف بالحكم إلا إذا كان ساري المفعول في دولة المنشأ، ولا يُنفذ إلا إذا كان قابلاً للتنفيذ في دولة المنشأ.

حكم صادر عن محكمة دولة متعاقدة في حالة نقل القضية من المحكمة المختارة إلى محكمة أخرى، وقد يتم رفض الاعتراف بالحكم أو تنفيذه ضد الطرف الذي اعترض على النقل<sup>(1)</sup>.

### • المبحث الثاني: الفوائد المستفادة والتحديات المستقبلية

ساهم نمو الأعمال التجارية الدولية في زيادة الاستثمارات الأجنبية في الدول، وأصبح من الصعب تجاهل حقيقة أن جذب هذه الاستثمارات الأجنبية يتطلب مزيداً من الشفافية في تحقيق العدالة وسموها بما يضمن للشركات الأجنبية الانصاف والعدالة في تسوية منازعاتها التجارية التي تتخذ الصفة الدولية. فكان لا بد من قيام الدول المستضيفة لهذه الشركات بإصدار التشريعات الخاصة لتنظيم عملها وإنشاء المحاكم التجارية الدولية لتسوية جميع المنازعات بين الأطراف الدولية.

تناولنا في هذه الدراسة تجربة ثلاث محاكم تجارية دولية هي محكمة قطر الدولية، ومحاكم مركز دبي المالي العالمي، محاكمة سنغافورة التجارية الدولية، ولاحظنا وجود العديد من أوجه التشابه والاختلاف بينها، ووقفنا على الكثير من الفوائد وبعض التحديات التي تواجهها، وسنعرض لهذه المسائل على النحو الآتي:

### ■ أولاً: الفوائد المستفادة من تجربة المحاكم التجارية الدولية

تمتاز المحاكم التجارية الدولي بنظامها القانوني والقضائي الجديد الذي يعتمد على نظام القانون العام الإنجليزي التقليدي (الانجلوسكسوني) حيث تقوم معظم قواعد القضاية على نحو مشابه لنظام محكمة لندن التجارية الشهيرة، وتعتمد المحاكم التجارية الدولية على اللغة الإنجليزية باعتبارها اللغة الأساسية للإجراءات القضائية، ويتكون الجهاز القضائي للمحكمة من القضاة المحليين والقضاة الدوليين المتخصصين في القضايا التجارية ويتمتعون بالخبرة الواسعة، وكذلك الجهاز الإداري الذي يتكون من الموظفين المحليين والأجانب الذين يعملون في المحاكم وفي قلم الكتاب أصحاب الكفاءة من ذوي الخبرة والاختصاص، ويحق للطرف الفائز بالحكم أن يسترد مبلغاً معيناً من محدداً من المال من الطرف الخاسر للدعوى، وإتاحة

(1) ANDREW GODWIN, IAN RAMSA, MIRANDA WEBSTER, p (234).

الفرصة للمحامين الدوليين بالتمثيل للمتخصصين أمام المحكمة والسماح لهم بالتسجيل بالمحاكم كأعضاء جدد ومرحبًا بهم، وباعتبار أن بعض هذه المحاكم التجارية الدولية نشأت في دول تقوم السلطة القضائية فيها على نظام القانون المدني (civil law) فإن هذه المحاكم يمكنها استعارة أحكام وقواعد القانون المدني إلى جانب القانون العام في بعض القضايا خصوصًا في قواعد الإجراءات للوصول إلى المصادقية وتحقيق المزيد من اليقين القانوني للمتنازعين. وتعتمد المحاكم التجارية الدولية نظام تكنولوجي متطور لتطبيق أنموذج المحكمة الإلكترونية ونظام التقاضي عن بعد الذي يسمح للأطراف في النزاع بالتسجيل الإلكتروني للدعوى ومتابعتها عن بعد، ويمكن أيضًا عقد الجلسات باستخدام خاصية الفيديو (Video Conference) والاستماع للشهود والخبراء عن بعد عبر شبكة الإنترنت، ويمكن تبليغ الأطراف بالإجراءات ومواعيد الجلسات على عنوان البريد الإلكتروني المعتمد من قبلهم، وعند صدور الحكم القضائي يرسل إليهم بالبريد الإلكتروني. ونظرًا لأهمية التحكيم التجاري الدولي في تسوية منازعات التجارة الدولية فإن المحاكم التجارية الدولية لم تغفل عن هذه الوسيلة الهامة من وسائل التسوية بين المتخصصين واعتمدت التحكيم أيضًا إلى جانب القضاء للعمل معًا دون أن يكونا متنافسين، وباعتبار أن أحد الأسباب الرئيسية التي تجعل التحكيم يظل وسيلة شائعة لحل المنازعات التجارية الدولية هو السهولة الظاهرة لإنفاذ قرار تحكيم بمقتضى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، بيد أنه بالمقابل فإن المحاكم التجارية الدولية تتفوق على التحكيم انطلاقًا من المزايا الكثيرة التي أشرنا إليها آنفًا، ومن أهمها اعتماد المحاكم على القضاة الدوليين والإجراءات القضائية التي تعتمد على الأتمتة والسهولة ولا تستغرق وقتًا طويلًا حتى صدور الأحكام القضائية مقارنة بالتحكيم من جهة وبالمحاكم المحلية التقليدية من جهة أخرى، إضافة إلى انخفاض تكلفة التقاضي في هذه المحاكم المتخصصة في المسائل التجارية<sup>(1)</sup>.

---

(1) Tareq Na'el Al-Tawil, Prabhakar Gantasala, Hassan Younies, The benefits and disadvantages of the law on the expansion of the jurisdiction of the DIFC Court, International Journal of Law and Management, 2018, pp (226,227).

## ■ ثانيًا: التحديات المستقبلية للمحاكم التجارية الدولية

تواجه المحاكم التجارية الدولية تحديات كبيرة باعتبارها أنموذجًا جديدًا لقضاءٍ فريدٍ من نوعه لم تعرفه الأجيال السابقة من القضاة والمحامين والفقهاء القانونيين. وبدأت نشأة هذه المحاكم في بيئة قانونية متأصلة بالقانون المدني ومع ذلك اتخذت من القانون العام نظامًا قانونيًا وقواعد قضائية فبدأت هذه التحديات من تطبيق القانون العام في هذه المحاكم حيث يفقر الجهاز القضائي والإداري الخبرة في تطبيق القانون العام ولمواجهة هذا التحدي كان لابد من الاستعانة بالقضاة الدوليين والإداريين المتمرسين الأجانب من أصحاب الخبرة والاختصاص. وبدأت المحاكم تستقبل المنازعات التجارية الدولية وكانت اللغة الإنجليزية هي اللغة المعتمدة في هذه المحاكم على الرغم من أن المحاكم المحلية تعتمد اللغة العربية في أروقتها وبالترافع أمام قضاةها وكان هذا تحدٍ آخر لها حيث أنها وإن استطاعت أن تتجاوزته بخبرة قضاةها وموظفيها إلا أن التحدي مازال قائمًا لأن الحكم القضائي الصادر عن قضاةها إذا أردنا تنفيذه في نفس الدولة فإنه يحتاج إلى ترجمته للغة العربية.

## ■ ثالثًا: التطبيقات القضائية

### 1- تجربة محاكم مركز دبي المالي العالمي:

إن ما يثير الاهتمام في النظام القانوني للمحاكم التجارية الدولية بأنها تعتمد قوانين حديثة لم تختبر في كثير من القضايا لدراسة مدى اتساقها مع القوانين التي تحكم عمل المحاكم المحلية في الدول التي أنشأتها، ومع ذلك ظهرت بعض المشاكل في التطبيق العملي لهذه القوانين من حيث تنازع الاختصاص القضائي بينها وبين المحاكم المحلية. وفي التطبيقات القضائية لمسألة تنازع القوانين، نتناول الدعوى أمام محكمة الاستئناف لمحاكم مركز دبي المالي العالمي<sup>(1)</sup>، حيث طلب المستأنف (المدعي في الإجراءات الأصلية)، DNB BANK ASA، الاعتراف بإنفاذ أمر الحكم ("الحكم الإنجليزي") الصادر في 30 سبتمبر 2014 من محكمة العدل العليا الإنجليزية التي طلبت من المدعى عليهم (المدعى عليهم في الإجراءات

(1) DNB Bank ASA v (1) Gulf Eyadah Corporation (2) Gulf Navigation Holdings Pjsc [2015] DIFC CA 007, THE DUBAI INTERNATIONAL FINANCIAL CENTRE COURTS, THE COURT OF APPEAL, Claim No: CA 007/2015.

الأصلية)، GULF NAVIGATION ،GULF EYADAH CORPORATION ،HOLDINGS PJSC، دفع مبلغ 8.7 مليون دولار أمريكي بالإضافة إلى التكاليف بموجب ضمان ومستندات مالية مختلفة. اعترض المدعى عليهم على اختصاص محاكم مركز دبي المالي العالمي لإنفاذ حكم محكمة أجنبية على أساس أنه لا يوجد اختصاص قضائي للمحكمة، عارض المدعى عليهم مطالبة المدعي التي شكلت إساءة استخدام لاختصاص المحكمة لتنفيذ الحكم، وفي النهاية طالبوا المحكمة بالكشف عن التفاصيل في أي حكم وفقاً لقواعد محاكم مركز دبي المالي العالمي. وكان حكم المحكمة الابتدائية، بتاريخ 2 يوليو 2015، رفض طلب المدعى عليهم للطعن في اختصاص محاكم مركز دبي المالي العالمي، وارتأت المحكمة إلى أنه يجب إذن قبول حكم التحكيم من قبل المحكمة الانجليزية للاعتراف به أو تنفيذه في مركز دبي المالي، وعلى الرغم من ذلك فإن المحكمة لها سلطة إنفاذ الأحكام الأجنبية والاعتراف بها في مركز دبي المالي العالمي ولا يمكن نقلها لإحالة "الأحكام الأجنبية المعترف بها" إلى محاكم دبي لتنفيذها، وفيما يتعلق بالرد على الدفوع التي قدمها المدعى عليهم والتي تزعم فيها إساءة استخدام السلطة، اعتبرت المحكمة بأن الحجج كانت دون جدوى.

طعن المستأنف في حكم المحكمة الابتدائية أمام محكمة الاستئناف، مدعياً أن القاضي قد أخطأ في الحكم بأن محاكم مركز دبي المالي العالمي ليست لديها سلطة إحالة حكم أجنبي إلى محاكم دبي لتنفيذه. كان المطلب الرئيسي للمستأنف هو أن تطبيق حكم أجنبي من قبل محاكم مركز دبي المالي العالمي سيؤدي إلى الحصول لحكم محلي من محاكم مركز دبي المالي العالمي والتي يمكن تنفيذها بعد ذلك وفقاً للمادة 7 من القانون أمام محاكم دبي. وافق رئيس المحكمة العليا مع قضاة المحكمة على قبول الاستئناف، فيما يتعلق بمسألة الاختصاص القضائي، وخلصت محكمة الاستئناف إلى أن محاكم مركز دبي المالي العالمي لها اختصاص النظر في الدعاوى المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية، وأن الحكم المطلوب تنفيذه هو حكم أجنبي وإنه قابلاً للتنفيذ من قبل محاكم مركز دبي المالي العالمي. وبمجرد تنفيذ الحكم، سيصبح حكماً محلياً مستقلاً.

ووجدت المحكمة أيضاً أن وجود الأصول في مركز دبي المالي العالمي لم يكن شرطاً لإنفاذ أحكام المحاكم الأجنبية. وفقاً لذلك، يمكن استخدام محاكم مركز دبي المالي العالمي

كوسيلة قضائية لفرض حكم أجنبي. ثم يمكن تطبيق آليات المعاملة بالمثل لتنفيذه ضد الأصول في ولاية قضائية أخرى. ولن تهتم محاكم مركز دبي المالي العالمي بما يحدث في الاختصاص القضائي التالي الذي يسعى فيه المستأنف إلى إنفاذ حكمه المحلي نظرًا لعدم وجود اختصاص قضائي لها لإملاء ما يجب أن تفعله الولاية القضائية التالية. رفضت المحكمة حجة المدعى عليهم بأن هناك سوء معاملة من جانب المستأنف في مطالبته، وبالمقابل فشل المدعي في إثبات أن تطبيق الحكم الإنجليزي كان ظالمًا بشكل واضح أو أنه سيؤدي إلى إضعاف إقامة العدل، ولذلك تم رفض استئناف تكاليفهم.

أدى الحكم السابق وبعض الأحكام الأخرى المشابهة<sup>(1)</sup> إلى إصدار حكومة دبي المرسوم رقم (19) لسنة 2016 بتشكيل الهيئة القضائية لمحاكم دبي ومحاكم مركز دبي المالي العالمي، وتتولى الهيئة المهام والصلاحيات التي تتعلق بتحديد المحكمة المختصة بنظر أي دعوى أو طلب قد يثار بشأن نظره تنازع في الاختصاص، وتقوم أيضًا بتحديد الحكم الواجب التنفيذ في حال صدور أحكام متعارضة من محاكم دبي ومحاكم المركز في دعاوى لذات الخصوم وفي ذات موضوع النزاع، وتقرح الهيئة القواعد والضوابط اللازمة للحيلولة دون وقوع تنازع في الاختصاص إيجاباً أو سلباً ما بين محاكم دبي ومحاكم المركز، أو بين دوائر التنفيذ التابعة لهما، ورفعها إلى رئيس المجلس القضائي لاعتمادها، وتقوم بالتعاون والتنسيق بين محاكم دبي ومحاكم المركز.

بعد صدور القانون رقم 16 لعام 2011 لمحاكم مركز دبي المالي العالمي، قامت الكثير من الشركات التجارية سواء داخل إمارة دبي أم خارجها في دولة الإمارات العربية إلى نقل اختصاص النظر في منازعاتها إلى محاكم مركز دبي المالي العالمي وإدراجها ضمن عقودها الجديدة، مما أدى إلى التخلي تدريجياً عن اختصاص المحاكم المحلية، وذلك للاستفادة من المزايا التي تقدمها محاكم مركز دبي المالي العالمي التي تعمل بنظام القانون العام الإنجليزي، وبالتالي فهي ستكون خياراً مفضلاً للشركات الأجنبية، وقد يمتد الاختصاص ليشمل الأفراد الأجانب في إمارة دبي والإمارات الأخرى، وقد ينقلون نطاق أعمالهم وخدماتهم ليدخل في الولاية القضائية للمحكمة الجديدة التي ستكون جاذبة لهم للتخلي عن المحاكم المحلية. هذا

---

<sup>(1)</sup> Ziad Azzam v Deyaar Development PJSC [2015] DIFC CFI 024, THE COURT OF FIRST INSTANCE, Claim No. CFI 024/2015, December 9, 2015.

التحدي الكبير الذي تقدمه محاكم مركز دبي المالي العالمي لتكسب به ثقة العملاء الجدد هو في النهاية يدخل ضمن المنافسة التجارية مع المحاكم المحلية، وقد يكون الهدف على المدى البعيد ليشمل معظم العملاء في المنطقة<sup>(1)</sup>.

## 2- تجربة محكمة سنغافورة التجارية الدولية:

تتعقد الولاية القضائية لدائرة محكمة سنغافورة التجارية الدولية بالاتفاق الخطي بين أطراف النزاع، وعلى الرغم من أن هذا الاتفاق هو الأساس الذي تقوم عليه الولاية القضائية للدائرة بموجب القواعد الجديدة، فإن نقل الإجراءات من المحكمة العليا إلى المحكمة التجارية الدولية سيشكل، في الفترة الأولى، الطريقة الرئيسية التي يُحتمل أن تنتظر بها المحكمة في المنازعات، ويجوز نقل الإجراءات من المحكمة العليا إلى الدائرة بموافقة الطرفين أو من المحكمة العليا من تلقاء نفسها. وبالفعل فإن معظم القضايا التي فصلت بها المحكمة<sup>(2)</sup> تمّ نقلها من المحكمة العليا حيث ارتأت أنه من الأنسب أن يُنظر في القضية لدى دائرة محكمة سنغافورة التجارية الدولية، ويُلاحظ بأنه عُيّن قضاة دوليون للنظر في جميع القضايا التي فصلت فيها المحكمة حتى الآن.

- القضية الأولى المعروضة على محكمة سنغافورة التجارية الدولية<sup>(3)</sup> تتعلق هذه القضية بمشروع مشترك بين أطراف في أستراليا وإندونيسيا، مع شركات في سنغافورة. وكان هذا المشروع المشترك يهدف إلى استغلال تكنولوجيا تم تطويرها في أستراليا لتطوير إنتاج الفحم المعروف باسم عملية (Binderless) لإنتاج الفحم.

- تمّ نقل هذه القضية إلى محكمة سنغافورة التجارية الدولية من المحكمة العليا في 4 مارس 2015، تم تقديم توجيهاً للمحاكمة في بعض القضايا فيما يتعلق بالمعنى الحقيقي

(1) Tareq Na'el Al-Tawil, Prabhakar Gantasala, Hassan Younies, pp (227,228).

(2) فصلت محكمة سنغافورة التجارية الدولية في خمسين قضية منذ تأسيسها وحتى تاريخ 2020/1/9. وكان أول حكم للمحكمة صدر في 2016/5/12 وآخر حكم لها في هذه الفترة صدر في 2020/1/9. مصدر هذه الإحصائية هو الأحكام المنشورة على الموقع الإلكتروني لمحكمة سنغافورة التجارية الدولية:

<https://www.sicc.gov.sg/hearings-judgments/judgments>

(3) Singapore International Commercial Court — Suit No 1 of 2015 Quentin Loh J, Vivian Ramsey IJ and Anselmo Reyes IJ 16-20, 23-26 November 2015; 14 January 2016, May 2016.

لعدد من البنود في العديد من الاتفاقات بين الأطراف، تمكن الأطراف من الاتفاق على صياغة تلك القضايا المتعلقة بالتزامات التمويل والتزامات توريد الفحم وبعض الشروط الضمنية في العقود ذات الصلة بالقضية. قررت المحكمة في هذه الدعوى:

1<sup>1</sup> - فيما يتعلق بالشروط الضمنية رفضت المحكمة الأخذ بها، لا تعتبر المحكمة أن هناك فجوة لم يفكر فيها الطرفان أو أنه من الضروري بالمعنى التجاري أو وفق مصطلح الشروط التجارية الضمنية بأن يفرض ضماناً لأدائه من طرف واحد في المشروع المشترك، باعتبار أن المشروع كانت له مخاطر في تحقيق أهدافه، وبالتالي إن مثل هذه الشروط لا يجب "قرضها".

2<sup>2</sup> - بخصوص التزامات الأطراف في عقد التمويل، لا توجد إشارة صريحة إلى أن BCBCS يتعين عليها تحقيق ناتج معين في وقت معين، ونلاحظ أن هذا كان في ضوء حقيقة أن هذه الشروط الصريحة قد تم اقتراحها في صياغة العقد لكن تم رفضها في النهاية. وتمت الإشارة أيضاً إلى مذكرة التفاهم الخاصة بالتمويل، ولكن التزامها الصمت بشأن أي التزام بتوفير ناتج معين خلال فترة زمنية معينة، يشير إلى أن الأطراف لم تسعى إلى فرض التزام. 3<sup>3</sup> - وجدت المحكمة أن المشروع المشترك قد تم الدخول فيه على أساس وجود مخاطر في زيادة المصنع لتحقيق الإنتاج التجاري. في الواقع، في البيان الافتتاحي للمدعى عليهم، فإنهم يقبلون أن عملية BCB كانت "تقنية غير مثبتة وكان الطرفان يعلمان أن هناك مخاطر من عدم إمكانية رفع مستوى التكنولوجيا لتمكين الإنتاج التجاري بطريقة اقتصادية". في هذه الظروف، من الصعب فرض مصطلح ضمني يرقى إلى ضمان أداء معين من قبل شركة مساهمة كويتية، بحلول تاريخ معين.

4<sup>4</sup> - أخيراً، من المفهوم أن الإشارة إلى الالتزام بالتمويل بين نوفمبر 2011 ومارس 2012 تشير إلى فترة التمويل المحددة. ومع ذلك، إذا كان هناك التزام بموجب مذكرة التمويل، فمن الواضح أنه يجب أن يكون قد نشأ قبل نوفمبر 2011 ولا يمكن أن يعتمد أي مصطلح ضمني على التزام تمويل على فترة زمنية محدودة.

يُلاحظ في القضايا التي فصلت فيها محكمة سنغافورة التجارية الدولية حتى الآن، استخدمت دائرة التجارة الدولية العديد من سماتها الفريدة لتيسير هدفها المتمثل في توجيه قضايا

تجارية دولية إلى سنغافورة، مثل هيئة تضم قضاة بارزين من ولايات قضائية أجنبية، وقدرة المحامين الأجانب المسجلين على المرافعة وتقديم تقارير بشأن مسائل القانون الأجنبي، وتمثيل الأطراف في القضايا الدولية التي هي «قضايا خارجية». وأصدرت المحكمة أيضا بعض الأحكام التي تطور قانون سنغافورة بشأن المسؤولية التعاقدية ومن المرجح أن تزيد من تطوير اجتهادها القانوني التجاري الموضوعي لأنها تنظر في المزيد من القضايا. ولذلك، فإن تجربة المحكمة التجارية الدولية حتى الآن تشير إلى أن لديها القدرة على العمل كبديل مقنع للمحاكم الأخرى التي تعمل على أساس دولي<sup>(1)</sup>.

### 3- تجربة محكمة قطر الدولية:

نتناول في التطبيقات القضائية أول قضية فصلت فيها المحكمة المدنية والتجارية<sup>(2)</sup>، القضية رقم: 1/2009، الأطراف: هيئة مركز قطر للمال (المدعية)، و شركة سيلفر ليف كابيتال بارتنرز (المدعى عليها)، الموضوع: طلب استصدار أمر بحلّ الشركة بموجب المادة (80) من لوائح الإعسار الخاصة بمركز قطر للمال اللائحة رقم (5) من العام 2005.

1- بدأت الإجراءات في الدعوى بالنظر في هذه القضية للمرة الأولى من قبل المحكمة المدنية والتجارية لمركز قطر للمال والتي من شأنها أن تتخذ قراراً فيها. قدمت الجهة المدعية، وهي هيئة مركز قطر للمال، في بداية الإجراءات، بتاريخ في 26 مارس 2009، بتقديم طلب إلى المحكمة لغرض حلّ الشركة المدعى عليها ("سيلفر ليف") وتعيين مصفّي لها. وتسعى هيئة مركز قطر للمال إلى استصدار أوامر بموجب المادتين (77 البند 4)، و(80) من لوائح الإعسار الخاصة بمركز قطر للمال (اللائحة رقم (5) لعام 2005) ("لوائح الإعسار")، على أساس أنه ينبغي على المحكمة أن تتخذ قراراً بأنه من العدل والانصاف حلّ سيلفر ليف.

2- شركة سيلفر ليف هي شركة ذات مسؤولية محدودة مؤسسة في قطر بموجب لوائح الشركات الخاصة بمركز قطر للمال. يدير هذه الشركة أربعة مدراء يحمل كل منهم مئة سهم من أسهم الشركة الصادرة والتي يبلغ عددها أربعمئة سهم وهم جميعاً من لندن (أعضاء

(1) ANDREW GODWIN, IAN RAMSA, MIRANDA WEBSTER, p (259).

(2) QFCA vs Silver Leaf Capital Partners LLC, No: 01/2009 (1 Jun 2009),

<https://www.qicdrc.gov.qa/ar/the-courts/judgments-ar?page=15>

مجلس إدارة لندن")، أما المديرين الآخرين وعددهم اثنان، فهما يديران الشركة من الدوحة ("أعضاء مجلس إدارة الدوحة").

3- في 13 فبراير 2008، (تاريخ تأسيس سيلفر ليف)، منحت هيئة مركز قطر للمال رخصة إلى سيلفر ليف بمزاولة "أعمال شركة قابضة" في مركز قطر للمال. وتفيد خطة العمل الخاصة بسيلفر ليف والتي تمّ تحضيرها قبل فترة وجيزة من تأسيسها، أن الشركة ستكون "أداة للشركاء الأربعة المؤسسين لإعداد وإطلاق صندوق أسهم خاص في مركز قطر للمال. إلا أن الصندوق المقترح لم يتم إطلاقه وأن سيلفر ليف لا تملك أصولاً للإيفاء بالتزاماتها. وأيضاً فإن العلاقة بين أعضاء مجلس إدارة الدوحة من جهة، وبين أعضاء مجلس إدارة لندن من جهة أخرى، تدهورت إلى حد لا يمكن إصلاحه. فقد تقدمت المجموعة من أعضاء مجلس الإدارة بادعاءات ضد المجموعة الأخرى تتهمها بإساءة التصرف، ولم تجد المحكمة ضرورة للتأكد من صحة هذه الادعاءات.

4- تظهر المستندات المقدمة بالنيابة عن هيئة مركز قطر للمال عدداً من الأسانيد التي بناء عليها تمّ الطلب من المحكمة أن تكوّن قراراً بأنه من العدل والإنصاف الأمر بحلّ سيلفر ليف، وأهمها:

(أ) إن الشركة مرخصة لمزاولة أنشطة تجارية معينة ولكنها كانت تتناول أنشطة خارج نطاق الأعمال التي منحت رخصة لمزاولتها؛ (ب) إن الشركة غير قادرة على دفع ديونها وليس لديها مدخول؛ (ج) الشركة معسرة؛ (د) ثمة عدم ثقة مبرر في قدرة أعضاء مجلس الإدارة على تنفيذ أي قرار صادر عن مجلس الإدارة أو مزاولة الأعمال؛ (هـ) ثمة أسانيد مبررة لاستنتاج أن المساهمين يعانون من خلافات مستعصية فيما بينهم من شأنها أن تؤدي إلى إحباط غرض الأعمال؛ (و) إن احتمال قيام سيلفر ليف بمزاولة الأعمال المسموح بها التي منحت رخصة لمزاولتها، معدوم أو ضئيل جداً. (ز) يجب حلّ سيلفر ليف لمصلحة مركز قطر للمال وللمصلحة العامة، وذلك للأسباب التالية: (1) حماية العامة من شركة معسرة؛ (2) تجنب تعريض العامة إلى الأنشطة المالية غير المخولة؛ (3) الحفاظ على ثقة ومكانة مركز قطر للمال كمركز مالي عالمي يعمل وفقاً لأفضل الممارسات العالمية؛ (ح) ثمة العديد من الدائنين الذين يطالبون بتوزيع أصول الشركة بالتساوي وفقاً للقانون.

5- وأخيراً انتهت المحكمة إلى القرارات التي تقضي بحل شركة سيلفر ليف، والحكم الرسمي للمحكمة كما يلي:

1. وفقاً للمادتين (77 البند 4) و(80) من لوائح الإعسار، تأمر المحكمة بحل سيلفر ليف.

2. وفقاً للبند الأول من المادة (83) من لوائح الإعسار، يتم تعيين كل من جوان كيم رولز وستيفن جون باركر، وكلاهما مسجلان في سجل المصنفين الرسميين في مركز قطر للمال، كمصنفين مشتركين لسيلفر ليف.

#### ○ الخاتمة:

#### • أولاً: النتائج

توصلت هذه الدراسة إلى أن نشأة هذه المحاكم جاءت نتيجة نتائج للجهود الطويلة الأمد الرامية إلى تعزيز السوق القضائية لتكييفها مع متطلبات العولمة وتطلعات الشركات المتعددة الجنسيات لفتح أسواق جديدة، والتقت هذه الأهداف مع سعي الدول المتطورة إلى جذب استثمارات أجنبية من ناحية أخرى. وبالنظر إلى المحاكم التجارية الدولية نجد أنها مازالت في بداياتها ولم تصل بعد إلى مرحلة النضج القضائي، ومن المبكر جداً الوصول إلى تقييم عادل لتجربتها، وإن أي تحليل لهيكلية التشكيل والأساس المنطقي لهذه المحاكم واختصاصاتها وصلاحياتها ومدى قابلية أحكامها للتنفيذ في الولايات القضائية الأجنبية لا بد أن يراعي أهمية وجود هذه المحاكم فعلاً، والقرارات الحكيمة التي صدرت من حكومات الدول التي أنشأتها، لتعلن حقاً ولادة عهد قضائي جديد هادف لتحقيق العدالة والانصاف.

وعلى الرغم من ذلك فإن وجود هذه المحاكم ساهم في تطور التجارة الدولية وازدهارها، وبدأت تنتشر في العديد من الدول المتقدمة مثل الولايات المتحدة الأمريكية ودول الاتحاد الأوروبي حتى في فرنسا التي تعتمد النظام اللاتيني اتجهت إلى تعزيز السوق القضائية الفرنسية، خصوصاً بعد خروج بريطانيا من منظومة الاتحاد الأوروبي لتكون قبة جديدة للشركات التجارية الكبرى، وتجسد ذلك بالاعتراف بالقواعد الإجرائية الجديدة وفق الشكل

التنظيمي الجديد المستوحى من تقاليد القانون العام، وينبغي لنا أن ننظر بعناية في الآثار الجانبية المحتملة على نظام العدالة الفرنسي ككل، ونساءل عما إذا كانت هذه المحاكم التجارية الدولية قد تفتح الباب في المستقبل القريب أمام تطورات واسعة النطاق داخل النظام القضائي على المستوى المحلي والدولي.

ويمكننا أن نستنتج أيضاً من هذه الدراسة بأن المحاكم التجارية الدولية لم توجد لتكون منافساً للتحكيم التجاري الدولي، ولكنها تهدف إلى العمل جنباً إلى جنب مع التحكيم ولتشكل إضافة جديدة تتضمن قواعد وآليات قد تجعلها خياراً أفضل من التحكيم، خصوصاً أن هذه المحاكم الدولية تعتمد على أحدث الوسائل التكنولوجية لتسهيل الإجراءات عند النظر في دعاوى وإصدار الأحكام القضائية، ولسد الفجوة في مجموعة من آليات تسوية منازعات التجارة الدولية والاستثمار. بيد أن رؤية المحامون والقضاة قد تكون مختلفة عن رأي الفقه القانوني حيث يسعون إلى أن تصبح هذه المحاكم كبديل اقتصادي للتحكيم، ولتعزيز أهمية القضاء في تحقيق العدالة للمستثمرين ورجال الأعمال، والتركيز على تطوير مجموعة من الأحكام والسوابق القضائية التي قد ينظر إليها في يوم من الأيام كمصدر أساسي لقانون التجارة الدولية.

وأخيراً، فإن أكثر المسائل التي يمكن أن تثير الاهتمام في دراسة المحاكم التجارية الدولية تتعلق بتنازع الاختصاص بينها وبين المحاكم المحلية، وكذلك التنافس الذي يمكن ينشأ بينهما، ويمكن التغلب على هذه التحديات على النحو الذي ذهبت إليه حكومة دبي بإصدار المرسوم رقم (19) لسنة 2016 بتشكيل الهيئة القضائية لمحاكم دبي ومحاكم مركز دبي المالي العالمي، وتتولى الهيئة القضائية الفصل في كل تنازع بالاختصاص إيجاباً أو سلباً بينهما، وتقوم أيضاً بتحديد الحكم الواجب التنفيذ في حال صدور أحكام متعارضة من محاكم دبي ومحاكم المركز في دعاوى لذات الخصوم وفي ذات موضوع النزاع. ولكن ينبغي على المحاكم التجارية الدولية عند تطوير قوانينها والتوسع في الولاية القضائية لمحاكمها أن يتم ذلك تدريجياً لمعركة الآثار المترتبة على المحاكم المحلية من جراء ذلك، لأن هذه القوانين الجديدة غير المختبرة يمكن أن تؤدي إلى تخلي الأطراف المتنازعين عن المحاكم المحلية لصالح المحاكم الدولية.

## • ثانيًا: التوصيات

توصلنا في هذه الدراسة إلى العديد من النتائج الهامة التي تتعلق بالمحاكم التجارية الدولية، ومن أهمها:

1- تُعد المحاكم التجارية الدولية وسيلة جديدة وفعالة لتسوية المنازعات التجارية الدولية، لذلك ينبغي على هذه المحاكم ألا تتشغل بالمنافسة فيما بينها، وإنما يجب أن تقوم بتطوير أطر العلاقة والتعاون بين المحاكم التجارية الدولية، ويمكن أن يتم ذلك بالتوقيع على الاتفاقيات الدولية للاعتراف بالأحكام القضائية الصادرة عن أي منها وتنفيذها في الولاية القضائية التابعة لها، وإنشاء منظمة أو مؤسسة دولية تجمع هذه المحاكم للتنسيق فيما بينها، وذلك في إطار منظمات الأمم المتحدة مثل الأونسيترال.

2- إدخال مقرر القانون التجاري الدولي وفق نظام القانون العام الإنجليزي، وتدريبه للطلاب في كليات القانون في مختلف الدول لإعداد الجيل القادم من القضاة والمحامين والقانونيين لديهم القدرة على العمل في المحاكم التجارية الدولية.

3- تشجيع الدول للتوقيع على اتفاقية لاهاي لسنة 2005 المتعلقة باتفاقيات اختيار المحكمة لزيادة الاعتراف والإنفاذ للأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم التجارية الدولية، لتكون هذه الاتفاقية مثل اتفاقية نيويورك لسنة 1958 للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها.

4- تطوير الإطار القانوني للمحاكم التجارية الدولية، باعتبار أن القوانين التي تعمل على أساسها هذه المحاكم وتحدد اختصاصاتها وصلاحياتها هي قوانين جديدة غير مختبرة.

**الدراسة التاسعة:**

**المسؤولية المدنية عن أضرار التي تسببها الروبوتات  
"دراسة مقارنة"**

محمد شحادة إسماعيل<sup>(1)</sup>

يتميز كل عصر بسمه تميزه عن العصور التي سبقته أو التي ستليه<sup>(2)</sup>، ويبدو أن العصر الذي نعيشه الآن يستحق أن نطلق عليه بعصر الذكاء الصناعي، ولا سيما مع ظهور الروبوتات الذكية المتطورة التي تمتلك القدرة على محاكاة السلوك البشري، حيث طال الذكاء الاصطناعي مجالات مختلفة من حياة الإنسان. إلا أن هذا التقدم العلمي والتكنولوجي الذي شهده العالم في مختلف جوانب الحياة، أصبح يرتب على ظهوره مخاطر جديدة، لم يكن يعرفها الإنسان من قبل، والتي أصبحت تهدد حياته وممتلكاته.

وفي هذا المقام يحضرنا قول العلامة السنهوري "أحدثت المخترعات الحديثة تطوراً عظيماً، فقامت الصناعات الكبيرة، ووسائل النقل السريعة وسخر الإنسان القوى الطبيعية لخدمته ورفاهته، ولم يبال أن تكون قوى عمياء لا يسيطر عليها كل السيطرة، فهي إذا ما أفلتت من يده وكثيراً ما تقلت لا يلبث أن يكون ضحيتها"<sup>(3)</sup>.

فلم يعد الروبوت أو الذكاء الاصطناعي مجرد حلم يُراود البعض أو ضرب من ضروب الخيال العلمي، بل انتقلت هذه الأحلام العلمية إلى الواقع الذي نعيشه في حياتنا، حيث أصبحت الآلات تنوب عن الإنسان في القيام بالعديد من الأعمال.

<sup>(1)</sup> طالب دكتوراه في المعهد العالي للدكتوراه في الحقوق والعلوم السياسية.

<sup>(2)</sup> Jurian Sterk, Concience et personnalité, mémoire, UFR lettres, Université de toulouse, 2013, p 7.

<sup>(3)</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة نشر، ج1، ص 1079.

فالإنسان الآلي أو ما يُطلق عليه الروبوت هو عبارة عن آلة ذكية تدير بشكل ذاتي مستقل عبر محاكاة عقلية اصطناعية، تُستخدم بغرض القيام ببعض الوظائف الدقيقة والحساسة التي لا يستطيع الإنسان القيام بها لا سيما في مجال الطب، حيث حل الروبوت بديلاً للإنسان في إجراء العمليات الجراحية الصعبة أو المعقدة. وكذلك حل القاضي الذكي محل القاضي العادي الذي يقوم باستخدام برامج الذكاء الاصطناعي للفصل في النزاعات المتعلقة بحوادث السير البسيطة من خلال برنامج يُوضع على جهاز حاسوب يحمله قاض متجول، ومن أمثلة الروبوتات الحديثة: السيارات ذاتية القيادة، والروبوتات الطبية التي تقوم بإجراء العمليات الخطرة، والروبوتات المرورية، والروبوتات المنزلية والصناعية إلخ.

تبدو أهمية موضوع البحث في أنه وفي ظل الاعتراف العالمي بأن تقنيات الذكاء الاصطناعي أصبحت واقعاً لا يمكن إنكاره أو تجاهله، إلا أن المشرع اللبناني لا يزال يقف عاجزاً عن مواجهة المخاطر أو الأضرار التي تسببها أخطاء برمجة الروبوتات أو سوء استخدامها، لاسيما الأضرار التي تلحق بالأشخاص أو الممتلكات، إذ أن المشرع يرفض أن يُطور قوانينه بما يتفق مع الواقع المتمثل في ظهور هذه التكنولوجيا الروبوتية، الأمر الذي يخلق فراغاً قانونياً في قيام المسؤولية المدنية عن الأضرار التي تسببها الروبوتات. فمن الضروري أن يكون المشرع اللبناني قادراً على مواجهة هذه التقنيات المتطورة فإذا كان المشرع ليس بإمكانه أن يتوقع ظهور هذه التكنولوجيا ذات الطبيعة الخاصة والدقيقة، فإنه يجب عليه أن يعمل من أجل وضع قواعد قانونية جديدة للمسؤولية، بحيث تكون هذه القوانين عصرية من أجل الحماية من أخطاء الروبوتات التي يترتب عليها إلحاق الضرر بالأشخاص.

تكمن صعوبة الطرح في العديد من الإشكاليات القانونية التي ينبغي إيجاد حلول لها في ظل ما يشهده العالم من مخاطر ناجمة عن تقنيات الذكاء الاصطناعي، فهل نكتفي بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني اللبناني والفرنسي، أم أننا بحاجة إلى وضع تنظيم قانوني خاص يكون من شأنه أن ينظم الأفعال الضارة الناشئة عن الروبوت ومن الإشكاليات القانونية التي يثيرها موضوع البحث: هل يمكن مساءلة الروبوت عن أفعاله الضارة حتى ولو لم يكن يتمتع بالشخصية القانونية؟ وما هو الأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن أفعال الروبوت، وهل هي مسؤولية عقدية، أم مسؤولية تقصيرية عن الأفعال الضارة أم مسؤولية تقع بقوة القانون على أساس المسؤولية عن أفعال المنتجات المعيبة؟

واعتمدنا في دراسة هذا البحث المنهج التحليلي المقارن، وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بموضوع الدراسة، من أجل الوصول الى حلول بشأن الإشكاليات التي يثيرها البحث. كما اتبعنا المنهج المقارن في كثير من مواضيع الدراسة، للوقوف على موقف التشريعات المقارنة في موضوع البحث.

سوف يقسم البحث إلى مبحثين، نتناول في الأول ماهية الروبوتات وطبيعتها القانونية. وفي الثاني سوف نتطرق إلى الأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن أضرار الروبوتات في ظل القواعد التقليدية والحديثة.

### ○ المبحث الأول: ماهية الروبوتات وطبيعتها القانونية

لا بد لنا قبل أن نحدد المقصود بالروبوت أن نتطرق إلى معرفة ما هو المقصود بالذكاء الاصطناعي، بداية الذكاء الاصطناعي هو عبارة عن برامج حاسوب لديها قدرات ذكية مماثلة لما يتمتع به عقل الإنسان. بمعنى آخر، هو مصطلح يهدف إلى تقليد الذكاء الطبيعي من أجل إيهام الشخص أو خداعه بأن الآلة لديها ذكاء يُماثل الذكاء البشري<sup>(1)</sup>.

فالفكرة الرئيسية التي يقوم عليها الذكاء الاصطناعي هي محاكاة النشاط البشري من خلال الآلة، لا سيما عندما يتطلب النشاط الواجب القيام به جهداً فكرياً بشرياً<sup>(2)</sup>. بمعنى آخر، يقوم الذكاء الاصطناعي بتنفيذ العمليات عن طريق آلة تقوم بالعمل من خلال إعطاء الأوامر، سواء الشفوية أو الكتابية من أجل أن تقوم بتنفيذ العمل بنفس الطريقة التي تعتمد على الذكاء البشري<sup>(3)</sup>.

استناداً لما سبق يُعرف McCarthy و Marvin Lee Minsky الذكاء الاصطناعي بأنه دراسة وتصميم أنظمة ذكية بطريقة مستقلة تستوعب بيئتها، مع اتخاذ كافة التدابير اللازمة من أجل تحقيق أهداف محددة<sup>(4)</sup>. كما يعرفه Jean Lassegue بأنه مجموعة من النظريات

(1) Ganascia (Jean-Gabriel), L'intelligence artificielle, science technique, edition le cavalier bleu, Mai 2007, p 9.

عادل عبد النور، مدخل الى علم الذكاء الاصطناعي، منشورات جامعة الملك عبد العزيز، الرياض، 2005، ص 23.

(2) Nour El Kaakour, Intelligence artificielle et la responsabilité civile délictuelle, Mémoire, Faculté de droit, Université Libanaise, 2017; p1.

(3) Ganascia (Jean-Gabriel), Op.cit, p 9.

(4) Céline Castets, Comment construire une intelligence artificielle responsable et inclusive?, Dalloz, 6 Février 2020, p 225.

العلمية والتقنيات الحديثة المستخدمة في إنشاء آلات تكون قادرة على تنفيذ المهام والأعمال التي كان يقوم بها الإنسان سابقاً<sup>(1)</sup>. بينما يُعرّف البعض الآخر الذكاء الاصطناعي بأنه عبارة عن جهاز كمبيوتر يتمتع بقدرات معرفية، يكون من شأنها أن تسمح له باتخاذ القرارات بشكل مستقل، دون أن يخضع إلى رقابة الشخص الذي قام بتصميمه، أو الذي يقوم باستخدامه<sup>(2)</sup>. وأيضاً يُعرف الذكاء الاصطناعي بأنه العلم الذي يبحث من خلال النظريات والتقنيات المستخدمة في ابتكار آلات قادرة على محاكاة الذكاء البشري<sup>(3)</sup>. بالرغم من التعريفات السابقة يمكننا القول بأنه لا يمكن إعطاء تعريف محدد ودقيق للذكاء الاصطناعي<sup>(4)</sup>. وبناء على ما سبق يمكننا القول أن المقصود بالذكاء الاصطناعي هو تقنيات متطورة تهدف إلى محاكاة القدرات الذهنية البشرية، وذلك لإنتاج برمجيات أو آلات ذكية لها القدرة على التفكير والاستنتاج واتخاذ القرار بصورة مستقلة عن الإنسان. وسوف نتطرق من خلال هذا المبحث على دراسة مفهوم الروبوت في المطلب الأول، ونتناول طبيعته القانونية في المطلب الثاني.

### • المطلب الأول: مفهوم الروبوتات ومراحل تطورها

سنتناول في هذا المطلب تعريف الروبوتات (الفرع الأول)، وتطورها عبر التاريخ وأهميتها (الفرع الثاني).

#### ■ الفرع الأول: تعريف الروبوتات

يُعرّف الروبوت اصطلاحاً بأنه آلة أوتوماتيكية مسخرة ومتعددة الاستخدامات وقابلة للبرمجة، وبالنظر إلى تمتعها بالمرونة الميكانيكية فلها القدرة على العمل بصورة مستقلة لتنفيذ الأعمال المختلفة التي تتطلب قدرات خاصة، مثل تحريك العضلات من أجل القيام بالوظائف

(1) Jean Lassegue, L'intelligence artificielle technologie de la vision numerique du monde, les cahier de la justice, 2/2019, p 206.

(2) Samir Merabet, Vers un droit de l'intelligence artificielle - Pascale Deumier - RTD civ. 9 avril 2020, p 224.

(3) Fabien Moutarde, Les Intelligence Artificielle pour l'industrie: quell type pour inclusive?, Entretiens de Toulouse: la formation par le débat, Apr, 2019, Toulouse, France, p 1.

(4) Adrien Bonnet, La responsabilité du fait de l'intelligence artificielle, Mémoire, Université du Paris II, faculte de droit, 2015, p 2.

الحركية للإنسان<sup>(1)</sup>. كما يتم تعريفه بأنه جهاز آلي قادر على التعامل مع الأشياء أو إجراء العمليات، وفقاً لبرنامج ثابت أو قابل للتعديل<sup>(2)</sup>.

أما التعريف العلمي للروبوت بحسب الخبراء في هذا المجال بأنه جهاز مصمم بطريقة معينة من أجل القيام بوظائف دقيقة في المجال الصناعي والعلمي، بفضل نظام التحكم الآلي الذي يعتمد على معالج دقيق<sup>(3)</sup>. والبعض الآخر عرّفه بأنه نظام أو جهاز مادي يتفاعل مع البيئة المحيطة به، ويكون قادراً على وصف هذا التفاعل عبر أجهزة الاستشعار الخاصة به، مع إمكانية تعديله عن طريق أجهزة التشغيل الخاصة به<sup>(4)</sup>. وآخرون ذهبوا إلى تعريفه بأنه آلة لديها القدرة على إدراك شيء معقد، واتخاذ القرارات المناسبة في البيئات والظروف المختلفة من خلال قيامها بالعمل بصورة مستقلة<sup>(5)</sup>.

استناداً إلى ما سبق يمكننا ملاحظة أن هنالك عناصر أساسية في جميع التعريفات السابقة التي تميز الروبوت عن غيره؛ مثل: القدرة على التنقل والحركة والمرونة، القدرة على اتخاذ القرار، بالإضافة إلى القيام بالوظائف والمهام المتعددة. إذاً يمكننا تعريف الروبوت بأنه آلة تعمل بطريقة ميكانيكية تسمح بالقيام بتنفيذ المهام أو الأعمال بصورة مستقلة، وذلك عن طريق اتخاذ القرار فيما يتعلق ببعض الإجراءات الأساسية أو الأولية التي قامت بوضعها أو اتخاذها<sup>(6)</sup>. مع الإشارة إلى أن هذه التعريفات سلط الضوء على معيار ذو أهمية كبيرة وهو استقلالية الروبوت، بمعنى آخر تلك الاستقلالية المرتبطة بالتقدم الكبير للذكاء الاصطناعي، الذي أصبح يُمكن الروبوت التكيف مع بيئته واتخاذ المبادرات.

---

(1) متاح على الموقع شبكة الإنترنت: <http://gdt.oqlf.gouv.qc.ca/Resultat.aspx> (تاريخ الزيارة 2022/11/19)

(2) متاح على الموقع شبكة الإنترنت: <http://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/robot/88768> (تاريخ

الزيارة 2022/11/19)

(3) متاح على الموقع شبكة الإنترنت: <http://www.cnrtl.fr/definition/robots> (تاريخ الزيارة 2022/11/19)

(4) Éric DEDIEU, La représentation contingente- vers une réconciliation des approches fonctionnelles et structurelles de la robotique autonome, thèse, Grenoble, Laboratoire d'informatique fondamentale et d'intelligence artificielle, Institut national polytechnique de Grenoble, 1995, p. 24.

(5) David FILLIAT, «Robotique mobile», École nationale supérieure de techniques avancées Paris Tech, 2013, p.9.

(6) Sandra Oliveira, La responsabilité civile dans les cas de dommages causés par les robots d'assistance au Québec memoire, Faculté de droit, Université de Montréal, Avril 2016, p.28.

وعليه فليس الهدف فهم الروبوت معرفته بجميع وظائفه وأنواعه، بل المقصود هنا هو فهم الروبوت المزود بالذكاء الاصطناعي الذي يمنحه ميزة استقلالية اتخاذ القرار، حيث يسمح لنا التقدم العلمي الحالي بملاحظة ذلك الأمر. ومع ذلك، فإنّ هذه الاستقلالية التي يتمتع بها الروبوت سوف يترتب عليها العديد من الإشكاليات القانونية والتي تتعلق بالحقوق والمسؤولية<sup>(1)</sup>.

### ■ الفرع الثاني: نشأة الروبوتات وتطورها عبر التاريخ

ترجع بداية ظهور الروبوتات إلى عصور المصرية القديمة، وكذلك العصور اليونانية القديمة حيث ابتكرت أجهزة آليه أطلق عليها الأجهزة الآلات أو الآلات ذاتية الحركة، حيث يعد القرن الثالث عشر قبل الميلاد هو القرن الذي كرس العصر الذهبي لظهور اسلاف الروبوتات.

بعد ذلك استمر تطور ظهور الآلات على أيدي الفنانين العظماء، مثل: ليوناردو دافنشي الذي قام بابتكار وتصميم فارس آلي، يمكنه أن يقوم بحركات ميكانيكية محدودة، ومن ثم قام الفنان الفرنسي Jacques Vaueanson باختراع آلة موسيقية يمكنها العزف، وكذلك البطة الرقمية أو الميكانيكية<sup>(2)</sup>. ومن بعد ذلك أصبح هنالك نقطة تحول كبيرة في تاريخ الروبوتات، بحيث أصبحت تتمتع بمفهوم الاستقلالية، الذي يعتبر حديث النشأة حينها، وذلك بعد قيام Joseph Marie Jacquart باختراع أول آلة قابلة للبرمجة هي ماكينة الغزل والنسيج<sup>(3)</sup>. وبعد ذلك قام Charles Babbage باختراع أول آلة حاسبة في العالم، أو ما يُطلق عليه أول حاسب آلي قابل للبرمجة.

ومن بعد ذلك كانت بداية القرن التاسع عشر تمثل خطوة أساسية وعلامة بارزة في تاريخ الروبوتات، وذلك بالنظر إلى اعتبار الروبوت جهاز ميكاترونك أي أنه يجمع بين الميكانيكية والإلكترونية والكمبيوتر، أي أن هذا الجهاز إما بأداء أعمال يصعب على الإنسان أن يقوم بها

---

(1) Alexandra Mendoza-Caminade, Le droit confronté a l'intelligence artificielle des robots: vers l'émergence de nouveaux concepts juridique?, Dalloz, 2016, p 445.

(2) Guillaume GUEGAN, Felevation des robots a la vie juridique, these, faculté de droit, université fédéral, Toulouse pyrénées, 2016, p.7.

(3) Luc Rojas, dromouvoir l'innovation technique: le cas des métiers à tisser du musée des Arts et Métiers, Revue en ligne de sciences humaines et sociales. 2012, p.1

بالنظر إلى أنها صعبة وخطيرة ومستحيلة، أو القيام بالأعمال الأكثر بساطة ولكنه يقوم بهذه الأعمال بصورة أفضل من الإنسان.

وأول من استخدم لكلمة الروبوت للدلالة على الإنسان الآلي هو الكاتب المسرحي كاريل كايك؛ وذلك من خلال عرضه المسرحي الذي جاء بعنوان روبوتات روسوم الآلية العالمية<sup>(1)</sup>. وهكذا دخل الروبوت في أذهان الأشخاص وعقولهم في تلك الحقبة.

أما المرحلة الثانية وهي مرحلة الروبوتات بعد ظهور تقنيات الذكاء الاصطناعي، حيث أنه في مطلع الأربعينيات من القرن التاسع عشر قام المؤلف الأمريكي الروسي Isaac Asimov فهو أول المؤلفين الذين قاموا بإدخال تسمية الإنسان الآلي أو ما يطلق عليه الروبوت، والذي ساعد ذلك في جميع الدراسات التقنية الخاصة بتصميم الروبوت وتنفيذه، كما يرجع الفضل إليه في صياغة القواعد والقوانين الثلاثة التي تقوم على أساسها الروبوتات<sup>(2)</sup>. وقد كانت أول هذه القوانين: تقوم على أساس أنه يجب على الروبوت ألا يقوم بإيذاء أي إنسان ولا يتسبب في إلحاق الضرر به حتى ولو كان ذلك باسنا عن إهمال من جانب الروبوت، أما القانون الثاني فإنه يتعلق بضرورة قيام الروبوت بتنفيذ الأوامر الصادرة إليه من الإنسان وإطاعتها، ما لم تكن هذه الأوامر تتعارض مع القوانين السابقة سواء أكان القانون الأول أم الثاني، بينما يتعلق ثالث هذه القوانين بضرورة أن يحمي الروبوت وجوده طالما أن هذه الحماية لا تتعارض مع القانونين الأول والثاني<sup>(3)</sup>.

كما قام Victor Scheinman، باختراع أول ذراع روبوتية مفصلية مكونة من ستة مفاصل دورانية، وقد ساهم هذا الاختراع في استخدام الروبوتات في القيام ببعض الأعمال الأكثر تعقيداً مثل عمليات التجميع واللحام<sup>(4)</sup>. وبعدها بدأ تصنيع واختراع الروبوتات على مختلف أنواعها ذات الذكاء الاصطناعي الذي باتت تستخدم في جميع مجالات الحياة.

---

(1) M. RICHARD and W. D. SMART, How should the law think about robots? Rohot law, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016. p. 5.

(2) Guillaume GUGGAN, op.cit, p9

(3) Gabriel Hallevy, The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities, Akron Intellectual Property Journal, Vol 4, Iss 2, 2010, p.2

(4) FARID UDDIN, robotic systems: analysis and applications, graduation project, Faculty of engineering, Near east university, 1988, p.1.

## • **المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للروبوتات (الشخصية القانونية)**

مما لا شك فيه أنه من المتفق عليه أن الروبوتات ليس مجرد آلة كثائر الآلات، بل إنَّه آلة صنعت لتقليد البشر ولكن بصورة أفضل، حيث ساهم ذلك إلى تطور الروبوتات في جميع المجالات سواء داخل منازلنا أو مجتمعاتنا، إلا أن الإطار القانوني الخاص بها يحتاج إلى تدخل تشريعي. من أجل تجنب بعض الإشكاليات الصعبة، ولاسيما فيما يتعلق بالمسؤولية، وتجدر الإشارة إلى أن للروبوتات عدداً من الحقوق والالتزامات. إلا أنه هنالك عدّة تساؤلات أثارتها الفقه في هذا الشأن دور حول إمكانية الاعتراف بالشخصية القانونية للروبوتات كما بالنسبة للشخص الطبيعي والشخص الاعتباري، وأيضاً آثار الفقه مسألة ما إذا كان قيام المسؤولية المدنية يستلزم الاعتراف للروبوتات بالشخصية القانونية. كل ذلك أدى إلى اختلافات فقهية سوف نقوم بالتطرق إليها تباعاً.

### ■ **الفرع الأول: الاتجاه القائل بضرورة الاعتراف بالشخصية القانونية للروبوتات**

لا خلاف من أن الاعتراف بالشخصية القانونية للروبوتات له أهمية كبيرة وذلك على صعيد تحديد نظام المسؤولية الذي سوف يتم تطبيقه في حالة وقوع ضرر مادي ناشئ عن هذه الروبوتات. إذ يتمتع جميع الأشخاص بالشخصية القانونية منذ ولادتهم حتى وفاتهم. كما أن معيار الجنس البشري من شأنه أن يسمح بوضع حدود فاصلة وواضحة بين الإنسان والأشياء، ومع ذلك يظلُّ الاختلاف قائماً بسبب الصعوبة المتزايدة في تحديد جوهر الإنسان ذاته، مما جعل بعض الفقهاء يرون ضرورة توسيع مفهوم الشخصية القانونية لكي يتضمن الحيوانات وكذلك الروبوتات باعتبارها إحدى مجالات الذكاء الاصطناعي<sup>(1)</sup>.

حيث أن الاعتراف بالشخصية القانونية للروبوت بحسب بعض الفقه من شأنه أن يسمح، بإمكانية الاختيار بين قواعد قانونية معينة من أجل تحديد الشخص المسؤول عن أفعال الروبوتات، ومن خلال الاطلاع على القانون المقارن ولاسيما القانون الفرنسي نجده أن لديه رغبة لدى القانون في الاعتراف بأن الروبوتات هو موضوع قانوني يحتاج إلى وضع افتراضات قانونية، تتمثل في اعتبار الروبوتات أشخاصاً، لها حقوق ويقع عليها التزامات<sup>(2)</sup>. ويرتكز

(1) A. Bensoussan et J. Bensoussan, Droit des robots, Larcier, Bruxelles, 2015, p. 42.

(2) Alexandra Mendoza-Caminade, op.cit., p.447

أنصار هذا الاتجاه على أن الاعتراف بالشخصية القانونية للروبوتات له ما يبرره على أساس حقيقة منح الشخصية القانونية للكيانات من خلال القانون الفرنسي. مع الإشارة الى أن رأيهم يسندوه على أساس فكرة الخيال القانوني للشخصية القانونية من أجل الاعتراف بأن هذا الاتجاه منطقي وقابل للتنفيذ<sup>(1)</sup>.

وعليه في حال اعتمادنا على هذا الرأي، فإننا سوف ننقل من مسؤولية بسبب الروبوت إلى مسؤولية الروبوت ذاته، مما يعني أن الروبوت سوف تكون له ذمة مالية<sup>(2)</sup>. مع الأخذ بالاعتبار أنه سوف يكون من المناسب التمييز بين الروبوتات التي تخضع إلى رقابة أو إشراف المشغل المهني الذي يتواصل مع الروبوت ويتفاعل معه من أجل القيام بوظائفه، وبين الروبوت الذي يكون بين يدي المستخدم العادي، الذي يمكن أن يستفيد من قدرات الروبوت وإمكانيته<sup>(3)</sup>. كما أن أنصار هذا الرأي يرون ضرورة تسجيل الروبوتات في سجلات خاصة من أجل تحديد كل روبوت، وكذلك التأمين عليه في وقت لاحق للتعويض عن الأضرار التي يسببها للغير. وعليه يعد التأمين ضرورياً في ظل عدم إمكانية توقع أفعال الروبوتات الذكية، وأيضاً لصعوبة تحديد المعايير المحتملة التي يمكن اللجوء إليها من أجل التعويض عن الأضرار الناشئة عن أفعال الروبوتات، مما يبرر الحاجة إلى ضرورة قيام نظام للتأمين بالإضافة إلى تسجيل خاص للروبوتات<sup>(4)</sup>.

#### ■ الفرع الثاني: الاتجاه الداعي بعدم الاعتراف بالشخصية القانونية للروبوتات

انطلاقاً من أن المشرع الفرنسي لم يمنح الشخصية القانونية للحيوان الذي وصفه بأنه كائن حي حساس، وذلك انطلاقاً من أن الحيوان ليس إنساناً، وذات الأمر يمكن أن ينطبق على الروبوتات؛ فالروبوتات شيء واحد فقط، كما أنه ليس بإنسان، فهو لا يندرج بصورة طبيعية في فئة الأشخاص، وبالتالي لا يمكن استخدام تقنيات الخيال العلمي الخاصة

---

(1) Nour EL KAKOUR, op.cit, p.81

(2) Alexandra Bensamoun-Gregoire Loiseau, L'intelligence artificielle: faut-il légiférer?, Dalloz, 16 Mars 2017, p 582.

(3) Anne Meyer-Heine, Robots, personnes âgées et droit de l'union européenne, Revue de l'Union européenne, Avril 2019, n°627, p 254.

(4) Nour EL KAKOUR, op.cit, p.80.

بالأشخاص الاعتبارية لإسناد أي شخصية قانونية إليها<sup>(1)</sup>. حيث يذهب الاتجاه المعارض إلى وجود شخصية قانونية للروبوتات إلى التشكيك في التمييز الثابت بين الأشخاص والأشياء، هذا التمييز الذي يعد هو أساس الحضارة والإنسانية<sup>(2)</sup>. كما أن الخلط بين الأشخاص والأشياء من شأنه أن يؤدي إلى قتل الجنس البشري وإبادته<sup>(3)</sup>، بمعنى آخر اختفاء الإنسان لمصلحة الروبوت وزوال أو اندثار العلوم الإنسانية.

كما أن تشبيه الروبوت بالإنسان الطبيعي من شأنه أن يقلل من قيمة الإنسان ذاته. إذ أن المعارضين لوجود الشخصية القانونية للروبوتات يرون بقدوم ما بعد الإنسانية. حيث ازدادت حدت هذه الخلافات مؤخراً، لاسيما مع اتجاه الفقه إلى إضفاء الطابع الإنساني على الروبوتات، بالإضافة إلى الروبوتات البشرية التي تعتمد على التقنيات الثانوية والتكنولوجيا الحيوية، وعلوم الكمبيوتر، والعلوم المعرفية.

بذلك تكون إيديولوجية ما بعد الإنسانية تهدف إلى زيادة القدرات البدنية والعقلية البشرية لاسيما بفضل الجمع أو الخلط بين الإنسان والآلة. حيث أن منح الشخصية القانونية للروبوتات من شأنه أن يمنع التفرقة أو التمييز بين الأشخاص والأشياء القانونية.

وعليه إن الاعتراف بالشخصية القانونية للروبوتات سوف يكون له عواقب وخيمة؛ لأنه سوف يؤدي إلى عدم قيام مسؤولية الأشخاص المحتملين الذين يمكن أن تقع على عاتقهم المسؤولية؛ مثل: المنتج أو المستخدم، مما قد يترتب عليه زيادة الأضرار التي تسببها الروبوتات<sup>(4)</sup>.

### ○ المبحث الثاني: الأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن أضرار الروبوتات

إن موضوع المسؤولية المدنية عن الأضرار التي تسببها الروبوتات كان ولا يزال محلاً لاهتمام الفقه عامة والفقه الفرنسي خاصة، فقد تقوم المسؤولية التعاقدية والتقصيرية للمسؤولية

(1) Xavier Labbé, Faut-il personnifier la voiture autonome?, Dalloz, 19 septembre 2019, N31, p 1719.

(2) Xavier Labbé, Op.cit, p 1720.

(3) Xavier Labbé, La fin du monde, la fin du droit ou la transition juridique?, D.24 Janvier 2019, P. 78.

(4) G.Courtois, Robots intelligents et responsabilite: quels régimes, quelles perspectives?, Dalloze IP/IT, juin 2016, n 6, P.287.

المدنية للروبوتات، وذلك تبعاً لكل حالة، فإذا كان الروبوت يُستخدم بناء على أساس رابطة عقدية، ففي هذه الحالة تقوم المسؤولية التعاقدية<sup>(1)</sup>، بينما يمكن أن تقوم المسؤولية التقصيرية على الأفعال الضارة، إما على أساس المسؤولية عن أفعال الأشياء بالنظر إلى أن الروبوت شيء غير مادي، أو على أساس مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعية، وأيضاً أكثر من ذلك يمكن تطبيق المسؤولية المدنية عن أفعال المنتجات المعيبة على أساس اعتبار الروبوت منتجاً حيث يمكن أن تقوم مسؤولية الصانع أو المنتج في حالة وجود عيب في الروبوت<sup>(2)</sup>.  
وعليه سوف نقوم بدراسة هذا المطلب من خلال مطلبين، نتناول في المطلب الأول المسؤولية المدنية عن أضرار الروبوتات وفقاً للقواعد العامة، ومن ثم نتطرق إلى المسؤولية المدنية عن أضرار الروبوتات وفقاً للقواعد الخاصة.

#### • المطلب الأول: المسؤولية المدنية عن أضرار الروبوتات وفقاً للقواعد العامة

سوف نتناول في هذا المطلب المسؤولية العقدية عن أضرار الروبوت، ومن بعدها سوف نتناول المسؤولية التقصيرية عن الأفعال الضارة للروبوتات على النحو الآتي.

#### ■ الفرع الأول: المسؤولية العقدية عن أضرار الروبوتات

من البديهي القول أنه إذا كان الروبوت يُستخدم بناء على أساس رابطة عقدية، فإن المسؤولية التعاقدية تقوم على أساس إخلال أحد الأطراف بالتزام عقدي ناشئ عن العقد. ولقيام المسؤولية التعاقدية يجب أن تتوافر مجموعة من الشروط هي الخطأ، الضرر وعلاقة السببية.

#### ◆ أولاً: الخطأ العقدي

هو كل إخلال لالتزام مصدره العقد، سواء أكان هذا الإخلال ناشئاً بصورة عمدية، أم عن طريق الإهمال، بمعنى آخر إخلال المتعاقد بالتزامه العقدي. ففي حال تسبب الروبوت في

(1) Sylvain Métille, Nicolas Guyot, Le moment est venu de juridique aux robots, revue plaidoyer, 2015, p 26.

(2) F. Dekeuwer-Défossez, La notion de personne: tentative de synthèse, D. 19 octobre 2017, n 35, p. 2046.

إحداث ضرر ما للمتضرر، لا سيما إذا كان الروبوت مجهزاً بتطبيق للتعليم الذاتي بحيث يكون من شأنه أن يعمل بصورة ذاتية أو مستقلة فإذا كان هذا المتضرر يرتبط برابطة عقدية مع منتج الروبوت، فعندها يمكن للمتضرر أن يُقيم مسؤولية المنتج التعاقدية على أساس إخلال هذا الأخير بالالتزامات التي تقع على عاتقه الناشئة عن العقد.

#### ♦ ثانياً: الضرر

وهو الأذى الذي قد يُصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له. إذ لا يكفي الخطأ منفرداً لقيام المسؤولية التعاقدية، بل يجب أن يكون هناك ضرر ناشئ عن هذا الخطأ.

#### ♦ ثالثاً: علاقة السببية

إذ تعتبر علاقة السببية هي الأساس في قيام المسؤولية، إذ لا يكفي وجود الخطأ والضرر، بل يجب أن يكون هذا الخطأ هو السبب في وقوع الضرر. إذ يقع على عاتق الدائن إثبات وجود علاقة السببية بين الخطأ والضرر، بينما يقع على المدين أن يقوم بنفي علاقة السببية من أجل إعفائه من المسؤولية؛ وذلك عن طريق إثبات أن عدم تنفيذ العقد يرجع إلى السبب الأجنبي الذي قد يكون قوة قاهرة، أو حادثاً فجائياً أو خطأ المتضرر أو خطأ الغير.

#### ■ الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية عن أضرار الروبوتات

لا شك من أنه يمكن أن تقوم المسؤولية التقصيرية للروبوتات، إذا كان غير قادر على التفاعل مع بيئته مما تسبب في وقوع أضرار لحقت بالغير، فقد تقوم المسؤولية على أساس فعل الجوامد، كما أن هناك جانب من الفقه يقترح بإمكانية قيام المسؤولية على أساس مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعة<sup>(1)</sup>.

(1) Raja Chatila, L'intelligence artificielle et robotique: un état des lieux en perspective avec le droit, Dalloz IP/IT, Juin 2016, p 284.

#### ♦ أولاً: المسؤولية التقصيرية للروبوتات على أساس المسؤولية عن فعل الجوامد

نصت الفقرة الأولى من نص المادة 1242 من القانون المدني الفرنسي، من أن الشيء ينطبق على البندقية، وأنابيب المياه، والمكنسة الكهربائية، والروبوت بصفة عامة، والروبوتات الحيوانية بصفة خاصة<sup>(1)</sup>. كما أنه يُستفاد من نص الفقرة الأولى من المادة 1242 من القانون المدني الفرنسي بأنها تتعلق بالضرر الناشئ عن الشيء الخاضع للحراسة، وليس عن الضرر الناشئ عن الشيء نفسه، وكذلك عن الضرر الذي يلحق بالغير، وليس عن الضرر الذي لحق بالحارس<sup>(2)</sup>. بناء على ذلك يمكن اعتبار الروبوت شيئاً يقع تحت تصرف المستخدم كما يمكن لهذا الأخير أن يتمتع بكافة خصائص الروبوت عن طريق التحكم عن بعد<sup>(3)</sup>.

#### أ- مفهوم الحراسة في مجال الذكاء الاصطناعي

إن تعريف الحراسة في هذا المجال هو المشكلة الرئيسية في هذا الموضوع، لأنه حتى لو تم الاعتراف بأن الذكاء الاصطناعي يمكن أن يخضع للحراسة، فإنه سيكون من الصعب تحديد الحارس، وذلك لأن نص الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي تقتض أن الحارس هو المالك، إلا أن شرعية هذا الافتراض تزول في حالة الملكية الفكرية، حيث إن ملكية البرنامج تُنسب إلى مؤلفه أو صاحبه. كما أنه لا تتفق الملكية الفكرية مع الممتلكات والأشياء المادية، فهي لا ترتبط بسلطة الرقابة على الشيء، ولكن من الناحية القانونية من أجل توفير الحماية القانونية لشخص معين<sup>(4)</sup>. ومع ذلك، فإنه يمكن تبرير قرينة افتراض الحراسة التي تقع على عاتق مالك الشيء على أساس أن هذا الأخير هو من يتمتع بسلطة الرقابة والتوجيه على الشيء، أما قرينة افتراض الحراسة التي تقع على عاتق صاحب

(1) Art. 1242 (Ord. no 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 2, en vigueur le 1er oct. (2016) dispose que l'on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde. Toutefois, celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable.

(2) Civ. 2e. 25 nov. 1992, no 91-14.708, Bull. civ. II, no 280; Gaz Pal. 1993. Pan. 95.

(3) COURTOIS G., «Robot et responsabilité», in BENSAMOUN A. (dir), Les robots, objets scientifiques, objets de droit, Mare & Martin, Sceaux, 2016, p. 135.

(4) Adrien Bonnet, op cit, p.20.

حق المؤلف فإنها سوف تُشكّل تحريفاً لمعنى نص المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي. كما أن افتراض قرينة الحراسة بأنها تقع على عاتق مستخدم الذكاء الاصطناعي سوف لا يكون لها أثر إيجابي، لأن نفس الذكاء الاصطناعي يمكن استخدامه من قبل عدد غير محدود أو لا حصر له من الأشخاص.

إذ يمكن الاستفادة من نص الفقرة الأولى من المادة 1242 من القانون المدني الفرنسي تحديد مسؤولية الشخص الذي يقوم بحراسة أشياء يكون من شأنها أن تلحق أضراراً بالغير، وهو ما يُطلق عليه لفظ "الحارس" الذي تغير استخدامه في وقتنا الحالي من أجل تحديد الشخص المسؤول. حيث أنه منذ صدور حكم Frank عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1941<sup>(1)</sup>، فالحراسة تتضمن سلطة الاستعمال والرقابة والتوجيه التي يمارسها شخص ما على شيء معين أو يمارسها على شخص آخر<sup>(2)</sup>. وباستثناء إثبات ما إذا كان الضرر يرجع سببه إلى الحادث الفجائي أو القوة القاهرة<sup>(3)</sup>، ففي حالة وقوع حادث لسيارة ذاتية القيادة فإننا سوف نلاحظ وجود فراغ قانوني يتعلق بتحديد المسؤولية عن الأضرار الناشئة عنها، طالما أننا سلبنا السيطرة والتحكم من جانب الأشخاص على هذه السيارات.

مما لا شك فيه أنه عندما يكون الروبوت في حيازة حارسه باعتباره مالكا له، فإنه يمكن تعريف الحارس من الناحية المادية من خلال الاعتراف بحقيقة أن صاحبه أو مالكه سوف يكون له سلطة فعلية على الشيء. وعليه يمكن اعتبار مالك الروبوت حارساً إذا كان يُمارس بنفسه كافة السلطات<sup>(4)</sup>. ولا تُثار أي إشكالية في تحديد المسؤول في حالة وقوع ضرر، عندما يكون الروبوت في حيازة شخص معين حيازة كاملة. حيث إنه يقوم كل مشتر لروبوت ذكي معين من صانعه بنقل حراسة الروبوت بعد دفع الثمن من قبل المشتري، وفي هذه الحالة لن يكون هناك وسيط بين المشتري وصانع الروبوت. حيث إنّه بعد اكتساب ملكية الروبوت للمشتري، فإنّ هذا الأخير تنتقل إليه سلطة الاستعمال والرقابة والتوجيه على الروبوت، مما يمنحه سيطرة فعلية على الروبوت.

(1) Civ. 2e. 2 decembre 1941., Bull. civ. N. 292 p. 523.

(2) Civ. 2e, 19 oct. 2006, pourvoi n° 04-14177.

(3) JCP 2004. II. 10049, note Gavin-Millan-Oosterlinck Civ. 2e, 24 avr., 2003.

(4) M. Guillaume GUEGAN, l'elevation des robots a la vie juridique, thèse, faculté de droit, université de toulouse, p.47.

وفي حال كان الروبوت يتمتع بـ "حرية اتخاذ القرار"، فهنا سوف يمنع الذكاء الاصطناعي مشتري الروبوت الذكي من التمتع بالسيطرة الفعلية والكاملة على الروبوت الخاص به بصفة مستمرة دون انقطاع، ولكن يجب الأخذ بعين الاعتبار أنه يمكن من الناحية الفنية منح الروبوت حرية اتخاذ القرارات، وذلك اعتماداً على نظام التحقق والمراجعة والمصادقة عن طريق التزام الروبوت بالرجوع إلى حارسه من أجل السماح له بالقيام بالمهمة التي ينتوى القيام بها. ومع ذلك يمكن أن تكمن الصعوبة في حالة ما إذا كان الشخص غير قادر على إعطاء هذا الترخيص أو الإذن<sup>(1)</sup>.

وفي حالت سرقة الروبوت من مالكة، فهنا هذا يمكن اعتبار السارق نفسه هو الحارس، بحيث يكون هذا الأخير هو المسؤول عن الضرر الذي يسببه الروبوت للغير<sup>(2)</sup>. أما في حال انتقال الروبوت من مالكة إلى غيره، فهنا يكون مالك الروبوت مسؤولاً باعتباره حارساً، حتى ولو نزع الحيازة منه، إذا تبين أنه يُمارس سلطات الاستعمال والتوجيه والرقابة على الروبوت<sup>(3)</sup>. وفي حالة انتقال الحراسة: فإنه يقع على عاتق الحارس إذا كان هو المالك أن لا يُثبت فقط انتقال الحراسة، وإنما أن يُثبت أيضاً ملكيته التي تفترض أنه الحارس، وهذا يتفق مع الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن التي تعد المالك هو الحارس. كما أنه لو افترضنا أن المالك هو الذي قام بنقل حراسة الروبوت الذكي إلى شخص آخر من خلال عقد إيجار أو عقد قرض، عندئذٍ فإن المالك سوف يسعى إلى إعطاء المتعاقد معه كافة السلطات؛ مثل: سلطة الاستعمال والرقابة والتوجيه، بحيث يكون لدى الأخير إمكانية تغاضي الضرر الذي يمكن أن يسببه الروبوت دون حاجة إلى تدخل شخص آخر<sup>(4)</sup>.

---

(1) Eliot Pernet, «Automatisation, droit et emploi», in: La réforme, Actes du colloque organisé à l'ENS Rennes le 15 septembre 2017, Revue générale du droit, Etudes et documents, 2019, p.71.

(2) Civ. 27 déc. 1944, D. 1945, 237, note Ripert; Paris, 14 févr. 1969, JCP 1969. II. 15906.

(3) Civ. 2e, 7 mai 2002, D. 2003. Somm. 463. obs. P. Jourdain

(4) Cass. civ. 2e, 11 juin 1953: D. 1954, 21 et note R. Rodière; 26 mars 1971: JCP 1972, II, 16957, obs. N. Dejean de la bâtie.

## ب- التمييز بين حراسة التكوين وحراسة الاستعمال في مجال الذكاء الاصطناعي

إن الاستقلالية التي يتمتع بها الروبوت تجعل من الصعوبة تحديد الحارس، وهذا هو ما جعل البعض يتجه نحو إعادة النظر في التمييز بين حراسة التكوين وحراسة الاستعمال<sup>(1)</sup>، خصوصاً عندما يتسبب الشيء في وقوع ضرر للغير، ناشئ عن وجود عيب في التصنيع أو عيب في البرمجة. بناء على ذلك يكون المبرمج أو الصانع مسؤولاً على أساس حراسة التكوين في حالة وجود ضرر ناشئ عن عيب داخلي في الروبوت باعتباره حارساً للشيء. أما في حال الضرر ناشئاً عن استعمال الشيء، فإن الحارس يكون هو مالك الروبوت أو الوكيل الاصطناعي.

مع الإشارة إلى أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار أنه طالما كان مصدر الضرر غير معروف، فهنا تُثار بعض الصعوبات في تحديد الشخص المسؤول؛ لاسيما في ظل التعقيدات التي تتمتع بها هذه التقنيات، فمن سيكون هو المسؤول باعتباره حارساً، وقد أجاب جانب من الفقه على هذا الأمر من خلال فرضيتين: الأولى اعتبار المستخدم مسؤولاً عن الضرر الذي لحق بالمتضرر، وذلك طالما أن الشيء في حيازته، وطالما أنه لم يثبت بأن التكوين الخاص بالشيء هو الأساس في وقوع الضرر. والفرضية الثانية اعتبر أن المالك هو المسؤول عن فعل الشيء أو بحسب السلطة المخولة للمالك على حسب تقديره على الشيء المعار أو المستأجر. وعليه يمكن القول أن ن المالك يظل هو المسؤول عن الضرر الذي لحق بالمضرور الناشئ عن فعل الشيء.

واتجه العديد من الفقهاء إلى تبني الفرضية الأولى واعتبروها أنها الأفضل لسببين: الأول لإن إظهار الواقع العملي في غالبية الحالات أن الضرر الذي يلحق بالمضرور يكون ناشئاً عن استعمال الشيء أو استخدامه أكثر من الضرر الذي يكون ناشئاً عن وجود عيب في تكوينه. وبالتالي إذا كان تحديد أصل الضرر مشكوكاً فيه، فمن المنطقي أنه يكون من الأفضل تطبيق الاستثناء على حساب القاعدة. أما السبب لثاني يتعلق في مسائل الإثبات، بحيث لا يجوز للقاضي أن يُقيم مسؤولية الحارس ما لم يكن للشيء دور إيجابي في إحداث الضرر<sup>(2)</sup>.

(1) VINGIANO; Quel avenir juridique pour le «conducteur d'une «voiture intelligente»? LPA. n°239, 2014, p.6

(2) عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٩،

وفي حال كان الضرر ناشئاً عن فعل شيء تحت حيازة مستخدمه، دون أن يثبت بوجود عيب في تكوين الشيء، فلا يمكن للقاضي أن يُقيم مسؤولية مالك الشيء .

ولكن تجدر الإشارة إلى أنه يصعب تطبيق هذا الاتجاه في حالة وقوع حادث ناشئ عن عامل اصطناعي بالنظر إلى طبيعته الفريدة وتقنيته العالية، حيث تتنافى العدالة مع قيام مسؤولية المستخدم، وذلك إذا ظل مصدر الضرر غير معروف، مما قد يترتب على تطبيق هذا الاتجاه الوصول إلى نتائج غير دقيقة، طالما أن المستخدم هو الذي سوف يقع على عاتقه المسؤولية عن تعويض الضرر دون إمكانية الرجوع إلى الصانع أو المبرمج<sup>(1)</sup>.

ويبدو أن تبني المفهوم الذي اقترحه القانون العام، فيما يتعلق بالذكاء الاصطناعي من خلال قاعدة أنّ الشيء يتحدث عن نفسه أكثر ملائمة ومنطقية؛ حيث تعنى هذه القاعدة أن الحادث نفسه يُثبت وجود عيب في الآلة<sup>(2)</sup>. وبالتالي سوف يكون الصانع هو المسؤول بصفته حارس التكوين؛ لأنه من المستحيل تحديد سبب الضرر. ويبدو أن هذا الاتجاه هو الأكثر ملاءمة طالما أننا نواجه ابتكاراً بدرجة عالية من التقنية والتطوير، كما أنّ الأضرار والنتائج الناشئة عنه ليست مؤكدة، حيث أظهرت التعقيدات الخاصة بتشغيل هذه التقنيات بأن تكوين الآلة أو الروبوتات سوف يكون هو السبب الأكثر احتمالاً للحادث. وأيضاً هنالك صعوبة أخرى فيما يتعلق بالتمييز بين التكوين والاستعمال، فإذا قام المستخدم باستعمال الروبوت فإنّه يجب عليه أن يقوم بتشغيله، كما أن الروبوت سوف يعمل وفقاً لبرنامج يوجهه ويوجه سلوكه، وبالتالي يمكن أن يشكل سبباً مباشراً لأفعاله<sup>(3)</sup>. ومع ذلك فإنّه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن نفصل حراسة التكوين عن حراسة الاستعمال؛ فالمسؤولية سوف تكون تضامنية بين المستخدم والصانع، فكل منهما سوف تكون له صفة الحارس على التوالي بالنسبة للأشياء التي تسببت في حدوث الضرر<sup>(4)</sup>.

---

(1) Nour EL KAKOUR, op cit, p.51.

(2) VLADECK (David), «Machines without principals: liability rules and artificial intelligence», Washington Law Review, Vol.89, 2014, p117

(3) Adrien Bonnet, op cit, p.22.

(4) Cass lère Civ. 16 octobre 1990, n°88-18357

## ت- فعل الروبوت

إن الأمر يتعلق هنا بالمسؤولية عن فعل الجوامد بحيث أن هناك اختلافاً في الصياغة المنصوص عليها في القانون المدني الفرنسي الجديد بين ما إذا كان الضرر ناشئاً عن فعل الشيء، وبين ما يمكن اختصاره في الضرر الناشئ عن الشيء؛ حيث إن الأحكام القضائية الفرنسية مستقرة على عدم وجود اختلاف بينهما. ولكي يتم تطبيق نص الفقرة الأولى من المادة 1242 من القانون الفرنسي، يجب أن يكون الروبوت قد تسبب في وقوع الضرر بطريقة أو بأخرى، حتى ولو كان بصورة جزئية، طالما أنه كان الوسيلة أو الأداة في إحداث الضرر. وعليه فإنه يمكن أن تقوم المسؤولية عن فعل الجوامد على أساس أن الروبوت قد تسبب في وقوع الضرر بالغير استناداً للمادة لنص الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي المقابلة لنص المادة 1242 من القانون المدني الفرنسي الجديد؛ حيث يمكن أن تقوم مسؤولية الحارس على أساس أن الروبوت عندما ارتكب الفعل كان تحت حراسة حارسه. ولكن إن تحديد الحارس من أجل قيام المسؤولية المدنية من شأنه أن يتعارض مع الذكاء الاصطناعي للروبوتات.

ومن أجل الرقابة والتحكم في الشيء فإنه يجب على الحارس أن يكون له سلطة الإشراف والمراقبة التي يكون من شأنها أن تسمح له بأن يمنع وقوع الضرر، وهو ما لا يتوافر دائماً بالنسبة إلى مالك الروبوت أو مستخدم الروبوت الذكي؛ فهذا الأخير لا يخضع إلى رقابة حارسه؛ لأنها تتمتع بالاستقلالية في اتخاذ القرارات على أساس قدرتها المعرفية؛ لأن أفعاله لم تعد محددة سلفاً عن طريق البرمجة، كما كان عليه الحال في الماضي، حيث إن الإنسان الآلي سوف يفلت من سيطرة الإنسان عليه أو رقيبته، مما سوف يجعل هناك صعوبة في اللجوء إلى مفهوم الحراسة. وفي حال تم وضع تعريف لفعل الشيء بصورة واضحة ومحددة فإن وجود هذا الشرط لازال يثير العديد من الصعوبات؛ لاسيما إذا كان المتضرر سوف يقع على عاتقه عبء إثبات فعل الروبوت، وهذا هو ما يفسره بوضوح تطبيق نص الفقرة الأولى من المادة 1242 من القانون المدني الفرنسي الجديد.

بناء على ما سبق، يجب التمييز بين العديد من الحالات على أساس ما إذا كانت الظروف أو العوامل تتطوي على تشغيل روبوت واحد أو أكثر، كما تبدو الصعوبة أيضاً في حالة

السيارات ذاتية القيادة أو السيارات بدون سائق التي ينشأ عنها بعض الصعوبات التي تتسبب فيها في ضوء التطورات التكنولوجية للذكاء الاصطناعي<sup>(1)</sup>.

#### ♦ ثانياً: المسؤولية التقصيرية للروبوتات على أساس مسؤولية التابع والمتبوع

لا تقوم مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعيه إلا إذا ارتكب هذا الأخير فعلاً ضاراً، ترتب عليه إلحاق الأذى بالغير، عندئذ أجاز القانون للمتضرر الذي لحقه الضرر أن يطالب بالتعويض عن هذا الضرر من خلال قيامه برفع دعوى على المتبوع والتابع معاً، باعتبارهما مسؤولين بالتضامن عن تعويض هذا الضرر ويلزم توافر شروط معينة لقيام مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعيه ؛ منها: أن تكون هناك رابطة تبعية بين المتبوع والتابع، وأن يصدر خطأ من التابع حال تأديته وظيفته أو بسببها. وإذا كانت مسؤولية المتبوع هي مسؤولية تبعية وليست مسؤولية أصلية، فلا يُسأل المتبوع عن الضرر الذي ألحقه التابع بالغير، إلا إذا ثبتت مسؤولية التابع بارتكابه خطأ سبب ضرراً للغير ؛ فالمتبوع لا يمكن اعتباره سوى ضامن أو كفيل قانوني للتابع. ولما كان الروبوت ليس شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً، كما أنه لا يتمتع بالأهلية القانونية، لذلك لا يمكن اعتباره تابعاً.

#### • المطلب الثاني: المسؤولية المدنية عن أضرار الروبوتات وفقاً للقواعد الخاصة

إن المسؤولية المدنية عن المنتجات المعيبة هي نظام خاص للمسؤولية، يمكن على أساسه أن تقوم مسؤولية منتج الروبوتات عن وجود عيب في هذه الروبوتات يكون من شأنه أن يلحق أضراراً بالأشخاص أو الأشياء. كما يصبح الصانع هو المسؤول في حالة وجود عيب فني؛ شرط أن يكون استخدام الآلة أو الروبوت مطابقاً لشروط الاستخدام الواردة في دليل الاستخدام الخاص بالروبوت.

هذه المسؤولية صدرت بتاريخ 19/05/1998 في القانون المدني الفرنسي بموجب نصوص المواد (1-1386) وما بعدها، وذلك اعتماداً على نصوص التوجيه الأوروبي الصادرة في 15/07/1985. كما أضاف قانون 19/05/1998 بشأن المسؤولية المدنية عن المنتجات

(1) Marjolaine Monot- Fouletier- Marc Clément, Véhicule autonome: vers une autonomie du régime de responsabilité applicable?, D. 25 janvier 2018, n°3, p. 129.

المعيبة 18 مادة جديدة في القانون المدني الفرنسي، مع الإشارة إلى أن هذه المسؤولية تقع بقوة القانون في حالة وقوع أضراراً ناشئة عن وجود عيب بالمنتج. تجدر الإشارة إلى أن نصوص هذا القانون ليس من شأنها أن تؤثر على حقوق المتضرر في المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التعاقدية أو التقصيرية، وهذا هو ما نصت عليه الفقرة الأولى من نص المادة (17-1245) التي تنص على أنه "لا تؤثر أحكام ونصوص هذا القانون على حقوق المتضرر الذي لحقه الضرر، والذي بإمكانه أن يتمسك بالمسؤولية التعاقدية أو المسؤولية التقصيرية أو أي نظام خاص للمسؤولية"<sup>(1)</sup>. سوف نتناول في هذا المطلب نطاق تطبيق نظام المسؤولية عن أفعال المنتجات المعيبة على الروبوتات والأركان اللازمة لقيام المسؤولية الموضوعية عن أفعال الروبوتات في الفرعين التاليين:

■ **الفرع الأول: تطبيق نظام المسؤولية المدنية عن فعل المنتجات المعيبة على الروبوتات**  
إن نطاق تطبيق المسؤولية المدنية عن فعل المنتجات المعيبة يتعلق بحقيقة أن الضرر يجد مصدره في وجود عيب بالمنتج الذي تم طرحه للتداول، كذلك يرتبط تطبيق المسؤولية بالأشخاص الخاضعين لها.

#### ◆ أولاً: مدى إمكانية تطبيق عيب المنتجات على الروبوتات

نصت المادة رقم 1245 من القانون المدني الفرنسي على أن يكون المنتج مسؤولاً عن الضرر الناشئ عن وجود عيب في منتجاته؛ سواء كان يرتبط بعقد مع المضرور أو لا. ويفهم من هذه المادة أنه يجب:

#### أ- يشترط أن يكون الروبوت المعيب هو مصدر الضرر

لكي تقوم مسؤولية منتجي الروبوتات وفقاً لنصوص المادة 1245 من القانون المدني الفرنسي وما بعدها، فإنه يلزم أن نعد الروبوت من الناحية القانونية منتجاً، وأن يكون مطروحاً

---

(1) Article 1245-17 dispose que «Les dispositions du présent chapitre ne portent pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ou au titre d'un régime spécial de responsabilité».

للتداول. فيعتبر هذان الشرطان ضروريان من أجل أن يُطبَّق على الروبوت نظام المسؤولية بقوة القانون عن أفعال المنتجات المعيبة. وعليه لا بد من أن نتعرض إلى مفهوم المنتج ذاته، حتى نستطيع أن نحدد ما إذا كان الروبوت يمكن أن يدخل ضمن المفهوم العام للمنتج من خلال انطباق وصف المنتج على الروبوت.

نصت الفقرة الثانية من المادة 1245 من القانون المدني الفرنسي على أن المنتج هو كل منقول حتى ولو اندمج مع عقار، وهذا يتضمن منتجات التربة وصيد الأسماك، كما أن الكهرباء يمكن اعتبارها منتجاً، بحيث يتضح من هذا النص أن المنتجات تقتصر على المنقولات، ولا يمكن اعتبار العقارات منتجات. وباستثناء الوارد على العقارات، فإن مفهوم المنتج هو مفهوم واسع<sup>(1)</sup>؛ فهو لا يقتصر فقط على المواد الأولية الخام والسلع المصنعة، ولكنه يشمل أيضاً منتجات جسم الإنسان، وكذلك مكونات المنتج المركب. مع الأخذ في الاعتبار أن مفهوم المنتج بسبب اتساع نطاق هذا المفهوم لا يقتصر على القطاع الصناعي فقط، بل إن منتجات الصيد يمكن اعتبارها منتجاً.

وعليه فإن مفهوم الروبوتات ليس من شأنه أن يثير أي إشكاليات أو صعوبات، وذلك بالمقارنة بمفهوم الحراسة؛ حيث يمكن وصف الروبوتات باعتبارها منتجات، سواء أكانت مستقلة أم لا.

أما بالنسبة لمفهوم طرح الروبوتات للتداول، نصت الفقرة الرابعة من نص المادة 1245 من القانون المدني الفرنسي على أنه " يعد المنتج مطروحاً للتداول إذا تخلى الصانع عنه بإرادته أو طواعية في الأسواق"<sup>(2)</sup>.

إذ يمكن تعريف الطرح للتداول بأنه هو التخلي الإرادي من جانب منتج الروبوت ويلزم أن يكون هذا التخلي نهائياً؛ سواء عن طريق البيع، أو عن طريق أي شكل آخر من أشكال التوزيع.

وبناء على ذلك لا يكون المنتج مسؤولاً على أساس نظام المسؤولية عن أفعال المنتجات المعيبة بالنسبة إلى الروبوتات التي تقع تحت سيطرته، أو التي سلمت إليه من أجل إجراء

---

(1) Ch. André. La cohérence de la notion de produit, RRJ 2003, p. 751

(2) Ph. Brun, la mise en circulation, rapport de synthèse, in La responsabilité du fait des produits défectueux, Recueil des travaux du GRERCA: IRIS, 2013

الاجتبارات أو الدراسات، وكذلك الروبوتات التي تعرضت للسرقة<sup>(1)</sup>. ومما لا شك فيه أنّ الطرح للتداول هو النتيجة المترتبة على طرح المنتج في السوق من أجل تسويقه وبيعه<sup>(2)</sup>. كما أنه قد تثار بعض الصعوبات في تحديد المسؤولية، لاسيما في حالة المنتج المركب؛ ففي هذه الحالة إذا كانت المسؤولية تتعلق بوجود عيب في أحد مكونات المنتج، فإنّه يجب أن يُؤخذ بعين الاعتبار تاريخ دخول هذا الأخير حيز التداول. هذا التحديد سوف يساعدنا في تطبيق نظام المسؤولية عن أفعال المنتجات المعيبة في مجال الروبوتات، في ظل تعدد الأشخاص المساهمين في طرح الروبوتات في الأسواق<sup>(3)</sup>. وبالتالي يمكن أن تقوم مسؤولية صانع الروبوت لأحد مكوناته، إذا كان برنامج الروبوت أو أي مكون من مكوناته معيباً.

#### ب- عيوب الروبوتات

إن القانون الفرنسي عندما يُشير إلى مفهوم العيب، فإنّه يعنى أن هذا المفهوم يمتد في غالبية الأحيان إلى العيب الذي يكون من شأنه أن يلحق عطلاً أو نقضاً في صلاحية الشيء لأداء الغرض المخصص له<sup>(4)</sup>؛ سواء أكان العيب خفياً أم لا. وبذلك نصت الفقرة الثالثة من المادة 1245 من القانون المدني الفرنسي، على أن المنتج يُعدّ معيباً إذا كان لا يقدم الأمن والسلامة التي يمكن توقعها بصورة مشروعة في جميع الظروف؛ ولاسيما عرض المنتج، والاستعمال الذي يمكن توقعه بشكل معقول". ويفهم من هذه المادة أن تقدير العيب يقوم على أساس معيار مادي أو موضوعي.

أما إذا كان المنتج ذا طبيعة خطيرة، فإنّ العيب سوف يكتشف على أساس أن المنتج من شأنه أن يُظهر خطراً غير مألوف أو غير طبيعي. وقد وضعت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها مبدأ هاماً من أجل التفرقة بين المنتجات الخطرة والمعيبة؛ حيث قضت في أحد الأحكام الصادرة عنها بأن المنتج الخطر ليس بالضرورة أن يكون منتجاً معيباً<sup>(5)</sup>. وعليه لا يمكن اعتبار الروبوت معيباً على أساس أن البرمجة والوظائف الخاصة به خطيرة.

(1) A. Benabent.. Droit des obligations, 14c éd., 2014, LGDJ., p. 480.

(2) CJCE du 10 mai 2001: CJCE, Se ch., 10 mai 2001, D. 2001, 3065 et note P. Kayser; JCP 2002, II, 10141 et note H. Gaumont-Prat

(3) M. Guillaume GUEGAN, op, cit, p.79.

(4) L. Leveneur, «Le défaut», LPA, 1998, n°155, p. 29.

(5) Cass Civ.lère, 5 avr. 2005, 607, JCP 2005, II, 10085, note Grynbaum et J.-M. Job, 1, 149, n°7, obs. G. Viney.

ومن المتفق عليه أنه يمكن أن تقوم مسؤولية صانع الروبوت عن أضرار الروبوت، إذا كانت المعلومات الخاصة بطريقة استخدامه غير كافية؛ حيث نص القانون على أنه لا يمكن اعتبار المنتج معيَّباً إلا إذا كان خطيراً بصورة غير عادية أو غير مألوفة<sup>(1)</sup>.

وعليه فإنَّه يلزم قبل طرح الروبوتات في الأسواق من أجل بيعها، أن تكون مشتملة على طريقة الاستخدام الخاصة بها بطريقة مفصلة وواضحة. وبناء على هذا يمكن تحديد الشخص المسؤول عن الأضرار التي تسببها الروبوتات عندما تُطرح في الأسواق وهي تحتوى على طريقة الاستخدام أو دليل، يتمكن من خلاله إعلام المستخدم بما يمكن أن يتوقعه بصورة مشروعة من الروبوت الذي يرغب في الحصول عليه أو اقتنائه.

أما فيما يتعلق بمعيار السلامة والأمان الذي يمكن توقعه من المنتج، فهنا يجب على صانع الروبوتات قبل أن يقوم بطرحها في الأسواق أن يُحدِّد ما إذا كان الروبوت لديه القدرة على التعلم أم لا. مع الأخذ في الاعتبار أنه يجب على الصانع أن يقوم بتثقيف المستخدم وتعليمه كيفية استخدام الروبوت.

وبناء على ما سبق فإنَّ مسؤولية الصانع سوف تقوم على أساس التعليم، الأمر الذي يزيد من احتماليات قيام المسؤولية التعاقدية التي تقع على عاتق الصانع. أما إذا كان العيب من شأنه أن يكشف عن حقيقة أن الروبوت لا يتوافق مع توقعات مستخدم هذا الروبوت، فلا شك أن القانون سوف يقف حائلاً أو عائقاً أمام هذه التنمية. وعلى هذا الأساس فلا يمكن للصانع أن يُضفي المشروعية على المخاطر التي يمكن أن تترتب عليها مسؤوليته عن الأضرار التي يسببها الروبوت كما أنه يجب على صانع الروبوت أن يقوم بوضع ضوابط وضمانات من أجل منع استخدام الروبوتات بطرق أو وسائل احتيالية من خلال ذاكرة الروبوت.

#### ♦ ثانياً: الأشخاص الخاضعين لنظام المسؤولية

إن نطاق تطبيق المسؤولية المدنية عن أفعال المنتجات إذا كان يعتمد على تحديد مفهوم المنتج الذي يتم طرحه في التداول، فإنَّه يعتمد أيضاً على تحديد الأشخاص الذين ينطبق عليهم هذه المسؤولية؛ وهم من جهة المسؤولين عن أضرار الروبوتات، ومن جهة أخرى المتضررون.

<sup>(1)</sup> Cass Civ. Ière, 24 janv. 2006, Bull. civ. I, n°33, p. 31.

#### أ- المسؤولين عن أضرار الروبوتات:

- منجى الروبوتات مسؤولين بصفتهم الرئيسية، حيث نصت الفقرة الخامسة من المادة 1245 من القانون المدني الفرنسي على أنه يعد منتجاً كل من يتعاقد بصفته المهنية؛ مثل: صانع المنتج النهائي، وصانع المواد الخام، وصانع الأجزاء المكونة". وإذا كان النص السابق لم يُشر إلا للمهنيين في مجال الروبوتات، فإنَّ الشخص الذي يبيع روبوتاً معيماً سوف يكون بإمكانه أن يتخلص من هذه المسؤولية، وذلك استناداً إلى نص المادة 1245 من القانون المدني الفرنسي وما بعدها، إلا أنه ليس بإمكانه أن يتخلص من المسؤولية المدنية وفقاً للقواعد العامة.

- موردو الروبوتات مسؤولين بصفتهم الثانوية، حيث أنه يوجد إلى جانب المنتجين من يتشابهون معهم كما رأينا سابقاً فإن هذه المسؤولية تقع بقوة القانون على عاتق موردى المنتجات الذين يشاركون في سلسلة توزيع المنتج، وبصفة خاصة الروبوتات. إلا أنه يتجبه بعض الفقه الفرنسي إلى اعتبار أن مسؤولية الموردين هي مسؤولية ثانوية وليست مسؤولية بصفة رئيسية أو أساسية، فلا يمكن أن تقوم المسؤولية على عاتق الموردين قبل أن تقوم مسؤولية المنتجين وفقاً لقواعد القانون العام<sup>(1)</sup>.

#### ب- المتضررون من عيوب الروبوتات:

إن الأشخاص الذين يمكنهم التمسك بنصوص المادة 1245 وما يليها من القانون المدني الفرنسي هم جميع المتضررين الذين تكون لديهم القدرة على إثبات الضرر الناشئ عن عيوب الروبوتات<sup>(2)</sup>. حيث إنَّ القانون لا يميز بين المتضررين وفقاً لما إذا كان يرتبط برابطة عقدية مع منتج أو صانع الروبوت أو لا. كما أنه ليس هناك مجال للفرقة أو التمييز بين المستهلكين والمهنيين؛ فلم تنص الشروط الخاصة بتطبيق المسؤولية المدنية عن أفعال المنتجات المعيبة على هذه الفرقة. وتجدر الإشارة هنا إلى استثناء المنتج المعيب نفسه من مجال تطبيق نظام المسؤولية الموضوعية؛ بحيث يخضع تعويض الأضرار الناشئة عن هذا المنتج إلى القواعد العامة في القانون المدني؛ سواء على أساس نظرية ضمان العيوب الخفية المنصوص عليها

(1) F. Terre, P. Simler, Droit civil, Les obligations, Dalloz, 11<sup>e</sup> édition, 2013, p. 1046.

(2) J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil, Les obligations, t.2. p. 373.

في المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي وما يليها<sup>(1)</sup>، أو على أساس عدم مطابقة السلعة للمواصفات الفنية، أو على أساس الالتزام بضمان السلامة الذي يقع على عاتق البائع المحترف.

#### ■ الفرع الثاني: الأركان اللازمة لقيام المسؤولية بقوة القانون على الروبوتات

وفقاً لنص الفقرة العاشرة من المادة 1245، فإن منتج الروبوتات أو موردها يكون مسئولاً بقوة القانون. كما تنص الفقرة الثامنة من المادة 1245 من القانون المدني الفرنسي على أنه يلزم على المتضرر إثبات الضرر الناشئ عن الروبوت، وكذلك العيب الناشئ عن هذا الأخير، ووجود رابطة سببية بين العيب والضرر. وعلى النقيض من إثبات الضرر وعلاقة السببية، فإن إثبات عيب الروبوت يمثل صعوبة بالنسبة للمتضرر. فإنه يفترض أن هناك ضرراً في حالة وجود عيب معين أو في حالة أن يكون هناك علاقة سببية بين العيب والضرر<sup>(2)</sup>.

#### أ- وجود ضرر ناشئ عن الروبوتات

تقوم مسؤولية المنتج في حالة ما إذا استطاع المتضرر أن يثبت بالإضافة إلى الضرر وجود عيب بالمنتج، ووجود علاقة سببية بين هذا العيب والضرر. هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية استناداً إلى تفسير المادتين 1231 و 1240 من القانون المدني الفرنسي في ضوء التوجيه الأوروبي الصادر بتاريخ 25 يوليو 1985 في حكمين صادرين عنها بتاريخ 2003/11/23<sup>(3)</sup>.

كما يمكن أن يكون الضرر الناشئ عن الروبوت ناتجاً عن الاعتداء على الأشخاص أو الممتلكات، فمن المتفق عليه أنه وفقاً لنص المادة 1245 من القانون المدني الفرنسي، فإن هذا القانون لا يطبق سوى على الأضرار الناشئة عن عيب الروبوت، وهذا يشمل كل ضرر يلحق بالأشخاص أو الممتلكات بخلاف المنتج المعيب نفسه"، وذلك وفقاً لما نصت عليه الفقرة

(1) Cass. Ire civ., 9 juill. 2003, JCP 2003, 17, 2565

(2) Civ. lère, 22 mai 2008, D. 2008, 2897, obs. P. Jourdain, RTD civ. 2008, 482, obs P. Jourdain, RDC 2008. 1186, obs. J.-S. Borghetti.

(3) Civ. lère, 23 sept. 2003, Bull. civ. I, n°188.

الأولى من نص المادة سالفة الذكر. بحيث يستبعد من التعويض الضرر الناشئ عن الروبوت نفسه؛ سواء بسبب جوهره، أو بسبب قيمته الاقتصادية. مع الأخذ في الاعتبار أنه سيظل التعويض عن هذا الضرر خاضعاً للقواعد العامة، ولاسيما على أساس الضمان التعاقدي عن العيوب الخفية. وفيما يتعلق بالأضرار المعنوية أو الأدبية، فإنه سوف يكون من الضروري أن نحدد الدمار أو التدهور الناشئ عن روبوت المهام المنزلية التي يمكن اعتبارها بالفعل أضراراً أدبية.

#### ب- وجود عيب في الروبوتات وارتباطه بالضرر برابطة سببية:

يفترض نظام المسؤولية المدنية عن أفعال المنتجات المعيبة وجود رابطة سببية بين عيب الروبوت والضرر الذي يمثل أساس المطالبة بالتعويض. بحيث يجب على المتضرر إقامة الدليل على وجود رابطة سببية بين عيب الروبوت والضرر الذي أحدثه في البيئة المحيطة به. إلا أن هنالك صعوبة يواجهها المتضرر في إثبات رابطة السببية بين وجود عيب يهدد سلامة المنتج والضرر. بحيث من النادر أن يستطيع المتضرر إثبات مثل ذلك الأمر، بل سوف تقوم القرائن بإثبات وجود رابطة السببية بين العيب والضرر. مع الإشارة إلى أنه فيما يتعلق بالعيب المحتمل الذي يمكن أن يلحق بالروبوت يكون من شأنه أن يجعل هناك صعوبة على المتضرر الذي يطالب بالتعويض عن إثبات وجود هذا العيب. على الرغم من تقنية تكنولوجيا الروبوتات فإن إثبات وجود عيب بالروبوت هو أمر سهل وليس فيه أي تعقيد، ويمكن معرفة هذا العيب من خلال الرجوع إلى الاستعمال المتوقع من هذا الروبوت. أما فيما يتعلق بالروبوت الذكي الذي يتمتع بقدر معين من حرية اتخاذ القرار، وكذلك القدرة على التعلم، فإنه سوف يقع على عاتق المتضرر إثبات أن عيب الروبوت ليس ناشئاً عن التعليم الذي تلقاه الروبوت أو عن برمجيات التعلم<sup>(1)</sup>.

---

(1) M. Guillaume GUEGAN, op.cit. p.93.

## ○ الخاتمة

أدى التطور التكنولوجي في مجال تقنيات الذكاء الاصطناعي على ظهور العديد من الأضرار الجسيمة الناشئة عن أخطاء برمجة الروبوتات أو سوء استخدامها في حياتنا اليومية. وعلى هذا الأساس فقد كان ضرورياً بحث موضوع المسؤولية المدنية عن الروبوتات ذات الذكاء الاصطناعي في حالة وقوع أضرار ناشئة عنها، ولا سيما في حالة حدوث أخطاء من جانب الروبوتات، من هو الذي يتحمل المسؤولية المدنية. وإذا كانت التشريعات القانونية القائمة بإمكانها أن تُغطي بعض الجوانب في هذا الموضوع، لكن الحاجة أصبحت ملحة إلى تقنين هذه التكنولوجيا الحديثة لكي تتواءم مع المستجدات الجديدة في مجال الذكاء الاصطناعي، حيث إن وجود قواعد قانونية للمساءلة القانونية من شأنه أن يساعد في المضي قدماً والدخول في عصر تكنولوجيا الروبوتات الحديثة.

وقد وصلت من خلال هذا البحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، لعل من أبرزها ما يأتي:

### ◆ أولاً: النتائج

- لا يمكن اعتبار الروبوت حارساً أو تابعاً حتى يسأل عن الأضرار الناشئة عن أفعاله بالنظر إلى أنه لا يمتلك الشخصية القانونية التي من شأنها أن تسمح له بأن يكون لدية ذمة مالية مستقلة

- أن التشريعات والأنظمة القانونية الحالية سواء على الصعيد الوطني أو الدولي تجعل المسؤولية كاملة على عاتق الشخص الذي يستخدم الروبوت دون مراعاة لدور البيئة المحيطة به والعوامل ذات الصلة.

- أن الاعتراف بالشخصية القانونية للروبوتات سوف يكون له عواقب وخيمة؛ لأنه سوف يؤدي إلى عدم قيام مسؤولية الأشخاص المحتملين الذين يمكن أن تقع على عاتقهم المسؤولية؛ مثل: المنتج أو المستخدم مما قد يترتب عليه زيادة الأضرار التي تسببها الروبوتات.

- إمكانية تحديد الشخص المسؤول عن أضرار الروبوت في مجال الحراسة على أساس نوعية الحراسة ذاتها، فإذا كان الضرر ناشئاً عن عيب داخلي في الروبوت، فإن المسؤولية تقع على عاتق حارس التكوين "المصنع"، أما إذا كان الضرر ناشئاً عن سوء الاستخدام فيسأل حارس الاستعمال مثل مالك الروبوت او مستخدمه.

#### ♦ ثانياً: التوصيات

- نهيب بالمشرع اللبناني أن يضع قواعد قانونية متخصصة يكون من شأنها أن توفر الحماية للمتضررين من الأضرار الناشئة عن الروبوتات.
- نوصي بضرورة إنشاء محاكم قضائية متخصصة للنظر في القضايا المتعلقة بتقنيات الذكاء الاصطناعي على أن تتضمن عند تشكيلها خبيراً متخصصاً في الذكاء الاصطناعي.
- نوصي المشرع اللبناني بضرورة إخضاع الروبوتات للتأمين الإجباري، لكي يتمكن المتضررون من الرجوع على شركات التأمين في حالة وقوع أية أضرار ناشئة عنهم.
- نوصي بضرورة عقد مؤتمرات من خلال كليات الحقوق بمختلف الجامعات اللبنانية من أجل التوعية بالمشاكل القانونية المتعلقة بتقنيات الذكاء الاصطناعي.

**الدراسة العاشرة:**

**المراجعة الدستورية في العراق ولبنان**

سارة جليل الجبوري<sup>(1)</sup>

وجود مؤسسة القضاء الدستوري خطوة مهمة في بناء دولة الحق، وحاجة ضرورية لأي دولة تريد الارتقاء بالعدالة الدستورية. إن حصر اشخاص مراجعة هذه المؤسسة بجهات محددة يؤدي إلى أن يكون الأفراد مجردين من أي وسيلة تكفل لهم حق الطعن بدستورية قانون. يبقى دور القضاء الدستوري محصوراً بإمكانية الوصول إليه، فلا يمكنه القيام بأي دور إذا قُيدت وحددت طرق الوصول إليه وسبل مراجعته. من الضرورة أن تكون له إمكانية وضع يده على القانون للنظر بدستوريته والتأكد من عدم انتهاكه للحقوق والحريات، وإفساح المجال أمامه للقيام بدوره من خلال طرق تُسهل عمله وتوسع دائرة صلاحياته.

المراجعة الدستورية هي طريق يتم من خلاله الوصول الى القضاء الدستوري من أجل حماية الحقوق والحريات التي يتمتع بها الافراد في مواجهة القوانين والانتهاكات التي تطال الافراد، والحد من الضرر الذي يصيبهم من جراء تطبيق القانون المخالف لأحكام الدستور. اختلفت الدساتير العربية بشأن من له حق اثاره الدفع بعدم الدستورية، بعض الدساتير حرمت الفرد من حقه في اثاره عدم الدستورية وأعطت الحق لبعض السلطات او الهيئات العامة. في العراق أنشأت المحكمة الاتحادية العليا وهي مؤسسة دستورية بموجب المادة 93 من الدستور العراقي لعام 2005، مقرها في بغداد تُمارس مهامها بشكل مستقل لا سلطان عليها غير القانون، وهي مستقلة مالياً وإدارياً.<sup>(2)</sup>

(1) حقوقية، طالبة دكتوراه في كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة القديس يوسف. تناقش قريباً أطروحتها بعنوان: حق مراجعة القضاء الدستوري في العراق والمجتمعات العربية.

(2) صلاح حسن بابان، ما المحكمة الاتحادية العليا وما اثارها السياسية؟ بحث منشور [www.iraqfsc.iq](http://www.iraqfsc.iq)

تختص المحكمة بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، وتفسير نصوص الدستور، والفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية، والقرارات والأنظمة والتعليمات والإجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية، ويكفل القانون لكل من مجلس الوزراء، وذوي الشأن من الأفراد وغيرهم، حق الطعن المباشر لدى المحكمة، والفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم والمحافظات والبلديات والإدارات المحلية.

من الصلاحيات الأخرى للمحكمة الفصل في المنازعات التي تحصل بين حكومات الأقاليم أو المحافظات، والفصل في الاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزراء، والتصديق على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب، والفصل في تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية للأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، والفصل في تنازع الاختصاص فيما بين الهيئات القضائية للأقاليم أو المحافظات غير المنتظمة في إقليم.

#### ○ العراق: أصحاب الصلاحية في الحق بالمراجعة

أشار الدستور إلى الجهات التي لها حق مراجعة المحكمة الاتحادية في العراق وبعوض التفصيل وضع القانون والنظام الداخلي للمحكمة ذلك، المادة 18 / أولاً من النظام الداخلي نصت "لأي محكمة من تلقاء نفسها ان تطلب اثناء نظر الدعوى البت في دستورية نص في قانون أو نظام يتعلق بتلك الدعوى ولعضو الادعاء العام في تلك المحكمة أن يطلب ذلك...". في المادة ذاتها نصت الفقرة ثانياً "لأي من الخصوم الدفع بعدم دستورية نص قانوني أو نظام يتعلق بدعوى منظورة امام محكمة الموضوع...". أما المادة 19 فقد بينت السلطات التي لها ان تطلب من المحكمة البت في دستورية نص قانوني أو نظام، وهي السلطات الاتحادية الثلاث والوزارات والهيئات المستقلة ورئاسة وزراء الاقليم والجهات الغير مرتبطة بوزارة والمحافظين، على أن يتعلق النص المطعون فيه بمهام تلك الجهات وأثار خلافاً في التطبيق<sup>(1)</sup>. أما المادة 20 فقد بينت أنه لكل من الاشخاص الطبيعي أو المعنوية الخاصة أو منظمات

(1) جريدة الوقائع العراقية، النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا، العدد 4679، ص 20.

المجتمع المدني المعترف بها قانوناً الحق في اقامة الدعوى المباشرة أمام المحكمة الاتحادية للبت في دستورية نص في قانون أو نظام على أن تتوافر بعض الشروط كأن تكون هناك مصلحة حالة ومباشرة ومؤثرة في مركزة القانوني أو المالي أو الاجتماعي، وأن يكون النص المطعون به قد طبق فعلا على المدعي، وان لا يكون المدعي قد أستفاد من النص الطعون فيه كلاً أو جزءاً.

صار الرجوع للمحكمة الاتحادية أمراً يومياً للبت حول القضايا والإشكاليات الدستورية والسياسية وأخذ القرارات منها التي تسير عمل مجلس النواب، وتتحكم في سلوك السلطة التشريعية والتنفيذية، مما ولد استياء عدد كبير من السياسيين الذين باتوا يعملون تحت قيود المحكمة الاتحادية العليا ذات القرارات الملزمة للسلطات كافة<sup>(1)</sup>.

### ○ لبنان يعتمد نظام الحق المحصور

اما لبنان حصرت حق المراجعة برئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء وعشرة نواب على الأقل ورؤساء الطوائف المعترف بها قانوناً فيما يتعلق حصراً بالأحوال الشخصية وحرية المعتقد وممارسة الشعائر الدينية وحرية التعليم الديني. اذا لم يتلقى المجلس الدستوري اللبناني طعناً ضمن المهلة المحددة دستورياً يصبح القانون نافذاً حتى لو كان مخالفاً للدستور، ويصبح تطبيقه ملزم لجميع الجهات من مؤسسات الدولة ومن ضمنها المحاكم. المواطن اللبناني ليس لديه فرصة اللجوء الى المجلس الدستوري رغم ان النظام اللبناني هو من الأنظمة الديمقراطية في العالم، والشعب مصدر السلطات ويشارك بالانتخابات ويعبر عن ارادته بالاقتراع العام.

ان إيلاء حق الطعن لبعض الهيئات وحرمان الافراد من هذا الحق يقلل من أهمية الدعوى الدستورية من ناحية حمايتها للدستور وعدم تطبيق القوانين المخالفة للدستور أو تلك التي تنتهك الحقوق والحريات. لان مصلحة الهيئات العامة قد تكون في عدم اثاره الطعن خصوصاً اذا كان القانون محل الخلاف يتلاءم مع مصالح واهداف هذه الهيئات. بالتالي عدم قدرة

---

(1) مصدق عادل طالب، النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا بين التقنيات الحديثة ومتطلبات الحداثة والتجديد، منشورات مكتبة القانون المقارن، 2022.

المجلس الدستوري على ممارسة دورة الرقابي إلا في حال تلقيه الطعن من الأشخاص المحددين في المادة 19 من الدستور.

الخصوصية اللبنانية تعيق توسيع صلاحيات المجلس الدستوري اللبناني لجهة تقديم المراجعات أو الدعاوى، لأنه قد تحصل تفاهات وتوافقات سياسية بين الجهات المستفيدة من وجود القوانين المخالفة للدستور لناحية عدم الطعن بها أمام المجلس الدستوري<sup>(1)</sup>. هذا بسبب كون المراجعة محصورة بأيدي جهات محددة، بالتالي ضرورة توسيع صلاحيات المجلس الدستوري لجهة تقديم المراجعات والطعون. كذلك أمكانية ان يتحرك المجلس الدستوري عفوا والقيام بدورة في الرقابة على دستورية القوانين. وإعطاء الفرد حق الطعن بعدم دستورية قانون يراد تطبيقه للفصل في دعوى مقامة أمام القضاء العادي، أو إعطاء الفرد حق مراجعة القضاء الدستوري مباشرة للطعن بعدم دستورية قانون ينتهك حقوقه المنصوص عليها في الدستور ضمن شروط وإجراءات مشددة تضمن عدم التسبب في اغراق المجلس الدستوري في دعاوى غير جدية.

---

(1) دور الدستوري في بناء القضاء ودولة الحق في لبنان، المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، 2017، ص 20.

الدراسة الحادية عشرة:

**La relation entre l'expert psychiatre et le juge: vers une psychiatrisation de la justice**

Elie Kallas<sup>(1)</sup>

♦ **Resumé**

L'expertise psychiatrique est requise au tribunal dans plusieurs situations juridiques tant en matière criminelle que civile et elle est soumise aux mêmes règles de preuve que n'importe quelle expertise. Pourtant, la psychiatrie et son objet sont tout à fait particuliers. La relation que peuvent entretenir le juge et l'expert-psychiatre est teintée par plusieurs éléments de nature sociale et professionnelle, mais aussi simplement juridique et procédural. Alors que les juristes parlent de cette relation comme d'une usurpation du rôle du juge par l'expert-psychiatre, les psychiatres, au contraire, croient que leur expertise est totalement pervertie dans le processus judiciaire. Mais la réalité n'est pourtant pas univoque: si l'expertise psychiatrique est de façon générale une preuve parmi les autres, elle peut également occuper une place centrale dans le mécanisme décisionnel.

♦ **Abstract**

Psychiatric report is required at the court in several legal statements as well in criminal matters as in civic matters and is subject to the same

<sup>(1)</sup> Général, membre de la Cour de Cassation militaire, Docteur en Droit, Maître de conférences auprès de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de l'USEK et de l'Université Islamique.

codes of proofs as any other expert report. Still, psychiatry and its object are absolutely peculiar. The relation that may be kept between the judge and the expert psychiatrist is tinged with many elements of social and professional nature but also of judicial and quibbling nature, simply. While lawyers and legal experts quote that relationship of an usurpation of the judge part by the expert psychiatrist, psychiatrists on the other hand reckon that the expert report is completely perverted by the judicial process. Yet, reality is not univocal. If the psychiatric report is globally a proof among many others, it can still have a crucial impact in the ruling machinery.

### ○ **Introduction**

À mesure que les craintes au sein de la société augmentent et que la pression exercée sur le système judiciaire s'accroît, les juges ont des attentes toujours plus exigeantes quant aux informations sur lesquelles repose leur jugement. Dès lors, afin de prendre toutes les précautions, ceux-ci ont aujourd'hui plus souvent recours aux experts psychiatres dont l'avis tend à prendre de plus en plus d'importance dans l'élaboration du jugement. De cela, découle également une évolution des missions confiées à l'expert psychiatre, lequel s'inquiète de se voir imputer ainsi une part de responsabilité toujours plus élevée.

À cela viennent s'ajouter un manque de compréhension et des attentes erronées qui demeurent tant chez le juge que chez l'expert psychiatre quant aux fonctions respectives de leur collaborateur. Il importe toutefois d'éviter que cela ne pèjore la situation du prévenu qui doit faire l'objet d'une expertise.

Bien que l'expertise psychiatrique soit un moyen de preuve que le juge est libre d'apprécier selon son intime conviction et qu'il ne soit pas lié par les constatations de l'expert, il n'est pas toujours aisé de savoir

si la décision rendue par le juge a bien été prise en toute indépendance ou si l'expertise a eu un poids certain dans l'élaboration de la décision.

À travers ce travail, Il sera question, dans un premier temps, de cerner quelques aspects relatifs à l'expert psychiatre ainsi qu'à l'exercice de sa profession (infra 1), dans un second temps, de voir quelles sont les attentes espérées quant aux expertises (infra 2), dans un troisième temps de circonscrire la position du juge par rapport à la prise de décision (infra 3) et, dans un quatrième temps, d'aborder plus particulièrement les points de rencontre entre ces deux professions dont l'interaction est aussi complexe que nécessaire (infra 4).

## ○ **Paragraphe 1. De l'expert psychiatre**

### **A. Conditions requises pour être désigné**

Il convient dans un premier temps, de savoir qui peut être désigné par la direction de la procédure pour réaliser une expertise psychiatrique.

D'après les art. 43 al. 1, Code de la justice judiciaire. L'Etat libanais laisse aux juridictions une certaine autonomie dans l'organisation judiciaire et l'administration de la justice<sup>(1)</sup>. Cette autonomie est toutefois limitée dès lors qu'il existe une norme qui règle la situation de manière exhaustive<sup>(2)</sup>.

Bien que le contenu des art. 40, 41, 42 du Code de déontologie médicale et la loi de l'exercice de la profession de la médecine<sup>(3)</sup> ne

---

(1) قانون التنظيم العدلي الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم ١٥٠ تاريخ ١٦/٩/١٩٨٣ والمنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٠/١١/١٩٨٣ ، عدد ٤٥ .

(2) المواد ٤٠-٤١-٤٢ من قانون الآداب الطبية رقم ٢٨٨ تاريخ ٢٢/٢/١٩٩٤ المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ٦/١١/١٩٦٩ ، عدد ٨٩ .

(3) المواد ١٣ الى ١٦ من قانون ممارسة مهنة الطب الصادر بموجب المرسوم رقم ١٦٥٨ تاريخ ١٧/١/١٩٧٩ ، المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ٨/٣/١٩٧٩ ، عدد ١٠ .

définissent pas clairement la notion d'expert, il en a déduit que l'expertise au sens de ces articles ne pouvait en principe être effectuée que par un médecin spécialisé. D'une part, pour garantir la qualité de l'expertise et d'autre part, pour ne pas avoir à contrôler à chaque fois qu'un expert non médecin dispose de toutes les compétences attendues.

## **B. Principes éthiques et déontologie de la pratique expertale**

Actuellement, au Liban, il n'existe pas de dispositions spéciales destinées à la pratique expertale<sup>(1)</sup> dans le code de la déontologie. Pourtant, la nécessité d'élaborer un Code de spécifique à la pratique expertale se ressent notamment dans le fait de pouvoir mieux délimiter les attentes quant aux missions octroyées à l'expert<sup>(2)</sup>. Pour pallier à ce manque, les experts psychiatres sont donc soumis à la pratique des tribunaux et leurs jurisprudences<sup>(3)</sup>. Il est notamment attendu d'eux qu'ils rédigent leur expertise avec diligence et célérité, ce qui permet de démontrer une certaine habitude au processus et d'instaurer un lien de confiance.

Au Canada, il existe un Code de déontologie de l'Association médicale canadienne datant de 1996 qui a été annoté pour les psychiatres. L'Association des psychiatres du Canada considère que ce Code leur permet de les aiguiller dans l'exercice de leur pratique afin que celle-ci soit aussi éthique que possible<sup>(4)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> قانون ممارسة مهنة الطب وقانون الآداب الطبية، المرجعان السابقان.

<sup>(2)</sup> VUILLE Joëlle / PAREIN Loïc / JENDLY Manon, L'expertise sous feux croisés: Synthèse des tables de concertation, Revue Suisse de criminologie 2019 vol. 1 p. 53 ss.;

المواد ٤١، ٩٢، الفقرتين ١٢ و ١٣ من المادة ١٧٤ من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٣٢٨ / ٢٠٠١ المعدل بموجب القانون رقم ١٩١ تاريخ ١٦/١٠/٢٠٢٠. والمنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٢ / ١٠ / ٢٠٢٠، عدد ٤١.

<sup>(3)</sup> Arrêt 156 du 9 octobre 2000, 6ème ch. C. cass, Sader éditeur-Décisions pénales, p. 659 ; Arrêt 131 du 30 juin 1998, 6ème, ch. C. cass, Sader éditeur-Décisions pénales, p. 575.

<sup>(4)</sup> Code de déontologie de l'AMC.

En France, il y a une section aux art. 105 à 108 du Code de déontologie médicale qui est réservée à l'exercice de la médecine d'expertise<sup>(1)</sup>. L'art. 106 précise notamment qu'un expert ne doit accepter le mandat d'une autorité que s'il s'agit d'un domaine dans lequel il a des compétences particulières, sans quoi il risquerait de commettre une négligence pour laquelle il engagerait sa responsabilité. L'art. 107 dispose quant à lui que l'expertisé doit être informé de la nature particulière de la relation dans laquelle il se trouve ainsi que de la mission de l'expert.

Il est en effet primordial et ce, dès le premier entretien avec l'expert psychiatre, que l'expertisé sache qu'il se situe dans une relation particulière qui diffère d'une simple thérapie<sup>(2)</sup>.

Une première distinction, non des moindres, concerne le secret professionnel. L'expert psychiatre est mandaté par une autorité judiciaire afin d'apporter, grâce à ses compétences et à ses connaissances dans le domaine de la pathologie psychiatrique, des éléments complémentaires pour l'affaire<sup>(3)</sup>. Il devra ainsi divulguer les informations pertinentes que l'expertisé lui aura transmises, ce qui signifie qu'il est délié du secret professionnel vis-à-vis de l'autorité qui l'a mandaté. Il est donc indispensable que l'expertisé sache que tout ce qu'il dira pourra être utilisé contre lui et qu'il n'a de ce fait aucune obligation de témoigner<sup>(4)</sup>.

Une deuxième composante de cette relation pouvant aboutir à certaines difficultés concerne la sphère privée de l'expertisé. Au fil des

---

<sup>(1)</sup> JONAS, *Le Psychiatre face aux juges, ellipses*, Paris, p. 92 ; Code de déontologie médicale français, art. 106; Code de déontologie médicale français, art. 107.

<sup>(2)</sup> FONJALLAZ Jean / GASSER Jacques, *Le juge et le psychiatre – Une tension nécessaire*, Médecine et Hygiène Chêne-Bourg / Stämpfli Berne 2017, p. 125.

<sup>(3)</sup> Arrêt 165 du 23 mai 1998, de la 6ème C. cass, Sader éditeur-Décisions pénales, p. 196.

<sup>(4)</sup> BRUNNER Matthias, *Le système de justice pénale: ambitions et résultats*, Groupe Suisse de Criminologie, Berne 2010, p. 303 ss.

questions et des investigations, l'expertisé est amené à se dévoiler<sup>(1)</sup>. Il doit avoir conscience que son intimité sera probablement révélée publiquement que ce soit dans le cadre du procès ou lors de l'éventuelle publication de l'arrêt par le tribunal. Il incombe donc à l'expert de prendre soin de préserver la dignité de l'expertisé en se gardant de le stigmatiser dans la rédaction de son rapport.

## ○ **Paragraphe 2. Missions et détermination de l'expertise**

### **A. Missions de l'expertise**

C'est lorsque la direction de la procédure a un doute sérieux concernant la responsabilité de l'auteur qu'elle mandatera un expert psychiatre afin que celui-ci réalise une expertise (art. 231 au 236 CP)<sup>(2)</sup>.

D'après les articles 41, 248 al. 5 CPP, il revient à la direction de la procédure de mandater un expert. Ainsi, dépendamment du moment où l'on se situe dans la procédure, l'expert ne sera pas désigné par la même autorité. Lors de la procédure préliminaire, il sera mandaté par le ministère public et lors de la procédure de première instance par le président du tribunal. Dans le cas d'une deuxième instance, il peut également être désigné par le président de la juridiction d'appel<sup>(3)</sup>.

En pratique, le rôle de l'expert psychiatre mandaté est notamment d'apporter, par le biais de son expertise, des éléments factuels dépassant

---

(1) Ghiglione R. et Matalon B, Les enquêtes sociologiques, théories et pratiques, Paris, Armand Colin, p. 67;

المادتان ٩٢ و لفقرتين ١٢ و ١٣ من المادة ١٧٤، أصول المحاكمات الجزائية - المحافظة على السر المهني، مرجع سابق، ص. ٢.

(2) Voir l'art. 231 au 236 du décret législatif n° 340 du 1/3/1943, J.O n° du //1943 ; Arrêt 603 du 30 novembre 1966, C. cass,

نقلًا عن وحمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني - القسم العام، الطبعة الثانية، دار النقري للطباعة، بيروت، ١٩٧٥، ص. ٤٩٥.

(3) المادتان ٤١ و ٢٧٤ - الفقرة ٥، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص. ٢.

les compétences professionnelles du juge. L'expertise psychiatrique sert essentiellement à déterminer la responsabilité du prévenu au moment de l'infraction, le risque de récidive ainsi que la nécessité et le besoin d'instituer une mesure. C'est donc à l'expert que revient la lourde tâche d'expliquer ce qui peut parfois sembler inexplicable, notamment en indiquant les raisons d'un passage à l'acte ainsi que les différents facteurs qui pourraient amener un individu à récidiver.

Afin que le juge puisse examiner de manière critique les conclusions de l'expert psychiatre, il est indispensable que l'expertise et les justifications qu'elle contient soient compréhensibles, ce qui n'est pas toujours le cas<sup>(1)</sup>. Une bonne expertise doit non seulement pouvoir expliquer de manière subtile et nuancée les divers éléments ayant conduit l'individu à commettre une infraction, mais doit également permettre au juge d'analyser le rapport d'expertise en toute autonomie afin de ne pas placer l'expert dans une position qui reviendrait à le laisser préjuger du cas<sup>(2)</sup>.

Face à ce dilemme dans lequel le juge et les parties semblent demander à l'expert de trancher, c'est toutefois bien au juge qu'il revient de rendre une décision, compte tenu de tous les éléments de l'affaire, y compris les antécédents judiciaires et personnels pertinents ainsi que la gravité et la récurrence des infractions commises.

L'expert dispose également d'une certaine autonomie dans l'élaboration de son expertise lorsqu'il s'agit de recherches simples relevant de ses compétences, indispensables et étroitement liées à l'exécution de son mandat. Il peut pour cela, d'après l'art. 185 al. 4 CPP, exhorter des personnes à se présenter à lui. Celles-ci devront alors répondre à cette convocation, sous peine de s'y voir conduites par la

---

<sup>(1)</sup> DAVID Michel, L'expertise psychiatrique pénale, L'Harmattan Paris 2006, p.222.

<sup>(2)</sup> CLERICI Christian, Quelle place pour l'expertise psychiatrique dans l'actualité de l'exécution des peines et des mesures? , Revue Suisse de criminologie 2019 vol. 1 p. 309.

police. Avant de les interroger, l'expert devra toutefois avertir les personnes, jouissant d'un droit de refuser de déposer ou de témoigner, qu'elles ne sont pas dans l'obligation de collaborer ou de déclarer quoi que soit (art. 185 al. 5 CPP). Ces entretiens cliniques à la dimension plus subjective, alliés aux différents outils d'analyse, doivent également permettre d'apprécier au mieux les caractéristiques personnelles de l'expertisé.

## **B. Détermination de la responsabilité de l'expertisé**

Alors que dans le Code pénal libanais, on retrouve les notions d'intention (art. 188 au 190 CP), d'irresponsabilité et de responsabilité restreinte (art. 231 au 236 CP), il n'existe pas de définition de la responsabilité pénale. Les art. 192 et 193 CP ont été regroupés à l'art. 189 CP, dans lequel il n'est fait mention plus que de la faculté de comprendre le caractère illicite de son acte et de se comporter conformément à cette appréciation, l'exigence de l'existence d'une pathologie psychiatrique ayant été abandonnée.

Le juge attend donc de l'expert qu'il analyse non pas la responsabilité actuelle de l'expertisé, mais qu'il se détermine sur les facultés cognitives et volitives que celui-ci possédait au moment où il a commis son acte, afin de pouvoir établir s'il était alors irresponsable ou partiellement responsable. Ceci a de l'importance pour la suite de la procédure, car en cas de responsabilité restreinte, la peine sera atténuée (art. 189 al. 2 CP) et en cas d'irresponsabilité, le prévenu ne sera pas punissable (art. 231 au 233 CP), cela ne signifiant toutefois pas pour autant qu'il ne pourra pas faire l'objet d'une mesure (art. 74 au 77 CP).

Il est possible de déduire de cette logique législative, que toute personne déférée devant le juge pour avoir commis un crime ou un délit est au premier abord considérée comme étant responsable et qu'au sens

de l'art. 231 et s. CP, ce n'est que si le juge a un doute sérieux s'agissant de la responsabilité de l'auteur au moment de l'acte, qu'il ordonnera une expertise<sup>(1)</sup>.

### **C. Évaluation prospective de dangérosité du risque de récidive**

Alors que l'on vit dans une société où le sentiment d'insécurité et la peur du crime gagnent du terrain, et dans laquelle s'instaure une politique criminelle de plus en plus sécuritaire, on observe un attrait grandissant autour de la notion de dangérosité afin de laisser place à la notion d'évaluation du risque. Ceci s'explique notamment par le fait que le droit à la vie a pris beaucoup d'importance et que l'on souhaite neutraliser tout agissement qui pourrait y porter atteinte. Cette prévention du risque de récidive qui vise à privilégier l'intérêt à la sécurité publique se fait cependant au détriment de la liberté personnelle du prévenu<sup>(2)</sup>. Toutefois, le risque zéro n'existe pas. Il y a certes une part de risque dans la société que l'on peut tenter de restreindre, mais il est utopique de croire que l'on puisse totalement l'éradiquer.

Dès la fin du dix-neuvième siècle, on commence à percevoir la récidive comme un échec de l'incarcération et une irrégularité sur le plan criminologique<sup>(3)</sup>. À partir de la fin du vingtième siècle, une corrélation vient s'établir entre les notions de dangérosité, de récidive, de peine et de mesure. La dangérosité est alors perçue comme un état instable tant dans son intensité que dans sa durée. Cela fait de la

---

(1) BENILLOUCHE Mikaël, *Les expertises judiciaires: le point de vue du pénaliste, ou comment le juge se dégage de son pouvoir de décision au profit de l'expert...*, Elsevier Masson Paris 2013 p. 83 ss.

(2) Arrêt 161 du 6 octobre 1998, 6ème ch. C. cass, Sader éditeur-Décisions pénales, p. 635.

(3) LÉZÉ Samuel, *Les Politiques de l'expertise psychiatrique. Enjeux, démarches et terrains – Séminaire du GERN « Longues peines et peines indéfinies. Punir la dangérosité »*, Champ pénal 2008 p. 1 ss.

dangerosité une conception souvent actualisée en fonction des différentes époques et politiques criminelles.

La dangerosité est donc une notion controversée qui n'est pas véritablement définie dans le Code pénal et qui résulte plutôt d'une construction sociale. On voit au travers de ces diverses approches que l'on est déjà dans la prédiction d'un futur comportement à risque. On observe ainsi une certaine évolution dans les missions confiées à l'expert. S'il devait précédemment se prononcer sur l'état de responsabilité pénale du prévenu au moment des faits, on lui demande aujourd'hui de se prononcer également sur la présumée dangerosité de ce dernier, c'est-à-dire d'estimer prospectivement le potentiel de récidive du justiciable en liberté au sein de la société. Certains experts estiment dès lors qu'on tend à leur conférer un caractère divinatoire, alors même qu'ils n'ont jamais prétendu vouloir accomplir cette mission.

La société étant devenue très sécuritaire et la victime faisant office de nouvelle figure sur le devant de la scène judiciaire, on ne peut plus se permettre d'attendre simplement qu'un individu commette l'irréparable pour le bannir de la société en le condamnant à perpétuité. Il y a un réel besoin, aujourd'hui plus encore qu'hier, d'identifier les individus reconnus comme étant dangereux, afin de pouvoir les neutraliser et prévenir leur passage à l'acte<sup>(1)</sup>.

Cette gestion du risque guidée par un principe de précaution se fait toutefois souvent au détriment d'une resocialisation du délinquant. Cela se constate notamment au travers de l'évolution et des révisions législatives qui tendent à prôner une pratique toujours plus centrée sur

---

<sup>(1)</sup> SENON Jean-Louis ET AL., Dangerosité criminologique: données contextuelles, enjeux cliniques et experts, *L'information psychiatrique* 2009(8) vol. 85 p. 719 ss; Levasseur. G , *Chronique de défense sociale, revue de science Crim.*, Poitiers, 1955, p. 367.

l'évaluation de la dangerosité, offrant ainsi une place de choix à l'expertise dans l'élaboration du jugement en procédure pénale.

Cependant, à force d'être pris par la seule idée de limiter les risques pour la société, nous finissons par oublier que les personnes condamnées n'en restent pas moins des êtres humains avec leurs forces et leurs faiblesses, forgés par leur vécu et leur culture. Malgré cela, il est toutefois difficilement concevable qu'un juge ou une commission d'évaluation du risque puisse être assez audacieux pour s'écarter d'un rapport aux conclusions défavorables alors que le fondement de leur présence consiste à préserver la collectivité de certains dangers.

#### **D. Positionnement sur la nécessité et l'utilité d'une mesure**

Selon l'art. 70 CP<sup>(1)</sup>, une mesure est ordonnée lorsqu'une peine seule ne suffit pas à éliminer le risque que l'auteur récidive, que ce dernier nécessite un traitement ou encore parce qu'elle est motivée par la sécurité publique.

L'imprévisibilité prétendue du caractère chez une personne mentalement déficiente crée un sentiment d'anxiété dans la population qui souhaite alors voir des mesures s'appliquer afin de se sentir plus en sécurité. Les mesures sont des sanctions ayant un double objectif. Elles ont non seulement pour but de protéger la société en évinçant le danger d'une récidive, mais elles cherchent aussi, dans une perspective plus thérapeutique, à permettre la réintégration des délinquants présentant certains troubles psychiques<sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> V. art. 70 CP: " les mesures de sûreté privatives de liberté sont:

- 1-l'internement dans un asile de sûreté
- 2-la rélévation
- 3-le placement dans une maison de travail".

<sup>(2)</sup> V. art. 84 CP " L'individu mis en liberté... et se soumettre aux prescriptions imposées par le juge en vue d'éviter sa rechute".

Une mesure constitue une restriction de certains droits et doit de ce fait être proportionnelle (art. 56 al. 2 CP). Cela suppose qu'elle soit apte à atteindre le but visé, nécessaire et raisonnablement exigible. Il convient dès lors de retenir la mesure qui sera la plus à même de bonifier le comportement de l'individu concerné tout en portant le moins possible atteinte à ses droits.

Le Liban manque cependant cruellement d'infrastructures spécifiquement liées à l'exécution de mesures et qui devraient permettre une meilleure prise en charge de ces délinquants psychologiquement plus fragiles<sup>(1)</sup>. Cela a pour conséquence que de nombreux délinquants assujettis à une mesure, notamment à un traitement institutionnel, se retrouvent incarcérés aux côtés d'autres détenus qui ne présentent quant à eux pas de déficiences mentales. Ce mélange peut être difficile à gérer, tant pour les détenus que les agents de détentions. Du côté des détenus, bien que leurs conditions d'incarcération soient plus ou moins identiques, il y a tout de même une différence majeure s'agissant de la durée de la sanction. Alors que les peines sont d'une durée déterminée, les mesures présentent quant à elles une durée indéterminée. Il est alors aisé de concevoir que le développement psychique de ces personnes en manque de repère temporel puisse être fortement perturbé et empreint d'anxiété.

Quant aux agents de détentions, ils se retrouvent à devoir gérer au quotidien ces détenus particuliers alors qu'ils n'ont, à mon sens, ni le temps ni les compétences pour leur offrir le meilleur cadre qui soit. Il en résulte que ces détenus souffrant de troubles psychiques se retrouvent confrontés à des conditions d'incarcération souvent peu conciliables avec leur situation.

---

<sup>(1)</sup> DELACRAUSAZ Philippe / MOULIN Valérie, *Réflexions sur le travail collégial en expertise psychiatrique*, Jusletter avril 2015 p. 1 ss.

### ○ **Paragraphe 3. Equilibre entre liberté d'appréciation et interdiction de l'arbitraire**

Lorsque le juge prononce une sanction pénale, celle-ci vise principalement à réaliser cinq objectifs; celui d'éviter que le condamné ne récidive (art. 257 CP), celui de resocialiser l'individu (art. 118 CP), celui de neutraliser le délinquant par le biais de moyens divers et variés.

Lorsqu'il fixe la sanction, le juge doit tenir compte de la diminution de la responsabilité<sup>(1)</sup>. Pour cela, il se fiera aux conclusions de l'expert qui indiquera, le cas échéant, s'il a constaté une diminution légère, moyenne ou forte de la responsabilité.

Afin de pouvoir rendre la meilleure décision qui soit, le juge doit non seulement avoir connaissance des faits dans leur intégralité mais il est également essentiel qu'il puisse les comprendre 117. Ainsi, lorsque certains faits dépassent ses compétences, il fait appel aux savoirs des experts qui pourront alors l'éclairer et l'aider à mieux se déterminer sur l'affaire en question. En ce sens, il ne faut pas se méprendre, le juge reste malgré tout celui qui dirige la procédure et rendra la décision finale, l'expert ne pouvant quant à lui pas s'exprimer sur des questions d'ordre juridique.

Il est important de bien distinguer l'expertise privée, qui peut être demandée par une des parties à la procédure, et l'expertise judiciaire, qui est ordonnée par la direction de la procédure, car celles-ci n'ont pas la même valeur probante. Contrairement à l'expertise judiciaire qui constitue un moyen de preuve, l'expertise privée ne représente quant à elle qu'un simple allégué de partie auquel le juge est libre de se référer ou non.

---

<sup>(1)</sup> V. art. 253 et 254 CP; Arrêt 91 du 19 février 1998, 7<sup>eme</sup> ch. C. cass, Sader éditeur-Décisions pénales, p. 828.

Selon le principe de la libre appréciation des preuves, que l'on retrouve à l'art. 10 al. 2 CPP, le juge examine librement les preuves réunies selon l'intime conviction qu'il s'est forgée de la procédure dans son ensemble (art. 274 CP). Il n'est donc pas lié par les constatations de l'expertise. Cependant, il est tout de même limité par l'interdiction de l'arbitraire (art. 273 CP), ce qui implique que lorsqu'il fait le choix de s'écarter de l'expertise, il ne peut le faire qu'en développant des motifs sérieux qui l'amènent à penser différemment, de sorte à ce que l'on puisse suivre la logique de son raisonnement<sup>(1)</sup>.

En cas de doute, le juge a donc la possibilité de requérir auprès du même expert ou d'un nouvel expert, un complément ou une clarification de l'expertise (art. 189 CPP), voire même une contre-expertise. Cela peut notamment survenir lorsque l'expertise présente certaines contradictions propres à la remettre en cause ou encore lorsque l'expert se prononce sur des questions d'ordre juridique<sup>(2)</sup>. Si le juge se base sur une expertise qui n'est pas concluante ou s'il renonce à demander un complément ou une nouvelle expertise lorsqu'il est en proie au doute, il pourrait alors basculer dans l'arbitraire. Cependant, les juges n'ayant pas suffisamment de connaissances dans le domaine de l'expertise, il ne leur est pas toujours aisé d'examiner le bienfondé des conclusions de l'expert. Aussi, lorsqu'il se retrouve face à deux expertises dont les conclusions divergent, il appartient au juge de suivre celle qui emporte son intime conviction. Dans la logique des choses, il s'alliera généralement à l'avis de la seconde expertise, sachant que s'il l'a sollicité c'est bien parce qu'il avait des doutes à l'égard de la première.

---

<sup>(1)</sup> PELLET Marc, La liberté d'appréciation du juge face au psychiatre, Revue pénale suisse 2004 vol. 3 p. 225 ss.

<sup>(2)</sup> Arrêt 273 du 7 octobre 1998, 3ème ch. C. cass, Sader éditeur-Décisions pénales, p. 254-255.

L'influence des expertises sur les décisions prises par le juge ne doit donc pas être sous-estimée. Le juge doit en effet avoir conscience que l'expert ne doit rester qu'un auxiliaire dans la prise de décision, quand bien même son apport est parfois primordial, et que le juge seul reste maître de la décision à prendre. L'expert psychiatre ne peut en effet pas suppléer le juge dans ses fonctions et ce dernier ne peut quant à lui pas déléguer ses pouvoirs à l'expert<sup>(1)</sup>.

Il n'est cependant pas toujours simple de savoir si la décision du magistrat a bien été prise en toute indépendance ou si son jugement repose principalement sur les conclusions de l'expert, d'autant plus lorsque celles-ci certifient que l'individu présente une probabilité très élevée de récidiver. Il est en effet difficile d'imaginer qu'un juge puisse prendre le risque de s'écarter d'un avis de dangerosité émis par l'expert psychiatre. Selon PIQUEREZ, «si les juges du fond sont légalement maîtres de leur décision, c'est pratiquement toujours l'avis du spécialiste qui dicte le jugement, du fait que le tribunal ne peut s'écarter des conclusions d'un rapport que pour raisons exceptionnelles»<sup>(2)</sup>.

## **A. Erreurs judiciaires en cas d'appréciation erronée ou d'absence d'expertise**

Une erreur judiciaire en droit pénal libanais peut être faite tant en défaveur qu'en faveur du prévenu<sup>(3)</sup>. Dans le cadre de ce travail, je me cantonnerai à aborder le cas de l'erreur judiciaire qui peut notamment survenir lorsque le juge rend une décision basée sur l'appréciation de faits erronés.

---

<sup>(1)</sup> DUMOULIN Laurence, L'expertise judiciaire dans la construction du jugement: de la ressource à la contrainte, *Droit et société* 2000 p. 199 ss.

<sup>(2)</sup> PIQUEREZ Gérard, *Traité de procédure pénale suisse*, 2<sup>e</sup> éd., Schulthess Genève / Zurich / Bâle 2006, p. 516.

<sup>(3)</sup> Arrêt 133 du 18 mars 1998, 3<sup>ème</sup> ch. C. cass., Sader éditeur-Décisions pénales, p. 97-98.

Il n'est pas toujours évident pour le juge de savoir si et quand il doit faire appel à un expert pour évaluer le prévenu. S'il semble évident que l'individu présente une pathologie de nature à faire douter de sa responsabilité, ces questions ne se posent pas puisque le juge sera tenu légalement d'ordonner une expertise. En revanche, si le prévenu ne semble à première vue souffrir d'aucun trouble quel qu'il soit, le juge ne fera en principe pas appel à un expert. Il n'est toutefois pas nécessaire que le juge nourrisse effectivement des doutes quant à la responsabilité.

Mais qu'en est-il lorsque la pathologie est à ce point imperceptible que seule une expertise permettrait de la révéler? Si le juge n'éprouve aucune suspicion et qu'il ne fait donc pas appel à un expert, le prévenu sera jugé sans qu'il ne soit tenu compte de sa maladie. Il échappera alors à toute objectivation de son trouble, dont seule une expertise aurait permis d'attester la présence<sup>(1)</sup>. En prononçant une peine et en omettant de demander une expertise psychiatrique qui aurait démontré l'irresponsabilité du prévenu au moment de l'infraction et donc rejeté sa culpabilité, le juge commet une erreur judiciaire.

Ainsi, en conférant l'initiative de la demande au juge, le législateur n'aurait-il pas inconsciemment fourni les ingrédients idéaux pour la recette du risque, surtout dans les cas où le juge ignore qu'il ne sait pas? Lorsque le juge omet de requérir une expertise justement lorsqu'elle serait indispensable, cela remet fortement son utilité en cause. Si le principe même de l'expertise ne semble pas poser de problème, le processus de sa mise en œuvre devrait quant à lui faire l'objet d'une révision afin, d'une part, d'éviter au juge de se retrouver dans une situation délicate et d'autre part, de permettre au prévenu d'être jugé dans des conditions adéquates<sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> S. Josserand, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, Paris, L.G.D.J., 1998, p.115.

<sup>(2)</sup> F. Kuty, *L'impartialité du juge en procédure pénale. De la confiance décrétée à la confiance justifiée* Larcier, Collection de thèses, 2005.

On peut également se demander si le juge, en requérant une expertise, n'est pas déjà convaincu de la tournure que prendra la procédure et de l'issue de sa décision. En effet, s'il requiert une expertise car il a un doute s'agissant de l'entière responsabilité de l'inculpé ou qu'il est convaincu de son irresponsabilité, celle-ci ne devrait alors servir qu'à conforter ses convictions.

Des erreurs judiciaires peuvent également émaner indirectement sous l'effet de la pression de l'opinion publique. Force est de constater qu'il n'est pas évident de peut parfois être grande de rechercher un coupable bien plus que la vérité<sup>(1)</sup>.

#### ○ **Paragraphe 4. L'interaction exigée pour une justice pénale**

Tant le magistrat que l'expert psychiatre ont parfois des attentes et une compréhension erronées en ce qui concerne les fonctions respectives de leur collaborateur. Cette méconnaissance peut conduire à un mauvais établissement des faits sur lesquels le juge devra se déterminer pour rendre sa décision. Il est illusoire de penser que l'expert va établir une certitude par le biais de son expertise. Un magistrat qui pense que c'est le cas se trompe lourdement<sup>(2)</sup>.

#### **A. Partage des responsabilités**

Contrairement au témoin auquel il est demandé de relater des faits qu'il a personnellement constatés, l'expert revêt quant à lui la qualité

---

<sup>(1)</sup> BOURCIER Danièle / DE BONIS Monique, Les paradoxes de l'expertise – Savoir ou juger? , Institut Synthélabo pour le progrès de la connaissance Le Plessis- Robinson 1999; M-J. Grihom, L'intime conviction des magistrats: subjectivation pénale et conflit subjectif dans un cas d'inceste, Annales Médico-psychologiques, Vol. 170, 2012, p.121.

<sup>(2)</sup> VUILLE Joëlle / TARONI Franco, Magistrat et experts scientifiques: une mésentente cordiale? , Justice pénale – Individus – Opinion publique, Diversité des perceptions, Groupe Suisse de Criminologie, Berne 2017, p. 167.

d'autre participant à la procédure<sup>(1)</sup>. Il doit dès lors remettre aux autorités pénales son appréciation technico-scientifique et agit en ce sens plutôt comme un assistant au service du système judiciaire, exprimant son avis sur des faits que le juge lui a soumis. Les droits et les obligations des experts sont établis aux art. 13 ss du Code de la déontologie médicale<sup>(2)</sup>.

Certains juristes désirent voir les experts psychiatres se montrer plus entreprenants dans les mesures envisagées et observer moins de retenue dans leur conclusion, sans pour autant dicter la conduite des magistrats<sup>(3)</sup>. Les experts nourrissent quant à eux certaines craintes de se voir ainsi instrumentalisés et de devenir «le bras armé» de la justice, notamment lorsqu'il s'agit de prédire la dangerosité du prévenu puisqu'ils sont alors le pivot de la procédure. Les experts psychiatres n'entendent cependant pas porter sur eux tout le poids qu'incombe la lourde tâche de prononcer une mesure pénale et considèrent dès lors leur conclusion comme étant une simple recommandation destinée au juge.

L'expertise permet non seulement de réduire les incertitudes mais également d'offrir une certaine assurance au juge en le soutenant dans sa prise de décision. Bien qu'il reste maître du jugement, le juge tient en effet compte de l'expertise, ne serait-ce que pour l'aider à forger ou à renforcer ses convictions. De plus, il est fréquent que le juge fasse également usage de l'expertise pour la rédaction de son jugement.

Cela nous amène à deux observations paradoxales. D'une part, si le juge fait appel à un expert dans le cadre de la procédure, c'est précisément parce qu'il ne dispose pas lui-même des compétences

---

(1) المواد ٤١، ٩٢، الفقرتين ١٢ و ١٣ من المادة ١٧٤ من قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص. ٢.

(2) المواد ١٣ الى ١٦ من قانون ممارسة مهنة الطب، مرجع سابق، ص. ٢.

(3) BOURCIER Danièle / DE BONIS Monique, Les paradoxes de l'expertise – Savoir ou juger? , Institut Synthélabo pour le progrès de la connaissance Le Plessis- Robinson, Paris, 1999. p. 53 s.

requis pour analyser tous les éléments du cas. De ce fait, il est difficilement pensable qu'il puisse faire autrement que de citer les constatations de l'expert. D'autre part, l'indépendance du juge vis-à-vis du contenu du rapport d'expertise et donc la marge de manœuvre qui lui est laissée par le psychiatre sont conséquentes. Même si le juge s'oppose rarement au contenu de l'expertise, qui se révèle parfois indispensable, il ne peut en aucun cas se démettre de ses fonctions en se déchargeant sur l'expert lorsqu'il s'agit de prononcer la sanction. Il est fondamental que chacun endosse les responsabilités assorties à sa profession.

L'expert tient parfois involontairement un rôle important sur des points essentiels de la décision<sup>(1)</sup>. En effet, la justice tend quelquefois à imputer à l'expert des responsabilités que ce dernier n'a pas voulues. Cela peut avoir pour conséquence que le tribunal s'en remet aveuglément aux conclusions de l'expert psychiatre. Selon PELLET, «le psychiatre est désormais le juge des circonstances atténuantes et s'il n'est pas présent aux délibérations c'est qu'il a déjà tranché de façon à lier la Cour...»<sup>(2)</sup>.

## **B. Carences de la relation**

Un premier problème réside dans le fait que les juges ne lisent habituellement pas les rapports d'expertise dans leur intégralité. Ils tendent en effet à se focaliser sur les conclusions sans véritablement prêter attention au développement scientifique<sup>(3)</sup>. L'expert peut alors se sentir impuissant et dépossédé de son expertise. La possibilité de

---

<sup>(1)</sup> PELLET Marc, La liberté d'appréciation du juge face au psychiatre, *Revue pénale suisse*, Berne, 2004 vol. 3 p. 225 ss.

<sup>(2)</sup> PELLET Marc, *op.cit.*, p. 230.

<sup>(3)</sup> BERNHEIM Emmanuelle, Le Psychiatre devant le juge: entre pragmatisme et captivité, une communication aléatoire, *Revue Canadienne Droit et Société*, Québec, 2008 vol. 23 p. 39 ss.

compléter oralement le rapport écrit semble être une bonne solution pour résoudre ce problème. Face au cadre rigide et à l'exploitation hasardeuse de l'écrit, l'expression orale s'avère être essentielle non seulement pour l'expert mais également pour le juge. D'une part, cette prise de parole permet d'apaiser ce sentiment de frustration que peuvent éprouver les experts, qui se sentent alors reconnus dans leur fonction. D'autre part, cela aide le juge à mieux comprendre le contenu de l'expertise, l'empêchant ainsi de dépendre trop fortement des écrits de l'expert, ce qui lui permet de prendre pleinement ses responsabilités.

Un deuxième problème résulte des déficiences dans la délimitation des domaines respectifs du juge et de l'expert. Entre les juristes qui considèrent que l'expert psychiatre s'approprie certaines fonctions du juge et les psychiatres qui estiment quant à eux que leurs rapports sont complètement détournés dans le cadre de la procédure, la situation n'est pas simple à gérer. Le juge n'étant en principe capable de relever que les confusions et les discordances ressortant des expertises, il ne possède généralement pas les connaissances suffisantes pour se positionner sur les savoirs et les fondements dont se prévaut l'expert. Il est donc du ressort de l'expert de faire en sorte de normaliser ses connaissances en se fondant sur des références courantes et largement reconnues en psychiatrie.

Un troisième problème, probablement l'un des principaux, concerne le manque de communication entre les juges et les psychiatres. Bien que le juge soit sensé posséder quelques connaissances rudimentaires relatives au domaine de l'expert afin de pouvoir lui poser des questions pertinentes et être suffisamment compétent pour pouvoir analyser la plausibilité des conclusions, un dialogue entre le juge et l'expert psychiatre, a fortiori entre leurs institutions respectives, est indispensable afin que le développement de l'expertise puisse être efficient. L'expert qui répond à des questions d'une certaine technicité

se doit donc de faire en sorte que le contenu de son rapport reste cohérent et compréhensible, afin de permettre au non-initié de comprendre ses explications.

Bien que le dialogue entre ces deux professions distinctes à bien des égards soit théoriquement complexe, il n'en demeure pas moins indispensable si nous souhaitons arriver à standardiser les expertises destinées à être exploitées dans le cadre de la procédure afin de favoriser une entente réciproque entre les différents protagonistes et donc d'assurer une meilleure protection aux expertisés.

### ○ **Conclusion**

Dans cette société actuelle où la tolérance zéro est de mise, les juges tendent davantage à solliciter l'avis d'experts psychiatres afin de se rassurer dans leur prise de décision et d'en renforcer la crédibilité. Cela a toutefois pour conséquence d'engendrer un déséquilibre entre le nombre d'experts psychiatres disponibles et l'accroissement des missions qui leur sont confiées, avec pour corollaire une baisse.

La prise en charge de l'expertisé étant déjà, dans certains cas, compromise par le manque d'infrastructures adaptées à une exécution optimale des mesures, il importe d'éviter de la péjorer davantage par le manque de coordination entre ces deux professions. S'il ne fait aucun doute que le principe même de l'expertise a toute sa place dans la procédure, le processus de sa mise en œuvre devrait quant à lui faire l'objet d'une révision, car le risque est grand que le juge omette de solliciter une expertise qui se serait révélée indispensable.

En se reposant toujours plus intensément sur l'avis d'un expert psychiatre, il semble néanmoins évident que le système judiciaire l'intègre davantage dans l'élaboration de sa décision. Si la libre appréciation du juge constitue déjà un rempart à l'intervention de la

psychiatrie, l'élaboration d'un Code de déontologie libanais de la pratique expertale semble primordiale. Cela permettrait non seulement de délimiter clairement les missions octroyées à l'expert psychiatre, mais également de mieux départager les responsabilités de l'expert de celles du juge.

Si il est donc indéniable que la psychiatrie tend à prendre une place accrue au sein du système judiciaire et qu'une certaine influence réciproque semble inévitable, parler d'une psychiatrisation de la justice ne me paraît en revanche pas être le terme adéquat. L'image d'une justice emprisonnée dans un carcan psychiatrique n'est en effet valorisant ni pour le psychiatre ni pour le juge. Il serait, selon moi, préférable d'essayer de tendre vers un modèle de complémentarité dans lequel une collaboration interprofessionnelle permettrait à chacun d'assumer pleinement ses responsabilités.



## القسم الثالث: دراسات في القانون الدولي والعلوم السياسية

- سارة أمين يونس، القلق الناشئ: الحرب الهجينة البحرية
- د. فهد أحمد عبد الرحمن، التنظيم القانوني لمرحلة المفاوضات في العقود الدولية في التشريع الكويتي والتشريعات العربية
- نوف سعيد الشهراني، الترحيل القسري للسكان المدنيين كجريمة ضدّ الانسانيّة
- Consul Sarah Al Dirani, US-China Trade War: From A Legal and Political Perspective
- Kassem Bilal Abboud, Phenomenon of Digital Money Between Concept and Regulation



### الدراسة الأولى:

## القلق الناشئ: الحرب الهجينة البحرية

سارة أمين يونس<sup>(1)</sup>

أشارت تحليلات البيانات الجيوسياسية والجيواستراتيجية إلى إعادة صياغة كل من فلسفة وفن الحرب، والتطورات الناتجة عن نشر التقنيات الجديدة في الصراع وبالتالي استراتيجيات مختلفة. هذه الأساليب الجديدة، عندما تقترن بالمفاهيم التقليدية للصراع والأمن، غالباً ما يتم صياغتها على أنها حرب "هجينة". ويعتمد مفهوم الحرب الهجينة في المقام الأول على القدرة على تحقيق الأهداف من خلال اعتماد وسائل عسكرية غير تقليدية<sup>(2)</sup>. "وهي كنهج غير متماثل، تحاول الحرب الهجينة تحقيق نتائج واسعة النطاق باستخدام وسائل متواضعة، مثل منع العمليات العسكرية للخصم أو منع الدعم السياسي الشعبي<sup>(3)</sup>".

ومنذ أن صاغ فرانك هوفمان (Frank Hoffman) مصطلح "الحرب الهجينة" في عام 2007، كُتبت العديد من المقالات والكتب حول هذا الموضوع من منظور الدراسات العسكرية والعلاقات الدولية. ركزت هذه الأفكار على العمليات البرية، لكننا بدأنا نراها تنتشر في المجال البحري.

قام القائد الأعلى السابق لحلف الناتو الأدميرال جيمس ستافريديس (James Stavridis) بتعريف حرب المنطقة الرمادية في السياق البحري على أنها "حرب بحرية مختلطة" حيث يمكن

(1) طالبة في المعهد العالي للدكتوراه في الحقوق والعلوم السياسية والإدارية والاقتصادي، أعدت الدراسة بإشراف العميد الدكتور كميل حبيب.

(2) Frank G Hoffman, "Hybrid Warfare and Challenges", Join Forces Quarterly 52, 2009, p 34-39.

(3) Keir Giles, The Next Phase Of The Russian Information Warfare, (Riga: Nato Strategic Communication Center of Excellence 2016), <http://www.stratcomcoe.org/next-phase-of-russian-information-warfare-keir-giles>.

للبحارة الذين لا يرتدون الزي العسكري تشغيل سفن حربية متنكرة في شكل سفن تجارية والقيام بأعمال حربية دون إسنادها. أحد الأمثلة على مثل هذا النشاط من عصر القتال كان القراصنة، سفينة مدنية مع طاقم مدني مخول القيام بأعمال حربية من قبل دولة ربما لا تكون مهتمة بالارتباط المباشر بهذه المهمات. وكمثال آخر استشهد به ستافريديس هو "Q-ship" في الحرب العالمية الأولى، وهي سفينة تجارية مسلحة بأسلحة بحرية ويديرها طاقم بحري مهمتها جذب الغواصات الراغبة في تحقيق نصر سهل في نطاق بنادقها. كل من هذين المثالين قد أفاد تفكير روزفلت عندما كان يبحث عن طرق لمواجهة القوة البحرية المتنامية لألمانيا النازية في أواخر الثلاثينيات<sup>(1)</sup>. ولعلّ أبرز ما في الأمر هو أن الأنشطة الصينية في بحر الصين الجنوبي والأعمال الإيرانية في الخليج العربي بدأت في إظهار خصائص الحرب البحرية الهجينة.

علماً أنه في عام 2018 لامس حجم التجارة في النقل البحري 11 مليار طن، مع عائد إجمالي 90 ٪ من التجارة في العالم<sup>(2)</sup>، لذلك، تعتبر الحرب البحرية الهجينة، والحواجز أمام الملاحة في مختلف المسطحات المائية مهمة، وتحتوي على مخاطر على استقرار التجارة العالمية، والتجارة البحرية، وعبور الأبرياء وحركة المرور العابر وأمن الاقتصاد البحري وعبور الركاب<sup>(3)</sup>.

كما تُعتبر روسيا، الصين وإيران أهمّ ثلاث دول تتبنّى تقنيات الصراع الهجين. وهم لاعبون مهمون في قانون البحار لأن مناطقهم قريبة أو يسيطرون على ممرات بحرية استراتيجية<sup>(4)</sup>. تُظهر الأهمية الاستراتيجية لهذه المناطق البحرية مدى أهمية دعم سيادة القانون وحماية حقوق المرور فيها. ومع ذلك، فإن هذه المناطق البحرية هي أيضاً مناطق يتعرّض فيها استقرار الملاحة حالياً للضغط بسبب الاعتبارات الأمنية المتغيرة للدول الساحلية وأساليب الصراع الهجين.

(1) Steven Wills, "FRANKLIN D. ROOSEVELT, 'GRAY ZONE' WARRIOR", in War On the Roks, November 23, 2017.

(2) Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, Manuel électronique des statistiques 2019, Nations Unies 2019.

(3) Conseil de l'Union européenne, "Stratégie de sécurité maritime de l'Union européenne", Bruxelles 2014, p. 6-7.

(4) J. Stavridis, "La guerre hybride maritime arrive", 142 Actes du US Naval Institute 2016 (12).

على سبيل المثال تعرّضت السفن الأجنبية المبحرة عبر نقاط الاختناق الرئيسية للتجارة البحرية مؤخرًا بشكلٍ متكرّر لاستخدام القوة أو الإكراه من قبل بعض الدول الساحلية. تشمل الأمثلة البارزة حادث مضيق كيرتش (kertch) في 25 تشرين الثاني 2018 وحادث مضيق هرمز في صيف 2019.

تتمثّل إحدى المسائل الرئيسية المطروحة في البحث الحالي بعدم وجود فهم واضح لكيفية تطبيق قانون البحار في الحرب الهجينة، علماً أن الآثار الناجمة عن الحرب الهجينة في المجال البحري تستحقّ النّظر بما أنه لا يكفي تحليل التّهديدات، ولكن المهمّ توفير أدوات ملموسة لمواجهتها.

والمسألة الأساسية تتمحور حول الغموض وكيفية اختلاف الحرب أو الصراع البحري الهجين عن المفاهيم التقليدية للحرب البحرية "والغموض هنا ليس بالضرورة إخفاء الفاعل الحقيقي وراء النشاط، ولكن في النهاية لإعاقة الاستجابة المشروعة"<sup>(1)</sup>، والإشكالية الأساسية تكمن في عدم وجود فهم واضح لكيف يساعد قانون البحار في ضمان سيادة القانون على طرق الشحن الرئيسية المتأثرة بالحرب الهجينة؟

سنحاول الإجابة على هذه المسألة من خلال قسمين حيث سنتناول في القسم الأول أمثلة عن الأنشطة الهجينة في بحر الصين الجنوبي، والأنشطة الإيرانية في الخليج العربي، وسنتكلم في القسم الثاني على ماهية الحرب البحرية الهجينة، خصائصها وكيفية مواجهتها.

## ○ القسم الأول: نماذج عن الحرب الهجينة البحرية

### 1- الأنشطة الهجينة في بحر الصين الجنوبي

كتب الأدميرال جيمس ستافريديس (James Stavridis) وهو متقاعد من البحرية الأميركية الحادثة التالية: "في أمسية صيفية في بحر الصين الجنوبي الحار، تقترب باخرة ساحلية تزن ما يقرب من 2000 طن من أسطول صيد فيتنامي في المنطقة الاقتصادية الخالصة لفيتنام، على بعد حوالي 150 ميلاً من ساحل تلك الدولة. تتسكع الباخرة في المنطقة لمدة ساعة أو ساعتين مع حلول الليل. فجأة من جانب السفينة، تمّ نشر ثلاث زوارق سريعة،

(1) Andrew Mumford, "Ambiguity in hybrid warfare", Hybrid CoE Strategic Analysis / 24 SEPTEMBER 2020, p 3.

كل منها مسلّح بمدافع عيار 0.50 وقاذفات صواريخ محمولة باليد. في الساعة التالية، هاجمت الزوارق السريعة العشرات من قوارب الصيد، ورشّتها بنيران من عيار 0.50، وضربتها بالقنابل اليدوية، وأطلقت النار على الناجين في المياه، حيث هربت قوارب الصيد الباقية باتجاه الساحل، وأطلقت نداءات استغاثة بشكل محموم، والتي تم تشويشها بواسطة طائرات صغيرة بدون طيار تعمل في سماء المنطقة.

بحلول الوقت الذي وصل فيه خفر السواحل الفيتنامي إلى مكان الحادث في صباح اليوم التالي، نبّه أحد القوارب التي تمكّنت أخيراً من الوصول إلى الميناء، لم يكن هناك سوى دماء في الماء، ممزوجة بالزيت والبنزين، والعديد من الهياكل المشتعلة. تضرب إحدى سفن خفر السواحل منجمًا خامًا صغيرًا وتسبب أضرارًا في بدنها، وفي إحدى سفن الصيد التي لا تزال عائمة، تنفجر عبوة ناسفة عندما يصعد البحارة الفيتناميون إليها بحثًا عن أدلة على أصل الحادث، تغمر الشبكات الاجتماعية الفيتنامية بتحذيرات الصيادين من أن مياه مناطق صيدهم التقليدية مليئة بالإرهابيين، كما أدت سلسلة من الهجمات الإلكترونية إلى شلّ نظام المراقبة بالرادار البحري الفيتنامي.

أصرت الصين على أن قواتها المسلحة ليست متورّطة وإنها تشتبه في أن أفراد العصابات يديرون عصابات حماية أو قرصنة أو إرهابيين فيتناميين محلّيين. باستخدام كل من الشبكات الاجتماعية والقنوات الرسمية، يعرض الصينيون على الفور توفير الحماية ضد المزيد من الهجمات، مشيرين إلى أنّ فيتنام تبدو غير قادرة على السيطرة على المياه المزعومة وتؤكد الحاجة إلى القيام بذلك بنفسها لحماية السفن الصينية العاملة في مكان قريب. تحدث حملات شبكات اجتماعية مماثلة في جميع أنحاء الدول حول الحافة الغربية لبحر الصين الجنوبي، فتستغلّ الصين هذه الفرصة لإعادة تأكيد مزاعمها بالسيادة على بحر الصين الجنوبي بأكمله. خلال الأشهر القليلة التالية، وقعت هجمات مماثلة على مجموعة متنوّعة من السفن البحرية ومنصات النفط ومحطات الغاز الطبيعي. على الرغم من الاحتجاجات من مجموعة متنوّعة من الدول حول ساحل بحر الصين الجنوبي، والتّهديد بالتحقيق من قبل المنظمة البحرية الدولية التابعة للأمم المتحدة، والكلمات الصارمة من الولايات المتحدة، فإنّ الشعور بالفوضى وعدم الاستقرار يتطور عبر قنوات الشحن الأكثر ازدحامًا في العالم.

لقد كتب الكثيرون عن ظهور "الحرب المختلطة" في مجموعة متنوعة من السيناريوهات العالمية، ولا سيما في الغزو الروسي لأوكرانيا وضّم شبه جزيرة القرم. حتى الآن، اقتصر هذا إلى حدّ كبير على الحرب البرية، من حيث الممارسة الفعلية والمناقشة النظرية. هذا على وشك أن يتغيّر، ومن الممكن أن نرى ظهور حرب بحرية مختلطة على مدى العقود المقبلة، وربما في وقت أقرب<sup>(1)</sup>.

## 2- الأنشطة الهجينة الإيرانية في الخليج العربي:

في 8 أيار من العام 2018، انسحبت الولايات المتحدة الأمريكية من الاتفاق النووي وأعدت فرض العقوبات على إيران<sup>(2)</sup> والتي أدت إلى انكماش حادّ في الاقتصاد الإيراني، ودفعت قيمة عملتها إلى مستويات متدنية قياسية، وضاعفت معدّل التضخم السنوي أربع مرات، وأبعدت المستثمرين الأجانب، وأثارت احتجاجات في البلاد<sup>(3)</sup>. بناءً عليه، اتّهم المسؤولون الإيرانيون الولايات المتحدة بشنّ حربٍ هجينةٍ على البلاد<sup>(4)</sup>. تُعدّ أزمة الخليج العربي في العامين 2019 و2020 تصعيدًا لافتًا لمستوى التوترات العسكرية بين الجمهورية الإسلامية الإيرانية والولايات المتحدة الأمريكية في منطقة الخليج العربي. حيث بدأت الولايات المتحدة بتعزيز وجودها العسكري في المنطقة لردع حملة مزعومة من الطرف الإيراني المتعاون مع الجهات الفاعلة غير الحكومية لمهاجمة القوات والمصالح الأمريكية في الخليج العربي والعراق. ظهرت بوادر الأزمة بعد تصاعد التوترات السياسية بين البلدين خلال إدارة الرئيس دونالد ترامب الذي منذ دخوله إلى البيت الأبيض، وبالرغم من عدم

(1) James Stavridis, Maritime Hybrid Warfare Is Coming, December 2016, Proceedings, Vol. 142/12/1,366. (Accessible 14 May 2021)

<https://www.usni.org/magazines/proceedings/2016/december/maritime-hybrid-warfare-coming>

(2) Mark Landler, Trump Abandons Iran Nuclear Deal He Long Scorned, in The New York Times, 8 May 2018, (accessible at 23 May 2021)

<https://www.nytimes.com/2018/05/08/world/middleeast/trump-iran-nuclear-deal.html>

(3) Iran oil: US to end sanctions exemptions for major importers, in BBC News, 22 April 2019, (accessible at 23 May 2021) <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-48011496>

(4) Hanif Ghaffari, The necessity of "effective reaction" against U.S. hybrid war, in Tehran Times, 22 June 2019, (accessible at 23 May 2021)

<https://web.archive.org/web/20201003023556/https://www.tehrantimes.com/news/437255/The-necessity-of-effective-reaction-against-U-S-hybrid-war>

استخدام الخيار العسكري المباشر، بدأ ترامب حرباً حقيقية ضد الإيرانيين مُستخدماً سياسة العقوبات الاقتصادية والضغوط القصوى، والهدف بحسب قوله، إعادة التفاوض على ملف إيران النووي، وأخذ تنازلات من إيران في ملفها الصاروخي، ونفوذها في الشرق الأوسط<sup>(1)</sup>، غير أنها صنّفت الحرس الثوري الإيراني بالمتّظمة إرهابية، فردّت إيران بالمقابل ووصنّفت القيادة المركزية للولايات المتحدة كمنظمة إرهابية.

إذاً، هي حربٌ حاول الرئيس ترامب فيها استخدام وخَط المدني بالعسكري، والاقتصادي والعسكري والسياسي والثقافي، بالإضافة إلى التكنولوجيا وحروب المعلومات والاستخبارات، واستخدام الآلة للتدمير والاحتلالات.

تصاعدت الأزمة في أواخر عام 2019 ومطلع عام 2020 عندما أقدم عناصر من كتائب حزب الله التابعة لقوات الحشد الشعبي العراقية، على قتل مقاول أمريكي في هجومٍ على قاعدة عراقية كانت تستضيف عسكريين أمريكيين. ردّاً على ذلك، شنّت الولايات المتحدة غارات جوية على منشآت كتائب حزب الله في العراق وسوريا، ما أسفر عن مقتل 25 رجلاً. عادت كتائب حزب الله لتردّ بهجوم على السفارة الأمريكية في بغداد، ما دفع الولايات المتحدة إلى نشر مئات من عناصرها في الشرق الأوسط وإعلان نيّتها توجيه ضرباتٍ استباقية ضدّ "وكلاء" إيران في العراق. بعد أيام، اغتالت الولايات المتحدة الأميركية قائد فيلق القدس التابع للحرس الثوري الإيراني قاسم سليمانى وقائد الحشد الشعبي أبو مهدي المهندس في غارة أمريكية بطائرة مسيرة، فتعهّد المرشد الأعلى الإيراني علي خامنئي بعد الاغتيال بالانتقام من القوات الأمريكية. أقامت الولايات المتحدة بنشر حوالي 4000 جندي، وعزّزت إسرائيل من إجراءاتها الأمنية<sup>(2)</sup>. على أثر ما حدث أنهت إيران التزاماتها بالاتفاق النووي في 5 كانون الثاني 2020<sup>(3)</sup>. أوشكت الولايات المتحدة وإيران أن تدخلا في صراعٍ مفتوح في 8 كانون الثاني 2020 عندما شنّ الحرس الثوري الإيراني هجماتٍ صاروخية على قاعدتين عسكريتين أمريكيتين في العراق انتقاماً

(1) ليلي نقولا، بين ترامب وإيران: الحرب التي لا يخوضها العسكر، الميادين، نت، 14 كانون الثاني 2020.

(2) Richard Sisk, Thousands More US Troops Deploying to Middle East in Response to Iranian Threats, in Military.Com, 3 January 2020, (accessible at 23 May 2021) <https://www.military.com/daily-news/2020/01/03/thousands-more-us-troops-deploying-middle-east-response-iranian-threats.html>

(3) Alastair Jamieson, Iran abandons nuclear deal over Soleimani killing, in euronews, 6 January 2020, accessible at (23 May 2021) <https://www.euronews.com/2020/01/05/crowds-greet-soleimani-s-body-as-trump-threatens-to-attack-52-iranian-sites>

لاغتيال الجنرال قاسم سليمان، ما اعتبر مواجهة مباشرة ندر حدوثها بين إيران والولايات المتحدة منذ عقود، ربما كانت ستدخل البلدين في مواجهة عسكرية مباشرة.

ولا بدّ من الإشارة إلى أنه تضررت سفن تجارية عديدة في الخليج العربي في حادثتين وقعتا في أيار وحزيران من العام 2019، ما أدّى إلى إلقاء اللوم على الإيرانيين الذين نفوا تورّطهم بالحادثتين. كما أسقطت إيران في حزيران 2019 طائرة استطلاع أمريكية دون طيار من طراز آر كيو-4 إيه (RQ-4A) كانت تحلق فوق مضيق هرمز، مما زاد الوضع توتراً وكاد أن يؤدي إلى اشتعال مواجهة مسلحة. وفي تموز 2019، احتجزت بريطانيا ناقلة نفط إيرانية في مضيق جبل طارق بحجة شحنها النفط إلى سوريا ما اعتبرته انتهاكاً لعقوبات الاتحاد الأوروبي، فاستولت إيران لاحقاً على ناقلة نفط بريطانية وطاقمها في الخليج العربي<sup>(1)</sup>. ويُذكر أن إيران والمملكة المتحدة قد أطلقتا سراح السفن لاحقاً<sup>(2)</sup>.

وفي هذا السياق، أنشأت الولايات المتحدة في الفترة نفسها التحالف الدولي لأمن وحماية حرية الملاحة البحرية (أي إم إس سي) IMSC بهدف تعزيز "المراقبة الشاملة والأمن في الممرات المائية الرئيسية في الشرق الأوسط"، وفقاً لتصريحات وزارة الدفاع الأمريكية<sup>(3)</sup>. كما أوشكت الولايات المتحدة وإيران أن تدخلتا في صراعٍ مفتوح في 8 كانون الثاني 2020 عندما شنّ الحرس الثوري الإيراني هجمات صاروخية على قاعدتين عسكريتين أمريكيتين في العراق انتقاماً لاغتيال الجنرال قاسم سليمان، ما اعتبر مواجهة مباشرة ندر حدوثها بين إيران والولايات المتحدة منذ عقود، ربما كانت ستدخل البلدين في مواجهة عسكرية مباشرة. وعلى مدى أكثر من ثلاثة عقود، شكّلت مسألة من يسيطر على الخليج الفارسي منطلق الحشد العسكري الأمريكي الضخم في المنطقة. والحال أن جوهر المعضلة الأمنية في المنطقة يكمن في تضارب الرؤى: إذ تسعى إيران إلى خروج القوات الأمريكية، كي تتمكن من ممارسة

(1) Iran claims it has seized third oil tanker in Gulf as tensions with US rise, in The Guardian, 4 August 2019, (accessible at 23 May 2021)

<https://www.theguardian.com/world/2019/aug/04/iran-seizes-oil-tanker-in-gulf-smuggling-fuel-to-arab-states>

(2) British Tanker Seized in July Leaves Iranian Port , in Reuters, 27 September 2019, (accessible at 23 May 2021), <https://www.voanews.com/middle-east/british-tanker-seized-july-leaves-iranian-port>

(3) Putin's Gulf security plan depends on Trump, in Al Monitor, 16 August 2019,(accessible at 23 May 2021) <https://www.al-monitor.com/originals/2019/08/putin-gulf-security-plan-trump-iran-uae-saudi-arabia.html>

ما تعتبره سلطتها المُحقَّقة على المنطقة، في حين تريد دول الخليج العربية من الولايات المتحدة موازنة القوة الإيرانية.

## ○ القسم الثاني: ماهية البحرية الهجينة وكيفية مواجهتها

### 1- ما هي الحرب البحرية الهجينة:

نظراً إلى حاجتها للظهور بشكلٍ غامضٍ إلى حدٍّ ما، فإن الحرب البحرية الهجينة ستُجرى عموماً في المياه الساحلية بدلاً من استخدام القوة مباشرة من المنصات البحرية "الرمادية" التي يمكن تحديدها، ستنمى الحرب الهجينة باستخدام كلٍّ من السفن المدنية كالبواخر المتشردة (tramp steamers) وسفن الصيد الكبيرة، والناقلات الساحلية الخفيفة، والمراكب الصغيرة السريعة وحتى المراكب "المنخفضة البطيئة" (Low Slow Skiffs) ذات المحركات الخارجية. ومن المحتمل أن يتمَّ التَّحكم فيها من خلال ما يسمَّى بـ"الأجسام البيضاء"<sup>(1)</sup> المخصَّصة لخفر السواحل في دول معينة<sup>(2)</sup>.

يتمَّ تشغيل السفن المستخدمة في الحرب البحرية الهجينة من قبل مجموعة يمكن تسميتها "البحارة الزرق الصغار"، وهم أفراد لا يرتدون الزي العسكري بهدف إعطاء مظهر تصرّف غير حكومي، حيث يمكن تصنيفهم على أنهم قوميين، أو فاعلين مارقين، أو إرهابيين، أو حتى بحارة يتصرّفون بملء إرادتهم. تم تسخير هذه التقنية بشكل جيد للغاية من قبل روسيا خلال غزوات أوكرانيا وضم شبه جزيرة القرم لاحقاً مما سمح للكرملين بقضاء أسابيع ناكراً وجود أي "قوات" روسية على الأراضي الأوكرانية. كما أن هؤلاء البحارة الزرق الصغار لن يحملوا أي علامات على ملابسهم، ولن يحملوا جوازات سفر، وفي حالة أسرهم، سينكرون أنهم جزءاً من أي جيش منظم.

---

(1) يقصد "بالأجسام البيضاء" قوات من نوع الحرس البلدي، والتي يطلق عليها عادة "الهايكل البيضاء"، تتواجد بشكلٍ مستقرٍّ ومستمرٍّ مقارنة بالقوات البحرية النظامية (أو "الهايكل الرمادية")، كما كتب مُنظِّر القوة البحرية هارولد كيرسلي (Harold Kearsley) في Maritime Power and the Twenty-First Century in 1992. لا تعطي "الأجسام

البيضاء" الانطباع العسكري نفسه الصريح والقتال الحربي مثل القوات البحرية النظامية المستخدمة لهذا الغرض.  
(2) يستخدم كل من الصينيين والإيرانيين خفر السواحل (والحرس الثوري في حالة إيران) بهذه الطريقة في بحر الصين الجنوبي والخليج العربي على التوالي.

في المقابل على متن منصات الحرب الهجينة البحرية، من المحتمل أن تتوفر مجموعة متنوعة من الأسلحة بدءاً من الأسلحة الخفيفة وصولاً إلى العيار الثقيل من الصواريخ المحمولة أرض - أرض، وصواريخ سطح - جو الخفيفة. مما سيمكّن البحارة أيضاً من الوصول إلى مبهرات الليزر (Laser dazzlers) عالية الكثافة<sup>(1)</sup>، وبواعث الصوت (sound emitters)، وموزعات الغاز المسيل للدموع، وخرطوم المياه، وغيرها من الأسلحة غير الفتاكة. ستكون قيادتهم وسيطرتهم مضغوطة ومدنية وتتألف إلى حدّ كبير من أنظمة جاهزة للاستخدام، لكن سيكون لها القدرة على نشر أجهزة استشعار غير مأهولة (خفيفة، وذكية، ورخيصة، ويمكن التخلّص منها). بمرور الوقت، سيكون لديهم القدرة على نشر أجهزة الاستشعار تحت الماء والسطحية بدون طيار ووضع عقد استشعار دائمة في قاع البحر. وسيتمّ الحفاظ على كل هذه التكنولوجيات على الشاطئ من قبل القوات الخاصة المخصصة في وحدات لخير السواحل للدولة والقوات البحرية غير النظامية.

على المستوى الأكثر تعقيداً، من الممكن تصور قيام دولة ببناء قوة صغيرة من "سفن Q" (Q ships)، المصمّمة خصيصاً لتبدو وكأنها سفن بخارية ساحلية أو سفن تجارية أخرى صغيرة إلى متوسطة الحجم ولكنها تخفي موانئ مدمجة في جوانبها للأسلحة، يمكنها إطلاق زوارق سريعة من الخلدان الداخلية، ويمكن أن تعمل كسفن أم لسفن أصغر وأقل تطوراً تقوم بحرب بحرية هجينة. يمكن لمثل هذه السفن أيضاً تفريغ خلصة من الألغام المصنوعة بطريقة بدائية ولا يمكن تعقبها لتقريب الأجهزة المتفجرة المرتجلة البحرية. يمكن أن تكون الهجمات على منشآت النفط والغاز البحرية من العناصر التي تثير القلق بشكل خاص في الحرب البحرية الهجينة. القدرة على إلحاق أضرار جسيمة أو حتى تدمير منشآت هيدروكربونية ضخمة في الخليج العربي، على سبيل المثال، دون الإسناد يمكن أن تكون ميزة هائلة لإيران. وبالمثل، يمكن أن تهاجم كوريا الشمالية محطات الشحن أو خطوط الأنابيب في كوريا الجنوبية. الكابلات تحت الماء معرضة أيضاً للخطر، وفي نهاية المطاف منصات التعدين في قاع البحار العميقة. قد يكون لهذا تأثير مخيف على مزيد من الاستثمار في بلد أو منطقة بالنظر إلى المسؤولية عن الآثار البيئية.

---

(1) هو سلاح غير فتاك يستخدم إشعاعاً موجهاً مكثفاً لتعطيل هدفه مؤقتاً بعمى الفلاش. يمكن أن تشمل الأهداف أجهزة استشعار أو رؤية بشرية.

## 2- أدوات الحرب البحرية الهجينة ونطاق صراعها:

تشمل وسائل الحرب البحرية المختلطة استخدام الأسلحة النارية والمتفجرات، واعتقال السفن، والهجمات الإلكترونية، والتهديدات بالقوة، والإكراه الاقتصادي، والشبكات البحرية الرمادية، على سبيل المثال لا الحصر. ولكي يتم استخدام هذه الأدوات وغيرها لا بد من وجود منطقة "رمادية" ساحة للصراع الهجين، وفي ما يلي بعض الأمثلة الإقليمية للمناطق الرمادية في الصراع البحري الهجين.

يمكن فهم المنطقة الرمادية على أنها مساحة تفنقر إلى العمل العسكري الواضح الذي يخلق فيه المعتدي غموضًا كافيًا لتحقيق أهدافه الاستراتيجية دون الانخراط في هجوم مفتوح. ففي حادثة مضيق كيرتش في تشرين الثاني 2018 يمكن القول إن روسيا استخدمت انعدام الأمن من خلال العمل في منطقة رمادية لتعقيد عملية صنع القرار في الدول الأخرى. حيث استولت على ثلاث سفن تابعة للبحرية الأوكرانية، بما في ذلك سفينتان حربيتان، واعتقلت طاقمها أثناء دخولهم مضيق كيرتش. وفي سياق ضم شبه جزيرة القرم والنزاع المسلح في شرق أوكرانيا<sup>(1)</sup>، أثار هذا الحادث تساؤلات عديدة عما إذا كان ينبغي اعتبار تصرفات روسيا في مضيق كيرتش ضمن الإطار القانوني للقانون الدولي الإنساني، بمعنى آخر ليس من الواضح تمامًا إلى أي مدى ينطبق قانون البحار في حرب أو نزاع مختلط وهي مسألة جوهرية. يرتبط هذا أيضاً ارتباطاً وثيقاً بمسألة ما إذا كان ينبغي تطبيق قانون الحرب البحرية أو الإطار القانوني لإنفاذ القانون في ما يسمّى بـ"المناطق الرمادية" لتقييم شرعية استخدام القوة من قبل الدولة الساحلية أو الإكراه المباشر على البحر<sup>(2)</sup>.

وفي المقلب الآخر، فإن حقوق المرور للسفن والطائرات الأجنبية هي محور التوترات بين الصين والدول التي تستخدم طرق الشحن في بحر الصين الجنوبي. كما أن الطائرات في المناطق البحرية لبحر البلطيق وفوقها وبالقرب منها (مثل الجزء الشرقي من خليج فنلندا والمجاور لجيب كالينينغراد) ظلّت إلى حد كبير غير ملحوظة في البحوث القانونية. الأعمال

(1) J. Kraska, "L'incident du détroit de Kertch: droit de la mer ou droit de la guerre navale?", EJIL: Parlez!, 03.12.2018.

(2) L. J. Morris et coll., "Obtenir un avantage concurrentiel dans la zone grise: options de réponse en cas d'agression coercitive en dessous du seuil de guerre majeure", La RAND Corporation, Santa Monica 2019, p. 92.

الخطيرة المتكررة للطائرات المقاتلة الروسية ضد السفن الحربية الأمريكية التي دخلت بحر البلطيق، وتوغلات الغواصات الروسية المزعومة في البحار الإقليمية للسويد وفنلندا، فضلاً عن الانتهاكات المتعددة للمجال الجوي الإستوني من قبل الطائرات الروسية ليست سوى بعض الأمثلة التي تستحق الذكر. زيادة الاهتمام في سياق الصراع الهجين في منطقة بحر البلطيق<sup>(1)</sup>. في مناسبات أخرى، كان للتوترات بين الدول الساحلية في خليج فنلندا تأثير سلبي مباشر على حقوق مرور السفن. على سبيل المثال، "في أعقاب أعمال الشغب التي اندلعت في عام 2007 في الأقلية الناطقة بالروسية في تالين بسبب نقل النصب التذكاري للجندي السوفيتي البرونزي، رفضت روسيا السماح لها بعبور بحرهما الإقليمي بموجب حق المرور الأبرياء. السفينة التجارية Vironia. كانت تنقل البضائع والركاب في الخليج الشرقي لفنلندا بين ميناء Sillamäe الإستوني وميناء Kotka الفنلندي حيث تسببت روسيا فعلياً في إغلاق خط العبارة"<sup>(2)</sup>.

من الناحية العملية، تُدرك دول الشمال تهديدات الحرب الهجينة وتستعد بنشاط لمواجهة هذه التحديات في منطقة شمال البلطيق<sup>(3)</sup> على سبيل المثال، كان أول تدريب تدريبي واسع النطاق لقوة الاستطلاعات المشتركة بقيادة المملكة المتحدة يهدف إلى مواجهة التهديدات الناشئة عن حرب هجينة افتراضية في إستونيا، بما في ذلك في مجالها البحري<sup>(4)</sup>. وبالمثل، حذر وزير الدفاع الفنلندي من إمكانية تحويل جزر أولاند المنزوعة السلاح إلى مسرح حرب من قبل ما يسمى بـ"الرجال الخضر الصغار" في حالة وجود دولة أجنبية مستعدة لخرق قواعد القانون الدولي<sup>(5)</sup>.

(1) A. Lott, "Le régime juridique de la partie septentrionale de la mer Baltique dans le contexte des récents développements de sécurité", Stratégique 2019 (1-2), pp. 255-272.

(2) Alexandre Lott, "Implications de la guerre hybride pour l'ordre des océans", in eurisle ,3 aout 2020.

(3) C. S. Chivvis, "Comprendre la «guerre hybride» russe et ce qui peut être fait à ce sujet", The RAND Corporation, Santa Monica 2017, p. 7.

(4) D. Cavegn, "Exercice de planification des opérations de débarquement au Royaume-Uni en Estonie à l'été 2019". ERR News, 09.12.2018.

(5) وزير الدفاع الفنلندي نينيسكو: عند تجريبه من السلاح يشكل آلاند فراغاً عسكرياً،

Niinistö, R. Uosokainen, "Puolustusministeri Niinistö: Demilitarisoituna Ahvenanmaa muodostaa sotilaallisen tyhjiön" Yle Uutiset, 17.10.2016.

### 3- خصائص الحرب البحرية الهجينة:

- في حين تختلف وجهات النظر، تشتمل المبادئ المتفق عليها على نطاقٍ واسعٍ للحرب الهجينة في المجال البحري ما يلي:
- خلق تأثير استراتيجي حقيقي على المستوى التكتيكي (يسمى أحياناً تأثير "العريف الاستراتيجي" "impact of the "strategic corporal").
  - استخدام "جنود" بزي رسمي غير مميز يشار إليهم أحياناً بإسم "الرجال الخضر الصغار" (little Green men)<sup>(1)</sup>، مما يجعل أفعالهم غامضة بموجب القانون الدولي.
  - الاستخدام المتزايد لحرب المعلومات، والدعاية، وانتشار الشائعات الكاذبة والمثيرة للفتن لزعزعة استقرار المنطقة.
  - حضور مكثف على الشبكات الاجتماعية يؤد دعاية وأكاذيب.
  - استخدام أساليب المتمردين بما في ذلك السيارات المفخخة والتعذيب والخطف لتخويف السكان وترويعهم.
  - دمج القوات غير العسكرية بما في ذلك الشرطة في العمليات العسكرية.
  - حملة سيبرانية معقدة.

### 4- تدمير بيئي وتشكيل تهديدات أمنية في المجال البحري:

تشمل الأمثلة البارزة بناء جسر مضيق كيرتش في البحر الأسود، وخطوط أنابيب نورد ستريم تحت الأرض في بحر البلطيق، والجزر الاصطناعية في بحر الصين الجنوبي التي يقال إنها تضر بالبيئة البحرية والتي تتنازع عليها الساحل. الدول التي تأثرت بأنشطة البناء هذه.

قد تنتظر الدول الساحلية إلى هذه المشاريع الصناعية في المياه المجاورة لها على أنها تهديد لأمنها القومي. على سبيل المثال، أثار وزير الدفاع الفنلندي مخاوف مشتركة على نطاق واسع مع دول البلطيق المجاورة من أن روسيا يمكن أن تستخدم قواتها المسلحة أثناء حالة النزاع للسيطرة على خطوط أنابيب نورد ستريم التي تعبر مناطق البحر الفنلندية والسويدية

(1) وهي التسمية التي أطلقت أيضاً على الجنود الروس الذين شاركوا في العمليات الروسية على أوكرانيا.

والدنماركية<sup>(1)</sup>. لدى أوكرانيا مخاوف مماثلة بشأن جسر مضيق كيرتش وجزء كبير من المجتمع الدولي فوق الجزر الاصطناعية في بحر الصين الجنوبي. كما خلقت هذه المشاريع تحديات جديدة لحقوق الملاحة في المناطق البحرية المعنية وبالتالي لاستقرار قانون البحار.

## 5- كيفية مواجهة الحرب البحرية الهجينة:

بدايةً، وككل أنواع الحروب الجيش بحاجة للتدريب على مواجهة هذه الأنواع من العمليات، ويمكن القيام بذلك كجزء من الدورة الأساسية لعمليات البحرية الاعتيادية فكل من الغواصات والطيران لهما دور يلعبانه أيضًا. كما يتطلب غموض الحرب الهجينة التعليم والتدريب على قواعد الاشتباك، وتشغيل الأنظمة التقليدية ضد القوات غير التقليدية في البحر وتعلم التصرف بشكل أشبه بشبكة في البحر.

اللافت أن الولايات المتحدة الأميركية قطعت شوطاً مهماً في التفكير في مكافحة الإرهاب بناءً على المفاهيم من Deep Blue وهي مجموعة عمليات تم إنشاؤها في عام 2001 للتوصل إلى أفكار مبتكرة حول كيفية معالجة الحرب على الإرهاب وحول الحاجة إلى محاربة شبكة مع شبكة حيث يمكن أن تتضمن التدريبات الدولية الكبيرة مثل Rim of the Pacific (RIMPAC) مثل هذه السيناريوهات.

ولا بدّ من الاستفادة من خفر السواحل العاديين وإشراكهم في دور قيادي في مكافحة الحرب البحرية الهجينة بما أن العديد من أنظمتها ومنصاتها تحتوي بالفعل على تقنيات لمواجهة تقنيات الحرب البحرية الهجينة، وستكون روحها القتالية في هذه الساحة التكتيكية قويّة بحسب الأدميرال جيمس ستافريديس (James Stavridis) وعلى وجه الخصوص، يمكن أن يكون خفر السواحل همزة وصل لنهج التحالف البحري العالمي الذي يجمع خفر السواحل والقوات الساحلية معاً للتدريب إلى جانب عمليات مكافحة المخدرات والقرصنة ومكافحة الإرهاب في البحر. وبالنسبة له ما تبقى هو التفكير في كيفية الاستفادة منها ضدّ خصم أكثر تطوراً على المستوى الوطني.

<sup>(1)</sup> J. Niinistö, "Itämeren geostrateginen merkitys kasvuss", Centrum Balticum, 02.03.2017.

عادةً ما يستخدم المعتدي المناطق الرمادية لجعل اتخاذ قرارات بشأن شرعية أفعاله في حالات النزاع أمرًا صعبًا، ومن وجهة نظر الدول الأخرى، يجعل من الصعب اتخاذ إجراءات حازمة ردًا على ذلك. ويرجع ذلك جزئيًا إلى أن عتبة تطبيق قانون الحرب البحرية في حالات الصراع الهجين لا تزال غير معروفة. ومع ذلك، هذا لا يعني بالضرورة أن التعارضات المختلطة يجب أن تخضع لمجموعة جديدة من القواعد. عادة، قد تخضع الحوادث التي وقعت في مناطق رمادية في سياق نزاع مختلط للإطار القانوني للقانون الإنساني أو إنفاذ القانون في وقت السلم. على أساسه يمكن تقييم شرعيتها.

في المحصلة، تعدّ إجراءات التحكيم الجارية بين أوكرانيا وروسيا بشأن حادثة مضيق كيرتش في نوفمبر 2018 واعدة حيثُ قرّرت المحكمة الدولية لقانون البحار<sup>(1)</sup> أن "التمييز بين الأنشطة العسكرية وأنشطة إنفاذ القانون يجب أن يستند في المقام الأول إلى تقييم موضوعي لطبيعة الأنشطة المعنية، مع مراعاة الظروف ذات الصلة في كل حالة"<sup>(2)</sup>. من المرجح أن يتم تناول هذه المسألة بمزيد من التفصيل أثناء إجراءات التحكيم التي أقامتها أوكرانيا في 1 أبريل 2019 بموجب الملحق السابع لاتفاقية قانون البحار. 25 بشأن حادثة مضيق كيرتش<sup>(3)</sup>.

أخيراً، الحرب الهجينة قديمة قدم القتال نفسها. لا يوجد شيء جديد جوهري حول دمج قوى غير تقليدية وغير تقليدية في ساحة المعركة بطرق مفاجئة لتقويض القوات التقليدية وإنكار المشاركة. لكن ما يتغيّر هو مستوى الجهد المبذول من الدول الكبيرة والصغيرة على حدّ سواء والميل إلى استخدامها لجميع المزايا التكتيكية والاستراتيجية التي تمنحها. لذلك، فإن "الحرب الهجينة" هي صراع عالي التقنية. إنها استمرار لسياسة الدولة و / أو الائتلافات، والجماعات السياسية، والشركات عبر الوطنية، والجهات الفاعلة من غير الدول. الغرض من الصراع هو فرض إرادة الممثل على خصومهم من خلال التأثيرات التدميرية المتزامنة والمتكاملة عليهم في مساحة متعدّدة الأبعاد وفي مختلف مجالات الحياة.

<sup>(1)</sup> مقرّها في ألمانيا في هامبورغ، أسستها اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، الموقعة في مونتيفغو باي، جامايكا في 10 كانون الأول 1982. وقد دخلت الاتفاقية حيز التنفيذ في 16 تشرين الثاني 1994، وأسست إطاراً دولياً للقانون يسري على "كل فضاء المحيطات واستخداماتها وثرواتها".

<sup>(2)</sup> Tribunal international du droit de la mer, "Ordonnance: affaire relative à l'immobilisation de trois navires de la marine ukrainienne", (Ukraine c. Fédération de Russie), 25.05.2019, p 66.

<sup>(3)</sup> Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Montego Bay 10.12.1982, e.i.f. 16.11.1994.

يتمّ الجمع خلال الحرب الهجينة بين المكونات التقليدية وغير التقليدية، والتركيز على مصادر وأنماط متعدّدة من الهجوم، وتأزر النتائج ومستوى عال من عدم اليقين بالنسبة للمعارضين لما قد تكون عليه الأهداف الاستراتيجية النهائية<sup>(1)</sup>. هذا هو السبب في أن العناصر الحاسمة للأنظمة في الدولة أي السياسي، الدبلوماسي، الاجتماعي، التقني، الاجتماعي الفني، النشاط، المالي، السبيري، الاجتماعية السبيري والمعلومات والأنظمة الأخرى مهمّة في خضمّ هذا النوع من الحروب.

وأشار المؤرخون إلى أنّ الحرب الهجينة ليست ظاهرة جديدة تماماً وهي ببساطة مصطلح جديد لمفهوم عمره قرون<sup>(2)</sup>. ففي خضمّ المفاوضات والصياغة والمناقشات أثناء عملية إبرام المعاهدات ذات الصلة بقانون البحار والنزاع المسلح، لم تجد الدول أنه من الضروري إنشاء إطار قانوني منفصل للحرب المختلطة. بدلاً من ذلك، عند صياغة المعاهدات ذات الصلة، بدأوا من المفاهيم التقليدية لقوانين السلام والحرب. على الرغم من أن التطورات السريعة في التكنولوجيا جعلت من الممكن الآن تبني وسائل أكثر تطوراً للحرب المختلطة، بما في ذلك الحرب الإلكترونية، إلا أنه ينبغي للدول أن تظل قادرة في المقام الأول على تصنيف أي حادثة حرب مختلطة تحت تداعيات النزاع المسلح أو عمليات إنفاذ القانون في وقت السلم. يمكن للدول أن تنتظر الهيئات القضائية الدولية لتضع سوابق قضائية قوية بشأن الاختلافات بين العمليات العسكرية وعمليات إنفاذ القانون في سياق نزاع مختلط، بما في ذلك الإجراءات الجارية بشأن حادث مضيق كيرتش في تشرين الثاني 2018. في الوقت نفسه، يجب على الدول مراجعة قوانينها القانونية المحلية، حسب الاقتضاء، للتأكد من أن الأحكام الرئيسية المتعلقة بإعلان حالة الطوارئ أو الحرب والحفاظ على النظام في المجال البحري مرناً بما يكفي لمواجهة التّحديات الديناميكية للحرب الهجينة.

---

(1) Yuriy G. Danyk, Tamara Maliarchuk, Chad Briges, Hybrid War: High-tech, Information and Cyber Conflicts, Connections QJ 16, no 2, 2017, p 8.

(2) P. R. Mansoor, Introduction: Hybrid Warfare in History, dans W. Murray, P. R. Mansoor (éds.), "Guerre hybride: combattre des adversaires complexes du monde antique à nos jours", New York: Cambridge University Press 2012, p. 1.

الدراسة الثانية:

**التنظيم القانوني لمرحلة المفاوضات في العقود الدولية في  
التشريع الكويتي والتشريعات العربية**

د. فهد أحمد عبد الرحمن

نظمت التشريعات العربية مسألة التعاقد ضمن قوانينها وغفلت عن مرحلة مهمه تسبق مرحلة ابرام العقد وهي مرحلة المفاوضات التمهيديّة السابقة لإبرام العقد وهذه المرحلة التي تحتوي على العديد من التعقيدات والجهد العظيم الذي يبذله الاطراف للوصول الى الصيغة النهائية للاتفاق بينهم وخاصة فيما يتعلق بالعقود الدولية تحتاج الى تنظيم قانوني ملزم للأطراف وتحتاج الى جهد من فقهاء القانون والتشريعات العربية خاصة لوضع الاسس القانونية التي يجب السير عليها في هذه المرحلة وعدم تركها لأهواء ورغبات الاطراف دون تقييد لاسيما ان معظم هذه العقود الدولية تتخذ طابع تعدد الاطراف، وان عدم وجود تشريعات ناظمة لهذه المرحلة خلق نوع من عدم التوازن في تنظيمها وظهور بعض الاشكاليات فيها، ولضمان حقوق اطرافها وعدم ضياعها في مرحلة المفاوضات لا بد من لفت النظر الى هذه النقطة وتوضيح موقف التشريع الكويتي وباقي التشريعات من مرحلة المفاوضات في العقود الدولية.

**الكلمات المفتاحية:** المفاوضات، المفاوضات التمهيديّة المسؤولية القانونية.

♦ **Summary**

Within their laws, The Arabian legislation has set up many codes in this issue (CONTRACTING). But they've missed the most important phase which actually precedes the final version of the contract. This phase is the prep-negotiation phase which contains a lot of complex arguments. Its also takes a lot of efforts from the parties in order to reach

and agree about the final texts in in the concerning contract. We always pay a lot of attention especially when the contracts are international which always require mandatory clear texts for all parties. These text must be written by professional lawyers who can set the clear basics and the text must which all parties will follow later. Also, the clear texts are existing in order not to leave anything to the great wishes of some parties. As the international contracts are usually multi-parties so the lack of legislation in this phase leads to a lack of balance and then a lot of problems. We should pay the attention to this important phase in order to ensure the rights of all parties and avoid the problems. So we recommend the Kuwaiti legislation must be clear in the international contracts.

**KEYWORDS:** Negotiation / Prep-negotiation / Legal Liability.

#### ○ مقدمة

تعتبر العقود الدولية من العقود القديمة الحديثة والتي طرأ عليها تحديثات وفقاً لمتطلبات التطور في كافة العقود وهذه العقود يسبقها مرحلة مهمه وهي مرحلة اجراء المفاوضات على كيفية انعقاد العقد وشروطه واحكامه وكيفية تنظيمه بين الدول، وتعد العملية السابقة على التعاقد هذه او ما تسمى مرحلة المفاوضات من اهم التي تكون بين اطراف التعاقد<sup>(1)</sup> ويعتبر التفاوض احد ابرز طرق تفسير العقود عند تنفيذها ولذلك يرى العديد من المختصون بتنظيم العقود الدولية ان مرحلة المفاوضات في العقود هي سبب في نجاح او فشل العقد بالأساس وتعتبر مرحلة التفاوض في العقود هي مرحلة انشاء الالتزامات التي تلزم كل طرف في العقد بتنفيذها، وبالرغم من اهمية هذه المرحلة التي تسبق ابرام العقد الا ان التشريع العربي ومنها الكويتي لم تتناول تنظيم هذه المرحلة في نصوصها وتشريعاتها وتركت هذا الموضوع للفقه ولتفسير القضاء وللاجتهاد، وهذا الامر فتح المجال للتنظيم التقليدي حيث يقوم العقد في ظل المفهوم التقليدي من خلال ايجاب يعرضه احد الطرفين على الطرف الاخر متضمناً تحديداً لكافة المسائل اللازمة لإبرام العقد النهائي ليقبله القبول من الطرف الثاني لينعقد العقد بالشكل

---

(1) السرحان عدنان ابراهيم وخاطر، نوري حمد 2011، شرح القانون المدني - مصادر الحقوق الشخصية الالتزامات، دار الثقافة، عمان، ط1، الاصدار الخامس، ص92.

والصورة النهائية له، ان يسيطر على مرحلة المفاوضات في العقود الدولية ومع تقدم التكنولوجيا وتطور الدول السريع في مجال تنظيم العقود الدولية اصبحت هذه الوسيلة غير فعالة واصبحت مرحلة المفاوضات في العقود الدولية بحاجة الى ايجاد نصوص تشريعية تنظمها بشكل جيد اسوة ببعض الدول الأوروبية.

#### ♦ اهداف البحث:

يهدف هذا البحث الى معالجة النظام القانوني لمرحلة المفاوضات في العقود الدولية وفقا للقانون الكويتي والتشريعات العربية والاطلاع على مدى معالجة هذه القوانين لمرحلة المفاوضات ما قبل ابرام العقد، وابرار اهم الاحكام العامة المتعلقة بالتفاوض في العقود الدولية ومدى تأثيرها في ايجاد قانون موحد ينظم المفاوضات في هذه العقود.

#### ♦ إشكالية البحث:

ويطرح هذا البحث مشكلة عدم توفر تنظيم تشريعات قانونية لمرحلة التفاوض التي تسبق ابرام العقود الدولية في والتشريعات العربية ومنها الكويتي، حيث ان التفاوض في العقود هي مرحلة تسبق ابرام العقد وبالتالي تعتبر مرحلة تمهيدية وهي مرحلة بالغة الالهمية كونها تبدأ من مرحلة طرح العروض وبداية التنافس بين المؤسسات والشركات الدولية وهذا يدل على الهمية التفاوض الذي يعتبر حجر الأساس في عملية ابرام العقد، والمشكلة الاساسية التي وجدها الباحث في هذا الموضوع هو عدم وجود تشريعات العربية تنظم مرحلة المفاوضات التي تجري ما قبل التعاقد الدولي ولا يوجد نصوص خاصة بها وانما وجدت ضمناً في بعض نصوص القانون المدني لبعض الدول ومن هنا تكونت المشكلة الرئيسية للبحث وهي الى اي مدى قامت التشريعات العربية بمعالجة مسألة المفاوضات في العقود الدولية وما هي الطبيعة القانونية لمفاوضات العقود الدولية في التشريع الكويتي والتشريعات العربية؟؟

وتتفرع عن هذه المشكلة الرئيسية عدة اسئلة اهمها:

- ماذا نقصد بالمفاوضات في التعاقد الدولي؟
- ما هو الاساس القانوني الذي استندت عليه المفاوضات في العقود الدولية؟

- ما هو سبب اهمال التشريعات العربية لتنظيم عملية المفاوضات بنصوص قانونية خاصة؟
- هل يرتب الاخلال بالالتزامات في مرحلة التفاوض اي مسؤولية على الاطراف في ظل غياب التشريعات المنظمة لهذا الموضوع؟

#### ♦ منهجية البحث:

تقيد الباحث في هذا البحث باتباع المنهج الوصفي والتحليلي وذلك بتناول ما جاء به الفقه حول التفاوض في العقود الدولية وتحليل النصوص القانونية في التشريعات المقارنة التي نظمت مرحلة التفاوض ضمن نصوص خاصة بها.

#### ♦ خطة البحث:

لتغطية كافة جوانب الموضوع تم تقسيمه الى مبحثين سنتحدث في المبحث الاول عن الاحكام العامة للمفاوضات في العقود الدولية وسنتطرق فيه الى ماهية المفاوضات التمهيدية للتعاقد في العقود الدولية واهميتها و عناصر المفاوضات في العقود الدولية، وسنتحدث في المبحث الثاني عن احكام المسؤولية المتعلقة بالتفاوض في العقود الدولية والالتزامات الاساسية والثانوية للتفاوض في العقود الدولية وطبيعة مسؤولية المفاوضات في العقود الدولية.

#### ○ المبحث الأول: الاحكام العامة للمفاوضات في العقود الدولية

اهتم الفقه بدراسة نظرية العقد نظراً للدور الذي يقوم به العقد في حياتنا اليومية فهو الاساس الذي يقوم عليه المعاملات ومع تطورات التكنولوجيا في عالمنا اليوم وانفتاح التعاملات التجارية بين العديد من الدول العالمية، برز شكل جديد من العقود التي تتصف بالتركيب والتعقيد وملئة بالتفاصيل الفنية والمالية والقانونية وهي العقود الدولية وبسبب التعقيد الذي تتميز به العقد الدولي كان لابد من وجود مرحلة اولية تسبق ابرامه وهي مرحلة التفاوض وفي هذا المبحث يتم تناول مفهوم العقد الدولي من خلال التطرق الى التعريف في المفاوضات التمهيدية في العقود الدولية والقيمة القانونية للمفاوضات في العقود الدولية.

## • المطلب الأول: ماهية المفاوضات التمهيدية للتعاقد في العقود الدولية

تتصف العقود الدولية بالتعقيد وتعدد جنسيات اطرافها وعليه فهي بحاجة الى تنظيم خاص يحدد شكلها القانوني ويكون متفق عليه من قبل كافة اطرافها، وبالرغم من انتشار هذه العقود الا ان هناك اتفاق من غالبية الفقه على صعوبة تحديد مفهوم موحد وشامل للعقد الدولي، كما ان العديد من التشريعات تخلو من تعريف لهذا النوع من العقود، ولتسليط الضوء على ماهية العقود الدولية من حيث التعريف والخصائص قسمنا هذا المطلب الى فرعين كالآتي:

### ■ الفرع الاول: ماهية المفاوضات في العقد الدولي

المفاوضات في العقد الدولي هي المرحلة التي تسبق ابرام العقد وهي المرحلة التي يتبادل بها اشخاص العلاقة التعاقدية المستقبلية وجهات النظر ويناقشون الاقتراحات التي يضعونها سوية رغبة منهم في الوصول الى ابرام العقد<sup>(1)</sup>، وان المفاوضات التي تسبق ابرام العقد هي فكره قديمة، كانت أشبه بالمفهوم التقليدي للعقد بتلاقي ارادتين ايجاب وقبول وتتم بوقت قصير، ويبدو ان مشرعي بداية القرن التاسع عشر حتى منتصف القرن العشرين قد قنعوا بذلك الفكر المبسط لحالة المبادلات والتعامل المالي بين الافراد ولذلك جاءت التقنيات المدنية بدءاً من القانون المدني الفرنسي لعام 1804 وحتى القانون المدني المصري لعام 1949 خالية من اية اشاره الى المفاوضات وقواعد تنظيمها.<sup>(2)</sup>

ومع التطور الذي شهده العالم والانفتاح الدولي على بعضه وزيادة الطلب اصبح المفهوم التقليدي غير كافي لمثل هذه المعاملات بل اصبح يشكل خطورة على اطراف التعاقد نظرا للتبادل الدولي الذي تقوم عليه هذه التعاملات من تبادل سلع وخدمات وغيرها، الذي استدعى الحاجة الى تبادل في المعلومات الأولية واللقاءات والمناقشات قبل الدخول في التبادل الفعلي بموجب العقود التي تبرم، ومن هنا جاءت فكرة المفاوضات فما هي المفاوضات؟

(1) بارودي حمدي، محمود، 2010 تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد، الطبيعة العقدية، وآثارها، بحث منشور في مجلة الأزهر، غرة السنة العشرون، العدد الثالث، ص147.

(2) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي "مفاوضات العقود الدولية القانون الواجب التطبيق وأزمته" ط1، دار النهضة العربية 2000-2001، ص 59.

عرف الدكتور احمد عبد الكريم سلامة ان المفاوضات هي "التحاور والمناقشة وتبادل الأفكار والآراء والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من اجل الوصول الى اتفاق معين حول مصلحة او حل لمشكلة اما اقتصادية قانونية تجارية سياسية" وعرف بعض الفقه مرحلة التفاوض "هو عقد يلتزم بمقتضاه شخص تجاه شخص اخر بالبدا او الاستمرار في التفاوض بشأن عقد معين بهدف ابرامه"<sup>(1)</sup>.

ومع وجود العديد من التعريفات الفقيه لهذه المرحلة فان عملية التعاقد تمر بعدة مراحل والتي تبدأ بفكرة بين مجموعه من الأشخاص والتي تنتهي الى مرحلة التعاقد ولكن هذه المرحلة ليست بالبساطة اذ انها تمر بمراحل مهمة اخلاقيا وقانونياً ومن هذه المراحل مرحلة المفاوضات الأولية التي ترتبط بظهور الشكل النهائي للعقد، الا ان التشريعات العربية مثل الكويت والجزائر والعراق والمغرب وغيرها قد خلت من نصوص تشريعية للمفاوضات الدولية التي تسبق العقد الدولي والذي من الطبيعي ان بوجود تشريع صريح ينظم هذه المرحلة نظراً لأهميتها شأنها شان باقي التشريعات والتي اخذت بها الدول العربية من النظام الاتيني والانجلو امريكي، ففي القانون الفرنسي في الإصلاحات التشريعية عام 2016 تناول لأول مرة مرحلة التفاوض التي تسبق العقد الدولي حيث نصت المادة 1112 "البدا السير وقطع المفاوضات السابقة على التعاقد تكون حرة يجب ان تخضع الزاماً لمتطلبات حسن النية"<sup>(2)</sup>، ومن هنا فان الفقه العربي والأبحاث العربية المتعلقة في المفاوضات قبل التعاقد قليلة جداً ولم تتناول الا جوانب معينة. ومن هنا تكمن أهمية المفاوضات في مفهوم العقد الدولي منذ عقود سابقة على انه اهم العلاقات الاقتصادية والتجارية حتى تبادل الايدي العاملة والمال والتكنولوجيا وغيرها والتي يجري فيها تبادل السلع والخدمات بين أطراف العقد من رؤوس الأموال في دول مختلفة على شكل واردات وصادرات، حيث أصبحت هذه الحركات الدولية ذات اهمية تعتمد عليها كافة الدول نظراً لحاجاتها المتعددة ومتطلبات سوق العمل لديها مع اتساع وانفتاح العالم على

(1) د. محمد حسين عبدالعال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، كلية الحقوق، القاهرة، 1998، ص 94.

(2) د. يوسف شذى، دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال التعاقد والالتزام بالإعلام، ملحق خاص، العدد 2، صفر/ربيع الأول 1439هـ، نوفمبر 2017م، ص 449

بعضه، وهذه المرحلة ضرورة منطقية وعملية اقتصادية وقانونية للوقاية من النزعات من خلال اخذ كل الاحتياطات والتدابير التي تمنع النزاع المستقبلي.

### ■ الفرع الثاني: آلية المفاوضات التمهيدية في العقود الدولية

تقوم المفاوضات على العديد من العناصر او ما يعرف بالية التفاوض والتي عرفت أولاً في المفاوضات السياسية الدولية والعسكرية لكنها ترتبط أيضاً في المجالات الاقتصادية والاجتماعية أيضاً وفي العقود الدولية، وهي بمثابة الخطة التي يضعها المفاوض ليحقق الأهداف المطلوبة من العقد والتي تبدأ بالمرحلة الأولى وهي الاتفاق على بدء التفاوض التي ينظم فيها الأطراف الأمور الأولية بالتفاوض مثل متى؟ او اين؟ ووقت التفاوض والاسعار والظروف المحيطة بالاتفاق ليتعرف الأطراف على بعضهم البعض، وتبحث خلالها إمكانيه تنفيذ هذا العقد من استحالته حيث يتم عرض مضمون العقد المطلوب بشكل أولى ليتم الانتقال الى مرحله أخرى وهي مرحلة الدعوى للتفاوض والاجتماع بالطريقة التي يحددها الأطراف حيث يتخلل هذه المرحلة تبادل الأطراف المعلومات وكل ما يلزم لتوضيح جميع جوانب الاتفاق من حقوق والتزامات بهدف الوصول الى تفاهم مشترك ينصب على شكل عقد نهائي مستقبلي وبالتالي الدعوة الى التفاوض تنتج بالنهاية ايجاب مشترك يترتب عليه التزاماً للطرفين وقد يتفق الأطراف على العديد من بنود العقد ولكنه لا يصل الى مرحلة ان يكون عقداً نهائياً، لان المعنى الفقهي كما ذكرنا سابقاً بين ان المفاوضات هي مرحله سابقة للعقد والتي لا تظهر في هذه المرحلة الشكل النهائي والقانوني لتكوين العقد، وتبقى هذه المرحلة مرحلة تفاوضيه توضحيه لبنود العقد وشروطه ومدته ومكانه، بالمقابل تظهر أهمية لهذه المرحلة في مراحل متقدمة من تنفيذ العقد اذا وجد أي اخلال في ارادة احد الأطراف يتم الرجوع الى هذه الاتفاقيات، وبذلك الدعوة الى التفاوض تسلسل يبدأ بالدعوة للتفاوض يليه الايجاب مقابله القبول بإبرام العقد بالشكل النهائي، ولا يعني ان تتجلى هذه المفاوضات بالإيجاب بانتهاء المفاوضات فمن الممكن ان تستمر المفاوضات اذا تم بعد صدور الايجاب الأول مع تعديلات على احد بنود العقد يسقط معها الايجاب الأول فينتظر مقابله ايجاب جديد الى ان يتوصل الأطراف الى تلاقي الارادات او الرفض، لذلك تلعب هذه الآلية المعتمدة في المفاوضات دوراً مهماً في

تجنب حدوث منازعات بين الأطراف سببها عدم كفاية المعلومات او اخفاؤها دون أي غموض او لبس لأي جزئية.

## • **المطلب الثاني: مبادئ المفاوضات التمهيدية وطبيعتها القانونية في العقود الدولية**

على الرغم من اهمية مرحلة التفاوض في العقود الدولية في وقتنا الحاضر الا ان التشريعات العربية خلت من اية نصوص خاصة بتنظيمها وانما ترك هذا الموضوع الى اجتهاد الفقه وتقدير القضاء، وترك الامر للمفهوم التقليدي لإبرام العقود بشتى انواعها، وهذا المفهوم غير كافي مع التطور والانفتاح التكنولوجي كما ذكرنا سابقاً، على الرغم من اهمية هذه المرحلة في مجال عقود التجارة الدولية، ولمعرفة المبادئ الاساسية للتفاوض في العقود الدولية والقيمة القانونية لها قسمنا هذا المطلب الى فرعين كالآتي:

### ■ **الفرع الأول: المبادئ الاساسية للتفاوض في العقود الدولية**

هناك مبادئ اساسية يتوجب على أطراف العقد الدولي الالتزام بها اثناء مرحلة التفاوض على العقد وذلك للوصول الى أفضل النتائج والشروط في تحقيق الغايات التي يسعى أطراف العقد الى الوصول اليها ولهذه المبادئ قيمة قانونية حيث يرى بعض الفقه ان مرحلة التفاوض التي تسبق مرحلة انعقاد العقد تعتبر عقداً حقيقياً، وبعض الفقهاء يرون ان هذه المرحلة لا تعتبر عقداً حقيقياً وانما هي مرحلة تحضيرية للتعاقد فقط، ونستطيع حصر المبادئ الاساسية للتفاوض في مبدئين رئيسيين هما: مبدأ حرية التعاقد، ومبدأ حسن النية.

فبموجب مبدأ حرية التعاقد يستطيع اطراف التفاوض وضع حد لهذه المفاوضات كل حسب ما يراه مناسباً لأن الحرية تعني امكانية السير في المفاوضات عديدة لاختيار الانسب منها، وبناء على مبدأ سلطان الإرادة فان الاصل هو وجود حرية في التفاوض، ويعتبر التفاوض في العقد تصرفاً ارادياً وذلك اعتبار ان عملية التفاوض لا يمكن ان تحدث الا في حال اتجهت ارادة الاطراف المتفاوضة الى الدخول في التفاوض بهدف ابرام عقد معين طيلة مرحلة

المفاوضات وبالتالي فان ارادة الاطراف تبقى حرة تماماً ولكل طرف الحرية الكاملة في الدخول الى التفاوض او الاستمرار فيه او الانسحاب منه ولو في اللحظات الاخيرة<sup>(1)</sup>.

اما مبدأ حسن النية بمفهومه العام انه مبدأ امانة ونزاهة وثقة في التعامل، تتمثل في الاخلاق والأعراف والأديان، وهو مبدأ واسع في المعنى ويشمل كافة المعاملات القانونية وغيرها، لذلك نلاحظ تجنب التشريعات القانونية تحديد مفهوم مقيد لهذا المبدأ، ففي مجال تنفيذ العقد يرى البعض ان حسن النية يعني التعامل بصدق وإخلاص مع الغير حيث تبقى ممارسة الحق ضمن الغاية المرجوة منه، وفي اطار مرحلة التفاوض للعقد فان مبدأ حسن النية يعني عدم الغش وإظهار التعاون الجاد في تحقيق التعاقد، فان الدخول في التفاوض يخلق ثقة مشروعة وجدية في الاستمرار وعدم قطع هذه المرحلة الا لأسباب مشروعة والا عقدت المسؤولية في حالة المخالفة، لذلك يعد مبدأ حسن النية التزاماً جوهرياً في المرحلة السابقة لإبرام العقد الدولي والذي اطلق عليه الفقه (مبدأ حسن النية قبل التعاقد) فينبغي على اطراف التفاوض بموجبه ان يقوموا بالتفاوض بشرف وامانه و ثقة متبادلة، ودون النص على ذلك صراحة، نظراً لصعوبة تحديد النية اذا كانت حسنة ام سيئة كونها امراً نفسياً ليس للقانون صلته به بل هو امر متروك للمفاوضين عند التفاوض او عند تنفيذ العقد وللقاضي عند تفسير شروط العقد، وعرف بعض الفقه مبدأ حسن النية بانه التعامل بصدق واستقامة مع الطرف الاخر بصورة تبقى ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة التي تم من اجلها التفاوض والترم بها كل من طرفي التفاوض<sup>(2)</sup>.

فقد اشارت اتفاقية الأمم المتحدة (فيينا) في نص المادة (7/1) بشأن البيع الدولي للبضائع لعام 1980 على انه "يراعى في تفسير البيع الدولي للبضائع الاتفاقية صفتها الدولية وضرورة التوحيد في تطبيقها، كما يراعى ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية" وفي الجانب التشريعي نجد ان اغلب التشريعات لم تنص صراحة على مبدأ الالتزام بحسن النية عند التفاوض في العقود الدولية بل اخذت بالمبدأ العام الذي يقتضي حسن النية في تنفيذ العقود، ففي القانون الجزائري لم ينص القانون صراحة على الالتزام بالتفاوض بحسن النية الا انه اشار ضمناً الى

(1) عبدالله رجب، كريم، التفاوض في العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، ص 312

(2) عرفه هادي سعيد، حسن النية في العقود في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية،

جامعة القاهرة، العدد 1، السنة 1، ص 151

ذلك في نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري حيث نص على وجوب الالتزام بحسن النية في جميع مراحل التعاقد ومنها مرحلة التفاوض، وفي القانون الفلسطيني جاء المشرع الفلسطيني واعتمد مبدأ حسن النية كمبدأ عام لكافة التصرفات القانونية في المادة (148) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على انه " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية" على ذكر موضوع المفاوضات في عقود نقل المعرفة في المادة (81) بشكل عام من قانون التجارة الفلسطيني وكان ذلك مجرد اشارة بسيطة على هذه المرحلة، وفي مصر تحدث فقهاء القانون عن هذا المبدأ بان التفاوض هو مجرد عمل مادي لا يترتب اي اثر، وانما جاء على ذكر التعاقد بحسن النية في المادة (215) من القانون المدني الذي نصت على " اذا ما اخلى احد الطرفين بالتزامه بالتفاوض بحسن النية فانه يكون مسؤولاً مسؤولية عقدية.

#### ■ الفرع الثاني: القيمة القانونية للمفاوضات التمهيدية في العقود الدولية

اختلفت التشريعات بل بعضها خلت من تحديد الطبيعة القانونية للمفاوضات التي تسبق مرحلة ابرام العقد واختلف الفقه والقضاء الغربي والعربي حول تحديد هذه الطبيعة فمنهم اعتبر انها ليست رابطة تعاقدية بل انها تستند الى مبدأ حرية التعاقد، والتي تقضي بعدم اجبار الطرف الاخر على التعاقد، وبذلك هي عمل مادي، فالمتفاوض في هذه المرحلة وعلى أساس انها اعمال مادية غير ملزم بتقديم مبرر لدولة، وان ذلك يتعارض مع مبدأ حرية التعاقد ويستطيع الانسحاب من هذه المرحلة دون مبرر وبأي وقت لأنه لا يترتب عليه أي مسؤولية، الا اذا اثبت الطرف الاخر الخطأ، ونجد ذلك في القانون المدني الأردني في المادة (134) عد إجازة ناقص الاهلية للعقد: يجوز لناقص الاهلية ان يطلب ابطال العقد، غير انه اذا لجأ الى طرق احتيالية لإخفاء نقص اهليته لزمه التعويض".

ويرى الباحث ان الاتصال بين الأطراف بكل انواعه ليس عملاً مادياً لان العمل المادي عمل غير مدروس ودون تخطيط عكس المفهوم لعملية التفاوض التي كما ذكرنا سابقاً هي اتفاق على دخول المفاوضات بهدف ابرام العقد النهائي، ولا يكون ذلك الا بالاتصال والاتفاق وتحديد المواعيد والاقوات وتبادل المعلومات من اجل الوصول الى هذا العقد.

والرأي الثاني يرى ان طبيعة المفاوضات هي طبيعة ذات رابطة عقدية، بما انه يوجد مرحله تبادل للمعلومات من الطرفين وقبول الأطراف الذي يعتد به بمجرد استقبال وارسال المعلومات وتبادل الآراء هو قبول ضمنى لا يستدعي أحيانا قبول صريح بمجرد قبول التبادل، بوصفه تصرفاً قانونياً يترتب اثر معين يترتب عليها مسؤولية عند الاخلال غير المشروع، يترتب على اتفاق التفاوض ظهور التزام يقع على عاتق اطراف التفاوض، يتمثل بالبداية بعملية التفاوض وهو التزام يستند الى تحقيق نتيجة حيث يتوجب على الاطراف الدخول في عملية التفاوض والبداية فيها ومتابعتها واتخاذ الاجراءات اللازمة لبداية عملية التفاوض خلال المدة المتفق عليها ومتابعتها، فعلى الطرفين البداية فيها خلال مدة معقولة، بالإضافة الى تحديد المكان الذي ستجري فيه المفاوضات والطرف الذي سيتحمل نفقات الدراسة الأولية التي يمكن ان تطلب خلالها<sup>(1)</sup>، ويتبع هذا الالتزام وجوب الاستمرار بالمفاوضات ومتابعتها والا اصبح الالتزام فاقداً للمضمون، فهو الذي يجعل الالتزام ببداية المفاوضات له معنى، وأكدت على ذلك محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة العالمية في حكمها الصادر في القضية رقم (3131)<sup>(2)</sup> ومن هنا نجد ان الاثر الاساسي لاتفاق التفاوض يتمثل في انشاء التزام بالتفاوض والاستمرار فيه بحيث يلتزم اطراف التفاوض بموجب هذا الاتفاق بتبادل الآراء حول شروط العقد التي تتم المفاوضات بخصوصه بهدف الوصول الى صيغة العقد النهائي، والمشرع العربي لم يعتني بوضع نصوص تفصل او تنظم احكام مرحلة المفاوضات شأنه شأن التشريعات العربية ومنها التشريع الكويتي مكتفياً بالمبادئ العامة، على خلاف القوانين الأجنبية التي وضعت نصوص تنظم هذه المرحلة وعلى التزام الأطراف بهذه المرحلة وفقاً لقواعد حسن النية والتعامل بشرف مثل القوانين اللاتينية منها القانون الفرنسي والإيطالي، فموقف المشرع الإيطالي في المادة (1337) والتي تنص المفاوضات والمسؤولية قبل العقدية: يجب على الطرفين ان يكونا حسن

(1) عبد الله، رجب كريم، مرجع سابق، ص 416

(2) قررت محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة العالمية CCI بباريس في حكمها الصادر في القضية رقم 3131 ان الاتفاق على التفاوض يترتب التزامات تعاقدية يوجب متابعتها والاستمرار فيه وإذا كان الالتزام ببداية التفاوض يعد بتحقيق نتيجة فان ذلك الالتزام المنقرض عنه يعد التزاماً ببذل عناية ومن ثم فهو لا يعني بالضرورة التوصل لإبرام الحق مشار الية في: بارود، حمدي مرجع سابق، ص 871

النية اثناء التفاوض وابرام العقد<sup>(1)</sup>، ومن التشريعات العربية منها المصري واللبناني والأردني على سبيل المثال وليس الحصر نجد انها لم تحتوي لأي نصوص قانونية خاصة ومباشرة تنظم عملية التفاوض او مبدا حسن النية ونوع المسؤولية في هذه المرحلة، وفي الواقع يجب التفرة بين الزامية دخول المفاوضات وبين الاستمرار بها لتحديد المسؤولية، وكون الالتزام بدخول المفاوضات يحقق نتيجة، فان الاخلال بها يرتب مسؤولية بعدم تحقيق نتيجة، والثاني التزام بالاستمرار بالمفاوضات أيضا التزام ويرتب نتيجة اما بلوغ العقد النهائي او العكس.

### ○ المبحث الثاني: احكام المسؤولية المتعلقة بالتفاوض في العقود الدولية

يعتبر التفاوض على ابرام العقود الدولية مرحلة هامة ومؤثرة في ابرام معظم العقود التجارية الدولية، نظراً لما تتسم به الأخيرة من تعقيد، فبناء على مبدأ سلطان الارادة فإن الأصل هو وجود الحرية في التفاوض، فليس هناك إجبار على البدء في التفاوض لإبرام العقد، كما أنه يمكن التراجع عن المفاوضات أو التوقف عنها في إي وقت، حتى لو كان ذلك في مرحلة متقدمة من التفاوض، وذلك إذا تبين لأطراف التفاوض أن الشروط الموضوعية للتعاقد غير ملائمة وهناك احكام تتعلق بمسؤولية التفاوض في العقود الدولية والتزامات تقع على عاتق المتفاوضين سنستعرضها من خلال هذا المبحث بتقسيمه الى مطلبين يتضمن المطلب الاول الحديث عن الالتزامات الاساسية والثانوية لمرحلة التفاوض في العقود الدولية وفي المطلب الثاني سنستعرض طبيعة المسؤولية في المفاوضات في العقود الدولية.

### • المطلب الأول: الالتزامات الاساسية والثانوية للتفاوض في العقود الدولية

ينشأ عن التفاوض في العقود الدولية عدد من الالتزامات التي يجب على طرفي التفاوض الالتزام بها واحترامها قبل البدء في التفاوض وتتنقسم هذه الالتزامات الى التزامات رئيسية مثل الالتزام ببدء التفاوض والاستمرار بالتفاوض ومبدأ حسن النية والتزامات ثانوية تتمثل في الالتزام

(1) د. انس عبد المهدي فريجات، النظام القانوني للمفاوضات، في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، دراسة تأصيلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2018، ص779

بالتعاون والمحافظة على السرية والاعلام وسنستعرض في هذا المطلب الالتزامات الاساسية والثانوية لمرحلة التفاوض في العقود الدولية.

#### ■ الفرع الأول: الالتزامات الاساسية

يترتب على اتفاق التفاوض بشأن ابرام العقود التجارية الدولية التزامات اساسية منها الاتفاق على التفاوض والالتزام بالاستمرار على التفاوض والالتزام بمبدأ حسن النية، يتمثل الالتزام بالبداية بالتفاوض من خلال اتخاذ كافة الاجراءات الضرورية لمباشرة عملية التفاوض في الزمان والمكان المحددين مسبقاً باتفاق الطرفين والهدف من الاتفاق على التفاوض هو الالتزام بهذه المرحلة لتتحول من مجرد التزام عام يتجرد من الطبيعة القانونية الى التزام له صفة ملزمة تعاقدية من خلال الخطابات الأولية التي تأخذ صورة التوقيع الأول على قبول التفاوض بقصد ابرام العقد ويصبح ما يرد فيه ملزماً في حال تم ابرام العقد النهائي على اختلاف الفقه عليه حيث اعتبر بعض الفقه ان هذه المرحلة اتفاق اولي على دخول المفاوضات لا يترتب عليها التزام لأي الأطراف، فمثلا لو اخل احد الأطراف بالمدة المقررة للدخول في مرحلة التفاوض عليها وكان، ويتبع ذلك الالتزام بالاستمرار في المفاوضات ومتابعتها وذلك بعدم الانسحاب التعسفي من المفاوضات، والذي يلحق الضرر بالطرف الاخر من خلال تكبده لعناء الوصول للطرف الاخر، والذي يتنافى مع مبدأ حسن النية فقطع المفاوضات وعدم الجدية في الاستمرار تنتج عنها ضرر للطرف الاخر المتفاوض ولهذا يلتزم الأطراف ببذل كافة الجهد وبذل ما بوسعهم، وصولا الى الغاية الأساسية من التفاوض سواء انتجت عقد صريحا ام لا والا أصبح الالتزام بالبداية في التفاوض لا معنى ولا قيمة قانونية له ومن خلال ما سبق نجد ان الالتزام ببداية التفاوض يجب ان يلتزم به الطرفين من خلال القدوم الى الموعد والبداية في المفاوضات، ولا تغفل عن ان على الاطراف التمسك بمبدأ حسن النية عند الالتزام ببداية المفاوضات وهو التزام اخلاقي وليس التزام قانوني لصعوبة إثباته قانونيا لأنه يعتمد على العامل النفسي كما ذكرنا سابقاً، الا انه له التزام جوهري في مفاوضات العقود الدولية حيث يعود الى القاضي من خلال مراجعة شروط العقد.

إذا كانت المفاوضات خارجة عن منطقة العقد، إلا أنه من المؤكد أنها ليست خارجة عن حدود القانون ونطاقه إذ يسيطر على مرحلة المفاوضات قبل العقد مبدأ عام يحكم عملية التعاقد بما فيها المفاوضات في جميع مراحلها وهو مبدأ حسن النية وما يفرض هذه المبدأ من أمانه ونزاهة وثقة في التفاوض بمتابعة التفاوض والاستمرار فيه حتى النهاية أما ببلوغ عقد نهائي وأما بالانسحاب منه لأسباب مشروعته، وعند البحث في القانون الكويتي والقوانين العربية الأخرى نجد أن هناك قصور تشريعي لتنظيم مسألة البدء في المفاوضات وإقرار وجوب اتخاذ مبدأ حسن النية في هذه المرحلة وإنما اكتفت فقط بالإشارة إليه بصورة عامة في القانون المدني واكتفت بالمفهوم التقليدي لهذه المرحلة كما ذكرنا سابقاً مما يستدعي ضرورة إدراج تشريع ينظم هذه المرحلة بكافة خطواتها نظراً للأهمية التي تتبلور عنها وعلى عكس الاتفاقيات الدولية التي أقرت هذا المبدأ ومنها اتفاقية فيينا لبيع البضائع الدولية ومبادئ عقد التجارة الدولية التي أقرت في روما عام 1994.

وبالتالي يرى الباحث أن مبدأ حسن النية عند تنفيذ التزام البدء في المفاوضات في العقود الدولية والاستمرار دون الإخلال بالاتفاق على هذه المرحلة هو مبدأ ملزم وبالرغم من خلو نصوص التشريعات العربية على هذا المبدأ إلا أنه من المبادئ التي نصت عليه المعاهدات والاتفاقيات التجارية الدولية، وحثت على مراعاته عند البدء بمفاوضات إبرام العقود الدولية.

#### ■ الفرع الثاني: الالتزامات الثانوية

يتفرع عن الالتزام الأساسي في مرحلة التفاوض في العقود الدولية التزامات قانونية ثانوية تهدف إلى تنظيم عملية التفاوض في إبرام العقود الدولية سواء تم الاتفاق على العقد أم لم يتم، ومن أهم هذه الالتزامات ما يلي:

#### ◆ الالتزام بالإعلام:

عرف الإعلام من فقهاء القانون "على أنه التزام سابق على التعاقد يتحدد محله في قيام المدين به بإخطار الطرف الآخر الدائن بكافة البيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه سواء من ناحية شروطه أم أوصاف الشيء محله أو مدى سعة التعهدات المتبادلة الناشئة عنه.<sup>(1)</sup>

(1) د. انس عيد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 568

ومن التطبيقات القضائية المتعلقة بالتزام اطراف التفاوض بالإعلام، ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر عام 1968 إلى إلزام الاطراف أثناء المفاوضات بالمصارحة أو بالإفشاء في حكمها بأنه "إذا كان ما تم بين الطرفين لا يعدو مرحلة التمهيد لإبرام عقد نقل بحري ولا يؤدي إلى انعقاد العقد إلا انه لا يجوز لأي من الطرفين إن يتخذ إجراء ما، من شأنه إن يوقع الطرف الآخر في فهم خاطئ للظروف ويحمله كلفة ما كان يتحملها لولا هذا الاجراء، فلا يجوز أن تصدر من السكرتير العام للهيئة تصرفات من شأنها إن توهم الطرف الآخر بأن التعاقد قد تم، ولا يصح له إن يدعي انه غير ملزم بأفهام الغير مركزه القانوني<sup>(1)</sup>.

وقد نص المشرع الجزائري في القانون المدني المادة 86 "يجوز ابطال العقد اذا كانت الحيل التي لجأ اليها احد المتعاقدين او النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم الطرف الثاني العقد"<sup>(2)</sup> ونلاحظ ان المشرع الجزائري أجاز ابطال العقد عند إخفاء المعلومات او التغييرات التي تطرأ عليها، وقد أشار المشرع الفرنسي في القانون المدني المادة "1112" لسنة 2016 الى نظرية المفاوضات العقدية ونظم الالتزام بالإعلام وحدود وعبء اثبات القيام به وجزاء الاخلال به.

وغفل المشرع الكويتي كما هو حال اغلب التشريعات العربية عن وضع نصوص تنظم موضوع الالتزام بالإعلام بنصوص خاصه بهذه المرحلة شأنه شان القانون الفرنسي وترك الامر للقواعد التقليدية والفقهاء القانوني.

#### ♦ الالتزام بالتعاون:

وهو التزام يلزم الاطراف بالتشاور والمشاركة في مرحلة التفاوض على ابرام العقد الدولي وتحديد التفاصيل مثل مكان وزمان ابرام العقد ومرحلة تحديد الخبراء والفنيين والاستشاريين والالتزام بالتعاون يرتب على الاطراف الالتزام بإظهار الجدية وعدم التراخي في تحديد التفاصيل وابداء المرونة في مناقشة جدول الاعمال والابتعاد عن التشدد في رأي معين واحترام العادات

(1) نقض مدني مصري الصادر 28/3/1968 بقضية رقم 95 مشار اليه في: الزقرد، احمد السعيد، مرجع سابق، ص 2  
IUG Journal of sharia and law studies (Islamic university of gaza) cc by 4.0

(2) القانون الجزائري المدني المادة 86

والاعراف التجارية المطبقة في معاملات التجارة الدولية<sup>(1)</sup> وهذه المرحلة تستمر طوال مرحلة التفاوض تكفل نهاية التفاوض بإبرام العقد النهائي ام العدول عنه.

#### ♦ الالتزام بالمحافظة على الاسرار:

وهو التزام بالمحافظة على الاسرار أثناء عملية التفاوض على ابرام العقود الدولية اثناء التفاوض وحتى بعده وسواء اسفر التفاوض عن ابرام عقد بين الأطراف ام لا، فلا يحق للأطراف افشاء معلومات عن بعضهم للآخرين وخصوصا اذا كانت تؤثر في طبيعة ونوع أعمالهم، فيعرف بأنه أثر يترتب على اتفاق بين الأطراف المتفاوضة، يقوم بموجبه أحد طرفي التفاوض بإبقاء ما يحصل عليه من معلومات تهم المفاوض الآخر ويترتب على إفشائها إلحاق الضرر به طي الكتمان والالتزام بالمحافظة على الاسرار لا يقصد به ان تتم المفاوضات بسرية وكتمان، انما يقصد به ان يلتزم الاطراف بالمحافظة على المعلومات التي يتم اكتشافها اثناء المفاوضات والمحافظة على سرية الوثائق والمستندات التي يحصل عليها الاطراف ويتم تداولها اثناء مرحلة التفاوض وهذا ما أكدت عليه مجموعة عقود التجارة الدولية المعتمدة من قبل المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بروما عام 1994<sup>(2)</sup>.

وعند استقراء الالتزامات الثانوية للتفاوض في العقود الدولية نجد غياب النصوص القانونية التي تنظم هذه الالتزامات واضح فلقد خلت التشريعات العربية من اي نص تشريعي فيما يتعلق بها وتعود هذه الدول في تنظيمها الى الاسبقيات الدولية والمعاهدات الدولية.

#### • المطلب الثاني: اساس المسؤولية في مفاوضات العقود الدولية

تقتضي القوة الملزمة للعقد وفقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، قيام اطرافه بتنفيذ ما يقع على عاتقهم من التزامات، فإن عدل أي من الطرفين عن تنفيذ التزاماته أو تأخر في تنفيذها

(1) عبد الله رجب، كريم، مرجع سابق، ص 446-447

(2) نصت المادة 2 من البند 16 من "المبادئ العامة للعقود التجارية الدولية لمعهد روما":

"ان التزام الطرف الذي يتلقى اثناء المفاوضات معلومات معينة ذات طابع سري من الطرف الاخر وسواء ابرام العقد او لم يبرم بعدم انشائها او استخدامها بغير حق الأغراض شخصية ويترتب الاخلال بهذا الواجب تعويضا يشمل بهذه الحالة المنافع التي كان سيحصل عليها الطرف الاخر"

كان بالإمكان إجباره على ذلك عن طريق تحريك المسؤولية العقدية، ولكن الامر في تحديد طبيعة المفاوضات التي تسبق ابرام العقد الدولي لها اتجاهين اتجاه يرى ان المسؤولية تقصيرية والأخر يرى انها مسؤوليه عقدية حيث ولمعرفة اساس هذه المسؤولية والاثار المترتب عليها قسمنا هذا المطلب الى فرعين كالآتي:

### ■ الفرع الأول: المسؤولية التقصيرية في مرحلة المفاوضات

تكمّن أهمية دراسة مرحلة التفاوض والتوصية بصدور تشريع ينظم هذه المرحلة التي تسبق ابرام العقد الدولي هو عدم الوقوع في نزاع بين اطراف العقد يتخطى الحدود الدولية، وذلك نظراً لصعوبة إعادة التوازن والحقوق المالية والعلمية وغيرها الى الأطراف المنازعة، حيث ينشأ عن قطع المفاوضات من دون سبب مشروع يكون تحت مبدأ حرية التعاقد المتمثل بهذه المرحلة بحرية التفاوض بحيث يمكنه العدول عنها بالمقابل يتطلب ان يشعر الطرف المفاوض الآخر بالأمان على معلوماته وبياناته وكل ما يتم تبادلها في هذه المرحلة بين الأطراف، والا عكس ذلك سلباً على نزوح رؤوس الأموال من التوسع الاقتصادي الدولي خوفاً وعدم الشعور بالأمان خاصة ان القانون لم ينظم صريحاً هذه المرحلة واعتبرها من الاعمال المادية الغير ملزمة وعلى المتضرر اللجوء الى طريق المسؤولية التقصيرية واثبات الخطأ، ففي مثل هذه الأحوال تقوم المسؤولية التقصيرية في حق المتفاوض المخطئ اذا ما توافرت الشروط اللازمة لانعقاد المسؤولية وبالتالي فانه بانتفاء عنصر الخطأ المصاحب للأسلوب الذي تم به إدارة عملية التفاوض ما بين الطرفين تنتفي كل مسؤولية قبل الطرف العادل عن إتمام عملية التفاوض وبالتالي فشلها في بلوغ غايتها بغض النظر عن الشوط او المرحلة التي تكون قد وصلت اليها المرحلة التفاوضية.<sup>(1)</sup>

ونصت المادة 227/1 من القانون المدني الكويتي على انه " كل من أحدث بفعله الخاطئ ضرراً يلتزم بتعويضه سواء في احداثه الضرر مباشراً او متسبباً " وكذلك جاء في القانون المدني الأردني حيث تناول المسؤولية العقدية وبين الاضرار التي يشملها التعويض في احكام

(1) د. انس عبد الحميد فريجات، مرجع سابق ص 735

المواد (360-364)، حيث ينحصر التعويض بما يساوي الضرر الواقع فعلاً ولا يشمل الربح الفائت والضرر المعنوي باستثناء حالتي الغش والخطأ الجسيم.

ويرى الباحث ان اعتبار العدول عن مرحلة التفاوض والانسحاب مسؤولية تقصيرية وعلى المتضرر اثبات الخطأ، يرى ان في ذلك مشقة وعبء كبير، نظراً لأسباب منها طبيعة العقد الدولية ومشكلة تنازع القوانين التي تواجه مشاكل في العقد المبرم فما يكون دورها في مرحلة التفاوض على اعتبار انها اعمال مادية، وكلها أسباب تؤدي الى عدم الشعور بالأمان عند وجود نية للتفاوض وعدم استقرار المعاملات وتعرضها للغش.

#### ■ الفرع الثاني: المسؤولية العقدية في مرحلة المفاوضات

ان اعتبار مرحلة التفاوض هي الاعمال المادية التي ترتب المسؤولية التقصيرية وذلك تماشياً مع حرية التعاقد، يجعل المفاوضات غير جادة وسبباً للنزاعات وتضيع الوقت والجهد، وفشي الاسرار او تكون هدفاً للتجسس على معلومات واسرار الأطراف، لذلك كان تدخل المسؤولية المدنية العقدية مهماً، مع الحفاظ على مبدأ حرية التعاقد دون اضرار الغير، من خلال التقيد بضوابط يترتب على الاخلال بها مسؤولية عقدية تبعث بدورها الطمأنينة للأطراف عند التعاقد، وقد اختلف الفقه في تحديد طبيعة المسؤولية السابقة على مرحلة التعاقد، ومنهم من قال انها عقدية، وفي هذا الاتجاه يوجد نوعين مختلفين من الفقهاء، فمنهم من اعترف بان أساس ومضمون المسؤولية عقدية حيث انها اعتمد على القبول الضمني في تحديدها، والاتجاه الثاني اعترف بها على انها مسؤولية عقديه بشرط وجود عقود أولية متبادلة في مرحلة التفاوض، ويعد الفقيه الألماني "ايهرنج" هو اول من أسس هذه نظرية المسؤولية العقدية في مرحله التفاوض، واخذ الفقيه الألماني بفكرة الخطأ بهذه المرحلة على أساس بذل عناية وانتباه والحيلولة دون قيام القدر او بطلانه، ولكن هذه الاتجاه لاقى العديد من انتقاد الفقهاء بانه يفرض على عاتق الأطراف حسن التصرف وقيامهم على كافة العناصر والمسائل الجوهرية لضمان التعاقد والا ترتب عليهم مسؤولية بضمان التعويض، واغلب التشريعات العربية اعتبرت ان المسؤولية هي تقصيرية فالمشرع المصري في المادة 148 من القانون المدني انه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد

بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام" وهذا ما اخذ به المشرع الجزائري بان المفاوضات غير المصحوبة باي اتفاق، مجرد عمل مادي، تتحقق المسؤولية التقصيرية، وبذلك تتكون المسؤولية العقدية اذا صاحبها اخلال بعد قبول التفاوض الصريح يترتب عليه مسؤوليه عقديه، وعدم الاستمرار بعد الدخول في مرحلة التفاوض دون مبرر مشروع يترتب مسؤولية عقديه، وعلى المتضرر اثبات دعوى المسؤولية العقدية، بان يثبت أولاً بوجود التزام يثبت عدم تنفيذه.

وعلى ذلك لقيام المسؤولية العقدية على المتضرر بكافة وسائل الاثبات، اذا لم يوجد عقد تفاوض مكتوب بين اطراف المتفاوضين، وفي حالة وجود ضرر واذا انتفى الضرر فلا مسؤولية ولا تعويض، لان الخطأ وحده لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية يجب ان يصحب الخطأ ضرر ومستوفي جميع شروطه مادية ومعنوية.

#### ○ الخاتمة

تناولت هذه الدراسة موضوع التفاوض في العقود الدولية حيث شرحت هذه الدراسة ماهية التفاوض في العقود الدولية وسبب غياب التشريعات عن مسألة تنظيم هذه المرحلة واسا المسؤولية القانونية لها، فالتفاوض كمرحلة تمهيدية تسبق ابرام العقود الدولية امراً بالغ الأهمية في إطار كثرة العروض وشدة التنافس بين المؤسسات والشركات الوطنية و الدولية، وهذا ما يدل على قيمة التفاوض كحجر أساس وما يجب أن يحظى به هذا الاخير من اهتمام وبالرغم من ذلك، فقد وجد الباحث أن العديد من التشريعات وخاصة في البيئة العربية لم تنظم المفاوضات لأغراض التعاقد في العقود الدولية بنصوص خاصة، وإنما اعترفت بها ضمناً من خلال بعض النصوص القانونية المتناثرة في قوانينها المدنية، ومن هنا جاءت مشكلة هذه الدراسة لتحديد مدى قيام المشرع الكويتي والتشريعات المقارنة بمعالجة مسألة مفاوضات العقود الدولية وتنفيذها، ضمن نصوص قانونية خاصة، وفيما إذا كانت هناك أي قيمة قانونية في القانون الكويتي والتشريعات المقارنة للمرحلة التي تسبق ابرام العقد الدولي، وهي مرحلة المفاوضات التمهيدية.

## ◆ النتائج:

- توصل الباحث في نهاية هذا البحث الى جملة من النتائج اهمها ما يلي:
1. انه وبالرغم من اهمية مرحلة التفاوض في العقود الدولية الا ان القوانين الخاصة جاءت خالية من اية نصوص تنظم هذه المرحلة.
  2. نظرا لحدائثة موضوع المفاوضات في العقود الدولية، ونظراً لعدم وجود نصوص قانونية تنظم مرحلة المفاوضات، فإنه لا يوجد في الفقه تعريف شامل مانع للمفاوضات، ولكن توجد بعض التعريفات المتنوعة بتنوع واختلاف موضوع المفاوضات
  3. على الرغم من أهمية مرحلة المفاوضات في وقتنا الحاضر، الا أن القانون المقارن، ومن ضمنه القانون الكويتي، جاء خالي أ من أية نصوص خاصة بتنظيمها، وإنما تركت هذا الموضوع لاجتهاد الفقه وتقدير القضاء، ولعل ذلك راجعاً لسيطرة المفهوم التقليدي لإبرام العقد، والواقع أن ذلك التصور لا يتناسب مع ما تتطلبه عقود التجارة الدولية، وما طرأ عليها من تطورات تكنولوجية هائلة.
  4. ينشأ عن التفاوض حول العقود الدولية عدد من الالتزامات التي يجب على طرفي التفاوض احترامها والأخذ بها قبل البدء في التفاوض، حيث يترتب على طرفي التفاوض عدد من الالتزامات، وهذه الالتزامات إما ضمنية لا يتم النص عليها، كمبدأ حُسن النية، أو التزامات صريحة ومنتق عليها من قبل جميع الأطراف وهذه الالتزامات ضرورية للاستمرار في عملية التفاوض بغية الوصول الى ابرام العقد النهائي.
  5. توصلت الدراسة الى أنه في حال عدول أي من الطرفين عن تنفيذ التزاماته أو تأخر في تنفيذها كان بالإمكان إجباره على ذلك عن طريق تحريك المسؤولية العقدية، حيث يترتب على الاخلال بشروط المفاوضات على العقود الدولية، مجموعة من المسؤوليات على الطرف الذي يرتكب خطأ عقدياً.

#### ♦ التوصيات:

وعلى ضوء هذه الدراسة يمكن وضع بعض التوصيات بشأن مسائل جوهرية متعلقة بمرحلة المفاوضات في العقود الدولية من أجل تحقيق أهداف تنظم هذه المرحلة، بما يتناسب مع الطبيعة الخاصة بها وهذه التوصيات هي:

1. ضرورة قيام المشرع الكويتي والتشريعات العربية بتضمين نصوص قانونية ضمن قوانينها الخاصة، يتضمن التعريف بالعقد الدولي، وتنظيم عملية المفاوضات على ابرام هذا النوع من العقود.
2. تسليط الضوء أكثر على مبدأ حسن النية بين طرفي التفاوض، من خلال ادراج نصوص قانونية في القوانين العربية، على ان يلتزم المتفاوضين بما يفرضه مبدأ حسن النية من التزامات.
3. توحيد الطبيعة القانونية للمفاوضات التمهيدية للتعاقد الدولي، بحيث تحكمها قواعد قانونية واحدة دون تمييز بين صورة وأخرى من صور المفاوضات.
4. إعداد المزيد من الدراسات حول هذا الموضوع بالتركيز على العقود الالكترونية، نظراً لأهمية الموضوع بسبب انتشار التبادلات والتعاملات التجارية الدولية، خاصة مع انتشار التجارة الالكترونية على المستوى الدولي.

الدراسة الثالثة:

الترحيلُ القسريُّ للسكانِ المدنيينِ كجريمةٍ ضدَّ الانسانيةِ

نوف سعيد الشهراني

خُلِقَ الإنسانُ مكرماً عن غيره من المخلوقات، خُلِقَ بحقوقٍ نشأت بنشأته، وتلازمَتْ بوجوده الإنساني، دونَ أن تكونَ وليدةَ نظامٍ قانوني معينٍ. حقوقٌ عامّة، جاءَ القانونُ ليثبِتَها ويحميها لا ليجدّها، حقوقٌ مُعترفٌ فيها للبشريّةِ جمعاء، بلا استثناء، حقوقٌ تعكسُ الكرامةَ الإنسانيّةَ التي تميّزنا عن غيرنا من المخلوقات، الكرامةُ في الحصولِ على المسكن المشروع، الكرامةُ في التنقّل دونَ خوفٍ، والكرامةُ في البقاءِ في أوطاننا دونَ ترحيلٍ أو إبعادٍ، والكرامةُ في حقِّ العودةِ دائماً.

منذُ القدم تُصنّفُ بعضُ الأفعالِ بالمحظوراتِ التي لا تتفقُ، ولا تتناسبُ مع المتطلباتِ الإنسانيّةِ للاستقرار والأمان، أفعالٌ تستكزها النفسُ البشريّةُ والقطرةُ الإنسانيّةُ السليمةُ. وعلى الرغم من النهجِ الواضحِ للكتبِ السماويّةِ والأعرافِ الإنسانيّةِ في حظر هذه الأفعالِ -الجرائمِ، إلا أن الرادعِ الدينيِّ والأخلاقيِّ لم يكونا كافيين. ومن هذه الجرائمِ الدوليّةِ الخطيرةُ التي انتهكتُ الأمنَ والسلمَ الدوليين "جريمةُ الترحيلِ القسريِّ للسكانِ المدنيينِ" والتي تُعتبرُ فعلاً من الأفعالِ المكوّنةِ للجرائمِ ضدَّ الإنسانية، وهي ليستُ جريمةً حديثةَ العهدِ، وإن كان تقنينُها في القرنِ العشرين خصوصاً في النصفِ الثاني من القرنِ العشرين، وبالتحديد بعد الحربِ العالميّةِ الثانيةِ،<sup>(1)</sup> إلا أنّها متواجدةٌ وملازمةٌ للتجمّعاتِ البشريّةِ منذُ القدم.

تاريخياً تمّ ذكرُ مصطلحِ "الجرائمِ ضدَّ الإنسانية" لأول مرّةٍ في عام 1915م، وكان ذلك بسببِ جرائمِ القتلِ التي ارتكبتُ من قبل الدولةِ العثمانيّةِ في حقِّ الأرمنِ، وذلك عندما قامتُ

(1) د. إبراهيم العناني. المحكمة الجنائية الدولية، ط 1، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، 2006، ص 5.

دول روسيا وفرنسا وبريطانيا بإعلان يتضمّن ما يلي: "بالنظر إلى الجرائم الجديدة للأتراك ضدّ الإنسانية والحضارة، فإنّ حكومات دول الحلفاء تعلن للباب العالي بأنّها سوف تقبّم المسؤولية الفرديّة عن هذه الجرائم في مواجهة أعضاء الحكومة العثمانيّة، وممثليها المتورطين في تلك المجازر كافّة".<sup>(1)</sup>

وعلى الرغم من أنّ معاهدة سيفر بين دول الحلفاء والدولة العثمانيّة لسنة 1920م، والتي تعهدت بموجبها الحكومة العثمانيّة بتسليم الأشخاص الذين ارتكبوا جرائم القتل والتهجير في حقّ الأرمن في عام 1914م، على الأراضي العثمانيّة، إلا أنّ المحكمة المراد إنشائها من قبل الحلفاء لم تنشأ، وذلك لعدم التصديق على المعاهدة، والتي تمّ استبدالها لاحقاً بمعاهدة لوزان لسنة 1924م، والتي تضمّنت عفواً كاملاً عن جميع الجرائم المرتكبة بين عامي 1914م، و1922م كصفقةٍ سياسيةٍ مع تركيا، بالتالي فإنّ الاعتبارات السياسيّة هي التي سادت آنذاك على اعتبارات العدالة، ولكن يبقى لمعاهدة فرساي أثرٌ على الأقلّ في إظهار أهميّة إنشاء قضاء دولي.<sup>(2)</sup>

ولعلّ هذه ليست الجريمة الأخيرة التي اقترفها الأتراك، بل قاموا كذلك بتهجير أهالي المدينة المنورة فيما يسمّى "سفربرك"<sup>(3)</sup>، عندما قام "فخري باشا" في 1916 بترحيلهم قسراً إلى الشام والعراق وتركيا والأردن وفلسطين، وذلك كما يقال للحفاظ عليها قدر الإمكان من هجمات القبائل البدويّة المحيطة بها.<sup>(4)</sup>

---

(1) "لم يكن مصطلح "ضد الإنسانية" هو المصطلح الموجود الاقتراح الأصيل والمقدم من الجانب الروسي بل كان "الجرائم ضد المسيحية والحضارة"، لكن وزير الخارجية الفرنسي ارتأى تغييره؛ لأن هذا المصطلح سيؤدي إلى استياء الشعوب الإسلاميّة الخاضعة للاستعمارات الأوربيّة، واقترح مصطلح "الجرائم ضد الإنسانية"، الذي لاقى قبولاً من الجانب الفرنسي والروسي". Antonio Cassese, International Criminal Law, op.cit.p.67.

(مشار إليه في: د. أحمد المهدي بالله. الجرائم الدولية، مُعد للنشر، كلية القانون، جامعة قطر، 2022، ص 31).

(2) Bassionuni, M. Cherif, crime Against Humanity, op.cit.p.68.

(مشار إليه في: أ.سوسن تمر خان بكه. الجرائم ضد الإنسانية في ضوء احكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ط1، منشورات الحلبي، 2006، ص 11).

(3) تعني بالتركية " الترحيل الجماعي"، أنظر: محمد الساعد. سفربرك - قرن على الجريمة العثمانية في المدينة المنورة، ط2، دار مدارك للنشر، الرياض، ص 17.

(4) ص 14- 15، المرجع السابق.

يُعدُّ أيضاً من فُئيلِ التهجيرِ القسريِّ للسكانِ المدنيين، قيامُ السلطاتِ الفرنسيَّةِ بمساعدةِ ما يسمونَ بالحركيِّ<sup>(1)</sup>، آبانِ استعمارهم للجزائر، بتهجيرِ الجزائريينَ إلى الجبال، واستباحةِ أراضيهم الزراعيَّةِ وممتلكاتهم، وجلبِ مواطنيهم الدُّخلاء ليحلُّوا محلَّ مَلاكِ الأراضيِ المدنيينِ<sup>(2)</sup>. وعلى الرغمِ من وجودِ النظمِ القانونيَّةِ الوطنيَّةِ والدوليَّةِ التي تُجرِّمُ الترحيلَ القسريَّ للسكانِ المدنيينِ، منذَ سنينِ حتى يومنا هذا، إلاَّ أنَّه مازالَ موجوداً بصورٍ وأشكالٍ مختلفَةٍ، فقدَ يكونُ بشكلٍ مباشرٍ؛ كالحروبِ وبشكلٍ غيرِ مباشرٍ كالترحيلِ تحتَ غطاءِ التطويرِ والتنميةِ والتهميشِ وغيرها من الوسائلِ التي تودِّي في النهايةِ إلى ترحيلِ أو إبعادِ السكانِ المدنيينِ قسراً. سيتمُّ التطرُّقُ في هذا البحثِ إلى جريمةِ الترحيلِ القسريِّ للسكانِ المدنيينِ كجريمةٍ ضدَّ الإنسانيَّةِ، في مبحثين، يورد أولهما لمحةً عن المفهومِ والأركانِ الموضوعيَّةِ لجريمةِ الترحيلِ القسريِّ للسكانِ المدنيينِ، وثانيهما يتحدَّثُ عن الدورِ القضائيِّ الوطنيِّ والدوليِّ في تجريمِ ومكافحةِ الترحيلِ القسريِّ كجريمةٍ ضدَّ الإنسانيَّةِ.

#### ♦ الهدف والأهميَّة:

يهدفُ البحثُ إلى التعريفِ بماهيَّةِ جريمةِ الترحيلِ القسريِّ للسكانِ المدنيينِ في ضوءِ اللُّغةِ والمواثيقِ القانونيَّةِ، كذلكَ بتحديدِ النصوصِ القانونيَّةِ وإسقاطها على بعضِ الوقائعِ القضائيَّةِ ذاتِ الصلةِ. أيضاً يُسلِّطُ الضوءَ على الدورِ القضائيِّ، الوطنيِّ والدوليِّ في مكافحةِ جريمةِ الترحيلِ القسريِّ وآلياتهما، أمَّا بالنسبةِ لأهميَّةِ البحثِ فهي تتجلى في أهميَّةِ الموضوعِ ذاته، كسلوكٍ مكوِّنٍ للجرائمِ ضدَّ الإنسانيَّةِ، سلوكٍ متصوِّرٍ في الحربِ والسلمِ، سلوكٍ نراه كلَّ يومٍ لأسبابٍ لا يمكنِ حصرها، ولكن يمكنِ الحدِّ منها ومكافحتها.

#### ♦ الإشكاليَّة:

إنَّ التصوُّرَ الموجودَ لدى الأغليَّةِ عن التهجيرِ القسريِّ للسكانِ المدنيينِ كجريمةٍ ضدَّ الإنسانيَّةِ هو تصوُّرٌ إيجابيٌّ مادِّيٌّ بحثٌ؛ فلا يتصوُّرُ أن يكونَ سببها امتناعاً أو إكراهاً معنويًّا،

(1) انظر: رشيد سكاى. "الحركي"، تاريخ الزيارة: 2022/8/6، متاح على الرابط التالي:

<https://www.bbc.com/arabic/middleeast-46156221>

(2) Abbas Maymouni. "France's Colonial-Era Crimes 'Unforgotten' In Algeria", 6/8/2022, Available At; France's colonial-era crimes 'unforgotten' in Algeria (aa.com.tr)

كالإهمال والتهميش، كذلك لا يتصور أن تكون الدولة ذاتها سبباً في سلوك التهجير لا منعه؛ ولذلك جاء البحث ليكشف عن حقيقة هذه التصورات العامة بالتعريف بماهية هذا السلوك كجريمة ضد الإنسانية، وعن الأساس القانوني الذي يُستند إليه على المستوى الوطني والدولي لتكييف الوقائع ولتطبيق القانون عليها؟

#### ♦ المنهجية:

انتهجت الباحثة المنهج التاريخي في ذكر بعض الوقائع التاريخية، كما انتهجت المنهج الوصفي؛ لتحديد المفاهيم القانونية. كذلك المنهج التحليلي والمنهج المقارن متى اقتضى ذلك.

#### ♦ خطة البحث:

قُسم البحث إلى مبحثين: أولهما يتحدث عن مفهوم وأركان جريمة الترحيل القسري للسكان المدنيين - كجريمة ضد الإنسانية -، يلي ذلك مبحثاً ثانياً، يتحدث عن الدور القضائي الوطني والدولي في تجريم ومكافحة الترحيل القسري للسكان المدنيين.

### ○ المبحث الأول: مفهوم وأركان جريمة الترحيل القسري للسكان المدنيين

#### ♦ تمهيد:

للبعد اللغوي والقانوني في تعريف جريمة الترحيل القسري للسكان المدنيين أهمية كبيرة في القانون والقضاء الوطني والدولي؛ لمعرفة معاني المفردات بشكل واضح، وما يدخل في نطاقها من فئات يحميها القانون ويحظر انتهاكها. كذلك إنَّ لتحديد الأركان الموضوعية اللازمة لقيام جريمة الترحيل القسري كجريمة ضد الإنسانية، وفق نظام المحكمة الجنائية الدولية أهمية جوهرية؛ وذلك للإحاطة والإلمام بجميع جوانبها، بالتالي ليسهل إسقاطها على الوقائع وتكييفها بالشكل الصحيح.

سيتم في هذا المبحث التطرق إلى ما يلي:

**المطلب الأول:** مفهوم جريمة الترحيل القسري للسكان المدنيين.

**المطلب الثاني:** الأركان الموضوعية لجريمة الترحيل القسري للسكان المدنيين.

## • المطلب الأول: مفهوم جريمة الترحيل القسري للسكان المدنيين

إنّ حماية المدنيين وأعيانهم المدنيّة موضع اهتمام دائم في القوانين الوطنيّة والدوليّة، ولضمان وكفالة هذه الحماية أولى المجتمع الدوليّ أهميّة كبيرة في تعريف المقصود بمصطلح "مدنيّين"؛ للفرقة بينهم وبين المقاتلين في النزاعات، وإسباغ الحماية القانونيّة لهم لصفتهنّ المدنيّة؛ وذلك لسبب بسيط وهو عدم مشاركتهم وعدم تخطيطهم لهذه النزاعات. كذلك أولت النظم القانونيّة أهميّة في تعريف مصطلح "الترحيل القسري"؛ لأنّ جريمة الترحيل القسري مقترنة بعنصر الإكراه والقسر كعنصر لازم لقيام الجريمة، بالتالي يجب تحري مفهومه وصوره بدقة لتكييف السلوك المحظور وارتقائه ليُصنّف كجريمة دوليّة.

سأحدث في هذا المطلب عن تعريف "الترحيل القسري" (كفرع أول)، وتعريف "السكان المدنيين" (فرع ثانٍ).

### ▪ الفرع الأول: تعريف "الترحيل القسري" Forcible transfer

#### ♦ أولاً: الترحيل القسري في اللغة

يُقصد بالترحيل في اللغة العربيّة، "الهجر"، وهو ضدّ الوصل، ويقال: هجرت الشيء أي تركته، ويقال: الخروج من أرضٍ إلى أرضٍ<sup>(1)</sup>، كما يقال: "هَجَرَ فلاناً، أي أخرج من بلاده، أو هجرَ المستعمر الناس من أراضيهم، أو هجرت الحروب أهالي القرى".<sup>(2)</sup> كذلك يقصد بالنقل -الترحيل-: "حمل أو تمرير شيء أو نقله"<sup>(3)</sup> أما بالنسبة لفظ "قسري"؛ فيعني استخدام القوة الممنهجة أو الإكراه في فعل ما، وعادةً ما تستخدم في الأعمال غير القانونيّة.<sup>(4)</sup>

(1) محمد ابن مكرم ابن منظور . لسان العرب، ج 1، الدار العربيّة للتأليف والنشر، بيروت، بدون تاريخ، ص990. (مشار إليه في: صهيب جاسم. "جريمة التهجير القسري في القانون الدولي والقانون الوطني"، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، مج 19، ع 68، 2019، ص 285).

(2) أحمد عبد الحميد. معجم اللغة العربيّة المعاصر، ج 3، عالم الكتب، القاهرة، 2008، ص 2325. (مشار إليه في المرجع السابق، ص 285).

(3) Black's law dictionary, 2d edition, 1910; p 1167. See also: transferable; transient in a poor-law. same p.

(4) "power dynamically considered , that is in motion or action; constraining power; strength directed to an end. p. 503" See also: Force in old English law; In Scootch law. P.509,same source.

#### ♦ ثانياً: الترحيل القسري اصطلاحاً

يُعرّف الترحيل في العلوم الاجتماعية بأنه: "تغيير مكان الإقامة الاعتيادي، بأن يقوم الأفراد بالانتقال من مكان جغرافي إلى آخر، بصورة دائمة أو مؤقتة، ويكون هذا الترحيل من دون إرادة الأفراد"<sup>(1)</sup>. كما يُعرّف الترحيل كمصطلح مرتبط بالتغيير الديمغرافي بأنه: "القيام بأعمال أو سلوكيات؛ لتغيير التركيبة السكانية لمنطقة ما، وذلك بإجلاء مجموعة سكانية منتمة إلى مذهب أو عرق معين، وإحلال مجموعة أخرى تنتمي إلى عرق ومذهب آخر، مستعملين في ذلك وسائل تهريب أو ترغيب مختلفة"<sup>(2)</sup>.

أمّا في القانون فيُعرّف الترحيل بأنه: "نقل السكان من وإلى أماكن غير أماكنهم الأصلية خارج حدود دولتهم إلى دولة أخرى"، ويُعرّف الإبعاد بأنه: "نقل السكان المدنيين من أماكنهم الأصلية إلى أماكن أخرى داخل حدود دولتهم"<sup>(3)</sup>. وذلك يعني أن كلمة الترحيل وكلمة الإبعاد غير مترادفين في القانون العرفي.<sup>(4)</sup>

#### ♦ ثالثاً: الترحيل القسري للسكان المدنيين في بعض الصكوك القانونية

نُصّ لأول مرة على الترحيل القسري في مدونة "ليبير"، والتي تُعتبر أول مدونة قانونية للفيلسوف فرانسيس ليبير، والتي تُوثّق الجرائم المصنفة "كجرائم حرب"، والصادرة في عام 1863

(1) عبدالقادر القيصر. الأسرة المتغيرة في المدينة العربية، ط1، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت 1992، ص 105. (مشار إليه في: صهيب جاسم. "جريمة التهجير القسري في القانون الدولي والقانون الوطني"، مرجع سابق، ص 285).

(2) عبد المنعم زين الدين. "التغيير الديموغرافي في سوريا- التهجير القسري في ظل الثورة السورية-"، سلسلة دراسات مركز جسور، تركيا، 2016، ص2. متاح على الرابط: (jusoer.co) pdf.238.

(3) د. أحمد المهدي بالله. الجرائم الدولية، مرجع سابق، ص 285-286.

(4) ICTY, RADISLAV KRSTIC, trial chamber, Aug 2nd 2001 stated that: "Both deportation and forcible transfer relate to the involuntary and unlawful evacuation of individuals from the territory in which they reside. Yet, the two are not synonymous in customary international law. Deportation presumes transfer beyond State borders, whereas forcible transfer relates to displacements within a State; p 183". See also: Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries, 1996. Article 18. Crimes against humanity: (13) The seventh prohibited act is arbitrary deportation or forcible transfer of population under subparagraph (g). Whereas deportation implies expulsion from the national territory, the forcible transfer of population could occur wholly within the frontiers of one and the same State. The term "arbitrary" is used to exclude the acts when committed for legitimate reasons, such as public health or well-being, in a manner consistent with international law."

من الرئيس الأمريكي (إبراهام لنكولن)، وكان ذلك في أثناء الحرب الأهلية الأمريكية، والتي عُدت فيما بعد كجزء من القانون الدولي الإنساني العُرْفِي. إذ أكدت المدوَّنة على أنه: "لم يعد جائزاً نقل السكان المدنيين بالقوة إلى مناطق بعيدة".<sup>(1)</sup>

لم ينص على جريمة الترحيل في اتفاقيات لاهاي للسلام لعام 1899 و1907 كجريمة ضد الإنسانية، وقد يكون ذلك؛ لأنَّ عدم مشروعيتها أمرٌ مسلّم ومفترض ومفروغٌ منه، أو لأنَّه نُصِّ في الديباجة بإقرار الحماية للسكان والتي جاءت بأنَّه: "... وإلى أن يحين استصدار مدوَّنة كاملة لقوانين الحرب، ترى الأطراف السامية المتعاقدة من المناسب أن تُعلن أنه في الحالات غير المشمولة بالأحكام التي اعتمدها، يظلُّ السكان المتحاربون تحت حماية وسلطان مبادئ قانون الأمم، كما جاءت من التقاليد التي استقرَّ عليها الحال بين الشعوب المتمدَّنة وقوانين الإنسانية ومقتضيات الضمير العام"<sup>(2)</sup>.

أمَّا بالنسبة لاتفاقيات جنيف، فقد حظرت اتفاقية جنيف الرابعة، بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب المؤرَّخة في 12 آب/أغسطس 1949، النقل الجبري للأفراد والجماعات بغض النظر عن دواعيه، فنصَّت المادة رقم (49): "يُحظر النقل الجبري الجماعي، أو الفردي للأشخاص المحميين أو نفيهم من الأراضي المحتلة إلى أراضي دولة الاحتلال أو إلى أراضي أيِّ دولة أخرى، محتلة أو غير محتلة، أيًا كانت دواعيه". كذلك وصفت المادة رقم (147) من الاتفاقية النفي أو النقل غير المشروع بالمخالفات الجسيمة.<sup>(3)</sup>

كذلك نصَّت المادة رقم (5) من نظام محكمة يوغسلافيا السابقة على الترحيل والإبعاد القسري كجريمة ضد الإنسانية، تستوجب المسؤولية الفردية، إذا ارتكبت في نزاع مسلح داخلي أو خارجي وإذا وُجهت ضد مدنيين<sup>(4)</sup>. أيضاً عرفت محكمة يوغسلافيا السابقة الإبعاد بأنَّه:

(1) جون ماري ولوبز دوزوالد. قواعد القانون الدولي الإنساني العُرْفِي، م 1، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ص 400. (مشار إليه في: صهيب جاسم. "جريمة التهجير القسري في القانون الدولي والقانون الوطني"، ص 294، مرجع سابق. أنظر أيضاً: القانون الدولي الإنساني العُرْفِي - القاعدة 129. النزوح. (icrc.org)

(2) أنظر: الاتفاقية الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية - اللجنة الدولية للصليب الأحمر (icrc.org).

(3) متاح على الرابط التالي: اتفاقية جنيف الرابعة، 1949 | اللجنة الدولية للصليب الأحمر (icrc.org)، انظر أيضاً: المادة رقم (85) من الملحق الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف 1977. متاح على الرابط التالي: الملحق (البروتوكول) الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف، 1977 - اللجنة الدولية للصليب الأحمر (icrc.org).

(4) Article (5) (D), ICTY.

ترحيل قسري للسكان المدنيين من مناطق تواجدهم المشروعة دون مبرر قانوني دولي<sup>(1)</sup>. قانون مجلس الرقابة رقم 10 والمحكمة الدولية لرواندا نصًا كذلك على جريمة الترحيل والإبعاد القسري للمدنيين كجريمة ضد الإنسانية، وسيتم التطرق لهما في المبحث الثاني من البحث، وبالتحديد في الفرع الأول من المطلب الثاني والمعنون بدور المحاكم المؤقتة.

### ■ الفرع الثاني: تعريف "السكان المدنيين" civilian population

اهتمَّ القانونُ والقضاءُ الدوليتان بتعريف مصطلح السكان المدنيين، للترقية بينهم وبين غيرهم من مقاتلين؛ لتسبغ الحماية اللازمة لهم فلا يمتدُّ النزاعُ لهم، ولأعيانهم المدنية. كذلك لإذكاء ولترسيخ الوعي بحقهم في الحماية، وتوفير الإطار القانوني لهذه الحماية في صكوك قانونية، ووضع هذه الاتفاقيات موضع التنفيذ لملاحقة ومحاكمة مرتكبي الجرائم في المحاكم المختصة.

#### ◆ أولاً: السكان المدنيين في اللغة

يعودُ لفظُ سكان إلى الكلمة اللاتينية populationem والتي تعني عددٌ من الناس يعيشون في مدينة أو دولة ما<sup>(2)</sup>. أما بالنسبة لكلمة "مدنيين" فهي تعود إلى الكلمة اللاتينية civilis والتي تعني: "المواطن، أو الحياة العامة"، وهي مشتقة أيضاً من كلمة، civis والتي تعني "رجل المدنية". وتشيرُ أيضاً إلى الشخص غير العسكري<sup>(3)</sup>.

#### ◆ ثانياً: المعنى الاصطلاحي

يُقصد اصطلاحاً بالشخص المدني: "غيرُ المقاتل، أي الشخص الذي لا يشارك في الحرب أو العمليات العسكرية بأيّ مجهودٍ كان مباشراً أو غير مباشر، وسواءً كانت مشاركته بالقول أو الفعل"<sup>(4)</sup>.

(1) ICTY, RADISLAV KRSTIC, trial chamber, Aug 2<sup>nd</sup> 2001, p 183.

(2) "whole number of inhabitants in a country, state, county, town, etc," from Late Latin populationem (nominative populatio). available at; population | Etymology, origin and meaning of population by etymonline

(3) See: civilian | Etymology, origin and meaning of civilian by etymonline

(4) حسن الجوجو. "حقوق المدنيين في زمن الحرب في الشريعة الإسلامية"، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، الأردن، 1992، ص 4. (مشار إليه في: سهيل الأحمد. "حماية المدنيين في النزاعات المسلحة في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الإنساني"، مجلة النبراس للدراسات القانونية، فلسطين، مج 5، ع 2، 2020، ص 142).

### ♦ ثالثاً: السكان المدنيين في الصكوك القانونية

من الصكوك الاتفاقية التي أوردت لفظ "المدنيين" وأقرت لأول مرة بمبدأ "حماية المدنيين" اتفاقية جنيف الرابعة بشأن "حماية الأشخاص المدنيين في الحرب"، والمؤرخة في 12 آب/أغسطس 1949. فقد بينت في المادة الثالثة من الباب الأول، بأنه: "في حالة قيام نزاع مسلح ليس له طابع دولي في أراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة، يلتزم كل طرف في النزاع بأن يطبق كحدّ أدنى الأحكام التالية: الفئات المدنية كما يلي: (1) الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية، بمن فيهم أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا عنهم أسلحتهم، والأشخاص العاجزون عن القتال بسبب المرض أو الجرح أو الاحتجاز أو لأي سبب آخر، يعاملون في جميع الأحوال معاملة إنسانية، دون أي تمييز.."<sup>(1)</sup>. يُلاحظ في الاتفاقية أعلاه أنّ المادة أقرت بالحماية والمعاملة الإنسانية بلا تمييز في حال النزاعات غير الطابع الدولي، حتى لأولئك الذين كانوا مشاركين ثمّ توقفوا عن القتال، إمّا استسلاماً، أو عجزاً، أو احتجازاً.

وهو ما أقرّه وأكده القضاء فقد أقرت الدائرة الابتدائية لمحكمة يوغسلافيا السابقة، في محاكمة (Jelisić)، والتي انعقدت في 14 ديسمبر 1999، في الفقرة (54) بأنه: "يشمل مفهوم السكان المدنيين كما هو مستخدم في المادة 5 من النظام الأساسي، بالإضافة إلى المدنيين بالمعنى الدقيق للكلمة، جميع الأشخاص العاجزين عن القتال عند ارتكاب الجريمة". كذلك نصت الدائرة الابتدائية في محاكمة بلاسكيتش، 3 مارس 2000، في الفقرة (214) بأنّ الجرائم ضدّ الإنسانية لا تعني فقط المدنيين بالمفهوم الضيق بل تشمل أولئك الذين لم يعودوا مشاركين في الأعمال العدائية، وأولئك الذين أصبحوا عاجزين عن القتال."<sup>(2)</sup>

نصّ أيضاً في الملحق الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في 12 أغسطس 1949، والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية، في الفقرة الثانية من المادة الأولى من الباب الأول، والمعنونة بالمبادئ العامة ونطاق التطبيق، على أنّه: "يطلّ المدنيون والمقاتلون

(1) متاح على الرابط التالي: اتفاقية جنيف الرابعة، 1949 - اللجنة الدولية للصليب الأحمر (icrc.org)

(2) انظر: بلاسكيتش، (الدائرة الابتدائية)، 3 آذار/مارس 2000، الفقرة 214: انظر أيضاً: فاسيليفيتش، (الدائرة الابتدائية)،

29 نوفمبر/تشرين الثاني 2002، الفقرة 33.

في الحالات التي لا يُنصُّ عليها في هذا "البروتوكول" أو أيّ اتفاقٍ دوليٍّ آخر، تحت حماية وسلطان مبادئ القانون الدولي كما استقر بها العرف ومبادئ الإنسانيّة وما يمليه الضمير العام"<sup>(1)</sup>.

كذلك عرفت المادة رقم (50)<sup>(2)</sup> من الملحق الأول "الأشخاص المدنيين". وتوسعت أيضاً في حمايتهم فنصت بأنه وإن تمّ الشك في انتماء الشخص إلى قوات مسلحة أو لا، فإنه وبحكم القانون يعتبر مدنيّاً. كذلك شملت الحماية الأعيان المدنيّة العامة والخاصّة<sup>(3)</sup> والتي قد تُستهدف لحمل المدنيّين على النزوح منها أو للسيطرة عليها، أو لغرض استخدامهم كدروع، أو غيرها من البواعث، لأن استهداف الأعيان المدنيّة يعني استهداف مباشر لأماكن تواجد المدنيّين، والأماكن الأساسيّة لتسيير حياتهم، وباستهدافها يعني ابتداء أزمات إنسانيّة لا منتهية خصوصاً في وقت الحروب.

تمّ أيضاً في المادّة (13) من الملحق الثاني الإضافي إلى اتفاقيات جنيف، المعقودة في أغسطس 1949، والمتعلّقة بحماية ضحايا المنازعات المسلّحة غير الدوليّة، إقرار الحماية للمدنيّين وحظر الاعتداء عليهم أو بثّ الذعر بينهم، وهما من صور الإكراه التي قد تدفّع

---

(1) الملحق الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف 1949، المتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلّحة غير الدوليّة، اللجنة الدوليّة للصليب الأحمر، جنيف، سويسرا، 1977، ص 11.

(2) المادة (50) من المرجع السابق: الأشخاص المدنيّين والسكان المدنيّين: "1- المدني هو أي شخص لا ينتمي إلى فئة من فئات الأشخاص المشار إليها في البنود الأول والثاني والثالث والسادس من الفقرة (أ) من المادة الرابعة من الاتفاقية الثالثة والمادة 43 من هذا "البروتوكول". وإذا ثار الشك حول ما إذا كان شخص ما مدنيّاً أم غير مدني فإن ذلك الشخص يعد مدنيّاً. 2- يندرج في السكان المدنيّين كافة الأشخاص المدنيّين. 3- لا يجرّد السكان المدنيّون من صفّتهم المدنيّة وجود أفراد بينهم لا يسري عليهم تعريف المدنيّين". انظر أيضاً: المادة رقم (4) من اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة

أسرى الحرب، المؤرخة في 12 آب/أغسطس 1. على الرابط التالي: Conv\_III\_Geneva\_1949.doc (icrc.org)

(3) المادة (54) من المرجع السابق: حماية الأعيان والمواد التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيّين، الفقرة 2: "يحظر مهاجمة أو تدمير أو نقل أو تعطيل الأعيان والمواد التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيّين ومثالها المواد الغذائيّة والمناطق الزراعيّة التي تنتجها والمحاصيل والماشية ومرافق مياه الشرب وشبكاتّها وأشغال الري، إذا تحدد القصد من ذلك في منعها عن السكان المدنيّين أو الخصم لقيمتها الحيويّة مهما كان الباعث سواء كان بقصد تجويع المدنيّين أم لحملهم على النزوح لأيّ باعثٍ آخر".

المدنيون للنزوح<sup>(1)</sup>. كما حظرت المادة (17) من الملحق الثاني أن يكون النزاع في حد ذاته سبباً للنزوح في نصّها: "1- لا يجوز الأمر بترحيل السكان المدنيين، لأسباب تتصل بالنزاع، ما لم يتطلب ذلك من الأشخاص المدنيين المعنيين أو أسباب عسكرية ملحة. وإذا ما اقتضت الظروف إجراء مثل هذا الترحيل، يجب اتخاذ الإجراءات الممكنة كافة لاستقبال السكان المدنيين في ظروف مرضية من حيث المأوى والأوضاع الصحية الوقائية والعلاجية والسلامة والتغذية. 2- لا يجوز إرغام الأفراد المدنيين على النزوح عن أراضيهم لأسباب تتصل بالنزاع<sup>(2)</sup>".

### • المطلب الثاني: الأركان الموضوعية لجريمة الترحيل القسري للسكان المدنيين

هناك أركان عامة يجب تواجدها في جميع الأفعال المندرجة تحت المادة (7) والمصنفة كجرائم ضد الإنسانية كالهجوم الواسع والممنهج والهدف المدني، وهناك أيضاً أركاناً خاصة لازمة لقيام بعض الجرائم كالإكراه في جريمة الترحيل القسري. سيتم التطرق إلى الأركان العامة، (كفرع أول) ، ثم الأركان الخاصة (فرع ثان).

#### ■ الفرع الأول: الأركان العامة

يقصد بالأركان العامة، الأركان الواجب تواجدها في جميع الجرائم المحددة في المادة السابعة من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية<sup>(3)</sup>؛ لترقى لتوصف بأنها "جريمة

(1) المادة (13): "حماية السكان المدنيين (1) يتمتع السكان المدنيون والأشخاص المدنيون بحماية عامة من الاخطار الناجمة عن العمليات العسكرية ويجب لإضفاء فاعلية على هذه الحماية مراعاة القواعد التالية دوماً، (2) لا يجوز أن يكون السكان المدنيون بوصفهم هذا ولا الأشخاص المدنيون محلاً للهجوم وتحظر أعمال العنف أو التهديد به الرامية أساساً إلى بث الذعر بين السكان المدنيين. (3) يتمتع الأشخاص المدنيون بالحماية التي يوفرها هذا الباب، مالم يقوموا بدور مباشر في الاعمال العدائية وعلى مدى الوقت الذي يقومون خلاله بهذا الدور".

(2) متاح على الرابط التالي: الملحق (البروتوكول) الثاني الإضافي إلى اتفاقيات جنيف، 1977 | اللجنة الدولية للصليب الأحمر (icrc.org)

(3) نصت المادة رقم (7) والمعنونة بالجرائم ضد الإنسانية، في نظام روما الأساسي (1998) على أنه "لغرض هذا النظام الأساسي، يشكل أي فعل من الأفعال التالية "جريمة ضد الإنسانية" متى ارتكب في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين، وعن علم بالهجوم: (د: د) يعني "إبعاد السكان أو النقل القسري للسكان" نقل الأشخاص المعنيين قسراً من المنطقة التي يوجدون فيها بصفة مشروعة، بالطرد أو بأي فعل قسري آخر، دون مبررات

دوليَّة " من حيث الجسامة والخطورة، والصدِّ صحيح فالجرائم الشخصية والعارضة لا توصفُ  
بأنَّها جرائمٌ دوليَّةٌ متى كانتُ بضررٍ وخطورةٍ محدودةٍ. سيتمُّ التعرُّضُ للأركان العامة في هذا  
الفرع كما يلي:

#### ♦ أولاً: الهجوم واسع النطاق والمنهجي

عُرِفَت المادَّةُ رقم (7) (1/2) من نظام روما الأساسي المقصود بالهجوم بأنَّه: "تهجُّ سلوكيٌّ  
يتضمَّن الارتكاب المتكرَّر للأفعال المشار إليها في الفقرة (1) ضدَّ أيِّ مجموعةٍ من السكان  
المدنيِّين عملاً بسياسةٍ دولةٍ أو منظمةٍ تقتضي بارتكاب هذا الهجوم أو تعزيزاً لهذه السياسة"<sup>(1)</sup>.  
يُلاحَظ أنَّ تعريفَ الهجوم وفقاً للمادة أعلاه تضمَّن لفظ " التكرار"، ويلاحظ أيضاً بأنَّه  
في مقدِّمة المادَّة (3) والمتعلِّقة بأركان الجرائم ضدَّ الإنسانيَّة، كلمة النصِّ على لفظ " متعدد"<sup>(2)</sup>  
كتعريف للهجوم، وهما لفظان غير مترادفين في المعنى في اللغة العربية. ويلاحظ أيضاً أنَّه  
في النصِّ الإنجليزي<sup>(3)</sup> أُستخدِمَ اللفظ "multiple" والذي يعني التعدُّد ولم يستخدم لفظ  
"repeat". على الرغم من أنَّ التكرار قد يكون دلالة على الهجوم المنهجي. إلا أنَّه في رأيي  
أنَّ لفظَ التعدُّد أكثرُ منطقيَّةً، لأنَّ التكرار يعني ممارسة الفعل ذاته أكثر مرَّةً، بالتالي وجود  
فاصل زمني، أمَّا التعدُّد فقد يعني فعلاً أو أكثر من فعلٍ وهو الأكثر منطقيَّةً، وذلك ما أكدته

---

يسمح بها القانون الدولي" ويلاحظ أن نص نظام روما فيما يخص تجريم الترحيل القسري للسكان المدنيين اعتبرها جريمة  
مستقلة بذاتها سواء تمت في نزاع مسلح أم لا. وذلك خلافاً لنظام محكمة يوغسلافيا السابقة التي ربطت الجرائم ضد  
الإنسانية بالنزاعات الداخلية والدولية. ويتضح ذلك في المادة رقم (5) بشأن الجرائم ضد الإنسانية، والتي تنص على  
"لمحكمة الدولية سلطة محاكمة الأشخاص المسؤولين عما يلي:

الجرائم التي ترتكب في نزاع مسلح، سواء كانت دولية أو داخلية في طابعها، وموجهة ضد أي سكان مدنيين: (ث)  
الترحيل". انظر: UNITED (icty.org)  
(1) ذات المرجع، ذات الموضوع.

(2) الفقرة (3) من المادة رقم (7): - "الهجوم المباشر ضد السكان المدنيين" في سياق هذا العنصر بأنه يعني سلوكا  
يتضمن ارتكابا متعددًا للأفعال المشار إليها في الفقرة 1 من المادة 7 من النظام الأساسي ضد أي سكان مدنيين....".  
متاح على الرابط: المحكمة الجنائية الدولية: أركان الجرائم (umn.edu)

(3) "2. For the purpose of paragraph 1: (a) "Attack directed against any civilian population"  
means a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in paragraph  
1 against any civilian population...." Available At; Rome\_Statute\_English.pdf (icc-cpi.int)

الدائرة الابتدائية لمحكمة يوغسلافيا السابقة (26 فبراير 2001)، في محاكمة Kordić & Čerkez الفقرة في (178) بأنه: "يمكن أن يشكّل فعل واحد معزول يرتكبه مرتكب الجريمة، إذا ارتبط بهجومٍ واسع النطاق أو منهجيّ، جريمة ضدّ الإنسانية". كذلك وفقاً للمادة رقم (7) (د / 1)، "أركان جريمة ترحيل السكان المدنيين القسري كجريمة ضد الإنسانية: 1- أن يرسل أو ينقل قسراً شخصاً أو أكثر إلى دولة أخرى أو مكان آخر بالطرد أو بأي فعل قسري آخر لأسباب لا يقرها القانون الدولي". بالتالي، نعم وإن اختلفت ألفاظ تعريف الهجوم، فإن فعل واحد معزول وفق خطة واسعة ممنهجة. يُعد جريمة ضد الإنسانية في حال توافرت العناصر الأخرى اللازمة.

كذلك لا يقصد بكلمة "هجوم" استخدام القوة المباشرة كالأسلحة والمعدّات الحربيّة ضدّ المدنيين، فقد يتمثّل الهجوم في سلوكاً تهديدياً أو سوء معاملة، أو تهميشاً، أو أيّ سببٍ آخر قد يدفع المدنيين للهروب كرهاً<sup>(1)</sup>. ولتقدير نطاق الهجوم يُستدلّ بعدّة ظواهر، كجسامة الجريمة التي ارتكبت أو عدد الضحايا، أو التكرار. يُشترط أيضاً أن يكون هذا الهجوم الواسع "منهجياً"، ولا يقصد هنا أن تكون أفعال المتهم في ذاتها منهجية، بل أن تمثل أفعاله جزءاً من هجومٍ واسعٍ ومنهجيّ هدفه سكان مدنيين.

ويُقصد بالمنهجية أنّ الهجوم لم يكن عرضاً، ولمعرفة ذلك قد يُستدل بتواجد أربعة عناصر:

1- وجود هدف محدّد قد يكون هدفاً سياسياً أو أيديولوجياً أو اقتصادياً أو غيرها من الأسباب.

2- تكرار واستمرار وترابط الأفعال الموجهة ضدّ المدنيين.

3- تدخل سلطات رفيعة المستوى في التخطيط للهجوم.

4- استخدام موارد عامّة وخاصّة عسكريّة وغير عسكريّة لإتمام الهجوم<sup>(2)</sup>.

في رأيي أنّ المنهجية مقترنة بفكرة "السياسة" الموجودة في المادة (2/7) من نظام روما والتي جاء فيها بأنه: "... عملاً بسياسة دولة أو منظمة تقضي بارتكاب هذا الهجوم، أو تعزيزاً

(1) Kunarac, Kovac and Vukovic, (Trial Chamber), February 22, 2001, para. 410: To show crimes against humanity, one element is "[t]here must be an attack."

(2) Blaskic, (Trial Chamber), March 3, 2000, para. 203. See Also: Naletilic and Martinovic, (Trial Chamber), March 31, 2003, para. 236.

لهذه السياسة<sup>(1)</sup>. يُلاحظ بأنّه في الجرائم ضدّ الإنسانيّة وجود أوامر عليا بارتكابها، سواءً دولة أو منظمة، ويُستدل على تدخّل الدولة في الانتهاكات منهجيتها المتبعة في الهجوم ونطاق الهجوم الواسع كذلك الهيكل الوظيفيّة والمهام المسندة للأفراد في الهجوم.<sup>(2)</sup>

#### ♦ ثانياً: توجيه الهجوم ضدّ سكان مدنيين:

تمّ النصّ في المادّة رقم (7) (1/2) على أنّه تعني عبارة "..... أيّة مجموعة من السكان المدنيين"، جميع المدنيين بغضّ النظر عن جنسياتهم وأطرافهم سواءً كانوا في طرف حليف أو عدو في النزاعات المسلّحة، وفي ذلك أكّدت محكمة يوغسلافيا السابقة في قضية Tadic بأنّه: "من الممكن في ضوء توافر عددٍ من الشروط اعتبار الجرائم المرتكبة ضدّ مواطني العدو في زمن النزاع المسلح الدوليّ، جرائم حرب، وجرائم ضدّ الإنسانيّة".<sup>(3)</sup>

وجب ملاحظة أنّ السكان المدنيين الذين تطبق عليهم الحماية القانونيّة، ويحظر نقلهم قسراً من مساكنهم، هم السكان المدنيّن المتواجدين في أماكنهم بطريقة مشروعة، بموجب القوانين المحليّة والدوليّة. ويخرج من هذا المعنى جلب سكان مدنيين من جهةٍ خارجيّة وزرعهم في مكانٍ آخر بقصدٍ ترحيل السكان الأصليين، بالتالي فإنّ جلب الدولة المحتلّة - على سبيل

(1) نظام روما الأساسي، مرجع سابق.

(2) "في قضية "ليماج" LIMAJ ورفاقه، تمسكت إحدى غرف الدرجة الأولى في المحكمة الجنائيّة الدوليّة ليوغسلافيا السابقة ICTY، بالرأي القائل بأنّ الهجوم المنهجيّ أو الواسع النطاق الخاص بالجرائم ضدّ الإنسانيّة يكون عموماً بأمر الدولة: "بسبب العوامل الهيكلية، والإمكانيات التنظيمية والعسكرية، يمكن منه ملاحظة أم الهجوم الذي يستهدف المدنيين بشكلٍ مباشرٍ يكون بأمرٍ من الدولة، نظراً لأيّ دولة سياديّة مركز سلطة منظمة على أرضٍ معيّنة، بالتالي هي قادرة على تجنيد وإدارة القوات العسكريّة والمدنيّة، وهي كذلك تملك السمات التي تسمح لها بحكم طبيعتها بتنظيم وشنّ هجوماً على المدنيين، وعليه فهي الكيان الوحيد الذي يمكنه بسهولةٍ وفعاليةٍ إرشاد الموارد لإطلاق هجومٍ على المدنيين "ضمن نطاقاً واسعاً"، أو بناءً على أساسٍ "منهجيّ". كما ترى الدائرة ذاتها بأنّه قد تنشأ جهةٌ معيّنة هجوماً ضدّ مدنيين بشكلٍ غيرٍ منظمٍ ودون موارد ولكن بعلم الدولة وبموافقتها أو بعد قدرتها على الحدّ من هذه الهجمات". (مشار إليه في أنطونيو كاسيزي، بولا غيتا وآخرون. القانون الجنائي الدولي، ط 1 مكتبة صادر ناشرون، المنشورات الحقوقية صادر، 2015، ص 188-189).

(3) Goldman, Olivia Swaak, Crimes against Humanity, In ,Substantive and Procedural Aspect Of ICL, Kluwer Law International 2000,P.153.

(مشار إليه في: د. سوسن بكه. الجرائم ضدّ الإنسانيّة، ص 265، مرجع سابق)

المثال- مواطنتها كوسيلة إكراه وقسرٍ وضغطٍ على السكان الأصليين لا تُعتبر جريمةً ترحيلٍ قسريٍّ في حقّ مواطنتها، فوجودهم أصلاً غير مشروع، ولكنها جريمةٌ ترحيلٍ في حقّ مواطنين البلد المُحتل، وهذا ما أقرّته محكمة العدل الدوليّة في رأيها، في يوليو 2004 بمناسبة " بناء جدار عازل في الدولة الفلسطينية"، فقد ورد في الفقرة رقم (120) من تقريرها أنّه يُحظر أيضاً على دولة الاحتلال أن تحضر مواطنتها للبلد المُحتل.<sup>(1)</sup>

### ■ الفرع الثاني: الأركان الخاصة

حدّدت المحكمة الجنائيّة الدوليّة الأركان الأساسيّة للجرائم الدوليّة، والتي تمّ اعتمادها من قبل جمعيّة الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائيّة الدوليّة، وذلك في دورتها الأولى، والتي انعقدت في نيويورك في الفترة ما بين (3 إلى 10) سبتمبر 2002، وتضمّنت المادّة رقم (7) (د/ 1)، "أركان جريمة ترحيل السكان المدنيين القسري كجريمة ضدّ الإنسانّيّة: 1 - أن يرحل أو ينقل قسراً شخصاً أو أكثر إلى دولةٍ أخرى أو مكانٍ آخرٍ بالطرد، أو بأيّ فعلٍ قسريٍّ آخرٍ لأسبابٍ لا يقرّها القانون الدوليّ.

2 - أن يكون الشخص أو الأشخاص المعنيون موجودين بصفةٍ مشروعةٍ في المنطقة التي أبعدها أو نُقلوا منها على هذا النحو.

3 - أن يكون مرتكب الجريمة على علمٍ بالظروف الواقعيّة التي تثبت مشروعيّة هذا الوجود.

4 - أن يرتكب هذا السلوك كجزءٍ من هجومٍ واسع النطاقٍ أو منهجيٍّ موجّه ضدّ سكان مدنيّين.

5- أن يعلم مرتكب الجريمة بأنّ هذا السلوك جزءٌ من هجومٍ واسع النطاقٍ أو منهجيٍّ موجّه ضدّ سكان مدنيّين أو أن ينوي أن يكون هذا السلوك جزءاً من ذلك الهجوم".<sup>(2)</sup>

(1) انظر: " فتوى محكمة العدل الدولية بشأن الآثار القانونية الناشئة عن تشييد جدار في الأرض الفلسطينية المحتلة"، متاح على الرابط التالي: <http://www.icj-cij.org/advocacy-opinions-2004-ar.pdf>

(2) انظر: المحكمة الجنائيّة الدوليّة: أركان الجرائم (umn.edu)، مرجع سابق.

وفقاً للنصوص القانونية السابقة فإنّ القانون الجنائي الدولي يتطلب تصنيف سلوك الترحيل القسري للسكان المدنيين كجريمة ضدّ الإنسانية توافر العناصر العامة للجرائم ضدّ الإنسانية السابق ذكرها أولاً، وتوافر أركان الجريمة الخاصة، التالية:

#### ♦ أولاً: الركن المادي لجريمة الترحيل القسري للسكان المدنيين

يتكوّن الركن المادي للجريمة من "السلوك" والنتيجة" و "العلاقة السببية"، وهي الأركان اللازمة لقيام أيّ جريمة، كما يلي:

#### 1- السلوك:

يقصد بالسلوك بشكل عامّ ماديّات الجريمة وواقعها الملموس. لم يُحدد نظام روما الأساسي صورةً محدّدة للسلوك، فيتصوّر أن يكون السلوك إيجابياً كالاغتداء المباشر، بالضرب، أو التهريب، أو الاضطهاد وإساءة استعمال السلطة<sup>(1)</sup>. كذلك قد يكون السلوك سلبياً كتهميش السلطة لفئة معينة بقصد إكراههم على الرحيل، أو حرمانهم من إمداداتٍ أساسية كالدواء أو الغذاء، أو امتناع السلطة عن حماية فئة من المدنيين لذات الغرض. في رأيي أنّ عدم تحديد سلوكٍ معينٍ للترحيل، في المادة رقم (7) يعطي مجالاً كبيراً لتكييف الصور أو الأفعال المستحدثة أو المعاصرة كجرائم ضدّ الإنسانية. خصوصاً تلك التي تكون الدولة طرفاً فيها كالترحيل بدافع التطوير والتنمية والترحيل لدواعي أمنية غير مبررة.<sup>(2)</sup>

(1) Prosecutor v. Milomir Stakic (2006), para 280: "In the course of combat operations and later on, many things went on that were not in keeping with official stands and views. There was uncontrolled [exploitation] and destruction of property, looting, abuse, arson, blowing up of privately-owned buildings and places of worship of other faiths. On the basis of this, it may be concluded that currently not a single Muslim place of worship remains in the municipality of Prijedor and that over 80% of the housing that belonged to this part of the population has been demolished, destroyed, and looted." Available At; Refworld | Prosecutor v. Milomir Stakic (Trial Judgement)

(2) "On 16 December 2008, police carried out forced evictions and widespread demolitions of homes in the Tete Settlement [Port Moresby, Papua New Guinea]. According to police statements, their actions were a response to investigations into the murder of a business man in the vicinity of the settlement. According to reports, despite complying with the police ultimatum to cooperate and the police arrests of several suspects on 18 and 19 December 2008, the police used bulldozers to demolish the homes of around 300 people in the settlement. The Government did not provide alternative accommodation or otherwise support

كذلك يُشترط أن يكونَ ترحيلُ أو نقلُ المدنيّين ناتجًا عن إكراهٍ وقسْرٍ، ولم يحدّد النظام صورة الإكراه فهو كما ذكرْتُ في الركن المادي المتصوّر بأيّ طريقةٍ ولا يشترط توافُر قوّةً بدنيّةً فيه، أيضاً لا يُعدّ القانونُ بعدد الأشخاص الذين تمّ ترحيلهم فقد يكون شخصاً واحداً، وهذا ما أكدته المادّة رقم (7) (د/ 1)، "من أركان جريمة ترحيل السكان المدنيّين والتي تنصُّ على: "1- أن يرحل أو ينقل قسراً شخصاً أو أكثر إلى دولة أخرى أو مكان آخر بالطرد أو بأيّ فعلٍ قسريٍّ آخرٍ لأسبابٍ لا يقرّها القانونُ الدوليّ". ذكرت المحكمةُ الجنائيّة الدوليّة ليوغوسلافيا السابقة أنّ "تشريد الأشخاص غير قانوني فقط عندما يكون ذلك، بطرق قسريّة، أي ليست طوعيّة".<sup>(1)</sup> بالتالي فإنّ انتقال المدنيّين طوعاً يخرج من نطاق التجريم، ومثال ذلك: الهجرة الطوعيّة للأقليات بين اليونان وبلغاريا والتي حدثت في 1920.<sup>(2)</sup> كذلك يجبُ أن يكونَ ترحيلُ السكان المدنيّين المتواجدين بصفةٍ مشروعَةٍ في أرضهم المشروعّة، غير مبرّر قانوناً، أو غير قائم على أسباب قانونيّة تستدعي ترحيلهم. صحيحٌ قد تقوم الدولة في بعض الأحيان بترحيل السكان المدنيّين لأسبابٍ إنسانيّةٍ أو أمنيّةٍ، ولكن يجب أن تُوفّر لهم المسكن الملائم وأن يكون هذا النزوح مؤقتاً، فلا تسلب منهم حقّ العودة إلى منازلهم. وفي جميع الأحوال لا يجوز أن تكون الأزمة التي تسببت في النزوح هي الأساس، " عمل غير مشروع".<sup>(3)</sup>

those who were made homeless. Residents reported being given no notice to leave and that the surprise attack by the police came after they complied with the ultimatum. On 22 December 2008, the National Court granted an order in favor of residents being allowed to move back to homes in the settlement and restraining the police from causing further destruction to the properties. Source: United Nations, "Call for Government to protect against forced eviction in Port Moresby", press release, 22 July 2009. Available At; PR\_PNG\_220709.doc (live.com).

<sup>(1)</sup> Prosecutor v. Blagoje Simic., ICTY, Trial Chamber II, 17 October 2003, Case No. IT-95-9-T, para. 125. Available At; Microsoft Word - sim-tj031017e3.doc (icty.org)

<sup>(2)</sup> "Greece had some experience with population exchanges by now. A clause allowing the exchange (on a voluntary basis) of 92.000 Bulgarians against 46.000 Greeks had already been inserted into the peace agreement of Neuilly with Bulgaria, concluded in August 1920." available At; (PDF) The late Ottoman Empire as laboratory of demographic engineering | erik jan zurcher - Academia.edu

<sup>(3)</sup> Stakic Milomir. Appeal Judgement -) 22.03.2006 (At paras 284 to 286 of the Judgement, the Appeals Chamber considered the issue of displacement for humanitarian reasons. It concluded: "Although displacement for humanitarian reasons is justifiable in certain situations,[1] the Appeals Chamber agrees with the Prosecution that it is not justifiable where the humanitarian crisis that caused the displacement is itself the result of the accused's own unlawful activity.[2]"

## 2- النتيجة:

يُقصد بها التغيير الخارجي الذي ينتج عن السلوك الإجرامي، والمتمثلة في "الترحيل القسري للسكان المدنيين"، والذي يمسُ بالمصلحة التي يحميها القانونُ وهي حقهم المشروع في البقاء في أرضهم.

## 3- العلاقة السببية:

المعنى العام للعلاقة السببية هو إسناد أمرٍ من أمور الحياة إلى مصدره الأساس، أمّا بالنسبة للمعنى المقصود هنا وبشكلٍ واضحٍ فهو: الصلة بين سلوك المتهم والهجوم المنهجي واسع النطاق. وقد ذهبت محكمة يوغسلافيا السابقة إلى تفسيرٍ أكثر شمولية، وذلك في نصّها بأنّه لا يُشترط وجودُ علاقةٍ سببيةٍ بين سلوك مرتكب الجريمة والنزاع الواسع، بل إن ارتكابه للجريمة في ظلّ النزاع الموجود، يكفي كدليل موجب لمسؤوليته الفردية. وبشكلٍ آخر، لا نحتاج إلى دليلٍ بين سلوك المتهم والنزاع العام،<sup>(1)</sup> ولكن الصلة يجب أن تكون بين سلوك المتهم والهجوم على مدنيين<sup>(2)</sup>.

## ♦ ثانياً: الركن المعنوي

يتكوّن القصدُ الجنائيّ من عنصرين لازمين، وهما: العلم والإرادة، ولا يُتصوّر علم دون إرادة، فالعلم هو الحالة الذهنية لتصوّر حدثٍ ما، وأمّا الإرادة فهي الرغبة في تحقيق هذا الحدث، فالشخصُ لا يستطيع توجيه إرادته لارتكاب أيّ فعلٍ إلا إذا تحصّل العلمُ به، وتمثّل

(1) Tadic, (Appeals Chamber), July 15, 1999, para. 251: "A nexus between the accused's acts and the armed conflict is not required, as is... suggested by the [Tadic Trial] Judgment. The armed conflict requirement is satisfied by proof that there was an armed conflict; that is all that the Statute requires, and in so doing, it requires more than does customary international law."

(2) Kordic and Cerkez, (Trial Chamber), February 26, 2001, para. 33: "The Appeal Chamber [in Tadic]... concluded in respect of Article 5 of the Statute that proof of a nexus between the conduct of the accused and the armed conflict is not required...." "Although the acts or omissions must be committed in the course of an armed conflict, the nexus which is required is between the accused's acts and the attack on the civilian population." See Also: Kordic and Cerkez, (Trial Chamber), February 26, 2001, para. 23.

في تصوّره إمكانية القيام به<sup>(1)</sup>. يتطلب نظام محكمة روما الجنائية الدولية، لقيام جريمة الترحيل القسري للسكان المدنيين، وتكييفها كجريمة ضدّ الإنسانية "القصد الجنائي العام"<sup>(2)</sup> كما يلي:

## 1- العلم:

يجب أن يتوافر لدى مرتكب الجريمة العلم بجميع الظروف الواقعية التي تثبت وجود هجوم منظمّ وواسع النطاق، كذلك أن يعلم أنّ سلوكه جزء من هذا الهجوم المنهجي. كذلك علمه بأنّ الهجوم موجّه ضدّ سكان مدنيين، وجودهم مشروع، دون مبرر قانوني. ويلاحظ أنّ المادة رقم (7) في فقرتها الثانية لم تشترط علم مرتكب الهجوم بالتفاصيل كافّة، وتكفي معرفته بوجود هجوم وأنّ سلوكه جزء من هذا الهجوم<sup>(3)</sup>.

يُمكن الاستدلال على علم مرتكب الجريمة من السياق العام، أو التاريخي للوقائع، وقد ذكرت الدائرة الابتدائية في قضية Blaskic (مارس 2000، في الفقرات: 258-259): بأنّه يمكن استنتاج وجود عنصر العلم لدى المتهم من السياق الكامل للجريمة، مثل: الظروف التاريخية، والسياسية، مهام المتهم، سلطته، علاقته المباشرة وغير المباشرة بالسلك السياسي أو العسكري، طبيعة الجرائم، نطاقها وخطورتها".

## 2- الإرادة:

يُقصد بها "النشاط النفسي الذي يقتضي بدهاء توافر حرية الاختيار لدى الإنسان"<sup>(4)</sup>. يجب أن تتجّه إرادة الجاني إلى ارتكاب السلوك بغض النظر عن صورته، فقد تكون طردًا أو اضطرًا...، وأن تتجّه إرادته إلى تحقيق النتيجة المتمثلة في "الترحيل القسري للسكان المدنيين". وهنا لا تهم إرادة الجاني إن كانت موجّهة لضعفته فقط، طالما أنّه توافر لديه العلم المسبق بأنّ سلوكه جزء من الهجوم، وتوافرت إرادته للقيام بالسلوك وإحداث النتيجة.<sup>(5)</sup>

(1) د. عمر الشريف. درجات القصد الجنائي، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص 125.

(2) Kunarac, Kovac and Vokovic, (Appeals Chamber), June 12, 2002, para. 103. See Also: Kunarac, Kovac and Vokovic, (Appeals Chamber), June 12, 2002, para. 102.

(3) "However, the last element should not be interpreted as requiring proof that the perpetrator had knowledge of all characteristics of the attack or the precise details of the plan or policy of the State or organization." ElementsOfCrimesEng.pdf (icc-cpi.int)

(4) د. عمر الشريف. درجات القصد الجنائي، ص191، مرجع سابق.

(5) انظر أيضاً: المدة رقم (31) من نظام روما والمتعلقة بعيوب الإرادة.

## ○ المبحث الثاني: دور القضاء الوطني والدولي في تجريم ومكافحة جريمة الترحيل القسريّ للسكان المدنيين

### ◆ التمهيد:

إنّ للقضاء الدوليّ متمثلاً في المحاكم الجنائية السابقة، والمحكمة الجنائية الدولية الدائمة، دورٌ مهمٌ جداً في تصنيف الجرائم ضدّ الإنسانية، "كجرائم دولية"، تنتهكُ إنسانيةً وأمنَ المجتمع الدوليّ أجمع، وتؤثر فيه، وتستلزم تدخله، وكذلك لها دورٌ أساسيٌّ في تقنين هذه الجرائم في نُظُمها، وتحديد الأفعال المكونة لها، وملاحقة مرتكبيها، ومكافحة سياسة الإفلات من المسائلة والعقاب.

وعلى الرغم من أهميّة هذا الدور إلا أنّ المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، كجهةٍ وحيدةٍ لا تستطيع أن تعمل بفاعليةٍ واضحةٍ، دون مساعدة الدول وتعاونها، لتحقيق السلم والأمن الدوليين. بالتالي فإن الدول أيضاً لها دورٌ ايجابيٌّ يتمثل في العقاب والمحاكمة على الجرائم الدولية وفق "مبدأ العالمية"، والذي بدوره يحفظ أمن وسلامة الدولة ذاتها أولاً والمجتمع الدوليّ ثانياً.

سيتمُّ التحدُّث في هذا المبحث عن دور القضاء الوطنيّ، كمطلب أوليٍّ، يليه دور القضاء الدوليّ كمطلب ثانٍ.

### • المطلب الأول: دور القضاء الوطني

إنّ الدور الوطنيّ له أهميّةٌ لا يُستهانُ بها في الحد من الجرائم الدولية، ومكافحة إفلات الجناة من المحاكمات، وفي تفعيل دور المحكمة الجنائية الدولية بشكلٍ ملموسٍ، وذلك من خلال ممارستها للاختصاص العالميّ وفق قوانينها الوطنيّ بشكلٍ فرديٍّ ومستقلٍّ، أو من خلال تعاونها الثنائيّ أو الجماعيّ مع الدول والمحكمة الجنائية الدولية؛ لحماية أمنها وحماية الأمن والسلم الدوليين.

سيتمُّ التطرُّقُ إلى هذا الدور في فرعين، أولهما: الاختصاص العالميّ، يليه التعاون الدوليّ والمساعدة القضائية كفرعٍ ثانٍ.

## ■ الفرع الأول: الاختصاص العالمي

تعود ممارسة الاختصاص العالمي في العصور الوسطى، وبداية العصر الحديث إلى جرائم القرصنة البحرية في أعالي البحار؛ لأنها غير تابعة لسيادة أي دولة، ثم بدأ التوسُّع؛ ليشمل الجرائم شديدة الخطورة، كجرائم الحرب، والجرائم ضدَّ الإنسانية، والإبادة الجماعية، والتي تهددُ بشدَّة الأمنَ والسلمَ الدوليين. ويُعتبرُ الاختصاصُ الجنائيُّ العالميُّ استثناءً على مبدأ إقليمية قانون العقوبات الوطني. فهو يتيح للمحاكم الوطنية أن تتابع وتحاكم وتعاقب وفق قوانينها مرتكبي الجرائم الخطرة، بغض النظر عن مكان وقوع هذه الجرائم أو جنسية مرتكبيها، أو جنسية ضحاياها أو تواجد المتهم داخل إقليم الدولة من عدمه<sup>(1)</sup>.

## ◆ أولاً: تعريف وأهداف الاختصاص العالمي

عرّفه الفقه بأنه: "امتدادٌ للاختصاص الجنائي للمحكمة الوطنية إلى وقائع ارتكبت في أي مكانٍ في العالم، ومن أي طرفٍ كان، أي عندما تقوم محكمة دون الاستناد إلى أي معيارٍ من معايير الارتباط العادية بعقد اختصاصها؛ لنظر وقائع ارتكبت من طرفٍ أجنبي ضدَّ أجنبي آخر في الخارج، أو في مكانٍ غير خاضعٍ لأية سيادة، ومن ثم فإنه يكفي من الناحية النظرية؛ لممارسة هذا الاختصاص من طرف المحاكم الجنائية الداخلية توقيف المتهم بالصدفة على إقليم دولة القاضي، أو توقيفه لوجود شكوى أو بلاغ ضده".<sup>(2)</sup>

يهدف الاختصاص العالمي إلى حماية المصالح المشتركة بين الدول، فالمحكمة الوطنية عندما تمارس هذا الاختصاص، تمارسه كمُعَاوَنَة أيضًا للقضاء الدولي، إذ إنَّه وحده لم ولن يستطع محاربة الجريمة، ومكافحة محاولات الإفلات من العقاب دون مساعدة وتكاتف الدول

(1) د. فؤاد خوالديه وأ. عبدالرزاق لعمارة. "الاختصاص الجنائي العالمي بالعقاب على الجريمة الدولية"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ع 10، مج 2، 2018، ص 436.

(2) H.Ascensio, E. Decaux et A. Pellet: "Droit international penal" eme ed, pedone, 2002, p1007.

(مشار إليه في: د. فؤاد خوالديه وأ. عبدالرزاق لعمارة. "الاختصاص الجنائي العالمي بالعقاب على الجريمة الدولية"، مرجع سابق، ص 135).

الأخرى. كذلك هو غير مقتصرٍ على حماية دولة بعينها أو حماية مصالحها الخاصة بل هو ردة عالمي.

#### ♦ ثانياً: الأساس القانوني للاختصاص العالمي

##### - النصوص الاتفاقية:

نصت اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب على التزام الدول الأطراف باتخاذ الإجراءات التشريعية اللازمة لمعاقبة الأشخاص مرتكبي الانتهاكات الجسيمة الواردة في الاتفاقية، أو تسليمهم لمعاقبتهم.<sup>(1)</sup> ومن هذه الانتهاكات الجسيمة جرائم النفي والنقل غير المشروع<sup>(2)</sup> المرتكبة وقت الحروب.<sup>(3)</sup> كذلك نص الملحق الأول لاتفاقيات جنيف على مسؤولية القادة في أن يكونوا على بينة من بنود الاتفاقيات والانتهاكات الواردة فيها، كذلك بمسؤوليتهم في معاقبة رؤوسهم في حال تم انتهاك أي بند يستوجب المسؤولية التأديبية أو الجنائية، مما يعني إسناد المسائلة إلى الدولة ذاتها وقانونها الوطني.<sup>(4)</sup>

---

(1) المادة (146) اتفاقية جنيف بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب 1949: " تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة بأن تتخذ أي إجراء تشريعي يلزم لفرض عقوبات جزائية فعالة على الأشخاص الذين يقتربون أو يأمرن باقتراح إحدى المخالفات الجسيمة لهذه الاتفاقية، المبينة في المادة التالية. يلتزم كل طرف متعاقد بملاحقة المتهمين باقتراح مثل هذه المخالفات الجسيمة أو بالأمر باقتراحها، وتقديمهم إلى محاكمهم، أيًا كانت جنسيتهم. وله أيضاً، إذا فضل ذلك، وطبقاً لأحكام تشريعه، أن يسلمهم إلى طرف متعاقد معني آخر لمحاكمتهم مادامت تتوفر لدى الطرف المذكور أدلة اتهام كافية ضد هؤلاء الأشخاص". متاح على الرابط التالي: اتفاقية جنيف الرابعة، 1949 - اللجنة الدولية للصليب الأحمر (icrc.org). مرجع سابق.

(2) المادة (147) من المرجع السابق، " المخالفات الجسيمة التي تشير إليها المادة السابقة هي التي تتضمن أحد الأفعال التالية إذا اقترفت ضد أشخاص محميين أو ممتلكات محمية بالاتفاقية: القتل العمد، والتعذيب، و..... والنفي أو النقل غير المشروع، والحجز غير المشروع.....".

(3) انظر المادة رقم (2) من المرجع السابق.

(4) انظر المادة رقم (87) من الملحق الأول الإضافي لاتفاقيات جنيف 1977، متاح على الرابط التالي: الملحق (البروتوكول) الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف، 1977 - اللجنة الدولية للصليب الأحمر (icrc.org).

## - التشريعات الوطنية:

من التشريعات التي نصّت على الاختصاص العالمي، التشريع الفرنسي والأردني<sup>(1)</sup> القطري،<sup>(2)</sup> ويلاحظ أن التشريع الفرنسي والقطري اقتصروا الاختصاص على الجرائم الجسيمة التي تشكل تهديد وطني ودولي، بعكس المشرع الأردني فقد شملَ الجرح والجنايات كافةً. كذلك اشترط المشرع القطريّ أنّه يكفي لقيام الاختصاص الوجود المادي للمتهم في الإقليم فقط، بينما نصّ التشريع الفرنسي<sup>(3)</sup> والأردنيّ على أن يكون الجاني مقيماً. وفي رأيي أنّ المشرع القطريّ أحسن في الاقتصاص على الجرائم الجسيمة، وأحسن أيضاً في عدم اشتراط "الإقامة" لقيام الاختصاص للمحاكم الوطنية، ولكن يُعيبه أنّه لم ينصّ بشكلٍ واضحٍ على الجرائم ضدّ الإنسانية أو الإبادة أو جرائم الحرب، ولكن قد تكون عبارة " جرائم الأشخاص"، الواردة في المادة رقم (17) من قانون العقوبات القطريّ شاملةً لكلّ الجرائم الماسّة بالأشخاص.

وُجِبَ التطرُّقُ إلى التشريع البلجيكيّ فهو من التشريعات التي تَبَيَّنَتْ مبدأ الاختصاص العالميّ، ولعلّه كان الأكثرُ جرأةً في بادئ الأمر. فقد نصّ قانونُ العقوبات البلجيكيّ لسنة 1993 على تطبيق قانون العقوبات على مرتكبي الجرائم الدولية، سواءً كانوا متواجدين على الإقليم البلجيكي أم لا، وتمّ تعديله في 1999 ليشمل الجرائم ضدّ الإنسانية وجرائم الإبادة بعد أن كان قانون 1993 يقتصر على جرائم الحرب فقط، كذلك تمّ تضييق نطاق الاختصاص العالمي في القضاء البلجيكيّ حتى اقتصر تطبيقه على الأشخاص المتواجدين على الإقليم البلجيكيّ

(1) المادة رقم (10) من قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960: "تسري أحكام هذا القانون 4- على كل أجنبي مقيم في المملكة الأردنية الهاشمية، فاعلاً كان أو شريكاً مرضياً أو متدخلاً، ارتكب خارج المملكة الأردنية الهاشمية جنابة أو جنحة يعاقب عليها القانون الأردني. إذا لم يكن استرداده قد طلب أو قبل".

(2) المادة رقم (17): "تسري أحكام هذا القانون على كل من وجد في الدولة بعد أن ارتكب في الخارج، بوصفه فاعلاً أو شريكاً، أيّاً من جرائم الإتجار في المخدرات أو في الأشخاص أو جرائم القرصنة أو الإرهاب الدولي".

(3) Article 689-11

Hors les cas prévus au sous-titre Ier du titre Ier du livre IV pour l'application de la convention portant statut de la Cour pénale internationale, ouverte à la signature à Rome le 18 juillet 1998, peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises, si elle réside habituellement sur le territoire de la République, toute personne soupçonnée d'avoir commis à l'étranger l'une des infractions suivantes: 2° Les autres crimes contre l'humanité définis au chapitre II du même sous-titre Ier, si les faits sont punis par la législation de l'Etat où ils ont été commis ou si cet Etat ou l'Etat dont la personne soupçonnée a la nationalité est partie à la convention précitée ". Article 689-11 - Code de procédure pénale - Légifrance (legifrance.gouv.fr)

فقط. وبشكلٍ آخر فإنه وبالرغم من الجراءة القضائية للقضاء البلجيكي، إلا أنّ شكاوى الضحايا لا تصل إلى نهايتها بصدور الأحكام، وذلك للاعتبارات والمصالح السياسيّة. ومن تطبيقات القضاء البلجيكي، اتهام المحكمة البلجيكيّة لرئيس تشاد السابق "حسن هيري"،<sup>(1)</sup> بارتكاب جرائم ضدّ الإنسانيّة بين عامي 1982 و 1990، وعندما صدرت بحقه مذكرة اعتقال، لجأ إلى السنغال التي ورفضت حينها تسليمه، قبل موافقتها على محاكمته مؤخراً، وهي ليست القضية الوحيدة التي رُفِعَتْ أمام القضاء البلجيكي، فقد رُفِعَتْ عدّة قضايا مثل: لوران ديسيري كابيلا (الكونغو)، ورئيس الوزراء السابق "أريل شارون" والذي تمّ اتّهامه في 2001 عقِبَ مجزرة صبرا وشاتيلا، ولكنّ الهجوم الذي شُنَّ ضد بلجيكا آنذاك دفعها إلى اعتبار الدعوى غير مقبولة؛ لأنّ المتهَمَ غير موجودٍ على إقليم الدولة.

#### ■ الفرع الثاني: التعاون الدولي والمساعدة القضائية

إنّ التعاون الدوليّ والمساعدة القضائية أساسٌ جوهريٌّ يتركزُ عليه النظامُ الدوليّ الأمميّ، وذلك في لوقاية من الجرائم المهدّدة للأمن والسلم الدوليين، عن طريق التعاون بين الدول والمحكمة الجنائيّة الدوليّة، وعن طريق تعاون الدول فيما بينها.

في الثالث من ديسمبر 1973م أصدرت الجمعية العامّة للأمم المتحدة قراراً (بشأن مبادئ التعاون الدوليّ في تعقب واعتقال وتسليم ومعاقبة الأشخاص المذنبين بارتكاب جرائم الحرب والجرائم ضدّ الإنسانيّة)،<sup>(2)</sup> ونتج عنه عدّة مبادئ تعكس مفهوم التعاون والمساعدة المتبادلة،

(1) متاح على الرابط التالي: <https://www.hrw.org/news/2009/02/11/case-against-hissene-habre-african-pinochet>

(2) "تعلن الأمم المتحدة، عملاً بالمبادئ والمقاصد المبينة في الميثاق والمتعلقة بتعزيز التعاون بين الشعوب وصيانة السلم والأمن الدوليين، المبادئ التالية للتعاون الدولي في تعقب واعتقال وتسليم ومعاقبة الأشخاص المذنبين بارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانيّة:

- 1- تكون جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانيّة، أيّاً كان المكان الذي ارتكبت فيه، موضع تحقيق، ويكون الأشخاص الذين تقوم دلائل على أنهم قد ارتكبوا الجرائم المذكورة محل تعقب وتوقيف ومحاكمة، ويعاقبون إذا وجدوا مذنبين.
- 2- لكل دولة الحق في محاكمة مواطنيها بسبب جرائم الحرب أو الجرائم المرتكبة ضد الإنسانيّة.
- 3- تتعاون الدول بعضها مع بعض، على أساس ثنائي ومتعدد الأطراف، بغية وقف جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانيّة والحيلولة دون وقوعها، وتتخذ على كلا الصعيدين الداخلي والدولي التدابير اللازمة لهذا الغرض.
- 4- تؤازر الدول بعضها بعضاً في تعقب واعتقال ومحاكمة الذين يشتبه بأنهم ارتكبوا مثل هذه الجرائم، وفي معاقبتهم إذا وجدوا مذنبين.

كالتعاون الثنائي والمتعدد بين الدول؛ لهدف وقف الجرائم ضدّ الإنسانية وجرائم الحرب والوقاية منها، كذلك لتبادل المعلومات والأدلة اللازمة لمحاكمة المجرمين، وأيضاً التعاون في تعقب ومحاكمة المشتبه بهم، ومعاقبة الثابت إدانتهم منهم.

كذلك نصّ في الباب التاسع من نظام المحكمة الجنائية الدولية على التعاون والمساعدة القضائية في المواد من (86-102)<sup>(1)</sup>، وتعدّ من أهمّ الركائز التي تحكم التعاون الدولي والمساعدة القضائية ما يلي:

#### ♦ أولاً: الالتزام العام بالتعاون والمساعدة

ذكرت المادة رقم (86)، بأنّ الدول الأطراف في النظام الأساسي للمحكمة ملتزمة بالتعاون التام، والمبني على حسن النية مع المحكمة. وذلك في النطاق الإجرائي والاختصاصي المنصوص عليه في نظام المحكمة، وفي نطاق القوانين الوطنية للدول الأطراف. ويُعتبر التزام الدول التزاماً ببذل عناية حسب قدرات كلّ دولة وإمكانياتها الموضوعية.<sup>(2)</sup>

5- يقدم للمحاكمة الأشخاص الذين تقوم ضدهم دلائل علي أنهم ارتكبوا جرائم حرب أو جرائم ضد الإنسانية، ويعاقبون إذا وجدوا مذنبين، وذلك، كقاعدة عامة، في البلدان التي ارتكبوا فيها هذه الجرائم. وفي هذا الصدد، تتعاون الدول في كل ما يتصل بتسليم هؤلاء الأشخاص.

6- تتعاون الدول بعضها مع بعض في جمع المعلومات والدلائل التي من شأنها أن تساعد علي تقديم الأشخاص المشار إليهم في الفقرة 5 أعلاه إلى المحاكمة، وتتبادل هذه المعلومات.

7- عملاً بأحكام المادة 1 من إعلان اللجوء الإقليمي الصادر في 14 كانون الأول/ديسمبر 1967، لا يجوز للدول منح ملجأ لأي شخص توجد دواعٍ جدية للظن بارتكابه جريمة ضد السلم أو جريمة حرب أو جريمة ضد الإنسانية.

8- لا تتخذ الدول أية تدابير، تشريعية أو غير تشريعية، قد يكون فيها مساس بما أخذته علي عاتقها من التزامات دولية فيما يتعلق بتعقب واعتقال وتسليم ومعاقبة الأشخاص المذنبين في جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية.

9- تتصرف الدول، حين تتعاون بغية تعقب واعتقال وتسليم الأشخاص الذين تقوم دلائل علي أنهم ارتكبوا جرائم حرب أو جرائم ضد الإنسانية، ومعاقبتهم إذا وجدوا مذنبين، وفقاً لأحكام ميثاق الأمم المتحدة وإعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول وفقاً لميثاق الأمم المتحدة". متاح على الرابط التالي: التعاون الدولي في

تعقب - جامعة منيسوتا، مكتبة حقوق الإنسان (umn.edu)

(1) نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمد في روما في 17 تموز/ يولييه 1998 - اللجنة الدولية للصليب الأحمر (icrc.org)

(2) د. إبراهيم العناني. المحكمة الجنائية الدولية، مرجع سابق، ص 258.

## ♦ ثانياً: أشكال التعاون

تهدف أشكالُ التعاون والمساعدة القضائية إلى تيسير وتفعيل عمل المحكمة الجنائية الدولية، وتتلخّص هذه الأشكال فيما يلي:

### - التعاون في القبض والتقديم للمحاكمة:

ذكرت المادة رقم (1/89) بأنّه على الدول الأطراف في النظام أن تتعامل إيجاباً مع طلبات المحكمة في تقديم أي شخص موجود على إقليمها، ويكون ذلك وفق هذا النظام، ووفق قوانينها الوطنية. كذلك على الدول أن تتعاون لتسهيل عبور الشخص المطلوب عبر إقليمها، باستثناء الحالات التي قد يؤدي هذا العبور إلى إعاقة التقديم أو تأخيره<sup>(1)</sup>.

### - القبض الاحتياطي:

في الحالات المستعجلة للمحاكمة أن تطلب من الدولة القبض الاحتياطي على الشخص المطلوب، حتى يتم استكمال الإجراءات اللازمة، ويكون طلب القبض الاحتياطي مكتوب، كذلك يجب أن يحتوي على بيانات القبض وبيانات الشخص وأوصافه والواقعة ومكانها. وأيضاً يجب أن توضّح المحكمة أنّ هناك أمر قبض أو حكم إدانة، وأن طلب القبض سيصل لاحقاً. وقد يتم الإفراج الاحتياطي للشخص المطلوب إذا لم تتلق الدولة المستندات المطلوبة، وطلب التقديم خلال الأوقات المحددة قانوناً، ولكن لا يحوّل ذلك دون القبض عليه لاحقاً في حال تسلّم الطلب مدعماً بالمستندات اللازمة<sup>(2)</sup>.

---

(1) المادة (3/89)، من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. انظر أيضاً المواد رقم (20)، (3/89 ب)، (3/89 هـ) والمتعلقة بالمقبولية وطلب وإجراءات العبور.

(2) انظر المواد (91) و(92) من المرجع السابق.

- أشكال تعاون أخرى: تتعلق بالتحقيق أو المقاضاة:

تقوم الدول الأطراف بالامتثال وفقاً لأحكام النظام الأساسي، ووفقاً لقوانينها الوطنية إلى طلبات المحكمة<sup>(1)</sup>، في تحديد هوية الأشخاص، والشهادة، والاستجواب، والنقل المؤقت وغيرها من أشكال التعاون الأخرى.

وَجِبَ التَّنْوِيهِ بِأَنَّ المحكمة عندما تطلب الشهود والخبراء، فهي تقدّم لهم ضمانات، بعدم تعرضهم للاحتجاز، أو المقاضاة، أو لأيّ تقيّد قد يؤثر على حريتهم الشخصية. ويتمّ تقديم هذه الضمانات من قبل بمبادرة من المحكمة أو بطلب من المدعي العام، أو الشاهد، أو الخبير<sup>(2)</sup>. وفيما يخصّ النقل المؤقت فيجوز للمحكمة أن تطلب نقل شخص متحفّظ عليه، إمّا لغرض تحديد الهوية أو للشهادة، أو الحصول على أيّ مساعدة أخرى منه، ولكن بشرطين: أولهما: موافقة الشخص على النقل وفق إرادته وإدراكه. وثانيهما: موافقة الدولة المقدم عليها الطلب، مع الأخذ بعين الاعتبار الشروط المتفق عليها بشكلٍ ثنائي بين الدولة والمحكمة<sup>(3)</sup>. ويظلّ الشخص متحفّظاً عليه حتى يتحقق الهدف من النقل المؤقت، ثم تقوم المحكمة بإعادة الشخص إلى الدولة التي وجه إليها الطلب دون تأخير<sup>(4)</sup>.

(1) المادة (93)، "أشكال أخرى للتعاون":

1- تمتثل الدول الأطراف، وفقاً لأحكام هذا الباب وبموجب إجراءات قوانينها الوطنية، للطلبات الموجهة من المحكمة لتقديم المساعدة التالية فيما يتصل بالتحقيق أو المقاضاة:

أ) تحديد هوية ومكان وجود الأشخاص أو موقع الأشياء. ب) جمع الأدلة، بما فيها الشهادة بعد تأدية اليمين، وتقديم الأدلة بما فيها آراء وتقارير الخبراء اللازمة للمحكمة. ج) استجواب الشخص محل التحقيق أو المقاضاة. د) إبلاغ المستندات، بما في ذلك المستندات القضائية. هـ) تيسير مثول الأشخاص طواعية كشهود أو كخبراء أمام المحكمة. و) النقل المؤقت للأشخاص على النحو المنصوص عليه في الفقرة 3. ز) فحص الأماكن أو المواقع بما في ذلك إخراج الجثث وفحص مواقع القبور. ح) تنفيذ أوامر التفتيش والحجز. ط) توفير السجلات والمستندات، بما في ذلك السجلات والمستندات الرسمية. ي) حماية المجني عليهم والشهود والمحافظة على الأدلة. ك) تحديد وتعقب وتجميد أو حجز العائدات والممتلكات والأدوات المتعلقة بالجرائم بغرض مصادرتها في النهاية، دون المساس بحقوق الأطراف الثالثة الحسنة النية. ل) أي نوع آخر من المساعدة لا يحظره قانون الدولة الموجه إليها الطلب، بغرض تيسير أعمال التحقيق والمقاضاة المتعلقة بالجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة".

(2) د. إبراهيم الغناني. المحكمة الجنائية الدولية، ص 260. مرجع سابق.

(3) المادة (93/أ)، النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(4) المادة (93/ب) المرجع السابق

وفي حال كان نوعُ المساعدة المطلوب محظوراً بموجب القانون الوطني للدولة التي قُدم إليها الطلب أو مقيد بشروطٍ، تتشاور الدولة مع المحكمة الدولية للعمل على حل الإشكالية، بالتالي إما أن تتمَّ المساعدة بطريقةٍ أخرى أو في وقتٍ لاحقٍ، أو أن تعدل المحكمة طلب المساعدة المطلوبة من الدولة. ولا يجوز للدولة أن ترفض بشكل جزئي أو كلي طلبات المحكمة، إلا في حال كان الطلب متعلق بأمن الدولة الوطني. وعند رفض الدولة فيجب أن تسبب رفضها للمدعي العام أو المحكمة.<sup>(1)</sup> ومن جهةٍ أخرى قد يحصل العكس فتطلب الدول من المحكمة مساعدتها في حال كانت هذه الدول تجري تحقيقاً أو محاكمةً في سلوك قد يُشكّل جريمةً تختصُّ بها المحكمة، وفي ذات الوقت يشكّل جريمةً خطيرةً بموجب القانون الوطني للدولة.<sup>(2)</sup>

### • المطلب الثاني: دور القضاء الدولي

على الرغم من أهميّة الدور الوطني في الحدّ من الجرائم وملاحقة مرتكبيها، إلا أن القضاء الدولي له أثره الواضح وطريقته الخاصة في محاولة الوصول لذات الهدف. وإن سادت -في بعض الأحيان- الاعتبارات السياسية إلا أنّ العدالة تظهرُ بين الحين والآخر وإن كانت آثارها أحياناً محدودةً في التوقف عند حدّ الاتهام والمثول أمام القضاء دون محاكمة، إلا أنّ وجودها أفضل من عدمه.

سيتمّ التطرُّق في هذا المطلب إلى الدور القضائي للمحاكم المؤقتة كـ فرعٍ أولٍ، يليه دور المحكمة الجنائية في فرعٍ ثانٍ.

### ■ الفرع الأول: دور المحاكم المؤقتة

إنّ القضاء الدولي الجنائي متمثلاً في المحاكم المؤقتة، ووصولاً إلى المحكمة الدولية الجنائية الدائمة، له دورٌ كبيرٌ في تقنين الجرائم ضدّ الإنسانية في نُظُمه، وفي المحاكمة والمعاقبة عليها.

(1) المادة (93) الفقرات (5/4/3)، المرجع السابق. أنظر أيضاً الباب الأول والثاني من الكتاب الخامس، عقوبات، قطري.-  
كمثال -.

(2) المادة (10/93)، المرجع السابق.

♦ أولاً: لمحةً عامّةً عن الأساس القانوني للترحيل في نظم المحاكم المؤقتة

كانت أوّل محكمة جنائيّة خاصّة تُقننُ الأفعال ضدّ الإنسانيّة، هي محكمة نورمبرج<sup>(1)</sup>، أو ما يسمى بالمحكمة العسكريّة الدوليّة،<sup>(2)</sup> فقد نصّت المادّة رقم (6/ج) من نظامها<sup>(3)</sup> على الترحيل القسري للسكان المدنيين كصورةٍ من الأفعال المكوّنة للجرائم ضدّ الإنسانيّة. وقد تعاملت مع الجرائم ضدّ الإنسانيّة كجرائمٍ متداخلةٍ ومتبادلةٍ مع جرائم الحرب، فطبّقت الجرائم ضدّ الإنسانيّة على الانتهاكات التي حدثت في ألمانيا والدول الحليفة لها كإيطاليا، والدول التي احتلتها كالنمسا وتشيكوسلوفاكيا. كما طبّقت جرائم الحرب على الدول التي احتلت من ألمانيا<sup>(4)</sup>. أمّا بالنسبة للمحكمة العسكريّة الدوليّة للشرق الأقصى - محكمة طوكيو-، فقد أوردت ذات النصّ الوارد في محكمة نورمبرج في المادّة رقم (5/ج)، مع استبعاد الاضطهاد لأسباب دينيّة، كذلك لم تعرف المقصود بالجرائم ضدّ الإنسانيّة، ولكنها أكدت على مسؤوليّة العسكريين والقادة في منع جرائم الحرب والجرائم ضدّ الإنسانيّة.<sup>(5)</sup>

كذلك تمّ النصّ على الترحيل القسري كجريمةٍ ضدّ الإنسانيّة في المادّة رقم (2/ج) من قانون مجلس الرقابة رقم 10، وهو مختلفٌ عن المادّة رقم (6/ج) من نظام نورمبرج، وقد جاء الأخيرُ بالأفعال المكوّنة للجرائم ضدّ الإنسانيّة على سبيل الحصر لا المثال، بعكس قانون

---

(1) وعلى الرغم من عدم ذكرها في أي معاهدة سابقة، وعلى الرغم من مواجهتهم صعوبة في اتساقها مع مبدأ الشرعية، لكنهم وجدوا في النهاية أنها تشكل امتداد لجرائم الحرب وذلك لأن الحق المحمي فيهما هو السكان المدنيين. د. عبدالقادر محمد الفار: "الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها" دار النهضة العربية، 1996، ص 106، مشار إليه في: د. سوسن تمر خان "الجرائم ضدّ الإنسانيّة"، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2006 ص 25.

(2) وقد قال De.Vabers أن المحكمة سميت بالمحكمة العسكريّة لدره ما قد ينشأ من نزاع حول اختصاصها إذا كانت الصفة قضائيّة بحتة وهو غالباً ما يتسع لما يتسع به النظام القضائي المألوف، انظر: د. سعيد عبداللطيف حسن: " المحكمة الجنائيّة الدوليّة"، دار النهضة العربية، ط1، 2000، ص 106. ذات المرجع ص 19.

(3) "... القتل، الإبادة، الاسترقاق، الترحيل، الأفعال اللاإنسانية الأخرى التي ترتكب ضدّ المواطنين المدنيين، قبل أو أثناء الحرب أو الاضطهاد لأسباب سياسية أو عرقية أو دينية تنفيذاً أو بالاقتران مع أي جريمة أخرى تدخل في اختصاص المحكمة، سواء كانت تمثل انتهاكاً للقوانين الوطنية أم لا".

(4) د. أحمد المهدي بالله. الجرائم الدولية، ص 39، مرجع سابق.

(5) Matthew Lippman, Crimes Against Humanity, op. cit., at 203.

(مشار إليه في: د. أحمد المهدي بالله. الجرائم الدولية، ص 39، مرجع سابق).

مجلس الرقابة رقم 10<sup>(1)</sup>، كذلك لم يشترط أيضاً أن تكون الجريمة ضد الإنسانية مقترنة أو مرتبطة بجرائم الحرب أو الجرائم ضد السلام، وهو الأمر الذي أخذت به محكمة طوكيو ونورمبرج، كتحايل على مبدأ الشرعية بإعطاء انطباع على تواجد الجرائم ضد الإنسانية في القانون الدولي وقت إنشاء محكمة نورمبرج، مما يجعله أكثر اتساعاً منهما، بأن جعل الجرائم ضد الإنسانية جرائم قائمة ومستقلة بحد ذاتها، وبالتالي بإزالة هذه الرابطة أصبحت مخالفة مبدأ الشرعية أكثر وضوحاً في قانون مجلس الرقابة رقم 10. أمّا بالنسبة لمحكمة يوغسلافيا السابقة،<sup>(2)</sup> فقد اشترطت لقيام الجريمة ضد الإنسانية أن تكون هناك رابطة بين الفعل المكوّن للجريمة ونزاع مسلح داخلي أو دولي، كذلك إن توجهه ضد سكان مدنيين. أدرجت أيضاً محكمة رواندا، والتي أنشئت بسبب اضطهاد الهوتو للتوتسي والهوتو الموالين لهم، الجرائم ضد الإنسانية وأيضاً في ميثاقها ولم تشترط توافر رابطة بين الجريمة والنزاع المسلح، ولكنها اشترطت توافر قصد تمييزي خاص<sup>(3)</sup>.

#### ♦ ثانياً: تطبيق قضائي - محكمة يوغسلافيا السابقة كمثال - وقائع وأسباب النزاع:

بحسب دستور 1974 كانت جمهورية يوغسلافيا السابقة تتشكّل من 6 جمهوريات ذات قوميات وأديان مختلفة، وهي: (مقدونيا، البوسنة والهرسك، سلوفينا والجبل الأسود وصربيا

(1) Control Council Law No. 10: (2) (a) Crimes against Humanity: "Atrocities and offenses, including but not limited to murder, extermination, enslavement, deportation,.. or other inhumane acts committed against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds whether or not in violation of the domestic laws of the country where perpetrated." <https://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>

(2) ICTY Article (5) Crimes against humanity: "The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following: crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population; (d) deportation;

(3) ICTR - "Crimes against humanity:" The ICTR shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds." Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994 | OHCHR

وكرواتيا) بالإضافة إلى إقليمين مستقلين بالحكم وهما: (سوفو وفودفوسين).<sup>(1)</sup> عندما أعلنت سلوفينا وكرواتيا استقلالهما وتبعتهما البوسنة في 1991، قامت الميليشيات الصربية بالاعتداء على مسلمي البوسنة والهرسك، وذلك بعد حملات الكراهية المغرضة التي كان يدعو لها سلوبودان سيلوزوفيتش (رئيس الحزب الشيوعي). في بادئ الأمر كان الهجوم عشوائياً ومحدوداً بين قوات التمرد الداخلية والمدنيين، ما لبث هذا الهجوم حتى تطور بالتحاق القوات العسكرية الصربية المجهزة بأسلحة ومعدات إلى جانب قوات التمرد، مما أدى إلى تفارق كبير في القوى، تمّ على إثره مأساة دامية في حق مسلمي البوسنة والهرسك.<sup>(2)</sup>

#### – إنشاء المحكمة واختصاصها:

تدخل مجلس الأمن لمحاولة<sup>(3)</sup> إنهاء معاناة مسلمي البوسنة والهرسك بسبب الجرائم التي ارتكبت ضدهم. ففي الثاني والعشرين من فبراير عام 1993 أصدر مجلس الأمن القرار رقم (808)، والذي يقضي بإنشاء محكمة جنائية دولية خاصة لمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الصارخة للقانون الدولي الإنساني، والمرتكبة في إقليم يوغسلافيا. تمّ الإعلان عن بدء عمل المحكمة من قبل الجمعية العامة في 17 نوفمبر 1993 في لاهاي (هولندا). ولضمان الحياد تمّ تشكيل المحكمة من (11) قاضي لا يشترك اثنان في ذات الجنسية، وقد كان من بينهم قاضي مصري وهو "الدكتور / فؤاد عبد المنعم رياض"، والذي حلّ بعده "المستشار/ محمد أمين المهدي".<sup>(4)</sup>

(1) حسام الشبخة. المسؤولية والعقاب على جرائم الحرب، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 264. (مشار إليه في، أ. سعاد خوجه. "محاكمات يوغسلافيا ورواندا ودورها في تطوير القضاء الجنائي"، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، مج 2، ع 4، 2013، ص 272).

(2) ص 373 المرجع السابق.

(3) "الجدير بالذكر أن تدخل الأمم المتحدة "مجلس الأمن"، كان تحت الضغط الدولي العام؛ لإعطاء انطباع بان الأمم المتحدة لا تقف ساكنة أمام انتهاكات حقوق الإنسان في يوغسلافيا السابقة، ولم يكن الهدف إقامة عدالة جنائية في يوغسلافيا السابقة: د. أحمد محمد المهدي بالله: "النظرية العامة للقضاء الدولي الجنائي"، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 83 وما بعدها. (مشار إليه في. سعاد خوجه: "محاكمات يوغسلافيا ورواندا ودورها في تطوير القضاء الجنائي"، ص 274، مرجع سابق).

(4) د. إبراهيم العناني. المحكمة الجنائية الدولية، مرجع سابق، ص 15.

تختص المحكمة موضوعاً في نظر الجرائم الجسيمة التي تعدّ خرقاً لاتفاقيات جنيف الموقعة في أغسطس 1949، ومخالفات قوانين الحرب وأعرافها، وجرائم الإبادة الجماعية، والجرائم ضدّ الإنسانية. كما يشمل اختصاصها الإقليمي الإقليم البري والبحري والجوي للجمهورية اليوغسلافية السابقة قبل تفككها، أما بالنسبة لاختصاصها الزمني فيبدأ من 1991/1/1 حتى التاريخ الذي تحدده مجلس الأمن لإحلال السلام في الإقليم اليوغسلافي. كذلك عند تنازع الاختصاص بين المحاكم الوطنية والمحكمة الدولية، فإنّ الأولوية للمحكمة الدولية.

نصّ نظام محكمة يوغسلافيا السابقة، في الفقرة (هـ) من المادة الخامسة على الترحيل القسريّ للسكان المدنيين، كجريمة ضدّ الإنسانية. وتمتّ المحاكمة والإدانة عليها، على سبيل المثال: جرائم العمل بالسخرة التي قام بها أصحاب المصانع، حيث قاموا بترحيل الأجانب والمعتقلين للعمل قسراً<sup>(1)</sup>.

#### - تطبيق قضائي: محاكمة تاديتش<sup>(2)</sup> (DUŠKO TADIĆ)

(ولد تاديتش في 1 أكتوبر عام 1955م في كوزارك، البوسنة والهرسك. شغل منصب رئيس المجلس المحلي للحزب الديمقراطي الصربي).

في 30 أبريل لسنة 1992م قام الحزب الديمقراطي الصربي بهجوم منظم للاستيلاء على بلدة برييدور، بمساعدة قوات الجيش والشرطة. تمّ الاستيلاء عليها في الساعات الأولى من الصباح وتمّ نشر القوات الصربية في نقاط تفتيش تغطي جميع أنحاء برييدور، مع توزيع القناصة على أسطح المباني الرئيسية. تمّ بعد ذلك إعلان الاستيلاء على المنطقة وإعلان إعادة تسميتها ليكون "بلدية برييدور الصربية". في 24 مايو 1992م تمّ الهجوم على بلدة كوزارك القريبة من برييدور، استخدمت فيه المدفعية، تمّ على إثره مقتل 800 شخص مدني من أصل عدد سكانها البالغين 4000 نسمة، وعندما تمّ الاستيلاء على المدينة كاملة، بدأت القوات الصربية في تجميع وطرد جميع السكان غير الصرب من المنطقة سيراً على الأقدام. قام تاديتش بالمشاركة في النقل القسري للمدنيين إلى معسكرات الاعتقال، وفي أثناء ذلك تعرّض

(1) د. أحمد المهدي بالله. الجرائم الدولية، ص 43، مرجع سابق.

(2) [https://www.icty.org/x/cases/tadic/cis/en/cis\\_tadic\\_en.pdf](https://www.icty.org/x/cases/tadic/cis/en/cis_tadic_en.pdf)

العديد من المدنيين للضرب والسرقة والقتل على أيدي الصرب والقوات الصربية. بعد الاستيلاء على برييدور والمناطق المحيطة بها، احتجزت القوات الصربية الآلاف من المدنيين في معسكرات، تمّ إنشاؤها سلفاً كجزء من "خطة صربيا الكبرى" لطردها من منطقة برييدور.

تمّ القبض على تاديتش من قبل السلطات الألمانية في 12 فبراير 1994م، وتمّ اتّهامه بالانتهاك الجسيم لاتفاقيات جنيف 1949م، كذلك التعذيب والمعاملة اللاإنسانية والقتل العمد والتسبب العمدي في المساس بسلامة الجسم. كما تمّ الاستناد في الحكم عليه على عدّة مبادئ قانونية، وهي المسؤولية الفردية التي أقرتّ بها المادة رقم (7) من نظام محكمة يوغسلافيا السابقة<sup>(1)</sup>، والمادة الخامسة من ذات النظام والتي جرّمت الجرائم غير الإنسانية وحدّتها ومن ضمنها التهجير القسري للسكان المدنيين.<sup>(2)</sup> كذلك المادة الثانية من اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب لسنة 1949. أيضاً تمّ الاستناد في الإدانة على الاتفاقية الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية، لاهاي 1907م والتي تقرّ بالمسؤولية عن القوات المسلحة<sup>(3)</sup>. أخيراً، تمّ الحكم عليه في 26 يناير 2000، بالسجن لمدة 20 سنة، وتمّ الإفراج عنه قبل انقضاء فترة حكمه في 2008م.<sup>(4)</sup>

(1) ART 7 Article 7 Individual criminal responsibility 1. A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 5 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime. 2. The official position of any accused person, whether as Head of State or Government or as a responsible Government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment. 3. The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 5 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his superior of criminal responsibility if he knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof. 4. The fact that an accused person acted pursuant to an order of a Government or of a superior shall not relieve him of criminal responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the International Tribunal determines that justice so requires.

(2) Article 5 Crimes against humanity The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population: (d) deportation;"

(3) الاتفاقية الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية - اللجنة الدولية للصليب الأحمر (icrc.org)

(4) See: Tadic (icty.org)

## ■ الفرع الثاني: دور المحكمة الجنائية الدولية

تمّ تبني النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، في روما (17 يوليو 1998)، كمحكمة دولية دائمة، مختصة في الجرائم شديدة الخطورة<sup>(1)</sup> والتي تهدد الأمن والسلام الدوليين.

### ◆ أولاً: المبادئ العامة الحاكمة للجرائم الواردة في نظام روما الأساسي

تقوم المحكمة الجنائية الدولية على عدّة مبادئ، ومنها مبدأ التكاملية؛ أي أنّ تدخل المحكمة يُعتبر مكملاً للمحاكم الوطنية، فهي لا تتدخل إذا تمّت محاكمة مرتكبي الجرائم، احتراماً لسيادة الدولة على رعاياها، وإيماناً بمسؤوليتها على معاقبتهم، ولكن ذلك مشروط بأن تكون المحاكمة جدية وعادلة، وذلك تطبيقاً لمبدأ "عدم معاقبة الشخص على ذات الفعل مرتين". وعليه، إذا تمت محاكمة الشخص صورياً فإن الاختصاص يظلّ خاضعاً للمحكمة الدولية؛ لتحقيق العدالة ولضمان عدم إفلات الجناة من العقاب<sup>(2)</sup>.

كذلك تُطبّق المحكمة مبدأ عدم تقادم الجرائم الدولية؛ لأنّ التقادم يترتب عليه انقضاء الدعوى الجنائية، وسقوط حقّ الدولة في العقاب، بالتالي كفالة لحقوق الإنسان وضمانة لسريان العدالة وعدم إفلات المجرمين، استقرّ على مبدأ "عدم سقوط الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة"<sup>(3)</sup>. كذلك لا يجوز وضع تحفّظات على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية من جانب الدول، فهو نظامٌ كاملٌ لا يتجزأ، وهذا ما نصّت عليه المادة رقم (120) بأنّه: "لا

(1) حددت المادة الخامسة من نظام المحكمة الجنائية الدولية وهي: 1-جرائم الإبادة الجماعية. 2- الجرائم ضد الإنسانية...".

(2) لكن، للمحكمة الجنائية أيضاً محاكمة شخص تمّت محاكمته وفق رقم 3/20: "الشخص الذي يكون قد حوكم أمام محكمة أخرى عن سلوك يكون محظوراً أيضاً بموجب المواد 6 أو 7 أو 8 لا يجوز محاكمته أمام المحكمة فيما يتعلق بنفس السلوك إلا إذا كانت الإجراءات في المحكمة الأخرى: 1 - قد اتّخذت لغرض حماية الشخص المعني من المسؤولية الجنائية عن جرائم تدخل في اختصاص المحكمة، أو 2- لم تجر بصورة تتسم بالاستقلال أو النزاهة وفقاً لأصول المحاكمات المعترف بها بموجب القانون الدولي، أو جرت غفي هذه الظروف، على نحو لا يتسق مع النية إلى تقديم المعني للعدالة". (3) المادة رقم (29) من نظام روما الأساسي.

See Also: "Recognizing that it is necessary and timely to affirm in international law, through this Convention, the principle that there is no period of limitation for war crimes and crimes against humanity, and to secure its universal application", SEE: Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity. resolution 2391 (XXIII) of 26 November 1968. Microsoft Word - Document1 (un.org)

يجوز إبداء أية تحفظات على هذا النظام الأساسي". ويستثنى من ذلك نص المادة رقم (124)<sup>(1)</sup>، والذي يعطي للدولة الحق في عدم قبولها لاختصاص المحكمة لمدة 7 سنوات فيما يخص الجرائم الواردة في المادة رقم (8)، والمتعلقة بجرائم الحرب.

تستند المحكمة أيضاً إلى مبدأ التعاون الدولي، فقد نص النظام الأساسي على مبدأ التعاون الدولي والمساعدة القضائية في المادة رقم (86) من الباب التاسع، والتي تلزم الدول الأطراف بمساعدة المحكمة في إجراءات التحقيق والمقاضاة، وذلك ضمن ما يقع في اختصاص المحكمة<sup>(2)</sup>. كما تستند المحكمة إلى مبدأ الشرعية، وعليه فعندما تُفسر الأفعال المحظورة، يجب أن يتم ذلك وفق مبدأ الشرعية المنصوص عليه في المادة رقم (22)<sup>(3)</sup> من النظام الأساسي فلا يجوز التوسع في نطاق التفسير وذلك لتعلقها بالقانون الجنائي الدولي، وبالتالي يجب توافر نصاً يُجرّم الفعل، كذلك يجب أن يكون الفعل مجرماً وقت ارتكاب الجريمة بشكل دقيق غير قابل للتأويل أو التوسع في التفسير حتى يدخل في اختصاصها، وبشكل عام كأساس في القانون الجنائي إن ثار بعض الشك فهو تفسير لصالح المتهم. كذلك استقرت المحكمة على مبدأ المسؤولية الفردية، والتي تحكمه عدة قواعد كما يلي:

1- الصفة الرسمية للشخص لا يُعتدُّ بها وفقاً للمادة رقم (27) من النظام الأساسي، فالأشخاص متساوون أمام القانون، فلا تؤثر صفتهم، ولا حصانتهم في إقرار مسؤوليتهم عن ما ورد في النظام من جرائم، كما أنّ الصفة لا تشكّل سبب لتخفيف العقوبة<sup>(4)</sup>.

(1) "Article 124, Transitional Provision Notwithstanding article 12, paragraphs 1 and 2, a State, on becoming a party to this Statute, may declare that, for a period of seven years after the entry into force of this Statute for the State concerned, it does not accept the jurisdiction of the Court with respect to the category of crimes referred to in article 8 when a crime is alleged to have been committed by its nationals or on its territory. A declaration under this article may be withdrawn at any time. The provisions of this article shall be reviewed at the Review Conference convened in accordance with article 123, paragraph 1.

(2) انظر أيضاً، المادة رقم 93، والمادة رقم 89 من النظام الأساسي. RomeStatutEngl.pdf (icc-cpi.int)

(3) المادة رقم (22) من النظام الأساسي: "لا جريمة إلا بنص 1- لايسأل الشخص جنائياً بموجب هذا النظام الأساسي ما لم يشكل السلوك المعني وقت وقوعه، جريمة تدخل في اختصاص المحكمة. 2- يُؤوّل تعريف الجريمة تأويلاً دقيقاً ولا يجوز توسيع نطاقه عن طريق القياس، وفي حالة الغموض يفسر التعريف لصالح الشخص محل التحقيق أو المقاضاة أو الإدانة. 3- لا تؤثر هذه المادة على تكييف أي سلوك على أنه سلوك إجرامي بموجب القانون الدولي خارج إطار هذا النظام الأساسي". انظر أيضاً: المادة رقم (23)، (24).

(4) انظر أيضاً م 7 نورمبرج، م 7/2 من محكمة يوغسلافيا.

2- الرؤساء والقادة مسؤولين عن أفعال تابعيهم الخاضعين لسيطرتهم الفعلية، وذلك إذا علم القائد بهذه الأفعال التي تُشكل جريمة، أو كان يفترض به العلم بها، أو امتنع عن اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنعها. وقد يُعتبر ذلك خروجاً عن مبدأ الشخصية التي يقرُّ بها القانون الجنائي، أو استثناءً عليه.<sup>(1)</sup> وهو استثناءً على مبدأ المسؤولية الشخصية؛ لأنَّ الرؤساء كان بإمكانهم منع هذه التصرفات، أو تقاعسوا عن منعها، أو تغاضوا عنها، أو حتى وافقوا ضمناً عليها.

#### ♦ ثانياً: تطبيق قضائي - قضية الرئيس السابق عمر البشير<sup>(2)</sup>

تعتبر فترة حكم البشير للسودان من أطول فترات الحكم فقد استمرت 30 عاماً، بعد أن أطاح بالسلطة بانقلاب عسكري يسمى " ثورة الإنقاذ الوطني"، في 30 يوليو 1989 ضد السلطة المنتخبة بقيادة الصادق المهدي آنذاك<sup>(3)</sup>.

على الرغم من الجذور التاريخية للنزاعات الداخلية بين الجماعات المختلفة في إقليم دارفور، إلا أنها تزايدت في عهد البشير، وذلك بتعرض سكان دارفور إلى إبعاد وتهجير قسري، بشكل مستمر ومتكرر ومنظم. إذ زاد بشكل واضح منذ قيامه بتنظيم إداري عام 1994، تولت بموجبه الجماعات العربية مواقع مهمة في السلطة<sup>(4)</sup>؛ وتم اقضاء غيرهم من القبائل الأخرى من الدور القيادي.

في عام 1998-1999 حدثت نزاعات بين القبائل، تمَّ بسببه تهجير أكثر من خمسة آلاف من المساليت إلى بلدة جينينا وإلى تشاد. وفي فبراير 2003 اشتدت الصراعات بسبب مطالبة بعض القبائل - الإفريقية - من الحكومة وضع حد للتهميش والإقضاء القيادي والاقتصادي اللذان يتعرضون له، كذلك طالبوا الحكومة السودانية بوضع حداً للانتهاكات التي يقوم بها منافسوه من الرعاة -العرب المسلحون - الذين يأتون إلى الأراضي الزراعية هرباً من التصحر والجفاف. وعوضاً عن تدخل الحكومة لفض النزاعات وإحلال السلام، قامت

(1) المادة رقم 28 من النظام الأساسي، مسئولية القادة والرؤساء الآخرين، انظر أيضاً (م 3/7 يوغسلافيا).

(2) متاح على الرابط التالي: (Al Bashir Case (icc-cpi.int)

(3) متاح على الرابط التالي: عمر حسن البشير الجزيرة نت (aljazeera.net)

(4) متاح على الرابط التالي: <https://www.hrw.org/legacy/arabic/reports/2004/sudan0504/3.htm>

الحكومة باستهداف التجمعات المدنية التي ينتمي إليها المتمردون من المساليت والزغاوة، بمساعدة ميليشيات الجنجويد، ونتج عن ذلك فرار 110 آلاف شخص إلى تشاد، كذلك نتج عنه جرائم حرب وجرائم إبادة<sup>(1)</sup>.

أنكرت الحكومة السودانية علاقتها بالجنجويد، ولكن التقارير أثبتت وجود علاقة بين الحكومة والميليشيات المسلحة، عوضاً عن تسليم الحكومة للميليشيات وتوفير الغطاء الجوي لها لممارسات الجرائم في حق المدنيين، وبالرغم من أن عدد الميليشيات في الإقليم أكثر من الجيش النظامي إلا أن القوات النظامية كانت تأتي قبل الميليشيات لمساعدتها في الجرائم وتغادر بعدها، وهذا بحسب تقرير الهيومن رايتس المعني بجمع الأدلة والتقصي آنذاك.<sup>(2)</sup>

في 2005 قدمت لجنة تقصي الحقائق تقريرها إلى الأمين العام، أوصت فيه بإحالة حالة دارفور إلى المحكمة الجنائية الدولية، كذلك أوصت بتعويض الضحايا عن الانتهاكات الجسيمة التي حدثت لهم<sup>(3)</sup>. وبناء على التقرير قام مجلس الأمن بإحالة قضية دارفور إلى المحكمة الجنائية الدولية بموجب القرار رقم 1593،<sup>(4)</sup> وتم توجيه عدة تهم، منها تهمة ارتكاب جرائم ضد الإنسانية إلى الرئيس السوداني عمر البشير، من قبل المدعي العام للمحكمة.

وعلى الرغم من عدم تصديق دولة السودان على ميثاق روما، ونص المادة رقم (12) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية<sup>(5)</sup> على أنه يشترط لإثبات اختصاص المحكمة

(1) متاح على الرابط التالي: [https://www.hrw.org/ar/report/2004/05/06/255586#\\_ftnref10](https://www.hrw.org/ar/report/2004/05/06/255586#_ftnref10)

(2) متاح على الرابط التالي:

[https://www.hrw.org/legacy/arabic/docs/2004/07/20/darfur10756\\_txt.htm](https://www.hrw.org/legacy/arabic/docs/2004/07/20/darfur10756_txt.htm)

(3) د. أحمد المهدي بالله: "الجرائم الدولي"، ص 129، مرجع سابق.

(4) "The International Commission of Inquiry on Darfur was established by former United Nations (UN) Secretary-General Kofi Annan pursuant the Security Council resolution 1564. The Commission reported to the UN in January 2005 that there was reason to believe that crimes against humanity and war crimes had been committed in Darfur and recommended that the situation be referred to the ICC. Using its authority under the Rome Statute, the UN Security Council referred the situation in Darfur since 1 July 2002 to the Prosecutor of the International Criminal Court in resolution 1593 on 31 March 2005."

(5) المادة (12) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (1998)، الشروط المسبقة لممارسة الاختصاص:

1- الدولة التي تصبح طرفاً في هذا النظام الأساسي تقبل بذلك اختصاص المحكمة فيما يتعلق بالجرائم المشار إليها

في المادة 5.

أن تكون الدولة التي يتبعها المتهم في جريمة من الجرائم المنصوص عليها في النظام الأساسي، داخلة كطرف أو أن يرتكب المتهم الجريمة على النطاق الإقليمي لدولة طرف. وهذا يتعارض مع جرائم البشير فالسودان ليست طرف في نظام روما الأساسي كذلك إن جرائم البشير كانت على إقليم السودان وضد مواطنون سودانيون. وفي حال تعذر تواجد الشرطين أعلاه فيجب أن ترغب الدولة التي وقعت الجريمة الدولية على إقليمها أن تقيم المسؤولية الجنائية في حق المتهمين<sup>(1)</sup>. أو أن تتم الإحالة من قبل مجلس الأمن وهو بالفعل ما حدث في قضية دارفور ضد الرئيس الأسبق " عمر البشير". وعلى الرغم من الانتقادات التي وُجّهت إلى هذا القرار باعتباره قرار غير مشروع؛ لأن السودان ليست طرف في اتفاقية روما، كذلك القول بأن الجرائم المرتكبة في إقليم دارفور لا تمثل تهديد للأمن والسلم الدوليين، باعتبارها نزاعات داخلية لا سلطة لمجلس الأمن عليها.

ولكن في رأيي تدخل مجلس الأمن وقراره بالإحالة يعتبر مشروع ومنسجم مع ما ورد في القانون الدولي من أحكام طالما أنه التزم بالإحالة في الجرائم التي ارتكبت بعد دخول نظام المحكمة حيز النفاذ، وعلى الرغم من أن وضع سلطة الإحالة في يد مجلس الأمن قد يحيل بعض القضايا ويغض النظر عن بعضها بحسب الحجم والثقل السياسي والاقتصادي للدولة التي قامت بالانتهاكات، ومثال ذلك: أمريكا والعراق، فلسطين وإسرائيل. إلا أننا لا ننكر دورها، ودور المحاكم العسكرية السابقة في مكافحة الجرائم الدولية عامة.

2- في حالة الفقرة (أ) أو (ج) من المادة 13، يجوز للمحكمة أن تمارس اختصاصها إذا كانت واحدة أو أكثر من الدول التالية طرفاً في هذا النظام الأساسي أو قبلت باختصاص المحكمة وفقاً للفقرة 3:  
أ) الدولة التي وقع في إقليمها السلوك قيد البحث أو دولة تسجيل السفينة أو الطائرة إذا كانت الجريمة قد ارتكبت على متن سفينة أو طائرة.

ب) الدولة التي يكون الشخص المتهم بالجريمة أحد رعاياها.

3- 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.

(1) المرجع السابق المادة رقم (13) ممارسة الاختصاص: للمحكمة أن تمارس اختصاصها فيما يتعلق بجريمة مشار إليها في المادة 5 وفقاً لأحكام هذا النظام الأساسي في الأحوال التالية:

(ب): (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.

في 4 مارس 2009 قَدَّم المدعي العام للمحكمة الجنائية طلب إلى الدائرة الابتدائية بإصدار قرار قبض على الرئيس السابق البشير، وفي 12 يوليو 2010 تمَّ تقديم مذكرة قبض ثانية<sup>(1)</sup>. تحوي المذكرة على عشرة تهم على أساس المسؤولية الجنائية الفردية في الجرائم بموجب المادة رقم (25 الفقرة 3/أ) من نظام روما الأساسي. والتهم كما يلي: ارتكاب خمس جرائم ضدَّ الإنسانية، وهي: القتل، والإبادة، والنقل القسري، والتعذيب، والاعتصاب.

تَهْمَتَان بارتكاب جرائم حرب وهي: تعمد توجيه هجمات ضدَّ المدنيين بصفقتهم، أو ضدَّ أفراد مدنيين غير مشاركين في الأعمال العدائية كذلك النهب. ثلاث تهم إبادة جماعية، وهي: القتل، التسبب في ضررٍ عقليٍّ وبدنيٍّ خطيرٍ، وتعمدُّ الإضرار معيشياً لفئةٍ معينةٍ بقصد تدمير جماعةٍ معينةٍ.

ظلَّ البشير طليقاً حتى بعد إصدار أوامر القبض من المحكمة الجنائية الدولية. حتى تمَّ عزله في ابريل 2019، وتمَّت محاكمته في مايو 2019 أمام القضاء السوداني، واتَّهامه بالفساد والحكم عليه بالسجن سنتين. وحتى الآن لا نعلم هل سيتمُّ تسليمه للقضاء الدولي أم لا<sup>(2)</sup>.

## ○ الخاتمة والنتائج

يكتبُ العدالة دائماً المنتصر، بطريقته وبالتاريخ الذي يريد أن يقرأه الأجيال بعده، وإن كان التاريخ المكتوب في أحيان كثيرة متناقض، وفي أحيان أخرى يسهل علينا الاعتياد على ما فيه من تناقض، تغافلاً عن التصديق بأنَّ القانون يطبق في أحيان كثيرة لصالح التحالفات الأقوى وبحسب المصالح السياسية الأقوى. إلا أنَّه من التاريخ المسلم به والمفروغ من حقيقة وجوده، تواجد "الجرائم ضد الإنسانية"، منذ القدم حتى يومنا الحالي. وتلازمها بوجودنا البشري، وكأنها أثر يكاد يكون طبيعي لهذا الوجود، بغض النظر عن أسبابها. ومن هذه الجرائم، "جرائم الترحيل القسري للسكان المدنيين"، والتي تُعتبر من الآثار المتوقع حصولها في أماكن النزاعات

(1) Available at: Al Bashir Case (icc-cpi.int).

(2) Available at: Ex-Sudan leader Omar al-Bashir sentenced to two years for corruption | Omar al-Bashir | The Guardian. See also: Sudan's Omar al-Bashir sentenced to two years for corruption | Omar al-Bashir News | Al Jazeera.

والحروب، إمعانا بشكلٍ مباشر كالتهديد أو بشكل غير مباشر كالتهميش والإقصاء، أو غيرها من الأسباب التي قد تدفع المدنيين للنزوح عن مساكنهم وأوطانهم قسرا. ولذلك أقرّت الصكوك القانونية بحماية السكان المدنيين، وحمايتهم من الترحيل القسري، كالإعلان العالمي لحقوق الانسان<sup>(1)</sup>، والعهد الدولي الخاص للحقوق المدنية والسياسية، وغيرها من المواثيق القانونية<sup>(2)</sup> وذلك لحقهم الأصيل في السكن، وحقهم في الحماية، وحقهم الدائم في العودة إلى أوطانهم.

#### ♦ يُستنتج من البحث ما يلي:

إنّ جريمة التهجير القسري، جريمة متعددة السلوك، ولا تقتصر على سلوك واحد بعينه. ولكن يجب أن يقترن هذا السلوك "بالقسر أو بالإكراه"، ولا يشترط أن يكون هذا الإكراه باستخدام القوة والعنف البدني، كالطرد أو الضرب، بل قد يكون بالتهديد والتخويف، كذلك لا يشترط أن يكون السلوك مباشراً وصريحاً فقد يكون بشكل ضمني كالتهميش، بالتالي فإنّ عدم وضع صور محددة لصور أو سلوك الترحيل، والاقْتِصَار على اشتراط توافر عنصر القسر أو الإكراه كعنصر مقترن للسلوك، في المادة رقم (7) من نظام روما الأساسي، يعطي حماية أكبر للمدنيين، بحيث يستوعب أيّ فعل ممكن.

وفق نظام المحكمة الجنائية الدولية فإن الجرائم التي تختص بها المحكمة والواردة في نظامها لا يسري فيها التقادم، لإسباغ الحماية أولاً ولعدم افلات الجناة ثانياً. لم تشترط المحكمة الجنائية الدولية وجود نزاع لتكليف الجريمة، كجريمة ضد الإنسانية، بل جعلتها جريمة قائمة بحد ذاتها متصورة في وقت السلم والحرب.

تصنف جريمة التهجير القسري للسكان المدنيين كجريمة دولية - ضد الإنسانية-، تم النص عليها في الوثائق الدولية، تمت المحاكمة عليها في المحاكم الدولية، فعلى سبيل المثال:

(1) Article 13 "1. Everyone has the right to freedom of movement and residence within the borders of each State.

2. Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country. See: [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/eng.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf)

(2) Article 12 of the ICCPR states: Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence. Everyone shall be free to leave any country, including his own.

أكد ميثاق المحكمة العسكرية الدولية لمحاكمة مجرمي الحرب الألمان نورمبرج على أن ترحيل السكان المدنيين تعد جريمة ضد الإنسانية، كذلك المادة رقم (5) من محكمة يوغسلافيا السابقة أُدرج فيها على الترحيل القسري كجريمة ضد الإنسانية، والمادة رقم (7) من نظام روما الأساسي أيضاً تمّ إدراجها كجريمة ضد الإنسانية.

الاختصاص الجنائي العالمي اختصاص وطني؟ مكمّل للقضاء الدولي، لمكافحة الجرائم والوقاية منها ولمكافحة سياسة الإفلات من العقاب، والعكس صحيح، اختصاص المحكمة الجنائي، الدولية اختصاص تكميلي للقضاء الوطني لذات الهدف.

#### ♦ التوصيات:

دعوة الدول إلى الانضمام إلى نظام روما الأساسي، وتفعيل التعاون الدولي بينها بشكل ثنائي أو متعدد؛ لتفعيل آليات مكافحة سياسة الإفلات من المحاكمة والعقاب، بالتالي لتحقيق الهدف الأساس والمشارك لجميع الدول وهو تحقيق الأمن والسلم الدوليين.

النصّ على الاختصاص العالمي في القوانين الوطني وبالتحديد النص على الجرائم ضدّ الإنسانية وصورها بشكل خاصّ.

الدراسة الرابعة:

**US-China Trade War: From A Legal and Political Perspective**

**Consul Sarah Al Dirani**

○ **Introduction**

A number of waves of tariffs were implemented between 2018 and 2019, which led to the escalation of the trade war between the United States and China<sup>(1)</sup>. However, tariffs were still in place by the end of 2021 despite the fact that the two nations had reached a Phase One deal to de-escalate trade tensions in January 2020<sup>(2)</sup>. In February 2018, President Trump ordered safeguard tariffs to be placed on a wide range of important commodities imported from a number of different nations<sup>(3)</sup>. These tariffs first spared a number of significant economies, including the European Union and Canada; nevertheless, they eventually targeted a number of nations, one of which was China<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> Suisheng, Zhao, and Dan Guo. "A New Cold War? Causes and Future of the Emerging US-China Rivalry." *Vestnik RUDN. International Relations* 19, no. 1 (December 15, 2019): 9–21. <https://doi.org/10.22363/2313-0660-2019-19-1-9-21>.

<sup>(2)</sup> Ibid.

<sup>(3)</sup> BBC News, "Trade Wars, Trump Tariffs and Protectionism Explained." BBC News. May 10, 2019. <https://www.bbc.com/news/world-43512098>.

<sup>(4)</sup> Russ, Kadee, and Lydia Cox. "Steel Tariffs and U.S. Jobs Revisited." Harvard University and University of California, February 6, 2020. <https://econofact.org/steel-tariffs-and-u-s-jobs-revisited>.

As a kind of retaliation, China and several of its other trading partners levied further duties<sup>(1)</sup>. Both the United States and China were active participants in the latter phases of the trade war<sup>(2)</sup>. The United States initiated a Section 301 investigation into China's trade practices in August 2017, and on March 22, 2018, the Office of the United States Trade Representative accused China of unfair trade practices, including the theft of intellectual property and the forced transfer of technology to Chinese companies<sup>(3)</sup>. The investigation into China's trade practices was started by the United States in August 2017<sup>(4)</sup>.

As a result of these circumstances, the United States finally imposed a total of five rounds of tariffs on imports from China<sup>(5)</sup>. In response, China retaliated with its own tariffs in July 2018, August 2018, September 2018, and June 2019 respectively<sup>(6)</sup>. The United States and China have reached a deal to push out the implementation of the sixth wave of tariffs until December 2019, in anticipation of the Phase One accord<sup>(7)</sup>. However, the tariffs are still in effect as of September 2021, despite the agreement reached in January 2020 and both parties agreed to cut the costs from the September 2019 wave in half<sup>(8)</sup>.

---

(1) Sheikh, Salman Rafi. "Les États-Unis ne pourront pas gagner la guerre commerciale contre la Chine." *Mondialisation*, Centre de Recherche sur la Mondialisation, Juillet 2018. <https://www.mondialisation.ca/les-etats-unis-ne-pourront-pas-gagner-la-guerre-commerciale-contre-la-chine/5626497>.

(2) Ibid.

(3) Zhang, Dayong, Lei Lei, Qiang Ji, and Ali M. Kutan. "Economic Policy Uncertainty in the US and China and Their Impact on the Global Markets." *Economic Modelling* 79 (June 2019): 47–56. <https://doi.org/10.1016/j.econmod.2018.09.028>.

(4) Russ and Cox.

(5) Kapustina, Larisa, Eudmila Lipková, Yakov Silin, and Andrei Drevalov. "US-China Trade War: Causes and Outcomes." Edited by J. Horák, J. Vrbka, and Z. Rowland. *SHS Web of Conferences* 73 (2020): 01012. <https://doi.org/10.1051/shsconf/20207301012>.

(6) Islam, Md. Nazmul, and Esra Eymen Cansu. "Strategic Competition, Economic Diplomacy, and Trade Warfare: Re-Conceptualizing the 'Cold War' in the Case of Recent US-China Trade War." *Journal of Globalization Studies* 12, no. 2 (2021). <https://doi.org/10.30884/jogs/2021.02.06>.

(7) Kapustina et al.

(8) Ibid.

Since 2018, these events turned out to be a potentially catastrophic turnover with the explosion of what so-called “trade war between China and the United States” that tracked the international trading system to a break-even point. Despite the consequences that will arise from the latest trade war overextension, the world will be dealing for decades with the challenges demonstrated by the Chinese juggernaut. Based on these factual events, this study will disclose the following research question: “Digging into the problem, is the US-China trade war a political rather than economic war?”

In this study, we encounter the ongoing international commerce development resulting from the incidence of China’s WTO membership, causing the recent economic transformations, whether good or bad, on all trading partners and on the overall worldwide commerce system<sup>(1)</sup>. The study genuinely aims to verify, how China’s new strategy after joining the WTO fueled its economic takeoff<sup>(2)</sup>. This strategy was of a dual armament strategy; composed of market openness and economic structuring reforms that underwent coherently, intending to boost its economic bet<sup>(3)</sup>. China did not stop at this level; however, it endorsed further policies, including cheap currency, and heavy-handed state intervention<sup>(4)</sup>. Thus, affecting tremendously several foreign competitors and eventually disabling several WTO rules lines<sup>(5)</sup>.

---

(1) Vinogradov, Andrei Olegovich, Alexander Igorevich Salitsky, and Nelli Kimovna Semenova. “US-China Economic Confrontation: Ideology, Chronology, Meaning.” *Vestnik RUDN. International Relations* 19, no. 1 (December 15, 2019): 35–46. <https://doi.org/10.22363/2313-0660-2019-19-1-35-46>.

(2) *Ibid.*

(3) Li, Chunding, Chuantian He, and Chuangwei Lin. “Economic Impacts of the Possible China–US Trade War.” *Emerging Markets Finance and Trade* 54, no. 7 (May 28, 2018): 1557–77. <https://doi.org/10.1080/1540496X.2018.1446131>.

(4) Lau, Lawrence J. “The China-U.S. Trade War, and Future Economic Relations”. Hong Kong: Xianggang Zhong wen da xue chu ban she, 2019.

(5) Baschuk, “WTO Is Said to Launch Investigation into Trump’s China Tariffs, Officials Says.” *Bloomberg*. January 28, 2019.

## 1. U.S.-Chinese Relations

There is important research written by Robert Gilpin in which he rejects the idea that the global economy is managed abstractly by adopting the prevailing global economic laws, but rather aims to prove that the global economy is an element based on economic laws, but it is fragile and strongly affected by political events and economic policies developments adopted by major countries or leading international organizations in this field<sup>(1)</sup>. The motives of everyone in the international system, that is, all countries, especially the industrialized ones, is to influence the movement of the world economy wheel<sup>(2)</sup>. Through this principle, Gilpin explains the relationship of the world economy to current international politics. In his interpretation, he goes even further, arguing that the international political economy is no longer exclusively influenced by state actors, but also by multinational corporations as active economic influencers<sup>(3)</sup>. This can be confirmed by studying the influence of these companies in the nineteenth century when the conflict between the big companies and the desires of Europeans almost led to the collapse of the capitalist structure<sup>(4)</sup>. Another example can be seen, in the Great Recession in the United States when some multinational corporations were considered “too big to fail” and their bailout grew to be part of the political debate affecting the electoral platform at the time<sup>(5)</sup>.

---

(1) Gilpin, Robert, and Gilpin, Jean M. “Global Political Economy: Understanding the International Economic Order”. Princeton, N.J: Princeton University Press, 2011.

(2) Snowden, Hunter D. *The Art of (Trade) War: Examining the Relationship Between the Political Economies of the U.S. and China Through the Lens of Previous Machiavellian Moments*. Duke University, 2019.

<https://dukespace.lib.duke.edu/dspace/bitstream/handle/10161/18199/The%20Art%20of%20%28Trade%29%20War%20-%20Hunter%20Snowden.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

(3) Gilpin and Gilpin.

(4) Gilpin, Robert, and Gilpin, Jean M. “The Political Economy of International Relations”. Princeton, N.J: Princeton University Press, 1987.

(5) Rotberg, Robert I., and Theodore K. Rabb, eds. “The Theory of Hegemonic War.” In *The Origin and Prevention of Major Wars*, 1st ed., 15–38. Cambridge University Press, 1988. Pg. 27. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511601033.002>.

One of the most important differences between the trade disputes that existed in the seventeenth century and today is the presence of international multilateral institutions, such as the World Trade Organization and the International Monetary Fund<sup>(1)</sup>. Although the WTO and IMF cannot still properly implement trade agreements, they play an essential role in using their influence in international politics to negotiate trade agreements needed to regulate international trade frameworks<sup>(2)</sup>. However, implementation issues remain hostage to the whims of the industrialized nations that dominate world trade. A recent example that indicates the capabilities of international organizations is the World Trade Organization, which had an active role in the matter of investigations conducted in the file of trade exchange between the United States and China<sup>(3)</sup>.

The results of these investigations and recommendations of this organization sometimes changed the course of trade discussions during the conflict<sup>(4)</sup>. Also, in the matter of accusing China of currency manipulation, for example, the International Monetary Fund and the US Treasury Department were asked to investigate this file, and their conclusion in terms of not finding evidence of such practices obliged the United States to retract from continuing such accusations<sup>(5)(6)</sup>. Such investigations by these types of international organizations could

---

<sup>(1)</sup> Maggi, Giovanni. "The Role of Multilateral Institutions in International Trade Cooperation." *American Economic Review* 89, no. 1 (March 1, 1999): 190–214. <https://doi.org/10.1257/aer.89.1.190>.

<sup>(2)</sup> Nicita, Alessandro, Marcelo Olarreaga, and Peri Silva. "Cooperation in WTO's Tariff Waters?" *Journal of Political Economy* 126, no. 3 (June 2018): 1302–38. <https://doi.org/10.1086/697085>.

<sup>(3)</sup> Maggi.

<sup>(4)</sup> *Ibid.*

<sup>(5)</sup> "Macroeconomic and Foreign Exchange Policies of Major Trading Partners of the United States." Governmental Report to Congress. New York, United States: U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY - OFFICE OF INTERNATIONAL AFFAIRS, December 21, 2021. <https://home.treasury.gov/system/files/206/December-2021-FXR-FINAL.pdf>.

<sup>(6)</sup> Nicita, et al.

enhance or eradicate any authority on either side of the negotiating table, creating an additional variable that did not exist to influence trade agreements between even conflicting countries<sup>(1)</sup>.

Experience has shown that the establishment of international institutions such as the World Trade Organization has had the greatest benefits for developing countries. For example, the World Trade Organization has had a crucial role in helping China access global markets, and it has opened many areas for China to develop its manufacturing technologies through its affiliate programs<sup>(2)</sup>. The WTO was also responsible for lowering China's non-tariff barriers, allowing it to become a major Asian and global exporter<sup>(3)</sup>. The protectionist provisions of the World Trade Organization have also played an effective role in limiting any form of exponential growth in the export market share of any of the member countries so that the currently necessary stocks of other partner countries are not infringed<sup>(4)</sup>. Thus, the WTO directly impacted the average import tariff rate and prompted China to move recently to diversify its export base due to its commitment to reducing non-tariff barriers imposed in China<sup>(5)</sup>.

Most studies, especially the one conducted by Bryce Baschuk, have demonstrated that international organizations produce more international trade and enhance trade expertise<sup>(6)</sup>. Indeed, this recent study confirmed that if the World Trade Organization had not existed,

---

<sup>(1)</sup> Baschuk, "WTO Is Said to Launch Investigation into Trump's China Tariffs, Officials Says."

<sup>(2)</sup> Nicita, et al., "Cooperation in WTO's Tariff Waters?"

<sup>(3)</sup> Blancher, Nicolas R., NBlancher@imf.org, Thomas Rumbaugh, and TRumbaugh@imf.org. "China: International Trade and WTO Accession." IMF Working Papers 04, no. 36 (2014): 1. <https://doi.org/10.5089/9781451845488.001>.

<sup>(4)</sup> Nicita, et al.

<sup>(5)</sup> Ibid.

<sup>(6)</sup> Baschuk, "WTO Is Said to Launch Investigation Into Trump's China Tariffs, Officials Says."

the average tariff increase would have amounted to nearly 32% per country, which means more burden on the world economic system<sup>(1)</sup>.

## 2. Origin of the Conflict

The United States and China have seen firsthand the results of the nationalist and state-centric industrial mindset that has placed them in their pre-Cold War positions of power<sup>(2)</sup>. Both the Cold War and the two world wars altered their nations to become actors who can make the global and local economies meet the needs of the state<sup>(3)</sup>. With the onset of the era of globalization, their ability to continue to do so has diminished (at least at the global level), causing these actors to return to solace in their more nationalized, industrialized, state-centric ways<sup>(4)</sup>. When disagreement is made on a solution, it leads to uneven growth, slowly eroding the fundamentals of that stable economy and the actors involved<sup>(5)</sup>. Once this happens, a new groundwork must be created, or else a new global leader must be found<sup>(6)</sup>.

In the United States and China, it is believed that altering patterns of relative advantage outbalance the benefits of more trade liberalization by permitting the market to regulate global economic activities<sup>(7)</sup>. With the liberalization of capital and the integration of financial markets, some actors such as the United States believe that the autonomy of macroeconomic policy and the ability to control their

---

(1) Ibid.

(2) Rotberg and Rabb, "The Theory of Hegemonic War."

(3) Rotberg and Rabb, "The Theory of Hegemonic War."

(4) Gilpin and Gilpin, "Global Political Economy: Understanding the International Economic Order"

(5) Ibid.

(6) Ibid.

(7) Schweller, Randall. "Opposite but Compatible Nationalisms: A Neoclassical Realist Approach to the Future of US–China Relations." *The Chinese Journal of International Politics* 11, no. 1 (March 1, 2018): 23–48. <https://doi.org/10.1093/cjip/poy003>.

economies has diminished significantly<sup>(1)</sup>. Similarly, Asian economies, including China, have begun to encourage greater use of Asian currencies and have distanced themselves from the international use of the dollar<sup>(2)</sup>. Likewise, Asian economies, including China, have begun to enhance greater use of their Asian currencies and have moved away from the international use of the dollar<sup>(3)</sup>. Despite the revival of neo-conservative values, practical government intervention in the areas of commerce, finance, and production remained limited<sup>(4)</sup>. Accordingly, the “sectoral protectionism” system between the United States and China continued to rise. This gave rise to what Gilpin calls “new protectionism<sup>(5)</sup>.” New protectionism arises when a state imposes nontariff barriers to trade with a foreign entity such as when the United States assigned quotas on what can be exported from the United States or when China imposed optional export restrictions on Japanese imports<sup>(6)</sup>.

### **3. The U.S. Political Point of View**

Before the Trump administration, the writings of Dr. Michael Pillsbury, a former Pentagon official under Bush Jr. and current head of the China division at the Hudson Institute, were widely criticized for using conspiracy theories in most of his writing<sup>(7)</sup>. Yet all this changed when Trump declared Dr. Pillsbury “the number one expert on Chinese

---

(1) Ibid.

(2) Blancher et al., “China: International Trade and WTO Accession.”

(3) Ibid.

(4) Gilpin and Gilpin, “The Political Economy of International Relations.”

(5) Ibid.

(6) Gilpin and Gilpin, “The Political Economy of International Relations.”

(7) Schreckinger, Ben, and Daniel Lippman. “The China Hawk Who Captured Trump’s ‘Very, Very Large Brain.’” POLITICO Playbook. February 12, 2018.

<https://www.politico.com/story/2018/11/30/trump-china-xi-jinping-g20-michael-pillsbury-1034610>.

politics,” as one of the senior directors of Chinese strategy at the Hudson Institute<sup>(1)</sup>. Besides being a prominent defense policy advisor, former high-ranking government official, and author of numerous books and reports on China<sup>(2)</sup>. After that, Pillsbury’s writings emerged and gained worldwide popularity, and so far, his writings are still controversial, just as in the past, and the Chinese government has repeatedly denounced them in the media<sup>(3)</sup>. The main reason to talk about Pillsbury’s writings is that his theories began to shape the foreign economic policy and economic institutions of the United States under Trump<sup>(4)</sup>. Being one of Trump’s closest advisers, he worked during Trump’s era as an adviser on China affairs at the US Department of Defense and was and still is a member of the US-China Economic and Security Review Committee<sup>(5)</sup>. Since he was supported by Trump, his theories and his attitude towards China began to permeate the economic policy of the Trump government, which to some extent affected the American public opinion and its opinion about China’s policies<sup>(6)</sup>.

Pillsbury’s theory began thirty years ago when the United States sought to help China thrive in the hope that if its attempt succeeded, China’s middle class would demand democracy and regime change, and then China and the world would experience a greater embrace of the United States/Western principles and values<sup>(7)</sup>. According to Pillsbury’s theory, this was exactly what China wanted America to believe to

---

(1) Ibid.

(2) Pillsbury, Michael. “Areas of Expertise: Michael Pillsbury Senior Fellow & Director for Chinese Strategy.” Hudson Institute, Michael Pillsbury Senior Fellow & Director for Chinese Strategy, 2022. <https://www.hudson.org/experts/724-michael-pillsbury>.

(3) Schreckinger and Lippman.

(4) Ibid.

(5) Pillsbury.

(6) Schreckinger and Lippman, “The China Hawk Who Captured Trump’s ‘Very, Very Large Brain.’”

(7) Pillsbury, Michael. “The Hundred-Year Marathon: China’s Secret Strategy to Replace America as the Global Superpower”. Place of publication not identified: Griffin, 2016.

provide it with the necessary help and expertise to become an influential economic power in the global economy<sup>(1)</sup>. This intention appeared in China when its economists realized, around forty years ago, that they could not return to their former economic strength if they did not present themselves as needing the help of the United States<sup>(2)</sup>. In their private correspondence, many Chinese economists believe that more than half of their economic growth in the past twenty-five years has directly resulted from the investments they have made with the United States and auspicious trade with United States partners<sup>(3)</sup>.

Through Pillsbury's studies, which some considered exaggerated, he showed that China is more untrustworthy and powerful than the image it deceives to present. Also, Pillsbury was able to convince many economists, and most importantly, Trump that China "does not need any deals based on their perceived needs," but rather what they are doing falls within the framework of their plan to outperform the United States, which they are using as a ladder to their ends<sup>(4)</sup> <sup>(5)</sup>. Hence, Pillsbury, through all his writings, aimed to portray China as shady deal-makers, hoping that this would intimidate US decision-makers from China's underlying motives for controlling the global economy under the WTO umbrella and the United States' support.

#### **4. China's Point of View**

Protectionist governments use Machiavellianism and mercantilism, which sows discord between 'us' and 'them' to convince the public that they are protecting 'us' from 'them' even if this is not necessarily the

---

(1) Ibid.

(2) Ibid.

(3) Schreckinger and Lippman.

(4) Pillsbury.

(5) Ibid.

case<sup>(1)</sup>. During the transformation of Anglo-Dutch hegemony, a certain Machiavellian moment, the British used the same “Pillsburian” (Machiavellian) tactic to sow discord over the principle of ‘us’ and ‘them’ to pass their new trade policy that served their interests at the time, for example, they imposed new navigation laws that served their commercial interests at that era<sup>(2)</sup>.

In 2018, Chinese designs began to unravel somewhat, especially when Chinese President Xi Jinping installed the leaders who coordinated this disguise from the defense, intelligence, and military departments to his inner circle as coordinating personal advisers on Chinese economic policy ( 3 ). After some private Chinese correspondence was leaked, it became clear that China has been planning for many years, to reach its current position of dominating the global economy by 2049<sup>(4)</sup>. With this style of play, China slowly rose to the first rank in the global economy and outperformed many in education quality and medical and technological research innovation.

The possible transfer of power between the two hegemonic powers, the United States and China, is an interesting occasion of “opposite but convenient nationalism<sup>(5)</sup>.” China’s assertiveness and the inward turn of the United States result in a huge part of the interaction between nationalism and its influence ability<sup>(6)</sup>. In China, these aspects have led to an “outward-looking, extroverted foreign policy of expansion,” while in the United States the similar procedure may drive them to adopt an

---

(1) Gilpin and Gilpin, “Global Political Economy: Understanding the International Economic Order.”

(2) Ibid.

(3) Blancher et al., “China: International Trade and WTO Accession.”

(4) Ibid.

(5) Schweller, “Opposite but Compatible Nationalisms.” Pg. 24.

(6) Schweller, “Opposite but Compatible Nationalisms.”

“inward-looking, introverted foreign policy of restraint and retrenchment<sup>(1)</sup>.”

## **5. Chinese vs U.S. System of Political Economy**

International trade is always considered the most efficient economic growth engine for centuries and has proven to have beneficial advantages on the global economy. The liberalization of international trade was one of the basic principles advocated by the neoliberals who took control of Western governments and international financial institutions after World War II<sup>(2)</sup>. Developed countries, along with international organizations such as the “Bretton Woods Institutions” and the “World Trade Organization,” called for the principle of trade openness and the abolition of protectionist policies and trade barriers that were previously imposed, which was also one of the most important principles recommended by the “Washington Consensus” in 1989<sup>(3)</sup>.

Free trade can be defined as a policy of countries in unfettered foreign trade, i.e., without imposing any tariffs or subsidies on imports or exports, or without quotas or other trade restrictions that could impede the free movement of trade between countries<sup>(4)</sup>. Free trade can be done unilaterally when the country's internal laws allow it or perhaps bilaterally by entering into regional trade agreements with other countries such as NAFTA and TPP<sup>(5)</sup>. Liberal economists, most importantly Adam Smith and David Ricardo, supported free trade in their theories and later promoted it by many economists who followed

---

<sup>(1)</sup> Ibid. Pg. 24-25.

<sup>(2)</sup> Symoniak, Jason D. “The Washington Consensus.” *George Mason University V*, no. Winter 2010/2011 (2011): 20.

<sup>(3)</sup> Ibid.

<sup>(4)</sup> Drozd, Jolanta, and Algirdas Miškinis. “Benefits and Threats of Free Trade.” *EKONOMIA*, Vilnius University 14 (2011): 40–48.

<sup>(5)</sup> Boudreaux and Ghei, “The Benefits of Free Trade: Addressing Key Myths.” *MERCATUS Center*, George Mason University, May 23, 2020, 5.

their footsteps, and many Western and developed countries adopted it because it opened the way for them to develop and open up to the markets of other countries<sup>(1)</sup>. Free trade enhances competitiveness and innovation among countries through technology transfer, which increases the productivity of aggregate factors, enabling workers to acquire some new skills, which leads to the accumulation of human capital and ultimately leads to increased economic growth at the global level<sup>(2)</sup>. Moreover, unlike the protectionist system, the free trade system creates new job opportunities that were not previously available, but are the result of the urgent need for them in modern efficient industries<sup>(3)</sup>. Thus, all this will increase per capita income growth and will enable consumers to buy better quality products at a lower cost, with a global economic benefit that is beneficial both individually and internationally<sup>(4)</sup>.

However, recent data showed a continuous increase in the trade deficit of developed countries as a result of the large increase in the volume of free international trade, especially in the United States, which suffers from a huge deficit as a result of opening its markets to China<sup>(5)</sup>. This prompted the USA and some countries to adopt protectionist policies by imposing tariffs and non-tariff barriers on some products such as voluntary export restrictions and quotas to protect their domestic industries<sup>(6)</sup>. When the Trump administration adopted this policy, China considered that adopting this policy constitutes a

---

(1) Chorev, Nitsan, and Sarah Babb, "The Crisis of Neoliberalism and the Future of International Institutions: A Comparison of the IMF and the WTO." *Theory and Society* 38, no. 5 (September 2009): 459–84. <https://doi.org/10.1007/s11186-009-9093-5>.

(2) Drozd and Miškinis, "Benefits and Threats of Free Trade."

(3) *Ibid.*

(4) Boudreaux and Ghei, "The Benefits of Free Trade: Addressing Key Myths."

(5) Blancher et al., "China: International Trade and WTO Accession"

(6) Dominick, Salvatore. *International Economics*. 11th ed. New York, United States: WILEY, Fordham University, 2013. <https://ccsuniversity.ac.in/bridge-library/pdf/Dominick-Salvatore-International-Economics.pdf>.

violation of international agreements signed by the World Trade Organization and considered a declaration of trade war against China<sup>(1)</sup>.

This is similar to what happened in several previous eras, which prompted some countries whose commercial interests conflicted to engage in a trade war by imposing retaliatory tariffs that have unexpected repercussions on the global economy<sup>(2)</sup>. Especially if the escalating trade war is between two of the most powerful economies such as China and the United States<sup>(3)</sup>. The international trade war impedes economic growth, increases commodity prices, and increases inflation, affecting unemployment, leading to inefficiencies, and reducing international trade volume<sup>(4)</sup>. It disrupts global supply chains and creates inefficient trade diversion, and in the end, there is no winner in the trade war<sup>(5)</sup>.

### **5.1. Chinese Theory of Political Economy**

In the 1930s, the phenomenon of the interests' intersection appeared in the international trade system, and as a result of the mismanagement and closure of the domestic economy<sup>(6)</sup>. The economy of China and the economies of some East Asian countries similar to the Chinese economy suffered from the worst economic crisis<sup>(7)</sup>. Before

---

(1) Setiawan, Budi. "Does US-China Trade War Matter on ASEAN Stock Market: Event-Study Approach." *SRIWIJAYA INTERNATIONAL JOURNAL OF DYNAMIC ECONOMICS AND BUSINESS* 4, no. 3 (September 28, 2020): 161.

<https://doi.org/10.29259/sijdeb.v4i3.161-74>.

(2) Ma, Hong, Jingxin Ning, and Mingzhi (Jimmy) Xu. "An Eye for an Eye? The Trade and Price Effects of China's Retaliatory Tariffs on U.S. Exports." *China Economic Review* 69 (October 2021): 101685. <https://doi.org/10.1016/j.chieco.2021.101685>.

(3) Ibid.

(4) Symoniak, "The Washington Consensus."

(5) Ibid.

(6) Breslin, *China and the Global Political Economy*, 2013.

<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=1232327>.

(7) Coase, R. H., and Ning Wang. "How China Became Capitalist". Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2016.

this crisis, China was the second-largest recipient of foreign direct investment after the United States<sup>(1)</sup>. Since then, China has begun to seek to change its trade pattern to recover from this crisis and rebuild its economy and succeeded in the seventies in this, and its economic development has continued until today<sup>(2)</sup>. As a result of the collapse of China during the 1930s crisis, it began to slowly move from a communist economic system to a free economic system based on aspects of democratic influence<sup>(3)</sup>.

In 1978, Deng Xiaoping and Qin Yun continued the process of modernizing China's economy after Mao<sup>(4)</sup>. After rejecting Hua Guofeng's "leap forward," Xiaoping and Yun began their reform by shifting governmental investment from heavy industry to light industry and agriculture, as well as granting new rights to state-owned enterprises<sup>(5)</sup>. However, while these shifts were taking place largely around Beijing, the real economic transformation was taking place in China's rural and private sectors, with farmers and specific economic sectors<sup>(6)</sup>. Beijing's willingness to leave these groups alone has allowed entrepreneurship, moderate forms of capitalism, and market forces to creep into China<sup>(7)</sup>. These competing methods of economic reform required the government to privatize some of its governmental institutions to protect them from being taken over by the private sector<sup>(8)</sup>. This competition subsidized the development of a national

---

(1) Ibid.

(2) Breslin.

(3) Ibid.

(4) Coase and Wang, "How China Became Capitalist."

(5) Ibid.

(6) Breslin, "China and the Global Political Economy."

(7) Ibid.

(8) Ibid.

common market and the establishment of capitalism seen in China today<sup>(1)</sup>.

China rose to supremacy through the actions of SWF CIC, the “Sovereign Wealth Fund of the China Investment Corporation<sup>(2)</sup>.” By having the world’s largest sovereign wealth fund China was able to make debtor countries such as the United States, Australia, and Brazil rely on it to achieve any long-term goals<sup>(3)</sup>. For example, CIC supported its stake and role in the global financial industry, during the 2008 financial crisis, by purchasing a \$5 billion stake in “Morgan Stanley, Blackrock, and JC Flowers<sup>(4)</sup>.” CIC was used **“to maximize the country’s economic growth rate by securing foreign assets in industries which the government considers necessary<sup>(5)</sup>.”** China detained 28% of the US national debt in October 2018<sup>(6)</sup>. Thus, although investment in the financial industry permits them to take a seat at the boardroom table, hoarding US Treasury Bonds allow them to have the ability to influence US trade policy through the unspoken threat to trade off these bonds at a quick pace, causing the US economy to enter a downward spiral<sup>(7)</sup>.

The recent transformation that China witnessed made it a model for the developing world, which is trying to strengthen its position in the international system in the pursuit of preserving its cultural and political

---

(1) Amadeo, “Did Donald Trump Bring Back American Jobs?” The Balance. December 31, 2021. <https://www.thebalance.com/trump-and-jobs-4114173>.

(2) Clark, Gordon L, and Ashby H B Monk. “The Political Economy of US—China Trade and Investment: The Role of the China Investment Corporation.” *Competition & Change* 15, no. 2 (July 2011): 97–115. <https://doi.org/10.1179/102452911X13025292603598>.

(3) Ibid.

(4) Nicita et al., “Cooperation in WTO’s Tariff Waters?”

(5) Clark and Monk. Pg. 98.

(6) Ibid.

(7) Nicita et al., “Cooperation in WTO’s Tariff Waters?”

independence<sup>(1)</sup>. For them, China presents a model for countries trying to sever the connection with the “world of one power” in which we have lived since the end of the Cold War and the demise of the Soviet Union, a world that requires constant reliance on that power to maintain its importance in the international arena<sup>(2)</sup>.

However, this Chinese path, which many countries see as a successful model, is seen by other countries in China’s regional neighborhood as a threat, especially India, Japan, South Korea, and Taiwan, because the Chinese system is based on a form of nationalism that by its nature threatens the regional stability of these countries Neighboring<sup>(3)</sup>. Japan is the closest major economy to China, and the trade bloc is the most technologically competitive with China, and if China starts trying to dominate Japan’s foreign markets, this may spark past feuds<sup>(4)</sup>.

Also, the idea of China’s hegemony as the world’s number one economic power would resume its political struggle to regain Taiwan, which many of the great powers see, as a fuse to reopen the bloody conflict that lasted for years<sup>(5)</sup>. Currently, the threat of sanctions from the United States and Europe is enough to make them retreat from aggressive rhetoric on the Taiwan issue<sup>(6)</sup>. In such a situation, its threats are useless and will not do as much as if it were in a dominant position.

---

(1) Ma, Ning, and Xu, “An eye for an eye? The trade and price effects of China's retaliatory tariffs on U.S. exports.”

(2) Sabala, Ethan, Stephen Devadoss, Ethan Sabala, and Stephen Devadoss. “Impacts of Chinese Tariff on World Soybean Markets,” 2020. <https://doi.org/10.22004/AG.ECON.287975>.

(3) Ibid.

(4) Setiawan, “Does US-China Trade War Matter on ASEAN Stock Market.”

(5) Ibid.

(6) Ibid.

This can be seen in Trump's constant threats to impose sanctions on China in the event of non-compliance with international resolutions<sup>(1)</sup>.

## 5.2. U.S. Theory of Political Economy

“The American system of political economy is founded on the premise that the primary purpose of economic activity is to benefit consumers while maximizing wealth creation<sup>(2)</sup>.”

The Federal Reserve controlled the economic policy in the year 2000<sup>(3)</sup>. When Bush took office, Clinton’s welfare reforms continued, and due to an economic surplus, Bush sought to cut taxes<sup>(4)</sup>. Yet tax cuts have lowered revenue, and wars in the Middle East have increased spending; hence, all this was leading to a definite conclusion that the government will run a deficit of 3.5% of GDP by 2004<sup>(5)</sup>. Domestic investment continued to decline due to the immense deficit that was also decreasing domestic investment, therefore, income inequality continued to grow, and this trend was only intensified by the Great Recession<sup>(6)</sup>.

In light of globalization which spread in the mid-1990s affected the global economy to a large extent<sup>(7)</sup>. It has become necessary for the United States to expand its trade policy to maintain a position of

---

<sup>(1)</sup> BBC News, “Trump Threatens to Raise Tariffs on \$200bn of Chinese Goods.” BBC News. May 5, 2019. <https://www.bbc.com/news/business-48171561>.

<sup>(2)</sup> Gilpin and Gilpin, “Global Political Economy: Understanding the International Economic Order” Pg. 150

<sup>(3)</sup> Eisner, Marc Allen. “The American Political Economy: Institutional Evolution of Market and State”. Second edition. New York, NY: Routledge, 2014.

<sup>(4)</sup> Ibid.

<sup>(5)</sup> Ibid.

<sup>(6)</sup> Hont, István. *Jealousy of Trade: International Competition and the Nation-State in Historical Perspective*. 1. Harvard Univ. Pr. paperback ed. Cambridge, Massachusetts, and London, England: The Belknap press of Harvard University Press, 2010.

<sup>(7)</sup> BBC News.

strength and suitability for its economy in the domain of global trade<sup>(1)</sup>. This eventually led to the loss of manufacturing and construction jobs due to pre-existing income inequality<sup>(2)</sup>. While the United States had 28.1% of global merchandise exports after World War II, it decreased to become only 8.3% by 2011<sup>(3)</sup>. This left it behind China which was responsible for just 1.7% of the global merchandise exports in 1985 and rose to 10.7% by 2011<sup>(4)</sup>. This would have been good if imports were also relatively low but the United States remained the world's largest importer by end of 2011<sup>(5)</sup><sup>(6)</sup>.

Since the Great Recession in America in 2011, Americans, on both sides of the political spectrum, continued to face labor market and healthcare problems as a result of these shifts<sup>(7)</sup>. Usually, these themes re-emerge during the election campaigns, and they were intensified during Trump's 2016 election campaign, as Trump reminded the American people of their successive crises due to openness and the dominance of globalization<sup>(8)</sup>. Then he promised to find solutions to their problems in the labor market and health care. His speech focused on reforming the interior and improving the reality of Americans, which gave great hope to most Americans that their conditions would improve<sup>(9)</sup>.

On the conservative side, there have been numerous calls for a "counter-corrective movement" to the rise of globalization, both

---

<sup>(1)</sup> Pillsbury, "The Hundred-Year Marathon: China's Secret Strategy to Replace America as the Global Superpower."

<sup>(2)</sup> Ibid.

<sup>(3)</sup> Blancher et al., "China: International Trade and WTO Accession."

<sup>(4)</sup> Eisner, "The American Political Economy: Institutional Evolution of Market and State."

<sup>(5)</sup> Ibid.

<sup>(6)</sup> Pillsbury, "The Hundred-Year Marathon: China's Secret Strategy to Replace America as the Global Superpower."

<sup>(7)</sup> Setiawan, "Does US-China Trade War Matter on ASEAN Stock Market."

<sup>(8)</sup> BBC News, "Trade Wars, Trump Tariffs and Protectionism Explained."

<sup>(9)</sup> Ibid.

socially and economically<sup>(1)</sup>. Especially as working-class jobs were quickly leaving the United States as a result of successive crises, this seemed astonishing to many political analysts, and people were looking for whom to blame<sup>(2)</sup>. With Trump taking office and implementing his promise, he began a corrective step against the usual American openness, which focused on rebuilding the interior by reducing the unemployment rate, creating new job opportunities, raising the percentage of exports to the United States, and addressing the issue of declining manufacturing sales<sup>(3)</sup>. However, this internally-focused policy was not common in previous presidential terms, so it created a new style in the American administration, which many criticized because it harmed the dominant position that the United States enjoyed in the ongoing globalized economy<sup>(4)</sup>.

## **6. The Climax of the U.S.-China Trade War**

In August 2017, President Trump launched a formal investigation into China's alleged theft of American intellectual property, which estimated annual losses to the United States at between \$225 and \$600 billion due to this theft<sup>(5)</sup>. Meanwhile, the US trade deficit was \$579.9 billion, the majority of which came from imports of consumer products<sup>(6)</sup>. Meanwhile, their largest trading partner is China, which accounts for more than half of the total trade deficit<sup>(7)</sup>. In 2018,

---

<sup>(1)</sup> Mahmoud, Ahmed Medhat. "US-China Trade War 2018.," 2019. <https://doi.org/10.13140/RG.2.2.29727.41121>.

<sup>(2)</sup> Amadeo, "Did Donald Trump Bring Back American Jobs?"

<sup>(3)</sup> BBC News, "Trump Threatens to Raise Tariffs on \$200bn of Chinese Goods."

<sup>(4)</sup> Sabala et al., "Impacts of Chinese Tariff on World Soybean Markets."

<sup>(5)</sup> Huang, Yi, Chen Lin, Sibio Liu, and Heiwai Tang. "Trade Linkages and Firm Value: Evidence from the 2018 US-China Trade War." SSRN Papers, August 20, 2020, 59.

<sup>(6)</sup> Amadeo, "What Is the Current U.S. Trade Deficit?" The Balance. February 17, 2022. <https://www.thebalance.com/u-s-trade-deficit-causes-effects-trade-partners-3306276>.

<sup>(7)</sup> Ibid.

President Trump, at the behest of his economic advisers, notably Dr. Michael Pillsbury, began a trade war with China to effectively reduce the US trade deficit<sup>(1)</sup>. The deficit reduction project was part of Trump’s strategy to create more jobs, especially as he promised the American people during his campaign that he would be the greatest job-creating president in American history by pledging to create 25 million jobs in the next ten years<sup>(2)</sup>.

Liu and Woo, in their article “Understanding the U.S.-China Trade War,” explained that there were three main concerns that led to the start of the US-China trade war. First, the US administration was concerned about China’s chronic large trade surplus, which was reducing employment opportunities in the United States<sup>(3)</sup>. Second, according to the statements of former President Donald Trump, China used illegal and unfair methods to obtain American technology at a reduced price based on the agreements signed between them<sup>(4)</sup>. And third, the concern that there are Chinese plans to try to weaken US national security and US international standing<sup>(5)</sup>.

The US trade balance has been in a growing deficit against China from 1990 to 2018, when the trade war broke out, with the trade deficit with China reaching a record increase of \$419 billion<sup>(6)</sup>. This growing trade deficit led President Trump to conduct an official investigation that eventually led to his decision to increase import tariffs on Chinese

---

(1) Schreckinger and Lippman, “The China Hawk Who Captured Trump’s ‘Very, Very Large Brain.’”

(2) Amadeo, “Did Donald Trump Bring Back American Jobs?”

(3) Liu, Tao, and Wing Thye Woo. “Understanding the U.S.-China Trade War.” *China Economic Journal* 11, no. 3 (September 2, 2018): 319–40. <https://doi.org/10.1080/17538963.2018.1516256>.

(4) Liu and Woo, “Understanding the U.S.-China Trade War.”

(5) *Ibid.*

(6) Office of the United States Trade Representative. (n.d.). “The People’s Republic of China.” Washington, United States: Office of the United States Trade Representative. (n.d.), 2020. <https://ustr.gov/countries-regions/china-mongolia-taiwan/peoples-republic-china>.

products on March 22, 2018, which took effect on July 6<sup>(1)</sup>. The US administration hoped, through this historic decision, to start reducing this deficit, as raising the prices of imported Chinese goods through raising tariffs will inevitably weaken the competitiveness of Chinese companies<sup>(2)</sup>.

In this way, Trump can create a more favorable environment for American companies operating and selling in China and thus create more new job opportunities as he promised in his election platform<sup>(3)</sup>. However, this scheme had negative reactions that the Trump administration did not take into account<sup>(4)</sup>. As this decision led to counterproductive results that were not taken into account because the costs of imported inputs for local companies increased as a result of raising tariffs<sup>(5)</sup>.

## **7. Trump's Strategy**

During Trump's election campaign, he repetitively stated his economic strategies to revive the general state economy<sup>(6)</sup>. This was performed by restoring manufacturing jobs from abroad through increasing import tariffs on foreign goods, particularly from China, as a way to protect national companies from unfair competition practiced by foreign ones<sup>(7)</sup>. In general, Trump wanted to achieve more self-sufficiency for the United States by pursuing policies targeted to

---

(1) Setiawan, "Does US-China Trade War Matter on ASEAN Stock Market."

(2) Amadeo, "Did Donald Trump Bring Back American Jobs?"

(3) Ibid

(4) Huang et al., "Trade Linkages and Firm Value: Evidence from the 2018 US-China Trade War."

(5) Ibid.

(6) Huang et al., "Trade Linkages and Firm Value: Evidence from the 2018 US-China Trade War."

(7) Ibid.

increase import tariffs<sup>(1)</sup>. China has been the main objective of these policies, claiming that such policies will create new jobs to reduce unemployment<sup>(2)</sup>. Thus, the first import tariffs were imposed on all steel and aluminum imported products on March 23, 2018<sup>(3)</sup>. Trump administration believed that the wave of global oversupply of steel and aluminum, directed mostly from China, is an issue that threatens American steel and aluminum producers and thus harms American trade interests<sup>(4)(5)</sup>.

However, the imposition of tariffs on imported steel and aluminum products was not absolute, Trump granted an exception to import from any country if the import limit that had been set was not exceeded<sup>(6)</sup>. Therefore, this policy was not considered specifically directed against China, as was the case when it imposed direct tariffs on imported products from China on March 22, 2018<sup>(7)</sup>. Where Trump announced the imposition of additional tariffs specifically targeting Chinese imports, which will take effect on the 6th of July<sup>(8)</sup>.

In response to this announcement, China imposed several tariffs specifically targeting the United States on April 2, 2018<sup>(9)</sup>. The date of imposing the first tariff specifically imposed on China directly is on March 22, 2018. This date is considered the starting date of the direct trade war between America and China, which continues to this day<sup>(10)</sup>.

---

(1) Ibid.

(2) Ibid.

(3) BBC News, "US Tariffs: Steel and Aluminum Levies Slapped on Key Allies." BBC News. May 31, 2018. <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-44320221>.

(4) BBC News, "Trade Wars, Trump Tariffs and Protectionism Explained."

(5) Sabala et al., "Impacts of Chinese Tariff on World Soybean Markets."

(6) Amadeo, "What Is the Current U.S. Trade Deficit?"

(7) BBC News, "US Tariffs: Steel and Aluminum Levies Slapped on Key Allies."

(8) BBC News, "Trade Wars, Trump Tariffs and Protectionism Explained."

(9) BBC News, "Trade Wars, Trump Tariffs and Protectionism Explained."

(10) Sabala et al., "Impacts of Chinese Tariff on World Soybean Markets."

## 8. Biden's Strategy

United States Trade Representative Katherine Tai announced on the 4<sup>th</sup> of October, 2021, the Biden administration's awaited strategic plan to reshape US-China trade policy<sup>(1)</sup>. The plan aims to craft a US-China trade policy that enhances "flexibility and competitiveness - including with our allies and partners - to diversify markets, and reduce the impact of Beijing's harmful practices<sup>(2)</sup>." The Biden administration plan outlined four basic steps that will be implemented, in order, in the few coming months starting January 2022: (i) reconsider the "phase one - trade deal" formerly negotiated with the Trump administration and highlight that China is sticking to end of its agreement; (ii) recall Section 301 "target tariff exclusion procedure;" (iii) continue high-level discussions with China to further address trade concerns on a larger scale; and (iv) working more with associated allies to counter China's "unfair trade practices<sup>(3) (4)</sup>."

Although the outlined plan steps to attain these goals, it provides few details about what management plans should be implemented for achieving these steps<sup>(5)</sup>. The lack of detail indicates that several administrations' trade strategy is not yet fully determined and are subject to the results of future discussions between the United States

---

<sup>(1)</sup> Lee, Tom. "The Biden Administration's U.S.-China Trade Strategy: A Primer." American Action Forum. October 6, 2021. <https://www.americanactionforum.org/insight/the-biden-administrations-u-s-china-trade-strategy-a-primer/>.

<sup>(2)</sup> The White House. "Background Press Call by Senior Administration Officials on the Administration's Trade Approach to China." Political. Washington, United States: The White House, October 4, 2021.

<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/press-briefings/2021/10/04/background-press-call-by-senior-administration-officials-on-the-administrations-trade-approach-to-china/>.

<sup>(3)</sup> Ibid.

<sup>(4)</sup> U.S. Government Accountability Office. "U.S.-China Trade: USTR Should Fully Document Internal Procedures for Making Tariff Exclusion and Extension Decisions." Political. Washington, United States: U.S. Government Accountability Office, July 28, 2021. <https://www.gao.gov/products/gao-21-506>.

<sup>(5)</sup> Lee.

and China<sup>(1)</sup>. The missing information that has not yet been set indicates that the “Biden administration will continue many of the Trump administration’s protectionist policies toward China<sup>(2)</sup>.” This ambiguity in the plan suggests that the Biden administration’s strategy will not be clearly defined until the end of the US-China trade discussions. Meanwhile, many of the protectionist trade policies that began under the Trump administration will remain the same with President Biden unless some major changes or discussions allow for an agreement that guarantees the United States’ privilege<sup>(3)</sup><sup>(4)</sup>.

## 9. Expectations for the US-China trade war

Trade wars have no winners, as the history of the world economy proves. The two parties will always suffer varying losses, but the United States has historically been famous for its long record of winning most of the time in negotiations over resolving trade contradictions and forcing other countries to back down in trade conflicts<sup>(5)</sup>. This is also the case in the recent trade war between it and China, where China showed its willingness to make concessions and reduce the imbalance in bilateral trade to **“200 billion US dollars and liberalize its domestic market for American companies<sup>(6)</sup>.”** Yet that was not enough for the United States. It has set additional conditions and imposed temporary

---

<sup>(1)</sup> Lee, “The Biden Administration’s U.S.-China Trade Strategy: A Primer.”

<sup>(2)</sup> U.S. Government Accountability Office.

<sup>(3)</sup> The White House, “Background Press Call by Senior Administration Officials on the Administration’s Trade Approach to China.”

<sup>(4)</sup> Lee.

<sup>(5)</sup> Grossman, Gene M., and Elhanan Helpman. “Trade Wars and Trade Talks.” *Journal of Political Economy* 109, no. 7 (August 2015): 675–708. <https://doi.org/10.1086/262005>.

<sup>(6)</sup> Carnegie, Allison. “Trump’s Trade War Escalates: History Shows That Threats Won’t Work” *Foreign Affairs*, June 25, 2018. <https://www.foreignaffairs.com/articles/2018-06-25/trumps-trade-war-escalates>.

sanctions until an agreement is reached with China on a mechanism to end this conflict<sup>(1)</sup>.

Despite all this, China was trying to complete the negotiations, because the sanctions imposed by the United States have a strong influence on global industrial policy that inevitably poses a threat to China's plan "Made in China 2025"<sup>(2)</sup>. Since in case China does not complete its new project by the year 2025, this will incur losses that cannot be estimated<sup>(3)</sup>. The "Made in China 2025" project is based on the principle of the People's Republic of China's leadership of 10 high-tech industries, including robotics, and artificial intelligence, etc., for example<sup>(4)</sup>. However, the United States is convinced that China's expected success in implementing this plan will result from China's use of American technologies<sup>(5)</sup>. Therefore, the United States will try hard to impose all sanctions that prevent China from accessing its technological development project, unless China guarantees American superiority<sup>(6)</sup>.

An important study conducted by Rafi Sheikh, in which he studies the reality of the US trade war with China and tries to answer whether one of its parties can win<sup>(7)</sup>. As a result of this study, he reaches a general conclusion that there is no winner in any trade war, but at the end of any trade war, it is not only the parties of this war who are the losers, but the war in most cases leads to an overall global decline in

---

(1) Crowley, Meredith, Ning Meng, and Huasheng Song. "Tariff Scares: Trade Policy Uncertainty and Foreign Market Entry by Chinese Firms." *Journal of International Economics* 114 (September 2018): 96–115. <https://doi.org/10.1016/j.jinteco.2018.05.003>.

(2) Lee, "The Biden Administration's U.S.-China Trade Strategy: A Primer."

(3) *Ibid.*

(4) BBC News, "Trump Threatens to Raise Tariffs on \$200bn of Chinese Goods."

(5) *Ibid.*

(6) Li, He, and Lin, "Economic Impacts of the Possible China–US Trade War."

(7) Sheikh, "Les États-Unis ne pourront pas gagner la guerre commerciale contre la Chine."

trade<sup>(1)</sup>. The severity of this decline is correlated to the importance of the conflict parties on the balance of global trade. Thus, Sheikh expected in this study that the current trade war, if it continues, will lead to a sharp slowdown in global economic growth, which the world has not witnessed in any of the previous trade wars<sup>(2)</sup>.

Another important study conducted by Bouët questioned whether it is possible to avoid trade wars and discussed their use if it is difficult to avoid them<sup>(3)</sup>. He concluded that resorting to a trade war is not an easy decision and most of the time it causes harm to all parties, but in most cases, it is the only option to stop the escalation of one trade country at the expense of another<sup>(4)</sup>. The country, which feels threatened by its commercial position, decides to wage this war to stop the other party, regardless of its harmless economic consequences.

The reality shows that the last trade war is a creation of the White House, Trump has stated many times that “trade wars are easy to win” and believes, albeit wrongly, that the United States has a trade deficit with the rest of the world and that the rest of the world has a lot to lose in case of the US loss<sup>(5)</sup> <sup>(6)</sup>. So many analysts believe that this trade war may eventually end up dictating terms to all trading nations that might stand against the United States<sup>(7)</sup>. There may be little chance that the domestic American reaction will force President Biden to reverse what his predecessor did<sup>(8)</sup>.

---

(1) Ibid.

(2) Sheikh, “Les États-Unis ne pourront pas gagner la guerre commerciale contre la Chine.”

(3) Bouët, “Les guerres commerciales sont-elles bénéfiques ?” Polytechnique Insights. March 22, 2018. <https://www.polytechnique-insights.com/tribunes/economie/les-guerres-commerciales-sont-elles-benefiques-et-faciles-a-gagner/>.

(4) Ibid.

(5) Carnegie, “History Shows That Threats Won’t Work.”

(6) Li, He, and Lin, “Economic Impacts of the Possible China–US Trade War.”

(7) Carnegie.

(8) Lee, “The Biden Administration’s U.S.-China Trade Strategy: A Primer.”

To raise the chances of the United States' victory, according to Boudreaux and Ghei's analyses, the American policy is implementing the following to make victory a reality<sup>(1)</sup>. By obligating all trading countries to fight this war against China, and thus China will have no other choice but to abide by the American decisions to end this global trade war against it<sup>(2)</sup>.

Although, all previous trade wars have proven that there is no winner in a trade war if it takes place between two countries. But the scenario will change if this war is between most trading countries; i.e., the United States and its allies, against China, of course, this may change the prevailing belief that there is no winner in trade wars<sup>(3)</sup>. This is what makes this trade war distinct and worthy of study and analysis because it is different from the previous wars in many fields<sup>(4)</sup>. One must not forget that it is also important to consider the consequences of this international trade war in terms of China's inability to cope with the global response to its growth and the distribution of trade losses resulting from this war<sup>(5)</sup>. So that "there are no guarantees of distributing these losses almost equally as in previous wars" and the inevitable result is higher global economic growth for other countries in return for immeasurable losses on the Chinese side<sup>(6)</sup>.

In general, trade imbalances will be managed by global market forces and reflect the efficiency of the United States in controlling all trade markets in the world<sup>(7)</sup>. Despite the US trade deficit resulting from

---

(1) Boudreaux and Ghei, "The Benefits of Free Trade: Addressing Key Myths."

(2) Boudreaux and Ghei, "The Benefits of Free Trade: Addressing Key Myths."

(3) Golub, Philip S. "Entre Les États-Unis et La Chine, Une Guerre Moins Commerciale Que Géopolitique." *Le Monde Diplomatique*, 2020.

(4) *Ibid.*

(5) Krugman, Paul R., Maurice Obstfeld, and Marc J. Melitz. "International Economics: Theory & Policy". Eleventh Edition. New York: Pearson, 2021.

(6) *Ibid.*

(7) Sabala et al., "Impacts of Chinese Tariff on World Soybean Markets."

government borrowing, its economy is still operating effectively and can affect all parts of the world<sup>(1)</sup>. Therefore, this trade deficit cannot be considered an inherent problem. It can be concluded that economies that suffer from trade deficits can be better off imposing tariffs and restrictive trade policies to prevent their economy<sup>(2)</sup>. This is the policy adopted by the United States when it imposed trade tariffs on some Chinese goods, under the slogan of protecting its domestic industries<sup>(3)</sup>.

## ○ Conclusion and Recommendations

The largest trading dispute in economic history has the potential to disrupt international trade and freeze financial markets<sup>(4)</sup>. The countries may form two opposing blocs, one backing China and the other, while at the same time forming vast economic alliances and regional currency zones<sup>(5)</sup>. It is projected that Asia will have a greater impact on the processes of globalization and the creation of global supply networks<sup>(6)</sup>. While maintaining dominance over the global economy, politics, and national security, the US intends to weaken its main rival<sup>(7)</sup>.

The current international trade policy of the United States tries to obstruct the PRC's sustained rapid economic expansion and expanding global influence<sup>(8)</sup>. The Chinese government, on the other hand, wants to dominate the world in robotics, biotechnology, and artificial

---

<sup>(1)</sup> Amadeo, "What Is the Current U.S. Trade Deficit?"

<sup>(2)</sup> BBC News, "US Tariffs: Steel and Aluminum Levies Slapped on Key Allies."

<sup>(3)</sup> BBC News, "US-China Trade War: Deal Agreed to Suspend New Trade Tariffs." BBC News. December 2, 2019. <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-46413196>.

<sup>(4)</sup> BBC News, "US Tariffs: Steel and Aluminum Levies Slapped on Key Allies."

<sup>(5)</sup> Tyson, Ann Scott, and Howard LaFranchi. "A Trade War Over History? Sort of Why Japan and South Korea Are Feuding." *The Christian Science Monitor*, August 9, 2020. <https://www.csmonitor.com/World/Asia-Pacific/2019/0809/A-trade-war-over-history-Sort-of.-Why-Japan-and-South-Korea-are-feuding>.

<sup>(6)</sup> Ibid.

<sup>(7)</sup> Lee, "The Biden Administration's U.S.-China Trade Strategy: A Primer."

<sup>(8)</sup> Boudreaux and Ghei, "The Benefits of Free Trade: Addressing Key Myths."

intelligence<sup>(1)</sup>. It would support high-tech businesses financially and take all necessary measures to stop or postpone the United States from slowing or stopping China's economic modernization and digitalization<sup>(2)</sup>.

The Cold Trade War refers to how the United States and China's economic relations now stand. More significant than their disagreements are the two countries shared economic interests<sup>(3)</sup>. The two countries' reliance has sparked concerns about creating a new, 'fairer' trade agreement<sup>(4)</sup>. A "new trade architecture" that regulates the application of traditional trade tools like tariffs, quotas, and sanitary and phytosanitary certificates<sup>(5)</sup>. As well as other regulations like intellectual property protection, technology transfers, and Chinese state subsidies to producers and exporters should be a part of the recently negotiated trade agreement between the United States and China<sup>(6)</sup>. The new agreement would handle cyber espionage and improve U.S. firms' access to the Chinese market in addition to trade<sup>(7)</sup>.

Both political and economic factors are involved in the protectionist campaign the United States is waging against its trading partners, notably the People's Republic of China<sup>(8)</sup>. The US government has named China as the state's main strategic foe in the next years. Numerous trade barriers with the United States and other initiatives to limit China's economic development are thus also tools for restraining the country's growing political might.

---

(1) Ibid.

(2) Ibid.

(3) Liu and Woo, "Understanding the U.S.-China Trade War."

(4) Huang et al., "Trade Linkages and Firm Value: Evidence from the 2018 US-China Trade War."

(5) Liu and Woo. Pg. 321.

(6) Liu and Woo, "Understanding the U.S.-China Trade War."

(7) Ibid.

(8) Breslin, "China and the Global Political Economy."

الدراسة الخامسة:

**Phenomenon of Digital Money Between  
Concept and Regulation**

**Kassem Bilal Abboud<sup>(1)</sup>**

There is no doubt that money plays a major role in economic life by performing many functions where the most important one is financial mediation in exchanges whether local, regional or international. Therefore, money has witnessed a great development over time, starting from coins, passing through paper currency and ending with digital money.

The main objective of this topic is the fact that this digital money exists and spreads significantly, which indicates their promising future in the absence of legislative regulation for them. So, knowing what different types of digital money are, their types, characteristics and reasons for their emergence is very important to determine their pros and cons.

Moreover, digital money is considered a controversial topic where it suggests a new idea changing a lot of rules enshrined for a long time. Wherefore, countries pursue to absorb this phenomenon through issuing laws organizing the currencies which resulted in, or prohibiting it as a foreign object entered the legal system.

---

<sup>(1)</sup> a PhD Student at the Lebanese University.

From here, this topic is governed by a problematic one which revolves around the notion of digital money where there are many questions arising, beginning with knowing what digital money is and reaching its most important characteristics and advantages at all levels. So, the question first arises from the concept of digital money and its fluctuation between its possibility of being centralized or decentralized.

Second, there are a lot of differences between digital money and traditional money. Also, digital money itself is divided into several types where it multiplies to electronic money, central bank digital currency, cryptocurrency and stablecoin. Hence, what are the differences between digital money and fiat currency? And among digital currencies themselves?

Finally, given that digital money is not subjected to a specific legal system that governs it but rather to certain technological methods which control their issuance, the question is posed about the nature of the supposed legal regulation of digital money.

In order to reach the desired goal of establishing a legal regulation of digital money, it is necessary to follow the analytical and comparative approach, by extrapolating and analyzing this new phenomenon, starting from the part towards the whole and comparing the conclusions with the applicable legal rules in other countries. It's all through tackling digital money as a new legal concept (**Part 1**) and approximating the regulation of digital money between tugging and matching (**Part 2**).

### ○ **Part 1: Digital Money as a New Legal Concept**

While the fiat currency still dominates the financial transactions in the world, new innovations in the technological field are prompting the search for fertile ground in which digital money grows and serves as an alternative to traditional money or at least complement to its work.

The overlapping of digital currencies makes it difficult to find an accurate and decisive criterion to distinguish between them. However, the issue of financial centralization and decentralization remains the dividing line that demarcates the limits of the powers assumed by each currency and defines the characteristics of each type. Therefore, the starting point in researching the types of digital currencies starts from the idea of centralization and decentralization, so what are centralized digital currencies? (**Chapter 1**) What are decentralized digital currencies? (**Chapter 2**).

## • **Chapter 1: Centralized Financial System**

Centralized financial system is based on the traditional system which confines the issuance of money in specific institutions stipulated by the laws. However, the matter of digital money assumes a development in traditional money where it is represented by two concepts: first, electronic money forms a new development that links the issuance of it to private institutions (**Section 1**). Second, central bank digital currency maintains the issuance of money through the central bank, but it inspires the digitalization from this first type (**Section 2**).

### ▪ **Section 1: Electronic Money**

Electronic money is considered as the first type shaping the phenomenon of digital money where the progress of technological and technical means requires the existence of a new system alternative to traditional money. This reality imposes on regulators to focus on the integrity of the overall payment system.

Electronic money (e-money) is broadly defined as an electronic store of monetary value on a technical device that may be widely used

for making payments to entities other than the e-money issuer. The device acts as a prepaid bearer instrument which does not necessarily involve bank accounts in transactions<sup>(1)</sup>.

Also, electronic money shall mean monetary value which is stored electronically on an electronic device such as a chip card or a computer memory, accepted as means of payment by undertaking other than the issuing institution, generated in order to be put at the disposal of users to serve as an electronic surrogate for coins and banknotes and generated for the purpose of effecting electronic transfers of limited value payments<sup>(2)</sup>.

Moreover, electronic money is divided into two forms: first, the multi-purpose prepaid card or electronic purse which is defined as a plastic card which contains real purchasing power, for which the customer has paid in advance (card-based products). Second, electronic money products which employ specialized software on a personal computer, typically allowing the electronic value to be transferred via telecommunications networks, such as the Internet (software-based products)<sup>(3)</sup>.

In addition, the idea of electronic money resembles credit cards where these two means require physical cards and devices which lead to transfer the virtual value represented by electronic form to real

---

<sup>(1)</sup> European Central Bank, Electronic Money, Available on the website: [https://www.ecb.europa.eu/stats/money\\_credit\\_banking/electronic\\_money/html/index.en.html](https://www.ecb.europa.eu/stats/money_credit_banking/electronic_money/html/index.en.html), (accessed 08/10/2022); In the same meaning, look: Article L315-1, Code monétaire et financier en France, Modifié par LOI n°2013-100 du 28 janvier 2013 - art. 5, [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006072026/2022-04-08/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006072026/2022-04-08/), (accédé 09/10/2022).

<sup>(2)</sup> Article 1, Proposal For a European Parliament and Council Directive on the taking up, the pursuit and the prudential supervision of the business of electronic money institutions, Official Journal of the European communities, C 317/7, 15/10/1998.

<sup>(3)</sup> European Central Bank, Report on Electronic Money, Germany, 1998, P. 7, Available on the website: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/emoneyen.pdf>, (accessed 09/10/2022).

currency. However, credit cards differ from electronic money which does not need a bank account.

Finally, there is a lot of electronic money used in many countries such as money from Proton and Mondex which are based on Hardware and money from PayPal and DigiCash which are based on Software.

## ▪ **Section 2: Central Bank Digital Currency**

Despite the lively debate on the merits of CBDC, no widely accepted definition of CBDC has yet emerged<sup>(1)</sup>. Hence, central bank digital currency is not a well-defined term where it is used to refer to a number of concepts. However, it is envisioned by most to be a new form of central bank money. That is, a central bank liability, denominated in an existing unit of account, which serve both as a medium of exchange and a store of value<sup>(2)</sup>. In another term, CBDC is a new form of money, issued digitally by the central bank and intended to serve as legal tender<sup>(3)</sup>.

From here, we can say that the key distinctive feature of CBDC is that it is digital. But, the question which poses itself is whether CBDC is considered a type of electronic money?

As a rule, the regulatory framework of electronic money consists of rules on the licensing of electronic money institutions, their required initial capital and own funds, general prudential rules, oversight, as well as rules safeguarding funds received in exchange for electronic money.

---

<sup>(1)</sup> Jason Allen, Rosa Lastra, "Virtual Currencies in the Eurosystem: Challenges Ahead", Vol. 53, No. 2, *The International Lawyer*, USA, 2019, P. 177.

<sup>(2)</sup> Committee on Payments and Market Infrastructures, "Central bank digital currencies, Bank for International Settlements", March 2018, P. 3, Available on the website: <https://www.bis.org/cpmi/publ/d174.pdf>, (accessed 16/10/2022).

<sup>(3)</sup> Mancini-Griffoli Tommaso, Maria Soledad Martinez Peria, Itai Agur, Anil Ari, John Kiff, Adina Popescu and Celine Rochon, Casting Light on Central Bank Digital Currency, IMF Staff Discussion Note, November 2018, P. 7, Available on the website: <https://www.imf.org/-/media/Files/Publications/SDN/2018/SDN1808.ashx>, (accessed 16/ 10/2022).

In most countries, the legal framework contemplates the issuance of electronic money by private institutions<sup>(1)</sup>. In contrast, CBDC must be issued from the centralized bank which is considered the responsible institution to issue legal tender.

Nowadays, several countries are trying to issue a central bank digital currency through presenting bills which study the characteristics of this new currency. For example, European central bank contemplated to launch CBDC called digital euro which is represented by the following characteristics<sup>(2)</sup>: first, convertibility at par: not a parallel currency. Second, liability of the Eurosystem: a digital euro is central bank money and its issuance is controlled by the Eurosystem. Third, European solution: widely accessible on equal terms in all euro area countries through supervised service providers. Fourth, market neutrality: not to crowd out private solutions and finally, trusted by end users: trusted solutions from the start and over time.

Also, there is a bill<sup>(3)</sup> in the USA which requires the Board of Governors of the Federal Reserve System to report on the impacts of the introduction of a central bank digital currency (CBDC) on consumers, businesses, monetary policy, and the U.S. financial system.

Finally, China is considered the first country which launched a central bank digital currency called E-CNY that is the digital version of

---

<sup>(1)</sup> Wouter Bossu, Masaru Itatani, Catalina Margulis, Arthur Rossi, Hans Weenink and Akihiro Yoshinaga, Legal Aspects of Central Bank Digital Currency: Central Bank and Monetary Law Considerations, International Monetary Fund, 2020, P. 6-7, Available on: <https://www.imf.org/-/media/Files/Publications/WP/2020/English/wpica2020254-print-pdf.ashx>, (accessed 16/10/2022).

<sup>(2)</sup> European Central Bank, Eurosystem, Report on a digital euro, Annex 1, [https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/Report\\_on\\_a\\_digital\\_euro~4d7268b458.en.pdf](https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/Report_on_a_digital_euro~4d7268b458.en.pdf), October 2020, P. 48, (accessed 17/10/2022).

<sup>(3)</sup> H.R.2211 - Central Bank Digital Currency Study Act of 2021, United States Congress, Available on the website: <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/2211?q=%7B%22search%22%3A%5B%22H.R.2211%22%2C%22H.R.2211%22%5D%7D&r=1&s=1>, (accessed 18/10/2022).

fiat currency issued by the PBOC and operated by authorized operators. It is a value-based, quasi-account-based and account-based hybrid payment instrument, with legal tender status and loosely-coupled account linkage<sup>(1)</sup>.

## • Chapter 2: Decentralized Financial System

Virtual currency represents the kernel of a decentralized financial system where it dedicates a new concept changing the applicable rules in the world of money. It is defined as a digital representation of value, not issued by a central bank, credit institution or e-money institution, which in some circumstances can be used as an alternative to money<sup>(2)</sup>.

Therefore, virtual currencies which are digital representations of value are issued by private developers and denominated in their own unit of account. VCs can be obtained, stored, accessed, and transacted electronically, and can be used for a variety of purposes, as long as the transacting parties agree to use them<sup>(3)</sup>.

However, virtual currency is a cornerstone of the existence of decentralized currencies where it inspired the development of this decentralized financial system through innovation cryptocurrency (**Section 1**) and stablecoin (**Section 2**).

---

<sup>(1)</sup> Working Group on E-CNY Research and Development of the People's Bank of China, Progress of Research & Development of E-CNY in China, July 2021, P.3, Available on: <http://www.pbc.gov.cn/en/3688110/3688172/4157443/4293696/2021071614584691871.pdf>, (accessed 18/10/2022).

<sup>(2)</sup> European Central Bank, Virtual Currency Schemes: a further analysis, February 2015, P. 4, <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf>, (accessed 20/10/2022).

<sup>(3)</sup> IMF Staff Team, Virtual Currencies and Beyond: Initial Considerations, International Monetary Fund, January 2016, P. 7, Available on the website: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1603.pdf>, (accessed 21/10/2022).

## ▪ Section 1: Cryptocurrency

First of all, the concept of virtual currency is applied to the concept of cryptocurrency which represents digital units (values) that are issued and traded on distributed database technologies such as Blockchain technology with the help of cryptography, which allows them to be safely traded between different parties without the need of prior knowledge between them or an intermediary to carry out the clearing<sup>(1)</sup>.

Therefore, these concepts of cryptocurrency and virtual currency refer to group of characteristics which create drawing features of this new form of digital money where the following legal effects result: dedicating the principle of decentralized system, canceling the role of financial intermediation, eliminating the need of centralized organization and working without the existence of financial, economical and lawful regulations.

In addition, Bitcoin is the first currency on top of the list of cryptocurrencies where it sparked in 2008 the new financial system based on decentralization through invention a new technique called a Peer-to-Peer that forms a electronic cash system<sup>(2)</sup>. Moreover, the determination of the legal nature of this new currency is controversial, where some<sup>(3)</sup> considered that it is money, payment system, asset, commodity and financial instrument in a 'one bottle'.

In contrast, the concept of cryptocurrencies did not only stop at borders of digital money but also became programmable with Ethereum

---

<sup>(1)</sup> معتز أبو جيب، أشرف هاشم، أنواع العملات الرقمية المشفرة، بحث مُقدّم لندوة العملات الإلكترونية، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، 2019، ص 5، <https://kantakji.com/files/QtlrYLgYY.pdf>، تاريخ الوصول: 12/03/2022.

<sup>(2)</sup> Satoshi Nakamoto, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, Available on the website: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, (accessed 23/10/2022).

<sup>(3)</sup> فلانتين كاتسونوف، العملات الرقمية المشفرة: الطريق إلى معسكر اعتقال إلكتروني، الطبعة الأولى، دار التكوين للتأليف والترجمة والنشر، سورية، 2022، ص 111.

currency that can build and deploy decentralized applications on its network.

From here, Ethereum being programmable means that it can build apps that use the blockchain to store data or control what any app can do. This results in a general purpose blockchain that can be programmed to do anything. While Bitcoin is only a payment network, Ethereum is more like a marketplace of financial services, games, social networks and other apps that respect the privacy and cannot censor the users<sup>(1)</sup>.

## ▪ Section 2: Stablecoin

Stablecoin forms a new stage of development of cryptocurrency where it tries to build a new structure combining the technology of cryptocurrency and the rules of the centralized financial system. This matter raises a question whether this new currency is centralized or decentralized.

At first, stablecoin is defined as basically a digital token that will have low price volatility as a result of being pegged to some underlying fiat currency, thereby acting as a store of value, a medium of exchange and unit of accounting for blockchain payments<sup>(2)</sup>.

Stablecoins are generally created, or "minted" in exchange for fiat currency that an issuer receives from a user or third-party. To maintain a stable value relative to fiat currency, many stablecoins offer a promise or expectation that the coin can be redeemed at par upon request. These

---

<sup>(1)</sup> Ethereum, The Foundation For Our Digital Future, Available on the website: <https://ethereum.org/en/what-is-ethereum/>, (accessed 23/10/2022).

<sup>(2)</sup> Makiko Mita, Kensuke Ito, Shohei Ohsawa, Hideyuki Tanaka, What is Stablecoin?: A Survey on Price Stabilization Mechanisms for Decentralized Payment Systems, Japan, 2019, P.1, [https://www.researchgate.net/publication/333815432\\_What\\_is\\_Stablecoin\\_A\\_Survey\\_on\\_Price\\_Stabilization\\_Mechanisms\\_for\\_Decentralized\\_Payment\\_Systems](https://www.researchgate.net/publication/333815432_What_is_Stablecoin_A_Survey_on_Price_Stabilization_Mechanisms_for_Decentralized_Payment_Systems), (accessed 28/10/2022).

stablecoins are often advertised as being supported or backed by a variety of "reserve assets"<sup>(1)</sup>.

Moreover, stablecoins being a cashless instrument fit well into the global trend of cashless economy<sup>(2)</sup>. Although that stablecoin is considered a new version to cryptocurrency, it lost a main feature of cryptocurrency which is the decentralization. For example, issuing Tether currency is done by a centralized authority<sup>(3)</sup> but the exchange of Tether units is traded by blockchain<sup>(4)</sup> in the same way of exchange of cryptocurrency.

Furthermore, Diem currency is considered another example which designs the nature of stablecoin, where although the association of this currency initially cloaked the Libra project<sup>(5)</sup> in a libertarian aesthetic by associating it with buzzwords like decentralization and pseudonymity, it has now abandoned most of this rhetoric<sup>(6)</sup> especially with Diem currency.

---

<sup>(1)</sup> President's Working Group on Financial Markets, Report on Stablecoins, November 2021, P. 4, [https://home.treasury.gov/system/files/136/StableCoinReport\\_Nov1\\_508.pdf](https://home.treasury.gov/system/files/136/StableCoinReport_Nov1_508.pdf), (accessed 28/10/2022).

<sup>(2)</sup> Hanna Kołodziejczyk, Klaudia Jarno, Stablecoin: the stable cryptocurrency, *Studia BAS*, 3 (63), Poland, 2020, P. 163, Available on the website: [http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/777F8C958E38005EC125862200300E36/\\$file/8.H.Kolodziejczyk\\_K.Jarno.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/777F8C958E38005EC125862200300E36/$file/8.H.Kolodziejczyk_K.Jarno.pdf), (accessed 02/11/2022).

<sup>(3)</sup> Cem Dilmegani, Tether USDT is possibly a scam but it can remain valuable, AI Multiple, November 2021, <https://research.aimultiple.com/tether/#:~:text=Tether%20Limited%2C%20the%20centralized%20authority,other%20than%20British%20Virgin%20Islands.&text=Yet%2C%20tether%20still%20trades%20at%20about%20a%20dollar>, (accessed 02/12/2022).

<sup>(4)</sup> Tether, What are Tether tokens and how do they work?, <https://tether.to/en/how-it-works>, (accessed 02/12/2022).

<sup>(5)</sup> Diem currency was called Libra and these names are related to Facebook.

<sup>(6)</sup> Americans For Financial Reform, Banking On Surveillance: The Libra Black Paper, 2021, P. 4, <https://ourfinancialsecurity.org/wp-content/uploads/2020/06/Libra-Black-Paper-FINAL-2.pdf>, (accessed 12/02/2022).

## ○ **Part 2: Regulation of Digital Money between Tugging and Matching**

In a world where cash has become just a few clicks on a computer mouse or on a smartphone button and plastic cards, and in which electronic banking and digital currency trading platforms have become a daily reality through millions of transactions, it has become necessary to prepare monetary policies that are consistent with this new reality and anticipate the future which is tugged between the centralized system represented by electronic money and the digital currency of central banks and the decentralized system represented by cryptocurrencies (**Chapter 1**) or which creates a new system that matches these two systems (**Chapter 2**).

### • **Chapter 1: Tugging Between Centralized and Decentralized Systems**

The new financial system which is based on centralized and decentralized systems assumes that one of the systems pursues to pull the interest of people, societies and countries. This issue creates the dilemma of tugging between centralized and decentralized systems.

Hence, this matter is posed on two levels: first, this new financial system is a creative method which presents itself as an interesting alternative against the traditional system (**section 1**). Second, digital money as a new financial system is tugged by a centralized system represented through electronic money and decentralized system exemplified by cryptocurrency (**section 2**).

#### ▪ **Section 1: New Financial System Versus Traditional System**

In general, digital money is distinguished from legal money by a set of characteristics represented by the following: First, digital money

is a monetary value stored electronically, as it is encrypted data placed on plastic cards, on a computer's memory, or on the Internet, while traditional money is a monetary value that is issued either in the form of paper or metal money.

Second, digital money is two-dimensional, meaning that it is transferred from the consumer to the merchant or between one person and another without the need for a third party. While in traditional money, there must be a third party in the case that both the seller and the buyer are in two different countries.

Third, digital money is not homogeneous in terms of value, or the number of goods and services that can be purchased with it, while traditional money is homogeneous and has different denominations.

Fourth, digital money is easy to use because it has no size and weight compared to traditional money.

Finally, digital money differs from traditional money in terms of issuance, while the issuance of paper or metal money is done by law, and mining them in a specific form issued by the Central Bank, which makes them obligatory for acceptance by all persons, so that no one can refuse dealing with it. Also, digital money is not issued by central banks in countries and is not subjected to their control or oversight. This makes it counted as money that is binding for all people to accept it in transactions is a matter of consideration, and this raises the question about the nature of the digitally stored financial value of digital money<sup>(1)</sup>.

---

(1) جمال عبد العزيز عمر العثمان، "الطبيعة القانونية للعملة الافتراضية والموقف التشريعي منها"، المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة: العملة الافتراضية في الميزان، جامعة الشارقة، 2019، ص 607.

Accordingly, the most prominent characteristics of digital money are: security and confidentiality, stored on electronic means, not linked to a bank account, acceptance of dealing and divisibility.

Moreover, electronic money has many features, most notably: ease of carrying, means to avoid infectious epidemic diseases, simple and easy to use and speed of its payment operations.

As a result, we can say that the characteristics and the features of digital money which are resulted from the difference with traditional money represent the advantages of digital money where this new development, as any technological development, pursues to facilitate the life of people and societies. However, the solution to the dilemma of tugging between centralized and decentralized systems raises the question about the differences between electronic money and cryptocurrency as the most important currencies which represent the centralized and decentralized systems.

## ▪ **Section 2: Digital Money Between Evolution and Revolution**

Although the new financial system which is based on digital money presents itself as a developed means leading to catching up the requirements of times, the reality refers to existing a lot of differences between centralized systems represented through electronic money and decentralized systems exemplified by cryptocurrency.

On the other hand, this reality assumes that the applicable rules on these new financial systems are still developing, meaning that the final form of the new financial system is still tugging between centralized systems and decentralized ones.

Therefore, there are a lot of differences between electronic money and cryptocurrency where at first, electronic money allows the possibility of modifying the transaction after it is conducted, either at the request of the person concerned in case of a specific fault, or at the

request of the competent authorities in case of suspicion, for example, in money laundering operations or tax evasion. As for cryptocurrencies, it is not possible to retract a transaction after it occurs, because the system on which these currencies are based does not provide the possibility of canceling, stopping or investigating any transaction<sup>(1)</sup>.

Second, electronic money is usually issued by banking institutions or affiliated institutions. Hence, this development has forced central banks to issue electronic money belonging to them in the form of electronic currencies belonging to central banks. As for cryptocurrencies, they are decentralized in issuance, meaning that anyone can issue them if they buy the appropriate hardware.

Third, when talking about electronic money, it must be taken into account that it represents a specific financial value that is basically presented in the form of real money, but it appears electronically. As for cryptocurrencies, they do not exist in reality, but are just numbers that appear on the Internet.

Fourth, electronic money is universally accepted, and countries are seeking to catch up with this new development in the world of money. As for cryptocurrencies, so far they have not been accepted except in some rare cases, but without hiding that these currencies have had many effects that have been imposed on countries to control them through legal legislation<sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Karim Sultan, Umar Ruhi and Rubina Lakhani, *Conceptualizing Blockchains: Characteristics and Applications*, 11th IADIS International Conference Information Systems, Portugal, 2018, P. 53.

<sup>(2)</sup> H.R.5083 - Cryptocurrency Tax Reform Act of 08/23/2021, United States Congress, Available on : <https://www.congress.gov/bill/117thcongress/housebill/5083/text?q=%7B%22search%22%3A%5B%22cryptocurrency%22%2C%22cryptocurrency%22%5D%7D&r=1&s=1>, (accessed 09/12/2022); Proposal for a Regulation Of The European Parliament And Of The Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937 of 2020, EUR-Lex, Available on the website: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593>, (accessed 09/12/2022).

Fifth, electronic money does not depend entirely on the Internet, but it can be transferred or disbursed through specialized devices. While cryptocurrencies are based on programs that operate entirely on the Internet, meaning that in case of an interruption of this network, it is impossible to issue and trade these currencies.

Finally, electronic money results in less risks than cryptocurrencies, given that the first money is subjected to legal regulation and oversight by central banks, while the second has no legal regulation and no regulatory or supervisory body that supervises its work.

Consequently, the currencies which represent the centralized system form an extension of the traditional system confining the issue and the trade of money in centralized institutions with the difference that the private sector intervened to issue the money. So, we can say that the centralized financial system forms a new evolution in the financial world.

However, the currencies which represent the decentralized system build a new system destroying the rules enshrined for a long time. Then, the decentralized financial system is considered a revolution which changed the notion of currency. Thus, tugging between centralized and decentralized systems assumes that one of these systems will occupy the throne of the new global financial system.

## • **Chapter 2: Matching Between the Two Financial Systems**

There is no doubt that the technological development which created the phenomenon of digital money assumes matching between traditional systems and new ones. To get there, we have to tackle first the effects of digital money whether it be centralized or decentralized

currencies (**Section 1**) and then the methods of merging these currencies (**Section 2**).

### ▪ **Section 1: Effects of Digital Money**

Issuance of electronic money would affect the traditional payment systems, provided that this issuance, if not accompanied by regulation with sufficient guarantees to consider electronic money as a reliable and acceptable product for all its users, leads to float mismanagement, intrusion of counterfeit value, major technical failure and ultimately the failure of an issuer of electronic money which could have a negative impact on the credibility of various electronic money products and possibly even on other card-based payment products<sup>(1)</sup>.

Also, in case that many types of electronic money spread rapidly, with their excessive issuance and this is accompanied by the absence of any legal or financial regulation for them, this may greatly affect the creditworthiness of exporters, and lead to the circulation of these money at different exchange rates, which affects on the unity of the market and the economy.

However, opinions differed in the impact of decentralized digital currencies on the role of the central bank in controlling credit and directing it towards targeted sectors, and two trends emerged<sup>(2)</sup>:

The first trend believes that decentralized digital currencies weaken the role of the central bank in managing monetary policy and controlling credit, due to its inability to monitor and control its circulation, especially in terms of its spread and its increased use in electronic commerce, hyperinflation, political unrest, wars and

---

<sup>(1)</sup> European Central Bank, Report on Electronic Money, Op. cit, P. 14.

<sup>(2)</sup> سالي سمير عبد المسيح، "الاستثمار في العملات الافتراضية"، المجلة القانونية الصادرة عن جامعة القاهرة فرع الخرطوم، المجلد 10، العدد 7، 2021، ص 2045.

financial crises, so that decentralized digital currencies can be an effective way to get rid of legal money.

The second trend believes that decentralized digital currencies do not have any tangible impact on the ability of the central bank to manage monetary policy because these currencies did not have a wide spread due to their limited acceptance and the majority of countries rejected them and considered their issuance and trading in them a crime punishable by law<sup>(1)</sup>.

From here, the need becomes more urgent to establish legal, financial and banking regulations in line with this new development in payment methods, especially since most of the institutions that issue digital money are non-bank institutions, which raises a new question about the ability of the existing banking sector in front of these emerging technological developments.

## ▪ Section 2: Methods of Merging the Centralized and Decentralized Currencies

Talking about the matching between the centralized financial system and the decentralized financial system presupposes the question of the way that should be adopted to integrate these two systems. In other words, how can cryptocurrencies, virtual currencies, central bank digital currency and electronic money be combined?

The answer to this question assumes two mechanisms for integration between the centralized system and the decentralized system, so that this integration can be at the technical and technological level, or it may be at the legal and organizational level.

---

<sup>(1)</sup> المادّة 206 من القانون رقم 194 لسنة 2020 والمتعلّق بإصدار قانون للبنك المركزي والجهاز المصرفي المصري، الجريدة الرّسمية المصريّة، العدد 37، تاريخ 2020/09/15؛ المادّة 117 من القانون رقم 11-17 تاريخ 2017/12/17 المتعلّق بقانون الماليّة العامّة الجزائري لعام 2018، الجريدة الرّسمية الجزائريّة، العدد 76، تاريخ 2017/12/28.

With regard to the first level, the merging of these two systems assumes specific technologies that will benefit from the blockchain technology which is the basis technology of decentralized digital currencies in order to launch a central bank digital currency. Then, the central bank creates its own blockchain, allowing specific parties to access it in order to mine the digital currency, and then put it into circulation through special exchanges established for this purpose as some cryptocurrency exchanges<sup>(1)</sup>.

This proposition is not considered new in itself where the development in the world of digital money necessitated the search for new currencies that address the disadvantages of decentralized currencies, especially in terms of their volatility and price instability, by creating stable currencies that rely on the blockchain as a technology to deal with them, but on the basis of a centralized system which is controlled by specific institutions.

As for the second level, issuing laws ensure homogeneity between all types of these currencies, so that decentralized digital currencies are recognized and included within the national payment system after they have found a place for them at the global level. In addition to this, we must work on issuing a central bank digital currency, allowing banks and financial institutions to issue electronic money and considering them the basis for dealing at the level of retail and national payments.

All the above methods don't ignore an important issue related to the fate of traditional money. In the first stage, it cannot be completely abandoned, given the need for the appropriate technical and technological infrastructure to be available and for people to accept dealing with it, as it requires knowledge of technological devices.

---

<sup>(1)</sup> Such as Binance, Gemini, and Coinbase.

## ○ **Conclusion**

Finally, the issue of digital money is one of the main issues that occurred in the world of law and entered its broad door, announcing that a new phase of legal dealing with technological developments had begun, and with it the discussion began about the legal regulation of this new money.

Moreover, the topic of digital money comes to go off the track of applicable legal rules and presents new legal approaches in the midst of this accelerated development. All these are within a system that forces states, governments and societies to accept it as a new commensurate technology with the requirements of the development we are living through.

Therefore, the most prominent results of the research on the subject of digital money are reflected in the beginning, in the terminological understanding of the types related to digital money, so that it starts from electronic money and centralized bank digital currency which represent the centralized financial system, and continues with cryptocurrency and stablecoin that form the decentralized financial system.

In addition, dealing with digital money imposes itself as one of the most important topics that produces important effects on the level of legal regulation of this new phenomenon where this regulation fluctuates between tugging and matching of the centralized and decentralized financial systems.

Consequently, the issue of digital money is considered one of the fruits produced by modern technology where it has many characteristics such as novelty, innovation, flexibility and changeability according to the available technical capabilities. Therefore, the legal regulation of

the issue of digital money must include a departure from the norm in the formulation of legal rules and a new shift in the law's handling of new technological phenomena.

In conclusion, the topic of digital money is related to several terminologies such as blockchain, digital wallets, peer to peer network, distributed ledger and mining which help to understand this new phenomenon and deeply affect the world of law. So, what are the relationships between these terminologies and digital money?